

KONKURRANSEPREGET DIALOG
- ny metode ved offentlige anskaffelser -

Kandidatnummer: 647
Veileder: Thomas Nordby
Leveringsfrist: 26.11.07

Til sammen 17913 ord

08.07.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Temaet konkurransepreget dialog	1
1.2	Avgrensning av avhandlingen	1
1.3	Begreper	1
1.4	Rettskilder og metode	3
1.5	Videre fremstilling	4
<u>2</u>	<u>RETTLIG PLASSERING</u>	<u>6</u>
2.1	EØS-avtalen	6
2.2	Anskaffelsesdirektivet	7
2.2.1	EF-rettens grunnleggende prinsipper og målsetting som bakgrunn for tolkning av anskaffelsesdirektivet	8
2.3	Gjennomføringen av avtalen etter norsk rett	9
2.3.1	Innledende bemerkninger	9
2.3.2	Gjennomføring til norsk rett - forskrift til lov om offentlige anskaffelser	10
2.4	Kort om nyskapningene	11
2.4.1	Innledning	11
2.4.2	E-auksjon	12
2.4.3	Dynamisk innkjøpsordning	13
2.4.4	Rammeavtaler	13
2.4.5	Konkurransepreget dialog – et foreløpig riss	14
<u>3</u>	<u>VALG AV ÅPEN ELLER BEGRENSET KONKURRANSE, KONKURRANSE MED FORHANDLING ELLER KONKURRANSEPREGET DIALOG</u>	<u>16</u>

3.1	Innledning	16
3.2	Hovedregelen	16
3.3	Unntakene	19
3.3.1	Et viktig skille mellom konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog	20
3.4	Valg av konkurranseform og betydningen av det – forholdet til konkurransepreget dialog	21
<u>4</u>	<u>KONKURRANSEPREGET DIALOG - RETTSLIG GRUNNLAG OG GRUNNVILKÅR</u>	<u>22</u>
4.1	Grunnvilkårene i et fugleperspektiv	22
4.2	Særlig komplekse kontrakter	23
4.3	Ikke i stand til å presisere behov eller forhold på forhånd	26
4.4	Tekniske vilkår	28
4.5	Rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt	30
<u>5</u>	<u>GJENNOMFØRING AV KONKURRANSEPREGET DIALOG</u>	<u>32</u>
5.1	Innledende arbeid	32
5.1.1	Kunngjøring	32
5.1.2	Kvalifikasjons- og konkurransegrunnlag	33
5.1.3	Prekvalifisering	34
5.2	Dialogfasen	36
5.3	Innlevering og evaluering av tilbud	39
5.4	Tildelingsfasen	41
5.4.1	Godtgjørelse for deltakelse	43
5.5	Grunnleggende prinsipper ved anskaffelsesformen konkurransepreget dialog	44

5.5.1	Innledning	44
5.5.2	Reell og sunn konkurranse	47
5.5.3	Likebehandling	48
5.5.4	Gjennomsiktighet	49
5.5.5	Diskrimineringsforbud	50
5.5.6	Etterprøvbarhet	52
5.5.7	Forutberegnelighet	52
5.5.8	Avslutningsvis om prinsippene på området for konkurransepreget dialog	53
6	<u>ERFARINGER VED BRUK AV KONKURRANSEPREGET DIALOG I PRAKSIS – BELYST MED NORDJYLLANDS AMT</u>	54
6.1	Innledning	54
6.2	Konkurransepreget dialog i praksis	55
6.2.1	Hvorfor valg av konkurransepreget dialog?	55
6.2.2	Dialogfasen	55
6.2.3	Fordeler og ulemper	55
6.2.4	Konkrete erfaringer	56
7	<u>AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER OM DEN FREMTIDIGE PRAKTISKE BETYDNINGEN AV KONKURRANSEPREGET DIALOG</u>	58
8	<u>LITTERATURLISTE</u>	62

1 INNLEDNING

1.1 Temaet konkurransepreget dialog

Oppgavens kjerne er hva som kjennetegner den nye anskaffelsesformen konkurransepreget dialog, hvordan vilkårene for bruk av metoden skal tolkes og hvilket omfang metoden har og kan antas å få.

Foruten at jeg er generelt interessert i regelverket for offentlige anskaffelser – et praktisk og samfunnsøkonomisk meget viktig rettsområde – er bakgrunnen for valg av konkurransepreget dialog som konkret tema at jeg fant det utfordrende at metoden er en nyskaping og at kildematerialet følgelig er spinkelt. På denne måten får man muligheten til å få et innblikk i upløyd rettslig og faktisk mark. Håpet er at avhandlingen gir en ryddig og god oversikt over det som kan komme til å bli en mye brukt anskaffelsesform og med det også bidra – riktignok i beskjeden målestokk – til rettsutviklingen på et dynamisk og stadig viktigere rettsområde.

1.2 Avgrensing av avhandlingen

Denne avhandlingen retter seg mot den praktiske gjennomføringen av metoden konkurransepreget dialog og vilkårene for å anvende metoden. Av tids- og ressursmessige hensyn vil jeg avgrense avhandlingen mot konsekvensene av at regelverket blir brutt i anskaffelsesprosessen – i første rekke adgangen til å få midlertidig forføyning, erstatning, mulighet for å rette en klage til KOFA eller å bringe saken inn for alminnelige domstoler.

1.3 Begreper

Konkurransepreget dialog er en av nyskapingene på området for offentlige anskaffelser som ble gjennomført og gjort til en del av norsk rett med virkning fra 1. januar 2007. Bakgrunnen for endringene er at de tidligere anskaffelsesdirektivene i 2004 ble erstattet med det konsoliderte direktiv 2004/18/EF. Metoden åpner for fleksibilitet, gjennomsiktighet og interaksjon i anskaffelsesprosessen, og gjenspeiler noen av formålene

med å innføre et nytt anskaffelsesdirektiv: anskaffelsesreglene skal være praktikable innenfor rammen av en sunn konkurranse. En naturlig språklig forståelse av begrepet konkurransepreget dialog tilsier at hovedelementet i anskaffelsesformen skal være *kommunikasjon* mellom oppdragsgiver og den enkelte deltaker med det formålet at oppdragsgiver på bakgrunn av disse samtalene kan motta løsningsforslag som danner konkurransegrunnlaget til deltakerne.

Etter anskaffelsesforskriftens § 4-2 c er konkurransepreget dialog ”... en anskaffelsesprosedyre hvor oppdragsgiver i en eller flere runder fører en dialog med leverandører om alternative løsninger før det gis konkurrerende tilbud”. Det er nettopp denne dialogfasen som er det nyskapende. Utgangspunktet har jo tidligere vært et forhandlingsforbud på ethvert stadiet av prosessen. Dialogfasen åpner altså for en unik interaksjon mellom oppdragsgiver og deltakerne, men skaper samtidig en del utfordringer. Det gjelder i første rekke overholdelse av de grunnleggende prinsippene, for eksempel prinsippet om likebehandling og etterprøvnbarhet. I tillegg stilles det strenge krav til oppdragsgiver hva angår risiko for å lekke informasjon fra deltakerne, noe som igjen stiller spesielle krav til gjennomføringen av dialogfasen. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor under punkt 5.

For å sette bruken av konkurransepreget dialog i sin rette rettslige sammenheng kan det også være hensiktsmessig å gjøre rede for hvem som er *oppdragsgiver* og hva en *anskaffelse* er etter anskaffelsesregelverket. Etter lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 (heretter ”anskaffelsesloven”) § 2 og forskrift til offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (heretter ”anskaffelsesforskriften”) § 1-2 (1) gjelder regelverket først og fremst for oppdragsgivere som er ”... statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer”. Et offentligrettslig organ er et eget rettssubjekt som tjener allmennheten og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter. Et viktig moment i vurderingen er hvorvidt oppdragsgiver utfører aktiviteter som det anses som en samfunnsoppgave å utføre. Organet må også være kontrollert av offentlige myndigheter. Kontrollen kan gjennomføres på flere måter. Det avgjørende er hvilken innflytelse det

offentlige har på de beslutningene organet fatter. Kort skissert gjelder anskaffelsesregelverket for offentlige myndigheter og offentligrettslige organer, altså oppdragsgivere som ikke er underlagt kommersielle vilkår og som av denne grunn ikke har incitament til å tenke forretningsmessig som andre ved sine anskaffelser.¹

Videre heter det etter anskaffelsesforskriften § 1-3 (1) at forskriften gjelder for "... tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider". Etter lov om offentlige anskaffelser § 3 og anskaffelsesforskriften § 1-4 (a) er en kontrakt (eller en *anskaffelse*) en "gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en oppdragsgiver og en leverandør". For at en kontrakt skal anses som gjensidig bebyrdende må begge parter være forpliktet av avtalen, og forpliktelsene må være avhengige av hverandre² eller som Klagenemnda uttaler når det gjelder offentlige anskaffelser: "det sentrale er om man forplikter seg til å levere en tjeneste som motytelse...".³

1.4 Rettskilder og metode

Reglene om konkurransepreget dialog hører rettslig hjemme under lovverket om offentlige anskaffelser og er lovfestet anskaffelsesforskriften § 14-2 som et strengt unntak – slik det er for unntak ellers i EØS-retten - fra hovedregelen om åpen eller begrenset anbudskonkurranse.

Forskriftens bestemmelser om konkurransepreget dialog har sitt utspring i direktiv 2004/18/EF. Direktivet er gjennomført etter EØS-lovens § 1 som sier at "bestemmelsene i hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde skal gjelde som norsk lov" og EØS-avtalens artikkel 7 hvor det heter at "rettsakter som er omhandlet i eller

¹ Se Marianne H. Dragsten (2006) s. 24 flg.

² Ref. Sag 107/98 Teckal Srl mod Comune di Viano and AGAC di Reggio Emilia.

³ Ref. KOFA sak 2005/180.

inntatt i vedlegg til denne avtale eller i EØS-komiteens vedtak, skal være bindende for avtalepartene og skal være eller gjøres til del av deres interne rettsorden”.

Anskaffelsesforskriften er gitt med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser § 11.

En metodemessig utfordring i arbeidet med oppgaven, som samtidig er en av grunnene til at jeg valgte den, er det begrensede kildetilfanget rundt denne nyskapningen.

Anskaffelsesforskriften er naturlig nok hovedrettskilden for anvendelse av metoden, men i mangel av rettspraksis fra fellesskapsdomstolene får forarbeidsmaterialet til direktivet (Kommisjonens forklarende dokumenter, uttalelser fra Rådet m.v.), slik jeg ser det, en større betydning for tolkningen av de enkelte vilkår i forskriften.

Heller ikke i Norge er det praksis knyttet til bestemmelsen. Av norsk materiale på området er det særlig Fornyings-og administrasjonsdepartementets ”Veileder til reglene om offentlige anskaffelser”, som vel best kan karakteriseres som forvaltningspraksis, og Marianne H. Dragstens ”Håndbok i offentlige anskaffelser” som er benyttet. Det er publisert noen artikler av relevans på blant annet www.doffin.no som er benyttet som sekundærkilder, i tillegg til foredragene ”Bruk av tildelingskriterier” og ”Nytt regelverk” som Marianne H. Dragsten har laget for Advokatfirmaet Haavind Vislie. Av praksis på området for konkurransepreget dialog utenfor Norge er det fortrinnsvis saker forelagt Klagenævnet for Udbud i Danmark (klageorganet for offentlige anskaffelser) som er av interesse og en av disse sakene er blitt brukt som eksemplifisering i denne oppgaven.

På det generelle området for offentlige anskaffelser har jeg benyttet noen avgjørelser fra EF-domstolen for å belyse hvordan tolkningen skal foretas også av norske rettsanvendere. Utover dette har jeg brukt saker fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter ”KOFA”), især ved gjennomgangen av de grunnleggende prinsippene, se nedenfor under punkt 5. 3.

1.5 Videre fremstilling

Jeg vil i min videre fremstilling først gjøre rede for den rettslige sammenhengen som ga grunnlaget for utarbeidelse av det regelverket vi har om konkurransepreget dialog i Norge i

dag (punkt 2). Deretter vil forholdet til de øvrige anskaffelsesformene bli behandlet for å sette konkurransepreget dialog i sin rette kontekst (punkt 3). Det rettslige grunnlaget og grunnvilkårene som legitimerer for bruk av konkurransepreget dialog samt gjennomføringen av metoden (inkludert de grunnleggende prinsippene) vil utgjøre hovedtyngden av avhandlingen (punkt 4 og 5). Etter dette tar jeg for meg et praktisk tilfelle i forbindelse med bruken av konkurransepreget dialog (punkt 6) før jeg avslutter med noen betraktninger rundt den fremtidige betydningen av metoden (punkt 7).

2 RETTSLIG PLASSERING

2.1 EØS-avtalen

Formålet med EØS-avtalen er å gjøre EFTA-statene til en integrert del av det indre markedet, underkastet det samme rettslige regime som EU-statene. Gjennom EØS-avtalen har Norge overtatt en stor del av EF-retten, og forpliktet seg til å gjennomføre den i norsk rett, og håndheve den lojalt på samme måte som EU-statene gjør.⁴ Formålet med EØS-avtalen er å få et ensartet samarbeid mellom medlemsstatene slik at landegrensene ikke lenger er en hindring for muligheten til adgangen til for eksempel få arbeide, etablere seg, yte tjenester eller motta helsehjelp. Hensikten er å skape en homogen anvendelse av reglene for at samarbeidet skal fungere effektivt uten at det nasjonale regelverket skal sette grenser – det indre markedet skal fungere mest mulig som et nasjonalt marked. På området for offentlige anskaffelser åpner EØS-reglene for at oppdragsgivere skal kunne søke etter kvalifiserte leverandører utenfor landegrensene, noe som gir større valgfrihet og økt konkurranse.

Norge er etter EØS-avtalen artikkel 7 forpliktet til å gjennomføre visse rettsakter som er vedtatt i EU. Direktiver er etter EØS-avtalen artikkel 7 (sml. EF-traktaten artikkel 249) kun bindende for medlemsstatene ”med hensyn til sin målsetting” slik det uttrykkes i EF-traktaten artikkel 249. Med dette forstås det at det er opp til nasjonale lovgivere å bestemme mål og midler for gjennomføring så lenge formålene bak direktivet blir oppfylt. Dette kommer jeg kort nærmere inn på under punkt 2.3.2 nedenfor.

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlige tjenesteytelser (heretter

⁴ Se Sejersted (2004) innledningsvis.

”anskaffelsesdirektivet”) gjennomført og gjort til norsk rett i forskrift til offentlige anskaffelser 1. januar 2007.

2.2 Anskaffelsesdirektivet

Anskaffelsesdirektivet ble utformet fordi de dagjeldende direktiver 92/50/EF, 93/36/EF og 93/37/EF viste seg ineffektive og ikke fleksible nok i forhold til det behovet som meldte seg på det stadig voksende markedet for offentlig innkjøp. Som det fremgår av direktivets fortale premiss 1, se nedenfor, er det både offentlige oppdragsgivere og økonomiske aktører som uttrykker behov for modernisering og forenkling. For det første er det slik at kompetansen og spesialiseringen stadig økes hos private aktører, slik at flere kan delta i konkurransen om en anbudskontrakt med en offentlig oppdragsgiver. Men det er også slik at det er stadig mer avanserte løsninger som etterspørres fordi teknologien er i rasende utvikling og krever effektive og mindre ressurskrevende gjennomføringsprosedyrer for at ikke prosessen skal bli for langtekkelig og kostnadskrevende.

Anskaffelsesdirektivet viderefører prinsippene fra det tidligere anskaffelsesdirektivet vedrørende de tradisjonelle formene for offentlige anskaffelse. Hovedformålet med direktivet er å forenkle og modernisere regelverket og gjøre regelverket mer transparent.⁵ At det forelå et behov for konsolidering og forenkling av de tidligere direktiv vedrørende offentlige innkjøp kommer videre frem av direktivets fortale i premiss 1 som sier at:

”... i forbindelse med de nye endringer...som er nødvendige for at imødekomme de krav om forenkling og modernisering, der er fremsat af både de ordregivende myndigheder og de økonomiske aktører...,bør direktiverne for klarhedens skyld omarbejdes til én samlet tekst.”□

⁵ Se bl.a. Thomas Nordby og Cecilie B. Lindseth, “Public Procurement” (2007).

I fortalen oppstilles formålsbetraktningene som gjør rede for hva Kommisjonen og Rådet mener er de vesentligste hensyn og hensikter bak direktivets utforming. I direktivets fortale i premiss 1 (2 setning) heter det at:

“Det foreliggende direktiv er baseret på Domstolens retspraksis, navnlig retspraksis vedrørende tildelingskriterier, som klarlegger de ordregivende myndigheters muligheter for at opfylde den relevante offentligheds behov”

Dette premisset gir uttrykk for at det over en periode i domstolen har blitt reist tvister vedrørende offentlige innkjøp som har gjort det klart at det ikke fantes et regelverk som greide å imøtekomme alle de behov som kom etter hvert som markedet utviklet seg. De eksisterende reglene viste seg på mange måter å ikke være fleksible i tilstrekkelig grad slik at alle kontraktstyper kunne oppnå tilfredsstillende løsninger. EF-domstolen tok da på seg rollen å utfylle og utvikle det manglende regelverket slik den har gjort på andre områder som senere er underlagt harmonisering.

2.2.1 EF-rettens grunnleggende prinsipper og målsetting som bakgrunn for tolkning av anskaffelsesdirektivet

Bak utformingen av anskaffelsesdirektivet ligger det hensyn og formål som – med en EF-rettslig metodetilnærming - nærmest kan anses som metaregler for de materielle bestemmelsene som følger av direktivet. Formålsbetraktningene har til hensikt at bestemmelsene oppfyller de formålene som ligger bak utformingen.

Direktivet spesifiserer i fortalens premiss 2 at tildelingen av en kontrakt skal skje etter å ha hensyntatt:

”traktatens prinsipper ...såsom principperne om likebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsiktighet”.

Med dette menes at en tildeling av en offentlig kontrakt skal skje i tråd med de grunnleggende prinsippene for EU-traktatens formål og prinsipper som ligger bak enhver av de materielle bestemmelsene som følger av EØS-avtalen. Jeg vil ta for meg disse hensynene nærmere under punkt 5.6 nedenfor.

Direktivets fortale gir videre et uttrykk for at det er et viktig hensyn under gjennomføring av de nye reglene at konkurransen ikke blir vridd i forhold til private leverandører der det offentlige opptrer som potensiell tilbyder. At medlemsstatene skal forhindre dette under gjennomføringen av direktivet følger av premiss 4 som sier at:

“Medlemsstatene bør sørge for, at det forhold, at et offentligretlig organ afgiver tilbud i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke forårsager konkurrenceforvridning i forhold til private tilbudsgivere”.

Formålet med offentlige kontrakter er å finne frem til de løsninger som gjør at offentlige midler utnyttes best mulig gjennom kostnadseffektive innkjøp og samtidig bidra til å utvikle et konkurransedyktig næringsliv. Dette kan også leses ut av premiss 2 som sier at formålet bak offentlige kontrakter er å ”garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter”. Nettopp derfor er det av stor betydning at offentlige leverandører som stiller i konkurranse med private ikke har fordeler på grunn av sin posisjon som offentlig aktør slik at de vinner anbudet på forutsetninger de private ikke har.

2.3 Gjennomføringen av avtalen etter norsk rett

2.3.1 Innledende bemerkninger

EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994. Hovedformålet med avtalen var å utvide EUs indre marked til å omfatte EFTA-statene, så langt det lot seg gjøre uten at de ble medlemmer av EU. I stedet for at landene ble fullverdige medlemmer av EU og av den grunn måtte gi avkall på suveren lovgivningsmyndighet, fungerer EØS-avtalen som en mellomløsning for EFTA-statene. Kjernen i EØS-avtalen er EUs regler om de fire friheter og konkurranse, som nesten i sin helhet er kopiert under EØS-avtalen. Gjennom EØS-avtalen tar Norge del i det indre markedet og får nytte godt av godene det medfører.

Det meste av EØS-retten er regler som tar sikte på å gi private rettigheter eller pålegge dem plikter, noe som stiller omfattende krav til gjennomføring for å sikre effektivitet og

rettsforutsigbarhet. Norge forplikter seg følgelig etter EØS-avtalen artikkel 3 til å treffe alle de tiltak som er ”egnet til å oppfylle forpliktelsene som følger av denne avtale” og til å ”avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare”. Målene er nedfelt i EØS-avtalens artikkel 1 og dreier seg om å tilpasse nasjonale regelverk etter Fellesskapets regler slik at det kan oppnås ett homogenisert samarbeidsområde. Hovedformålet er at det indre markedet så langt det lar seg gjøre skal ha samme karakteristika og fungere som et nasjonalt marked – altså uten unødvendige hindringer for vare- og tjenesteflyt. Denne ensartetheten skal oppnås gjennom blant annet like konkurransevilkår og overholdelse av samme regler. Videre må EØS-bestemmelsen tolkes likt både i EU og i EFTA for å oppnå et slikt ensartet samarbeid. Meningen er å løpende tilpasse seg rettsutviklingen i EU.⁶

2.3.2 Gjennomføring til norsk rett - forskrift til lov om offentlige anskaffelser

2.3.2.1 Innledning

Anskaffelsesdirektivet trådte i kraft i EU 30. april 2004 og innfører nye prosedyreregler for offentlige anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider, og innebærer en videreutvikling av tre eksisterende direktiver (direktiv 92/50/EØF, 93/96/EØF og 93/37/EØF). Formålet med anskaffelsesdirektivet er å forenkle og modernisere regelverket og samle alt regelverk i ett direktiv. Gjennomføringen av anskaffelsesdirektivet i norsk rett krevde ikke lovendringer, men innebar en rekke endringer i forskriften om offentlige anskaffelser. Dette gjaldt blant annet innføring av nye anskaffelsesprosedyrer, elektronisk kommunikasjon, regler om rammekontrakter og endringer i reglene om vekting av tildelingskriterier.⁷

2.3.2.2 Gjennomføring av EU-rettens rettsakter

Så lenge det materielle innholdet i den nasjonale rett stemmer overens med innholdet av direktivet står nasjonale myndigheter fritt til å gjennomføre direktivet på den måten de anser det mest hensiktsmessig. Dette følger av EØS-avtalen artikkel 7b hvor det heter at

⁶ Se Sejersted (1996) s. 59.

⁷ Se Innst. S. nr. 60 (2006/2007) og St.prp. nr. 2 (2006/2007).

”... en rettsakt som tilsvarer et EØF-direktiv skal overlate til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen”.

Etablert praksis i EF-domstolen krever at gjennomføringen må baseres på det ulovfestede krav om at rettstilstanden blir klar og utvetydig og samtidig gjør det mulig for borgerne å forutberegne sin rettsstilling.

Det var ved gjennomføringen av anskaffelsesdirektivet valgfritt fra de lovgivende organer i EU om man så det som hensiktsmessig på nasjonalt nivå å innføre de nye reglene også over EØS-terskelverdiene. Dette direktivet er et minimumsdirektiv som lar det være opp til medlemsstatene om de vil gjennomføre direktivets bestemmelser i strengere grad enn det direktivet selv pålegger. Den tidligere anskaffelsesforskriften hadde omfattende og kompliserte regler om fremgangsmåter det offentlige må følge når det skal gjøre innkjøp og i tillegg til å implementere anskaffelsesdirektivet i tråd med våre forpliktelser har det derfor vært et viktig mål for nasjonale myndigheter å forenkle deler av regelverket og å gi innkjøperne økt fleksibilitet.⁸

Anskaffelsesforskriften ble vedtatt 7. april 2006 og trådte i kraft 1. januar 2007.⁹ Den inneholder flere nyskapinger hva angår måten man kan utlyse, gjennomføre og avslutte en anbudskonkurranse på.

2.4 Kort om nyskapingene

2.4.1 Innledning

Det var ved gjennomføringen av direktivet frivillig om man ønsket å åpne for dynamiske innkjøpssystemer og elektroniske auksjoner. Som et viktig ledd i regjeringens satsing på elektronisk handel, og i arbeidet med å modernisere offentlig sektor og samtidig få mer

⁸ Se Ot.prp.nr. 62 (2005-2006).

⁹ Bakgrunnen for forskyvningen av ikrafttredelsen er at Liechtenstein ikke ville innlemme direktivet i EØS-avtalen av formelle grunner. Norge gjennomførte i påvente av det, men kunne ikke la forskriften tre i kraft.

effektive innkjøpsprosesser – som er en stor del av formålet bak utformingen av direktivet, jfr. ovenfor - ønsket daværende Moderniseringsdepartementet å åpne for alle de nye bestemmelsene.¹⁰

Direktivet åpner blant annet for elektroniske anskaffelser, hvor hele prosessen fra kunngjøring, utsendelse av konkurransegrunnlag, spørsmål, tilbudsinnlevering og til evaluering skal kunne gjennomføres elektronisk. Det åpnes dessuten for å benytte dynamiske innkjøpsordninger og elektroniske auksjoner og det klargjør bruken av rammeavtaler og innfører nye anskaffelsesprosedyrer. Siden konkurransepreget dialog kun er én av nyskapningene på området for offentlige anskaffelser, ønsker jeg å kort sette metoden i sammenheng med de øvrige nyskapningene etter direktivet og gjør derfor helt kort rede for noen av disse nedenfor.

2.4.2 E-auksjon

En elektronisk auksjon defineres etter anskaffelsesforskriftens § 4-2 h som ” ... en elektronisk prosess hvor det etter en første fullstendig vurdering av tilbudene, slik at de kan rangeres med metoder for automatisk vurdering, gjennomføres en gjentagende prosess hvor priser eller nye verdier for visse elementer i tilbudene kan justeres”.

Elektronisk auksjon er ingen fullstendig prosedyre, men kan brukes for å avslutte konkurransen i en åpen eller begrenset anbuds konkurranse, konkurranse med forhandling, gjenåpning av konkurransen ved rammeavtaler og dynamisk innkjøpsordning. Forut for auksjonen må leverandørene være kvalifisert og tilbudene evaluert. Elektronisk auksjon forutsetter en betydelig grad av presisjon. Oftest brukes metoden ved bruk av tildelingskriteriet ”laveste pris”. Den kan også benyttes der ”økonomisk mest fordelaktig tilbud” er utvelgelseskriteriet. Det forutsettes derfor at evalueringen i konkurransen bygger på et svært presist utformet konkurransegrunnlag og vurdering av tilbudene slik at man er

¹⁰ Ref. Doffin (2005).

trygg på at de grunnleggende prinsippene til ikke-diskriminering, forutsigbarhet og etterprøving ivaretas.¹¹

2.4.3 Dynamisk innkjøpsordning

En dynamisk innkjøpsordning defineres etter anskaffelsesforskriftens § 4-2 e som ”en fullstendig elektronisk prosess for å foreta ordinære anskaffelser, hvis karakteristikk, slik de foreligger på markedet, oppfyller den offentlige oppdragsgiverens krav. Ordningen er begrenset i varighet og er åpen i gyldighetsperioden for alle leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene, og som har levert et veiledende tilbud som er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget”.

Dynamisk innkjøpsordning er en helt ny form for innkjøp. Som det fremgår av definisjonen, vil ordningen kunne benyttes for standardiserte kjøp, og vil antagelig være mest praktisk i forbindelse med gjentakende kjøp (for eksempel kontorrekvisita). Alle leverandører som oppfyller kvalifikasjonskriteriene og som har levert et veiledende tilbud i samsvar med betingelsene for konkurransen, skal tas opp i ordningen. Anskaffelsene gjennomføres utelukkende ved bruk av elektroniske midler. Dynamisk innkjøpsprosess kan ikke brukes for anskaffelser som forutsetter tilpassninger til oppdragsgiveren.

Bakgrunnen for denne nye ordningen er at oppdragsgiver ved bruk av elektroniske anskaffelsesmåter på en billig og rask måte får tilgang til, og kan evaluere tilbudsinformasjon fra en stor mengde firmaer. Gjennom et system for å ha flest mulige tilbud fra leverandører tilgjengelig til enhver tid, sikres størst mulig konkurranse.¹²

2.4.4 Rammeavtaler

En rammeavtale er etter anskaffelsesforskriften § 4-2 f en ”... avtale inngått mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører som har til formål å fastsette

¹¹ Ref. Doffin (2007).

¹² Ref. Doffin (2005).

vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode, særlig med hensyn til pris og eventuelt planlagte mengder”.

Det var før anskaffelsesdirektivet ingen bestemmelser om rammeavtaler i direktivene eller i den norske forskriften for offentlige anskaffelser. Rammeavtaler har likevel vært brukt i stor utstrekning med rettslig forankring i EF-domstolens praksis, men bruken av enkelte typer rammeavtaler har vært omdiskutert.¹³ Anskaffelsesdirektivet har nå bestemmelser om inngåelse av rammeavtaler, og om prosedyrer for tildeling av kontrakter som er basert på rammeavtalen. Har oppdragsgiver inngått rammeavtale i tråd med anskaffelsesforskriftens regler, kan han deretter foreta direkte bestillinger innenfor rammeavtalens grenser uten først å kunngjøre disse. Motsatt vil innkjøp i henhold til rammeavtalen være en ulovlig direkteanskaffelse dersom rammeavtalen ikke er inngått i tråd med anskaffelsesregelverket.¹⁴

Rammeavtaler kan som en klar hovedregel ikke ha en lengre varighet enn fire år. Av hensyn til konkurransen stilles det også krav om at oppdragsgivere ikke må misbruke eller bruke rammeavtaler på en måte som kan hindre, begrense eller fordreie konkurransen.

2.4.5 Konkurranspreget dialog – et foreløpig riss

Konkurranspreget dialog er en nyskapning på området for offentlige anskaffelser. En konkurranspreget dialog defineres etter anskaffelsesforskriftens § 4-2 c som en ”... anskaffelsesprosedyre hvor oppdragsgiver i en eller flere runder fører en dialog med leverandører om alternative løsninger før det gis konkurrerende tilbud”.

¹³ KOFA har konkludert med at rammeavtaler som ikke inneholder en fordelingsnøkkel eller mekanisme for tildeling av bestillinger på rammeavtalen, er i strid med kravene om gjennomsiktighet og etterprøvbarhet

http://www.nyheter.doffin.no/index.php?path=2&resource_id=194.

¹⁴ Se Marianne H. Dragsten (2006) s. 98.

I motsetning til e-auksjon – som er en avslutning av en prosess - er konkurransepreget dialog en ny prosedyre for gjennomføring av en anbudskonkurranse. Og i motsetning til dynamisk innkjøpsordning som dreier seg om standardiserte kjøp som ikke åpner for tilpasning partene i mellom, er konkurransepreget dialog en fleksibel anskaffelsesform som skreddersyr løsningen oppdragsgiver etterspør. Jeg vil gå gjennom grunnvilkårene for bruk av metoden i punkt 4 og deretter gå gjennom selve gjennomføringen av en konkurranse etter reglene om konkurransepreget dialog i punkt 5 nedenfor.

Konkurranseformen er som nevnt ny og ble første gang introdusert i anskaffelsesdirektivet, og gjennomført i norsk rett i anskaffelsesforskriften 1. januar 2007. Det foreligger derfor få rettskilder på området for hvordan konkurransepreget dialog skal gjennomføres. Man kan få noe veiledning i Kommisjonens notat CC/2005/04 som redegjør for forståelsen av bestemmelsene vedrørende konkurransepreget dialog i direktivet. Ellers er temaet foreløpig spinkelt og i begrenset utstrekning berørt i juridisk litteratur.

Fornyings-og administrasjonsdepartementet har som nevnt skrevet en ”Veileder til reglene om offentlige anskaffelser” som behandler konkurranseformen noe, det samme gjør Marianne H. Dragstens ”Håndbok i offentlige anskaffelser”. Det danske Klagenævnet for udbud har i hvert fall behandlet én sak vedrørende konkurransepreget dialog i sak 2006-0007115, som jeg tar for meg til en viss grad nedenfor under punkt 5. Utover disse kildene må uklarheter løses gjennom fremtidig rettspraksis.

3 VALG AV ÅPEN ELLER BEGRENSET KONKURRANSE, KONKURRANSE MED FORHANDLING ELLER KONKURRANSEPREGET DIALOG

3.1 Innledning

Oppdragsgiver må allerede på planleggingsstadiet bestemme seg for hvilken konkurranseform som skal benyttes ved gjennomføringen av konkurransen. Når han har bestemt seg for en form og kunngjort denne, vil han være bundet av valget sitt. Dersom oppdragsgiver angrep på dette valget, må konkurransen som en hovedregel avlyses før det kan igangsettes en ny. Dette innebærer at det tidsmessig så vel som økonomisk kan ha store konsekvenser for oppdragsgiver – og selvsagt også for interesserte leverandører - dersom ikke riktig form blir valgt allerede fra begynnelsen av. Denne situasjonen reiser også spørsmål om potensiell erstatningsplikt overfor leverandørene for den negative kontraktsinteresse. Som nevnt i avgrensningen forfølger jeg ikke det videre i denne oppgaven.

3.2 Hovedregelen

Hvilken konkurranseform som bør anvendes avhenger blant annet av anskaffelses art og markedssituasjonen. Dersom anskaffelsens anslåtte verdi overstiger de såkalte EØS-/WTO- terskelverdiene angitt i anskaffelsesforskriften § 2–2, er hovedregelen at åpen eller begrenset anbudskonkurranse skal benyttes. Anskaffelsesforskriften § 14-1 (1) sier at ”[a]nskaffelsen skal foretas ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse”. At anskaffelsen ”skal” skje på denne måten uttrykker at det kun er i unntakstilfellene som nevnt i § 14-1 (2) og (3) at andre former for konkurranse kan benyttes. Hensynene bak hovedregelen om åpen eller begrenset anbudskonkurranse er at disse anbudsførmene antas å best ivareta de grunnleggende prinsippene, se nedenfor under punkt 5.6, som er viktige verktøy for å oppnå målet om reell konkurranse.

Etter anskaffelsesforskriftens § 21-1 (1) er det et forhandlingsforbud ved åpen og begrenset anbudskonkurranse. Formålet er å sikre likebehandling av leverandørene, gjennomsiktighet og reell konkurranse. Et slikt forbud innebærer at det ikke er tillatt å endre tilbudene etter tilbudsfristens utløp. Det må imidlertid trekkes en grense mellom det som anses som

forbudte forhandlinger og tillatte avklaringer etter anskaffelsesforskriftens § 21-1 (2). Tillitten til anbudssystemet tilsier at grensen for tillatte avklaringer er restriktiv¹⁵, og fører til at mange tilbud blir avvist med den begrunnelsen at grensen mellom forbudte forhandlinger og tillatte avklaringer er overtrådt.

Forhandlingsforbudet er ett av to avgjørende punkter som gjør åpen konkurranse uegnet for de særlige komplekse kontrakter, typisk innenfor området for store OPS-prosjekter¹⁶, infrastruktur-prosjekter eller omfattende IT-kontrakter. Nettopp dette er de kontraktstyper som skapte behovet for den nye konkurranseformen konkurransepreget dialog. Det vil for oppdragsgiveren for disse prosjektene være vanskelig, ofte umulig, allerede på kunngjøringsstadiet å utarbeide et fullstendig konkurransegrunnlag som klargjør alle de behov og krav oppdragsgiveren har for å få sitt prosjekt tilfredsstillende ferdigstilt. Når oppdragsgiver da i tillegg er fraskåret muligheten til å kunne føre en dialog med deltakerne for å detaljregulere det som er oppstilt i konkurransegrunnlaget før tilbud er akseptert, er oppdragsgiver nærmest uten mulighet til å få imøtekommet sine behov for å få realisert sitt prosjekt i tråd med sine krav. Av den grunn er det for disse oppdragsgivere av stor betydning at det nå har kommet inn en ny anskaffelsesform som nettopp er utarbeidet med tanke på å hensynta disse spesielle behovene oppdragsgiver har for å få skreddersydd sitt prosjekt sammen med leverandøren.

Det andre punktet av avgjørende betydning og som illustrerer at hovedregelen om åpen anbudskonkurranse ikke passer for disse prosjektene er at det ikke foretas prekvalifisering. Åpen anbudskonkurranse tillater alle interesserte leverandører å gi tilbud.¹⁷ Oppdragsgiver kan ved denne anbudsformen ikke avslå og sende konkurransegrunnlaget ut til noen, eller nekte å motta tilbud fra noen.

¹⁵ Se Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2006) s. 149.

¹⁶ Offentlig-privat samarbeid mellom næringslivet og det offentlige hvor en offentlig tjeneste utvikles og/eller drives av private etter forespørsel fra det offentlige, der risikoen fordeles mellom offentlig og privat sektor.

¹⁷ Se anskaffelsesforskriften § 4-2 (a).

For oppdragsgivere som utlyser konkurranse på omfattende prosjekter som inneholder svært mye informasjonsmateriale er det uheldig å bli nektet adgang til prekvalifisering av deltakere. For det første innebærer det at oppdragsgiver må ha et fullstendig konkurransegrunnlag klart allerede på kunngjøringstidspunktet (se nedenfor under punkt 5.1 om konkurransegrunnlag). For de særlig komplekse prosjektene er dette i mange tilfelle nærmest umulig å gjennomføre i tilfredsstillende grad fordi oppdragsgiver regelmessig er avhengig av tilbakemelding og dialog med deltakerne for å få spesifisert og vurdert hvorvidt hans behov kan bli realisert. For det andre betyr en åpen anbudskonkurranse at oppdragsgiver plikter å vurdere samtlige tilbud som kommer inn fra potensielt kvalifiserte deltakere. Dette innebærer at oppdragsgivere får en enorm ressursbelastning i de situasjoner hvor det er mange deltakere som tilfredsstiller kravene i konkurransegrunnlaget. For de tilfeller hvor prosjektet er særlig kompleks, vil det være vanskelig på et så tidlig stadium å finne frem til riktig leverandør siden oppdragsgiver er tvunget til å utelukkende basere tildelingen av kontrakten på det skriftlige tilbudet fra deltakerne.

Når det gjelder adgangen til å på forhånd luke ut deltakere vil en begrenset anbudskonkurranse i større grad ivareta behovene til de komplekse kontraktene. En begrenset konkurranse tillater bare de leverandører som er invitert av oppdragsgiver til å gi tilbud.¹⁸ Alle interesserte leverandører kan levere inn forespørsel om å få delta i konkurransen, sammen med dokumentasjon på at de er kvalifisert. Oppdragsgiver vurderer så om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene som er oppstilt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Deretter inviterer oppdragsgivere de kvalifiserte leverandørene, eller et utvalg av disse til å levere inn tilbud.

I motsetning til åpen anbudskonkurranse vil begrenset anbudskonkurranse i noe større grad imøtekomme behovene til en oppdragsgiver som utlyser en konkurranse for et særlig komplekst prosjekt. Her vil oppdragsgiver ha mulighet til å sortere ut deltakere på forhånd

¹⁸ Se anskaffelsesforskriften § 4-2 (b).

slik at han kan spare både tid og ressurser ved å ikke være tvunget til å vurdere alle som potensielt kan være kvalifisert, slik som ved åpen anbudskonkurranse, men forhandlingsforbudet tilsier allikevel at heller ikke denne anbudskonkurranse vil gi tilfredsstillende løsninger for oppdragsgiveren for de omfattende prosjektene som dannet bakgrunnen for behovet for den nye konkurranseformen konkurransepreget dialog.

3.3 Unntakene

Selv om anskaffelsen som hovedregel enten skal gjennomføres med en åpen eller begrenset anbudskonkurranse, er det slik at denne hovedregelen ikke kan være ubetinget. Det finnes et stort antall anskaffelser, som alle har sine særegenheter og behov som gjør at det for en del av disse må være tillatt med en mer tilpasset anskaffelsesform.

Etter det norske anskaffelsesregelverket finnes det i dag tre unntak fra hovedregelen; konkurransepreget dialog etter anskaffelsesforskriftens § 14-2, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring etter § 14-3 og konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 14-4.

Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring etter anskaffelsesforskriften § 14-3 og konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter anskaffelsesforskriften § 14-4 gir oppdragsgiver adgang til å forhandle med leverandørene om alle sider ved tilbudet, noe som ikke er tillatt ved åpen eller begrenset konkurranse, slik jeg var inne på ovenfor. Konkurranse med forhandling er unntak fra hovedregelen og på grunn av risikoen for å overtre noen av de grunnleggende prinsippene som ligger bak bestemmelsene, stilles det derfor strenge krav til forhold rundt anskaffelsen og anskaffelsen som sådan for å legitimere at vilkårene som åpner for bruk av metoden er oppfylt.

For konkurranse med forhandling *uten* forutgående kunngjøring er det klart at anvendelsesområdet må anses å være enda mer snevert enn for konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. Siden en kunngjøring er et viktig steg for å oppnå det viktige prinsippet om å skape reell konkurranse i markedet og på den måten gjøre konkurransen tilgjengelig for alle kvalifiserte leverandører, er det av stor betydning at

det ikke er en åpning for oppdragsgivere til ubetinget å benytte seg av bestemmelsen. Det er oppdragsgiver selv som har bevisbyrden for at vilkårene for å benytte unntaksbestemmelsen er oppfylt. Som på andre unntaksområder er det sikker praksis at disse reglene skal tolkes restriktivt.¹⁹

3.3.1 Et viktig skille mellom konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog

Et forhold som skiller konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog er spesifiseringen av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Mange oppdragsgivere er i villrede når det gjelder hvilke tildelingskriterier de skal ta inn i konkurransegrunnlaget fordi de ikke har en klar formening om hva de skal kjøpe. Dette kan være problematisk for oppdragsgivere blant annet i forhold til kravet om forutberegnelighet i og med at tildelingskriteriene som et klart utgangspunkt av den grunn ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp.²⁰ For konkurranse med forhandling må kontrakten tildeles etter de på forhånd fastsatte tildelingskriterier, og tildelingskriteriene må være klare og tydelige nok til at leverandørene kan klare å utarbeide et tilbud som baserer seg utelukkende på disse.

For konkurransepreget dialog er dette annerledes. Ved denne metoden vil ikke oppdragsgiver ha tildelingskriteriene klare før etter å ha mottatt løsningsforslag fra de inviterte deltakere. Men selv om oppdragsgiveren ikke har gjort seg opp en mening om hva hans nøyaktig trenger, bør han være i stand til å vite hvilke behov kontraktsgjenstanden skal dekke. Dette følger også av anskaffelsesforskriften § 22-2 (2) hvor det heter at ved valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet skal "...det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden". Når det gjelder konkurransepreget dialog antar jeg det er mest hensiktsmessig for oppdragsgiver å anse konkurransegrunnlaget for å være en behovsspesifikasjon som kun dekker det minimum av hva oppdragsgiver kan tenkes å måtte definere av behov. I denne behovsspesifikasjonen bør tildelingskriteriene være ganske løse begreper (eksempelvis "anskaffelseskostnad", "levetidskostnad",

¹⁹ Se Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2006) s. 89.

²⁰ Se Anskaffelsesforskriften § 8-2.

"driftssikkerhet", "erfaring med tilbudt løsning", "miljømessighet") som da åpner for at oppdragsgiver – *etter å ha bestemt seg* for hva han er ute etter – presiserer tildelingskriteriene og på den måten gir en nærmere utdyping av de løse begrepene i behovsspesifikasjonen.

3.4 Valg av konkurranseform og betydningen av det – forholdet til konkurransepreget dialog

Selv om unntakene ovenfor åpner for at oppdragsgiver kan fravike hovedregelen i visse situasjoner og for spesielle anskaffelser, er det likevel klart at unntaksbestemmelsene om konkurranse med forhandling heller ikke dekker alle anskaffelser som ikke omfattes av hovedregelen. Verken hovedreglene eller konkurranse med forhandling dekker situasjoner hvor anskaffelsen i seg selv er *regulær* og situasjonen rundt anskaffelsen *normal*, men prosjektet er for kompleks og omfattende til at oppdragsgiver kan gjennomføre en tilfredsstillende konkurranse uten ekstra interaksjon med de prekvalifiserte deltakerne. Dette behovet for en ekstra samhandling skapte grunnlaget for den nye anskaffelsesformen konkurransepreget dialog.

Regelen om konkurransepreget dialog er en snever unntaksbestemmelse fordi oppdragsgiver her gis mulighet til å drøfte alle aspekter rundt kontrakten før avtaleinngåelse, noe som er i sterk kontrast til hovedregelen om åpen eller begrenset anbudskonkurranse. For at oppdragsgiver skal kunne få tilstrekkelig informasjon om hvilke løsninger som kan passe sitt prosjekt vil det være en fordel ved særlig komplekse kontrakter å ha en mulighet til å føre en dialog med leverandørene på et tidlig stadium i anskaffelsen. Ettersom slik dialog er forbudt i åpen og begrenset anbudskonkurranser og konkurranse med forhandling kun kan benyttes i unntakstilfelle, aksepteres konkurransepreget dialog som en ny konkurranseform etter at det har vokst frem et behov for å innføre en mer fleksibel prosedyre for slike komplekse kontrakter.

4 KONKURRANSEPREGET DIALOG - RETTSLIG GRUNNLAG OG GRUNNVILKÅR

4.1 Grunnvilkårene i et fugleperspektiv

Etter anskaffelsesforskriftens § 14-2 heter det at

”(1) Oppdragsgiver kan benytte konkurransepreget dialog ved tildeling av særlig komplekse kontrakter.

(2) En kontrakt er særlig kompleks når oppdragsgiver ikke er i stand til:

- a. i samsvar med § 17-3 (krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner) tredje ledd objektivt å presisere de tekniske vilkår, som kan oppfylle deres behov og formål, eller
- b. objektivt å presisere de rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt”.

Konkurransepreget dialog er et snevert unntak fra hovedregelen om åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Fordi konkurranseformen åpner for friheter som de øvrige konkurranseformer ikke har og fordi den skaper en viss risiko for at oppdragsgiver kan utnytte seg av denne friheten, er det strenge vilkår knyttet til bruken av metoden.

”... Særlig komplekse kontrakter”

For det første er det et krav til kontraktens beskaffenhet at den i seg selv er så omfattende og uoversiktlig at hovedreglene ikke kan gi oppdragsgiver tilfredsstillende løsninger. For å vurdere kontraktens kompleksitet må det foretas en helhetsvurdering av alle elementer rundt kontrakten. Jeg vil nedenfor under punkt 4.2 ta for meg hva som gjør en kontrakt ”særlig kompleks”.

”... Ikke i stand til å presisere behov eller forhold på forhånd”

Dette vilkåret gir uttrykk for en objektiv norm hvor det ikke er oppdragsgivers egen oppfatning av hvorvidt han er i stand til presisere sine behov som er avgjørende. Det er markedssituasjonen generelt og de objektive forhold rundt kontrakten som avgjør hvorvidt det kan godtas at oppdragsgiver ikke i tilstrekkelig grad kan gjøre rede for hvilke løsninger som kreves for å imøtekomme hans behov. Dette vil ta for meg under punkt 4.3 nedenfor.

”... Tekniske vilkår”

Dette vilkåret retter seg mot det ovennevnte vilkåret ”ikke i stand til å presisere på forhånd”. Tekniske vilkår i prosjektet er en av tre godkjente forhold oppdragsgiver kan påberope seg å ikke være i stand til å presisere i tilstrekkelig grad på forhånd. Teknisk kompleksitet kan dreie seg om alt fra hvilke materialer som skal brukes, til hvilke av flere potensielle løsninger som vil gi det beste resultat. Dette går jeg gjennom i punkt 4.4 nedenfor.

”... Rettslige og/eller finansielle forhold”

Begrepet rettslig og/eller finansielle forhold er de to siste forhold som retter seg mot det oppdragsgiver ”ikke er i stand til å presisere på forhånd”. Disse forholdene vil typisk kunne gjøre seg gjeldende for de særlig komplekse kontrakter som begrunner bruken av konkurransepreget dialog. Prosjektene er ofte svært uoversiktlige i innledningsfasen, og det kan oppstå mange spørsmål av både rettslig og finansiell art avhengig av hvilke løsningsforslag deltakerne gir oppdragsgiver. Disse spørsmålene er av stor betydning for hvorvidt prosjektet kan gjennomføres, og jeg gjør rede for typiske rettslige og finansielle forhold under punkt 4.5 nedenfor.

4.2 Særlig komplekse kontrakter

I anskaffelsesforskriftens § 14-2 punkt 1 heter det at:

”Oppdragsgiver kan benytte konkurransepreget dialog ved tildeling av særlig komplekse kontrakter”.

Bakgrunnen for det nye regelverket om konkurransepreget dialog var som jeg har vært inne på tidligere at de dagjeldende regler om offentlige anskaffelser ikke var tilstrekkelig fleksible i forhold til disse særlig komplekse prosjekter eller anskaffelser som IT-kontrakter, transportinfrastrukturprosjekter eller dersom det generelt gjelder en anskaffelse på et område hvor den teknologiske utviklingen går raskt.²¹ Det ble avdekket et behov for

²¹ Se Marianne H. Dragsten ”Nytt regelverk”.

oppdragsgiver til å få mulighet til å drøfte alle aspekter som objektivt kunne anses nødvendig for å klargjøre deres krav overfor leverandørene i forhold til anskaffelsen. Det oppstod derfor et reelt behov for en alternativ anbudsmetode for de anskaffelser der en åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke vil gi en tilfredsstillende løsning. Dette behovet følger av anskaffelsesdirektivets artikkel 29 (1) som sier at:

“I tilfælde af særligt komplekse kontrakter kan medlemsstaterne fastsætte, at de ordregivende myndigheder, i den udstrækning de mener, at anvendelse af et offentligt eller af et begrænset udbud ikke gør det muligt at indgå en kontrakt, kan gøre brug af konkurrencepræget dialog”.

I en sak om tildeling av en offentlig kontrakt om tilslutning til og bruk av et landsdekkende radiobasert telekommunikasjonsnett som var oppe i det danske Klagenævnet for Udbud anførte oppdragsgiver – Økonomistyrelsen - følgende momenter som begrunnelse for at oppdraget måtte anses som komplekst og derved begrunne bruk av konkurransepreget dialog:

”Kompleksiteten understreges af, at Økonomistyrelsen ved udbuddets start eksempelvis ikke havde viden om:

- hvilke teknologier markedet ville tilbyde
- med hvilke radiofrekvenser markedet ville byde
- om der ville blive tilbudt adgang til et net, der allerede helt eller delvist var etableret
- i hvilket omfang nettet ville blive brugt til radiokommunikation af andre
- fra hvilket tidspunkt nettet ville kunne være klar til idriftsættelse.²²

Klagenævnet fant disse momentene (dog noe utdypet) tilstrekkelig for å begrunne kompleksiteten i kontrakten som ble lagt ut på anbud. Det var helt på det rene at det blant annet var usikkerhet knyttet til dette med radiofrekvenser og teknologiske løsninger på området og at oppdragsgiver av den grunn ikke ville være i stand til å klargjøre et fullverdig konkurransegrunnlag forutfor konkurransen.

²² Ref. Klagenævnet for Udbud kendelse J.nr. 2006-0007115.

For oppdragsgiverne er det altså et behov for en prosedyre som tillater en nær interaksjon oppdragsgiver og deltakere i mellom. På den annen side står hensynet til den mest effektive konkurransen mellom aktørene på markedet. Den avveiningen kommer til uttrykk i anskaffelsesdirektivets fortale i premiss 31 som sier at konkurransepreget dialog er en: ”fleksibel procedure, som både tilgodeser konkurransen mellom økonomiske aktører og de ordregivende myndigheters behov for at drøfte alle kontraktens aspekter med hver ansøger”.

Behovene for en effektiv konkurranse for å oppnå en mest mulig samfunnsøkonomisk kontrakt kan i utgangspunktet synes å stå i et motsetningsforhold til oppdragsgivers behov for en omstendelig prosess for å klare å komme frem til de løsninger han etterspør. De nye reglene om konkurransepreget dialog åpner for en imøtekommelse av de ulike behov ved at oppdragsgiver får føre en dialog med deltakerne, men at denne dialogen må gjennomføres på en spesiell måte for å hensynta kravene til blant annet reell konkurranse og proporsjonalitet som er midler for å oppnå en mest mulig samfunnsøkonomisk kontrakt.

For å møte de til dels motstridende hensynene ble det opprettet en ny metode for gjennomføring av anbudskonkurranser på som ble kalt konkurransepreget dialog. Etter direktivets Artikkel 11 c er konkurransepreget dialog: ”en procedure, som enhver økonomisk aktør kan ansøge om at delta i, men hvor den ordregivende myndighet fører en dialog med de ansøgere, der har fået adgang til at delta i proceduren, med henblik på at utvikle en eller flere løsninger, der kan opfylde dens behov, og som skal være grundlag for de tilbud, de valgte ansøgere dernæst opfordres til at afgive”.

Hensikten med de nye reglene er altså å imøtekomme et moderne marked, og å legge opp til effektive innkjøpsprosesser som gir innkjøperne økt fleksibilitet.²³ Siden det etter norsk lov er forbudt å forhandle med leverandørene i anbudskonkurranser og konkurranse med

²³ Se Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2006) s. 102.

forhandling som nevnt ovenfor kun kan benyttes i unntakstilfeller, har det vokst frem et behov for en mer fleksibel prosedyre for disse komplekse kontraktene.

4.3 Ikke i stand til å presisere behov eller forhold på forhånd

Videre heter det i anskaffelsesforskriften § 14-2 (2) a at:

”En kontrakt er særlig kompleks når oppdragsgiver ikke er i stand til i samsvar med § 17-3 (krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner) tredje ledd *objektivt å presisere* de tekniske vilkår, som kan oppfylle deres behov og formål”[min utheving]. Forskriften er ordlydsmessig identisk med direktivets tekst og noe veiledning vedrørende fortolkningen kan derfor hentes i Kommisjonens notat og uttalelser fra Rådet, se nedenfor. Ellers foreligger, så langt jeg har sett, ingen praksis på nåværende tidspunkt som klargjør hva som skal ligge i begrepene.

For å vurdere om oppdragsgiver ”er i stand til” å ”objektivt” presisere sine behov, må det blant annet tas hensyn til hvorvidt oppdragsgiver har en reell mulighet til å skaffe til veie hjelp fra profesjonelle fagfolk (konsulenter/rådgivere m.m.).²⁴ Det vil si at dersom man etter en objektiv, nøytral vurdering kommer frem til at oppdragsgiver hadde anledning til å få avklart forhold som kommer inn under paragrafens bokstav a og b, vil det tale for at oppdragsgiver er ”i stand til” å presisere kontraktens nødvendige forhold, og vilkårene for å benytte seg av unntaksbestemmelsen om konkurransepreget dialog er da ikke oppfylt.

Det fremgår klart at det ikke er oppdragsgivers egen forståelse av muligheten til å skaffe til veie informasjon som er avgjørende. Det vil som eksempel ikke være tilstrekkelig at en konkret oppdragsgiver synes det er vanskelig å gjennomføre en anbudskonkurranse på grunn av begrenset innkjøps erfaring. Gjennomgående vil nettopp alle oppdragsgivere oppfatte innkjøpsprosesser som vanskelig å gjennomføre. Avgjørende er om det foreligger

²⁴ Se Marianne H. Dragsten ”Nytt regelverk”, se også Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2006) s. 102.

en faktisk mulighet som tas i betraktning. Dette gir uttrykk for en objektiv norm som tilsier at anskaffelsen må være av en slik karakter at den generelt vanskelig lar seg beskrive.

At det er denne forståelsen som skal legges til grunn fremkommer av direktivet i fortalens premiss 31 som nærmere tar for seg hva som ligger i uttrykket ”objektivt i stand til”.

Premisset sier at:

“Ordregivende myndigheter, som utfører særligt komplekse projekter, kan uden egen skyld befinde sig i en situation, hvor det er umuligt objektivt at fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, eller at vurdere, hvad markedet kan tilbyde af tekniske og/eller finansielle og juridiske løsninger”.

Kommisjonen meddeler også at det bør henvises til dette premisset for veiledning til å forstå hva som ligger i grunnvilkåret ”i stand til...objektivt å presisere”.²⁵ Videre uttrykker kommisjonen at det foreligger en plikt for oppdragsgiver å prøve, etter beste evne, å presisere sine behov.

Men selv om vurderingen retter seg mot den objektive muligheten en oppdragsgiver har til å spesifisere sine krav på forhånd, fremkommer det av det ovennevnte notat at det også må ses hen til det konkrete markedet. Også oppdragsgivers kapasitet må hensyntas i enkelte tilfelle. Kommisjonen sier i notatet at:

”it is necessary to examine on a case by case basis the nature of the market in question, taking account of the capacity of the contracting authority concerned to verify whether use of the competitive dialogue would be justified”.

Dette illustrerer at selv om konkurransepreget dialog skal anses som en snever unntaksregel med klare grunnvilkår som må være oppfylt, så er det slik at hver oppdragsgivers situasjon vurderes før man kan avslå bruken av metoden. Det er kompleksiteten i kontrakten i *sin helhet* som etter min forståelse må anses å være vurderingstemaet.

²⁵ Se Europa-kommisjonen, ”Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive” (2005).

4.4 Tekniske vilkår

Ved bruk av konkurransepreget dialog må oppdragsgiver definere overfor markedet hva han ønsker å anskaffe. Denne beskrivelsen gjøres i en funksjonsbeskrivelse som omfatter all spesifisering av anskaffelsen, uavhengig av om det er en ytelsesspesifikasjon, funksjonsspesifikasjon eller standardspesifikasjon.

Hovedregelen etter forskriftens § 17-3 ”krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner” er endret i forhold til tidligere forskrift om offentlige anskaffelser, som hadde som hovedregel at oppdragsgiver skulle spesifisere anskaffelsen ved hjelp av en standard. Oppdragsgiver skal nå som hovedregel utforme den tekniske spesifikasjonen enten med henvisning til den type standarder som er opplistet i fjerde ledd, bokstav a, eller i form av ytelses- eller funksjonskrav. Standardene som er opplistet er uttømmende, og oppdragsgiver må – dersom det ikke finnes en relevant standard - funksjonsbeskrive anskaffelsen i stedet.

Etter forskriften § 17-3 (2) heter det at:

”tekniske spesifikasjoner skal gi leverandørene like muligheter og må ikke medføre unødvendige hindringer for konkurranse om offentlige kontrakter”.

Hensikten med dette kravet er at det nye regelverket skal åpne opp for offentlige anskaffelser for utenlandske leverandører, og skal gjennom sine prosedyreregler gjøre det enklere for disse å selge sine produkter og tjenester til offentlige oppdragsgivere. For å unngå diskriminering og skape størst mulig konkurranse, bør oppdragsgiver beskrive anskaffelsen funksjonelt. Dersom gjenstanden som skal anskaffes ikke i tilstrekkelig grad beskrives, eller beskrives i en slik grad at det er vanskelig for utenlandske leverandører å levere, vil man ikke oppnå formålet med anskaffelsene.

Når det gjelder hva slags tekniske behov som i forskriftens § 14-2 bokstav a objektivt ikke lar seg presisere på forhånd er det slik at teknisk kompleksitet som kan begrunne bruke av konkurransepreget dialog kan oppstå i to tilfelle:

- oppdragsgiver er ikke i stand til å *definere teknikken* som skal til for å oppfylle deres behov
- oppdragsgiver klarer ikke å bestemme *hvilke av flere mulige løsninger* som vil være det beste for å dekke deres behov²⁶.

Et eksempel på når oppdragsgiver ikke er i stand til å definere teknikken som skal til for å oppfylle hans behov kan nevnes en situasjon hvor oppdragsgiver skal kjøpe programvare. Det finnes en de facto standard Microsoft programvare²⁷ som ikke faller inn under noen av de typene standarder som er opplistet i § 17-3, fjerde ledd, bokstav a. Oppdragsgiver kan da ikke vise til denne standarden og er i stedet tvunget til å funksjonsbeskrive anskaffelsen.²⁸ Dette kan være svært omfattende, og oppdragsgiver kan ha et større behov for å klargjøre sine tekniske behov overfor leverandører enn det som er tillatt etter alminnelige regler om gjennomføring av anbudskontrakter.

Kommisjonen gjør rede for et eksempel på når oppdragsgiver ikke klarer å bestemme hvilke løsning som vil være det beste for hans prosjekt, at det skal bygges en veiforbindelse mellom fastlandet og en øy. Oppdragsgiver vet ikke om den beste løsningen er å bygge bro eller tunnel. Selv om oppdragsgiver vil være i stand til rent teoretisk å skrive spesifikasjonene for en bro eller en tunnel, eksempel om den bør være i metall, betong o.l. kan i slike tilfeller vilkårene for å benytte konkurransepreget dialog være oppfylt, fordi

²⁶ Se Europa-kommisjonen, ”Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive” (2005).

²⁷ De facto standard er en standard som er så utbredt i bruk i så stort omfang at den i praksis brukes som om det skulle være en offisiell standard.

²⁸ Se Fornyings-og administrasjonsdepartementet (2006) s. 124.

oppdragsgiver da ikke selv er i stand til å vurdere på forhånd hvilke av løsningene som er best for gjennomføring av hans prosjekt.²⁹

4.5 Rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt

Anskaffelsesforskriften sier videre om grunnvilkårene for bruk av konkurransepreget dialog i § 14-2 (2) b at:

”(e)n kontrakt er særlig kompleks når oppdragsgiver ikke er i stand til objektivt å presisere de *rettslige eller finansielle forhold* i forbindelse med et prosjekt”[min utheving].

Det er typisk særlig komplekse IT-kontrakter eller OPS-kontrakter som vil kunne begrunne bruk av konkurransepreget dialog. Det er slik at rettslige eller finansielle uklarheter i forbindelse med et prosjekt svært ofte oppstår i omfattende OPS-kontrakter fordi strukturen på prosjektet vanskelig kan etableres på forhånd.

Kommisjonens notat CC/2005/04 redegjør for et typetilfelle hvor det er stor sannsynlighet at det oppstår rettslige og/eller finansielle uklarheter. I enkelte tilfeller kan ikke oppdragsgiver på forhånd se hvorvidt aktørene kan akseptere en økonomisk risiko av den størrelse som foreligger dersom det er uklart hvorvidt kontrakten vil bli en konsesjonskontrakt eller om den til slutt vil ende opp som en tradisjonell offentlig kontrakt. Hvis oppdragsgiver i et slikt tilfelle vurderer situasjonen dit hen at det er sannsynlig at kontrakten blir en konsesjon vil han følge andre innledningsprosedyrer enn for offentlige kontrakter. Han vil da følgelig få problemer både økonomisk og tidsmessig dersom det viser seg at kontrakten må bli en offentlig kontrakt og ikke en konsesjon likevel. Konkurranspreget dialog åpner for at slike rettslige og/eller finansielle forhold kan unngås fordi prosedyren da på forhånd vil være tilfredsstillende uansett om kontrakten ender opp som en konsesjon eller offentlig kontrakt.³⁰

²⁹ Se Europa-kommisjonen, ”Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive” (2005).

³⁰ Se Europa-kommisjonen, ”Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive” (2005).

Et annet eksempel på økonomisk risiko for leverandøren som et moment for berettiget bruk av konkurransepreget dialog følger av den ovennevnte sak fra Klagenævnet for Udbud. Her sier oppdragsgiveren at de skal:

”...være varsom med at stille mindstekrav, som kan være uforholdsmæssigt dyre at opfylde for enkelte potentielle tjenesteydere på grund af disses teknologivalg eller lignende”. Med dette mener de at de på forhånd vanskelig kan presisere nøyaktig hvilke teknologiske løsninger som skal velges fordi dette kan bli uforholdsmessig dyrt for leverandørene. Videre sier oppdragsgiver at:

”omkostningerne til nettet skønnes at kunne beløbe sig til et milliard beløb, og at den mest hensigtsmæssige finansiering heraf bør drøftes med de potentielle tjenesteydere”³¹.

Denne saken sett i sammenheng med både uttalelsene fra Fornyings-og administrasjonsdepartementet og Kommisjonen viser at det er et bredt spekter av behov også innenfor det enkelte grunnvilkår (her finansielle forhold) som berettiger for bruk av en metode som konkurransepreget dialog. Uten denne anbudsformen ville store anskaffelsers omfang og kostnad ikke være kartlagt før sent i prosessen, og de siste momentene ville ikke vært på plass før etter tildeling av kontrakten. Dette kan sette både oppdragsgiver så vel som leverandører i en vanskelig situasjon siden det på forhånd kan være nærmest umulig å forutsi hva som vil være den endelige kostnaden for løsningen oppdragsgiver er ute etter og om partene er økonomisk bærekraftige til å ta på seg dette dersom dette ikke kan drøftes oppdragsgiver og deltakere i mellom forutfor kontraktstildeling.

³¹ Ref. Klagenævnet for Udbuds kendelse J.nr. 2006-00071115.

5 GJENNOMFØRING AV KONKURRANSEPREGET DIALOG

5.1 Innledende arbeid

5.1.1 Kunngjøring

Når en konkurranse kunngjøres blir aktuelle leverandører i markedet gjort oppmerksom på anskaffelsen. Kunngjøring er et virkemiddel for å skape større konkurranse om å levere ytelsen, og på denne måten vil det offentlige kunne få en bedre pris eller ytelse.

Konkurransen kunngjøres etter reglene i anskaffelsesforskriften § 18-1. Oppdragsgiver må først levere inn kunngjøringen på skjemaer som er fastsatt av Fornyings-og administrasjonsdepartementet. Kunngjøringen skal først og fremst være på norsk, men for å kunne gi utenlandske leverandører en reell mulighet til å delta i konkurransen, må også kunngjøringen innleveres på ett av de offisielle språkene i EU. Kunngjøringen sendes til Doffin³², som kunngjør og videresender skjemaene til TED-databasen (EUs offisielle kanal for offentliggjøring av offentlige innkjøp). For anskaffelser over EØS-terskelverdiene skal ikke kunngjøringen offentliggjøres i Doffin før den er oversendt til TED-databasen. Dette for å sikre likebehandling av leverandørene i hele markedet, ikke bare de norske. På samme måte får også norske leverandører mulighet til å delta på anbudskonkurranser i Europa.

Etter anskaffelsesforskriften § 19-3 nr. 1 er fristen for å motta forespørsler om å delta i konkurranse minst 30 dager fra kunngjøringen er blitt sendt til TED-basen. Videre må det fastsettes en vedståelsesfrist, som er den tiden en leverandør er bundet av tilbudet sitt etter

³² Doffin (database for offentlige innkjøp) er satt opp for å hjelpe oppdragssøkere og oppdragsgivere. Her kan de legge ut og finne informasjon om anskaffelser i offentlig- og forsyningssektor. Ved hjelp av linker og søkemotor kan de søke i kunngjøringer fra hele Norge.

tilbudsfristens utløp. Dersom det ikke er fastsatt noen eksplisitt frist, må denne også være minimum 30 dager etter tilbudsfristens utløp, jfr. anskaffelsesforskriftens § 19-6 nr. 2. En slik vedståelsesfrist er av hensyn til leverandørenes forutberegnelighet. De skal ikke være tvunget til å "sitte på gjerdet" og vente på oppdragsgivers beslutninger i det uendelige. Å ha en slik frist å forholde seg til skaper et press på oppdragsgiver til å sørge for at tilbudene blir behandlet og valg av leverandør blir foretatt innenfor rimelig tid.

5.1.2 Kvalifikasjons- og konkurransegrunnlag

Ved konkurransepreget dialog utstedes det et kvalifikasjonsgrunnlag i tillegg til kunngjøringen etter reglene i anskaffelsesforskriften § 17-5 nr. 2 og 3.

Kvalifikasjonsgrunnlaget må inneholde all nødvendig informasjon en leverandør trenger for å vurdere om han er kvalifisert til å delta i prekvalifiseringen. Et kvalifikasjonsgrunnlag er et dokument som supplerer og utdyper informasjonen rundt kvalifiseringen som fremkommer av kunngjøringen. Det skal opplyses om at det utstedes et selvstendig kvalifikasjonsgrunnlag, slik at leverandørene kan ta kontakt med oppdragsgiver for å få dette tilsendt dersom de ønsker det. I kvalifikasjonsgrunnlaget skal alle opplysningene fra kunngjøringen også gjentas, slik at leverandørene har mulighet til å få samlet all nødvendig informasjon på ett sted. Kvalifikasjonsgrunnlaget skal være tilstrekkelig klart og tydelig slik at leverandørene kan ha en reell mulighet til å vurdere sin egen kompetanse i forholdt til det som skal presteres³³.

Ved konkurransepreget dialog sendes det først ut et kvalifikasjonsgrunnlag, og først etter prekvalifiseringen sendes det ut et konkurransegrunnlag etter anskaffelsesforskriften § 17-1, begrenset til det antall leverandører oppdragsgiver har valgt ut til å delta i konkurransen. Allerede på dette stadium av konkurransen skiller konkurransepreget dialog seg fra øvrige konkurranseformer ved at hovedregelen om at konkurransegrunnlag sendes ut sammen med kunngjøringen, fravikes. Konkurransegrunnlaget er det dokumentet som inneholder selve reglene for konkurransen. Det setter rammer både for anskaffelsen som sådan og for

³³ Ref. bl.a. KOFA sak 2003 /209, se også Marianne H. Dragsten (2006) s. 115-117.

hvordan gjennomføringen skal foregå. På generelt grunnlag er det viktig at konkurransegrunnlaget er nøye gjennomtenkt og grundig utført, slik at man er sikre på at det inneholder tilstrekkelig og presis nok informasjon til at leverandørene kan inngi gode tilbud, og til at oppdragsgiveren kan vurdere tilbudene på en ønsket måte. Et nøyaktig utformet konkurransegrunnlag sikrer at oppdragsgiveren får den anskaffelsen han er på jakt etter, mens det samtidig sikrer likebehandling av leverandørene fordi hver leverandør da kan utarbeide et tilbud som har reell mulighet til å nå opp i konkurransen.

For konkurransepreget dialog vil dette ofte være annerledes. For denne konkurranseformen er det ikke så avgjørende for en god konkurranse at konkurransegrunnlaget er like presist og detaljert som ved åpen eller begrenset konkurranse fordi leverandørene og oppdragsgiver uansett skal ha en dialog senere i prosessen hvor unøyaktigheter og uklarheter kan ryddes av veien. Konkurransegrunnlaget består derfor i konkurransepreget dialog ofte kun av en behovsspesifikasjon som gjør rede for kontraktsgjenstanden som danner utgangspunktet for løsningsforslagene.

Grunnen til dette er at det for konkurransepreget dialog er en svært omfattende jobb å utforme konkurransegrunnlag fordi prosjektet i seg selv er så komplekst at konkurransegrunnlaget nødvendigvis også krever mer for å bli tilstrekkelig oversiktlig og detaljert for deltakerne til at de kan inngi tilbud på grunnlag av det. Dersom deltakerne må innlevere løsningsforslag som de tror kan dekke oppdragsgivers behov basert på et løst konkurransegrunnlag, vil dette vanskeliggjøre prosessen både for oppdragsgiver - som da ikke får det han er ute etter - og også for leverandøren som da ikke vil nå opp i konkurransen fordi han ikke klarer å ”gjette” seg til hva oppdragsgiver trenger.

5.1.3 Prekvalifisering

Prekvalifisering innebærer at det på forhånd velges ut hvor mange leverandører som skal få avgi tilbud på bakgrunn av informasjon om leverandørens kvalifikasjoner. Dersom det ikke er åpent for alle å levere inn tilbud, slik tilfellet er ved konkurransepreget dialog, må oppdragsgiver fastsette en nedre grense for hvor mange leverandører som kan avgi tilbud

og dette må oppgis i kunngjøringen. Ved konkurransepreget dialog må minst tre leverandører inviteres til å delta, jfr. anskaffelsesforskriften § 17-6 nr. 1 og 3. Hensikten med å fastsette en slik nedre grense er å sikre reell konkurranse. Det kan også settes en øvre grense. Det er da av hensyn til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet viktig at spennet mellom den øvre og nedre grense ikke blir for stort og uoversiktlig.³⁴

Helt unntaksvis kan det etter anskaffelsesforskriften § 17-6 nr. 3 inviteres færre leverandører enn tre, dersom det ikke er tilstrekkelig antall leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene oppdragsgiver har opplistet i kvalifikasjonsgrunnlaget. Det er i så fall oppdragsgiver som har bevisbyrden for at det ikke finnes tilstrekkelige kvalifiserte leverandører. For å kunne bevise dette må oppdragsgiver ha god kunnskap om markedssituasjonen for den tjenesten som skal ytes. Konkurransepreget dialog kan benyttes ved tjenester over EØS-terskelverdiene, og det kreves derfor at oppdragsgiver også må kjenne leverandørmarkedet i hele EØS-området for å kunne fastslå at det ikke finnes tilstrekkelig antall kvalifiserte leverandører. I tillegg må oppdragsgiver bevise at det er forholdsmessighet mellom kvalifikasjonskravene og de krav som faktisk må være oppfylt for å få levert tjenesten. Alle disse kravene gjør at det er svært vanskelig for oppdragsgiver å bevise at det ikke foreligger minst tre kvalifiserte leverandører.³⁵

I tillegg til at oppdragsgiver oppgir den nedre og eventuelt øvre grense for antall deltakere som skal inviteres, må det fastsettes kriterier som oppdragsgiver er bundet til å følge. Etter anskaffelsesforskriften § 17-6 må disse kriteriene være objektive og ikke-diskriminerende. Hensikten bak kriteriene er å luke ut overtallige kvalifiserte leverandører, slik at oppdragsgiver kan velge ut det antallet som skal delta i konkurransen på en måte som er i tråd med de grunnleggende prinsippene, jfr. ovenfor.

³⁴ Se Marianne H. Dragsten (2006) s. 190.

³⁵ Se Marianne H. Dragsten (2006) s. 188-190.

5.2 Dialogfasen

Etter prekvalifiseringen følger det av anskaffelsesforskriften § 20-8 (1) at det skal utstedes en skriftlig invitasjon til å delta i dialogen, samt et konkurransegrunnlag til de inviterte leverandørene. Når oppdragsgiver har valgt ut det antall leverandører som skal få inngi tilbud, begynner den såkalte dialogfasen hvor oppdragsgiver kan ha direkte kontakt med hver enkelt leverandør. Dialogfasen er det som skiller konkurransepreget dialog mest fra de øvrige konkurranseformene hvor det er et fullstendig forhandlingsforbud mellom partene før kontrakten er inngått. Denne dialogen er veldig viktig for oppdragsgiverne for disse komplekse prosjektene fordi de på forhånd ikke har løsningene klare for hvordan prosjektet best kan gjennomføres.

Hensikten med denne dialogen er derfor å diskutere hvordan oppdragsgivers behov best kan imøtekommes. Dialogen tar utgangspunkt i løsningsforslagene leverandørene på forhånd har gitt til oppdragsgiver og de får i denne fasen anledning til å forklare, utdype og presisere sine forslag overfor oppdragsgiver.

Dialogfasen er regulert i anskaffelsesforskriften § 20-8 og man kan gjerne dele denne fasen inn i to undergrupper: hva kan diskuteres og hvordan skal man i praksis gjennomføre dialogen.

Spørsmålet om hva som kan diskuteres i dialogfasen følger av anskaffelsesforskriften § 20-8 (1). Her heter det at ”alle aspekter ved kontrakten” kan drøftes. Det vil si at alt fra tekniske løsninger, pris, ansvarsbegrensninger, erstatning, garantier o.l. kan diskuteres.³⁶ Men at ”alle aspekter” kan drøftes gjelder ikke ubetinget. Det følger av bestemmelsens pkt. (2) at det gjelder et fortrolighetskrav mellom leverandørene og oppdragsgiver. Oppdragsgiver kan ikke overfor de andre leverandørene avsløre løsninger eller gi opplysninger som en leverandør har gitt oppdragsgiver, dersom denne ikke samtykker. Et slikt fortrolighetskrav følger også direkte av direktivets Artikkel 29 (3) og 6.

³⁶ Se Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2006).

Hensynet bak et slikt fortrolighetskrav er å skape tillitt mellom oppdragsgiver og leverandørene. Dersom det er slik at leverandørene ikke på forhånd kan være forsikret mot at fortrolig informasjon lekker ut til øvrige deltakere vil dette kunne svekke konkurransen ved at flere kvalifiserte leverandører vil vegre seg mot å delta.

Kommisjonens notat i punkt 3.2 sier også noe om dette fortrolighetskravet som oppdragsgiver er pålagt å følge. Kommisjonen uttaler at ”the competitive dialogue is the only award procedure laid down by the Directive providing protection for ideas not subject to intangible property rights – in particular, no provision comparable to that in the third subparagraph of Article 29 (3) exists for the negotiated procedure”.³⁷ Denne uttalelsen kan illustrere at fortrolighetskravet må være å anse som en ukrenkelig rettighet for leverandøren og plikt for oppdragsgiver for å sikre at ett av hovedmålene med offentlige anskaffelser – reell konkurranse – blir oppfylt der oppdragsgiver velger å benytte seg av den omfattende konkurranseformen konkurransepreget dialog. For denne konkurranseformen er dette kravet av særlig viktighet fordi det på grunn av den nære interaksjonen mellom partene florerer mye sensitiv informasjon om leverandørens løsninger, materiell og lignende som ikke ville kommet frem i like stor grad eller vært så utsatt for risiko for lekkasje ved anvendelse av de andre konkurranseformene.

Dette fortrolighetskravet gjelder også i forhold til løsningsforslagene deltakerne leverer til oppdragsgiver. Oppdragsgiver kan ikke velge den tekniske løsningen som en deltaker presenterer og deretter be en av de andre deltakerne om å utføre denne løsningen uten samtykke. På denne måten forhindrer man til en viss grad at oppdragsgiver kan plukke løsning fra en deltaker og deretter få en annen til å utføre løsningen til en potensielt lavere pris eller med gunstigere vilkår (”cherry-picking”).³⁸

³⁷ Se Europa-kommisjonen, ”Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive” (2005).

³⁸ Se bl.a. Office of Government Commerce (2006).

I tillegg til at oppdragsgiver må opptre fortrolig med hensyn til informasjon han mottar fra leverandørene, plikter oppdragsgiver også å sikre at alle leverandørene behandles likt. Dette følger direkte av prinsippet om likebehandling som nevnt ovenfor, men dette er også lovfestet i anskaffelsesforskriften § 20-8 (4). Forskriften uttrykker spesielt at oppdragsgiver har et ansvar for å sørge for at det ikke ”utøves forskjellsbehandling ved å gi opplysninger som kan gi noen leverandører en bedre posisjon enn andre”. En slik forskjellsbehandling kan for eksempel dreie seg om at oppdragsgiver gir en leverandør mer informasjon om sine behov enn det som fremkommer av konkurransegrunnlaget eller som de andre leverandørene har mottatt. På denne måten vil en leverandør få et urettmessig konkurransefortrinn fordi han da vil vite mer om oppdragsgiver enn de andre deltakerne. Dette kravet til likebehandling er også uttrykt direkte i direktivets artikkel 29 (3).

Når det gjelder hvordan man i praksis skal gjennomføre dialogen har oppdragsgiver en rett til å velge om dialogen skal skje i flere faser for å kunne begrense antall løsninger som han ønsker å diskutere videre i dialogen. Dette følger av anskaffelsesforskriften § 20-8 (3). Det er slik at en leverandør i noen tilfelle har presentert flere løsningsforslag for oppdragsgiver, og det er da en eller flere av disse løsningsforslag som blir forkastet, ikke leverandøren. Leverandøren er med i dialogen frem til hans siste løsning eventuelt blir forkastet. Det er mer praktisk at én leverandør presenterer én løsning, og det er viktig at oppdragsgiver sørger for å beholde nok løsningsforslag (les: leverandører) til å sikre at det fremdeles er reell konkurranse. Det følger videre av bestemmelsen at utelukkelse av løsninger skal skje på grunnlag av tildelingskriteriene som oppdragsgiver har opplyst om i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

Hensikten er forutberegneligheten for leverandøren fordi han da vil være forberedt på og informert om hvilken prioritering og hvilke kriterier som vil være avgjørende for det endelige valget om løsning. Det er også av hensyn til prinsippet om likebehandling og ikke-diskriminering i det oppdragsgiver på denne måten i stor grad vil være avskjært fra å legge vekt på andre momenter enn de objektive og ikke-diskriminerende kriteriene som på forhånd er opplyst om.

Det følger av anskaffelsesforskriften § 20-8 (4) at dialogfasen avsluttes ved at oppdragsgiver finner frem til den eller de løsninger som kan oppfylle hans behov.

5.3 Innlevering og evaluering av tilbud

Etter anskaffelsesforskriften § 20-9 (1) erklæres dialogfasen for avsluttet når oppdragsgiver er ferdig med å diskutere sine behov med de potensielle leverandørene, og har funnet de løsninger som han ønsker å benytte seg av i forbindelse med sitt prosjekt. Leverandørene skal da avgi endelig tilbud til oppdragsgiver basert på de løsninger de har diskutert med oppdragsgiver i dialogfasen. Alle leverandører som ble vurdert som kvalifiserte til å delta i dialogfasen skal få anledning til å levere inn tilbud. Ett unntak gjelder dersom oppdragsgiver valgte å gjennomføre dialogen i flere faser slik at antall leverandører ble redusert allerede i dialogfasen. I disse tilfeller er det kun de deltakere som er igjen etter den siste fasen som skal levere inn tilbud.

Når dialogfasen er over, er det ikke lenger tillatt for oppdragsgiver å forhandle med leverandørene om løsninger. Men etter § 20-9 (2) fremkommer det at oppdragsgiver har en mulighet til å få et tilbud avklart, presisert eller tilpasset. For slike komplekse kontrakter som det dreier seg om ved bruk av metoden konkurransepreget dialog, er det viktig å ha en mulighet til å kunne foreta visse avklaringer selv etter at dialogfasen er avsluttet. Disse kontraktene er omfattende og kan ha uoversiktlige elementer som gjør at det er nødvendig med en viss adgang til finjustering av tilbudet selv etter endt dialog.

Direktivets ordlyd i artikkel 29 (6) - som har et identisk innhold som den norske bestemmelsen om dialogfasen i konkurransepreget dialog etter anskaffelsesforskriftens § 20-9 (2) - sier at tilbudene etter dialogfasen “på den ordregivende myndigheds anmodning kan disse tilbud afklares, præciseres og tilpasses. Imidlertid kan disse præciseringer, afklaringer og tilpasninger eller supplerende opplysninger ikke medføre, at der ændres ved grundlæggende elementer i tilbuddet eller i indkaldelsen af tilbud, som ikke vil kunne

ændres uden fare for konkurrencefordrejing eller forskelsbehandling”.³⁹ Det vesentlige i denne bestemmelsen er at avklaringen ikke må skape en forskjellsbehandling overfor de andre leverandørene eller at oppdragsgiver på denne måten kan vri konkurransen i en bestemt retning.

Direktivets artikkel 29 (6) er utviklet etter uttalelse fra Rådet vedrørende et forutgående direktiv som sier at ”discussions with candidates or tenderers may be held but only for the purpose of clarifying or supplementing the content of their tenderers of the requirements of the contracting authorities and provided this does not involve discrimination”.⁴⁰ Det som synes klart å gjenta seg fra de ulike organers uttalelser, er hensynet til de øvrige leverandørene, ikke hensynet til den leverandøren som eventuelt ikke har spesifisert eller avklart tilbudet sitt i tiltrekkelig grad overfor oppdragsgiver.

Når Rådets uttalelse leses i sammenheng med direktivets fortale vedrørende bruken av konkurransepreget dialog i premiss 31 som sier at ” denne procedure må dog ikke anvendes på en sådan måte, at konkurransen begrenses eller fordrejes, navnlig ikke ved at ændre grunnleggende elementer i tilbudene...” fremstår det som klart at avklaringsadgangen etter endt dialogfase er snever.

Dette synes også å være Kommisjonens forståelse av bestemmelsen, da Kommisjonen uttaler i notat CC/2005/04 at ”in the light of the precise wording of the last sentence of recital 31, it may therefore be considered that the room for manoeuvre that contracting authorities have after the submission of the final tender is fairly limited”⁴¹ og mener med det at adgangen til slike avklaringer etter endt dialogfase er svært begrenset fordi ordlyden i direktivets bestemmelser er positivt avgrenset til å finspikke et allerede detaljert tilbud, og at avklaringsadgangen er liten fordi det kun er mulig å avklare og tilpasse tilbudet, ikke å

³⁹ Ref. Rdir 2004/18/EF.

⁴⁰ Se Europa Rådet, uttalelse publisert i ”OJ L 210” (1989) ifm. Rdir. 71/305/EF.

⁴¹ Se Europa-kommisjonen, ”Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive” (2005).

endre det. Slik jeg forstår Kommissjonens og Rådets uttalelser ovenfor, kan denne grensen være vanskelig å trekke.

Leverandøren er som hovedregel selv ansvarlig for at tilbudet han leverer fra seg er korrekt utformet og i tråd med tildelingskriteriene slik at han har en reell sjanse til å nå opp i konkurransen om å få kontrakten. På den annen side har leverandøren brukt mye tid og ressurser på å utarbeide løsningsforslag og tilbud, og bør muligens av denne grunn ha en adgang til å klargjøre elementer i tilbudet som ikke medfører noen endring i selve tilbudet, men som bare presiserer det som allerede er ferdigforhandlet om.

5.4 Tildelingsfasen

Ved tildeling av en kontrakt etter hovedreglene i anskaffelsesforskriften kan oppdragsgiver velge om det er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet eller tilbudet med lavest pris som skal vinne anbudet. Dette er annerledes for konkurransepreget dialog. Etter anskaffelsesforskriften § 20-9 (3) følger det at oppdragsgiver ved denne anbudsmetoden må velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

For å kunne velge en kontrakt basert på den økonomisk mest fordelaktige, følger det av anskaffelsesforskriftens §§ 13-2 (2) og 22-2 (2) at avgjørelsen skal treffes på bakgrunn av allerede fastsatte tildelingskriterier. Disse kriteriene må være opplistet i enten kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget og oppdragsgiver kan ikke underveis endre hvilke kriterier det skal legges vekt på ved tildelingen av kontrakten.

Tildelingskriteriene skal listes opp med hvilken relativ vekt de har. Oppdragsgiver plikter å tildele kontrakten etter hvilke kriterier de enkelte tilbudene inneholder. Det følger av bestemmelsens nr. (3) at dersom det av ulike grunner ikke er mulig for oppdragsgiver å oppgi den relative vekten det enkelte tildelingskriteriet har, skal tildelingskriteriene listes opp i prioritert rekkefølge i forhold til hverandre. Hensikten bak disse to metodene er å skape forutsigbarhet og gjennomsiktighet for leverandørene. De skal vite hva

oppdragsgiver skal legge vekt på ved tildeling av en kontrakt, og det skal være mulig for de å dobbeltsjekke at dette blir fulgt.

Anskaffelsesforskriften lister i § 22-2 (2) opp tildelingskriterier som det er tillatt å legge vekt på, deriblant kvalitet, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, driftomkostninger, kundeservice m.v. Denne opplistingen er ikke uttømmende. Det avgjørende etter anskaffelsesforskriften er at kriteriene må ”ha tilknytning til kontraktsgjenstanden”. Med en slik tilknytning menes det at kriteriene må være egnet til å identifisere egenskaper ved den etterspurte ytelse og knytte seg til den ytelsen som skal anskaffes. Dette er slått fast av EF-domstolen som sier at tildelingskriteriene må være ”... linked to the subject matter of the contract”.⁴² I tillegg er det et generelt krav at ethvert tildelingskriterium må være i samsvar med de grunnleggende prinsippene, jfr. lov om offentlige anskaffelser § 5, se nedenfor under punkt 5.6 for gjennomgang av prinsippene. Tildelingskriteriene må være slikt utformet at det er mulig for alle normalt opplyste og påpasselige leverandører å tolke de på samme måte. Kriteriene skal angis klart og tydelig, slik at leverandørene kan forutberegne hvordan vektleggingen vil bli. En sak fra KOFA illustrerer forholdet mellom vektingen av tildelingskriterier og de grunnleggende prinsippene. Nemnda kom frem til at innklagede hadde brutt reglene om gjennomsiktighet og forutberegnelighet ved at det var benyttet ett sett med tildelingskriterier i kunngjøringen og ett annet sett med kriterier i konkurransegrunnlaget. Selv om innklagede ikke var forpliktet til å oppgi tildelingskriterier i kunngjøringen kom Nemnda til at når dette først var gjort, måtte det være et regelbrudd om disse avvek fra de kriterier som senere ble opplistet i konkurransegrunnlaget.⁴³ Videre må ikke tildelingskriteriene være utformet slik at det medfører at oppdragsgiver får et ubetinget fritt valg når det gjelder valg av tilbud.⁴⁴

⁴² Ref. Sag 513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki/HKL-Bussiliikenne.

⁴³ Ref. KOFA sak 2004/74.

⁴⁴ Se Marianne H. Dragsten, ”Bruk av tildelingskriterier”.

Dersom kravene til de grunnleggende prinsipper er fulgt kan man på et på generelt grunnlag si at EF-domstolen har slått fast at oppdragsgiver i utgangspunktet står fritt til å velge tildelingskriterier og hvordan de skal vektes.⁴⁵

Hva som anses som ”økonomisk mest fordelaktig” må ikke tolkes i snever forstand. Det er ikke nødvendigvis kun kriterier av ren økonomisk karakter som kan være avgjørende, men kriteriene må ha betydning for kontraktens økonomiske verdi i den forstand at alle kostnader oppdragsgiveren vil få i tilknytning til anskaffelsen kan være relevante. Alle kriteriene en oppdragsgiver vil legge vekt på skal oppgis i konkurransegrunnlaget og oppdragsgiver har ikke mulighet til å endre dette underveis i konkurranse. Det må også være en forholdsmessighet mellom hvor detaljert konkurransegrunnlaget er og hvor nøye utformet tildelingskriteriene må være. Hvis prosjektet er komplisert slik som tilfelle er når man benytter konkurransepreget dialog og konkurransegrunnlaget spinkelt, er det desto viktigere at tildelingskriteriene er nøye gjennomtenkt slik at leverandøren kan forberede tilbudet sitt i tilstrekkelig grad.

5.4.1 Godtgjørelse for deltakelse

En ny bestemmelse som ble innført med konkurransepreget dialog er anskaffelsesforskriftens § 20-10 som gir oppdragsgiver mulighet til å betale deltakerne som ble prekvalifisert og derved var med i dialogfasen. Bestemmelsen sier at ” [o]ppdragsgiver kan fastsette bestemmelser om priser og betaling til deltagerne i dialogen” og skal fungere som en kompensasjon for den innsatsen leverandørene har lagt i utarbeidelse av løsningsforslag.⁴⁶

En slik godtgjørelse vil sannsynligvis være av betydning for at konkurransepreget dialog skal kunne utvikle seg til å bli en hyppig brukt konkurranseform. Etersom dette er en omstendelig prosess som krever mye av både arbeid og tid fra deltakerne, vil det muligens

⁴⁵ Ref. bl.a. sag 448/01 EVN/Wienstrom GmbH mod Republik Österreich.

⁴⁶ Se Marianne H. Dragsten ”Nytt regelverk”.

være slik at noen deltakere vil kvie seg for å delta på grunn av ressursbelastningen dersom de risikerer å ryke ut etter dialogfasen uten noen form for kompensasjon. En godtgjørelse vil da kunne rettferdiggjøre arbeidet som er lagt ned i konkurransen og vil kunne oppmuntre til deltakelse, spesielt fra deltakere som på forhånd er i tvil om de kan allokere alle midlene sine til ett usikkert prosjekt all den tid det tar før konkurransen er gjennomført.

5.5 Grunnleggende prinsipper ved anskaffelsesformen konkurransepreget dialog

5.5.1 Innledning

Dersom det i løpet av gjennomføringen av anskaffelsesprosessen oppstår tvil om en oppdragsgivers handling eller beslutning følger anskaffelsesregelverket, er det av like stor betydning å vurdere om den er i samsvar med de grunnleggende prinsippene så vel som vurderingen om det materielle regelverket er overholdt. En leverandør kan alltid påberope seg brudd på de grunnleggende prinsippene, uavhengig av hvilke anskaffelsesform som benyttes og på hvilket stadiet i prosessen bruddet oppstår. Dette gjelder uavhengig av anskaffelsens art eller verdi. Prinsippene er der for å ivareta rettssikkerheten til leverandørene og for å sikre at alle har de samme muligheter til å inngå avtale med en offentlig oppdragsgiver.

Prinsippene er utviklet i EF-domstolens praksis og kan lett få avgjørende betydning når en sak kommer opp i Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Prinsippene skal være tungtveiende fortolkningsmomenter der det oppstår tvil om hvordan regelverket er å forstå. Dette er klare føringer fra EF-domstolen i for eksempel sakene Concordia og Siac Constructions⁴⁷ som begge dreier seg om bruken av tildelingskriterier og kravene til at oppdragsgiver skal anvende disse på en objektiv og ensartet måte overfor alle leverandørene for å sikre at prinsippene likebehandling, forutberegnelighet og

⁴⁷ Ref. sag 513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne og Ref. sag 19/00 Siac Constructions Ltd. mod County Council of the County of Mayo.

gjennomsiktighet følges. At prinsippene kommer inn med en slik tyngde og kan få avgjørende betydning for tolkningen av om regelverket er overtrådt er gjentatt i mange av KOFA's avgjørelser, blant annet i sak 2004/16. Her kom nemnda frem til at innklagede hadde brutt kravene til både forutberegnelighet, gjennomsiktighet og konkurranse ved utlysning av konkurransen og bruken av tildelingskriterier og av den grunn handlet i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.⁴⁸

Det nærmere innholdet av prinsippene blir presisert i lov om offentlige anskaffelser § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. Lovbestemmelsen sier at:

”... Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører.

En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse.

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Utvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier...”.

De grunnleggende prinsippene kan ses på som en forlengelse av forskriftens formålsbestemmelse som i § 1-1 sier at:

”... Forskriften skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Forskriften skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte”.

Prinsippene har selvstendig rolle ved vurderingen av om oppdragsgiver følger regelverket for offentlige anskaffelser og spesielt er dette viktig på anvendelsesområdet for

⁴⁸ Ref. KOFA sak 2004/16.

konkurransепreget dialog. Denne metoden åpner for et samspill mellom oppdragsgiver og leverandør som ikke er tillatt ved andre anskaffelsesformer og et krav om å følge de grunnleggende prinsippene vil være gjeldende gjennom hele prosessen for å sikre at oppdragsgiver ikke får utnyttet friheten konkurransепreget dialog gir han i prosessen forutfor tildeling av kontrakten. At en slik begrensning i oppdragsgivers frihet er et mål med nye reglene om offentlige anskaffelser følger av anskaffelsesdirektivet som i fortalens premiss 1 sier (i forhold til hvilke tildelingskriterier oppdragsgiver kan oppstille) at:

” ... forudsat at sådanne kriterier er knyttet til kontraktens genstand, ikke giver den ordregivende myndighed ubegrænset valgfrihed, udtrykkeligt er omtalt og opfylder de grundlæggende principper i betragtning 2”. (betragtning 2 henviser som nevnt ovenfor til de grunnleggende prinsipper i EF-retten og EØS-avtalen).

I det følgende vil jeg gjøre rede for innholdet av de prinsippene som må overholdes på ethvert stadiet ved gjennomføringen av prosessen for en konkurransепreget dialog. I den sammenheng vil jeg for noen av prinsippene bruke sak nr. 2006-0007115 (heretter ”Økonomistyrelsen”) fra Klagenævnet for Udbud i Danmark som en eksemplifisering på når i prosessen anførsler om brudd på prinsippene potensielt kan forekomme. Nemnda kom riktignok frem til at kontrakten ikke skulle trekkes tilbake i denne kjennelsen, men saken illustrerer hvordan de grunnleggende prinsippene kan anføres som selvstendige grunnlag for å statuere brudd på anskaffelsesregelverket. Saken gjaldt tildeling av en offentlig kontrakt etter reglene om konkurransепreget dialog om tilslutning til og bruk av et landsdekkende radiobasert telekommunikasjonsnett.

Jeg vil gjøre oppmerksom på at selv om jeg ikke har en konkret sak som gjelder bruken av konkurransепreget dialog til hvert prinsipp, betyr ikke dette at disse prinsippene er av mindre betydning. Det betyr kun at siden konkurransепreget dialog er en såpass ny metode er det foreløpig ikke dukket opp andre saker som kan belyse de øvrige prinsippene, noe som selvfølgelig ikke har noe med viktigheten av disse å gjøre. Jeg vil ellers bruke saker fra KOFA for å illustrere prinsippenes generelle betydning – uavhengig av hvilke anskaffelsesform som benyttes.

5.5.2 Reell og sunn konkurranse

Klager anfører i kjennelsen at det er et brudd på prinsippet om reell konkurranse at det ”under det iværksatte udbud i form av konkurrencepræget dialog, hvor der kun blev prækvalificeret 3 virksomheder, at have prækvalificeret 2 virksomheder, som har et tæt indbyrdes samarbejde, og som derfor ved opfyldelsen af kontrakten må forventes at ville fungere som underleverandører for hinanden, hvorved indklagede ikke har sikret sig, at der under den konkurrenceprægede dialog vil være tilstrækkelig konkurrence”.⁴⁹ Klager anfører med dette at det i realiteten ikke er en konkurranse som loven krever mellom leverandørene, men snarere ett samarbeid mellom to av tre prekvalifiserte. Klagers begrunnelse er at det ikke er prekvalifisert tre uavhengige leverandører som hver skal innlevere selvstendige tilbud til oppdragsgiver, siden to av virksomhetene har et internt samarbeid som også må antas å bli videreført etter inngåelse av kontrakten og at det av denne grunn ikke eksisterer reell konkurranse mellom deltakerne.

Alle anskaffelser skal som hovedregel være basert på tanken om å oppnå reell konkurranse mellom aktørene for å sikre den mest kostnadseffektive løsningen, slik at det offentlige kjøper varer og tjenester av ønsket kvalitet til lavest mulig pris. Dette kommer til uttrykk i lov om offentlige anskaffelser § 5 (2) og anskaffelsesforskriften § 3-1 (1). Dette kravet gjelder etter anskaffelsesforskriften § 14-4 ”så langt det er mulig”. Med det menes at det unntaksvis er tillatt å tildele en kontrakt uten konkurranse. Ett eksempel er dersom det bare er en leverandør som kan levere tjenesten. Men det stilles strenge krav for å kunne stadfeste at kun en leverandør har det oppdragsgiver er ute etter.

Kravet til konkurranse i anskaffelseslovens § 5 (2) innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til å gjennomføre anskaffelsesprosessen slik at målet om størst mulig konkurranse i det aktuelle markedet oppnås. Foretar oppdragsgiver handlinger som vil svekke konkurransen

⁴⁹ Ref. Klagenævnet for Udbuds kendelse J.nr. 2006-0007115.

uten saklig grunn eller hjemmel i regelverket, vil dette kunne være i strid med regelverket selv om det ikke foreligger brudd på konkrete bestemmelser.⁵⁰

5.5.3 Likebehandling

Klager anfører videre i kjennelsen at likebehandlingsprinsippet er brutt ved at oppdragsgiver i kunngjøringen opplyser om at ”tjenesteydere der ikke afgiver alle de punkt III.2 udbedte opplysninger kan ikke forvente at blive udvalgt til at deltage i udbudsforretningen”.⁵¹ Med denne påstanden mener klager at prinsippet om likebehandling blir brutt siden alle ”udbedte opplysninger” også innbefatter å gi opplysninger om tildelt radiofrekvens (det ble i konkurransegrunnlaget bedt om at deltakerne opplyste hvilken frekvensadgang de ville benytte) og at dette vil forskjellsbehandle de virksomheter som ikke på innleveringstidspunktet har en radiofrekvens å oppgi. Siden deltakerne blir informert om at de ikke vil bli utvalgt til å delta dersom de ikke kan oppgi opplysningene så tidlig i prosessen, påstår klager at dette er i strid med likebehandlingsprinsippet.

Kravet til likebehandling er svært sentralt, da ett av formålene med hele regelverket om offentlige anskaffelser er å styrke rettssikkerheten til leverandørene ved å sikre at de får like vilkår gjennom hele konkurransen. Hensikten er at alle leverandørene skal ha de samme mulighetene til å kunne nå opp i konkurransen og vinne anbudet. Dette kommer frem av praksis fra nemnda.⁵² Kravet til likebehandling innebærer at evalueringen av de kvalifiserte tilbud skal skje etter de samme prinsipper, med mindre det foreligger en objektiv og saklig grunn for forskjellsbehandling. KOFA henviser i denne sammenheng til EF-domstolens uttalelser om at ” det generelle lighedsprincip... er et grunnleggende princip i fellesskapsretten . Etter dette princip maa ensartede situationer ikke behandles forskjelligt, med mindre en forskjellig behandling er objektivt begrundet” som

⁵⁰ Ref. bl.a. KOFA sak 2007/74.

⁵¹ Ref. Klagenævnet for Udbuds kendelse J.nr. 2006-000715.

⁵² Ref. KOFA sak 2006/90.

tolkningsgrunnlag ved bedømmelsen av sin sak.⁵³ KOFA nevner også at kravet til likebehandling medfører at oppdragsgiver har en aktivitetsplikt for å utjevne eventuelle fordeler en leverandør måtte ha (for eksempel dersom oppdragsgiver kjenner til leverandørens produkter fra før), slik at alle leverandørene stilles mest mulig på lik linje i konkurransen.⁵⁴

Kravet til likebehandling kommer til uttrykk i lov om offentlige anskaffelser § 5 (1) og anskaffelsesforskriften § 3-1 (2). Flere steder i regelverket er utviklet med utgangspunkt i kravet om likebehandling. Blant annet hjelper reglene om kommunikasjon, kunngjøring og objektive tildelingskriterier til med å opprettholde likebehandlingsprinsippet.

5.5.4 Gjennomsiktighet

Klager anfører deretter i kjennelsen at innklaget har handlet i strid med gjennomsiktighetsprinsippet ”ved ikke [å ha] beskrevet i påstand 1 at have stillet krav om, at virksomheder, der ønsker at blive prækvalificeret, med ansøgningen om prækvalifikation skal fremsende en offentlig erklæring om, at virksomheden har opnået frekvensadgang”.⁵⁵

Klager mener her at kravet til gjennomsiktighet er brutt siden leverandøren allerede i innledningsfasen burde ha fått opplysninger om at det ville bli fremsatt krav om at virksomheten skulle ha frekvensadgang for å engang bli prækvalifisert. At dette kravet først dukker opp i konkurransegrunnlaget (som ved konkurransepreget dialog ikke behøver å foreligge på kunngjøringstidspunktet) gjør at virksomheter utarbeider løsningsforslag og bruker tid og ressurser på noe de i realiteten aldri var kvalifisert til å delta i. Gjennomsiktighetskravet anses fra klagers side her for være brutt siden denne informasjonen ikke var tilgjengelig for deltakerne fra begynnelsen av.

⁵³ Ref. Sag 810/79 Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte.

⁵⁴ Ref. KOFA sak 2003/230.

⁵⁵ Ref. Klagenævnet for Udbuds kendelse J.nr. 2006-7115.

Gjennomsiktighetskravet er en sikkerhetsregel for leverandørene og skal sikre at oppdragsgiver følger anskaffelsesreglene gjennom hele prosessen. Alle handlinger og beslutninger skal være synbare og leverandørene skal få tilgang til tilstrekkelig informasjon for å vurdere hvorvidt regelverket faktisk er fulgt. En sak fra praksis viser at det var umulig for klagenemnda å vurdere om forholdet var i samsvar med regelverket på grunn av mangelfull dokumentasjon og uttalelser fra innklagedes side. Dette utgjorde et brudd på kravene til gjennomsiktighet etter lovens § 5.⁵⁶

5.5.5 Diskrimineringsforbud

Klager anfører videre i kjennelsen at kravet til ikke-diskriminering (og likebehandling) er brutt ved at innklagede har stilt som tildelingskriteriet at det må fremlegges ”en erklæring om, hvilket materiel og teknisk utstyr, herunder frekvensadgang, jf. lov om radiofrekvenser, tjenesteyderen disponerer over til opfyldelse af kontrakten”.⁵⁷ Klager anfører her at ikke-diskrimineringsprinsippet er brutt idet en slik erklæring tilgodeser de leverandører som allerede har en frekvensadgang, eller som har inngått avtaler med virksomheter som har frekvensadgang, noe som i realiteten i overveiende grad ville bety danske virksomheter.

Ikke-diskrimineringsprinsippet innebærer at det ikke er tillatt å forskjellsbehandle aktørene på bakgrunn av deres nasjonale tilknytning eller statsborgerskap. Utgangspunktet er at all forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet er forbudt. KOFA kom i en sak frem til at diskrimineringsforbudet var brutt fordi det ble vektlagt at leverandøren var ny i det norske markedet. Dette ble ansett for å være en lovstridig diskriminering av utenlandske leverandører.⁵⁸ Nemnda kom også i en annen sak frem til at

⁵⁶ Ref. KOFA sak 2006/159.

⁵⁷ Ref. Klagenævnet for Udbuds kendelse J.nr. 2006-0007115.

⁵⁸ Ref. KOFA sak 2003/128.

diskrimineringsforbudet var brutt fordi innklaget hadde benyttet seg av tildelingskriteriet ”nærhet” som blant annet dreide seg om hvor hovedkontoret til leverandøren befant seg.⁵⁹

Diskrimineringsprinsippet kommer til uttrykk i lov om offentlige anskaffelser § 5 (5a) og anskaffelsesforskriften § 3-1 (2). Men det er ikke slik at all diskriminering ubetinget er forbudt. Dersom diskrimineringen er saklig og objektivt begrunnet kan den i noen tilfelle godtas. Ett eksempel er anskaffelsesforskriften § 3-9 som sier at det ikke er i strid med diskrimineringsforbudet å kreve at tilbud skal avgis på norsk. Dette er begrunnet i hensynet til oppdragsgiver fordi han ville få økt ressursbruk og betydelige praktiske vanskeligheter dersom leverandørene kunne krevd tilbudet på eget språk. Her har hensynet til effektive anskaffelser fått forrang foran forbudet mot diskriminering.

Nemnda har godtatt at kravet til ikke-diskriminering blir brutt. I saken fremkom det av sakens dokumenter at innklagede ved valg av tilbud hadde lagt vekt på at begge de valgte leverandørene var etablert i nærområdet for kursstedene. Et ønske om lokalisering på kursstedet kan være mer byrdefyllt for leverandører uten slik lokalisering på forhånd, enn for leverandører som allerede er lokalt etablert. Vektlegging av lokalisering i nærområdet kan derfor være problematisk i forhold til forbudet mot diskriminering på grunnlag av lokal tilhørighet etter lov om offentlige anskaffelser § 5.

Innklagede hadde imidlertid opplyst at bakgrunnen for å vektlegge dette var å imøtekomme behovet for at kursdeltakerne kunne benytte seg av pc og telefon for jobbsøking, på kursstedet etter at selve kurset var gjennomført.

Klagenemnda så det som naturlig at hjelpemidler for jobbsøking er lokalisert på samme sted som arbeidsmarkedsopplæringskursene og fant at innklagede har begrunnet *saklig* og *objektivt* hvorfor det var viktig at leverandørene var etablert i nærområdet for kursstedene.⁶⁰

⁵⁹ Ref. KOFA sak 2004/67.

⁶⁰ Ref. KOFA sak 2005/13.

5.5.6 Etterprøvbarhet

Kravet til etterprøvbarhet innebærer at alt som foregår i anskaffelsesprosessen skal kunne dokumenteres slik at man i ettertid kan gå tilbake til alle ledd i prosessen og forsikre seg om at anskaffelsesreglene er blitt fulgt. Prinsippene om etterprøvbarhet er uttrykt i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) og anskaffelsesforskriften § 3-1 (7). I tillegg er kravet til etterprøvbarhet tvistforebyggende i det man da har håndfaste bevis på oppdragsgivers beslutninger, referater, vurderinger m.v. gjennom hele anskaffelsen fra kunngjøringen til kontraktsinngåelse. Nemnda fant i en sak at innklagede hadde brutt kravene til etterprøvbarhet ved at det ikke var skrevet referat fra et møte mellom innklagede og valgte leverandør.⁶¹

For konkurransepreget dialog er prinsippet om etterprøvbarhet av stor betydning. Metoden innebærer en lang prosess med interaksjon mellom de prekvalifiserte deltakerne og oppdragsgiver og det vil være en betydelig mengde informasjon som er gitt fra de enkelte deltakerne til oppdragsgiver og motsatt. For ettertiden er det viktig å ha denne informasjonsflyten tilgjengelig slik at man på kort tid kan gjøre rede for om oppdragsgivers handlinger var i tråd med regelverket gjennom hele prosessen i forhold til alle deltakerne.

5.5.7 Forutberegnelighet

Kravet til forutberegnelighet innebærer at leverandørene skal kunne forholde seg til anskaffelsesprosessen slik det er grunn til å forvente at den skal gjennomføres. Dette kravet begrenser oppdragsgivers handlefrihet under konkurransen og forhindrer at han foretar endringer underveis som ikke leverandørene er forberedt på. Kravet til forutberegnelighet er viktig for å sikre at leverandørene kan forholde seg til hvilke krav som stilles for å være kvalifisert til å delta i konkurransen, hvilke kriterier anbudet vil bli tildelt etter og hvilke krav som stilles til ytelsen som skal leveres. Kravet til forutberegnelighet fremmer også konkurranse fordi leverandørene antakeligvis ser det som mer hensiktsmessig å bruke tid

⁶¹ Ref. KOFA sak 2007/30.

og ressurser på utarbeidelse av tilbud dersom de kan stole på at oppdragsgiver vil holde seg til de rammer som er fastsatt i konkurransegrunnlaget.

Fra praksis har Nemnda kommet frem til at innklaget i en sak har brutt kravene til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 5 ved ikke å ha evaluert klagers tilbud knyttet til kjøp av utstyr, men bare tatt hensyn til tilbud knyttet til leie av utstyr, noe som ikke var spesifisert i konkurransegrunnlaget.⁶² For klager hadde dette den konsekvens at hans tilbud ble avvist fordi ikke innklaget foretok de sammenligninger som etter nemnda og klagers oppfattelse var åpenbart nødvendige og som leverandøren hadde grunn til å forvente ble fortatt for å få et fullstendig vurderingsgrunnlag.

5.5.8 Avslutningsvis om prinsippene på området for konkurransepreget dialog

At prinsippene overholdes er særlig viktig på området for konkurransepreget dialog, hvor oppdragsgiver og potensielle leverandører er i tett kontakt med hverandre gjennom prosessen. Det bør stilles strengere krav til etterprøvbarhet, gjennomsiktighet, konkurranse og likebehandling ved denne metoden på grunn av dens dynamiske karakter og det faktum at metoden kun anvendes dersom kontrakten er ”særlig kompleks”. Dette vilkåret i seg selv indikerer et behov for ekstra beskyttelse siden det her vil være mye detaljert informasjon som går mellom oppdragsgiver og leverandører før et skreddersydd tilbud endelig overleveres oppdragsgiver og det vil potensielt kunne være enklere for oppdragsgiver å utnytte seg av den enorme mengden med kunnskap og løsningsforslag som er gjenstand for diskusjon gjennom hele prosessen.

⁶² Ref. KOFA sak 2007/41.

6 ERFARINGER VED BRUK AV KONKURRANSEPREGET DIALOG I PRAKSIS – BELYST MED NORDJYLLANDS AMT

6.1 Innledning

I punkt 3 tok jeg for meg sammenhengen til de øvrige anskaffelsesformene, grunnvilkårene som begrunner anvendelsen av konkurransepreget dialog i punkt 4 og gjennomføringen av selve metoden i punkt 5.

I Norge er metoden er ennå ikke særlig utbredt siden anskaffelsesformen først ble et reelt alternativ for oppdragsgivere fra 1. januar 2007. I Danmark har de imidlertid kommet litt lenger siden anskaffelsesformen konkurransepreget dialog ble et alternativ fra 1. januar 2005. Jeg vil derfor ta for meg en reell anskaffelse fra Danmark for å illustrere hvordan konkurransepreget dialog fungerte i praksis og hvilke erfaringer vedkommende oppdragsgiver har gjort etter at prosjektet er avsluttet.

Jeg vil gjøre rede for Nordjyllands Amt sine erfaringer fra 2005 – som første anvender av konkurransepreget dialog i Danmark – etter gjennomføringen av konkurransepreget dialog ved utlysningen av en elektronisk pasientjournaløsning til sykehusene i Region Nordjylland.⁶³

⁶³ Ref. Anne-Marie Falch, prosjektleder Nordjyllands Amt (2006).

6.2 Konkurranspreget dialog i praksis

6.2.1 Hvorfor valg av konkurranspreget dialog?

Nordjyllands Amt har i forbindelse med tidligere innkjøp av IT-løsninger sett det som et stort problem å ikke kunne få kommunisere med leverandørene underveis i prosessen før den endelige løsningen skulle velges. Denne mangelen på kommunikasjon hadde flere ganger resultert i uheldige overraskelser når kontrakt var signert.

Konkurranspreget dialog ble valgt fremfor de tradisjonelle anbudsformer fordi Nordjyllands Amts etterspurte leveranse var ytterst kompleks og ikke kunne vurderes som en standardleveranse. Av denne grunn var det ikke mulig å på forhånd lage en fullstendig kravsspesifikasjon som er kravet ved de øvrige anskaffelsesformer. Dersom oppdragsgiver hadde blitt tvunget til å anvende en av disse metodene og tilbud skulle blitt inngitt basert på den løse kravsspesifikasjonen, ville det resultert i stor usikkerhet rundt kvaliteten og gjennomføringen av prosjektet.

6.2.2 Dialogfasen

Oppdragsgiver la opp til en dialogfase hvor hensikten var å fremlegge løst formulerte krav slik at det dannet grunnlag for en friere dialog mellom partene. På denne måten kunne de slippe å utarbeide et detaljert konkurransegrunnlag. Dialogmøtene ble oppdelt etter emner (tekniske, klinisk/funksjonelle og organisatoriske) og ga gode muligheter til å få avklart hvilke av oppdragsgivers tanker om løsninger som var teknisk mulig å gjennomføre og deltakerne fikk på denne måten sjansen til å underveis drøfte løsningene. Videre ga dialogfasen oppdragsgiver en grundig forståelse for de enkelte løsninger som ble presentert og for hvilke av oppdragsgivers behov som var praktisk gjennomførbare. Samtidig fikk deltakerne mulighet til å vurdere om deres løsningsforslag ville være konkurransedyktige.

6.2.3 Fordeler og ulemper

Oppdragsgiveren har i ettertid både positive og negative erfaringer ved sin bruk av konkurranspreget dialog. Oppdragsgiver listet opp følgende som *negativt* ved anvendelsen av konkurranspreget dialog:

- prosessen var langvarig, og dette kan illustreres ved at en av deltakerne regnet på at deltakelse hadde kostet omtrent dobbelt så mange timer enn om det var begrenset anbudskonkurranse som var blitt benyttet
- prosessen krevde hardt arbeid i forhold til blant annet møteforberedelse og møteoppfølging for begge parter
- prosessen krevde en omfattende bruk av ressurser idet den langvarige prosessen tvinger deltakerne til å allokere alle sine midler (både tidsmessig, økonomisk og gjennom praktisk arbeid) til prosjektet all den tid det varer.

Følgende ble listet opp som *positivt* ved anvendelsen av konkurransepreget dialog:

- Reell konkurranse ble enklere å oppnå, fordi forhandlingssituasjonen ble optimal. Oppdragsgiver mente at markedskreftenes ”usynlige hånd” regjerte ved at den enkelte deltaker ikke bare forholdt seg til eget tilbud, men også til konkurrentens (ukjente) løsningsforslag. Dette resulterte i en lavere pris enn oppdragsgiver i utgangspunktet var forberedt på.
- Oppdragsgiver fikk en vesentlig innsikt i det reelle innhold, ikke kun de fremlagte dokumenter, ved at fokuset ble flyttet fra kravspesifikasjonene til en helhetsvurdering.
- Dialogmøtene gjorde likebehandling av deltakerne enkelt ved at samme ønsker ble presentert for alle deltakerne, slik at innholdet av det tilbudte ble forholdsvis ensrettet i løpet av dialogfasen. På denne måten fikk deltakere som ikke hadde forhåndskunnskap om oppdragsgiver et solid forståelsesfundament, mens allerede eksisterende leverandører mistet den konkurransefordel det var å kjenne oppdragsgiver på forhånd.

6.2.4 Konkrete erfaringer

Nordjyllands Amt påpekte at leverandørene hadde vanskelig for å frigjøre seg fra kravspesifikasjonen, noe som var svært uventet. Selv om kravspesifikasjonen i denne konkurransen kun skulle fungere som et løst utgangspunkt, ble den fulgt nøye og leverandørene turte ikke benytte seg av den friheten som konkurranseformen la opp til. Det

var tydelig at leverandørene var vant til at kravspesifikasjonen skulle danne den fulle og hele ramme for utarbeidelse av tilbud.

Videre forventet Nordjyllands Amt at løsningsforslagene i dialogfasen ville være overordnede forslag hvor de vesentlige deler av tilbudet pluss et økonomisk overslag ville være skissert. Realiteten viste seg å være at leverandørenes løsningsforslag hadde så høy kvalitet at de lå tett opp mot det endelige tilbudet.

Oppdragsgiver erfarte videre at den nære interaksjonen gjorde at det ble en reell konkurranse leverandørene i mellom selv uten at noe fortrolig informasjon ble lekket. Oppdragsgiver ble overrasket over hvor dyp innsikt deltakerne hadde i hverandres tilbud, som en konsekvens av at metoden faktisk førte til direkte kommunikasjon mellom de enkelte deltakere.

Avslutningsvis påpeker Nordjyllands Amt at konkurransepreget dialog forener det beste fra to verdener, det strenge kravet til dokumentasjon som er i offentlig sektor og konkurranseperspektivet fra den private sektor. På denne måten mener oppdragsgiveren at man får man en optimal konkurransesituasjon for både oppdragsgiver og deltakere.

Konkurransformen konkurransepreget dialog skapte for Nordjyllands Amt en forhandlingssituasjon som er helt fraværende for de andre formene for offentlige anskaffelser. Denne forhandlingssituasjonen var avgjørende for å få den kvaliteten på tilbudene som gjorde at de endte opp med en anskaffelse som var helt i tråd med de ideer og forestillinger de hadde skissert forutfor dialogen.

7 AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER OM DEN FREMTIDIGE PRAKTISKE BETYDNINGEN AV KONKURRANSEPREGET DIALOG

Som det fremkommer av anskaffelsesdirektivet har området for offentlige anskaffelser endret seg betydelig de siste årene. Det kommer flere spesialiserte og potensielt kvalifiserte leverandører til på markedet, flere anskaffelser blir lagt ut på anbud, anskaffelsene blir stadig større og mer komplekse og løsningene krever stadig mer avansert innsikt på vedkommende anskaffelsesområde. Denne endringen krever også en viss utvikling av regelverket for anskaffelsene slik at dette er tilpasset de nye behovene. Spørsmålet for fremtiden er imidlertid om konkurransepreget dialog er den rette metoden for å avhjelpe disse endringene på sektoren for offentlige anskaffelser.

Selv om konkurransepreget dialog er skapt med den hensikt å være et fleksibelt alternativ for anskaffelser av kompleks karakter, viser det seg at flere jurister (blant annet Tamsyn McLean og Ruth Smith) uttaler seg med en viss skeptisisme til hvorvidt denne konkurranseformen faktisk vil vise seg å være mer fleksibel enn for eksempel konkurranse med forhandling. Den delen av metoden som oftest synes å være gjenstand for argumentasjon er hvorvidt prosessen *etter* dialogfasen i realiteten tilbyr fleksible løsninger. Spesielt gjelder dette muligheten for å oppklare unøyaktigheter i tilbudet. Skeptikerne anfører at det er en snever del av tilbudet som kan oppklares, og at denne adgangen er begrenset til å gjelde etter tildeling, noe som anføres for å være negativt spesielt fordi valg av tilbud er så strengt bundet opp i tildelingskriteriene.⁶⁴ I tillegg er dialogfasen hos noen å betrakte som en begrensning snarere enn en utvikling, fordi risikoen for at fortrolig informasjon lekkes anses for å være stor. Frykten for at immaterielle rettigheter avsløres antas å snarere forhindre enn oppmuntre til innovative løsninger.⁶⁵

Men det er slett ikke bare skepsis knyttet til betydningen konkurransepreget dialog vil ha i fremtiden. Nordjyllands Amt uttrykte etter avslutning av konkurransen et ønske om at det

⁶⁴ Ref. Tamsyn McLean, Associate Allen & Overy (2007).

⁶⁵ Ref. Ruth Smith, Associate Solicitor Bevan Brittan.

for fremtiden kunne bli mulig å anvende metoden *også* for anskaffelser som *ikke* er komplekse nettopp fordi dialogfasen med dens fleksible muligheter ga så gode resultater at den vil være gunstig også for alminnelige anskaffelser.⁶⁶ I denne vurderingen må man selvsagt veie anskaffelsens verdi opp mot den ressursbruken som metoden krever både tidsmessig og økonomisk.

Det er også argumentert for at konkurransepreget dialog vil kunne åpne for økt kunnskap hos begge parter, noe som vil legge fundamentet for en felles forståelse av behov og hvordan disse kan imøtekommes. Dialogfasen vil også kunne avklare hva leverandøren anser som kostnadsdrivende, slik at oppdragsgiver fra et tidlig tidspunkt kan foreta løsningsvalg og prioriteringer basert på dette. Økt grad av dialog vil i så måte kunne forhindre bekymringer hos både oppdragsgiver og leverandør.⁶⁷ Dette kom også frem av erfaringene Nordjyllands Amt hadde. De ga uttrykk for at det var nærmest umulig å lage noe mer enn et løst konkurransegrunnlag på grunn av prosjektets omfattende beskaffenhet og at dette i kombinasjon med et forhandlingsforbud hos andre anskaffelsesformer ga en usikker situasjon vedrørende kvalitet og gjennomføring av kontrakten. Gjennom dialogen kan kunde og leverandør i fellesskap komme frem til beste mulige løsning, og ikke minst – til riktig pris.

Oppsummeringsvis kan det sies at konkurransepreget dialog gir friheter som de etablerte anskaffelsesformene ikke har. Med frihet følger ansvar, og det er naturlig at det stilles strenge krav til gjennomføring av en metode som ikke bare skal anvendes på store kostnadskrevenne prosjekter, men som også åpner for en interaksjon mellom partene som gir uante muligheter hva angår løsninger. Friheten oppdragsgiver har til å få diskutert sine behov med deltakerne samt friheten deltakerne får ved at de har muligheten til å finpusse løsningsforslagene sine helt i tråd med oppdragsgivers behov, skaper nødvendigvis også

⁶⁶ Ref. Anne-Marie Falch, prosjektleder Nordjylland Amt (2006).

⁶⁷ Ref. Frode P. Ettesvoll, daglig leder Computerworld (2007).

behov for et regelverk som legger faste føringer for hvordan denne friheten kan manøvreres.

Metoden er ennå i sin spede begynnelse her i Norge. Informasjon fra Doffin viser at det kun er fire offentlige oppdragsgiver som så langt har utlyst en konkurranse hvor hensikten er å benytte konkurransepreget dialog⁶⁸. Samtlige kunngjøringer er utgått på dato, men oppdragsgiverne er så tidlig i prosessen at de ennå ikke har gjort seg noen erfaringer av verken positiv eller negativ karakter.

Som en konsekvens av at det kun er så få oppdragsgivere som har benyttet seg av metoden foreløpig, er det heller ingen saker registrert hos KOFA vedrørende problemer knyttet til metoden per 12. november 2007.⁶⁹

Det som muligens kan være med på å avgjøre metodens betydning for fremtiden er hvorvidt det norske anskaffelsesregelverket oppmyknes på andre områder, slik at det ikke foreligger noen reell grunn til å foretrekke konkurransepreget dialog fremfor for eksempel konkurranse med forhandling. Dette vil spesielt gjelde for reglene om ekskludering av eksterne rådgivere etter anskaffelsesforskriften § 3-8. I bestemmelsen heter det at ”... oppdragsgiver skal ikke søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse”. Etter denne bestemmelsen er det forbudt å la en rådgiver som har deltatt i utforming av spesifikasjonene delta i konkurransen nettopp på grunn av det problematiske i forhold til de øvrige deltakerne.

I konkurransepreget dialog er fordelene at man lar sine ”rådgivere” delta i konkurransen, ved at man nettopp fører en dialog med potensielle fremtidige tilbydere. På denne måten får

⁶⁸ Ref. søkeresultat fra Doffin: www.doffin.no/search/Search_MainPageAdv.aspx per 12.november 2007.

⁶⁹ Ref. samtale med sekretariatet i KOFA den 12. november 2007.

samtlig som er invitert til å delta i dialogen bli med på å utarbeide spesifikasjonene for den bestemte anskaffelse slik at oppdragsgivers behov kan imøtekommes på best mulig måte. Denne forskjellen vil kunne gjøre metoden mer attraktiv fordi konkurransen på en ryddig og åpen måte tillater at samtlig inviterte deltakere får sette sitt preg på utarbeidelsen av spesifikasjonene uten at ekskluderingsproblematikken slår inn og derved forhindrer noen i å delta under dialogfasen.⁷⁰ Denne “gulroten“ vil imidlertid ikke få noen praktisk betydning dersom det skjer en oppmykning på regelverket på dette området, noe man ser antydning til om man går gjennom saker fra KOFA den siste tiden vedrørende ekskludering av eksterne rådgivere.

På bakgrunn av dette antar jeg det er for tidlig å avgjøre metodens skjebne, men realiteten viser nå at flere oppdragsgivere ønsker å prøve ut metoden og dens potensielle fortrinn overfor andre anskaffelsesformer. Både oppdragsgivere og leverandører har tatt vel i mot konkurransepreget dialog som ny anskaffelsesform, men på den annen side er det fremdeles mye som gjenstår å avklare som foreløpig kun er regelfestet og ikke prøvd ut tilstrekkelig i praksis. Foreksempel er behovene for en klarere ”... definition of a “complex contract”, the complexity of the procedure itself, the difference between it and the negotiated procedure with prior publication, its suitability for complex Public Private Partnerships (PPPs) and the issue of post-tender fine-tuning/negotiations”, noen av elementene som man mener ennå ikke er tilstrekkelig avklart ved konkurransepreget dialog.⁷¹ Siden konkurranse med forhandling allerede er en godt etablert anskaffelsesform – og i tillegg mangler det krevende vilkåret om at anskaffelsen må være særlig kompleks, er det svært usikkert hvilken rekkevidde anvendelsen av konkurransepreget dialog vil få.

⁷⁰ Etter innspill fra advokat Gro Amdal, partner i Advokatfirmaet Kluge DA.

⁷¹ Ref. Rita Beuter, Expert, Head of Unit “European Policies” – EIPA Maastricht.

8 LITTERATURLISTE

Lovregister:

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven) av 27. november 1992, nr. 109

Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999, nr. 69

Forskrift:

Forskrift til lov om offentlige anskaffelser av 7. april 2006, nr. 402

Internasjonal rett:

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlige tjenesteytelser

Forarbeid til internasjonal rett:

Europa-kommisjonen, "Explanatory Note – competitive dialogue – classic directive" (2005)

Rådet, uttalelse publisert i "OJ L 210" den 21.07.1989

Traktater:

EØS-avtalen av 1. januar 1994

Bøker:

Dragsten, Marianne H., "Håndbok i offentlige anskaffelser", 2006

Sejersted, Arnesen, Rogstad, Foyn & Stemshaug, "EØS-rett", 2. utgave 2004

Artikler, publikasjoner og annet:

Fornyings- og administrasjonsdepartementet, "veileder til reglene om offentlige anskaffelser" (2006)

Office of Government Commerce "Guidance on the competitive dialogue procedures"
(2006) http://www.ogc.gov.uk/documents/guide_competitive_dialogue.pdf

Artikkelen "fritt frem for e-innkjøp fra 2006" publisert på Doffin den 29.07.05
http://www.nyheter.doffin.no/index.php?path=2&resource_id=210

Artikkelen "E-auksjon ved tjenestekjøp krever grundighet" publisert på Doffin 05.02. 07
http://www.nyheter.doffin.no/index.php?path=2&resource_id=2385

Nordby, Thomas og Lindseth, Cecilie B., "public procurement" (2007)
<http://www.arntzendebesche.no/cda/viewfile.aspx?id=620>

McLean, Tamsyn, artikkelen "Competitive Dialogue: a closer look" (2007)
<http://www.allenoverly.com/AOWEB/AreasOfExpertise/Editorial.aspx?contentTypeID=1&itemID=35836&afeID=305&practiceID=31740&prefLangID=410>

Smith, Ruth, artikkelen "The Competitive Dialogue Procedure under the new EU Consolidated Public Procurement Directive"
<http://www.bevanbrittan.com/metis/web/builtenvironment/BEn5/ben5A2.HTM>

Falch, Anne-Marie, Artikkelen "Erfaringer med udbudsformen konkurrencepræget dialog"
(2006) <http://www.udbudsportalen.dk/517046>

Ettesvoll, Frode P., artikkel publisert i Computerworld 18. mai 2007
https://www.more.no/info_no/index.php?option=com_content&task=view&id=194&Itemid=206

Marianne H. Dragsten, "Nytt regelverk" for Haavind Vislie

Marianne H. Dragsten, "Bruk av tildelingskriterier" for Haavind Vislie

Innspill fra advokat Gro Amdal, partner i Advokatfirmaet Kluge DA

Rita Beuter, Expert, Head of Unit “European Policies” – EIPA Maastricht

Klageorganet for offentlige anskaffelser:

KOFA sak 2007/74

KOFA sak 2007/41

KOFA sak 2007/30

KOFA sak 2006/159

KOFA sak 2006/90

KOFA sak 2005/180

KOFA sak 2005/13

KOFA sak 2004/74

KOFA sak 2004/67

KOFA sak 2004/16

KOFA sak 2003/128

KOFA sak 2003 /209

Klagenævnet for udbud:

Kendelse J.nr. 2006-0007115

EF-domstolen

Sag 448/01 EVN/Wienstrom mod GmbH mod Republik Österreich

(4. desember 2003)

Sag 513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki/HKL-Bussiliikenne

(17. september 2002)

Sag 107/98 Teckal Srl mod Comune di Viano and AGAC di Reggio Emilia

(1. juli 1999)

Sag 810/79 Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte

(8. oktober 1980)