

UiO : **Det juridiske fakultet**

Særlig komplekse kontrakter

Anvendelsesvilkårene for anskaffelsesprosedyren konkurransepreget dialog etter FOA § 14-2

Kandidatnummer: 689

Leveringsfrist: 25.11. 2014

Antall ord: 17 043



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Temaets aktualitet	1
1.3	Avgrensninger	2
1.4	Rettskilder og metode	3
1.5	Videre fremstilling	5
2	RETTLIG PLASSERING	6
2.1	En oversikt over anskaffelsesretten.....	6
2.2	Anskaffelsesrettslige pliktsubjekter	8
2.3	Forskjellige kontraktstyper	9
2.4	Anskaffelsesrettslige grunnprinsipper.....	10
3	VILKÅR FOR ANVENDELSE	12
3.1	En oversikt over vilkårene til konkurransepreget dialog	12
3.2	«Særlig komplekse kontrakter»	13
3.2.1	Selvstendig betydning.....	16
3.2.2	Objektiv vurdering.....	19
3.2.3	Forskjellig anvendelse?	22
3.3	Tekniske vilkår i samsvar med § 17-3(3) jf. § 14-2(2) bokstav a).....	23
3.3.1	Kravspesifikasjon	24
3.3.2	Teknisk kompleksitet.....	25
3.4	Rettslige eller finansielle forhold jf. § 14-2(2) bokstav b).....	28
3.5	Oppsummering.....	31
4	BLIKK MOT FREMTIDEN – DIREKTIV 2014/24/EU	33
4.1	Bakgrunnen for endringene.....	33
4.2	Nye vilkår for anvendelse	35
4.2.1	Vilkårene etter artikkel 26(4) bokstav a)	36
4.2.2	Vilkårene etter artikkel 26(4) bokstav b).....	40
4.2.3	Andre bemerkninger til artikkel 26(4).....	42
4.3	Oppsummering.....	43
5	AVSLUTNING OG KONKLUSJON	44
	LITTERATURLISTE	47

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Konkurransepreget dialog er en prosedyre for offentlige anskaffelser som kan benyttes av oppdragsgiver ved særlig komplekse kontrakter. Prosedyren har sin opprinnelse fra EU-direktivet av 2004 for klassisk sektor, og ble gjennomført til norsk rett med virkning fra 1. januar 2007. Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 4-2 bokstav 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 unike med prosedyren er muligheten til interaksjon mellom oppdragsgiver og leverandører gjennom prosedyrens dialogfase. Tankegangen er at prosedyren skal stimulere konkurranse i markedet og bidra til et bedre sluttprodukt ved komplekse kontrakter, enn man ville oppnå med andre anskaffelsesprosedyrer. Hensikten med prosedyren er å kunne tilby et mer fleksibelt alternativ for oppdragsgiver ved anskaffelser som er spesielt komplekse.

Avhandlingens tema er når konkurransepreget dialog kan benyttes som prosedyre, som avgjøres etter prosedyrens anvendelsesvilkår. Vilkåret er hjemlet i anskaffelsesforskriften § 14-2, og setter en nedre terskel for når prosedyren kan tas i bruk. Grunnvilkåret er at oppdragsgiver står overfor en «særlig kompleks kontrakt». En kontrakt betegnes som særlig kompleks når oppdragsgiver ikke er i stand til objektivt å presisere de tekniske vilkår som kan oppfylle deres behov og formål, eller til objektivt å presisere rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med prosjektet. Det er således ett hovedvilkår, og to alternative vilkår som avgjør om hovedvilkåret er oppfylt.

Avhandlingens problemstilling er hva som oppfyller vilkåret «særlig komplekse kontrakter».

1.2 Temaets aktualitet

Regelverket for offentlige anskaffelser er et meget praktisk og samfunnsøkonomisk viktig rettsområde. Regelverket har i senere tid vært et heftig debattert tema, utsatt for jevnlig kritikk både fra oppdragsgivere og leverandører. Det stadige ønske om endringer, enklere og mer oversiktlige regler, belyser aktualiteten for offentlige anskaffelser som tema generelt.

Konkurransepreget dialog er en prosedyre som neppe har oppnådd sitt fulle potensial, hverken i Norge eller andre EU-land. Prosedyren er forholdsvis lite brukt, til tross for at det kan være et svært gunstig hjelpemiddel til å finne gode løsninger på ukurante og komplekse

anskaffelser, samtidig som det er en meget god måte å fremme innovasjon og nyskapning i samfunnet.

Til tross for at prosedyren har eksistert i flere år, er det forholdsvis lite rettskildematerialer, og det kan være behov for avklaringer. Dersom oppdragsgiver benytter konkurransepreget dialog uten at vilkårene for anvendelse er innfridd, medfører dette en feil som ikke kan rettes under gjennomføringen av prosessen. Som et resultat må prosedyren avlyses for å reparere feilen. Det er dermed meget viktig at anvendelsesvilkårene er innfridd. Videre fremla EU-kommisjonen i februar 2014 et nytt direktiv for offentlige anskaffelser, som må gjennomføres i norsk rett innen 18. april 2016. Direktivet er ikke vedtatt av EØS-komiteen enda og dermed ikke innlemmet i EØS-avtalen, med det foreligger ingen politiske grunner som tilsier at dette ikke vil bli gjort. Med et nytt direktiv på vei, med nye regler for anvendelse av konkurransepreget dialog, er det min oppfatning at konkurransepreget dialog er en anskaffelsesprosedyre som vil kunne få fremtidig økende anvendelse, både i det norske markedet og mer generelt. Det er således et høyaktuelt tema.

1.3 Avgrensninger

Avhandlingen vil for det første begrense seg til å behandle anskaffelser innenfor såkalt klassisk sektor, som reguleres i forskrift om offentlige anskaffelser.¹ Dette omfatter vare-, tjeneste-, og bygge- og anleggskontrakter. Avhandlingen vil dermed avgrenses mot forsyningssektoren og forsvarssektoren som reguleres i egne forskrifter.² Etter disse forskriftene reguleres konkurransepreget dialog innen forsvarssektoren, men ikke innen forsyningssektoren.

For det andre vil avhandlingen begrense seg til å behandle anskaffelser som omfattes av FOA del III, med andre ord, anskaffelser over EU-/EØS-terskelverdier.³ Konkurransepreget dialog gjelder i utgangspunktet som en unntaksprosedyre for anskaffelser som overstiger disse verdiene. Reglene om konkurransepreget dialog følger ikke av del II, og prosedyren kan dermed ikke anvendes ved anskaffelser under terskelverdiene. Oppdragsgiver kan i prinsippet velge å anvende konkurransepreget dialog for anskaffelser etter del I, i tråd med reglene angitt i del III, men dette er neppe særlig hensiktsmessig ettersom prosedyren er meget ressurskre-

¹ Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402

² Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) av 7. april 2006 nr. 403, og Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser av 10. april 2013 nr. 1185

³ EU/EØS-terskelverdier viser til anskaffelser med en anslått verdi over 1,55 millioner ekskl. mva. for vare- og tjenestekontrakter, og 39 millioner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter.

vende, og regelverket over terskelverdiene er betydelig mer detaljert og restriktivt og dermed mindre fleksibelt for oppdragsgiver. Slike situasjoner vil det avgrenses mot.

For det tredje vil det avgrenses mot selve gjennomføringen og håndhevelsen av konkurransepreget dialog. Avhandlingen vil kun behandle anvendelsesvilkårene for prosedyren.

1.4 Rettskilder og metode

Konkurransepreget dialog følger av reglene om offentlige anskaffelser. Det relevante norske anskaffelsesregelverket er lov om offentlige anskaffelser⁴ (heretter LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (heretter FOA). Loven fungerer som en fullmaktslov, og med unntak av grunnleggende anskaffelsesprinsipper som både er lovfestet og forskriftsfestet, følger alle materielle regler av forskriften. FOA er dermed utgangspunktet for tolkningen av de aktuelle reglene. FOA er gitt med hjemmel i LOA § 11. De aktuelle bestemmelsene om konkurransepreget dialog følger av FOA del III som gjelder for anskaffelser over EU-/EØS-terskelverdier. Reglene om offentlige anskaffelser er hentet fra EU-retten, og har sitt utspring fra direktiv nr. 2004/18/EF⁵ (heretter kalt direktivet). Gjennom EØS-avtalen har Norge forpliktet seg til å gjennomføre EØS-komiteens beslutninger om offentlige anskaffelser til norsk rett. Regelverket er videre gjennomført til norsk rett med forrang, jf. EØS-loven §§ 1 og 2. Sammenhengen med overnasjonal rett fører til et utvidet rettskildebilde, og noen aktuelle momenter vil kommenteres.

Det norske anskaffelsesregelverket, og da særlig FOA, sin sammenheng med direktivet får direkte betydning for tolkningen av bestemmelsene. Gjennom presumsjonsprinsippet skal norske bestemmelser så langt mulig tolkes i samsvar med de folkerettslige forpliktelser. Direktivbestemmelsene vil dermed være en tolkningsfaktor ved tolkningen av FOA. Ved tolkning av EU-rettslige bestemmelser, tillegges formål, kontekst og ordlyd stor vekt, samtidig som EU-rettslige prinsipper tillegges sentral betydning.⁶ Ved avhandlingens gjengivelse av direktivet, vil den danske språkversjonen som utgangspunkt benyttes, og ved noen tilfeller vil den engelske versjonen benyttes.

EU-, EFTA- og norske domstoler har avsagt få rettsavgjørelser om problemstillinger av betydning for konkurransepreget dialog. Det finnes imidlertid en rekke avgjørelser om andre anskaffelsesrettslige problemstillinger. Disse kan være relevante også for problemstil-

⁴ Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69

⁵ EP/Rdir 04/18/EF

⁶ Fredriksen (2014) s. 221-224

linger knyttet til prosedyren, og vil henvises til der de er relevante. Avgjørelser fra Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) fungerer som klageinstansen for tvister innenfor offentlige anskaffelser, og forholdsvis få saker tas videre inn for domstolene. Slik praksis vil være relevant for tolkningen av bestemmelsene, da Høyesterett har henvist til slike avgjørelser.⁷ Høyesterett har imidlertid ikke uttalt seg om hvilken vekt slik praksis skal tillegges. Uttalelser fra KOFA er ikke rettslig bindende, og bør tillegges begrenset rettskildemessig vekt.⁸ Der KOFA behandler flere saker om samme tema over tid, vil dette kunne veie noe tyngre.⁹ Det er få saker innklagd til KOFA som omhandler anvendelsesvilkårene for konkurransepreget dialog, men det vil henvises til praksis herfra hvor dette er relevant. Av praksis utenfor Norge og EU-domstolen, vil særlig Klagenævnet for Udbud i Danmark brukes ved relevant anledning. Uttalelser fra utenlandske klageorgan er imidlertid rettskilder med begrenset betydning.¹⁰

Direktivets forarbeider og Kommissjonens veiledningsnotat¹¹ vil være en rettskilde av betydning for å belyse vilkårene for anvendelse av prosedyren. Det viktig å poengtere at betraktninger i direktivets fortale vil kunne fungere som veiledning ved fortolkning av rettsregler, men er i seg selv ikke en rettsregel.¹² Videre er det noe juridisk litteratur, både norsk og internasjonalt, som belyser vilkårene for konkurransepreget dialog.¹³ Rettskildebildet er nokså spinkelt, og manglende rettsavklaring medfører metodemessige utfordringer. Imidlertid eksisterer det flere evalueringer og veiledere til anskaffelsesreglene, både norske og nordiske, som vil bli benyttet som informasjonskilder.

EU-kommisjonen vedtok 26. februar 2014 et nytt anskaffelsesdirektiv¹⁴ (heretter kalt det nye direktivet). Dette skal gjennomføres i norsk rett innen 18. april 2016, og vil medføre flere endringer av regler med betydning for avhandlingens problemstilling. Rettskildematerialet til dette er noe varierende, og jeg har ikke funnet rettsavgjørelser som belyser det nye direktivets bestemmelser. Juridisk litteratur, det nye direktivets fortale og forarbeider vil bli benyttet som rettskilder.

⁷ Rt. 2008 s. 1705 premiss 45, og Rt. 2007 s. 1783 premiss 41

⁸ Thue (2013) s. 51

⁹ Ibid. s. 52

¹⁰ Ibid. s. 497

¹¹ CC/2005/04 FR 2005

¹² C-215/88, Casa Fleischhandels-GmbH v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, s. 2808, premiss 31

¹³ Eks. Dragsten og Arrowsmith

¹⁴ EP/Rdir 14/24/EU

1.5 Videre fremstilling

Før jeg går inn i den aktuelle problemstillingen, kan det være hensiktsmessig å plassere temaet og problemstillingen i en større sammenheng. Dette vil gjøres under punkt 2 og vil dermed fungere som en noe utvidet innledning. Her vil jeg kort gjøre rede for anskaffelsesretten, dens pliktsubjekter, kontraktstyper og de anskaffelsesrettslige grunnprinsippene. Dette er prinsipper som er av stor betydning for gjennomføring av anskaffelser, og anskaffelsesretten generelt.

Avhandlingens hoveddel vil være punkt 3, hvor jeg tar for meg vilkårene for anvendelse av konkurransepreget dialog etter FOA § 14-2.

Under punkt 4 vil jeg ta for meg det nye direktivet som må gjennomføres til norsk rett innen 2016. Vilårene for når konkurransepreget dialog kan tas i bruk er endret og i betydelig grad utvidet, da den nye bestemmelsen er supplert med en rekke alternative vilkår. I tillegg er reglene for konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling harmonisert, noe som medfører valgalternativer og fleksibilitet for oppdragsgiver. Her vil jeg drøfte endringene og sammenligne anvendelsesvilkårene for konkurransepreget dialog, med de någjeldende reglene.

2 Rettslig plassering

2.1 En oversikt over anskaffelsesretten

Offentlig sektor kjøper inn varer og tjenester for nesten 400 milliarder kr årlig.¹⁵ Ved innkjøp av så store summer, og handel som strekker seg over landegrensene, er det behov for regulering. Gjennom EØS-avtalen er det norske anskaffelsesregelverket et direkte utslag av EUs regler. Anskaffelsesreglene har som formål å bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Det offentlige skal opptre med stor integritet, slik at allmenheten har tillitt til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.¹⁶ For å oppnå dette formålet, oppstiller regelverket en rekke bestemmelser med krav og regler for både oppdragsgivere og leverandører.

LOA oppstiller grunnleggende anskaffelsesprinsipper som i utgangspunktet gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av anskaffelsens art og verdi. Foruten dette er LOA en fullmaktslov, og de materielle reglene følger av FOA. Forskriften er bygd opp slik at det gjelder ulike regelsett for anskaffelser over og under nasjonal- og EU-/EØS-terskelverdi. FOA er derfor delt inn i fire deler, og anvendelsesområde varierer avhengig av anskaffelsens verdi og art. FOA del I inneholder en rekke grunnleggende bestemmelser og definisjoner, og gjelder for alle anskaffelser. FOA del II inneholder regler for prosedyrer som kommer til anvendelse for anskaffelser over nasjonal terskelverdi, men som er under EU-/EØS-terskelverdiene, samt uprioriterte tjenester. Anskaffelser etter FOA del II skal kunngjøres i den nasjonale kunngjøringstjenesten Doffin. Anskaffelser som overstiger EU-/EØS-terskelverdiene og prioriterte tjenester følger av del III, som inneholder ytterligere detaljerte regler for prosedyrene. Anskaffelser som faller inn under FOA del III skal kunngjøres i den felleseuropeiske kunngjøringstjenesten TED, og blir da også automatisk kunngjort i Doffin. Oppdelingen av FOA viser regelverket sin sammenheng med EU-direktivets anvendelsesområde. Gjennom FOA del III gjennomfører Norge de regler som EØS-avtalen forplikter oss til, som får betydning for leverandører i EØS-området og bidrar til Europeisk konkurranse. Del IV inneholder særlige regler for enkelte prosedyrer som plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål.

Konkurranspreget dialog reguleres av FOA § 14-2 som faller inn under del III, og kan dermed benyttes ved anskaffelser som overstiger EU-/EØS-terskelverdiene. Imidlertid er hovedregelen i FOA del III at alle anskaffelser skal gjennomføres med åpen eller begrenset

¹⁵Nærings- og fiskeridepartementet (2014)

¹⁶LOA § 1

anbudskonkurranse som anskaffelsesprosedyre. Konkurransepreget dialog er et unntak fra hovedregelen om anbudskonkurranse, og kan bare benyttes dersom visse vilkår er innfridd jf. FOA § 14-1(2). Begrunnelsen for at konkurransepreget dialog har et mer snevert anvendelsesområde er at prosedyren ikke fremmer hensynene til gjennomsiktighet og likebehandling på lik linje som hovedregelen. For leverandørene innebærer dette en risiko for at oppdragsgiver ikke opprettholder de anskaffelsesrettslige grunnprinsipper i samme grad som under en anbudskonkurranse. Videre er konkurransepreget dialog en meget ressurskrevende prosedyre for alle parter, både i rene kostnader og tidsbruk. Selve prosedyren kan også virke noe avskrekkende for aktørene, da det foreligger mindre rettsavklaring og erfaring knyttet til konkurransepreget dialog, sammenlignet med andre prosedyrer.

Samtidig er det flere fordeler med konkurransepreget dialog. Prosedyren tilbyr oppdragsgiver en fleksibel mulighet for interaksjon med leverandørene for å diskutere alternative løsninger, før det gjøres et valg av løsning og leverandør. Denne interaksjonen er dermed meget godt egnet til å komme frem til et godt sluttresultat som ivaretar oppdragsgivers behov, samtidig som det er meget godt egnet til å finne innovative og nyskapende løsninger. Risikoen for manglende gjennomsiktighet og likebehandling må veies opp mot oppdragsgivers behov for å gjennomføre anskaffelsen på en hensiktsmessig måte, så kontrakten kan tildeles og gjennomføres, slik at oppdragsgivers behov og ønsker blir ivaretatt gjennom et godt sluttresultat.

Prosedyren starter med en kunngjøring sammen med et beskrivende dokument med minstekrav, behov og ønsker utarbeidet av oppdragsgiver. Anskaffelsesprosedyren innebærer at hver enkelt deltaker kan foreslå den løsningen de finner mest hensiktsmessig med hensyn til det konkrete prosjektets utfordringer. Med utgangspunkt i deltakernes egne løsningsforslag gjennomfører oppdragsgiver så en dialog med de kvalifiserte og utvalgte leverandørene, med sikte på å avklare hvordan oppdragsgiver sine behov best kan ivaretas. Under dialogen kan alle aspekter ved en potensiell kontrakt drøftes og dialogen skal fortsette frem til oppdragsgiver mener han har funnet den eller de løsninger som kan oppfylle hans behov på best mulig måte. Oppdragsgiver ber dermed deltakerne om å avgi endelig tilbud, med alle nødvendige elementer for prosjektets gjennomføring, basert på de løsninger som er fremlagt og presisert under dialogen. Oppdragsgiver foretar så en vurdering av tilbudene basert på tildelingskriteriene og velger det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

2.2 Anskaffelsesrettslige pliktsubjekter

Hvem som er forpliktet til å følge anskaffelsesregelverket følger av LOA § 2 og FOA § 1-2. Dette har betydning for avhandlingens problemstilling, da det er disse pliktsubjektene som skal avgjøre i første omgang om de ønsker å benytte konkurransepreget dialog som prosedyre, og om vilkårene for anvendelsen er innfridd. Reglene gjelder for offentlige myndigheter, med andre ord statelige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter jf. FOA § 1-2(1). Etter NOU 1997: 21 side 114 omfatter offentlige myndigheter også institusjoner og virksomheter som utgjør en organisatorisk del av den statlige, kommunale og fylkeskommunale forvaltning, blant annet departementer, direktorater og fylkesmenn.

Videre er også offentligrettslige organer underlagt regelverket jf. FOA § 1-2(2). Dette er organer eller virksomheter som er organisert som egne rettssubjekter, som gjennom deres virksomhet og tilknytningsforhold, tilsier at organet er underlagt regelverket. Dette vil eksempelvis være aksjeselskap, stiftelser, statsforetak eller interkommunale foretak. Hva som faller inn under «offentligrettslig organ» skal etter EU-domstolens praksis tolkes vidt.¹⁷

FOA § 1-2(2) oppstiller tre kumulative vilkår for at en virksomhet skal være et offentligrettslig organ. For det første kreves det at virksomheten «tjener allmenhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter». Dette vil bestå av en todelt vurdering hvor det først vurderes om behovene som fremmes av virksomheten tjener allmennheten, og deretter om virksomhetens aktiviteter i å møte allmenhetens behov har en industriell eller forretningsmessig karakter. Det skal ikke foretas en helhetsvurdering av virksomheten, men heller vurdere hver enkelt aktivitet for seg selv.¹⁸ Videre skal virksomheten være et selvstendig rettssubjekt, altså en juridisk person som kan foreta rettsstiftende handlinger, og ha rettigheter og plikter. Til slutt skal virksomheten i hovedsak være finansiert eller kontrollert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer. Det skal her være en tilknytning mellom virksomheten og det offentlige som gir det offentlige mulighet til å påvirke virksomhetens beslutninger. Av ordet «i hovedsak» skal det forstås at den offentlige finansieringen må bestå av mer enn halvparten av virksomhetens samlede inntekter.¹⁹ Posten Norge AS og NSB AS er eksempler på offentligrettslige organer.

¹⁷ C-373/00, Adolf Truley GmbH v Bestattung Wien GmbH, s. 1988, premiss 43

¹⁸ *Anskaffelsesrett i et nøtteskall* (2014), s 21

¹⁹ C-337/06, Bayerischer Rundfunk and Others v GEWA-Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH, s. 11210 og 11211, premiss 33

2.3 Forskjellige kontraktstyper

Konkurransepreget dialog kan benyttes ved særlig komplekse kontrakter. Før vi kan komme til drøftelser av hva dette vil være, kan det være nyttig å se på hva en kontrakt er, og hvilke typer kontrakter som gjelder for anskaffelsesregelverket. Etter LOA § 3 og FOA § 1-3 gjelder regelverket for offentlige kontrakter av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider. Kontrakter som faller inn under FOA § 1-3(2), eksempelvis ansettelseskontrakter, er unntatt fra regelverket.

En kontrakt defineres etter FOA § 4-1 bokstav a som *«en gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører»*. I begrepet «gjensidig bebyrdende» ligger det at begge parter skal være forpliktet i henhold til avtalen, da begge partene skal levere en ytelse. For at det skal anses som et kontraktrettslig vederlag, må ytelsen ha økonomisk verdi. Oppdragsgivers forpliktelse vil normalt være et kontraktrettslig vederlag. Dette er oftest i form av penger, men det kan tenkes at oppdragsgivers vederlag består i annet enn betaling.²⁰ Leverandørens forpliktelse vil være å levere avtalt vare, tjeneste eller et bygge- og anleggsarbeid. Beskrivelser og utdypelser av de forskjellige kontraktstyper følger av samme bestemmelsen. FOA § 4-1 bokstav b definerer varekontrakt som *«kontrakt som omhandler kjøp, avbetalingskjøp, leasing eller leie med eller uten rett til kjøp av varer, unntatt varer som nevnt i bokstav c»*.

Bygge- og anleggskontrakter er definert i bokstav c som *«kontrakt som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i vedlegg 1 (liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid) eller et bygge- og anleggsarbeid, eller utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver. Med bygge- og anleggsarbeid mens resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon»*.

FOA § 4-1 bokstav d definerer en tjenestekontrakt som en *«kontrakt, unntatt kontrakter som nevnt i bokstav b og c, som gjelder tjenester angitt i vedlegg 5 (prioriterte tjenester) og vedlegg 6 (uprioriterte tjenester)»*.

Oppdelingen av de forskjellige kontraktstypene kan begrunnes med at det er gitt visse særregler ved enkelte kontraktstyper. For det første vil terskelverdiene, og dermed anvendelse

²⁰ C-220/05, Jean Auroux and Others v Commune de Roanne, s. 430, premiss 45

av FOA del III være forskjellige for de ulike kontraktstypene. For det andre vil flere av unntaksbestemmelsene i forskriften gjelde bestemte kontraktstyper.²¹

2.4 Anskaffelsesrettslige grunnprinsipper

De anskaffelsesrettslige grunnprinsippene er nedfelt i LOA § 5 og presiseres i FOA § 3-1. Disse prinsippene oppstiller plikter for oppdragsgivers fremgangsmåte og gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av verdi, anskaffelsestype og prosedyre. Prinsippene skal sikre leverandørens rettsikkerhet, og bidra til at alle leverandører har samme mulighet til å kunne oppnå kontrakter med det offentlige. Samtidig bidrar prinsippene til at det offentlige foretar effektive anskaffelser og anvender deres midler på en økonomisk fornuftig måte. Prinsippene skal følges og være styrende for oppdragsgivers handlemåte gjennom hele prosessen, og det er dermed oppdragsgivers ansvar å sørge for at prinsippene opprettholdes. Prinsippene i LOA og FOA, oppstiller krav til konkurranse, likbehandling og ikke-diskriminering, forutberegnelighet, forholdsmessighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, og god forretningsskikk. Dette medfører en rekke krav til gjennomføringen av prosedyren. Prinsippene overlapper hverandre og må dermed sees i sammenheng.

Prinsippene gjelder således for selve gjennomføringen av konkurransepreget dialog generelt, og er ikke nødvendigvis avgjørende for om man kan anvende prosedyren eller ikke. De har dermed mindre betydning for *om* man kan gjennomføre konkurransepreget dialog, men heller stor betydning for *hvordan* prosedyren skal gjennomføres. Imidlertid kan prinsippene brukes ved fastleggelsen av det nærmere innholdet i FOA. Dersom det foreligger usikkerhet knyttet til innholdet i en av forskriftsbestemmelsene, og ett tolkningsalternativ er best i tråd med de grunnleggende prinsippene, er det nærliggende å benytte dette alternativet.

Imidlertid foreligger det visse begrensninger. Etter proporsjonalitetsprinsippet må rekkevidden av prinsippene tilpasses anskaffelsens størrelse og betydning,²² og regler utviklet med hjemmel i prinsippene skal dermed anvendes forskjellig ved anskaffelser etter del II og del III. Videre har EU-domstolen advart mot å trekke for vide slutninger og etablere nye prinsipper basert på de grunnleggende prinsippene.²³

Et annet moment er at regelverkets grunnleggende prinsipper ofte påberopes av misfornøyde leverandører for å øke prøvingsintensiteten av oppdragsgivers skjønn. Etter rettspraksis kan den konkrete skjønnsutøvelsen ikke prøves, men det kan prøves om de grunnleg-

²¹ Dragsten (2013) s. 123

²² KOFA-sak 2011/328, premiss 29-30

²³ *Anskaffelsesrett i et nøtteskall* (2014), s 46

gende prinsippene er ivaretatt ved skjønnsutøvelsen. I dom inntatt i Rt. 2007 s. 1783 premiss 44 følger det: «*skjønnnet ... og støter heller ikke an mot kravene i anskaffelsesloven § 5 om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.*» Dette leder til en relativt omfattende prøving av skjønnsutøvelsen, særlig basert på anførsler knyttet til prinsippet om forutberegnelighet.²⁴

²⁴Anskaffelsesrett i et nøtteskall (2014), s 46

3 Vilkår for anvendelse

3.1 En oversikt over vilkårene til konkurransepreget dialog

Vilkårene for anvendelse av konkurransepreget dialog følger av FOA del III § 14-2. Her følger 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».

Dette er et snevert unntak fra hovedregelen ved anskaffelser over EU-/EØS-terskelverdiene som er at oppdragsgiver skal benytte åpen eller begrenset anbudskonkurranse jf. FOA § 14-1(1). Begrunnelsen for hovedregelen er at åpen eller begrenset anbudskonkurranse ansees å kunne ivareta prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet på best mulig måte. Konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling utgjør unntakene fra hovedregelen jf. FOA § 14-1(2) og (3). Konkurransepreget dialog åpner for en mer fleksibel prosedyre som tilgodeser konkurranse mellom flere økonomiske aktører, samtidig som oppdragsgivers behov for å drøfte kontraktens aspekter med leverandørene blir ivaretatt. Det er således en prosedyre som, gjennom dialog med leverandørene om de aktuelle muligheter markedet kan tilby, fremmer innovasjon og nyskapning. På den andre siden er det en meget ressurskrevende prosedyre for alle parter, både når det kommer til rene kostnader og tidsbruk. Prosedyrens tilbudsfasen er også mindre fleksibel og inneholder et forhandlingsforbud. Gjennom prinsippet til forholdsmessighet, øker også kravet til konkurranse og oppdragsgivers fremgangsmåte med kontraktens verdi. Ettersom prosedyren åpner for større friheter som de andre konkurranseformene ikke tillater, er prosedyrens anvendelse underlagt strenge vilkår.

Det bemerkes at denne prosedyren oppstilles som et alternativ for oppdragsgiver, og ikke et absolutt krav. Det følger av bestemmelsen at oppdragsgiver *kan* benytte konkurransepreget dialog ved særlig komplekse kontrakter. Det er oppdragsgivers valgmulighet om han ønsker å benytte seg av prosedyren dersom vilkårene for anvendelse er innfridd.

Inngangsvilkåret for bruk av konkurransepreget dialog er at det foreligger en «særlig kompleks kontrakt» jf. FOA § 14-2(1). Om det foreligger en «særlig kompleks kontrakt» skal

avgjøres av oppdragsgiver før kunngjøring av anskaffelsen etter en objektiv helhetsvurdering av alle elementer i kontrakten. Denne vurderingen er tema for avhandlingens punkt 3.2.

Hva som er å anse som en «særlig kompleks kontrakt» følger av FOA § 14-2(2). Bestemmelsen oppstiller to alternative vilkår en oppdragsgiver kan påberope seg for å begrunne at en kontrakt er særlig kompleks. Vilkårene beror på tekniske, rettslige og finansielle forhold ved anskaffelsen, som oppdragsgiver ikke er i stand til objektivt å presisere tilstrekkelig på forhånd. Vilkårene oppstiller til sammen tre forhold som kan påberopes. Som alternative vilkår, kan forholdene kombineres, og det er tilstrekkelig at ett av dem ikke kan presiseres for at inngangsvilkåret om «særlig komplekse kontrakter» er innfridd.

Det første alternative vilkåret følger av bokstav a, og er der oppdragsgiver ikke er i stand til å presisere «... de tekniske vilkår...». Dette vil kunne omfatte tekniske krav som må være oppfylt for den ønskede løsning, og valget mellom flere potensielle løsninger. Dette vilkåret vil jeg behandle i avhandlingens punkt 3.3.

Det andre alternative vilkårene følger av bokstav b og er situasjoner der oppdragsgiver ikke er i stand til å presisere de «... rettslige eller finansielle forhold...». Dette vilkåret oppstiller to mulige forhold, rettslige og finansielle, som begge kan medføre at vilkåret til særlig komplekse kontrakter er oppfylt. Disse vilkårene vil bli behandlet i avhandlingens punkt 3.4.

Under punkt 3.5 vil det redegjøres for noen oppsummerende betraktninger i form av en delkonklusjon.

3.2 «Særlig komplekse kontrakter»

Prosedyren har sitt utspring i et behov for en mer fleksibel prosedyre for særlig komplekse anskaffelser, eksempelvis IKT-kontrakter eller anskaffelser innenfor et område med en rask teknologisk utvikling. Bakgrunnen for bruk av konkurransepreget dialog omtales i anskaffelsesdirektivets fortale premiss 31 som:

«ordregivende myndigheder, som udfører 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».

Reglene omhandler således en prosedyre som kan benyttes der oppdragsgiver har vanskelig for å fastsette kravspesifikasjonen for ytelsen, uten å gå i nærmere dialog med leverandørene for å se hvilke muligheter markedet kan tilby. Svært enkelt fortalt kan det sies at

prosedyren kan brukes når oppdragsgiver vet *hva* som skal oppnås, men ikke *hvordan* det skal oppnås.

Etter anskaffelsesdirektivets artikkel 28 følger hovedregelen om åpen eller begrenset anbudskonkurranse, og at konkurransepreget dialog kan anvendes under særlige betingelser etter artikkel 29. I artikkel 29 følger det at «*I tilfælde af særligt komplekse kontrakter kan medlemsstatene fastsætte, at de ordregivende myndigheder, i den udstrækning de mener, at anvendelse af et offentligt eller af et begrænset udbud ikke gjør det muligt at indgå en kontrakt, kan gjøre brug af konkurrencepræget dialog...*». Bestemmelsen oppstiller som vilkår at oppdragsgiver står overfor en «særlig kompleks kontrakt» og at vanlig anbudskonkurranse etter oppdragsgivers mening ikke vil være mulig for å oppnå ønsket resultat. Dette blir noe utdypet i direktivets artikkel 1(11) bokstav c, som definerer begrepet konkurransepreget dialog, og fremstiller to tilfeller der en kontrakt er «særlig kompleks». Dette forekommer når oppdragsgiver ikke er i stand til objektivt å presisere de tekniske vilkår som kan oppfylle deres behov og formål, eller til objektivt å presisere rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt. Direktivet indikerer at det må gjøres to vurderinger. Først skal det ikke være mulig å presisere de tekniske vilkår og/eller de rettslige og/eller finansielle forhold. Så skal oppdragsgiver vurdere om åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke gjør det mulig å inngå kontrakt.²⁵

Som eksempel på særlig komplekse kontrakter nevnes det i anskaffelsesdirektivets fortale premiss 31 «*viktige integrerte transportinfrastrukturprosjekter, store edb-net og prosjekter, der indebærer en kompleks, strukturert finansiering, hvis finansielle og juridiske forhold ikke kan fastsettes i forvejen*». Et eksempel på sistnevnte vil kunne være ved gjennomføringen av offentlig-privat samarbeid (OPS-kontrakter). Eksemplene direktivets fortale oppstiller er ikke uttømmende,²⁶ noe som medfører at det kan tenkes andre eksempler for når prosedyren kan anvendes.

Etter Kommisjonens veiledningsnotat punkt 2.1 fremkommer det at direktivets bestemmelser om konkurransepreget dialog skal tolkes i lys av anskaffelsesdirektivets fortale premiss 31. Direktivets fortale har dermed betydning for tolkningen av direktivets bestemmelser, og etter presumpsjonsprinsippet vil dette derfor også få betydning ved vurderingen etter norsk rett. Som tidligere nevnt skal direktivets fortale og Kommisjonens uttalelser sees på som tolkningsveiledning, og ikke som selvstendige rettskilder.²⁷ Det er flere eksempler fra

²⁵ Arrowsmith (2014) s. 873, avsnitt 8-14

²⁶ Klagenævnet for Udbud, J.nr.: 2007-0013668, s 21

²⁷ C-215/88, Casa Fleischhandels-GmbH v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, s. 2808 premiss

praksis der det henvises til Kommissjonens uttalelser og direktivets fortale for veiledning og eksempler.²⁸ Ved vurderingen av kontraktens kompleksitet skal det foretas en konkret helhetsvurdering av alle elementer rundt kontrakten.

Den første anskaffelsen i Norge som fulgte prosedyren konkurransepreget dialog var Brønnøysundregisterets anskaffelse av Altinn II, som ble kunngjort i januar 2007. Anskaffelsen skulle bidra til forbedring av Altinn-portalen knyttet til eksisterende og nye sluttbrukertjenester for innrapportering og dialog med næringslivet. DIFI gjennomførte i samarbeid med Input AS, en evaluering av konkurransepreget dialog som prosedyre i forbindelse med denne anskaffelsen.²⁹ Vilkårene for konkurransepreget dialog ble ansett å være oppfylt for avtaleområdet «videreutvikling» i anskaffelsen, som utgjorde rundt 40 % av samlet kontraktsverdi. Det skulle anskaffes flere nye verktøy innenfor avtaleområdet, blant annet arbeidsflyt-, regel- og skjemaløsninger. Det ble påpekt et behov for dialog med leverandørene for å sikre at videreutviklingen var egnet for å realisere prosjektets målbilde, samt å følge arkitekturprinsippene.³⁰ Ved utsendelsen av konkurransegrunnlaget var det ikke avklart hvilken teknologi som ville bli valgt for den nye løsningen. Videre var det behov for dialog rundt grenseoppgavene mellom de ulike avtaleområdene, ettersom dette ble påvirket av deltakerne og deres løsningsforslag. Det ble dermed anført at vilkåret til teknisk kompleksitet etter FOA § 14-2(2) bokstav a var innfridd. I evalueringen bemerkes det videre at den juridiske vurderingen i prosessen var noe i tvil om hvorvidt alle deler av kontrakten oppfylte kravet til «særlig kompleksitet», men utredningen konkluderte med at vilkårene var innfridd. Prosedyren ble gjennomført med meget positive tilbakemeldinger. Evalueringen påpeker at gjennomføring av prosedyren resulterte i et bedre produkt og bedre konkurranse enn man ville fått ved andre prosedyrer.³¹ Av dette ser vi at IKT kontrakter som anvender teknologi i rask utvikling er godt egnet for bruk av konkurransepreget dialog.

I kjennelse fra Klagenævnet for Udbud 8. januar 2008³² ble Ørestadsparkering A/S innklagd som oppdragsgiver hvor en av påstandene var at vilkårene for å benytte konkurransepreget dialog ikke var innfridd. Anskaffelsen gjaldt oppføring av et parkeringsanlegg i Danmark. Klagenævnet henviste til Udbudsdirektivet artikkel 29 og uttalte: « *Der er herefter efter direktivets ordlyd overladt de ordregivende myndigheder et vist – ganske vist begrænset skøn – ved vurderingen af, om betingelserne for anvendelsen af udbudsformen konkurrencepræget dialog er opfyldt*». Dette bygger på bestemmelsens ordlyd, hvor det følger at der

²⁸ Klagenævnet for Udbud, J.nr.: 2007-0013668, s 21, og KOFA 2008/98 premiss 68

²⁹ Direktoratet for forvaltning og IKT (2010)

³⁰ Ibid s. 15

³¹ Ibid s. 27

³² Klagenævnet for Udbud J.nr.: 2007-0013668

oppdragsgiver *mener* at anvendelse av åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke gjør det mulig å inngå en kontrakt, *kan* konkurransepreget dialog benyttes. Innklagde anførte også at direktivets fortale ikke var uttømmende, og det konkrete saksforholdet kunne sidestilles med kompliserende infrastrukturprosjekter eller IT-kontrakter som fortalen opplistet som eksempler. Klagenævnet la til grunn at det tidligere ikke hadde vært oppført tilsvarende parkeringsanlegg, og prosjektet stilte komplekse krav til anlegget da det skulle innfri bestemte arkitektoniske vilkår og ha et særskilt brukermønster. Det ble også vektlagt at etter to dialogrunder med flere forslag, hadde partene fortsatt ikke kommet frem til en løsning som kunne oppfylle oppdragsgivers behov. Etter en samlet vurdering kom klagenævnet frem til at kontrakten var særlig kompleks og konkurransepreget dialog kunne benyttes som prosedyre.

Det ser således ut til at Klagenævnet sitt resultat bygges på Udbudsdirektivets artikkel 29 og artikkel 1(11) c). Det gis her en vid tolkning av artikkel 29, som også finner støtte i teori.³³ Et interessant moment er at denne artikkelen ikke er gjennomført i FOA, som heller bygger på direktivets artikkel 1(11) c). Det er imidlertid grunn til å anta at artikkel 29 følger implisitt av FOA § 14-2. Som omtalt tidligere, vil direktivets bestemmelser få betydning for tolkningen av de norske bestemmelser, gjennom presumpsjonsprinsippet.

3.2.1 Selvstendig betydning

Hvis man ser på ordlyden i FOA § 14-2(1) isolert sett, vil en normal språklig forståelse av «særlig komplekse kontrakter» tilsi at man står overfor en kvalifisert streng standard. Det er ikke tilstrekkelig at kontrakten er kompleks, men den må være særlig kompleks. FOA § 14-2 (2) definerer hva som er «særlig komplekse kontrakter» gjennom oppstilling av to alternative vilkår. Dette kan reise flere problemstillinger rundt tolkningen av bestemmelsen.

Det kan stilles spørsmål om vilkåret «særlig kompleks» har selvstendig betydning, og dermed gir utslag for en streng, men generell standard hvor flere mulige momenter og situasjoner kan spille inn. Motsetningsvis kan det reises spørsmål om bestemmelsens annet ledd vil innsnevre anvendelsesområdet til første ledd, slik at det bare er de forhold beskrevet i annet ledd som har betydning? Det kan reises argumenter for begge alternativer.

På den ene siden skal vilkåret avgjøres etter en helhetsvurdering med vekt på alle aspekter ved kontrakten. Dette kan tale for en utvidet tolkning hvor andre momenter og forhold enn de nevnt i annet ledd vil kunne ha betydning. Det kan for eksempel foreligge et vanskelig grensesnitt med leverandørene, hvor flere aktører skal utføre arbeid samtidig på et begrenset

³³ Arrowsmith (2014) s. 876, avsnitt 8-16

geografisk område, eller ønske om pågående drift mens utførelsen pågår. Dette kan være momenter som til sammen kompliserer kontraktsforholdet.

Videre vil prosedyrens formål kunne fremme denne tolkningen. Formålet med konkurransepreget dialog er å tilby oppdragsgiver en fleksibel prosedyre ved komplekse og vanskelige anskaffelser. Det kan tenkes situasjoner der oppdragsgiver, til tross for at han kan presisere de tekniske vilkår og rettslige og finansielle forhold, står overfor en kompleks kontrakt. Kompleksiteten kan være begrunnet i andre forhold som eksemplifisert ovenfor. Med en streng og innsnevret tolkning av bestemmelsen, vil oppdragsgiver her ikke kunne anvende konkurransepreget dialog ettersom han faktisk kan presisere forholdene etter annet ledd, og det kan således hevdes at reglene virker mot sin hensikt da dette begrenser oppdragsgivers valgmuligheter ved en kompleks og krevende anskaffelse. Videre bemerkes det at Arrowsmith argumenterer for at konkurransepreget dialog etter direktivet ikke er en «*exceptional procedure*» noe som medfører at det ikke skal tillegges en for restriktiv tolkning av vilkårene.³⁴

På den andre side er det FOA som skal anvendes ved anskaffelser etter norsk rett. Unntaksbestemmelsene skal videre tolkes innskrenkende,³⁵ og etter juridisk metode skal ordlyden tillegges stor vekt. FOA annet ledd oppstiller kun to alternativer for hva som karakteriserer en særlig kompleks kontrakt. Når ordlyden i bestemmelsen er så snever og rigid som her oppstilt, trekker dette sterkt i retning av at det kun er disse to situasjonene som kan innfri vilkåret om en særlig kompleks kontrakt, i denne forstand.

Dette leder i retning av at «særlig komplekse kontrakter» ikke har selvstendig betydning, men innsnevres til de to aktuelle situasjonene som oppstilles i annet ledd. Det oppstilles således en streng standard hvor kun to mulige situasjoner kan innfri hovedvilkåret om «særlig komplekse kontrakter», som dermed får virkning som en «samlebetegnelse». «Særlig komplekse kontrakter» blir da en betegnelse på resultatet man kommer frem til etter en tolkning av forholdene i annet ledd. Det er selvfølgelig åpent for at andre kompliserende momenter kan være til stede, så lenge ett av vilkårene også er innfridd. Kompliserende momenter vil videre kunne ha betydning for helhetsvurderingen, da slike momenter kan medføre at vilkårene etter § 14-2(2) ikke kan presiseres objektivt. Derimot vil de kompliserende momentene alene ikke være nok til å tilfredsstille hovedvilkåret, og dermed ikke legitimere anvendelsen av konkurransepreget dialog.

³⁴ Arrowsmith (2014) s. 872, avsnitt 8-12

³⁵ KOFA 2009/233 premiss 45

Kjennelse truffet av Klagenævnet for Udbud i 2010³⁶ vil kunne belyse at andre kompliserende momenter kan tas med i helhetsavgjørelsen sammen med vilkårene i annet ledd. Saken gjaldt Økonomistyrelsens anskaffelse av et radiobasert telekommunikasjonsnett gjennom konkurransepreget dialog (denne anskaffelsen hadde allerede blitt innklagd tidligere³⁷ av en annen leverandør, men klagen ble ikke tatt til følge). Innklagde anførte, i tillegg til påstander knyttet til vilkårene, en rekke kompliserende momenter. Her ble det blant annet fremhevet at nettets betydning for den nasjonale sikkerhet stilte særlige krav til hemmeligholdelse og fortrolighet, at det var behov for funksjonalitet i situasjoner som normalt vil betraktes som force majeure, og at kontrakten skulle sikre «*at kontrollen over nettet og tjenesteyderen (f.eks. gjennom salg af aktier) ikke overgår til ejerkredse, der vil kompromittere den nationale sikkerhed*».³⁸ Klagenævnets flertall kom imidlertid under dissens³⁹ til at vilkårene for konkurransepreget dialog ikke var innfridd.

Denne saken ble endelig avgjort ved dom avsagt av Østre Landsret i Danmark 13. mai 2013⁴⁰ mellom klager Damm Cellular Systems A/S og innklagde Moderniseringsstyrelsen (tidligere Økonomistyrelsen). Landsretten kom til, på lik linje med mindretallet i klagenævnet, at vilkårene for konkurransepreget dialog var innfridd.⁴¹ Ved spørsmålet om vilkåret «særlig kompleks» var oppfylt la Landsretten vekt på at var første gang det skulle etableres et felles, landsdekkende kommunikasjonsnett for alle deler av beredskapet, og gjennomføringen av prosjektet var forbundet med betydelige utgifter for det offentlige. Det forelå ikke tidligere erfaringer som kunne begrunne en analyse av de nødvendige tekniske og juridiske aspekter. Videre var det gjennomført et grundig forarbeid med bistand av tekniske og juridiske rådgivere, og det gjorde seg vanskelig å oppstille kravspesifikasjonen på forhånd. Til slutt ble det vektlagt at kontrakten inneholdt en særlig force majeure klausul, ettersom kommunikasjonsnettet skulle fungere under force majeure situasjoner. I denne saken forelå det således flere kompliserende momenter som medførte at både tekniske vilkår, og rettslige forhold ikke kunne presisere på forhånd.

Dette tyder på at kompliserende momenter skal vektlegges som en del av vurderingen om de alternative vilkårene i § 14-2(2) er oppfylt, men alene ikke har selvstendig betydning for vurderingen.

³⁶ Klagenævnet for Udbud J.nr.: 2007-00013316

³⁷ Klagenævnet for Udbud J.nr.: 2006-0007115

³⁸ Ibid, s 13

³⁹ Dissens 2/1

⁴⁰ Østre Landsret dom af 13. maj 2013, 21.afd. nr. B- 569-08

⁴¹ Klagenævnet for Udbud, Årsberetning 2013, s 46

Som jeg vil komme tilbake til under punkt 4, er det utarbeidet et nytt direktiv som gir en mer åpen adgang for bruk av konkurransepreget dialog. Her pågår det en rettsutvikling hvor anvendelsesområdet for prosedyren utvides, og det stilles flere alternative vilkår for anvendelse. Dette kan tyde på at Kommisjonen har sett de nåværende vilkår som for innsnevret, og har ønsket å utvide prosedyrens anvendelsesområde. Særlig interessant er det å merke seg at inngangsvilkåret til særlig komplekse kontrakter er tatt bort i det nye direktivet. Dette kan trekke i retning av at Kommisjonen har sett begrepsbruken i de tidligere bestemmelsene som unødige og uten selvstendig relevans. En annen interessant endring er at komplekse kontraktsforhold vil i seg selv kunne være nok til å legitimere anvendelse av konkurransepreget dialog etter det nye direktivet.

Etter dette kan det konkluderes med at betegnelsen «særlig komplekst» etter FOA § 14-2(1) ikke har selvstendig betydning.

3.2.2 Objektiv vurdering

Av direktivet fremkommer det et vilkår om at oppdragsgiver *objektivt sett ikke er i stand til* å beskrive ytelsen. Vilkåret til objektiv vurdering kommer også tydelig frem i FOA § 14-2, og knytter seg til vilkårene i annet ledd. Det som skal beskrives er altså forholdene opplistet i FOA § 14-2(2). Til tross for ordlyden «er i stand til» gir bestemmelsen utslag i en objektiv norm som tilsier at anskaffelsen skal være av en karakter der tekniske vilkår eller rettslige eller finansielle forhold generelt vanskelig lar seg presisere. Det må foreligge noe mer enn alminnelig usikkerhet knyttet til vurderingen, og ordlyden trekker i retning av noe konstatert sett fra en utenforstående sitt ståsted. Denne normen ekskluderer oppdragsgivers subjektive meninger om hvorvidt han er i stand til å presisere behovene eller ytelsen. Det er således ikke tilstrekkelig dersom oppdragsgiver finner det problematisk eller oppfatter at han selv ikke vil være i stand til å presisere ytelsen.

Istedenfor er det objektive elementer som er det avgjørende vurderingstemaet. Problemstillingen som skal reises er om oppdragsgiver har en reell mulighet til å presisere de forhold i annet ledd, som legitimerer bruk av konkurransepreget dialog. Det skal dermed tas hensyn til den enkelte oppdragsgivers evne og kapasitet. Dette inkluderer også at oppdragsgiver eventuelt må vurdere behovet for å kunne benyttet seg av eksterne rådgivere eller konsulenter, til hjelp ved utarbeidelsen av spesifikasjonen av anskaffelsen og presisering av oppdragsgivers behov. Arrowsmith uttaler «Arguably this is to be judged against the position of a “reasonable” contracting authority of the same size and nature, but taking into account the additional existence of its own subjective experience...».⁴² Denne tolkningen åpner for visse

⁴² Arrowsmith (2014) s. 875, avsnitt 8-15

subjektive elementer i vurderingen, knyttet opp mot vurderingen av oppdragsgivers kapasitet, evne og erfaring.

Videre vil også den konkrete markedsituasjonen, samt kontraktens objektive forhold kunne være avgjørende momenter for om oppdragsgiver er i stand til å objektivt presisere sine behov tilstrekkelig.⁴³ Markedsituasjonen gir grunnlag for aktuelle og eksisterende løsninger, og er dermed et utgangspunkt for hvilke løsninger som kan presiseres. Kommisjonen påpeker videre i sitt veiledningsnotat at det foreligger en plikt for oppdragsgiver til å prøve, etter beste evne, å presisere de nødvendige forhold og vilkår.⁴⁴ Dette viser at Kommisjonen ønsker at konkurransepreget dialog skal være en unntakssituasjon fra hovedregelen om fri eller begrenset anbudskonkurranse. At oppdragsgiver plikter å forsøke etter beste evne å presisere forhold og vilkår, og dermed ikke vil kunne benytte prosedyren, kan sees som et utslag av Kommisjonens ønske om å fremme fri eller begrenset konkurranse ved anskaffelser, med unntak av ved særlig komplekse anskaffelser.

Dette fremmes videre ved at direktivets fortale premiss 31 nevner at oppdragsgiveren kan *uten egen skyld* befinne seg i en situasjon der det er umulig å objektivt fastlegge vilkårene. Dette trekker i retning av at oppdragsgiver selv ikke kan ha skylden i at han ikke klarer å fastlegge vilkårene, og skal sees i sammenheng med oppdragsgivers plikt til å forsøke å fastlegge vilkårene. Denne plikten har imidlertid sine begrensninger. Plikten skal sees i sammenheng med oppdragsgivers evne og kapasitet, samtidig skal det tas hensyn til hva det med rimelighet kan kreves av oppdragsgiver. Dette finner støtte i ordlyden «etter beste evne» og reduserer terskelen for kravet noe.

Med en streng tolkning av «ikke er i stand til» skulle ordlyden tilsi at anvendelsen er begrenset til de tilfeller hvor presisering er umulig. Imidlertid tilsier direktivets fortale premiss 31 og juridisk teori,⁴⁵ at det skal tillegges en bredere tolkning. Av dette er det tilstrekkelig at den *beste* løsningen som oppfyller oppdragsgivers behov og formål, ikke kan objektivt presiseres. Dermed kreves det ikke absolutt umulighet i forhold til å kunne beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist.

Dragsten uttaler at det skal foretas en objektiv vurdering om en kontrakt som sådan, er særskilt kompleks slik at det ikke er mulig å beskrive anskaffelsen slik at en anbudskonkurranse kan gjennomføres.⁴⁶ Dette har likhetstrekk med vurderingen etter direktivets artikkel 29,

⁴³ Thue (2013) s. 498

⁴⁴ CC/2005/04 FR 2005 punkt 2.1

⁴⁵ Arrowsmith (2014) s. 874, avsnitt 8-14

⁴⁶ Dragsten (2013) s. 311

og taler for at dette også skal inkluderes i vurderingen. Videre er det ikke noe krav om at oppdragsgiver skal foreta store skritt for å avklare om situasjonen er tilstrekkelig kompleks, for eksempel ved å gjennomføre et forprosjekt, for deretter å kunne beskrive anskaffelsen tilstrekkelig.⁴⁷ Dette faller utenfor rimelighetens grenser, da det kan medføre betydelige ressurser å gjennomføre slike forprosjekter. Videre antas det at oppdragsgiver har et vist, men begrenset skjønn ved vurderingen av om vilkårene er oppfylt.⁴⁸

Dersom oppdragsgiver etter en nøytral og objektiv vurdering faktisk er i stand til å kunne presisere de vilkår § 14-2(2) oppstiller, kan ikke prosedyren konkurransepreget dialog anvendes. Vurderingens vanskelighetsgrad kan forventes å øke dersom oppdragsgiver søker løsninger som krever utvikling av ny og ukjent teknologi eller andre former for innovasjon. Tilsvarende kan vanskelighetsgraden antas å avta dersom det eksisterer tidligere erfaringer fra tilsvarende komplekse kontrakter.⁴⁹

Den objektive vurderingen henger sammen med vilkåret om at oppdragsgiver ikke skal kunne beskrive ytelsen på *forhånd*. Dette vilkåret følger ikke direkte av ordlyden, men heller implisitt av bestemmelsen. Anskaffelsen skal presiseres i konkurransegrunnlaget i kunngjøring, og dersom presisering ikke kan gjøres objektivt, kan prosedyren anvendes. Det ligger i dette at den objektive vurderingen skal gjøres før kunngjøring, altså på forhånd. Det er videre opp til oppdragsgiver å bevise at vilkårene for anvendelse av prosedyren er tilstede. Han har således bevisbyrden for dette ved en eventuell tvist. Dette kommer blant annet til uttrykk i praksis.⁵⁰

I en sak tatt opp i Klagenævnet for Udbud i 2009⁵¹ ble Københavns Bymuseum innklagd som oppdragsgiver hvor en av anførselene var at konkurransepreget dialog ikke kunne anvendes. Anskaffelsen gjaldt en «interaktiv multimedievæg til formidling af København som hovedstad». Klageren anførte at vilkårene for prosedyren ikke var innfridd, da det ikke var objektivt umulig å presisere de tekniske vilkår eller de rettslige og/eller de finansielle forhold. Videre anførte klager at det allerede forelå erfaringer fra et lignende prosjekt i New Zealand hvor det var gjennomført en tilnærmet lik installasjon. Innklagde anførte på sin side at vilkårene var innfridd. Det ble videre anført at han ikke hadde mulighet til å ha overblikk over hvilke løsningsmuligheter som var tilgjengelig med de ressurser som var til rådighet. Det var videre snakk om en interaktiv digital formidling som ikke var utført tidligere, og det var ikke

⁴⁷ Dragsten (2013) s. 311

⁴⁸ I. c.

⁴⁹ Kammarkollegiet, (2010) punkt 2.2.2

⁵⁰ Klagenævnet for Udbud J.nr.: 2007-00013316 s, 22

⁵¹ Klagenævnet for Udbud J.nr.: 2009-00191102

mulighet å angi de tekniske spesifikasjoner eller tekniske funksjonskrav da det ble antatt at prosjektet skulle benytte seg av uprøvd teknologi som var under utvikling. Det ble til slutt gjort gjeldende at det forelå en rekke avgjørende forskjeller fra det tidligere prosjektet i New Zealand.

Klagenævnet ga innklagde medhold og uttalte at oppdragsgiver ikke hadde vært i stand til objektivt å presisere de tekniske vilkår som kunne oppfylle hans behov eller de finansielle forhold i forbindelse med prosjektet, uten å utdype dette grundigere. Vilåårene for anvendelse var dermed innfridd.

Dette tyder på at klagenævnet legger vekt på oppdragsgivers kapasitet og evne, som i dette tilfellet var noe begrenset. Manglende erfaringer knyttet til teknologien som skulle benyttes, og markedssituasjonen gir føringer for den objektive vurderingen, som her medførte her at oppdragsgiver objektivt ikke kunne presisere de tekniske vilåårene.

I KOFA-sak 2008/98 ble Den Norske Kirke innklagd av Systemarkitekter AS. I det foreliggende tilfellet skulle Den Norske Kirke gjennomføre anskaffelse av nytt elektronisk medlemsregister og valgte å gjennomføre en konkurransepreget dialog. Klager anførte blant annet at oppdragsgiver ikke hadde adgang til å anvende konkurransepreget dialog som anskaffelsesprosedyre. Klagenemda kom til at vilåårene etter FOA § 14-2 var innfridd, og at innklagde hadde anledning til å benytte seg av konkurransepreget dialog. I premiss 69 ble det uttalt at: *«Registeret skal registrere om lag 4 millioner medlemmer, og ha en rekke ulike funksjoner, deriblant være knyttet opp mot flere forskjellige andre registre. Registeret skal også tilfredsstillende nærmere spesifiserte sikkerhetskrav»*. Oppdragsgiver var her avhengig av å kontakte markedet gjennom dialog for å komme frem til hvilke løsninger som best kunne oppfylle oppdragsgivers behov. Det ble videre vektlagt at oppdragsgiver hadde gitt en grundig begrunnelse for valg av prosedyre i sin anskaffelsesprotokoll. Dette viser at oppdragsgiver hadde foretatt en objektiv vurdering på forhånd, og kommet frem til at vilåårene som oppfyller hans behov, ikke kunne objektivt presiseres.

3.2.3 Forskjellig anvendelse?

Videre kan det hevdes at anskaffelsesdirektivet er mer åpent og kan tolkes mer fleksibelt enn den norske forskriften. Begge oppstiller særlig komplekse kontrakter som hovedvilkår, og nevner tekniske vilkår og rettslige eller finansielle forhold som situasjoner som kan innfri vilkåret. Nasjonale myndigheter har adgang til å gi strengere bestemmelser i nasjonal rett enn hva direktivet gir anvisning på.

Som tidligere nevnt skal direktivet tolkes i lys av fortalens premisser, som oppstiller flere situasjoner og eksempler der det kan foreligge særlig komplekse kontrakter. Disse ek-

semplene er ikke gjentatt i FOA. Det kan tyde på at direktivet har valgt å utdype vilkåret noe, som igjen kan lede til en litt mer fleksibelt vilkår. Videre har prosedyren konkurransepreget dialog blitt anvendt i andre land i større grad sammenlignet med Norge,⁵² noe som kan tale i retning av at direktivets bestemmelser åpner for en mindre rigid praktisering. Videre er det antatt i dansk litteratur at oppdragsgivere i forsyningssektoren kan benytte seg av konkurransepreget dialog, til tross for at forsyningsdirektivet ikke inneholder bestemmelser om denne prosedyren.⁵³ Dette trekker i retningen av en mer fleksibel prosedyre og mindre rigid praksis.

På den andre side følger ikke direktivets artikkel 29 direkte av norsk rett, noe som skulle tale for en strengere anvendelse av direktivet. Som tidligere omtalt er det sannsynlig at FOA implisitt er i harmoni med denne artikkelen, og Dragsten oppstiller en objektiv tolkning som er i tråd med dette.⁵⁴ Presumpsjonsprinsippet vil også støtte denne tolkningen. Dette trekker i retning av at det ikke foreligger forskjell i tolkningen av bestemmelsene. Videre er FOA et direkte utslag av reglene nedfelt i direktivet, og internasjonal praksis for hvordan prosedyren skal anvendes vil også være relevant for anvendelsen i norsk rett. Det vil si at direktivets fortale premiss 31 skal belyse avgjørelsen for om vilkårene er tilstede i norsk rett også.

Dette leder i retning av at tolkningen av direktivet og FOA er lik, og skal dermed anvendes likt.

3.3 Tekniske vilkår i samsvar med § 17-3(3) jf. § 14-2(2) bokstav a)

For å kunne gjennomføre en anskaffelse må oppdragsgiver beskrive hva som ønskes anskaffet. Oppdragsgivers behov beskrives for markedet som en del av konkurransegrunnlaget i form av en kravspesifikasjon, og bør inneholde en oppstilling av de krav oppdragsgiver stiller til produktet som ønskes anskaffet. Prinsippet om forutberegnelighet tilsier at det stilles klarhet og struktur i informasjonen som kommuniseres til leverandørene, og det er en forutsetning at oppdragsgiver forholder seg til de rammer som er oppstilt i konkurransegrunnlaget for at leverandører vil utarbeide tilbud. Videre tilsier prinsippet om likebehandling at alle leverandører skal gis samme informasjon til samme tid. Mens øvrige konkurranseformer forutsetter at det lages en kravspesifikasjon som beskriver ytelsens tekniske spesifikasjoner, åpner konkurransepreget dialog for at valget av de tekniske løsningene først blir foretatt gjennom en strukturert dialog mellom oppdragsgiver og leverandørene. Oppdragsgivers manglende evne til objektivt å presisere de tekniske vilkår som kan oppfylle hans behov og formål i samsvar med § 17-3, er et av forholdene som kvalifiserer en kontrakt som særlig kompleks. Det vil da

⁵² Thue, (2013), s 495

⁵³ NOU 2014:4 s. 159

⁵⁴ Dragsten, (2013), s. 311

foreligge teknisk kompleksitet, der en dialog med leverandører om hvilke løsninger som kan tilfredsstille oppdragsgivers behov kan være ønskelig. Som nevnt ovenfor, må det foretas en objektiv vurdering om det foreligger en reell mulighet å presisere de aktuelle vilkårene. Det henvises til tidligere drøftelse i avhandlingens punkt 3.2.2.

Begrepet ”tekniske vilkår” er i seg selv noe generelt utformet, og forklarer ikke umiddelbart hva som omfattes av dette. Av normal språklig forståelse trekker det i retning av at vilkåret omfatter teknologiske, mekaniske, industrielle, og andre faglige betingelser som er avgjørende for den fysiske utførelsen av anskaffelsen. Videre må slike vilkår kunne oppfylle oppdragsgivers behov og formål. Etter en ordlydmessig tolkning trekker dette i retning av at det må være snakk om vilkår av betydning, og som er av viktig karakter for gjennomførelsen av anskaffelsen slik oppdragsgiver ønsker det. Dette avgrenser vilkårets anvendelse mot mindre tekniske vilkår som ikke er av stor betydning for anskaffelsen.

3.3.1 Kravspesifikasjon

De tekniske vilkår skal som hovedregel defineres i samsvar med FOA § 17-3(3) og det er i unntakssituasjonen der oppdragsgiver ikke er i stand til dette, at konkurransepreget dialog vil kunne anvendes. Etter § 17-3(3) skal de tekniske spesifikasjonene angis i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Det kan her trekkes en parallell til kravet om objektiv presisering på forhånd. For å belyse hvilke muligheter oppdragsgiver har til å presisere disse vilkårene, er det nødvendig å redegjøre for FOA § 17-3. Bestemmelsen omhandler kravspesifikasjoner knyttet til anskaffelsen og tekniske spesifikasjoner. Dette er krav som stilles til ytelsen og beskriver hva oppdragsgiver ønsker å anskaffe. Slike krav kan beskrives enten gjennom behovs- eller ytelsesspesifikasjon, ved angivelse til funksjonskrav, standardspesifikasjon eller gjennom detaljspesifikasjoner.⁵⁵ En behovsspesifikasjon beskriver hvilke behov som skal dekkes, uten å presisere eller påpeke hvordan dette skal gjøres. Ved funksjonskrav angir oppdragsgiver krav til hvilke funksjoner ytelsen skal kunne oppfylle, uten å detaljspesifisere funksjonen eller forklare hvordan funksjonen skal oppnås. En standardspesifikasjon henviser til en bestemt standard. Gjennom detaljspesifikasjoner, angis de tekniske krav til ytelsen i detalj.⁵⁶ Anskaffelsesdirektivets bestemmelse bruker begrepet «teknisk spesifikasjon» som en samlebetegnelse på kravspesifikasjonen, uavhengig av hvilken type spesifikasjon oppdragsgiver benytter. En teknisk spesifikasjon omfatter derfor både behovsbeskrivelser, funksjonsbeskrivelser og detaljerte tekniske spesifikasjoner.⁵⁷

⁵⁵ Direktoratet for forvaltning og IKT, (2014)

⁵⁶ *Anskaffelsesrett i et nøtteskall* (2014), s 125

⁵⁷ *Anskaffelsesrett i et nøtteskall* (2014), s 126

Det følger av § 17-3 at oppdragsgiver bør spesifisere anskaffelsen gjennom behovsspesifikasjon eller angivelse av funksjonskrav. Dette er ikke et absolutt krav, men heller en oppfordring som følger av ordet «bør». Begrunnelsen for denne oppfordringen er at behovsspesifikasjon eller funksjonskrav som regel fører til mer konkurranse og innovasjon ettersom kravspesifikasjonen ikke er bundet til en spesiell standard. Spesifiseringen blir da ikke for detaljert, og utelukker færre leverandører fra å delta i konkurransen.

Utgangspunktet for utforming av de tekniske spesifikasjonene er imidlertid noe annerledes, og følger av § 17-3(4). Her følger det at oppdragsgiver skal utforme de tekniske spesifikasjonene gjennom henvisning til standarder og spesifikasjoner opplistet i fjerde ledd bokstav a, eller gjennom ytelses- eller funksjonskrav. Oppdragsgiver kan velge mellom disse to måtene, benytte en kombinasjon av dem, eller angi en standard som middel for å anta samsvar med ytelses- eller funksjonskrav.⁵⁸ Dersom oppdragsgiver ønsker å utforme spesifikasjonene gjennom henvisning til standarder, oppstiller § 17-3(4) bokstav a hvilke standarder som kan benyttes og i hvilken rekkefølge de skal brukes. Denne oppstillingen er uttømmende, og oppdragsgiver kan ikke hen vise til andre standarder. Dersom ingen av de opplistede standardene er relevante, må oppdragsgiver funksjonsbeskrive anskaffelsen.

Videre skal de tekniske spesifikasjonene også gi leverandørene like muligheter, og skal ikke medføre unødvendige hindringer for konkurranse, jf. § 17-3(2). Dette kravet åpner for konkurranse med utenlandske leverandører, og har som formål å fremme konkurranse og forhindre diskriminering og forskjellsbehandling av leverandørene.

Av dette ser vi at oppdragsgiver har stor frihet til å beskrive anskaffelsen, og dens tekniske vilkår. Dette betyr at mulighetene for å anvende konkurransepreget dialog snevres noe inn ettersom det er der oppdragsgiver objektivt *ikke* kan presisere de tekniske vilkår, at konkurransepreget dialog kan anvendes.

3.3.2 Teknisk kompleksitet

Teknisk kompleksitet, der oppdragsgiver objektivt sett ikke er i stand til å presisere de tekniske vilkår på forhånd i samsvar med FOA § 17-3, kan ifølge kommisjonens veiledningsnotat oppstå i to forskjellige tilfeller.⁵⁹ For det første vil det omfatte situasjoner der oppdragsgiver ikke er i stand til å fastsette eller definere teknikken som skal anvendes for å oppfylle deres behov og få den ønskede løsningen. For det andre vil det omfatte situasjoner der oppdragsgiver ikke er i stand til å vurdere hvilke av flere potensielle løsninger som vil være den

⁵⁸ Bakken, (2013) s. 134

⁵⁹ CC/2005/04 FR 2005 punkt 2.2

beste for å dekke deres behov. I begge tilfeller vil vilkåret til teknisk kompleksitet, og da særlig komplekse kontrakter være innfridd.

Hva gjelder det første tilfellet, følger det av Kommisjonen at dette sjeldent vil være aktuelt. Begrunnelsen er at det foreligger en fleksibel adgang etter FOA § 17-3 til å fastsette de tekniske spesifikasjoner gjennom behovsspesifikasjoner, eller helt eller delvis som funksjonskrav, der kun behovet eller funksjonen presiseres, og ikke hvordan det skal oppnås. Etersom oppdragsgiver i de fleste tilfeller vil kunne fastsette funksjonskrav eller behovsspesifikasjoner, medfører dette at vilkåret til teknisk kompleksitet ikke vil være innfridd, da oppdragsgiver faktisk kan presisere de tekniske vilkårene etter § 17-3. Dermed vil dette alternativet i få tilfeller tilfredsstillende teknisk kompleksitet som tillater anvendelse av konkurransepreget dialog som anskaffelsesprosedyre.

Den andre situasjonen er ifølge Kommisjonen mer praktisk. Oppdragsgiver har her flere aktuelle løsninger, men er ikke i stand til å vurdere hvilken av løsningene som i størst mulig grad dekker sine behov, og har derfor behov å føre dialog med leverandørene for å kunne utdype alternativene før beslutningen. FAD sin veileder⁶⁰ benytter et eksempel der det skal bygges en veiforbindelse mellom fastlandet og en øy på Vestlandet. Oppdragsgiver vet ikke om den beste løsningen vil være å bygge en bro eller tunnel, til tross for at oppdragsgiver vil være i stand til å beskrive de tekniske spesifikasjonene i begge tilfeller. I en slik situasjon vil det kunne være aktuelt å benytte seg av konkurransepreget dialog for å komme frem til den løsningen som best dekker oppdragsgivers behov.

Igjen vil KOFA-sak 2008/98 kunne være et eksempel på oppdragsgivers manglende evne til å objektivt presisere de tekniske vilkår. Her var det behov for et elektronisk medlemsregister med stor kapasitet og evne til å dekke en rekke sikkerhetskrav, og oppdragsgiver kunne ikke objektivt presisere de tekniske vilkårene som kunne ivareta dette behovet. Det var et behov for å gjennomføre dialog med leverandørene for å komme frem til den løsning som best dekket oppdragsgivers behov, slik at det nye medlemsregisteret ble mer funksjonelt enn det eksisterende. Klagenemnda kom frem til at vilkårene var innfridd, uten å gå vesentlig grundigere inn på dette.

⁶⁰ Fornyings- og administrasjonsdepartementet, (2013) s. 103

Statens vegvesen gjennomførte i 2008 en konkurransepreget dialog i forbindelse med prosjektet E6 Trondheim – Stjørdal, parsell Trondheim ved kontrakt T-V-E-5 Dagsone vest. I forbindelse med gjennomføringen av anskaffelsen ble det senere utarbeidet en rapport⁶¹ med erfaringer knyttet til denne anskaffelsesprosedyren.

Av rapporten følger det at gjennomføringen av anskaffelsen til prosjektet bød på flere utfordringer.⁶² Basert på utfordringer knyttet til prosjektet, ble entreprisen vurdert til å være godt egnet for å anvende konkurransepreget dialog. Den juridiske seksjonen i Vegdirektoratet vurderte at prosjektets kompleksitet oppfylte vilkåret i FOA § 14-2(2) a. Fra en tidligere rapport⁶³ utdypes de tekniske utfordringene med særlig fokus på problematikken knyttet til løsmassetunellen på Møllenberg. Her var det spesielle utfordringer knyttet til kvikkleire, ytre miljø, hensyn til omgivelser og naboer over og under tunellen. Det forelå flere aktuelle løsninger for å håndtere disse utfordringene, og det var usikkerhet rundt hvilke av disse mulighetene som ivaretok behovet til Vegvesenet på best mulig måte. Anskaffelsen ble altså vurdert å innfri vilkåret til teknisk kompleksitet etter FOA § 14-2(2) a og Kommisjonens situasjonsalternativ to. Konkurransepreget dialog ble gjennomført med gode tilbakemeldinger. Av rapporten følger det at gjennomføringen av prosedyren ga gode resultater og merverdier sammenlignet med hva man kunne forvente ved bruk av andre anskaffelsesprosedyrer.⁶⁴

Et annet tenkt eksempel for teknisk kompleksitet kan være ved utbyggingen av et veksthus med ønske om minimalt energiutslipp. I denne situasjonen vil det stilles tekniske krav til klimastyring for å kunne ivareta plantelivet, og krav til energilagring. Løsninger som dekker disse behovene vil kunne være vanskelig å presisere, men ikke umulig. Markedet tilbyr flere forskjellige løsninger for å dekke disse behovene, og oppdragsgiver vil her kunne være usikker på hvilke løsning som best ivaretar hans behov. Av den grunn vil vilkåret til FOA § 14-2(2) a være innfridd, og oppdragsgiver vil kunne gjennomføre konkurransepreget dialog.⁶⁵

⁶¹ Statens vegvesen (2010)

⁶² Ibid. s. 5

⁶³ Statens vegvesen (2008) punkt 3.1

⁶⁴ Statens vegvesens (2010) s. 30

⁶⁵ Eksempelet er hentet fra et prosjekt jeg arbeidet med hos Statsbygg i 2013. Anvendelsesvilkårene for prosedyren ble ansett innfridd, men prosjektet ble kansellert av oppdragsgiver før kunngjøring.

3.4 Rettslige eller finansielle forhold jf. § 14-2(2) bokstav b)

Oppdragsgivers manglende evne til å objektivt presisere de rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt, er de andre mulighetene som kan medføre at en kontrakt er særlig kompleks, og dermed begrunne bruken av konkurransepreget dialog. Innledningsvis kan det stilles spørsmål om hva slags «forhold» som er «rettslige eller finansielle». En ordlydsfortolkning tilsier aspekter av økonomisk eller juridisk art. Disse forholdene må inntreffe i forbindelse med prosjektet, og dermed ha en tilknytning til anskaffelsen. Ordlyden oppstiller heller ingen krav til betydningen av forholdet, eller graden av forbindelsen. Dette resulterer i en lav terskel for når et slikt forhold kan foreligge.

Videre ser vi at vilkårene er alternative. Dette fremkommer av ordlyden «eller» i FOA, og «og/eller» i direktivet. Det er dermed tilstrekkelig at bare ett av forholdene ikke kan presiseres. Hva gjelder den objektive vurderingen, henvises det til avhandlingen punkt 3.2.2.

Slike forhold bestemmelsen oppstiller vil typisk kunne oppstå i situasjoner ved IT-kontrakter, OPS prosjekter eller større utbyggingsprosjekter som grunnet finansiering, krav til drift eller vedlikehold vil ha spesielt komplekse finansielle eller juridiske vilkår. Strukturen på slike prosjekter vil ofte være vanskelig å fastsette på forhånd, noe som vil kunne medføre finansielle og rettslig uklarheter for oppdragsgiver. Om forholdene vil være komplekse nok til ikke å kunne objektivt presiseres, vil variere fra situasjon til situasjon og skal som nevnt avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Dersom forholdene er å anse tilstrekkelig komplekse slik at oppdragsgiver ikke kan objektivt presisere dem, vil konkurransepreget dialog kunne anvendes. Det vil her være meget fordelaktig for både oppdragsgiver og leverandør å kunne drøfte kontraktens aspekter, eksempelvis om partene er økonomisk bærekraftige til å påta seg kontraktsforpliktelsene. Det vil være vanskelig å si noe om den endelige kostnaden for løsningen oppdragsgiver er ute etter, da disse kostnadene og prosjektets omfang gjerne blir klarlagt senere i prosessen. Dette viser at det er et behov for en fleksibel prosedyre som tillater dialog mellom aktørene.

Som et praktisk eksempel nevner FAD sin veileder⁶⁶ situasjonen der en kommune ønsker å få oppført en skole. Kommunen har ønske om at leverandøren skal stå for utførelsen av bygget, samt driften av skolen i 20 år. Dette inkluderer vedlikehold, kantinedrift og lignende. Av den grunn vil slike avtaler gjerne ha spesielt komplekse finansielle og juridiske vilkår, og dermed kunne innfri vilkåret til særlig komplekse kontrakter. Kommisjonen nevner også ulike typer offentlig-privat samarbeid som eksempler. Her vil sammenblandingen mellom det private og det offentlige kunne innebære at det er vanskelig å fastsette finansielle og rettslige

⁶⁶ Fornyings- og administrasjonsdepartementet, (2013) s 104

forhold på forhånd. Prosedyren vil dermed være aktuell der det foreligger usikkerhet knyttet til hvorvidt anskaffelsen bør gjennomføres i offentlig regi, privat regi eller ved offentlig-privat samarbeid.⁶⁷

Som et eksempel på et rettslig forhold nevner Kommisjonen i sitt veiledningsnotat situasjonen der oppdragsgiver ikke vet om kontrakten vil ende opp som en tjenestekonsesjonskontrakt eller en vanlig offentlig kontrakt. Disse kontraktstypene har noe forskjellig innledningsprosedyrer, og ved valg av feil kontraktstype vil oppdragsgiver stå overfor både tids- og kostnadmessige problemer. Dette problemet kan unngås gjennom konkurransepreget dialog, ettersom prosedyrens rettslige krav vil være tilfredsstilt uansett om kontrakten endelig ender opp som offentlig kontrakt eller konsesjonskontrakt. Kommisjonen påpeker imidlertid at dersom oppdragsgiver forutser at kontrakten vil ende opp som en konsesjonskontrakt, og dette viser seg å være tilfellet, er ikke oppdragsgiver nødvendigvis underlagt regelverket.

Videre vil et eksempel på et finansielt forhold være tilfeller der det er svært usikkert hvor dyr anskaffelsen vil bli. Dette kan blant annet være avhengig av hvilken teknologi leverandørene velger å benytte seg av. I dette tilfellet vil bruken av konkurransepreget dialog kunne være begrunnet i både tekniske vilkår etter bokstav a, og finansielle forhold etter bokstav b.⁶⁸ De rettslige forholdene vil også kunne påvirke de finansielle forholdene. Dersom oppdragsgiver ikke vet om kontrakten blir en tradisjonell offentlig kontrakt eller konsesjonskontrakt, som er et rettslig forhold, vil det kunne være vanskelig for oppdragsgiver å se hvilken grad av økonomisk risiko leverandørene kan akseptere ettersom det foreligger uklarhet rundt kontraktstypen.

I en sak tatt opp for Klagenævnet for Udbud i 2006⁶⁹ var oppdragsgiver innklagd blant annet for ikke å være berettiget til å bruke konkurransepreget dialog som prosedyreform. Denne saken omhandlet samme saksforhold som tidligere nevnt i avhandlingens punkt 3.2.2.1, men med en annen leverandør som klager. Oppdragsgiver hevdet at prosedyreformen var berettiget ettersom kontrakten ville være så kompleks, både teknisk, juridisk og økonomisk at det ville være behov for å drøfte løsningsmulighetene med leverandørene.

Hva gjelder finansielle forhold og den økonomiske risiko uttalte oppdragsgiver at:
”Økonomistyrelsen 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”. Videre ble det påpekt at *”... at omkostningerne til nettet skønnes at kunne*

⁶⁷ Dragsten (2013) s. 312

⁶⁸ Thue (2013) s. 498

⁶⁹ Klagenævnet for Udbud J.nr.: 2006-0007115

*beløbe sig til et milliard beløb, og at den mest hensigtsmæssige finansiering heraf bør drøftes med de potentielle tjenesteydere”.*⁷⁰

Med dette menes at det kan være problematisk å presisere de teknologiske løsninger som ønskes å brukes, da dette kan medføre uforholdsmessige kostnader for leverandørene. Dette kan igjen medføre at leverandører velger å utebli fra deltakelse i prosedyren.

Klagenævnet kom til at klagen ikke kunne tas til følge. Anskaffelsen ble imidlertid innklagd igjen av en annen leverandør, Damm Cellular Systems A/S, som tidligere nevnt under avhandlingens punkt 3.2.2.1. Her kom klagenævnets flertall, ved kjennelse fra 2010⁷¹ at Økonomistyrelsen hadde handlet i strid med udbudsdirektivets artikkel 29, stk. 1. Klagenævnets flertall oppstiller her en meget streng norm for anvendelsesvilkårene, noe som er med på å skape usikkerhet rundt vilkårene. Det kan også nevnes at Klagenævnet ikke har anlagt samme strenge norm i andre saker.⁷²

Mindretallet mente imidlertid at både vilkåret til teknisk kompleksitet og rettslige forhold var innfridd. At de rettslige forhold ikke kunne objektivt presiseres, var blant annet begrunnet med kontraktens innhold av en særlig force majeure klausul. Vilket til de finansielle forhold var derimot ikke innfridd, da disse objektivt kunne presiseres på forhånd. Mindretallet uttalte på side 27 at: *«De finansielle forhold vedrørende den kontrakt, der skulle indgås på grundlag af udbuddet... Finansiering, og vederlagsmodel, Benchmarking og Omsætningsafgift – er ikke af en så kompleks beskaffenhed, at det var umuligt for indklagde at udforme udbudsbetingelser vedrørende disse forhold...»* Videre erkjennes det på side 24 at anskaffelsen i prinsippet kan gjennomføres som anbudskonkurranse, men i mange tilfeller vil dette resultere i løsninger som ikke er samfunnsøkonomisk gunstige. Dette trekker i retning av at mindretallet beveger seg mot en mykere tilnærming av vilkåret i direktivets artikkel 29.

Saken ble endelig avgjort i Østre Landsret dom 13. mai 2013.⁷³ Landsretten kom frem til, som klagenævnets mindretall fra 2010, at betingelsene for anvendelse av konkurransepreget dialog var innfridd, da både vilkårene til teknisk kompleksitet og rettslige forhold var innfridd. På side 379 ble det uttalt blant annet:

”Det var herefter fuldt berettiget og i overensstemmelse med udbudsdirektivet, når udbudsformen konkurrencepræget dialog blev taget i anvendelse med henblik på, at de deltagere, der blev udvalgt ved prækvalifikationen, i en dialog med myndighederne kunne udvikle en eller

⁷⁰ Klagenævnet for Udbud J.nr.: 2006-0007115, s. 13

⁷¹ Klagenævnet for Udbud J.nr.: 2007-00013316

⁷² Thue (2013) s. 497

⁷³ Østre Landsret dom af 13. maj 2013, 21.afd. nr. B- 569-08

flere løsninger, der kunne opfylde behovet for et landsdækkende kommunikationsnet på beredskabsområdet, og danne grundlag for den endelig tilbudsgivning...". Landsretten går dermed bort fra den strenge normen klagenæmnets flertall oppstilte i 2010.

3.5 Oppsummering

Som det fremgår av drøftelsen ovenfor, ser vi at særlig komplekse kontrakter er inngangsvilkåret for bruk av konkurransepreget dialog. Betegnelsen «særlig komplekse» har i seg selv ikke selvstendig betydning og skal tolkes innskrenkende. Bestemmelsen oppstiller to alternative situasjoner som kan medføre at en kontrakt er «særlig kompleks». Dette er tilfeller der oppdragsgiver objektivt ikke kan presisere de tekniske vilkår som kan oppfylle hans behov, eller objektivt presisere de rettslige og finansielle forhold ved prosjektet. Andre kompliserende elementer kan medføre at slike forhold ikke kan presiseres, men er isolert sett uten betydning for vurderingen etter FOA § 14-2.

De tekniske vilkår skal presiseres i samsvar med FOA § 17-3, altså enten som behovsspesifikasjon, gjennom henvisning til standarder eller spesifikasjoner, eller gjennom funksjonskrav. Hva som faktisk betegnes som tekniske vilkår, vil kunne være alt av teknologiske, mekaniske, industrielle eller andre faglige forutsetninger for den fysiske utførelsen av anskaffelsen. Videre må de tekniske vilkårene være av en stor nok betydning, slik at de kan oppfylle oppdragsgivers behov og formål. Etter Kommisjonens veiledningsnotat følger det at vilkåret til manglende objektiv presisering av de tekniske vilkår gjør seg aktuelt i to tilfeller. Disse tilfellene er der oppdragsgiver ikke kan fastsette hvilke tekniske krav som må være oppfylt for å nå den ønskede løsningen, og der oppdragsgiver ikke er i stand til å vurdere hvilken av flere løsninger som i størst mulig grad dekker hans behov. Kommisjonen påpeker videre at det er det siste alternativet som er mest praktisk, da første alternativ ikke er særlig aktuelt ettersom oppdragsgiver har en fleksibel adgang til å fastsette behovsspesifikasjoner. Videre ser vi også at oppdragsgiver gjerne benytter seg av dette vilkåret for å anvende konkurransepreget dialog i praksis. Rettspraksis viser at problemstillinger rundt anvendelse av dette vilkåret ofte blir avgjort, i favør av oppdragsgiver, uten utdypende begrunnelse. Dette gjør det vanskelig å gjøre generelle betraktninger rundt når vilkåret anses innfridd.

Oppdragsgivers manglende evne til å objektivt presisere de rettslige og finansielle forhold i forbindelse med prosjektet, er det andre alternative vilkåret som innfrir vilkåret til en særlig kompleks kontrakt. Dette vilkåret er igjen alternativt, og det er tilstrekkelig at oppdragsgiver ikke kan presisere enten de rettslige, eller finansielle forhold. Det er ikke nødvendig at begge forhold mangler presisering. Slike forhold vil typisk kunne oppstå ved OPS prosjekter og knytter seg ofte til finansiering, økonomisk risiko og valg av kontraktstype.

Vurderingen av om det foreligger tekniske vilkår, rettslige eller finansielle forhold, vil enkelt kunne avgjøres som et bevisspørsmål i det konkrete saksforhold. En mer interessant vurdering er om oppdragsgiver objektivt kan presisere disse vilkårene eller forholdene. Dette skal gjøres etter en konkret helhetsvurdering av alle objektive elementer i kontrakten, og det er altså om oppdragsgiver ikke kan objektivt presisere disse vilkårene som oppfyller vilkåret til særlig komplekse kontrakter. Også den konkrete markedssituasjonen er av stor betydning, da dette gir grunnlag for de aktuelle og eksisterende løsninger. Subjektive elementer ekskluderes fra vurderingen, og det skal sees om oppdragsgiver har en reell mulighet til å presisere vilkårene. Oppdragsgiver har videre en plikt til etter beste evne å presisere vilkårene, noe som også underbygger at den manglende presiseringen ikke skal være oppdragsgivers egen feil. Imidlertid må vurderingen ta i betraktning hva en med rimelighet kan forvente av oppdragsgiver utfra hans evne og kapasitet. Dette åpner for at visse subjektive elementer skal vektlegges.

Dette kan tyde på at den juridiske problemstillingen som vil kreve størst grad av evaluering, ikke er om det foreligger et teknisk vilkår eller rettslige og finansielle forhold, men heller om oppdragsgiver objektivt sett kan presisere dem eller ei. Med andre ord kan det tyde på at det er objektivitetsvurderingen som er av størst betydning i vurderingen av om vilkåret særlig komplekse kontrakter er innfridd.

4 Blikk mot fremtiden – Direktiv 2014/24/EU

EU har vedtatt et nytt anskaffelsesdirektiv.⁷⁴ Dette direktivet ble vedtatt 26. februar 2014, og medfører en rekke endringer hva gjelder anskaffelsesregelverket, særlig for reglene om konkurransepreget dialog. Etter flere år med erfaring, tar det nye direktivet for seg å oppheve det någjeldende direktivet, og gi et nytt sett med enklere og mer fleksible anskaffelsesregler. Konkurransepreget dialog har ikke oppnådd tilstrekkelig anvendelse i EU, og Kommisjonen tar nå grep for å endre blant annet dette. Vilklårene for anvendelse av konkurransepreget dialog er endret i stor grad og skiller seg betydelig fra vilklårene etter de någjeldende reglene. Likevel er det mange eksisterende regler om anskaffelsesprosedyrer, som blir videreført i det nye direktivet. Hovedregelen er fortsatt at åpen eller begrenset anbudskonkurranse skal benyttes, og andre prosedyrer kan bare benyttes ved særlige tilfeller og på angitte vilkår jf. artiklene 26-32. Anvendelsesvilkårene for konkurransepreget dialog følger av direktivets artikkel 26(4) og selve prosedyren og dens gjennomføring reguleres av artikkel 30. Konkurransepreget dialog er dermed fortsatt et unntak fra hovedregelen om åpen eller begrenset anbudskonkurranse, og gjelder som utgangspunkt for anskaffelser over EU-/EØS terskelverdier. Direktivet må gjennomføres i norsk rett innen 18. april 2016. Innlemmelse av direktivet vil kreve ny forskrift for offentlige anskaffelser og enkelte lovendringer.⁷⁵ I skrivende stund foreligger det dermed en rettspolitisk utvikling, noe som kan medføre metodemessige utfordringer, da det er begrenset med rettskilder å vise til ved tolkningen av direktivets bestemmelser. Det er verdt å merke seg at vilkåret til særlig komplekse kontrakter er tatt bort i det nye direktivet, og anvendelsesvilkårene for konkurransepreget dialog vurderes her etter en rekke alternative vilkår.

4.1 Bakgrunnen for endringene

I Norge har det den siste tiden vært mye kritikk og debatt rundt de anskaffelsesrettslige regler generelt.⁷⁶ Fra flere hold har det blitt påpekt et behov for enklere og mer fleksible regler, hvor blant annet forenklingsutvalget har kommet med flere innspill.⁷⁷ Kommisjonen har uttalt at målene med endringene er enklere og mer fleksible regler, større rettslig klarhet, å tilrettelegge bedre for små og mellomstore bedrifter i markedet, og legge bedre til rette for å ivareta hensyn til miljø, sosiale hensyn og innovasjon. Hva gjelder konkurransepreget dialog har strenge anvendelsesvilkår, manglende rettslig klarhet og det faktum at det er en ressurs-

⁷⁴ EP/Rdir 14/24/EU

⁷⁵ Europalov (2014)

⁷⁶ Dagens Næringsliv (2014)

⁷⁷ NOU 2014:4

krevende prosedyre, medført at prosedyren har blitt benyttet i mindre grad enn hva som er ønskelig. Dette kan ha gitt en avskrekkende effekt på både oppdragsgiver og leverandører.

Hovedargumentet for å utvide anvendelsesvilkårene for konkurransepreget dialog er å skape økende fleksibilitet for oppdragsgiver ved kontrakter av kompleks og vanskelig art. Etter det nye anskaffelsesdirektivets fortale premiss 42 følger det at «*Medlemsstaterne bør kunne anvende udbud med forhandling eller den konkurrenceprægede dialog i forskellige situationer, hvor offentlige eller begrænsede udbud uden forhandling ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat*». Videre påpekes det at det har vært en betydelig økning i bruken av konkurransepreget dialog, uttrykt i kontraktsverdi, gjennom de siste årene. Det poengteres også at prosedyren har vist seg nyttig i de tilfeller der oppdragsgiver ikke kan fastsette de vilkår som kan oppfylle hans behov, eller vurdere hva markedet kan tilby av tekniske, finansielle og juridiske løsninger. Av dette ser vi at det har vært økende bruk av konkurransepreget dialog, med positive resultater, samt et ønske om en videre økning av bruken.

Videre har det nye direktivet sterkt fokus på innovasjon og nyskaping ved fremtidige anskaffelser. Det følger av premiss 47 at forskning og innovasjon, herunder økoinnovasjon og sosial innovasjon er blant de viktigste drivkreftene for fremtidig vekst, og har dermed blitt «sat i centrum for Europa 2020-strategien for intelligent, bæredygtig og inklusiv vekst». Prioritering av dette under anskaffelser er i henhold til direktivets fortale avgjørende for å oppnå økende effektivitet og kvalitet innenfor bygg- og anleggsektoren. De offentlige myndighetene oppfordres videre til «bedst mulig at gjøre strategisk brug af offentlige udbud til at fremme innovasjon». Dette vil være enda en grunn til at anvendelsesvilkårene for konkurransepreget dialog er endret og adgangen gjort lettere, da dette er en prosedyre som er meget gunstig ved innovative prosjekter.

Det nye direktivet har imidlertid fått noe blandede tilbakemeldinger. Mange ser på direktivet som en etterlengtet endring som ønskes velkommen, mens andre har en mer kritisk tilnærming til endringene. Når det gjelder endringene for konkurransepreget dialog, er kritikken godt illustrert gjennom uttalelsen til European Economic and Social Committee:

“The EESC considers that, given the complexity and length of time that is usually associated with the competitive dialogue procedure covered in Article 28 of the public procurement proposal, its possible use should be restricted to cases where it is really appropriate, i.e. as indicated in Article 29 of the current Directive 2004/18/EC, in the case of particularly complex contracts where contracting authorities consider that the use of the open or restricted procedure will not allow the award of the contract; con-

*sideration could also be given to setting a maximum time limit for the award of a contract”.*⁷⁸

Det reises her noen interessante perspektiver. Prosedyren er forbundet med stor ressursbruk, og det kan argumenteres for at forslaget om å sette en maksimumsgrense for tidsbruk, vil redusere kostnadene. Imidlertid kan det også argumenteres for at dette vil øke kostnadene, da det å produsere det samme resultatet inne en kortere frist, vil medføre økt kostbar arbeidsintensitet. Videre blir formålet til fleksibilitet og økende fokus på innovasjon ivaretatt gjennom konkurranse med forhandling og etableringen av prosedyren innovativt partnerskap. Det kan dermed argumenteres med at det ikke er et like fremtredende behov for å utvide anvendelsen av konkurransepreget dialog. Til tross for dette er det nye direktivet vedtatt, anvendelsesreglene er endret.

4.2 Nye vilkår for anvendelse

Anvendelsesvilkårene for konkurransepreget dialog følger av direktivets artikkel 26(4), og er i betydelig grad utvidet sammenlignet med hva dagens regler tillater. Bestemmelsen oppstiller flere alternative vilkår for anvendelse av konkurransepreget dialog. Tilsynelatende er de nye vilkårene meget generelt utformet. Dette er trolig for at enda flere situasjoner vil kunne innfri vilkårene med en generelt utformet bestemmelse, sammenlignet med en situasjon der vilkårene er mer presist utformet. Da det er et ønske om økende bruk av prosedyren, er dette en logisk fremstilling av bestemmelsene. Videre vil mange prosjekter være av ulik art og omfang, og det ville vært uhensiktsmessig dersom vilkårene var spesielle og innsnevret, da anvendelsen blir vanskeligstilt.

Et viktig poeng er at medlemstatene nå *skal* sørge for at oppdragsgiver kan benytte konkurransepreget dialog, mens det tidligere har vært valgfritt. Dette indikerer at medlemstater ikke kan nekte å gjennomføre bestemmelsene for konkurransepreget dialog i deres nasjonale rettssystemer. Etersom bestemmelsen oppstiller spesifikke situasjoner der prosedyren kan benyttes, taler dette også for at medlemstatene ikke kan begrense adgangen for anvendelse ved å innføre en mer restriktiv bestemmelse i deres nasjonale rettssystem.⁷⁹ Denne endringen har blitt kritisert i juridisk teori, hvor for at endringen urimelig begrenser medlemstatenes skjønnsvurdering i å oppnå best forhold mellom kvalitet og pris, samt andre nasjonale mål.⁸⁰

⁷⁸ 2012/C 191/16, s. 89, punkt 4-15

⁷⁹ Arrowsmith (2014) s. 869, avsnitt 8-09

⁸⁰ Ibid s. 877(8-18)

4.2.1 Vilrårene etter artikkel 26(4) bokstav a)

For det første er hovedvilkåret til «særlig komplekse kontrakter» tatt bort. Det er dermed ikke lenger ett hovedvilkår, men heller flere alternative vilkår for anvendelse av prosedyren. Dette underbygger poenget tidligere omtalt i avhandlingen, om at begrepet «særlig komplekse kontrakter» ikke har hatt selvstendig betydning ved vurderingen av anvendelsen av prosedyren. For det andre er det tidligere direktivets artikkel 29 ikke videreført i det nye direktivet. Imidlertid kan det trekkes paralleller fra någjeldende artikkel 29 til det nye direktivets fortale premiss 42. Dette taler for at det ikke er et vilkår om at åpen eller begrenset anbuds-konkurranse ikke gjør det mulig å oppnå ønsket resultat, men at det heller skal sees på som veiledning for når prosedyren kan være aktuell. Videre er det mange likhetstrekk med de opp-listede vilrårene, og de vil kunne overlape hverandre i stor grad.

Det første alternative vilråret åpner for konkurransepreget dialog der oppdragsgivers behov ikke kan imøtekommes uten tilpasning av allerede eksisterende løsninger jf. bokstav a i). Sammenlignet med FOA, er dette et nytt vilkår. Dette åpner for anvendelse i en rekke mulige situasjoner der oppdragsgiver skal anskaffe noe nytt, der de eksisterende løsningene markedet tilbyr ikke vil kunne ivareta oppdragsgivers behov. Dette fremmer dermed det økende fokuset på innovasjon. Ordlyden i begrepet «tilpasning» vil etter normal språklig forståelse trolig redusere terskelen for vilråret noe, og tilsier at det ikke trenger å være noe «banebrytende» nytt, men heller snakk om en modifisering av løsninger som allerede eksisterer i markedet. Likevel må det stilles visse krav til graden av tilpasning av den eksisterende løsningen. Det må trolig gjøres så stor tilpasning at det foreligger en reell endring, som skiller den eksisterende løsningen fra den nye løsningen som imøtekommer oppdragsgivers behov. Den eksisterende løsningen må dermed tilføyes noe eller fjerne noe. Anskaffelser av store IKT-kontrakter vil for eksempel være et aktuelt tilfelle som faller inn under dette vilråret. Om det faktisk er foretatt en tilstrekkelig tilpasning av løsninger som allerede eksisterer i markedet, må avgjøres etter en konkret tolkning i den enkelte situasjon.

Det andre vilråret for anvendelse av konkurransepreget dialog er at kontrakten omfatter design eller innovative løsninger jf. bokstav a ii). Dette vilråret følger ikke direkte av FOA, men de samme momentene kan tas med i helhetsvurderingen av vilrårene i FOA § 14-2(2). Bestemmelsen i seg selv sier lite om når dette vil være aktuelt. En tolkning av innovative løsninger vil peke i retning av nyskaping og nyvinning, der det omhandler nye og bedre løsninger enn hva allerede eksisterer. Dette følger direktivets definisjon av innovasjon som «... ny eller betydeligt forbedret ...» jf. artikkel 2(1)(22). Dette vilråret vil sannsynligvis overlape vilråret i bokstav a i), tilpasning av allerede eksisterende løsninger. Av en normal språklig forståelse vil vilråret for innovative løsninger ha en noe høyere terskel, da det krever nye løsninger og ikke bare tilpasning eller endring av allerede eksisterende løsninger, og dermed være

noe strengere enn vilkåret til tilpasning. Likevel vil vilkårene ha nær sammenheng med hverandre og kunne overlappes i stor grad. Vilkårene er alternative og en kontrakt kan dermed inneholde både tilpasning av tilgjengelige løsninger og omfatte innovative løsninger. Dermed vil allerede et bredt spekter av situasjoner kunne få anvendelse etter de omtalte vilkår. Videre vil også kontrakter som omfatter design være tilstrekkelig for å anvende prosedyren. Dette vil eksempelvis være ved en kontrakt som inneholder design og oppføring av et bygg. Dette må trolig begrenses noe, og vilkåret får neppe anvendelse på alt arbeid som inneholder design. Etter prosedyrens fortale premiss 43 skal prosedyren ikke gjelde for «*standardbygninger*», noe som taler for at alt designarbeid ikke oppfyller vilkåret. Det er imidlertid uklart hvor denne grensen går.⁸¹

Det nye direktivets fortale omtaler flere eksempler på situasjoner der konkurransepreget dialog kan anvendes. Som nevnt tidligere påpekes det at prosedyren har vist seg gunstig i de tilfeller der oppdragsgiver ikke kan fastsette de vilkår som kan innfri behovene, eller vurdere markedets tilbud av tekniske, finansielle og rettslige løsninger. Videre følger det av premiss 42 at «*Denne situation kan navnlig opstå i forbindelse med innovative projekter, gjennomførelsen af store integrerede transportinfrastrukturprojekter, store EDB-net eller projekter, der indebærer kompleks, strukturert finansiering*». Dette skiller seg ikke vesentlig fra det nåværende direktivs fortale. Innovative projekter ser ut til å være det eneste tillegget og er et utslag av et økende fokus på nyskaping og innovasjon ved anskaffelser. «Innovative projekter» er en meget vid og generell betegnelse, som kan bidra til like mye forvirring som forklaring. Imidlertid blir de aktuelle situasjonene utdypet noe mer i direktivets premiss 43. Her følger det at:

”For bygge- og anlægskontrakter omfatter sådanne situationer arbejder, hvor der ikke er tale om standardbygninger, eller hvor arbejdet omfatter design eller innovative løsninger. I forbindelse med tjenesteydelser eller varer, som kræver en tilpasnings- eller designindsats, kan det være nyttigt at anvende udbud med forhandling eller den konkurrenceprægede dialog. Sådanne tilpasnings- eller designkrav er særlig gavnlige i forbindelse med komplekse indkøb såsom avancerede produkter, intellektuelle tjenesteydelser, f.eks. visse former for konsulent-, arkitekt- eller ingeniørvirksomhed, eller større projekter vedrørende informations- og kommunikationsteknologi (IKT)”.

Av artikkel 26(4) a iii) oppstilles det både kumulative og alternative vilkår. Her fremkommer det at konkurransepreget dialog kan anvendes dersom begge kumulative vilkår er oppfylt samtidig som ett eller flere av de tre alternative vilkår er innfridd. Etter denne be-

⁸¹ Arrowsmith (2014) s. 880, avsnitt 8-21

stemmelsen vil *særlige omstendigheter* med hensyn til kontraktens *art, kompleksitet, rettslige og finansielle forhold* kunne være tilstrekkelig for å bruke prosedyren, dersom disse omstendighetene gjør at anskaffelsen *ikke kan tildeles uten forutgående forhandling*. Begrepet «særlige omstendigheter» vil språklig sett tolkes som unormale situasjoner eller hendelser som avviker fra det som er standardiserte eller normale hendelser. Etter den engelske versjonen er ordlyden noe annerledes da det fremkommer at det må foreligge «specific circumstances». Til tross for at ordlyden er noe forskjellig, er innholdet ment å være det samme. Det forekommer ofte diskrepanser og språkvariasjoner ved overnasjonale direktiver, og bestemmelsene er, til tross for noe ulik ordlyd, i harmoni. Det er nærliggende å anta at språkforskjellen ikke vil ha noen rettslige konsekvenser.

Det første alternative vilkåret er særskilte omstendigheter knyttet til kontraktens *art*. Det oppstilles ingen videre forklaring av dette, og ettersom det er meget generelt, vil det kunne være vanskelig å avgjøre hva som umiddelbart kan innfri dette vilkåret. I den engelske versjonen benyttes ordet «nature» fremfor «art». Etter en språklig forståelse av ordlyden vil det trolig være snakk om særlige omstendigheter ved kontrakten i seg selv, eksempelvis bruk av en ny eller unormal kontraktstype, eller at det skal foretas en ukurant anskaffelse, der selve produktet som skal anskaffes er spesielt eller av et meget stort omfang. Det er videre sannsynlig at dette kan ha nær sammenheng og være overlappende med vilkårene til innovasjon og tilpasning av eksisterende løsninger, samt det neste alternative vilkåret om kompleksitet. Særlige omstendigheter ved kontraktens art vil også kunne medføre komplekse omstendigheter, samtidig som det kan innfri vilkårene til innovasjon eller tilpasning.

En særlig interessant endring er at kontraktens kompleksitet i seg selv er oppstilt som det andre alternative vilkåret, og vil kunne være tilstrekkelig for å anvende konkurransepreget dialog. Dette skiller seg fra de någjeldende reglene, og det henvises til avhandlingens tidligere drøftelse i punkt 3.1.3. For at dette vilkåret skal være innfridd må det foreligge særlige omstendigheter med hensyn til kontraktens kompleksitet. Dette betyr at kompliserende elementer i kontrakten vil få stor betydning fremover, da dette alene vil kunne begrunne anvendelsen. Om kontrakten er tilstrekkelig kompleks skal avgjøres etter en konkret helhetsvurdering av elementene rundt kontrakten. Eksempler på dette kan være at oppdragsgiver står ovenfor et krevende miljø og grensesnitt med leverandørene. Kontraktens art og omfang vil også kunne medføre kompliserende elementer. Det kan være snakk om uprøvd teknologi eller et ønske om fortsatt drift av en virksomhet samtidig som det pågår store utbedringer. Et godt eksempel er ved store integrerte infrastrukturprosjekter. Her vil det kunne oppstå kompliserende elementer og omstendigheter, som vil kunne innfri vilkåret.

Det neste alternative vilkåret er ved rettslige og finansielle forhold. Slike forhold kjenner vi igjen fra de någjeldende bestemmelsene. Dog er det gjort noen endringer. Når det gjel-

der rettslige og finansielle forhold i det nye direktivet er dette ett eget vilkår, og ettersom de bindes sammen med «og» istedenfor «eller», må vilkårene sees på som kumulative, som til sammen utgjør ett av de tre alternative vilkårene. Dette skiller seg fra FOA § 14-2(2) der rettslig *eller* finansielle forhold vil innfri vilkåret til særlig kompleks kontrakt, altså som alternative vilkår. Imidlertid vil de kumulative vilkårene i det nye direktivet utvides noe, da risiko tilknyttet disse forhold kan være tilstrekkelig for å innfri vilkåret. Dette vil eksempelvis kunne være risiko knyttet til leverandøren sin økonomiske bæreevne. Det kan imidlertid reises tolkningsspørsmål om risiko er et selvstendig vilkår, eller om det er knyttet opp mot de rettslige og finansielle forholdene. Etter den danske versjonen av direktivet følger det at «... *de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed*». Samtidig følger det av den engelske versjonen at «... *the legal and financial make-up or because of the risks attaching to them*». Etter en tolkning av bestemmelsens ordlyd, med fokus på «i forbindelse hermed» og «attaching to them», og vilkårets plassering er det etter en normal språklig forståelse sannsynlig at det er snakk om risiko tilknyttet de rettslige og finansielle forholdene som er aktuelt, og ikke at risiko oppstilles som et selvstendig vilkår. Det er heller lite sannsynlig at risikoen vil kunne knytte seg til hverken kontraktens art eller kompleksitet.

Videre må kontrakten ikke kunne tildeles uten forutgående forhandling, grunnet de omtalte omstendighetene. Dette betyr at hovedregelen om anbudskonkurranse som prosedyreform ikke vil kunne gjennomføre anskaffelsen på tilstrekkelig god måte, og kan sees på som et utslag av det nåværende direktivets artikkel 29. Oppdragsgiver vet eksempelvis ikke hvilke løsninger markedet tilbyr for det komplekse prosjektet, eller hvordan de rettslige og finansielle forholdene vil være, noe som vil medføre at anbudskonkurranse ikke vil føre til et tilfredsstillende resultat. Av den grunn har oppdragsgiver behov for å avklare de usikre forholdene gjennom dialog eller forhandling. Dette vil reise problemstillingen om denne bestemmelsen er forbeholdt konkurranse med forhandling, og ikke konkurransepreget dialog, ettersom det oppstilte vilkåret er «forhandling». Dersom det sees på ordlyden alene, vil det kunne tale for at bestemmelsen bare gjelder ved konkurranse med forhandling. På den andre siden følger det av artikkel 26(4) at vilkårene oppstilt i bestemmelsen gjelder for både konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog. Bestemmelsens kontekst trekker dermed i retning av at vilkåret gjelder for begge prosedyrer. Videre er flere av de alternative vilkårene i iii) videreført fra de någjeldende bestemmelsene om konkurransepreget dialog. Både kompleksitet, og rettslige og finansielle forhold er opplistet i FOA § 14-2 som vilkår for konkurransepreget dialog, noe som trekker i retning for at vilkårene også gjelder for denne anskaffelsesprosedyren under det nye direktivet. Dette tyder på at bestemmelsen gjelder for både anbudsføremålene konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog. Det er dermed sannsynlig å anta at «dialog» også omfattes av betegnelsen «forhandling».

Etter bokstav a iv) vil manglende presisering av tekniske spesifikasjoner gjennom henvisning til en standard, også begrunne bruken av konkurransepreget dialog. Dette kan trolig sees på som en videreføring av de någjeldende reglene som i norsk rett er opplistet i FOA § 14-2(2) a. I den anledning henvises det til avhandlingens tidligere drøftelse i punkt 3.3. Vil-kåret til en objektiv vurdering følger ikke direkte av ordlyden i den nye bestemmelsen. Like-vel er det grunn til å anta at dette vilkåret videreføres implisitt i bestemmelsen. Det ville være lite hensiktsmessig og lite etterprøvbart dersom det ble åpnet opp for en subjektiv vurdering.

Det bemerkes at begrepene «ikke kan» i gjentatte bestemmelser, neppe skal tolkes som en umulighet eller for strengt. Det er sannsynligvis tilstrekkelig at de ikke kan gjennomføres på en måte som leder til et tilfredsstillende resultat. Direktivets fortale premiss 42 støtter den- ne tolkningen. Et tilfredsstillende resultat vil trolig baseres på best forhold mellom kvalitet og pris.⁸²

4.2.2 Vilkårene etter artikkel 26(4) bokstav b)

Etter artikkel 26(4) b følger det at oppdragsgiver kan anvende konkurransepreget dia- log dersom det bare mottas irregulære eller uakseptable tilbud under en åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Dette er sannsynligvis av hensyn til oppdragsgivers fleksibilitet og vil fungere som en sikkerhetsventil dersom vanlig anbudskonkurranse ikke fører frem, eller til- strekkelig ivaretar oppdragsgivers behov. Oppdragsgiver skal kunne benytte konkurransepre- get dialog (eller konkurranse med forhandling) dersom oppdragsgiver i en forutgående an- budskonkurranse bare mottok ukorrekte eller uakseptable tilbud. Oppdragsgiver skal slippe og da måtte gjennomføre en ny resultatløs anbudskonkurranse.

Ordlyden i den engelske og danske versjonen er noe forskjellige. Etter den engelske versjonen skal tilbudene være «irregular or unacceptable» og i den danske versjonen skal de være «ikkeforskriftsmæssige eller untagelige». Hvilke typer tilbud som innfrir disse vilkårene følger av bestemmelsens annet avsnitt. Her følger det at tilbud som ikke følger anskaffelses- dokumentene, er mottatt for sent, der det foreligger bevis om ulovlig samarbeid eller korrup- sjon, eller som blir ansett av oppdragsgiver som unormalt lave, skal betraktes som «ukorrekte» eller «irregular».

Et uakseptabelt tilbud vil foreligge der et tilbud ikke inneholder de nødvendige krav- spesifikasjonene, eller et tilbud der prisen overstiger det oppdragsgiver har budsjettert, fastsatt og dokumentert før anbudskonkurransen. Dersom alle de mottatte tilbudene innfrir ett av

⁸² Arrowsmith (2014) s. 879, avsnitt 8-20

overnevnte vilkår som uakseptabelt eller irregulært, vil oppdragsgiver kunne benytte seg av konkurransepreget dialog. Det er ingenting i veien for at noen av tilbudene ansees som irregulære og andre tilbud som uakseptable, så lenge alle tilbudene ansees å innfri ett av vilkårene.

Ved å benytte seg av dette alternativet, vil selve anskaffelsesprosessen strekke seg over en lang tidsperiode. Først må det gjennomføres en resultatløs anbudskonkurranse, og først etter det vil det være en aktuell mulighet å starte konkurransepreget dialog, som i seg selv tar lang tid og krever mye ressurser. For å korte tidsforløpet noe ned, får oppdragsgiver mulighet for å slippe kunngjøring av konkurransepreget dialog. Dette følger av artikkel 26(4) bokstav b) første avsnitt. For at oppdragsgiver skal kunne benytte seg av dette oppstiller bestemmelsen vilkår til prosedyrens deltakere. Dersom oppdragsgiver inviterer alle de leverandørene som deltok i den tidligere anbudskonkurransen som oppfyller kravene angitt i artiklene 57 til 64, og bare disse, og leverte tilbud i samsvar med de formelle krav, vil vilkårene være innfridd, og oppdragsgiver kan gjennomføre en konkurransepreget dialog uten forutgående kunngjøring.

Det bemerkes at flere av de overnevnte vilkårene ser ut til å være videreført fra bestemmelsen om konkurransepreget dialog etter FOA § 14-2 og konkurranse med forhandling etter §§ 14-3 og 14-4. Erfaringer knyttet til disse vilkårene vil derfor også kunne være relevante for vurderingen av vilkårene etter det nye direktivet.

Til slutt nevnes det i direktivets fortale premiss 43 at «*I forbindelse med standardtjenesteydelser eller -varer, der kan leveres af mange forskellige aktører på markedet, bør udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog ikke anvendes*». Ettersom konkurransepreget dialog er en ressurskrevende prosess, vil det være uhensiktsmessig og ikke forsvarlig bruk av offentlige midler å benytte seg av denne prosedyren ved standardiserte og «normale» anskaffelser. Prosedyren forbeholdes dermed fortsatt som et unntak fra hovedregelen om åpen eller begrenset anbudskonkurranse, og konkurransepreget dialog vil bare gjelde for anskaffelser av en kompleks og annerledes art, men trolig en langt større grad enn hva vi tidligere har sett. Forenklingsutvalget sier det treffende som at «*Det er utvalgets vurdering at slike prosedyrer vil kunne anvendes ved langt de fleste anskaffelser som ikke gjelder ordinære hyllevareer*».⁸³

⁸³ NOU 2014: 4, s 150

4.2.3 Andre bemerkninger til artikkel 26(4)

En annen særlig interessant endring, som kort nevnt ovenfor, er at anvendelsesvilkårene for konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling nå er likestilt. Dersom ett av de alternative vilkårene er til stede, står dermed oppdragsgiver fritt til å velge hvilken prosedyre som passer vedkommende best i det konkrete saksforholdet.⁸⁴ Denne muligheten vil bidra til å fremme hensynet til oppdragsgivers fleksibilitet. Direktivets fortale premiss 42 poengterer at det er stort behov for at oppdragsgiver får større fleksibilitet til å velge anskaffelsesprosedyrer som gir mulighet til forhandling. Det uttales videre at utvidet bruk av forhandling vil medføre økning i grensekryssende handel, ettersom konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring har vært meget suksessfullt i forbindelse med grensekryssende handel.

Et interessant spørsmål tilknyttet juridisk metode og rettskildebruk, er om det nye direktivet kan gis betydning for tolkningen, eller gis argumentasjonsverdi for vurderinger om anvendelsesvilkårene for konkurransepreget dialog allerede i dag. Med andre ord, om direktivet kan sees på som en kodifisering av gjeldende rett eller etterarbeider av regelverket, og av den grunn har rettskildemessig vekt, til tross for at regelverket enda ikke er gjennomført til norsk rett.

Det kan argumenteres for at det nye direktivet vil ha rettskildeværdi for vurderingen av prosedyren i dag, da Kommisjonen har kodifisert gjeldende rett og praksis gjennom vedtaket av direktivet. Det er på det rene at etterarbeider og vedtak fra lovgiver blir tillagt betydning ved tolkning av bestemmelser, men vekten av disse vil kunne variere.⁸⁵ Som støtteargument kan det vises til dom inntatt i Rt. 2011 s. 1455 premiss 27. Her ble Straffeloven av 2005 tillagt argumentasjonsverdi, da den gir uttrykk for gjeldende rett innenfor sitt rettsområde til tross for at loven ikke er trådt i kraft og dermed formelt gyldig.

Dersom vilkårene etter det nye direktivet er innfridd, vil nok oppdragsgiver kunne bruke dette i en argumentasjonsrekke for anvendelsen av konkurransepreget dialog, men det er usikkert om dette argumentet vil tillegges utslagsgivende vekt. KOFA har normalt en streng tolkning av de anskaffelsesrettslige bestemmelsene, og det er tvilsomt om KOFA vil legge stor vekt på det nye direktivets bestemmelser. I skrivende stund foreligger det ingen avgjorte saker der KOFA har brukt det nye direktivet som argument i deres avgjørelser. Imidlertid følger det av KOFAs nyhetsbrev⁸⁶ nr. 2 en oppsummering av sak 2013/99 hvor det po-

⁸⁴ Arrowsmith (2014) s. 788, avsnitt 8-18

⁸⁵ Eckhoff (2001) s. 95

⁸⁶ Klagenemda for offentlige anskaffelser, Nyhetsbrev nr. 2 2014, s 4

engteres at avgjørelsen er i overensstemmelse med det nye direktivet. På nyhetsbrevets side 4 følger det at:

«I det nye direktivet (2014/24/EU) er omvendt vertikalt samarbeid regulert i artikkel 12 nr. 2, som uttrykkelig unntar slikt samarbeid fra direktivets anvendelsesområde, dersom de øvrige vilkårene (omsetningskriteriet og kontrollkriteriet) er oppfylt. KOFA's avgjørelse er dermed i tråd med det nye direktivet "».

Dette betyr ikke nødvendigvis at KOFA har vektlagt det nye direktivets bestemmelser i sin avgjørelse, og selve avgjørelsen nevner ikke direktivet, men kan trolig tolkes som at KOFA har ønske om å avgjøre konflikter som vil være i harmoni med det nye direktivet. Likevel bør en trolig være forsiktig med å legge for mye vekt på det nye direktivet, og selv om det kan brukes som argumentasjonsverdi, vil neppe direktivet alene kunne begrunne anvendelse av konkurransepreget dialog i dag.

4.3 Oppsummering

Som det fremgår over ser vi en betydelig utviding av anvendelsesvilkårene for prosedyren. Sett i sammenheng med de någjeldende, noe innsnevrede vilkårene, åpner det nye direktivet i stor grad muligheter for anvendelse av konkurransepreget dialog. Kravet til særlig komplekse kontrakter er tatt bort og kompleksitet er nå blitt ett av mange alternative vilkår. Det vil i fremtiden bli lettere og mer åpent for oppdragsgiver å anvende konkurransepreget dialog, ikke bare ved komplekse kontrakter, men ved et større spekter av situasjoner. Samtidig kan oppdragsgiver velge konkurranse med forhandling som en alternativ prosedyre. Endringen av reglene skyldes et behov for mer fleksibilitet for oppdragsgiver og et økt fokus på nyskaping og innovasjon ved gjennomføring av anskaffelser. Som et resultat vil det muligens medføre at anskaffelsesprosedyren vil bli benyttet i større grad enn før, samtidig som det vil kunne redusere eventuelle tvister rundt valg av konkurranseform ettersom reglene er mer åpne. Det nye direktivet vil trolig også kunne medføre argumentasjonsverdi allerede i dag ved vurderinger rundt anvendelsesvilkårene for konkurransepreget dialog, men med begrenset vekt.

5 Avslutning og konklusjon

Avhandlingens problemstilling er hva som oppfyller vilkåret «særlig komplekse kontrakter». Som vi har sett er det flere momenter som er avgjørende for om dette vilkåret er innfridd, og situasjonen vil variere etter de konkrete karakteristikker ved saksforholdet. Noen generelle retningslinjer kan imidlertid påpekes.

Som det fremgår av de overstående redegjørelser reguleres konkurransepreget dialog av FOA del III § 14-2 som oppstiller særlig komplekse kontrakter som hovedvilkår for anvendelse av prosedyren. Hva som tilfredsstillende dette vilkåret følger av bestemmelsens annet ledd bokstav a og b som oppstiller alternative vilkår. Dette medfører at det vil foreligge en særlig kompleks kontrakt dersom oppdragsgiver objektivt ikke kan presisere de tekniske vilkår i samsvar med § 17-3 som kan oppfylle hans behov, eller ikke kan objektivt beskrive de rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med prosjektet. Bestemmelsene er forholdsviss åpent utformet, og belyses gjennom EU-direktivet, teori, praksis og informasjonskilder.

Direktivets bestemmelser oppstiller de samme vilkår som FOA, men inkluderer også vilkåret om at åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke kan benyttes etter oppdragsgivers mening jf. artikkel 29. Denne bestemmelsen er ikke videreført i FOA, men i lys av presumpsjonsprinsippet vil direktivbestemmelsene tillegges vekt ved tolkningen av de norske bestemmelsene. Norsk juridisk litteratur inkluderer også artikkel 29 i det helhetlige vurderingstemaet.

Manglende presisering av tekniske vilkår kan oppstå i to tenkte situasjoner, men ett av tilfellene er svært lite praktisk. Dette er der oppdragsgiver ikke vet hvilke tekniske krav som skal benyttes for å oppnå den ønskede løsningen. Dette vil ikke gjøre seg gjeldende ofte, da oppdragsgiver gjennom § 17-3 er gitt en vid og fleksibel adgang til å fastsette behovsspesifikasjoner og funksjonskrav. Den andre situasjonen er der oppdragsgiver ikke vet hvilke av flere eventuelle løsninger som best vil ivareta hans behov, til tross for at oppdragsgiver kan presisere de tekniske vilkårene til de aktuelle løsningene. Eksempelvis kan dette være der oppdragsgiver ønsker å oppføre et bygg med svært lavt energiutslipp og må føre dialog med markedet for å komme frem til hvilken løsning som best ivaretar dette behovet. Rettslige eller finansielle forhold er alternative vilkår som hver for seg medfører at vilkåret til særlig komplekse kontrakter er innfridd. Et eksempel på rettslige forhold vil være dersom oppdragsgiver er usikker på om kontrakten vil ende opp som tjenestekonsesjonskontrakt eller vanlig offentlig kontrakt. Finansielle forhold vil eksempelvis være der oppdragsgiver ikke vet hvor dyr anskaffelsen vil bli, og kan også knytte seg til økonomisk risiko hos partene. Kommisjonen nevner særskilt ulike typer offentlig-privat samarbeid hvor det kan være vanskelig å fastsette rettslige og finansielle forhold i kontrakten på forhånd, grunnet hensynet til finansiering i sammenblandingen mellom det private og det offentlige.

Betegnelsen «særlig komplekse kontrakter» har liten selvstendig betydning, da FOA oppstiller to alternative vilkår som medfører at hovedvilkåret er innfridd. Kompliserende momenter rundt kontraktsforholdet er derfor ikke avgjørende for vurderingen, forutsatt at oppdragsgiver ikke kan objektivt presisere de tekniske vilkår eller rettslige eller finansielle forhold. «Særlig komplekse kontrakter» blir da en betegnelse på resultatet etter en tolkning av om vilkårene i annet ledd er oppfylt. Om vilkårene er innfridd eller ei vil bero på karakteristika ved det enkelte saksforholdet, og variere fra situasjon til situasjon. Om det foreligger tekniske vilkår eller rettslige eller finansielle forhold, vil dette i hovedsak bero på industriell, eller annen faglig ekspertise, og kunne avgjøres som et bevissspørsmål. Mer interessant er vurderingen om den objektive presiseringen. Det avgjørende for vurderingen vil være om de aktuelle forhold objektivt sett ikke lar seg presisere av oppdragsgiver på forhånd. Objektivitetsvurderingen ser altså ut til å være av stor betydning. Avgjørelsen skal tas etter en konkret helhetsvurdering av alle objektive elementer av kontrakten, og ekskluderer subjektive faktorer og oppdragsgivers egne meninger om han er i stand til å presisere forholdene. Det skal tas hensyn til oppdragsgivers egen evne og kapasitet, og det skal foretas en vurdering om han har en reell mulighet til å presisere vilkårene. Dette vil blant annet være avhengig av hva markedet kan tilby av aktuelle løsninger, og kompliserende elementer vil kunne påvirke om presiseringen objektivt sett lar seg gjøre. Etter Kommisjonens veiledningsnotat plikter oppdragsgiver etter beste evne å presisere de nødvendige forhold og vilkår. Dette kan sees i sammenheng med direktivets uttale om oppdragsgivers egen skyld. På den andre siden kreves det ikke umulighet, og det skal tas hensyn til hva som med rimelighet kan forventes av oppdragsgiver, utfra hans evne og kapasitet. Det er heller ikke nødvendig at oppdragsgiver foretar betydelige skritt for å avklare om den aktuelle situasjonen er tilstrekkelig kompleks.

Konklusjonen på avhandlingens problemstilling knytter seg opp mot den objektive vurderingen av om oppdragsgiver ikke kan presisere vilkårene oppstilt i FOA § 14-2(2) a og b som det ble vist i avhandlingens punkt 3. Det er den objektive vurderingen som oftest vil være avgjørende, og denne vil bero på den enkelte anskaffelses karakteristikk, markedssituasjon og oppdragsgivers kapasitet og evne. Det som skal vurderes er om oppdragsgiver objektivt ikke kan presisere de tekniske vilkår som kan oppfylle hans behov i samsvar med § 17-3, eller objektivt presisere de rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med prosjektet. Dersom ett eller flere av disse vilkårene er innfridd, står oppdragsgiver overfor en særlig kompleks kontrakt og kan dermed anvende prosedyren konkurransepreget dialog.

Anskaffelsesretten er som rettsområde underlagt EU-retten og har nær tilknytning til skiftninger i den politiske og økonomiske virkelighet. Anskaffelsesretten er derfor stadig under utvikling. Det pågår i skrivende stund en rettsutvikling av anskaffelsesretten, hvor det er vedtatt et nytt anskaffelsesdirektiv som skal gjennomføres til norsk rett innen 2016. Målet

med det nye direktivet er å skape enklere og mer fleksible regler. Det nye direktivet medfører en rekke endringer av bestemmelsene for konkurransepreget dialog, og prosedyrens anvendelsesområde blir betydelig utvidet sammenlignet med dagens bestemmelse i FOA § 14-2.

Konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling er gjennom artikkel 26(4) harmonisert og oppstiller flere alternative vilkår for når prosedyrene kan anvendes. Hovedvilkåret om særlig komplekse kontrakter fra FOA er ikke videreført i det nye direktivets bestemmelse. I stedet beror prosedyrens anvendelse på innfrielse av ett av flere alternative vilkår, hvor vilkårene fra FOA § 14-2(2) mer eller mindre er videreført, og supplert med andre alternative vilkår, blant annet innovative løsninger og design. Videre oppstilles det en sikkerhetsventil for oppdragsgiver ved at prosedyren kan anvendes etter mislykket anbudskonkurranse, forutsatt visse vilkår.

Gjennom denne rettsutviklingen utvides og forenkles anvendelsesvilkårene for konkurransepreget dialog betydelig, noe som trolig vil resultere i økende anvendelse av prosedyren, og mer fleksible prosedyrer for oppdragsgiver. Framtidsutsiktene for anvendelse av konkurransepreget dialog ser dermed meget lovende ut gjennom det nye direktivet.

Litteraturliste

Lover og forskrifter:

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

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

Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402

Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) av 7. april 2006 nr. 403

Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser av 10. april 2013 nr. 1185

Direktiver:

EP/Rdir 04/18/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anægskontrakter

EP/Rdir 14/24/EU Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Forerbeider:

CC/2005/04 FR 2005 Explanatory note – Competitive dialogue – Classic directive

NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser

NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser

2012/C 191/16 Opinion of the European Economic and Social Committee on the ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors’ COM(2011) 895 final — 2011/0439 (COD), the ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement’ COM(2011) 896 final — 2011/0438 (COD) and the ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts’ COM(2011) 897 final — 2011/0437 (COD)

Tilgjengelig på:

http://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/;ELX_SESSIONID=rBFXJzmLhJbGQp1Fl2w2BLT6gyVMnvCw4lnwTJgNKTlyWGcv7Rs9!716962510?uri=uriserv:OJ.C_.2012.191.01.0084.01.ENG

Rettsavgjørelser:

EU-domstolen:

Case C-215/88, Casa Fleischhandels-GmbH v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, European Court Reports 1989 -02789

Case C-373/00, Adolf Truley GmbH v Bestattung Wien GmbH. European Court Reports 2003 I-01931

Case C-337/06, Bayerischer Rundfunk and Others v GEWA-Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH. European Court Reports 2007 I-11173

Case C-220/05, Jean Aurox and Others v Commune de Roanne. European Court Reports 2007 I-00385

Høyesterett:

Rt. 2007 s. 1783

Rt. 2008 s. 1705

Rt. 2011 s. 1455.

KOFA:

KOFA-sak 2008/98

KOFA-sak 2009/233

KOFA-sak 2011/328

KOFA-sak 2013/99

Klagenævnet for Udbud:

Klagenævnet for Udbud J.nr.: 2006-0007115

Klagenævnet for Udbud J.nr.: 2007-00013316

Klagenævnet for Udbud J.nr.: 2007-0013668

Klagenævnet for Udbud J.nr.: 2009-00191102

Utenlandske dommer:

Østre Landsret dom af 13. maj 2013, 21.afd. nr. B- 569-08

Bøker:

Arrowsmith, Sue. *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK Volume 1*. 3 utg. London, 2014.

Bakken, Espen og Thomas Nordby. *Offentlige anskaffelser*. 1 utg. Bergen, 2013.

Dragsten, Marianne H. *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*. 1 utg. Oslo, 2013.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg ved Jan E. Helgensen. Oslo, 2001.

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 2. utg. Bergen, 2014.

Anskaffelsesrett i et nøtteskall. Morten Goller ... [et al]. 1. utg. Oslo, 2014

Thue, Anders. Anne Buan, Kristine Røed Brun. *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*. 1. utg. Oslo 2013

Andre kilder:

Fornyings- og administrasjonsdepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser* (2013)

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelsesveilederer_2013.pdf [sitert 29. 08. 2014]

Nærings- og fiskeridepartementet, *Offentlige anskaffelser* (2014)

http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/tema/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser.html?regj_oss=1&id=592102 [sitert 15.10.2014]

Direktoratet for forvaltning og IKT, *Evaluering av konkurransepreget dialog – Altinn II* (2010)

http://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser/files/evaluering-av-konkurransepreget-dialog-mai-2010_1.pdf [sitert 15. 09. 2014]

Direktoratet for forvaltning og IKT, *Kravspesifikasjon* (2014)

<http://www.anskaffelser.no/anskaffelsesfaglige-temaer/krav-og-kriterium-i-konkurransgrunnlag/kravspesifikasjon> [sitert 14. 11. 2014]

Dagens Næringsliv, *Harde bud* (2014)

<http://www.dn.no/magasinet/2014/08/29/2127/Nringsliv/harde-bud> [sitert 2. 09. 2014]

Eurpalov, Innkjøpsdirektivet (revisjon), (2014)

<http://europolov.no/rettsakt/innkjopsdirektivet-revisjon/id-5217> [sitert 30. 10. 2014]

Klagenemda for offentlige anskaffelser, Nyhetsbrev nr. 2 (2014)

<http://www.kofa.no/PageFiles/5014/nyhetsbrev%202%202014.pdf> [sitert 23. 09. 2014]

Klagenævnet for Udbud, Årsberetning 2013,

<http://erhvervsstyrelsen.dk/file/480141/aarsberetning-2013.pdf> [sitert 23.09. 2014]

Statens vegvesens, *Konkurranspreget dialog, Statens vegvesenets rapporter Nr. 80*, 2010

http://www.vegvesen.no/Fag/Publikasjoner/Publikasjoner/Statens+vegvesens+rapporter/_attachment/306149?_ts=1355cdc6c60 [sitert 3.09. 2014]

Statens vegvesen, *Tilbudskonkurranse og konkurransepreget dialog E6 Trondheim-Stjørdal, Parsell Trondheim*, 2008

http://www.vegvesen.no/_attachment/62620/binary/16875?fast_title=Brosjyre+om+konkurransepreget+dialog [sitert 3. 09. 2014]

Kammarkollegiet, *Konkurrensepräglad dialog Vägledning*, (2010)

http://www.upphandlingsstod.se/sites/default/files/2010_1_3.pdf [sitert 16. 10. 2014]