

Offentlige anskaffelser og konkurransepreget dialog

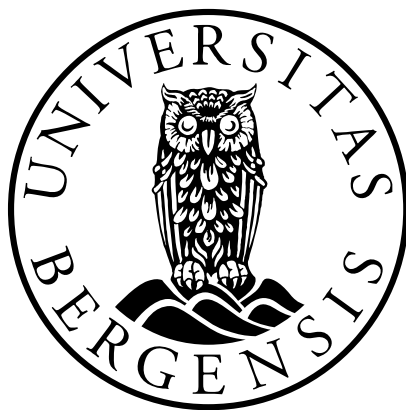
Hva skal til for at en kontrakt anses særlig kompleks, jf. anskaffelsesforskriften § 14-2, og hvilke regler som gjelder for konkurransepreget dialog.

Kandidatnummer:

222

Antall ord:

14994



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.06.2015

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	2
1.1 Problemstilling og avgrensning.....	2
1.2 Kort om anskaffelsesretten.....	3
2 Rettskildebilde og metode.....	4
2.1 Generelt	4
2.2 De norske rettskildene	5
2.2.1 Anskaffelsesforskriften	6
2.2.2 Rettspraksis	6
2.2.3 Klageorgan for offentlige anskaffelser.....	6
2.2.4 Andre rettskilder.....	7
2.3 Internasjonal rett.....	8
2.3.1 EU-domstolen.....	9
2.4 Anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper.....	10
3 Konkurranspreget dialog	12
3.1 Generelt	12
3.1 Når kan konkurranspreget dialog anvendes	13
3.1.1 Vurderingen av særlig kompleks i det nye direktivet	17
3.1.2 "Særlig kompleks" etter nytt norsk regelverk	19
3.2 Gjennomføringen av konkurranspreget dialog.....	20
3.2.1 Pre-kvalifiseringen	20
3.2.2 Dialogfasen.....	23
3.2.3 Avslutningsfasen – avslutning av dialogen og tildeling av kontrakt	30
3.2.4 Godtgjørelse	34
4 Avslutning	44
Litteraturliste	46

1 Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensning

Oppgaven ligger innenfor anskaffelsesretten. Anskaffelsesretten hører til det konkurranserettslige institutt. Anskaffelsesretten er et særlig aktuelt rettsområde.

Rettsområdet er for tiden også i stadig utvikling, både med tanke på revisjonen av direktiv 2014/24/EU og på gjennomføringen av direktiv 2014/24/EU i norsk rett. Med bakgrunn i de nevnte endringer dukker det opp en rekke interessante problemstillinger. Blant annet skal det legges til rette for en utvidet bruk av både konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling. Denne tilretteleggingen reiser noen særlige spørsmål som vil bli nærmere redegjort for i det følgende.

Konkurransepreget dialog blir definert som en ”anskaffelsesprosedyre hvor oppdragsgiver i en eller flere runder fører en dialog med leverandører om alternative løsninger før det gis konkurrerende tilbud”, jf. forskrift 4. juli 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 4-2 c).¹

Det følger av FOA § 14-1 (2) at konkurransepreget dialog kan benyttes bare dersom vilkårene for dette er tilstede. Konkurransepreget dialog er videre kun innført i FOA del III, noe som innebærer at den kun kan anvendes ved anskaffelser over EØS-terskelverdiene.

Hovedproblemstillingen i denne redegjørelsen er når en kontrakt kan anses som særlig kompleks etter FOA § 14-2, samt hvilke regler som gjelder for gjennomføringen av konkurransepreget dialog etter FOA §§ 20-8 til 20-10.

Redegjørelsen vil i all hovedsak ta for seg tolkningen av bestemmelsen om konkurransepreget dialog og problemstillinger knyttet til tolkningen av denne bestemmelsen. Videre vil det redegjøres for nasjonal og internasjonal rettspraksis på området. Nasjonalt foreligger det knapt noen avgjørelser om konkurransepreget dialog. På EU-nivå foreligger det imidlertid en rekke avgjørelser på området, men da knyttet til konkrete deler av bestemmelsene om konkurransepreget dialog.

¹ Heretter FOA

² Jf. statistikk fra SSB for 2013

³ Heretter LOA

⁴ Heretter Direktivet

⁵ Heretter Innkjøpsdirektivet

1.2 Kort om anskaffelsesretten

Årlig foretas det i Norge offentlig innkjøp for mer enn 430 milliarder kroner², noe som utgjør omtrent 15 prosent av Norges bruttonasjonalprodukt. Dette medfører et behov for et effektivt og transparent regelverk i den offentlige innkjøpssektoren. Gjennom et slikt regelverk vil samfunnsøkonomiske hensyn bli ivaretatt, samtidig det vil være med på å gi et konkurransedyktig næringsliv.

Konkurransepreget dialog er å anse som en unntaksprosedyre fra hovedregelen om at konkurranseprosedyren ved offentlige anskaffelser er åpne og begrensede anbudskonkurranser. For at konkurransepreget dialog skal kunne anvendes, er det i Direktivet og i FOA satt som vilkår at kontrakten er å anse som særlig kompleks, og at kostnaden på anskaffelsen overstiger EØS-terskelverdiene.

Reglene om offentlige anskaffelser 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”, jf. lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser [anskaffelsesloven]³ § 1 første setning. Det legges videre vekt på at regelverket skal være en bidragsyter til at ”det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte”, jf. LOA § 1 andre setning. Tilsvarende kommer til uttrykk i Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 1-1.

² Jf. statistikk fra SSB for 2013

³ Heretter LOA

2 Rettskildebilde og metode

2.1 Generelt

De sentrale norske rettskildene for oppgaven er anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Av LOA følger det bestemmelser om anskaffelsesretten som formål, hvem som er omfattet av LOA og de anskaffelsesrettslige prinsippene. De prosessuelle og materielle reglene finner vi i anskaffelsesforskriften.

De sentrale internasjonale rettskildene er Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter⁴. Det er dette direktivet som danner grunnlaget for de norske anskaffelsesreglene. Den 26. februar 2014 ble det vedtatt et nytt direktiv, Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2014/24/EU av 26. februar 2014, om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF⁵. Dette direktivet er per dags dato i ferd med å bli gjennomført i norsk rett. Direktivet er således en sentral rettskilde.

Innkjøpsdirektivet er foreløpig ikke gjennomført i norsk rett, men er for øyeblikket ute til høring. I høringsnotatet blir det uttalt at det nye direktivet har fra EUs side til formålet bak endringen i regelverket er ”enklere og mer fleksible regler, å redusere administrative byrder for både oppdragsgivere og leverandører, større rettslig klarhet”.⁶

Revisjonen av anskaffelsesdirektivene er en del av Single Market Act som skal bidra til økt økonomisk vekst gjennom en revitalisering av det indre markedet, og er et virkemiddel for å fremme målene i Europa 2020-strategien for ”smart, sustainable and inclusive growth”.⁷

⁴ Heretter Direktivet

⁵ Heretter Innkjøpsdirektivet

⁶ Nærings- og fiskeridepartementet, *Høringsnotat 2, Ny forskrift om offentlige anskaffelser*, (Oslo 2013), s. 1

⁷ Høringsnotat 2, s. 1

2.2 De norske rettskildene

Hovedregelen ved offentlige anskaffelser er at LOA, og følgelig de grunnleggende prinsippene for anskaffelser, gjelder ved alle anskaffelser. Dette gjelder uavhengig av anskaffelsens verdi.

Som ved alle anskaffelser er det også ved bruk av konkurransepreget dialog avgjørende at de grunnleggende prinsippene for anskaffelsesretten overholdes. Som nevnt ovenfor fremgår disse kravene av LOA § 5 og FOA § 3-1. Prinsippene vil bli drøftet nærmere i kapittel 2.

Når vilkårene etter FOA § 14-2 er oppfylt kan oppdragsgiver iverksette gjennomføringen av konkurransepreget dialog. Her, som ellers i anskaffelsesretten, vil de grunnleggende prinsippene kunne bidra i tolkningen av FOA der hvor ordlyden er vag og åpen, samtidig som prinsippene alene kan fungere som rettsgrunnlag der FOA ikke har regulert det aktuelle spørsmålet. I tilfeller hvor det oppstår tvil om regelverket følges, skal de grunnleggende prinsippene legges til grunn.

Dagens regler for offentlige anskaffelser bygger på direktivene 2004/18/EU for klassisk sektor og direktiv 2004/17/EU for forsyningssektoren. Direktivene er inntatt i EØS-avtalen og gjennomført som norsk rett gjennom lov og forskrift. EU har nylig foretatt en revidering av gjeldende direktiver, direktiv 2014/24/EU for klassisk sektor, direktiv 2014/23/EU for konsesjonskontrakter og direktiv 2014/25/EU for ”forsyninger?”. Gjennomføringen av disse direktivene er nå ute til høring, med en høringsfrist satt til 17. juni 2015.

Forarbeidene til LOA og FOA har stor verdi som informasjonskilde, men mindre rettskildemessig vekt fordi det er den EØS-rettslige forståelsen av anskaffelsesregelverket som skal legges til grunn ved tolkningen av FOA og LOA. På dette punktet avviker rettsområdet fra den tradisjonelle rettskildelæren. Der EØS-retten åpner for det kan forarbeidene likevel tillegges vekt slik det følger av tradisjonell rettskildelære.⁸

⁸ Fredrik Sejersted, m.fl., *EØS-rett*, 3. Utgave, Oslo 2011, s. 203

2.2.1 Anskaffelsesforskriften

De detaljerte reglene på anskaffelsesrettens område er i all hovedsak regulert i FOA. Forskriften er delt inn i fem deler, hvorav de tre første regnes som de sentrale delene. Alle disse fem delene kommer likevel ikke til anvendelse til enhver tid og ved enhver anskaffelse. Anvendelsesområdet og hvilke regler oppdragsgiver og leverandør må følge, avhenger av kontraktens verdi og anskaffelsens art. Det vil for konkurransepreget dialog kun være aktuelt å se til bestemmelsene i del I og del III.

Del I inneholder de alminnelige bestemmelsene som kommer til anvendelse ved alle anskaffelser. Del II regulerer anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester. I del III fremkommer reglene for anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Del III er bygd opp etter samme lest som del II, med nokså detaljerte regler som omhandler gjennomføringen av konkurransen. Del IV om øvrige prosedyrer og del V om ikraftsettelse er av liten praktisk betydning i forhold til inneværende oppgaves problemstilling.

2.2.2 Rettspraksis

Som for alle andre rettsområder er også rettspraksis en sentral rettskilde på den norske anskaffelsesrettens område. Gjennom tidens løp har det for anskaffelsesretten utviklet seg en nokså omfattende rettspraksis. I all hovedsak er dette avgjørelser fra tingretten og lagmannsretten, men det finnes også noen avgjørelser fra Høyesterett. Det er likevel slik at EU-domstolen vil være den viktigste domstolen innenfor anskaffelsesretten, og den treffer regelmessig avgjørelser som førsteinstans innenfor offentlige anskaffelser.

2.2.3 Klageorgan for offentlige anskaffelser⁹

KOFA hører inn under Konkurransetilsynet og behandler klager fra leverandører og andre med saklig klageinteresse om påstått brudd på LOA eller FOA. KOFA er et uavhengig statlig organ som består av ti medlemmer og et sekretariat som bistår nemnda med forberedelse av saken. KOFAs virksomhet styres av LOA § 12 og forskrift 15. November 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

⁹ Heretter KOFA

I tilfeller hvor det foreligger lite eller ingen løsning på eventuelle tolknings spørsmål, vil praksis og uttalelser fra KOFA kunne komme til anvendelse. Høyesterett har selv brukt uttalelser fra KOFA som tolkningsbidrag. Dette innebærer at uttalelser fra KOFA vil kunne anses som relevante tolkningsbidrag, men det er likevel usikkert hvor mye KOFAs uttalelser kan vektlegges. Høyesterett har foreløpig ikke tatt stilling til den rettskildemessige vekten KOFA-uttalelser har, men det er relativt klart at KOFA-uttalelser må tillegges begrenset vekt.

Det hender riktignok at KOFAs avgjørelser kan veie tyngre som rettskilde. Dette gjelder hvor KOFA får behandlet flere saker som omhandler tilsvarende tema over tid. Et eksempel er praksisen fra KOFA som kom i etterkant av Lianakis-dommen¹⁰ fra EU-domstolen. Her fikk KOFA muligheten til å påvirke forståelsen av Lianakis-dommen over en lang rekke saker, og det må antas at dette har vært med på å påvirke hva som anses som gjeldende rett i Norge.¹¹

2.2.4 Andre rettskilder

I tillegg til lov og forskrift foreligger det andre rettskilder som kan være relevante. Særlig gjelder dette som tolkningsbidrag til de bestemmelser som har sitt utgangspunkt i Direktivet. Dette vil i stor grad være veiledere og fortolkningsuttalelser fra Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet. Selv om disse kan fungere som tolkningsbidrag, må de tillegges begrenset vekt som rettskilde da dette er å regne som etterarbeider.

Videre kan innkjøpspraksis til en viss grad tillegges begrenset selvstendig verdi som rettskilde. Dette fordi en etablert innkjøpspraksis på mange måter vil være utslag av kommersiell tankegang og effektivitetshensyn. Sett i sammenheng med de generelle anskaffelsesprinsippene, kan dette til en viss grad være med på å legge til rette for et bestemt tolkningsresultat. På den andre side er det klart at innkjøpspraksis kan være i strid med anskaffelsesregelverket, slik at det en må være særlig varsom med bruke innkjøpspraksis som en selvstendig rettskilde.

¹⁰ EU-domstolen sak C-532/06

¹¹ Anders Thue, m.fl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser: med kommentarer*, Oslo 2013, s. 52

2.3 Internasjonal rett

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser er i stor grad en implementering og gjennomføring av anskaffelsesdirektivene gitt av EU. Gjennomføringen av anskaffelsesregelverket er i all hovedsak et resultat av Norges forpliktelser overfor EØS-avtalen. Av den grunn vil EU-domstolens uttalelser og de aktuelle direktivene kunne tillegges stor rettskildemessig vekt.

Det har i teori blitt uttalt at endringen i implementeringsmetoden som følge av Endringsdirektiv til håndhevingsdirektivene¹², har resultert i at regelverket har blitt noe mer oversiktlig for norske rettsanvendere.¹³ Problemet oppstår når det foreligger avvik mellom de norske reglene og EU-direktivet. Dette gjør seg særlig gjeldende hvor det dukker opp norske særregler som ikke er bygd opp etter samme lest, og i så måte ikke passe inn, særlig med tanke på systemet som følger av lov og forskrift. Et eksempel på dette er FOA § 11-3.¹⁴

Der det foreligger avvik mellom direktiv og norske regler, skal direktivene ha forrang. Reglene om forrang, avklares i EØS-loven § 2, som uttaler at "[b]estemmelser i lov som tjener å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov."¹⁵ I praksis vil det for anskaffelsesretten være få situasjoner hvor konflikt vil oppstå, men dette er en viktig presisering av hvordan regelverket skal tolkes.

Det finnes lite forarbeider til EU-direktivene. I tillegg har, som tidligere nevnt, forarbeider etter tradisjonell rettskildelære i EU/EØS-retten liten betydning som rettskilde. Fortalene til EU-direktivene tillegges en større rettskildemessig vekt, men fordi reglene som følger av direktivene er såpass detaljerte vil likevel kun bidra som tolkningsbidrag der reglene trenger utfylling. Av fortalene kan det ikke utledes noen rettigheter og plikter, men de vil spille en sentral rolle ved tolkningen av lovbestemmelsene.¹⁶

¹² Europaparlaments- Og Rådsdirektiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endring av rådsdirektiv 89/665/EØF og 92/13/EØF med hensyn til forbedring av effektiviteten av klagebehandlingen ved tildeling av offentlige kontrakter

¹³ LOA og FOA, med kommentar, s. 41

¹⁴ LOA og FOA, med kommentar, s. 42

¹⁵ LOA og FOA, med kommentar, s. 51

¹⁶ *EØS-rett*, s.233 flg.

Det kan av EU/EØS-retten utledes et lojalitetsprinsipp. EU-domstolen har i den sammenheng lagt til grunn at også gjelder et prinsipp om EU-rettskonform tolkning. Dette innebærer at norske rettsanvendere skal tolke de nasjonale reglene på en slik måte at tolkningsresultatet samsvarer med EU/EØS-retten. Videre har EFTA-domstolen¹⁷ lagt til grunn at EØS-avtalen medfører at anskaffelsesreglene også skal tolkes EØS-konformt. Høyesterett¹⁸ har også lagt til grunn at EU/EØS-rettens prinsipp om direktivkonform tolkning ikke strekker lenger enn hva følger av presumpsjonsprinsippet for norsk rett.

Ettersom presumpsjonsprinsippet skal legges til grunn, må det ved en tolkning av det norske anskaffelsesregelverket legges til grunn det tolkningsalternativet som best svarer til de forpliktelser Norge har i henhold til EØS-avtalen. En naturlig følge av dette er at direktivene fra EU, med tilhørende rettskilder vektet tungt og vil være en sentral tolkningsfaktor. Vi ser at dette gir seg særlig utslag i reglene for anskaffelser over EØS-terskelverdiene.

Norge har også forpliktet seg til å følge reglene som følger av WTO-avtalen om offentlige innkjøp. Denne avtalen heter Government Procurement Agreement (GPA) som ble inngått 15. april 1994 og trådte i kraft 1. januar 1996.¹⁹ Hovedprinsippene bak GPA er at offentlige anskaffelser skal baseres på objektive og ikke-diskriminerende kriterier og åpenhet i anskaffelsesprosessen.

2.3.1 EU-domstolen

EU-domstolens uttalelser i forbindelse med forståelsen av Direktivet skal legges til grunn ved tolkning.

EU-domstolen treffer til stadighet avgjørelser på anskaffelsesrettens område. Avgjørelser fra EU-domstolen har stor rettskildemessig vekt også i Norge på bakgrunn av våre forpliktelser i henhold til blant annet EØS-avtalen. Selv om EU-domstolens avgjørelser skal tillegges betydelig vekt på anskaffelsesrettens område, skjer dette i varierende grad dette fordi EU-domstolens avgjørelser stort sett bare løser konkrete spørsmålet. Det finnes likevel tilfeller hvor slik avgjørelser ganske umiddelbart har fått en stor betydning, slik som Lianakis- og

¹⁷ Sak E-1/07 (A)

¹⁸ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

¹⁹ St.prp.nr. 65 (199-1994) s. 632

Pressetext-dommen.²⁰ Det følger også av EØS-avtalens artikkel 6 og ODA-avtalen artikkel 3 betydningen EU-domstolens avgjørelser har for fortolkningen av EØS-rettslig lovgivning.

2.4 Anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper

Bestemmelsene i anskaffelsesretten skal tolkes i lys av de grunnleggende prinsippene i LOA § 5, men også i FOA § 3-1. Lov og forskrift er i all hovedsak bygget opp rundt noen få grunnleggende krav og prinsipper. Disse prinsippene danner rammeverket for resten av regelverket og du ser de igjen i alle bestemmelsene. De grunnleggende prinsippene er god forretningsskikk, konkurranse, likebehandling, gjennomsiktighet, etterprøvbarhet, forutberegnelighet og ikke-diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet. Kravene som følger av § 5 kan også utledes av de alminnelige prinsippene om forsvarlig saksbehandling, anbudsrettslige prinsipper og prinsippene som følger av EØS-avtalen.

Kravet om god forretningsskikk tar utgangspunkt i at den offentlige oppdragsgiver må forholde seg til næringslivets spilleregler. Dette innebærer blant annet at oppdragsgiver skal sørge for en forsvarlig og saklig saksbehandling, samtidig som anskaffelsen skal foretas på en økonomisk og ressurseffektiv måte.

Videre stilles det krav om at alle leverandører skal likebehandles gjennom hele anskaffelsesprosedyren. Kravet til likebehandling innebærer et krav om ikke-diskriminering, og gjelder uavhengig av nasjonal og regional tilhørighet. EU-domstolen har ved en rekke anledninger lagt til grunn at like situasjoner skal behandles likt og at forskjellsbehandling ikke må finne sted under noen som helst omstendighet.²¹ Det åpnes likevel for en viss grad av forskjellsbehandling dersom leverandøren får en utilsiktet, tilfeldig og begrenset fordel. Det avgjørende er under alle omstendigheter størrelsen på den fordelen leverandøren eventuelt får og hvorvidt oppdragsgivers adferd er gjort i henhold til kommersielle overveielser slik næringslivet ellers ville ha opptrådt. Prinsippet om ikke-diskriminering kommer særlig til uttrykk gjennom reglene i FOA om kvalifikasjonskrav.

Dernest stilles det et krav om at en anskaffelse skal være basert på konkurranse. Kravet om konkurranse har sitt utgangspunkt i samfunnsøkonomiske og forretningsmessige hensyn. I

²⁰ Saker C-532/06 og C-454/06

²¹ Sak- C-279/93 (Schumaker) premiss 30 og sak C-16/98 (Kommissjonen/Frankrike) premiss 104 flg., m.fl.

tillegg kommer de forvaltningsrettslige likhetsbetraktningene.²² Dersom oppdragsgiver ønsker å gjennomføre en direkteanskaffelse, stilles det også et krav om at oppdragsgiver må kunne vise til en særskilt hjemmel. Kravet til konkurranse innebærer at det ved hver anskaffelse skal være en reell konkurranse mellom leverandørene.²³

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til åpenhet og gjennomsiktigheten ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf. lovens § 5 tredje ledd og forskriftens § 3-1 fjerde og syvende ledd. Det stilles strenge krav til forutberegnelighet. Dette for at leverandørene skal kunne vurdere om de ønsker å inngi tilbud og dermed delta i konkurransen. Uten forutberegnelighet til anskaffelsesprosessen, vil oppdragsgiver ikke kunne oppnå den nødvendige tillit til at regelverket følges på korrekt måte. Dersom kravet til forutberegnelighet ikke ivaretas kan det for leverandørene oppleves som vilkårlig hvem som sitter igjen som vinner av konkurransen.

Av forutberegnelighet følger det også et krav om gjennomsiktighet og etterprøvbarehet. Dette kravet har til hensikt å sikre at deltakere i konkurransen skal ha mulighet til å kunne ettergå alle ledd i konkurransen for å sikre at hele anskaffelsesprosessen har skjedd i henhold til enhver tid gjeldende regelverk. En naturlig konsekvens av dette er at alt som skjer underveis i prosessen protokollføres, slik som møter, vurderinger, mv.

²² NOU 1997:21 kap. 21

²³ Direktiv 2004/18/EF, fortalen premiss 41, artikkel 44 (3), artikkel 44 (4), m.fl.

3 Konkurranspreget dialog

3.1 Generelt

Konkurranspreget dialog gjennomføres i tre faser. Før de innledende fasene må oppdragsgiver utarbeide et konkurransegrunnlag som en del av den forberedende fasen. Reglene for utarbeidelse av konkurransegrunnlag følger av FOA § 17-1 som angir generelle krav til innholdet. Kravene som følger av § 17-1 gjelder for alle anskaffelser over EØS-terskelverdiene, men i bestemmelsen andre ledd litra k og l gis det spesifikke krav til at oppdragsgiver også må informere om hvordan dialogen skal gjennomføres i tillegg til tid og sted for dialog, samt hvilket språk dialogen skal foregå på.

I Direktivets fortale har det blitt uttalt at konkurransepreget dialog er særlig aktuelt ved blant annet ”utførelsen af vigtige integrerede transportinfrastrukturprojekter, store edb-net og projekter, der indebærer en kompleks, strukturert finansiering”.²⁴ Dette er eksempler hvor oppdragsgiver og leverandør, gjennom dialog, kommer fram til den best egnete løsningen. Det er senere denne løsningen som vil være gjenstand for konkurranse.

Fase I, som bare kalles for pre-kvalifiseringsfasen, begynner med kunngjøring, mottak av forespørsel om deltakelse og til slutt en gjennomføring av kvalifikasjon og utvelgelse, som regel vil det da gjenstå tre til fem deltakere. Hovedregel er under alle omstendigheter at det inviteres et antall som er nok til at det sikres reell konkurranse.

I fase II, dialogfasen, begynner med invitasjon til dialog. Deretter sendes det inn løsningsforslag fra de gjenværende leverandørene. Så følger en runde med dialog hver enkelt leverandør hvor alle aspekter av tilbudet kan diskuteres. Det likevel klart at her må prinsippet til likebehandling opprettholdes slik at alle leverandører har like muligheter. Siste steg er det innlevering av endelig tilbud, evaluering disse og en avslutning av dialog. På dette tidspunkt trer også forhandlingsforbudet inn.

Fase III, avslutningsfasen, er den siste fasen. Nå skal oppdragsgiver gå gjennom og evaluere de tilbud som har kommet inn og velge det tilbudet eller den løsningen som er den mest

²⁴ Direktiv 2004/18/EF, fortalen premiss 31

økonomisk fordelaktige. Til slutt kan da alle leverandører som har deltatt i dialogfasen få inngi tilbud på den løsningen som har blitt valgt.

3.1 Når kan konkurransepreget dialog anvendes

Hovedvilkåret for bruk av konkurransepreget dialog er at det gjelder tildeling av særligkomplekse kontrakter. Av FOA følger derav to alternative tilfeller for når en kontrakt er å anse som særlig kompleks. Spørsmålet som da reiser seg er, når kan en kontrakt anses som særlig kompleks.

Det følger av FOA § 14-2 annet ledd litra a og b at en kontrakt er særlig kompleks når oppdragsgiver ikke er i stand til "i samsvar med § 17-3 (krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner) tredje ledd objektivt å presisere de tekniske vilkår, som kan oppfylle deres behov og formål" eller "objektivt å presisere de rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt." Følgelig er det da to forhold som kan medføre at en kontrakt kan anses som særlig kompleks. Dette er en tilnærmet direkte avskrift av Direktivets ordlyd, men det vil være FOAs ordlyd som vil danne grunnlaget for tolkning av vilkåret særlig kompleks.

Når det skal vurderes hvorvidt en kontrakt er særlig kompleks, stilles det et krav om at hele kontrakten skal vurderes i sin helhet. Det er i den sammenheng ikke tilstrekkelig at enkeltelementer kan vurderes til å være komplekse dersom kontrakten i sin helhet ikke kan anses kompleks.²⁵

I vurderingen av om vilkåret om særlig kompleks er oppfylt, skal det legges til grunn av hva oppdragsgiver "ikke er i stand til" som ordlyden legger til grunn. Ordlyden skal tolkes etter objektive vurderingsnormer, jf. § 14-2 annet ledd litra a og b. I Direktivets fortale har det blitt lagt til grunn at "[o]rdregivende myndigheter, som utfører særligt komplekse projekter, kan uden egen skyld befinde sig i en situation, hvor det er umuligt objektivt at fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, eller at vurdere, hvad markedet kan tilbyde af tekniske og/eller finansielle og juridiske løsninger."²⁶ Vurderingen som legges til grunn er da hva som rimelig kan kreves av oppdragsgiver.

²⁵ LOA og FOA, med kommentar, s. 497

²⁶ Direktiv 2004/18/EF, fortalen premiss 31

På tross av det klare utgangspunktet om objektive vurderingsnormer, har det blitt lagt til grunn at det kan utvises en viss form for skjønn i vurderingen av hva oppdragsgiver er i stand til og om vilkårene for konkurransepreget dialog er oppfylt. Det kan med andre ord ikke kreves at det må være en absolutt umulighet for oppdragsgiver å beskrive anskaffelsen i konkurransegrunnlaget. Det avgjørende for om oppdragsgiver oppfyller vilkårene avhenger også av om oppdragsgiver relativt enkelt kan få bistand fra fagfolk.²⁷

Når det skal vurderes hvorvidt vilkårene etter annet litra a er oppfylt, om oppdragsgiver er i stand til ”objektivt å presisere de tekniske vilkår”, skal det legges til grunn markedssituasjonen og de objektive forholdene rundt kontrakten. Dette vil avhenge av det konkrete markedet samtidig som det må tas høyde for oppdragsgivers kapasitet. Oppdragsgiver har i den sammenheng en plikt til å prøve å presisere de tekniske vilkår, men der hvor dette er vanskelig eller umulig for oppdragsgiver, vil kontrakten kunne anses som særlig kompleks.²⁸ Spørsmålet som da reiser seg er hvilke momenter som vil ha betydning for vurderingen.

I de fleste tilfeller vil det kunne legges til grunn at anskaffelsens er av en slik art at den vanskelig lar seg beskrive. Det avgjørende i mange tilfeller er om oppdragsgiver etterspør tekniske, finansielle eller rettslige løsninger som stiller krav til innovasjon. Dette kan være løsninger som allerede er utviklet, eller tilfeller hvor oppdragsgiver etterspør løsninger som enda ikke er utviklet, men som gjerne allerede er etterspurt i markedet. Selv om dette vil være et viktig moment i vurderingen av kontraktens kompleksitet, er dette likevel ikke en absolutt forutsetning. Det er blitt lagt til grunn at vilkårene for bruk av konkurransepreget dialog enklest oppfylles der hvor anskaffelsen stiller krav til ny og hittil ukjent teknologi.²⁹ Dette medfører også at vilkårene vanskeligere lar seg oppfylle der hvor oppdragsgiver har erfaring fra lignende kontrakter. Da har oppdragsgiver større forutsetninger for å ha tilstrekkelig kunnskap om hvilke løsninger som er best egnet. I tillegg viser dette at konkurransepreget dialog er en prosedyre som er med på å fremme innovasjon og nyvinning.

Kommisjonen har lagt til grunn to situasjoner hvor det kan tenkes at det er objektivt umulig å presisere de tekniske vilkårene for anskaffelsen etter FOA § 14-2 (2) (a). Enten der hvor

²⁷ EU-kommisjonens Directorate General Internal Market and Services, *Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive*, s. 2

²⁸ Fornyings- og administrasjonsdepartementet, *Veilederen til reglene om offentlige anskaffelser*, (Oslo 2013), s. 103

²⁹ LOA og FOA, med kommentar, s. 511

oppdragsgiver ikke kan spesifisere prosjektets tekniske egenskaper gjennom bruk av standarder eller behovs- eller funksjonskrav. Eller, i situasjoner oppdragsgiver ikke har mulighet til å bedømme hvilken av flere mulige tekniske løsninger som best tilgodeser oppdragsgivers behov.³⁰ Dette anses også som en situasjon som vil oppstå oftere.

Det er ikke bare hvor oppdragsgiver vanskelig kan spesifisere anskaffelsens tekniske spesifikasjoner som gjør at konkurransepreget dialog kan komme til anvendelse.

Konkurransepreget dialog kan også komme til anvendelse dersom oppdragsgiver ikke er i stand til ”objektivt å presisere de rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt.”, jf. § 14-2 annet ledd litra b. Eksempelvis kan konkurransepreget dialog komme til anvendelse når det er objektivt umulig for oppdragsgiver å finne en best mulig løsning for finansieringen av en anskaffelse. Videre kan konkurransepreget dialog komme til anvendelse der hvor det hviler stor usikkerhet omkring den rettslige formen en virksomhet skal ha. Enten om anskaffelsen bør gjennomføres blant annet i offentlig regi, privat regi eller ved offentlig-privat samarbeid (OPS), eller hvor oppdragsgiver er usikker på om en privat leverandør har de forutsetningene som det stilles krav til for å kunne gjennomføre en tjenestekonsesjonskontrakt.³¹ Som eksempel kan være hvor en kommune ønsker å få oppført en skole. Kommunen ønsker gjerne at leverandøren skal stå for oppføring/bygging i tillegg til drift av skolen i 20 år. Dette er kontrakter som vil ha særlig komplekse finansielle og juridiske vilkår fordi den omfatter flere forhold både før, under og etter oppføring av skolen.³²

I Direktivets fortale har det blitt uttalt at finansiell og rettslig kompleksitet kan ”opstå i forbindelse med utførelsen af vigtige (...) projekter, der indebærer en kompleks, strukturert finansiering, hvis finansielle og juridiske forhold ikke kan fastsættes i forvejen.”³³ Dette er en problemstilling som ofte oppstår i forbindelse med OPS-kontrakter, men det er likevel ingen automatikk i slike kontrakter er å anse som særlig kompleks, finansielt eller rettslig sett. Også her må det foretas en helhetsvurdering av den konkrete kontrakten for å vurdere kontraktens kompleksitet.

Et mulig eksempel hvor det spørsmålet om juridisk og finansiell kompleksitet gjør seg gjeldende, er hvor oppdragsgiver ikke kan forutse hvorvidt leverandørene er forberedt på å akseptere en såpass stor risiko som en konsesjonskontrakt vil være eller om kontrakten til slutt

³⁰ Explanatory note, side 2

³¹ Dragsten, *Offentlige anskaffelser: regelverk, praksis og løsninger*, Oslo 2013 s. 310-312

³² Anskaffelsesveilederen, s. 103 og 104

³³ Direktivets fortale premiss 31

vil ende opp med å bli en vanlig anbudskontrakt. Her kan oppdragsgiver, etter å ha vurdert det dit hen at det er størst sannsynlighet for at anskaffelsen vil ende opp som en konsesjonskontrakt, komme overfor et vanskelig problemstilling dersom det på slutten av prosedyren viser seg at anskaffelsen burde vært å anse som en anbudskontrakt framfor en konsesjonskontrakt. Dette medfører at oppdragsgiver enten må avslutte hele kontrakten og begå et brudd på anskaffelsesregelverket, eller avlyse hele konkurransen og starte prosedyren på nytt igjen. I slike tilfeller vil konkurransepreget dialog være særlig aktuelt og anvendelig. Her ville alle problemer kunne blitt unngått ved at de prosessuelle kravene oppfylles, uavhengig om man ender opp med en konsesjonskontrakt eller ikke fordi oppdragsgiver og leverandør gjennom dialog har kommet fram til den beste løsningen³⁴.

Et annet eksempel på juridisk eller økonomisk kompleksitet som rettferdiggjør bruk av konkurransepreget dialog finner vi av Kommisjonens forvaltningspraksis. I det følgende planlegger oppdragsgiver å bygge en skole, men ønsker å begrense kostnadene ved at leverandørene foreslår ulike måter de kan godtgjøres på, ved hjelp av grunneiendom som tilhører oppdragsgiver i tillegg til betaling. Andre eksempler hvor konkurransepreget dialog vil være særlig aktuelt er hvor oppdragsgiver ønsker rådighet til en skole, et sykehus, et fengsel, el. som skal finansieres, bygges og drives av en leverandør over en lengre periode³⁵. Her vil i mange tilfeller det juridiske og finansielle oppsettet være særlig komplisert, i tillegg til at det vil være usikkerhet omkring det vil ende opp som en konsesjon eller en offentlig kontrakt.

KOFA har uttalt at vilkåret om særlig kompleksitet var oppfylt, i forbindelse med anskaffelsen av et elektronisk medlemsregister, hvor løsningen måtte "ha en rekke ulike funksjoner, deriblant være knyttet opp mot flere forskjellige andre registre"³⁶ i tillegg til å tilfredsstillere nærmere spesifiserte sikkerhetskrav. Avgjørelsen drøfter ikke dyptgående hva som må til for at vilkåret "særlig kompleks" skal kunne oppfylles, men slår ganske klart fast at vilkåret for bruk av konkurransepreget dialog må være oppfylt såfremt oppdragsgiver kan begrunne dette på en hensiktsmessig måte. Dette har også nær sammenheng med domstolenes adgang til å overprøve oppdragsgivers skjønnsvurdering. Her ble det foretatt en

³⁴ Explanatory note, s. 3

³⁵ Anskaffelsesveilederen, s 103 og 104

³⁶ KOFA-2008/98 premiss 69

behovsanalyse hvor det i fortalen ble uttalt at konkurransepreget dialog "skal benyttes for å kunne gå grundig inn i de prekvalifiserte leverandørers forslag til løsning".³⁷

3.1.1 Vurderingen av særlig kompleks i det nye direktivet

I dette kapittelet vil det rettes spørsmål til hvordan Innkjøpsdirektivet forholder seg til vilkåret om at kontrakten må være særlig kompleks.

Det fremgår av artikkel 26 at konkurransepreget dialog kan anvendes på "bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser", jf. artikkel 26 fjerde ledd litra a, så lenge vilkårene etter punkt i) til iv) er oppfylt. Konkurransepreget dialog kan dermed anvendes dersom et eller flere av følgende kriterier er oppfylt. For det første, hvor oppdragsgivers "behov kan ikke imødekomes uten tilpasning af allerede tilgjengelige løsninger", jf. punkt i). For det andre når anskaffelser omfatter "design eller innovative løsninger", jf. punkt ii). Dersom kontrakten på grunn av "særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed ikke kan tildeles uten forudgående forhandling", jf. punkt iii). Til slutt dersom de "tekniske spesifikasjoner ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist af den ordregivende myndighed med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk spesifikasjon eller en teknisk reference", jf. punkt iv). Det videre spørsmålet er så om dette egentlig medfører en realitetsendring fra tidligere regelverk.

Som første kriterium skal det for oppdragsgivers del være vanskelig å imøtekomme sine behov uten tilpasning av allerede tilgjengelige løsninger. Dette samsvarer i ganske stor grad med Kommisjonens uttalelser til Direktivet, om at vilkåret for bruk av konkurransepreget dialog enklest oppfylles der hvor anskaffelsen stiller krav til ny og hittil ukjent teknologi.

Det neste kriteriet er at anskaffelsen omfatter design eller innovative løsninger. Her uttaler Kommisjonen i forbindelse med Direktivet at i vurderingen av hvor vanskelig det er å beskrive anskaffelsens art, er det avgjørende om løsningen stiller krav til innovasjon. Det er følgelig bare behovet for design som nå er å anse som et nytt vurderingskriterium.

Videre kan konkurransepreget dialog etter Det nye direktivet brukes hvis kontrakten på grunn av særlig omstendigheter til art, kompleksitet eller de rettslige og finansielle forhold eller risiko i forbindelse dermed ikke kan tildeles uten forutgående forhandling. På sett og vis er dette

³⁷ KOFA-2008/98 premiss 69

nytt fordi det her også legges til grunn at risiko ved anskaffelsen skal tas med i vurderingen. Dette er også et punkt som knytter seg sterkere opp mot OPS-kontrakter og tjenestekontrakter. Men også her er den rettslige og finansielle kompleksiteten avgjørende slik som tidligere.

Til slutt vises det til at konkurransepreget dialog kan brukes hvis de tekniske spesifikasjonene ikke kan fastlegges tilstrekkelig presist. Dette er et vilkår som i ganske stor grad allerede er dekket gjennom Direktivets fortale, FOA og kommisjonens forklarende notat.³⁸

I fortalen til Innkjøpsdirektivet, har Rådet og Parlamentet valgt å gå vekk fra begrepet særlig komplekse, til fordel for begrepet komplekse innkjøp for når konkurransepreget dialog kan anvendes.³⁹ Det kan vanskelig argumenteres for at dette medfører en realitetsforskjell, men er mer å anse som en språklig presisering.

Videre uttales det i fortalen at det ”er et stort behov for at give de ordregivende myndigheder yderligere fleksibilitet til at vælge en udbudsprocedure, der giver mulighed for forhandlinger”.⁴⁰ Dette blir begrunnet med at denne formen for prosedyrer har vist seg å øke den grenseoverskridende handelen, noe som også er i harmoni med EUs prinsipper om fri flyt av varer og tjenester. Videre legges det til grunn at oppdragsgiver bør kunne anvende konkurransepreget dialog også der hvor ”offentlige eller begrensede udbud uden forhandling ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat”.⁴¹

Selv om vilkåret om særlig kompleksitet er blitt fjernet i Det nye direktivet, er det likevel ikke fritt fram for bruk av konkurransepreget dialog. Det blir påpekt at ved bygg- og anleggskontrakter ”hvor der ikke er tale om standardbygninger, eller hvor arbejdet omfatter design eller innovative løsninger” eller i ”forbindelse med tjenesteydelser eller varer, som kræver en tilpasnings- eller designindsats, kan det være nyttigt at anvende (...) konkurrenceprægede dialog.”⁴² I disse tilfeller er det ofte behov for ”komplekse indkøb” som tilsier at blant annet konkurransepreget dialog kan være særlig aktuelt. Det blir videre påpekt at ved standardinnkjøp, bør ikke konkurransepreget dialog anvendes. Dette kan nok tilsi dagens særlig kompleks, er erstattet med komplekse innkjøp.

³⁸ Explanatory note.

³⁹ Direktiv 2014/24/EU, fortalen premiss 43

⁴⁰ Direktiv 2014/24/EU, fortalen premiss 42

⁴¹ Direktiv 2014/24/EU, fortalen premiss 42

⁴² Direktiv 2014/24/EU, fortalen premiss 43

Ved å gå vekk fra vilkåret om særlig kompleks avtale vises det til at det ikke er en like streng objektivt vurderingsnorm som skal legges til grunn i vurderingen av hva oppdragsgiver er i stand til. Den nye ordlyden peker mer i retning på at selve produktet kan være kompleks. Dette er også blitt lagt til grunn i fortalen hvor det eksempler på komplekse innkjøp kan være for eksempel ”avancerede produkter, intellektuelle tjenesteydelser, f.eks. visse former for konsulent-, arkitekt- eller ingeniørvirksomhet, eller større projekter vedrørende informations- og kommunikationsteknologi (IKT).”⁴³ Dette tyder også på at det heller ikke er en konkret vurdering av kontrakten i sin helhet, men at det kan være enkelte forhold ved innkjøpet som peker i retning av det her kan være fordelaktig med valg av konkurransepreget dialog. Spørsmålet blir så om bestemmelsene i Det nye direktivet holder fast ved denne oppmykningen som fortalen gir uttrykk for at skal legges til grunn.

Vi ser følgelig at Det nye direktivet legger opp til en økt bruk av konkurransepreget dialog, særlig i situasjoner hvor anskaffelsen krever innovasjon og nyvinninger. Men det er likevel ikke fritt frem for oppdragsgiver å anvende konkurransepreget dialog. Under alle omstendigheter legger Det nye direktivet i mye større grad til rette for at vilkåret om komplekse innkjøp skal oppfylles, samt at vilkårene for bruken er blitt vesentlig mer transparent. I tillegg skal det legges vekt på at dette er en konkurranseprosedyre som i mange tilfeller er fordelaktig å anvende, framfor tidligere hvor dette bare var en prosedyreform som var et unntak.

3.1.2 "Særlig kompleks" etter nytt norsk regelverk

Departementet legger til grunn at det er større adgang til å velge konkurransepreget dialog på bakgrunn av Kommisjonens uttalte mål om enklere og mer fleksible regler.⁴⁴ Departementet legger til grunn at adgangen til å benytte konkurransepreget dialog vil bli "utvidet og harmonisert slik at oppdragsgiver (enklere kan velge denne prosedyren), dersom de angitte vilkårene er oppfylt."⁴⁵ Forslag til nytt regelverk er i en noe annen form og oppbygning enn dagens bestemmelser. Dette har stort utgangspunkt i at det norske anskaffelsesregelverket vil i ganske stor grad er en direkte avskrift av Innkjøpsdirektivet. I den sammenheng ser vi at konkurransepreget dialog kan velges dersom de samme vilkårene er oppfylt slik de fremgår av Innkjøpsdirektivet. Den eneste forskjellen er at i den nye FOA, har lovgiver lagt til et

⁴³ Direktiv 2014/24/EU, fortalen premiss 43

⁴⁴ Nærings- og fiskeridepartementet, Høringsnotat 2, Ny forskrift om offentlige anskaffelser, Oslo 2013

⁴⁵ Høringsnotat 2, s. 11

ekstra vilkår, litra e), som sier at konkurransepreget dialog kan anvendes dersom "oppdragsgiver i en forutgående åpen anbudskonkurranse eller begrenset anbudskonkurranse bare mottok uakseptable tilbud." Denne endringen, som også fremgår av Innkjøpsdirektivets artikkel 26 punkt 4 litra b, er slik det fremstår, en av de viktigste forskjellene fra det gjeldende regelverk. Dette legger også til rette for at oppdragsgiver enklere skal kunne anvende konkurransepreget dialog når de finner dette formålstjenlig. Realiteten er dermed at oppdragsgiver ikke er bundet av å bruke standardprosedyrene i like stor grad som tidligere, forutsatt at disse prosedyrene ikke har gitt tilfredsstillende løsninger.

3.2 Gjennomføringen av konkurransepreget dialog

3.2.1 Pre-kvalifiseringen

Kunngjøring

Det viktigste punktet i fase I, er kunngjøringen. Kunngjøringsreglene er felles for alle konkurranseprosedyrer. Det fremgår av § 18-3 første ledd at "[o]ppdragsgiver som ønsker å tildele en kontrakt (...) ved (...) konkurransepreget dialog (...), skal gjøre dette kjent i en kunngjøring." Dette er også i samsvar med hovedregelen om at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi skal kunngjøres. Kunngjøringen reguleres gjennom FOA §§ 18-1 og 19-3. Alle anskaffelser som hvor konkurransepreget dialog brukes som prosedyre, skal kunngjøres både i Doffin, den nasjonale kunngjøringsdatabasen, og TED, som er EUs kunngjøringsdatabase.

Det fremgår klare retningslinjer for fremgangsmåten ved kunngjøring av anskaffelser etter § 18-1. Alle potensielle leverandører skal få tilstrekkelig informasjon om anskaffelsen slik at de kan vurdere hvorvidt de ønsker å delta. En annen viktig del ved kunngjøringen er at den omfatter alle elementer som skal anskaffes. Dette fordi det vil være uheldig om disse elementene blir tatt inn i konkurransen på et senere tidspunkt. I verste tilfelle, vil dette medføre at kunngjøringen anses ugyldig og konkurransen må avvises.

EU-domstolen har vurdert formålet med kunngjøringen. Det uttalte formålet med en offentlig kunngjøring er å gi alle potensielle tilbudsgivere rettidig informasjon om de viktigste

punktene i en kontrakt, slik at de kan gi et tilbud innen fristens utløp.⁴⁶ Utover nevnte EU-dom finnes det en rikholdig praksis fra KOFA og EU om brudd på kunngjøringsreglene.

Videre fremgår det av Direktivet artikkel 29 punkt 2 at "[d]e ordregivende myndigheter offentliggør en udbudsbekendtgørelse, hvori de meddeler deres behov og krav, som de definerer i denne bekendtgørelse og/eller i et beskrivende dokument."

Direktivet stiller følgelig krav til at det ikke bare utarbeides en kunngjøring, men også at oppdragsgiver utarbeider såkalte "beskrivende dokumenter". Dette tilsvarer begrepet kravspesifikasjoner etter norsk terminologi. Ettersom kunngjøringen kun gir begrenset informasjon om anskaffelsen, blir det også stilt krav om at det måtte utarbeides "beskrivende dokumenter" for å kunne gi en mer utfyllende informasjon om anskaffelsen, deriblant juridiske, administrative eller kontraktsvilkår som kan danne en del av det felles grunnlaget for gjennomføringen av prosedyren og utarbeidelsen av tilbudet.⁴⁷ I de beskrivende dokumentene skal oppdragsgiver også beskrive hvilket behov anskaffelsen skal dekke, og hvilke kvalifikasjonskrav leverandørene må oppfylle.

Kunngjøringen kan inneholde informasjon som kan gjøre at det oppstår spørsmål i forbindelse med konkurransepreget dialog, i motsetning til alminnelige anbudsprosedyrer. I punkt 6 litra b første strekpunkt stilles det krav om at oppdragsgiver må opplyse om de har til hensikt å kjøpe, lease, leie med eller uten forkjøpsrett, kjøp på avbetaling eller en kombinasjon av disse, i anskaffelsen.

I motsetning til åpen og begrenset anbudskonkurranse, vil ikke oppdragsgiver, ved konkurransepreget dialog, på forhånd vite hva som er den mest aktuelle innkjøpsordningen. Oppdragsgiver må derfor opplyse om at en av disse innkjøpsordningene kan bli valgt, men da etter leverandørens ønske.⁴⁸

Under punkt 9 må oppdragsgiver opplyse hvorvidt det skal tillates at leverandørene leverer inn alternative tilbud, eller om det bare er standardløsninger som skal tillates. Slike løsninger vil som regel bare være nyttige som "alternativer" til en standardløsning/-krav under forutsetning at standardløsninger sjelden vil være foreskrevet i forbindelse med

⁴⁶ Se sak C-225/95 (Kommissjonen mot Frankrike) premiss 35

⁴⁷ Explanatory note, side 4

⁴⁸ Explanatory note, side 4

konkurransepreget dialog. Dette medfører at behovet for å bruke alternative tilbud vil være begrenset.

Problemstillingen oppstår der hvor oppdragsgiver finner det at må gis mulighet for å inngi tilbud som vil avvike fra de standardløsninger/-krav som normalt ville vært aktuelt. Da må oppdragsgiver ikke bare åpne for de alternative løsningene i kunngjøringen, men i det beskrivende dokument også angi " hvilke mindstekrav alternative tilbud skal opfylde, og hvilke spesifikke krav der eventuelt stilles til deres udformning", jf. artikkel 24 punkt 3. Fordi løsningene skal forhandles om under dialogfasen, vil det være naturlig oppdragsgiver kommer fram til at et slikt avvik er nødvendig. Hvis det ikke eksplisitt har blitt åpnet for at alternative tilbud også kan inngis, har ikke oppdragsgiver mulighet til å velge den beste løsningen.

Kommisjonen har også kommet med uttalelser i forbindelse med reglene om kunngjøring. Der påpekes det at oppdragsgiver skal gjøre det klart hva som er anskaffelsens "needs and requirements" i kunngjøringen. Til slutt påpeker Kommisjonen at den relative vektingen av de forskjellige vilkårene som er fastsatt i artikkel 53 punkt 2 tredje ledd, skal i synkende grad, etter vilkårenes vektingen av vises til i kunngjøringen, i det beskrivende dokumentet eller i dialoginvitasjonen. Dog skal det i tilfeller hvor en slik vektlegging vanskelig lar seg gjøre, slik som ved konkurransepreget dialog, skal dette klart komme til uttrykk i kunngjøringen.⁴⁹

Kvalifikasjon og utvelgelse

Etter fristen for innlevering av forespørsel om deltakelse, skal oppdragsgiver vurdere om leverandørene oppfyller de opplistede kvalifikasjonskravene, og deretter foreta en utvelgelse.

I konkurransepreget dialog, som ved begrensede anbuds konkurranser og konkurranse med forhandling uten varsel, men i motsetning til åpne anbuds konkurranser, stilles det ikke krav til at oppdragsgiver skal invitere alle mulig interesserte leverandører, og det er heller ikke nødvendig å invitere alle kvalifiserte leverandører. Artikkel 44 punkt 3 legger kun til grunn at det må være minimum tre kvalifiserte leverandører gjennom hele dialogen, og under alle omstendigheter, så mange at reell konkurranse sikres.⁵⁰

Bestemmelsene for valg av leverandører finner en i Direktivets artikkel 44-52. Kort oppsummert åpnes det for at oppdragsgiver kan velge leverandører på bakgrunn av de samme kriteriene som man kan ekskludere leverandører, særlig når det kommer til de tekniske og

⁴⁹ Explanatory note, side 6

⁵⁰ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 68

finansielle kriteriene. På den ene siden kan utvalgskriteriene for utelukkelse tolkes som uttømmende forde kriterier som kan benyttes. På den andre siden kan også utvelgelse vurderes ut fra andre kriterier, såfremt disse er objektive og ikke-diskriminerende, jf. artikkel 44 punkt 3.⁵¹

Det følger av § 17-4 regler for minimumskrav oppdragsgiver skal stille til leverandørene. Oppdragsgiver kan da stille krav om leverandørens ”tekniske kvalifikasjoner, og økonomiske og finansielle stilling”, jf. § 17-4 første ledd. Kvalifikasjonskravene er til for at oppdragsgiver skal kunne være sikker på at leverandørene skal ”kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene”, jf. § 17-4 annet ledd. I tillegg skal kvalifikasjonskravene heller ikke diskriminere, jf. 17-4 tredje ledd.

Formålet med kvalifikasjonskravene er å sikre at leverandørene har de nødvendige forutsetninger for å kunne oppfylle kontraktsvilkårene. Både når det gjelder leverandørens økonomiske og finansielle stilling, men også tekniske kvalifikasjoner. KOFA har i den sammenheng uttalt at det skal ikke "være noen plikt til å fastsette uttrykkelige minstekrav til leverandørens økonomiske og finansielle stilling når innklagede har bedt om dokumentasjon for denne. Der det ikke er stilt spesifikke krav, vil oppdragsgiver ha en "stor skjønnsfrihet" innenfor rammene av hva som anses nødvendig på bakgrunn av oppdragets art og omfang."⁵²

Når det kommer til tilnærmingen til implementering av konkurransepreget dialog, har EUs medlemsland ved regulering av antall inviterte leverandører i stor grad valgt å overføre Direktivets bestemmelser direkte. Det er likevel noen land som har valgt et høyere antall minimumsdeltagere. Blant annet har Italia valgt å begrense antall deltagere til "justified reasons of good administration" og antall inviterte må ikke begrense seg til mindre enn seks leverandører.

3.2.2 Dialogfasen

Den neste fasen ved konkurransepreget dialog, etter prekvalifisering og utvelgelse, er dialogfasen. Det er også denne fasen som i all hovedsak skiller konkurransepreget dialog fra alle de andre prosedyrene. Dialogfasen er avgjørende ved konkurransepreget dialog ettersom oppdragsgiver ikke har kunnskap om hvordan anskaffelsen best kan gjennomføres. Og

⁵¹ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 68

⁵² KOFA-sak 2008/98 premiss 74

dialogfasen får da som formål "å identifisere og fastslå hvordan oppdragsgivers behov best kan oppfylles", jf. § 20-8 første ledd. Dette innebærer også at dialogen skal fortsette "frem til oppdragsgiver har funnet den eller de løsninger som kan oppfylle oppdragsgivers behov", jf. § 20-8 fjerde ledd.

Direktivet gir EU/EØS-medlemslandene stor handlefrihet i valg av regler for utforming av dialogfaser. Det er likevel få land som har valgt å benytte seg av denne valgfriheten, faktisk kun Portugal. Norge har på sin side nedfelt eksplisitte bestemmelser for gjennomføringen av dialogfasen.

Under dialogen kan "alle aspekter ved kontrakten drøftes", jf. § 20-8 første ledd.

Departementet har her vist til at dette innebærer adgang til å diskutere og forhandle alle sider ved kontrakten. Dette kan være tekniske løsninger, økonomiske forhold som pris, kostnader, erstatning mv., og kontraktsvilkår slik som blant annet ansvarsbegrensning, garantier.⁵³ At alle aspekter ved kontrakten kan drøftes, medfører også en stor fordel for oppdragsgiver så vel som leverandørene, ved at det gis en stor fleksibilitet når det kommer til løsning og sluttresultat.

At det åpnes for at alle deler av kontrakten kan diskuteres og forhandles, medfører også at det melder seg et sterkt behov for å legge til grunn at prinsippene om likebehandling, konkurranse og god forretningsskikk.

Dette gjelder også for konkurransepreget dialog. Men på grunn av dialogens natur har lovgiver sett det som ekstra viktig å legge vekt på likebehandlingsprinsippet. Det blir i den sammenheng først uttalt at "[o]ppdragsgiver skal sikre at alle leverandørene behandles likt", og så blir lagt til grunn at oppdragsgiver også skal sikre at det "ikke utøves forskjellsbehandling ved å gi opplysninger som kan gi noen leverandører en bedre posisjon enn andre", jf. § 20-8 første ledd. Siste setning er for øvrig også et utslag av prinsippet om konkurranse og forretningsskikk. Så selv om de andre prinsippene ikke er nevnt i denne bestemmelsen, innebærer ikke dette at prinsippene ikke skal hensyntas.

Under konkurransepreget dialog stilles det strenge krav til oppdragsgiver om at de skal opptre i henhold til kravet om fortrolighet. Kravet om fortrolighet finner vi i § 20-8 annet ledd, som sier at oppdragsgiver ikke kan "avsløre løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en

⁵³ Anskaffelsesveilederen, s. 89

deltager har gitt oppdragsgiver, uten deltagerens samtykke." Dette innebærer et strengt aktsomhetskrav til oppdragsgiver for å unngå at oppdragsgiver avslører noe som leverandøren ikke har samtykket til. Uten denne "fortrolighetsklausulen" kunne en risikert at leverandører ville vegret seg for å delta av frykt for at forretningshemmeligheter ble avslørt til konkurrenter.

Det kan også være formålstjenlig at oppdragsgiver kan be leverandørene sende inne såkalte preliminaire tilbud underveis i dialogen, altså en skriftlig redegjørelse tekniske løsninger som leverandørene har utarbeidet. På den måten kan dialogprosessen bli klarere samtidig som det vil bli enklere for oppdragsgiver å få oversikt over løsningsforslagene som sendes inn. På bakgrunn av forhandlingsforbudet vil dette også være nyttig for å skaffe et overblikk over dialogen, og om man nå beveger seg inne i den delen hvor det foreligger tilstrekkelig grunnlag for å inngi tilbud.⁵⁴

En annen problemstilling som oppdragsgiver kan stå ovenfor i denne sammenheng, vil være dersom en leverandør har levert inn et tilbud som er vesentlig bedre enn de andre, men ikke samtykker i at dette løsningsforslaget kan deles med de andre leverandørene. Fordi det utvelgelsen i konkurransepreget dialog gjøres på bakgrunn av løsninger, vil det i realiteten da bare bli værende igjen én leverandør i siste ledd av dialogfasen. Leverandøren kan da utnytte sin sterke stilling, og dermed tilby dårlige vilkår og priser enn hva som ville vært tilfelle i en reell konkurransesituasjon. Dette kan riktignok oppdragsgiver løse ved at det i dialogfasen åpnes for at alle aspekter ved kontrakten kan diskuteres, og dermed sørge for at de kommer frem til best mulig vilkår og pris før dialogfasen. På dette tidspunktet vil det da også fortsatt være reell konkurranse. På den måten vil oppdragsgiver hindre at leverandøren kommer i en så sterk posisjon at leverandøren får et konkurransefortrinn.⁵⁵

For oppdragsgiver vil det sjelden innebære noe særlig problematikk å ikke avsløre løsninger eller andre fortrolige opplysninger uten en leverandørs samtykke. Om det skulle oppståproblemstillinger i denne sammenheng kan dette løses på flere måter, herunder ved å dra nytte av alminnelige avtalerettslige prinsipper for samtykke. En løsning er at leverandørene samtykker i å yte, samt å motta, vederlag for innsyn i andre løsningsforslag. En annen løsning er at oppdragsgiver forbeholder seg retten til å dele skisser av de løsningsforslag som kommer inn med de øvrige leverandørene. På denne måten har

⁵⁴ Dragsten, s. 755

⁵⁵ Espen Bakken og Thomas Nordby, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 86

leverandørene, ved å delta i dialogen, inngitt samtykke etter FOA § 20-8 annet ledd. Dette kan likevel tenkes å være fremgangsmåter som oppfattes som problematisk for enkelte leverandører. Dette kan resultere i at leverandørene vegrer seg fra å delta i dialogen i frykt for å miste sitt konkurransefortrinn.⁵⁶

Oppdragsgiver står som nevnt relativt fritt når det kommer til dialogfasen. Som nevnt kan alle aspekter ved kontrakten drøftes. I tillegg kan oppdragsgiver "bestemme at dialogen skal skje i flere faser", jf. § 20-8 tredje ledd. At dialogen skal skje i flere faser må ha sin begrunnelse i at oppdragsgiver ønsker å begrense antall løsninger som skal diskuteres i dialog. En utelukkelse av løsninger må i så tilfelle "skje på grunnlag av tildelingskriteriene." Videre stilles det krav til at der hvor dialogen skal foregå i flere faser, må oppdragsgiver "opplys[e] om dette i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. § 20-8 fjerde ledd. At utelukkelse skal skje på grunnlag av tildelingskriteriene innebærer at det er løsninger, og ikke leverandører, som velges for neste dialogfase. På den måten kan én leverandør levere inn flere løsninger, slik at denne leverandøren er med videre i dialogfasen inntil alle løsningene leverandøren har levert inn har blitt utelukket.

Som regel vil gjennomføringen av dialogfasen innebære at leverandørene utarbeider og leverer inn sine skisseprosjekter. Neste steg blir så at oppdragsgiver gir tilbakemelding på leverandørenes skisseprosjekter og samtidig kommer fram til hvilke løsninger som utelukkes. Deretter utarbeides det nye skisseprosjekter, eller de eksisterende skisseprosjektene oppdateres, på bakgrunn av oppdragsgivers tilbakemeldinger. Denne prosessen, dialogen, fortsetter så til "oppdragsgiver har funnet den eller de løsninger som kan oppfylle oppdragsgivers behov", jf. § 20-8 fjerde ledd.

Ved siste del av dialogfasen hvor løsninger skal velges og utelukkes, er det avgjørende at oppdragsgiver sikrer at det er tilstrekkelig antall deltagende leverandører igjen, slik at reell konkurranse kan sikres og i denne delen av konkurransepreget dialog, jf. prinsippet om konkurranse. Verken LOA eller FOA kommer med noe konkret antall for at reell konkurranse skal sikres, slik at oppdragsgiver henvises til prinsippet om konkurranse på dette punktet. Direktivet har i artikkel 44 punkt 3 lagt til grunn at tre leverandører er minsteantallet for at reell konkurranse skal sikres og det må kunne legges til grunn at også dette er gjeldende for norske forhold. Det har videre blitt lagt til grunn i juridisk teori at i siste del av dialogfasen

⁵⁶ Anskaffelsesveilederen, s. 206

bør det være tilstrekkelig med to leverandører.⁵⁷ Under alle omstendigheter må det, ved vurdering av hvorvidt reell konkurranse sikres, legges grunn en konkret helhetsvurdering. Et sentralt vurderingsmoment i den sammenheng er hvor kostbart og tidkrevende det er å gjennomføre dialogen for å sikre konkurranse.⁵⁸

Ved utelukkelse av løsninger, bør oppdragsgiver ha tilstrekkelig informasjon om løsningen til å kunne konkludere med at denne løsningen ikke er den mest økonomisk fordelaktige. Dette henger sammen med at oppdragsgiver ved endelig valg av løsning og leverandør, "velger det økonomisk mest fordelaktige tilbudet", jf. § 20-9 tredje ledd. Det stilles dermed ikke noe krav om at det valgte løsningsforslaget er det mest økonomisk fordelaktig, dersom det foreligger en løsning som er bedre egnet til å løse oppdragsgiver krav og ønsker for anskaffelsen.

Direktivets behandling av dialogfasen

Den viktigste særregelen for konkurransepreget dialog er artikkel 29. Denne bestemmelsen regulerer omfang og gjennomføring av prosedyren. Videre følger det en definisjon av konkurransepreget dialog etter bestemmelsen om definisjoner av tildelingsprosedyrer i artikkel 1 punkt 11.

Etter Direktivet kan konkurransepreget dialog anvendes på alle kontrakter som anses særlig komplekse, jf. artikkel 29 punkt 1. Direktivet innehar ingen eksplisitte regler for hvordan dialogfasen skal struktureres, men det blir uttalt at dersom oppdragsgiver velger en løsning med flere dialogfaser skal dette klargjøres i "udbudsbekendtgørelsen eller i det beskrivende dokument", jf. artikkel 29 punkt 4. Videre er dialogen satt innenfor et rammeverk som kommer i uttrykk i Direktivets artikkel 29 punkt 3 annet og tredje ledd, som innebærer at prinsippet for likebehandling, særlig med hensyn til deling av informasjon, skal ivaretas, i tillegg til at reglene om konfidensialitet alltid gjelder.

Innkjøpsdirektivets behandling av dialogfasen

På samme måte som for konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring, har adgangen til å benytte konkurransepreget dialog blitt utvidet. Videre har adgangen til å benytte disse konkurranseprosedyrene blitt harmonert, slik at det åpnes for at oppdragsgiver friere kan velge mellom disse to prosedyrene.⁵⁹ Tatt i betraktning at bestemmelsen som følger av Innkjøpsdirektivet skal tolkes i lys av fortalen innebærer dette at det ønskes en utvidet bruk

⁵⁷ Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, London 2005, s. 646-647

⁵⁸ Anskaffelsesveilederen, punkt 14.4.3

⁵⁹ Høringsnotat 2, s. 12

av konkurransepreget dialog. Spørsmålet er dermed i hvor stor grad regelverket for dialogfasen har blitt endret i Innkjøpsdirektivet. Som ved tidligere regelverk, videreføres hovedregelen om at åpen og begrenset anbudskonkurranse alltid kan benyttes gjennom artikkel 26 i Innkjøpsdirektivet.

Reglene for dialogfasen finner vi i Innkjøpsdirektivet artikkel 30. Reglene er i all hovedsak en videreføring av tidligere regelverk, men med mindre modifikasjoner.

Mens Direktivet brukte ordlyden ”tilbudsgivere” om leverandørene i dialogfasen, har Innkjøpsdirektivet nå godt over til ordlyden ”deltagere”. En slik endring av ordlyden innebærer nok ikke noen særlig realitetsforskjell, men er snarere en presisering av at det i dialogfasen ikke inngis noen tilbud, men at leverandørene deltar i en dialog hvor løsninger diskuteres. Således blir det da presisert at leverandørene i først omgang kun deltar i en diskusjon/dialog, og først senere blir tilbudsgivere, dersom det er grunnlag for dette.

Som i Direktivet skal prinsippet om likebehandling figurere som et bakteppe og et generelt prinsipp for dialogfasen. Dette er også i samsvar med strukturen for anskaffelsesretten. Den store forskjellen i Innkjøpsdirektivet er at det i artikkel 30 (3) annet ledd har blitt foretatt en presisering ved at begrepet likebehandling eksplisitt har blitt tatt i bruk, framfor den tidligere ordlyden om at ”alle tilbudsgivere behandles ens”. Det kan vanskelig forestilles at dette innebærer noen realitetsforskjell, men er en presisering i språkbruken som gjør det lettere å hjemle prinsippet for dialogfasen.

I artikkel 30 (3) tredje ledd reguleres vilkåret om fortrolighet. I dette tilfelle har det blitt foretatt en litt større endring fra Direktivet. Riktignok må oppdragsgiver fortsatt innhente et samtykke for å kunne dele en leverandørs løsning med de øvrige deltagerne, men i forhold til gjeldende rett kan ikke oppdragsgiver utarbeide et samtykke/en avtale som medfører en ”generel afkald på rettigheter”. Det skal her ”gives med henvisning til den påtænkte meddelelse af spesifikke opplysninger.” Dette stiller et vesentlig strengere krav til oppdragsgiver og er ikke bare en presisering. Videre har kravet om fortrolighet blitt hjemlet i artikkel 21, som sier at oppdragsgiver ikke kan offentliggjøre opplysninger som av leverandøren betegnes som fortrolige med mindre noe er fremgått av Innkjøpsdirektivet eller nasjonal lovgivning etter første ledd. Samtidig kan også oppdragsgiver pålegge leverandører å beskytte ”oplysninger af fortrolig karakter” som oppdragsgiver har stilt til rådighet under anbudsprosessen, jf. artikkel 21 (2). Det skal bemerkes at det i Direktivet foreligger en

bestemmelse om fortrolighet i artikkel 6, men denne opererer mer som en veiledende og generell bestemmelse, og stiller ikke krav til at leverandørene etterlever kravet om fortrolighet på samme måte. Dette innebærer at det nå, i motsetning til tidligere, er et krav om fortrolighet som går begge veier.

Bestemmelsene om antall faser i henholdsvis artikkel 29 (4) og (5) i Direktivet, og artikkel 30 (4) og (5) i Innkjøpsdirektivet er all hovedsak identiske, men med mindre språklige justeringer.

Etter nye regler heter det nå at det i "konkurrencepræget dialog kan finde sted i flere successive faser", hvor av Direktivet ble det uttalt at "[d]e ordregivende myndigheder kan bestemme, at udbudet skal forløbe i flere faser". Det er med andre ord ikke foretatt noen realitetsendring i bestemmelsen på dette punktet, men en presisering av at flere påfølgende faser "kan" finne sted, framfor at oppdragsgiver "kan bestemme", slik at det legges mer opp til en konkret og objektiv vurdering av om det er behov for flere faser ut ifra anskaffelsens art.

Dernest heter det at "muligheden for at gøre brug af denne framgangsmåde skal være anført" i kunngjøring eller konkurransegrunnlaget, framfor at oppdragsgiver skal "angive, om den vil anvende denne mulighet". Dette åpner for at det ikke er gitt at det anvendes flere faser, men at dette er en mulighet oppdragsgiver har. Oppdragsgiver står dermed litt friere til å anvende flere faser, og denne vurderingen kan også tas underveis.

Dette samsvarer også i stor grad med hva som har vært ønskelig etter Innkjøpsdirektivet. En streng regulering av antallet dialogfaser vil ikke være formålstjenlig. Videre vil dette gjøre regelverket unødige rigid og kan medføre at oppdragsgiver vegrer seg fra å velge konkurransepreget dialog.

Vil vi se noen endring i det norske regelverket

Departementet har lagt fram forslag til endrede regler for dialogfasen.⁶⁰ Det en ser er at forslag til nye bestemmelser i forskriften for gjennomføring av konkurransepreget dialog langt på vei er identisk med Innkjøpsdirektivets bestemmelser. Etersom bestemmelsen for gjennomføringen også langt på vei er felles for konkurransepreget dialog og konkurranse etter forutgående kunngjøring, har departementet foreslått en fellesbestemmelse for dette i § 17-5. Denne bestemmelsen går langt i å understreke prinsippene som har blitt lagt til i tidligere

⁶⁰ Høringsnotat 2, s. 38 flg.

regelverk for konkurransepreget dialog, og da især reglene om likebehandling og fortrolighet. Denne bestemmelsen vil også være en fellesbestemmelse for konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling ettersom departementet er av den oppfatning dette uansett er bestemmelser som er felles for disse to prosedyrene.

Til slutt har det blitt foreslått mer detaljerte regler for reduksjon av antall løsninger. Reglene , er en kodifisering av prinsipper som har vært praksis, men som i stor grad ikke har vært regulert i direktivs eller lovs form. Reduksjon av antall tilbud og løsninger har dermed fått en egen bestemmelse i § 17-16. Da skal reduksjon skje på grunnlag av tildelingskriteriene, jf. § 17-16 første ledd, så lenge oppdragsgiver har forbeholdt seg retten til dette gjennom kunngjøring eller invitasjon, jf. § 17-16.

Departementet har ikke foreslått noen vesentlige endringer i dialogfasen. Det ble heller ikke lagt frem noen forslag til endringer i regelverket for dialogfasen fra forenklingsutvalget,⁶¹ som baserte seg på Innkjøpsdirektivet. Som det har blitt påpekt, har oppdragsgiver stor fleksibilitet med tanke på utformingen av dialogfasen og en detaljregulering av dialogfasen vil mest sannsynlig virke mot sin hensikt og gjort dialogfasen mer omstendelig enn ønskelig.

3.2.3 Avslutningsfasen – avslutning av dialogen og tildeling av kontrakt

Oppdragsgiver skal fortsette dialogen frem til den har funnet ”den eller de løsninger som kan oppfylle oppdragsgivers behov”, jf. § 20-8 fjerde ledd. Dette innebærer at dialogen skal avsluttes når ”oppdragsgiver har funnet den eller de løsninger som oppfyller dennes behov”, jf. § 20-9 første ledd. Det anbefales at oppdragsgiver fortsetter dialogen til det foreligger én eller flere løsningsforslag som oppdragsgiver med sikkerhet mener vil oppfylle anskaffelsens behov og formål. Dette da det er begrenset adgang til å endre på tilbudet når dette er blitt innlevert, ref forhandlingsforbudet.⁶²

Når så ”oppdragsgiver har funnet den eller de løsninger som oppfyller dennes behov”, jf. § 20-9 første ledd, og avsluttet dialogen går konkurransen over i tilbudsfasen. Det første steget er invitasjon til å inngi tilbud. FOA regulerer ikke eksplisitt i hvilken form invitasjon til deltagelse skal være, men det er rimelig at dette gjøres skriftlig. De grunnleggende prinsippene om gjennomsiktighet, etterprøvarhet og likebehandling tilsier at invitasjonen

⁶¹ NOU 2014:4

⁶² Dragsten, s. 756

skal sendes skriftlig og samtidig til alle deltakerne, i likhet med all annen info som oppdragsgiver gir til leverandørene. Videre må invitasjonen inneholde frist for mottak av tilbud, adresse den skal leveres til, i tillegg til språkkrav, jf. § 20-9 første ledd.

Alle leverandører som har deltatt i dialogfasen skal i utgangspunktet inviteres til å levere inn tilbud. Et viktig unntak her, er dersom konkurransen har vært gjennomført i flere dialogfaser. Har konkurransen foregått i flere faser kan ikke leverandører som har fått sine løsninger utelukket i tidligere faser, bli invitert til å inngi tilbud. Det er kun leverandørene som har vært med i siste dialogfase som kan inviteres.⁶³ Begrunnelsen er at leverandørene kan kun inngi tilbud på egen løsning, med mindre det foreligger et samtykke om at det også kan inngis tilbud på andre leverandørers løsning.⁶⁴

Ved innlevering av tilbudet stilles det krav om at ”tilbudene skal inneholde alle elementer som er nødvendige for prosjektets utførelse”, jf. § 20-9 første ledd. Dette innebærer også at tilbudet må være fullstendig og skal inneholde alle forhold og vilkår for at anskaffelsen skal kunne gjennomføres. Dette gjelder også kontraktsvilkår- og bestemmelser.⁶⁵

Når så tilbudsfasen er gjennomført går vi over i siste del, avslutningsfasen. Her skal tilbudene evalueres, avklares/presiseres, og kontrakt skal tildeles. Også denne delen av konkurranseprosedyren reguleres av FOA § 20-9. Oppdragsgiver skal ”vurdere tilbudene på bakgrunn av tildelingskriteriene”, jf. § 20-9 tredje ledd. Dette innebærer at så lenge tilbudene tilfredsstillt tildelingskravene som ble lagt til grunn i kunngjøring og konkurransegrunnlaget, skal de tas med i evalueringen. Videre heter det at oppdragsgiver skal velge ”det økonomisk mest fordelaktige tilbudet”, jf. § 20-9 tredje ledd.

I evalueringen utgjør tildelingskriteriene parametere for hvilke løsning og tilbud som best oppfyller oppdragsgivers behov. Videre er det de samme reglene for evaluering av inngitte tilbud under konkurransepreget dialog, som under alle andre konkurranseprosedyrer.⁶⁶ Dette innebærer at tildeling av kontrakt skal skje på bakgrunn av objektive og saklige kriterier, og i samsvar med de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper.⁶⁷ Når så oppdragsgiver har

⁶³ Offentlige anskaffelser, Bakke og Nordby, s. 86

⁶⁴ Offentlige anskaffelser, Dragsten, s. 757

⁶⁵ Offentlige anskaffelser, Dragsten, s. 757

⁶⁶ Offentlige anskaffelser, Dragsten, s. 757

⁶⁷ Departementets anskaffelsesveileder, s. 213

funnet den eller de tilbudene "som oppfyller dennes behov", jf § 20-9 første ledd, skal oppdragsgiver velge "det økonomisk mest fordelaktige tilbudet", jf. § 20-9 tredje ledd.

Ettersom tildelingskriteriene, slik disse fremgår av kunngjøring og konkurransegrunnlaget, skal danne grunnlaget for tilbudsevalueringen kan oppdragsgiver ikke endre tildelingskriteriene. Det har i den sammenheng blitt hevdet i juridisk teori at en mulig løsning på dette vil være at oppdragsgiver i tilbudsinvitasjonen kan angi delkriterier til allerede angitte tildelingskriterier.⁶⁸ Slike delkriterier vil framstå som en nærmere presisering av de enkelte tildelingskriteriene og således vil det ikke være en ulovlig endring. Det kan likevel diskuteres om dette er en gjennomførbar løsning ettersom det foreligger så lite erfaring med konkurransepreget dialog som konkurranseform.

Det "økonomisk mest fordelaktige" tilbudet innebærer ikke at det er den billigste løsningen som kan velges. Således kan oppdragsgiver velge den løsningen som er gir best kvalitet for en gitt pris. I FOA § 22-2 annet ledd listes det opp en rekke kriterier som kan legges til grunn for hva oppdragsgiver kan ta med i denne vurderingen. Oppdragsgiver står likevel nokså fritt i sitt valg av tildelingskriterier, men kriteriene må gjøre det mulig å velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.⁶⁹

Det er i utgangspunktet leverandøren som bærer risikoen for at tilbudet har blitt utformet korrekt.⁷⁰ Følgelig vil avklaringsadgangen innebære at dette kun er en rett, og ikke en plikt, jf. ordlyden "kan" i § 20-9 fjerde ledd. Men god forretningsskikk tilsier likevel at leverandøren i enkelte tilfeller må få avklare forhold ved tilbudet, tatt i betraktning den mengden arbeid leverandøren har puttet ned i utarbeidelse av løsning og bud.⁷¹ Dersom det åpnes for at én leverandør skal få avklare forhold, tilsier likebehandlingsprinsippet at også de andre leverandørene som har levert inn tilbud må få tilsvarende mulighet.

Under tilbudsfasen gjelder også de samme reglene for konkurransepreget dialog, som ved normal anbudskonkurranse. Dette innebærer at det gjelder et forhandlingsforbud.⁷²

Forhandlingsforbudet er likevel noe mindre strengt enn ved anbudskonkurranser hvor det med tanke på at oppdragsgiver kan anmode om at "tilbud avklares, presiseres og tilpasses", jf. §

⁶⁸ Offentlige anskaffelser, Dragsten, s. 758

⁶⁹ Sak C-448/01 EVN/Wienstrom, premiss 39.

⁷⁰ KOFA-sak 2004/85

⁷¹ Anskaffelsesveilederen, s. 207

⁷² Anskaffelsesveilederen, s. 207

20-9 annet ledd.⁷³ Avklaringer, presiseringer og tilpasninger kan skje under forutsetning av at det ikke medfører en konkurransevidning eller forskjellsbehandling. Som ordlyden legger til grunn kan ordlyden i § 20-9 annet ledd tyde på at det er en litt videre adgang til enkelte presiseringer mv., enn ved anbudskonkurranser.⁷⁴ Begrunnelse for dette er at det ved konkurransepreget dialog er snakk om særlig komplekse og til dels meget omfattende kontrakter, hvor oppdragsgiver har behov for å bringe klarhet i enkelte forhold ved kontrakten før tildeling skjer. Dette har også blitt lagt til grunn av departementet.

En problemstilling som reiser seg er da hvor langt kan oppdragsgiver kan trekke avklaringsadgangen. KOFA har lagt til grunn at oppdragsgiver kan ikke be leverandørene om å gjennomgå de innleverte tilbud for å se om disse kan realiseres på en mindre kostnadskrevende måte. Dette vil ofte bli ansett som ordinære prisforhandlinger, og dermed har det foregått et brudd på FOA § 20-9 annet ledd.⁷⁵

Det kan tenkes at det i enkeltsituasjoner er forhold som må klargjøres og presiseres,. Leverandøren bes da om å gi en mer detaljert spesifisering av et forhold som i stor grad kun er mer overordnet beskrevet, uten nærmere detaljert informasjon om underleverandører mv. Her kan det oppstå usikkerhet med tanke på hvor langt man kan akseptere slik presisering av tilbudene etter tilbudsfristens utløp, uten at det anses som en endring av kontraktsvilkår. Det er imidlertid en sikker oppfatning om at det i alle fall ikke gjennomføres noen ordinære prisforhandlinger etter tilbudsfristens utløp.⁷⁶

Når så alle innleverte tilbud er blitt evaluert og oppdragsgiver har funnet det mest økonomisk fordelaktige tilbudet, skal kontrakten tildeles. Etter at tilbud er valgt kan "den leverandøren som er valgt, bli bedt om å presisere visse aspekter ved tilbudet eller bekrefte forpliktelser som er gitt i tilbudet" etter anmodning fra oppdragsgiver, jf. § 20-9 fjerde ledd. Presiseringen gjelder likevel med to viktig forbehold. For det første må den ikke medføre en "vesentlig endring av tilbudet", og for det andre må den ikke medføre "konkurransevidning eller forskjellsbehandling", jf. § 20-9 fjerde ledd. Det er med andre ord ikke tillat å forhandle. En slik presisering vil som regel gjelde på tilfeller hvor det for enkelte tilbudsforhold, ikke er rimelig å kunne forvente at dette angis før oppdragsgiver har tildelt leverandøren oppdraget.⁷⁷

⁷³ LOA og FOA, med kommentar, s. 638

⁷⁴ Anskaffelsesveilederen, 207

⁷⁵ KOFA-sak 2008/98

⁷⁶ KOFA-sak 2008/98 premiss 88

⁷⁷ Dragsten, s. 759

Begrunnelsen for at det åpnes for adgang til å komme med avklaringer mv. er den samme som for avklaringer når leverandører inngir tilbud, nemlig at det er snakk om særlig komplekse kontrakter slik at det bør gis et visst rom for presiseringer.⁷⁸

3.2.4 Godtgjørelse

Leverandører som deltar i dialogen legger ofte ned store ressurser i form av investeringer i løsningsforslag og arbeidstimer. Videre vil som regel deltagelse i en konkurransepreget dialog være ressurskrevende for leverandørene fordi det ofte forutsettes at leverandørene legger ned betraktelig kreativ innsats, noe som også gjøre at en konkurransepreget dialog i stor grad vil være omfattende. Videre vil det ofte stilles krav til eller være en forutsetning at leverandørene legger igjen en betydelig kreativ innsats under utarbeidelsen av løsningsforslag.⁷⁹ Regelverket åpner for at "oppdragsgiver kan fastsette bestemmelser om priser eller betaling til deltagerne i dialogen", jf. § 20-10.

Det eksisterer ikke noe krav til at leverandørene skal ytes noen form for vederlag. En godtgjørelse vil i enkelte tilfeller være å anbefale, tatt i betraktning de betydelige ressursene en leverandør lagt inn i dialogfasen og hvor kostbart dette kan være for leverandørene.⁸⁰ En godtgjørelse vil dermed virke som et positivt insentiv overfor leverandørene til å delta i dialogen. I regelverket er premissene for en eventuell godtgjørelse ikke regulert. Dette innebærer at det er opp til oppdragsgiver å fastsette under hvilke vilkår dette skal gjøres. Det eneste kravet som stilles er at vilkårene for utbetaling er ikke-diskriminerende og objektive, og oppfyller kravet om likebehandling av leverandørene.⁸¹ For å sikre likebehandling og forutberegnelighet stilles det også krav til at oppdragsgiver, i kunngjøringen eller i det beskrivende dokument, må opplyse om mulighet for økonomiske godtgjørelse, samt vilkårene for dette. Videre er det klart at godtgjørelse, i form av en delbetaling for utarbeidelse av løsningsforslag, ikke vil frita oppdragsgiver distribusjonsforbudet og fortrolighetsregelen. Unntaket her er hvis godtgjørelsen skjer som en forutsetning av at løsningsforslaget kan distribueres til de øvrige deltagerne, og den aktuelle leverandøren har gitt sitt samtykke til distribueringen.⁸²

⁷⁸ Anskaffelsesveilederen, s. 208

⁷⁹ Dragsten, s. 759

⁸⁰ LOA og FOA, med kommentarer, s. 638

⁸¹ Offentlige anskaffelser, Dragsten, s. 759

⁸² Departementets veileder, punkt 14.4.3

Avslutning av dialogfasen etter Direktivets regler

Som for resten av reglene i anskaffelsesretten er også bestemmelsene om avslutning av dialogfasen ved konkurransepreget dialog nærmest en direkte avskrift av Direktivet. Det kan her likevel reises en rekke spørsmål vedrørende bestemmelsen i Direktivet, og om formålet er i samsvar med hvordan regelverket er utformet.

En sentral problemstilling er hvor langt avklaringsadgangen slik den følger av artikkel 29 (6) strekker. Avslutningen av dialogfasen begynner i artikkel 29 (6) første ledd hvor det blir uttalt at dialogen skal avsluttes og deltakerne skal informeres om dette og at disse tilbudene skal "inneholde alle de elementer, der er nødvendige for projektets utførelse." Denne bestemmelsen indikerer at prisen ikke bør basere seg på bakgrunn av begrensede forpliktelser som kan gi rom for forhandlinger omkring kjernen av avtalen etter at kontrakten er tildelt. Men bestemmelsen reiser både juridiske og praktiske spørsmål som også gjør at bestemmelsens virkning kan fremstå som noe uklar.⁸³

Videre åpnes det i artikkel 29 (6) annet ledd for at tilbudet kan "afklares, presiseres og tilpasses", så lenge dette ikke medfører konkurransevridning eller forskjellsbehandling. Denne bestemmelsen kan potensielt medføre at det oppstår en rekke problemstillinger i hvordan slike avklaringer, presiseringer og tilpasninger kan gjøres. Av den grunn er det også overraskende at det ikke foreligger EU-dommer (CJEU) på dette området for å bringe klarhet i disse problemstillingene.

Fra et rettslig ståsted har bestemmelsen historisk kun blitt sett som en bestemmelse som kontrollerer hva som kan gjøres mellom valg av vinner og kontraktsinngåelse. Et ståsted også juridisk litteratur har holdt seg til.⁸⁴ I utgangspunktet kan denne bestemmelsen potensielt begrense designdetaljer som kan utvikles i perioden mellom valg av vinner og kontraktsinngåelse. Bakgrunnen for en slik avgrensning etter EU-retten, var for å forsikre seg om leverandørens tilbud gjenspeilet og tok høyde for alle detaljer ved anskaffelsen når det skulle vurderes det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette av hensyn til gjennomsiktighet. Således ville ikke enkelte tilbud/leverandører bli favorisert ved at disse gikk med på mindre fordelaktige betingelser som igjen var med på å hemme konkurranse.⁸⁵ På den andre side, jo mer detaljerte de endelige tilbudene er, desto høyere prosesskostnader

⁸³ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 99

⁸⁴ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 99

⁸⁵ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 100

blir det, både for oppdragsgiver og for leverandør. Dette da det kreves flere arbeidstimer knyttet til utarbeidelse og gjennomgang av de endelige tilbudene. En konsekvens er dermed at høye kostnader kan medføre at dyktige leverandører velger å avstå fra å delta, som igjen kan medføre at oppdragsgivere må begrense antall leverandører i slutfasen. Som ytterste konsekvens kan oppdragsgiver avstå fra å bruke konkurransepreget dialog til fordel for mindre passende prosedyrer for å få med så mange leverandører som mulig.

I realiteten foreligger det ikke sterke grunner for å sette begrensninger på hvilke presiseringer og avklaringer, mv. som kan gjøres i tidsperioden mellom endelig tilbud og kontraktstildeling, dersom lignende begrensninger ikke gjelder for gjennomføringen av kontraktsfasen. Dersom artikkel 29 (6) utelukker partene fra å spesifisere enkelte detaljer mellom tildeling og endelig anbud, er det ikke gitt hvorfor leverandører og oppdragsgiver skal være berettiget til å kunne spesifisere disse detaljene når kontrakten er signert. Den samme problemstillingen vedrørende misbruk og fravær av konkurranse vil være like relevant som i tidligere faser.⁸⁶

Det kan argumenteres for at en for streng tolkning av avklaringsadgangen i artikkel 29 (6) annet ledd bør unngås. Dette begrunnes i at konkurransepreget dialog lettere kan gjennomføres med tanke på at det ofte følger mer komplekse rammevilkår i planleggingsprosedyren ved bruk av konkurransepreget dialog, enn ved åpen og begrenset anbudskonkurranse. Videre vil det være enklere å kontrollere ugunstige kostnader som kan være med på å hemme konkurranse under konkurransepreget dialog.⁸⁷ En slik ordlydstolkning av artikkel 29 (6) innebærer at det åpnes for at enkelte detaljer kan utvikles og presiseres etter siste tilbud er inngitt.

Det bør også legges til grunn en tolkning som åpner for en viss fleksibilitet til å utfylle enkelte detaljer ved kontrakten, både i perioden mellom endelig tilbud og inngåelse av kontrakt, i tillegg til under gjennomføringen av kontrakten. Dette såfremt utfyllingen ikke er med på å påvirke hvem som vinner konkurransen. Med en slik tolkning som utgangspunkt, vil for det første risikoen for misbruk reduseres, i tillegg til at sannsynligheten for at kontrakten ikke gjennomføres minimeres. Dette blir forsterket dersom man legger til grunn en analogisk tolkning av artikkel 29 (7) som begrenser muligheten for å gjennomføre modifikasjoner etter at tilbud er gitt, til situasjoner hvor presiseringer og avklaringer ”ikke fører til

⁸⁶ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 100

⁸⁷ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 106

konkurrencefordreining eller forskelsbehandling”.⁸⁸ Dette argumentet blir ytterligere forsterket av Direktivet fortale.⁸⁹

I motsetning til alle andre anskaffelsesprosedyrer er det en bestemmelse uttrykkelig klargjør grunnlaget for presiseringer av tilbud som er levert inn. Bestemmelsen i artikkel 29 (6) annet ledd baserer seg på en erklæring utarbeidet av Kommisjonen og Rådet, for innleverte tilbud ved åpne og begrensede anbudskonkurranser, med utgangspunkt i angivelsen av likebehandlingsprinsippet.⁹⁰ På samme måte kan artikkel 29 (6) anses som et uttrykk for likebehandlingsprinsippet i konkurransepreget dialog.

Videre må artikkel 29 (6) ses i lys av at konkurransepreget dialog omhandler særlig komplekse kontrakter. Dette innebærer at det er et større behov for ytterligere presiseringer av enkelte elementer, som igjen stiller krav til økt fleksibilitet.⁹¹ Kommisjonen har her uttalt at “the room for manoeuvre that contracting authorities have after the submission of the final tenders is fairly limited”. Dette indikerer at det skal foretas en snever tolkning av bestemmelsen, men gir ingen rettesnor for hvordan bestemmelsen skal tolkes.

Et sentralt spørsmål i så måte, er om det foreligger en mulighet for oppdragsgiver å be om at bare én leverandør kan foreta endringer som vil forbedre tilbudet, eller om dette åpner for en generell avklaringsadgang for alle leverandørene. Som et generelt utgangspunkt vil dette bryte med likebehandlingsprinsippet, men dersom endringen ikke medfører noen form for konkurransevridning, stiller denne problemstillingen seg noe annerledes. I denne sammenheng kan ulike tolkninger legges til grunn. Ettersom konkurransepreget dialog skal være en mer fleksibel prosedyreform enn åpen og begrenset anbudskonkurranse, vil det være behov for at leverandørene foretar tilpasninger som kan tolkes som mindre forbedringer. En annen tolkning vil basere seg på at konkurransepreget dialog er en prosedyreform hvor avklaringer, presiseringer og forbedringer gjøres gjennom dialogfasen, noe som igjen gjør at avklaringer og forbedringer skal være unødvendig etter at tilbud er levert inn. Juridisk teori har lagt til grunn at en mellomløsning mellom de to tolkningsalternativene vil være den mest hensiktsmessige forståelsen av ordlyden, slik at det kan legges til grunn en stor fleksibilitet i

⁸⁸ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 106

⁸⁹ Direktiv 2004/18/EU, fortalen premiss 31

⁹⁰ Rådet og Kommisjonens uttalelse om art. 7 (4) om Public Works Directive 93/37 [1994] OJ L11/114. Se også Explanatory note punkt 3.3

⁹¹ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 108

dialogfasen og at ordlyden i artikkel 29 (6) annet ledd skal tolkes strengt når det gjelder muligheten for forbedringer etter at tilbud er levert inn.⁹²

Et annet spørsmål som da dukker opp er hvorvidt bestemmelsen åpner for at det kan gjøres tilpasninger uten den hensikt å forbedre, men å rette feil. Dette selv når en slik tilpasning kan åpne for en mulig forbedring og da utgjør et mulig misbruk. Utgangspunktet er at dette ikke er tillatt i åpne og begrensede anbudskonkurranser.⁹³ I konkurransepreget dialog stiller det seg noe annerledes, jf. ordlyden "afklares" og "tilpasses" i artikkel 29 (6). På grunnlag av kontraktens kompleksitet vil muligheten for feil øke, og det må dermed garanteres for en mer fleksibel tilnærming, slik at oppdragsgiver kan forsikre seg om at leverandøren faktisk kan levere.⁹⁴

Videre må som sagt alle former for avklaringer og presiseringer, mv. skje på oppdragsgivers forespørsel. Dette utelukker likevel ikke at leverandøren i enkelte tilfeller kan opplyse oppdragsgiver om elementer som er uklare og trenger presiseringer, slik at oppdragsgiver kan be om nærmere avklaringer mv av disse.

Dernest skal oppdragsgiver evaluere tilbudene og velge "det mest økonomisk fordelagtige i overensstemmelse med artikkel 53", jf. artikkel 29 (7) første ledd. Artikkel 53 regulerer de generelle kriteriene for tildeling av kontrakter, slik at fra dette tidspunktet gjelder reglene for vanlige anbudskonkurranser også for konkurransepreget dialog. Regelen om valg av tilbud åpner ikke opp for noen nærmere problemstillinger. Den valgte leverandør og tilbud blir i noen tilfeller referert til som den foretrukne budgiver, fordi det etter Direktivets regler som regel følger en periode med nærmere presiseringer mv. før kontrakt signeres.⁹⁵

Til slutt kan oppdragsgiver også anmode leverandøren "om at præcisere visse aspekter af tilbudet eller bekræfte forpligtelser, som er indeholdt i tilbudet", jf. artikkel 29 (7) annet ledd. Selv om det kan foretas endringer etter artikkel 29 (6) før kontrakt er inngått, vil det likevel oppstå situasjoner hvor det vil være nødvendig for leverandøren å foreta presiseringer av tilbudet så lenge dette ikke vil påvirke utfallet av konkurransen.

⁹² Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 109

⁹³ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 110

⁹⁴ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 110

⁹⁵ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 115

Når det gjelder muligheten til å foreta presiseringer er artikkel 29 (7) noe uklar. Det har i så henseende blitt lagt til grunn to alternativer. Det første en påstand om at presiseringer ikke skal ha effekt av å endre betydelige aspekter, altså slik at det åpnes for å endre ikke-vesentlige aspekter. Det andre at ordene ”præcisere” og ”bekræfte” ikke gir særlig rom til å foreta noen faktisk endring.⁹⁶

Følgelig foreligger det en viss usikkerhet omkring bestemmelsens betydning. Under alle omstendigheter må det kunne legges til grunn at den foretrukne tilbyder ikke kan reforhandle vilkårene som har blitt fastsatt gjennom anbudsprosessen. Kommisjonen har tatt dette som utgangspunkt når de uttaler at: ”It must be emphasised that this does not entail any negotiations solely with this economic operator – amendments aimed at authorising such negotiations were proposed and rejected by the Community legislative process.”⁹⁷ Dette er også et tolkningsalternativ som i stor grad har blitt akseptert og fulgt av medlemsstatene.⁹⁸

Samtidig som det grunnleggende prinsippet om at vilkårene i avtalen ikke kan forhandles etter at tilbud er valgt, må det også legges til grunn at presiseringer kan foretas dersom dette er en følge av ytre faktorer, endringer i omstendighetene vedrørende kontrakten eller at det har skjedd en uforutsett situasjon. Dette fordi ytre faktorer sjelden eller aldri er noe verken oppdragsgiver eller leverandør har mulighet til å rå over. Hva som faktisk kan anses som tilstrekkelig ytre påvirkninger kan diskuteres. Det må likevel være klart at dersom det eksempelvis kunne blitt skaffet til veie en finansiell godkjenning eller planleggingsgodkjenning før endelig tilbud ble valgt, må det være rimelig å legge til grunn at en unnlattelse av å skaffe til veie en slik godkjenning ikke er å regne som tilstrekkelig grunnlag for kunne foreta en presisering.⁹⁹

Begrensningene for hva man lovlig kan avklare og presisere følger av artikkel 29 (7), en analogisk tolkning av artikkel 29 (7), eller etter det grunnleggende prinsippet om likebehandling. For det første må endringen ikke være av en slik art at den kunne blitt foretatt tidligere på en slik måte at utfallet av valget av tilbyder ville blitt påvirket. I realiteten vil dette da være en avgrensning mot tillatte endringer i en allerede inngått kontrakt. EU-domstolen har i den sammenheng uttalt at der det foretas vesentlige endringer i en kontrakt, så

⁹⁶ Competitive dialogue, Arrowsmith, s 116

⁹⁷ Explanatory note, s.10

⁹⁸ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 122

⁹⁹ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 122

vil det i realiteten utgjøre en ny kontrakt.¹⁰⁰ Det er videre uttalt at vesentlige endringer utgjør en ny kontrakt når det ”introduces conditions which, had they been part of the original award procedure, would have allowed for the admission of different tenders or acceptance of a tender other than the one accepted”.¹⁰¹

Til slutt vil det i vurderingen av hvor langt presisering eller avklaringen kan gå, være avgjørende hvorvidt presiseringen innebærer en faktisk endring og hva som faller inn under avtalte kontraktsvilkår. Når kontrakten endelig er avsluttet og inngått, har det betydning om en eventuell regulering eller alternativ tilnærming til gjennomførelsen har blitt adressert og vurdert i selve avtalen, eller om dette innebærer en vesentlig endring av avtalevilkårene.¹⁰² Dette er likevel ikke avgjørende i vurderingen av om det dette er å regne som en ny kontrakt eller ikke.

Til slutt er det lagt til en bestemmelse om at oppdragsgiver kan ”træffe bestemmelse priser eller betalinger til deltagere i dialogen”, jf. artikkel 29 punkt 8. Gjennom bestemmelsens uttrykk ”priser” vises det til konseptet om at det kan vinnes en premie eller pris som kan vinnes ved å tilby et innovativt design, mens ”betalinger” retter seg mot en betaling for kostnadene som knytter seg til å utarbeide løsninger og ved å delta i dialogfasen.¹⁰³ Forutsetningen for å få utbetalt godtgjørelse er likevel at leverandøren deltar i dialogen.

En godtgjørelse etter artikkel 29 punkt 8 begrenser seg ikke bare til konkurransepreget dialog. Kommisjonen påpeker at det foreligger ingen bestemmelser i Direktivet som skal tilsi at slike godtgjørelser ikke kan gjøres ved andre prosedyrer.¹⁰⁴ Artikkel 29 punkt 8 har heller ikke til hensikt å endre på dette. I tillegg vises det også til at artikkel 9 punkt 1 ikke uttrykkelig begrenser godtgjørelse til kun å gjelde ved konkurransepreget dialog.¹⁰⁵ Mye av årsaken til at denne bestemmelsen ble tatt med, var at det skulle gjøre det mer aktuelt for leverandører å delta i konkurransepreget dialog, blant annet på bakgrunn av de betydelige kostnadene en slik prosedyre kan innebære for leverandørene. Videre hadde bestemmelsen til hensikt å legge til rette for at leverandører mer fritt kunne dele sine ideer og løsninger, og det ville i den

¹⁰⁰ C-2008/351 (Presstext), premiss 54

¹⁰¹ C-2008/351 (Presstext), premiss 35

¹⁰² C-2008/351 (Presstext), premiss 64-68 og 84

¹⁰³ Explanatory Note, punkt s. 10

¹⁰⁴ Explanatory Note, punkt s. 10

¹⁰⁵ Explanatory Note, punkt s. 10

sammenheng være å bruke premier og betaling slik at oppdragsgiver selv kunne bruke løsninger mer fritt, eller utforme hybrider.¹⁰⁶

Avslutning av dialogfasen etter Innkjøpsdirektivets regler

På bakgrunn av Kommissjonens mål om at reglene for anskaffelsesretten blant annet skal bli enklere, mer fleksible, samt skape større rettslig klarhet har det også blitt foretatt en revisjon av bestemmelsen rundt avslutningsfasen.

Innkjøpsdirektivet har i utgangspunktet en identisk ordlyd i artikkel 30 punkt 5 som i Direktivets artikkel 29 punkt 5 med unntak av siste setning som sier ”etter om nødvendig at have sammenlignet dem.”. En sammenligning vil også være en naturlig del av dialogfasen. I de situasjoner hvor oppdragsgiver velger at det kan inngis tilbud på flere løsninger, vil det fremstå som unødvendig å kodifisere et vilkår som uansett ikke har betydning. Følgelig skal det kun foretas en vurdering etter tildelingskriteriene dersom det er flere tilbud, og en slik vurdering vil i utgangspunktet være overflødig.

Også når det kommer til Innkjøpsdirektivets artikkel 29 punkt 6 første ledd, er det gjort få endringer. Her er det kun foretatt mindre språklige endringer for øke bestemmelsens presisjon.

Til artikkel 29 punkt 6 annet ledd er det foretatt noen større språklige justeringer. For det første er ”tilpasses” byttet ut med ”optimeres”, noe som peker mer på hva som faktisk kan gjøres på dette stadiet framfor å tilpasse. Videre er ”grundlæggende elementer” byttet ut med ”væsentlige aspekter”. Også denne ordlyden vil være å anse som en nærmere presisering av vilkårets innhold framfor noe annet. Til slutt har det blitt gjort en større språklig endring i bestemmelsen siste setning hvor ”som ikke vil kunne ændres uden fare for” har blitt endret til ”herunder de behov og krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller i det beskrivende dokument, såfremt variation i disse aspekter, behov og krav risikerer at føre til”. Videre er det klart at tildelingskriteriene som kommer til uttrykk gjennom kunngjøring og beskrivelsen skal danne grunnlaget for løsningen som blir valgt. Av den grunn er det også en naturlig konsekvens at bestemmelsen referer til akkurat dette når det kommer til hva som kan avklares mv.

¹⁰⁶ Competitive dialogue, Arrowsmith, s. 132

Den mest vesentlige endringen som er foretatt med ordlyden i artikkel 29 punkt 7 første ledd er at oppdragsgiver ikke ”vælger det økonomisk mest fordelaktige tilbud i overensstemmelse med artikkel 53.” At dette vilkåret ikke lenger følger eksplisitt av bestemmelsen for konkurransepreget dialog, innebærer likevel ikke at oppdragsgiver er fritatt fra å velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette følger blant annet av de generelle reglene i artikkel 56.

Endringene i artikkel 29 punkt 7 annet ledd er i tråd med resten av regelverket og hensikten bak denne revisjonen vært å skape enklere regler ved å øke den språklige presisjonen. Ordlydsmessig har det blitt foretatt en vesentlig endring i bestemmelsens første ledd. Her legges det nå til grunn at det kan ”føres forhandlinger med tilbudsgiver, der har afgivet tilbud (...), med henblik på at bekrefte de økonomisk forpliktelser eller andre vilkår”. Dette er en presisering av tolkningen som har blitt lagt til grunn for den tilsvarende bestemmelsen i Direktivet. Det reiser seg dermed et nytt spørsmål, nemlig i hvor stor grad kontraktsvilkårene kan forhandles uten at kontrakten ”ændres i væsentlig grad”. Per nå er dette en problemstilling som det er vanskelig å besvare, men det er rimelig å kunne anta at det kun er enkeltelementer med tanke på finjustering av pris og hvor lenge kontrakten skal vare. Altså at det kan diskuteres om elementer av mindre detaljer som uansett ikke vil påvirke kontraktens art og omfang kan forhandles.

Bestemmelsen om godtgjørelse for deltagelse i dialogen er uendret. Dette må anses unødvendig da ordlyden ikke reiser noen problemstillinger, og Kommisjonen har også tydelig lagt til grunn hvordan både ”priser” og ”betalinger” ikke skal tolkes noe annerledes enn slik det ble gjort etter Direktivet.

Endring i bestemmelsene etter det norske regelverket

Departementet har kommet med forslag om en ny bestemmelse vedrørende avslutning av konkurransepreget dialog. Bestemmelsen fremstår i all hovedsak som ren avskrift, og nærmest som en direkte oversettelse av Innkjøpsdirektivets bestemmelser om avslutningsfasen. Det er derfor liten grunn til å tro at det norske regelverket kan tolkes annerledes enn Direktiv-bestemmelsene. At forslaget til nye bestemmelser i så stor grad er identiske med Innkjøpsdirektivets bestemmelser har nok flere årsaker. For det første har vi i Norge meget liten erfaring med konkurransepreget dialog. Av den grunn er det vanskelig å kunne basere et regelverk på erfaringer gjort etter norske forhold og tilpasse bestemmelsene etter hva som passer best her. For det andre var formålet bak revisjonen av Direktivet blant

annet å skape et enklere og mer fleksibelt regelverk. Langt på vei kan det argumenteres for at forslaget til nye bestemmelser er i harmoni med dette formålet.

Videre er forslaget til ny bestemmelse om avslutning av konkurransepreget dialog et utslag av en presisering som skaper en større rettslig avklaring på akkurat dette området. Av forslag til nytt regelverk åpnes det også for godtgjørelse for deltagelse i dialogen. Ordlyden ”priser” er byttet ut med ”premier”. Dette harmonerer i større grad med hvordan begrepet skal tolkes og er av den grunn kun en presisering av ordlyden. Heller ikke denne endringen medfører noen særlig realitetsendring.

4 Avslutning

En tolkning av vilkåret ”særlig kompleks” tilsier at det skal foreligge en objektiv umulighet for kunne spesifisere tekniske detaljer eller spesifisere finansielle eller rettslige detaljer. Dette etterlater egentlig ganske lite rom for oppdragsgiver til å kunne anvende konkurransepreget dialog, og det er grunn til å tro at en del oppdragsgivere har valgt å tolke dette vilkåret noe strengt.

Det legges likevel til grunn at konkurransepreget dialog kan brukes på en rekke forhold og vil være særlig egnet ved OPS-kontrakter og rammeavtaler. Hvorfor oppdragsgiver likevel sjelden velger konkurransepreget dialog er derfor noe underlig.

En enkel forklaring er muligens at dette er en betydelig mer omstendelig prosedyre, som også stiller større krav til både leverandør og oppdragsgiver. Videre er det en rekke leverandører som vegrer seg fra å inngi tilbud fordi de tror at deres løsning kan brukes vederlagsfritt og at de dermed har lagt store ressurser i noe som ikke gir avkastning. En slik tankegang er likevel alt for enkel. Det er riktignok klart at konkurransepreget dialog både er omfattende og ressurskrevende. Sett i et samfunnsøkonomisk perspektiv vil likevel dette være en betydelig mer kostnadseffektiv prosedyre der hvor andre prosedyreformer ikke er like godt egnet.

Dernest er det verdt å merke seg at det heller ikke stilles like strenge krav til forhandlingsforbudet etter at tilbud er inngitt. På denne måten får man også bedre anskaffelser og løsninger, noe som på lang sikt vil være mer gunstig i mange sammenhenger. Konkurransepreget dialog er også en prosedyre som i aller høyeste grad fremmer innovasjon ettersom det allerede i dialogfasen åpnes for diskusjoner om løsninger.

Heldigvis har Innkjøpsdirektivet tatt til disse synspunktene til etterretning. Det skal nå bli vesentlig enklere å gjennomføre konkurransepreget dialog. I tillegg har det vilkåret om særlig komplekse kontrakter i fortalen blitt fjernet til fordel for særlig komplekse innkjøp.

Virkingen av dette er foreløpig uvisst, men det er klart at dette åpner for en mer utvidet bruk av konkurransepreget dialog. Det strekker imidlertid for langt å anføre at en endring i begrepsbruken alene vil føre til utvidet bruk av konkurranseformen.

I fortalen er det lagt vekt at konkurransepreget dialog lettere skal kunne anvendes dersom dette er ønskelig, og det er nettopp dette som må danne utgangspunktet og premissene for en

utvidet bruk av konkurransepreget dialog. I utgangspunktet vil det faktisk kun være standardinnkjøp og –kontrakter mv. der konkurransepreget dialog ikke vil være egnet konkurranseform. Dette er også i god harmoni med hva som var hensikten bak konkurransepreget dialog i første omgang.

Departementets høringsnotat om gjennomføring av Innkjøpsdirektivet leses dermed med glede av mange. For det første følger Departementet EU med å myke opp i vilkårene for bruk av konkurransepreget dialog. For det andre har det her blitt foretatt en vesentlig rettslig avklaring når det kommer til gjennomføringen av konkurransepreget dialog. På den måten blir konkurransepreget dialog en mer tilgjengelig prosedyre, samtidig som det skapes en betydelig større gjennomsiktighet i prosessen. Dette vil medføre at leverandørene lettere kan velge å sende inn søknad om å delta i dialogfasen.

Endringene i Direktivet innebærer en mye mer moderne, fleksibel og kommersiell tilnærming, sammenlignet med eksisterende regelverk. Utdaterte og overflødige begrensinger har blitt fjernet, og mange nye elementer har blitt tilført for å strømlinje og modernisere offentlige anskaffelser. For oppdragsgiver innebærer dette at anskaffelser kan gjennomføres raskere, med mer fokus på å få tak i riktig leverandører og de beste konkurransedeltakerne. For leverandører vil budgivningsprosessen for offentlige kontrakter forhåpentligvis bli mer effektive, med et lavere kostnadsnivå, og med mindre byråkrati, slik at leverandørene kan konkurrere mer effektivt.¹⁰⁷

Gjennom Innkjøpsdirektivet blir det videre oppfordret til innledende markedskonsultasjoner mellom oppdragsgiver og leverandører. En naturlig følge av dette vil være bedre kravspesifikasjoner, bedre resultater og kortere anskaffelsestid.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Crown Commercial Service, A brief guide to the EU public contracts directive London 2014, punkt 4.4

¹⁰⁸ Crown Commercial Service, A brief guide to the EU public contracts directive London 2014, punkt 5.11

Litteraturliste

Lover, forskrifter og direktivet

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

Forskrift 4. juli 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Avgjørelser

KOFA-sak 2008/98

EFTA-domstolen sak E-1/07 (Liechtenstein v. A)

EU-domstolen sak C-532/06 (Lianakis)

EU-domstolen sak C-454/06 (Presettext)

EU-domstolen sak C-279/93 (Schumaker)

EU-domstolen sak C-16/98 (Kommisjonen/Frankrike)

EU-domstolen sak C-448/01 (EVN/Wienstrom)

EU-domstolen sak C-225/95 (Kommisjonen/Frankrike)

Litteratur

Sejersted, Fredrik, m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave, (Oslo 2011)

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, 2. utgave, (London 2005)

Arrowsmith, Sue og Treumer, Steen, *Competitive Dialogue in EU Procurement*, (Cambridge 2012)

Thue, Anders, Anne Buan og Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser: med kommentarer*, (Oslo 2013)

Bakken, Espen og Nordby, Thomas, *Offentlige anskaffelser*, (Bergen 2013)

Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser: regelverk, praksis og løsninger*, (Oslo 2013)

Goller, Morten mfl, *Offentlige anskaffelser: i et nøtteskall*, Oslo 2014

Forarbeider,

NOU 2014:4 Enklere regler - bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket

Annet

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

European Commission Directorate General Internal Market and Services, *Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive*, tilgjengelig på http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dialogue_en.pdf

Nærings- og fiskeridepartementet, *Høringsnotat 2, Ny forskrift om offentlige anskaffelser*, (Oslo 2013)

Crown Commercial Service, *A brief guide to the EU public contracts directive* (London 2014)