



# Offentlige anskaffelser: ESA lukker sak om begrensning av antall underleverandører



Morten Gullhagen-Revling  
Senioradvokat



David Berset  
Advokatfullmektig



Line Voldstad  
Partner, Avdelingsleder  
regulatorisk og FPR

Anskaffelsesforskriften § 19-3 og forsyningsforskriften § 7-8 oppstiller en regel om at en leverandør maksimalt kan ha to ledd i leverandøren under seg ved utførelsen av bygge- og anleggsarbeider eller renholdstjenester. Bestemmelsen ble i sin tid innført som et tiltak for å forhindre sosial dumping/arbeidslivskriminalitet og lette oppdragsgiverens kontroll med at minstekrav til lønns- og arbeidsvilkår overholdes i sektorer hvor det er særlig risiko for sosial dumping.

Eftas Overvåkningsorgan (ESA), som er EØS-rettens svar på EU kommisjonen, innledet 14. oktober 2019 sak mot Norge idet ESA mente bestemmelsene ikke var forenlig med anskaffelsesdirektivene og EØS-avtalens regler om etablerings- og tjenestefriheten (artiklene 31 og 36), og særlig prinsippet om proporsjonalitet. ESA bestred ikke at bestemmelsene forfulgte et legitimt formål, men at de går for langt i å gripe inn i selskapers organisering ved deltakelsen i offentlige anbud, idet slike begrensninger potensielt kan utfordre deltakelsen. Bakgrunnen var EU-domstolens sak C-63/18 (Vitali) hvor domstolen kom til at et krav om at maksimalt 30 % av kontraktsarbeidene skulle utføres av en underentreprenør ikke var forenlig med anskaffelsesdirektivene og utgjorde en restriksjon i EU-rettens (og dermed også etter EØS-rettens) forstand, bl.a. under henvisning til at bestemmelsen var for generell og abstrakt.

ESA lukker imidlertid i dag saken mot Norge under henvisning til begrensede ressurser og økt arbeidsmengde, og skriver at organet må foreta en streng prioritering av saker som forfølges. Det vektlegges videre at ESA ikke

har mottatt klager fra private parter tilknyttet bestemmelsene og at regjeringen har oppdatert sin veiledning om tilknyttet unntaket som oppdragsgiveren har etter bestemmelsen til å kunne godta flere ledd for å sikre tilstrekkelig konkurranse. Av disse grunner mener ESA det ikke er hensiktsmessig å forfølge saken videre på nåværende tidspunkt, men understreker at avgjørelsen om å lukke saken ikke kan tas til inntekt for at ESA syn er at bestemmelsene er forenlig med EØS-retten og de underliggende anskaffelsesdirektivene.

Det har for en stund hersket tvil om bestemmelsenes forenlighet med anskaffelsesdirektivene og EØS-retten. Siden ESA nå lukker saken, vil denne tvilen fremdeles være til stede, og skaper utfordringer og usikkerhet hos både oppdragsgivere og leverandører. Med potensielle klager til ESA eller ESAs egen overvåkning, kan saken blusse opp igjen, og det er ikke utenkelig at spørsmålet også kan reises igjen via ordinært søksmål for norske domstoler med foreleggelse til EFTA-domstolen.

---

Fagområder      Offentlige anskaffelser, EU/EØS- og Konkurranserett

---