

Lovutvalget for forenkling av anskaffelsesregelverket  
v/ utvalgets leder Professor Halvard Haukeland Fredriksen  
med kopi til Nærings- og fiskeridepartementet

Deres referanse

Vår referanse

MGR/MGR/51729/523  
NOM/4777096.1

Kun sendt per e-post til:

21. mars 2023

[halvard.fredriksen@uib.no](mailto:halvard.fredriksen@uib.no), [Marie.Wiersholm@nfd.dep.no](mailto:Marie.Wiersholm@nfd.dep.no),  
[postmottak@nfd.dep.no](mailto:postmottak@nfd.dep.no)

Ansvarlig advokat:  
Line Voldstad

## Deltakelse fra aktører etablert utenfor EØS-området

### 1 Innledning og bakgrunn

Det vises til Nærings- og fiskeridepartementet ("**NFD**") sin oppnevning av anskaffelsesutvalget som bl.a. skal foreslå forenklingstiltak og ytterligere inkludering av miljø- og sosiale hensyn i offentlige anskaffelser.<sup>1</sup>

I en artikkel publisert 28. februar 2023 på [anbud365.no](http://anbud365.no) følger det at NFD holder mulighetene oppe for ytterligere veiledning eller regelendringer når det gjelder håndteringen av/ rettsstillingen til leverandører etablert utenfor EØS-området.<sup>2</sup> NFD skal ha uttalt at det være naturlig å avvente rapporten og anbefalingene fra anskaffelsesutvalget når det gjelder regelverksendringer.

Vi representerer Sichuan Road & Bridge Group Corporation Ltd. ("**SRBG**"). SRBG er et selskap etablert i Kina og er en betydelig aktør tilknyttet bygg- og anleggsarbeid både i Norge og internasjonalt. SRBG har i Norge eksempelvis stått for byggingen av Hålogalands broen i Narvik, samt Beitstadsundbrua i Trøndelag.

SRBG har deltatt i en rekke konkurranser i Norge, og opplever en svært uforutsigbar situasjon når det gjelder hvordan norske oppdragsgivere håndterer tilbydere etablert utenfor EØS-området og som ikke er rettighetshaver etter anskaffelsesloven § 3. SRBG opplever at denne uforutsigbarheten også er krevende for oppdragsgiverne som må håndtere spørsmål underveis, sikre konkurranse, interne uenigheter, og uavklarte spørsmål.

Formålet med dette brevet, er å gjøre anskaffelsesutvalget oppmerksom på enkelte eksempler på den uforutsigbare stilling leverandører etablert utenfor EØS-området opplever ved deltakelse i norske offentlige konkurranser. Videre kan eksemplene gi grunn for å vurdere endringer i anskaffelsesregelverket eller ytterligere veiledning for å sikre en mer ensartet praksis blant offentlige

<sup>1</sup> <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/vil-gjore-anskaffelsesregelverket-bedre-for-bedrifter-og-oppdraagsgivere/id2945917/>

<sup>2</sup> <https://www.anbud365.no/regelverk/apner-for-ytterligere-veiledning-for-handtering-av-visse-utenlandske-tilbydere/>

oppdragsgivere og dermed også forutberegnelighet. Det antas at tydeligere regler og veiledning også vil være ressursbesparende hos oppdragsgivere.

Dersom anskaffelsesutvalget skulle mene at det faller utenfor utvalgets mandat å vurdere regelverksendringer knyttet til rettsstillingen til leverandører etablert utenfor EØS-området i offentlige konkurranser i Norge, er kopi av dette brevet også sendt til NFD.

## 2 Eksempler på situasjoner som skaper uforutsigbarhet

### 2.1 Utstrekningen av alminnelige anbudsrettslige prinsipper

Det er veletablert at alminnelige, ulovfestede anbudsrettslige prinsipper binder offentlige oppdragsgivere underlagt regelverket for offentlige anskaffelser. Forarbeidene til anskaffelsesloven gir eksempelvis til uttrykk at de grunnleggende kravene er "*ment å gi uttrykk for de prinsipper som uansett allerede gjelder etter EØS-avtalen, anskaffelsesdirektivene, forvaltningsrettens prinsipper om forsvarlig saksbehandling og alminnelige anbudsrettslige prinsipper.*"<sup>3</sup> (vår utheving).

Kravet til forutberegnelighet og konkurranse står helt sentralt. Likevel opplever SRBG at offentlige oppdragsgivere er kjent med at SRBG vil delta, men likevel etter inngivelse av søknad om kvalifisering eller tilbud avviser selskapet under henvisning til anskaffelsesloven § 3. Oppdragsgiveren er eksempelvis kjent med SRBG sitt ønske om deltakelse gjennom kommunikasjon per epost forut for kunngjøring av konkurransen, "spørsmål-og-svar" runder knyttet til konkurransegrunnlaget, eller at SRBG på annen måte har meldt sin interesse i konkurransen. I slike situasjoner oppleves deltakelsen som bortkastet tid og ressurser.

SRBG håper derfor på at NFD eller anskaffelsesutvalget kan gi noe veiledning eller generelle føringer for i hvilken utstrekning det er akseptabelt at offentlige oppdragsgivere avviser tilbydere med etablering utenfor EØS-området når det på forhånd er kjent at slike selskaper ønsker å delta. I så måte kunne det være nyttig å vite NFD eller anskaffelsesutvalgets vurdering av det alminnelige anbudsrettslige kravet til forutberegnelighet og hvilken berettiget forventning selskaper etablert utenfor EØS-området kan utlede av offentlige oppdragsgiveres adferd forut for tilbudsinngivelse.

For å sikre forutberegnelighet og unngå sløsing av ressurser kunne et alternativ være at oppdragsgiveren tidlig i anskaffelsesprosessen tok endelig stilling til om selskaper etablert utenfor EØS-området skal få lov til å delta, og at denne avgjørelsen forplikter senere. Det er i denne sammenheng helt sentralt å ha klart for seg at i større prosjekter må slik avgjørelse tas og formidles markedet forut for kunngjøring av konkurranse. Årsaken til det er arbeidsfellesskap og andre samarbeidskonstellasjoner som den store hovedregel allerede er etablert forut for en kunngjøring. Disse prosjektene er tydelig signalisert til markedet i forholdsvis lang tid før en faktisk kunngjøring. For å sikre forutberegnelighet og mulighet for innrettelse vil et alternativ være at den offentlige oppdragsgiveren ikke kan avvise en leverandør etablert utenfor EØS-området der oppdragiver er kjent med leverandørens ønske om deltakelse og ikke sagt fra hvordan slike leverandører vil håndteres i den aktuelle anskaffelse.

### 2.2 Avvisning av tilbydere etablert i EØS-området ved støtte av foretak utenfor EØS-området

SRBG er dessuten kjent med at offentlige oppdragsgivere har avvist leverandører som er etablert innen EØS-området, men hvor denne leverandøren har støttet seg på foretak utenfor EØS området for oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav, jf. anskaffelsesforskriften § 16-10.

Slik SRBG ser det, foreligger det ikke rettslig grunnlag for en slik avvisning når leverandøren som sådan er stiftet innen EØS-området. Leverandøren som sådan er beskyttet av anskaffelsesloven § 3,

---

<sup>3</sup> NOU 2014:4, punkt 10.4.1.

og en slik avvisning vil dessuten utfordre EØS-avtalens regler om de fire friheter - særlig etableringsfriteten og fri flyt av varer og tjenester i EØS-området.

Idet det synes å herske tvil om dette hos enkelte offentlige oppdragsgivere, bør det gis en tydelig veiledning til oppdragsgiverne.

Spørsmålet om det er en leverandør etablert innen EØS-området kan avvises fordi selskapet støtter seg på et eller flere selskap etablert utenfor EØS-området, altså en form for gjennomskjæring av etablering, er i beste fall rettslig uavklart. Slik vi ser det, krever dette antakelig et eksplisitt grunnlag i anskaffelsesregelverket med tilhørende betydelig veiledning til oppdragsgiverne hva gjelder typetilfeller.

### 2.3 Politiske forsøk på omgjøringer i etterkant av tildelinger

I forbindelse med kontraktsinngåelsen av Beitstadsundbrua opplevde SRBG også at fylkesrådet i Nord-Trøndelag innstilte på avvisning av SRBG selv om Statens vegvesen hadde innstilt på tildeling av kontrakt til SRBG.<sup>4</sup> Selv om SRBG endte med å signere kontrakt og gjennomføre oppdraget, viser dette hvilken usikkerhet aktører etablert utenfor EØS-området opplever ved deltakelse i offentlige konkurranser i Norge.

## 3 Avslutning

SRBG opplever det som positivt at NFD synes å anerkjenne behovet for mer forutsigbarhet for aktører etablert utenfor EØS-området og hvordan slike aktører vil vurderes i konkurransen om offentlige oppdrag i Norge. Hensynet til konkurranse tilsier deltakelse og hensynet til forutberegnelighet taler for at det er uholdbart for aktører som SRBG å leve med en risiko for avvisning selv om det enten er skapt forventninger fra oppdragsgiveren om at man vil inkluderes i konkurransen, eller hvor selve avvisningsgrunnlaget er i beste fall tvilsomt – eksempelvis i situasjonen beskrevet i punkt 2.2. over.

Den ulike praksis hos forskjellige offentlige oppdragsgivere, og mangelen på mulighet til å innrette seg i konkurranser, skaper en situasjon som vil kunne gå ut over konkurransesituasjonen. Dagens praksis er ikke bare uforutsigbar for leverandørene, men også for oppdragsgivere. SRBG er kjent med at oppdragsgiverne selv opplever overstyring av egne vurderinger, hvilket skaper ytterligere uforutsigbarhet. Regelendringer eller tydelig veiledning på de forhold som er tatt opp som eksempler i dette brev, vil dermed bidra til ressursbesparelser for både leverandører og oppdragsgivere.

Den uforutsigbare situasjon som skapes har også den virkning at de norske underleverandører og foretak SRBG støtter seg på og/ eller bruker i kontraktsgjennomføringen heller velger å samarbeide med andre aktører. De norske/EØS-etablerte selskaper som likevel inngår samarbeid med SRBG løper stor risiko i form av uforutsigbarhet knyttet til risiko for avvisning med grunnlag i anskaffelsesloven § 3. Realiteten blir dermed at leverandører etablert utenfor EØS-området med tilhørende prosjektorganisasjon, herunder norske og EØS-etablerte selskaper, blir avskåret fra å delta i offentlige konkurranser i Norge.

Praksis viser også at det er beheftet med stor risiko der en leverandør etablert utenfor EØS-området skal søke å utfordre en tildeling, og det uavhengig av det underliggende kravet.<sup>5</sup>

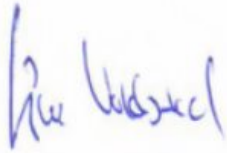
I lys av dette oppfordres utvalget til å vurdere regelverksendringer eller ytterligere veiledning for offentlige oppdragsgivere i Norge slik at økt forutberegnelighet kan skapes for alle parter.

<sup>4</sup> <https://www.bygg.no/kineserne-kan-fortsatt-fa-bygge-breistadsundbrua/1331758/>

<sup>5</sup> TOBYF-2017-138788 er et eksempel på en sak hvor en tilbyder rangert som nr. 2 i konkurransen tok ut midlertidig forføyning for å stanse kontraktsinngåelse. Begjæringen om midlertidig forføyning ble ikke tatt til følge ettersom saksøkeren (altså tilbyder nr. 2) var etablert utenfor EØS-området og følgelig ikke var rettighetshaver etter anskaffelsesregelverket. Saken illustrerer hvor utfordrende og ikke minst kostnadskrevenne det vil være å angripe en offentlig oppdragsgivers beslutning om å avvise, eller ikke tildele til en leverandør etablert utenfor EØS-området.

Ved behov for ytterligere informasjon eller dokumentasjon er SRBG og undertegnede tilgjengelige.

Med vennlig hilsen



**Line Voldstad**  
Partner/Advokat

T: +47 24 13 15 41

[Line.Voldstad@dlapiper.com](mailto:Line.Voldstad@dlapiper.com)

**Advokatfirma DLA Piper Norway DA**

cc: Nærings- og fiskeridepartementet v/ avdelingsdirektør Marie Wiersholm