

NOTAT

Til Vestland fylkeskommune v/eigedomsdirektør Jostein Fjærestad

Frå Advokatfirmaet Thommessen AS

Dato 16. november 2021

Ansvarleg advokat: Håkon Stalheim Meldahl

VURDERING AV "SERIØSITETSKRAV" – VESTLAND FYLKESKOMMUNE

1 INNLEIING

Fylkesutvalet har bede administrasjonen i Vestland fylkeskommune ("**VLFK**"/"**Fylkeskommunen**") om å greie ut om administrative konsekvensar av nærare angitte kontraktskrav ("**seriøsitetskrav**") i samband med innkjøp og kontraktar i Fylkeskommunen, og korleis krava kan imøtekomast. Administrasjonen i Fylkeskommunen har teke kontakt med Thommessen for ei overordna vurdering av i kva grad to av desse seriøsitetskrava er lovlege:

- (i) Punkt 2 som gjeld krav om tariffløn mellom oppdrag for tilsette i bemanningsføretak
- (ii) Punkt 5 som gjeld avgrensing av tal på ledd med underleverandørar

Dei to krava er vurdert av advokatfirmaet Wiersholm i rapport til KS datert 22. januar 2020, som ligg i Fylkesutvalet si sak. Rapporten inneheld ei omfattande utgreiing om såkalla seriøsitetskrav og det rettslege rammeverket.

2 KONKLUSJONAR OG TILRÅDING

Vår vurdering er at dei aktuelle seriøsitetskrava inneber at ein stiller opp kontraktskrav som er eigna til å innskrenke konkurransen og fridomen verksemdene har til å organisere seg innanføre gjeldande regelverk.

Våre konklusjonar er som følgjer:

- (i) Punkt 2 (tariffløn mellom oppdrag) er utan tilstrekkeleg tilknytning til anskaffinga då dette pålegg plikter som ikkje gjeld oppdraga for Fylkeskommunen, og vår konklusjon at dette vilkåret er i strid med anskaffelsesretten.
- (ii) Punkt 5 (krav om maksimalt eitt ledd underleverandørar) går etter vår vurdering lenger enn det som er naudsynt for ivaretaking av føremålet om å bekjempe arbeidslivskriminalitet, og kan òg innebere ei avgrensing i utanlandske aktørar sitt høve til å delta i oppdrag. Dette gjeld særleg då det i samband med FOA¹ § 19-3 er gjort ei avveging av kva som er rekna som tilstrekkeleg for å

¹ VLFK kan vere underlagt både forskrift om offentlege anskaffingar ("FOA") og forsyningsforskrifta ("FF") avhengig av kva som vert anskaffa. Av forenklingsomsyn vil me i dette notatet kun omtale FOA.

ivareta føremålet, og sjølv reguleringa med krav om maksimalt to ledd ifølgje ESA er i strid med EØS-retten. Vår konklusjon er at det aktuelle vilkåret er i strid med anskaffelsesretten.

Ulovlege kontraktsvilkår kan etter omstenda føre med seg ei plikt til å avlyse konkurransen, og føre til at det vert reist skadebotkrav frå marknadsaktørar. Som nemnd nedanfor er det òg risiko forbunde med manglande kontroll med om vilkåra er oppfylt.

3 KORT OM ADGANGEN TIL Å STILLE KONTRAKTSVILKÅR

Det følgjer av FOA 19-1 første ledd at oppdragsgjevaren kan fastsetje kontraktsvilkår. Dette er ikkje konkurranseelement, men vilkår som leverandøren lyt oppfylle ved gjennomføringa av kontrakten.

Det kan ifølgje FOA § 19-1 stillast kontraktsvilkår knytt til økonomi, innvoasjon, miljø, sysselsetjing og sosiale omsyn. Føresegna kan mellom anna sjåast i samanheng med LOA § 5 (1) som gjeld krav til at oppdragsgjevarar skal ha eigna rutinar for å fremje respekt for grunnleggjande menneskerettar.

For at kontraktsvilkårene skal vere lovlige må dei ha tilknytning til leveransen, gå fram av anskaffingsdokumenta og vere i samsvar samsvar med prinsippa om konkurranse og forholdsmessigheit, jfr LOA § 4:

Tilknytingsvilkåret inneber ei avgrensing mot tilhøve ved leverandøren si verksemd generelt. Korkje forskrifta eller Nærings- og fiskeridepartementet sin rettleiar til reglene om offentlege anskaffingar seier noko nærare om innhaldet i tilknytingskravet. I juridisk teori er det uttalt følgjande:

*I tilknytningskravet ligger at de kontraktsvilkårene som stilles, må **relatere seg til** varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder. Kontraktsvilkårene kan derfor **ikke inneholde krav til leverandørens virksomhet generelt, men må knytte seg til den delen av virksomheten som har betydning for leveransen til oppdragsgiveren.**"²
(våre uthevinger)*

I kravet til forholdsmessigheit ligg det at omsyna som eit kontraktsvilkår skal ivareta, skal vere sakleg grunngeve og ikkje meir vidtgåande enn det føremålet med vilkåret tilseier. Typisk kan det vere i strid med desse krava å fastsetje at risikoen for kontraktsgjennomføringa vert lagt på leverandøren i langt større utstrekning enn kva han rimeleg kan kontrollere.

Videre uttalte EU-domstolen seg i sak C-63/18 avsnitt 40, om lovlegheita av ei lovregulering som avgrensa kor stor del av arbeidet som kunne utføres med underentreprise. EU-domstolen la vekt på at føremålet med lovføresegna kunne oppfyllest på ein mindre inngripande måte. I tillegg la domstolen vekt på reguleringa si generelle karakter og at den ikkje opna for ei konkret vurdering av kravet i den enkelte saka. Domstolen kom til at lovreguleringa var i strid med anskaffelsesdirektivet. Uttalelsene fra EU-domstolen og i juridisk teori nemnd ovanfor tilseier at det ikkje er tilstrekkeleg at det gjeld generelle forhold ved leverandøren si verksemd.

EU-domstolen har elles slått fast at kva kontraktsvilkår som vert nytta skal vere i samsvar med prinsippa om fri etableringsrett og fri utveksling av tenesteytingar. ³ Dette inneber at òg aktørar frå andre EØS-land skal

² Dragsten (2020) s. 671.

³ Anskaffelsesforskriften, kommentarutgave av Marianne Dragsten. Bekreftet à jour per 1. september 2019.

kunne delta i konkurransen på like vilkår. Me legg og til at anskaffelsesregelverket og EØS-retten inneber krav om at aktørane skal kunne bestemme korleis dei organiserer seg, og retten til bruk av underleverandørar står sterkt.

4 PUNKT 2 – KRAV OM TARIFFLØN MELLOM OPPDRAG

4.1 Om kravet og bakgrunnsretten

Fylkesutvalet har fremja slikt framlegg som punkt 2 i lista over seriøsitetskrav:

2. Under punktet «Krav om tarifflønn mellom oppdrag» Krav om tarifflønn bør innførast, slik det er gjort i Oslomodellen. Kravet kan operasjoniserast gjennom at innleigde frå bemanningsbyrå skal vere fast tilsett. Dette skal dokumenterast overfor byggherre med den einskilde innleigde sin tilsettingskontrakt.

Det aktuelle kravet er skildra som følgjer i Oslomodellen:

Selv om Oslo kommune ønsker at ansatte skal være fast ansatt når de utfører oppdrag for Oslo kommune, ser vi at det i enkelte tilfeller vil være behov for å benytte bemanningsforetak. En av utfordringene ved bruk av bemanningsforetak er at de ansatte ikke får lønn mellom oppdragene. Dette er veldig uforutsigbart lønnsmessig for de ansatte og har flere andre uheldige konsekvenser. Vi har derfor innført krav om at leverandøren skal sørge for at personell fra bemanningsforetak som leverandøren benytter til å oppfylle kontrakten med oppdragsgiver, har arbeidskontrakter som sikrer disse tarifflønn e.l. mellom etterfølgende oppdrag - enten oppdragene er for oppdragsgiver eller andre - så lenge kontraktsperioden mellom leverandøren og oppdragsgiver varer.⁴

Lønsvilkåra for tilsette i bemanningsforetak har vore oppe i den politiske debatten. I januar 2019 trådte det òg i kraft endringar i arbeidsmiljølova, mellom anna i § 14-9 om fast og mellombels tilsetjing. Utgangspunktet etter arbeidsmiljølova § 14-9 (1) er at arbeidstakarar skal tilsetjast fast slik at tilsetjinga er løpande og tidsuagrensa, at lova sine reglar om opphøyr av tilsetjingshøvet gjeld og at arbeidstakaren vert sikra føreseielegheit i form av eit reelt stillingsomfang. Dette gjeld òg for tilsette i bemanningsforetak. Såkalla "nulltimarskontraktar" eller "fast tilsetjing utan garantilønn", kor arbeidstaker er fast tilsett, men ikkje mottek løn med mindre han/ho utfører arbeid er ikkje lovleg.

Arbeidsgjevar har etter aml. § 14-9 (2) rett til å tilsetje mellombels i somme tilfelle, til dømes om arbeidet er av "midlertidig karakter". Dette gjeld for bemanningsforetak så vel som andre arbeidsgjevarar. Vilkåret inneber at det må vere tale eit om eit mellombels behov for tilsetjingsforholdet, til dømes på grunn av sesongarbeid eller arbeid knytt til eit spesifikt prosjekt. I og med at bemanningsforetaka sine oppgåver nettopp er å leige ut tilsette til løpande oppdrag, er det nok tvilsamt i kva grad bemanningsforetaka kan benytte denne heimelen for å tilsetje arbeidstakarar mellombels for kvart einskild oppdrag. Eit ubetinga krav om fast tilsetjing kan likevel i somme tilfeller tenkjast å gå lenger enn det som følgjer av bakgrunnsretten på arbeidsretten sitt område.

Det føreslåtte seriøsitetskravet krev ikkje berre fast tilsetjing, men òg tarifflønn mellom oppdrag. I Noreg har ein ikkje føresegner i arbeidsmiljølova om tarifflønn, men enkelte sektorar er omfatta av allmenngjorde

⁴ <https://www.oslo.kommune.no/for-vare-leverandorer/krav-til-leverandorer/oslomodellen/>

tariffar. Forskrift om løns- og arbeidsvilkår i offentlege kontraktar § 5 inneheld for nærare gjevne kontraktar krav om at "at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten, har lønns- og arbeidsvilkår i samsvar med denne bestemmelse."

Forskrifta krev vidare at det skal vere kontraktskrav om oppfylling av forskrift om allmenngjorte tariffavtalar, samt løns- og arbeidsvilkår i henhold til gjeldande landsomfattande tariffatale for aktuell bransje. Dette kravet gjeld òg for dei som direkte bidrag til oppfylling av kontrakten.

Ein vil og gjennom kravet i aml. §14-12 a om lik handsaming av fast tilsette og innleigde kunne stille krav om tarifflønn medan dei utfører arbeid i det konkrete prosjektet, i den grad dei fast tilsette hos innleigar har krav på dette.

Slik me forstår bakgrunnsretten og utforminga av det konkrete kravet, vil den moglege skilnaden ved å følge kravet innebere at det vert mindre moglegeheit til å ha mellombels tilsette i bemanningsføretaka som leverer personell til oppfylling av kontrakten. Det vil òg kunne vere situasjonar kor ein stiller strengare krav til løns- og arbeidsvilkår for dei tilsette i bemanningsføretaka enn det som gjeld utanfor utføring av kontraktar for det offentlege.

Når det gjeld den generelle tilgangen til å krevje landsdekkjande tariffavtale for leverandørane, syner me til notata frå Kluge og Thommessen som allereie ligg i saka. Me oppfattar likevel dette konkrete seriøsitetskravet som eit krav til at sjølve arbeidsvilkåra skal vere på nivå med tariffavtalar, og ikkje eit krav om tilslutning til ei tariffavtale.

4.2 Vurdering av det konkrete kravet

Et krav om tarifflønn mellom oppdrag inneber at leverandøren må syte for at selskap som leiger ut mellombels arbeidskraft skal betale løn til dei tilsette sjølv om dei ikkje utfører arbeid under kontrakten som er omfatta av konkurransen. Dette vil kunne gå lenger enn det som følger av lovkrava som gjeld for tilsette i bemanningsbyrå, òg etter lovendringa som tok til å gjelde 1. januar 2019.

Dette inneber at bidrag med mellombels arbeidskraft berre kan dekkjast i konkurransar med selskap som er viljuge til å innføre arbeidsvilkår som overstig lovkrava for slike bemanningsbyrå. Det å stille eit slikt krav kan innebere ein reduksjon av aktuelle deltakarar i oppfylling av kontrakten, dette er eit viktig bakteppe for i kva grad det aktuelle vilkåret kan stillast. Det er likevel mest sentralt å sjå på tilknytingsvilkåret, som nemnd ovanfor.

Eit krav om tarifflønn mellom oppdrag for bemanningsføretak som deltek i oppfyllinga av kontrakten er i utgangspunktet av generell karakter og gjeld tilhøve utover gjennomføringa av eit konkret innkjøp. Det finnes nok føremoner med ein mest mogleg stabil base av tilsette òg i bemanningsføretak, slik at ein tek vare på og utviklar kompetanse og erfaring. Det vil òg gje stabilitet og føreseielegheit for dei tilsette i bemanningsføretaket som ynskjer det. Dette er likevel berre indirekte konsekvensar av den generelle organiseringa til bemanningsføretaket, og oppfyller etter vår vurdering ikkje vilkåret om tilknytning til gjennomføringa av tenesten anskaffinga gjeld.

Dette gjeld etter vårt syn sjølv om anskaffingsregelverket i i ei viss ustrekning har opna for å ta inn kontraktsvilkår som gjeld sosiale omsyn, jfr punkt 3 ovanfor. Vilkår for å ta hand om slike omsyn lyt likevel vere knytt til det som kontrakten gjeld.

Me peikar og på utfordringane med å kontrollere oppfylginga av eit slikt kontraktsvilkår, særleg om manglande etterleving av kravet hjå leverandøren kan verte sett på som endra vilkår under kontraktsgjennomføringa i strid med anskaffingsregelverket.

5 PUNKT 5 – AVGRENSING AV TAL PÅ LEDD (UNDERLEVERANDØRAR)

5.1 Innleiing

Punkt 5 lyd som følgjer:

5. Under punkt 5 «Begrensning i tal ledd underleverandører Som hovudregel vert det tillatt inntil eitt ledd under hovedleverandør i kvart fag. Det kan gis dispensasjon for ytterligere eitt ledd når det er spesielle årsaker, og dette er tatt opp med oppdragsgiver og skriftleg godkjent på førehand. Det skal stillast samme formalkrav i alle ledd av kjeden.

Krav om avgrensing på ledd av underleverandører er eksplisitt regulert i LOA/FOA §§ 19-3, som lyd som følgjer:

(1) Oppdragsgiveren skal stille krav om at leverandørene kan ha maksimalt to ledd i leverandørkjeden under seg når leverandøren skal utføre bygge- og anleggsarbeider eller renholdstjenester som er omfattet av CPV-kode 90910000 (rengjøring).

(2) Oppdragsgiveren kan godta flere ledd i leverandørkjeden dersom det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse. Det maksimale antallet ledd oppdragsgiveren kan godta, skal angis i anskaffelsesdokumentene. Etter at kontrakt er inngått, kan oppdragsgiveren godta flere ledd dersom det på grunn av uforutsette omstendigheter er nødvendig for å få gjennomført kontrakten.

Ein finn ei tilsvarande regulering i forsyningsforskrifta, og i FOA § 8-13 for tildelingar under terskelverdiane.

Punkt 5 går lenger enn krava i forskriftene, og unntaksregelen er utforma på ein annan måte enn unntaket i forskriftsføresegnene. Avgrensing av tal på ledd utover forskrifta finn ein òg i andre sett med seriositetskrav, slik som Oslo-modellen. Krava har vore gjenstand for debatt i samband med drøftingar om ein mogeleg "Noregsmodell". Kravet er òg berørt i Wiersholm-rapporten, kor det vert konkludert med at det er vanskeleg å rettferdiggjere avgrensingar utover det som følgjer av forskriftsverket. Ein viser her til at det kan vere unødvendig konkurranseavgrensande, og at lovgjevar sitt syn på kva som er tilstrekkeleg bør vege tungt.

I motsett retning kan det nemnast at Skien-modellen sitt krav til eitt ledd har vore trekt fram av EU-kommisjonen, i rapporten "71 Good Practice Case" frå mai 2020. ⁵

Limit on number of levels of subcontractors A limitation on the maximum number of subcontractors enables better follow-up and control of work conditions and standards applied by the contracting authority. To this end, the Municipality has established as a rule a maximum of one level of subcontracting under the main supplier. While there is no

⁵ "Making socially responsible public procurement work - 71 good practice cases"

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/69fc6007-a970-11ea-bb7a-01aa75ed71a1> s. 63

restriction on the number of subcontractors or the proportion of the contract subcontracted, all subcontractors must be under direct control of the main contractor in order to avoid fragmentation of responsibility. The subcontractors must be identified in the contract. This provision accounts for possible specialisation needs within a contract and does not impair access to public procurement by smaller operators. Therefore, contracting authorities are allowed to make exceptions to this rule prior to competition for market-related reasons or during the performance of the contract for special or unforeseen reasons only

I EØS/EFTA-sammenheng er det sentralt at ESA hausten 2019 kom med ein førespurnad til staten Noreg om i kva grad forskriftføresegna nemnd ovanfor er i samsvar med anskaffingsdirektivet og forsyningsdirektivet, samt sett opp mot EU-domstolen si avgjerd i sak C-63/18, Vitali. Me greier nærare ut om denne prosessen nedanfor.

5.2 Varsel frå ESA knytt til FOA § 19-3 og FF § 7-8

I lys av EU-domstolen si avgjerd i sak C-63/18, Vitali bad ESA om Noreg si vurdering av § 19-3 i FOA og § 7-8 i FF opp mot Anskaffingsdirektivet og Forsyningsdirektivet, med førespurnad om rettferdiggingering av føresegnene opp mot avgjerda i Vitali premiss 40 og 44.

Noreg sendte svar på førespurnaden 11. desember 2019 med følgjande konklusjon:

The Norwegian Government is of the opinion that section 19-3 of the Procurement Regulation and section 7-8 of the Utility Regulation constitutes restrictions with a legitimate policy objective in relation to the EEA-agreement, that the respective provisions are appropriate, and that they do not go further than what is necessary and proportionate in order to achieve the pursued policy objective. The Norwegian Government is also of the opinion that the EEA Member States should be given a certain margin of appreciation when tackling matters related to the prevention of crime. Otherwise the discretion as stated in recital 41 of the Procurement Directive and 56 of the Utilities Directive would essentially be rendered void and without content.

ESA svarte på Noreg si vurdering 10. juni 2020, med følgjande tilnærming:

"Having examined the Norwegian Government's response, the Authority has reached the conclusion that the relevant provisions of Norwegian public procurement law do not comply with EEA law."

Etter dette har det vore ytterlegare dialog mellom Noreg og ESA. Noreg gav 28. oktober 2020 eit utdjupande svar der konklusjonen var som følgjer:

The Norwegian Government submits that the provisions, that is Section 19-3 of Regulation No. 974 of 12 August 2016 on Public Procurement and Section 7-8 of Regulation No. 975 of 12 August 2016 on Procurement in the Utility Sectors, pursue the legitimate objective of preventing and combatting work related crime. They are suitable to meet the objectives and do not go beyond what is necessary in order to achieve the said objective.

Etter dette brevet har det vore kommunikasjon mellom partane særskilt om unntaka frå toledskrava, der det sentrale har vore i kva grad unntaket opnar for fleire ledd kor toledsavgrensinga vil innebære at

"serious economic operators" vert ekskludert. Departementet svara stadfestande på dette i brev av 21. februar 2021, under tilvising til at unntaket berre kan nyttast der det er utilstrekkeleg konkurranse.

Prosessen mellom Noreg og ESA er elles kommentert av Trygve Gudmund Harlem Losnedahl, stipendiat ved Universitetet i Oslo. Losnedahl har publisert ein artikkel på bloggen "EU Law Analysis", 4. mai 2021⁶.

I artikkelen hevdar Losnedahl at ESA gjer tre feil i si vurdering av dei norske forskriftsføresegnene sitt samsvar med EU-retten. Han hevdar fyrst at ESA har ei selektiv kjeldebruk når det gjeld føregåande direktiv frå 2004, utan å sjå til innførte endringar i 2014-direktivet. Vidare meiner han at ESA ved å vurdere i kva grad toleddsavgrensinga er "general and abstract" feilaktig innfører dette som eit vilkår, medan uttrykka etter hans vurdering er berre karakteristika gitt i Vitali-saka. Til sist meiner Losnedahl at ESA ikkje identifiserer skilnadane mellom Vitali-saka sitt krav om maksimalt 30% bruk av underleverandør, og dei norske forskriftene sine føresegner om maksimalt to ledd. Skilnadane han dreg fram er at den Italienske avgrensinga i Vitali-saka gjaldt alle sektorar og kontraktar, medan dei norske reglane gjeld bygg- og reinhaldssektorane. Vidare dreg han fram at den italienske avgrensinga inneber ei absolutt avgrensing av bruk av underleverandørar, medan den norske regelen i prinsippet ikkje avgrensar tal på underleverandørar eller kor stort volum av arbeid som kan verte utført av underleverandørar. Den tredje skilnaden Losnedahl dreg fram er at dei norske forskriftsføresegnene har unntak, mellom anna for å oppnå naudsynt konkurranse. ESA har som nemnd ovanfor avleid betydninga av unntaksreglane, då det er naudsynet opp mot formålet som er relevant og ikkje naudsynet for å oppnå konkurranse. Losnedahl avsluttar med å konkludere med at dei norske krava er i samsvar med EU-retten, og at han vonar at ESA fremjer sak om dette.

5.3 Vurdering av det konkrete kravet

Lov om offentlege anskaffingar § 4 pålegg oppdragsgjsevarar å opptre i samsvar med grunnleggjande prinsipp om "konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvarheit og forholdsmessigheit." Det kan likevel stillast opp krav/kontraktsvilkår knytt til økonomi, innvoasjon, miljø, sysselsetjing og sosiale omsyn, jfr FOA § 19-1. Kontraktsvilkåret må likevel vere eigna, naudsynt og stå i høve til føremålet. I lys av diskusjonen referert til ovanfor er den heilt sentrale problemstillinga i kva grad eit eittledds krav, slik som framlegget inneheld, er naudsynt for å oppnå føremålet om å kjempe mot arbeidslivskriminalitet.

Bakgrunnen for å avgrense tal på ledd underleverandørar er kontrollmogelegheiter. Sjølv om det ikkje er ei avgrensing på tal på underleverandørar og på kor mange sideordna leverandørar det kan vere i eit prosjekt, synest det avgjerande å vere at efaringa tilseier at lange leverandørerkjeder er vanskeleg å kontrollere og det gjerne er langt nede i leverandørkjeda brot førekjem. Slik sett vil ei avgrensing av ledd vere eigna til å realisere føremålet, ved at ein oppnår meir kontroll og direkte innverknad på leverandørane som deltek i oppfylling av kontrakten.

Ei avgrensing på tal på ledd kan på ei anna side ha innverknad på kva aktørar som kan delta i offentlege kontraktar. Dess mindre ein kan støtte seg på underleverandørar for kapasitet og kompetanse, dess meir aukar sannsynet for at aktørar ikkje vil kunne oppfylle krava som kontrakten som vert lyst ut stiller opp. Staten nyanserer dette i sitt brev til ESA, ved at høvet til å ha fleire sideordna leverandørar nettopp stimulerer til at små og mellomstore verksemder får høve til å delta i kontraktar.

⁶ <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/05/the-tug-o-war-for-subcontracting-in.html>

THOMMESSEN

Det kan argumenteras med at det er skilnad på avgrensing til eitt og to ledd i denne samanhengen. Eit krav om berre eitt ledd vil gjerne innebere at berre aktørar som har generalistkompetanse innanfor eit fagområde og i tillegg har den naudsynte spesialistkompetansen i same selskap kan delta. Det kan til dømes vere tale om spesialdisiplinar innanfor elektroarbeid, som må løftast opp som sideordna leveransar i staden for systemleveransar for å oppfylle eit eittleddskrav. Vidare passar ei eittleddsavgrensing dårleg med korleis til dømes bygg- og anleggsprosjekt er organisert i dag, og det er fare for at krava som vert stilt går frå å vere hovudreglar som vert til unntak då dei ikkje er praktisk gjennomførbare. Om ein derimot får ein situasjon kor deltaking i konkurransar vert avgrensa til aktørar i Noreg som er viljuge til å omorganisere verksemda si for å kunne levere til offentlege prosjekt, er dette ei uheldig avgrensing av konkurransen, som òg vil kunne avgrense andre europeiske aktørar sitt høve til å delta i prosjekta.

Lovgjevar har i utforminga av LOA § 5 gitt departementet heimel til å fastsetje leddavgrensingar i forskrift. Departementet har altså fått myndigheit til å gjere ei vurdering av korleis konkurranse og førebyggjing av arbeidslivskriminalitet kan balanserast. Departementet har i samband med dette gjort ei avveging, og kome fram til at maksimalt to ledd med nærare gjevne unntaksføresegner er ei eigna regulering.

Det er vår vurdering at ei avgrensing utover dette lyt krevje svært klare haldepunkt for at forskriftsløysinga ikkje er eit tilstrekkeleg middel til å sikre kontroll av underleveransar for å førebygge arbeidslivskriminalitet. Det å innføre ei generell regulering av krav til kun eitt ledd vil etter vår vurdering ikkje vere naudsynt for å realisere føremålet, og etter omstenda òg uforholdsmessig med tanke på at ein kan følgje opp og kontrollere ledd nr 2 i samarbeid med hovudleverandøren og første nivå underleverandørar.

Departementet har gode argument i prosessen overfor ESA når det gjeld lovelegheita av forskriftsføresegna med krav om avgrensing til to ledd underleverandørar. Det kan likevel ikkje utelukkast at EFTA-domstolen kjem fram til at forskrifta er i strid med EØS-retten. I lys av dei strenge krava til at krava lyt vere naudsynte for å realisere føremålet, er det vår konklusjon er at det ikkje er i samvar med anskaffingsregelverket å gå lenger enn forskriftsføresegna og stille krav om maksimalt eitt ledd underleverandørar.

Me tilrår heller ikkje å utfordre EØS-retten på dette tidspunktet, då det pågår ein prosess mellom Noreg og ESA som gjeld rammene for FOA-kravet om maksimalt to ledd underleverandørar.
