

Til: Vestland Fylkeskommune

Fra: Regine Skjeltorp Antonsen

Ansvarlig advokat: Andersen, Arne Torsten

Vår ref.: 324209-001\3521694\v1

Dato: Oslo, 12. mai 2020 – revidert 19. august 2020

SAKEN GJELDER: EØS-rettslig vurdering av adgangen til å stille krav om tariffavtale hos leverandør

1 INNLEDNING

Kluge Advokatfirma AS («**Kluge**») har blitt bedt av Vestland Fylkeskommune («**VFK**») om å gi en EØS-rettslig vurdering av adgangen til å stille krav om landsdekkende tariffavtale hos leverandører. Bakgrunnen for vurderingen er fylkestingets vedtak av 3. mars 2020, hvor administrasjonen ble bedt om å legge frem sak hvoretter det skal tas stilling til om at hovedregelen ved fylkeskommunale innkjøp skal være at det blir stilt krav om at det foreligger norsk landsdekkende tariffavtale.

Advokatfirmaet Thommessen («**Thommessen**») skrev den 9. april 2017 et notat for Hordaland fylkeskommune hvor vurderingstemaet var adgangen til å gi pålegg om at fylkeskommunale leverandører må være tilsluttet norsk landsdekkende tariffavtale. Thommessen konkluderte med at et krav om tilslutning til en norsk landsdekkende tariffavtale mest nærliggende ville være uforenlig med kravet om likebehandling i anskaffelsesretten, samt reglene om fri utveksling av tjenesteytelser i EØS-avtalen artikkel 36.

Kluges oppdrag er å gjøre en «second opinion» av Thommessens notat i lys av den senere tids rettsutvikling. Spørsmålet er om det foreligger holdepunkter per i dag som taler for at et pålegg til leverandører om tilslutning til en norsk landsdekkende tariffavtale er forenlig med dagens rettstilstand.

2 OPPSUMMERING OG KONKLUSJON

Som det vil fremgå av dette notatet, er vi i all hovedsak enig med Thommessen i deres konklusjoner. Vi har undersøkt rettsutviklingen etter at Thommessens notat ble skrevet og sett om dette gir grunn til å nyansere konklusjonene noe. Det kan i så måte være holdepunkter for å argumentere for at EU-retten etter *RegioPost*-avgjørelsen¹, i noe større grad enn tidligere, åpner for sosiale hensyn ved offentlige anskaffelser. Et krav om landsdekkende (forutsetningsvis *norsk* tariffavtale) er uansett en ganske inngripende restriksjon overfor utenlandske tilbydere, som ikke bare medfører materielle krav til hvilke lønns- og arbeidsvilkår som tilbys arbeidstakerne, men også omfattende prosessuelle krav. Å rettfærdiggjøre en slik restriksjon er

¹ Se sak C-115/14.

fremdeles betinget av at kravet om landsdekkende tariffavtale er tilstrekkelig begrunnet og rettferdiggjort i hensynet til arbeidstakerne.

Så langt vi har vurdert spørsmålet, strekker ikke slike hensyn langt nok til å rettferdiggjøre et slikt pålegg. Dette særlig fordi allmenngjøring av tariffavtaler i Norge og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter allerede sikrer arbeidstakere i utsatte bransjer minste lønns- og arbeidsvilkår som er i samsvar med tariffavtale.

Det er derfor vår samlede vurdering at et generelt pålegg om landsdekkende tariffavtale vil være i strid med EØS-retten, herunder først og fremst EØS artikkel 36 om fri bevegelighet av tjenester. Vår anbefaling er derfor at det vil være rettslig risikabelt å innføre et slikt pålegg. Vi legger til, selv om det strengt tatt ligger utenfor vårt oppdrag å vurdere, at et pålegg om tariffavtale vil kunne virke konkurransehemmende i enkelte sektorer, særlig hvor det er mange mindre lokale aktører som ikke er tilsluttet tariffavtale.

Den EØS-rettslige skranken for å stille et krav om tariffavtale gjelder først og fremst over terskelverdiene i anskaffelsesregelverket. Under terskelverdiene må det gjøres en konkret og individuell vurdering av om tildelingen av den enkelte kontrakt inneholder grenseoverskridende elementer, som igjen vil bero på om kontrakten kan tenkes å være av interesse for utenlandske tilbydere. Momenter i denne vurderingen kan være kontraktsverdien, hva som skal anskaffes, spesielle forhold i den aktuelle sektor, herunder markedets størrelse og hvordan markedet fungerer, samt den geografiske plasseringen av stedet hvor kontrakten skal utføres. EU-domstolens praksis tyder på at det ikke skal mye til før en kontrakt må sies å ha en interesse for utenlandske tilbydere, og dermed at det foreligger et grenseoverskridende element. Terskelen synes altså å være lav. Vi legger til at det i det enkelte tilfellet også kan tenkes andre rettslige argumenter mot et slikt krav også under terskelverdiene, som i så fall må vurderes nærmere.

Dersom Vestland fylkeskommune i sin vurdering skulle komme til at en anskaffelse potensielt har interesse for utenlandske tilbydere, betyr det sannsynligvis at et krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale er i strid med EØS-avtalen artikkel 36.

3 FAKTISK OG RETTSLIG BAKGRUNN

3.1 Innledning

Bakgrunnen for Thommessens vurdering var Hordaland fylkestings pålegg til administrasjonen i fylkeskommunen om at fylkestinget gikk inn for at hovedregelen ved fylkeskommunale innkjøp/oppdrag er at det blir stilt krav om at det foreligger norsk landsdekkende tariffavtale. Som nevnt innledningsvis, konkluderte Thommessen i sitt notat med at et slikt pålegg mest nærliggende ville være rettsstridig.

Spørsmålet har igjen aktualisert seg ved at Vestland fylkesting 3. mars 2020 besluttet å få forelagt en ny sak hvoretter det skal tas stilling til om «*hovudregelen ved fylkeskommunale innkjøp er at det blir stilt krav om at det ligg føre norsk landsekkande tariffavtale*».² I all hovedsak er innholdet i det eventuelle pålegget om tariffavtale for fylkeskommunale leverandører altså det samme nå som på tidspunktet for Thommessens notat.

Vi anser det slik at det materielle innholdet i beslutningen kan tolkes på flere måter, noe Thommessen også påpekte i forbindelse med vurderingen av Hordaland fylkestings pålegg. Thommessen skriver at den «*mest*

² Saksprotokoll i 03.03.2020 – fylkestinget

nærliggende forståelsen må være at beslutningen innebærer et krav om at leverandøren må være tilsluttet en landsdekkende norsk tariffavtale på det aktuelle fagområdet». ³ Som et utgangspunkt er vi enige i den forståelsen, men vi mener innholdet behøver ytterligere presisering før beslutningens eventuelle rettsstridighet kan vurderes.

3.1.1 Kravet om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale

Vi forstår kravet om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale som en *plikt for leverandøren* til å sørge for at den delen av virksomheten som tilbys er omfattet av norsk landsdekkende tariffavtale slik at tariffavtalen får virkning i arbeidsforholdet mellom leverandør og arbeidstaker.

En landsdekkende tariffavtale er en tariffavtale inngått mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner som regulerer lønns- og arbeidsvilkår for en bransje eller sektor. En landsdekkende tariffavtale er ikke allmenngjort, noe som betyr at den ikke er forskriftsfestet og som utgangspunkt gjelder den kun de arbeidstakere hos arbeidsgiver som er organisert.

Tariffavtalen kan imidlertid også få betydning for ikke-organiserte arbeidstakere, noe som følger av såkalte ufravikelighetsnormer. Disse normene fastsetter at arbeidsgiver ofte plikter å gi de ikke-organiserte arbeidstakerne de samme lønns- og arbeidsvilkår som de organiserte. ⁴ Begrunnelsen for ufravikelighetsnormene er at dersom arbeidsgiver kan ansette ikke-organiserte arbeidstakere på andre vilkår enn de tariffavtalte, ville de organiserte risikere å bli utkonkurrert. Det vil si at et krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale i de fleste tilfeller betyr at alle ansatte hos tilbyderen vil måtte gis de lønns- og arbeidsvilkår som følger av tariffavtalen

Selv om vi tolker beslutningen slik at den innebærer en plikt for leverandøren å tilsluttes norsk landsdekkende tariffavtale, vil den tariffrettslige virkningen være at samtlige arbeidstakere (uansett om de er fagorganisert eller ikke), innenfor den relevante delen av virksomheten (uavhengig av om de tilbys eller ikke), skal ha samme lønns- og arbeidsvilkår som det følger av tariffavtalen. Den faktiske virkningen av pålegget går imidlertid utover det å stille krav til det materielle innholdet i lønns- og arbeidsvilkår – det vil også berøre det prosessuelle i et arbeidsforhold.

Blant annet er det slik at når det oppstår en tvist i et arbeidsforhold som ikke er regulert av en tariffavtale, hører tvisten under de alminnelige domstolene. Dersom det oppstår tvist i et forhold som er regulert av tariffavtale, ligger domsmyndigheten i sak om avtalens gyldighet eller forståelse eksklusivt til Arbeidsretten. En tariffavtale fordrer også fredsplikt i tariffperioden. Det betyr at i denne perioden er tariffpartene og deres medlemmer avskåret fra å bruke arbeidskamp for å få endret det avtalte. I tillegg vil et så generelt krav om tariffavtale innebære en plikt for tilbyderen til å opparbeide seg en svært god oversikt over innholdet i flerfoldige tariffavtaler.

Formålet med beslutningen fremstår også som uklart for oss. I lys av beslutningens tariffrettslige virkning, vurderer vi det slik at formålet enten kan være å sørge for å ivareta de sosiale hensynene for ansatte hos fylkeskommunale leverandører, eller så kan formålet være å sørge for økt tilslutning til tariffavtaler for fylkeskommunale leverandører, og dermed også høyere organisasjonsgrad.

³ Se notat av 9. april 2017 fra Thommessen.

⁴ Se ARD 1922 s. 50 Matros- og Fyrbøterunionen

Hva som er korrekt forståelse av beslutningen kan ha betydning for den etterfølgende vurderingen. Vi finner imidlertid allerede her grunn til å påpeke at uavhengig av hvilken forståelse som legges til grunn, vurderer vi det slik at beslutningen med stor grad av sannsynlighet (fortsatt) vil være rettsstridig.

3.1.2 Opplegget videre

Adgangen til å stille krav til lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter beror både på en tolkning av EØS-baserte rettskilder så vel som rent nasjonale rettskilder. I det følgende skal vi først redegjøre for de rent nasjonale rettskildene, før vi går over til å redegjøre for de EØS-baserte rettskildene. I punkt 4 går vi over til den konkrete vurderingen av om krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale er rettsstridig i lys av dagens rettskildebilde.

3.2 Overordnet om krav til lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Når offentlige myndigheter og organer kjøper tjenester fra private virksomheter, er de forpliktet til å kreve, og om nødvendig føre kontroll med, at leverandørers arbeidstakere har lønns- og arbeidsvilkår som tilsvarer landsomfattende tariffavtaler. Forpliktelsen er fastsatt i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter (forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter heretter «forskrift om lønns- og arbeidsvilkår»).

Forpliktelsen gjelder for statlige myndigheter og andre offentlige organer i tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som har en antatt verdi over henholdsvis 1,3 millioner kroner og 2,05 millioner kroner, jf. § 4.

Forskriften er hjemlet i Lov om offentlige anskaffelser (LOA) § 6, hvor departementet er gitt kompetanse til å pålegge offentlige oppdragsgivere å benytte kontraktsbestemmelser som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende forskrifter om allmenngjorte tariffavtaler eller landsomfattende tariffavtaler for de aktuelle bransjene. Formålet med bestemmelsen er å hindre at offentlige oppdragsgiver inngår kontrakter med leverandører som driver med sosial dumping.⁵

I forskriften § 5 pålegges oppdragsgiver en plikt til å stille krav om en kontraktsklausul om lønns- og arbeidsvilkår. Bestemmelsen lyder:

«Oppdragsgiver skal i sine kontrakter stille krav om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten, har lønns- og arbeidsvilkår i samsvar med denne bestemmelse.

På områder dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale skal oppdragsgiver stille krav om lønns- og arbeidsvilkår er i samsvar med gjeldende forskrifter.

På områder som ikke er dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale, skal oppdragsgiver stille krav om lønns- og arbeidsvilkår i henhold til gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje.»

Det betyr at bestemmelsen positivt forplikter offentlige oppdragsgivere til å stille krav om at leverandører og underleverandører skal påse at arbeidsavtalene for de ansatte hos leverandørene oppfyller ansettelseskravene stilt i forskriften.

⁵ Se Thue og Søyland, Norsk Lovkommentar, note 26.

Leverandørens plikt gjelder imidlertid ikke utover det som faller inn under «lønns- og arbeidsvilkår». I siste del av § 5 fremgår det at det i denne sammenheng menes bestemmelser

«om minste arbeidstid, lønn, herunder overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempetillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji, i den grad slike bestemmelser følger av tariffavtalen».

Forpliktelsene gjelder altså arbeidsvilkår generelt og er således ikke begrenset til lønnsvilkår alene. Det kan stilles spørsmål ved om leverandøren har en rett til å innrømme arbeidstakere vilkår utover hva som er angitt som lønns- og arbeidsvilkår i forskriften. Dersom det er tilfellet, innebærer ikke forskriften noen begrensning for leverandørens rett til å gjøre vilkår utover de som følger av forskriften gjeldende for sine ansatte.

I forskriften § 1 fremgår det at dens formål er å sørge for at arbeidstakere *«ikke har dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av gjeldende allmenngjøringsforskrifter eller landsomfattende tariffavtaler»*. Ordlyden tilsier at forskriften utgjør en minimumsbeskyttelse, noe som taler i retning av at leverandørens rett til å innrømme sine ansatte lønns- og arbeidsvilkår går utover minimumsbeskyttelsen forskriften gir. Det betyr at forskriften åpner for at en leverandør kan tilsluttes norsk landsdekkende tariffavtale og gjøre disse lønns- og arbeidsvilkårene gjeldende for sine ansatte.

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår var begrunnelsen for at EFTAs overvåkningsorgan ESA åpnet sak mot Norge i 2009. ESA hevdet blant annet at måten forskriften fastsatte lønn på, ikke var forenlig med de reguleringsformer som er tillatt under Utsendingsdirektivet. På tidspunktet stilte forskriften krav til at arbeidstakere utenfor områder med allmenngjorde tariffavtaler og landsomfattende tariffavtaler skulle ha lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som *«ellers er normalt for vedkommende sted og yrke»*.

Regjeringen erkjente at forskriftens krav var svært vanskelig å fastsette for tilbydere noe som medførte en administrativ ulempe for tilbyder. Regjeringen imøtegikk ESAs klagepunkter ved å ta denne bestemmelsen ut av forskriften. I tillegg ble begrepet «lønns- og arbeidsvilkår» presisert til å gjelde *«arbeidstid, lønn, herunder overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempetillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji»*. I 2013 avsluttet ESA saken mot Norge, fordi tiltakene den norske regjeringen iverksatte ble ansett for å være tilfredsstillende. Forskriften har imidlertid ikke vært prøvd for EFTA-domstolen, så dens forenlighet med Norges EØS-rettslige forpliktelser er derfor ikke formelt avgjort.

ESAs sak mot Norge kan imidlertid illustrere to poenger; for det første balanserer forskriften om lønns- og arbeidsvilkår på grensen for hva som er forenlig med EØS-avtalen når det kommer til hvilke lønns- og arbeidsvilkår en offentlig innkjøper har adgangen til å stille. På den bakgrunn er det grunn til å anta at vilkår som går utover det som er fastsatt i forskriften vanskelig er forenlig med EØS-avtalen. For det andre illustrerer saken også at administrative ulemper for en tilbyder må tas med i vurderingen av hvilke krav en innkjøper kan stille til leverandøren.

Forskriften regulerer imidlertid ikke direkte det forhold at den fylkeskommunale leverandøren pålegges en *plikt* til å slutte seg til norsk landsdekkende tariffavtale. Likevel er det grunnlag for å si at en slik plikt faktisk betyr et krav til leverandøren om å fastsette lønns- og arbeidsvilkår i en større utstrekning enn det forskriften gir anvisning på. Ettersom forskriften i seg selv ikke regulerer adgangen til å stille krav om vilkår

utover det som er fastsatt, må oppdragsgivers adgang til å stille et slikt krav ta utgangspunkt i en tolkning av EØS-baserte rettskilder.

3.3 EU-retten: Utsendingsdirektivet og EØS-avtalen

3.3.1 Innledning

Vilkår for gjennomføringen av en kontrakt må være forenlige med EØS-retten. Kravene til lønns- og arbeidsvilkår som følger av lønnsforskriften må altså være i overensstemmelse med de begrensninger EØS-retten setter for nasjonal regulering av lønns- og arbeidsvilkår. Det er to regelverk som setter rammene for drøftelsen; EØS-avtalen artikkel 36 om tjenestefrihet og reglene i Utsendingsdirektivet (direktiv 96/71/EF).

3.3.2 Utsendingsdirektivet

Utsendingsdirektivet regulerer situasjonen der et foretak etablert i en medlemsstat yter tjenester på en annen medlemsstats territorium og i den forbindelse tar med seg arbeidsstyrken sin. Direktivet pålegger i slike tilfeller vertsstaten å sikre de utsendte arbeidstakerne norske lønns- og arbeidsvilkår på de områder som er nærmere angitt i direktivet.⁶

Direktivets formål er todelt. For det første skal direktivet fremme fri bevegelse for tjenester. For det andre skal direktivet også sikre beskyttelse av arbeidstakers rettigheter. Direktivet bygger på et grunnprinsipp om at en «hard kjerne» av mottakerstatens nasjonale regler om lønns- og arbeidsvilkår skal gjøres gjeldende for de utsendte arbeidstakerne. Plikten for mottakerstaten etter Utsendingsdirektivet artikkel 3(1) er å sørge for at de utsendte arbeidstakerne har lønns- og arbeidsvilkår som tilsvarer vertsstatens arbeids- og hviletidsperioder, et minimum av betalte årlige helligdager, minstelønnsatser, overtidssatser og at de utsendte arbeidstakerne omfattes av vilkårene for innleie av arbeidskraft fra midlertidige ansettelsesforetak.

Vilkårene Utsendingsdirektivet artikkel 3(1) (den «harde kjerne») sammenholdt med artikkel 3(7) kan gi inntrykk av å være en minimumsbeskyttelse for arbeidstakerne.⁷ Dette ble imidlertid avvist av EU-domstolen i sak C-341/05 *Laval*. Saken gjaldt en tvist mellom det latviske firmaet Laval som hadde utsendt arbeidstakere til Sverige, og en svensk fagforening som forsøkte å presse firmaet til å inngå tariffavtale ved bruk av arbeidskamptiltak.

Om adgangen til å fastsette mer fordelaktige vilkår for arbeidstakerne uttalte domstolen følgende:

«Artikel 3, stk. 7, i direktiv 96/71 bestemmer, at stk. 1-6 ikke er til hinder for anvendelse af arbeids- og ansættelsesvilkår, der er mere favorable for arbejdstagerne [...]

Det forholder sig dog ikke desto mindre således, at artikel 3, stk. 7, i direktiv 96/71 ikke kan fortolkes således, at bestemmelsen gør det muligt for værtsmedlemsstaten at betinge gennemførelsen af levering af tjenesteydelser på sit område af overholdelsen af arbeids- og ansættelsesvilkår, der går videre end de ufravigelige regler om minimumsbeskyttelse.. [...]

⁶ Utsendingsdirektivet artikkel 3(1).

⁷ Se i denne retning Ot. prp. nr. 13 (1999-2000) s. 5.

Derfor [...] er det beskyttelsesniveau, der skal garanteres over for udstationerede arbeidstagere på værtsmedlemsstatens område, i princippet begrænset til det, der er fastsat i artikkel 3, stk. 1, første afsnit, litra a)-g), i direktiv 96/71, forudsat at disse arbeidstagere ikke allerede i medfør af den lov eller de kollektive overenskomster, der gælder i oprindelsesmedlemsstaten, har mere favorable arbejds- og ansættelsesvilkår på de områder, der er nævnt i denne bestemmelse.»⁸

Når det kommer til grensene for hvilke sosiale rettigheter arbeidstakere kan innrømmes, tolker vi EU-domstolen slik at Utsendingsdirektivet fortsatt ikke er til hinder for anvendelsen av vilkår utover det nivået eller de områdene som er fastsatt i artikkel 3(1). Dette forutsetter imidlertid at arbeidsgiveren samtykker frivillig, eller at vilkårene gjelder for arbeidsforholdet i samsvar med hjemlandets rett.

Hva gjaldt adgangen til å stille krav til vilkår utover det som fulgte av Utsendingsdirektivet, kom EU-domstolen til at ettersom fagforeningens krav gikk utover minstevilkårene som fastsatt i svensk lov, kunne ikke vilkårene godtas. Det kan altså ikke være en betingelse for tjenesteytelsen og utsendingen at arbeidsgiveren aksepterer et høyere nivå av (eller et større antall) lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av artikkel 3(1), eller det som er fastsatt i nasjonale bestemmelser.

Imidlertid er det nylig vedtatt endringer i Utsendingsdirektivet, gjennom endringsdirektiv (EU) 2018/957 («Endringsdirektivet»). I Endringsdirektivet er det bestemt at Utsendingsdirektivet skal endres med virkning for lønnsbegrepet. I stedet for bestemmelsen om minstelønn, skal direktivet kun sette krav om «lønn».

For det andre, kom EU-domstolen i *Laval* til at et krav om tariffavtale ikke var forenlig med EØS-avtalen fordi det i Sverige ikke forelå minstelønnsbestemmelser (av noen art) som var tilstrekkelig presise og tilgjengelige med hensyn til utsendingsforetakets muligheter til å forutse hvilke vilkår de ville være bundet av gjennom tariffavtalen.⁹ Det betyr at også hensynet til oppdragsgiverens mulighet til å oppfylle pålegget må tas i betraktning ved vurderingen av påleggets forenlighet med dagens rettstilstand.

3.3.3 EØS-avtalen artikkel 36

Prinsippet om fri bevegelse for tjenester innebærer både et forbud mot forskjellsbehandling til skade for tjenesteytere etablert i en annen medlemsstat enn der tjenesten ytes og et forbud mot øvrige restriksjoner på fri bevegelse for tjenester.¹⁰ EØS-avtalen artikkel 36 bestemmer at innenfor rammen av EØS-avtalen

«skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innenfor avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFS medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFS medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteyterens mottaker»

EØS-avtalen artikkel 36 forbyr altså restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innenfor avtalepartenes territorium, dersom disse vil kunne ramme statsborgere som er etablert i én EØS-stat og yter tjenester i en annen. En «restriksjon» er ifølge EU-domstolens praksis ethvert tiltak som en EØS-stat har latt få virkning på sitt territorium, og som kan medføre at tjenesteytelse på dette territoriet utøvd av en tjenesteyter med hjemsted i en annen EØS-stat blir vanskeligere eller mindre fordelaktig.¹¹

⁸ Se avsnittene 79-81 og 111.

⁹ Se avsnittene 109-110.

¹⁰ Se sak C-76/90 *Säger* avsnitt 12 og C-205/99 *Analir* avsnitt 21.

¹¹ Se sak E-2/11 *STX* avsnitt 79.

Både diskriminerende og ikke-diskriminerende restriksjoner kan være ulovlige etter EØS-avtalen artikkel 36. Det følger av fast praksis fra EU-domstolen at det gjelder et vidtrekkende og generelt restriksjonsforbud. Innholdet i restriksjonsbegrepet kommer til uttrykk blant annet i C-165/98 *Mazzoleni*:

«Anvendelsen af værtsmedlemsstatens nationale lovgivning på tjenesteydere kan i denne forbindelse være til hinder for, indebære ulemper for eller gøre disse tjenesteydelser mindre tiltrækkende, i det omfang denne lovgivning medfører udgifter samt yderligere administrative og økonomiske omkostninger.»¹²

Både direkte og indirekte restriksjoner omfattes, og det er på det rene at det gjelder et vidtgående og generelt restriksjonsforbud. Utgangspunktet etter EU-domstolens praksis er at pålegg om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter kan utgjøre en restriksjon på fri bevegelighet for tjenester.¹³ I C-341/05 *Laval* ble svenske fagforeningers iverksettelse av kollektive tiltak som kunne tvinge virksomheter hjemmehørende i andre medlemsstater til å tiltre tariffavtaler når virksomhetene ytte tjenester i Sverige også vurdert som en restriksjon på fri bevegelighet for tjenester. Det betyr at også pålegg om tariffavtale må vurderes under restriksjonsforbudet.

Restriksjonsforbudet er imidlertid ikke absolutt. For det første gir EØS-avtalen artikkel 33, jf. 39 statene adgang til å begrense tjenestefriheten der det er nødvendig for å ivareta «den offentlige orden, sikkerhet og folkehelsen». Terskelen for anvendelse av dette unntaket er imidlertid høy, og vi anser ikke unntaket anvendelig for et tilfelle som det foreliggende. Men, EU- og EFTA-domstolen har slått fast at en lang rekke andre ikke-økonomiske samfunnshensyn («tvingende allmenne hensyn») kan begrunne inngrep i de fire friheter, herunder tjenestefriheten.

Hvis arbeid i Norge utføres av arbeidere med lønn fra lavkostnadsland kan det oppstå en utfordrende lønnskurrans. Dette vil kunne gi et urimelig press på lønnsnivået, særlig for høykostland, og er en problemstilling som har vært gjenstand for både sekundærlovgivning og rettspraksis i EFTA- og EU-domstolen. Det betyr at begrensninger i tjenestefriheten kan være nødvendig for å sikre tilstrekkelig beskyttelse og regulering av arbeidstakere og arbeidsmarked.

I lys av ovennevnte utfordringer tilknyttet et ubetinget restriksjonsforbud, har EU- og EFTA-domstolen slått fast at enkelte restriksjoner i form av nasjonal lovregulering og krav til arbeidsgivere kan tillates etter læren om tvingende allmenne hensyn, på nærmere bestemte vilkår. Dette unntaket fra prinsippet om ubegrenset tjenesteflyt følger følgelig av primærretten i EØS-avtalen og kommer til uttrykk gjennom betydelig rettspraksis tilknyttet tjenestefriheten i EØS-avtalens art. 36 (og tilsvarende i TEUV artikkel 56).

4 RETTSLIG VURDERING

4.1 Innledning

Som vår gjennomgang av faktisk og rettslig bakgrunn i punkt 3 viser, er det ingen rent nasjonale bestemmelser som regulerer adgangen til å stille krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale for fylkeskommunale leverandører. De rettslige begrensningene for denne adgangen må derfor vurderes i lys av Utsendingsdirektivet og EØS-avtalen.

¹² Se avsnitt 24.

¹³ Se blant annet sak C-549/13 *Bundesdruckerei*, hvor det ble ansett i strid med TEUV artikkel 56 (som tilsvarende EØS-avtalen artikkel 36) å stille krav til minstelønn i en offentlig anskaffelse og C-346/07 *Rüffert*.

Som nevnt innledningsvis, vil et krav om tilslutning til tariffavtale i realiteten få virkning på flere nivåer; det vil få virkning for den fylkeskommunale leverandøren som må melde seg inn i en arbeidsgiverforening for å ha mulighet til å slutte seg til norsk landsdekkende tariffavtale. Det vil også få virkning i forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, ved at en tariffavtale vil berøre både de materielle og de prosessuelle vilkårene som ligger til grunn for arbeidsavtalen. Til sist vil det også ha virkning for arbeidstakerne ved at de skal gis rettigheter i samsvar med de lønns- og arbeidsvilkår som følger av tariffavtalen.

Alle de nevnte forholdene spiller inn i den EØS-rettslige vurderingen av adgangen til å stille krav om tariffavtale for fylkeskommunale leverandører. I tilfeller der EU-domstolen har vurdert hvilke begrensninger som finnes i adgangen til å stille materielle krav til arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår har Utsendingsdirektivet og EØS-avtalen 36 blitt vurdert samlet. Det vil vi også gjøre i punkt 4.2 i den følgende vurderingen.

Samtidig må også forholdet til de anskaffelsesrettslige begrensningene behandles. I punkt 4.3 skal vi derfor vurdere krav om tariffavtale opp mot det generelle kravet til likebehandling av tilbydere nedfelt i LOA § 4, sett i lys av kravet om ikke-diskriminering i EØS-avtalen artikkel 4. I punkt 4.4 gjør vi rede for hvordan kravet om et grenseoverskridende element skal forstås, og derigjennom hvilke offentlige innkjøp som faller inn under EØS-avtalen.

4.2 EØS-rettslig vurdering av adgangen til å stille krav om tariffavtale for fylkeskommunale leverandører

Som nevnt under punkt 3.3.4 vurderer vi det slik at det å stille krav om at fylkeskommunale leverandører skal slutte seg til norsk landsdekkende tariffavtale utgjør en restriksjon for tjenestefriheten slik den er nedfelt i EØS-avtalen artikkel 36. En restriksjon kan imidlertid være tillatt dersom nærmere bestemte vilkår er oppfylt. Hvorvidt et fylkeskommunalt krav til tariffavtale kan rettferdiggjøres etter primærretten i EØS-avtalen beror på om vilkårene i den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn er oppfylt.

Læren om tvingende allmenne hensyn innebærer at restriksjoner i tjenestefriheten likevel tillates dersom restriksjonen er begrunnet i et legitimt formål og er forholdsmessig.

Av særlig betydning for adgangen til å pålegge at fylkeskommunale leverandører skal være tilsluttet norsk landsdekkende tariffavtale er hensynet til beskyttelse av arbeidstakere. Hensynet til beskyttelse av arbeidstakere er anerkjent i EU-domstolens praksis som et tvingende allment hensyn som kan rettferdiggjøre restriksjoner på fri bevegelse for tjenester.¹⁴ Etter *Laval*-dommen må det også antas at annen regulering av lønns og arbeidsvilkår, slik som tariffavtaler, vil kunne være omfattet. I avgjørelsen bemerker EU-domstolen

*«at en blokade, der er iværksat af en fagforening i værtsmedlemsstaten, der har til formål at garantere arbejdstagere, der er udstationerede som led i grænseoverskridende levering af tjenesteydelser, arbejds- og ansættelsesvilkår på et bestemt niveau, i princippet er omfattet af formålet om beskyttelse af arbejdstagere».*¹⁵

¹⁴ C-288/89 Gouda avsn. 14, med henvisning til C-279/80 Webb avsn. 19, C-62/81 Seco avsn. 14, og C-113/89 Rush Portuguesa avsn. 18

¹⁵ Se C-341/05 *Laval* avsnitt 107.

Som utgangspunkt kan det altså argumenteres for at pålegg om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale for fylkeskommunale leverandører er begrunnet i det legitime hensynet beskyttelse av arbeidstakere.

I kravet til forholdsmessighet ligger det at tiltaket må være egnet og nødvendig for å ivareta det legitime formålet, samtidig som tiltaket ikke innebærer et uforholdsmessig inngrep i fri bevegelse. For at tiltaket skal være egnet og nødvendig er det et tilleggsvilkår at tiltaket anvendes på en konsistent måte.

Som et utgangspunkt kan det legges til grunn at krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale for fylkeskommunale leverandører er egnet til å ivareta hensynet til beskyttelse av arbeidstakere. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om kravet til konsistens er oppfylt. I EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-2/11 STX, som gjaldt spørsmålet om hvorvidt enkelte lønns- og arbeidsvilkår i allmenngjort tariffavtale var i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, er dette vilkåret formulert som et krav om at «*slik nasjonal lovgivning får lik anvendelse på alle personer og foretak som driver virksomhet på territoriet til den EØS-staten der tjenesten ytes*». ¹⁶

En avgjørelse som illustrerer dette kravet er C-346/06 *Rüffert*. I avgjørelsen behandlet EU-domstolen lovligheten av tysk delstatslovgivning som stilte krav om lønns- og arbeidsvilkår i en offentlig kontrakt gjennom henvisning til en tariffavtale. Tariffavtalen var ikke blitt allmenngjort, den gjaldt kun offentlige kontrakter og fikk bare anvendelse innen byggebransjen. Under henvisning til at kravet om konsistens ikke var oppfylt, kom EU-domstolen til at den tyske delstatslovgivningen ikke var egnet til å oppnå formålet om beskyttelse av arbeidstakerne. ¹⁷

Beslutningen om å stille krav til norsk landsdekkende tariffavtale får kun virkning for de offentlige innkjøp som Vestland fylkeskommune foretar. Det vil si at beslutningen ikke får lik anvendelse på alle personer og alle foretak som driver virksomhet på norsk territorium. Dette taler i retning av at konsistensvilkåret ikke er oppfylt, og dermed at tiltaket ikke er egnet til å ivareta formålet om beskyttelse av arbeidstakerne.

En avgjørelse som kan tas til inntekt for at konsistensvilkåret ikke skal tolkes like strengt som det som ble lagt til grunn i *Rüffert* er C-115/14 *RegioPost*. Saken gjaldt spørsmål om EU-direktivene åpner for at tysk delstatslovgivning kan gi bestemmelser om minstelønn i offentlige anskaffelser for utsendte arbeidstakere. Ordningen gikk ut på at tilbyderer og eventuelle underleverandører må undertegne på at de skal betale de utsendte arbeidstakerne en viss fastsatt minstelønn. Bekreftelse på at de utsendte arbeidstakerne skulle få den fastsatte minstelønnen skulle vedlegges tilbudet. Om denne ikke forelå, kunne tilbyderer avvises.

EU-domstolen kom til at fordi bestemmelsen om minstelønn var gitt i en regional lovbestemmelse som i prinsippet gjelder alle offentlige innkjøp som skjer i delstaten uavhengig av hvilken sektor det er snakk om, var den ikke i strid med EU-retten. På bakgrunn av *RegioPost*-avgjørelsen kan det dermed argumenteres for at konsistensvilkåret er oppfylt for fylkestingets beslutning også, og dermed at det er egnet til å beskytte arbeidstakerne.

Uavhengig av om konsistensvilkåret er oppfylt for tiltaket, må tiltaket likevel ikke være så inngripende at det utgjør et uforholdsmessig inngrep i tjenestefriheten, jf. EØS-avtalen artikkel 36. Vurderingen av om

¹⁶ Se E-2/11 STX avsnitt 80.

¹⁷ Se C-346/06 *Rüffert*.

tiltaket er forholdsmessig innebærer en avveining mellom målsettingen med tiltaket og inngrepet tiltaket gjør i tjenestefriheten.¹⁸

Et krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale må anses å gjøre et betydelig inngrep i tjenestefriheten. Å være part i en tariffavtale fører med seg en rekke både materielle og prosessuelle bestemmelser som tilbyderen må overholde. Kravet til norsk landsdekkende tariffavtale er også svært generelt, noe som betyr at tilbyderen må ha oversikt over hvilke landsdekkende tariffavtaler som gjelder for hvilke deler av sin virksomhet før han kan inngi tilbud i en konkurranse.

Å få oversikt over det lappeteppet det norske tariffavtalesystemet utgjør, er vanskelig også for innenlandske tilbydere. Den byrden det medfører for utenlandske tilbydere er så inngripende at det etter vårt syn vanskelig kan argumenteres for at krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale er forholdsmessig.

Denne vurderingen støttes også av *Laval*, hvor EU-domstolen kom til at et krav om tariffavtale ikke var forenlig med EØS-avtalen fordi det i Sverige ikke forelå minstelønnsbestemmelser (av noen art) som var tilstrekkelig presise og tilgjengelige med hensyn til utsendingsforetakets muligheter til å forutse hvilke vilkår de ville være bundet av gjennom tariffavtalen.¹⁹ Det betyr at også hensynet til oppdragsgiverens mulighet til å oppfylle pålegget må tas i betraktning ved vurderingen av påleggets forholdsmessighet.

Også den tidligere nevnte avgjørelsen *C-165/98 Mazzoleni* støtter denne konklusjonen. Saken gjaldt om Belgia kunne kreve at arbeidstakere i et fransk selskap, som dels utførte arbeid i Frankrike og dels i Belgia, måtte følge belgiske regler om minstelønn. Under henvisning til de administrative ulempene dette ville medføre for arbeidsgiveren kom EU-domstolen til at et slikt krav ikke var forholdsmessig.

Også det forhold at mindre inngripende tiltak kan gjennomføres for å sikre arbeidstakernes beskyttelse er av betydning. Et krav om tilslutning til tariffavtale for tilbyderen, vil for arbeidstakerne medføre en rett til de lønns- og arbeidsvilkår som er fastsatt i tariffavtalen. Utsendingsdirektivet regulerer som nevnt hvilke lønns- og arbeidsvilkår det kan stilles krav om i offentlige kontrakter innad i EU. I tillegg har vi i nasjonal rett forskrift om lønns- og arbeidsvilkår som gir oppdragsgiver en vid adgang til å stille krav til lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere i offentlige kontrakter.

I lys av de nevnte reguleringene, har oppdragsgiver en vid adgang til å bestemme hvilket minstenivå av lønns- og arbeidsvilkår som skal gjøres gjeldende for arbeidstakere i offentlige anskaffelser. En tariffavtale vil i svært liten grad gå lenger enn de vilkår som er lov til å stille etter den nevnte lovgivningen. Et krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale er derfor etter vårt syn sannsynligvis ikke forholdsmessig.

I lys av det ovennevnte, anser vi det som ganske klart at et krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale for fylkeskommunale leverandører ikke kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn. Det betyr at beslutningen svært nærliggende er i strid med EØS-avtalen artikkel 36 om tjenestefrihet.

4.3 Anskaffelsesrettslig handlingsrom for pålegg om tariffavtale

Ettersom vi allerede er kommet til at et krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale for fylkeskommunale tilbydere med høy sannsynlighet er i strid med EØS-avtalen, skal vi kun kort behandle

¹⁸ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 127.

¹⁹ Se avsnittene 109-110.

hvilke begrensninger det generelle likebehandlingsprinsippet nedfelt i LOA § 4 i lys av kravet om ikke-diskriminering i EØS-avtalen artikkel 4 har å si for adgangen til å stille et slikt krav.

Utgangspunktet er at et pålegg om tariffavtale for fylkeskommunale innkjøp vil gjelde likt for nasjonale og utenlandske tilbydere. På den måten utgjør ikke pålegget noen formell diskriminering av tilbydere. Samtidig oppstår derimot problemstillingen om hvorvidt kravene på en indirekte måte vanskeliggjør tjenesteleveranser fra utenlandske aktører i Norge. Indirekte diskriminerende tiltak må vurderes etter deres forholdsmessighet, og tillates bare i den utstrekning forholdsmessighetskravet anses oppfylt.

EU-domstolen har uttalt at det innebærer indirekte diskriminering når en bestemmelse etter sin selve karakter er egnet til å i større grad å berøre utenlandske enn innenlandske statsborgere, og dermed risikerer å stille utenlandske statsborgere dårligere.²⁰ Et pålegg om at offentlige innkjøpere pålegges tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale kan, slik vi ser det, for det første favorisere tilbydere som allerede er tilknyttet norsk landsdekkende tariffavtale. I tillegg kan det være vanskeligere for utenlandske tilbydere å få/innhente informasjon om hvilke tariffavtaler som kan benyttes og også hvilke vilkår som fremgår av tariffavtalen.

Som vist til under punkt 4.2 medfører et krav om tariffavtale både praktiske og rettslige ulemper for utenlandske tilbydere ved krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale. Slike avtaler kan også stille mer vidtrekkende krav til lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår. I lys av forholdsmessighetsvurderingen under samme punkt (4.2), mener vi det er svært vanskelig å argumentere for at et slikt krav om tariffavtale er forenlig med det generelle likebehandlingsprinsippet sett i lys av kravet om ikke-diskriminering, jf. EØS-avtalen artikkel 4.

Vi anser det derfor som svært nærliggende at et krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale for fylkeskommunale tilbydere også er i strid med likebehandlingsprinsippet og kravet om ikke-diskriminering.

4.4 Kravet til grenseoverskridende element

For at EØS-avtalen skal sette begrensninger for private aktørers handlefrihet, er det et krav om at det foreligger et grenseoverskridende element. Det betyr at rent interne situasjoner, det vil si aktiviteter avgrenset til én og samme medlemsstat, ikke reguleres av EØS-avtalen.

I anskaffelsesretten er det forsøkt standardisert hvilke anskaffelser som i alle tilfeller anses for å ha grenseoverskridende interesse. Dette er gjort gjennom EØS-terskelverdiene. Dersom et offentlig innkjøp har en verdi over EØS-terskelverdien, er det bestemt at anskaffelsen kan være av interesse for tilbydere fra andre medlemsstater og dermed reguleres den av EØS-avtalen. Det synes som at dette gjelder uavhengig av om det foreligger et grenseoverskridende element som sådan.

Dette ble blant annet lagt til grunn i sak C-115/14 *RegioPost*, hvor alle partene var hjemmehørende i Tyskland, og anskaffelsen så derfor ut til å gjelde et rent internt forhold. Likevel, ettersom anskaffelsen var over terskelverdien, anså EU-domstolen den som en EU-anskaffelse noe som gjorde at TEUV artikkel 56 (tilsvarende EØS-avtalen artikkel 36) og tjenstedirektivet kom til anvendelse.

Alle innkjøp over EØS-terskelverdiene som Vestland fylkeskommune foretar må derfor som utgangspunkt underlegges EØS-avtalens regler om de fire friheter. Som vist til under punkt 4.2 er et krav om tilslutning til

²⁰ Se f.eks. forente saker C-570-571/07 *Pérez og Gomez* avsnitt 119.

norsk landsdekkende tariffavtale ganske sikkert i strid med EØS-avtalens artikkel 36 om fri flyt av tjenester. Det betyr at anskaffelser over EØS-terskelverdiene, hvor det stilles krav om tilslutning til tariffavtale, etter vårt syn er rettsstridig.

For anskaffelser *under* EØS-terskelverdiene må denne konklusjonen nyanseres noe. Ikke alle anskaffelser under EØS-terskelverdiene må underlegges EØS-avtalens bestemmelser. Samtidig har både EFTA-domstolen og EU-domstolen i sin praksis gjennomgående lagt til grunn at i tilfeller der oppdragsgiver er et pliktsubjekt som omfattes av EØS-avtalen og der kontrakten har et grenseoverskridende element, er oppdragsgiver, uavhengig av kontraktens verdi, bundet av EØS-avtalens regler om de fire friheter.²¹

Vestland fylkeskommune er et pliktsubjekt som omfattes av EØS-avtalen. For å avgjøre hvorvidt et innkjøp må vurderes i lys av EØS-avtalen, er det derfor nødvendig å undersøke i hvilke tilfeller det foreligger et grenseoverskridende element. For å avgjøre om en kontrakt som er under terskelverdiene omfattes av EØS-avtalens bestemmelser om de fire friheter må det gjøres en konkret og individuell vurdering av om tildelingen av den enkelte kontrakt inneholder et grenseoverskridende element, som igjen beror på om kontrakten kan tenkes å være av interesse for utenlandske tilbydere.

Et grenseoverskridende element foreligger når det skjer økonomisk aktivitet på tvers av EØS-statens grenser. Typisk vil det gjelde tilfeller hvor enten tjenesteyteren eller tjenestemottakeren tilbyr eller mottar en tjeneste i en annen medlemsstat enn der de er etablert, eller når både tjenesteyteren og tjenestemottakeren møtes for å yte og motta tjenester i en tredje medlemsstat hvor ingen av dem er etablert.

Det alminnelige utgangspunktet er at EØS-avtalen ikke kommer til anvendelse før det grenseoverskridende elementet er *aktualisert*, det vil si tidspunktet der et element krysser en grense. I anbudskonkurranser vil ikke det grenseoverskridende elementet aktualiseres før kontraktoppstart, og kun i tilfeller der kontrakt er inngått med en utenlandsk leverandør. EU-domstolen har imidlertid modifisert utgangspunktet om at det grenseoverskridende elementet må være aktualisert for at EØS-avtalen skal komme til anvendelse i sin praksis. I sak C-384/93 *Alpine Investments* uttalte EU-domstolen at:

«at den frie udveksling af tjenesteydelser ville blive illusorisk, såfremt nationale bestemmelser frit kunne opstille hindringer for tilbud om tjenesteydelser. Anvendelsen af bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser kan derfor ikke skulle betinges af, at tilbuddet rettes til en på forhånd bestemt modtager»²²

Slik vi forstår EU-domstolen, betyr dette at det ikke er et krav om at det skal kunne påvises at en konkret leverandør blir hindret fra å inngi tilbud, og dermed kreves det heller ikke at noen konkrete grenseoverskridende aktiviteter blir hindret. Det er tilstrekkelig at tiltaket *generelt* er til hinder for å nå *potensielle* tjenesteytere i andre medlemsstater uten at det må være identifisert noen konkret tjenesteytere i andre EØS-stater som kan ha interesse av å yte tjenesten.

I praksis betyr det at så fremt Vestland fylkeskommunes krav om at leverandører skal være tilknyttet norsk landsdekkende tariffavtale generelt kan være til hinder for å nå potensielle tjenesteytere som kan ha en *interesse* av å inngi tilbud i anbudskonkurransen, vil man stå overfor et tilfelle som underlegges EØS-avtalens artikkel 36.

²¹ Se saker C-324/98 *Teleaustria*, C-231/03 *Coname* og E-24/13 *Wolfgang Egger*.

²² Se sak C-384/93 *Alpine Investments* avsnitt 19.

Betydningen av potensielle tjenesteyteres *interesse* i å delta i anbudskonkurranser for spørsmålet om et tiltak utgjør en restriksjon ble også vurdert i sak C-458/03 *Parking Brixen*. Saken gjaldt en kontrakt om å drive de kommunale parkeringshusene i den italienske kommunen Brixen. Et italiensk selskap ble tildelt kontrakten, og et annet italiensk selskap, Parking Brixen, anførte at dette utgjorde et brudd på blant annet TEUV artikkel 56 (som tilsvarer EØS-avtalen artikkel 36). EU-domstolen kom til at:

*«Det kan nemlig ikke i hovedsagen udelukkes, at virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater end Den Italienske Republik, kunne have **haft interesse i at præstere de omhandlede tjenester** (jf. i samme retning dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 33). Da tildelingen af en offentlig tjenesteydelseskoncession som den i hovedsagen omhandlede imidlertid ikke blev offentliggjort, og da der ikke blev afholdt offentligt udbud, foreligger der en forskelsbehandling, i hvert fald potentielt, til skade for virksomheder fra andre medlemsstater, der hindres i at udøve de traktatfæstede friheder til at udbyde tjenester og til at etablere sig»²³ (vår utheving)*

I praksis blir spørsmålet hvordan man skal avgjøre hvorvidt man står overfor et tilfelle hvor en anskaffelse under EØS-terskelverdiene kan være av interesse for potensielle tjenesteytere som er etablert i andre medlemsstater.

I 2006 utga EU-kommisjonen en tolkningsuttalelse for å klargjøre i hvilke tilfeller EU-retten kom til anvendelse på kontrakter som ikke er, eller kun delvis er, omfattet av anskaffelsesdirektivene, herunder kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene. En tolkningsuttalelse er ikke formelt bindende, men den gir uttrykk for Kommisjonens forståelse av hva som er gjeldende rett.

I uttalelsen fremgår det at det er oppdragsgiver som har ansvar for å vurdere om en kontrakt potensielt kan være interessant for leverandører i andre medlemsstater. Oppdragsgiver må i hvert tilfelle vurdere de individuelle omstendighetene for den konkrete kontrakten i lys av kontraktens anslåtte verdi, hva som skal anskaffes, spesielle forhold i den aktuelle sektor (for eksempel markedets størrelse og hvordan markedet fungerer) og den geografiske plasseringen for stedet der kontrakten skal utføres.²⁴ Dette er kun eksempler på hvilke elementer i kontrakten som kan vurderes. Listen er ikke uttømmende.

EU-domstolens praksis tyder på at det ikke skal mye til før en kontrakt kan ha grenseoverskridende interesse. I C-147/06 SECAP uttalte EU-domstolen at:

«En kontrakt om udførelse af arbejder vil eksempelvis kunne have en sådan grænseoverskridende interesse på grund af sin anslåede værdi i kombination med sin tekniske karakter eller som følge af, at arbejderne skal udføres på et sted, som kan have interesse for udenlandske erhvervsdrivende [...]

Det vil også være muligt under visse omstændigheder at udelukke, at der foreligger en sådan interesse, f.eks. når den pågældende kontrakt har en meget begrænset økonomisk betydning [...] Det er dog nødvendigt at tage hensyn til, at landegrænserne undertiden løber gennem bebyggelser i forskellige medlemsstater, hvorfor selv

²³ Se sak C-458/03 *Parking Brixen* avsnitt 55.

²⁴ Se EU-kommisjonens tolkningsuttalelse

kontrakter af ringe økonomisk betydning under sådanne forhold kan have en klar grænseoverskridende interesse».²⁵

Utdraget fra avgjørelsen viser at EU-domstolen legger til grunn omtrent de samme vurderingsmomentene som ble fremhevet i EU-kommisjonens tolkningsuttalelse i vurderingen av hva som skal til for at en kontrakt skal ha interesse også for leverandører i en annen medlemsstat. Vi tolker EU-domstolen slik at terskelen for at en anskaffelse skal anses for å ha grænseoverskridende interesse er ganske lav.

I det følgende skal vi gå nærmere inn i vurderingsmomentene som er hentet frem som eksempler når det skal avgjøres om en kontrakt er av interesse for potensielle tjenesteytere etablert i andre medlemsstater. Herunder skal vi forsøke å klargjøre i hvilke tilfeller det må antas at en kontrakt har et grænseoverskridende element til tross for at kontraktsverdien ligger under EØS-terskelverdiene.

4.4.1 Kontraktens verdi

Dersom kontraktens verdi ligger tett opp til EØS-terskelverdien betyr det at det er relativt stor sannsynlighet for at kontrakten kan være interessant for leverandører etablert i andre medlemsstater. For eksempel vil bygge- og anleggskontrakter ofte ha en betydelig økonomisk verdi selv om verdien ligger under EØS-terskelverdien og kan derfor i mange tilfeller være interessant for andre leverandører enn kun de nasjonale.

Det betyr imidlertid ikke at kontrakter som verdimessig ligger langt under EØS-terskelverdien automatisk vil være uten interesse for leverandører fra andre medlemsstater. Blant annet kan kontrakter av lav verdi være av interesse dersom kontrakten for eksempel inneholder elementer av «teknisk karakter». Dette ble fremhevet av EU-domstolen i sak C-147/06 *SECAP*.²⁶ EU-domstolen presiserte ikke hva som kan utgjøre elementer av teknisk karakter i den nevnte avgjørelsen, men i sak C-278/14 *Enterprise Forced Solutions* ble en kontrakt ansett for å ha grænseoverskridende interesse fordi den gjaldt levering av tekniske komponenter med referanse til et internasjonalt kjent merke.

I sak C-278/14 *Enterprise Forced Solutions* kom EU-domstolen til at anskaffelsens tekniske egenskaper førte til at den var av interesse også for utenlandske leverandører. Kontrakten gjaldt levering av IT-utstyr og lå under EØS-terskelverdien. I konkurransegrunnlaget var det spesifisert at prosessoren i IT-utstyret skulle være en «*Intel Core i5 3,2 GHz-processor eller tilsvarende*». EU-domstolen la til grunn at kontrakten, uavhengig av den begrensede verdien, hadde grænseoverskridende interesse fordi den gjaldt levering av IT-systemer og materialer med referanse til et internasjonalt kjent merke.

Vi antar at også tilfeller der utenlandske leverandører kan ha særlig teknisk kunnskap om elementer som er relevante for en kontrakt, vil kunne være av grænseoverskridende interesse til tross for lav kontraktsverdi.

Også små- og mellomstore foretak etablert i andre medlemsstater kan være interessert i kontrakter av lav økonomisk verdi dersom det betyr at de får mulighet til å komme inn på et marked.²⁷ Sak C-388/12 gjaldt et tilfelle hvor en italiensk kommune hadde tildelt en konsesjonskontrakt til en leverandør uten å offentliggjøre kontrakten først. Kommunen argumenterte for at kontrakten økonomisk sett ikke var interessant for leverandører i andre land enn Italia fordi kontrakten verken kunne generere særlig store nettoinntekter for mottakeren eller gi en urettmessig fordel for mottaker eller kommunen.

²⁵ Se avsnitt 24 og 31.

²⁶ Se sak C-147/06 *SECAP* avsnitt 24.

²⁷ EU-kommisjonens tolkningsuttalelse

EU-domstolen var ikke enig i dette, og mente kommunens begrunnelse ikke var tilstrekkelig til å kunne utelukke at konsesjonskontrakten kunne ha økonomisk interesse for leverandører i andre medlemsstater. EU-domstolen uttalte blant annet at en leverandør som ønsker å utvide sine aktiviteter til en annen medlemsstat, kan ønske å inngå konsesjonskontrakter selv om dette ikke genererer fortjeneste. Leverandøren kan for eksempel ønske en slik konsesjonskontrakt for å etablere seg på markedet og skape oppmerksomhet om sin virksomhet.

En kontrakt med lav verdi kan imidlertid antas å ha liten interesse for leverandører etablert i andre medlemsstater dersom transportkostnadene eller etableringskostnadene relativt sett er høye sammenliknet med kontraktsverdien. I slike tilfeller kan det antas at en kontrakt kan være av rent nasjonal interesse, noe som igjen betyr at EØS-avtalens regler om fri flyt av tjenester ikke kommer til anvendelse.

4.4.2 Utførelsesstedet

Stedet hvor kontrakten skal utføres kan også være av betydning for om kontrakten er av interesse for leverandører etablert i andre medlemsstater. Dersom kontrakten skal utføres i nærheten av landegrenser taler dette for at kontrakten kan være av interesse også for andre enn rent nasjonale leverandører.

Generelt vil norske anskaffelser på bakgrunn av dette punktet kunne være av interesse for særlig svenske, danske og finske leverandører. Men, ettersom Vestland fylkeskommune ligger langt vekk fra de nevnte landenes grenser, er det generelt sett mindre sannsynlighet for at offentlige kontrakter i Vestland fylkeskommune er av interesse enn kontrakter med oppfyllelse i et område med direkte grense til våre naboland. Men, her må det som nevnt gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

4.4.3 Kontraktens art

Hva slags kontrakt det er snakk om vil også kunne være av betydning for interessen. En vare- eller tjenestekontrakt under EØS-terskelverdien vil muligens være av større interesse for utenlandske leverandører enn en bygge- og anleggskontrakt under EØS-terskelverdien. For tjenesteanskaffelser fordrer dette at tjenestekontrakten ikke krever lokal tilstedeværelse, og at den eller de relevante tjenestene kan fjernleveres.

Vareanskaffelser vil i mange tilfeller ikke kreve at den utenlandske leverandøren etablerer seg i medlemsstaten hvor varene skal leveres. Dette gjelder spesielt der anskaffelsene ikke krever særlig oppfølging, eller der oppfølgingen kan skje fra medlemsstaten hvor leverandøren allerede er etablert. For noen typer IT-tjenester er det for eksempel ikke nødvendig med lokal tilstedeværelse.

4.4.4 Andre relevante forhold

I teorien er det også fremhevet andre relevante forhold som kan være av betydning for om utenlandske leverandører kan ha interesse av å inngi tilbud i en anbudskonkurranse. Blant annet kan det tenkes at utenlandske leverandører kan ha interesse av å delta i en konkurranse der det er få nasjonale leverandører innenfor det relevante markedet.²⁸

Det kan også være slik at kontrakter som i utgangspunktet ikke er av interesse for utenlandske leverandører, kan bli av interesse dersom økonomien i den relevante medlemsstaten i perioder er svak. Et annet relevant forhold er der kontrakten har et krav om å kunne snakke det nasjonale språket. For eksempel kan det være nødvendig å kunne snakke det nasjonale språket dersom kontrakten innebærer å utføre helsehjelp for eldre,

²⁸ C. R. Hamer (2016) *Grundlæggende Udbudsret* s. 190

noe som igjen kan føre til at en kontrakt kun er interessant for rent nasjonale leverandører. På den andre siden kan leverandøren ha eller ansette personale som snakker det nasjonale språket, og i så fall vil kontrakten være av interesse for utenlandske tilbydere likevel.

Som det fremgår over, er det mange eksempler på at anskaffelser under EØS-terskelverdiene likevel har interesse for utenlandske leverandører, og dermed må underlegges EØS-avtalens bestemmelser, herunder EØS-avtalen artikkel 36. Dersom Vestland fylkeskommune vurderer en kontrakt slik at den potensielt kan være av interesse for utenlandske tilbydere, betyr det sannsynligvis at et krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale er i strid med EØS-retten selv om kontraktsverdien ligger under EØS-terskelverdi.

For de kontrakter som ikke er av grenseoverskridende interesse, stiller ikke EØS-avtalen begrensninger for muligheten til å stille krav om at tilbyder skal tilsluttes norsk landsdekkende tariffavtale. Det betyr at EØS-rettslig kan et pålegg om tariffavtale være forenlig med EØS-avtalen.

Det kan imidlertid være andre rettslige begrensninger for et slikt pålegg. Thommessen har blant annet pekt på EMD artikkel 11 som knesetter prinsippet om organisasjonsfrihet, herunder friheten til å ikke organisere seg. Som vi påpeker innledningsvis tolker vi pålegget om tariffavtale som et krav til tilbyder. Samtidig vil et pålegg om tariffavtale også gripe inn i avtaleforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker både prosessuelt og materielt, og kan derfor komme i konflikt både med arbeidsgivers, men også arbeidstakers, rett til organisasjonsfrihet.

Et annet aspekt av relevans er hvilken adgang en tredjepart, her oppdragsgiver, har til å stille krav til avtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Vi mener også denne virkningen av et pålegg om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale må undersøkes før det kan tas stilling til om et slikt pålegg er tillatt.

Kluge Advokatfirma AS