
Saksnr: 2021/19094-3
Saksbehandlar: Berit Dianne Kilvær
Dato: 14.09.2021

Til: Fylkesutvalet og fylkestinget

Frå: Fylkeskommunedirektøren

Tillegg til sak 2021-19094 - Utgreiing om konsekvensar knytt til innstillingar i saka om seriøsitetskrav i Vestland fylkeskommune

Samandrag og tilråding

Saka om seriøsitetskrav i Vestland fylkeskommune blei behandla i alle hovudutvala. Det blei fremma ei alternativ innstilling i alle hovudutvala, men det blei gjort ulike vedtak.

Kommunelova §13-4 fjerde ledd har slik ordlyd

Kommunedirektøren skal påse at vedtak som treffes av folkevalgte organer, blir iverksatt uten ugrunnet opphold. Hvis kommunedirektøren blir oppmerksom på faktiske eller rettslige forhold som har sentral betydning for iverksettingen av vedtaket, skal han eller hun gjøre det folkevalgte organet oppmerksom på dette på en egnet måte».

Kravet i lova er eit utslag av kravet om at saker skal vere forsvarleg utgreidd. Dette er igjen eit krav til at saksframstillinga skal gje eit faktisk og rettsleg grunnlag for å treffe vedtak.

I denne saka ligg det føre vurderingar i tidlegare utgreiingar frå KS om at nokre av punkta i alternativ innstillinga kan vere i strid med lov og forskrift om offentlege anskaffingar, sjå punkt 3 (løn mellom oppdrag) ,6 (krav om ein UE) og 7(krav om landsdekkande tariffavtale) under. Når det til dømes gjeld krav om maks eit ledd med underentreprenør, så har. KS har i ei utgreiing lagt til grunn at dette «er i strid med Lov om offentlege anskaffingar § 4.»

Ei eventuell ordning om å nytta berre eit nivå med UE vil også føre til svært store endringar i gjennomføringa av oppdraga. Eigedom, Bybanen Utbygging og INV må i så fall gå inn i den rolla som total- og hovudentreprenøren har i dag. Det betyr VLFK må styra produksjonen og framdrifta til prosjekta gjennom å inngå mange delte entreprisar. Vår organisasjon er ikkje organisert eller bemanna til å vere i rolla som total-/hovudentreprenør.

Det er trong for ei gjennomgang av alle framlegga med tanke på kva som er av sentral betydning for iverksettinga av eventuelle vedtak.

Fylkeskommunedirektøren rår difor til at saka vert utsett til neste møte i fylkesutvalet for utgreiing etter kommunelova §13-1 4 ledd.

Førebels gjennomgang av saka

Saka om seriøsitetskrav i Vestland fylkeskommune blei behandla i alle hovudutvala. Det blei fremma ei alternativ innstilling i alle hovudutvala, men det blei ulike vedtak. I fylgjande utgreiing, så vil alle punkt i dei alternative innstillingane som blei vedteken i eit eller fleire hovudutval bli omtala. Det var litt ulik nummerering og nokre mindre ulikheiter i teksten på innstillingane, men skal samla vera dekkja i fylgjande punkt:

1. Innstilling frå alle hovudutvala
Vestland innfører Oslo-modellen slik den vart vedteken i Hordaland fylkeskommune for alle bygg og anleggsprosjekt i regi av Vestland fylkeskommune. Kontraktskrava blir også innført i avdeling for infrastruktur og veg sine kontraktar seinast hausten 2021.
2. Innstilling frå tre av hovudutvala
For å stetta bruken av dei mindre, lokale entreprenørane, kan INV avvike frå kravet knytt til fagarbeidarar innan fylkesvegområdet i spesielle tilfelle.
3. Innstilling frå alle hovudutvala
Krav om tariffløn mellom oppdrag. Krav om tariffløn bør innførast, slik det er gjort i Oslo-modellen. Kravet kan operasjonaliserast gjennom at innleigde frå bemanningsbyrå skal vere fast tilsett. Dette skal dokumenterast overfor byggherre med den einskilde innleigde sin tilsetningskontrakt. Krav om 50% bruk av fagarbeidarar kan ikkje avvikast.
4. Innstilling frå tre av hovudutvala
Krav om faglærde handverkarar bør vere hovudregel for alle bygg- og anleggsprosjekt i Vestland fylkeskommune. Ein bør innan utvalde fagområde auke kravet til faglærde til 80%.
5. Innstilling frå tre av hovudutvala
Verksemder som er leverandørar til Vestland fylkeskommune sine bygg- og anleggsprosjekt skal ha 10% lærlingar, og ha lærlingar på dei aktuelle prosjekta. Dette er eit krav utan unntak.
6. Innstilling frå tre av hovudutvala
Det skal berre vere eitt ledd underleverandør (UE) i vertikal kjede
7. Innstilling frå alle hovudutvala
Hovudregel for Vestland fylkeskommune sine innkjøp er at leverandørane skal følgje landsdekkande norsk tariffavtale.

Innleiing

Dei enkelte vedtakspunkta blir vurdert ut i frå lovlegheit og praktiske/økonomiske konsekvensar. Den korte tida gjev at det ikkje har vore mogleg å gjennomføre detaljert utgreiingar av det juridiske grunnlaget for dei ulike vedtakspunkta i eigen regi, men notatet er basert på grundige utgreiingar gjort tidlegare av fylkeskommunen eller KS.

Pkt. 1 - innføring Oslo-modellen:

Lovlegheit

Det er ikkje vurdert at innføringa av seriøsitetskrava i Oslo-modellen med dei to unntaka vedteke i Hordaland fylkeskommune er i strid med lover eller EØS avtalen.

Praktiske/økonomiske konsekvensar

Bybanen Utbygging og Eigedomsavdelinga følgjer allereie desse krava. Innføring av krava har gjeve ein meirkostnad samla, men kostnaden vil ikkje bli auka ytterlegare som følgje av dette vedtaket. For INV vil innføringa bety kostnader til omarbeiding av kontraktsdokument, innføring av systemet HMSreg og kostnader knytt til oppfylgning av nye kontraktskrav. Denne kostnaden er avgrensa og fylkeskommunedirektøren tilrår ei slik endring.

Pkt. 2 - enkelte avvike frå kravet om 50% fagarbeidarar:

Lovlegheit

Det er ikkje vurdert at et slikt avvik er i strid med lover eller EØS avtalen.

Praktiske/økonomiske konsekvensar

Det er berre for mindre kontraktar og oppdrag i distrikta at INV ser at kravet om 50% fagarbeidarar kan virka avvisande for dei lokale entreprenørane. Konsekvensen av å ikkje kunne avvika frå 50% i spesielle tilfelle er at større regionale entreprenørar vil få oppdraga og kostnaden vil bli høgare på grunn av mellom anna lengre reise for utstyr og arbeidstakarar. Den samla konsekvensen av å ikkje akseptera avvik frå 50% kravet er avgrensa, men uheldig for dei lokale små entreprenørane.

Pkt. 3 - løn mellom oppdrag:

Lovlegheit

Å sette krav til løn mellom oppdrag er vurdert av advokat Morten Goller i oppdrag frå KS i samanheng med at DFØ, BNL, Fellesforbundet, KS utarbeidde sitt forslag til felles seriøsitetskrav. Goller konkluderer med at eit slikt krav er i strid med lov om offentleg anskaffing (LOA) og skriv mellom anna fylgjande:

«Bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter må ha tilknytning til leveransen. Krav som gjelder leverandørens generelle virksomhet - som også vil omfatte krav til hvordan leverandøren innretter seg mht. lønn mellom oppdrag - vil ikke oppfylle tilknytningskravet med mindre kravet kan utledes av lov- eller forskriftsbestemmelser.

På denne bakgrunn er vår vurdering at krav til lønn mellom oppdrag strider mot LOA § 4 og tilknytningskravet i LOA § 5 (1) og 19-1 (1). LOA § 4 og tilknytningskravet i LOA § 5 (1) og FOA 19-1 (1)».

Basert på desse utgreiingane, er det fylkeskommunedirektørens vurdering at eit kontraktskrav om løn mellom oppdraga ikkje er lovleg.

Praktiske/økonomiske konsekvensar

Fylkeskommunedirektøren har ikkje klart å innhenta erfaringar med dette kravet på den korte tida som var tilgjengeleg, men det er opplagt at dette vil vere svært vanskeleg å fylgje opp mot leverandørane. Det vil også vere kostnadsdrivande då me pålegg våre leverandørar/entreprenørar eit kontrollansvar og erstatningsansvar i ein tidsperiode der leverandørane våre ikkje har moglegheit for å kontrollere og påverke bemanningsbyråa sine handlingar.

Pkt. 4 - 80% fagarbeidarar:

Lovlegheit

Kravet om 50% eller 80% fagarbeidarar er i seg sjølv ikkje ulovleg, men kan bli vurdert slik dersom det saman med dette kravet blir framsett krav om at tilsette skal ha:

«(...) fagbrev, svennebrev eller dokumentert fagopplæring i henhold til nasjonal fagopplæringslovgivning eller likeverdig utenlandsk fagutdanning».

For dette tilleggskravet, så vurderer Goller på oppdrag frå KS fylgjande:

«Dersom kravet til "likeverdig utenlandsk fagutdanning" i realiteten utelukker enkelte utenlandske leverandører vil kravet etter vårt syn gå lenger enn det som er nødvendig for å ivareta behovet for seriøsitet i byggebransjen. Kravet kan derfor være i strid med kravet til konkurranse og likebehandling i LOA § 4 og dermed være ulovlig.»

Praktiske/økonomiske konsekvensar

Å gå frå eit krav på 50% faglærde til 80% vil vere svært krevjande for både dei nasjonale og spesielt dei lokale entreprenørane. I tillegg kjem kravet om 10% lærlingar. Dersom det er mogleg å gjennomføre i praksis, så vil det føre til at leverandørane må flytte arbeidarar med fagbrev til dei fylkeskommunale prosjekta på kostnad av andre prosjekt. Kor mykje det vil auka kostnaden i prosjekta er uvisst, men dei vil auka. Fylkeskommunedirektøren tilrår at det blir gjennomført dialog med partane i arbeidslivet for å vurdere moglegheit og konsekvensar før ein innfører eit slikt sterkt krav. Fylkeskommunedirektøren tilrår heller at det blir innarbeidd insentivløysingar i kontraktane der talet på fagarbeidarar ut over 50% blir premiert.

Pkt. 5 - 10% lærlingar:

Lovlegheit

Det er ikkje vurdert at dette kravet er i strid med forskrifter, lover eller EØS avtalen dersom det blir utforma slik at det ikkje er i strid med likebehandling. Sjå pkt 4

Praktiske/økonomiske konsekvensar

Det er ikkje frå fylkeskommunedirektøren lagt opp til avvik frå Oslo-modellen på dette punktet. I Oslo-modellen er det lista opp to forhold som kan gje unntak. Fylkeskommunedirektøren meiner at det er rimeleg og naudsynt å akseptera avvik for desse to forholda:

«En leverandør som er tilknyttet en lærlingordning og som kan dokumentere reelle forsøk på å inngå lærekontrakt uten å lykkes, skal av Oppdragsgiver anses for å ha oppfylt kravet om bruk av lærling. En leverandør som er tilknyttet en lærlingordning og har inngått lærekontrakt, men som på grunn av forhold som skyldes lærlingen ikke kan benytte vedkommende under leveransen, skal av Oppdragsgiver anses for å ha oppfylt vilkåret om bruk av lærling dersom Leverandøren kan dokumentere reelle forsøk på å inngå ny lærekontrakt uten å lykkes.»

Pkt. 6 - eitt nivå UE:

Lovlegheit

Å sette krav til berre eitt nivå med underentreprenørar (UE) mellom oppdrag er vurdert av advokat Morten Goller på oppdrag frå KS i samband med at DFØ, BNL, Fellesforbundet, KS utarbeidde sitt forslag til felles seriøsitetskrav (vedlagt). Goller konkluderer med at eit slikt krav er i strid med lov om offentleg anskaffing (LOA) og EØS avtalen. Han skriv mellom anna fylgjande:

«Utgangspunktet etter anskaffelsesreglene er at leverandøren står fritt til å organisere sin virksomhet. Dette innebærer at hovedregelen er at en leverandør fritt kan velge å benytte underleverandører ved oppfyllelsen av kontrakten.

Adgangen til å benytte seg av underleverandører følger forutsetningsvis av FOA § 19-2 og § 16-10. At det er adgang til å benytte seg av underleverandører er også lagt til grunn i en rekke saker fra EU-domstolen, blant annet sak C-176/98 og sak C-314/01. Av tidligere praksis fra EU-domstolen følger det at oppdragsgiver i noen grad kan forby eller begrense leverandørens bruk av underleverandører, jf. blant annet sak C-314/01, men at adgangen til dette er snever.

Kontraktsbestemmelsen om maksimalt to ledd i underleverandørkjeden er lovlig. Forslaget til veiledning om kun ett ledd i underleverandørkjeden ved delte entrepriser og kontrakter som ikke omfatter flere fag er i strid med LOA § 4.»

Basert på desse utgreiingane er det fylkeskommunedirektøren vurdering at eit kontraktskrav om å nytta UE i berre eitt nivå ikkje er lovleg.

Praktiske/økonomiske konsekvensar

Slik entreprenørbransjen i Noreg og Vestland er bygd opp/strukturert, så er det ikkje mogleg å gjennomføra bygge- og anleggsoppdraga i Vestland som total-, general- og hovudentreprisar med krav om berre eitt nivå UE. I dag nyttar Eigedomsavdelinga (EIG) i all hovudsak totalentreprisar mens Bybanen Utbygging (BU) og Infrastruktur og Veg (INV) nyttar ei blanding av hovud- og totalentreprisar med hovudvekt på hovudentreprisar.

Kravet om å nytta berre eitt nivå UE vil derfor føre til svært store endringar i gjennomføringa av oppdraga. EIG, BU og INV må difor gå inn i rolla som total- og hovudentreprenøren har i dag og styra produksjonen og framdrifta gjennom å inngå delte entreprisar. I dei større oppdraga for EIG vil dette bety å gå frå *ein* totalentreprisekontrakt til 20-50 kontraktar med delte entreprisar. For hovudentreprisar som BU og INV gjennomfører, så kan det vere snakk om å gå frå *ein* kontrakt til 10-40 delte entreprisar. Ingen av einingane i fylkeskommunen er på nokon måte bemanna for å handtere ei slik endring og det er samla snakk om minimum ei tredobling av talet på tilsette i utbyggingsseksjonane. Ein slik vekst vil det ta fleire år å bygge opp, og sjølv om ein også nyttar ein stor del innleigde resursar, vil dette føre til forseinkingar i oppstart av nye prosjekt.

To av mange moglege eksemplar på at marknaden er bygd opp slik at total- og hovudentreprenør treng to ledd UE er:

- Total- og hovudentreprenør kan sjeldan utføra grunnarbeid og sprenging sjølv. Dette blir sett ut i ein UE, men massetransport er organisert i egne selskap som då blir UE nr 2.
- Total- og hovudentreprenør kan sjeldan utføra elektroarbeidet sjølv. Dette blir sett ut til ein elektrikar, men låsekortsystemet, videoovervaking og andre spesialfag er organisert i andre selskap som elektroentreprenøren hentar inn som UE nivå 2

I vedtaket i Hordaland fylkeskommune blei det i staden for å sette fokus på talet på ledd med UE vurdert korleis ein kunne sikra at løns- og arbeidsvilkår vart ivaretatt i oppdraga frå fylkeskommunen. Følgjande blei vedteken:

Hordaland Fylkeskommune innfører jamlege kontrollar av løns- og arbeidsvilkår for alle bygge og anleggsprosjekt med ein samla verdi på over kr 50 millionar kroner.

Pkt. 7 - krav om landsdekkande tariffavtale:

Lovlegheit

Dette kravet er blitt vurdert til å vere ulovleg i tidlegare sak framlagt for fylkestinget i 29 september 2020, PS 113/2020. Sjå vedlegg frå Kluge og Thommesen.

Vedlegg:

1. Rapport utarbeid for KS: «Utredning - Vurdering av seriøsitetsbestemmelser»
2. Notat frå Kluge: «EØS-rettslig vurdering av adgangen til å stille krav om tariffavtale hos leverandør»
3. Notat frå Thommesen: «VURDERING AV KRAV OM TARIFFAVTALE HOS LEVERANDØR»



Utredning

Vurdering av seriøsitetsbestemmelser

22. januar 2020



Wierholm

Innhold

1.	INNLEDNING OG BAKGRUNN	4
2.	SAMMENDRAG OG KONKLUSJON	5
3.	FORHOLDET MELLOM KVALIFIKASJONSKRAV OG KONTRAKTSVILKÅR	8
3.1	Innledning	8
3.2	Kvalifikasjonskrav	8
3.3	Kontraktsvilkår	9
4.	RETTLIGE UTGANGSPUNKTER OG DE GRUNNLEGGENDE PRINSIPPENE	9
4.1	Innledning – rettslige utgangspunkter	9
4.2	Kravet til tilknytning	12
4.3	Kravet til forholdsmessighet	15
4.4	Kravet til likebehandling	15
4.5	Kravet til konkurranse	16
4.6	Oppsummering – regelverkets handlingsrom til å oppstille kontraktsvilkår	16
5.	KONSEKVENSER AV MANGLENDE OPPFØLGING AV KONTRAKTSVILKÅR	17
6.	VURDERING AV SERIØSITETSBESTEMMELSENE	19
6.1	Punkt 1: HMS-kort	19
6.1.1	Bestemmelse	19
6.1.2	Vurdering av bestemmelse og konklusjon	19
6.2	Punkt 2: Pliktig medlemskap i leverandørregister	19
6.2.1	Bestemmelse	19
6.2.2	Vurdering av bestemmelsen	20
6.2.3	Konklusjon	24
6.3	Punkt 3: Faglærte håndverkere	24
6.3.1	Bestemmelse	24
6.3.2	Vurdering av bestemmelsen	25
6.3.3	Konklusjon	26
6.4	Punkt 4: Lærlinger	26
6.4.1	Bestemmelse	26
6.4.2	Vurdering av bestemmelsen	26
6.4.3	Konklusjon	29
6.5	Punkt 5: Krav om bruk av fast ansatte	29
6.5.1	Bestemmelse	29
6.5.2	Vurdering av bestemmelsen	30
6.5.3	Konklusjon	33
6.6	Punkt 6: Bruk av underentreprenører	33
6.6.1	Bestemmelse	33
6.6.2	Vurdering av bestemmelsen	34
6.6.3	Konklusjon	37
6.7	Punkt 7: Begrensning i adgang til å bruke innleid arbeidskraft	37
6.7.1	Bestemmelse	37
6.7.2	Vurdering av bestemmelsen	38
6.7.3	Konklusjon	41

6.8	Punkt 8: Krav til lønns- og arbeidsvilkår	42
6.8.1	Bestemmelse.....	42
6.8.2	Vurdering av bestemmelsen	42
6.8.3	Konklusjon.....	49
6.9	Punkt 9: Internkontroll. Sikkerhet, helse og arbeidsmiljø (SHA)	49
6.9.1	Bestemmelse.....	49
6.9.2	Vurdering av bestemmelsen og konklusjon	50
6.10	Punkt 10: Krav til dokumentert yrkesskadeforsikring	50
6.10.1	Bestemmelse.....	50
6.10.2	Vurdering av bestemmelsen og konklusjon	51
6.11	Punkt 11: Krav om betaling med elektronisk betalingsmiddel/forbud mot kontantbetaling.....	51
6.11.1	Bestemmelse.....	51
6.11.2	Vurdering av bestemmelsen og konklusjon	51
6.12	Punkt 12: Rapporteringsplikt til Sentralskattekontoret for utenlandssaker	52
6.12.1	Bestemmelse.....	52
6.12.2	Vurdering av bestemmelsen	52
6.12.3	Konklusjon.....	53
6.13	Punkt 13: Tiltak mot svart arbeid - manglende innrapportering av arbeidsforhold, inntekt, skatt og avgift.....	53
6.13.1	Bestemmelse.....	53
6.13.2	Vurdering av bestemmelsen	54
6.13.3	Konklusjon.....	56
6.14	Punkt 14: Forbud mot manglende respekt for fagorganisering og kollektive forhandlinger (ILOs kjernekonvensjoner 87 og 98).....	56
6.14.1	Bestemmelse.....	56
6.14.2	Vurdering av bestemmelsen og konklusjon	56
6.15	Punkt 15: Mislighold av kontraktsforpliktelser – konsekvenser for senere konkurranser	57
6.15.1	Bestemmelse.....	57
6.15.2	Vurdering av bestemmelsen og konklusjon	57
6.16	Punkt 16: Revisjon	58
6.16.1	Bestemmelse.....	58
6.16.2	Vurdering av bestemmelsen og konklusjon	58
6.17	Summen av tiltak.....	59

1. Innledning og bakgrunn

Kommunesektorens organisasjon ("KS"), Fellesforbundet, Byggenæringens Landsforening ("BNL") og Direktoratet for forvaltning og IKT ("Difi") ble i november 2015 enige om å anbefale en rekke kontraktsbestemmelser som skal fremme seriøsitet i forbindelse med anskaffelser i byggenæringen, kalt de omforente seriøsitetsbestemmelsene ("**seriøsitetsbestemmelsene**").

Etter at nytt anskaffelsesregelverk trådte i kraft 1. januar 2017 ble seriøsitetsbestemmelsene tilpasset de nye anskaffelsesreglene. Det ble da utarbeidet oppdaterte seriøsitetsbestemmelser.

Før sommeren 2019 varslet Fellesforbundet og BNL behov for å se på seriøsitetsbestemmelsene på bakgrunn av de erfaringer man hadde gjort siden bestemmelsene ble innført i 2015, samt et ønske om at bestemmelsene skal bli en nasjonal standard for bygge- og anleggsnæringen – en såkalt "Norgesmodell".

På denne bakgrunn har BNL og Fellesforbundet utarbeidet et utkast til reviderte bestemmelser, med et ønske om at KS og Difi også stiller seg bak disse.

På denne bakgrunn har KS bedt Wiersholm om en juridisk vurdering av om seriøsitetsbestemmelsene, inkludert de nye foreslåtte endringene, er lovlige fra et anskaffelsesrettslig perspektiv. Der det er relevant vil vi også vurdere om bestemmelsene er lovlige fra et skatte- og arbeidsrettslig perspektiv.

Personvernregelverket kommer til anvendelse ved behandling av personopplysninger. I denne sammenheng er det derfor relevant å foreta en personvernrettslig vurdering for de seriøsitetsbestemmelsene som kan gjelde utlevering av dokumentasjon som inneholder personopplysninger, herunder dokumentasjon på ansattnivå, som lønns slipper, A-melding, mv. Bestemmelser som gjelder utlevering av dokumentasjon utelukkende på selskapsnivå faller utenfor personvernvurderingen. Vi oppfatter flyten av personopplysninger for å skje mellom to selvstendig behandlingsansvarlige. Det vil derfor ikke være krav om databehandleravtale for noen av seriøsitetsbestemmelsene som omfatter behandling av personopplysninger.

Om de ulike seriøsitetsbestemmelsene er lovlige vurderes i punkt 6. Bestemmelsene som anses problematiske vil bli behandlet bredest. Ved gjennomgangen har vi også inntatt enkelte forslag til presiseringer i bestemmelsenes ordlyd.

Seriøsitetsbestemmelsene viser blant annet til forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter ("**forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter**").¹ Det har vært diskutert om forskriften er i tråd med EØS-reglene, og EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) åpnet formell undersøkelse mot Norge i 2009. Den ble lukket av ESA i 2012.² I Prop. 5 L (2012-2013) punkt 3.2 uttrykker Arbeidsdepartementet uenighet i at forskriften strider mot EØS-retten, og at endringer som ble gjort i forskriften i 2011 imøtekom de innvendinger ESA hadde. I lys av dette presiseres det at vi i denne utredningen ikke vurderer den generelle lovligheten av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i et EØS-rettslig perspektiv.

Før gjennomgangen av seriøsitetsbestemmelsene vil det redegjøres for forholdet mellom kvalifikasjonskrav og kontraktsvilkår i punkt 3. I punkt 4 redegjøres det for anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper, mens vi i punkt 5 redegjør for konsekvensen av manglende overholdelse av kontraktsvilkår.

Et sammendrag av utredningen er inntatt i punkt 2 nedenfor.

Vår vurdering av om seriøsitetsbestemmelsene er lovlige fra et anskaffelsesrettslig perspektiv tar utgangspunkt i bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser³ ("**LOA**") og forskrift om offentlige anskaffelser⁴ ("**FOA**"). I denne utredningen vil vi utelukkende vise til bestemmelsene i FOA del III, men vår vurdering vil som et utgangspunkt også gjelde for anskaffelser som er omfattet av del II og forsyningsforskriftens regler.

¹ Forskrift av 8. februar 2008 nr. 112

² En nærmere redegjørelse for sakens historikk følger bla annet av artikkelen *Feil i faktum og feil i jus – ESA om lønns- og arbeidsvilkår* av Kurt Weltzien inntatt i tidsskriftet *Arbeidsrett*, 02/12 (Volum 9)

³ Lov av 17. juni 2016 nr. 73

⁴ Forskrift av 12. august 2016 nr. 974

2. Sammendrag og konklusjon

Seriøsitetsbestemmelsene forfølger legitime formål om bekjempelse av arbeidskriminalitet og overholdelse av lønns- og arbeidsvilkår i offentlige bygge- og anleggskontrakter.

Bestemmelsene knytter seg blant annet til lønns- og arbeidsforhold, sikkerhet på byggeplassen, skatte- og avgiftsforhold, bruk av fast ansettelse og innleie, samt tiltak mot svart arbeid. Det er et ønske om at seriøsitetsbestemmelsene skal kunne benyttes som en nasjonal standard, og inntas i kontraktene som oppdragsgivere omfattes av anskaffelsesregelverket inngår.

Mandatat for denne utredningen er å vurdere lovligheten av seriøsitetsbestemmelsene i et anskaffelsesrettslig perspektiv. Vi har for noen bestemmelser også vurdert overholdelse av skatte-, arbeidsrett-, og personvernlovgivningen.

Regelverket om offentlige anskaffelser pålegger oppdragsgivere å inngå kontrakter i medhold av de prosedyreregler som følger av regelverket. Dette er primært regler knyttet til gjennomføringen av konkurranser om kontraktene, herunder regler om krav leverandørenes kvalifikasjoner og om tildelingskriterier som skal utpeke det beste tilbudet i konkurransen.

Formålet med anskaffelsesregelverket er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. LOA § 1. Reglene skal også bidra til at det offentlig opptre med integritet, for å sikre allmennhetens tillitt til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Det norske regelverket er basert på EUs anskaffelsesdirektiver. Dette innebærer at norske og europeiske leverandører skal kunne konkurrere på like vilkår om kontrakter over en viss verdi i Norge. Reglene skal bidra til å realisere EØS-rettens fire friheter. Det gjelder derfor noen sentrale grunnleggende prinsipper ved gjennomføringen av alle anskaffelser omfattes av det norske anskaffelsesregelverket. Dette er prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet, jf. LOA § 4. Alle krav oppdragsgiver oppstiller i en anskaffelsesprosess og i kontrakten, må være i tråd med disse grunnleggende prinsippene.

Anskaffelsesregelverkets primære formål er dermed å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser, samt å åpne opp for best mulig konkurranse på like vilkår om kontraktene.

Samtidig forutsetter også anskaffelsesregelverket at sentrale hensyn fra sektorlovgivningen skal vektlegges i anskaffelsesprosessene. Dette gjelder blant annet miljø, menneskerettigheter, arbeidsforhold og sosiale forhold, jf. LOA § 5. Oppdragsgivere er pålagt å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelige miljøutslipp samt å ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter. Oppdragsgiver kan videre oppstille krav som fremmer hensyn til arbeidsforhold og sosiale forhold. Anskaffelsesforskriften inneholder også bestemmelser om avvisning knyttet til leverandører som ikke overholder sine forpliktelser knyttet til skatte- og avgiftsforhold, miljø og arbeidsforhold.

Oppdragsgivere har etter anskaffelsesregelverket en relativt vid adgang til å oppstille kontraktskrav knyttet til arbeidsforhold og andre sosiale forhold. En forutsetning for å oppstille slike krav er imidlertid at kravene samsvarer med de grunnleggende prinsippene i LOA § 4, og at de har tilstrekkelig tilknytning til leveransen jf. LOA § 5 (2) og FOA § 19-1 (1). Dette betyr at kravene må ha en form for tilknytning til arbeidene som skal utføres under kontrakten. Kravene kan videre ikke fremstå som uforholdsmessige eller konkurransebegrensende, og de må overholde kravet til likebehandling. I sistnevnte ligger at kravene ikke kan virke diskriminerende for utenlandske leverandører. Kontraktskravene må også være tilstrekkelig klart utformet for å overholde LOA § 4.

Flere av seriøsitetsbestemmelsene går utover de kravene anskaffelsesregelverket oppstiller mht. oppdragsgivers plikter til å ivareta arbeidsforhold. Noen går også utover de lovlige utgangspunktene i sektorlovgivningen – for eksempel arbeidsmiljøloven. Det er ikke et generelt forbud mot dette, men det må da vurderes om slike krav ivaretar de grunnleggende prinsippene, og om de har tilstrekkelig tilknytning til kontrakten. Dersom disse forholdene ikke ivaretas, vil kontraktskravet stride mot anskaffelsesreglene. Det er disse vurderingene vi primært har foretatt i utredningen.

Vår vurdering er at følgende seriøsitetsbestemmelser er utformet i tråd med anskaffelsesregelverket:

- Punkt 1: HMS-kort.
- Punkt 4: Krav om lærlinger. Det er imidlertid sentralt at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering mht. om 10 %-kravet kan benyttes og hvilken prosentsats som ellers skal benyttes.

- Punkt 9: Internkontroll. Sikkerhet, helse og arbeidsmiljø (SHA).
- Punkt 10: Krav til dokumentert yrkesskadeforsikring.
- Punkt 12: Rapporteringsplikt til Sentralskattekontoret for utenlandssaker. Det bør imidlertid tas inn en henvisning til sktflv. § 7-6 i siste avsnitt.
- Punkt 14: Forbud mot manglende respekt for fagorganisering og kollektive forhandlinger (ILOs kjernekonvensjoner 87 og 98).
- Punkt 15: Mislighold av kontraktsforpliktelser - konsekvenser for senere konkurranser, men siste setning i bestemmelsen bør klargjøres.
- Punkt 16: Revisjon. Bestemmelsen er isolert sett lovlig, men vi har foreslått enkelte justeringer for å sikre overholdelse av kravet til forholdsmessighet i LOA § 4.

De øvrige seriøsitetsbestemmelsene er i større eller mindre grad problematiske i et anskaffelsesrettslig perspektiv. Vi presiserer at en del av bestemmelsene enkelt kan justeres for å anses lovlige. Noen av kravene mangler etter vårt syn nødvendig tilknytning til leveransen, noe som kan avhjelpes ved å knytte kravet til leverandører og underleverandører som utfører arbeidet under kontrakten.

Enkelte andre bestemmelser som går utover oppdragsgivers lov- og forskriftsfestede forpliktelser strider mot LOA § 4, eller mangler tilstrekkelig tilknytning til leveransen, jf. LOA § 5 (2) og LOA § 19-1 (1).

Følgende bestemmelser bør etter vårt syn justeres for å sikre full overholdelse av anskaffelsesregelverket:

- Punkt 2: Pliktig medlemskap i leverandørregister
 - Slik kravet er formulert, og i lys av vilkårene for registrering i StartBANK (slik de er formulert på hjemmesiden), anses dette anskaffelsesrettslig problematisk fordi kravet synes å være vanskeligere å oppfylle for utenlandske leverandører.
 - For å være i tråd med anskaffelsesregelverket bør det klargjøres at leverandører som ikke har enkel tilgang til den påkrevde dokumentasjonen for registrering i StartBANK, allikevel enkelt vil kunne registreres. Det bør også redegjøres for hvilke tiltak og dokumentasjon som da er tilstrekkelig for registrering. Det bør videre ideelt sett opplyses om hvilke øvrige leverandørregistre som tilsvarer StartBANK, og som også kan få fullmakt til å innhente SKAV-informasjon.
 - Bestemmelsens tredje ledd er ikke tilstrekkelig klart utformet, og mangler etter vårt syn tilstrekkelig tilknytning til leveransen. Kravet vil antagelig også anses uforholdsmessig og dermed i strid med LOA § 4.
- Punkt 3: Faglærte håndverkere
 - Konklusjonen her beror på om det er mulig for leverandører å innhente dokumentasjon på likeverdig utenlandsk fagutdanning. Dersom kravet til "*likeverdig utenlandsk fagutdanning*" i realiteten utelukker enkelte utenlandske leverandører, vil kravet etter vårt syn gå lenger enn det som er nødvendig for å ivareta behovet for seriøsitet i byggebransjen. Kravet kan derfor være i strid med kravet til konkurranse og likebehandling i LOA § 4.
- Punkt 5: Krav om bruk av fast ansatte
 - Vår vurdering er at kravet om stillingsprosent hos leverandør og bemanningsbyrå kan være i konflikt med arbeidsmiljølovens krav til likbehandling av fast ansatte og ansatte som er midlertidig ansatt eller som arbeider deltid.
 - I et anskaffesperspektiv er kravene uforholdsmessige og konkurransebegrensende. De har heller ikke tilstrekkelig tilknytning til leveransen.
- Punkt 6: Bruk av underentreprenører
 - Kontraktsbestemmelsen om maksimalt to ledd i underleverandørkjeden er lovlig.

- Forslaget til veiledning om kun ett ledd i underleverandørkjeden ved delte entrepriser og kontrakter som ikke omfatter flere fag er i strid med LOA § 4.
- Punkt 7: Begrensning i adgang til å bruke innleid arbeidskraft
 - Oppdragsgivers adgang til å nekte bruk av innleid arbeidskraft ved saklig grunn vil i praksis kunne begrense konkurransen for leverandører som helt lovlig benytter innleie, med den begrunnelse at de baserer sitt tilbud på bruk av innleie. Vår vurdering er derfor samlet sett at kravet fremstår som uforholdsmessig og konkurransebegrensende slik det nå er formulert.
- Punkt 8: Krav til lønns- og arbeidsvilkår
 - I et arbeidsrettslig perspektiv går bestemmelsens anvendelsesområde vesentlig utover forskrift om lønns- og arbeidsvilkår og bør justeres. Kravet om at leverandøren og underleverandører skal ha arbeidsvilkår i tråd med lov om obligatorisk tjenestepensjon foreslås slettet eller justert for å sikre at kravet ikke strider mot EØS-avtalen og dens bestemmelse om fri flyt av arbeidskraft.
 - Bestemmelsen er lovlig fra et personvernrettslig perspektiv, med unntak av situasjonen der kontrakten verken er omfattet av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår eller forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett.
 - For å være lovlig i et anskaffelsesrettslig perspektiv må bestemmelsens virkeområde begrenses til å gjelde ansatte som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten. Videre må øvrige deler av bestemmelsen som anses problematiske fra et arbeids- og personvernrettsperspektiv endres for at bestemmelsen skal være i tråd med LOA § 4.
- Punkt 11: Krav om betaling med elektronisk betalingsmiddel/forbud mot kontantbetaling
 - Bestemmelsens første ledd må presiseres til å gjelde utbetalinger til arbeiderne som utfører kontraktsarbeidet, slik at bestemmelsen oppfyller tilknytningskravet i LOA § 5 (2) og FOA § 19-1 (1).
- Punkt 13: Tiltak mot svart arbeid - manglende innrapportering av arbeidsforhold, inntekt, skatt og avgift
 - I et personvernrettslig perspektiv vil oppdragsgiver mest sannsynlig ikke ha behandlingsgrunnlag for personopplysningene i A-meldingen, og dokumentasjonskravet om utlevering av A-meldinger er derfor mest sannsynlig ulovlig.
 - I et anskaffelsesrettslig perspektiv er vår vurdering samlet sett at oppdragsgivers rett til å kreve A-meldinger må anses som et uforholdsmessig krav i strid med LOA § 4. Kravet har antagelig heller ikke tilstrekkelig tilknytning til leveransen jf. LOA § 5 (2) og FOA § 19-1 (1).

Samtlige seriøsitetsbestemmelser inneholder et avsnitt om at "*Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelse.*" Mange av bestemmelsene omfatter også underleverandører, og rekkevidden av kravet om "*alle avtaler leverandøren inngår*" fremstår i denne sammenheng som uklart. Bestemmelsen knytter seg videre til avtaler "*for utføring av arbeid under kontrakten.*" Det fremstår uklart om dette kun gjelder arbeider på byggeplassen, eller om det også eksempelvis gjelder vareleveranser. Vår vurdering er derfor at kravet på flere punkter fremstår som uklart og derfor i strid med LOA § 4. Det er følgelig et generelt behov for å klargjøre bestemmelsen, slik at dens rekkevidde i større grad klargjøres for de ulike seriøsitetsbestemmelsene.

Seriøsitetsbestemmelsene består av 16 kontraktsbestemmelser som ønskes innført som en nasjonal standard for bygge- og anleggsnæringen. Bestemmelsene pålegger leverandørene en rekke tiltak for å sikre kontraktsmessig oppfyllelse. Store leverandører vil etter vårt syn ha bedre grunnlag for å oppfylle seriøsitetsbestemmelsene enn mindre leverandører. I mindre kontrakter kan det derfor tenkes at mindre leverandører med få ansatte og relativt sett små ressurser, vil avstå fra å delta i konkurransen ettersom de administrative kostnadene ved å følge opp samtlige seriøsitetsbestemmelser blir så store at de ikke vil være konkurransedyktige.

Bestemmelsene vil samlet kunne ha en tilsvarende effekt for utenlandske leverandører.

Det kan derfor tenkes at summen av tiltak seriøsitetsbestemmelsene pålegger den enkelte leverandør, vil kunne være konkurransebegrensende og uforholdsmessig i enkelte kontrakter.

Det bør derfor vurderes nærmere om det skal legges opp til at seriøsitetsbestemmelsene skal gjelde generelt, eller om det bør utformes retningslinjer for når seriøsitetsbestemmelsene skal gjelde, og i så fall i hvilket omfang. Disse retningslinjene bør ta høyde for anskaffelsens størrelse og om anskaffelsens karakter tilsier bruk av samtlige seriøsitetsbestemmelser.

3. Forholdet mellom kvalifikasjonskrav og kontraktsvilkår

3.1 Innledning

Seriøsitetsbestemmelsene er kontraktsbestemmelser som skal fremme seriøsitet i byggenæringen, og skal derfor kunne benyttes som kontraktsvilkår når oppdragsgivere inngår bygge- og anleggskontrakter. Selv om bestemmelsene er utarbeidet som kontraktsvilkår, er det erfaringsmessig enkelte oppdragsgivere som benytter bestemmelsene som kvalifikasjonskrav. Det er derfor hensiktsmessig innledningsvis å klargjøre forholdet mellom kvalifikasjonskrav og kontraktsvilkår.

3.2 Kvalifikasjonskrav

Det følger av FOA § 16-1 første ledd at *"Oppdragsgiveren kan stille krav til leverandørens kvalifikasjoner."*

Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som gjelder leverandørens generelle egnethet til å oppfylle kontrakten anskaffelsen gjelder.⁵ Bakgrunnen for at man stiller kvalifikasjonskrav er for å sikre at leverandørene har den nødvendige evnen til å gjennomføre kontrakten, enten det gjelder organisatoriske, tekniske, faglige, økonomiske eller finansielle egenskaper.⁶

Det er opp til oppdragsgiver å bestemme om det skal oppstilles kvalifikasjonskrav eller ikke. Dersom kvalifikasjonskrav oppstilles, må disse oppstilles innenfor rammen av forskriftens del III. Kapittel 16 i forskriften inneholder en uttømmende liste over hvilke krav som kan oppstilles, jf. FOA § 16-1. Så lenge oppdragsgiver holder seg innenfor rammene i forskriften har oppdragsgiver et forholdsvis vidt spillerom til å bestemme hvilke krav som skal oppstilles.⁷

En ytterligere skranke for hvilke kvalifikasjonskrav som kan oppstilles er FOA § 16-1 (1) siste setning som angir at *"kravene skal ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen."* Nærings- og fiskeridepartementet skriver i Veileder til reglene om offentlige anskaffelser ("**Veilederen**") at: *"Det betyr at selve innholdet i kvalifikasjonskravet, så vel som kravet til dokumentasjon, må være proporsjonalt med anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet."*⁸

Dersom oppdragsgiver oppstiller kvalifikasjonskrav skal disse angis sammen med tilhørende dokumentasjonskrav i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse, jf. FOA § 16-1 (3). Det er viktig at oppdragsgiver er bevisst på at kvalifikasjonskravene som oppstilles *må* være oppfylt for at en leverandør skal kunne delta i konkurransen. Leverandører som ikke oppfyller et kvalifikasjonskrav *skal* avvises fra konkurransen jf. FOA § 24-2 (1) bokstav a.

Når det gjelder hvilke dokumentasjonskrav som kan oppstilles legger FOA § 16-1 (2) føringer. Det følger av bestemmelsen at oppdragsgiver bare kan kreve dokumentasjon som angitt i §§ 16-2, 16-4, 16-6 og 16-7.

FOA § 16-5 gjelder krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, og § 16-6 gjelder dokumentasjonskrav for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. FOA § 16-6 gir en uttømmende liste over hvilke dokumentasjonskrav oppdragsgiver kan stille. Oppdragsgiver kan derfor kun stille krav til kvalifikasjoner etter § 16-5 som kan dokumenteres gjennom dokumentasjonen nevnt i § 16-6. Dette innebærer at seriøsitetsbestemmelsene neppe vil anses som lovlige kvalifikasjonskrav. Det er fordi dokumentasjon for oppfyllelse av seriøsitetsbestemmelser i utgangspunktet ikke faller naturlig inn under et av alternativene i FOA § 16-6.

⁵ Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser ("**Veilederen**"), 2018 kapittel 22.1

⁶ Veilederen punkt 22.1

⁷ Veilederen punkt 22.1

⁸ Veilederen punkt 22.1

Reguleringen av kvalifikasjonskrav er mindre streng i anskaffelsesforskriftens del II, og inneholder ikke en uttømmende regulering slik del III gjør.⁹ Kravet til tilknytning og proporsjonalitet gjelder imidlertid også etter del II, og det å oppstille seriøsitetsbestemmelser som kvalifikasjonskrav vil derfor kunne bryte med de grunnleggende prinsippene i LOA § 4. Dette vil også gjelde for del I anskaffelser.

Seriøsitetsbestemmelsene er imidlertid ikke ment å være kvalifikasjonskrav, og vil som nevnt trolig heller ikke være lovlige som dette. Dette underbygges blant annet av LOA § 6 og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår, som er en spesialregulering som pålegger oppdragsgiver å oppstille kontraktsbestemmelser som sikrer forsvarlige lønns- og arbeidsvilkår. Det er derfor viktig at oppdragsgiver har et bevisst forhold til dette ved bruk av seriøsitetsbestemmelsene.

På bakgrunn av mandatet for utredningen vurderer vi ikke lovligheten av seriøsitetsbestemmelsene som kvalifikasjonskrav ytterligere, utover å påpeke at disse som et utgangspunkt vil anses som ulovlige kvalifikasjonskrav.

3.3 Kontraktsvilkår

Det følger av FOA § 19-1 at oppdragsgiver har adgang til å fastsette kontraktsvilkår om eksempelvis økonomi, innovasjon, sysselsetting og sosiale hensyn. Kontraktsvilkårene skal ha tilknytning til leveransen og fremgå av anskaffelsesdokumentene, jf. § 19-1 (1) annen setning.

Den sentrale forskjellen mellom kvalifikasjonskrav og kontraktsvilkår er at kvalifikasjonskravene skal sørge for at leverandøren er egnet til å oppfylle kontraktsvilkårene oppdragsgiver har oppstilt. I motsetning til kvalifikasjonskrav er det ikke krav til at oppfyllelse av kontraktsvilkår dokumenteres ved innleveringen av leverandørens tilbud. Kontraktsvilkårene må motsetningsvis etterleves gjennom kontraktgjennomføringen.

Ettersom utredningen gjelder seriøsitetsbestemmelsene som kontraktsvilkår, vil det redegjøres nærmere for anskaffelsesregelverkets regulering av kontraktsvilkår i det følgende, før vi går nærmere inn på lovligheten av de enkelte seriøsitetsbestemmelsene.

4. Rettslige utgangspunkter og de grunnleggende prinsippene

4.1 Innledning – rettslige utgangspunkter

Spørsmålet som skal vurderes i utredningen er om seriøsitetsbestemmelsene er lovlige kontraktsvilkår. Anskaffelsesloven og de grunnleggende prinsippene har stor betydning for vurderingen av lovligheten av kontraktsvilkår, og det er derfor behov for å gjennomgå de relevante bestemmelsene i denne forbindelse.

Anskaffelsesloven § 5 (2) er formulert slik:

"Oppdragsgiveren kan stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen, slik at offentlige kontrakter gjennomføres på en måte som fremmer hensyn til miljø, innovasjon, arbeidsforhold og sosiale forhold, forutsatt at kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen."

Loven åpner altså for at det *kan* oppstilles krav knyttet til blant annet arbeidsforhold og sosiale forhold. Dette i motsetning til bestemmelsens første ledd som pålegger oppdragsgiver å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, fremmer klimavennlige løsninger der dette er relevant, samt å ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter.

Bestemmelsens annet ledd er nærmere omtalt i forarbeidene til anskaffelsesloven. Her fremgår det at:

"Annet ledd slår fast at oppdragsgiver kan stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen, slik at offentlige kontrakter inngås og gjennomføres på en måte som ivaretar hensyn til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold. Dette omfatter både de hensyn som er nevnt i første ledd, og andre samfunnshensyn, forutsatt at disse kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen. Mens første ledd inneholder et påbud om å ta hensyn til miljø og menneskerettigheter ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser, sier annet ledd noe om hvordan både disse og andre samfunnshensyn kan trekkes inn."

⁹ Se FOA § 8-7.

Bestemmelsen viser at oppdragsgiver kan ivareta et vidt spekter av samfunnshensyn i en anskaffelsesprosess, ikke bare pris og økonomiske hensyn i snever forstand, bare det gjøres på riktig måte. «Arbeidsforhold» og «sosiale forhold» skal ikke tolkes snevert eller antitetisk. Avgjørende for om et krav kan stilles, er om regelverkets øvrige vilkår er oppfylt.

Slike samfunnshensyn kan altså trekkes inn på ulike trinn i anskaffelsesprosessen. Dette betyr at de, brukt riktig, kan benyttes som kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier eller kontraktsvilkår. Bruken må være innenfor de begrensninger regelverket setter. De nye direktivene utvider og tydeliggjør adgangen til å trekke inn slike hensyn i en anskaffelsesprosess, men handlingsrommet er ikke ubegrenset. For eksempel legger direktivene mye større begrensninger på muligheten til å trekke inn slike hensyn som kvalifikasjonskrav enn kontraktsvilkår. Enkelte forskriftsbestemmelser vil også inneholde en mer detaljert regulering av når og hvordan hensynene kan trekkes inn.¹⁰

Dette viser at utgangspunktet er at oppdragsgiver har en vid adgang til oppstille kontraktsvilkår knyttet til ulike samfunnshensyn. Det er imidlertid en forutsetning at kravene har tilknytning til leveransen, og at bruken for øvrig er innenfor de grenser anskaffelsesreglene setter.¹¹

Hvilke kontraktsvilkår som kan oppstilles er nærmere regulert i FOA § 19-1 første ledd hvor det fremgår at:

"Oppdragsgiveren kan fastsette kontraktsvilkår, for eksempel om økonomi, innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn. Kontraktsvilkårene skal ha tilknytning til leveransen og fremgå av anskaffelsesdokumentene. Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, skal oppdragsgiveren som hovedregel bruke disse."

Bestemmelsen om kontraktsvilkår er en delvis videreføring av det materielle innholdet i bestemmelsen om bruk av kontraktstandarder og spesielle kontraktsvilkår (§ 3-11) i den tidligere forskriften, med noen endringer i ordlyden.¹²

FOA § 19-1 bygger på den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2014/24/EU ("**direktivet**") artikkel 70. Av bestemmelsen fremgår det at:

"Contracting authorities may lay down special conditions relating to the performance of a contract, provided that they are linked to the subject-matter of the contract within the meaning of Article 67(3) and indicated in the call for competition or in the procurement documents. Those conditions may include economic, innovation-related, environmental, social or employment-related considerations."

Direktivets bestemmelse om kontraktsbestemmelser viser direkte til artikkel 67 (3) som gjelder tilknytningskravet for tildelingskriterier. Tilknytningskravet for kontraktsvilkår skal følgelig forstås på samme måte som tilknytningskravet for tildelingskriteriene. Dette behandles nærmere i punkt 4.2.

I direktivets fortale premiss 98 og 99 er sosiale kontraktsvilkår også beskrevet:

"(98) It is essential that award criteria or contract performance conditions concerning social aspects of the production process relate to the works, supplies or services to be provided under the contract. In addition, they should be applied in accordance with Directive 96/71/EC, as interpreted by the Court of Justice of the European Union and should not be chosen or applied in a way that discriminates directly or indirectly against economic operators from other Member States or from third countries parties to the GPA or to Free Trade Agreements to which the Union is party. Thus, requirements concerning the basic working conditions regulated in Directive 96/71/EC, such as minimum rates of pay, should remain at the level set by national legislation or by collective agreements applied in accordance with Union law in the context of that Directive.

Contract performance conditions might also be intended to favour the implementation of measures for the promotion of equality of women and men at work, the increased participation of women in the labour market and the reconciliation of work and private life, the protection of the environment or animal welfare and, to comply in substance with fundamental International Labour Organisation (ILO) Conventions, and to recruit more disadvantaged persons than are required under national legislation.

¹⁰ Prop. 51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) kapittel 10 merknad til § 5.

¹¹ Tilknytningskravet vurderes nærmere i punkt 4.2.

¹² Departementets høringsnotat, Høring – endring av lov og forskrifter om offentlige anskaffelser av 17. mars 2015 punkt 2.6.3

(99) Measures aiming at the protection of health of the staff involved in the production process, the favouring of social integration of disadvantaged persons or members of vulnerable groups amongst the persons assigned to performing the contract or training in the skills needed for the contract in question can also be the subject of award criteria or contract performance conditions provided that they relate to the works, supplies or services to be provided under the contract. For instance, such criteria or conditions might refer, amongst other things, to the employment of long-term job-seekers, the implementation of training measures for the unemployed or young persons in the course of the performance of the contract to be awarded. In technical specifications contracting authorities can provide such social requirements which directly characterise the product or service in question, such as accessibility for persons with disabilities or design for all users."

Igjen vises det til at sosiale kontraktsvilkår må "relate" til arbeidene som skal utføres under kontrakten. Det vises videre til utsendingsdirektivet (96/71/EF), og at krav vedrørende arbeidsforhold ikke bør gå utover det som følger av nasjonale rettsregler eller kollektive avtaler anvendt i tråd med utsendingsdirektivet.

Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av LOA § 5 (2) eller av FOA § 19-1(1), er det også et krav om at kontraktsvilkårene må være forenelige med EØS-avtalen. I forarbeidene er det i denne sammenheng fremholdt at:

"Kravene og kriteriene som oppdragsgiver benytter, må i tillegg ligge innenfor rammene som EØS-avtalen ellers setter. Det gjelder både de grunnleggende prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, som er nedfelt i lovforslaget § 4, og annen sekundærlovgivning. Når det gjelder krav til lønns- og arbeidsvilkår, må disse holde seg innenfor rammene som er fastsatt i utsendingsdirektivet (direktiv 96/71/EF). Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter inneholder særregulering for arbeid som utføres i Norge."¹³

Kontraktskravene må følgelig være i tråd med anskaffelsesforskriften og direktivet. Det er særlig tilknytningskravet som er sentralt i denne forbindelse, ettersom dette er eksplisitt nevnt både i direktivet, forskriften, forarbeidene og fortalen til direktivet. I tillegg må oppstilte krav ligge innenfor rammene av EØS-avtalen, og krav til lønns- og arbeidsvilkår må være innenfor rammene av utsendingsdirektivet, som i norsk rett er implementert i forskrift om utsendte arbeidstakere.

De grunnleggende prinsippene i LOA § 4 legger også føringer for hvilke kontraktsvilkår som lovlig kan oppstilles i den enkelte anskaffelse.

Av LOA § 4 fremgår det at:

"Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet."

Dette innebærer at kontraktskravene må være i tråd med LOA § 4, og som vi kommer tilbake til er det særlig kravene til forholdsmessighet og konkurranse som er av betydning for kontraktkravs lovliggheit. I dette ligger at oppdragsgiver ikke kan oppstille konkurransebegrensende kontraktskrav, eller krav som er uforholdsmessige strenge sammenlignet med arbeidene som skal utføres under kontrakten.

I relasjon til den tidligere forskriftsbestemmelsen § 3-11 uttalte Klagenemnda for offentlige anskaffelser ("KOFA") følgende i sak 2013/106 premiss 17 og 18:

"Av forskriften § 3-11 (2) følger det at kontraktsvilkår ikke skal være i strid med EØS-avtalen. Dette innebærer blant annet at kontraktsvilkårene skal være i samsvar med EU/EØS-rettens grunnleggende prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, jf. loven § 5 og forskriften § 3-1. Etter loven § 5 (2) følger det også at en anskaffelse så langt som mulig skal være basert på konkurranse. Kravet til konkurranse innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til å gjennomføre anskaffelsen slik at målet om konkurranse i det aktuelle markedet oppnås, jf. sak 2012/238 premiss (28). I dette ligger det at oppdragsgivere ikke kan oppstille strengere kontraktsvilkår enn nødvendig dersom dette unødigg begrenser konkurransen.

Hvilke krav som oppdragsgiver velger å stille, er i utgangspunktet gjenstand for oppdragsgivers skjønn. Hva som vil være nødvendig for å sikre tilfredsstillende oppfyllelse av kontraktsforpliktelsene, vil variere med anskaffelsens art og omfang. Kravene i loven og forskriften om å fremme konkurranse

¹³ Prop 51 L (2015-2016) kapittel 10 merknad til § 5.

i anskaffelsesprosessen gjelder så langt det er mulig. Det er ikke tvilsomt at oppdragsgiver kan tenkes å ha et legitimt behov for å stille kontraktskrav som rent faktisk begrenser konkurransen i noen grad. Oppdragsgivers behov må da veies mot kravet til konkurranse, se i denne forbindelse sak 2007/8 (KOFA-2007-8) i premiss (37)."

De grunnleggende prinsippene er ikke materielt endret i det nye regelverket, og klagenemndas forståelse av lovlige kontraktskrav i lys av de grunnleggende prinsippene etter gammelt regelverk er derfor fremdeles relevant.

Det klare utgangspunktet er derfor at oppdragsgiver har stor skjønnsfrihet med tanke på hvilke kontraktsvilkår som oppstilles, men at skjønnsfriheten begrenses av tilknytningskravet og de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen og LOA § 4. De redegjøres derfor nærmere for de grunnleggende prinsippene nedenfor, herunder hvilke føringer og begrensninger de legger på adgangen til å oppstille kontraktsvilkår knyttet til samfunnshensyn.

Før vi går nærmere inn på tilknytningskravet, vil vi også knytte noen kommentarer til klarhetskravet som gjelder for utforming av konkurransegrunnlag, og dermed også kontraktsbestemmelsene. Klarhetskravet er formulert slik av EU-domstolen i sak C-368/10 *Max Havelaar*:

"109 The principle of transparency implies that all the conditions and detailed rules of the award procedure must be drawn up in a clear, precise and unequivocal manner in the notice or contract documents so that, first, all reasonably informed tenderers exercising ordinary care can understand their exact significance and interpret them in the same way and, secondly, the contracting authority is able to ascertain whether the tenders submitted satisfy the criteria applying to the relevant contract (see, inter alia, Case C-496/99 P Commission v CAS Succhi di Frutta [2004] ECR I-3801)."

Konkurransegrunnlaget skal dermed utformes på en måte som gjør det mulig for leverandøren å forstå kravenes eksakte betydning. Klarhetskravet følger også av praksis fra Høyesterett.¹⁴ I *Max Havelaar* konkluderte EU-domstolen med at brudd på klarhetskravet utgjorde et brudd på dagjeldende anskaffelsesdirektivs bestemmelse om de grunnleggende prinsippene.¹⁵ Dersom oppdragsgiver ikke utformer et tilstrekkelig klart konkurransegrunnlag utgjør dette følgelig et brudd på de grunnleggende prinsippene i LOA § 4.

4.2 Kravet til tilknytning

Det følger som vist av LOA § 5 (2) at krav og kriterier som oppstilles skal ha tilknytning til leveransen. Det samme kravet følger som nevnt også av FOA § 19-1 (1) hvor det fremgår uttrykkelig at "*kontraktsvilkårene skal ha tilknytning til leveransen.*"

I forarbeidene uttales følgende om kravet til tilknytning:

"Kravene og kriteriene må ha tilknytning til leveransen. Det innebærer blant annet at oppdragsgiver ikke har adgang til å stille krav til leverandørens generelle virksomhet. Kravene må være knyttet til ytelsen som anskaffelsen gjelder. Kjøper oppdragsgiver biler, kan han for eksempel ikke stille krav til leverandørens produksjon av båter. Begrepet må tolkes i samsvar med praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen."¹⁶

Kontraktskravene som oppstilles kan følgelig ikke knytte seg til leverandørens generelle virksomhet.

Kravet til tilknytning gjelder videre for ethvert kontraktsvilkår, jf. departementets høringsbrev av 17. mars 2015 hvor departementet uttaler i punkt 2.6.2 at:

"Dagens bestemmelse gjelder 'særlige' vilkår for gjennomføring av kontrakten. Det kan være noe usikkerhet knyttet til hvilke kontraktsvilkår dette omfatter. Departementet foreslår å utvide bestemmelsen til å gjelde alle kontraktsvilkår, både standardvilkår og spesielle kontraktsvilkår. Det er åpenbart at kravet om tilknytning til leveransen vil gjelde for alle typer kontraktsvilkår. Når det gjelder kravet om at kontraktsvilkår skal angis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, innebærer en slik utvidelse at oppdragsgivere fremover blir forpliktet til å angi både eventuelle standardvilkår og spesielle

¹⁴ Blant annet Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 58.

¹⁵ Direktiv 2004/18/EU artikkel 2.

¹⁶ Prop 51 L (2015-2016) kapittel 10 merknad til § 5

kontraktsvilkår. Dette vil sikre gjennomsiktigheten om vilkårene som ligger til grunn for konkurransen, og gi større forutsigbarhet for leverandørene. Departementet ønsker særlig innspill på denne utvidelsen av bestemmelsen."

Det er dermed klart at tilknytningskravet gjelder ethvert kontraktsvilkår, men FOA § 19-1 gir samtidig ikke direkte svar på grensen for lovlige kontraktskrav. På den ene siden er det klart at det er adgang til å oppstille krav om arbeidsforhold og sosiale forhold, jf. LOA § 5 annet ledd og FOA § 19-1 første ledd. Det ligger i slike krav natur at disse kravene ikke nødvendigvis har den samme tilknytningen til leveransen som andre typer kontraktsvilkår. Det forhold at oppdragsgiver i utgangspunktet har bred adgang til å oppstille slike krav står følgelig i et visst motsetningsforhold til at kravene må ha tilstrekkelig tilknytning til leveransen. For å kartlegge mer presist hvilken rettslig begrensning tilknytningskravet utgjør for kontraktsvilkår knyttet til sosiale forhold, er det behov for å se nærmere på foreliggende rettskilder.

Som nevnt i punkt 4.1 følger det av anskaffelsesdirektivet artikkel 70 at tilknytningskravet for tildelingskriterier og kontraktskrav skal forstås på samme måte.¹⁷ Tilknytningskravets innhold er nærmere beskrevet i anskaffelsesforskriften i bestemmelsen om tildelingskriterier, og vil ha da betydning for forståelsen av tilknytningskravet i relasjon til kontraktsvilkår.¹⁸ I FOA § 18-1 (4) fremgår følgende:

"Tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. Tildelingskriteriene har tilknytning til leveransen når de relaterer seg til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder. Dette omfatter alle sider av og trinn i deres livssyklus, inkludert faktorer som inngår i produksjonsprosessen, leveringen av eller handelen med dem eller en annen prosess i livssyklusen. Dette gjelder også når slike faktorer ikke påvirker deres egenskaper."

Forskriftens beskrivelse av tilknytningskravet går ut på at et tildelingskriterium eller kontraktsvilkår må relatere seg til bygge- og anleggsleveransen. Dette er ikke spesielt informativt utover at kravet må ha en tilknytning til, i vårt tilfelle, de konkrete bygge- og anleggsarbeidene.

Sitatene fra fortalen til anskaffelsesdirektivet i punkt 4.1 viser som nevnt at sosiale krav må ha tilstrekkelig tilknytning til leveransen. Dette er eksemplifisert i fortalens avsnitt 97 der følgende fremgår:

"However, the condition of a link with the subject-matter of the contract excludes criteria and conditions relating to general corporate policy, which cannot be considered as a factor characterising the specific process of production or provision of the purchased works, supplies or services. Contracting authorities should hence not be allowed to require tenderers to have a certain corporate social or environmental responsibility policy in place."

Her vises det til at det ikke kan oppstilles krav som gjelder leverandørens generelle policy knyttet til sosialt ansvar og miljøansvar.

Professor Sue Arrowsmith vurderer begrepet nærmere i relasjon til tilknytningskravet for tildelingskriterier:

"The need for an award criteria to be linked to the subject matter in the sense of being concerned with what is provided under the contract or the way in which the contract work is carried out also rules out criteria relating to horizontal policies such as human rights, social or environmental policies, which are concerned with the nature of the provider and/or its general business practices."¹⁹

Når det gjelder hvilke krav som vil ha tilstrekkelig tilknytning uttaler hun:

*"It appears, on the other hand, that award criteria **will** be considered as linked to the subject matter of the contract where they are concerned with what is provided for under the contract or the way in which the contract work is carried out in one of four respects – namely where they concern consumption effects of what is provided; where they concern the impact of production, trading or delivery of what is provided; where they concern the effect of disposal of what is provided; and where they concern the impact on the workforce in the course of providing the goods, work or services. As a matter of principle, it is submitted that there is symmetry in respect between the kind of matters that may be included as legal requirements in the contract (specifications contract conditions) and those that may be included as award criteria: matters that cannot be included as contract requirements*

¹⁷ Dette innebærer at EU-domstolens rettspraksis om tilknytningskravet i relasjon til tildelingskriterier også er av relevans. Et eksempel er C-368/10 *Max Havelaar*.

¹⁸ Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, volume II, 2018 (heretter benevnt Arrowsmith volume II) s. 756

¹⁹ Sue Arrowsmith *The law of public and utilities procurement*, volume I, 2014 (heretter benevnt Arrowsmith volume I) s. 740

*cannot be award criteria, and matters that can be contractual requirements can always also be award criteria."*²⁰ (kursivert i boken)

Kravene må altså knytte seg konkret til det som skal leveres. Hva gjelder krav til arbeidstakerne (the workforce) må disse knytte seg til kontraktsforløpet.

Videre uttaler hun følgende om kontraktsvilkår som ivaretar horisontale hensyn (dvs. sosiale krav og miljøkrav) i relasjon til direktivets artikkel 70:

*"So far as these public sector rules are concerned it can be seen, first, that special conditions must relate to the performance of the contract being awarded and be "linked" to its subject matter. Thus, for example, a contracting authority cannot include a condition that during the time of the contract the contractor will ensure **that its workforce as a whole** contains a certain percentage of long-term unemployed persons, or that the contractor will conduct all its business operations to certain environmental standards. The authority can only apply such requirements in relation to work being undertaken for the specific contract being awarded, and a condition that goes beyond that will be a prohibited condition."*²¹ (kursivert i boken)

Det kan som utgangspunkt ikke stilles generelle krav til at en andel av leverandørens arbeidstakere skal være langtidsledige personer, eller andre generelle krav til leverandørens arbeidstakere.

Når det gjelder bakgrunnen for tilknytningskravet uttaler Arrowsmith følgende:

*"Although this has not been articulated, a legitimate reason for the EU to prohibit conditions that are not linked to the subject matter of the contract would be a concern over the restrictive impact that such conditions have on trade. This arises from the fact that such conditions limit competition to supply the products, works or services that are the subject matter of the contract to a relatively narrow group of firms that are able to meet broad policy conditions. The potential for abuse of discretion in applying such broad conditions might also be a concern."*²²

Selv om hensynene bak tilknytningskravet i liten grad er beskrevet i regelverket eller rettspraksis, knyttes det primært til at krav som ikke har tilknytning til leveransen kan være konkurransebegrensende og dermed favorisere enkelte leverandører. Videre kan det også kan gi en risiko for at oppdragsgiver tar utenforliggende hensyn ved valg av leverandør.

Et eksempel på vurdering av tilknytningkravet kan hentes fra den danske Vejledning om sociale klausuler i udbud fra desember 2018.²³ Følgende fremgår der:

*"For at en social klausul er forbundet med kontraktens genstand, skal klausulen relatere sig til de opgaver, som er nødvendige for at gennemføre det arbejde, som ordregiver vil udbyde. De praktikpladser, der kræves oprettet, skal derfor oprettes i tilknytning til den udbudte opgave og ikke i tilknytning til andre af virksomhedens opgaver. Det gælder også, hvis andre af virksomhedens opgaver er opgaver, der udføres for den pågældende ordregiver. Betingelsen er tæt forbundet med betingelsen om, at klausulen skal være proportional."*²⁴

Kontraktskravet må følgelig knytte seg til de oppgaver som er nødvendige for å gjennomføre kontraktsarbeidene, og kan ikke knytte seg til øvrige deler av leverandørens virksomhet som ikke har tilknytning til arbeidene som skal utføres under kontrakten.

Videre angis eksempler på når en sosial klausul mht. lærlinger ikke vil ha tilstrekkelig tilknytning til kontrakten:

"» At en bestemt andel af leverandørens ansatte totalt set skal være elever.

²⁰ Arrowsmith volume I s. 740-741

²¹ Arrowsmith volume II s. 755

²² Arrowsmith volume II s. 763.

²³ Utarbeidet av Konkurrence og Forbrugerstyrelsen

²⁴ Side 14 i Vejledning om sociale klausuler i udbud

- » At leverandøren allerede skal have opprettet et antal/en andel praktikpladser i virksomheten for at komme i betraktning.
- » At leverandøren skal opprette et antal/en andel praktikpladser i forbindelse med en annen kontrakt for ordregiver end den utbudte.
- » At leverandøren skal opprette et antal/en andel praktikpladser i forbindelse med utførelse af andre opgaver i virksomheden."

Det sentrale for tilknytningskravet er følgelig at kontraktsbestemmelsen må ha en form for tilknytning til de oppgaver som skal utføres under kontrakten, for eksempel ved at lærlingklausuler må knytte seg til lærlingarbeid for arbeidsoppgavene under kontrakten. Generelle krav til lærlinger som ikke knytter seg til bygge- og anleggsvirksomhet vil ikke ha tilstrekkelig tilknytning.

Om et kontraktsvilkår har den tilstrekkelige tilknytningen beror derfor på en konkret vurdering av det enkelte krav i hver anskaffelse.

4.3 Kravet til forholdsmessighet

Det følger av LOA § 4 at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med det grunnleggende prinsippet om *forholdsmessighet*.

I forarbeidene fremgår følgende om prinsippet:

"Forholdsmessighetsprinsippet regulerer gjennomslagskraften til de øvrige prinsippene. Plikter og rettigheter som utledes av andre prinsipper, må tilpasses den enkelte anskaffelsens art og omfang. Dette innebærer på den ene siden at de krav som stilles til prosedyren oppdragsgiver skal gjennomføre, må stå i forhold til det som skal anskaffes. Jo mindre og enklere en anskaffelse er, jo mindre vidtrekkende prosedyrekrav kan utledes av de øvrige prinsippene. På den annen side innebærer forholdsmessighetsprinsippet at de krav som oppdragsgiver stiller til leverandørene, må stå i forhold til anskaffelsen. Oppdragsgiver skal ikke stille strengere krav enn det som er nødvendig for å realisere formålet med anskaffelsen. Departementet understreker at dette er meget sentralt for å realisere lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, særlig ved de mindre anskaffelsene. Departementet viser også til at forholdsmessighetsprinsippet har fått en mer sentral plass i de ny anskaffelsesdirektivene."²⁵

Kravet til forholdsmessighet innebærer at det alltid må foretas en konkret vurdering av om et kontraktsvilkår er lovlig, fordi dette beror på den konkrete anskaffelsen. Et kontraktskrav kan være proporsjonalt i en anskaffelse, mens det kan anses ulovlig i en annen. Dette er viktig å ha i bakhodet ved utforming av generelle krav, som i utgangspunktet skal gjelde for en rekke anskaffelser som omfattes av forskriftens ulike deler. Det er samtidig slik at kravene ikke kan være strengere enn det som er nødvendig for å realisere formålet med anskaffelsen. Dette betyr at kontraktskrav som i utgangspunktet oppfyller tilknytningsvilkåret, vil kunne anses ulovlig dersom kravet anses å gå utover det som er nødvendig for å gjennomføre kontrakten.

Forholdsmessighetsprinsippet er også uttrykkelig angitt i direktivets artikkel 18 nr. 1. EU-domstolens praksis viser at oppdragsgiver ikke skal oppstille krav som går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå et legitimt mål.²⁶

Prinsippet legger også føringer for anvendelsen av de øvrige kravene i LOA § 4. Det er fordi rettighetene og pliktene som kan utledes av de øvrige prinsippene må ses i lys av anskaffelsens art og omfang og følgelig kravet til forholdsmessighet.

4.4 Kravet til likebehandling

Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med det grunnleggende prinsippet om *likebehandling*, jf. LOA § 4.

I forarbeidene beskrives kravet slik:

²⁵ Prop 51 L (2015-2016) kapittel 10 merknad til § 4.

²⁶ Anders Thue, Anne Buan og Kristine Røed Brun, Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer, 2018, s. 70 med henvisninger til EU-domstolens sak C-331/88

"Likebehandlingsprinsippet er det viktigste av alle prinsippene. Grunnlaget for en velfungerende konkurranse om offentlige kontrakter er at alle leverandører i markedet gis like muligheter til å delta. Oppdragsgiveren har plikt til å behandle samtlige leverandører likt under hele konkurransen, herunder ved utarbeidelsen av kunngjøring og konkurransegrunnlag, ved kvalifiseringen og utvelgelsen av leverandører, og ved evalueringen av tilbudene og tildelingen av kontrakt. Likebehandlingsprinsippet er til hinder for både direkte forskjellsbehandling og indirekte forskjellsbehandling.

Likebehandlingsprinsippet dekker også det EØS-rettslige prinsippet om ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. Oppdragsgiveren må således påse at norske leverandører ikke blir favorisert på bekostning av utenlandske leverandører. Likebehandlingsprinsippet er likevel ikke til hinder for at oppdragsgiver unntaksvis kan behandle norske og utenlandske leverandører forskjellig dersom dette er saklig og objektivt begrunnet.²⁷

En viktig side av likebehandlingsprinsippet er altså prinsippet om ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. I Veilederen punkt 7.4.1 fremholdes det at:

"Forbudet mot diskriminering innebærer at en oppdragsgiver ikke kan fastsette krav eller kriterier, eller foreta handlinger eller unnløtelser, som gjør at utenlandske leverandører diskrimineres og/eller at norske leverandører favoriseres. Både direkte diskriminering og indirekte diskriminering er forbudt."

Det er viktig at også dette kravet overholdes ved angivelsen av kontraktsvilkår. Dette gjør seg særlig gjeldende for bygg- og anleggsbransjen der kontraktsstørrelsene medfører at utenlandske leverandører ofte kan være interessert i å delta i konkurransene. Kontraktsvilkår som kan gjøre det mer byrdefullt for utenlandske leverandører å delta i anskaffelser i Norge vil i utgangspunktet stride mot kravet til likebehandling og ikke-diskriminering.²⁸

4.5 Kravet til konkurranse

Oppdragsgiver skal også opptre i samsvar med det grunnleggende prinsippet om *konkurranse*, jf. LOA § 4.

Så langt det er mulig skal alle anskaffelser skje på grunnlag av konkurranse. Bakgrunnen for prinsippet er både samfunnsøkonomiske og forretningsmessige hensyn, i tillegg til forvaltningsrettslige likhetsbetraktninger, jf. NOU 1997:21 kapittel 21.

I KOFA- sak 2013/106 premiss 17 og 18 (sisert ovenfor) fremgår det at kravet til konkurranse innebærer at oppdragsgivere ikke kan oppstille strengere kontraktsvilkår enn nødvendig dersom dette unødige begrenser konkurransen. Konkurransesprinsippet er dermed også et middel for å oppnå det overordnede kravet om fri flyt av varer og tjenester i EØS-avtalen.

Kravet til konkurranse er derfor svært relevant ved vurderingen av hvilke kontraktsvilkår som lovlig kan oppstilles. Hvorvidt et krav er konkurransebegrensede har også en side mot forholdsmessighetsprinsippet. Krav som i utgangspunktet må anses konkurransebegrensende kan allikevel anses lovlige dersom anskaffelsens art og kompleksitet begrunner et slikt krav.

4.6 Oppsummering – regelverkets handlingsrom til å oppstille kontraktsvilkår

Som gjennomgangen ovenfor viser har oppdragsgiver vid adgang til å oppstille kontraktsvilkår om arbeidsforhold og sosiale forhold.

Begrensningen i hvilke krav som kan oppstilles følger av kravet til tilknytning i LOA § 5 (2) og FOA § 19-1 (1), samt de grunnleggende prinsippene i LOA § 4 og de EØS-rettslige prinsippene.

Hvilke begrensninger som ligger i tilknytningskravet i relasjon til kontraktsvilkår kan ikke fastsettes helt generelt, men det er samtidig klart at enkelte krav etter sin art ikke vil ha tilknytning til kontrakten. Det sentrale vurderingstemaet er hvorvidt kontraktsvilkåret relaterer seg til de konkrete arbeidene som skal

²⁷ Prop. 51 (2015-2016) kapittel 10 merknad til § 4.

²⁸ Kravet vil da også kunne anses konkurransebegrensende, noe som viser at ulovlige krav vil kunne stride mot flere grunnleggende prinsipper.

utføres, eller om kravet knytter seg til leverandøren generelt. Dersom sistnevnte er tilfellet, vil kravet i utgangspunktet mangle den nødvendige tilknytningen til leveransen.

En annen sentral begrensning i hvilke kontraktsvilkår som kan oppstilles er videre de grunnleggende prinsippene i LOA § 4. Også her må det foretas en konkret vurdering av det enkelte krav i lys av anskaffelsens art og kompleksitet. Det er særlig krav som kan gjøre det mer byrdefullt for utenlandske leverandører å delta i konkurranser, eller som i praksis utestenger enkelte kategorier av leverandører som vil kunne være problematiske i relasjon til LOA § 4.

At oppdragsgiver i utgangspunktet har et vidt skjønn til å oppstille krav til sosiale forhold er imidlertid anerkjent i forarbeidene hvor det blant annet fremgår at "*«Arbeidsforhold» og «sosiale forhold» skal ikke tolkes snevert eller antitetisk. Avgjørende for om et krav kan stilles, er om regelverkets øvrige vilkår er oppfylt.*"²⁹

Videre er det uttrykkelig fremhevet at de nye direktivene utvider adgangen til å trekke inn sosiale forhold – selv om adgangen ikke er ubegrenset. Det er imidlertid klart at begrensningene i større grad gjelder for kvalifikasjonskrav enn kontraktsvilkår.

I relasjon til den tidligere bestemmelsen om kontraktsvilkår skriver Dragsten at:

*"Oppdragsgiver har et vidt skjønn med hensyn til utformingen av kontraktsbestemmelsene og det skal normalt en del til for å anse en kontraktsbestemmelse i strid med anskaffelsesloven § 5, jf. for eksempel klagenemndas sak 2007/109 (Goldberg & Partners)."*³⁰

Dette viser at oppdragsgiver også etter tidligere regelverk hadde et vidt spillerom.

I klagenemndas sak 2007/109 premiss 84 er det i samme retning uttalt at:

"(..) Klagenemnda vil i praksis normalt ikke etterprøve om oppdragsgivers kontraktsvilkår er rimelige eller balanserte, og særlig ikke ut fra de føringer som er lagt til grunn i saker om bruk av avtalelovens § 36 i nærings- og forretningsmessige kontraktsforhold (Rt. 1999 s. 922, Rt. 2000 s. 610, Rt. 2000 s. 806, Rt. 2003 s. 1132, Rt. 2004 s. 1545). Det kan stille seg annerledes med kontrakter med konkurransehennende innhold i strid med lovens § 5, jf. klagenemndas sak 2007/74."

EU-kommisjonen fremholder i dokumentet "*Public procurement for social process – A Social Platform guide to the EU Public Procurement Directive*" (2015) på s. 18 at:

"The use of contract performance clauses is an important step towards achieving social policy objectives through procurement, beyond the conditions set by binding legislation. With contract performance conditions, contracting authorities are also free to set adequate quality standards."

Også dette tilsier at oppdragsgiver har et vidt handlingsrom når det gjelder fastsettelse av kontraktsvilkår som gjelder sosiale forhold og arbeidsforhold.

Samlet sett viser dette at oppdragsgiver i utgangspunktet har vid frihet til å fastsette kontraktsvilkår, men at friheten begrenses av tilknytningskravet og de grunnleggende prinsippene i LOA § 4. Som det vil fremgå i punkt 6, har begrensningene relativt stor betydning for hvilke krav som er lovlige.

5. Konsekvenser av manglende oppfølging av kontraktsvilkår

Regelverket om offentlige anskaffelser gjelder i utgangspunktet kun frem til kontrakt er inngått, mens kontraktfasen reguleres av kontraktsretten. Et unntak fra dette er oppstilt i rettspraksis (særlig EU-domstolens sak C-454/06 *Presstetext*) gjennom læren om vesentlige endringer i inngåtte kontrakter. Læren går ut på at vesentlige endringer i en inngått kontrakt anses som inngåelse av en ny kontrakt som er underlagt anskaffelsesreglene. Ettersom den endrede kontrakten ikke er kunngjort, vil dette representere en ulovlig direkte anskaffelse, jf. praksis fra EU og klagenemnda.

Vesentlige endringer er nå regulert i anskaffelsesforskriften kapittel 28. FOA § 28-1 angir hvilke endringer som er tiltatt, mens FOA § 28-2 gjelder vesentlige endringer. Bestemmelsene i forskriften er dels en

²⁹ Prop. 51 L (2105-2016) kapittel 10 merknad til § 5.

³⁰ Marianne Dragsten, Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger, 2013 s. 142.

kodifisering av tidligere praksis, samtidig som bestemmelsene til en viss grad går lenger i å godta endringer i inngåtte kontrakter enn tidligere.

En endring er ulovlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir avgjørende forskjellig fra den opprinnelige kontrakten, jf. § FOA 28-2. Bestemmelsens bokstav a-d angir når en endring vil være vesentlig:

"En endring er alltid vesentlig dersom den

- a) gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør,*
- b) endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,*
- c) utvider kontraktens omfang betydelig eller*
- d) gjelder skifte av leverandøren i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 28-1 første ledd bokstav e."*

I relasjon til doktrinen om vesentlige endringer er det i prinsippet ikke forskjell mellom manglende håndhevelse av en kontrakt, og en tilsvarende avtalt endring. I EU-domstolens sak C-549/14 *Finn Frogne* konkluderte EU-domstolen med at et forlik som følge av leverandørens mislighold der kontraktsomfanget ble svært redusert, utgjorde en vesentlig endring ettersom en slik reduksjon for å avhjelpe misligholdet ikke var avtalt i kontrakten. Klagenemnda har videre konkludert med at oppdragsgivers manglende håndhevelse av en kontrakt etter omstendighetene skal likestilles med en ulovlig direkte anskaffelse, selv om endringene ikke er eksplisitt avtalt.³¹ Saken gjaldt en kontrakt om innsamling av avfall, der oppdragsgiver hadde stilt krav om at kjøretøyene minimum skulle ha Euro-standard 4. Valgte leverandør benyttet biler som hadde Euro-standard 3, uten at oppdragsgiver i særlig grad sanksjonerte dette. Klagenemnda vektla at valgte leverandør ved kontraktsbruddet hadde forskjøvet kontraktens økonomiske balanse. Videre uttaler klagenemnda at:

"(38) Euro-standarden setter grenseverdier for bilens utslipp av karbonmonoksid, nitrogenoksid, hydrokarboner og partikkelutslipp. Biler med lavere Euro-standard vil være eldre og rimeligere biler. I foreliggende sak er bilene med Euro-standard 3 fra 2003, mens de kontraktsmessige er fra 2009. Valgte leverandør har derfor ved kontraktsbruddet forskjøvet kontraktens økonomiske balanse til egen fordel, jf. også C-454/06 ("presstext") premiss (37). Når det gjelder konkurransegrunnlagets krav om at tilbudte biler skulle oppfylle Eurostandard 4, fremstår dette som et sentralt miljøkrav. Innklagede ville mest sannsynlig hatt plikt til å avvise et tilbud der en del av de tilbudte bilene hadde hatt Euro-standard 3. I tillegg ville dette ha gitt lavere uttelling i tildelingsevalueringen. På denne bakgrunn ville det vært mulig for oppdragsgiver å akseptere andre tilbud enn valgte leverandørs, jf. også C-454/06 ("presstext") premiss (35). Valgte leverandørs bruk av kjøretøy med Eurostandard 3 kan på denne bakgrunn være tilstrekkelig til å konstatere at det foreligger en vesentlig endring av kontrakten."

Klagenemndas avgjørelse viser altså at unnlatt oppfølging av mislighold kan innebære at det foreligger en vesentlig endring av kontrakten.

I hvilken grad oppdragsgiver er forpliktet til å benytte seg av alle tilgjengelige misligholdsbeføyelser er imidlertid ikke fullt ut avklart. Thue mfl. har tatt til orde for at:

"Etter vår oppfatning må det i alle fall være klart at oppdragsgiveren ikke kan være forpliktet til å heve kontrakten med en gang oppdragsgiveren får denne retten. Å frata oppdragsgiveren muligheten til å vurdere hva som er den beste løsningen her, ville føre til unødvendig sløsing av ressurser i strid med regelverkets grunnleggende prinsipper. Problemstillingene er noe mer sammensatt i forbindelse med andre misligholdsbeføyelser utover heving av avtalen. Antakeligvis er oppdragsgiverens spillerom svært begrenset når det gjelder økonomiske beføyelser som dagbøter, prisavslag og lignende."³²

Etter vårt syn må dette være riktig, samtidig som oppdragsgiver bør ha noe fleksibilitet til å styre misligholdsbeføyelsene på den måten oppdragsgiver anser mest hensiktsmessig for å komme i mål med

³¹ KOFA-2015/27

³² Thue mfl., kommentarer til anskaffelsesforskriften på Rettsdata, note 505

kontrakten. Poenget er uansett at det å innta kontraktsvilkår som ikke håndheves kan være problematisk i henhold til læren om vesentlige endringer. En ulovlig direkte anskaffelse kan sanksjoneres i henhold til bestemmelsene i LOA §§ 12 og 13, enten ved at oppdragsgiver ilegges et overtredelsesgebyr på inntil 15 % av anskaffelsens verdi eller ved at kontrakten kjennes uten virkning.

Det er derfor viktig at oppdragsgiver har et bevisst forhold til hvilke kontraktsvilkår som oppstilles, og at disse følges aktivt opp under kontraktsgjennomføringen.

6. Vurdering av seriøsitetsbestemmelsene

6.1 Punkt 1: HMS-kort

6.1.1 Bestemmelse

Det følger av seriøsitetsbestemmelsene punkt 1 "**HMS-kort**" at:

"Alle arbeidstakere skal bære lett synlig et gyldig HMS-kort utstedt av Arbeidstilsynet. Ordrebekreftelse, søknadsskjema ol aksepteres ikke som HMS-kort. Arbeidstakere som ikke har slikt HMS-kort vil bli bortvist fra byggeplassen. Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser."

Det er ikke foreslått endringer i denne bestemmelsen.

6.1.2 Vurdering av bestemmelse og konklusjon

Det følger av forskrift om HMS-kort på bygge- og anleggsplasser³³ at alle som utfører arbeid på bygge- og anleggsplasser skal ha HMS-kort. En kontraktbestemmelse som følger opp et forskriftskrav om HMS-kort, er etter vårt syn uproblematisk i et anskaffelsesrettslig perspektiv. Denne bestemmelsen vurderes derfor ikke nærmere. For ordens skyld presiseres det at siste setning ikke er uttrykkelig begrenset til byggeplassen. Selv om meningen er klar, kan dette kanskje med fordel presiseres som følger: "*Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid på byggeplassen under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser*".

6.2 Punkt 2: Pliktig medlemskap i leverandørregister

6.2.1 Bestemmelse

Det følger av seriøsitetsbestemmelsene punkt 2 "**Pliktig medlemskap i leverandørregister**" at:

"Leverandøren og alle underleverandører skal ved kontraktsinngåelse oppgi StartBANK ID eller fremlegge kopi av registreringsbevis fra StartBANK eller tilsvarende leverandørregister som inneholder oppdatert og kontrollert leverandørinformasjon. Leverandøren skal gi leverandørregisteret fullmakt til å innhente SKAV-info (skatte- og avgiftsinformasjon) i hele kontraktsperioden."

Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser."

Endringen som nå er foreslått er at det skal være krav om StartBANK i alle ledd (dvs. at siste ledd i bestemmelsen er ny.)

SKAV-info er etter hva vi forstår informasjon som tidligere ble gitt i henhold til SKAV-fullmakt. Dette kalles i dag "*Fullmakt til å innhente opplysninger om skatter og avgifter for byggenæringen*".³⁴

Fullmakten gjelder opplysninger som er taushetsbelagte etter skatteforvaltningsloven ("**sktfov.**") kap. 3, forvaltningsloven § 13 og skatteoppkreverinstruksens § 2-2. Fullmakten er begrenset til opplysninger som fremgår av skjemaet "Informasjon om skatte- og avgiftsforhold", skjema for attest om restanser på skatt/avgift mv. og RF-1244 Attest for skatt og merverdiavgift.

³³ FOR-2007-03-30-366

³⁴ <https://www.skatteetaten.no/kontakt/kontor/andre-kontorer/registerinfo/om-registerinfo/>

Skjemaet "Informasjon om skatte- og avgiftsforhold" (kalt utvidet skatteattest) inneholder informasjon om følgende forhold:

- (i) hvorvidt virksomheten er registrert i Foretaksregisteret, Enhetsregisteret og MVA-registeret,
- (ii) informasjon om leverte omsetningsoppgaver for merverdiavgift for de siste tre terminer,
- (iii) grunnlag for arbeidsgiveravgift de siste seks måneder,
- (iv) informasjon om forfalt, men ikke betalte skatter og avgifter og informasjon fra Sentralskattekontoret for utenlandssaker om antall registrerte arbeidsforhold, arbeidstakere og oppdrag som oppdragsgiver de siste seks månedene.

Skjema for attest om restanser på skatt/avgift mv og RF-1244 Attest for skatt og merverdiavgift inneholder dokumentasjon på om virksomheten skylder skatt/merverdiavgift eller ikke.

6.2.2 Vurdering av bestemmelsen

6.2.2.1 Personvernrettslig vurdering

Leverandørregisteret skal i henhold til bestemmelsen ha fullmakt til å innhente SKAV-info.

Informasjonen som etterspørres etter seriositetsbestemmelsen punkt 2 er informasjon på selskapsnivå, og ikke på personlig nivå. Denne dokumentasjonen inneholder ikke personopplysninger, og utlevering av SKAV-info utløser derfor ingen personvernrettslige problemstillinger.

6.2.2.2 Anskaffelsesrettslig vurdering

Bestemmelsen oppstiller tre krav:

- (i) krav til registrering i StartBANK eller lignende leverandørregister (også for underleverandører)
- (ii) at Leverandøren skal gi leverandørregisteret fullmakt til å innhente SKAV-info (skatte- og avgiftsinformasjon) i hele kontraktsperioden
- (iii) at alle avtalene leverandøren inngår for utføring av arbeid under kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser

Det første spørsmålet er derfor om det å kreve registrering i StartBANK eller lignende leverandørregister er i tråd med anskaffelsesreglene.

Kravet går overordnet ut på at leverandøren og underleverandører skal være registrert i et register. Dette er et krav som i utgangspunktet gjelder leverandøren generelt, og som ikke umiddelbart synes å ha tilknytning de til konkrete arbeidene som skal utføres under kontrakten. Kravet har videre nærmest karakter av et kvalifikasjonskrav ettersom kravet gjelder registrering i et register.

Etter FOA § 16-2 kan oppdragsgiver stille krav om at leverandøren er registrert i "*et foretaksregister, faglig register, eller et handelsregister i den staten leverandøren er etablert.*" Et krav om medlemskap i StartBANK kan anses å falle inn under ordlyden i FOA § 16-2. Vi har også sett eksempler på at StartBANK ID eller kopi av registreringsbevis i StartBANK er benyttet som dokumentasjonskrav for å dokumentere leverandørens oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansielle kapasitet.

Krav til leverandørers og underleverandørers skatte- og avgiftsforhold er videre regulert i flere bestemmelser i forskriften.

Etter FOA § 7-2 skal oppdragsgiver kreve at valgte leverandør leverer skatteattest for merverdiavgift og skatt i anskaffelser som overstiger 500 000 kr. Kravet gjelder imidlertid kun for norske leverandører. Etter bestemmelsens tredje ledd skal leverandøren "*tilsvarende*" kreve skatteattest for sine underleverandører ved inngåelse av kontrakter i tilknytning til oppdraget som overstiger 500 000 ekskl. mva. Det fremgår også av bestemmelsen at oppdragsgiver kan kreve utskiftning av underleverandøren dersom plikten til å inngi skatteattest ikke oppfylles, samt at oppdragsgiver kan kreve utskiftning av en underleverandør som ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter og avgifter.

Oppdragsgiver har også plikt til å avvise leverandører som ikke har oppfylt sine betalingsforpliktelser mht. skatter, avgifter og trygdeavgifter i det landet leverandøren er etablert, eller i Norge, jf. FOA § 24-2 (1) bokstav b. Oppdragsgiver har også plikt til å avvise leverandøren dersom underleverandøren som bidrar til å oppfylle kvalifikasjonskravene omfattes av FOA § 24-2 (1) bokstav b, jf. FOA § 16-10 (3).

Dokumentasjon oppdragsgiver kan kreve for å vurdere om det foreligger avvissningsgrunner (utover ESPD-skjemaet) er regulert i FOA § 17-2 og 24-7.

FOA § 17-2 gjelder "*Offisielle lister over godkjente leverandører og sertifisering*". I første ledd nevnes ulike typer attester, mens det i tredje ledd fremgår at oppdragsgiver i tillegg kan kreve at leverandørene fremlegger "*en attest for at de oppfyller sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter*".

Bestemmelsen gir dermed oppdragsgiver hjemmel til å kreve fremleggelse av skatteattester, og dette er ikke begrenset til norske leverandører slik FOA § 7-2 er.

FOA § 24-7 gjelder dokumentasjon for fravær av avvissningsgrunner. Av første ledd bokstav b fremgår det at oppdragsgiver skal godta attest utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller staten hvor leverandøren er etablert, som viser at det ikke foreligger avvissningsgrunner som nevnt i § 24-2 (1) bokstav b.³⁵ Dersom slik attest ikke utstedes i leverandørens hjemstat eller etableringsstat, eller dersom attesten ikke dekker avvissningsgrunnen, så skal oppdragsgiver imidlertid godta det europeiske egenerklæringskjemaet ("**ESPD**") som tilstrekkelig bevis.

Forskriften gir dermed oppdragsgiver adgang til å kreve skatteattester fra utenlandske leverandører, samtidig som at oppdragsgiver også må godta egenerklæring gjennom ESPD-skjemaet dersom skatteattester ikke utstedes i det aktuelle landet.

Forskriften åpner derfor i utgangspunktet for krav som medfører at leverandørene må inngi skatteattester, og spørsmålet blir følgelig om det i tillegg kan oppstilles en kontraktsbestemmelse om dette slik foreslått i seriositetsbestemmelsene, og som også omfatter underleverandører.

Et første forhold som tilsier at dette er akseptabelt er FOA § 24-4 som gjelder utskiftning av underleverandører. Oppdragsgiver *skal* kreve utskiftning av underleverandøren dersom oppdragsgiver i løpet av konkurransen blir kjent med at underleverandøren omfattes av FOA § 24-2 (1) bokstav b. Det samme gjelder for underleverandører som engasjeres av leverandøren etter at kontrakt er inngått og som omfattes av § 24-2 (1) bokstav b, dersom oppdragsgiver har krevd dokumentasjon for det. Dette følger av § 24-4 (3).

Oppdragsgiver har også en rett til å kreve at leverandøren skifter ut sin underleverandør både underveis i konkurransen og underleverandører som engasjeres etter kontraktsinngåelsen, dersom underleverandøren omfattes av FOA § 24-2 (3) bokstav a. Bestemmelsen gir oppdragsgiver avvissningsrett dersom oppdragsgiver er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i etableringsstaten, eller i Norge, i andre tilfeller enn dem som er nevnt i første ledd bokstav b.

Oppdragsgiver har følgelig plikt og rett til å besørge utskiftning av underleverandører også under gjennomføringen av kontrakten dersom oppdragsgiver har krevd dokumentasjon nevnt i FOA § 24-4 (4) og øvrige relevante avvissningsvilkår er oppfylt. Av fjerde ledd fremgår det at oppdragsgiver kan kreve at leverandøren fremlegger dokumentasjon etter § 24-7 jf. § 17-1. Dette er som nevnt attester utstedt av kompetent organ eller ESPD-skjemaet (egenerklæring) dersom slike attester ikke utstedes. Når det gjelder underleverandører engasjert etter kontraktsinngåelse, kan oppdragsgiver kreve "*attester eller annen dokumentasjon i stedet for egenerklæringer*".

Anskaffelsesregelverket forutsetter dermed klart at oppdragsgiver har adgang til å kreve skatteattester fra leverandørene og underleverandørene – i sistnevnte tilfelle også etter kontraktsinngåelse.

Selv om et kontraktskrav knyttet til leverandørens registreringer og informasjon om skatte- og avgiftsforhold fremstår som et generelt krav til leverandøren som ikke knytter seg til leveransen, tilsier forskriftens systematikk at oppdragsgiver har lov til å oppstille slike kontraktskrav. Selv om dette fremstår som noe usikkert, er vår vurdering totalt sett at kontraktskravet må anses lovlig i relasjon til tilknytningskravet.

³⁵ Bestemmelsen omfatter også de fakultative avvissningsgrunnene i FOA § 24-2 (3) bokstav a og b.

Spørsmålet blir følgelig om bestemmelsen om pliktig medlemskap i et leverandørregister er i tråd med føringene gitt i forskriften og de grunnleggende kravene i LOA § 4.

Når det gjelder hvilke krav som kan oppstilles uten at det er i strid med kravet i LOA § 4 er det avgjørende at kravet ikke er strengere enn nødvendig. Kontraktsvilkåret er i dette tilfellet at leverandørene må registrere seg enten i StartBANK eller et *lignende register*. Det er derfor ikke et absolutt krav at tilbydere må være medlem i StartBANK. Alle tilbydere står derfor fritt til å registrere seg i et lignende leverandørregister.

At det er adgang til å knytte kravet opp mot et bestemt register, når det også er åpnet for at andre registre vil oppfylle kravet, underbygges av reglene om kravspesifikasjoner i forskriften. Av FOA § 15-1 (4) fremgår det blant annet at det unntaksvis er tillatt å vise til bestemte fabrikater, prosesser, varemerker dersom henvisningen følges av uttrykket "*eller tilsvarende*".

Dette tilsier i utgangspunktet at kravet om registrering i StartBANK eller annet leverandørregister ikke er konkurransebegrensende.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om kravet likevel er konkurransebegrensende og diskriminerende dersom utenlandske aktører ikke har samme adgang til å registrere seg i StartBANK eller tilsvarende leverandørregister. På hjemmesiden til StartBANK er det angitt en rekke vilkår som må oppfylles for at en leverandør skal oppnå registrering i registeret:

- *foreta salg i eget navn*
- *oppgi finansielle nøkkeltall*
- *være ajour med betaling av skatter og avgifter*
- *ha oppfylt lovpålagte krav om rapportering til offentlige registre, slik som: årsberetning, årsregnskap etc.*
- *ikke være konkurs eller i gjeldsforhandlinger*
- *tilby produkter/tjenester som inngår som en del av ordningen på registreringstidspunktet*
- *levere komplett registreringsunderlag bestående av StartBANK spørreskjema samt standardiserte egenerklæringer (SB1 og SB2)*
- *sende inn kopi av selskapets nyeste firmaattest*
- *sende inn gyldig ansvars- og yrkesskadeforsikring*
- *sende inn gyldig skatteattest*
- *ha betalt inn den årlige registreringsavgiften*³⁶

Flere av disse kravene vil kunne være vanskeligere å dokumentere for utenlandske leverandører. Som eksempel er et av kravene for å oppnå registrering i StartBANK at leverandøren skal sende inn gyldig skatteattest. Det er imidlertid flere land som ikke utsteder skatteattester.

StartBANK har imidlertid bekreftet at det ikke er noen begrensninger for utenlandske leverandører mht. registrering. Nettsidene til StartBANK er utformet på flere språk, og noe av informasjonen gitt på norsk mht. til kravene for registrering synes å være oversatt til disse språkene (men primært engelsk).³⁷

For at kravet ikke skal gi fremstå som konkurransebegrensende er det etter vårt syn behov for at leverandørene får enkelt tilgjengelig informasjon om måter kravene kan oppfylles på dersom landet de er etablert i, ikke utsteder de attester som kreves for registrering i StartBANK. I slike situasjoner gir forskriften anvisning på egenerklæringer. En særskilt regulering følger likevel av § 24-4 (4) der det som nevnt fremgår at oppdragsgiver kan kreve attester eller annen dokumentasjon som ikke er egenerklæringer for underleverandører som er engasjert etter kontraktsinngåelse. Vår vurdering er imidlertid at dokumentasjonskravene må formuleres på en måte som gjør det tilsvarende enkelt å oppfylle kravene som for norske leverandører.

³⁶ <https://pages.achilles.com/achilles-startbank-supplier-registration-no>

³⁷ Språkene er engelsk, spansk, portugisisk, svensk, tysk og italiensk.

At måten StartBANK praktiserer dette kravet på innebærer at utenlandske leverandører ikke diskrimineres, er således ikke uten videre tilstrekkelig – det sentrale er at kontraktskravet ikke må fremstå som konkurransebegrensende. At det ikke er begrensninger for utenlandske leverandører mht. registrering bør derfor enten presiseres i kontraktsbestemmelsen, eller så bør informasjon om alternativ oppfyllelse av krav gjøres enkelt tilgjengelig på StartBANK sine nettsider.

Som nevnt innledningsvis i dette punktet viser kontraktsbestemmelsen til tilsvarende registre. Vi har ikke oversikt over aktuelle øvrige registre, og det kan ikke utelukkes at de har registreringskrav som fremstår mindre byrdefulle. Når det i kontraktsbestemmelsen primært henvises til StartBANK uten at det redegjøres for andre aktuelle "tilsvarende" leverandørregistre, fremstår imidlertid StartBANK som det primære registeret som er aktuelt for oppfylle kontraktskravet. Det tilsvarende registeret må også kunne få fullmakt til å innhente SKAV-info – uten at det er klargjort hvilke registre som er aktuelle for dette.

Ordlyden i kontraktskravet sammenholdt med informasjonen på startbank.no, tilsier etter vårt syn at kravet kan fremstå som vanskeligere å oppfylle for utenlandske leverandører. Dette er i strid med kravet til likebehandling og konkurranse i LOA § 4. Etter vårt syn bør bestemmelsen presiseres slik at det i større grad gir utenlandske leverandører informasjon om hva som skal til for å oppfylle kravet, og hvis mulig bør det også opplyses om hvilke andre leverandørregistre som anses som tilsvarende registre. Med en slik justering vil kravet etter vårt syn være lovlig.

Det andre spørsmålet er om kravet til at leverandøren gir leverandørregisteret fullmakt til å innhente SKAV-info (skatte- og avgiftsinformasjon som nærmere beskrevet ovenfor) i hele kontraktsperioden er i tråd med kravet til konkurranse og ikke-diskriminering i LOA § 4.

Dette kravet går ut på at registeret/oppdragsgiver skal ha mulighet til å motta skatteinformasjon om leverandøren gjennom hele kontraktsperioden. Heller ikke dette kravet står i direkte tilknytning til arbeidene som skal utføres under kontrakten. Samtidig leder kravet til at oppdragsgiver får informasjon om at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i FOA § 24-2 (1) bokstav b og tredje ledd bokstav a. Avvisningsplikten gjelder kun frem til kontrakt er signert, men etter vårt syn forfølger kontraktskravet et legitimt formål om å bekjempe skattekriminalitet som i stor grad er vektlagt ved utformingen av anskaffelsesforskriften. Dette trekker i retning av at kravet i denne forbindelse må anses lovlig.

Både norske og utenlandske aktører kan på lik linje gi fullmakt til at leverandørregistre innhenter SKAV-informasjon. Slik sett er kravet uproblematisk anskaffelsesrettslig. Informasjon om utenlandske leverandørers skatteforhold vil imidlertid bare foreligge i Norge dersom leverandøren er skatte- og avgiftspliktig i Norge. En forutsetning for at SKAV informasjon kan innhentes om utenlandske aktører i Norge, er at de er skattepliktige i Norge. En leverandør som er skattemessig hjemmehørende i utlandet vil være skattepliktig til Norge for inntekt av virksomhet som vedkommende "*utøver eller deltar i*" og som "*drives her eller bestyres herfra*", herunder virksomhet hvor arbeidstaker stilles til rådighet for andre innen riket, jf. sktl. § 2-3 (1) bokstav b. At en virksomhet drives herfra innebærer for det første at det må finne sted en aktivitet med økonomisk karakter i Norge og et krav om at aktiviteten her i landet må være av en viss art og et visst omfang. Dette innebærer at leverandører/underleverandører som utfører bygge- og anleggsprosjekter i Norge, normalt vil være skattepliktig i Norge.

Samtidig – dersom selskapet er registrert i et tilsvarende leverandørregister i utlandet, så er vi ikke kjent med hvilke regler som gjelder for utlevering av SKAV informasjon fra øvrige skattemyndigheter i Europa. Det er også uklart for oss om andre leverandørregistre gir norske oppdragsgivere mulighet til å motta SKAV-informasjon om utenlandske leverandører. Spørsmålet blir da om det er praktisk mulig å gi slik fullmakt seriositetsbestemmelsen forutsetter, dersom slik informasjon ikke utleveres i henhold til lovgivningen i det enkelte land. I så fall vil kravet kunne være begrensende ettersom registrering i utenlandske registre potensielt ikke vil være egnet til å oppfylle kravet om fullmakt til innhenting av SKAV informasjon. Dette bør etter vårt syn undersøkes nærmere for å forsikre at kravet ikke fremstår som konkurransebegrensende.

Det tredje spørsmålet som må vurderes er lovligheten av kravet om at "alle avtalene" leverandøren inngår skal inneholde tilsvarende bestemmelser. Det er noe uklart for oss hva dette kravet gjelder. Underleverandører er nevnt i bestemmelsens første setning, noe som tilsier at tredje ledd ikke gjelder underleverandører. Samtidig vises det til avtaler "for utføring av arbeid", noe som normalt er avtalene mellom leverandøren og underleverandøren.

Anvendelsesområdet til bestemmelsen fremstår følgelig som noe uklar, herunder om den kun gjelder avaler som knytter seg til konkrete arbeider under kontrakten, eller om det for eksempel også gjelder avtaler om

innkjøp av materialer. Som det fremgår av punkt 4.1, gjelder det et klarhetskrav for kontraktsvilkår, og kravet er etter vårt syn ikke tilstrekkelig klart utformet. Dette utgjør dermed i seg selv et brudd på de grunnleggende prinsippene i LOA § 4.

Slik kravet nå er formulert, ser det ut til at kravet kan gjelde andre avtaler enn avtaler med underleverandørene. Som nevnt over, kan det stilles spørsmål ved om et generelt krav om registrering har tilstrekkelig tilknytning til kontrakten. I drøftelsene over er forskriftens regulering av skatteforhold som gjelder leverandører og underleverandører vektlagt. Kontraktsbestemmelsen synes imidlertid å strekke seg utover forskriftskravene mht. leverandøren og underleverandøren ettersom den gjelder "alle avtalene leverandøren inngår". Det er derfor etter vårt syn tvilsomt om kravet har tilstrekkelig tilknytning til leveransen.

Det kan videre stilles spørsmål ved om det er et forholdsmessig krav å kreve at alle leverandørene en hovedentreprenør inngår avtale med i forbindelse med gjennomføringen av en kontrakt må registrere seg i et leverandørregister samt gi leverandørregisteret/oppdragsgiver fullmakt til å innhente SKAV-info. Det vil kunne være ressurskrevende for en hovedentreprenør å sørge for at motparten i alle avtaler under kontrakten skal registrere seg i StartBANK eller tilsvarende. Hvis leverandøren skal være på den sikre siden mht. kontraktsmessig oppfyllelse, må leverandøren ved tilbudsinngivelsen forsikre seg om at alle avtaler som inngås i løpet av kontraktsperioden vil inngås med leverandører som er registrert, eller villig til å registrere seg i StartBANK, i tillegg til at de gir fullmakt til uthenting av SKAV-info. I lys av at forskriftens regulering av at skatteopplysninger er begrenset til underleverandører, fremstår et slikt krav som uforholdsmessig. Dette kan tenkes å avhenge av størrelsen og kompleksiteten på kontrakten og avtalene leverandøren dermed må inngå, men i mindre kontrakter der en avtale leverandøren inngår kan ha en svært liten verdi, fremstår kravet som uforholdsmessig.

6.2.3 Konklusjon

Vår konklusjon er at kravet slik det nå er formulert, og i lys av vilkårene for registrering i StartBANK (slik de er formulert på hjemmesiden), må anses anskaffelsesrettslig problematisk fordi kravet synes å være vanskeligere å oppfylle for utenlandske leverandører.

For å være i tråd med anskaffelsesregelverket bør det klargjøres at leverandører som ikke har enkel tilgang til den påkrevde dokumentasjonen for registrering i StartBANK, allikevel enkelt vil kunne registreres. Det bør også redegjøres for hvilke tiltak og dokumentasjon som da er tilstrekkelig for registrering. Det bør videre ideelt sett opplyses om hvilke øvrige leverandørregistre som tilsvarende StartBANK, og som også kan få fullmakt til å innhente SKAV-informasjon.

Bestemmelsens tredje ledd er ikke tilstrekkelig klart utformet, og mangler etter vårt syn tilstrekkelig tilknytning til leveransen. Kravet vil antagelig også anses uforholdsmessig og dermed i strid med LOA § 4.

6.3 Punkt 3: Faglærte håndverkere

6.3.1 Bestemmelse

Det følger av seriositetsbestemmelsene punkt 3 "**Faglærte håndverkere**" at:

"Ved utførelsen av kontraktsarbeidet skal minimum 50 % av arbeidede timer innenfor bygg- og anleggsfagene (de fag som omfattes av utdanningsprogrammet for bygg- og anleggsteknikk samt anleggsgartnerfaget) samlet utføres av personer med fagbrev, svennebrev eller dokumentert fagopplæring i henhold til nasjonal fagopplæringslovgivning eller likeverdig utenlandsk fagutdanning. Det skal være fagarbeidere i alle ovennevnte fag.

Inntil 10 % av kravet kan oppfylles ved at arbeidede timer er utført av personer som er under systematisk opplæring og er oppmeldt etter kravene i Praksiskandidatordningen, jf. opplæringslova § 3-5, eller etter tilsvarende ordning i annet EU/EØS-land.

I enkeltpersonforetak uten ansatte gjelder ovenstående krav for eier.

Leverandøren skal etter kontraktsinngåelsen dokumentere hvordan kravet vil bli oppfylt, samt jevnlig oversende bemanningsplaner og rapporter som viser oppfylleelsesgraden. Ved kontraktsavslutning skal det fremlegges oversikt over antall fagarbeidertimer. Timelister skal fremlegges på anmodning.

Byggherren kan holde tilbake inntil 5 promille av kontraktssummen dersom ovennevnte krav misligholdes, eller det er grunn til å tro at slikt mislighold vil inntreffe, og forholdet ikke blir rettet innen en rimelig frist gitt ved skriftlig varsel. Dersom kravet ikke er oppfylt ved overtakelsen avkortet vederlaget med inntil 5 promille av kontraktssummen.

Ved vesentlig mislighold av ovennevnte plikter, eller dersom det er grunn til å tro at slikt mislighold vil inntreffe, kan byggherren stanse eller heve kontrakten dersom forholdet ikke blir rettet innen en rimelig frist gitt ved skriftlig varsel, med varsel om stansing eller heving om så ikke skjer."

I forhold til tidligere bestemmelse er denne endret ved at kravet til faglærte håndverkere nå er foreslått hevet til 50 %, mot tidligere 40 %, samt at maksimalt 10 % kan oppfylles ved praksiskandidater.

6.3.2 Vurdering av bestemmelsen

Etter vårt syn har kravet tilknytning til leveransen, ettersom det gjelder hvem som skal utføre arbeidene under kontrakten.

Det må imidlertid vurderes om kravet til "likeverdig utenlandsk fagutdanning" kan virke konkurransebegrensende, samt om kravet er i tråd med likebehandlingsprinsippet og kravet til ikke-diskriminering.

Dersom det ikke er mulig å oppnå likeverdig fagutdanning i utlandet vil dette kravet være problematisk i lys av likebehandlingsprinsippet. Dersom det normalt kreves samme type fagutdanning i utlandet, slik at kravet ikke er vanskeligere for utenlandske aktører å oppfylle i forhold til norske, vil det ikke være problematisk.

Vi har ikke full oversikt over om det finnes likeverdig utenlandsk fagutdanning innen alle aktuelle fagområder. På NOKUT (Nasjonalt organ for kvalitet i utdanningen) sin hjemmeside fremgår det at NOKUT vurderer utenlandsk fag- og yrkesopplæring på videregående nivå opp mot norske fag- og svennebrev. Her fremgår at det kun er mulig å søke godkjenning av fag- og yrkesopplæring fra enkelte land, herunder Estland, Latvia, Litauen, Polen og Tyskland innenfor enkelte yrker. At det kun er mulig å søke godkjenning fra enkelte land kan isolert sett tilsi at bestemmelsen vil være diskriminerende. Samtidig oppstiller ikke seriositetsbestemmelsen et krav om at NOKUT skal gi godkjenning. Det avgjørende er derfor etter vårt syn om det finnes "likeverdig utenlandsk fagutdanning", og om dette vil kunne bli vurdert og håndhevet på en måte som ikke er diskriminerende.

For å sikre at kravet ikke er konkurransebegrensende og diskriminerende, må oppdragsgiversiden eller de ansvarlige for seriositetsbestemmelsene undersøke om det er mulig for leverandører å innhente dokumentasjon på likeverdig utenlandsk fagutdanning.

Dersom det viser seg at det ikke er mulig å fremlegge dokumentasjon på "likeverdig utenlandsk fagutdanning" (for personer som reelt sett er på et tilsvarende utdanningsnivå), vil kravet være konkurransebegrensende og i strid med likebehandlingsprinsippet. Dette innebærer imidlertid ikke i seg selv at kravet er ulovlig. Som nevnt ovenfor er det adgang til å oppstille konkurransebegrensende krav såfremt oppdragsgiver har et legitimt behov for det, og det er saklig og objektivt begrunnet, jf. punkt 4.2.

Dersom det er slik at kravet i realiteten utelukker enkelte utenlandske leverandører, eller som eksempel favoriserer norske leverandører og leverandører fra de EU-land som NOKUT allerede har godkjent, vil kravet etter vårt syn gå klart lenger enn det som er nødvendig for å ivareta behovet om seriositet i byggebransjen.

Basert på foreliggende opplysninger fra NOKUT, er det forhold som indikerer at det kan være vanskelig for enkelte utenlandske leverandører å oppfylle kravet til dokumentasjon for andel faglærte arbeidere. I lys av dette fremstår kravet etter vårt syn i strid med kravet til konkurranse og likebehandling i LOA § 4, og er dermed ikke lovlig.

Vi understreker at utfordringen her ikke er kravet som sådan (dvs. kravet om faglærte arbeidere), men usikkerheten rundt hvordan leverandører fra andre EU-land skal kunne dokumentere at deres ansatte har en likeverdig fagutdanning som norske arbeidere. Det er for øvrig også vanskelig å se hvordan oppdragsgivere uten videre skal være i stand til å vurdere om en utdanning fra et annet europeisk land er "likeverdig" med en norsk utdanning. Dette kan tilsi at det i større grad klargjøres hvilke utdannelser som er likeverdige, og på hvilken måte dette kan dokumenteres, før et slikt krav anvendes.

Misligholdsbeføyelsene som er oppstilt i tilknytning til kravet er etter vårt syn ikke problematiske. De er fakultative, slik at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å sanksjonere og tilbakeholdsretten er knyttet til en mindre del av vederlaget. At oppdragsgiver får hevingsrett anses heller ikke problematisk. Kravet om faglærte knytter seg også til den kvalitative utførelsen av arbeidene, og det er naturlig at oppdragsgiver kan sanksjonere dette dersom kontrakten brytes vesentlig på dette punkt. Bestemmelsen fremstår dermed som proporsjonal.

6.3.3 Konklusjon

Dersom kravet til *"likeverdig utenlandsk fagutdanning"* i realiteten utelukker enkelte utenlandske leverandører vil kravet etter vårt syn gå lenger enn det som er nødvendig for å ivareta behovet for seriøsitet i byggebransjen. Kravet kan derfor være i strid med kravet til konkurranse og likebehandling i LOA § 4 og dermed være ulovlig.

6.4 Punkt 4: Lærlinger

6.4.1 Bestemmelse

Det følger av seriøsitetsbestemmelsene punkt 4 **"Lærlinger"** at:

"Det er et krav at leverandører er tilknyttet en lærlingordning, og at en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med å oppfylle kontrakten innenfor bygg- og anleggsgagnene, jf. forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter.

For denne kontrakten gjelder i tillegg følgende:

[Byggherren må i den enkelte konkurranse vurdere om tilleggskravet i dette avsnittet (10 %) er forholdsmessig. Dersom kravet ikke er forholdsmessig må dette avsnittet slettes eller prosentsatsen endres. I enkelte kontrakter kan det også være aktuelt å stille et strengere prosentkrav.]

Ved utførelsen av kontraktsarbeidet skal minimum 10 % av arbeidede timer innenfor bygg- og anleggsgagnene samlet (de fag som omfattes av utdanningsprogrammet for bygg- og anleggsteknikk, samt anleggsgartnerfaget) utføres av lærlinger, jf. opplæringslova § 4-1.

Kravet kan oppfylles av leverandøren og en eller flere av hans underentreprenører.

Utenlandske leverandører kan oppfylle kravet ved å benytte lærling fra en lærlingordning i opprinnelseslandet. Dersom opprinnelseslandet ikke har en lærlingordning, kan kravet oppfylles ved å benytte praksiselev fra en opplæringsordning i opprinnelseslandet.

Leverandøren skal ved oppstart, og på anmodning under gjennomføringen av kontraktsarbeidet, dokumentere at kravene vil bli oppfylt. Ved kontraktsavslutning skal det fremlegges oversikt over antall lærlingetimer. Timelister skal fremlegges på anmodning.

Byggherren kan holde tilbake inntil 5 promille av kontraktssummen dersom ovennevnte krav misligholdes, eller det er grunn til å tro at slikt mislighold vil inntreffe, og forholdet ikke blir rettet innen en rimelig frist gitt ved skriftlig varsel. Dersom kravet ikke er oppfylt ved overtakelsen avkortes vederlaget med inntil 5 promille av kontraktssummen.

Ved vesentlig mislighold av ovennevnte plikter, eller dersom det er grunn til å tro at slikt mislighold vil inntreffe, kan byggherren stanse eller heve kontrakten dersom forholdet ikke blir rettet innen en rimelig frist gitt ved skriftlig varsel, med varsel om stansing eller heving om så ikke skjer."

Endringen i bestemmelsen går ut på at minimumskravet er oppjustert fra 7 til 10 %.

6.4.2 Vurdering av bestemmelsen

6.4.2.1 Kort om forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter

Det følger av LOA § 7 "krav om bruk av lærlinger" at:

"Statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal stille krav om at leverandører er tilknyttet en lærlingordning, og at en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med

gjennomføringen av kontrakten. Kravet gjelder i bransjer hvor departementet i forskrift har definert at det er særlig behov for læreplasser. Departementet kan i forskrift fastsette nærmere regler om krav om bruk av lærlinger, herunder bestemme at kravet bare skal gjelde for kontrakter over en bestemt verdi og varighet."

Bakgrunnen for bestemmelsen er todelt. Av forarbeidene følger det at:

"Regjeringen har foreslått krav om bruk av lærlinger som en del av sin strategi mot arbeidslivskriminalitet. Tiltaket skal bidra til å sikre et seriøst arbeidsliv og at reglene i arbeidslivet overholdes. I tillegg skal tiltaket bøte på den betydelige mangelen på læreplasser man i dag ser innenfor flere lærefag. Mangelen innebærer på den ene siden at unge som har startet en fagutdanning, ikke får muligheten til å avslutte den, og på den andre siden at samfunnet risikerer en betydelig mangel på kvalifiserte fagarbeidere innenfor flere bransjer i årene fremover. Det er i stor utstrekning tillatt å stille krav som ivaretar sosiale hensyn, i forbindelse med offentlige anskaffelser. På dette grunnlaget vil et krav om bruk av lærlinger etter departementets vurdering ivareta et legitimt formål som kan begrunne innskrenkning av konkurransen i tråd med EØS-retten."³⁸

Hva plikten til å stille krav om bruk av lærlinger går ut på ved offentlige anskaffelser er nærmere regulert i forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter ("FLO").³⁹

Forskriften gjelder for (i) statlige myndigheter, (ii) fylkeskommunale og kommunale myndigheter, (iii) offentligrettslige organer og (iv) sammenslutninger med en eller flere oppdragsgivere som nevnt i i-iii, jf. FLO § 3.

Plikt til å stille krav om bruk av lærlinger gjelder når statlige myndigheter inngår kontrakter med en verdi over 1,3 millioner kroner og med varighet over 3 måneder. Plikten til å stille krav om lærlinger inntreffer for andre oppdragsgivere når kontrakten har en verdi på minst 2 millioner kroner over tre måneder, jf. FLO § 5.

Etter FLO § 6 (1) skal oppdragsgiver stille krav om at leverandøren er tilknyttet en lærlingordning, og at en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med å oppfylle kontrakten. Denne plikten gjelder når kontraktens hovedelement omfatter arbeid der det er relevant å benytte arbeidskraft med fag- eller svennebrev, jf. FLO § 6 (2).

Av FLO § 6 (3) fremgår det at plikten kun gjelder såfremt den ikke er uforholdsmessig.

Bestemmelsens fjerde ledd pålegger oppdragsgiver å knytte sanksjoner til manglende overholdelse av kravet til lærlinger i kontrakten. Oppdragsgiver har derfor en plikt til å kontrollere at kravet overholdes i samsvar med FLO § 9.

Kravet til å benytte lærlinger gjelder også for utenlandske leverandører, jf. FLO § 8.

Kravet om lærlingplass kan oppfylles av både hoved- og underleverandørene, slik lagt til grunn i forarbeidene.⁴⁰

6.4.2.2 Anskaffelsesrettslig vurdering

Etter vårt syn oppfylder bestemmelsen forskriftskrav som følger av FLO, noe som tilsier at bestemmelsen om bruk av lærlinger overordnet er lovlig fra et anskaffelsesrettslige perspektiv.

Utgangspunktet i bestemmelsen om at minimum 10 % av arbeidene skal utføres av lærlinger, representerer imidlertid et tilleggskrav, som går ut over det som følger av FLO. I FLO er det kun et krav til at "en eller flere lærlinger" deltar i arbeidet. At kravet er strengere enn FLO er imidlertid ikke problematisk i seg selv. Det avgjørende er om kravene er i tråd med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven.

Det følger uttrykkelig av LOA § 7 (2) at krav til lærlinger må stå i forhold til kontraktens art og omfang. Et krav om at 10 % av arbeidene skal utføres ved lærlinger kan som et utgangspunkt være problematisk i relasjon til forholdsmessighetsprinsippet. I tillegg kan det være vanskelig å få tak i tilstrekkelig antall

³⁸ Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.7.4

³⁹ FOR-2016-12-17-1708

⁴⁰ Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.7.4

læringer, noe som kan begrense konkurransen. I FLO § 9 (2) er det derfor angitt at reelle forsøk på å inngå lærekontrakt uten å lykkes er tilstrekkelig for å oppfylle kravet om bruk av læringer. En slik bestemmelse bør antagelig inntas også i kontraktskravet.

Kravet om 10 % er imidlertid etterfulgt av veiledning om at det må vurderes i den enkelte konkurranse om kravet på 10 % er forholdsmessig. Dette innebærer at det rent faktisk ikke er et ubetinget krav til at det i enhver kontrakt må være 10 % læringer. Selv om 10 % isolert sett fremstår som et strengt krav har vi derfor vanskelig for å se at kravet i seg selv er ulovlig. Dette fordi det er åpnet for at kravet på 10 % skal vurderes konkret og enten slettes eller justeres dersom en andel på 10 % læringer fremstår som uforholdsmessig. Vår vurdering er derfor at kravet ikke er i strid med de grunnleggende kravene i LOA § 4.

Den samme oppfatningen synes også å være lagt til grunn i Meld. St. 22 (2018-2019) punkt 12.3 hvor det fremgår at:

"Seriositetsbestemmelsene fremhever likevel tydelig at byggherren, altså oppdragsgiver, må vurdere om kravet på sju prosent er forholdsmessig i den enkelte konkurransen. Dersom kravet ikke er forholdsmessig, skal kravet slettes eller prosentsatsen endres."

Et annet spørsmål er imidlertid om stillingsprosenten bør settes lavere for å forhindre at oppdragsgivere innfører strengere krav enn det som er forholdsmessig. Dette fordi en grense på 10 % lett kan anses for å utgjøre en "standard" selv om dette ikke er hensikten.

Dersom oppdragsgivere ubevist benytter seg av 10 %-grensen uten at det foretas en konkret vurdering, foreligger det en risiko for at oppdragsgivere vil oppstille uforholdsmessige lærlingkrav.

Dette vil også kunne skape problemer ved kontraktgjennomføringen. Som redegjort for i punkt 5 ovenfor vil manglende overholdelse av kontraktsvilkår, enten ved at det aksepteres en endring eller at oppdragsgiver unnlater å følge opp kravet, kunne medføre at kontrakten anses vesentlig endret. Klagenemnda har tidligere vurdert om manglende overholdelse av krav til læringer medfører at det foreligger en vesentlig endring av en kontrakt og dermed en ulovlig direkte anskaffelse. I klagenemndas avgjørelse 2017/344 premiss (34) fremholdt nemnda utgangspunktet om at:

"For at en leverandørs mislighold av kontrakten skal kunne anses som en ulovlig direkte anskaffelse forutsetter det imidlertid at oppdragsgivers oppfølging av kontrakten har vært mangelfull, og at dette må kunne likestilles med at kontrakten er vesentlig endret, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2015/27 premiss (39) flg."

I den konkrete saken hadde oppdragsgiver tatt kontakt med valgte leverandør angående lærlingkravet ved to anledninger. Det var derfor ikke grunnlag for å konstatere at oppfølgingen hadde vært mangelfull.⁴²

Selv om KOFA konkluderte med at kontrakten ikke var vesentlig endret, bør det etter vårt syn understrekes i veiledningen til kontraktsbestemmelsen at manglende oppfølging av kravet kan medføre en vesentlig endring av kontrakten, og at det derfor er sentralt at oppdragsgiver foretar en reell vurdering av prosentkravet til læringer.

For å sikre at kravet praktiseres i tråd med forholdsmessighetsprinsippet, bør relevante momenter for forholdsmessighetsvurderingen utarbeides og inntas i veiledningen til kontraktsbestemmelsen.⁴³ Listen behøver ikke å være uttømmende, men bør fungere som virksomme retningslinjer for hva som skal til for at kravet er forholdsmessig og når det eventuelt skal stilles et strengere krav enn 10 %.

Samlet sett er vår vurdering at lærlingkravet som sådan ikke er i strid med anskaffelsesreglene. Noe annet er imidlertid om det er hensiktsmessig å oppstille et strengere standardkrav enn det som nå gjelder på 7 %. Om dette er tilfellet ligger imidlertid utenfor vårt mandat for utredningen. Rent anskaffelsesrettslig er det likevel grunn til å understreke at kravet er mer problematisk jo strengere det er.

⁴¹ Uttalelsen knytter seg til da kravet var 7 %, uten at vi kan se at det er av avgjørende betydning.

⁴² Jf. avgjørelsens premiss 36.

⁴³ Veiledning om sociale klausuler i utbud utarbeidet av den Danske Konkurrence- og forbrugerstyrelsen fra desember 2018 lister opp momenter som kan være relevante i forholdsmessighetsvurderingen på side 11. Her er kontraktsverdien, samlet "lønsom" og nødvendig antall arbeidere nevnt. Det er samtidig presisert at kontraktsverdien alene ikke nødvendigvis gir et dekkende bilde, ettersom materialomkostninger i noen tilfeller utgjør en stor andel av denne. Det presiseres også at oppdragsgiver må vurdere hvor mye fagutdannet arbeidskraft det er behov for, og med utgangspunkt i dette vurdere hvor stor andel av den fagutdannede arbeidskraften lærlingene kan utgjøre.

Etter hva vi forstår legges det opp til at seriøsitetsbestemmelsene skal gjelde for alle bygge- og anleggsanskaffelser, mens FLO kun gjelder når en anskaffelse overstiger terskelverdiene i FLO § 5. Det kan derfor uansett stilles spørsmål ved om det vil være uforholdsmessig å stille krav til lærlinger i kontrakter under terskelverdiene, ettersom FLO da ikke gjelder direkte.

I klagenemndas sak 2017/344 hadde oppdragsgiver inntatt et krav om bruk av lærlingordning, selv om terskelverdi og krav til kontraktens varighet i FLO ikke var oversteget. Bakgrunnen for at kravet var oppstilt syntes å være at det var en standardformulering i oppdragsgivers konkurransegrunnlag. I denne forbindelse fremholdt klagenemnda at:

"(26) Selv om innklagede ikke hadde plikt til å benytte lærling, er lærlingsforskriften § 4 utformet på en måte som tilsier at forskriften også kan være anvendelig ut over de situasjoner hvor det er plikt å bruke lærling. Lærlingsforskriften er videre utformet slik at den er forutsatt å skulle supplere avtaler hvor det stilles krav om lærling. Se i denne forbindelse § 9, som blant annet inneholder følgende bestemmelse: «En leverandør som er tilknyttet en lærlingordning og som kan dokumentere reelle forsøk på å inngå lærekontrakt uten å lykkes, skal av oppdragsgiver anses å ha oppfylt kravet om bruk av lærling.»

(27) Når innklagede har benyttet en standardformulering om bruk av lærling som er forutsatt utfyllt av bestemmelsene i lærlingsforskriften, legger nemnda derfor til grunn at kravet kan tolkes i lys av disse bestemmelsene selv om innklagede ikke hadde plikt til å oppstille krav om lærling."

Nemnda aksepterte altså et krav om bruk av lærlinger, selv om oppdragsgiver ikke hadde en plikt til dette i denne konkrete saken. Klagenemndas praksis, samt oppdragsgivers skjønnsfrihet til å oppstille kontraktsvilkår, tilsier etter vår vurdering at det ikke på generelt grunnlag er uforholdsmessig å kreve lærlinger selv om det ikke er plikt til det etter forskriften.

Etter LOA § 7 (2) og FLO § 6 (3) er det uansett et krav om at bruk av lærlinger er forholdsmessig. Det fremgår av forarbeidene at et krav om lærlinger kan være uforholdsmessig dersom kontrakten har for liten verdi, eller er for kortvarig til at den forsvarer at leverandøren ansetter en lærling.⁴⁴ Dette innebærer at det må vurderes konkret hver gang om det er forholdsmessig å oppstille et slikt krav – det er imidlertid ikke avgjørende i seg selv at det ikke foreligger en plikt til det etter FLO.

Bestemmelsen inneholder også misligholdsbeføyelser for manglende oppfyllelse av lærlingkravet. I utgangspunktet fremstår disse som uproblematisk. Dette kan stille seg annerledes dersom prosentkravet til lærlinger er satt for høyt i strid med forholdsmessighetsprinsippet. Kontraktskravet er da ulovlig, noe som i utgangspunktet skal gå utover oppdragsgiver og ikke medføre misligholdsbeføyelser mot leverandøren. Samtidig vil problematikken mht. manglende sanksjonering og vesentlige endringer fremdeles komme på spissen.

En mulighet for å avhjelpe dette, kan være å tilføye at misligholdsbeføyelsene ikke vil gjøres gjeldende dersom leverandøren kan dokumentere å ha gjennomført reelle forsøk på å inngå lærlingkontrakt uten å lykkes. Dette er også i samsvar med FLO § 9 annet ledd.

6.4.3 Konklusjon

Samlet sett er vår vurdering at kravet som sådan ikke er i strid med anskaffelsesreglene.

Det er imidlertid sentralt at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering mht. hvilken prosentsats som skal benyttes uavhengig av hvilken del av forskriften som gjelder for den aktuelle anskaffelsen.

6.5 Punkt 5: Krav om bruk av fast ansatte

6.5.1 Bestemmelse

Det følger av seriøsitetsbestemmelsene punkt 5 **"Krav om bruk av fast ansatte"** at:

"Ved utførelsen av kontraktsarbeidet skal arbeidet utføres av fast ansatte i minst 80 % stilling, uavhengig av om arbeidere er ansatt hos leverandøren eller eventuelle underleverandører.

⁴⁴ Prop. 51 L (2015-2016) kapittel 10 merknad til § 7

For innleid arbeidskraft må innleier stille krav om at bemanningsbyråer praktiserer og kan dokumentere minimum 80% stillingsandel og forutsigbare arbeidsperioder.

Leverandøren skal etter kontraktsinngåelsen redegjøre for hvordan kravet vil bli oppfylt, samt jevnlig oversende bemanningsplaner og rapporter som viser oppfyllelsesgraden. Ved kontraktsavslutning skal det fremlegges oversikt over bemanningen og oppfyllelsesgrad. Timelister skal fremlegges på anmodning.

Byggherren kan holde tilbake inntil 5 promille av kontraktssummen dersom ovennevnte krav misligholdes, og forholdet ikke blir rettet innen en rimelig frist gitt ved skriftlig varsel. Dersom kravet ikke er oppfylt ved overtakelsen avkortes vederlaget med inntil 5 promille av kontraktssummen.

Ved vesentlig mislighold av ovennevnte plikter, kan byggherren stanse eller heve kontrakten dersom forholdet ikke blir rettet innen en rimelig frist gitt ved skriftlig varsel, med varsel om stansing eller heving om så ikke skjer.

Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser."

Bestemmelsen er ny i sin helhet.

6.5.2 Vurdering av bestemmelsen

6.5.2.1 Arbeidsrettslig vurdering

Kravet til at arbeidet skal utføres av arbeidere med fast ansettelse i minst 80 % stilling følger verken av lov eller forskrift. Bestemmelsen synes imidlertid å gjennomføre det politiske målet om å minimere praksis med bruk av tilkallingsvikarer. Dette gjelder blant annet ansettelser i fast stilling uten garanti for arbeid og stillingsomfang, og dermed lønn. Dette gjenspeiles i lovendringen i arbeidsmiljøloven § 14-9 gjeldende fra 1. januar 2019.

Arbeidsmiljøloven forbyr ikke, isolert sett, oppdragsgiver å stille krav til fast ansettelse og stillingsbrøk hos sine leverandører. Bestemmelsen kan likevel være problematisk fordi den begrenser leverandørens mulighet for å anvende arbeidstakere lovlig ansatt i midlertidige stillinger etter arbeidsmiljøloven § 14-9 (2) eller arbeidstakere i ønsket deltidsstilling i lavere stillingsandel enn 80 %.

Leverandøren har en lovpålagt plikt til å likebehandle ansatte i midlertidige stillinger og deltidsstillinger med faste ansatte. Dette følger av arbeidsmiljøloven § 13-1 (3), som oppstiller et forbud mot diskriminering av arbeidstakere som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt. Bestemmelsen i seriøsitetsbestemmelsenes punkt 5 gir derfor en risiko for at leverandøren må bryte likebehandlingsreglene i arbeidsmiljøloven § 13-1 (3) for å innfri oppdragsgivers kontraktsvilkår. Et slikt brudd vil etter arbeidsmiljøloven § 13-3 (1) og (2) kun være tillatt dersom:

1. *Forskjellsbehandlingen har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og dersom den er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke.*
2. *Forskjellsbehandlingen er nødvendig for å oppnå et saklig formål og ikke uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles.*

Etter vår vurdering er det vanskelig å se at leverandørens oppfyllelse av en seriøsitetsbestemmelse i en offentlig kontrakt gir grunnlag for anvendelse av unntakene fra forbudene mot forskjellsbehandling og diskriminering.

Selv om oppdragsgiver i utgangspunktet står fritt til å fastsette kriterier for personellet som skal utføre arbeidet, må disse kravene være saklige. På bakgrunn av at kravet indirekte pålegger leverandøren en risiko for å bryte arbeidsmiljølovens likebehandlingsregler, finner vi at kravet er usaklig, og mest sannsynlig ulovlig slik det nå er formulert fra et arbeidsrettslig perspektiv.

Når det gjelder innleid arbeidskraft, pålegger bestemmelsen innleier (leverandøren) utelukkende å anvende bemanningsbyrå som ansetter arbeidstakere i fast stilling i minst 80 % stillingsandel med forutsigbare

arbeidsperioder. Kravet går dermed lengre enn det kravet som stilles til leverandørens arbeidsstokk, ettersom kravet der kun gjelder de arbeidstakerne som utfører arbeidet under kontrakten.

Selv om hovedregelen etter arbeidsmiljøloven § 14-9 (1) er fast ansettelse, også i bemanningsbyrå, vil kravet til bruk av fast ansatte i minst 80 % stillingsandel virke diskvalifiserende for bemanningsbyråer som har ansatt arbeidstakere i medhold av arbeidsmiljøloven § 14-9, og som har ansatte som av ulike årsaker har et ønske om en lavere stillingsandel enn 80 %. Kravet vil i praksis derfor kunne ekskludere bruken av bemanningsbyråer som har midlertidige ansatte eller stillinger med lavere stillingsandel enn 80 %. Videre vil dette kravet kunne begrense innleier (leverandøren) fra å leie inn arbeidskraft fra ønsket bemanningsbyrå, og dermed fritt å kunne innhente ønskelig kompetanse.

Videre gjør hensynene nevnt ovenfor i forbindelse med leverandørens ansatte seg gjeldende også i tilknytning til krav til innleide arbeidstakere. Det vil være i strid med diskrimineringsreglene i arbeidsmiljølovens kapittel 13 dersom leverandøren diskriminerer ansatte i deltidsstillinger, og for øvrig ansatte i midlertidige stillinger, ved valg av ansatte ved innleie, jf. arbeidsmiljøloven § 13-1 (3), jf. § 13-2 (2).

Slik bestemmelsen er utformet pålegger den leverandørene å kun benytte fast ansatte med minimum 80% stillingsbrøk på arbeid under kontrakten. For å oppfylle dette kravet må leverandøren bortprioritere/ikke tillate arbeid fra midlertidig ansatte eller ansatte i deltidsstilling under 80%, noe som igjen vil innebære at leverandørene vil kunne opptre i strid med arbeidsmiljølovens likebehandlingskrav. Bestemmelsen er derfor mest sannsynlig ulovlig fra et arbeidsrettslig perspektiv.

Vurderingen ville vært annerledes dersom bestemmelsen hadde åpnet for bruk av midlertidig ansettelse og stillingsbrøker mindre enn 80% jf. eksempelvis Oslo-modellens bestemmelse om at kontraktsarbeidet "*i all hovedsak*" skal utføres av fast ansatte i minst 80% stilling. En slik bestemmelse ville redusert risikoen for at kravet fører til ulovlig diskriminering av midlertidig ansatte og deltidsansatte hos leverandøren, ettersom det da vil være en åpning for bruk av disse på kontrakten.

6.5.2.2 Anskaffelsesrettslig vurdering

Som vist oppstiller bestemmelsen et krav om at det skal brukes faste ansatte i minst 80 % stilling. Det er ikke gjort unntak fra kravet eksempelvis der midlertidig ansatte erstatter faste ansatte som er i svangerskapspermisjon eller lignende. Kravet er derfor absolutt. Bestemmelsen angir også at leverandøren må stille krav om at bemanningsbyråer praktiserer og kan dokumentere minimum 80% stillingsandel og forutsigbare arbeidsperioder for innleid arbeidskraft.

Som vist over anser vi bestemmelsen problematisk i et arbeidsrettslig perspektiv. Allerede av denne grunn vil bestemmelsen også være anskaffelsesrettslig problematisk. Det er fordi vi ikke kan se at det er forholdsmessig å oppstille et absolutt forbud mot bruk av midlertidig ansettelse eller deltidsstillinger under 80%. Bestemmelsen medfører en klar risiko for at leverandører som benytter seg av arbeidsmiljølovens lovlige handlingsrom hva gjelder midlertidig ansettelse og deltidsstillinger – pålegges å opptre i strid med arbeidsmiljølovens likebehandlingskrav.

Uavhengig av den arbeidsrettslige vurderingens betydning for forholdsmessighetsvurderingen, er det etter vårt syn også grunn til å se nærmere på bestemmelsen i et rent anskaffelsesrettslig perspektiv. Vi understreker samtidig at de arbeidsrettslige aspektene klart vil ha betydning for den anskaffelsesrettslige forholdsmessighetsvurderingen

Utgangspunktet er at leverandørene står fritt til å bestemme hvordan de ønsker å organisere seg ved inngivelse av et tilbud. Adgangen til å benytte seg av underleverandører er et utslag av dette, jf. forutsetningsvis FOA § 19-2 og § 16-10.

Oppdragsgiver kan imidlertid regulere og begrense leverandørens handlingsrom gjennom konkurransegrunnlaget. Det avgjørende vil i så fall være om en slik begrensning er i samsvar med de grunnleggende prinsippene i LOA § 4 og om tilknytningskravet er oppfylt, jf. LOA § 5 (2) og FOA § 19-1 (1)

Et første spørsmål er derfor om kravet til stillingsprosent er **konkurransebegrensende eller uforholdsmessig**.

Ettersom flere kontrakter i dag gjennomføres ved bruk av ansatte med lavere stillingsprosent enn 80 % tyder dette i seg selv på at det vil være konkurransebegrensende å innføre et generelt krav om slik

stillingsprosent. Ved bygg- og anleggskontrakter er det vanlig at arbeidsbehovet varierer, slik at det ikke er hensiktsmessig at samtlige ansatte er ansatt på 80 %-stillinger eller mer. Det samme ser man ofte i vinterdriftskontrakter – hvor man kun jobber deler av året. Et krav om fast stillingsprosent kan ha en kostnadsside – og kan etter vårt syn medføre at leverandører uten tilstrekkelig økonomiske ressurser kan måtte avstå fra å delta i konkurranser dersom et slikt krav oppstilles. I tillegg vil det lett være begrensende for utenlandske aktører som kan ha en helt annen måte å organisere seg på enn norske selskaper.

Samlet sett er vår vurdering at et absolutt krav om at de ansatte skal være ansatt i minst 80 % stilling kan være konkurransebegrensende og i strid med kravet til likebehandling.

Som nevnt er det imidlertid adgang til å oppstille konkurransebegrensende krav, såfremt de er nødvendige for å oppnå et legitimt formål. Formålet i dette tilfellet er å forhindre sosial dumping.

Kravet kan i og for seg bidra til å forhindre sosial dumping. Kravet fremstår imidlertid som et strengt krav ettersom det innebærer et forbud mot lovlig bruk av midlertidig ansettelse og deltidsstillinger under 80%, i tillegg til at kravet kan føre til at leverandører må opptre i strid med arbeidsmiljølovens likebehandlingskrav. Vår vurdering er derfor at dette kravet går lenger enn det som er nødvendig, og derfor må anses som uforholdsmessig og konkurransebegrensende uavhengig av formålet det forfølger.

Vurderingen kan stille seg annerledes dersom kravet modifiseres slik at risikoen for ulovlig diskriminering reduseres, og at leverandører som har et saklig og begrunnet behov får adgang til å benytte ansatte som ikke er fast ansatt i 80 % stilling.

Uansett må det vurderes om kravet til stillingsprosent har **tilstrekkelig tilknytning** til leveransen.

Bakgrunnen for kravet om fast stillingsprosent er etter hva vi forstår et ønske om å unngå en kultur der mange leverandører har få ansatte og istedenfor leier inn ansatte fra bemanningsbyråer og underleverandører på engasjementer. Dette skal angivelig gjøre seg gjeldende i bygge- og anleggskontrakter i særlig grad.

Kravet knytter seg til leverandørens utførelse av kontraktsarbeidene, i den forstand at det kun er arbeidstakerne som utfører kontraktsarbeidene som må være ansatt i 80 % stilling. Samtidig gjelder kravet generelt for de aktuelle ansatte i den forstand at de må ha en stillingsprosent på 80 %, uavhengig av hvor mye de jobber på den konkrete kontrakten. Kravet knytter seg derfor til den generelle stillingskategorien for ansatte som utfører arbeid under kontrakten, og det må derfor vurderes om tilknytningskravet er oppfylt.

I denne forbindelse er EU-domstolens uttalelse i sak C-63/18 avsnitt 40 av interesse. Saken gjaldt spørsmålet om italienske oppdragsgivere lovlig kunne oppstille et krav vedtatt i italiensk lovgivning om at maksimalt 30 % av kontraktsarbeidene kunne utføres gjennom underentreprise. Formålet med bestemmelsen var ifølge italienske myndigheter å bekjempe kriminalitet ved å forhindre at mafiaen fikk tilgang til slike kontrakter. I denne forbindelse uttaler EU-domstolen:

"40 In particular, as pointed out in paragraph 30 of the present judgment, the national legislation at issue in the main proceedings prohibits, in general and abstract terms, use of subcontracting which exceeds a fixed percentage of the public contract concerned, so that that prohibition applies whatever the economic sector concerned by the contract at issue, the nature of the works or the identity of the subcontractors. Furthermore, such a general prohibition does not allow for any assessment on a case-by-case basis by the contracting entity (see, by analogy, judgment of 5 April 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, paragraphs 54 and 55)."

EU-domstolen anså kravet som en restriksjon som ikke var forenlig med anskaffelsesdirektivet, og vektla det forhold at kravet fremsto som generelt og abstrakt, i tillegg til at det gjaldt uavhengig av arbeidenes karakter.

Etter vårt syn gjør tilsvarende betraktninger seg gjeldende for kravet om 80 % stillingsprosent. Som det fremgår over knytter kravet seg til den generelle stillingsprosenten til de ansatte uavhengig av hvor mye de jobber på den konkrete kontrakten. Det betyr at kravet også gjelder når de ansatte som deltar i kontraktsarbeidet utfører arbeid på andre kontrakter. Kravet fremstår således som generelt og abstrakt. Dette trekker i retning av at kravet må anses å mangle tilstrekkelig tilknytning til leveransen.

Tilsvarende gjelder kravet om at leverandøren må stille krav om at bemanningsbyråer praktiserer og dokumenter minimum 80 % stillingsandel og forutsigbare arbeidsperioder. Dette kravet er et generelt og

abstrakt krav som ikke knytter seg til oppfyllelsen av kontrakten, men generelle rutiner hos bemanningsbyråer.

Selv om lønn mellom oppdrag ikke er uttrykkelig regulert i seriøsitetsbestemmelsene, vil vi likevel knytte noen kommentarer til dette i lys av formuleringen om "forutsigbare arbeidsperioder". Et slikt krav praktiseres blant annet i den såkalte Oslo-modellen. Ettersom arbeidsmiljøloven godtar midlertidige ansettelser på visse vilkår samt at midlertidig ansatte og fast ansatte skal likebehandles, går kravet om lønn mellom oppdrag utover det som følger av den preseptoriske arbeidsrettslige lovgivningen. Etter vårt syn tilsier kravet til forholdsmessighet at oppdragsgivere ikke kan begrense leverandørens lovlige handlingsrom etter arbeidsmiljøloven gjennom kontraktsbestemmelser. Et slikt krav kan redusere konkurransekraften til leverandører (også europeiske) som er avhengig av midlertidige ansettelser for å kunne inngi tilbud for en kontrakt de ikke har mulighet til å gjennomføre med fast ansatt arbeidskraft. Kravet kan derfor også være konkurransebegrensende. Det kan videre vises til Difis veiledning til forskrift om lønns- og arbeidsvilkår der følgende uttales om oppdragsgivers kontroll av leverandørens oppfyllelse av lønns- og arbeidsvilkår:

*"Kontrollen gjelder bare de ansatte hos leverandøren eller underleverandøren som skal utføre arbeid på kontrakten når de medvirker til å utføre kontraktsarbeidet. Forskriften pålegger ikke at oppdragsgiver kontrollerer hvilke lønns- og arbeidsvilkår de ansatte har hatt tidligere, eller hva de har når de ikke medvirker på kontrakten."*⁴⁵

Uttalelsen må etter vårt syn ses i lys av tilknytningskravet. Bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter må ha tilknytning til leveransen. Krav som gjelder leverandørens generelle virksomhet – som også vil omfatte krav til hvordan leverandøren innretter seg mht. lønn mellom oppdrag – vil ikke oppfylle tilknytningskravet med mindre kravet kan utledes av lov- eller forskriftsbestemmelser.

På denne bakgrunn er vår vurdering at krav til lønn mellom oppdrag strider mot LOA § 4 og tilknytningskravet i LOA § 5 (1) og 19-1 (1).

Selv om anskaffelsesloven og forskriften åpner for å angi kontraktsvilkår som fremmer sosiale forhold, så strekker seriøsitetsbestemmelsens krav seg for langt i lys av LOA § 4 og tilknytningskravet.

Det samme gjelder da også bestemmelsens siste ledd om at alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser.

Selv om kravet eksempelvis blir modifisert til at leverandøren hovedsakelig skal benytte fast ansatte i 80 % stilling, så vil dette ikke endre vurderingen av om tilknytningskravet er oppfylt. Kravet vil fremdeles primært knytte seg til hvordan leverandøren generelt organiserer seg internt.

6.5.3 Konklusjon

Vår vurdering er at et absolutt krav om fast ansettelse og stillingsprosent innebærer at leverandøren må bortprioritere/ikke tillate arbeid fra midlertidig ansatte eller ansatte i deltidsstilling under 80%, og at dette vil være i strid med arbeidsmiljølovens likebehandlingskrav. Bestemmelsen er derfor mest sannsynlig ulovlig fra et arbeidsrettslig perspektiv. .

I et anskaffesperspektiv er kravene uforholdsmessige og konkurransebegrensende. De har heller ikke tilstrekkelig tilknytning til leveransen. Dette gjelder også bestemmelsens siste ledd om at det samme skal gjelde for alle øvrige avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under kontrakten.

Bestemmelsen er derfor ulovlig.

6.6 Punkt 6: Bruk av underentreprenører

6.6.1 Bestemmelse

Det følger av seriøsitetsbestemmelsene punkt 6 "**Bruk av underentreprenører**" at:

"Leverandøren kan ikke ha flere enn to ledd underentreprenører i kjeden under seg, jf. anskaffelsesforskriften § 8-13 og § 19-3/ forsyningsforskriften § 7-8.

⁴⁵ <https://www.anskaffelser.no/verktoy/veiledere/veileder-om-lonns-og-arbeidsvilkar-i-offentlige-kontrakter-bokmal>

Leverandørens bruk av enkeltpersonforetak skal begrunnes skriftlig. Byggherren kan nekte bruk der han har saklig grunn.

Ved vesentlig mislighold kan byggherren stanse eller heve kontrakten dersom forholdet ikke blir rettet innen en rimelig frist gitt ved skriftlig varsel, med varsel om stansing eller heving om så ikke skjer.

Ved inngåelse av kontrakter om underentreprise som overstiger en verdi på kr 500.000 eks. mva skal leverandøren innhente skatteattest, jf. forskrift om offentlige anskaffelser. Fra underentreprenører med forretningsadresse i andre EØS-land enn Norge, skal det innhentes tilsvarende attest. Leverandøren skal på forespørsel fra byggherren fremlegge skatteattesten.

Dersom attesten ikke fremlegges eller viser restanser som ikke er ubetydelige, kan byggherren kreve at underentreprenøren skiftes ut uten omkostninger om forholdet ikke rettes innen en rimelig frist gitt ved skriftlig varsel, med varsel om krav om utskifting om så ikke skjer.

Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser."

Det er ikke foretatt endringer i bestemmelsen. I innledningen til bestemmelsen er det imidlertid foreslått en tilføyelse om delte entrepriser og byggherrestyrte entrepriser som er mindre komplekse, og som ikke omfatter flere fag (malerkontrakter, murerkontrakter, tømrerarbeider, blikkenslagerarbeider mv.). For slike kontrakter vil det normalt være nok med ett ledd, og det gis anvisning på hvordan bestemmelsen kan endres i slike kontrakter.

6.6.2 Vurdering av bestemmelsen

Utgangspunktet etter anskaffelsesreglene er at leverandøren står fritt til å organisere sin virksomhet. Dette innebærer at hovedregelen er at en leverandør fritt kan velge å benytte underleverandører ved oppfyllelsen av kontrakten.⁴⁶

Adgangen til å benytte seg av underleverandører følger forutsetningsvis av FOA § 19-2 og § 16-10. At det er adgang til å benytte seg av underleverandører er også lagt til grunn i en rekke saker fra EU-domstolen, blant annet sak C-176/98 og sak C-314/01.

Av tidligere praksis fra EU-domstolen følger det at oppdragsgiver i noen grad kan forby eller begrense leverandørens bruk av underleverandører, jf. blant annet sak C-314/01, men at adgangen til dette er snever. I sak C-324/14 ble det uttalt at retten til å støtte seg på andre aktørers kapasitet kun kan begrenses i "exceptional circumstances".⁴⁷ Videre fremholdt domstolen at en forutsetning for at oppdragsgiver kan stille et slikt krav er at kravet er "related and proportionate to the subject matter of the contract at issue."⁴⁸ Saken ble avsagt i relasjon til det tidligere direktivet, men må antas å gi uttrykk for et generelt prinsipp.

En begrensning i en leverandørs bruk av underleverandører må følgelig ha tilknytning til leveransen, og være forholdsmessig.

Det følger av LOA § 5 (3) at:

"Departementet kan i forskrift pålegge statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer å stille krav om begrensninger i antallet ledd i leverandørkjeden ved utførelsen av offentlige kontrakter i bransjer med særlige utfordringer knyttet til arbeidslivskriminalitet."

Av FOA § 19-3 fremgår det at: "Oppdragsgiveren skal stille krav om at leverandørene kan ha maksimalt to ledd i leverandørkjeden under seg når leverandøren skal utføre bygge- og anleggsarbeider (...)".

Bestemmelsen pålegger følgelig oppdragsgiver å stille krav om maksimalt to ledd med underleverandører i bygge- og anleggskontrakter. Det betyr i praksis en hovedentreprenør med maksimalt to ledd under seg. Det er videre lagt til grunn i Veilederen at "Innleid personell som inngår i underleverandørs arbeidsstokk

⁴⁶ NOU 2014:4 punkt 15.7.2

⁴⁷ Dommens premiss 39.

⁴⁸ Dommens premiss 40.

anses ikke som et eget ledd i leverandørkjeden."⁴⁹ Innleid personell hos underleverandør inngår derfor ikke i beregningen av leverandørkjeden.

Formålet bak bestemmelsen er å bekjempe arbeidslivskriminalitet. Av departementets høringsnotat fremgår det at departementet anser en slik regel for å ligge innenfor det som er tillatt etter anskaffelsesdirektivet artikkel 71 som inneholder bestemmelser om bruk av underleverandører.⁵⁰

Seriøsitetsbestemmelsen er i tråd med forskriftens begrensning, og er etter vårt syn ikke problematisk. En begrensning ut over dette vil imidlertid lett kunne være problematisk, da dette strider mot den grunnleggende retten til å benytte underleverandører som EU-domstolen har understreket.

Spørsmålet er derfor om forslaget i veiledningen til kontraktsbestemmelsen om begrensning til ett ledd i visse kontrakter er i tråd med anskaffelsesregelverket. Selv om kravet ikke er inntatt i kontraktsbestemmelsen direkte, legger veiledningen opp til at ettrinnskravet kan benyttes for enkelte kontrakter. Det er derfor grunn til å vurdere om et slikt krav vil være i tråd med anskaffelsesregelverket.

En begrensning til maksimalt ett ledd er strengere enn det forskriften angir. LOA § 5 (3) sier ikke noe nærmere om hvordan begrensninger i antall ledd kan foretas, men det fremgår samtidig av bestemmelsen at krav om begrensninger kan stilles i forskrift. Dette trekker i retning av at ytterligere begrensninger enn to ledd bør forskriftsfestes i medhold av LOA § 5 (3).

Samtidig gir departementet forutsetningsvis uttrykk for at det er adgang til å oppstille strengere krav enn det som følger av lovgivningen.⁵¹ En ytterligere begrensning vil imidlertid kun være lovlig så fremt kravene i LOA § 4 og tilknytningskravet i LOA § 5 (2) og FOA § 19-1 (1) overholdes.

To avgjørelser fra EU-domstolen avsagt i relasjon til de tidligere direktivene viser at en oppdragsgiver ikke står fritt til å begrense bruken av underleverandører, og at det tvert imot gjelder strenge grenser her.

I sak C-298/15 fant EU-domstolen at en bestemmelse i nasjonal lovgivning i Litauen som påla leverandøren å utføre "hovedentreprisen" (slik definert av den enkelte oppdragsgiver selv i den enkelte anskaffelse) var i strid med de grunnleggende prinsippene om etableringsfrihet og fri utveksling av varer og tjenester. Avgjørelsen viser at en for vid begrensning på bruken av underleverandører kan være i strid med de grunnleggende prinsippene i EU-retten.

Også i EU-domstolens avgjørelse i sak C-406/14 vurderes begrensninger i bruk av underleverandører. Saken gjaldt en begrenset anbudskonkurranse om etablering av ringvei i Polen. Det var stilt krav i konkurransegrunnlaget om at vinneren måtte utføre "*mindst 25 % af det af kontrakten omfattede bygge- og anlægsarbejde med egne midler*". EU-domstolen fant at dette kravet var i strid med direktivet og fremholdt at:

"34 Nevertheless, where the procurement documents require tenderers to indicate, in their tenders, the share of the contract they may intend to subcontract and the proposed subcontractors, in accordance with the first paragraph of Article 25 of Directive 2004/18, the contracting authority is entitled to prohibit use of subcontractors whose capacities could not be verified at the level of examination of tenders and selection of the contractor, for the performance of essential parts of the contract (see, to that effect, judgment of 18 March 2004 in Siemens and ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, paragraph 45).

35 Such is not however the effect of a stipulation such as that at issue in the main proceeding, which imposes limitations on the use of subcontractors for a share of the contract fixed in abstract terms as a certain percentage of that contract, and that irrespective of the possibility of verifying the capacities of potential subcontractors and without any mention of the essential character of the tasks which would be concerned. In all those respects, such a stipulation is incompatible with Directive 2004/18, which is relevant in the context of the main proceedings."

⁴⁹ Veilederen punkt 29.2 (som påpekt i punkt 3.2 er dette veilederen til anskaffelsesregelverket utarbeidet av Nærings- og fiskedepartementet).

⁵⁰ Nærings- og fiskeridepartementets Høringsnotat 2 av 17. mars 2015 punkt 3.2.13.

⁵¹ Meld. St. (2018-2019) punkt 11.5.3.

Domstolen la vekt på at bestemmelsen utgjorde en begrensning på bruk av underleverandører basert på en abstrakt prosentandel som var uavhengig av muligheten til å undersøke underleverandørens egenskaper eller karakteren av de berørte delene av kontrakten.

Det samme er lagt til grunn i en nyere avgjørelse fra EU-domstolen, C-63/18 i relasjon til direktiv 2014/24.⁵² Spørsmålet var som nevnt om en bestemmelse i italiensk lovgivning som fastslo at maksimalt 30 % av kontraktsarbeidene kunne utføres gjennom underentrepriser var lovlig. EU-domstolen kom til at dette måtte anses som en ulovlig restriksjon i strid med anskaffelsesdirektivet, som gikk lenger enn det som var nødvendig for å bekjempe økonomisk kriminalitet.⁵³ EU-domstolen begrunnet dette slik:

"38 However, even if a quantitative limit on the use of subcontracting may be regarded as likely to combat such a phenomenon, a restriction such as that at issue in the main proceedings goes beyond what is necessary to achieve that objective.

39 In that regard, it should be borne in mind that the contracting authorities must, throughout the procedure, observe the principles of procurement set out in Article 18 of Directive 2014/24, which include, inter alia, the principles of equal treatment, transparency and proportionality (judgment of 20 September 2018, Montte, C-546/16, EU:C:2018:752, paragraph 38).

40 In particular, as pointed out in paragraph 30 of the present judgment, the national legislation at issue in the main proceedings prohibits, in general and abstract terms, use of subcontracting which exceeds a fixed percentage of the public contract concerned, so that that prohibition applies whatever the economic sector concerned by the contract at issue, the nature of the works or the identity of the subcontractors. Furthermore, such a general prohibition does not allow for any assessment on a case-by-case basis by the contracting entity (see, by analogy, judgment of 5 April 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, paragraphs 54 and 55).

41 It follows that, in the context of national legislation such as that at issue in the main proceedings, in respect of all contracts, a significant part of the works, supplies or services concerned must be performed by the tenderer itself, failing which it will be automatically excluded from the procurement procedure, including where the contracting entity would be able to verify the identity of the subcontractors concerned and would take the view, after verification, that such a prohibition is not necessary in order to combat organised crime in the context of the contract in question.

42 As the Commission points out, the objective pursued by the Italian legislature could be achieved by less restrictive measures, as in the case of those provided for in Article 71 of Directive 2014/24 and referred to in paragraph 29 of the present judgment. In fact, as the referring court states, Italian law already provides for numerous measures explicitly intended to prohibit undertakings suspected of belonging to the mafia, or in any event of being linked to the interests of the main criminal organisations operating in the country, from having access to public tendering procedures.."

Dette viser at selv om en begrensning i bruk av underentreprenører har et legitimt formål er dette ikke nok til å være i samsvar med EU-retten, dersom den går lenger enn nødvendig.

I relasjon § 19-3 uttalte departementet følgende i Høringsnotatet:⁵⁴

"Regjeringen har i forbindelse med sin strategi mot arbeidslivskriminalitet besluttet at det skal innføres en forskriftsbestemmelse som gir oppdragsgiver adgang til å sette et tak på maksimalt antall ledd i leverandørkjeden. Dette vil også kunne være et relevant tiltak i henhold til artikkel 71."

At departementet har oppstilt krav om maksimalt to ledd med underleverandører, med samme begrunnelse, tilsier at en begrensning på to ledd er tilstrekkelig for å nå formålet om å bekjempe arbeidsmiljøkriminalitet.

Lovgivers syn på hva som er tilstrekkelig for å ivareta formålet bak bestemmelsen, veier etter vårt syn tungt. Som nevnt følger det også av LOA § 5 (3) at slike begrensninger i utgangspunktet skal fastsettes i forskrift.

⁵² Bakgrunnen for saken er redegjort nærmere for i punkt 6.5

⁵³ Dommens premiss 43.

⁵⁴ Nærings- og fiskeridepartementets Høringsnotat 2 av 17. mars 2015 punkt 3.2.13.

Enhver begrensning på de anskaffelsesrettslige utgangspunktene må også etter EU-domstolens praksis anvendes så snevert som mulig. Selv om det i delte entrepriser ikke nødvendigvis er påkrevd med ulik kompetanse, ettersom hver entreprise gjelder en særkompetanse, kan det ikke utelukkes at det vil være behov for annen type særkompetanse enn det delentreprisen gjelder. En slik begrensning veiledningen til seriositetsbestemmelsene legger opp til, vil derfor etter vårt syn virke nødvendig konkurransebegrensende. Dersom det ikke er adgang til å knytte til seg flere underleverandører med ulik kompetanse vil det i realiteten kunne innebære at kun store entreprenører som har kompetanse innenfor samtlige områder vil kunne utføre kontraktsarbeidet. Dette vil redusere konkurranse om en rekke entreprisekontrakter, uten at vi kan se at det er nødvendig for å nå formålet om å bekjempe arbeidslivskriminalitet. Hertil kommer også at bestemmelsen i FOA § 19-3 ikke skiller mellom hvilke typer bygge- og anleggsarbeider som utføres, herunder om det der hoved- og totalentrepriser eller delentrepriser.

For fullstendighetens skyld nevnes at det samme etter vårt syn gjør seg gjeldende for rammeavtaler. Det er ikke holdepunkter i regelverket eller øvrige rettskilder for at rammeavtaler knyttet til enkeltfag stiller seg i et annet lys enn enkeltstående kontrakter om samme arbeider, selv om det kan være ønskelig for oppdragsgiver å ikke forholde seg til flere forskjellige selskaper under utførelsen av arbeider knyttet til rammeavtalen.

Vårt syn er derfor at en begrensning av antall underleverandører til ett ledd, slik veilederen legger opp til (som en mulighet i enkelte kontrakter) går lenger enn det som er nødvendig og vil derfor være konkurransebegrensende. Et slikt krav vil derfor være ulovlig, jf. LOA § 4.

Av kontraktsbestemmelsens siste ledd fremgår det at alle avtaler leverandøren inngår skal inneholde tilsvarende bestemmelser. Anvendelsesområdet av denne bestemmelser fremstår som uklart ettersom første ledd allerede regulerer leverandørens adgang til å benytte underleverandører. Dersom meningsinnholdet er at avtaler leverandøren inngår med underleverandører skal inneholde en klausul om at underleverandøren ikke kan ha mer enn ett ledd under seg, så bør dette klargjøres i teksten. Bestemmelsen fremstår etter vårt syn ikke tilstrekkelig klar slik det nå er formulert, hvilket strider mot LOA § 4.

6.6.3 Konklusjon

Kontraktsbestemmelsen om maksimalt to ledd i underleverandørkjeden er lovlig.

Forslaget til veiledning om kun ett ledd i underleverandørkjeden ved delte entrepriser og kontrakter som ikke omfatter flere fag er i strid med LOA § 4.

Bestemmelsens siste ledd er ikke tilstrekkelig klart utformet, og bør klargjøres.

6.7 Punkt 7: Begrensning i adgang til å bruke innleid arbeidskraft

6.7.1 Bestemmelse

Det følger av seriositetsbestemmelsenes punkt 7 **"Begrensning i adgang til å bruke innleid arbeidskraft"** at:

"Bruk av innleid arbeidskraft fra produksjonsbedrift og bemanningsselskap skal varsles byggherren i rimelig tid før oppmøte på byggeplass. Byggherren kan nekte bruk der han har saklig grunn. Innleide arbeidstakere som ikke er varslet byggherren, vil bli bortvist fra byggeplassen.

Innleie fra bemanningsbyrå skal kun skje innenfor de vilkår og intensjoner som følger av arbeidsmiljøloven og de aktuelle tariffavtaler, herunder kravet om likebehandling i § 14-12a. All omgåelse av regelverk skal forebygges.

Der det foreligger en lokal avtale om innleie, har innleie- og utleiebedriften en gjensidig plikt til å kunne dokumentere at innleiebedriften er bundet av tariffavtale inngått med fagforening med innstillingsrett og at avtalen om innleie er inngått med tillitsvalgt.

Øvrig innleie fra bemanningsforetak, er kun tillatt i samme utstrekning som midlertidig ansettelse og må oppfylle lovens strenge krav. Innleiebedriften må kunne begrunne og dokumentere grunnlaget.

Før innleie skjer, skal innleier stille krav om, og å få fremlagt dokumentasjon på, at innleid personell har gjennomgått grunnleggende opplæring i HMS.

Før oppstart og under prosjektgjennomføringen skal innleiebedriften risikovurdere, informere og ha dialog med utleiebedriften om generell og prosjektspesifikk risiko forbundet med det aktuelle arbeidet.

For å sikre et effektivt vern mot omgåelse av krav til dekning av utgifter til reise, kost og losji etter pkt. 8, skal innleiebedriften stille krav om at innleid arbeidskrafts bosted er definert i arbeidsavtalen. Ved arbeid som krever overnatting utenfor definert hjemsted, skal det dokumenteres betaling for kostnader knyttet til reise, kost og losji.

Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser."

Bestemmelsen er i sin helhet ny. Bakgrunnen for den nye bestemmelsen er blant annet å unngå at innleie teller som et ledd i underleverandørkjeden. Basert på tittelen til punktet, synes formålet også å være et ønske om å begrense adgangen til å bruke innleid arbeidskraft.

6.7.2 Vurdering av bestemmelsen

6.7.2.1 Arbeidsrettslig vurdering

Bestemmelsen viser i all hovedsak kun til gjeldende arbeidsrettslig regulering av innleie, med unntak av det foreslås en adgang til å nekte bruk av innleid arbeidskraft også i tilfeller hvor arbeidsmiljølovens vilkår for innleie er oppfylt. Sistnevnte er ikke ulovlig i et arbeidsrettslig perspektiv, men vil vurderes anskaffelsesrettslig i punkt 6.7.2.3 under.

Bestemmelsen som følger av syvende avsnitt, andre setning, er basert på en forutsetning om at arbeid som krever overnatting utenfor definert hjemsted automatisk kvalifiserer for dekning av reise, kost og losji. Dette er imidlertid ikke tilfellet etter forskrift om allmenngjort tariffavtale for byggeplasser (§ 6) eller elektrofagene (§ 5). Etter beslutning fra Tariffnemda⁵⁵, ble det bestemt at dekning for "et rimelig antall hjemreiser" skulle fjernes fra forskriftene. Endringen skal forstås slik at det ikke lenger foreligger en plikt til dekning av reiser mellom hjemlandet og Norge. Dekning av utgifter til reise, kost og losji skal fortsatt gjelde for reiser i Norge. Dette innebærer at når de innleide innlosjeres i nærheten av byggeplassen, og ikke sendes på oppdrag andre steder i landet slik at overnatting andre steder er nødvendig, vil de ikke ha rett til dekning av reise, kost og losji etter allmenngjøringsforskriften.

Vi foreslår derfor at siste setning formuleres slik:

"Ved arbeid som krever overnatting utenfor definert hjemsted, skal det dokumenteres betaling for kostnader knyttet til reise, kost og losji der arbeidstaker har rett til slik utgiftsdekning."

6.7.2.2 Personvernrettslig vurdering

Vi forstår seriositetsbestemmelsen slik at den forutsetter at leverandøren skal innhente dokumentasjon fra utleiebedriften, og at denne dokumentasjonen forutsetningsvis vil kunne utleveres til oppdragsgiver. Bestemmelsen pålegger leverandøren (og utleiebedriften) å kunne dokumentere at innleid personell har gjennomført grunnleggende HMS-opplæring, samt at kostnader til reise, kost og losji er dekket. Slik informasjon vil etter omstendighetene kunne inneholde personopplysninger. Personvernvurderingen i det følgende kommer derfor bare på spissen dersom dokumentasjon utlevert i medhold av bestemmelsen omfatter personopplysninger.

Etter personvernregelverket, herunder Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 679/2016 av 27. april 2016 ("GDPR"), må det blant annet foreligge et berettiget formål og et rettslig grunnlag (behandlingsgrunnlag) for utlevering av personopplysninger og for den videre behandlingen som skjer hos mottakeren.

Formålet er etter vårt syn klart berettiget. Spørsmålet er derfor om det foreligger behandlingsgrunnlag.

⁵⁵ Tariffnemndas vedtak av 11. oktober 2018 om fortsatt allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge 2018 – 2020, protokoll 3/2018 og Tariffnemndas vedtak av 11. oktober 2018 om fortsatt delvis allmenngjøring av Landsoverenskomsten for elektrofagene, protokoll 4/2018

De mest praktiske behandlingsgrunnlagene etter GDPR artikkel 6 nr. 1 er:

- samtykke, jf. bokstav a
- at behandlingen er nødvendig for å oppfylle en avtale som den registrerte er part i, jf. bokstav b)
- at behandlingen er nødvendig for å oppfylle en rettslig forpliktelse, jf. bokstav c)
- at behandlingen er nødvendig for å ivareta legitime interesser (interesseavveining), jf. bokstav f)

Samtykke som behandlingsgrunnlag er lite egnet i et ansettelses- eller innleieferhold, ettersom skjevheten i styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker gjør at det skal mye til for at samtykke anses som frivillig.⁵⁶

Avtale er ikke et aktuelt behandlingsgrunnlag fordi personene opplysningene vedrører ikke er part i avtalen som skal oppfylles.

Rettslig forpliktelse er ikke et aktuelt behandlingsgrunnlag fordi en avtalerettslig forpliktelse ikke utgjør en "rettslig forpliktelse" etter GDPR.

Interesseavveining er derfor det eneste mulige behandlingsgrunnlaget i denne sammenheng. Det krever for det første at behandlingen av personopplysninger er nødvendig for å ivareta en berettiget interesse. Det følger av fortalen til GDPR at dette også kan være en tredjeparts interesse.⁵⁷ For det andre må den berettigede interessen i behandlingen veie tyngre enn interessene til de innleide arbeidstakerne.

For å kunne dokumentere kostnadsdekning, samt at innleid personell har gjennomført HMS-opplæring, forstår vi det slik at det er nødvendig å knytte dokumentasjonen opp mot de innleide arbeidstakerne. Seriositetsbestemmelsen angir ikke konkret hvilken dokumentasjon som kan kreves fremlagt, men vi legger til grunn at det ikke vil behandles flere personopplysninger enn det som er nødvendig for å dokumentere overholdelse av kravene.

I fortalen avsnitt 47 til GDPR er det angitt at en berettiget interesse vil kunne foreligge

"(...) where there is a relevant and appropriate relationship between the data subject and the controller in situations such as where the data subject is a client or in the service of the controller. At any rate the existence of a legitimate interest would need careful assessment including whether a data subject can reasonably expect at the time and in the context of the collection of the personal data that processing for that purpose may take place. The interests and fundamental rights of the data subject could in particular override the interest of the data controller where personal data are processed in circumstances where data subjects do not reasonably expect further processing."

Interessene bak behandlingen av personopplysningene i seriositetsbestemmelsen er å dokumentere at grunnleggende HMS-opplæring er gjennomført, samt å dokumentere at forskriftsbestemte krav om kostnadsdekning er oppfylt. Videre tilsier forholdet mellom de innleide arbeidstakerne, utleiebedriften, leverandøren og oppdragsgiver, samt konteksten behandlingen skjer i (at de innleide arbeidstakerne skal utføre arbeid under kontrakten), at en slik behandling med rimelighet vil måtte forventes.

Personopplysningenes karakter, personopplysningens omfang, hvordan disse behandles, konsekvenser for personene, samt personenes forventninger er relevante momenter i interesseavveiningen.⁵⁸ Dokumentasjon på gjennomført HMS-opplæring og kostnadsdekning vil kunne omfatte kursbevis/sertifiseringer og dokumentasjon på innbetalinger fra utleiebedriften/leverandør. Slike opplysninger er jobbrelatert og kan ikke sies å være av særlig privat karakter. Mengden personopplysninger fremstår som forholdsvis sparsom. Vi legger videre til grunn at personopplysningene kun behandles for det angitte formålet, og at de slettes så snart behovet ikke lenger er tid stede. Videre legger vi til grunn at det innleide personellet generelt ikke påføres noen negative konsekvenser ved utleveringen (utover at det vil kunne få konsekvenser for dem som ikke har tilstrekkelig HMS-opplæring). Dessuten legger vi til grunn at personellet vil være klar over at slik utlevering vil kunne skje, jf. GDPR artikkel 13 og 14, som blant annet krever at den behandlingsansvarlige informerer om hvorvidt personopplysninger vil bli utlevert og i så fall til hvem. Vi oppfatter på den bakgrunn inngrepet i den enkeltes personvern for å være begrenset, både hva

⁵⁶ Fortalen avsnitt 43 til GDPR

⁵⁷ Fortalen avsnitt 47 til GDPR

⁵⁸ Article 29 Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC s. 3

gjelder utlevering av dokumentasjon for gjennomført HMS-opplæring og dokumentasjon for kostnadsdekning.

Vår konklusjon er at de berettigede interessene i behandlingen av personopplysningene overstiger hensynet til den enkeltes personvern. Det foreligger dermed behandlingsgrunnlag etter GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav f) og dokumentasjonskravene er dermed lovlige.

Som redegjort for i pkt. 6.7.2.1, er det ikke alle innleide arbeidstakere som har krav på kostnadsdekning etter allmenngjøringsforskriften. Oppdragsgiver vil neppe ha en berettiget interesse i å kreve fremlagt dokumentasjon på kostnadsdekning som ikke er omfattet, og vi foreslår derfor at syvende avsnitt, andre setning presiseres som nevnt.

Vi presiserer videre at man vil neppe ha behandlingsgrunnlag eller formål for å kreve utlevert dokumentasjon for andre enn personer som direkte medvirker til oppfyllelse av kontrakten. Selv om man uansett vil måtte innfortolke en slik begrensning ved praktiseringen av bestemmelsen, kan ordlyden i bestemmelsens femte og syvende isolert sett tolkes til å gjelde generelt, og ikke bare for innleid arbeidskraft benyttet ved gjennomføringen av kontrakten. Vi foreslår derfor at dokumentasjonskravene begrenses til å gjelde innleid arbeidskraft benyttet ved gjennomføringen av kontraktsarbeidene.

Bestemmelsen er lovlig fra et personvernperspektiv, men bør presiseres i tråd med ovennevnte.

6.7.2.3 Anskaffelsesrettslig vurdering

Seriøsitetsbestemmelsen om "*begrensning i adgang til å bruke innleid arbeidskraft*" oppstiller et krav om at bruk av innleid arbeidskraft skal varsles oppdragsgiver, og at oppdragsgiver kan nekte slik bruk der det foreligger saklig grunn.

Begrensningen i bruk av innleid arbeidskraft synes dermed å springe ut av oppdragsgivers rett til å nekte slik bruk ved saklig grunn. Begrepet saklig grunn er ikke nærmere beskrevet, og det er etter vårt syn ikke intuitivt hvordan et slik krav skal forstås.

En mer eller mindre vid adgang til å nekte bruk av innleid arbeidskraft vil gripe inn i leverandørens frihet til å organisere sin virksomhet. Som nevnt i punkt 6.5, kan oppdragsgiver imidlertid regulere og begrense leverandørens handlingsrom gjennom konkurransegrunnlaget. Det avgjørende vil i så fall være om en slik begrensning er i samsvar med de grunnleggende prinsippene i LOA § 4 og om tilknytningskravet er oppfylt, jf. LOA § 5 (2) og FOA § 19 (1).

Bestemmelsen sier som nevnt ikke noe om når saklig grunn vil foreligge. Dette skaper en uforutsigbarhet for leverandørene. Når leverandørene leser igjennom konkurransegrunnlaget for å vurdere om de er i stand til å oppfylle kravene oppdragsgiver har oppstilt kan det, slik bestemmelsen er formulert, være uklart for leverandøren om vedkommende i det hele tatt har adgang til å benytte seg av innleid arbeidskraft. For en mindre leverandør som ønsker å delta i konkurranse om en kontrakt som er for stor til at kun fast arbeidskraft kan benyttes, vil kravet i praksis kunne lede til at leverandøren ikke deltar i konkurransen. Dette fordi bestemmelsen ikke gir leverandørene noen informasjon om når saklig grunn for å nekte bruk av innleid arbeidskraft foreligger.

Bruken av innleid arbeidskraft kan være praktisk viktig for mange leverandører, særlig for mindre leverandører som ikke har ressurser til å ha ansatte utover de som er tilknyttet konkrete prosjekter. For at mindre leverandører skal kunne konkurrere om kontrakter av varierende størrelser, kan det være en forutsetning for deres konkurransekraft at de periodevis kan benytte innleid arbeidskraft.

Dette må også ses i lys av at bygge- og anleggsbransjen er en volatil bransje der arbeidstokken hos enkelte entreprenører varierer i tråd med oppdragsmarkedet.

Kravet kan derfor fremstå som ekskluderende for mindre leverandører og favoriserende for store leverandører som i større grad har anledning til å holde på fast ansatte arbeidstakere også i perioder der de ikke kan benyttes på konkrete prosjekter. Det presiseres imidlertid at større leverandører også vil kunne ha behov for bruk av innleid arbeidskraft.

Dette trekker i retning av at kravet må anses konkurransebegrensende.

I tillegg kommer det forhold at arbeidsmiljøloven tillater bruk av innleid arbeidskraft. Selv om oppdragsgivers rett til å nekte bruk av innleid arbeidskraft ikke er ulovlig i et arbeidsrettslig perspektiv, griper et slikt forbud

samtidig inn i leverandørens lovlige handlingsrom til å benytte innleid arbeidskraft. I et arbeidsrettslig perspektiv er det uproblematisk å benytte innleid arbeidskraft, så lenge dette gjennomføres i tråd med reglene for innleie. Det er videre ingen anskaffelsesrettslige begrensninger mht. å benytte innleid arbeidskraft. Kontraktskravet går derfor lenger enn det som følger av tvingende sektorlovgivning. Etter vårt syn bør leverandører ha mulighet til å benytte innleid arbeidskraft i tråd med det handlingsrommet som er gitt i gjeldende arbeidsrettslig lovgivning. Reglene for bruk av innleie er strengt og omfattende regulert i arbeidsmiljøloven, og relevante hensyn for å ivareta bruken av innleid arbeidskraft må etter vårt syn anses dekket gjennom arbeidsmiljøloven.

Samtidig kan problemene knyttet til arbeidslivskriminalitet tilsi at særlige hensyn for å begrense bruken av innleid arbeidskraft gjør seg gjeldende i bygge- og anleggsbransjen.

EU-domstolen vektlegger imidlertid at krav som går utover rammene av anskaffelsesdirektivene, og som er ivaretatt gjennom annen lovgivning vil kunne anses ulovlige. Begrunnelsen for kravet om at underentrepriser ikke kunne utgjøre mer enn 30 % av kontraktsverdien i EU-domstolens sak C-63/18, var som nevnt å forhindre at mafiaen i Italia fikk tilgang til offentlige kontrakter. Dette er utvilsomt et legitimt hensyn. EU-domstolen fant likevel loven som oppstilte dette kravet direktivstridig fordi øvrig italiensk lovgivning allerede inneholdt flere regler for å bekjempe mafiaens tilgang til markedet. Innleie er som nevnt lovlig i Norge og regulert i arbeidsmiljøloven. Etter vårt syn trekker EU-domstolens praksis i retning av at det gjennom anvendelsen av anskaffelsesregelverket ikke kan oppstilles innskrenkninger som går utover det som følger av preseptorisk sektorlovgivning.

Det påpekes imidlertid at EU-domstolen i vurderingen av om krav mht. begrensning i bruken av underleverandører vektlegger at dette er krav som fremstår som en "*general prohibition*" som ikke åpner for "*any assessment on a case-by-case basis by that entity*".⁵⁹ I sak C-63/18 vektla også EU-domstolen at kravet fremsto som et generelt og abstrakt krav uten tilknytning arten av arbeid eller underleverandørens identitet.

Begrensningen mht. innleid arbeidskraft knytter seg til vurderingen av hva som utgjør saklig grunn. Her legges det i utgangspunktet derfor opp til en konkret vurdering i den enkelte anskaffelse, og ikke et generelt forbud. Ettersom leverandøren ikke har forutsetninger for å vurdere når det foreligger saklig grunn, så vil kravet likevel kunne oppfattes som et reelt forbud mot å bruke innleid arbeidskraft.

Slik kravet nå er formulert, vil det etter vårt syn i realiteten kunne utestenge leverandører som helt lovlig benytter innleie.. Vår vurdering er derfor samlet sett at kravet fremstår som uforholdsmessig og konkurransebegrensende slik det nå er formulert.

Videre knytter kravet seg ikke til arten av arbeidene under kontrakten eller konkret opp mot leverandøren eller utleiers forhold. Det gir oppdragsgiver en generell adgang til å nekte innleie ved saklig grunn. Det tilsier også at kravet ikke har tilstrekkelig tilknytning til leveransen.

Vår vurdering er derfor at et kontraktskrav som gir grunnlag for å begrense innleie utover den strenge reguleringen som følger av arbeidsmiljøloven på generelt grunnlag vil være problematisk i lys av LOA § 4.

For fullstendighetens skyld vil vi også knytte noen kommentarer til de øvrige avsnittene i bestemmelsen, slik de nå er formulert. Kravene i andre til fjerde og syvende avsnitt fremstår som generelle krav i den forstand at de ikke knyttes til innleid arbeidskraft som utfører arbeid under kontrakten. Etter vårt syn bør det derfor presiseres at bestemmelsen kun gjelder for innleid arbeidskraft som skal utføre arbeider under kontrakten, slik at tilknytningskravet ivaretas.

Når det gjelder bestemmelsens siste ledd, er rekkevidden av denne uklar. Seriositetsbestemmelsen går ut på en begrensning om bruk av innleie basert på en saklighetsvurdering. Ved en videreføring av bestemmelsen vil saklighetsvurderingen i praksis overføres til leverandøren. Det er vanskelig å se grunnlag for at leverandøren skal pålegges å videreføre denne saklighetsvurderingen i kontrakter med øvrige leverandører. Bestemmelsens virkeområde bør derfor klargjøres for å oppfylle klarhetskravet i LOA § 4.

6.7.3 Konklusjon

Kravet er lovlig i et arbeidsrettslig perspektiv, men vi foreslår enkelte klargjørende presiseringer.

⁵⁹ Sak C-298/15 premiss 55. Avgjørelsen er også omtalt i punkt 6.6 over.

Kravet er lovlig i et personvernrettslig perspektiv, men vi foreslår enkelte klargjørende presiseringer.

Kravet er ulovlig i et anskaffelsesrettslig perspektiv.

6.8 Punkt 8: Krav til lønns- og arbeidsvilkår

6.8.1 Bestemmelse

Det følger av seriøsitetsbestemmelsene punkt 8 "**Krav til lønns- og arbeidsvilkår**" at:

"Leverandøren er ansvarlig for at egne ansatte og ansatte hos eventuelle underleverandører har lønns- og arbeidsvilkår i henhold til:

- *Forskrift om allmenngjort tariffavtale.*
- *Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter av 8. februar 2008 der denne kommer til anvendelse. På områder som ikke er dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale, skal lønns- og arbeidsvilkårene være i henhold til landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje. Med lønns- og arbeidsvilkår 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.*
- *Lov om obligatorisk tjenestepensjon (OTP-loven) av 21.12.2005*

Leverandøren plikter på forespørsel å dokumentere lønns- og arbeidsvilkårene for egne arbeidstakere, arbeidstakere hos eventuelle underleverandører. Opplysningene skal dokumenteres ved blant annet kopi av arbeidsavtale, lønnslipp, timelister og arbeidsgiverens bankutskrift. Dokumentasjonen skal være på personnivå og det skal fremgå hvem den gjelder. Det skal også dokumenteres oppfyllelse av krav om dekning av reise, kost og losji

Ved brudd på kravene til lønns- og arbeidsvilkår skal leverandøren rette forholdet. Der bruddet har skjedd hos en underleverandør er rettingsplikten begrenset til krav som er fremmet skriftlig innen tre måneder etter lønnens forfallsdato, både for krav som følger av allmenngjort tariffavtale og landsomfattende tariffavtale. De vilkår og begrensninger som følger av lov om allmenngjøring av tariffavtaler mv. av 4. juni 1993 § 13 skal gjelde i begge disse tilfellene.

Byggherren har rett til å holde tilbake et beløp tilsvarende ca. to ganger innsparingen for arbeidsgiveren. Tilbakeholdsretten opphører så snart retting etter foregående ledd er dokumentert. Vesentlig mislighold av lønns- og arbeidsvilkår hos leverandøren kan påberopes av byggherren som grunnlag for heving, selv om leverandøren retter forholdene. Dersom bruddet har skjedd i underleverandørleddet, kan byggherren på samme måte kreve at leverandøren skifter ut underleverandører. Dette skal skje uten omkostninger for byggherren.

Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser."

Endringen som er foretatt i bestemmelsen fra tidligere er at leverandøren og underleverandøren må forholde seg til Lov om obligatorisk tjenestepensjon (OTP-loven) av 21. desember 2005.

6.8.2 Vurdering av bestemmelsen

6.8.2.1 Kort om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår for offentlige kontrakter

Det følger av LOA § 6 første til tredje ledd at:

"Departementet kan i forskrift pålegge statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta inn klausuler i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende forskrifter om allmenngjorte tariffavtaler eller landsomfattende tariffavtaler for de aktuelle bransjene.

Departementet kan i forskrift pålegge oppdragsgivere å føre tilsyn med at klausulene blir overholdt, og å iverksette tiltak overfor leverandøren ved manglende overholdelse av klausulene.

Arbeidstilsynet fører tilsyn med at forskrift gitt med hjemmel i første og annet ledd blir overholdt. Tilsynet gir de pålegg og treffer de enkeltvedtak som er nødvendige for gjennomføring av forskriften. Arbeidsmiljøloven § 18-5, § 18-6 første, annet, sjette, sjuende og åttende ledd samt §§ 18-7, 18-8 og 18-10 får tilsvarende anvendelse."

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår er vedtatt i medhold av bestemmelsen.

Det følger av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 1 at formålet med forskriften er å:

"(..) bidra til at ansatte i virksomheter som utfører tjenester og bygge- og anleggsarbeider for offentlige oppdragsgivere, ikke har dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av gjeldende allmenngjøringsforskrifter eller landsomfattende tariffavtaler."

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår gjelder ved tildeling av tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter for statlige myndigheter ved inngåelse av kontrakter som overstiger 1,3 MNOK ekskl. mva., samt når kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer inngår kontrakter som overstiger 2 MNOK ekskl. mva., jf. forskrift om lønns- og arbeidsvilkår §§ 3 og 4.

Av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 5 følger det at:

"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."

Videre følger det av § 6 at oppdragsgiver i kontrakten skal kreve at leverandøren eller eventuelle underleverandører på forespørsel skal dokumentere oppfyllelse av lønns- og arbeidsvilkår som angitt i § 5. I tillegg er oppdragsgiver pålagt å forbeholde seg retten til å gjennomføre nødvendige sanksjoner dersom kravene i § 5 ikke overholdes.

I § 7 fremgår det at oppdragsgiver skal gjennomføre nødvendig kontroll av om kravene til lønns- og arbeidsvilkår overholdes. Etter bestemmelsen kan graden av kontroll tilpasses vedkommende bransje.

AV LOA § 6 og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår fremgår det samlet sett at oppdragsgiver er forpliktet til å innta klausuler i kontraktene som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår i samsvar med gjeldende forskrifter om allmenngjorte tariffavtaler eller landsomfattende tariffavtaler. Videre skal oppdragsgiver kreve i kontrakten at leverandørene på forespørsel må dokumentere at kravene til lønns- og arbeidsvilkår er oppfylt. Oppdragsgiver skal gjennomføre nødvendig kontroll av dette. I tillegg har Arbeidstilsynet tilsynsmyndighet mht. at forskriften blir overholdt.

6.8.2.2 Arbeidsrettslig vurdering

Det er i bestemmelsens første avsnitt lagt opp til at leverandøren skal være ansvarlig for at "egne ansatte og ansatte hos eventuelle underleverandører" har lønns- og arbeidsvilkår i henhold til de regelverk som er angitt i de tre påfølgende kulepunktene. Vår vurdering er at denne bestemmelsen går vesentlig lenger enn det som følger av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 5 første ledd, som vi forstår er den direkte bakgrunnen for bestemmelsen. Den nevnte forskriftsbestemmelsen er nemlig begrenset til "ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten".

Også i Oslo-modellen er det presisert i punkt 1.11 at leverandørens ansvar for ansattes lønns- og arbeidsvilkår er begrenset til "arbeidere som direkte medvirker til oppfyllelse av leverandørs forpliktelser under avtalen".

Bestemmelsen slik den lyder nå vil også være vanskelig å gjennomføre i praksis.

Vi anbefaler på denne bakgrunn at punkt 8 første avsnitt utformes etter samme mønster som forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 5 første ledd:

"Leverandøren er ansvarlig for at egne ansatte og ansatte hos eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten har lønns- og arbeidsvilkår i henhold til."

Også kravet til lønns- og arbeidsvilkår iht. lov om obligatorisk tjenestepensjon kan være problematisk fra et arbeidsrettslig perspektiv. For å kunne opptas som medlem i en obligatorisk tjenestepensjonsordning i

Norge, oppstilles det krav om pliktig medlemskap i folketrygden, jf. lov om innskuddspensjon § 4-1 (3) og foretakspensjonsloven § 3-2 (3).

Utgangspunktet er at alle som utfører arbeid i Norge, er pliktig medlem i folketrygden, jf. folketrygdloven § 2-2. Dette er også utgangspunktet etter Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 artikkel 13 nr. 2 a.

Det er imidlertid gjort unntak for arbeidstakere som sendes ut av den virksomheten han/hun vanligvis arbeider for innenfor EU/EØS, for å arbeide i et annet medlemsland i inntil ett år for foretakets regning. Disse arbeidstakerne skal fortsatt være omfattet av utsenderlandets lovgivning, jf. Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 artikkel 14 nr. 1 a.

Det følger videre av Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 artikkel 14 nr. 1 b at den utsendte arbeidstakeren kan være underlagt utsenderlandets lovgivning i ytterligere 12 måneder hvis arbeidet som skal utføres varer lenger enn 12 måneder på grunn av uforutsette omstendigheter.

Som de to eksemplene viser, kan det oppstå situasjoner hvor de aktuelle arbeidstakerne som medvirker til å oppfylle kontrakten ikke er pliktige medlemmer i norsk folketrygd og av den grunn ikke kan opptas som medlemmer i en obligatorisk tjenstepensjonsordning i Norge. Dette er særlig praktisk ved innleie fra virksomhet med hovedsete i EU/EØS.

Kravet går som nevnt ut på at leverandøren er ansvarlig for lønns- og arbeidsvilkår i henhold til OTP-loven. Utenlandske arbeidstakere som ikke er medlem av folketrygden vil ikke kunne opptas i en offentlig tjenstepensjonsordning. I den grad bestemmelsen kan forstås som et krav om medlemskap i en offentlig tjenstepensjonsordning, så vil kravet kunne være i strid med EØS-avtalen og dens bestemmelse om fri flyt av arbeidskraft. Det er fordi at kravet ikke vil være mulig å innfri for utenlandske arbeidstakere som ikke er medlem av folketrygden.

Vi foreslår på denne bakgrunn av kulepunktet tas ut, alternativt suppleres med setningen "*eller tilsvarende utenlandsk pensjonsordning*".

6.8.2.3 Personvernrettslig vurdering

Leverandøren plikter etter bestemmelsen på forespørsel å fremlegge kopi av arbeidsavtale, lønnslipp, timelister og bankutskrift for å dokumentere at lønns- og arbeidsvilkår er i henhold til forskrift om allmenngjort tariffavtale og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår. Slik dokumentasjon utgjør personopplysninger.

Seriøsitetsbestemmelsen angir at dokumentasjonsplikten gjelder egne arbeidstakere og arbeidstakere hos eventuelle underleverandører. Man vil imidlertid neppe ha behandlingsgrunnlag eller formål for å kreve utlevert dokumentasjon for andre enn personer som direkte medvirker til oppfyllelse av kontrakten. Selv om man uansett vil måtte innfortolke en slik begrensning ved praktiseringen av bestemmelsen, kan ordlyden potensielt skape uklarheter eller diskusjoner rundt omfanget av dokumentasjonskravet. Vi foreslår derfor at dokumentasjonskravet begrenses i tråd med anbefalingen i punkt 6.8.2.2. Den videre drøftelsen gjelder derfor kun personer som utfører arbeid under kontrakten.

Seriøsitetsbestemmelsene gjelder for offentlige kontrakter i bygg- og anleggsbransjen. På dette området vil forskrift om lønns- og arbeidsvilkår eller forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge som hovedregel komme til anvendelse. Unntaksvis kan imidlertid kontrakten falle utenfor virkeområdet for begge forskriftene, men dette er neppe en praktisk problemstilling. Vi vil imidlertid adressere dette kort avslutningsvis.

Vi vil først behandle spørsmålet om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår utgjør behandlingsgrunnlag etter GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav c). Bestemmelsen hjemler behandling av personopplysninger når behandlingen er nødvendig for å oppfylle en rettslig forpliktelse (lov eller forskrift) som påhviler den behandlingsansvarlige. Det fremgår av forarbeidene til personopplysningsloven er det ikke påkrevd at lov- eller forskriftsbestemmelsen regulerer behandlingen av personopplysninger uttrykkelig.⁶⁰ Det er tilstrekkelig at bestemmelsen pålegger en rettslig forpliktelse som gjør det nødvendig å behandle personopplysninger for å oppfylle forpliktelsen.

⁶⁰ Prop. 56 LS (2017-2018) pkt. 6.3.2

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår pålegger oppdragsgiver å stille krav om at leverandøren og underleverandører på forespørsel dokumenterer lønns- og arbeidsvilkårene for ansatte som direkte medvirker til oppfyllelse av kontrakten, jf. § 6 jf. § 5. Krav om kontraktsfesting av dokumentasjon henger sammen med § 7, som oppstiller en plikt for oppdragsgiver til å gjennomføre kontroll av om kravene til lønns- og arbeidsvilkår overholdes.

Forskriften angir ikke tydelig hvordan lønns- og arbeidsvilkårene skal dokumenteres. I seriøsitetsbestemmelsens andre avsnitt legges det opp til at leverandøren må utlevere blant annet kopi av arbeidsavtale, lønnslipp, timelister og arbeidsgiverens bankutskrift, i tillegg til dokumentasjon på dekning av reise, kost og losji. Det legges med andre ord opp til en forholdsvis omfattende utlevering av personopplysninger. Vi forstår det slik at den angitte dokumentasjonen er nødvendig for at oppdragsgiver skal kunne foreta den kontrollen som forskriften krever, og at kontrollen ikke kan gjennomføres på en tilfredsstillende måte dersom dokumentasjonen anonymiseres eller begrenses.

Kontrollplikten i § 7 sammenholdt med kravet om kontraktsfesting av dokumentasjonsplikten i § 6, jf. 5 forutsetter etter vårt syn en behandling av personopplysninger. Vår konklusjon er derfor at det foreligger behandlingsgrunnlag i GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav c) for oppdragsgivers behandling av personopplysninger i dokumentasjonen.

Leverandøren og underleverandøren må også ha behandlingsgrunnlag for selve utleveringen av dokumentasjon som inneholder personopplysninger til oppdragsgiver.

Selv om forskriften forutsetter en behandling av personopplysninger for oppdragsgiver, oppstiller den ikke i seg selv en direkte rettslig forpliktelse for leverandøren eller underleverandører til å utlevere personopplysningene, ei heller en direkte *rett* for oppdragsgiver til å motta dokumentasjonen. Oppdragsgiver må altså skaffe seg adgang til personopplysningene gjennom pålegg i kontrakten. Dersom dokumentasjonsplikten ikke kontraktsfestes, er det uklart om oppdragsgiver kan kreve dokumentasjonen fremlagt. Av den grunn er det noe tvilsomt om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår utgjør behandlingsgrunnlag for leverandørens og underleverandørens utlevering av personopplysninger.

Spørsmålet er derfor om leverandøren og underleverandøren har behandlingsgrunnlag for utleveringen etter GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav f) for kontrakter som faller inn under forskrift om lønns- og arbeidsvilkår.

GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav f) krever at behandling av personopplysninger er *nødvendig* for å oppfylle en berettiget interesse, samt at virksomhetens interesser overstiger individenes interesser.⁶¹ Personopplysningenes karakter, personopplysningens omfang, hvordan disse behandles, konsekvenser for personene, samt personenes forventninger er relevante momenter i interesseavveiningen.⁶²

Oppfyllelse av kontrollplikten i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 7 forutsetter at leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til oppfyllelse av kontrakten kan dokumentere at kravene til lønns- og arbeidsvilkår er oppfylt, og at oppdragsgiver får tilgang til denne dokumentasjonen. Det ville svekket både kontrollplikten i § 7 og plikten til å kontraktsfeste dokumentasjonskravet i § 6 dersom behandlingen av personopplysningene anses ulovlig etter personvernregelverket. Behandlingen av personopplysningene ligger derfor tett opp til en rettslig forpliktelse. Det foreligger en klar berettiget interesse for leverandøren og underleverandøren å oppfylle kontraktsforpliktelser som er pålagt i forskrift. Behandlingen av personopplysninger vil være *nødvendig* for å oppfylle en slik interesse.

Disse berettigede interessene må veies opp mot hensynet til den enkeltes personvern. I seriøsitetsbestemmelsene legges det opp til en forholdsvis omfattende utlevering av personopplysninger, som nok kan oppfattes å være av en viss privat karakter. Personopplysningenes karakter og omfang tilsier at det foreligger et visst inngrep i personvernet.

På den annen side må behandlingen anses å ligge innenfor det som arbeidstaker med rimelighet må forvente, tatt i betraktning at arbeidstakeren utfører arbeid for oppdragsgiver under kontrakten, og at oppdragsgiver er underlagt en lovbestemt kontrollplikt.

Det overordnede formålet med dokumentasjonskravet er å sikre arbeidstakerne tariff- og forskriftsbestemte lønns- og arbeidsvilkår. Behandlingen av personopplysningene vil derfor kunne ha en positiv effekt for arbeidstakeren, idet et slikt krav kan ha en skjerpene effekt på overholdelsen. De positive virkningene for

⁶¹ Fortale 47 til GDPR og Article 29 Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC s. 3

⁶² Article 29 Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC s. 3

arbeidstakerne trekker derfor i retning av at inngrepet i personvernet ikke overstiger de berettigede interessene bak behandlingen.

Vi forutsetter at personopplysningene kun behandles for det angitte formålet, og at de slettes så snart behovet ikke lenger er tid stede.

For kontrakter som er omfattet av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår vurderer vi det følgelig slik at det foreligger behandlingsgrunnlag for leverandøren og underleveransens utlevering og oppdragsgivers behandling av den aktuelle dokumentasjonen. Gitt at dokumentasjonskravet begrenses til arbeidstakere hos leverandører og underleverandører som direkte medvirker til oppfyllelse av kontrakten, er ikke seriøsbestemmelsen problematisk.

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår gjelder ikke kontrakter under terskelverdier som nevnt i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 4. For kontrakter under terskelverdiene har ikke oppdragsgiver den samme plikten til å kontraktsfeste krav om dokumentasjon på lønns- og arbeidsvilkår. Spørsmålet er derfor om det foreligger behandlingsgrunnlag for behandling av dokumentasjonen for kontrakter som ikke er omfattet av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår. Vi vil først vurdere om det foreligger en rettslig forpliktelse etter GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav c).

Krav til lønns- og arbeidsvilkår som er fastsatt i tariffavtaler, blant annet Fellesoverenskomsten for byggfag (FOB) 2018–2020⁶³ og Landsoverenskomsten for elektrofagene 2018–2020⁶⁴, er delvis allmenngjorte. Allmenngjøring innebærer at deler av tariffavtalen gjøres gjeldende for alle arbeidstakere, herunder utenlandske arbeidstakere, som utfører arbeid innenfor et fag eller virksomhet som er dekket av tariffavtalens virkeområde.

Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett⁶⁵ gjelder for alle områder med allmenngjorte tariffavtaler. Formålet med denne forskriften er å sikre etterlevelse av lønns- og arbeidsvilkår etter allmenngjøringsforskriftene, jf. § 1.

I henhold til forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett har byggherren (dvs. oppdragsgiver) plikt til å påse at lønns- og arbeidsvilkår er i tråd med forskriften. I § 6 (1) og (2) fremgår følgende:

"Hovedleverandør skal påse at lønns- og arbeidsvilkår hos virksomhetens underleverandører er i overensstemmelse med gjeldende allmenngjøringsforskrifter.

Bestiller har en tilsvarende påseplikt overfor sine leverandører i tilfeller der det ikke benyttes underleverandører. Denne bestemmelsen gjelder bare der bestiller driver næringsvirksomhet."

Vi oppfatter kravet om næringsvirksomhet som en avgrensning mot forbrukere. Arbeidstilsynet uttaler om påseplikten at det i utgangspunktet er hovedleverandøren som har påseplikt overfor sine underleverandører. Byggherren (oppdragsgiver) har påseplikt dersom det ikke benyttes underleverandører (altså når byggherren gir oppdraget til flere "sideleverandører").⁶⁶

Av § 6 fjerde ledd fremgår det at påseplikten kan oppfylles

"for eksempel ved at det tas inn kontraktsklausuler om at arbeidstakere minst skal ha de lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskrifter, og at dette følges opp gjennom innhenting av dokumentasjon på arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår."

For at oppdragsgiver skal kunne gjennomføre påseplikten effektivt er det nødvendig å ha mulighet til å behandle dokumentasjon om lønns- og arbeidsvilkår. Forskriften § 6 forutsetter dermed en behandling av personopplysninger. Dette underbygges av at Arbeidstilsynet har uttalt at et mulig tiltak for overholdelse av påseplikten er krav om fremleggelse av kopi av arbeidstakernes ansettelseskontrakter, lønns slipper og timelister.⁶⁷ I forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett kapittel 4 er det videre inntatt en bestemmelse om behandling av personopplysninger, jf. § 10:

⁶³ F11.10.2018 nr 1684 Forskrift om delvis allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge

⁶⁴ F11.10.2018 nr 1685 Forskrift om delvis allmenngjøring av Landsoverenskomsten for elektrofagene

⁶⁵ F22.02.2008 nr 166 Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett (AT-592)

⁶⁶ <https://www.arbeidstilsynet.no/tema/paseplikten/>

⁶⁷ <https://www.arbeidstilsynet.no/tema/paseplikten/>

"Opplysninger som er fremkommet som et resultat av oppfølging av påseplikten eller begjæring om innsyn i henhold til forskriften her, kan bare benyttes til å undersøke om lønns- og arbeidsvilkår er i overensstemmelse med allmenngjøringsforskrifter.

Opplysningene skal slettes når behovet for opplysningene ikke lenger er til stede, herunder dersom opplysningene viser at arbeidstakerne som er omfattet av innsynsbejæringen får minst de lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskrifter."

Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett utgjør derfor en rettslig forpliktelse for oppdragsgiver til å behandle personopplysninger. Oppdragsgiver har behandlingsgrunnlag i GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav c).

I likhet med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår, oppstiller ikke forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett en direkte rett for oppdragsgiver til å kreve fremlagt de aktuelle personopplysningene. Arbeidstilsynet har i denne forbindelse uttalt at

"[V]erken allmenngjøringsloven eller forskriften gir hovedleverandør/bestiller rett til å utføre kontroll overfor sine underleverandører eller entreprenører. Hovedleverandør/bestiller må derfor skaffe seg adgang gjennom en kontraktsbestemmelse."⁶⁸

Uten slik kontraktsbestemmelse vil ikke oppdragsgiver kunne kreve fremlagt dokumentasjonen. En forpliktelse for leverandøren til å utlevere personopplysningene vil da følge av kontraktsbestemmelsen. Av den grunn er det, i likhet med vurderingen av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår, noe tvilsomt om forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett utgjør behandlingsgrunnlag for utleveringen av personopplysninger, jf. GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav c).

Behandlingsgrunnlag for utleveringen fra leverandørens side må derfor søkes i en interesseavveining etter GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav f). Vurderingen blir etter vår oppfatning i stor grad sammenfallende med vurderingen av dokumentasjonskravet for kontrakter omfattet av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår. Tungtveiende er etter vår oppfatning at lovgiver har pålagt oppdragsgiver en forskriftsbestemt plikt til å påse at lønns- og arbeidsvilkår er i overensstemmelse med gjeldende allmenngjøringsforskrifter og at utlevering av personopplysninger fra leverandøren er nødvendig for å gjennomføre denne påseplikten. I tillegg vil utleveringen ha positive virkninger for arbeidstakeren, idet det skjerper overholdelsen av forskriftsbestemte krav om lønns- og arbeidsvilkår. Vi vurderer det slik at leverandøren har behandlingsgrunnlag i GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav f) for utleveringen av kopi av arbeidsavtale, lønnslipp, timelister og bankutskrift.

En forskjell mellom kontrollplikten i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår og påseplikten er at oppdragsgivers påseplikt overfor leverandører kun gjelder i tilfeller der det ikke benyttes underleverandører, jf. § 6 (2). En påseplikt overfor underleverandører har derimot hovedleverandøren. Vi vurderer det slik at behandlingsgrunnlaget for kontrakter som ikke er omfattet av forskrift om lønns og arbeidsvilkår må avgrenses i tråd med påseplikten i § 6.⁶⁹ Innhenting av dokumentasjon på lønns- og arbeidsvilkår utover påseplikten, for eksempel til underleverandørers ansatte, vil oppdragsgiver etter vår oppfatning neppe ha behandlingsgrunnlag for. Det bør derfor vurderes om dokumentasjonskravet i seriositetsbestemmelsen skal avgrenses for kontrakter som ikke er omfattet av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår.

For kontrakter som verken er dekket av allmenngjorte tariffavtaler eller forskrift om lønns- og arbeidsvilkår, kan ikke en interesseavveining i favør av behandling av personopplysninger begrunnes i forskriftsbestemt kontroll- eller påseplikt. Det vil dermed kunne være utfordrende å argumentere for at det foreligger behandlingsgrunnlag i GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav f) for en så omfattende utlevering og videre behandling av personopplysninger.

Med endringene nevnt over, er vår oppfatning at seriositetsbestemmelsen er i samsvar med personvernregelverket hva gjelder kontrakter som er omfattet av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår og allmenngjorte tariffavtaler.

⁶⁸ <https://www.arbeidstilsynet.no/tema/paseplikten/>

⁶⁹ I forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett

6.8.2.4 Anskaffelsesrettslig vurdering

Som redegjort for ovenfor går bestemmelsen lenger enn det som følger av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 5 (1) ved at bestemmelsen ikke er begrenset til ansatte som medvirker til kontrakten. Dette er problematisk i et arbeidsrettslig og personvernrettslig perspektiv.

Første setning i bestemmelsen er også isolert sett anskaffelsesrettslig problematisk. Bestemmelsen er på generelt grunnlag knyttet til leverandørens og underleverandørens ansatte. Bestemmelsen har derfor ikke tilstrekkelig tilknytning til leveransen, og strider mot LOA § 5 (2) og FOA § 19-1 (1). Etter vårt syn må bestemmelsen begrenses til å omfatte ansatte hos leverandøren og underleverandøren som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten, jf. også forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 5 (1).

Dersom bestemmelsen om lov om obligatorisk tjenstepensjon (OTP-loven) av 21. desember 2005, kan forstås som et krav om medlemskap i en obligatorisk tjenstepensjonsordning, vil den som nevnt kunne stride mot EØS-avtalens regler om fri flyt av arbeidskraft. Å kontraktsfeste en bestemmelse som strider mot EØS-avtalens regler om fri flyt av arbeidskraft vil være uforholdsmessig og i strid med likebehandlingsprinsippet, jf. LOA § 4. Vi anbefaler derfor også i et anskaffelsesrettslig perspektiv at bestemmelsen slettes eller justeres som foreslått i punkt 6.8.2.2.

Leverandørens dokumentasjonsplikt etter bestemmelsen er omfattende, og knytter seg i utgangspunktet til sensitiv informasjon om den enkelte arbeidstakers arbeidsforhold. Der det er personvernrettslig adgang til å innhente disse opplysningene, tilsier dette at kravet som utgangspunkt ikke er uforholdsmessig. Anskaffelsesrettslig underbygges dette også av at forskrift om lønns- og arbeidsvilkår samt forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett pålegger oppdragsgiver en plikt til å kontrollere at leverandørene oppfyller sine forpliktelser mht. lønns- og arbeidsvilkår. Dette vil vanskelig kunne gjennomføres uten informasjon om arbeidstakernes lønn mv. I lys av oppdragsgivers forskriftsfestede kontrollplikt er kravet etter vårt syn lovlig i et anskaffelsesrettslig perspektiv, så fremt innhenting av slik dokumentasjon er lovlig personvernrettslig.

Seriøsitetsbestemmelsen er ikke begrenset til å gjelde kontrakter som overstiger terskelverdiene i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår. Bestemmelsen skal i utgangspunktet derfor gjelde for alle bygge- og anleggsanskaffelser. Det kan derfor stilles spørsmål ved om det er vil være uforholdsmessig å stille de samme kravene i en anskaffelse under disse terskelverdiene når reglene i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår ikke gjelder.

Etter vårt syn vil en bestemmelse som pålegger en leverandør å ha arbeidsvilkår i henhold til en forskrift som i det konkrete tilfellet ikke kommer til anvendelse for oppdragsgiver eller leverandøren, fremstå som uforholdsmessig. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår pålegger leverandøren legitime, men omfattende forpliktelser. I tillegg kommer at oppdragsgiver i slike tilfeller heller ikke vil ha personvernrettslig grunnlag for å behandle dokumentasjonen oppdragsgiver kan kreve fremlagt, og som inneholder personopplysninger.

Dersom anskaffelsen omfatter arbeid som er omfattet av allmenngjort tariffavtale, har oppdragsgiver personvernrettslig adgang til å kreve informasjon som inneholder personopplysninger, slik nevnt i seriøsitetsbestemmelsens andre avsnitt. Oppdragsgiver kan imidlertid kun behandle personopplysninger i slike situasjoner der det ikke benyttes underleverandører. Som nevnt i punktet over, vurderer vi det slik at behandlingsgrunnlaget for kontrakter som ikke er omfattet av forskrift om lønns og arbeidsvilkår må avgrenses i tråd med påseplikten i § 6.⁷⁰ Innhenting av dokumentasjon på lønns- og arbeidsvilkår utover påseplikten, for eksempel til underleverandørens ansatte, vil oppdragsgiver etter vår oppfatning ikke ha behandlingsgrunnlag for. I et anskaffelsesrettslig perspektiv vil en kontraktsbestemmelse som forutsetter innhenting av personopplysninger i strid med personopplysningsregelverket være uforholdsmessig og problematisk.

Bestemmelsens anvendelsesområde bør etter vårt syn derfor begrenses til situasjonen der forskrift om lønns- og arbeidsvilkår eller forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett kommer til anvendelse.

⁷⁰ I forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett

Bestemmelsen inneholder også misligholdsbeføyelser. Det følger av bestemmelsens fjerde ledd at "*Vesentlig mislighold av lønns- og arbeidsvilkår hos leverandøren kan påberopes av byggherren som grunnlag for heving, selv om leverandøren retter forholdene.*"

Spørsmålet er derfor om misligholdsbeføyelsen er forholdsmessig i samsvar med LOA § 4.

Det er klart at oppdragsgiver, i tråd med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår har en plikt til å knytte sanksjoner til manglende oppfyllelse av kravene i forskriften. Denne sanksjonen går imidlertid ut på at oppdragsgiver kan heve kontrakten, selv om leverandøren retter forholdene. Etter alminnelig kontraktsrett skal leverandøren i utgangspunktet ha mulighet til å rette opp misligholdet før heving skjer. Kravet strider derfor mot bakgrunnsretten, noe som trekker i retning av at kravet er uforholdsmessig.

Selv om sanksjonen som et utgangspunkt fremstår streng, er vår vurdering at brudd på bestemmelsen knytter seg til grunnleggende lønns- og arbeidsvilkår som leverandørene er forpliktet til å følge i henhold til forskrifter. Det er derfor svært viktig at brudd på disse pliktene i tilstrekkelig grad kan sanksjoneres.

At bestemmelsene knyttet til lønns- og arbeidsvilkår er viktige bestemmelser underbygges også av anskaffelsesforskriftens avvisningsregler som følge av alvorlige brudd på bestemmelser om arbeidsforhold, jf. bla. FOA § 24-2 (3) bokstav c).

Samlet sett er vår vurdering at sanksjonen er lovlig.

Når det gjelder bestemmelsens siste setning bør denne også tilpasses innspillene over, både mht. delene av bestemmelsen som er ulovlig, men også det forhold at det ikke er gitt at det foreligger et personvernrettslig behandlingsgrunnlag i alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeider under kontrakten.

6.8.3 Konklusjon

I et arbeidsrettslig perspektiv går bestemmelsens anvendelsesområde vesentlig utover forskrift om lønns- og arbeidsvilkår og bør justeres. Kravet om at leverandøren og underleverandører skal ha arbeidsvilkår i tråd med lov om obligatorisk tjenestepensjon, bør slettes eller justeres.

Bestemmelsen er lovlig fra et personvernrettslig perspektiv, med unntak av situasjonen der kontrakten verken er omfattet av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår eller forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett. Videre må bestemmelsen begrenses til å gjelde ansatte som direkte medvirker til oppfyllelse av kontrakten, ettersom man ikke vil ha behandlingsgrunnlag eller formål for å kreve utlevert dokumentasjon utover dette.

For å være lovlig i et anskaffelsesrettslig perspektiv må bestemmelsens virkeområde begrenses til å gjelde ansatte som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten. Videre må øvrige deler av bestemmelsen som anses problematiske fra et arbeids- og personvernrettsperspektiv endres for at bestemmelsen skal være i tråd med de grunnleggende prinsippene i LOA § 4.

6.9 Punkt 9: Internkontroll. Sikkerhet, helse og arbeidsmiljø (SHA)

6.9.1 Bestemmelse

Det følger av seriositetsbestemmelsene punkt 9 "**Internkontroll. Sikkerhet, helse og arbeidsmiljø (SHA)**" at:

"Leverandøren skal følge den til enhver tid gjeldende arbeidsmiljølov med tilhørende forskrifter, byggherrens SHA-plan og byggherrens eller koordinators anvisninger. Leverandøren plikter å ha et internkontrollsystem iht. forskrift om systematisk helse- miljø og sikkerhetsarbeid i virksomheter. Relevante deler av byggherrens SHA-plan skal innarbeides i, og følges opp gjennom, leverandørens internkontroll. Innarbeidingen skal skje slik at SHA-planens bestemmelser kan identifiseres.

Med mindre annet er avtalt, skal all kommunikasjon mellom nøkkelpersoner i prosjektet foregå på norsk. Leverandøren skal sørge for at arbeidstakerne han og eventuelle underleverandører benytter kan kommunisere på en slik måte at manglende kommunikasjon ikke utgjør en sikkerhetsrisiko. For å unngå at det skjer ulykker fordi ikke alle forstår informasjonen som blir gitt, gjelder følgende:

- *Minst én av det utførende personell på ethvert arbeidslag skal kunne forstå og gjøre seg forstått på norsk eller engelsk. Dersom flere utfører oppdrag sammen, skal vedkommende i tillegg forstå og gjøre seg forstått på et språk alle de andre på arbeidslaget forstår og kan gjøre seg forstått på.*
- *Alle på byggeplassen skal forstå SHA-plan, sikkerhetsopplæring, HMS-rutiner, verneprotokoller, sikkerhetsinstrukser, SJA, sikkerhetsdatablader, bruksanvisning for verktøy og arbeidsutstyr, varselkilter mv. Materialet skal foreligge på det språk vedkommende arbeidstaker bruker som morsmål, såfremt arbeidstakeren ikke forstår informasjonen fullt ut på norsk eller engelsk.*

Ved brudd på ovennevnte plikter har byggherren rett til å stanse arbeidene i den utstrekning byggherren anser det nødvendig.

Ved vesentlig mislighold av ovennevnte plikter kan byggherren heve kontrakten dersom forholdet ikke blir rettet innen en rimelig frist gitt ved skriftlig varsel, med varsel om heving om så ikke skjer. Der slikt mislighold består i stadige brudd på pliktene, kan byggherren heve selv om leverandøren retter forholdene. Byggherren kan på samme måte kreve at leverandøren skifter ut underleverandører. Dette skal skje uten omkostninger for byggherren.

Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser."

Det er ikke foreslått endringer i denne bestemmelsen.

6.9.2 Vurdering av bestemmelsen og konklusjon

Første ledd i bestemmelsen gjelder primært leverandørens overholdelse av lov- og forskriftskrav, samt øvrige tiltak som ivaretar sikkerheten på byggeplassen. Selv om det indirekte fremgår av sammenhengen at tilknytningskravet er oppfylt, kan det presiseres at leverandøren "ved utførelsen av kontraktsarbeidene" skal følge den til enhver tid gjeldende arbeidsmiljølov mv.

Når det gjelder språkravene, er dette krav som skal ivareta arbeidernes sikkerhet. Språkrav kan i utgangspunktet fremstå som konkurransebegrensende. Hensynet til sikkerhet i lys av formuleringen av språkravene viser etter vårt syn at kravene ikke er problematiske.

Misligholdsbeføyelsene i bestemmelsen fremstår også som proporsjonale. Oppdragsgiver er gitt hevingsrett ved stadige brudd på pliktene, selv om leverandøren retter forholdene. Ivaretagelse av sikkerheten på byggeplassen er et svært viktig forhold ved gjennomføringen av entreprisekontrakter, og dette er regulert på lov- og forskriftsnivå. Etter vårt syn er en slik hevingsrett derfor i tråd med anskaffelsesregelverket.

Når det gjelder bestemmelsens siste ledd, fremstår anvendelsesområdet som noe uklart. Det er ikke gitt at det er relevant å følge byggherrens SHA-plan dersom arbeid under kontrakten skal forstås til å gjelde eksempelvis enkle materialkjøp. Etter vårt syn bør begrepet "arbeid under denne kontrakten" klargjøres, slik at kravet fremstår som tilstrekkelig klart, jf. LOA § 4.

Bestemmelsen er derfor lovlig, men vi anbefaler at siste setning klargjøres.

6.10 Punkt 10: Krav til dokumentert yrkesskadeforsikring

6.10.1 Bestemmelse

Det følger av seriositetsbestemmelsene punkt 10 "**Krav til dokumentert yrkesskadeforsikring**" at:

"Leverandøren skal på forespørsel innen en rimelig frist fastsatt ved skriftlig varsel dokumentere at egne ansatte og ansatte hos underleverandører som utfører arbeid på kontrakten, er dekket av lovpålagt yrkesskadeforsikring.

Byggherren kan bortvise arbeidstakere/foretak som det ikke er dokumentert yrkesskadeforsikring for innen fristen.

Manglende eller mangelfull dokumentasjon, kan påberopes av byggherren som grunnlag for å heve kontrakten. Før heving gjennomføres skal leverandøren ved skriftlig varsel gis en rimelig tilleggsfrist for å dokumentere retting, med varsel om heving om så ikke skjer. Dersom bruddet gjelder manglende dokumentasjon for yrkesskadeforsikring hos underleverandør, kan byggherren på samme måte kreve at leverandøren skifter ut underleverandører. Dette skal skje uten omkostninger for byggherren.

Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelse."

Bestemmelsen er i sin helhet ny.

6.10.2 Vurdering av bestemmelsen og konklusjon

Bestemmelsen oppstiller et krav om at leverandøren dokumenterer at egne ansatte og ansatte hos underleverandører som utfører arbeider under kontrakten, er dekket av lovpålagt yrkesskadeforsikring. Det er etter vårt syn uproblematisk at oppdragsgiver ønsker å følge opp leverandørenes og medvirkende underleverandørers oppfyllelse av lovkrav som er sentrale for å ivareta arbeidstakeres rettigheter.

Dersom bestemmelsen ikke overholdes kan dette utgjøre hevingsgrunnlag av kontrakten. Ettersom plikten til å ha yrkesskadeforsikring er lovpålagt er vår vurdering at sanksjonen er forholdsmessig og i samsvar med LOA § 4, all den tid bestemmelsen også legger opp til at det gis skriftlig varsel før det foreligger grunnlag for heving.

Formuleringen "utfører arbeid på kontrakten" i første ledd er ikke uten videre helt klar. Det fremstår særlig ut fra andre ledd som om dette gjelder arbeid på byggeplassen, men etter ordlyden rekker kravet enda lenger. Dette kan med fordel presiseres, særlig i lys av forpliktelsen til å innta tilsvarende bestemmelser i kontraktene, jf. siste ledd.

Vår vurdering er at bestemmelsen er i samsvar med anskaffelsesreglene, men som nevnt kan det vurderes om bestemmelsen bør presiseres.

6.11 Punkt 11: Krav om betaling med elektronisk betalingsmiddel/forbud mot kontantbetaling

6.11.1 Bestemmelse

Det følger av seriøsitetsbestemmelsene punkt 11 "**Krav om betaling med elektronisk betalingsmiddel/forbud mot kontantbetaling**" at:

"Lønn og annen godtgjørelse til leverandørens egne ansatte, ansatte hos underleverandører skal utbetales til konto i bank.

All annen betaling leverandøren foretar i forbindelse med utførelsen av kontraktsarbeid for byggherren skal også betales med elektronisk betalingsmiddel.

Ved brudd på bestemmelsen avkortes leverandørens vederlag med samme beløp som kontantbetalingen.

Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser."

Tidligere gjaldt bestemmelsen kun betaling av lønn, men er nå endret slik at den omfatter den all betaling i forbindelse med kontrakten. Dette er en betydelig utvidelse, siden også anskaffelse av varer og andre innsatsfaktorer nå er omfattet.

6.11.2 Vurdering av bestemmelsen og konklusjon

Kravet går ut på at all betaling under kontrakten skal utføres med elektronisk betalingsmiddel.

Vi kan ikke se at det er problematisk at betaling under kontrakten skal utføres med elektronisk betalingsmiddel. For å sikre at tilknytningskravet overholdes, bør det imidlertid presiseres i første ledd at kravet knytter seg til betaling av lønn og godtgjørelse til ansatte hos leverandør og underleverandør som utfører arbeider under kontrakten.

Vi antar at europeiske leverandører har like muligheter til å foreta all annen betaling i forbindelse med kontraktsarbeidet med elektronisk betalingsmiddel som norske, og at bestemmelsen derfor ikke virker konkurransebegrensende.

Ved brudd på bestemmelsen avkortes leverandørens vederlag med samme beløp som kontantbetalingen. Sanksjonen er altså direkte knyttet opp mot feilaktig betalingsmåte og det samme beløpet som er uriktig betalt. Etter vårt syn fremstår sanksjonen som forholdsmessig og i samsvar med anskaffelsesreglene.

Konklusjonen er derfor at første ledd må presiseres til å gjelde utbetalinger til arbeiderne som utfører kontraktsarbeidet, slik at bestemmelsen oppfyller tilknytningskravet i LOA § 5 (2) og FOA § 19-1 (1).

Ettersom bestemmelsens anvendelsesområde nå er betydelig utvidet til også å gjelde varer og andre innsatsfaktorer, er rekkevidden av bestemmelsens siste ledd uklar. Slik den nå er formulert kan det stilles spørsmål ved om bestemmelsen skal videreføres vareleverandørers kontrakter om produsentens kjøp av råvarer. For å oppfylle klarhetskravet i LOA § 4 bør rekkevidden av bestemmelsen presiseres.

Bestemmelsen er ellers lovlig.

6.12 Punkt 12: Rapporteringsplikt til Sentralskattekontoret for utenlandssaker

6.12.1 Bestemmelse

Det følger av seriøsitetsbestemmelsene punkt 12 "**Rapporteringsplikt til Sentralskattekontoret for utenlandssaker**" at:

"Kontrakt gitt til utenlandsk leverandør eller underleverandør, og alle arbeidstakere på slik kontrakt, skal rapporteres til Sentralskattekontoret for utenlandssaker i henhold til lov om skatteforvaltning § 7-6.

Leverandøren er ansvarlig for at slik rapportering skjer nedover i kontraktskjeden. Leverandøren skal på forespørsel dokumentere at rapporteringsplikten er oppfylt ved kopi av innmeldingsskjema eller kvittering fra Altinn.

Eventuelt ansvar for overtredelsesgebyr eller tvangsmulkt ilagt byggherren som følge av at leverandøren ikke har overholdt sine forpliktelser etter dette punktet, er leverandørens ansvar og skal betales av ham.

Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser."

Det er ikke foreslått endringer i denne bestemmelsen.

6.12.2 Vurdering av bestemmelsen

6.12.2.1 Skatterettslig vurdering

Kravet knytter seg til overholdelse av skatteforvaltningsloven ("**sktfvl.**") § 7-6. Bestemmelsen oppstiller en opplysningsplikt for "*næringsdrivende og offentlig organ som gir person bosatt i utlandet eller selskap hjemmehørende i utlandet et oppdrag i riket eller på kontinentalsokkelen*". Videre følger det av bestemmelsen at opplysningsplikten er begrenset til å gjelde ett ledd oppover i kontraktskjeden i tillegg til hovedoppdragsgiver og to ledd nedover i kontraktskjeden. Hovedoppdragsgiver er den oppdragsgiveren i en kontraktskjede som først gir et oppdrag til en utenlandsk oppdragstaker, jf. Prop. 1 LS (2017-2018) pkt. 21.4.1. Bestemmelsen pålegger etter omstendighetene derfor opplysningsplikt både for oppdragsgiver og leverandøren.

Oppdragstakeren har på sin side "*plikt til å gi opplysninger om egne arbeidstakere som benyttes til å utføre oppdraget*", jf. bestemmelsens siste ledd. Opplysningens innhold er nærmere angitt i skatteforvaltningsforskriften § 7-6-1.

Opplysningsplikten i henhold til seriøsitetsbestemmelsen er etter vår vurdering i tråd med skatteforvaltningsloven.

Etter kontraktsbestemmelsens tredje ledd er leverandøren ansvarlig for mulkt eller overtredelsesgebyr ilagt byggherren "som følge av at leverandøren ikke har overholdt sine forpliktelser etter dette punktet."

Dersom pliktige opplysninger ikke leveres, kan det ilegges tvangsmulkt for å forsøke å fremtvinge levering av pliktige opplysninger, jf. sktfvl. § 14-1. Det kan også ilegges overtredelsesgebyr etter sktfvl. § 14-7. Tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr ilegges den som ikke har oppfylt sin plikt etter skatteforvaltningsloven. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke vil kunne ilegges sanksjoner dersom en utenlandsk leverandør ikke oppfylder sin opplysningsplikt i medhold av sktfvl. § 7-6.

Det kan imidlertid tenkes en situasjon der oppdragsgiver som pliktsubjekt etter sktfvl. § 7-6 ikke får oppfylt sin rapporteringsplikt for oppdragstakere to ledd nedover i kontraktskjeden fordi leverandøren ikke gir oppdragsgiver nødvendig informasjon om hvem underleverandørene er. Da vil oppdragsgiver kunne bli ilagt mulkt eller overtredelsesgebyr som følge av manglende opplysninger fra leverandøren.

Slik kontraktsbestemmelsens tredje ledd er formulert, fremstår det som uklart om leverandørens ansvar knyttes til leverandørens manglende rapportering etter sktfvl. § 7-6 eller manglende oppfyllelse av forpliktelsen til å gi oppdragsgiver nødvendig informasjon for å oppfylle sin plikt til rapportering etter sktfvl. § 7-6. Det er kun i sistnevnte tilfelle oppdragsgiver vil kunne ilegges sanksjoner etter skatteforvaltningsloven, og det er da kun i disse tilfellene at kontraktsbestemmelsen er anvendelig. Denne uklarheten gjør ikke kontraktskravet ulovlig, men vi anbefaler at dette klargjøres.

6.12.2.2 Anskaffelsesrettslig vurdering

Bestemmelsens er i tråd med skatteforvaltningsloven, og vi kan ikke se at den er i strid med de grunnleggende prinsippene i LOA § 4.

Virkeområdet til bestemmelsens misligholdssanksjon fremstår som noe uklart, men vi kan ikke se at sanksjonene er uforholdsmessig dersom oppdragsgiver blir ilagt mulkt som følge av at leverandøren ikke oppfylder sin plikt til å gi oppdragsgiver nødvendig informasjon.

Bestemmelsens tredje ledd om at tilsvarende bestemmelser skal inntas i alle avtaler som leverandøren inngår for utføring av arbeid under kontrakter, bør etter vårt syn presiseres til å gjelde avtaler med leverandører som omfattes av sktfvl. § 7-6. Rapporteringsplikten er en lovbestemt plikt som besørger opplysninger til skattemyndighetene, og oppdragsgiver kan gjennom et kontraktskrav ikke stille krav som går utover dette. Dette vil etter vårt syn stride mot tilknytningskravet og fremstå som uforholdsmessig. Det bør derfor tas inn en presisering om at bestemmelsen kun gjelder der sktfvl. § 7-6 kommer til anvendelse.

6.12.3 Konklusjon

Bestemmelsen er lovlig i et skatterettslig perspektiv.

Bestemmelsen er lovlig i et anskaffelsesrettslig perspektiv, men det bør tas inn en henvisning til sktfvl. § 7-6 i siste avsnitt.

6.13 Punkt 13: Tiltak mot svart arbeid - manglende innrapportering av arbeidsforhold, inntekt, skatt og avgift

6.13.1 Bestemmelse

Det følger av seriøsitetsbestemmelsene punkt 13 "**Tiltak mot svart arbeid - manglende innrapportering av arbeidsforhold, inntekt, skatt og avgift**" at:

"Byggherren kan ved skriftlig varsel med en rimelig frist kreve fremlagt kopi av månedlig a-melding innsendt fra leverandøren og eventuelle underleverandører etter a-ordningen til NAV, SSB og Skatteetaten om utvalgte ansattes inntekt, arbeidsforhold og forskuddstrekk, samt arbeidsgiveravgift og finansskatt for virksomheten.

Vesentlig manglende eller mangelfull innrapportering fra leverandøren kan påberopes av byggherren som grunnlag for heving, selv om leverandøren retter forholdene. Dersom bruddet har skjedd i underleverandørleddet, kan byggherren på samme måte kreve at leverandøren skifter ut underleverandører. Dette skal skje uten omkostninger for byggherren.

Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser."

Bestemmelsen er ny i sin helhet, og skal fungere som et tiltak mot svart arbeid.

6.13.2 Vurdering av bestemmelsen

6.13.2.1 Personvernrettslig vurdering

Seriøsitetsbestemmelsen gir oppdragsgiver rett til å kreve fremlagt kopi av månedlig A-melding om utvalgte ansatte hos leverandør og underleverandør. *"A-meldingen er en månedlig melding fra arbeidsgiver til NAV, SSB og Skatteetaten om ansattes inntekt, arbeidsforhold og forskuddstrekk, samt arbeidsgiveravgift og finansskatt for virksomheten".*⁷¹

Spørsmålet er om det foreligger behandlingsgrunnlag for en slik utlevering og videre behandling hos oppdragsgiver

Ettersom ingen av de øvrige behandlingsgrunnlagene i GDPR artikkel 6 er aktuelle, vil behandling av personopplysningene bero på en interesseavveining etter artikkel 6 nr. 1 bokstav f). Personopplysningenes karakter, personopplysningens omfang, hvordan disse behandles, konsekvenser for personene, samt personenes forventninger er relevante momenter i interesseavveiningen.

Den berettigede interessen i behandlingen av personopplysningene i A-meldingen er å påse at det innrapporteres korrekt lønn til myndighetene som et tiltak mot svart arbeid.

Å forhindre svart arbeid er en overordnet offentlig interesse som til syvende og sist kommer samfunnet til gode. I henhold til Datatilsynets veileder om behandlingsgrunnlag vil behandling av personopplysninger for offentlige interesser tale i virksomhetens favør i interesseavveiningen.⁷² En offentlig oppdragsgiver vil ha en betydelig interesse i at leverandøren overholder sine skattemessige forpliktelser, særlig tatt i betraktning at svart arbeid er en alvorlig overtredelse av skattelovgivningen og at byggebransjen er en bransje som er utsatt for svart arbeid.

Mot denne interessen står hensynet til arbeidstakerens personvern. Seriøsitetsbestemmelsen legger opp til en omfattende utlevering av personopplysninger. I tillegg vil personopplysningene kunne oppfattes som private for arbeidstakeren, særlig opplysninger om lønn. Man kan også unntaksvis tenke seg tilfeller at lønnsinntekt er oppgitt til kr. 0, noe som kan indikere at arbeidstakeren mottar ytelse som gjelder sykdom. En slik personopplysning vil etter vårt syn ligge i grenseland mot særlige kategorier personopplysninger. Omfanget og arten av personopplysningene tilsier at hensynet til personvernet er tungtveiende i interessevurderingen.

I motsetning til seriøsitetsbestemmelsen punkt 8 er ikke oppdragsgiver forskriftspålagt å kontraktsfeste denne dokumentasjonsplikten. Ei heller er oppdragsgiver pålagt å føre denne type kontroll eller tilsyn på personnivå. En slik kontrollfunksjon er lagt til Skatteetaten, og utlevering av personopplysninger om arbeidstakere for kontrollformål er underlagt lovbestemte rapporteringskrav i skattelovgivningen, jf. for eksempel sktflv. § 7-6. Oppdragsgivere er ikke pålagt en kontrollfunksjon på lik linje med Skatteetaten, verken gjennom sektorlovgivning eller anskaffelsesregelverket. Sammenhengen mellom inngrepet i arbeidstakers personvern og interessen bak dokumentasjonskravet kan på den bakgrunn fremstå noe perifer, og da særlig for arbeidstakere hos underleverandører.

Dokumentasjonskravet er derfor mest sannsynlig ulovlig.

Vi presiserer videre at man under enhver omstendighet neppe vil ha behandlingsgrunnlag eller formål for å kreve utlevert dokumentasjon for andre enn personer som direkte medvirker til oppfyllelse av kontrakten. Slik bestemmelsen er formulert gir den anvisning på at oppdragsgiver kan kreve fremlagt kopi av A-melding for ansatte hos leverandøren og underleverandører som ikke utfører arbeid under kontrakten. Også på dette grunnlag er bestemmelsen problematisk.

⁷¹ <https://www.skatteetaten.no/bedrift-og-organisasjon/arbeidsgiver/a-meldingen/>

⁷² <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/virksomhetenes-plikter/behandlingsgrunnlag/veileder-om-behandlingsgrunnlag/?id=10831>

6.13.2.2 Anskaffelsesrettslig vurdering

Bestemmelsen er ny og er ment som et tiltak mot svart arbeid. Bestemmelsen sikrer oppdragsgiver rett til på forespørsel å få kopi av innsendt A-melding for å avdekke manglende innrapportering av inntekt, skatt og avgift.

Alle som har ansatte, eller utbetaler lønn, pensjon eller andre ytelser, skal levere A-melding. A-meldingen leveres elektronisk hver måned. I A-meldingen oppgir arbeidsgiver som nevnt bla. inntekt, arbeidsforhold og forskuddstrekk til sine ansatte, samt arbeidsgiveravgift og finansskatt til virksomheten. Opplysningene i A-meldingen er på personnivå, men gis av selskapet til skattemyndighetene. Opplysningene benyttes bl.a. av NAV i saksbehandlingen av sykepengesaker, foreldrepenger, uføretrygd osv., og av Skatteetaten i utarbeidelsen av selvangivelsen til arbeidstaker, skatteoppgjøret osv.

Formålet med bestemmelsen er som nevnt å avdekke svart arbeid. Dette har en side mot leverandørenes oppfyllelse av sine skatte- og avgiftsforpliktelser. Det er utvilsomt slik at anskaffelsesregelverket legger opp til at oppdragsgiver skal kunne kontrollere leverandørenes forpliktelser mht. betaling av skatter og avgifter, for derigjennom å avvise leverandører som ikke har oppfylt disse forpliktelsene.⁷³ Anskaffelsesforskriften gir imidlertid ikke oppdragsgiver adgang til å innhente opplysninger på personnivå hos leverandører og underleverandører som skal dokumentere leverandørenes oppfyllelse av sine skatte- og avgiftsforpliktelser.

De tilfeller oppdragsgivers har adgang til å kreve dokumentasjon om arbeidstakeres lønnsforhold er videre regulert i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår og forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett. Som nevnt i punkt 6.8, ble det der vektlagt at oppdragsgivers kontrollplikt mht. lønns- og arbeidsforhold er forskriftsfestet.

Hva gjelder oppdragsgivers adgang til å kreve kopi av A-meldingen, kan dette ikke begrunnes i de ovennevnte forskrifter eller øvrig lovgivning. Kravet går derfor klart utover oppdragsgiveres lovregulerte kontrollplikter. Som nevnt kan det oppstilles kontraktskrav som går utover det som følger av lovgivningen. Etter vårt syn skal det imidlertid mye til før oppdragsgiver gjennom en kontraktsbestemmelse, kan betinge seg en adgang til omfattende og private (herunder muligens også sensitive), opplysninger på ansattnivå som går utover det som følger av lovgivningen når dette skjer for å kontrollere overholdelse av skatteforpliktelser. Etter vår vurdering er kravet alene på dette grunnlag uforholdsmessig og i strid med LOA § 4. Dette underbygges også klart av den personvernrettslige vurderingen om at oppdragsgiver ikke har behandlingsgrunnlag mht. til personopplysningene som fremgår av A-meldingen.

Selv om forholdsmessighetsvurderingen normalt knytter seg til leverandøren, er det også grunn til å stille spørsmål ved om det går en grense for oppdragsgivers ivaretagelse av sektorspesifikke hensyn gjennom sine anskaffelsesprosesser. Initiativ mot svart arbeid er utvilsomt et legitimt hensyn. Samtidig har Norge øvrige kontroll- og tilsynsmyndigheter som Skatteetaten og politiet som gjennom sin lovpålagte plikt skal bekjempe svart arbeid. I denne forbindelse tilføyes det også at Arbeidstilsynet fører tilsyn for arbeidsgiveres overholdelse av lønns- og arbeidsvilkår etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår og forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett. I veiledningen til forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett § 6 om påseplikten fremgår følgende om dette:

"I henhold til allmenngjøringsloven § 8 første og andre ledd skal Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet føre tilsyn med at påseplikten etterleves. Dersom det avdekkes brudd, vil etatene kunne ta i bruk sine ordinære virkemidler, det vil si pålegg, tvangsmulkt og stansing.

Som nevnt innebærer ikke påseplikten at oppdragsgiver skal overta arbeidsgivers ansvar for å sørge for at arbeidstakere har lønns- og arbeidsvilkår etter allmenngjøringsforskrifter. Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet skal fortsatt føre tilsyn med at arbeidsgiver følger opp dette ansvaret. Plikten strekker seg heller ikke så langt som til å gå inn i underleverandørers virksomhet for å «etterforske» hva som er de reelle forhold ved mistanke om for eksempel doble sett kontrakter eller lignende. Disse grensdragningene innebærer blant annet at det vil kunne tenkes tilfeller der tilsynsetatene avdekker brudd på allmenngjøringsforskrifter, men uten at det samtidig kan konstateres brudd på påseplikten."⁷⁴

⁷³ Anskaffelsesforskriftens bestemmelser knyttet til skatte- og avgiftsforhold er nærmere beskrevet i punkt 6.2.

⁷⁴ https://lovdata.no/pro/#document/SF/forskrift/2008-02-22-166/KAPITTEL_6-6 og <https://www.arbeidstilsynet.no/regelverk/forskrifter/forskrift-om-informasjons-og-paseplikt-mv/6/177/>

Det forutsettes her at tilsynsmyndighetene skal føre tilsyn og at øvrige aktører som er underlagt en forskriftsfestet kontrollplikt ikke skal opptre som etterforskere.

Med et krav om at oppdragsgivere kan innhente A-melding gir man oppdragsgivere en slags kontrollfunksjon som ikke er tillagt dem verken i lov eller forskrift. Bestemmelsen innebærer i praksis at enhver oppdragsgiver som gjennomfører en bygge- og anleggsanskaffelse, også skal påta seg en rolle som ellers tilligger skattemyndighetene.

Vår vurdering er samlet sett at oppdragsgivers rett til å kreve A-meldinger må anses som et uforholdsmessig krav i strid med LOA § 4.

Slik kravet er formulert har det heller ikke tilstrekkelig tilknytning til kontrakten. Oppdragsgiver kan etter bestemmelsens ordlyd be om A-melding fra leverandøren eller underleverandørens ansatte, uavhengig om den enkelte utfører arbeid under kontrakten eller ikke.

Selv om det forutsettes at kravet begrenses til kun å gjelde ansatte som utfører arbeider under kontrakten, er det fremdeles tvilsomt om tilknytningskravet er oppfylt. Kravet oppstiller en generell regel om at oppdragsgiver kan kreve kopi av A-melding, helt uavhengig av utførelsen av kontraktsarbeidene eller konkrete forhold hos leverandøren eller underleverandørene. Kravet fremstår dermed som et generelt og abstrakt krav, noe EU-domstolen slo ned på i sak C-63/18. Selv om krav om dokumentasjon om A-melding ikke er fullt ut sammenlignbart med begrensninger i bruken av underleverandører, gjør de samme prinsipper seg gjeldende også her.

Vår vurdering er derfor at kravet antagelig ikke har tilstrekkelig tilknytning til leveransen jf. LOA § 5 (2) og FOA § 19-1 (1).

Siden kravet er uforholdsmessig og uten tilstrekkelig tilknytning til leveransen, er bestemmelsens siste avsnitt om at alle øvrige avtaler leverandøren inngår også ulovlig.

6.13.3 Konklusjon

Kontraktsbestemmelsen er ulovlig fra et personvernrettslig og anskaffelsesrettslig perspektiv.

6.14 Punkt 14: Forbud mot manglende respekt for fagorganisering og kollektive forhandlinger (ILOs kjernekonvensjoner 87 og 98)

6.14.1 Bestemmelse

Det følger av seriøsitetsbestemmelsene punkt 14 "**Forbud mot manglende respekt for fagorganisering og kollektive forhandlinger (ILOs kjernekonvensjoner 87 og 89)**" at:

"Arbeidstakere og arbeidsgivere har rett til å danne, eller slutte seg til de organisasjoner de selv måtte ønske, og til å drive kollektive forhandlinger og dele innholdet.

All aktivitet i forhold til denne organiseringen skal skje helt uten represalier eller andre former for forulemping for deltakerne.

Arbeidsgiver må på ingen måte hindre arenaer for møter og kollektive forhandlinger.

Der organisasjonsfriheten og retten til kollektive lønnsforhandlinger er begrenset ved nasjonal lov, skal arbeidsgiver legge til rette for, og ikke hindre, parallelle mekanismer til fri og uavhengige organisering og forhandling.

Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser."

Bestemmelsen er ny i sin helhet.

6.14.2 Vurdering av bestemmelsen og konklusjon

Seriøsitetsbestemmelsen angir arbeidstakeres rett til organisasjonsfrihet, og er i samsvar med den rett som følger av norsk lov.

Det er forutsatt i fortalet til anskaffelsesdirektivet avsnitt 98 at det er lov til å oppstille "Contract performance conditions" for å "comply in substance with fundamental International Labour Organisation (ILO) Conventions"

Anskaffelsesforskriften inneholder også avvisningsbestemmelser knyttet til manglende overholdelse av ILO-konvensjonene, jf. FOA § 24-8 (1) bokstav c (avvisningsplikt pga. unormalt lavt tilbud) og annet ledd bokstav c (avvisningsrett som følge av at tilbudet ikke oppfyller bestemmelser om arbeidsforhold og sosiale forhold i ILO-konvensjonene opplistet i forskriftens vedlegg 5), samt FOA § 24-2 (3) bokstav c (avvisningsrett som følge av alvorlige eller gjentatte brudd på ILO-konvensjonene).

Det er videre lagt til grunn i juridisk teori at lovlige "sosiale" kontraktskrav er krav om at leverandører skal respektere ILOs kjernekonvensjoner, blant annet retten til fagorganisering og kollektive forhandlinger.⁷⁵

Ettersom bestemmelsen er i samsvar med bakgrunnsretten kan vi ikke se at dette kravet er i strid med de grunnleggende prinsippene i LOA § 4 eller tilknytningskravet i LOA § 5 (2) og FOA § 19-1(1). I lys av dette kan det samtidig diskuteres om bestemmelsen er nødvendig, men som nevnt anser vi uansett bestemmelsen som lovlig.

6.15 Punkt 15: Mislighold av kontraktsforpliktelser – konsekvenser for senere konkurranser

6.15.1 Bestemmelse

Det følger av seriøsitetsbestemmelsene punkt 15 at "Mislighold av kontraktsforpliktelser – konsekvenser for senere konkurranser" at:

"Brudd på pliktene i denne kontrakten vil bli nedtegnet og kan få betydning i senere konkurranser, enten i kvalifikasjons- eller tildelingsomgangen i overensstemmelse med regelverket for offentlige anskaffelser. Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser."

Det er ikke foreslått endringer i denne bestemmelsen.

6.15.2 Vurdering av bestemmelsen og konklusjon

Bestemmelsen legger opp til at brudd på seriøsitetsbestemmelsene kan få betydning for senere konkurranser, enten i kvalifikasjons- eller tildelingsomgangen.

Vi forstår bestemmelsen slik at manglende overholdelse av kravene i kontrakten kan lede til at leverandøren kan avvises i fremtidige konkurranser.

Avvisningsreglene som gjelder forhold ved leverandøren er inntatt i FOA § 24-2. Denne bestemmelsen angir forhold der oppdragsgiver har en avvisningsplikt- og rett. Flere av bestemmelsene kan etter omstendighetene være anvendelige dersom leverandøren har brutt sine kontraktsforpliktelser i forutgående kontrakter.

Seriøsitetsbestemmelsen angir at betydningen for senere konkurranser skal være "i overensstemmelse med regelverket for offentlige anskaffelser", noe som innebærer at bestemmelsen ikke kan gå lenger enn det som følger av anskaffelsesreglene.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om bestemmelsen har nødvendig tilknytning til leveransen. Bestemmelsen gjelder kontraktsbrudd i tilknytning til leveransen, men det materielle innholdet i bestemmelsen knytter seg til fremtidige konkurranser. Det fremstår derfor etter vårt syn usikkert om kravet har den nødvendige tilknytningen. Ettersom kravet uansett skal praktiseres i medhold av anskaffelsesregelverket i senere konkurranser, så tilsier dette imidlertid at kravet ikke vil gå utover leverandørene i større grad enn rammene som følger av anskaffelsesforskriften.

Det kan også stilles spørsmål ved om bestemmelsen er hensiktsmessig og nødvendig, ettersom den kun henviser til det som følger av anskaffelsesreglene. Hvorvidt en bestemmelse er hensiktsmessig er imidlertid ikke en del av vår vurdering, og vi går derfor ikke nærmere inn på dette.

⁷⁵ Bla. Dragsten s. 414

Når det gjelder bestemmelsens siste del om at tilsvarende bestemmelse skal inntas i alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeidene under kontrakten, er vår vurdering at bestemmelsen antagelig vil kunne omfatte underleverandører. Det er imidlertid vanskelig å se at det er proporsjonalt at en slik bestemmelse skal inntas i en avtale med en leverandør som ikke direkte medvirker til å oppfylle kontrakten med oppdragsgiver. Etter anskaffelsesreglene er det kontraktsbrudd i kontrakten mellom leverandør og oppdragsgiver som kan få betydning i senere konkurranser. Bestemmelsen utvider dermed isolert sett dette, men samtidig må begrensingen "*i overensstemmelse med anskaffelsesreglene*" gjelde også her.

Bestemmelsens rekkevidde er for øvrig også noe uklar, og det bør etter vårt syn presiseres hva som ligger i begrepet "*Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten*"

Vår konklusjon er følgelig at bestemmelsen antagelig ikke er ulovlig, men at siste setning bør klargjøres.

6.16 Punkt 16: Revisjon

6.16.1 Bestemmelse

Det følger av seriøsitetsbestemmelsene punkt 16 "**Revisjon**" at:

"Byggherren, eller ekstern revisor engasjert av byggherren, kan gjennomføre revisjon hos leverandøren og eventuelle underleverandører i perioden fra kontraktsinngåelse til slutfaktura er betalt for å undersøke om kontraktens krav blir oppfylt. Denne adgangen omfatter også revisjon gjennom StartBANK og evt. HMSREG, og kontrakter og dokumentasjon i underliggende ledd. Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser."

Det er ikke foreslått endringer i denne bestemmelsen.

6.16.2 Vurdering av bestemmelsen og konklusjon

Etter vår vurdering er en revisjonsrett isolert sett uproblematisk fra et anskaffelsesrettslig perspektiv.

Bestemmelsen kan synes å omfatte stedlig revisjon ettersom oppdragsgiver eller ekstern revisjon kan gjennomføre revisjon "*hos*" leverandøren eller underleverandører. Det er ikke avklart om det er leverandøren eller oppdragsgiver som bærer kostnadene for en slik stedlig revisjon. Etter vårt syn vil en så bred revisjonsrett kunne være uforholdsmessig dersom det ikke foreligger noen mistanke om at leverandøren ikke oppfylder sine forpliktelser etter kontrakten. En stedlig revisjon hos leverandøren er relativt inngripende og kan påvirke fremdriften i utførelsen av arbeidene. Dersom det ikke foreligger noen mistanker om brudd på spesifikke kontraktsbestemmelser, og leverandøren ellers har opptrådt kontraktsmessig, så vil en ubetinget revisjonsadgang for oppdragsgiver etter vårt syn være uforholdsmessig.

For å sikre at bestemmelsen oppfylder kravet til forholdsmessighet bør bestemmelsen enten presiseres til å gi rett til stedlig revisjon ved begrunnet mistanke om kontraktsbrudd. Alternativt kan det tas inn i bestemmelsen at oppdragsgiver i første omgang kan kreve dokumentasjon på at det aktuelle kravet oppfylles. Dersom dette ikke gir oppdragsgiver fyllestgjørende svar, så kan oppdragsgiver foreta revisjon "*hos*" leverandøren.

Revisjonsadgangen "*hos*" er begrenset til leverandøren og eventuelle underleverandører. At denne delen av kontraktsbestemmelsen skal videreføres i alle avtalene leverandøren inngår for utføring av arbeid under kontrakten, pålegger derfor leverandøren en plikt uten materiell substans, noe som etter vårt syn må anses uforholdsmessig. Leverandørens plikt til å videreføre kontraktsbestemmelser bør begrenses til situasjoner som er aktuelle i det enkelte avtaleforholdet mellom hovedentreprenøren og den andre leverandøren.

Siste setning om videreføring av bestemmelsen bør derfor skille mellom avtaler med underleverandører og øvrige leverandører "*i underliggende ledd*" der oppdragsgiver kun kan kreve "*kontrakter og dokumentasjon*".

Vår konklusjon er at revisjonsretten isolert sett er lovlig. For å sikre oppfyllelse av kravet til forholdsmessighet bør revisjon "*hos*" leverandøren presiseres til å gjelde situasjonen der det foreligger begrunnet mistanke om kontraktsbrudd eller der leverandøren ikke har inngitt dokumentasjon som viser kontraktsmessig oppfyllelse av de aktuelle kontraktskrav.

Siste setning i bestemmelsen bør også presiseres i tråd med det som er skissert over for å oppfylle forholdsmessighetskravet i LOA § 4.

6.17 Summen av tiltak

Vi vil avslutningsvis knytte noen kommentarer til summen av tiltak som seriøsitetsbestemmelsene pålegger aktørene i bygge- og anleggsbransjen.

Seriøsitetsbestemmelsene består av 16 kontraktsbestemmelser som ønskes innført som en nasjonal standard for bygge- og anleggsnæringen. Etter hva vi forstår er hensikten at de skal inntas i alle bygge- og anleggskontrakter offentlige oppdragsgivere gjennomfører.

Dette innebærer at bestemmelsene i utgangspunktet skal gjelde uavhengig av anskaffelsens verdi og omfang, og uavhengig av oppdragsgivers kapasitet til å følge opp kontraktsbestemmelsene.

Det er etter vårt syn klart at oppfølgingen for mindre kommuner kan være langt mer ressurskrevende enn for større oppdragsgivere som har store organisasjoner med god kapasitet til å følge opp leverandørene. Dette er primært et kapasitetsspørsmål, som det faller utenfor rammene for utredningene å vurdere nærmere. Fra et anskaffelsesrettslig perspektiv må det imidlertid understrekes at manglende oppfyllelse av slike kontraktsbestemmelser vil kunne lede til regelbrudd. Som nevnt over vil manglende sanksjonering av seriøsitetsbestemmelser kunne anses som vesentlige endringer i kontrakten, og oppdragsgiver må derfor følge opp samtlige bestemmelser for å sikre overholdelse av anskaffelsesregelverket. Det kan derfor stilles spørsmål ved om det for de mindre kontraktene bør settes en grense for hvor omfattende seriøsitetsbestemmelsene bør være i lys av oppfølgingsansvaret den enkelte oppdragsgiver må forholde seg til dersom samtlige seriøsitetsbestemmelser skal anvendes.

Det er også grunn til å stille spørsmål ved om seriøsitetsbestemmelsene totalt sett kan virke konkurransebegrensende i mindre kontrakter. Store leverandører vil etter vårt syn ha bedre grunnlag for å oppfylle seriøsitetsbestemmelsene i forhold til mindre leverandører. Store leverandører vil kunne ha kapasitet til å rigge organisasjonen av selskapet gjennom rutiner og systemer på en måte som gjør det enklere og mindre ressurskrevende for dem å oppfylle seriøsitetsbestemmelsene i den enkelte kontrakt. Dette kan stille seg annerledes for leverandører med få ansatte som ikke kapasitet eller økonomisk bæreevne til å rigge organisasjonen sin på samme måte. For kontrakter med begrenset verdi kan det derfor tenkes at mindre leverandører med få ansatte og relativt sett små ressurser vil avstå fra å delta i konkurransen ettersom de administrative kostnadene ved å følge opp samtlige seriøsitetsbestemmelser blir så store at de ikke vil være konkurransedyktige.

Det kan derfor tenkes at summen av tiltak seriøsitetsbestemmelsene pålegger den enkelte leverandør vil kunne være konkurransebegrensende og uforholdsmessig i enkelte kontrakter.

Noe av det samme vil også kunne gjelde for utenlandske leverandører. Selv om bestemmelsene (med de justeringer som er drøftet over) hver for seg skulle være akseptable, kan summen av krav virke diskriminerende. Dette gjelder også særlig ved mindre kontrakter.

Det bør etter vårt syn derfor vurderes nærmere om det skal legges opp til at seriøsitetsbestemmelsene skal gjelde generelt, eller om det bør utformes retningslinjer for når seriøsitetsbestemmelsene skal gjelde, og i så fall i hvilket omfang. Disse retningslinjene bør ta høyde for anskaffelsens størrelse og om anskaffelsens karakter tilsier bruk av samtlige seriøsitetsbestemmelser.

Kontakt

Morten Goller

m: 958 56 428

mgo@wiersholm.no

Hovedteamet bak rapporten:

Advokat Morten Goller arbeider med tvisteløsning, inkludert prosedyre og forhandlinger, i anskaffelsesrett, konkurranserett, kontraktsrett og entrepriser, og skatterett. Han bistår også norske og utenlandske klienter med rådgivning i statsstøtterett og konkurranserett og har særlig kompetanse på regelverket for offentlige anskaffelser. Goller arbeidet tidligere hos Regjeringsadvokaten og har vært nemndsmedlem i Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Han har møterett for Høyesterett og prosederer jevnlig saker for domstolene. Goller har også erfaring fra internasjonal voldgift og fra EFTA-domstolen. Han er rangert som Norges fremste ekspert på anskaffelsesrett og en ledende advokat på sivilrettslig prosedyre i Finansavisens årlige advokatundersøkelse. Han er rangert som en av Norges ledende advokater i anskaffelsesrett, konkurranserett, prosedyre og tvisteløsning av de anerkjente rankingbyråene Chambers and Partners og Legal 500.

Advokat Oda H. Ekre jobber hovedsakelig med offentlige anskaffelser, kontraktsrett, tvisteløsning og prosedyre, med særlig vekt på offentlige anskaffelser. Ekre har svært bred erfaring med å bistå leverandører og oppdragsgivere i anskaffelsesprosesser, og har særlig kompetanse på anskaffelsesrettslig tvisteløsning. Ekre er en mye brukt foredragsholder og holder årlig en rekke foredrag og kurs i anskaffelsesrett.

Advokat Beate Gulbrandsen jobber hovedsakelig med offentlige anskaffelser, statsstøtte og konkurranserett. Gulbrandsen har opparbeidet seg inngående kjennskap til regelverket om offentlige anskaffelser gjennom sitt arbeid som førstekonsulent i sekretariatet til Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Gulbrandsen bistår jevnlig oppdragsgivere og leverandører i alle faser av anskaffelsesprosessen, og skriver jevnlig juridiske vurderinger av ulike problemstillinger knyttet til anskaffelsesreglene.



Wiersholm

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 overenstemmelse 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 bevegelighet 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 bevegelighet 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 minstelønsbestemmelser (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 ulemperne 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-statenes 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 element 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

NOTAT

Til Hordaland fylkeskommune v/Ingrid Kristine Holm Svendsen

Kopi til

Fra Advokatfirmaet Thommessen v/Lars Kokkin Christiansen

Dato 9. april 2017

Ansvarlig advokat: Lars Kokkin Christiansen

VURDERING AV KRAV OM TARIFFAVTALE HOS LEVERANDØR

1 INNLEDNING OG HOVEDSYNSPUNKTER

Vi er av Hordaland fylkeskommune bedt om å vurdere beslutning i fylkestinget med pålegg om at fylkeskommunale leverandører må være tilsluttet norsk landsdekkende tariffavtale.

Etter vårt syn vil et krav om tilslutning til en norsk landsdekkende tariffavtale mest nærliggende være uforenlig med reglene om de fire friheter EØS-avtalen, særlig reglene fri utveksling av tjenesteytelser i EØS-avtalen artikkel 36.

Etter vårt syn vil krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale også mest nærliggende være i strid med kravet om likebehandling i regelverket om offentlige anskaffelser.

Beslutningen i fylkestinget synes i liten grad å innebære at leverandørens arbeidstakere tilordnes rettigheter utover det som allerede følger av det eksisterende forskriftsverket. Dersom målsettingen er å sikre arbeidstakere rettigheter utover det som følger av dagens forskriftsverk, kan det være hensiktsmessig å klargjøre dette i større grad enn hva som er tilfellet i det foreliggende pålegget.

Etter vårt syn er det altså flere mulige utfordringer forbundet med å implementere den foreliggende beslutningen i fylkeskommunens innkjøpstrategi. Dette kan tilsi at det bør gjøres en ny vurdering av hva man ønsker å oppnå med beslutningen, og hvordan denne målsettingen best kan realiseres.

I det videre skal vi kort redegjøre nærmere for de faktiske og rettslige premisser som ligger til grunn for ovennevnte hovedsynspunkt.

2 BAKGRUNN

2.1 Innledning

Vi har fått opplyst i e-post av 23. mars 2017 at fylkestinget har gitt følgende pålegg til administrasjonen i fylkeskommunen:

"Hordaland fylkesting går inn for at hovedregelen ved fylkeskommunale innkjøp/oppdrag er at det blir stilt krav om at det ligg føre norsk landsdekkende tariffavtale"

Den mest nærliggende forståelsen må være at beslutningen innebærer et krav om at leverandøren må være tilsluttet en landsdekkende norsk tariffavtale på det aktuelle fagområdet.

Beslutningen reiser imidlertid også ulike tolkningsspørsmål, både i arbeidsrettslig og anskaffelsesrettslig henseende. Vi har imidlertid ikke funnet det påkrevd å behandle disse i full bredde her. Hovedspørsmålet i det videre vil være hvorvidt et krav i fylkeskommunale konkurransegrunnlag om at leverandøren må være tilsluttet en landsdekkende norsk tariffavtale på det aktuelle fagområdet, kan være rettsstridig.

2.2 Tariffavtaler

En **tariffavtale** er en [avtale](#) mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold. Tariffavtaler (som oftest bestående av [hovedavtale](#) og [overenskomst](#)) gjelder som utgangspunkt kun på arbeidsplasser der en gruppe arbeidstakere er [organisert](#) og bedriften har gått med på å skrive under på tariffavtale.

Allmenngjorte tariffavtaler er en avtale om lønns- og arbeidsvilkår som gjelder for alle som utfører arbeid innen det spesifikke området, selv om man ikke er en del av avtalen. Allmenngjøring av tariffavtaler er et av flere virkemidler for å hindre at utenlandsk arbeidskraft får dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn det som er vanlig i Norge.

2.3 Almennelige anskaffelsesrettslige krav til lønns- og arbeidsvilkår

Regelverket om offentlige anskaffelser regulerer hvordan offentlige oppdragsgivere kan stille krav til hvilke lønns- og arbeidsvilkår som kan benyttes av leverandører i offentlige kontrakter.

2.3.1 Lov om offentlige anskaffelser

Lov om offentlige anskaffelser § 6 lyder som følger:

"Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Departementet kan i forskrift pålegge statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta inn klausuler i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende forskrifter om allmenngjorte tariffavtaler eller landsomfattende tariffavtaler for de aktuelle bransjene.

Departementet kan i forskrift pålegge oppdragsgivere å føre tilsyn med at klausulene blir overholdt, og å iverksette tiltak overfor leverandøren ved manglende overholdelse av klausulene."

Departementet har benyttet denne hjemmelen til å fastsette forskrift av 8. februar 2008 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter ("**forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter**"). Forskriftens forhold til EØS-avtalens bestemmelser om fri flyt av tjenester har tidligere blitt behandlet av ESA som kom til at forskriften ikke var i strid med EØS-avtalens bestemmelser, jf. brev til Arbeidsdepartementet av 21. desember 2012, vedlagt beslutningen av 19. desember 2012 (Case No: 64849, Event No: 653338, Dec. No: 510/12/COL).

Vi legger dette til grunn som premiss for våre videre vurderinger.

2.3.2 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

(i) Forskriftens anvendelsesområde - § 4

Etter forskriften § 4 får den anvendelse på

"...tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1,1 million kroner ekskl. mva. for statlige myndigheter og 1,75 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgivere"

Forskriftens får ikke anvendelse på varekontrakter. Begrunnelsen for dette må antas å være disse normalt er lite arbeidsintensive.

Tjenestekontrakter under terskelverdiene, dvs. tjenestekontrakter som utelukkende er omfattet av de nasjonale reglene i anskaffelsesforskriften del II, faller også utenfor utenfor.

Bygge- og anleggskontrakter opptil 44 millioner kroner eks mva er utelukkende underlagt nasjonale anskaffelsesregler. De aller fleste bygge- og anleggskontraktene er derfor omfattet av forskriftens anvendelsesområde, også de som utelukkende er underlagt det nasjonale anskaffelsesregelverket.

(ii) Forskriftens krav til klausuler om lønns- og arbeidsvilkår - § 5

"Krav til kontraktsklausul om lønns- og arbeidsvilkår:

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. Med lønns- og arbeidsvilkår menes i denne sammenheng 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."

Forskriften er altså utformet som et pålegg til oppdragsgiver om at kontrakten mellom oppdragsgiver og leverandøren må stille krav til de arbeidsavtaler som leverandøren inngår med sine ansatte og underleverandører.

Lov om offentlige anskaffelser § 6 eller forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, kan neppe tolkes slik at de legger et forbud mot at den enkelte oppdragsgiver også stiller ytterligere krav til leverandørens arbeidskontrakter. Slike krav vil imidlertid uansett måtte uformes innenfor de øvrige rettslige skranker som måtte foreligge, se punkt 3 nedenfor.

3 VURDERINGER

3.1 Forholdet til EØS-retten og anskaffelsesregelverket

3.1.1 Innledning

Som vist ovenfor stiller forskriften om lønns- og arbeidsvilkår et alminnelig krav om at oppdragsgiver skal stille krav om at leverandøren benytter tariffestede vilkår. Fylkestinget synes å ha truffet et pålegg om at fylkeskommunens leverandører også må slutte seg til landsdekkende tariffavtale.

Anskaffelsesforskriften inneholder for så vidt intet formelt og spesifikt forbud mot å stille krav til leverandøren om slike kontraktvilkår. Eventuelle anskaffelsesrettslige skranker må derfor identifiseres med utgangspunkt i de generelle kravene i lov om offentlige anskaffelser § 4, særlig kravet om likebehandling som fortolket i lys av prinsippet om ikke-diskriminering i EØS-avtalen artikkel 4.

Videre vil EØS-avtalens bestemmelser om de fire friheter kunne stenge for et slik krav jf. særlig krav om fri fly av tjenester i EØS-avtalen artikkel 36.

3.1.2 Kravet om likebehandling jf. kravet om ikke diskriminering i EØS-avtalen artikkel 4

Et krav om tilslutning til en tariffavtale kan formelt sett sies å gjelde på lik linje for innenlandske og utenlandske tilbydere. Slik sett foreligger det ingen formell forskjellsbehandling. Forbudet mot diskriminering mellom nasjonale og utenlandske aktører har imidlertid etter rettspraksis også en reell dimensjon som innebærer at det må foreligge en saklig og forholdsmessig begrunnelse for tiltak som i realiteten innebærer en favorisering av lokale eller nasjonale leverandører.

Et krav om tilslutning til tariffavtale vil selvsagt innebære en risiko for forskjellsbehandling i den forstand at det typisk oppstår en tilleggs kostnad og ulempe for utenlandske leverandører og norske leverandører som ikke er tilsluttet den aktuelle tariffavtalen. I mange tilfeller vil det antagelig kunne oppstå praktiske og rettslige utfordringer for utenlandske leverandører ved mulig tilslutning til en norsk tariffavtale, og slike avtaler vil også kunne stille mer vidtrekkende krav til lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, i alle fall der man er utenfor området som er dekket av allmenngjorte tariffavtaler.

Det synes vanskelig å se hvordan man kan begrunne et krav om tilslutning til tariffavtale på en saklig og forholdsmessig måte, og det er etter vårt syn mest nærliggende å konkludere med at et slik krav vil bli vurdert som rettsstridig.

3.1.3 EØS-avtalens artikkel 36

EØS-avtalen artikkel 36 lyder:

"Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen 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 tjenesteytelsens mottager"

Et krav fra fylkeskommunen om at leverandører må være tilsluttet landsdekkende tariffavtale, vil nærliggende innebære en *restriksjon* i bestemmelsens forstand.

I sak C-341/05 (Laval) vurderte EU-domstolen adgangen for svenske fagforeninger til å iverksette kollektive tiltak som kunne tvinge virksomheter hjemhørende i andre medlemsstater til å tiltre kollektivavtaler (tariffavtaler) der virksomhetene ytte tjenester i Sverige. Der tariffavtalene stilte minstekravene til arbeidsvilkår som gikk utover den lovfestede minimumsreguleringen samt

omfattet andre typer av vilkår enn de som reguleres i utsendingsdirektivets (direktiv 96/67) artikkel 3 (1), utgjorde dette en restriksjon i strid med reglene om fri bevegelighet av tjenester. Dette taler for at et fylkeskommunalt krav om tilslutning til landsdekkende norsk tariffavtale også vil bli vurdert som en restriksjon i EØS-avtalens forstand.

Det fremstår ikke sannsynlig at et krav om tilslutning til landsdekkende norsk tariffavtale vil kunne bli vurdert som et egnet og forholdsmessig tiltak for å beskytte arbeidstakeres rettigheter utover det vern de uansett nyter etter den norske rett jf. forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Etter vårt syn er det med andre nærliggende å legge til grunn at et krav om tilslutning til også vil bli vurdert som uforenlig med EØS-avtalen artikkel 36.

3.2 Forholdet til organisasjonsfriheten

En ytterligere problemstilling er foreholdet til organisasjonsfriheten slik den fremgår i EMK artikkel 11 og Grunnloven § 101. Problemstilling er relevant uavhengig av om virksomheten er norsk eller utenlandsk.

EMK artikkel 11 regulerer etter sin egen ordlyd bare retten til å være organisert, altså den såkalte positive organisasjonsfriheten. Etter rettspraksis omfatter dette også retten til være tilsluttet fagforeninger. Etter rettspraksis omfatter imidlertid rettighetene etter EMK artikkel 11 også den såkalte negative organisasjonsfriheten, altså retten til ikke å være organisert, derunder retten til ikke å del av en fagforening, se *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* (2006-I; 46 EHHR 572 GC).

Den europeiske menneskerettighetsdomstol ("**EMD**") har i ulike sammenhenger tolket bestemmelser i EMD til også omfatte vern av juridiske personer. Det er imidlertid uklart i hvilken utstrekning juridiske personer kan påberope seg rettigheter etter EMK artikkel 11 (jf. "everyone"), og det finnes ikke klare holdepunkter for å legge til grunn at juridiske personer vil ha et vern i den konteksten vi vurderer her. Etter vårt syn blir det derfor høyst usikkert om et krav om tilslutning til landsdekkende norsk tariffavtale vil være i strid med organisasjonsfriheten slik denne er beskyttet av EMK artikkel 11. Gitt konklusjonene og synspunktene i punkt 3.1 ovenfor, har vi heller ikke funnet grunn til å behandle dette spørsmålet i større detalj. Tilsvarende ha vi heller ikke funnet grunn til å gå nærmere inn på den mulige beskyttelse som måtte følge av Grunnloven § 101.

