

## KAPITTEL 7

# Adgangen til å ivareta sideformål som arbeidsforhold og sosiale forhold etter anskaffelsesreglene

*Morten Goller*

Advokatfirmaet Wiersholm AS

*Oda H. Ekre*

Advokatfirmaet Wiersholm AS

*Beate Gulbrandsen*

Advokatfirmaet Wiersholm AS

**Abstract:** It follows from the Norwegian Procurement Act section 5 that contracting authorities shall take appropriate measures to ensure that public contracts are performed in accordance with horizontal policies such as social rights and labour rights. The article analyses the scope for contracting authorities' possibility to set out such requirements pursuant to the public procurement rules, with particular emphasis on contractual requirements.

The article also analyses three typical examples of such contract provisions, i.e. requirements for the use of apprentices, requirements for the use of permanent employees and the use of subcontractors.

Pursuant to the applicable sources of law, the contracting authorities have a broad discretion to set out contract provisions regarding social and labour rights. Such provisions must however be linked to the subject matter of the contract. This implies that the provisions must relate to the work undertaken for the specific contract. The provisions cannot relate to the supplier's general business operation. The requirements must also comply with the fundamental principles set out in the Norwegian Procurement Act section 4.

**Keywords:** public procurements, horizontal policies, social rights, labour rights, contractual requirements

Sitering av denne artikkelen: Goller, M., Ekre, O. H. & Gulbrandsen, B. (2021). Adgangen til å ivareta sideformål som arbeidsforhold og sosiale forhold etter anskaffelsesreglene. I M. Langseth & J. O. Similä (Red.), *Å kjøpe for Norge* (Kap. 7, s. 147–191). Cappelen Damm Akademisk. <https://doi.org/10.23865/noasp.128.ch7>

Lisens: CC-BY 4.0.

# 1 Introduksjon<sup>1</sup>

Formålet bak det norske regelverket for offentlige anskaffelser er å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser og å sørge for at det offentlige opptrer med integritet, jf. anskaffelsesloven [LOA] § 1 (2016). Anskaffelsesreglene implementerer EUs anskaffelsesdirektiver. Formålet med direktivene er primært å bidra til å realisere de fire friheter også når det gjelder offentlige innkjøp. Dette må dermed også anses som et relevant formål etter de norske anskaffelsesreglene. For å realisere disse forskjellige formål er det gitt detaljerte regler som styrer tildelingen av offentlige kontrakter.

I Norge gjennomfører det offentlige hvert år anskaffelser til en verdi av over NOK 500 milliarder (Nærings- og fiskeridepartementet, u.å.). Dette representerer 16 % av BNP (Meld. St. 22 (2018–2019), punkt 2.1), og det er åpenbart fristende fra et politisk ståsted å kunne bruke disse midlene til å realisere andre samfunns mål enn de som følger direkte av anskaffelseslovens formålparagraf. Dette kan typisk gjelde sideformål som miljø, lønn og sosiale forhold, men også andre forhold som innovasjon og regionale hensyn. Problemstillingen i artikkelen er derfor hvilke begrensninger anskaffelsesreglene setter for å bruke offentlige innkjøp til å realisere sideformål. Vi vil se på de deler av anskaffelsesprosessen der sideformålene i størst grad reguleres, og hvilke rammer anskaffelsesregelverket konkret setter for å oppstille krav der sideformålene realiseres.

Ønsket om å bruke offentlige anskaffelser for å realisere slike formål er reflektert i anskaffelsesreglene, og kommer også ofte til uttrykk i konkurransegrunnlag utarbeidet av oppdragsgivere. Dette kan være i form av mer individuelle ønsker hos en enkelt oppdragsgiver, eller i samarbeid på tvers av forskjellige organisasjoner. Et eksempel på det siste er at Kommunesektorens organisasjon, Fellesforbundet, Byggenæringens

---

<sup>1</sup> Denne artikkelen er basert på utredningen *Vurdering av seriositetsbestemmelser* (Advokatfirmaet Wiersholm, 2020) som forfatterne har skrevet for Kommunesektorens organisasjon (KS), og som også ble finansiert av KS. Utredningen er datert 22. januar 2020, og omhandler en juridisk vurdering av seriositetsbestemmelsene i byggenæringen. Teksten i artikkelens punkt 2, 3.2, 3.3., 4 (med underpunkter), 5 (med underpunkter) og 6 er direkte hentet fra rapporten, med enkelte bearbejdelser. Teksten er gjengitt med tillatelse. Hele rapporten kan leses her: <https://www.ks.no/globalassets/fagomrader/forskning-og-utvikling/nyhetssaker/Juridisk-vurdering-av-seriositetsbestemmelser.PDF>

Landsforening og Direktoratet for forvaltning og IKT i november 2015 ble enige om å anbefale en rekke kontraktbestemmelser for å fremme seriøsitet i byggenæringen (seriøsitetsbestemmelsene). Tilsvarende kontraktsvilkår er implementert av Oslo kommune i den såkalte Oslomodellen (Oslo kommune, u.å.) og av forskjellige kommuner i Grenlandsområdet gjennom Skiensmodellen (Skien kommune, u.å.).

Offentlige anskaffelser gjennomføres svært desentralisert i Norge, og det er et høyt antall anskaffelser hvert år. Det er over 3000 oppdragsgivere som gjennomfører innkjøp etter anskaffelsesreglene, og disse oppdragsgiverne publiserer til sammen ca. 16 750 kunngjøringer i året (Meld. St. 22 (2018–2019), punkt 3.4; Nærings- og fiskeridepartementet, 2019).

Anskaffelsesreglene oppfattes ofte som kompliserte og vanskelige å etterleve i praksis. Det kan diskuteres hvor kompliserte anskaffelsesreglene i seg selv egentlig er, og kompleksiteten vil også avhenge av hvordan konkurransen legges opp. Det er uansett utvilsomt at oppdragsgivere må foreta mange skjønsmessige vurderinger, og at disse ofte kan kompliseres av tvetydige og uklare tilbud. I tillegg er det klart at eventuelle utfordringer her forsterkes av den svært desentraliserte strukturen i anskaffelsene.

Brudd på anskaffelsesreglene kan lede til at konkurranser må avlyses, og eventuelt gjennomføres på nytt. Dette kan påføre både oppdragsgiver og tilbydere betydelige kostnader. Hvis oppdragsgiver har begått kvalifiserte brudd på anskaffelsesreglene, vil det også kunne være grunnlag for erstatningsansvar – enten for tilbudskostnadene eller for den forbigåtte tilbyderens tapte fortjeneste.<sup>2</sup>

Utfordringen med at et komplisert regelverk må etterleves av et svært høyt antall oppdragsgivere kan i utgangspunktet tilsi varsomhet med å gjøre anskaffelsesprosessene vanskeligere enn nødvendig. Som nevnt over har imidlertid både lovgiver og flere oppdragsgivere ønsket å bringe inn sideformål i anskaffelsesprosessene. Dette gjelder typisk verdier som miljø, menneskerettigheter og andre samfunnshensyn.

Det er ingen tvil at det kan være vanskelig å etterleve mange av sideformålene i anskaffelsesprosesser som primært er strukturert for å ivareta

---

2 De nærmere vilkår er nå særlig utpenslet i Fosen-Linjen-saken, HR-2019-1801-A.

rent økonomiske hensyn. Hvordan skal man for eksempel oppstille kvalifikasjonskrav eller tildelingskriterier som sikrer miljøhensyn, og hvordan skal brudd på forutsetninger i tilbudene håndheves i kontraktfasen? Dette er komplisert, og det gjøres i praksis feil i betydelig grad. Samtidig kan brudd på anskaffelsesreglene som nevnt lede til betydelig erstatningsansvar og omdømmetap for oppdragsgiver.

Utfordringene her skyldes i stor grad at anskaffelsesreglene ikke selv gir direkte svar på hvordan slike hensyn kan ivaretas, men at det primært er gjennom tolkning av grunnleggende EØS-rettslige prinsipper det er mulig å vurdere om et krav for å realisere et slikt formål er lovlig. Spørsmålet om hvilke begrensninger anskaffelsesreglene setter for å bruke offentlige innkjøp til å realisere sideformål, er i liten grad behandlet i norsk praksis og teori. På bakgrunn av den økte vektleggingen av sideformål i anskaffelsesprosesser, er det behov for å vurdere spørsmålet nærmere.

For fullstendighetens skyld nevnes det at også andre regelverk kan virke inn og begrense muligheten for å forfølge sideformål gjennom offentlige anskaffelser. Som eksempel kommer personvernregelverket til anvendelse ved behandling av personopplysninger. Særlig ved kontraktsskrav knyttet til ansattes lønns- og arbeidsvilkår kan det være behov for å få personopplysninger for å undersøke om kravene er oppfylt, herunder dokumentasjon på ansattnivå, for eksempel lønns slipper, A-melding mv. Dette reiser særlige spørsmål knyttet til personvernlovgivningen, som ikke drøftes i det følgende.

Innledningsvis skal det også avgrenses mot enkelte mer generelle EØS-rettslige spørsmål. Flere sideformål er forskriftsfestet gjennom forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter fra 2008 (Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, 2008). 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.<sup>3</sup> I Prop. 5 L (2012–2013) punkt 3.2 uttrykker Arbeidsdepartementet uenighet i at forskriften strider mot EØS-retten, og uttaler at endringer som ble gjort i forskriften i 2011 imøtekom de

---

3 En nærmere redegjørelse for sakens historikk følger bla annet av Weltzien, 2013, s. 174–177.

innvendinger ESA hadde. For ordens skyld presiseres det at den generelle lovligheten av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i et EØS-rettslig perspektiv ikke blir vurdert i det følgende.

Artikkelen tar utgangspunkt i bestemmelsene i LOA og forskrift om offentlige anskaffelser [FOA] (Anskaffelsesforskriften, 2016). Det vises for enkelthets skyld kun til bestemmelsene i FOA del III, men synspunktene vil som et utgangspunkt også gjelde for anskaffelser som er omfattet av del II og forsyningsforskriftens regler. Videre behandles kun hvilke begrensninger som gjelder i forhold til å oppstille kontraktsvilkår for å ivareta samfunnshensyn, da dette i praksis er de mest vanlige sidehensyn, og den vanligste måten å sikre slike.<sup>4</sup>

## 2 Nærmere om problemstillingen

Regelverket om offentlige anskaffelser pålegger oppdragsgivere å inngå kontrakter i medhold av detaljerte prosedyreregler. Reglene gjelder først og fremst gjennomføringen av konkurransene, herunder hvilke krav som kan stilles til leverandørenes kvalifikasjoner og hvilke tildelingskriterier som kan brukes for å utpeke det beste tilbudet i konkurransen.

Formålet med anskaffelsesregelverket er som nevnt å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. LOA § 1. Reglene skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, for å sikre allmennhetens tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Det norske regelverket er videre basert på EUs anskaffelsesdirektiver, og europeiske leverandører skal derfor kunne konkurrere på like vilkår om kontrakter over en viss verdi i Norge. Reglene skal bidra til å realisere EØS-rettens fire friheter. Som følge av dette gjelder enkelte grunnleggende, EØS-rettslige prinsipper ved gjennomføringen av anskaffelser. Dette er særlig prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet, jf. LOA § 4. Alle krav oppdragsgiver oppstiller i en anskaffelsesprosess og i kontrakten, må være i tråd med disse grunnleggende prinsippene.

---

4 Slik det fremgår av LOA § 5 kan slike formål ivaretas på «ulike trinn i anskaffelsesprosessene», dvs. særlig ved kvalifikasjonsvurderingen, tildeling og i kontrakt.

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 andre sektorer skal ivaretas og vektlegges i anskaffelsesprosessene. Dette gjelder blant annet miljø, menneskerettigheter, arbeidsforhold og sosiale forhold. Dette kommer til uttrykk i EUs anskaffelsesdirektiv (Anskaffelsesdirektivet, 2014) artikkel 18 og LOA § 5. Av Anskaffelsesdirektivet artikkel 18 (2) fremgår det at:

Member States shall take appropriate measures to ensure that in the performance of public contracts economic operators comply with applicable obligations in the fields of environmental, social and labour law established by Union law, national law, collective agreements or by the international environmental, social and labour law provisions listed in Annex X.

Bestemmelsen fastsetter følgelig at oppdragsgivere skal gjennomføre nødvendige tiltak for å sikre at leverandørene opptrer i tråd med forpliktelsene til miljø- og arbeidsforhold som er nevnt i Anskaffelsesdirektivets vedlegg.

I EU-domstolens sak C-395/18 fastslo EU-domstolen at reglene i artikkel 18 (2) i Anskaffelsesdirektivet skal likestilles med de øvrige grunnleggende prinsippene som likebehandling, gjennomsiktighet, proporsjonalitet mv. Prinsippet om å ivareta miljø- og arbeidsforhold i tråd med gjeldende lovgivning, er dermed også et sentralt prinsipp ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser.

Etter LOA § 5 er oppdragsgivere 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 av leverandører som ikke overholder sine forpliktelser knyttet til skatte- og avgiftsforhold, miljø og arbeidsforhold.

At oppdragsgiver i utgangspunktet har et vidt skjønn til å oppstille krav om sosiale forhold er anerkjent i forarbeidene, hvor det blant annet fremgår at «arbeidsforhold» og «sosiale forhold» ikke skal tolkes snevert

eller antitetisk. Avgjørende for om et krav kan stilles, er om regelverkets øvrige vilkår er oppfylt» (Prop. 51 L (2015–2016), kapittel 10, merknad til § 5).

Videre er det uttrykkelig fremhevet i forarbeidene at de nye direktivene utvider adgangen til å trekke inn sosiale forhold – selv om adgangen ikke er ubegrenset.

EU-kommisjonen og organisasjonen Social Platform fremholder i dokumentet *Public procurement for social process – A Social Platform guide to the EU Public Procurement Directive* (Social Platform, 2015, 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 kontraktvilkår som gjelder sosiale forhold og arbeidsforhold.

I relasjon til den tidligere bestemmelsen om kontraktvilkår i anskaffelsesloven skriver Dragsten (2013, s. 142) 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).

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) uttalte følgende i saken Dragsten viste til (sak 2007/109 premiss 84):

Klagenemnda vil i praksis normalt ikke etterprøve om oppdragsgivers kontraktvilkår 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.

Den sentrale begrensningen i adgangen til å forfølge sideformål av mer samfunnsmessig karakter ved kontraktsvilkår følger dermed av de grunnleggende prinsippene (som tidligere kom til uttrykk i anskaffelsesloven § 5 og nå fremgår av § 4).

Oppdragsgivere har således 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). Kravene må således ha en form for tilknytning til arbeidene som skal utføres under kontrakten. De 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.

I det følgende skal vi først se på forskjellen mellom kontraktsvilkår og kvalifikasjonskrav. Dette er viktig fordi kontraktsvilkår og kvalifikasjonskrav i praksis ofte anvendes noe om hverandre, på en måte som er i strid med anskaffelsesreglene. Vi vil deretter se nærmere på hvilke begrensninger som gjelder mht. å anvende offentlige anskaffelser for å ivareta spesifikke sektormål.

## **3 Forholdet mellom kvalifikasjonskrav og kontraktsvilkår**

### **3.1 Innledning**

Samfunnshensynene som er angitt i LOA § 5 forfølges i praksis både gjennom kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og kontraktsvilkår. Som eksempel kan det oppstilles kvalifikasjonskrav om at leverandørene er miljøsertifisert, det kan angis tildelingskriterier der miljøbelastning vektlegges, og det kan oppstilles kontraktsvilkår der brudd på avtalte miljøforutsetninger sanksjoneres.

En utfordring er at disse forskjellige måtene å ivareta sidehensyn på dels kan samvirke, og dels kan gli noe over i hverandre. I praksis synes



det særlig å være en viss usikkerhet når det gjelder forskjellen på kvalifikasjonskrav og kontraktsvilkår. Dette leder til sammenblanding og brudd på reglene, siden det ikke uten videre er slik at de samme krav kan oppstilles i disse to relasjonene. Videre er det i praksis oftest kontraktsvilkår som benyttes for å ivareta samfunnshensyn av mer politisk karakter, typisk gjennom Oslomodellen, Skiensmodellen mv. Innledningsvis er et derfor hensiktsmessig 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 (Nærings- og fiskeridepartementet, 2018, punkt 22.1). Kvalifikasjonskrav oppstilles for å sikre at leverandørene har den nødvendige evnen til å gjennomføre kontrakten, enten det gjelder organisatoriske, tekniske, faglige, økonomiske eller finansielle egenskaper (Nærings- og fiskeridepartementet, 2018, punkt 22.1).

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 (Nærings- og fiskeridepartementet, 2018, punkt 22.1).

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 veilederen til anskaffelsesregelverket at: «Det betyr at selve innholdet i kvalifikasjonskravet, så vel som kravet til dokumentasjon, må være proporsjonalt med anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet.» (2018, punkt 22.1)

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 leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner, og § 16-6 gjelder dokumentasjonskrav for leverandørenes 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 belyses gjennom dokumentasjonen nevnt i § 16-6. Dette innebærer at flere av kravene som anvendes i praksis, som for eksempel etter Skiensmodellen, neppe vil anses som lovlige kvalifikasjonskrav. Det er fordi dokumentasjon for oppfyllelse av slike krav ikke faller naturlig inn under et av alternativene i FOA § 16-6. Dette er typisk krav til ansettelsesforhold (ikke innleie), krav om lærlinger mv.

Reguleringen av kvalifikasjonskrav er mindre streng i anskaffelsesforskriftens del II og § 8-7, og inneholder ikke en uttømmende regulering slik del III gjør. Kravet til tilknytning og proporsjonalitet gjelder imidlertid også etter del II, og det å oppstille krav til lønns- og arbeidsvilkår mv. som kvalifikasjonskrav vil derfor kunne bryte med de grunnleggende prinsippene i LOA § 4. Dette vil også gjelde for del I anskaffelser.

### 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. For å kontrollere at kontraktsvilkårene faktisk vil kunne etterleves, er det imidlertid en klar fordel at oppdragsgiver etterspør dokumentasjon også for dette. Kontraktsvilkårene må uansett etterleves gjennom kontraktgjennomføringen, og eventuelle brudd må håndheves av oppdragsgiver.

I praksis synes kontraktsvilkår å være den viktigste, eller mest anvendte, måten for å håndheve sidehensyn gjennom anskaffelsesreglene. Vi skal derfor redegjøre nærmere for anskaffelsesregelverkets regulering av kontraktsvilkår i det følgende.

## 4 Anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper

### 4.1 Innledning - LOA § 5

Det er primært de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten som setter grenser for hvilke kontraktsvilkår som kan anvendes. Anskaffelsesloven og de grunnleggende prinsippene skal derfor gjennomgås i det følgende.

LOA § 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 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.

I forhold til begge ledd i bestemmelsen er det primært de grunnleggende prinsippene som setter grensene for hva oppdragsgiver kan søke

å ivareta av sidehensyn. Siden andre ledd er mer vidtfavnende enn første ledd, og dermed skaper ytterligere avgrensningsproblemer, fokuseres det på denne bestemmelsen i det følgende.

Bestemmelsens annet ledd er nærmere omtalt i forarbeidene til anskaffelsesloven (Prop. 51 L (2015–2016), kapittel 10, merknad til § 5). 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.

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.

Videre uttales følgende om handlingsrommet for ivaretagelse av miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold (Prop. 51 L (2015–2016), punkt 7.5.5.4):

Selv om handlingsrommet utvides, er det fortsatt klare rammer for hvordan slike hensyn kan ivaretas. Det fremgår uttrykkelig av lovbestemmelsen at kravene og kriteriene må ha en tilknytning til leveransen. I tillegg må oppdragsgiver

respektere de grunnleggende prinsippene som er nedfelt i lovforslaget § 4, det vil si prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet. Enkelte forskriftsbestemmelser vil også inneholde en mer detaljert regulering av når og hvordan slike hensyn kan trekkes inn.

Dette viser at utgangspunktet er at oppdragsgiver har en vid adgang til å 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.<sup>5</sup>

## 4.2 FOA § 19-1 – sosiale kontraktsvilkår

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 (Nærings- og fiskeridepartementet, 2015, punkt 2.6.3).

FOA § 19-1 bygger på den tilsvarende bestemmelsen i Anskaffelsesdirektivet 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.

Anskaffelsesdirektivets bestemmelse om kontraktsbestemmelser viser direkte til artikkel 67 (3), som gjelder tilknytningskravet for

<sup>5</sup> Tilknytningskravet vurderes nærmere i punkt 4.4.

tildelingskriterier. Tilknytningskravet for kontraktsvilkår skal følgelig forstås på samme måte som tilknytningskravet for tildelingskriteriene. Dette behandles nærmere i punkt 4.4.

I Anskaffelsesdirektivets 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.

(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. (Anskaffelsesdirektivet, 2014, vår utheving)

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 ut over 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 (Prop. 51 L (2015–2016), kapittel 10, merknad til § 5)

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.

Kontraktskravene må følgelig være i tråd med anskaffelsesforskriften og Anskaffelsesdirektivet. Det er særlig tilknytningskravet som er sentralt i denne forbindelse, ettersom dette er eksplisitt nevnt både i Anskaffelsesdirektivet og fortalen til direktivet, samt anskaffelsesloven, anskaffelsesforskriften og forarbeidene til anskaffelsesloven. 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 (2005).

### 4.3 Generelt om de grunnleggende prinsippene i LOA § 4

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, etterprøvbarhet og forholdsmessighet.» Dette innebærer at kontraktskravene må være i tråd med LOA § 4. Det er her særlig kravene til forholdsmessighet og konkurranse som er av betydning for kontraktskravs lovlighet. 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 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 unødig 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 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 KOFAs 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 tilknytningskravet og 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, blant annet Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 58. I *Max Havelaar* konkluderte EU-domstolen med at brudd på klarhetskravet utgjorde et brudd på dagjeldende anskaffelsesdirektivs bestemmelse om de grunnleggende prinsippene (direktiv 2004/18/EC, artikkel 2). Dersom oppdragsgiver ikke utformer et tilstrekkelig klart konkurransegrunnlag, utgjør dette følgelig et brudd på de grunnleggende prinsippene i LOA § 4.

## 4.4 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 at «kontraktsvilkårene skal ha tilknytning til leveransen.»

I forarbeidene uttales følgende om kravet til tilknytning (Prop. 51 L (2015–2016), kapittel 10, merknad til § 5):

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.

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

Kravet til tilknytning gjelder videre for ethvert kontraktsvilkår, jf. Nærings- og fiskeridepartementets høringsbrev (2015), punkt 2.6.2:

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 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. FOA § 19-1 gir samtidig ikke direkte svar på grensen for lovlige kontraktskrav. Bestemmelsen presiserer at det er adgang til å oppstille krav om for eksempel arbeidsforhold og sosiale forhold, og det ligger i slike kravs natur at tilknytningen til leveransen vil være noe avledet. 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 sidehensyn, 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.<sup>6</sup> Tilknytningskravets innhold er nærmere beskrevet i anskaffelsesforskriftens bestemmelse om tildelingskriterier, og vil ha betydning for forståelsen av tilknytningskravet i relasjon til kontraktsvilkår (Arrowsmith, 2018, s. 756). 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, leveringingen av eller handelen med dem eller en annen prosess i livssyklusen. Dette gjelder også når slike faktorer ikke påvirker deres egenskaper.

Heller ikke dette er spesielt informativt, særlig tiden begrepet «tilknytning» primært er omskrevet som at forholdet må «relatere seg til» den konkrete leveransen.

Sitatene fra fortalen til Anskaffelsesdirektivet i punkt 4.1 viser som nevnt at sosiale krav og andre sidehensyn som søkes ivaretatt 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. (Anskaffelsesdirektivet, 2014)

Her vises det til at det ikke kan oppstilles krav som gjelder leverandørens generelle policy knyttet til sosialt ansvar og miljøansvar. Dette understreker poenget fra FOA § 18-1 (4), dvs. at kravene må knytte seg til den konkrete leveransen.

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

Professor Sue Arrowsmith, som er den ledende rettsvitenskapspersonen i Europa på dette rettsområdet, vurderer begrepet nærmere i relasjon til tilknytningskravet for tildelingskriterier (Arrowsmith, 2014, s. 740):

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.

Når det gjelder hvilke krav som vil ha tilstrekkelig tilknytning, uttaler hun (Arrowsmith, 2014, s. 740–741):

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 cannot be award criteria, and matters that can be contractual requirements can always also be award criteria. (Kursivert i boken)

Kravene må altså knytte seg konkret til det som skal leveres. Hva gjelder krav til arbeidstakerne («the workforce»), nevner hun som eksempel at disse må knytte seg til kontraktsforløpet.

Videre uttaler hun følgende om kontraktsvilkår som ivaretar horisontale hensyn (dvs. sosiale krav og miljøkrav) i relasjon til Anskaffelsesdirektivet artikkel 70 (Arrowsmith, 2018, s. 755):

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. (Kursivert i boken)

Det kan dermed som utgangspunkt ikke stilles generelle krav til leverandørens virksomhet; kravene må knytte seg til den konkrete leveransen.

Når det gjelder bakgrunnen for tilknytningskravet uttaler Arrowsmith følgende (2018, s. 763):

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.

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 gi en risiko for at oppdragsgiver tar utenforliggende hensyn ved valg av leverandør.

Et eksempel på en vurdering av tilknytningskravet kan hentes fra den danske *Vejledning om sociale klausuler i udbud* fra desember 2018. Følgende fremgår der (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2018, s. 14):

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.

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.

I den danske veiledningen gis det videre eksempler på når en sosial klausul mht. lærlinger ikke vil ha tilstrekkelig tilknytning til kontrakten (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2018, s. 15):

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

At leverandøren allerede skal have oprettet et antal/en andel praktikpladser i virksomheden for at komme i betragtning.

At leverandøren skal oprette et antal/en andel praktikpladser i forbindelse med en anden kontrakt for ordregiver end den udbudte.

At leverandøren skal oprette et antal/en andel praktikpladser i forbindelse med udførelse 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, og bare det. Generelle krav til leverandørens virksomhet, som ikke knytter seg direkte til kontraktsoppfyllelsen, vil ikke ha tilstrekkelig tilknytning.

Om et kontraktsvilkår har tilstrekkelig tilknytning beror derfor på en konkret vurdering av det enkelte krav i hver anskaffelse. Dette understreker kompleksiteten i å ivareta slike hensyn i offentlige anskaffelser.

## 4.5 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 (Prop. 51 L (2015–2016), kapittel 10, merknad til § 4):

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 nye anskaffelsesdirektivene.

Forholdsmessighetsprinsippet er også uttrykkelig angitt i Anskaffelsesdirektivets 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 (Thue et al., 2018, s. 70, med henvisning til EU-domstolens sak C-331/88).

Kravet til forholdsmessighet innebærer dermed at det alltid må foretas en konkret vurdering av om et kontraktsvilkår er lovlig. Dette vil bero på det konkrete formålet som skal realiseres, og den konkrete anskaffelsen dette skal realiseres innenfor. Et kontraktskrav kan således være proporsjonalt i en anskaffelse, men likevel ulovlig i en annen, siden kravene ikke kan være strengere enn det som er nødvendig for å realisere formålet.

Det betyr også at et kontraktskrav som i utgangspunktet oppfyller tilknytningsvilkåret, likevel vil kunne anses ulovlig dersom kravet går ut over det som er nødvendig for å ivareta de relevante hensyn i den konkrete kontrakten. Dette skaper utfordringer ved utforming av generelle krav, som i utgangspunktet skal gjelde for en rekke anskaffelser fra flere oppdragsgivere. Slike krav må inneholde fleksibilitet til at de kan justeres og tilpasses den konkrete anskaffelsen der de skal anvendes.

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

## 4.6 Kravet til likebehandling

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

I forarbeidene beskrives kravet slik (Prop. 51 L (2015–2016), kapittel 10, merknad til § 4):

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.

En viktig side av likebehandlingsprinsippet er altså prinsippet om ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. I veilederen til anskaffelsesregelverket fremholdes det at (Nærings- og fiskeridepartementet, 2018, punkt 7.4.1)

Forbudet mot diskriminering innebærer at en oppdragsgiver ikke kan fastsette krav eller kriterier, eller foreta handlinger eller unnlatelser, 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. 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.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Kravet vil da også kunne anses konkurransebegrensende, noe som viser at ulovlige krav vil kunne stride mot flere grunnleggende prinsipper.



## 4.7 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 (sitert ovenfor, KOFA, 2014) fremgår det at kravet til konkurranse innebærer at oppdragsgivere ikke kan oppstille strengere kontraktsvilkår enn nødvendig dersom dette unødig begrenser konkurransen. Konkurransепrinsippet 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 også 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 konkurransebegrensede kan allikevel anses lovlige dersom anskaffelsens art og kompleksitet begrunner et slikt krav.

## 4.8 Oppsummering - regelverkets handlingsrom til å oppstille kontraktsvilkår

Som gjennomgangen ovenfor viser, har oppdragsgiver ved adgang til å oppstille kontraktsvilkår for å ivareta en rekke sidehensyn, som bl.a. arbeidsforhold og sosiale forhold. Begrensningen i hvilke krav som kan oppstilles følger særlig av kravet til tilknytning i LOA § 5 (2) og FOA § 19-1 (1), samt de grunnleggende prinsippene som har kommet til uttrykk i LOA § 4.

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 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.

Samlet sett viser dette at oppdragsgiver i utgangspunktet har vid adgang til å fastsette kontraktsvilkår for å realisere sidehensyn (typisk av sosial eller samfunnsmessig karakter), men at friheten begrenses av tilknytningskravet og de grunnleggende prinsippene i LOA § 4. Som det vil fremgå gjennom eksemplene som drøftes i punkt 5, har begrensningene relativt stor betydning for hvilke krav som er lovlige.

## 5 Eksempler på konkrete vurderinger

### 5.1 Innledning

For å illustrere grensene som er beskrevet i punkt 4 over, vil vi i det følgende knytte noen konkrete kommentarer til enkelte kontraktsvilkår som ofte anvendes i praksis. Dette er krav om bruk av lærlinger, krav om bruk av fast ansatte og krav knyttet til antall ledd i leverandørkjeden. Slike krav finnes dels i lovgivning, dels i mer generelle kontraktbestemmelser som seriositetsbestemmelsene, Oslomodellen og Skiensmodellen, og dels i mer lokale varianter.

### 5.2 Krav om bruk av lærlinger

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 lære plasser. 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 (Prop. 51 L (2015–2016), punkt 7.7.4) 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 lære plasser 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.

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 (2016, heretter FLO). 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 inntre 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, jf. forarbeidene (Prop. 51 L (2015– 2016), punkt 7.7.4).

I praksis ser man flere eksempler på at det stilles kontraktskrav om at minimum en bestemt prosentdel av arbeidene *skal* utføres av lærlinger. Dette representerer 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 en høy prosentandel (som eksempel 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 lærlinger, 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 lærlinger. Hvis kontraktskrav ikke inneholder en slik bestemmelse, vil de derfor kunne være problematiske.

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.<sup>8</sup>

Dersom oppdragsgivere ubevisst benytter seg av en høyere grense 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 kontraktsgjennomføringen. Som vi kommer tilbake til nedenfor, vil manglende overholdelse av kontraktsvilkår, enten ved at det aksepteres en endring eller at oppdragsgiver

<sup>8</sup> Uttalelsen knytter seg til da kravet var 7 %, uten at vi kan se at det er av avgjørende betydning.

unnlater å følge opp kravet, kunne medføre at kontrakten anses vesentlig endret. KOFA har tidligere vurdert om manglende overholdelse av krav til lærlinger 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 (premiss 36 i avgjørelsen). Avgjørelsen viser imidlertid at manglende oppfølging av et slikt krav kan være problematisk.

Utfordringen her er typisk å sikre at det foretas en riktig forholdsmessighetsvurdering.<sup>9</sup> Dette er langt fra enkelt i praksis.

Det kan også reises spørsmål om slike krav kan benyttes ved anskaffelser hvor et slikt krav ikke følger av FLO. I klagenemndas sak 2017/344 hadde oppdragsgiver inntatt et krav om bruk av lærlingordning, selv om terskelverdien og kravet til kontraktens varighet i FLO ikke var overstegt. 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 lærlingforskriften § 4 utformet på en måte som tilsier at forskriften også kan være anvendelig ut over de situasjoner hvor det er plikt å bruke lærling. Lærlingforskriften er videre utformet slik at den er forutsatt å skulle supplere avtaler hvor det stilles

9 *Vejledning om sociale klausuler i udbud* (Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, 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.

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 utfylt av bestemmelsene i lærlingforskriften, 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 (Prop. 51 L (2015–2016), kapittel 10, merknad til § 7). 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.

### 5.3 Krav om bruk av fast ansatte

Kontraktsvilkår om bruk av fast ansatte eller ansatte i en bestemt stillingsprosent søker å gjennomføre et politisk mål om å minimere praksis med bruk av såkalte tilkallingsvikarer. Dette er typisk ansettelse 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 oppdragsgiver, isolert sett, 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 den som eventuelt er fastlagt i kontraktkravet. Leverandøren har en lovpålagt plikt til å likebehandle ansatte i midlertidige stillinger og deltidsstillinger med fast ansatte. Dette følger av arbeidsmiljøloven § 13-1 (3), som oppstiller et forbud mot diskriminering av arbeidstakere som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt. Kontraktsvilkår om bruk av fast ansatte eller ansatte i en bestemt stillingsprosent, kan derfor gi en risiko for at leverandøren må bryte likebehandlingsreglene i arbeidsmiljøloven § 13-1 (3) for å innfri oppdragsgivers kontraktsvilkår.

Vi går ikke nærmere inn på den arbeidsrettslige vurderingen av dette, men de arbeidsrettslige utgangspunktene reiser spørsmål om kontraktsvilkår om bruk av fast ansatte eller ansatte i en bestemt stillingsprosent er lovlig i et anskaffelsesrettslig perspektiv.

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. Som vist vil det avgjørende 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 et krav til bruk av fast ansatte og/eller stillingsprosent kan anses konkurransebegrensende eller uforholdsmessig.

Ettersom flere kontrakter i dag gjennomføres ved bruk av ansatte som ikke har 100 % stilling, vil det kunne være konkurransebegrensende å innføre et generelt krav om slik stillingsprosent. Det er fordi slike krav vil kunne gjøre det vanskeligere for leverandører som har arbeidstakere lovlig ansatt i midlertidige stillinger eller med lavere stillingsandel. Det kan samtidig være 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, men om det anvendes helt kategorisk kan det være vanskelig å forsvare, ettersom

kravet vil kunne oppleves konkurransebegrensende for leverandører som anvender det lovlige handlingsrommet arbeidsmiljøloven gir for midlertidige stillinger og redusert stillingsandel. 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 100 % stilling.

Det må uansett vurderes om kravet til fast ansettelse og en bestemt stillingsprosent har tilstrekkelig tilknytning til leveransen.

Bakgrunnen for kravet om fast stillingsprosent er 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 har særlig vært et tema i bygge- og anleggsbransjen.

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. Videre ble det lagt vekt på at bestemmelsen ikke åpnet for en konkret vurdering fra sak til sak.



Tilsvarende betraktninger vil gjøre seg gjeldende for et krav om fast ansatte med en bestemt stillingsprosent. Dette gjelder særlig hvis kravet gjelder den generelle stillingsprosenten til de ansatte, uavhengig av hvor mye de jobber på den konkrete kontrakten. I så fall vil kravet gjelde også når de ansatte som deltar i kontraktsarbeidet utfører arbeid på andre kontrakter, og et slikt krav vil derfor ikke ha tilstrekkelig tilknytning til kontrakten.

Det kan her vises til DFØs veiledning til forskrift om lønns- og arbeidsvilkår (Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, 2018) 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.

Uttalelsen må etter vårt syn ses i lys av tilknytningskravet. Bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter må som nevnt ha tilknytning til leveransen. Krav som gjelder leverandørens generelle virksomhet, som også vil omfatte krav til hvordan leverandøren innretter seg mht. andre oppdrag, vil ikke oppfylle tilknytningskravet.

Et krav om at leverandøren *generelt sett* skal ha fast ansatte, eller ansatte med en bestemt stillingsprosent, vil derfor som et utgangspunkt være ulovlig i et anskaffelsesrettslig perspektiv. Dersom slike krav skal oppstilles, må de kun gjelde ansatte som skal utføre arbeider under kontrakten. Oppdragsgivere bør videre være varsomme med kategoriske krav uten unntak, og tilpasse kravene slik at man unngår risiko for ulovlig diskriminering av selskaper med ansatte som er lovlig ansatt i midlertidige stillinger eller med redusert stillingsbrøk.

## 5.4 Bruk av underleverandører

Utgangspunktet etter anskaffelsesreglene er som nevnt over at leverandøren står fritt til å organisere sin virksomhet. Dette innebærer at tilbyderne

som hovedregel fritt kan velge å benytte underleverandører ved oppfyllelsen av kontrakten (NOU 2014: 4, punkt 15.7.2). Adgangen til å benytte underleverandører følger forutsetningsvis av FOA § 19-2 og § 16-10. At det er adgang til å benytte 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» (premiss 39 i avgjørelsen). 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» (premiss 40 i avgjørelsen). 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 eller renholdstjenester som er omfattet av CPV-kode 90910000 (rengjøring)».

Bestemmelsen pålegger følgelig oppdragsgiver å stille krav om maksimalt to ledd med underleverandører i bygge- og anleggskontrakter, og for visse renholdstjenester. Det er videre lagt til grunn i veilederen til anskaffelsesregelverket at «Innleid personell som inngår i underleverandørs arbeidsstokk anses ikke som et eget ledd i leverandørkjeden» (Nærings- og fiskeridepartementet, 2018, punkt 29.2). 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 (Nærings- og fiskeridepartementet, 2015, punkt 3.2.13).

Spørsmålet er om enda strengere kontraktsvilkår, noe det finnes flere eksempler på i praksis, er i tråd med anskaffelsesregelverket. Dette vil i praksis være krav om at det kun kan være ett ledd i kjeden under leverandøren.

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 (Meld. St. 22(2018–2019), punkt 10.5.3). 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. 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:

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.

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 Anskaffelsesdirektivet. Spørsmålet var som nevnt om en bestemmelse i italiensk lovgivning som fastslo at maksimalt 30 % av kontraktsarbeidene kunne utføres gjennom underentreprise 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 (premiss 43 i avgjørelsen). 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 underleverandører 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 (Nærings- og fiskeridepartementet, 2015, punkt 3.2.13):

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 regjeringens formål 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.

En begrensning av antall underleverandører til ett ledd må dermed anses å gå lenger enn det som er nødvendig, og vil derfor være konkurransebegrensende. Et slikt krav vil derfor være ulovlig, jf. LOA § 4.

I det foranstående har vi vurdert adgangen til å oppstille *strengere* krav enn den begrensningen på to ledd i leverandørkjeden som følger av FOA § 19-3. For fullstendighetens skyld skal det bemerkes at ESA har åpnet sak mot Norge vedrørende det norske anskaffelsesregelverkets bestemmelser om begrensninger i leverandørkjeden.

I brev fra ESA til Nærings- og fiskeridepartementet av 10. juni 2020 la ESA blant annet til grunn at FOA § 19-3 utgjør en restriksjon på leverandørens adgang til å benytte underleverandører, og dermed også en restriksjon på etableringsfriheten. ESA vurderte om restriksjonen er proporsjonal og nødvendig for å oppnå formålet om å redusere arbeidslivskriminalitet. ESA viste i stor grad til EU-domstolens avgjørelse i sak C-63/18. I sin vurdering la ESA særlig vekt på at FOA § 19-3 fremstår som en generell og abstrakt regel, og at bestemmelsen ikke legger opp til en konkret vurdering av behovet for å begrense antall ledd i leverandørkjeden i den enkelte anskaffelse. Som vist over er dette i tråd med EU-domstolens vurderinger i sak C-63/18. ESA konkluderer derfor med at FOA § 19-3 går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet bak bestemmelsen.

Saken er ikke endelig avgjort, og det er usikkert hva utfallet vil bli. ESAs holdning kan synes å stå i en viss motstrid med signaler fra EU-kommisjonen, som i mai 2020 lanserte dokumentet *Making Socially Responsible*

*Public Procurement Work: 71 Good Practice Cases*, hvor både Oslo-modellen og Skiensmodellen er nevnt. Den rettslige betydningen av en slik eksempelsamling er samtidig begrenset, og ved omtalen av de to norske modellene synes det forutsatt at det nettopp skal foretas en konkret vurdering før kravene skal anvendes. Uansett går vi på denne bakgrunn ikke nærmere inn på lovligheten av FOA § 19-3 på generelt grunnlag. ESAs tilnærming er uansett egnet til å underbygge at ytterligere innskrenkninger i antall ledd i leverandørkjeden, er problematisk. Det er også verdt å merke seg at ESA, i likhet med EU-domstolen, vektlegger at bestemmelsen fremstår som generell og abstrakt, og at den ikke legger opp til en konkret vurdering i den enkelte sak. Dette illustrerer et sentralt poeng når oppdragsgivere skal oppstille krav til arbeidsforhold og organiseringen av leverandørens arbeid i offentlige kontrakter: bestemmelsene må gi rom for en konkret vurdering i den enkelte sak.

## 6 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 *pressetext*) 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-domstolen og KOFA.

Vesentlige endringer er nå regulert i anskaffelsesforskriften kapittel 28. FOA § 28-1 angir hvilke endringer som er tillatt, mens FOA § 28-2 gjelder vesentlige endringer. Bestemmelsene i forskriften er dels en 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. Dette ble særlig begrunnet i at en slik reduksjon for å avhjelpe misligholdet ikke var avtalt i kontrakten. KOFA har videre konkludert med at oppdragsgivers manglende håndhevelse av en kontrakt etter omstendighetene skal likestilles med en ulovlig direkte anskaffelse i sak 2015/27. 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-standarder 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 («pressetext») 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 og Søyland (2018, note 505) 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.

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 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.

Hvis oppdragsgivere oppstiller vidtrekkende kontraktsvilkår, og ikke håndhever brudd på disse etter kontraktsinngåelsen, vil det således kunne få store konsekvenser. Dette er veldig viktig. I praksis ser man ofte at oppdragsgivere har utfordringer med å følge opp kontraktens hovedytelser, og at oppfølgingen av denne typen sideforpliktelser blir enda svakere. Etter omstendighetene kan dette medføre betydelige overtredelsesgebyr.<sup>10</sup>

10 Dette temaet er også behandlet i artikkelen «Sosial dumping – ulovlig direkteanskaffelse?» av Voldstad, Sandberg og Gullhagen-Revling, (2018 s. 378–388)

## 7 Konklusjon

Problemstillingen som er analysert i denne artikkelen er hvilke begrensninger anskaffelsesreglene setter for å bruke offentlige innkjøp til å realisere sideformål, særlig gjennom kontraktsvilkår.

Oppdragsgiver har vid adgang til å oppstille kontraktsvilkår for å ivareta en rekke sidehensyn, som bl.a. arbeidsforhold og sosiale forhold. Adgangen er imidlertid ikke ubegrenset. Grensene for hvilke sideformål som kan vektlegges og følges opp gjennom anskaffelsesprosesser, følger særlig av tilknytningskravet i LOA § 5 (2) og FOA § 19-1 (1) samt de grunnleggende prinsippene i LOA § 4. Kontraktskravene må derfor gjelde selve kontraktsoppfyllelsen, og konkret knytte seg til de oppgaver som skal utføres under kontrakten. Det kan i utgangspunktet ikke stilles generelle krav til leverandørens virksomhet.

Kravene må videre være forholdsmessige og kan ikke virke konkurransebegrensende. Ved fastsettelsen av kontraktstandarder knyttet til arbeidsvilkår, er det sentralt at disse tar høyde for kontraktens kompleksitet og omfang. Det er fordi kontraktsbestemmelser som er lovlige i en konkurranse, kan være uforholdsmessige og konkurransebegrensende i en annen. Eventuelle standarder bør derfor utformes med sikte på at bestemmelsene kan tilpasses den enkelte anskaffelses kompleksitet og omfang.

Begrensningene har relativt stor betydning for hvilke krav som er lovlige. En begrensning av antall underleverandører ut over det som følger av FOA § 19-3 strider mot LOA § 4.

Et krav om et bestemt antall lærlinger som er lovlige i en konkurranse, kan anses som uforholdsmessige og konkurransebegrensende i en annen konkurranse der kontrakten har lavere verdi eller er kortvarig.

Et krav om at leverandøren generelt sett skal ha fast ansatte, eller ansatte med en bestemt stillingsprosent, er i utgangspunktet ulovlig i et anskaffelsesrettslig perspektiv, ettersom det knytter seg til leverandørens generelle virksomhet. Dersom slike krav skal oppstilles, må de kun gjelde ansatte som skal utføre arbeidet under kontrakten, og oppdragsgiver bør være varsom med å oppstille kategoriske krav uten unntak.

Oppdragsgivere bør derfor ha et bevisst forhold til hvilke kontraktsvilkår som oppstilles i den enkelte konkurranse. Da reduseres risikoen for ulovlige vilkår, og dermed risikoen for avlysning av konkurransene.

Det er videre svært viktig at eventuelle kontraktsvilkår følges aktivt opp under kontraktsgjennomføringen. Manglende håndhevelse av kontraktsbestemmelser kan i verste fall lede til illeggelse av overtredelsesgebyr. I dette perspektivet er det derfor sentralt at oppdragsgiver også vurderer om det foreligger tilstrekkelige ressurser til å håndheve og følge opp de krav som inntas i den enkelte kontrakt.

## Referanser

- Advokatfirmaet Wiersholm. (2020). *Vurdering av seriositetsbestemmelser* [Utredning skrevet for Kommunesektorens organisasjon (KS)]. <https://www.ks.no/globalassets/fagomrader/forskning-og-utvikling/nyhetssaker/Juridisk-vurdering-av-seriositetsbestemmelser.PDF>
- Anskaffelsesdirektivet. (2004). Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts. EUR-Lex. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0018&from=en>
- Anskaffelsesdirektivet. (2014). Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC. EUR-Lex. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN>
- Anskaffelsesforskriften. (2016). *Forskrift om offentlige anskaffelser* (FOR-2016-08-12-974). Lovdata. <https://lovdata.no/LTI/forskrift/2016-08-12-974>
- Anskaffelsesloven. (2016). *Lov om offentlige anskaffelser* (LOV-2016-06-17-73). Lovdata. <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2016-06-17-73>
- Arrowsmith, S. (2014). *The law of public and utilities procurement regulation in the EU and UK* (Bd. I, 3. utg.). Sweet & Maxwell.
- Arrowsmith, S. (2018). *The law of public and utilities procurement regulation in the EU and UK* (Bd. 2, 3. utg.). Sweet & Maxwell.
- Direktoratet for forvaltning og økonomistyring. (2020). *Veileder om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter (bokmål)*. <https://www.anskaffelser.no/verktøy/veiledere/veileder-om-lonns-og-arbeidsvilkar-i-offentlige-kontrakter-bokmal>
- Dragsten, M. (2013). *Offentlige anskaffelser regelverk, praksis og løsninger*. Universitetsforlaget.
- EU-kommisjonen. (2020). *Making socially responsible public procurement work: 71 good practice cases*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. <https://doi.org/10.2826/844552>

- Forskrift om arbeidsvilkår i off. kontrakter. (2008). *Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter* (FOR-2008-02-08-112). Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2008-02-08-112>
- Forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i off. kontrakter. (2016). *Forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter* (FOR-2016-12-17-1708). Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2016-12-17-1708>
- Forskrift om utsendte arbeidstakere. (2005). *Forskrift om utsendte arbeidstakere* (FOR-2005-12-16-1566). Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2005-12-16-1566>
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2018, desember). *Vejledning om sociale klausuler i udbud*. <https://www.kfst.dk/media/53506/vejledning-om-sociale-klausuler-i-udbud.pdf>
- Meld. St. 22 (2018–2019). *Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser* Nærings- og fiskeridepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld.-st.-22-20182019/id2641507/>
- NOU 1997: 21. (1997). *Offentlige anskaffelser*. Nærings- og fiskeridepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-1997-21/id141007/>
- NOU 2014: 4. (2014). *Enklere regler – bedre anskaffelser — Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket*. Nærings- og fiskeridepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/NOU-2014-4/id761768/>
- Nærings- og fiskeridepartementet. (2015, 17. mars). *Høringsnotat 2. Ny forskrift om offentlige anskaffelser*. <https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf>
- Nærings- og fiskeridepartementet. (2018, 24. april). *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)*. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/>
- Nærings- og fiskeridepartementet. (2019, 10. april). *Stortingsmelding om offentlige anskaffelser: 500 milliarder som må brukes bedre* [Pressemelding]. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/500-milliarder-som-ma-brukes-bedre/id2641739/>
- Nærings- og fiskeridepartementet. (u.å.). *Offentlige anskaffelser*. <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/id2511781/>
- Oslo kommune. (u.å.). *Oslomodellen*. <https://www.oslo.kommune.no/for-vare-leverandorer/krav-til-leverandorer/oslomodellen/#gref>
- Prop. 5 L (2012–2013). Endringer i lov om offentlige anskaffelser m.m. (offentlig tilsyn med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter). Arbeids- og sosialdepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop-5-l-20122013/id704374/>

- Prop. 51 L (2015–2016). *Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)*. Nærings- og fiskeridepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-51-l-20152016/id2471374/>
- Skien kommune. (u.å.). *Skiensmodellen*. [https://www.skien.kommune.no/globalassets/bdk/eiendom/skiensmodellen\\_sideoppslag.pdf](https://www.skien.kommune.no/globalassets/bdk/eiendom/skiensmodellen_sideoppslag.pdf)
- Social Platform. (2015). *Public procurement for social progress: A Social Platform guide to the EU Public Procurement Directive*. [https://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2015/10/Public\\_procurement\\_for\\_social\\_progress.pdf](https://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2015/10/Public_procurement_for_social_progress.pdf)
- Thue, A., Buan, A., Lazaridis, S. & Røed, K. B. (2018). *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer* (2. utg.). Gyldendal.
- Thue, A. & Søyland, M. (2018, 23. november). *Norsk lovkommentar til anskaffelsesforskriften, note 505*. <https://min.rechtsdata.no/Dokument/gF20160812NR974P28z2D3?directHit=1&dq=anskaffelsesforskriften&noteid=gN20160812NR974z2E505>
- Volstad, L., Sandberg, C. & Gullhagen-Revling, M. (2018). Sosial dumping – ulovlig direkteanskaffelse? *Lov og rett*, 57(6), 378–388. <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2018-06-06>
- Weltzien, K. (2013). Feil i faktum og feil i jus – ESA om lønns- og arbeidsvilkår. *Arbeidsrett*, 9(2), 174–177. [https://www.idunn.no/arbeid/2012/02/feil\\_i\\_faktum\\_og\\_feil\\_i\\_jus\\_-\\_esa\\_om\\_lnns-\\_og\\_arbeidsvilkr](https://www.idunn.no/arbeid/2012/02/feil_i_faktum_og_feil_i_jus_-_esa_om_lnns-_og_arbeidsvilkr)

