



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

## **Seriøsitetsbestemmelser i offentlige kontrakter**

- En studie av det rettslige handlingsrommet til å begrense antall kontraktsledd under EØS-retten.

Robert H. Grønbech

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3901, mai 2021.

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Problemstilling og struktur .....	2
1.2	Nærmere om begrepene underleverandør og kontraktsledd.....	3
1.3	Rettskilder og metode.....	5
2	Rettslig handlingsrom under EØS-retten .....	7
2.1	Generelle krav til kontraktklausuler – artikkel 70.....	8
2.2	Direktiv 2014/24 artikkel 71.....	10
2.3	Anskaffelsesrettslige prinsipper – en oversikt.....	13
2.4	Prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet .....	15
2.5	Proporsjonalitetsprinsippet .....	17
2.5.1	Forholdet mellom proporsjonalitetsprinsippet og fri bevegelighet.....	17
2.5.2	Restriksjonsforbudet.....	18
2.5.3	Om underleddsbegrensninger er begrunnet i legitime hensyn.....	21
2.5.4	Egnethet.....	21
2.5.5	Nødvendighet .....	22
2.6	Oppsummering av det rettslige handlingsrommet.....	30
3	Rettslig handlingsrom anvendt i norsk kontekst .....	31
3.1	Anskaffelsesforskriften § 19-3 .....	31
3.1.1	Hovedregel – maksimalt to ledd under hovedleverandøren.....	32
3.1.2	Unntak fra hovedregelen .....	33
3.1.3	Kort om manglende oppfyllelse av FOA § 19-3 .....	35
3.1.4	Innledende om den rettslige vurderingen av FOA § 19-3.....	36
3.1.5	Egnethet.....	37
3.1.6	Nødvendighet .....	39
3.2	Skien modellen.....	48
3.2.1	Rettslig håndheving av kommunale seriøsitetsmodeller.....	49

3.2.2	Skiensmodellen punkt 5 .....	50
3.2.3	Vurdering av bestemmelsen .....	50
4	Avsluttende refleksjoner .....	55
	Kildeliste .....	56
	Vedlegg .....	68

# 1 Innledning

Oppgavens tema er krav i offentlige kontrakter som begrenser antall kontraktsledd vertikalt i leverandørkjeden. Et eksempel på et slikt materielt krav er anskaffelsesforskriften § 19-3 som i utgangspunktet forplikter offentlige oppdragsgivere til å stille krav om maksimalt to kontraktsledd under hovedleverandøren ved utførelsen visse offentlige kontrakter. En rekke offentlige oppdragsgivere har også fastsatt egne standardkrav som går utover nasjonale krav. Ett eksempel på dette, som vil bli behandlet nærmere i oppgaven, er Skien kommune sine seriøsitetsskrav, der det i utgangspunktet tillates maksimalt ett ledd under hovedleverandøren.<sup>1</sup>

Offentlige myndigheters rettslige adgang til å begrense antall kontraktsledd har særlig aktualisert seg etter at Norge i juni 2020 mottok et «letter of formal notice» fra ESA.<sup>2</sup> I brevet mener ESA at bestemmelsene i anskaffelsesforskriften § 19-3 og forsyningsforskriften § 7-8, strider med EU-direktivene 2014/24/EU og 2014/25/EU og EØS-avtalen.<sup>3</sup> Brevet har skapt store overskrifter i den norske fagbevegelsen.<sup>4</sup> Brevet har også rettet søkelyset på ulike kommunale seriøsitsmodeller. Oslo og Skien kommune har blant annet involvert seg i saken på vegne av Norge, da deres egne kontraktsstandarder, henholdsvis «Skiensmodellen» og «Oslomodellen», som et utgangspunkt tillater ett kontraktsledd i kjede under leverandøren. Adgangen til å regulere antall kontraktsledd er derfor et dagsaktuelt tema i anskaffelsesretten.

Begrensninger av antall kontraktsledd kan i denne sammenheng også sees i et større perspektiv, der denne typen kontraktskrav bare er ett av flere eksempler på det som ofte samlet sett omtales som seriøsitetsskrav i offentlige kontrakter. Med «seriøsitetsskrav» siktes det til kontraktskrav med formål om å bekjempe arbeidslivskriminalitet og sosial dumping. Temaet har vært høyaktuelt siden Skien kommune vedtok sine 14 krav for et seriøst arbeidsliv i 2014, der «Skiensmodellen» ble et forbilde for offentlige oppdragsgivere over hele Norge.<sup>5</sup> Arbeiderpartiet har forut for høstens valg, programfestet å vedta en nasjonal modell («Norgesmodellen») med nye seriøsitetsskrav for offentlige anskaffelser innen 100 dager ved

---

<sup>1</sup> Skiensmodellen punkt 5. Tilgjengelig på: <https://www.skien.kommune.no/skien-kommune/bdk/eiendom/skiensmodellen> (sist sett: 15.05.2021). For en nærmere redegjørelse av Skiensmodellens punkt 5, se avsnitt 3.2.2.

<sup>2</sup> EFTA Surveillance Authority («ESA»).

<sup>3</sup> Regjeringens tilsvarende: "Reply to letter of formal notice to Norway concerning restrictions on subcontracting in the field of public procurement in Norway", er lagt ved som vedlegg 1 i oppgaven.

<sup>4</sup> <https://www.anbud365.no/bransjer/bygg-og-anlegg/krever-svar-om-norske-kommuners-bruk-av-innkjop-i-kampen-mot-sosial-dumping/> (sist sett 14.05.2021).

<sup>5</sup> <https://www.anbud365.no/bransjer/bygg-og-anlegg/om-lag-170-kommuner-har-modeller-mot-sosial-dumping-og-arbeidslivskrim/> (sist sett: 14.05.2021).

et regjeringsskifte.<sup>6</sup> Denne modellen skal dra inspirasjon fra ulike seriøsitetsbestemmelser som brukes av norske kommuner i dag. Fra et anskaffelsesrettslig perspektiv blir spørsmålet hvilket handlingsrom offentlige myndigheter har til å fastsette arbeidsrelaterte krav avgrenset til offentlige kontrakter.<sup>7</sup> Grunnleggende spørsmål knytter seg til kravet om tilknytning til kontraktsgjensstanden og prinsippet om proporsjonalitet. Denne oppgaven behandler disse spørsmålene for krav som begrenser antall kontraktsledd. Forslaget om en Norgesmodell viser imidlertid at krav som begrenser antall kontraktsledd har et tilgrenset perspektiv til andre aktuelle kontraktskrav, som er egnet for videre forskning i andre oppgaver.

## 1.1 Problemstilling og struktur

Det rettslige utgangspunktet i EU/EØS-retten, er at leverandører i offentlige kontrakter kan organisere seg slik de anser mest hensiktsmessig, herunder benytte seg av de underleverandører de ønsker.<sup>8</sup> Adgangen til å bruke underleverandører for å gjennomføre egne kontraktsmessige forpliktelser øker antallet mulige leverandører, og bidrar til å oppnå anskaffelsesregelverkets overordnede målsetting om effektiv konkurranse.<sup>9</sup> Som jeg kommer tilbake til i oppgaven, har imidlertid EU-lovgiver og EU-domstolen anerkjent at det er legitime grunner til å sette krav om bruk av underleverandører i offentlige anskaffelser.

Problemstillingen i oppgaven er hvilket *rettslig handlingsrom* offentlige myndigheter har under EØS-avtalen til å begrense antall kontraktsledd i leverandørkjeden ved offentlige kontrakter. Med «rettslig handlingsrom» sikter jeg til de rettslige grenser oppdragsgivere må forholde seg til ved gjennomføring av offentlig anskaffelser etter EØS-rettens regler.

Krav om antall kontraktsledd er vilkår som knytter seg til kontraktens utførelse. Det er derfor adgangen til å stille kontraktskrav som skal vurderes.<sup>10</sup> For å få en helhetlig fremstilling, vil

---

<sup>6</sup> <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/PRjR00/stoeres-100-dagersplan-slik-vil-han-faa-et-mer-serioest-arbeidsliv> (sist sett: 22.03.2021).

<sup>7</sup> Handlingsrommet til å bruke offentlige kontrakter til å forfølge sosiale formål har lenge vært et omstridt tema i EU. Se Catherine Barnard, *To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement*, London 2017, s. 208-244., og Sue Arrowsmith og Peter Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge 2009.

<sup>8</sup> Retten til å bruke underleverandører i offentlige kontrakter kan, som det kommer til uttrykk i sak C-298/15 *Borta* avsnitt 47-50, forankres i EU-rettens prinsipper om etableringsfrihet og fri utveksling av tjenester. Se også NOU 2014:4, *Enklere regler – bedre anskaffelser*, s. 144 under punkt 15.7.2.

<sup>9</sup> Se sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 23 og Generaladvokaten forslag i C-298/15 *Borta* (opinion) avsnitt 44.

<sup>10</sup> KOFA-sak 2019/597 er imidlertid et eksempel hvor seriøsitetskrav, herunder krav om antall kontraktsledd, oppstilles som kvalifikasjonskrav. Oppgaven har imidlertid et EU/EØS-rettslig perspektiv, og det følger klart av EU-direktivene om offentlige anskaffelser at krav som ikke relaterer seg til *evnen* eller *egenheten* til leverandører, er ulovlig som kvalifikasjonskrav. Se blant annet EU-direktiv 2014/24/EU art. 58 nr. 3-5 og EU-direktiv 2014/25/EU art. 80 nr. 2.

jeg imidlertid enkelte steder i oppgaven drøfte mulige konsekvenser av kontraktsbrudd. Av hensyn til oppgavens rammer vil imidlertid slike betraktninger gjøres kortfattet. Oppgaven har et EU/EØS-rettslig perspektiv, og er delt inn i en generell og spesiell del.

Kapittel 2 utgjør den generelle delen, og behandler spørsmålsstillinger av relevans for den spesielle delen. Siktemålet i kapitlet er å gi en strukturert analyse av de rettslige grenser under EØS-retten av betydning for det rettslige handlingsrom antall ledd i leverandørkjeden. Særlig grensene som kan utledes av proporsjonalitetsprinsippet, drøftes inngående. Som nevnt vil regler og prinsipper som påvirker adgangen til å regulere antall kontraktsledd, kunne være av relevans for andre «seriøsitetskrav». Kapittel 2 er strukturert med dette i tankene.

Kapittel 3 tar for seg den spesielle delen, der det rettslige handlingsrommet vurderes i norsk kontekst ved å besvare oppgavens to underproblemstillinger. Første underproblemstilling er om det nasjonale kontraktskravet i FOA § 19-3 om maksimalt to ledd under hovedleverandøren for visse offentlige kontrakter, er forenlig med EØS-retten. Andre underproblemstilling er hvilket rettslig handlingsrom offentlige oppdragsgivere har til å fastsette skjerpede krav utover det som følger av FOA § 19-3, hvor jeg vil ta utgangspunkt i Skiensmodellens krav til antall kontraktsledd i kjede under hovedleverandøren. Til slutt vil jeg i kapittel 4 gi noen avsluttende refleksjoner.

## **1.2 Nærmere om begrepene underleverandør og kontraktsledd**

Begrepet «underleverandør» er ikke definert i EØS-avtalen eller anskaffelsesdirektivene. I denne oppgaven brukes begrepet «underleverandør» om virksomheter som skal utføre deler av kontraktsforpliktelsen mellom oppdragsgiver og hovedleverandør i offentlige anskaffelser, og som ikke har kontraktsforpliktelser direkte overfor oppdragsgiver.<sup>11</sup> Hvilke underleverandører som brukes vil variere ut ifra anskaffelsens særegenheter. Praksis fra EU-domstolen om retten til å anvende underleverandører i offentlige kontrakter har særlig omhandlet bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter. I norsk kontekst er bygge- og anleggsbransjen et område som har blitt identifisert som et risikoområde for sosial dumping og arbeidslivskriminalitet.<sup>12</sup> Bygge- og anleggskontrakter er også den eneste kontraktstypen

---

<sup>11</sup> Tjenester som knytter seg til den generelle driften, for eksempel administrative støttetjenester, herunder regnskapstjenester, IT-tjenester og telefoni, omfattes derfor ikke av begrepet. Se til sammenligning, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser* s. 213. Tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/no/id4/> (sist sett: 13.05.2021).

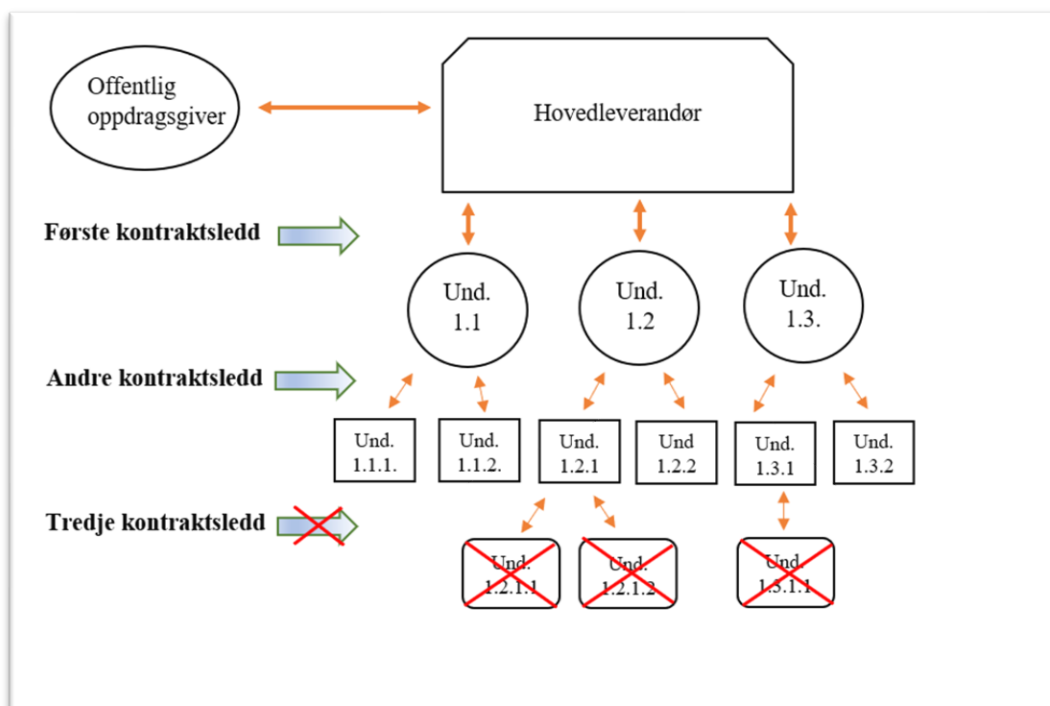
<sup>12</sup> Nasjonalt tverretattlig analyse- og etterretningssenter («NTAES»), *Situasjonsbeskrivelse Arbeidslivskriminalitet 2020*, s. 8.

der antall underledd er regulert over og under EØS-terskelverdi.<sup>13</sup> Av disse grunner vil leverandørkjeden i bygge- og anleggskontrakter være et fokusområde i oppgaven.

Termen «antall kontraktsledd i leverandørkjeden» kan etter ordlyden omfatte både *vertikale* og *horisontale* kontraktsledd. I internasjonal litteratur har begrepet «multilayered subcontracting» blitt brukt for å beskrive leverandørkjeder med en vertikal struktur nedover.<sup>14</sup> Begrepet er illustrerende for hvordan underleverandører organiseres i flere lag nedover i kontraktskjeden. Motsatt kan underleverandører også organiseres horisontalt under én leverandør. Dette omtales som horisontale kontraktsledd. I de fleste tilfeller vil imidlertid leverandørkjeder være en blanding mellom vertikale og horisontale strukturer, se *figur 1*.

I oppgaven er det begrensninger i vertikale kontraktsledd som drøftes. De materielle kravene etter FOA § 19-3 og Skiensmodellen omfatter ikke horisontale kontraktsledd.<sup>15</sup> Begrepene «antall kontraktsledd» og «antall underledd» brukes om hverandre i oppgaven, og sikter *alltid* til antall kontraktsledd vertikalt om ikke annet er spesifisert. *Figur 1* er et illustrerende eksempel på hvordan organiseringen av en leverandørkjede kan se ut hvor det aksepteres to kontraktsledd under hovedleverandøren, slik tilfellet er under FOA § 19-3 første ledd.

*Figur 1 – egen figur (se forklaring neste side).*



<sup>13</sup> Jf. Anskaffelsesforskriften §§ 8-13 og 19-3. Se også til sml. Forsyningsforskriften § 7-12.

<sup>14</sup> Se Stephen Pryke, *Successful Construction Supply Chain Management: Concepts and Case Studies*, Newark 2020, kapittel 12.2.

<sup>15</sup> Se avsnitt 3.1.1, 3.1.2 og 3.2.2 for en vurdering av FOA § 19-3 og Skiensmodellens krav.

I figur 1 ovenfor, består leverandørkjeden av totalt ni underleverandører under hovedleverandøren. Tre av underleverandørene er organisert horisontalt i første kontraktsledd under hovedleverandøren, mens seks av underleverandørene er organisert i andre ledd. Krav om maksimalt to kontraktsledd under hovedleverandøren, medfører at underleverandører i annet ledd, ikke kan støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter i et eventuelt tredje kontraktsledd for å oppfylle egen kontraktmessige forpliktelse. Jeg kommer i avsnitt 2.4.2 tilbake til hvilke underliggende interesser som gjør at kontraktskjeder organiseres vertikalt.

### 1.3 Rettskilder og metode

Anskaffelsesretten er et rettsområde preget av EU/EØS-retten, gjennom implementeringen av EØS-avtalen og EUs anskaffelsesdirektiver. Dette reiser EU/EØS-rettslige spørsmål knyttet til juridisk metode og gjennomføringsforpliktelser. Generelle metodiske problemstillinger tilknyttet dette og grunnleggende anskaffelsesrett, forutsettes kjent i oppgaven.<sup>16</sup> Oppgaven reiser også andre metodiske utfordringer, som nødvendigvis gjør visse forbehold og forutsetninger. Disse vil adresseres underveis i oppgaven. I det følgende vil det redegjøres kort for de mest sentrale rettskildene for oppgavens problemstilling.

Traktaten om den europeiske unions virkemåte («TEUV») inneholder ingen materielle bestemmelser som direkte gjelder offentlige anskaffelser av relevans for oppgaven.<sup>17</sup> TEUV konstituerer imidlertid grunnleggende prinsipper, som offentlige innkjøpere må overholde under gjennomføringen av anskaffelser, forutsatt at det foreligger en grenseoverskridende interesse.<sup>18</sup> Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen») gjennomfører bestemmelser om fri bevegelse i TEUV til norsk rett, jf. EØS-loven § 1.<sup>19</sup> Som en hovedregel vises det i oppgaven til EØS-avtalens bestemmelser, hvor disse samsvarer med TEUV.

EU-direktiv 2014/24/EU (heretter «direktiv 2014/24») kommer til anvendelse for offentlige innkjøp av varer, tjenester og bygge- og anleggskontrakter av nærmere angitt art, hvor

---

<sup>16</sup> Norske standardverk om EU/EØS-rettslige problemstillinger inkluderer: Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mahtisen, *EØS-rett*, 3. utg. Bergen 2018., Fredrik Sejersted, *EØS-rett*, 3. utg., Oslo 2011., og Finn Arnesen m.fl., *Agreement on the European economic area : a commentary*. Oslo 2018.

<sup>17</sup> Særskilte reguleringer av offentlige anskaffelser i traktaten består av TEUV art. 179 nr. 2. og art. 199 nr. 4. om EUs industripolitikk og kontrakter finansiert av EU.

<sup>18</sup> Sak C-324/98 *Teleaustria* avsnitt 60 og sak C-458/03 *Parking Blixen* avsnitt 46-48.

<sup>19</sup> Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) heretter («EØS-loven»).



kontraktens verdi overstiger terskelverdiene angitt i artikkel 4, jf. art. 1, og er bindende for alle «ordregivende myndigheter». Etter direktiv 2014/24 art. 2 nr. 1 omfatter begrepet «ordregivende myndighet» alle offentlige myndigheter, herunder stat, regionale og lokale myndigheter. De mest sentrale reglene for oppgaven er direktiv 2014/24 art. 18, 70 og 71. Også direktivets fortale kaster lys over den rettslige adgangen til å fastsette kontraktsvilkår. Fortalenes punkter 1, 41, 78, 104 og 105 kommer jeg derfor innom ulike steder i oppgaven.

EU-direktiv 2014/23/EU (konsesjoner) og 2014/25/EU (forsyning) er også rettsakter av betydning for anskaffelsesretten, men vil av plasshensyn ikke behandles i oppgaven.<sup>20</sup>

Rettspraksis fra EU-domstolen har stor rettskildemessig verdi. Som en hovedregel henvises det til avgjørelsene i fotnoter, med mindre det er nødvendig å kommentere nærmere om sakens faktum eller domstolens begrunnelse. Begrensninger av antall underledd er etter min kjennskap ikke utbredt i andre EU-land, og har ikke vært tema for EU-domstolen tidligere. EU-domstolen har imidlertid behandlet flere saker med tilgrensende problemstillinger av relevans for oppgavens tema. En av hovedutfordringene i oppgaven er derfor å analysere relevansen og overføringsverdien fra uttalelser i saker som gjelder andre kontraktsvilkår enn krav som begrenser antall underledd. Avgjørelsene av størst betydning for besvarelsen er: sak *C-63/18 Vitali*, sak *C-402/18 Tedeschi* og sak *C-395/18 Tim*.

Lov om offentlige anskaffelser («anskaffelsesloven») og forskrift om offentlige anskaffelser («anskaffelsesforskriften») gjennomfører direktiv 2014/24 i norsk rett.<sup>21</sup> Anskaffelsesloven gjelder som en hovedregel for alle anskaffelser over 100 000 kroner.<sup>22</sup> Av betydning for oppgaven er særlig lovens overordnede formål og generelle prinsipper, jf. anskaffelsesloven §§ 1 og 4. Anskaffelsesforskriften er inndelt i fem deler, og er en blanding av norske- og EU-regler. Det er anskaffelsesforskriften del 3 som gjennomfører direktiv 2014/24 i norsk rett, og det er derfor disse reglene som behandles i oppgaven. Norske forarbeider og veiledere har ikke egen rettskildemessig verdi ved fastleggelsen av det EØS-rettslige handlingsrommet, men henvises til for opplysningsverdi og illustrasjoner flere steder i oppgaven.

Alle uthevninger i oppgaven er mine egne. Dette er også tilfellet for siterte rettskilder.

---

<sup>20</sup> Direktiv 2014/23/EU art. 43 og direktiv 2014/25/EU art. 82 og 83 inneholder tilsvarende regler om underleverandører og gjennomføring av konsesjon/kontrakt som direktiv 2014/24/EU art. 70 og 71.

<sup>21</sup> EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 av 29. april 2016 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVI.

<sup>22</sup> Anskaffelsesloven § 2.

## 2 Rettslig handlingsrom under EØS-retten

I denne delen av oppgaven analyseres de rettslige grenser under EØS-retten. Slutningene fra denne delen brukes for å besvare problemstillingene i kapittel 3.

Hvor den offentlige anskaffelsen omfattes av direktiv 2014/24, må vurderingen av det rettslige handlingsrommet vurderes ut ifra direktivets bestemmelser og generelle prinsipper.<sup>23</sup> EØS-avtalens regler om fri bevegelse og prinsippene avledet derfra vil imidlertid utgjøre bakgrunnsretten, og har derfor betydning for tolkningen av direktivet.<sup>24</sup>

Reguleringene i direktiv 2014/24 må videre tolkes ut ifra sitt formål og kontekst.<sup>25</sup> Det overordnede målet med direktivet, er ifølge EU-domstolen «å skape et marked for offentlige anskaffelser, som overholder de fire friheter og prinsippene avledet derfra, da særlig prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering, proporsjonalitet og gjennomsiktighet, og dermed sikrer at offentlige anskaffelser åpnes for konkurranse.»<sup>26</sup> En rettferdig konkurranse med størst antall tilbydere, hvor EU-rettens grunnleggende prinsipper blir overholdt, skal sikre målsettingen om effektiv utnyttelse av offentlig midler og økt velferd.<sup>27</sup>

Kapittel 2 er delt inn i fem delkapitler. I kapittel 2.1 og 2.2. undersøkes det rettslige handlingsrommet til å regulere bruken av underleverandører etter direktiv 2014/24 artikkel 70 – som angir de generelle kravene for kontraktskrav – og artikkel 71 – som er en nærmere regulering av underleverandører. Kapittel 2.3 gir en oversikt over de anskaffelsesrettslige prinsippene. Mens kapittel 2.4 og 2.5 går nærmere inn på prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet, og deres betydning for adgangen til å regulere antall underledd. Særlig proporsjonalitetsprinsippets betydning for adgangen til å regulere antall underledd gis stor plass i gjennomgangen. Kapittel 2.5 er derfor inndelt i fem underavsnitt.

---

<sup>23</sup> Se til sammenligning C-402/18 *Tedeschi* og C-63/18 *Vitali*.

<sup>24</sup> Fortalens punkt 1 og sak C-31/87 *Beentjes* avsnitt 29. Om forholdet mellom TEUV og anskaffelsesdirektivene, se Maria Anna Corvaglia, *Public procurement and labour rights: towards coherence in international instruments of procurement regulation*, vol. 17. Oxford 2017, s. 154.

<sup>25</sup> Generelt om formål og kontekst ved tolkning av EØS-rettens sekundærrett, se Fredriksen & Mathisen (2018) s. 298-311.

<sup>26</sup> Sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 23, med videre henvisninger til direktiv 2014/24 fortale punkt 1 (min oversettelse).

<sup>27</sup> EU-kommisjonen, *15 Grønbog om modernisering av EU's politik for offentlige indkjøp Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkjøp («COM 2011»)* s. 4 og NOU 2010: 2 – håndhevelse av offentlige anskaffelser s. 47.

## 2.1 Generelle krav til kontraktklausuler – artikkel 70

Det følger av direktiv 2014/24 art. 70 at:

De ordregivende myndigheter kan fastsette særlige betingelser vedrørende gjennomførelsen af en kontrakt, hvis de er **forbundet med kontraktens genstand** som omhandlet i artikkel 67, stk 3, og **anført i innkaldelsen af tilbud eller udbudsdokumenterne**. Disse betingelser **kan omfatte** økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn.

Ut fra bestemmelsen kan det utledes to vilkår av betydning. For det første må betingelsene i den offentlige kontrakten være «forbundet med kontraktens genstand». Det gjelder derfor et krav om tilknytning mellom kontraktvilkårene og arbeidet som skal utføres i kontrakten.<sup>28</sup> For det andre må vilkårene være beskrevet i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Offentlige myndigheter har utover disse to vilkårene et betydelig handlingsrom til å fastsette kontraktskrav, så lenge de anskaffelsesrettslige prinsippene overholdes.

Hensynene som nevnes i direktiv 2014/24 art. 70 – økonomiske, innovasjonsrelaterede, miljømæssige, sosiale og arbeidsrelaterede hensyn<sup>29</sup> – dekker et rikt antall av tenkelige betingelser.<sup>30</sup> Ordlyden «kan omfatte» tolket i lys av EU-lovgivers bruk av ordet «kan» i direktiv 2014/24, tilsier videre at de opplistede hensynene ikke er uttømmende. Under det tidligere anskaffelsesdirektivet – EU-direktiv 2004/18/EF – fulgte det av EU-domstolens praksis at den rettslige grensen for hvilke legitime formål som kan begrunne kontraktskrav i offentlige kontrakter, skulle bedømmes på grunnlag av den primære EU-retten.<sup>31</sup> Det er etter min kjennskap ikke rettspraksis hvor EU-domstolen vurderer den rettslige grensen for hvilke hensyn som kan begrunne kontraktskrav etter direktiv 2014/24. Tatt i betraktning at opplistingen av hensynene i artikkel 70 etter en naturlig ordlydsfortolkning ikke er uttømmende, må det imidlertid antas at den primære EU-retten også utgjør den rettslige rammen for hvilke hensyn som kan begrunne kontraktskrav i artikkel 70.<sup>32</sup> Dette innebærer at

---

<sup>28</sup> Om kravet til tilknytning, se sak C-513/99 *Concordia Bus* avsnitt 64-65, sak C-448/01 *Wienstrom* avsnitt 66-71 og sak C-358/10 *Max Havelaar* avsnitt 86. Se også Abby Semple, *The link to the subject matter: A glass ceiling for sustainable public contracts?* Cambridge University Press, Cambridge 2015, s. 50-74, som redegjør nærmere om tilknytningskravet under direktiv 2014/24.

<sup>29</sup> Ordet «beskæftigelsesrelaterede» oversettes til arbeidsrelaterede hensyn. Se den engelske versjonen av direktivet art. 70 hvor begrepet «employment-related issues» brukes.

<sup>30</sup> Eksempler på aktuelle krav fremkommer av direktivets fortale punkt 94 og 97-99.

<sup>31</sup> Se sak C-115/15 *RegioPost* avsnitt 59 og sak C-549/13 *Bundesdruckerei* avsnitt 28.

<sup>32</sup> Om den nærmere grensen til å fastsette kontraktskrav er det relevant å se hen til reglene om EU's verdigrunnlag (TEUV art. 2), EU's formål (TEUV art. 3) og de alminnelige bestemmelsene i TEUV art. 8-12 som definerer ulike målsettinger ved konsolideringen av traktaten.

EU-domstolens avgjørelser om hvilke hensyn som kan begrunne begrensninger i reglene om fri bevegelse etter TEUV, også vil utgjøre den rettslige grensen for hvilke hensyn som kan begrunne kontraktskrav under artikkel 70. Som det redegjøres for nærmere i avsnitt 2.5.3 vil begrensninger i antall underledd kunne begrunnes i kontrollformål eller kontraktens korrekte gjennomføring, hvorav begge er legitime hensyn etter EU-domstolens praksis.

*Vilkåret om at kontraktskrav skal fremgå av anskaffelsesdokumentene* er et formelt krav, og sikrer forutsigbarhet og likebehandling.<sup>33</sup> Som det følger av EU-domstolen i *RTS* skal alle betingelser og bestemmelser formuleres «klart, præcist og utvetydige».<sup>34</sup> Ved at alle kontraktskrav fremgår av anskaffelsesdokumentene sikrer dette at alle aktører som *kan* være interessert i anskaffelsen, gis like muligheter ved utforming av tilbud.<sup>35</sup> Hvordan prinsippet om likebehandling påvirker utforming av kontraktskrav drøftes nærmere i kapittel 2.4.

*Vilkåret om tilknytning til kontraktsgjenstanden* skal etter direktiv 2014/24 art. 70 tolkes på samme måte som det tilsvarende vilkår i artikkel 67 nr. 3, hvor det heter at tildelingskriterier regnes å være «forbundet» med kontrakten hvor kriteriet «relaterer seg til de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus.»<sup>36</sup>

Definisjonen av «livscyklus» følger av direktivet art. 2 nr. 1 avsnitt 20. For utførelse av en bygge- og anleggskontrakter vil livssyklusen være «alle fortløpende og/eller sammenhengende faser [...] der det skal utføres [...] bygge- og anlægsarbeidet.»

Vilkåret om at kontraktskravet må «relatere seg til [...] der skal leveres i henhold til kontrakten», innebærer at kontraktskravet ikke kan gjelde leverandørens utførelse av andre kontrakter.<sup>37</sup> Det innebærer også at kravet ikke kan relatere seg til «en virksomheds generelle politikk».<sup>38</sup> De oppgitte hensynene som et kontraktskrav forfølger må derfor være individualisert til å gjelde oppfyllelsen av den kontraktsmessige forpliktelsen i den enkelte anskaffelsen.

---

<sup>33</sup> Forente saker C-25/14 og C-26/14 *UNIS* avsnitt 38. Ordet «anskaffelsesdokumentene» brukes som en samlebetegnelse for kunngjøringen og konkurransegrunnlaget i likhet med FOA § 4-2 bokstav b.

<sup>34</sup> Sak C-387/19, *RTS* Avsnitt 34.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Se også fortalens punkt 104 første avsnitt.

<sup>37</sup> Se sak C-448/01 *Wienstrom*. Saken gjaldt et tildelingskriterium som gav uttelling for produksjonen av fornybar energi utover kontraktsvolumet. Kriteriet belønnet derfor levering av strøm i andre kontrakter. EU-domstolen kom til at tilknytningskravet derfor ikke var oppfylt.

<sup>38</sup> Se direktiv 2014/24 fortale punkt 104 første avsnitt og punkt 97 andre avsnitt.

Som EU-lovgiver viser gjennom hensynene opplistet i fortalens punkt 98 vil imidlertid tilknytningskravet være oppfylt for krav begrunnet i generelle hensyn, selv om hensynene relaterer seg til faktorer som ikke innvirker på det materielle innholdet i kontrakten.<sup>39</sup>

Kontraktskrav kan derfor også omfatte virksomheter som indirekte bidrar til oppfyllelse av en offentlig kontrakt.<sup>40</sup> Eksempler på slike virksomheter i bygge- og anleggskontrakter er blant annet leverandører som gjennomfører prosjektering, rådgivning og utleie av materiell.

Oppsummert gir direktiv 2014/24 art. 70 oppdragsgiver et vidt handlingsrom til å fastsette kontraktskrav i forbindelse med den enkelte kontrakt. De positive vilkårene som kan utledes av bestemmelsen utgjør ikke en betydelig rettslig skranke for oppdragsgivers handlingsrom til å begrense antall kontraktsledd i leverandørkjeden. Kravet kan gjelde alle aktører som bidrar til oppfyllelse av den aktuelle kontrakten, men kan ikke relatere seg til den generelle driften eller organiseringen av leverandørkjeden i andre kontrakter.

## 2.2 Direktiv 2014/24 artikkel 71

Mens direktiv 2014/24 art. 70 angir kravene for å oppstille kontraktsvilkår på generelt grunnlag, er artikkel 71 en nærmere regulering av underleverandører i offentlige anskaffelser.

Bestemmelsen inneholder ingen regler om organisering av leverandørkjeden. Imidlertid inneholder den en rekke andre tiltak som *skal* eller *kan* gjennomføres vis-a-vis underleverandører, se direktiv 2014/24 art. 71 nr. 2-8. De ulike bestemmelsene er nokså detaljerte og omfattende. Av den grunn er det ikke hensiktsmessig å gjengi vilkårenes innhold i sin helhet. Nedenfor gis det derfor en komprimert og grovmasket fremstilling av noen av tiltakene etter artikkel 71, som *kan* (rett) eller *skal* (plikt) iverksettes overfor underleverandører i offentlige kontrakter, der formålet er å sikre transparens.

*Før kontraktsinngåelse* er det særlig retten og plikten til å kreve informasjon om underleverandører som er aktuelle krav. Etter *art. 71 nr. 5* har oppdragsgiver en *plikt* til å kreve nærmere bestemte kontaktopplysninger om underleverandører som står i et direkte kontraktsforhold med hovedleverandøren for bygge- og anleggskontrakter og

---

<sup>39</sup> Fortalens punkt 98 lister blant annet opp: «likestilling mellom kvinner og menn på arbeidsplassen, øke kvinners deltakelse i arbeidsmarkedet, skape balanse mellom arbeidsliv og privatliv, fremme beskyttelse av miljø eller dyrevelferd, overholde substansen i ILO-konvensjoner og ansette flere dårligere stilt personer [(min oversettelse)]», som aktuelle krav. Se også fortalens punkt 104 første avsnitt hvor det heter at tilknytningskravet «omfatter alle faktorer i den spesifikke prosess, levering eller markedsføring [(min oversettelse)].»

<sup>40</sup> Se også til sammenligning sak C-368/10 *Max Havelaar* avsnitt 89-91.

tjenestekontrakter, der kontrakten utføres ved et anlegg under oppdragsgivers kontroll. Oppdragsgiver skal også kreve at hovedleverandøren varsler om endringer i underleverandørforhold. Informasjonskravet *kan* også utvides til andre offentlige kontrakter. Tilsvarende kan ansvaret utvides til å omfatte underleverandører i andre underledd eller lengre nede i underleverandørkjeden. Etter *art. 71 nr. 2* har offentlige myndigheter videre en *rett* til å kreve at hovedleverandøren angir hvilke deler av den kontraktsmessige forpliktelsen underleverandører skal gjennomføre og hvilke aktører som foreslås. En nødvendig følge av retten og plikten til å kreve informasjon er også retten til å undersøke dokumentasjon og sertifikater hos underleverandører. Denne retten følger av *art. 71 nr. 6 bokstav b*. Formålet med informasjons- og undersøkelsesbestemmelsene er å kontrollere om det foreligger avvisningsgrunner som rammer aktuelle leverandører, jf. direktiv 2014/24 art. 57.

*Etter kontraktsinngåelse* vil kontroll over underleverandørkjeden kunne forbedres gjennom retten til å føre kontroller og undersøkelser av informasjonskravene nevnt ovenfor, jf. *art. 71 nr. 6 bokstav b*. Et generelt preventivt tiltak som følger av *art. 71 nr. 6 bokstav a* er retten til å fastsette krav eller regler om solidaransvar mellom hoved- og underleverandører.<sup>41</sup> Forutsatt at kravet har hjemmel i nasjonal lovgivning kan medlemsstater med hjemmel i *art. 71 nr. 7*, utøve et betydelig skjønn til å fastsette strenge ansvarsregler mellom leverandører.

Spørsmål som er relevant for oppgavens problemstilling er hvilken betydning tiltakene opplistet i artikkel 71 har for offentlige myndigheters adgang til å fastsette kontraktskrav.

Etter direktiv 2014/24 art. 71 nr. 1 og nr. 6 heter det at offentlige myndigheter har en plikt til å treffe «passende foranstaltninger» for å sikre at underleverandører overholder forpliktelsene i direktiv 2014/24 art. 18 nr. 2. Det kan imidlertid ikke utledes noe nærmere rettslig innhold etter ordlyden av hva som ligger i denne plikten.<sup>42</sup> EU-domstolen har videre uttalt i *Vitali* at tiltakene i artikkel 71 ikke er til hinder for at:

medlemsstaterne i deres nationale lovgivning frit kan fastsette regler, som på visse punkter er strengere end dem, som vedrørende underentreprise er fastsat i direktivet, forudsatt at disse førstnevnte regler er forenelige med EU-retten.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Strengere ansvarsregler er også fremhevet som et særlig tiltak for å sikre «compliance» i underleverandørkjeden, se EU-direktiv 2007/66/EF («håndhevingsdirektivet») art. 12.

<sup>42</sup> For en nærmere gjennomgang, vises det til Generaladvokatens gjennomgang av bestemmelsen i sak C-395/18 (opinion) *Tim* avsnitt 50-66 med videre henvisninger.

<sup>43</sup> Sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 33.

Tilsvarende «frihet» til å stille krav må også gjelde for den enkelte oppdragsgiver. Skal- og kan-tiltakene som følger av artikkel 71 nr. 2-7, begrenser derfor ikke nasjonale myndigheters rettslige handlingsrom til å vurdere hva som er passende tiltak for å overholde forpliktelsene etter artikkel 18. nr. 2, så lenge kravene er forenlige med EU-retten.

Oppsummert begrenser ikke direktiv 2014/24 art. 71 offentlige myndigheters rettslige handlingsrom til å regulere antall underledd i offentlige kontrakter, utover de positive vilkårene som følger av artikkel 70. Bestemmelsen anerkjenner det legitime behovet medlemsstater og oppdragsgivere har til å regulere underleverandører, men er ikke en uttømmende regulering.<sup>44</sup> Som vist til ovenfor i sak C-63/18 *Vitali* må derimot tiltakene være «forenlige med EU-retten.» EU-retten kan i denne sammenheng både være anskaffelsesrettslige prinsipper eller øvrige traktat- og direktivfestede rettigheter.

I tidligere avgjørelser har EU-domstolen uttalt at retten til å fastsette kontraktskrav ikke kan hindre tilbudsgivers rett til å støtte seg på underleverandører.<sup>45</sup> I direktiv 2014/24 følger denne retten av artikkel 63 nr. 1. Denne rettigheten begrenses imidlertid ikke av krav som regulerer antall underledd så lenge underleverandører fritt kan organisere seg horisontalt under hovedleverandøren.<sup>46</sup> Retten til å støtte seg på underleverandører etter artikkel 63 er derfor ikke en aktuell rettslig skranke for kontraktskrav som begrenser antall underledd.

Sammenfattet begrenser ikke direktiv 2014/24 art. 71 eller art. 63 retten til å regulere antall underledd utover vilkårene om tilknytning og angivelse i anskaffelsesdokumentene som følger av artikkel 70. Det aktuelle vurderingstemaet videre i oppgavens generelle del, blir derfor hvilke rettslige grenser som kan utledes av de anskaffelsesrettslige prinsippene.

---

<sup>44</sup> Se også i denne retningen Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement : regulation in the EU and UK: vol. 2*, tredje utg., London 2018, s. 723-724.

<sup>45</sup> Se sak C-94/12 *Swm Costruzioni*, sak C-176/98 *Holst Italia* og sak C-406/14 *Wrocław*. I *Wrocław* gjaldt saken retten til å støtte seg på kapasiteten til underleverandører etter direktiv 2004/18/EC art. 25 og art. 48 nr. 3 (nåværende direktiv 2014/24 art. 63). EU-domstolen kom til at kontraktsbetingelser som regulerer bruken av underleverandører ikke kan stride mot denne retten. EU-domstolen tok imidlertid ikke stilling til om en innskrenkning av denne rettigheten kan være *nødvendig* for å oppnå tilstrekkelig transparente leverandørkjeder, se til sammenligning sak C-64/18 *Vitali* og sak C-402 *Tedeschi*. Som EU-domstolen fremhevet i sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 86 flg., innskrenker direktiv 2014/24 art. 63 (1) retten til å støtte seg på underleverandørers kapasitet sammenlignet med tidligere anskaffelsesdirektiver. EU-domstolens metodiske tilnærming i *Vitali* og *Tedeschi*, hvor proporsjonalitetsprinsippet utgjør den rettslige skranken, mens direktiv 2014/24 art. 63 (1) er et tolkningsmoment i denne vurderingen, må derfor anses som en *metodisk* og *materiell* endring fra EU-domstolens vurderinger i *Wrocław* og tidligere avgjørelser med lignende problemstillinger.

<sup>46</sup> Som det kommer til uttrykk sak C-314/01 *Siemens AG* avsnitt 46, forutsetter en påberopelse av tredjepart sin kapasitet at leverandøren kan dokumentere rådighet over tredjeparts ressurser, noe som normalt forutsetter et direkte kontraktsforhold mellom leverandør og tredjepart.

## 2.3 Anskaffelsesrettslige prinsipper – en oversikt

De anskaffelsesrettslige prinsippene kommer til uttrykk i direktiv 2014/24 art. 18 nr. 1 og 2. Prinsippene kommer til anvendelse for alle anskaffelser omfattet av direktivet, og er bindende for offentlige myndigheter under «hele proceduren». Ordet «prinsipp» kan, som det heter i overskriften til artikkel 18, forstås som «generelle regler» for gjennomføring av en offentlig anskaffelse. Prinsippene kan både være en selvstendig rettslig skranke for gjennomføringen av anskaffelsen, i tillegg til å være momenter ved tolkningen av enkeltbestemmelser.<sup>47</sup>

Artikkel 18 nr. 1 gir uttrykk for prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering, gjennomsiktighet og proporsjonalitet.<sup>48</sup> Som det følger av fortalens punkt 1 skriver disse prinsippene seg fra den primære EU-retten, og skal fortolkes «i overensstemmelse» med EU-domstolens praksis knyttet til de fire friheter, og prinsippene avledet derfra.<sup>49</sup> I tillegg følger det av artikkel 18 nr. 1 en plikt om at offentlige kontrakter ikke skal «utformes med det formål at udelukke dette fra [direktiv 2014/24] eller kunstigt innskranke konkurransen.»<sup>50</sup>

Artikkel 18 nr. 2 fastslår at medlemsstater treffer «passende forholdsregler» for å sikre at økonomiske aktører i forbindelse med gjennomføringen av en offentlig kontrakt overholder miljø-, sosial- og arbeidsmiljølovgivning. Det følger av EU-domstolen i *Tim* at dette er å anse som et anskaffelsesrettslig prinsipp på samme måte som prinsippene i artikkel 18 nr. 1.<sup>51</sup> Prinsippet som kommer til uttrykk i artikkel 18 nr. 2, har imidlertid begrenset selvstendig betydning for oppdragsgivers rettslige handlingsrom til å fastsette kontraktskrav. At økonomiske aktører skal overholde relevant lovgivning i forbindelse med en offentlig kontrakt, kan allerede forankres i likebehandlingsprinsippet.<sup>52</sup> Begrepet «passende

---

<sup>47</sup> Prop.51 L (2015-2016), *Lov om offentlige anskaffelser*, s. 81.

<sup>48</sup> Arrowsmith (2014) s. 276-278, har kritisert implementeringen av gjennomsiktighetsprinsippet i direktiv 2014/24. Innvendingene har imidlertid ikke betydning for oppgavens problemstilling.

<sup>49</sup> Se fortalens punkt 1. Se også generelt: Grith Skovgaard Ølykke, Ruth Nielsen. *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 2. utg., København 2017, s. 85-132.

<sup>50</sup> Dette er i LOA § 4 omtalt som konkurranseprinsippet, Se Prop. 51 L (2015-2016) s. 82. Selv om et prinsipp om konkurranse kommer til uttrykk i direktiv 2014/24 art. 18 nr. 1, har det i juridisk litteratur vært omstridt hvilke rettslige plikter som kan utledes av et slikt prinsipp. Generaladvokaten har i sak C-247/02 (opinion) *Sintesi* avsnitt 33-40 har uttalt generelt at konkurranseprinsippet har tre ulike funksjoner. Albert Sanchez-Graells, *Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?* European public law, vol. 22 (2) 2016, s. 377-394., argumenterer på sin side at prinsippet om konkurranse og dets funksjon er mer begrenset, og at prinsippet kun utgjør er ett av flere momenter i tolkningen av proporsjonalitetsprinsippet, og ikke en selvstendig rettslig skranke for offentlige myndigheters adgang til å fastsette krav og kriterier i anskaffelser under direktiv 2014/24.

<sup>51</sup> Sak C-395/18 *Tim* avsnitt 38.

<sup>52</sup> En plikt til å forholde seg til minimumskravene etter nasjonal arbeidsmiljølovgivning kan videre forankres i Rådets Forordning (EF) Nr. 593/2008 («Roma 1») art. 8.



forholdsregler» er etter en naturlig ordlydstolkning tilsvarende begrepet «passende foranstaltninger», som EU-lovgiver bruker i direktiv 2014/24 art. 71 nr. 1 og 6. Som det er redegjort for tidligere i kapittel 2.2 kan det ut ifra ordlyden ikke utledes positive plikter vedrørende hvilke tiltak som er *passende* for å sikre overholdelse av relevant lovgivning.<sup>53</sup>

EU-domstolens avgjørelser om krav som begrenser underleverandørers adgang til offentlige kontrakter, viser at det særlig er prinsippet om proporsjonalitet som har relevans for det rettslige handlingsrommet til å fastsette kontraktskrav.<sup>54</sup> Videre stiller likebehandlings- og gjennomskiktighetsprinsippet krav til klarhet og etterlevelse av betingelsene som stilles. Prinsippene vil gjennomgå nærmere i kapittel 2.4 og 2.5.

EU-domstolen har i tidligere avgjørelser også vist til ikke-diskrimineringsprinsippet som en rettslig skranke for krav eller kriterier som diskriminerer på grunnlag av nasjonalitet.<sup>55</sup> Et eksempel på dette er *Storebælt*, hvor det var stilt som betingelse i en bygge- og anleggskontrakt at det i størst mulig omfang skulle anvendes danske materialer, konsumvarer og dansk arbeidskraft. Et slikt krav favoriserte danske tilbydere over virksomheter med tilhørighet i andre land, og EU-domstolen kom av disse grunner til at betingelsene var ulovlige.<sup>56</sup> Etter EU-rettens regler om fri bevegelighet er det derimot i utgangspunktet ikke et absolutt forbud mot diskriminerende tiltak så lenge disse forfølger objektive formål og er proporsjonale.<sup>57</sup> En interessant diskusjon etter EU-domstolens praksis, er i hvilken utstrekning legitime hensyn kan begrunne kontraktskrav som diskriminerer på grunnlag av nasjonalitet under direktiv 2014/24.<sup>58</sup> Denne problemstillingen aktualiserer seg imidlertid ikke for krav som begrenser antall underledd.<sup>59</sup> Med Covid-19 pandemien som bakteppe, hvor EU-medlemsstater opplever stor finansiell usikkerhet der mange virksomheter har behov for økonomisk stimuli for å overleve, er imidlertid dette et aktuelt tema for videre forskning.

---

<sup>53</sup> Se i samme retning, Arrowsmith (2014) s. 722-723 og Barnard (2017) s. 22-23.

<sup>54</sup> Se sak C-63/18 *Vitali*, sak C-298/15 *Borta* og sak C-94/12 *Swm Costruzioni 2*.

<sup>55</sup> Ølykke og Nielsen (2017) s. 112-113.

<sup>56</sup> Sak C-243/89 *Storebælt*. Et annet eksempel hvor ikke-diskrimineringsprinsippet oppstilles som en skranke for hvilke krav og kriterier i offentlige kontrakter, er sak C-513/99 *Concordia Bus* avsnitt 63-69.

<sup>57</sup> Om det lovfestede og ulovfestede unntak fra nasjonalitetsdiskriminerende restriksjoner i fri bevegelighet, se (Sejersted, 2011) s. 445-456. Nærmere om diskriminerende restriksjoner i anskaffelsesrettslig sammenheng, se (Ølykke & Nielsen, 2017) s. 711 flg.

<sup>58</sup> EU-domstolen virker å oppstille ikke-diskriminering som en absolutt skranke for kontraktskrav i sak C-115/14 *RegioPost* avsnitt 56. Saken gjaldt imidlertid direktiv 2004/18 og baserte seg i stor grad på uttalelser i direktivets fortale som er endret under direktiv 2014/24. I litteraturen har Barnard (2017) s. 22 med videre henvisninger, argumentert for at kontraktskrav som er indirekte diskriminerende kan aksepteres i visse tilfeller. Arrowsmith (2018) s. 741 flg., argumenterer i samme retning, men holder i fravær av avklarende EU-domstolspraksis, spørsmålet noe åpent.

<sup>59</sup> Se avsnitt 2.5.2.

## 2.4 Prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet

Likebehandlingsprinsippet er et grunnleggende prinsipp i EU-retten, så vel som i anskaffelsesretten. EU-domstolen har uttalt at likebehandlingsprinsippet skal sikre at like tilfeller ikke skal behandles ulikt, og at ulike tilfeller ikke skal behandles likt, med mindre en slik forskjellsbehandling er objektivt begrunnet.<sup>60</sup>

Gjennomsiktighetsprinsippet er på sin side avledet fra likebehandlingsprinsippet. For å ivareta prinsippet om likebehandling skal det sikres en «passende grad af offentlighet» under gjennomføringen av offentlige anskaffelser.<sup>61</sup> Målet med gjennomsiktighetsforpliktelsene er å oppnå like konkurransevilkår, i tillegg til å unngå risiko for favorisering og vilkårlighet.<sup>62</sup>

Det er derfor en indre sammenheng mellom forpliktelsene som kan utledes av henholdsvis gjennomsiktighets- og likebehandlingsprinsippet. For å sikre en passende grad av offentlighet, må kontraktsvilkårene utformes tilstrekkelig klart. I *RTS*, som gjaldt retten til å avvise leverandører som var skyldig i «alvorlige forsømmelse», uttalte EU-domstolen på generelt grunnlag at:

gennemsiktighetsforpliktelsen innebærer, at **samtligte betingelser og bestemmelser** i forbindelse med tildelingsprosedyren skal formuleres **klart, præcist og utvetydigt** i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at **alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige økonomiske aktører kan forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde**.<sup>63</sup>

Alle betingelser og unntak av betydning for å forstå kravets nøyaktige rekkevidde skal derfor fremgå av konkurransegrunnlaget og oppfylle kravene til klarhet som nevnt.<sup>64</sup> Kravene skal videre ikke være utformet slik at leverandører med like forutsetninger blir behandlet ulikt. For å sikre at like tilfeller behandles likt, har oppdragsgivere videre en plikt til følge selvpålagte

---

<sup>60</sup> Sak C-810/79 *Überschär* avsnitt 16, sak C-21/03 *Fabricom SA* avsnitt 27 og sak E-24/13 *Wolfgang Egge* avsnitt 55.

<sup>61</sup> Forente saker C-25/14 og C-26/14 *UNIS* avsnitt 39. Prinsippet kommer også til anvendelse utenfor direktivets virkeområde, se sak C-324/98 *Telaustria* avsnitt 60.

<sup>62</sup> Se sak C-599/10 *Slovensko* avsnitt 25, sak C-561/12 *Nordecon* avsnitt 36 og sak C-278/14 *EFSS* avsnitt 26. Samtidig må kravene til offentlighet tolkes i lys av de overordnede formålene om markedsintegrasjon og effektiv utnyttelse av samfunnet ressurser. Ulike krav til transparens gjelder for anskaffelser av mindre verdi, sammenlignet med større anskaffelser. Noe som blant annet reflekteres i ulike regler for kunngjøring for kontrakter av ulik verdi, se anskaffelsesforskriften § 5-3, jf. § 5-1.

<sup>63</sup> Sak C-387/19, *RTS infra BVBA, mod Vlaamse Gewest* avsnitt 35. Se også sak C-368/10 *Max Havelaar* avsnitt 88 og sak C-6/20 (opinion) avsnitt 25.

<sup>64</sup> Se til sml. sak E-9/11 *ESA mot Norge* avsnitt 99 og sak C-171/15 *Connexion Taxi Services*,

kontraktskrav og tolke og anvende disse reglene likt gjennom hele prosessen, i samsvar med hvordan en rimelig informert og normalt forstandig tilbyder vil tolke de samme kravene.

*Før kontraktsinngåelse* vil oppdragsgiver derfor *kunne* ha plikt til å avvise leverandører som ikke har til hensikt å oppfylle det som etter en naturlig språklig forståelse er et absolutt kontraktsvilkår.<sup>65</sup> Der manglende avvisning har hatt betydning for tildelingen av offentlige kontrakter vil skadelidte leverandører kunne ha krav på erstatning.<sup>66</sup>

*Etter kontraktsinngåelse*, følger det av læren i *Presstext*, kodifisert i direktiv 2014/24 art. 72, at manglende håndheving av absolutte kontraktsvilkår fra oppdragsgiver vil *kunne* utgjøre en vesentlig endring, og dermed utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.<sup>67</sup> Oppdragsgiver vil i slike tilfeller risikere å få rettet krav mot seg av andre leverandører, dersom ikke endringen kan begrunnes under artikkel 72 og oppdragsgiver ikke kan påberope unntak fra kunngjøringsplikten, se direktiv 2014/24 art. 31, jf. art. 73 andre ledd.<sup>68</sup>

Oppsummert krever prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet at kontraktskravene er tilstrekkelig presist og klart utformet i forkant av kunngjøringen. De samme prinsippene krever at oppdragsgiver overholder selvpålagte krav under konkurransen. Det samme gjelder etter kontraktsinngåelse, men med de unntakene som følger av direktiv 2014/24 art. 72.

---

<sup>65</sup> Se til analogi sak C-243/89 *Storebælt*, der EU-domstolen kom til at det forelå en plikt til å avvise det som i realiteten var en *alternativ oppfyllelse* av kontrakten slik beskrevet i konkurransegrunnlaget. Manglende avvisning av leverandører som ikke oppfyller absolutte kontraktsvilkår vil kunne forfordle leverandører som i *spekulasjonsøyemed* leverer tilbud i håp om å ikke bli avvist på grunnlag av opplysninger som ikke er likt tilgjengelig for alle, se til sammenligning sak C-171/15 *Connexion Taxi Services* avsnitt 41-43 og sak C-561/12 *Nordecon*.

<sup>66</sup> Håndhevingsdirektivet art. 2 nr. 1 bokstav c.

<sup>67</sup> Sak C-454/06 *Presstext*.

<sup>68</sup> En vesentlig endring vil utgjøre en «ulovlig direkte anskaffelse». Se til sammenligning sak C-549/14 *Finn Frogne* avsnitt 30. KOFA har også lagt dette til grunn i sak 2015/27 og sak 2020-327 avsnitt 26. Direktiv 2014/24 art. 72 og 31 er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 28-1 og 28-2, mens artikkel 31 er gjennomført i FOA § 13-3 og 13-4. Læren om vesentlige endringer gjelder imidlertid for alle anskaffelser hvor det foreligger en grenseoverskridende interesse, jf. sak C-91/08 *Wall* avsnitt 36-39.

## 2.5 Proporsjonalitetsprinsippet

Proporsjonalitetsprinsippet er et generelt prinsipp innenfor EU-retten, og er en rettslig skranke både for nasjonal lovgiver og offentlige innkjøpere.<sup>69</sup> Prøvingsintensiteten av proporsjonalitetsprinsippet vil imidlertid variere, da prinsippet anvendes ulikt innenfor EU-retten.<sup>70</sup> I det følgende skal jeg drøfte proporsjonalitetsprinsippets betydning for offentlige myndigheters adgang til å regulere antall underledd i offentlige kontrakter.

Overordnet kan proporsjonalitetsvurderingen deles inn i fire stadier.<sup>71</sup> For det første må det undersøkes om tiltaket er begrunnet i legitime formål. For det andre må tiltaket være egnet til å oppnå det legitime formålet. For det tredje om tiltaket er nødvendig for å oppnå formålet. Til slutt må tiltaket være forholdsmessig i snever forstand.

Etter fortalens punkt 41 er «ikke [direktiv 2014/24] til hinder for» at det innføres tiltak «som er nødvendig for at beskytte den offentlige orden, den offentlige sædelighet og den offentlige sikkerhet[.].» Begrepet «offentlige orden» er i den engelske oversettelsen av direktivet beskrevet som «public policy». Under begrepet omfattes også tiltak nødvendige for å sikre overholdelse av nasjonal lover og regler.<sup>72</sup> For det tilfellet et kontraktskrav anses egnet og nødvendig for å kontrollere at underleverandører overholder miljø-, sosial- og arbeidsmiljølovgivning, vil ikke en forholdsmessighetsvurdering (*strictu sensu*) som et utgangspunkt aktualisere seg.<sup>73</sup> Dette må også være tilfellet for kontraktskrav som begrenser antall underledd i leverandørkjeden. Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på denne delen av proporsjonalitetsprinsippet i oppgaven.

### 2.5.1 Forholdet mellom proporsjonalitetsprinsippet og fri bevegelighet

EU-domstolen har i avgjørelser under direktiv 2014/24 forankret proporsjonalitetsprinsippet som en rettslig skranke i artikkel 18 nr. 1.<sup>74</sup> Tilnærmingen til proporsjonalitetsprinsippet

---

<sup>69</sup> Se generelt Tor-Inge Harbo, *The function of proportionality analysis in European law*, (Vol. 8), Leiden 2015, Og Wolf Sauter, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?* The Cambridge yearbook of European legal studies 2013.

<sup>70</sup> Paul Craig og Gráinne de Búrca, *EU law: text, cases, and materials*, 6 utg. Oxford 2015, s 526., og Carl Baudenbacher m.fl. *The Fundamental Principles of EEA Law: EEA-Ities*. Cham 2017, s. 175 med videre henvisninger.

<sup>71</sup> Proporsjonalitetsprinsippet har imidlertid ulike fremstillinger i litteraturen, jf. Baudenbacher m.fl. (2017) s. 175. For en annen fremstilling av prinsippet, se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 119.

<sup>72</sup> Se til sml. sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 35.

<sup>73</sup> EU-domstolen har ikke drøftet forholdsmessighet (*strictu sensu*) i sak C-63/18 *Vitali*, sak C-402/18 *Tedeschi* og sak C-298/15 *Borta*.

<sup>74</sup> Se sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 39 og sak C-546/16 *Montte* avsnitt 38.

synes her å skille seg noe fra enkelte avgjørelser under tidligere anskaffelsesdirektiver, hvor EU-domstolen har tatt utgangspunkt i reglene om fri bevegelse under TEUV og den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn.<sup>75</sup> Proporsjonalitetsprinsippet i direktiv 2014/24 kan imidlertid ikke tolkes i et vakuum, uten hensyn til reglene om fri bevegelse i TEUV og prinsippene avledet derfra.<sup>76</sup> Et bevisst forhold til *hva* som utgjør en restriksjon etter TEUV og de tilsvarende reglene i EØS-avtalen hoveddel er derfor nødvendig.<sup>77</sup> Av disse grunner vil jeg på generelt grunnlag drøfte om begrensninger i antall underledd er en hindring i fri bevegelse etter EØS-avtalen art. 31 og 36. Slutningene fra denne drøftelsen vil utgjøre grunnlaget for den videre proporsjonalitetsvurderingen.

## 2.5.2 Restriksjonsforbudet

Restriksjonsforbudet i EU/EØS-retten er todelt. *For det første* kan det utledes av EØS-avtalen art. 31 og 36 et forbud mot tiltak som direkte eller indirekte diskriminerer rettssubjekter på grunnlag av nasjonalitet eller oppholdssted.<sup>78</sup> *For det andre* følger det av EU-domstolens praksis at retten til fri bevegelse også er en skranke for krav som gjør det «vanskeligere eller mindre attraktivt at udøve etableringsfriheten og den frie utveksling af tjenesteytelser.»<sup>79</sup> For offentlige anskaffelser som *ikke* omfattes av direktiv 2014/24, er det i tillegg et krav om at anskaffelsen har en grenseoverskridende interesse.<sup>80</sup>

Kontraktskrav som regulerer antall underledd i leverandørkjeden kan ikke anses å være direkte diskriminerende. Som et klart utgangspunkt vil en alminnelig begrensning i antall underledd heller ikke være indirekte diskriminerende. Selv om utfordringene med sosial dumping og arbeidslivskriminalitet i mange tilfeller er tilknyttet utenlandske aktører, vil et krav om maksimalt antall underledd begrense adgangen til å organisere leverandørkjeden

---

<sup>75</sup> Se til sml. sak C-115/14 *RegioPost* avsnitt 67-69, sak C-549/13 *Bundesdruckerei* avsnitt 30 og sak C-31/87 *Beentjes* avsnitt 20.

<sup>76</sup> Fortalens punkt 1. Se også i denne retningen, Pedro Telles og & Grith Skovgaard Ølykke, *Sustainable Procurement: A Compliance Perspective of EU Public Procurement Law*. European procurement & public private partnership law review (2017) vol. 12(3), s. 251. Om EU-rettens grunnleggende prinsipper, se Sejersted (2011) s. 66-72.

<sup>77</sup> For en gjennomgang av forholdet mellom retten til fri etablering og fri utveksling av tjenester under TEUV/EØS-avtalen, se Arrowsmith (2014) side 289-298 og Sejersted (2011) s. 425-437. At nasjonale krav til gjennomføring av offentlige kontrakter vil kunne utgjøre en restriksjon etter EØS-avtalen art. 31 og 36, er ikke tvilsomt.

<sup>78</sup> Se også direktivets fortale punkt 104 første avsnitt.

<sup>79</sup> Sak C-298/15 *Borta* avsnitt 47 med videre henvisninger til sak C-234/03 *Contse* avsnitt 25, sak C-376/08 *Serrantoni og Consorzio* avsnitt 41.

<sup>80</sup> Et slikt krav gjelder ikke for anskaffelser omfattet av anskaffelsesdirektivene, og aktualiserer seg derfor ikke i denne oppgaven. Om kravet til grenseoverskridende interesse, se sak C-160/08 *Kommisjonen mot Tyskland* og sak C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions*.

tilsvarende for nasjonale virksomheter, som rettssubjekter med tilholdssted i andre EØS-land. Hvor et kontraktskrav stiller krav om maksimalt ett underledd, kan det imidlertid stilles spørsmål ved om kontraktskravet etter sin art vil være vanskeligere å oppfylle for utenlandske tilbydere som ikke er etablert i EU-staten hvor kontrakten skal utføres, og dermed er helt avhengig av å kunne støtte seg på lokale underleverandører og deres kjennskap til markedet. Det mest aktuelle å drøfte vil imidlertid være om begrensninger i antall kontraktsledd gjør det «vanskeligere eller mindre attraktivt» for aktører å tilby sine tjenester – enten som tilbyder – eller underleverandør – i forbindelse med offentlig anskaffelser.<sup>81</sup>

På generelt grunnlag er denne restriksjonsvurderingen enkel i noen saker, og vanskeligere i andre.<sup>82</sup> Som vist til i kapittel 1.2, er utgangspunktet under EU-retten at leverandører har rett til å organisere egen kontraktskjede slik leverandøren ser ønskelig. At aktører fra før av velger å organisere underleverandørkjeden i en vertikal struktur, er i utgangspunktet et klart holdepunkt for at krav som begrenser denne retten vil gjøre det mindre interessant/attraktivt å utøve de grunnleggende frihetene, og dermed utgjøre en restriksjon.<sup>83</sup> For å besvare spørsmålet er det imidlertid nødvendig å undersøke hvilke underliggende interesser som gjør det fordelaktig at underleverandørkjeden organiseres vertikalt.

Hovedgrunnen for at økonomiske aktører kontraherer arbeid til underleverandører, er tilgang til tjenester og utstyr som aktøren(e) ikke har *mulighet til* eller *ser seg økonomisk tjent med å* tilby selv.<sup>84</sup> En varierende oppdragsmengde, strenge krav til kvalitet og komplekse prosjekter bidrar til at utførelsen av offentlige kontrakter i mange tilfeller krever spesialisert kompetanse og store tekniske og personelle ressurser.<sup>85</sup> Ved oppføring av et større bygg skal det for eksempel utvikles prosjektplaner, det må foretas flytting av masser og grunnarbeid, bygget må konstrueres og oppføres, det må gjøres elektrisk installasjonsarbeid, VVS-arbeid og annet

---

<sup>81</sup> Ref. Sak C-298/15 *Borta* avsnitt 47-49 flg. Generelt er restriksjonskonseptet i EØS-avtalen art. 31 og 36 «a very broad one», se Arnesen (2018) s. 452. Se imidlertid Arrowsmith (2014) s. 254-262, som argumenterer med at må trekkes et skille mellom krav som knytter seg til selve «produktet» som blir levert («excluded buying doctrine»), og krav som knytter seg til hvordan kontrakten gjennomføres. En *excluded buying doctrine* kommer imidlertid ikke på spissen for krav som begrenser antall underledd.

<sup>82</sup> Eksempler der et kontraktskrav klart vil utgjøre en restriksjon, er hvor hovedleverandørens mulighet til å støtte seg på underleverandører begrenses, se sak C-63/18 *Vitali* og sak C-402 *Tedeschi*. Et annet eksempel er krav om avlønning for arbeidere utover hva som gjelder etter nasjonal lov eller tariff, se til sml. sak C-549/13 *Bundesdruckerei* og sak C-346/06 *Rüffert*.

<sup>83</sup> Se sak C-298/15 *Borta* avsnitt 47 og EFTA-domstolen uttalelse i sak E-14/15 *Holship* avsnitt 115.

<sup>84</sup> EIM Business & Policy Research and Ikei Research and Consultancy, *EU SMEs and subcontracting*, Brussels 2009, s. 31-42.

<sup>85</sup> I litteraturen har det blant annet blitt påpekt at økt fokus på kvalitet og innovasjon har bidratt til en økning i spesialiserte bedrifter i bygge- og anleggsbransjen, *ibid.*, s. 102.

installasjonsarbeid.<sup>86</sup> I tillegg kommer ferdiggjøring av bygget som inkluderer snekkerarbeid, gulvlegging og tapetsering, maler- og glassarbeid, og annet strukturarbeid. At aktører har ulike fagkompetanse og kjennskap til markedet, gjør at det kan fremstå fordelaktig for involverte aktører å organisere kontraktskjeden vertikalt. Til sammenligning vil oppdragsgivere i mange tilfeller kunngjøre bygge- og anleggsprosjekter som totalentrepriser, til tross for at de har en plikt til å vurdere om det er mulig å dele et prosjekt opp i ulike anskaffelser.<sup>87</sup> Hovedgrunnen for dette, er at oppdragsgiveren skal ha én hovedleverandør å forholde seg til under prosjektets gjennomførelse dersom det skulle oppstå forsinkelser eller mangler. De samme hensynene gjør seg også gjeldende lenger nede i kontraktskjeden, hvor hensynet til kjennskap til underleverandørmarkedet, kontrollhensyn og risikofordeling, gjør at tilbydere kan se det tjenlig ha en forretningsstrategi som begrenser antall underleverandører direkte under seg.<sup>88</sup>

Et praktisk eksempel som er fremhevet i litteraturen er at bedrifter som ser muligheter utenfor deres tradisjonelle hjemmemarked, ofte vil være avhengig av lokale og regionale leverandører og deres lokale kunnskap.<sup>89</sup> For eksempel vil en bedrift fra Sverige som skal utbedre et større kommunalt eid kaianlegg i Fredrikstad, kunne ønske å begrense reise- og bokostnader som er tilknyttet det å bruke underleverandører fra eget hjemmemarked. I stedet kan store deler av utførelsen av arbeidet, for eksempel støpning, sprenging og metallarbeid kontraheres til en lokal underleverandør, som igjen støtter seg på kapasiteten til andre lokale bedrifter. På grunn av forskjeller i kjennskap til det aktuelle leverandørmarkedet, må det derfor til en viss utstrekning antas at krav som begrenser antall underledd vil være en forholdsvis større ulempe for tilbydere som ikke er lokalt eller nasjonalt etablert i området kontrakten skal utføres.

Sammenfattet vil et krav som begrenser antall underledd gripe inn i leverandørens frihet til å organisere gjennomføringen av kontraktens forpliktelser. Gjennomgangen viser videre at et slikt krav kan ha reell betydning for aktører, og da i særlig grad små og mellomstore bedrifter («SMB») som deltar i offentlige kontrakter, men som er avhengig av støtte fra andre underleverandører for å gjennomføre egne forpliktelser. En slik begrensning vil derfor *kunne* føre til økte organisasjonskostnader for involverte leverandører.<sup>90</sup> I tillegg vil en begrensning i

---

<sup>86</sup> Se generelt Pryke (2020). En oversikt over ulike næringsgrupper innenfor bygge- og anleggsvirksomhet kan ses på SSB.no: «*Næringsgruppering 2007 (SN 2007)*» (sist sett: 14.03.2021).

<sup>87</sup> Se direktiv 2014/24 art. 46 nr. 1 som er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 19-4.

<sup>88</sup> For en gjennomgang av forretningsstrategiske avveininger ved hovedleverandørens organisering av underleverandører i bygge- og anleggskontrakter, se Pryke (2020) kap. 12 og 15.

<sup>89</sup> EIM Business & Policy Research and Ikei Research and Consultancy (2009) s. 90.

<sup>90</sup> Se også lignende refleksjoner i rapport fra Oslo Economics, *Virkinger av nye samfunnshensyn i offentlige anskaffelser*, Utredning for Nærings- og fiskeridepartementet, 2018, s. 12.

antall underledd *kunne* gjøre offentlige anskaffelser mindre attraktivt for tilbydere som gjennom sin forretningsmodell i vid utstrekning bruker underleverandører for å gjennomføre kontrakter.<sup>91</sup> Med utgangspunkt i disse slutningene, må det undersøkes om et kontraktskrav som begrenser antall underledd kan begrunnes i legitime hensyn.

### 2.5.3 Om underleddsbegrensninger er begrunnet i legitime hensyn

Formålet med krav som begrenser antall underledd er å oppnå mer gjennomsiktede leverandørkjeder.<sup>92</sup> EU-domstolens tilnærming til gjennomsiktighet i leverandørkjeden er todelt. For det første bidrar transparente leverandørkjeder til å sikre «anlægsarbejdernes korrekte utførelse».<sup>93</sup> For det andre muliggjør det en effektiv kontroll av involverte leverandører, slik at offentlige kontrakter ikke blir en arena for arbeidslivskriminalitet.<sup>94</sup> EU-domstolen anser begge disse formålene som legitime hensyn.<sup>95</sup> Videre må det vurderes hvilke momenter og hensyn som er relevante under kravet til egnethet og nødvendighet, for kontraktskrav som begrenser adgangen organisasjonsfriheten til leverandører.

### 2.5.4 Egnethet

I tidligere saker om restriksjoner som begrenser bruken av underleverandører i offentlige kontrakter har EU-domstolen ikke sett det nødvendig eller hensiktsmessig å drøfte egnetheten av slike krav.<sup>96</sup> I *Vitali og Tedeschi* uttalte EU-domstolen derimot på generelt grunnlag at nasjonale myndigheter må innrømmes «en vis skønsbeføjelse» når det kommer til å fastsette krav med formål om sikre gjennomsiktighet i leverandørkjeden. Hvor den underliggende begrunnelsen var at: «[h]ver enkelt medlemsstat er nemlig bedst i stand til i lyset af dens særlige historiske, retlige, økonomiske eller sociale forhold at identificere situationer, der fremmer adfærd, som kan indebære brud på dette krav [gjennomsiktighetsprinsippet].»<sup>97</sup>

---

<sup>91</sup> Se også Fafo-notat 2014:09 s. 16-20. Rapporten er basert på en kvalitativ undersøkelse hos ulike oppdragsgivere og leverandører i Norge. Rapporten konkluderer på generelt grunnlag at *det ikke er grunn til å hevde at* begrensninger i antall kontraktsledd er konkurransehennende. Undersøkelsen er imidlertid ikke representativ for hele leverandørmarkedet ved at det ikke er foretatt intervjuer med SMB-bedrifter. Rapporten tar heller ikke for seg spørsmålet om begrensninger i antall underledd kan føre til økte kostnader.

<sup>92</sup> Se kapittel 1.1 og avsnitt 3.1.4, 3.1.5 og 3.2.3.

<sup>93</sup> Sak C-298/15, *Borta* avsnitt 50.

<sup>94</sup> Sak C-395/18 *Tim* avsnitt 38, sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 37-38 og sak C-402 *Tedeschi* avsnitt 42-43.

<sup>95</sup> Sak C-577/10 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 45 og sak C-298/15 *Borta* avsnitt 50. At kontroll vis-a-vis underleverandører er et legitimt hensyn kommer også til uttrykk i direktivets fortale punkt 105.

<sup>96</sup> Sak C-63/18 *Vitali*, sak C-402/18 *Tedeschi* og sak C-298/15 *Borta*.

<sup>97</sup> Sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 36 og sak C-402/18 *Tedeschi* avsnitt 43.



Det er to hensyn som tilsier en slik tilbakeholdenhet i overprøvingen av egnetheten. For det første er arbeidslivskriminalitet og sosial dumping et utbredt og komplekst problem innad i EU, hvor utfordringene knyttet til offentlige kontrakter ikke er likeartet mellom medlemsstatene. For det andre er det vanskelig å måle effekten av enkeltkrav på områder med mange sammensatte faktorer, slik tilfellet er når det kommer til sosial dumping og arbeidslivskriminalitet i offentlige kontrakter.

EU-domstolen har i andre saker der proporsjonaliteten av arbeidsrelaterte krav har kommet på spissen, foretatt en konkret vurdering av om det aktuelle tiltaket «i prinsippet»<sup>98</sup> fremstår egnet til å oppnå det legitime formålet. EU-domstolen foretar derfor ikke en inngående prøving av egnetheten for slike krav, men foretar likevel en vurdering av tiltakets effekt opp mot den oppgitte begrunnelsen for tiltaket. EU-domstolens praksis viser videre at det vil kunne være relevant i enkelte saker å vurdere om tiltaket inngår som en del av en konsekvent og systematisk politikk fra offentlige myndigheters side.<sup>99</sup>

### 2.5.5 Nødvendighet

I dette avsnittet er det adgangen til å fastsette kontraktskrav i lys av nødvendighetskravet som er tema. Kravet til nødvendighet er et spørsmål av om tiltakets definerte formål kan oppnås gjennom mindre restriktive tiltak.<sup>100</sup> I det følgende vil jeg først redegjøre for forholdet mellom nødvendighetskravet og retten til å fastsette nasjonale bestemmelser som griper inn i leverandørers utførelse av offentlige kontrakter. Et annet spørsmål er hvilken adgang hver enkelt oppdragsgiver, herunder statlige organer og kommuner, har til å stille kontraktsvilkår som går utover nasjonale minstekrav. Denne vurderingen foretas til slutt.

---

<sup>98</sup> Sak C-549/13 *Bundesdruckerei* avsnitt 31 og sak C-115/14 *RegioPost* avsnitt 70.

<sup>99</sup> Se til sammenligning sak E-1/06 *Gaming Machines* avsnitt 42 og sak E-3/06 *Ladbroke's* avsnitt 50. EU og EFTA-domstolen har særlig vektlagt hensynet til en konsekvent politikk i rettslige spørsmål med moralske særegenheter, for eksempel slik tilfellet er for nasjonale lotteri- og pengespilleregler. Hensynet til en konsekvent politikk er imidlertid ikke irrelevant i egnethetsvurderingen av arbeidsrelaterte krav. Som EU-domstolen fremhevet i sak C-63/18 *Vitali* er det sosiale, økonomiske, kulturelle og historiske forskjeller når det kommer til å identifisere tiltak som er effektive til å sikre tilstrekkelig gjennomsiktighet i offentlige kontrakter. I vurderingen av slike tiltak vil det derfor i *tvilstilfeller* kunne være relevant å vurdere om tiltaket inngår i en konsekvent politikk. Se til analogi EU-domstolens begrunnelse i sak C-346/06 *Rüffert* avsnitt 41 der slike betraktninger kommer til uttrykk.

<sup>100</sup> Se sak C-413/17 *Roche Lietuva* avsnitt 31, sak C-523/16 *MATI SUD* avsnitt 53 og sak C-213/07 *Michaniki* avsnitt 53.

EU-domstolen har med varierende intensitet foretatt en overprøving av medlemsstatens vurdering om et tiltak er nødvendig.<sup>101</sup> Avgjørelsene med størst overføringsverdi og likhet til spørsmålet om en begrensning av antall underledd er «nødvendig», er *Vitali* og *Tedeschi*.<sup>102</sup>

I *Vitali* gjaldt saken nasjonal lovgivning om offentlige kontrakter i Italia, som foreskrev at eventuelle underleverandører «må ikke overskride en andel på 30 % av den samlede verdi for en bygge- og anlægskontrakt, tjenesteydelseskontrakt eller vareindkøpskontrakt.»<sup>103</sup> I *Tedeschi* vurderte EU-domstolen en lignende bestemmelse i italiensk lovgivning, som foreskrev at mer enn 30 % av arbeidet i kontrakter for tjenesteytelser og bygge- og anleggsarbeider, under «ingen omstendigheter» kunne kontraheres til underleverandører.<sup>104</sup> Formålet med den italienske lovgivningen var i begge tilfeller å forhindre infiltrasjon fra mafia i offentlige kontrakter. Spørsmålet EU-domstolen tok stilling til var om disse bestemmelsene var forenlig med TEUV art. 49 og 56 og direktiv 2014/24 art. 71.<sup>105</sup>

I vurderingen av kravene uttalte EU-domstolen i *Vitali*, og senere i *Tedeschi*, at nasjonale myndigheter måtte tilkjennes «en vis skønsbeføjelse» når det kommer til å fastsette tiltak for å sikre gjennomsiktighet i leverandørkjeden, men at den italienske reguleringen utgjorde et:

generelt og abstrakt forbud mot bruk af underentreprise over en fast procentdel af den pågældende kontrakts værdi, således at forbuddet finder anvendelse, uanset hvilken **økonomisk sektor den omhandlede kontrakt vedrører, anlægsarbejdernes karakter og underentreprenørernes identitet**. Endvidere giver et sådant forbud ikke mulighed for, at den ordregivende enhed kan foretage en **vurdering fra sag til sag**.<sup>106</sup>

EU-domstolens hovedargument for at slike regler gikk lenger enn nødvendig var at den italienske lovgivningen, slik den var utformet, også ville ramme tilfeller hvor den enkelte oppdragsgiver:

---

<sup>101</sup> Forskjeller i prøvingsintensiteten kan for eksempel skyldes moralske, religiøse eller kulturelle forskjeller. På generelt grunnlag vil imidlertid EU-domstolen prøve spørsmålet om nødvendighet fullt ut, se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 124-126.

<sup>102</sup> Sak C-63/18 *Vitali* og sak C-402/18 *Tedeschi*.

<sup>103</sup> Codice dei contratti pubblici af 18. april 2016.

<sup>104</sup> Decreto legislativo n. 163 af 12 april 2006. I avgjørelsens avsnitt 10 fremgår det at loven, i tillegg til grensen på 30 %, inneholdt et forbud mot at kontrakter «underinndeles uden objektiv begrundelse». Hva som ligger i dette forklares ikke nærmere, og er ikke en del av EU-domstolens avgjørelse.

<sup>105</sup> TEUV art. 49 og 56 tilsvarer EØS-avtalen art. 31 og 36.

<sup>106</sup> Sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 40 og sak C-402/18 *Tedeschi* avsnitt 47.

er i stand til at kontrollere de pågældende underentreprenørers identitet, og den efter en kontrol vurderer, at en sådan begrænsning for underentreprise ikke er nødvendig for at bekjempe organiseret kriminalitet i forbindelse med den omhandlede kontrakt.<sup>107</sup>

Uttalelsene fra EU-domstolen føyer seg inn i en lang rekke avgjørelser, hvor nødvendighetskravet oppstilles som et rettslig hinder for absolutistiske og generelle bestemmelser, som ikke åpner for en konkret vurdering av kravets nødvendighet i den enkelte anskaffelsen.<sup>108</sup>

EU-domstolens vurdering av om en bestemmelse rammer «generelt», er en analyse av om restriksjonen rammer likt uavhengig av relevante ulikheter, som for eksempel økonomisk sektor, arbeidenes karakter eller underleverandørens identitet.<sup>109</sup> Andre inndelinger av tiltak vis-a-vis underleverandører som trekkes frem av direktiv 2014/24 art. 71 nr. 8, er kontraktstyper, kategorier av oppdragsgivere eller bestemte beløp. Hvilke kategorier det vil være aktuelt å differensiere et kontraktskrav etter, må i det enkelte tilfelle vurderes konkret. For det tilfellet et nasjonalt kontraktskrav rammer generelt uavhengig av relevante forskjeller, samtidig som det ikke åpnes for en konkret vurdering i den enkelte anskaffelsen om kravets oppgitte formål kan oppnås gjennom mindre restriktive tiltak, viser EU-domstolens konsekvente rekke av avgjørelser, at det skal mye til for å anse slike krav nødvendige.

Et spørsmål som kan stilles i denne sammenheng er hvilken betydning det har at tiltaket *ikke* er generelt utformet. Ville for eksempel EU-domstolen vært mer tilbakeholden i å overprøve den italienske reguleringen dersom kontraktskravet var differensiert etter kategorier som økonomisk sektor, arbeidenes karakter eller underleverandørens identitet?

Ettersom EU-domstolen trekker frem kontraktskravene sin generelle utforming som et sentralt moment har dette en viss formodning for seg. Hovedutfordringen med generelle regler, som kommer til uttrykk i fortalens punkt 95 første avsnitt, er at det er: «... betydelige forskelle mellom de enkelte sektorer og markeder ...» Forskjeller mellom ulike offentlige kontrakter, gjør at generelle og ensartede restriksjoner i mange tilfeller vil gå lenger enn nødvendig. At

---

<sup>107</sup> Sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 41.

<sup>108</sup> Se sak C-395/18 *Tim*, sak C-213/07 *Michaniki*, sak C-538/07 *Assitur*, sak C-465/11 *Forposta*, sak C-144/17 *Loyd's*, sak C-406/14 *Wroclaw*, sak C-324/14 *Partner Apelski* og sak C-298/15 *Borta*.

<sup>109</sup> En inndeling etter underleverandørens identitet vil imidlertid kunne være problematisk opp mot ikke-diskrimineringsprinsippet, se sak C-315/13 *De Clercq* og sak C-577/10 *Kommisjonen mot Belgia*. Utfordringene med å differensiere et krav med utgangspunkt i «underleverandørens identitet» kommer jeg tilbake til i avsnitt 3.1.6.

forskjeller mellom kontraktstyper nødvendiggjør ulike regler, kommer også indirekte frem av direktiv 2014/24 art. 71 nr. 5, hvor EU-lovgiver har oppstilt strengere informasjonskrav for visse bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter.<sup>110</sup> Tilsvarende betraktninger kommer også til uttrykk i *Tedeschi*, hvor det foreslås ulike restriksjoner ut ifra hvilke kontrakter som har en «øget risiko for infiltration af organiseret kriminalitet.»<sup>111</sup>

Ser en disse betraktningene i sammenheng med direktivets fortale punkt 41, og EU-domstolens uttalelse om at medlemsstatene i utgangspunktet må tilkjennes en «vis skønsbeføjelse» når det kommer til å fastsette regler som ivaretar gjennomsiktighet i kontraktskjeden, taler det i retning av at EU-domstolen vil være mer tilbakeholden med å overprøve nødvendigheten av nasjonale krav som ikke rammer generelt, under den forutsetning at kontraktsvilkårene som vurderes er objektive og ikke diskriminerende.<sup>112</sup>

I både *Vitali* og *Tedeschi* argumenterte Italia med at den absolutte og generelle begrensningen var nødvendig, fordi øvrige kontrolltiltak som fulgte av direktiv 2014/24 art. 71 nr. 2-7, kombinert med avvisning, var ineffektive når det kom til å hindre infiltrasjonen fra mafiaen i offentlige kontrakter.<sup>113</sup> EU-domstolen avviste ikke Italias påstand, men viste i *Vitali* til at:

En sådan omstændighed [...] ændrer således ikke ved, at den i hovedsagen omhandlede nationale foranstaltning er restriktiv. Endvidere har den italienske regering på ingen måde i forbindelse med den foreliggende sag **godtgjort, at de forskellige regler i artikel 71 i direktiv 2014/24**, hvorefter medlemsstaterne kan begrænse brugen af underentreprise, og de grunde til udelukkelse af underentreprenører, der følger af samme direktivs artikel 57, og som direktivets artikel 71, stk. 6, litra b), henviser til, **ikke kan gennemføres således, at det formål, der forfølges med den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, nås.**

At Italia «på ingen måte» godtgjorde at andre virkemidler i artikkel 71 kunne oppnå de samme målsettingene, er en uttalelse i retning av at generelle presumsjoner om at forbud mot bruk av underleverandører utover en fastsatt grense alltid vil støte an mot hensynene kravet begrunner, uten rom for unntak der begrunnelsen for bestemmelsen forrykkes, går utover

---

<sup>110</sup> Se tilbake til kapittel 2.2 for en nærmere redegjørelse av direktiv 2014/24 art. 71 nr. 5.

<sup>111</sup> Sak C-402/18 *Tedeschi* avsnitt 49. Se også til sammenligning sak C-395/18 *Tim* avsnitt 52.

<sup>112</sup> Slik redegjort under ikke-diskrimineringsprinsippet i kapittel 2.3, har EU-domstolen hatt en restriktiv tilnærming til diskriminerende kontraktskrav i offentlige kontrakter sammenlignet med andre kontraktskrav, se for eksempel sak C-243/89 *Storebælt* og sak C-115/14 *RegioPost* avsnitt 56.

<sup>113</sup> Sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 44 og sak C-402/18 *Tedeschi* avsnitt 50.

medlemsstatenes tillatte handlingsrom. At ugjendrivelige presumsjoner ikke gir grunnlag for absolutte regler, er lagt til grunn i flere EU-domstolsavgjørelser.<sup>114</sup>

Medlemsstater må derfor kunne vise til konkrete holdepunkter utover en generell presumsjon, om at absolutte regler er nødvendig for å oppnå det oppgitte formålet. Et argument for at absolutte regler er nødvendig, kan f.eks. være at en sak-til-sak-vurdering av tiltakets nødvendighet vil være vanskelig å overholde, og at det derfor kan være behov for «generelle regler, som er lette at forvalte og håndhæve».<sup>115</sup> Et annet argument kan være at individuelle vurderinger vil være økonomiske krevende.<sup>116</sup> Etter proporsjonalitetsprinsippet skal krav i offentlig kontrakter stå i forhold til anskaffelsens art og verdi.<sup>117</sup> I tilfeller der en bestemmelse har et preventivt formål, må effekten av det nasjonale kravet derfor vurderes i sammenheng med administrative byrder som en sak-til-sak-vurdering av kravets nødvendighet innebærer.

EU-domstolens henvisning til tiltakene i direktiv 2014/24 art. 71 nr. 2-7 i *Vitali* viser at det må inngå som et moment i helhetsvurderingen om grunngivningen for det aktuelle kontraktskravet synes ivaretatt av artikkel 71. Det vil derfor være relevant å vurdere om kontroll over underleverandørkjeden kan sikres gjennom for eksempel utvidede ansvarsregler eller skjerpede informasjonskrav for leverandører.<sup>118</sup> Tolket på ordet kan uttalelsene i *Vitali* forstås dithen at medlemsstatene må bevise at tiltakene i artikkel 71 ikke er tilstrekkelig for å oppnå samme formål. EU-domstolen uttalte imidlertid tidligere i avsnitt 33-35, at direktivet ikke uttømmende regulerer hvilke tiltak som kan iverksettes overfor underleverandører i offentlige kontrakter. At medlemsstater må godtgjøre at hvert enkelt krav i artikkel 71 ikke kan oppnå det samme formålet som en begrensning i antall underledd, harmoniserer ikke med dette utgangspunktet. Mer naturlig er det, som jeg har argumentert for ovenfor, at generelle og absolutte regler tilsier en mer inngående prøving av det aktuelle kontraktskravet.

Hva EU-domstolen i *Vitali* mener med at direktiv 2014/24 art. 71 gir adgang til å «begrense brugen af underentreprise», fremstår noe uklart.<sup>119</sup> En objektiv tolkning av uttalelsen kan trekke i retning av at EU-domstolen mener artikkel 71 gir rett til å begrense leverandørenes

---

<sup>114</sup> Se til sammenligning sakene sak C-395/18 *Tim* avsnitt 50-53, sak C-577/10 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 54, sak C-255/04 *Kommisjonen mot Frankrike* avsnitt 52 og sak C-433/04 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 35.

<sup>115</sup> Sak C-126/15 *kommisjonen mot Portugal* avsnitt 84.

<sup>116</sup> Se sak C-546/11 *Dansk Jurist- og Økonomforbund* avsnitt 70.

<sup>117</sup> Michael Steincike og Lisa Groesmeier, *EU's udbudsdirektiver : med kommentarer*, København 2008, s. 93-94.

<sup>118</sup> Direktiv 2014/24 art. 71 nr. 2, 5, 6 og 7.

<sup>119</sup> Den engelske og svenske oversettelsen gir heller ikke noe videre veiledning.

adgang til å kontrahere deler av kontraksarbeidet til underleverandører. Det er imidlertid ingenting i avgjørelsen eller direktivet for øvrig som taler for en slik tolkning. Det omtvistede spørsmålet i *Vitali* var nettopp den rettslige adgangen til å bruke underleverandører. Videre kan en rett til å direkte begrense bruk av underleverandører i offentlige kontrakter ikke hjemles i ordlyden til noen av alternativene i artikkel 71 nr. 2-7.<sup>120</sup> Det er derfor mest naturlig å se uttalelsen i sammenheng med den rettslige adgangen til å avvise underleverandører for brudd på direktiv 2014/24 art. 18 nr. 2, jf. art. 57 nr. 4.<sup>121</sup>

Til slutt må også avgjørelsene tolkes i lys av hvordan den italienske lovgivningen begrenset fri bevegelse i *Vitali* og *Tedeschi*. Som EU-domstolen fremhevet i begge avgjørelser vil en fastsatt grense om at underleverandører ikke kan brukes utover 30 % av kontraktens samlede verdi, innskrenke tilbudsgiveres rett til å støtte seg på underleverandørers økonomiske, tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. direktiv 2014/24 art. 63.<sup>122</sup> Før implementeringen av direktiv 2014/24 uttalte EU-domstolen i *Partner Apelski* at retten til å støtte seg på underleverandørers kapasitet kun kan begrenses «i undtagelsestilfælde».<sup>123</sup> At denne adgangen kun kan innskrenkes i enkelttilfeller, tilsier en intensiv prøving av slike tiltak.<sup>124</sup> Under direktiv 2014/24 art. 63 er imidlertid denne retten noe mer nyansert, hvor oppdragsgivers rett til å begrense tilbyderens adgang til å støtte seg på kapasiteten til underleverandører for å oppfylle kvalifikasjonskrav, er utvidet sammenlignet med hva tilfellet var i *Partner Apelski*, jf. direktiv 2004/18 art. 48 nr. 3.<sup>125</sup> Retten til å støtte seg på underleverandører må likevel anses en sentral rettighet under direktiv 2014/24, med den funksjon å fremme konkurranse mellom aktører og sikre økt deltakelse fra SMB.<sup>126</sup> Særlig hensynet til SMB var av EU-kommisjonen trukket frem som et viktig aspekt ved utarbeidelsen av anskaffelsesdirektivene, og kommer til uttrykk i direktiv 2014/24 fortalen punkt 78.<sup>127</sup>

---

<sup>120</sup> For en oversikt over tiltakene som følger av artikkel 71, se gjennomgangen i kapittel 2.2.

<sup>121</sup> En annen mulig forklaring er at EU-domstolen viser til adgangen til å nekte bruk av underleverandører for visse oppgaver, hvis disse ikke har blitt godkjent forut for kontraktinngåelsen, se til sml. sak C-314/01 *Siemens AG* avsnitt 45.

<sup>122</sup> Se sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 24.

<sup>123</sup> Sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 39.

<sup>124</sup> Forholdet mellom inngripenen i fri bevegelse og vurderingen av kravets nødvendighet, er blant annet fremhevet i sak C-28/09 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 140.

<sup>125</sup> Et moment EU-domstolen også fremhevet i sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 90, hvor EU-domstolen uttalte at direktiv 2014/24 «indebærer væsentlige ændringer» i adgangen til å støtte seg på underleverandørers kapasitet.

<sup>126</sup> Se Generaladvokatens gjennomgang av retten til å støtte seg på underleverandører i sak C-406/14 (opinion) *Wrocław* avsnitt 30-34, hvor hensynene som begrunner denne retten fremheves.

<sup>127</sup> COM (2011) s. 27-29.

Som redegjort i kapittel 2.2, vil krav som begrenser antall underledd ikke hindre tilbudsgivere i å støtte seg på underleverandørers kapasitet. Begrensninger i antall kontraktsledd vil derfor ikke direkte hindre SMB i å konkurrere om offentlige kontrakter – hvorav den italienske reguleringen i *Vitali og Tedeschi* i realiteten forbeholdte offentlige kontrakter til entreprenører som hadde mulighet til å utføre 70 % av det kontraktmessige arbeidet selv. Det er derfor to ulike restriksjoner i den frie bevegelseheten. EU-domstolens vurdering av hvilke tiltak som ville være mindre inngripende i *Vitali og Tedeschi* kan derfor ikke uten videre overføres til nødvendighetsvurderingen av nasjonale reguleringer som begrenser antall underledd.

Klagere har argumentert i tidligere saker for EU-domstolen, at nasjonale kontraktskrav i offentlige kontrakter med det uttalte formål å forhindre sosial dumping ikke kan anses nødvendig dersom det samme ikke er forpliktende for tilsvarende private kontrakter.<sup>128</sup> Den underliggende argumentasjonen er her at det må antas at arbeidslivskriminalitet og sosial foregår i tilsvarende utstrekning i privat sektor som i offentlig sektor. I vurderingen av slike ulikheter i arbeidsrelaterte krav, kan det være grunn til å sondre noe mellom positive kontraktsvilkår – betingelser som har til formål å gi arbeidere bedre rettigheter enn det som følger av nasjonal arbeidslovgivning, og negative kontraktsvilkår – betingelser som har til formål å sikre overholdelse av gjeldende lover og regler.<sup>129</sup>

I direktiv 2014/24 fortale punkt 37, 41 og 105 og art. 18 nr. 2, er offentlige myndigheters adgang til å sikre overholdelse av gjeldende lovgivning (non-compliance), særlig fremhevet. Hendelser der offentlige midler direkte eller indirekte subsidierer useriøse og kriminelle aktører, er skadelig for tilliten til både EØS-samarbeidet og nasjonale myndigheter. En situasjon hvor et fåtall aktører opererer utenfor loven undergraver også det overordnede formål om effektiv konkurranse.<sup>130</sup> Hensynet til tillit og likebehandling er mer fremtredende i offentlige kontrakter, enn private kontrakter. Hensynene bak anskaffelsesregelverket, tilsier derfor at offentlige myndigheter har en viss adgang for til å fastsette nasjonale seriøsitetskrav avgrenset til offentlige kontrakter. En forutsetning må imidlertid være at kravene er kompatible med andre EU-reguleringer, for eksempel utsendingsdirektivet.<sup>131</sup> Dersom det

---

<sup>128</sup> Sak C-115/14 *RegioPost*, sak C-549/13 *Bundesdruckerei* og sak C-396/13 *Elektrobudowa*.

<sup>129</sup> Se i samme retning Albert Sanchez-Graells, *Regulatory Substitution Between Labour and Public Procurement Law: The EUs Shifting Approach to Enforcing Labour Standards in Public Contracts*, vol. 24 *European Public Law* (2018) s. 241-249.

<sup>130</sup> Om hensynet til tillit og rettferdig konkurranse i offentlige kontrakter, se Hammersvik, Simen., *Om misligheter som avvisningsgrunn ved offentlige anskaffelser*, Marlus nr. 445, s. 13-19.

<sup>131</sup> Direktiv 96/71/EF («utsendingsdirektivet»). At direktiv 2014/24 skal anvendes i overensstemmelse med utsendingsdirektivet fremgår av fortalens punkt 37 andre avsnitt. Utsendingsdirektivet har blant

*utelukkende* ses på krav vis-a-vis underleverandører, fremgår det av uttrykkelig av direktiv 2014/24 art. 71 at medlemsstater kan stille nasjonale krav for å sikre kontroll over leverandørkjeden. Artikkel 71 gjelder kun offentlig sektor. Det er derfor også naturlig å tolke bestemmelsen dithen at det som et utgangspunkt kan iverksettes andre nasjonale reguleringer for å sikre gjennomsiktighet, som begrenser seg til å omfatte offentlige kontrakter.<sup>132</sup>

Oppsummert viser EU-domstolens avgjørelser i *Vitali og Tedeschi* at nødvendighetsvurderingen, som et utgangspunkt er en rettslig skranke for generelle og absolutte restriksjoner. Dette må også være tilfellet for krav som begrenser antall underledd i kontraktskjeden. Hvor et nasjonalt krav ikke åpner opp for en sak-til-sak-vurdering av kravets nødvendighet, må begrunnelsen for dette vurderes. Generelle presumsjoner om at det oppgitte formålet ikke kan oppnås gjennom mindre restriktive tiltak, er ikke tilstrekkelig. For det andre må det vurderes om kravet til antall underledd kan individualiseres til å gjelde nærmere bestemte kategorier. Manglende konkretisering vil, på grunn av ulikheten mellom offentlige kontrakter, tilsi at kravet går lenger enn nødvendig. Eksempler på kategorier en kontrakt kan deles innunder er økonomisk sektor, oppdragets karakter og art eller bestemte beløp. Nasjonale gjennomsiktighetsforpliktelser vil imidlertid som et klart utgangspunkt kunne begrenses til å gjelde offentlig sektor.

Som nevnt innledningsvis i kapittelet, kan heller ikke den enkelte oppdragsgiver fastsette kontraktskrav som går lenger enn nødvendig. Den største forskjellen mellom nasjonale kontraktskrav og kontraktskrav fastsatt av den enkelte oppdragsgiver, er at det ved sistnevnte krav, i utgangspunktet ligger en individuell vurdering til grunn. Som redegjort for ovenfor, er dette et forhold EU-domstolen har gjort et særlig poeng ut av, under spørsmålet om et aktuelt kontraktskrav går lenger enn nødvendig. Den konkrete vurderingen av om andre mindre restriktive tiltak kan oppnå det samme formålet som en begrensning av antall underledd, vil imidlertid være den samme. Det betyr at oppdragsgiver har et visst handlingsrom til å fastsette krav for gjennomføringen av offentlige kontrakter. Dette må også være tilfellet selv om kravene går lengre enn nasjonale bestemmelser. Men individuelle kontraktskrav som etter sitt oppgitte formål er «unødvendig», vil i likhet med nasjonale krav, ikke være i overensstemmelse med prinsippet om proporsjonalitet under direktiv 2014/24.

---

annet betydning for bestemmelser om minstelønn. se blant annet sak C-346/06 *Rüffert* og sak C-115/14 *RegioPost*. **Merk:** Direktiv 2018/957 er foreslått å oppheve direktiv 96/71/EF, 01.10 2021.

<sup>132</sup> Se i samme retning sak C-115/14 *RegioPost* avsnitt 64-65.



## 2.6 Oppsummering av det rettslige handlingsrommet

Sammenfattet innrømmer direktiv 2014/24 art. 70 offentlige myndigheter et betydelig handlingsrom til å fastsette kontraktskrav som forfølger sosiale hensyn, herunder kontraktskrav som sikrer transparente leverandørkjeder i offentlige kontrakter. Kravene må imidlertid fremgå av kunngjøringsdokumentene og kan ikke gjelde leverandørkjeden i andre kontrakter. Direktiv 2014/24 art. 71 begrenser ikke dette handlingsrommet.

Proporsjonalitetsprinsippet, likebehandlingsprinsippet og gjennomsiktighetsprinsippet er sentrale rettslige skranker for offentlige myndigheters handlingsrom til å regulere antall underledd, enten gjennom nasjonale reguleringer, eller krav i den enkelte anskaffelsen. Et sentralt tema i den spesielle delen er følgelig om kravene som kan utledes av prinsippene, er ivaretatt gjennom FOA § 19-3 og Skiensmodellens krav om antall underledd.

Gjennomgangen i kapittel 2 viser videre at begrensninger i antall underledd på generelt grunnlag *kan* være en ulempe for leverandører i offentlige kontrakter. I tillegg *kan* kravene gjøre det vanskeligere for mindre aktører å delta i offentlige kontrakter. I slike tilfeller må det vurderes om tiltaket er egnet og nødvendig. Sentrale momenter er om kravet rammer generelt og absolutt, eller om kontraktsvilkårene er individualisert og åpner opp for en sak-til-sak-vurdering av kravets nødvendighet i den enkelte anskaffelsen. Imidlertid følger det av likebehandlingsprinsippet at kontraktsvilkårene ikke kan være for fleksible og skjønnsmessige. Kravet skal utformes klart, presist og utvetydig, slik at alle rimelig velinformerte og normalt påpasselig økonomiske aktører kan forstå rekkevidden av kontraktskravet. Det samme gjelder for relevante unntak fra kravets hovedregel.

### 3 Rettslig handlingsrom anvendt i norsk kontekst

Oppgaven har til nå tatt for seg generelle spørsmål knyttet til det rettslige handlingsrommet under EØS-retten for kontraktskrav som begrenser antall underledd. I den spesielle delen skal jeg se på handlingsrommet i norsk kontekst, gjennom å drøfte oppgavens to underproblemstillinger som jeg innledet oppgaven med.

Ved implementeringen av EU-direktiver har medlemsstatene etter ordlyden i EØS-avtalen art. 7 bokstav b, frihet til å bestemme formen og midlene for implementeringen av direktiver til nasjonal rett, så lenge det materielle innholdet er overens med direktivets regler.<sup>133</sup> Direktiv 2014/24 er i denne sammenheng ikke uttømmende og må forstås som et minimumsdirektiv.<sup>134</sup> Prinsippene i direktiv 2014/24 art. 18 nr. 1 er inkorporert i anskaffelsesloven («LOA») § 4.<sup>135</sup> Mens forpliktelsene etter artikkel 18 nr. 2 kommer til uttrykk i LOA § 5 annet ledd.

I det følgende vil jeg i kapittel 3.1 drøfte om den nasjonale reguleringen i anskaffelsesforskriften («FOA») § 19-3 er forenlig med EØS-retten. Som nevnt i oppgavens innledning har Regjeringen i tilsvar til ESA argumentert med hvorfor FOA § 19-3 er forenlig med EØS-retten, se vedlegg 1. Det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i disse anførselene under denne vurderingen. I kapittel 3.2 vurderes deretter den rettslige adgang til å fastsette skjerpede kontraktskrav utover FOA § 19-3, med utgangspunkt i Skiensmodellen punkt 5.

#### 3.1 Anskaffelsesforskriften § 19-3

Anskaffelsesforskriften § 19-3 er et av flere forskriftskrav som pålegger oppdragsgivere å begrense antall underledd ved utførelsen av visse offentlige kontrakter, jf. LOA § 5 tredje ledd. En innledende forutsetning for FOA § 19-3 sin anvendelse, er at anskaffelsen er over EØS-terskelverdi og dermed omfattes av prosedyrereglene i anskaffelsesforskriften del 3.<sup>136</sup>

FOA § 19-3 er først og fremst et materielt krav som retter seg mot offentlige innkjøpere. Kravet kan derfor komme til uttrykk gjennom en annen språkdrakt i offentlige anskaffelser. Jeg vil likevel kommentere kort rundt kravets klarhet i avsnitt. 3.1.4. Det meste aktuelle vil imidlertid være å vurdere FOA § 19-3 i lys av proporsjonalitetsprinsippet. Denne vurderingen

---

<sup>133</sup> Sejersted (2011) s. 196.

<sup>134</sup> Dette kommer til uttrykk i fortalens punkt 1. Se også sak forente saker C-285/99 og C-286/99 *Lombardini* avsnitt 33, om tilsvarende for tidligere anskaffelsesdirektiver.

<sup>135</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

<sup>136</sup> Se § 5-1 tredje ledd, jf. § 5-3. Lignende bestemmelse for kontrakter omfattet av reglene i del 2 (under EØS-terskelverdi) følger av FOA § 8-13.

gjøres i avsnitt 3.1.4 - 3.1.6. Den rettslige inngangen til flere av EU-domstolens avgjørelser som det henvises til i oppgaven, er beslutninger om avvisning eller manglende etterlevelse av selvpålagte regler *under* og *etter* konkurransen.<sup>137</sup> Jeg vil derfor knytte noen bemerkninger til FOA § 19-3 og håndheving i avsnitt 3.1.3. Først skal det imidlertid vurderes hvordan bestemmelsen skal tolkes, herunder redegjøre for hovedregel og relevante unntak.

### 3.1.1 Hovedregel – maksimalt to ledd under hovedleverandøren

FOA § 19-3 kan deles inn i to deler – en hovedregel som følger av første ledd – og to unntaksregler som følger av annet ledd. I denne delen vil det redegjøres for hovedregelen som følger av FOA § 19-3 første ledd. Deretter vil unntaksreglene vurderes i avsnitt 3.1.2.

Bestemmelsens første ledd lyder:

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)**.

Det skal derfor stilles krav om maksimalt to ledd *under* hovedleverandøren, hvor leverandøren skal «utføre» bygge- og anleggsarbeider og rengjøringstjenester som faller innunder CPV-kode 90910000.<sup>138</sup> Medregnet hovedleverandøren utgjør dette tre ledd.

I anskaffelsesforskriften skiller det generelt mellom «utførelsen» og «planleggingen» av arbeid og tjenester.<sup>139</sup> Ordlyden «utføre» må derfor tolkes på bakgrunn av denne konteksten, noe som medfører at arbeid som gjelder planlegging og rådgivning som utføres av underleverandører under hovedleverandøren i tilknytning kontrakten, ikke omfattes.<sup>140</sup> I veilederen er det videre presisert at: «Innleid personell som inngår i underleverandørens arbeidsstokk anses **ikke** som et eget ledd i leverandørkjeden.»<sup>141</sup>

Dersom begrepet «bygge- og anleggsarbeider» vurderes, må dette tolkes i lys av forskriftens definisjon av et «bygge- og anleggsarbeid» i FOA § 4-1 bokstav a. Bygge- og anleggsarbeider

---

<sup>137</sup> I prinsippet kan imidlertid et konkurransegrunnlag angripes, se sak C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità*.

<sup>138</sup> CPV-koden 90910000 omfatter: «Cleaning services», «Industrial cleaning services», «Specialised cleaning services» og «Miscellaneous cleaning services.» Fremgår av dokumentet: "Correspondence tables (XLS)." Tilgjengelig på: <https://simap.ted.europa.eu/web/simap/cpv> (sist sett: 04.05.2021).

<sup>139</sup> Se til sammenligning FOA §§ 4-1 bokstav d, 2-5 annet ledd, 8-1 annet ledd og 12-1 annet ledd.

<sup>140</sup> Se også *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser* s. 217 hvor det heter at «planlegging/prosjektering, rådgivning og andre tilknyttede tjenester» faller utenfor FOA § 19-3.

<sup>141</sup> *Ibid.* s. 218.

vil på denne bakgrunn måtte defineres som: bygge- og anleggsaktiviteter som utføres for å oppnå et resultat som kan oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon.

En nærmere beskrivelse av hva som klassifiseres som bygge- og anleggsaktiviteter fremgår av vedlegg 1 til anskaffelsesforskriften.<sup>142</sup> Eksempler på bygge- og anleggsaktiviteter er anleggsarbeid, konstruering av bygg, installasjonsarbeid, snekkerarbeid og utleie av entreprenørmateriell. Underleverandørkjeden for slike aktiviteter vil derfor som en hovedregel ikke kunne organiseres i mer enn to underledd. Videre må det vurderes hvilke unntak som gjelder fra utgangspunktet om maksimalt to underledd.

### 3.1.2 Unntak fra hovedregelen

FOA § 19-3 annet ledd lyder:

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

Etter bestemmelsen oppstilles det to unntak. For det første kan oppdragsgiver godta flere ledd dersom det er «nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse», der det maksimale antallet ledd må oppgis i anskaffelsesdokumentene.<sup>143</sup> For det andre kan oppdragsgiver *etter kontraktsinngåelse* godta flere kontraktsledd dersom det på grunn av «uforutsette omstendigheter er nødvendig for å få gjennomført kontrakten.»

Vurderingen av hva som er «nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse» må etter ordlyden foretas i løpet av anskaffelsesprosessen. Ettersom det maksimale antallet ledd skal angis i anskaffelsesdokumentene, må imidlertid oppdragsgiver i realiteten foreta en vurdering av om unntaket kommer til anvendelse forut for kunngjøringen.<sup>144</sup>

Når det gjelder begrepet «tilstrekkelig konkurranse» må dette tolkes i lys av den overordnede målsettingen om å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser gjennom konkurranse, se LOA § 1. Unntaket kan derfor ikke anvendes hvor det er konkurranse som sikrer en

---

<sup>142</sup> Klassifiseringen som følger av vedlegg 1 skriver seg EU sitt «Common Procurement Vocabulary (CPV)». Se Regulation (EC) No. 213/2008 af 28 november 2007.

<sup>143</sup> FOA § 4-2 bokstav b.

<sup>144</sup> Regler om kunngjøring fremgår av FOA § 21-2, jf. § 21-1.

markedsmessig pris. I ESAs retningslinjer om statsstøtte fremgår det at dersom det kun er én deltaker, vil konkurransen «normalt ikke være tilstrekkelig til at sikre en markedspris.»<sup>145</sup> Som et utgangspunkt utgjør derfor ett tilbud ikke «tilstrekkelig konkurranse». Etter FOA § 16-12 tredje ledd fremgår det at i utgangspunktet ikke er «reell konkurranse», hvor det er mindre enn fem tilbydere, i en begrenset anbudskonkurranse. For konkurranser med forhandling etter forutgående kunngjøring, konkurranse om innovasjonspartnerskap og konkurransepreget dialog, utgjør tre tilbydere i utgangspunktet reell konkurranse. Det avgjørende etter FOA § 16-12 tredje er imidlertid også en *konkret vurdering* av konkurransesituasjonen. En generell regel om at tre eller fem tilbydere gir tilstrekkelig konkurranse kan derfor ikke oppstilles.<sup>146</sup>

En naturlig tolkning av ordet «nødvendig», er at tilstrekkelig konkurranse ikke kan oppnås gjennom andre mindre restriktive tiltak. Hvordan oppdragsgiver skal foreta en slik vurdering gir ikke ordlyden eller veilederen noen videre retningslinjer på. En generell utfordring for oppdragsgiver i denne sammenheng, er at det i mange tilfeller er vanskelig å vite hvilke leverandører som kommer til å levere tilbud. Det kreves særskilt bransjekunnskap for å vite hvilke anskaffelser som er av en karakter som gjør det nødvendig med flere underledd for å sikre tilstrekkelig konkurranse. Denne utfordringen tolket i lys av målsettingen med anskaffelsesregelverket om effektiv konkurranse i LOA § 1, tilsier at oppdragsgiver må gis et visst skjønn til å vurdere hvilke tilfeller unntaket kommer til anvendelse.

Det andre unntaket i FOA § 19-3 gjelder etter kontraktsinngåelse. To forutsetninger må være oppfylt. For det første må det ha inntruffet «uforutsette omstendigheter». Omstendighetene knytter seg her til utførelsen av kontrakten. At omstendighetene er «uforutsette» krever etter ordlyden at det er inntruffet hendelser som leverandøren ikke *har* eller *burde ha* regnet med å kunne inntreffe. Systembetragtninger tilsier at rettspraksis tilknyttet vilkåret «uforutsette omstendigheter» i FOA § 5-2 bokstav c og d, og vilkåret omstendigheter oppdragsgiver «ikke kunne forutse» i § 13-3 bokstav e, er relevante sammenligningsgrunnlag.<sup>147</sup> Det er imidlertid ikke nødvendig for besvarelsen å gå nærmere inn på rettspraksis rundt disse vilkårene.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> «Notion on the State aid», 3/17/COL, punkt 93.

<sup>146</sup> Se også sak C-65/17 *Oftalma Hospital* avsnitt 53 sammenholdt med spørsmål tre (avsnitt 30 nr. 3).

<sup>147</sup> Det betyr ikke at hendelser som gir adgang for unntak fra kunngjøringsplikten i FOA § 5-2 bokstav c og § 13-3 bokstav e, også vil oppfylle unntaket i FOA § 19-3. Tidsaspektet er særlig sentralt i unntakene fra kunngjøringsplikten. Mens det andre kumulative vilkåret i FOA § 19-3 – at det er «nødvendig» – legger opp til en mer helhetlig vurdering hvor flere momenter kan hensyntas.

<sup>148</sup> For en oversikt over praksis over de nevnte vilkårene, se Marianne Dragsten, *Anskaffelsesloven : lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser : med forskrift: kommentarutgave*, Oslo 2020, sin redegjørelse av FOA §§ 5-2 og 13-3.

Videre må omstendighetene gjøre det «nødvendig» å få unntak fra regelen om maksimalt to ledd. Ordet «nødvendig» tilsier i denne konteksten en høy terskel. At det i enkelte tilfeller fremstår som en ulempe, praktisk eller økonomisk for de involverte aktørene, vil etter ordlyden ikke være tilstrekkelig for å få unntak fra begrensningen. Veilederen nevner at unntaket kan aktualisere seg hvor det «oppstår behov for å hente inn flere underleverandører med særskilt kompetanse.»<sup>149</sup> Det er imidlertid vanskelig å se for seg at behovet for underleverandører med særskilt kompetanse, ikke gjør det praktisk mulig å organisere driften i to underledd. Unntaksregelen må derfor anses å være forbeholdt det som nesten vil måtte beskrives som ekstraordinære situasjoner, hvor en slik organisering ikke lar seg gjennomføre.

Gjennomgangen ovenfor viser at unntakene i FOA § 19-3 annet ledd skal anvendes snevert, men at oppdragsgiver må gis et visst skjønn til å vurdere hva som er nødvendig for å sikre «tilstrekkelig konkurranse». Ingen av unntakene åpner videre for at oppdragsgiver kan foreta en konkret vurdering av om mindre restriktive tiltak kan oppnå samme mulighet for kontroll av underleverandørkjeden.

### 3.1.3 Kort om manglende oppfyllelse av FOA § 19-3

Konsekvensen av at tilbyder ikke oppfyller konkurransegrunnlagets krav til antall underledd er ikke regulert av FOA § 19-3. I veilederen fremgår det at det «**bør** videre opplyses om at tilbud med flere ledd enn tillatt, vil bli avvist.»<sup>150</sup> Etter likebehandlings- og gjennomsiktighetsprinsippet fordrer avvisning av leverandører hjemmel i konkurransegrunnlaget eller nasjonal rett.<sup>151</sup>

Den aktuelle hjemmelen å vurdere etter nasjonal rett vil være FOA § 24-8 første ledd bokstav b – om tilbudet inneholder «vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene». Alternativt FOA § 24-8 annet ledd bokstav a – om avvik eller uklarheter som «ikke må anses ubetydelige».

Det er ikke tvilsomt at tilbud med flere ledd enn tillatt vil være et avvik fra konkurransegrunnlaget. Hvorvidt et avvik er ubetydelig (*ikke avvisning*), mer enn ubetydelig (*rett til avvisning*), eller vesentlig (*plikt til avvisning*), beror i utgangspunktet på en konkret vurdering. Veilederens oppfordring om at det «bør opplyses om» tilbud med flere ledd enn tillatt «vil bli avvist», virker derimot å forutsette at slike avvik er å anse som «vesentlige», jf. FOA § 24-8 første ledd bokstav b. Ved å akseptere tilbud som ikke oppfyller absolutte

---

<sup>149</sup> *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser* s. 219.

<sup>150</sup> *Ibid.*, s. 218.

<sup>151</sup> Sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 51 og C-228/04 *La Cascina* avsnitt 32.

nasjonale kontraktskrav, vil dette også være en omgåelse av de underliggende hensyn som ligger til grunn for FOA § 19-3. En slik adgang vil videre *kunne* gi leverandører som tar forbehold om flere underledd under kontraktens gjennomføring, i håp om at de ikke ville bli ekskludert, en fordel sammenlignet med andre leverandører og potensielle leverandører som lot være å delta på grunn av kravet.<sup>152</sup> Dette er begge forhold som taler for at tilbud med flere underledd enn konkurransegrunnlagets krav, når ikke annet er *spesifisert*, må anses som et «vesentlig avvik», og at det derfor vil foreligge en avvisningsplikt.

Etter kontraktsinngåelse vil brudd på kontraktskrav reguleres av kontrakten og alminnelige kontraktsregler.<sup>153</sup> Som redegjort for under kapittel 2.4 vil derimot oppdragsgivers manglende etterlevelse av selvpålagte regler *kunne* utgjøre en «vesentlig endring» av kontrakten.<sup>154</sup> Dette er en interessant problemstilling ettersom FOA § 19-3 kun regulerer kontraktens utførelse, og ikke omfanget på den kontraktmessige forpliktelsen.<sup>155</sup> Konsekvensen av at en endring anses å være «vesentlig», er at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, forutsatt at unntakene fra kunngjøringsplikten ikke kommer til anvendelse.<sup>156</sup> Samtidig vil det være et *tankekors* at endringer i kontraktens utførelse i alle tilfeller skal anses som en ulovlig direkte anskaffelse, all den tid noe *ekstra* ikke blir anskaffet.<sup>157</sup> Det kan f.eks. tenkes tilfeller hvor manglende etterlevelse av kravet om antall underledd ikke endrer forutsetningene for tildelingen.<sup>158</sup> Om manglende etterlevelse av FOA § 19-3 og andre absolutte krav alltid er å en vesentlig endring, faller utenfor oppgavens rammer å besvare, men er et spørsmål egnet for videre drøfting.

### 3.1.4 Innledende om den rettslige vurderingen av FOA § 19-3

Gjennomgangen ovenfor i avsnitt 3.1.1 og 3.1.2, viser at kravet i FOA 19-3 kun gjelder ved utføringen av bygge- og anleggsarbeider og rengjøringstjenester som er nærmere definert gjennom CPV-klassifikasjoner. Presiseringen om at innleid personell *ikke* regnes som et eget underledd, må i denne sammenheng presiseres i konkurransegrunnlaget ettersom innleid personell fra bemanningsbyråer etter en naturlig ordlydstolkning også vil «utføre» bygge- og

---

<sup>152</sup> Se til sammenligning sak C-171/15 *Connexion Taxi Services* avsnitt 41-43.

<sup>153</sup> Aktuelle misligholdsbeføyelser er prisavslag, heving, erstatning, retting og omlevering mv.

<sup>154</sup> Se direktiv 2014/24 art. 72 nr. 4/FOA § 28-2, jf. § 28-1.

<sup>155</sup> For en sammenligning av vilkåret «vesentlig endring» i FOA § 28-2, jf. § 28-1 og «vesentlig avvik» i FOA § 24-8, vises det til Morten Goller, *Vesentlige avvik og forbehold*, Tidsskrift for forretningsjus vol. 17 (2011) s. 97-129., og Karoline S. Kreyberg og Morten Goller, *Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser*, Tidsskrift for forretningsjus (2012) vol. 18, s. 37-66.

<sup>156</sup> Se direktiv 2014/24 art. 31, jf. art. 73 andre ledd/FOA §§ 13-3 og 13-4.

<sup>157</sup> Sak C-573/07 *Sea* avsnitt 53, er imidlertid et eksempel på at endringer i forutsetninger uten betydning for kontraktens gjennomførelse også kan anses som vesentlig endring av kontrakten.

<sup>158</sup> Jf. direktiv 2014/24 art. 72 nr. 4 bokstav a/FOA § 28-2 bokstav a.

anleggsarbeider og rengjøringstjenester. Unntakene slik de følger av FOA § 19-3 annet ledd er videre klart utformet, slik at alle rimelig velinformerte og normalt omhyggelige leverandører kan forstå deres rekkevidde og fortolke kravet på samme måte.<sup>159</sup>

Det aktuelle spørsmålet å vurdere blir derfor om den nasjonale reguleringen i FOA § 19-3, som forplikter offentlige innkjøpere til å kreve maksimalt to ledd under hovedleverandøren for visse offentlige kontrakter, er forenlig med proporsjonalitetsprinsippet.

Som redegjort for under avsnitt 2.5.3, kan begrensninger i antall underledd på generelt grunnlag være egnet til å hindre enkelte underleverandører adgang til offentlige kontrakter. At reguleringen i FOA § 19-3 er konkurransehemmende, viser seg blant annet gjennom unntaket i FOA § 19-3 annet ledd, hvor det åpnes for flere underledd dersom det er «nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse». Unntaket bygger på den antagelse at maksimalt to underledd kan føre til mindre konkurranse mellom aktuelle tilbydere. Samtidig tillater ikke unntaket å ta hensyn til om flere underledd *kan* føre til mer konkurranse enn hva som anses «tilstrekkelig». Det legges derfor til grunn at FOA § 19-3 har en konkurransehemmende effekt.

Det oppgitte formålet med det nasjonale kravet i FOA § 19-3, er at det «vil kunne gjøre det lettere å føre kontroll og ha kommunikasjon med de enkelte ledd i kjeden.»<sup>160</sup> Bestemmelsens utforming støtter opp under den oppgitte begrunnelsen. Den underliggende målsettingen med bestemmelsen er derfor mer transparente leverandørkjeder, med konsekvensen at det skal bli enklere å identifisere useriøse leverandører, og dermed gjøre det vanskeligere for useriøse aktører å kunne tilby sine tjenester.<sup>161</sup> Kravet er derfor begrunnet i legitime hensyn.<sup>162</sup> Videre må det vurderes om kravet i FOA § 19-3 er egnet og nødvendig.

### 3.1.5 Egnethet

Kravet til egnethet er redegjort under avsnitt 2.5.4. Spørsmålet blir om et krav om maksimalt to underledd i prinsippet vil være egnet til å skape mer gjennomsiktige leverandørkjeder i offentlige kontrakter, slik at det blir enklere å identifisere underleverandører i offentlige kontrakter forbundet med arbeidslivskriminalitet.

---

<sup>159</sup> Se til sml. sak C-387/19, *RTS* avsnitt 35 og sak C-368/10 *Max Havelaar* avsnitt 88.

<sup>160</sup> Høringsnotat: *Nye bestemmelser i ny forskrift om offentlige anskaffelser og ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene*, s. 2. Formålet med å begrense antall underledd er også ytterligere forklart i vedlegg 1: «reply to letter of formal notice» s. 6-8.

<sup>161</sup> Se Høringsnotat, *ibid*, s. 1 - 4.

<sup>162</sup> Se sak C-395/18 *Tim* avsnitt 38, sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 37-38 og sak C-402 *Tedeschi* avsnitt 43.



Som fremhevet i avsnitt 2.5.2, behøver ikke en begrensning av antall kontraktsledd vertikalt å føre til en reduksjon av antall underleverandører. FOA § 19-3 sin begrunnelse forutsetter derfor at det er mindre kontroll over underleverandører som utfører arbeid i offentlige kontrakter når underleverandørene er organisert i flere ledd vertikalt enn horisontalt. I denne sammenheng er det relevant å fremheve at FOA § 19-2 første og fjerde ledd kun forplikter oppdragsgiver til å kreve informasjon om underleverandører «i direkte kontakt» med hovedleverandører. Det kan derfor stilles spørsmål ved om en begrensning i antall underledd alene gjør det enklere å identifisere useriøse aktører som skjuler seg bak det som kan beskrives som «lovlig fasader», dersom det totale antallet underleverandører fremdeles er det samme, og de fleste av underleverandørene organiseres i andre underledd.

På den andre siden fremstår det sannsynlig etter sin art, at et krav om maksimalt to underledd vil føre til ytterligere kommunikasjon mellom partene i kontrakten. I offentlige kontrakter der leverandørkjeden har en utpreget vertikal struktur med flere underledd, risikeres det at kommunikasjonen mellom virksomheter på tvers av leddene er mangelfull, ettersom leverandører i annet underledd kan overlate kontrollansvaret til leverandører i et eventuelt tredje og fjerde underledd. Færre underledd samler ansvaret for organiseringen av leverandørkjeden på færre aktører. En naturlig følge av en slik organisering, er et behov for ytterligere kommunikasjon og oppfølging mellom de involverte virksomhetene under kontraktsfasen.<sup>163</sup> I prinsippet fremstår dette å være et effektivt middel mot å bekjempe useriøse aktører. Samtidig må det fremheves at det motsatte også kan tenkes, at færre underledd gjør det vanskeligere å føre effektiv kontroll over aktører i kontraktskjeden, ettersom kontrollansvaret er avgrenset til færre aktører, som igjen får et større ansvar.

Empiriske rapporter viser videre til at et tilbakevendende problem i EØS-området, herunder Norge, er tilfeller hvor useriøse aktører skjuler kriminaliteten sin gjennom et lovlig drevet selskap på den ene siden, men som ulovlig henter ut profitten gjennom å være forbundet med selskaper uten reell drift (skallselskaper).<sup>164</sup> En begrensning i antall underledd fremstår etter sin art å kunne være egnet til å bekjempe slike former for kriminalitet, som følge av at færre leverandører vil ha adgang til å etablere kontraktsforhold med underleverandører.

---

<sup>163</sup> Manglende kommunikasjon ved flere underledd, er ikke et ukjent problem i litteraturen, se Francis W.H. Yik, og Joseph H.K. Lai, *Multilayer subcontracting of specialist works in buildings in Hong Kong*. International journal of project management (2008), vol. 26(4), 405.

<sup>164</sup> Se Aleksander Heinen m.fl., *Liability in subcontracting chains*, study for European Parliament's committee on Legal Affairs, Brussels 2017. s. 30-31., Tverretattlig rapport: *Situasjonsbeskrivelse 2014 - Arbeidsmarkedskriminalitet i Norge*, s. 40-41, og NTAES (2017) s. 11 flg.

Flere offentlige vurderinger og rapporter har også vurdert det dithen at færre underledd vil bidra til å fremme transparens i leverandørkjeden, deriblant et samlet lovutvalg i 2015.<sup>165</sup> Begrensningen av antall underledd har også en rød linje til Regjeringens fremlagte strategi mot arbeidslivskriminalitet fra 2015, der kravet var ett av 22 tiltak som ble foreslått for å styrke innsatsen mot arbeidslivskriminalitet.<sup>166</sup> Samlet sett fremstår underleddsbegrensninger derfor å være konsekvent med øvrig politikk rundt arbeidslivskriminalitet.

Oppsummert fremstår det noe uavklart hvordan et krav som begrenser antall underledd til to, fører til bedre forutsetninger for tilsynskontroller, ettersom FOA § 19-3 ikke stiller strengere informasjonskrav, og færre underledd ikke er en garanti for en nedgang av det totale antallet kontraktsledd. Imidlertid vil kravet *kunne* føre til økt kommunikasjon mellom leverandører under utførelsen av kontrakter, ettersom kravet vil kunne bidra til et klarere ansvarsforhold mellom aktørene i leverandørkjeden. I tillegg til at det fremstår som et egnet middel for å begrense aktørers adgang til å bruke komplekse selskapsstrukturer. Samlet sett tilsier disse grunnene at FOA § 19-3 er egnet til å oppnå sitt oppgitte formål.

Neste spørsmål blir om et kontraktskrav om to underledd under hovedleverandøren for utførelsen av bygge- og anleggsarbeider og rengjøringstjenester er nødvendig, eller om den samme kontrollen av underleverandørkjeden kan oppnås med mindre restriktive tiltak.

### **3.1.6 Nødvendighet**

Som redegjort for i avsnitt 2.5.5, er det rettslige utgangspunktet at offentlige myndigheter har et visst handlingsrom til å vurdere hvilke tiltak som er nødvendige for å oppnå det oppgitte formålet. Imidlertid vil forskjeller i arten og omfang til offentlige kontrakter tilsi at absolutte og ugjendrivelige krav som rammer generelt, som et utgangspunkt går lenger enn nødvendig.

Redegjørelsen under avsnitt 3.1.2 viser videre at FOA § 19-3 ikke tillater en sak-til-sak-vurdering av om maksimalt to underledd er nødvendig i den enkelte anskaffelsen, eller om mindre restriktive tiltak kan oppnå samme kontroll over leverandørkjeden. Det må derfor

---

<sup>165</sup> Se NOU 2014: 4, side 144, hvor et samlet utvalg uttaler at en begrensning i antall ledd vil gjøre det lettere å føre kontroll og ha kommunikasjon innad i leverandørkjeden. Et generelt krav om leddbegrensninger ble imidlertid kun støttet av et mindretall (medlemmet Breiland). Se også Riksrevisjonen - Dokument 3:14 (2015–2016), *Undersøkelse av myndighetens arbeid mot sosial dumping ved offentlige anskaffelser*, s. 57 flg.

<sup>166</sup> Se Arbeids- og Sosialdepartementet, Strategi mot arbeidslivskriminalitet (2015-2016) s. 1. Strateginotatet har blitt fulgt opp av Regjeringen og revidert i henholdsvis 2017 og 2019 og 2021.

godtgjøres at en individuell vurdering av kravets nødvendighet ikke er tjenlig til å oppnå det samme formålet. Norge har i sitt tilsvarende til ESA argumentert for en sak-til-sak-vurdering av:

**the risk related to work related crime or the nature and complexity of the proposed supply chain** could result in the measures not reaching their intended objective. [...] **a case-by-case assessment is not only difficult to carry out and burdensome** for both the contracting authority and the economic operator, but it could also undermine **the preventive nature of the provision.**” [...] the Government recalls, [...] that work-related crime is systematic and organised and that enterprises **increasingly camouflage their violations of the law behind a seemingly law-abiding façade.** In order to address these structures, general regulations are a prerequisite. The current rules on limitation are preventive and transparent and can be **applied at a minimum of administrative and financial cost.**<sup>167</sup>

Det fremstår overbevisende at en sak-til-sak-vurdering som åpner opp for ulike praksiser mellom offentlige aktører, vil medføre at enkelte oppdragsgivere ikke ser det hensiktsmessig å begrense antall underledd til to, og at en individuell vurdering av tiltakets nødvendighet vil gå utover tiltakets *preventive effekt*. Spørsmålet som må vurderes, er om tiltakets preventive/normative mål er tilstrekkelig godt begrunnet.

Under denne vurderingen må grunnlovgivningen for FOA § 19-3 vurderes mot 1) andre tiltak som fremstår egnet til å oppnå det samme formålet med kontroll av underleverandører. Videre må det også tas hensyn til 2) hvilke utfordringer som det er knyttet til en sak-til-sak-vurdering, og 3) om det er andre praktiske hensyn som tilsier at en individuell vurdering vil virke mot sin hensikt. I det følgende vil jeg først drøfte om mindre restriktive tiltak etter sin art kan fremstå egnet til å oppnå målsettingen om økt kommunikasjon mellom aktørene i leverandørkjeden, og mer oversiktlig leverandørstruktur i offentlige kontrakter.

Under denne vurderingen er flere av tiltakene skissert under den generelle delen relevante. Et aktuelt tiltak som redegjort under avsnitt 2.5.5, er solidaransvar mellom aktørene i leverandørkjeden, se til sml. direktiv 2014/24 art. 71 nr. 6 bokstav a og EU-direktiv 2014/67/EU art. 12. Etter sin art vil strengere ansvarsregler være effektivt for å sikre overholdelse av nasjonale regler, der involverte leverandører for eksempel kan holdes

---

<sup>167</sup> Vedlegg 1 s. 11.

ansvarlig for avlønning av ansatte under tariff hos en av underleverandørene.<sup>168</sup> Samlet sett har imidlertid ansvarsregler en noe annen funksjon sammenlignet med en begrensning av antall underledd, som i tillegg til den preventive effekten har som målsetting å unngå kompliserte kontraktsstrukturer i underleverandørkjeden, samt sikre en effektiv etterlevelse av avvisningsreglene. Dette tilsier at grunngivningen for en begrensning av antall underledd ikke vil være tilstrekkelig ivaretatt av strenge ansvarsregler.

Et annet mindre restriktivt tiltak skissert under avsnitt 2.5.5, vil kunne være et unntak fra hovedregelen om to underledd, med utgangspunkt i utvidede informasjonskrav kombinert med en godkjennelsesordning av nye underledd.<sup>169</sup> Statsbygg sine kontraktsvilkår er et eksempel der en godkjennelsesordning kombinert med utvidede informasjonskrav for nye underledd kreves der det skal brukes enkeltpersonforetak.<sup>170</sup> Det fremstår overbevisende at nevnte unntak ivaretar siktemålet om økt kommunikasjon og oversikt med underleverandørene, samtidig som det gir de involverte aktørene økt fleksibilitet.

En annen mulig løsning for å sikre kontroll av aktørene i leverandørkjeden, er en omvendt bevisbyrde – hvor det åpnes opp for unntak fra kravet til antall underledd hvor tilbudsgiver kan godtgjøre at det føres tilstrekkelig kontroll med underleverandører som utfører arbeid i forbindelse med den kontraktmessige oppfyllelsen.<sup>171</sup> En analogi kan her trekkes til EU-domstolens avgjørelse i *Tim* som gjaldt spørsmålet om lovligheten av en italiensk bestemmelse som forpliktet oppdragsgiver til å avvise tilbudsgiver, for det tilfellet det forelå en absolutt avvisningsgrunn for en eller flere underleverandører.<sup>172</sup> Spørsmålet var om leverandøren kunne unngå avvisning gjennom tiltak som godtgjorde egen pålitelighet overfor oppdragsgiver. EU-domstolen understreket at leverandører risikerer å bli avvist dersom en av underleverandørene som brukes, eller planlegges å brukes, har tilsidesatt miljø-, sosial- og arbeidsrettslige forpliktelser.<sup>173</sup> En automatisk identifisering mellom underleverandøren og leverandøren på et «generelt og abstrakt plan» gikk derimot lenger enn nødvendig, hvor det

---

<sup>168</sup> Se til sammenligning, *Liability in subcontracting chains* (2017), s. 22-23.

<sup>169</sup> se til sml. direktiv 2014/24 art. 71 nr. 5 og gjennomgangen i kapittel 2.2.

<sup>170</sup> Se «Statsbyggs seriositetskrav for håndverkertjenester» s. 2: <https://dok.statsbygg.no/wp-content/uploads/2020/06/reviderteSeriositetsbestemmelserHandverkere2019.pdf> (sist sett 15.05.21).

<sup>171</sup> Se vedlegg 1, s. 11.

<sup>172</sup> Sak C-395/18 *Tim*.

<sup>173</sup> *Ibid.*, avsnitt 50.

fremste ankepunktet mot en slik automatisk avvisning, var at leverandøren ikke ble gitt mulighet til å «godtgøre sin pålidelighet på trods» av underleverandørens handlinger.<sup>174</sup>

Til sammenligning er kontraktskrav som begrenser antall kontraktsledd et tiltak for å sikre gjennomsliktighet i leverandørkjeden.<sup>175</sup> Manglende oppfyllelse av kravet er dermed ikke ensbetydende med sosial dumping eller kriminell atferd. I ytterste tilfelle er det en presumsjon. I likhet med presumsjonen i *Tim*, vil det være mindre restriktivt å tillate leverandørene å godtgjøre at det føres tilstrekkelig kontroll med leverandørkjeden – for eksempel gjennom overordnede strategier, samt kontrollmekanismer implementert for å sikre at underleverandører overholder miljø- og sosial- og arbeidsrettslige krav.

Hovedargumentet mot unntak som tar utgangspunktet i *utvidede informasjonskrav* eller en *omvendt bevisbyrde* som redegjort for ovenfor, er at underleverandører skjuler seg bak lovlige fasader og at det av disse grunner er *vanskelig* og *brysomt* og utføre en konkret vurdering.<sup>176</sup>

Det rettslige utgangspunktet etter EU-domstolens praksis er at nasjonal lovgiver ikke kan begrunne restriksjoner på grunnlag av manglende kompetanse blant oppdragsgivere.<sup>177</sup> Som redegjort under den generelle delen kan imidlertid objektive praktikable eller finansielle hensyn, etter omstendighetene gjøre det nødvendig med et absolutt krav.<sup>178</sup> Etter EU-domstolens praksis virker denne avveiningen å bero på en konkret vurdering av kravets art og omfang opp mot det definerte formålet til kravet.<sup>179</sup>

Tverretatlige situasjonsrapporter om arbeidslivskriminalitet støtter i denne sammenheng opp om at organisert kriminalitet i visse bransjer, er et komplekst problem å kontrollere.<sup>180</sup> Dette er et argument som i utgangspunktet taler for at unntak med utgangspunkt i en konkret vurdering er vanskelig å praktisere. Samtidig er det allerede unntak fra kravet om to underledd under hvor flere kontraktsledd er «nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse». Dette viser at norske myndigheter ikke har lagt seg på et absolutt beskyttelsesnivå, og godtatt

---

<sup>174</sup> Ibid., avsnitt 52-54. Fraværet av en slik adgang var også avgjørende i sak C-472/19 *Vert Marine*. Sak C-126/15 *Kommisjonen mot Portugal* er imidlertid et eksempel der lignende argument ble anført av EU-kommisjonen, men hvor EU-domstolen kom til det aktuelle kravet ikke gikk lenger enn nødvendig, i motsetning til hva EU-domstolen kom til i *Tim* og *Vert Marine*.

<sup>175</sup> Ref. avsnitt 2.5.3.

<sup>176</sup> Vedlegg 1 s. 11.

<sup>177</sup> Se til analogi sak C-424/97 *Haim* avsnitt 28, jf. HR-2019-1801-a Fosen Linje avsnitt 124.

<sup>178</sup> Ref. avsnitt 2.5.5.

<sup>179</sup> Se blant annet sak C-126/15 *Kommisjonen mot Portugal* avsnitt 84 og sak C-546/11 *Dansk Jurist- og Økonomforbund* avsnitt 79.

<sup>180</sup> NTAES (2020) s. 7-13.

at konkrete vurderinger kan tilsi dispensasjon fra hovedregelen. I denne sammenhengen kan det virke noe motstridende at oppdragsgiver har adgang til å vurdere konkurransesituasjonen opp mot antall underledd, men ikke mulighet til å gi unntak fra hovedregelen hvor leverandøren kan godtgjøre kontroll over leverandørkjeden. Disse forholdene taler for at hensynet til praktikable regler ikke kan begrunne hvorfor oppdragsgivere ikke skulle kunne foreta en konkret vurdering av behovet for maksimalt to underledd i den enkelte anskaffelsen.

EU-domstolens uttalelser i *Vitali og Tedeschi* er i denne forbindelse av relevans. Som redegjort for under den avsnitt 2.5.5., vurderte EU-domstolen om et absolutt forbud av underleverandører utover en fastsatt grense på 30 % av kontraktsverdien, var nødvendig. Italia argumenterte for at en sak-til-sak-vurdering om restriksjonens nødvendighet var ineffektivt når det gjaldt å hindre organisert kriminalitet i offentlige kontrakter. At organisert kriminalitet er et komplekst problem i Italia som etter sin art kunne tenkes å begrunne preventive tiltak, virker etter sin argumentasjon overbevisende. Likevel aksepterte ikke EU-domstolen begrunnelsen om at utfordringene med arbeidslivskriminalitet gjorde det nødvendig å begrense bruken av underleverandører til en fastsatt prosentandel av kontraktssummen.<sup>181</sup> EU-domstolens konklusjoner kan tas til inntekt for at utfordringer i kriminalitetsbildet ikke kan begrunne absolutte regler nasjonale regler. Som drøftet under avsnitt 2.5.5, må imidlertid EU-domstolens konklusjoner i *Vitali og Tedeschi* tolkes i lys av at den italienske lovgivningen rammet svært vidt, uavhengig av relevante forskjeller som økonomisk sektor, tjenestenes karakter og leverandørens identitet. Der lovgivningen rammer likt på tvers av relevante kategorier, tilsier dette at nyansene mellom offentlige kontrakter ikke er tilstrekkelig hensyntatt, noe som er et argument for at slike bestemmelser går lenger enn nødvendig. I det følgende vil jeg derfor undersøke om FOA § 19-3 er individualisert etter relevante kategorier, og deretter sammenligne bestemmelsen med den italienske lovgivningen i *Vitali og Tedeschi*.

Anskaffelsesforskriften § 19-3 første ledd regulerer to *bransjesektorer* i offentlige kontrakter – bygge- og anleggsbransjen og renholdsbransjen. Reguleringen må her ses i sammenheng med LOA § 5 tredje ledd, hvor det heter at krav om antall kontraktsledd i forskrift skal begrenses til bransjer «med særlige utfordringer knyttet til arbeidslivskriminalitet». I høringsrunden i forbindelse med forskriften fremgikk det at bygge- og anleggsbransjen og renholdsbransjen, er to av flere bransjer som har blitt identifisert over flere år av

---

<sup>181</sup> Se sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 44 og sak C-402/18 *Tedeschi* avsnitt 50.

justismyndigheter til å være *særlig utsatt* for arbeidslivskriminalitet.<sup>182</sup> I tillegg følger det av det samme høringsnotatet at disse to bransjene, er sektorer der en begrensning av antall underledd måtte antas å ville ha størst effekt.<sup>183</sup> Det kan på generelt grunnlag stilles spørsmål ved om de samme problemene knyttet til kontroll med leverandørkjeder ikke også er til stede i privat sektor i disse bransjene. Som redegjort for under den generelle delen vil det imidlertid være adgang til å treffe egne kontraktskrav vis-a-vis underleverandører begrenset til offentlig sektor. Norske myndigheters vurderinger rundt risiko og effekt av en begrensning av antall underledd, er et moment som taler for at FOA § 19-3 ikke rammer mer generelt enn hva som er nødvendig.

Den andre kategorien som fremheves i *Vitali* og *Tedeschi* er inndeling etter *kontraktens karakter*. Kravet etter FOA § 19-3 første ledd omfatter ikke bygge- og anleggskontrakter og rengjøringskontrakter som en helhet, men er begrenset til selve *utførelsen* av arbeidet innenfor slike kontrakter. For eksempel vil underleverandørkjeden i bygge- og anleggskontrakter derfor *kunne* organiseres gjennom fire underledd, såfremt to av de fire leddene ikke gjelder utføringen av bygge- og anleggsarbeider.<sup>184</sup> Dette er en forskjell fra den italienske lovgivningen i *Vitali* og *Tedeschi* hvor underleverandørbegrensningen var tilknyttet den samlede kontraktsverdien.<sup>185</sup> På den andre siden er det også vesensforskjeller i utførelsen av arbeid som reguleres på samme måte av FOA § 19-3 første ledd. Særlig er dette tilfellet for bygge- og anleggsarbeider, hvor behovet for spesialisert kompetanse og fagkompetanse, som er forhold av betydning for leverandørkjedens organisering, varierer ut ifra flere forhold. Den mest innlysende differensieringen på dette området er ulike leddbegrensninger ut ifra om anskaffelsen gjaldt del-, hoved- eller totalentreprise. Til tross for at bestemmelsen kun knytter seg til *utførelsen* av bygge- og anleggsarbeider, vil det manglende skillet mellom eksempelvis del- og totalentrepriser medføre at begrensningen i antall underledd i utgangspunktet rammer kontraktstyper som av natur er ulike på en lik måte. Det må imidlertid antas at unntaket fra hovedregelen om to underledd for å sikre «tilstrekkelig konkurranse» i FOA § 19-3 annet ledd, til en viss utstrekning avhjelper de største utslagene mellom de nevnte entreprisformer.

---

<sup>182</sup> Høringsnotat, s. 3 med videre henvisninger til rapporten: «Situasjonsbeskrivelse 2014 - Arbeidsmarkedskriminalitet i Norge».

<sup>183</sup> *Ibid.*

<sup>184</sup> Slik redegjort for under avsnitt 3.1.1, vil leverandører som utfører planlegging og prosjektering ikke omfattes av bestemmelsen.

<sup>185</sup> Se sak C-63/18 *Vitali* avsnitt 10 og 17 sammenholdt, og sak C-402/18 *Tedeschi* avsnitt 12.

EU-domstolen fremhever også *underleverandørens identitet* som en relevant inndeling. I *Vitali og Tedeschi* fremgår det imidlertid ikke klart hvordan en slik inndeling praktisk kan gjennomføres. Det kan imidlertid tenkes at EU-domstolen mener det kan rettes særlige krav mot visse selskapsformer. For eksempel har enkelte offentlige oppdragsgivere innført et krav om godkjenning hvor det skal inngås avtale om entrepris med enkeltpersonsforetak, der det er lavere dokumentasjonskrav sammenlignet med andre selskapsformer.<sup>186</sup> EU-domstolen har imidlertid hatt en restriktiv tilnærming til differensierte tiltak på grunnlag av «identitet» i andre saker.<sup>187</sup> I *Kommisjonen mot Belgia* konkluderte EU-domstolen med at et nasjonalt krav om at utenlandske selvstendige næringsdrivende måtte registrere visse opplysninger ved innreise i Belgia, ikke var proporsjonalt.<sup>188</sup> Formålet med tiltaket var å hindre sosial dumping og kriminalitet. Kravet var ikke absolutt, gjaldt enkle opplysninger og gjorde relevante unntak for visse næringsgrupper og aktører. EU-domstolen konkluderte imidlertid med at loven ikke hadde en «tilstrækkelig overbevisende begrunnelse» for hvorfor opplysningene var begrenset til selvstendige næringsdrivende registrert i en annen EU-medlemsstat.<sup>189</sup> Strengere krav mot enkelte selskapsformer, f.eks. strengere informasjonskrav eller en godkjennelsesordning, vil derfor som et klart utgangspunkt ikke kunne skille mellom utenlandske og nasjonale selskaper. Risikoen ved å innføre et krav som rammer en generell selskapsform, vil imidlertid være at det kan skape unødvendig byråkrati for seriøse aktører og offentlige myndigheter.<sup>190</sup>

Etter direktiv 2014/24 art. 71 nr. 8 vil det også være relevant å vurdere om reguleringene er inndelt etter *bestemte beløp*. I anskaffelsesforskriften er det et skille mellom kontrakter over og under terskelverdi, hvor rengjøringskontrakter under terskelverdi ikke er omfattet av et krav om maksimalt to underledd.<sup>191</sup> Skillet kan ses på to ulike måter. På den ene siden kan det argumenteres for at nasjonale myndigheter har foretatt en avveining av balanserte interesser. På den andre siden kan det anføres at lovgivingen ikke er konsekvent, og at det er unødvendig strenge regler for anskaffelser over EØS-terskelverdi, som på grunn av sin verdi og størrelse

---

<sup>186</sup> Se til sml. *Statsbyggs seriositetskrav for håndverkertjenester* s. 2. og *Skiensmodellen* punkt 2. *Skiensmodellen* punkt 8 har også krav om at tilbydere skal rapportere «*fortløpende om bruk av utenlandsk arbeidskraft i alle ledd i kontraktskjeden.*» Et krav som uten videre skiller mellom nasjonale og utenlandske arbeidere når det kommer til rapporteringsplikt, er et eksempel på et krav som etter sak C-577/10 *Kommisjonen mot Belgia*, vil kunne være ulovlig under proporsjonalitetsprinsippet.

<sup>187</sup> Se drøftelsen under ikke-diskrimineringsprinsippet under kapittel 2.3

<sup>188</sup> Sak C-577/10 *Kommisjonen mot Belgia*. Eksempler på opplysninger som ble krevd var: nasjonalt identitetsnummer, antatt varighet i landet og hvor arbeidet skulle utføres.

<sup>189</sup> Sak C-577/10 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 55.

<sup>190</sup> Se i denne retningen, Åsa Edman og Peter Nohrstedt, *No Socially Responsible Public Procurement without Monitoring the Contract Conditions*. *European procurement & public private partnership law review*, vol. 12, s. 356-357.

<sup>191</sup> Se FOA § 8-13 første ledd.



ofte vil være mer interessante kontrakter for utenlandske leverandører. Dersom det først ses på bygge- og anleggskontrakter under EØS-terskelverdi, vil kontrakter opp mot 51.5 millioner også etter sin art kunne kreve spesialisert og ulik fagkompetanse. Oppfyllelsen av slike kontrakter vil derfor kunne ha et stort antall underleverandører. Hensynene som grunngir kravet i FOA § 19-3, vil derfor også kunne være gjeldende for kontrakter under EØS-terskelverdi. Etter mitt skjønn er imidlertid rengjøringskontrakter under terskelverdi av en annen karakter. Gjennomføringen av rengjøringskontrakter krever først og fremst tilgang på personell. Kontraktene er på generelt grunnlag mindre kompleks sammenlignet med bygge- og anleggskontrakter. For det andre er EØS-terskelverdien for tjenestekontrakter vesentlig lavere enn terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter.<sup>192</sup> Det er derfor grunn til å presumere at behovet for antall underleverandører for slike kontrakter, og dermed tiltak som sikrer kommunikasjon mellom rengjøringsaktørene, ikke er den samme over og under EØS-terskelverdi. Samlet sett taler ikke skillet mellom FOA §§ 8-12 og 19-3 for at sistnevnte omfatter flere kontraktstyper enn det som er nødvendig med hensyn til rengjøringskontrakter.

En oppsummering av det forannevnte viser at FOA § 19-3 er knyttet til bransjer med økt risiko for arbeidslivskriminalitet, og videre differensiert etter relevante kategorier. For bygge- og anleggsarbeider kunne det derimot vært relevant å skille mellom ulike entreprisformer. Samlet sett er imidlertid ikke FOA § 19-3 direkte sammenlignbar med den italienske lovgivningen i *Vitali* og *Tedeschi*, hvor ulikheten mellom bransjer og arbeid ikke var reflektert i lovgivningen. Denne forskjellen er ikke avgjørende i spørsmålet av om et absolutistisk nasjonalt krav til antall underledd er nødvendig. Imidlertid er nyansene som kommer til uttrykk i FOA § 19-3 et moment som taler at bestemmelsen ikke går utover det handlingsrommet lovgiver har til å fastsette tiltak for å bekjempe arbeidslivskriminalitet.

Dersom arten av kravene videre vurderes, ivaretar FOA § 19-3 også hensynet til konkurranse og deltakelse for små og mellomstore bedrifter i større grad enn hva tilfellet var i *Vitali* og *Tedeschi*. Som redegjort under avsnitt 2.5.2, vil ulempen for SMB når det kreves maksimalt to kontraktsledd vertikalt i underleverandørkjeden, variere ut ifra anskaffelsens art og forhold ved leverandøren. Til sammenligning hindret den italienske reguleringen i *Vitali* og *Tedeschi*, effektivt tilbydere i å støtte seg på kapasiteten til underleverandører for 70 % av det kontraktsmessige arbeidet, i tillegg til å utgjøre en klar ulempe for utenlandske aktører som

---

<sup>192</sup> Henholdsvis 1,3 og 2,05 millioner NOK for statlige og andre oppdragsgivere, jf. FOA § 5-3 første ledd bokstav a og b.

opererte utenfor deres tradisjonelle hjemmemarked. Om den nasjonale reguleringens art i *Vitali* og *Tedeschi* vises det for øvrig tilbake til redegjørelsen i avsnitt 2.5.5. Når det gjelder hensynet til fleksibilitet, ivaretar FOA § 19-3 annet ledd dette i en viss utstrekning, gjennom at det åpnes for unntak for å sikre «tilstrekkelig konkurranse». Også på dette punktet skiller den norske lovgivningen seg fra *Vitali* og *Tedeschi*, hvor kontraktskravet til sammenligning var absolutt og uten unntak. Spørsmålet blir hvor mye ulikhetene mellom FOA § 19-3 og lovgivningen i *Vitali* og *Tedeschi* innvirker på medlemsstatenes handlingsrom under nødvendighetsvurderingen. I mangel på avklarende rettsavgjørelser fra EU-domstolen etter *Vitali*, er det et spørsmål som under foreliggende rettskildebilde er uklart.

Videre må det også vurderes om det er *andre praktiske hensyn*, enn det som til nå er redegjort for, som tilsier at en konkret vurdering av om kravet etter FOA § 19-3 første ledd vil virke mot sin hensikt. I den forbindelse er det relevante å peke på at de nasjonale forskriftskravene om antall underledd, herunder FOA § 19-3, ble innført etter at flere oppdragsgivere fra før av hadde innført et krav om maksimalt to underledd i sine egne kontraktsmodeller. Etter min kjennskap er det ikke tilgjengelig noen oversikt over hvor mange oppdragsgivere som har egne krav til bruk av underledd i egne kontrakter. Flere innkjøpere hadde imidlertid allerede i 2014 krav om begrensninger av antall underledd.<sup>193</sup> Oslo-, Skiens- og Vikenmodellen (tidligere Telemarksmodellen) – tre av de mest sentrale offentlige kontraktsmodellene om arbeidslivsseriøsitet i Norge – inneholder alle ulike bestemmelser om underledd i leverandørkjeden.<sup>194</sup> Fra leverandørens perspektiv kan det derfor være fordelaktig, ut ifra innrettelsesbetraktninger, med nasjonale fastsatte minstekrav. Der alternativet er at leverandører møter krav om maksimalt to underledd for én oppdragsgiver, mens det i konkurransegrunnlag fra andre offentlige innkjøpere ikke gjelder tilsvarende krav. Hensynet til forutsigbarhet kan derfor tale for at det er praktiske fordeler for involverte leverandører, ved et nasjonalt minimumskrav til antall underledd. Dette er et hensyn som må inngå som et moment i helhetsvurderingen av om lovens preventive formål er tilstrekkelig begrunnet. Det springende punktet i nødvendighetsvurderingen blir på bakgrunn av det nevnte, om hensynet til oppdragsgivers og leverandørens behov for fleksibilitet er tilstrekkelig ivaretatt gjennom hovedregelen og unntakene i FOA § 19-3. Rettskildene som er belyst i denne oppgaven gir etter mitt skjønn ikke et klart svar på dette spørsmålet.

---

<sup>193</sup> Fafo-notat 2014:09 s. 10-12.

<sup>194</sup> Skiensmodellen punkt 5, Osломodellens punkt 8 og Vikenmodellen punkt 5. Henvisning til de ulike kontraktsstandardene er vedlagt bakerst i kildelisten.

*På den ene siden* vil det i likhet med hva som ble avgjørende i *Tim*, være mindre restriktivt å åpne opp for unntak dersom leverandøren kan påvise tilstrekkelig god risikostyring av leverandørkjeden. En annen mulighet er et unntak fra hovedregelen med utgangspunkt i ytterligere informasjonskrav kombinert med en godkjennelsesordning. Begge disse potensielle unntakene fremstår egnet til å ivareta formålet om leverandørkontroll, samtidig som det gir leverandører og oppdragsgivere økt fleksibilitet under oppfyllelsen av kontrakten. *På den andre siden* viser gjennomgangen ovenfor at FOA § 19-3 ikke er direkte sammenlignbar med den nasjonale lovgivningen i *Vitali* og *Tedeschi*. Kravet om maksimalt to underledd er ikke like abstrakt utformet som den italienske lovgivningen. FOA § 19-3 ivaretar også hensynet til SMB og konkurranse til en viss grad. I tillegg kan det argumenteres for at et nasjonalt minimumskrav gir forutsigbarhet for aktørene i bransjen, ettersom underleddsbegrensninger fra før av er utbredt blant norske oppdragsgivere. Arten og omfanget av restriksjonen i leverandørens etableringsfrihet og tjenestefrihet, tilsier at nasjonale myndigheter må innrømmes et handlingsrom til å vektlegge tiltakets preventive begrunnelse.

Etter mitt skjønn taler disse forholdene samlet sett, i retning av at bestemmelsen i FOA § 19-3 ikke går utover den skjønnsmargin som må innrømmes de respektive nasjonale myndigheter, når det kommer til å fastsette tiltak for å hindre arbeidslivskriminalitet i offentlige anskaffelser under proporsjonalitetsprinsippet. Imidlertid er det klare spørsmålsteget ved begrunnelsen om at kontroll av leverandørkjeden ikke kan sikres på andre måter enn et abstrakt krav på to underledd. Det vil derfor være interessant å følge utviklingen i saken mellom ESA og Norge, og hvilke vurderinger ESA foretar videre.

## **3.2 Skiensmodellen**

Skiensmodellen er, som redegjort for i kapittel 1.1, et eksempel på det som i media omtales som en seriøsitetsmodell. Begrepet «seriøsitetsmodell» bruker jeg i denne sammenheng som en beskrivelse av ulike standarder med kontraktsvilkår som har det uttalte formål å bekjempe arbeidslivskriminalitet og hindre at useriøse aktører får tilgang til offentlige kontrakter.

En rettslig vurdering av kommunale seriøsitetsmodeller, er etter min kjennskap ikke blitt drøftet i juridisk litteratur tidligere. I denne delen av oppgaven skal jeg derfor først se nærmere på den generelle rettslige håndhevingen av slike modeller i avsnitt 3.2.1.

Hovedformålet med å drøfte Skiensmodellens regulering av underledd i offentlige kontrakter, er videre å løfte frem noen av de mest sentrale avveiningene og hensynene i spørsmålet om

adgangen å regulere antall underledd, der oppdragsgiver fastsetter strengere kontraktskrav enn det som følger av nasjonale regler. Denne tematikken drøftes nærmere i avsnitt 3.2.2 og 3.2.3.

### 3.2.1 Rettslig håndheving av kommunale seriøsitetsmodeller

Offentlige oppdragsgivere har ikke lovgivningskompetanse.<sup>195</sup> Kommunale vedtak om seriøsitetsbestemmelser for offentlig innkjøp kan heller ikke anses som enkeltvedtak eller forskrift, da vedtakene gjelder kommunens egne virksomheter. Til tross for at seriøsitetskrav har indirekte betydning for private virksomheter som konkurrerer om offentlige kontrakter som utlyses av kommuner, kan ikke vedtakene anses å være «bestemmende» for rettigheter eller plikter all den tid økonomiske aktører ikke er forpliktet til å inngå kontrakt, se forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b.<sup>196</sup> Kommunemodellene må derfor anses som en intern instruks, og kan ikke håndheves i domstolene.<sup>197</sup> Det er seriøsitetskravene i den enkelte kontrakt som må prøves opp mot de rettslige skranker i anskaffelsesregelverket.

I vurderingen av Skiensmodellen skaper dette to metodiske utfordringer. *Den første* er at det er ikke noen garanti for at kontraktskrav i en offentlig kontrakt er utformet på samme måte som det opplyses om av Skien kommune. Til tross for at selve vedtaket ikke kan håndheves av domstolene, vil imidlertid vedtaket etter alminnelig forvaltningsrett være bindende for den enkelte offentlige innkjøper.<sup>198</sup> Det forutsettes derfor i det følgende at Skiensmodellens krav vil være gjengitt på samme måte i et tiltenkt konkurransegrunnlag. *Den andre* utfordringen er at Skiensmodellens krav om antall underledd vurdert i lys av proporsjonalitetsprinsippet, vil måtte besvares ut ifra de særegenheter som gjelder i den konkrete anskaffelsen. Denne utfordringen kan løses på to måter. Enten ved å finne et passende eksempel, eller ved å drøfte problematiske sider ved Skiensmodellen på et generelt grunnlag. Etter mitt skjønn besvares oppgavens problemstilling på en mer helhetlig måte gjennom sistnevnte løsning.

På bakgrunn av disse forutsetningene vil jeg i det følgende foreta en analyse av den rettslige adgangen til å begrense antall underledd i offentlige kontrakter utover den nasjonale reguleringen i FOA § 19-3, med utgangspunkt i Skiensmodellens krav.

---

<sup>195</sup> Etter Grunnloven § 75 tilkommer retten til å «gi og oppheve lover», Stortinget.

<sup>196</sup> Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

<sup>197</sup> Se til sml. HR-2005-1638 avsnitt 29 flg. Om den rettslige kontrollen av forvaltningens instruksjonsmyndighet, se Ragnar Knoph m.fl. (2014). *Knophs oversikt over Norges rett*, 14. utg. utgitt av Kåre Lilleholt, Oslo (2014), s. 580-581.

<sup>198</sup> Ibid.

### 3.2.2 Skiensmodellen punkt 5

Det er ulike varianter av Skiensmodellens krav til antall underledd.<sup>199</sup> Denne oppgaven tar utgangspunktet i Skien kommune sin «trykksak» av Skiensmodellen som er tilgjengelig på norsk og engelsk på kommunens hjemmesider.<sup>200</sup> Skiensmodellen punkt 5 lyder:

Byggherren tillater ikke mer enn ett ledd i kontraktskjeden. Oppdragsgiver kan godkjenne to ledd når det foreligger en god begrunnelse. Det skal aldri være mer enn to ledd i kontraktskjeden.

### 3.2.3 Vurdering av bestemmelsen

Det bemerkes innledningsvis at selv om FOA § 19-3 krever at det stilles krav om maksimalt antall kontraktssledd for enkelte offentlige anskaffelser, følger det ikke av forskriften en plikt om at skjerpede krav utover den nasjonale reguleringen må forskriftsfestes.<sup>201</sup>

Det kan tenkes at en slik plikt kan forankres i en antitetisk tolkning av LOA § 5 tredje ledd. Forarbeidene i forbindelse med innføringen av bestemmelsen er uten ord om forholdet til oppdragsgivers rett til å stille strengere kontraktsskrav enn det som blir forskriftsfestet, og gir derfor ingen veiledning.<sup>202</sup> Dersom bakgrunnen for LOA § 5 tredje ledd vurderes, har innføringen av en generell hjemmel for å begrense antall underledd sammenheng med at en rekke norske kommuner og offentligrettslige organer allerede innskrenket antall underledd i offentlige kontrakter på ulike måter.<sup>203</sup> Dersom lovgiver hadde ment å innskrenke adgangen til å fastsette lokale krav som allerede gjaldt, ville det ha vært naturlig at dette var et tema forut for loven, eller at en slik innskrenking var klart forankret i bestemmelsens ordlyd. Forholdet til oppdragsgivers diskresjon til å fastsette egne kontraktsskrav om antall underledd ble heller ikke drøftet i høringsrunden i forbindelse med FOA § 19-3, noe som støtter opp under forståelse av at bestemmelsen er å anse som et minimumskrav og ikke en rettslig grense.<sup>204</sup> Oppdragsgivers rettslige handlingsrom til å begrense antall underledd utover FOA § 19-3, må etter dette vurderes ut ifra de rettslige skranker som er trukket opp i kapittel 2.

---

<sup>199</sup> Kravet er blant annet gjengitt på to ulike måter på Skien kommunes hjemmesider.

<sup>200</sup> Tilgjengelig på: <https://www.skien.kommune.no/skien-kommune/bdk/eiendom/skiensmodellen/> (sist sett: 06.05.2021). Samme variant av Skiensmodellen fremgår av KOFA sak 2019/597 avsnitt 6 og Fafo-rapport 2017:08, *Hva gjør kommunene for å bekjempe arbeidslivskriminalitet?* s. 40 (nettutgave). Det er etter min kjennskap ikke noen tilgjengelig veileder til kontraktsskravene.

<sup>201</sup> Se LOA § 5 tredje ledd og § 6 annet ledd, samt FOA § 19-3.

<sup>202</sup> Prop 51. L (2015-2016) s. 84.

<sup>203</sup> Se for eksempel Fafo-notat 2014:09 s. 10-15.

<sup>204</sup> Høringsnotat, s. 1-3.

Det er videre ikke tvilsomt om at Skiensmodellen punkt 5 vil ha tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjensstanden, da kontraktskravet er begrenset til offentlige kontrakter med Skien kommune, jf. FOA § 19-1 første ledd og LOA § 5 annet ledd. Spørsmålet blir om de skjerpede kravene til antall underledd er overens med de anskaffelsesrettslige prinsippene.

Jeg vil først vurdere kontraktskravet opp mot gjennomsiktighetsforpliktelsene. Spørsmålet blir om Skiensmodellens punkt 5 er utformet tilstrekkelig klart, presist og utvetydig, slik at alle rimelig velinformerte og normalt aktsomme aktører kan forstå kravets nøyaktige rekkevidde og fortolke det på samme måte.<sup>205</sup> I denne vurderingen skal det tas hensyn til alle sider i anskaffelsesdokumentene.<sup>206</sup>

Etter Skiensmodellens punkt 5 heter det at det ikke godtas mer enn «ett ledd i kontraktskjeden». En «kontraktskjede» er etter vanlig ordlydstolkning hele kjeden på realdebitors side, der tilbudsgiver utgjør det første underleddet. Til sammenligning er det i FOA § 19-3 presisert at det aksepteres maksimalt to ledd «under hovedleverandøren». Det vil si totalt tre underledd. Slik kontraktskravet har blitt omtalt av Skien kommune tidligere, er det imidlertid ikke tvilsomt at Skiensmodellen tar sikte på å regulere antall underledd under hovedleverandøren.<sup>207</sup> En isolert tolkning av kravet tilsier derfor at dette er en uklarhet som burde presiseres. På den andre siden tilsier en kontekstuell tolkning av kontraktskravet i lys av anskaffelsesforskriften bestemmelser, at dersom det kun skulle være tillatt med ett underledd, og tilbyderer var avskåret fra å anvende underleverandører, ville det i konkurransegrunnlaget vært beskrevet at bruk av underleverandører var forbudt, se til sml. FOA § 16-10 femte og sjette ledd. På denne bakgrunnen vil en henvisning til «et ledd i kontraktskjeden» måtte anses å være tilstrekkelig klart formulert for normalt velinformerte og aktsomme leverandører.

Det er heller ikke nærmere definert hvilke underleverandører som omfattes av kontraktskravet i Skiensmodellen punkt 5. For å igjen sammenligne med FOA § 19-3 første ledd gjelder det nasjonale kravet kun når det skal «utføres» arbeid som er nærmere definert etter CPV-klassifikasjoner.<sup>208</sup> Det nasjonale kravet er derfor avgrenset mot leverandører som for eksempel er vareleverandører eller transportvirksomheter. Om dette også er tilfellet under

---

<sup>205</sup> Jeg bruker her ordet «aktsom» i stedet for «omhyggelig» om hva som forventes av leverandører, se til sml. sak E-16-16 *Fosen Linje I* avsnitt 103. Se også HR-2019-1801-A *Magne Sveen* avsnitt 35, jf. Rt-2012-1729 der ordet «forstandig» brukes. Det er imidlertid ingen realitet knyttet til forskjellen.

<sup>206</sup> Se til sml. HR-2019-830-A *Magne Sveen* avsnitt 35-38.

<sup>207</sup> Fafo-rapport 2017:08, s. 43-44.

<sup>208</sup> Ref. avsnitt 3.1.1.

Skien modellen punkt 5, har ikke støtte i bestemmelsens ordlyd.<sup>209</sup> Om kravet til antall underledd er ment å være avgrenset til leverandører som utfører nærmere bestemte typer arbeid burde dette derfor presiseres i konkurransegrunnlaget.

Etter Skien modellens punkt 5 heter det videre at oppdragsgiver «kan» godkjenne «to ledd når det foreligger en god begrunnelse». Det kan derimot «aldri» godtas mer enn to ledd. Hva som er en «god begrunnelse» vil etter ordlyden måtte vurderes konkret. Det kan ikke utledes en rettslig terskel eller objektiv størrelse til begrepet «god begrunnelse», utenom at det må gis én begrunnelse. Etter ordlyden har oppdragsgiver en ubegrenset skjønnsfrihet i vurderingen av om det kan gjøres unntak fra hovedregelen om ett kontraktsledd. Unntaksregelen gir derfor ikke leverandørene mulighet til å forstå og fortolke kravet på samme måte.<sup>210</sup>

Seriøsitetsskravet oppfyller dermed ikke i utgangspunktet kravet til gjennomskiktighet.

Som drøftet under den generelle delen kan uklarheten avhjelpest av oppdragsgiver i den aktuelle konkurransen.<sup>211</sup> Dersom det forutsettes at uklarheten ikke kan avhjelpest, f.eks. gjennom avklaring, vil prinsippet om likebehandling og gjennomskiktighet kunne medføre en avlysningsplikt.<sup>212</sup> I ytterste konsekvens vil manglende avlysning være en fortsatt krenkelse av prinsippene og kunne danne grunnlag for et erstatningskrav mot oppdragsgiver.<sup>213</sup>

Gjennomgangen av Skien modellen punkt 5 sin utforming, viser at det er formuleringer som burde presiseres ytterligere i konkurransegrunnlaget. Et mulig unntak fra kravet om maksimalt ett kontraktsledd i Skien modellen hvor det en «god begrunnelse», er eksempel på et vilkår som i denne forbindelse ikke er tilstrekkelig klart, presist og utvetydig, slik at alle rimelige velinformerte og normalt aktsomme leverandører kan tolke unntaket på samme måte.

Neste spørsmål som må vurderes, er om kravet til maksimalt ett kontraktsledd vertikalt i underleverandørkjeden vil *kunne* stride mot proporsjonalitetsprinsippet.

Det er oppgitt i Skien kommunes bystyrebehandling at formålet til seriøsitetsskravene i Skien modellen er å forhindre arbeidslivskriminalitet og sosial dumping i egne

---

<sup>209</sup> Som redegjort i kapittel 1.3 er en naturlig forståelse av underleverandører: «virksomheter som skal utføre deler av kontraktsforpliktelsen mellom oppdragsgiver og hovedleverandør i offentlige anskaffelser, og som ikke har kontraktsforpliktelser direkte overfor oppdragsgiver.»

<sup>210</sup> For betraktninger rundt unntaket i bestemmelsen, se Fafo-rapport 2017:08 s. 43-44.

<sup>211</sup> Ref. kapittel 2.4.

<sup>212</sup> Sak E-24/13 *Wolfgang Egge* avsnitt 74-75.

<sup>213</sup> HR-2019-1801-A *Fosen Linje* avsnitt 85, med henvisning til sak E-16/16 *Fosen linje I* avsnitt 106.

anskaffelser.<sup>214</sup> Et krav om maksimalt ett underledd må på grunnlag av tidligere drøftelser i avsnitt 3.1.4, i prinsippet være «egnet» til å oppnå bedre kontroll over underleverandørkjeden enn et krav om to underledd. Spørsmålet er om en ytterligere begrensning utover FOA § 19-3, er nødvendig for å oppnå bedre kontroll over underleverandørkjeden i offentlige kontrakter, eller om det oppgitte formålet kan oppnås med mindre restriktive tiltak.

I grove trekk vil drøftelsen under avsnitt 3.1.6 kunne overføres til spørsmålet om hvorfor ett underledd er nødvendig for å oppnå den ønskede gjennomsiktigheten. Som redegjort for under avsnitt 2.5.5, må utgangspunktet være at oppdragsgiver har et visst handlingsrom til å vurdere hvilke betingelser som er nødvendig for å sikre gjennomsiktighet i forbindelse med den enkelte anskaffelsen. Dette må også være tilfellet uavhengig av nasjonale reguleringer. Kravet i FOA § 19-3 første ledd viser derimot at nasjonale myndigheter mener to underledd gir tilstrekkelig mulighet for tilsyn til å foreta effektive kontroller av leverandører.<sup>215</sup> Spørsmålet blir dermed om ett underledd er nødvendig for at offentlige innkjøpere i Skien kommune skal kunne oppnå tilstrekkelig kontroll over underleverandører i egne anskaffelser.

Hvilket handlingsrom som må innrømmes oppdragsgiver avhenger av flere momenter. Jeg viser her tilbake til drøftelsene under avsnitt 2.5.5. For det første vil det være relevant å vurdere hvilke avveininger oppdragsgiver har foretatt av seriøsitetskravets nødvendighet opp mot det oppgitte formålet. Ettersom Skiensmodellen er *de facto* styrende for handlingsrommet innkjøper har til å foreta sak-til-sak-vurderinger av kravets nødvendighet, taler dette for at det må kunne ses hen til vurderinger og avveininger gjort ved utarbeidelsen av Skiensmodellen.

Når det gjelder oppdragsgivers vurdering av kravets nødvendighet opp mot det oppgitte formålet må det fremheves at strategiske og sosiale offentlige anskaffelser er et av hovedformålene med direktiv 2014/24.<sup>216</sup> Som det følger av fortalens punkt 95 skal offentlige kontrakter brukes for å oppnå en «...intelligent, bæredygtig og inklusiv vekst.» EU-kommisjonen har også oppfordret til en overordnet strategi for sosiale kontraktsvilkår og «best practices» i forbindelse med anskaffelsesdirektivene.<sup>217</sup> Imidlertid burde det av de

---

<sup>214</sup> Arkivsak-dok. 17/20651-10. Tilgjengelig på:

<http://opengov.cloudapp.net/Meetings/skien/Meetings/Details/1007889?agendatemId=225408> (sist sett 05.05.2021).

<sup>215</sup> For eksempel arbeidstilsyn og skatteetaten

<sup>216</sup> Se fortalens punkt 2, 95 og 96. Se også COM (2011) s. 4-5.

<sup>217</sup> Se for eksempel, EU-kommisjonen: *Public Procurement guide for Practitioners, on avoiding the most common errors in projects funded by the European Structural and Investment Funds*, Luxembourg 2018, s. 14. Tilgjengelig på: <https://ec.europa.eu/> (sist sett 06.05.2021).



grunner som er redegjort for i avsnitt 3.1.6, åpnes ulik anvendelse av krav som begrenser antall underledd, med utgangspunkt i kategorier som bransjesektor og arbeidets karakter. Som redegjort for under spørsmålet om klarhet, omfatter Skiensmodellen punkt 5 etter ordlyden, alle leverandører nødvendige for å oppfylle kontraktens forpliktelser. At kontraktskravet for eksempel ikke skiller mellom utførelsen og planlegging/prosjektering uten nærmere begrunnelse, til forskjell fra FOA § 19-3 første ledd, vil være et argument for at kravet går lenger enn nødvendig for å oppnå det oppgitte formålet.

En annen vesensforskjell mellom Skiensmodellen og FOA § 19-3, er at det i Skiensmodellen punkt 5 er presisert at det «aldri» skal være mer enn to underledd. Reguleringen åpner ikke under noen omstendigheter for flere underledd enn hva som er hovedregelen etter FOA § 19-3 første ledd. En slik absolutt og abstrakt grense gir mindre fleksibilitet for innkjøpere i den enkelte anskaffelsen sammenlignet med FOA § 19-3. En slik abstrakt grense tilsier at kravet vil kunne være uproporsjonalt i flere tilfeller, fordi det indikerer at oppdragsgivere i Skien kommune ikke foretar en balansert avveining av hensynet til konkurranse og kontroll i den enkelte anskaffelsen. Unntakene som følger av FOA § 19-3 annet ledd viser også at lovgiver mener det kan være nødvendig med flere enn to underledd for visse anskaffelser. Hensynet til fleksibilitet ble også fremhevet i høringsrunden med aktuelle aktører.<sup>218</sup> At arten og omfanget til potensielle offentlige anskaffelser, aldri vil kunne begrunne flere enn to underledd, har derfor en formodning mot seg.

En vurdering av kravets nødvendighet vil imidlertid alltid måtte bero på en konkret vurdering av forholdene som ligger til grunn for anskaffelsen. Hvor offentlige innkjøpere kan argumentere for at deres behov for kontroll krever ytterligere begrensninger i antall underledd, vil det ha formodningen mot seg å overprøve denne vurderingen, all den tid det nasjonale minimumskravet i FOA § 19-3 anses egnet og nødvendig, ref. tidligere drøftelser i avsnitt 3.1.5 og 3.1.6. Imidlertid vil fraværet av unntak og differensieringer ut ifra kontraktstyper og bransjesektorer være argumenter for at Skiensmodellen punkt 5 og lignende krav i realiteten er konkurransehennende, uten at begrunnelsen reflekterer tilbake på kravets reelle funksjon, i likhet med hva EU-domstolen vurderte at var tilfellet ved den italienske lovgivningen i *Vitali og Tedeschi*.

---

<sup>218</sup> Høringssvarene er tilgjengelig på: <https://www.regjeringen.no/no/id4/> (sist sett 06.05.2021).

## 4 Avsluttende refleksjoner

Denne delen skiller seg fra de forutgående, da det vil gis noen egne refleksjoner rundt offentlige myndigheters handlingsrom opp mot kontraktskrav som begrenser antall underledd.

Litteraturen og de underliggende interessene som er belyst i oppgaven, viser at leverandører har legitime grunner til å organisere kontraktskjeder vertikalt. Det faktum at kontraktskjeder organiseres gjennom flere ledd, tilsier derfor ikke at aktørene i disse kjedene er useriøse. Generelle krav om ett eller to underledd kan derfor ses på som en *lettvint løsning* fra offentlige myndigheters side. Kjernen i oppgaven er derfor om utfordringer oppdragsgivere opplever med manglende kontroll over leverandørkjeden, kan rettfærdiggjøre generelle regler, som hinder konkurranse, og som bare delvis treffer problemet?

Egnethets- og nødvendighetsvurderingen av FOA § 19-3, Skiensmodellen punkt 5, og andre krav med formål om å bekjempe arbeidslivskriminalitet, kompliseres imidlertid ved at det er vanskelig å måle effekten av slike tiltak. EU-domstolens uttalelser om at medlemsstater av den grunn må tilkjennes en «vis skønnsbeføjelse» for å sikre gjennomsiktighet, har derfor blitt tillagt stor vekt under drøftelsene i oppgaven. Drøftelsene i kapittel 2 og 3 viser imidlertid at det er tvil om begrensninger av antall underledd i offentlige kontrakter i seg selv, er et tjenlig middel for å bekjempe useriøse aktører i offentlige anskaffelser. Forhåpentligvis vil erfaringene de neste årene med underleddsbegrensninger, gi klarere empiri for tiltakets effekt.

I vurderingen av seriøsitetskrav, er det også et underliggende element av politikk i bildet. I et dynamisk marked der bedrifter konkurrerer på kvalitet og pris, vil offentlige anskaffelser i mange tilfeller favorisere tilpasningsdyktige virksomheter med lave faste kostnader. Dette kan stå i motstrid med den tradisjonelle norske arbeidstakermodellen. Krav som er ment for å sikre arbeidslivsseriøsitet, løper derfor en risiko for å gli over i tiltak som i stedet skjærmer lokale leverandører fra utenlandsk konkurranse. EU-domstolens uttalelser i *Vitali* om at kontraktskrav som begrenser leverandørers organisasjonsfrihet, må åpne for en konkret vurdering av kravets nødvendighet kan nok forstås på denne bakgrunnen. For å overholde kravene i EU/EØS-retten, viser drøftelsene i oppgaven at det derfor er viktig at krav om antall underledd ikke fremstår vilkårlig. Ulikheter mellom kontraktstyper og bransjer burde derfor reflekteres i kontraktskravene som stilles. Samtidig som offentlige innkjøpere må tillates fleksibilitet til å gjøre konkrete vurderinger av behovet for seriøsitetskrav i den enkelte anskaffelsen, i lys av hensynet til konkurranse.

# Kildeliste

## 1. Konvensjoner

TEU Traktaten om Den europeiske union, Masstricht 1992

EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 1992

TEUV Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa 1997

EU-pakten Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter, Warszawa 2005

## 2. EU-Direktiver og forordninger

Rådforordning (EØF) nr. 3037/90 av 9. oktober 1990 om statistisk klassifisering av økonomisk virksomhet innen De europeiske fellesskap

Direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbeidstagere som led i udveksling af tjenesteydelser

Direktiv 2004/18/EF Europa-parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkjøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

Kommissionens forordning (EF) Nr. 213/2008 af 28. november 2007 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2195/2002 om det fælles glossar for offentlige kontrakter (CPV) og Europa-Parlamentets og Rådets udbudsdirektiver 2004/17/EF og 2004/18/EF med henblik på ændring af CPV-glossaret

Direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EF) Nr. 593/2008 af 17. juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Roma 1)

Direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter

Direktiv 2014/24/EU Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

Direktiv 2014/67/EU af 15. maj 2014 om håndhævelse af direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser og om ændring af forordning (EU) nr. 1024/2012 om administrativt samarbejde via informationssystemet for det indre marked («IMI-forordningen»)

Direktiv (EU) 2018/957 af 28. juni 2018 om ændring af direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser

### **3. Dokumenter fra Rådet og EFTA-tilsynsmyndighed**

COM (2011) 15 Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb.

EFTA-Tilsynsmyndighedens beslutning Nr. 3/17/COL af 18. januar 2017 om ændring for 102. gang af de formelle og materielle regler for statsstøtte, idet der indføres nye retningslinjer for begrebet statsstøtte som omhandlet i artikel 61, stk. 1, i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde [2017/24]

### **4. Internasjonal retspraksis**

#### **4.1. EU-Domstolen**

Sak C-810/79 Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte,  
ECLI:EU:C:1988:422

Sak C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mod den nederlandske stat, ECLI:EU:C:1988:422

Sak C-243/89 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark,  
ECLI:EU:C:1993:257

Sak C-87/94 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien,  
ECLI:EU:C:1996:161

Sak C-176/98 Holst Italia SpA mod Comune di Cagliari, ECLI:EU:C:1999:593

- Sak C-324/98 Telaustria Verlags GesmbH og Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG, ECLI:EU:C:2000:669
- Forente saker C-285/99 og C-286/99 Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni og ANAS - Ente nazionale per le strade, Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA mod Impresa Ing. Mantovani SpA (C-285/99), og Impresa Ing. Mantovani SpA mod ANAS - Ente nazionale per le strade og Ditta Paolo Bregoli (C-286/99), ECLI:EU:C:2001:640
- Sak C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussilikenne, ECLI:EU:C:2002:49
- Sak C-314/01 Siemens AG Österreich og ARGE Telekom & Partner mod Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, ECLI:EU:C:2004:159
- Sak C-448/01 EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich, ECLI:EU:C:2003:651
- Sak C-21/03 Fabricom SA mod État belge, ECLI:EU:C:2005:127
- Sak C-234/03 Contse SA, Vivisol Srl og Oxigen Salud SA mod Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), ECLI:EU:C:2005:644
- Sak C-458/03 Parking Bixen GmbH mod Gemeinde Brixen og Stadwerke Brixen AG, ECLI:EU:C:2005:605
- Sak C-346/06 Dirk Ruffert mod Land Niedersachsen, ECLI:EU:C:2008:189
- Sak C-456/06 Peek & Cloppenburg KG mod Cassina SpA, ECLI:EU:C:2008:232
- Sak C-213/07 Michaniki AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikratias, ECLI:EU:C:2008:731
- Sak C-538/07 Assitur Srl mod Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, ECLI:EU:C:2009:317
- Sak C-573/07 Sea Srl mod Comune di Ponte Nossa, ECLI:EU:C:2009:532
- Sak C-91/08 Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main og Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, ECLI:EU:C:2010:182
- Sak C-160/08 Europa-Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland, ECLI:EU:C:2010:230
- Sak C-376/08 Serrantoni Srl og Consorzio stabile edili Scrl mod Comune Milano, ECLI:EU:C:2009:808

- Sak C-28/09 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Republikken Østrig,  
ECLI:EU:C:2011:854
- Sak C-368/10 Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene,  
ECLI:EU:C:2012:284
- Sak C-577/10 Europa-Kommissionen mod Kongeriget Belgien, ECLI:EU:C:2012:814
- Sak C-465/11 Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. mod Poczta Polska SA,  
ECLI:EU:C:2012:801
- Sak C-546/11 Dansk Jurist- og Økonomforbund mod Indenrigs- og Sundhedsministeriet,  
ECLI:EU:C:2013:603
- Sak C-94/12 Swm Costruzioni 2 SpA og Mannocchi Luigino DI mod Provincia di Fermo,  
ECLI:EU:C:2013:646
- Sak C-561/12 Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium,  
ECLI:EU:C:2013:793
- Sak C-396/13 Sähköalojen ammattiliitto ry mod Elektrobudowa Spółka Akcyjna,  
ECLI:EU:C:2015:86
- Forente saker C-25/14 og C-25/1 Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) mod Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social, Syndicat national des résidences de tourisme (SNRT) m.fl. og Beaudout Père et Fils SARL mod Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social, Confédération nationale de la boulangerie et boulangerie-pâtisserie française, Fédération générale agro-alimentaire – CFDT m.fl., ECLI:EU:C:2015:821
- Sak C-115/14 RegioPost GmbH & Co. KG mod Stadt Landau in der Pfalz,  
ECLI:EU:C:2015:760
- Sak C-324/14 Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta,  
ECLI:EU:C:2016:214
- Sak C-406/14 Wrocław - Miasto na prawach powiatu mod Minister Infrastruktury i Rozwoju, ECLI:EU:C:2016:562
- Sak C-549/14 Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, ECLI:EU:C:2016:634
- Sak C-27/15 Pippo Pizzo mod CRGT srl, ECLI:EU:C:2016:404
- Sak C-126/15 Europa-Kommissionen mod Den Portugisiske Republik,  
ECLI:EU:C:2017:504

- Sak C-171/15 Connexion Taxi Services BV mod Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV og Zorgvervoercentrale Nederland BV,  
ECLI:EU:C:2016:948
- Sak C-298/15 Borta UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ,  
ECLI:EU:C:2017:266
- Sak C-523/16 MA.T.I. SUD SpA mod Centostazioni SpA, ECLI:EU:C:2018:122
- Sak C-546/16 Montte SL mod Musikene, ECLI:EU:C:2018:752
- Sak C-65/17 Oftalma Hospital Srl mod Commissione Istituti Ospitalieri Valdesi (CIOV) og Regione Piemonte, ECLI:EU:C:2018:263
- Sak C-144/17 Lloyd's of London mod Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria, ECLI:EU:C:2018:78
- Sak C-413/17 Roche Lietuva UAB mod Kauno Dainavos poliklinika VšĮ,  
ECLI:EU:C:2018:865
- Sak C-63/18 Vitali SpA mod Autostrade per l'Italia SpA, ECLI:EU:C:2019:787
- Sak C-402/18 Tedeschi Srl og Consorzio Stabile Istant Service mod C.M. Service Srl og Università degli Studi di Roma La Sapienza, ECLI:EU:C:2019:1023
- Sak C-387/19 RTS infra BVBA og Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA mod Vlaamse Gewest, ECLI:EU:C:2021:13
- Sak C-472/19 Vert Marine SAS mod Premier ministre og Ministre de l'Économie et des Finances, ECLI:EU:C:2020:468

#### ***4.2. Generaladvokatens forslag til afgjørelser***

- Sak C-247/02 Sintsei SpA mod Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici,  
ECLI:EU:C:2004:399
- Sak C-406/14 Wrocław – Miasto na prawach powiatu mod Minister Infrastruktury i Rozwoju, ECLI:EU:C:2015:761
- Sak C-298/15 Borta UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ,  
ECLI:EU:C:2016:921
- Sak C-395/18 Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA mod Consip SpA og Ministero dell'Economia e delle Finanze, ECLI:EU:C:2019:595
- Sak C-6/20 Sotsiaalministeerium mod Innove SA, ECLI:EU:C:2021:79

### **4.3. EFTA-domstolen**

- Sak E-1/06 EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway (Gaming Machines), [2007] EFTA Ct. Rep. 8
- Sak E-3/06 Ladbrokes Ltd v. The Government of Norway, Ministry of Culture and Church Affairs; The Government of Norway, Ministry of Agriculture and Food, EFTA Ct. Rep. 2007 s 86
- Sak E-9/11 EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway, [2012] EFTA Ct. Rep. 442
- Sak E-13/24 Casino Admiral AG v Wolfgang Egger, [2014] EFTA Ct. Rep. 240
- Sak E-14/15 Holship Norge AS v Norsk Transportarbeiderforbund, [2016] EFTA Ct. Rep. 240
- Sak E-16/16 Fosen-Linjen AS v AtB AS (Fosen Linje I), [2017] EFTA Ct. Rep. 61

## **5. Norske kilder**

### **5.1. Lov og forskrift**

- 1814 Kongeriket Norges grunnlov av 17. mai 1814
- 1967 Lov 10 februar 1967 nr. 10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- 1992 Lov 27 november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
- 1999 Lov 17 juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)
- 2006 Forskrift 12 august nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)

### **5.2. Forarbeider og høringsnotater**

- NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser: Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket
- NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser
- Prop. 51 L (2015-2016) Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)



Innst. 356 S (2015-2016) Innstilling fra næringskomiteen om Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 97/ 2016 av 29. april 2016 om innlemmelse i EØSavtalen av direktiv 2014/24/EU om offentlige innkjøp, direktiv 2014/25/EU om innkjøpsregler for forsyningssektorene og direktiv 2014/23/EU om tildeling av konsesjonskontrakter

Høringsnotat *Nye bestemmelser i ny forskrift om offentlige anskaffelser og ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene*, tilgjengelig: <https://www.regjeringen.no/contentassets/d3bfabd7544d436d9a2ef769aaf6fa13/horingsnotat-til-nye-forskriftsbestemmelser-i-regelverket-11621546.pdf> (sist sett: 19.04.2021).

### **5.3. Norsk rettspraksis**

HR-2005-1638

HR-2019-830-A (Magnes Sveen)

HR-2019-1801-A (Fosen Linje)

LH-2012-12587

### **5.4. Klagenemndsavgjørelser (KOFA)**

Sak 2015/27

Sak 2019/597

Sak 2020-327

### **5.5. Veiledere**

Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften). Inntatt i lovdata pro, doknr: (P-2017-933). Tilgjengelig også på:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/> (sist sett 13.05.2021).

## **6. Utenlandske kilder**

Decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lovdekret nr. 163 om lov om offentlige kontrakter vedrørende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser og indkøb i medfør af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF) af 12. april 2006 (almindeligt tillæg til GURI nr. 100 af 2.5.2006. (dansk oversættelse)

Decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (lovdekret nr. 50 – lov om offentlige kontrakter) af 18. april 2016 (almindeligt tillæg til GURI nr. 91 af 19.4.2016. (dansk oversættelse)

## **7. Litteratur**

### **7.1. Bøger**

Arrowsmith, S. (2014). *The law of public and utilities procurement : regulation in the EU and UK : Vol. 1* (3rd ed. ed. Vol. Vol. 1). London: Sweet & Maxwell.

Arrowsmith, S. (2018). *The law of public and utilities procurement : regulation in the EU and UK : Vol. 2* (3rd ed. ed. Vol. Vol. 2). London: Sweet & Maxwell.

Arrowsmith, S., & Kunzlik, P. (2009). *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. Cambridge: Cambridge: Cambridge University Press.

Baudenbacher, C., Svedman, S. E., Holter, D., Zatschler, C., & Magnússon, S. (2017). *The Fundamental Principles of EEA Law: EEA-Ities*. Cham: Cham: Springer International Publishing AG.

Craig, P., & De Búrca, G. (2015). *EU law : text, cases, and materials* (6th ed. ed.). Oxford: Oxford University Press.

Dragsten, M. H. (2020). *Anskaffelsesloven : lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser : med forskrift : kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget.

Fredriksen, H. H., & Mathisen, G. (2018). *EØS-rett* (3. utg. ed.). Bergen: Fagbokforl.

Goller, M. (2011). *Vesentlige avvik og forbehold*. Tidsskrift for forretningsjus(2), 97-129.

Harbo, T.-I. (2015). *The function of proportionality analysis in European law*(Vol. Volume 8).

Knoph, R., Lilleholt, K., & Andenæs, J. (2014). *Knophs oversikt over Norges rett* (14. utg. utgitt av Kåre Lilleholt ; medarbeidere: Johs. Andenæs ... [et al.]. ed.). Oslo: Universitetsforl.

- Pryke, S. (2020). *Successful Construction Supply Chain Management: Concepts and Case Studies*. Newark: Newark: John Wiley & Sons, Incorporated.
- Steincike, M., & Groesmeyer, L. (2008), *EU's udbudsdirektiver : med kommentarer*, (2 udg.), København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Sejersted, F. (2011). *EØS-rett* (3. utg. ed.). Oslo: Universitetsforl.
- Ølykke, G. S., & Nielsen, R. (2017). *EU's udbudsregler - i dansk kontekst* (2. udg. ed.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

## 7.2. Tidsskriftsartikler

- Barnard, C. (2017). To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement. *Industrial law journal (London)*, vol. 46(2), 208-244. doi:10.1093/indlaw/dww036
- Edman, Å., & Nohrsted, P. (2017). *No Socially Responsible Public Procurement without Monitoring the Contract Conditions*. *European procurement & public private partnership law review*, vol. 12(3), 352. doi:10.21552/epppl/2017/3/16
- Goller, M. (2011). *Vesentlige avvik og forbehold*. *Tidsskrift for forretningsjus*, 2010 (2), 97-129.
- Kreyberg, K.S., & Goller, M (2012). *Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser*. *Tidsskrift for forretningsjus*, 2011 (1), 37-66.
- Pedro, T., & Grith Skovgaard, Ø. (2017). *Sustainable Procurement: A Compliance Perspective of EU Public Procurement Law*. *European procurement & public private partnership law review*, vol. 12(3), 239-252. doi:10.21552/epppl/2017/3/7
- Sanchez-Graells, A. (2016). *Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?* *European public law*, vol. 22(2), 377-394.
- Sanchez-Graells, A. (2018). *Regulatory Substitution Between Labour and Public Procurement Law: The EUs Shifting Approach to Enforcing Labour Standards in Public Contracts*. *European public law*, vol. 24(2), 229-254.
- Sauter, W. (2013). *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?* *The Cambridge yearbook of European legal studies*, vol. 15, 439-466. doi:10.1017/S1528887000003128
- Simple, Abby. 2015. "The link to the subject matter: A glass ceiling for sustainable public contracts?" In, 50-74. Cambridge University Press.
- Yik, F. W. H., & Lai, J. H. K. (2008). *Multilayer subcontracting of specialist works in buildings in Hong Kong*. *International journal of project management*, vol. 26(4), 399-407. doi:10.1016/j.ijproman.2007.05.009

### 7.3. Masteroppgaver

Hammersvik, Simen, «tilgi våre synder, Publisert i skriftserien: MarLus nr. 445. Tilgjengelig digitalt på: <https://www.duo.uio.no/handle/10852/41543>

## 8. Empiriske undersøkelser

Heinen, A., Müller, Dr. A., og Kessler, B., *Liability in subcontracting chains*, study for European Parliament's committee on Legal Affairs, Brussels 2017.

Riksrevisjonen: Dokument 3:14 (2015–2016), *Undersøkelse av myndighetens arbeid mot sosial dumping ved offentlige anskaffelser*.

EIM Business & Policy Research and Ikei Research and Consultancy, *EU SMEs and subcontracting*, Brussels 2009. Tilgjengelig på:

[https://ec.europa.eu/growth/sites/growth/files/docs/body/eu-smes-subcontracting-final-report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/growth/sites/growth/files/docs/body/eu-smes-subcontracting-final-report_en.pdf) (sist sett: 09.05.2021)

## 9. Kontraktmodeller

Skienmodellen      Seriøsitetskravene som det er vurdert i denne oppgaven ligger er gjengitt i «trykksaken» tilgjengelig på norsk og engelsk på Skien kommune sine hjemmesider. Tilgjengelig på:

<https://www.skien.kommune.no/skien-kommune/bdk/eiendom/skiensmodellen/> (sist sett 13.05.2021)

Oslomodellen      Tilgjengelig via: Byrådssak 1057/17 - Standard kontraktvilkår for Oslo kommunes anskaffelser av varer, tjenester og bygg og anlegg: <https://www.oslo.kommune.no/dok/Byr/2017/BR2/2017010838-1709645.pdf> (sist sett 13.05.2021)

Vikenmodellen      Tilgjengelig på: <https://viken.no/om-fylkeskommunen/planer-og-rapporter/viken-modellen-et-anstendig-arbeidsliv/> (sist sett 15.05.2021)

Statsbyggs  
Seriositetskrav  
Tilgjengelig på: <https://dok.statsbygg.no/wp-content/uploads/2020/06/reviderteSeriositetsbestemmelserHandverkere2019.pdf>  
Seriositetskrav (sist sett 15.05.2021)

## 10. Andre kilder

### 10.1. Nasjonale rapporter og notater

Tverretatlig rapport av  
Arbeidstilsynet,  
Kriminalomsorgen,  
Kripos, Mattilsynet,  
NAV, Politiets  
utlendingsenhet,  
Skatteetaten,  
Tollvesenet,  
Utlendingsdirektoratet  
og Økokrim  
*Situasjonsbeskrivelse 2014 - Arbeidsmarkedskriminalitet i Norge*, Tilgjengelig på: <https://www.politiet.no/globalassets/04-aktuelt-tall-og-fakta/arbeidslivskriminalitet/arbeidsmarkedskriminalitet-i-norge--tverretatlig-situasjonsbeskrivelse-2014.pdf> (sist sett 09.05.2021)

NTAES (2017)  
Nasjonalt tverretatlig analyse- og etterretningssenter,  
*Situasjonsbeskrivelse 2017 Arbeidslivskriminalitet i Norge*. Tilgjengelig på: <https://www.arbeidstilsynet.no/contentassets/f674ff98062c43759df34b157a5232f6/arbeidslivskriminalitet-i-norge.-situasjonsbeskrivelse-2017..pdf> (sist sett: 09.05.2021)

NTAES (2020)  
Nasjonalt tverretatlig analyse- og etterretningssenter,  
*Situasjonsbeskrivelse 2020 Arbeidslivskriminalitet*. Tilgjengelig på: [file:///C:/Users/robee/Downloads/NTAES+Rapport+Situasjonsbeskrivelse+2020-web%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/robee/Downloads/NTAES+Rapport+Situasjonsbeskrivelse+2020-web%20(3).pdf) (sist sett: 09.05.2021)

Fafo-notat 2014:09  
*Kortere kjeder – mindre sosial dumping, om begrensninger av antall ledd i kontraktskjedene i bygge- og anlegg*. Tilgjengelig på: <https://www.faf.no/images/pub/2014/10196.pdf> (sist sett: 09.2021)

Fafo-notat 2017:08                    *Hva gjør kommunene for å bekjempe arbeidslivskriminalitet?*  
Tilgjengelig på: <https://www.fafo.no/images/pub/2017/20616.pdf> (sist sett 13.05.2021)

Oslo Economics (2018)            *Virkninger av nye samfunnshensyn i offentlige anskaffelser,*  
Utredning for Nærings- og fiskeridepartementet. Tilgjengelig på:  
[https://www.regjeringen.no/contentassets/d65013df7b1c4109b4ad3459849b78d6/oe-rapport-2018\\_16.-nye-samfunnshensyn-i-offentlige-anskaffelser.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/d65013df7b1c4109b4ad3459849b78d6/oe-rapport-2018_16.-nye-samfunnshensyn-i-offentlige-anskaffelser.pdf) (sist sett 28.03.2021)

## **10.2. Utenlandske rapporter**

European Commission DG Regional and Urban Policy, *Public Procurement guide for Practitioners*, Luxembourg: Publications Office of the European Union (2018). Tilgjengelig på: <https://ec.europa.eu/> (sist sett 06.05.2021)

## **10.3. Artikler**

<https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/PRjR00/stoeres-100-dagersplan-slik-vil-han-faa-et-mer-serioest-arbeidsliv> (sist sett 14.05.2021)

<https://www.anbud365.no/bransjer/bygg-og-anlegg/om-lag-170-kommuner-har-modeller-mot-sosial-dumping-og-arbeidslivskrim/> (sist sett 14.05.2021)

<https://www.anbud365.no/bransjer/bygg-og-anlegg/krever-svar-om-norske-kommuners-bruk-av-innkjop-i-kampen-mot-sosial-dumping/> (sist sett 14.05.2021)

## **10.4. Kommunedokumenter**

Trondheim kommune, Arkivsak-dok. 17/20651-10. Tilgjengelig på:  
<http://opengov.cloudapp.net/Meetings/skien/Meetings/Details/1007889?agendaItemId=225408> (sist sett 05.05.2021)

## **10.5. Internettsider**

Statistisk sentralbyrå: «*Næringsgruppering 2007 (SN 2007)*». Tilgjengelig på:  
<https://www.ssb.no/klasse/klassifikasjoner/6> (sist sett: 14.03.2021)

## Vedlegg

- Vedlegg 1: Regjeringens tilsvaer til ESA: “Reply to letter of formal notice to Norway concerning restrictions on subcontracting in the field of public procurement in Norway”, 28.10.2020, Oslo

