



Nærings- og fiskeridepartementet - NFD
Arbeids- og inkluderingsdepartementet - AID
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Vår referanse: 23/01317-2
Arkivkode:
Saksbehandler: Beatrice Dankertsen
Hennyng
Deres referanse:
Dato: 30.01.2023

Høringsvar - Forslag til endringer i regelverket om offentlige anskaffelser og byggherreforskriften

1. Om høringen

Vi viser til Nærings- og fiskeridepartementets og Arbeids- og inkluderingsdepartementets høringsnotat 4. november 2022, med forslag til endringer i anskaffelsesloven med tilhørende forskrifter, i byggherreforskriften samt i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

I tillegg viser vi til bilateralt konsultasjonsmøte 15. desember 2022 mellom KS og Nærings- og fiskeridepartementet, hvor KS ble invitert til å inngi et utfyllende høringsvar til de foreslåtte bestemmelsene. Det er bakgrunnen for at høringsvaret fra KS er omfattende.

Vi har som ledd i medlemsdialogen konferert KS Anskaffelsesforum.¹

2. Forslaget

Høringsnotatet utgjør første etappe i *Norgesmodellen*, og flesteparten av forslagene skal ta sikte på å styrke håndhevingen av eksisterende regler i annen lovgivning. Dette gjøres ved å stille krav til at offentlig oppdragsgivere stiller kontraktsvilkår om etterlevelse av følgende:

- betaling via bank eller annet foretak med rett til å drive betalingsformidling
- lovlige tilknytningsformer i arbeid
- obligatorisk tjenstepensjon
- HMS-kort

I tillegg foreslås krav til språkferdigheter og informasjonsplikt i bygge- og anleggbransjen for å ivareta helse, miljø og sikkerhet (HMS) og sikkerhetshensyn, og krav til kontraktsvilkår om dette.

Det er foreslått at oppdragsgivere både skal gjennomføre nødvendig kontroll av at bestemmelsene etterleves og sanksjonere leverandørene ved eventuelle brudd.

Endringene inntas som forskriftshjemmel i ny § 5A i anskaffelsesloven. Videre inntas det nye bestemmelser i byggherreforskriften og i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

¹ Tidligere KS Innkjøpsforum

3. Oppsummerende vurdering

Vi utdyper våre enkelte anbefalinger og begrunnelser nedenfor, men oppsummerer de mest sentrale her:

- Vi er positive til at regjeringen ønsker å utarbeide en Norgesmodell.
- Tiltakene som er foreslått fremstår ikke som forholdsmessige eller formålstjenlige.
- Vi er positive til et krav om betaling via bank, men støtter ikke at oppdragsgivere skal få en plikt til å kontrollere at all betaling skjer vi bank.
- Vi støtter at leverandørene skal etterleve arbeidsmiljølovens bestemmelser om tilknytningsformer, men støtter ikke at oppdragsgivere skal kontrollere dette.
- Vi støtter at leverandørene skal ha tjenestepensjonsordning i henhold til OTP-loven, men støtter ikke at oppdragsgivere skal kontrollere dette.
- Vi er positive til regjeringens forslag til språkkrav.
- Vi er bekymret for de personvernsmessige konsekvensene av forslagene.
- Vi mener at regjeringen i all hovedsak må styrke de etablerte tilsynsorganene og innrette en helhetlig kontroll av leverandørenes etterlevelse av lovbestemmelsene.

4. Vurdering av forslagene

4.1 Generelle betraktninger

Vi er positive til at regjeringen ønsker å utarbeide en Norgesmodell. Modellen skal forebygge arbeidslivskriminalitet og hindre urettferdig konkurranse og sosial dumping. Dette er mål KS stiller seg bak.

KS har tidligere gitt innspill til Norgesmodellen, og vi mener noen viktige hovedprinsipper bør ligge til grunn:

- Modellen må kunne benyttes av alle landets kommuner, både store og små.
- Kravene som stilles må være balanserte, klare og enkle å følge opp.
- Modellen må forankres i partssamarbeidet og underlegges en helhetlig tilnærming.
- Oppdragsgiverens ansvarsområde må avstemmes opp mot kontrolletatenes ansvarsområde.

Vi stiller oss i hovedsak bak de eksisterende reglene som ønskes inntatt i anskaffelsesregelverket, men kan ikke støtte at oppdragsgiveren får en aktiv kontrollplikt. Dersom oppdragsgiver derimot skulle bli kjent med at det foreligger brudd på bestemmelsene, bør oppdragsgiver varsle eksempelvis Arbeidstilsynet eller Skatteetaten.

KS har tidligere oppfordret regjeringen til å opprette et felles kontaktpunkt inn mot kontrolletatene eller A-krimsentrene.

Generelt er det grunn til å stille spørsmål ved om det er anledning til å innta flere av bestemmelsene i anskaffelsesregelverket. Dette kommenteres nærmere i flere av punktene nedenfor.

4.2 Nærmere om kontrollplikt

Det står i høringsnotatet at omfanget av kontrollplikten vil kunne variere basert på risikoen for brudd. Oppdragsgiveren må dermed gjøre en risikovurdering, og basert på denne vurdere hva som er nødvendige kontrolltiltak. Selv om oppdragsgiveren bare skal føre *nødvendig* kontroll, innebærer forslagene at oppdragsgiveren får en svært omfattende og vanskelig tilsynsrolle.

Manglende oppfølging kan utgjøre en vesentlig endring av kontrakten og sanksjoneres av Klagenemnda for offentlige anskaffelser («KOFA»). Oppdragsgivere kan også få tilsyn og sanksjoner fra Arbeidstilsynet. Det er uklart etter forslaget hva som er konsekvensen dersom oppdragsgiver etter en risikovurdering ikke gjennomfører kontroll, og andre oppdragsgivere – eller Arbeidstilsynet – finner brudd på bestemmelsene.

Som det fremgår av høringsnotatet viser flere undersøkelser at oppdragsgivere i liten grad klarer å følge opp seriøsitetskrav. I Deloitte's rapport *«Evaluering av hvordan offentlige innkjøp bidrar til å fremme seriøsitet»*², fremgår det at kontraktsoppfølging og kontroll av leverandørene er *«den klart viktigste forutsetningen for å fremme seriøsitet [...] samtidig som dette arbeidet prioriteres ned i virksomhetenes praksis til fordel for andre mål og oppgaver»*. Rapporten trekker frem ressurs- og kapasitetsmangel som viktige årsaker til nedprioriteringen, samt at *«kontraktsoppfølging av lønns- og arbeidsvilkår og andre kontraktskrav krever en spisskompetanse som ofte verken innkjøpsfunksjonen eller den delen av organisasjonen som eier kontrakten eller prosjektet besitter»*

Det virker usannsynlig at oppdragsgivere da skal kunne følge opp ytterligere krav på en bedre måte. Hertil kommer at kravene som foreslås fordrer en annen kompetanse enn det innkjøpsmiljøene besitter. Kravene er dessuten særlig ressurskrevende og vanskelige å følge opp. Tiltakene fremstår derfor ikke som forholdsmessige eller formålstjenlige.

Vi legger til at leverandørene selv er ansvarlige for å sikre at de følger norske lover og regler. Det er også opprettet kontrolltater som skal føre tilsyn med etterlevelse av disse reglene. Oppdragsgivernes kontrollfunksjon kommer således i tillegg til dette. Tiltakene innebærer en duplisering av kontrollansvaret, i strid med KS' innspill til Norgesmodell.

Vi kan ikke se at regjeringen har vurdert de samfunnsøkonomiske konsekvensene av at alle landets oppdragsgivere skal kontrollere de samme leverandørene som også er gjenstand for tilsyn av de etablerte tilsynsorganene. Videre har Arbeidstilsynet tilsynsmyndighet med offentlige oppdragsgiveres etterlevelse av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Med ytterligere tiltak vil trolig flere oppdragsgivere måtte benytte ekstern bistand for oppfølgingen, ref. Deloitte-rapporten, noe som vil bety økte kostnader for den enkelte oppdragsgiver.

Slik vi forstår høringsnotatet skal tiltakene gjelde for bygge- og anleggskontrakter og renholdskontrakter. Etter ordlyden i forslagene sammenholdt med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 4, synes dog tiltakene å få et bredere anvendelsesområde. Det bør tydelig fremkomme hvilke kontrakter tiltakene skal gjelde for.

5. Adgangen til å innta bestemmelser om samfunnsansvar i anskaffelsesregelverket

5.1 Samfunnsansvar i anskaffelsesregelverket

Det følger av anskaffelsesloven § 5 (2) at:

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

² [Endelig-rapport_evaluering-av-hvordan-offentlige-innkjop-bidrar-til-a-fremme-seriositet_juni-2022-005.pdf \(regjeringen.no\)](#)

Loven åpner altså for at det kan oppstilles krav knyttet til blant annet arbeidsforhold og sosiale forhold. Bestemmelsens er nærmere omtalt i forarbeidene til anskaffelsesloven³. Her fremgår det at:

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

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

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

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

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

Dette viser at utgangspunktet er at oppdragsgiver har en vid adgang til å oppstille kontraktsvilkår knyttet til ulike samfunnshensyn. Det er imidlertid en forutsetning at kravene har *tilknytning til leveransen*.

5.2 Skranker i regelverket

5.2.1 Kravet til tilknytning

Det følger som vist av LOA § 5 (2) at krav og kriterier som oppstilles skal ha tilknytning til leveransen. Det samme kravet følger som nevnt også av FOA § 8-12 (1) og § 19-1 (1) hvor det fremgår uttrykkelig at "[k]ontraktsvilkårene skal ha tilknytning til leveransen."

Kravet til tilknytning innebærer at kravene må være knyttet til ytelsen anskaffelsen gjelder. Kontraktskravene som oppstilles kan følgelig ikke knytte seg til leverandørens generelle virksomhet.

Det vises i den forbindelse til forarbeidene⁴ hvor det fremkommer at:

"Kravene og kriteriene må ha tilknytning til leveransen. Det innebærer blant annet at oppdragsgiver ikke har adgang til å stille krav til leverandørens generelle virksomhet. Kravene må være knyttet til ytelsen som anskaffelsen gjelder. Kjøper oppdragsgiver biler, kan han for eksempel

³ Prop 51 L (2015-2016) kapittel 10 merknad til § 5

⁴ Prop 51 L (2015-2016) kapittel 10 merknad til § 5

ikke stille krav til leverandørens produksjon av båter. Begrepet må tolkes i samsvar med praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen."

I fortalen artikkel 97 til direktiv 2014/24/EU ("direktivet") fremgår det tilsvarende at:

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

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

Professor Sue Arrowsmith skriver i sin bok⁵ at kontraktsvilkår som ivaretar horisontale hensyn, (dvs. sosiale krav og miljøkrav) i relasjon til direktivets artikkel 70, må relatere seg til utførelsen av kontrakten og at det ikke kan stilles kontraktsvilkår om at en andel av leverandørens arbeidstakere skal være langtidsledige personer eller andre generelle krav til leverandørens arbeidstakere.

Kravene som stilles må være knyttet til utførelsen av den aktuelle kontrakten.

5.2.2. De grunnleggende prinsippene

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

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

Det betyr særlig i denne sammenheng at oppdragsgiver ikke kan oppstille konkurransebegrensende kontraktskrav, eller krav som er uforholdsmessige. I relasjon til den tidligere forskriftsbestemmelsen § 3-11 uttalte KOFA følgende i sak 2013/106 premiss 17 og 18:

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

Det klare utgangspunktet er derfor at det er stor skjønnsfrihet med tanke på hvilke kontraktsvilkår som oppstilles, men at skjønnsfriheten begrenses av tilknytningskravet og de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen og anskaffelsesloven § 4.

⁵ 21 Arrowsmith volume II s. 755 "So far as these public sector rules are concerned it can be seen, first, that special conditions must relate to the performance of the contract being awarded and be "linked" to its subject matter. Thus, for example, a contracting authority cannot include a condition that during the time of the contract the contractor will ensure **that its workforce as a whole** contains a certain percentage of long-term unemployed persons, or that the contractor will conduct all its business operations to certain environmental standards. The authority can only apply such requirements in relation to work being undertaken for the specific contract being awarded, and a condition that goes beyond that will be a prohibited condition." (uthevet i boken)

EU-domstolens sak C-63/18 *Vitali* gir videre veiledning om at krav må være konkret knyttet til den aktuelle anskaffelsen. Saken gjaldt spørsmålet om italienske oppdragsgivere lovlig kunne oppstille et krav vedtatt i italiensk lovgivning om at maksimalt 30 % av kontraktsarbeidene kunne utføres gjennom underentreprise. Formålet med bestemmelsen var ifølge italienske myndigheter å bekjempe kriminalitet ved å forhindre at mafiaen fikk tilgang til slike kontrakter. I denne forbindelse uttaler EU-domstolen at:

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

Det som også er verdt å merke seg i denne saken er at en av grunnene til at domstolen mente at en slik begrensning i bruk av underleverandører gikk lenger enn det som er nødvendig er at italiensk rett allerede inneholder mange tiltak som eksplisitt er ment å forby foretak som mistenkes for å tilhøre mafiaen. EU-domstolen uttalte at:

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

Det forhold at bekjempelse av mafiavirksomhet var ivaretatt av andre myndigheter eller i annen lovgivning satte således skranke for hvor langt lovgiver og oppdragsgivere kunne gå i å innta krav som hadde samme formål.

Kravene som stilles må således ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet eller ellers være i strid med de grunnleggende prinsippene.

5.3 Hva betyr dette for utarbeidelsen av en Norgesmodell?

Det klare utgangspunktet er at det er stor skjønnsfrihet med tanke på hvilke kontraktsvilkår som oppstilles for å fremme seriøsitet. Denne skjønnsfriheten begrenses imidlertid av tilknytningskravet og de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen og anskaffelsesloven § 4, herunder kravet til forholdsmessighet.

Det forhold at Arbeidstilsynet og Skatteetaten allerede har tilsynsansvar for de foreslåtte tiltakene vil trolig også sette en skranke for hvor langt lovgiver kan gå i å innta bestemmelser med samme formål.

6. Merknader til de enkelte forslagene

6.1 Betaling via bank

6.1.1 Overordnet

Departementet foreslår en bestemmelse om at oppdragsgiver må stille kontraktsvilkår – med tilhørende sanksjoner – om at betaling som leverandøren og eventuelle underleverandører foretar i forbindelse med utførelsen av bygge- og anleggsarbeider eller renholdstjenester, skal betales via bank.

Forslaget pålegger oppdragsgiveren en plikt til å stille som vilkår i kontraktene at det offentlige skal kunne kontrollere at betaling skjer i henhold til bestemmelsen både hos leverandør og underleverandør. Kontraktsvilkåret skal følges av tilhørende sanksjoner som innebærer at manglende mulighet for kontroll innebærer mislighold av kontrakten. Oppdragsgiveren må derfor pålegge leverandøren å videreføre tilsvarende kontraktsvilkår i kontrakter med sine underleverandører.

Forslaget omfatter *all* betaling mellom leverandører og underleverandører, samt betaling av varer som direkte inngår i bygge- og anleggsarbeidene eller renholdstjenestene.

Ifølge forslaget skal oppdragsgiver gjennomføre nødvendig kontroll av kontraktsvilkårene om betaling via bank overholdes. Det betyr at hyppigheten og omfanget av kontrollvirksomheten skal innrettes forholdsmessig og baseres på en risikovurdering.

Selv om forslaget er begrenset til *nødvendig* kontroll, innebærer forslaget likevel at oppdragsgiver får en vanskelig – om ikke umulig – tilsynsrolle. Dette vil særlig gjelde for store og omfattende kontrakter. Kravet vil være særlig byrdefullt å følge opp for mindre kommuner, ettersom de har begrensede ressurser.

Det står riktignok i høringsnotatet at det er opp til oppdragsgiver å vurdere hvordan kontrollen skal utføres. Kontrollen kan bestå av alt fra stikkprøvekontroll på at lønn til arbeidstakere er betalt via bank til arbeidstakers konto, til nærmere undersøkelser av enkelttilfeller.

Likevel vil det trolig ikke være nok å vise til at det er gjennomført et par stikkprøver for å kontrollere om det foregår kontantbetaling av for eksempel lønn, dersom det senere viser seg at det er foretatt kontantbetaling på kontrakten for vareleveringer.

Uansett, dersom formålet med bestemmelsen skal oppnås, må det nettopp skje en faktisk kontroll av at «*all betaling skjer via bank*». Det betyr at oppdragsgiver må ha oversikt over alle transaksjoner som skjer mellom leverandør og underleverandører, herunder vareleverandører. En slik oversikt sitter oppdragsgiver normalt ikke på. Det kan derfor være umulig for oppdragsgiver å kontrollere at *all* betaling skjer via bank. Det er verken hensiktsmessig eller forholdsmessig å tillegge oppdragsgivere en slik byrdefull kontrollfunksjon når kontrollen uansett ikke vil gi negativ troverdighet, dvs. at man ikke kan legge til grunn at det er foretatt en uttømmende kontroll.

I høringsnotatet punkt 8.1 heter det:

«Ettersom kontantbetalinger er særlig vanskelig å verifisere og kontrollere, vil dette kunne bidra til å forenkle kontrollen av arbeids-, skatte- og avgiftsforhold. Omfattende bruk av kontanter er et kjennetegn ved kriminelle aktører, typisk ved å legge til rette for svart omsetning. Slik kriminell virksomhet vil kunne reduseres dersom omfanget av kontantbetalinger begrenses.»

Samtidig forutsetter høringsnotatet at oppdragsgivere ikke skal *etterforske* mulige lovbrudd. Vi kan ikke se annet enn at oppdragsgivere vil bli etterforskere dersom oppdragsgivere skal avdekke om det foregår kontantbetaling for deler av oppgjøret gitt at kontrollplikten dekker *all* betaling.

En innsikt i alle transaksjoner vil dessuten kunne avsløre forretningshemmeligheter mellom leverandørene som deltar i kontrakten, noe som kan begrense deltakelsen i konkurransen og dermed være i strid med LOA § 4. Vi viser i den forbindelse til en svensk rettsavgjørelse fra regeringsrätten – RÅ 1997 ref. 40 – som gjaldt spørsmål om avvising pga. et krav om at leverandøren skulle rapportere sine interne forretningsmessige strategier i form av en kostnadsspesifikasjon. I denne saken uttalte domstolen:

«En länsarbetsnämnd har vid offentlig upphandling av arbetsmarknadsutbildning bl.a. ställt krav på att anbudsgivarna till anbudet skal foga en specifikation över kostnader för bl.a. lärare, lokaler,

undervisningsmateriel och administration. Kravet på en sådan kostnadsspesifikasjon har ansetts konkurransbegrænsande og dærfør inte fœrenligt med bestæmmelserna i 1 kap 4 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÆLOU).»

I en svensk utredning fra Stadskontoret i Malmœ KS-KOM-2011-01170, som omhandler mulighet for å begrense innkjœp fra foretak som har koblinger til foretak basert i sâkalte skatteparadis, står det videre i punkt 8.2:

«Upphandlingslagstiftningen ger den upphandlande myndigheten stœd att stælla krav på att anbudsgivaren, genom sitt anbud, læmnar bevis avseende ekonomisk stællning. Lagregeln ær inte uttœmmande vilket innebær att æven andra bevis æn de som anges, kan efterfrågas fœr verifisering av ekonomisk stællning. En fœrutsættning ær dock att de krav som stælls avseende bevis fœr ekonomisk stællning ær fœrenliga med de rættsprinsipper som framgær genom LOU 1 kap. 9 §.

Genom den ovan refererade domen har regeringsrættens slagit fast att det inte ær fœrenligt med EU:s upphandlingslagstiftning och LOU, att i samband med en offentlig upphandling stælla obligatoriska krav på att anbudsgivare genom sitt anbud ska redovisa oppgifter som kan betecknas som interna affærmæssiga strategier.

I fœrarbeten till ÆLOU anges bl.a. fœljande. "I 4 § anges huvudregeln fœr all upphandling enligt denna lag. Ett av de viktigaste inslagen i EG:s reglering av upphandling ær att upphandlingen skall ske på marknadens villkor och att det ær marknaden som kan ge de billigaste och bæsta villkoren. Det ær dærfœr angelæget att marknaden fær tillfælle att arbeta. Den upphandlande enheten har genom det ifrågavarande kravet infordrat oppgifter som på grund av underleverantœrsfœrhållanden eller av andra skæl ofta betraktas som fœretagshemligheter. Sådana oppgifter kan av leverantœren anses utgœra fœretagshemligheter æven om dessa inte skulle anses hemliga enligt sekretesslagen.

En upphandlande myndighet som stæller obligatoriska krav, vilka medfœr att en anbudsgivare tvingas redogœra fœr interna affærmæssiga strategier, risikerar att potentiella anbudsgivare væljær att inte læmna anbud. Det skulle i sin tur kunna leda till att utfallet från den efterstrævade konkurransutsættningen, inte blir som fœrvæntat och att den aktuella marknaden fœr tjænsten, pæverkas negativt.

Uteslutning av en leverantœr i samband med upphandlingsprocessen med stœd av ett, i samband med upphandlingen, stællt obligatoriskt krav avseende redovisning av interna affærmæssiga strategier ær inte mœjligt pga. att det inte ær fœrenligt med ovan næmnda rættsprinsipper.»

Vi kjenner ikke til at det er gjort tilsvarende vurderinger eller foreligger rettspraksis eller KOFA-avgjœrelser i Norge. Vurderingene og rettspraksis fra Sverige er likevel relevant ettersom vurderingene er knyttet opp mot anskaffelsesdirektivet.

Det vil videre medfœre stor administrativ byrde for leverandœren å kontrollere og dokumentere at alle betalinger hos underleverandœrer og vareleverandœrer skjer via bank, noe som kan begrense konkurransen unœdig. Dette vil særlig gjelde på store og omfattende kontrakter. Kravet vil ogsâ kunne være særlig tyngende for smâ og mellomstore selskaper, som dermed mister sin konkurransekraft.

Ettersom det ikke er mulig å kontrollere om all betaling er skjedd via bank og kontrollen sâledes ikke kan gi negativ troverdighet, samt at dette er regulert i skatteloven og underlagt skattemyndighetene, mener vi at tiltaket gær lenger enn det som er nœdvendig for å oppnâ formålet, jf. C-63/18 *Vitali*, premis 42.

Uavhengig av dette mener vi tiltaket er uforholdsmessig og pålegger oppdragsgiver en unødvendig stor byrde. Vi støtter derfor ikke innføringen av et aktivt krav til å kontrollere at all betaling skjer via bank.

6.1.2 De omforente seriøsitetsbestemmelsene

De omforente seriøsitetsbestemmelsene fremforhandlet av DFØ, Fellesforbundet, BNL og KS inneholder et mer avgrenset krav om betaling via bank:

«Lønn og annen godtgjørelse til egne ansatte, ansatte hos underleverandører og innleide som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten, skal utbetales til konto i bank. Alle avtaler leverandøren inngår for utføring av arbeid under denne kontrakten skal inneholde tilsvarende bestemmelser.»

Et slikt krav lar seg enklere kontrollere ettersom oppdragsgivere også skal foreta nødvendig kontroll av lønns- og arbeidsvilkår etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Vi mener at forslaget eventuelt kan endres i overensstemmelse med dette.

6.1.3 Personvern

Dersom en kontroll av bankbetaling vil innebære tilgang til personopplysninger, vil det uansett oppstå personvernmessige utfordringer, slik høringsnotatet angir. Det må vurderes nøye om kontroll kan utføres på en måte som ikke medfører flyt av personopplysninger, ettersom det er en stor fare for at merinformasjon ikke slettes i tilstrekkelig grad. Dette har muligens også en side til hvordan denne kontrollen i så måte skal dokumenteres ettersom denne også vil måtte inneholde personopplysninger.

Det skal i den forbindelse også bemerkes at det samme gjelder for oppfølging av de ansattes lønns- og arbeidsvilkår etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Dersom oppdragsgiver reelt skal kontrollere at de ansatte har lønns- og arbeidsvilkår i henhold til forskriftskravet, vil kontrollene ofte måtte gå utover de arbeidstidene vedkommende arbeider på gjeldende kontrakt, ettersom vedkommende kan være engasjert på flere oppdrag i kontraktsperioden.

For eksempel vil det være slik at under en rammeavtale på f.eks. håndverkertjenester vil en ansatt jobbe 7 timer én uke, 5 timer uken etter etc. En kontroll av disse sporadiske timene vil ikke gi en fullgod kontroll av om vedkommende ansatt har lønns- og arbeidsvilkår i henhold til gjeldende tariffavtale ettersom vilkårene i avtalen kan brytes på oppdrag for andre oppdragsgivere. Oppdragsgiver har dog ikke adgang etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår eller anskaffelsesdirektivet å kontrollere vedkommendes lønns- og arbeidsvilkår for *andre* oppdragsgivere, da dette vil mangle tilknytning til kontraktens gjenstand.

Det er dermed også på det området lagt opp til et kontrollregime som langt på vei er vanskelig å oppfylle. Arbeidstilsynet på sin side har hjemmel til å foreta en helhetlig kontroll av de ansattes lønns- og arbeidsvilkår og departementet bør derfor vurdere om det er mer hensiktsmessig at kontrollen konsentreres der.

Vi viser i den forbindelse til Handlingsplan mot sosial dumping punkt 11 «*Styrke Arbeidstilsynet*» hvor det fremgår:

«Økt tilsynsinnsats er nødvendig for å forebygge og bekjempe sosial dumping og utnyttelse av arbeidstakere. Regjeringen mener det ble satset for lite på Arbeidstilsynet under den forrige regjeringen, og vil styrke Arbeidstilsynets kapasitet til å utføre tilsyn og etatens muligheter til å reagere mot lovbrudd. Det er nødvendig at Arbeidstilsynet har en bred oppfølging av virksomheter i næringer som er preget av useriøsitet og sosial dumping. Arbeidstilsynet skal styrke sin kontrollinnsats mot ulovlige lønns- og arbeidsvilkår, omgørelser av arbeidsgiveransvaret, ulovlig innleie og brudd på regler om likebehandling og allmenngjøring.» (Vår understreking)

6.1.4 Anvendelsesområde

Den foreslåtte bestemmelsen avgrenses til å gjelde for bygge- og anleggsarbeider og renholdstjeneste. Departementet ber om innspill på om virkeområdet for den foreslåtte bestemmelse bør utvides til å omfatte alle anskaffelser som omfattes av virkeområdet til anskaffelsesforskriften, herunder del I-anskaffelser og vare- og tjenesteanskaffelser.

Gitt våre innvendinger ovenfor mot forslaget, vil det være uforholdsmessig å innføre dette for alle anskaffelser under nasjonal terskelverdi – herunder utvide dette til å omfatte vare- og tjenesteanskaffelser. Det bør bare innføres tiltak der utfordringene er størst.

Departementet ber også om innspill til om den foreslåtte bestemmelsen bør gjelde for forsyningsforskriften del II og konsesjonskontraktforskriften. Dersom de foreslåtte tiltakene blir innført, bør tiltakene også gjelde for renholdskontrakter og bygge- og anleggskontrakter innenfor forsyningsforskriften, og konsesjonskontraktforskriften i den utstrekning byggherreforskriften og forskrift om lønns- og arbeidsforhold også gjelder for disse kontraktene.

6.2 Lovlige tilknytningsformer

Departementet foreslår at oppdragsgiver skal stille kontraktsvilkår om at reglene om arbeidstakerstatus, jf. arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd, jf. § 2-1, samt §§ 14-9, 14-12 og 14-13 om ansettelse og innleie, overholdes for personer som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten.

Oppdragsgiver skal stille kontraktsvilkår om at bruk av midlertidig ansettelse, selvstendig oppdragstaker og innleie skal begrunnes skriftlig, i den grad leverandører og underleverandører er bundet av reglene i første ledd.

Oppdragsgivere skal også her gjennomføre nødvendig kontroll av om kontraktsvilkårene overholdes, samt sanksjonere brudd. Det står videre i høringsnotatet at:

«Reglene i arbeidsmiljøloven om adgangen til bruk av ulike tilknytningsformer er skjønnsmessige. Dette gjør at det kan være krevende å kontrollere virksomheters etterlevelse av reglene, noe også offentlige oppdragsgivere vil kunne erfare ved kontroll av om leverandører og underleverandører etterlever regler om tilknytningsformer.»

Også dette forslaget innebærer en særlig vanskelig kontrollplikt eller tilsynsrolle for oppdragsgivere, og forutsetter at kommunene har riktig kompetanse til å vurdere lovlige tilknytningsformer innenfor de aktuelle kontraktene.

Kravet vil kunne være særlig byrdefullt for mindre kommuner å følge opp ettersom de har begrensede ressurser. Dessuten vil kravet være særlig byrdefull ved større kontrakter hvor det kan være mange underleverandører og mange ansatte.

Det er uklart hvilken konsekvens det vil få dersom oppdragsgiver foretar en feilvurdering av tilknytningsformer og sanksjonerer leverandøren. Lovligheten av tilknytningsformen kan dessuten endres over tid slik at et forhold som er vurdert som lovlig på et stadium av kontrakten kan bli ulovlig etter tid. Oppdragsgiver må sålede foreta gjentatte kontroller.

Kontrollplikten vil også være byrdefull for leverandørene som må dokumentere og begrunne de ansattes tilknytningsform – herunder ansatte hos underleverandører – noe som kan begrense konkurransen unødige.

Departementet vurderer om det bør utformes standardiserte begrunnelser for bruk av de ulike tilknytningsformene som kan benyttes av leverandørene. Slik vi ser det vil imidlertid standardbegrunnelser ikke avhjelpe de underliggende faktiske forhold mht. om det foreligger lovlige tilknytningsformer. Tvert imot kan det bidra til å legitimere en ugyldig tilknytningsform.

Som nevnt over er det tatt til orde for å styrke Arbeidstilsynets kontrollvirksomhet. Ettersom Arbeidstilsynet allerede er kontrollinstans og denne kontrollplikten vil innebære stor administrativ byrde for både oppdragsgivere og leverandører, mener vi at tiltakene går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet, og kan således være i strid med anskaffelseslovens § 4⁶.

Tiltaket er uansett uforholdsmessig og pålegger oppdragsgiver en unødvendig stor byrde. Vi støtter derfor ikke innføringen av et slikt aktivt krav til å kontrollere lovlige tilknytningsformer.

6.3 Obligatorisk tjenestepensjon

Departementet foreslår at offentlige oppdragsgivere skal stille kontraktsvilkår om at leverandører og underleverandører har tjenestepensjonsordning i henhold til OTP-loven, for de arbeidstakerne som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten. Oppdragsgiver skal også her foreta nødvendig kontroll og eventuelt sanksjonere ved brudd.

Det er uklart hvor langt kontrollplikten rekker. Vi legger til grunn at det kun er et krav om å kontrollere at de ansatte er omfattet av pensjonsordningen og at oppdragsgiver ikke skal kontrollere at det faktisk avsettes pensjon for den enkelte ansatte, ettersom det vil være umulig å kontrollere riktig avsetning på personnivå for det arbeidet den ansatte utfører på kontrakten.

Høringsnotatet angir:

«For leverandører og underleverandører anser departementet at selve plikten til å dokumentere etterlevelsen ikke bør by på store administrative byrder. Eksempelvis vil avtalen med pensjonsleverandør som viser at virksomheten har obligatorisk tjenestepensjon for de aktuelle ansatte, eller kopi av a-meldingen, kunne tjene som dokumentasjon.»

Vi deler ikke departementets vurdering. Kontrollene kan bli omfattende og byrdefulle for både oppdragsgivere og leverandører, særlig ved store og langvarige kontrakter med mange ulike underleverandører og ansatte som deltar i kontraktsarbeidet på ulike tidspunkt. Oppdragsgivere skal også slette personopplysninger når formålet med behandlingen er nådd.

I utgangspunktet mangler oppdragsgivere dessuten hjemmel til å få utlevert en kopi av a-meldingen. A-meldingen er en månedlig melding fra arbeidsgiver til NAV, SSB og Skatteetaten om ansattes inntekt, arbeidsforhold, samt arbeidsgiveravgift og finansskatt for virksomheten. Det fremgår også om det er foretatt utleggstrekk og om en ansatt er syk, i permisjon eller permittert.

A-meldingen er ikke egnet som dokumentasjon. Den inneholder mange personopplysninger som vil måtte sladdes av leverandøren. Vi er svært skeptiske til en kontrollfunksjon som nødvendiggjør fremleggelse av dokumentasjon oppdragsgiver i utgangspunktet ikke kan kreve fremlagt, og som fordrer at leverandører og dennes underleverandører må sladde overflødige personopplysninger.

Det er en stor fare for at merinformasjon ikke slettes i tilstrekkelig grad, slik at personopplysninger kan komme på avveie. Det er mange ulike deler av eksempelvis kommunene som inngår avtaler med mange og de samme leverandørene. Det er derfor mange ansatte hos de ulike oppdragsgiverne som vil få tilgang

⁶ Jf. bl.a. C-63/18 Vitali, premiss 42.

til mange personopplysninger som kan være sensitiv for den aktuelle ansatte. Dette er særlig problematisk i mindre kommuner hvor det er lettere å identifisere de ulike arbeidstakerne.

Vi stiller også spørsmål ved om behandlingen kan anses *nødvendig* for å utføre en oppgave i allmennhetens interesse etter personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav e, ettersom Skatteetaten allerede har tilsynsansvar for etterlevelsen av plikten til å ha tjenestepensjon.

På bakgrunn av med dette kan derfor dokumentasjonen uansett ikke omfatte mer enn avtalen med pensjonsleverandøren.

Det skal videre bemerkes at Skatteetaten allerede har tilsynsansvar for etterlevelsen av plikten til å ha tjenestepensjon. Som det fremgår av høringsnotatet, har Skatteetaten adgang til å gi pålegg og ilegge tvangsmulkt der foretak ikke har oppfylt plikten til å opprette pensjonsordning. Leverandørene risikerer derfor å bli ilagt sanksjoner både av oppdragsgivere og av Skatteetaten – noe som i realiteten kan innebære dobbelstraff for samme forhold, og som i seg selv er problematisk.

Dette illustrerer vanskeligheten med å tillegge oppdragsgiver kontrollplikt eller tilsynsansvar for områder som allerede er underlagt andre tilsynsmyndigheter.

Ettersom Skatteetaten allerede er kontrollinstans og denne kontrollplikten vil innebære stor administrativ byrde for både oppdragsgivere og leverandører, går tiltaket trolig lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet, jf. også C-63/18 *Vitali*, premiss 42.

Uavhengig av ovenstående mener vi tiltaket er uforholdsmessig, og pålegger oppdragsgiver en unødvendig stor byrde.

Vi støtter derfor ikke innføringen av et aktivt krav om at oppdragsgiver skal kontrollere leverandørens oppfyllelse av lovpålagt OPT.

6.4 Krav til språk

Departementet har foreslått innført en bestemmelse om krav til språkferdigheter:

«Arbeidsgiveren skal sørge for at arbeidstakerne og innleide arbeidstakere i virksomheten kan kommunisere på en slik måte at kommunikasjonen ikke utgjør en sikkerhetsrisiko. Arbeidsgiveren skal særlig sørge for at minst én av det utførende personell på ethvert arbeidslag på bygge- eller anleggsplassen skal, når det er nødvendig, kunne forstå og gjøre seg forstått på norsk eller engelsk. Vedkommende skal, når det er nødvendig, i tillegg kunne forstå og gjøre seg forstått på et språk alle de andre på arbeidslaget forstår og kan gjøre seg forstått på.»

Slik vi forstår høringsnotatet gjelder kravet kun for bygge- og anleggskontrakter. KS støtter forslaget og vurderingen foretatt av departementet. Kravet er et viktig sikkerhetstiltak for arbeidstakerne og kontrakten som sådan.

Kravet til språk er delvis i samsvar med kravet til språk i de nevnte omforente seriøsitetsbestemmelsene til bruk i bygge- og anleggskontrakter.

Regelteknisk fremstår det likevel noe rart at det er inntatt et krav til kontraktsvilkår om informasjonsplikt og språkferdigheter i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår med henvisning til byggherreforskriften. Det kan skape tvil om kravet skal gjelde generelt, dvs. også for alle tjenestekontrakter – noe som i så fall vil være unødvendig, gitt begrunnelsen for kravet. Det vil være mer naturlig og enklere dersom kravet til språk i sin helhet er regulert i byggherreforskriften.

Oppdragsgiver skal også her foreta nødvendig kontroll og eventuelt iverksette kontraktsrettslige sanksjoner i tilfelle av brudd. Til dette står det i høringsnotatet at departementet fremover vil: «*vurdere om kravet bør følges av mer spesifikke tiltak for å sikre at språkkrav etterleveres. Departementet ber om at høringsinstansene uttaler seg om tiltak som kan lette gjennomføring og kontroll av språkkrav.*»

I tråd med punkt 7.1. nedenfor mener vi at regjeringen må invitere partene i arbeidslivet for å diskutere hvilke sanksjoner som er hensiktsmessige.

7. Øvrige innspill

7.1 Sanksjoner

Departementet ber særlig om høringsinstansenes syn på om det bør fastsettes konkrete retningslinjer for hvilke sanksjoner som kan og bør benyttes for det enkelte krav.

Dersom de foreslåtte tiltakene innføres, bør det også fremkomme hvordan brudd skal sanksjoneres for å sikre noenlunde ensartet kontraktsoppfølging. Det sikrer en større grad av forutsigbarhet for leverandørene, jf. LOA § 4. Det sikrer også at oppdragsgivere ikke fastsetter uforholdsmessige strenge sanksjoner som kan gjøre det vanskelig å håndheve kontrakten, f.eks. hvis et hvert brudd fører til heving.

Regjeringen må i så fall må invitere partene i arbeidslivet for å diskutere hvilke sanksjoner som er hensiktsmessige.

7.2 Kontraktsoppfølging

Det fremgår av høringsnotatet at departementene i tiden som kommer også vil arbeide med å styrke kontraktsoppfølgingen, samt vurdere et bredt spekter av virkemidler. Dette arbeidet vil blant annet omfatte veiledning og utvikling av digitale virkemidler som kan bidra til å lette håndhevingen av regelverket for oppdragsgiverne.

Departementene vil også se på om regelverket bør tydeliggjøres ytterligere i forskrift eller gjennom ytterligere rettslig veiledning. I den forbindelse ber departementet om innspill på hvilke tiltak som mest effektivt kan styrke oppdragsgivernes kontraktsoppfølging av bestemmelser som skal styrke det seriøse arbeidslivet.

Vi mener det er et stort behov for praktisk veiledning. Som det fremgår av høringsnotatet viser flere revisjonsrapporter at det er mangelfull oppfølging av kontraktsvilkår. For å bedre etterlevelsen må det fremgå tydelig hvilke plikter og ansvar som følger av ulike krav, samt hvordan kontrakter skal følges opp rent praktisk.

Videre er det behov for at digitale virkemidler utvikles slik at mest mulig informasjon kan samles på samme sted. F.eks. bør informasjon som skal kontrolleres på personnivå fremgå av HMS-kortet som benyttes i renholdskontrakter og bygge- og anleggskontrakter, likevel slik at tilgangen til personopplysninger begrenses i størst mulig grad.

E-bevis bør også videreutvikles og inneholde all informasjon som er nødvendig for å kunne bruke avvisningsbestemmelsene i anskaffelsesforskriften effektivt, samt foreta kontroller underveis i kontraktsperioden. Vi viser i den forbindelse til det gode arbeidet som allerede er i gang mellom Skatteetaten og Brønnøysundregistrene om deling og tilgang til taushetsbelagt informasjon.

7.3 Ytterligere tiltak

Det fremgår videre av høringsnotatet at Arbeids- og inkluderingsdepartementet i det videre arbeidet med Norgesmodellen vil vurdere behovet for tiltak som bidrar til at personer som utfører arbeid for leverandører til offentlige oppdragsgivere i størst mulig grad har fast ansettelse, og som sikrer at arbeidstakere har en anstendig lønn.

Departementet har videre referert til at noen seriøsitetsbestemmelser inneholder bestemmelser som begrenser leverandørs og underleverandørs bruk av andre tilknytningsformer enn direkte fast ansettelse.

Etter vår vurdering kan man ikke innta et forbud i anskaffelsesregelverket som begrenser lovlig innretningsformer etter arbeidsmiljøloven, da dette vil unødig begrense konkurransen i strid med anskaffelsesloven § 4. Et slikt krav vil særlig begrense mindre bedrifters mulighet i å delta i konkurranser fordi de ikke har økonomiske ressurser til å ha mange faste ansatte og dermed er avhengig av å benytte midlertidig ansatte – videre vil det gi svekket fleksibilitet for leverandørene fordi det begrenser bruken av egne ansatte ettersom disse må prioriteres i kontrakter med et slikt krav.

Et slikt krav vil også kunne være begrensende for utenlandske leverandører som kan ha en helt annen måte å organisere seg på enn norske selskaper.

Dessuten vil et slikt krav være generelt og abstrakt fordi kravet er knyttet til den generelle stillingsprosenten til de ansatte, uavhengig av hvor mye de jobber på den konkrete kontrakten og arbeidets art. Kravet vil derfor også mangle tilknytning til kontraktens gjenstand.

Vi viser i den forbindelse til advokatfirmaet Wiersholms rapport; «*Vurdering av seriøsitetsbestemmelser*⁷», 22. januar 2020 på oppdrag av KS. I punkt 6.5. vurderes krav om bruk av fast ansatte, og i punkt 6.5.2.2 – som omfatter den anskaffelsesrettslige vurderingen – fremgår:

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

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

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

⁷ [Juridisk-vurdering-av-seriositetsbestemmelser.PDF \(ks.no\)](#)

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

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

Tilsvarende gjelder kravet om at leverandøren må stille krav om at bemanningsbyråer praktiserer og dokumenter minimum 80 % stillingsandel og forutsigbare arbeidsperioder. Dette kravet er et generelt og abstrakt krav som ikke knytter seg til oppfyllelsen av kontrakten, men generelle rutiner hos bemanningsbyråer.

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

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

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

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

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

Vi er enige med vurderingene i rapporten om at kravet til konkurranse og forholdsmessighet, samt kravet til tilknytning, står i veien for å innta bestemmelser som begrense leverandørens lovlige handlingsrom etter arbeidsmiljøloven gjennom kontraktsbestemmelser.

8. Oppsummerende betraktninger

Det er bekymringsfullt at alle landets oppdragivere skal behandle så mange og til dels de samme personopplysningene. Departementet må vurdere forholdsmessigheten av behandlingen av personopplysninger opp mot retten til privatliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Det følger også uttrykkelig av personverndirektivets fortale, punkt 41, at et rettslige grunnlag bør være «tydelig og presist, og anvendelsen av det bør være forutsigbar for personer som omfattes av det, i samsvar med rettspraksisen til Den europeiske unions domstol («Domstolen») og Den europeiske menneskerettighetsdomstol».

Tiltakene som foreslås er svært omfattende og byrdefulle for oppdragsgivere og leverandører. Som påpekt innledningsvis har oppdragsgivere allerede tilsvarende kontrollfunksjon etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Anskaffelsesundersøkelsen fra DFØ foretatt i 2022⁸ viser at:

«Etterlevelse av samfunnshensyn, som lønn- og arbeidsvilkår, miljø og menneskerettigheter, er de tre oppgavene som i minst grad ivaretas i kontraktsoppfølgingen. I tillegg er trenden fra 2020 synkende.»

I Deloittes rapport «*Evaluering av hvordan offentlige innkjøp bidrar til å fremme seriøsitet*»⁹ fremgår det at:

«Evalueringen viser at det særlig er to områder hvor det kan være behov for å vurdere om lovverket i større grad kan legge til rette for å fremme seriøsitet. Det ene området er avvisningsbestemmelsene, hvor offentlige innkjøpere opplever det som krevende å kunne avvise leverandører på bakgrunn av useriøsitet. Det andre området er å legge bedre til rette for å dele informasjon om seriøsitetsrelaterte forhold på tvers av offentlige kontrollmyndigheter og virksomheter. Begge disse områdene er i berøring med annet regelverk som medfører at lovendringer vil innebære krevende prosesser. Evalueringen viser imidlertid at det trolig er et utnyttet handlingsrom på begge disse områdene som bør avklares nærmere.» (Uthevning i rapporten.)

Det er derfor mer hensiktsmessig å sikre bedre etterlevelse av gjeldende krav fremfor å fremme ytterligere kontrolltiltak som er vanskelige eller umulige å følge opp. Videre er vi positive til samarbeidet som allerede er i gang mellom Skatteetaten og Brønnøysundregistrene om deling og tilgang til taushetsbelagt informasjon, som både kan brukes til å lettere avvise useriøse aktører, samt kan lette kontraktsoppfølgingen.

Regjeringen bør også vurdere om kontroll av leverandørenes etterlevelse av lovbestemmelsene i sin helhet bør samles hos de allerede etablerte tilsynsmyndighetene slik som Arbeidstilsynet og Skatteetaten ettersom de har større adgang og mulighet til å gjennomføre helhetlige kontroller av arbeidsrettslige krav og skatte- og avgiftsforhold.

Med hilsen

Lasse Hansen
Administrerende direktør

Helge Eide
Områdedirektør, SVD

Tor Allstrin
Områdedirektør Advokatene

⁸ [PowerPoint-presentasjon \(anskaffelser.no\)](#)

⁹ [endelig-rapport_evaluering-av-hvordan-offentlige-innkjop-bidrar-til-a-fremme-seriositet_juni-2022-005.pdf \(regjeringen.no\)](#)

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur