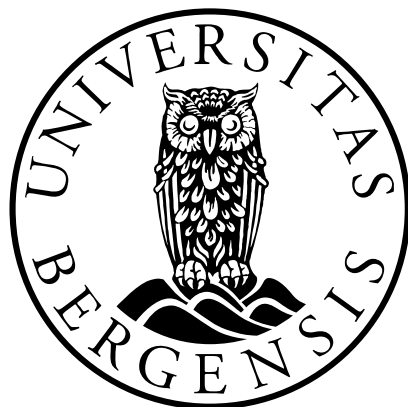


Bruk av lærlingklausuler ved offentlige anskaffelser

Kandidatnummer: 185

Antall ord: 14 712



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2015

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	s 4
1.1 Oppgavens tema og problemstilling	s 4
1.2 Definisjoner	s 6
1.2.1 Offentlige anskaffelser	s 6
1.2.2 Lærlingordning	s 7
1.2.3 Lærlingklausul	s 8
1.3 Avgrensninger	s 9
1.4 Nærmere om underliggende interesser	s 10
1.4.1 Offentlige anskaffelser	s 10
1.4.2 Lærlingklausuler	s 11
1.5 Oppgavens struktur	s 12
2. RETTSKILDEMESSIGE SÆRTREKK	s 12
2.1 Rettskildebildet	s 12
2.2 Forholdet mellom det klassiske direktivet, lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser	s 13
2.3 Tolkningen av det klassiske direktivet	s 13
2.3.1 EØS-rettslig metode	s 13
2.3.2 EU-rettslig metode	s 14
3. GRENSENE FOR NASJONAL REGULERING AV LÆRLINGKLAUSULER UNDER DET KLASSISKE DIREKTIVET	s 15
3.1 Grensene for nasjonal regulering av tjenester under traktatene.	s 15
3.1.1 EØS-avtalens art. 36 om fri flyt av tjenester	s 15
3.1.1.1 Bestemmelsens virkeområde og formål	s 15
3.1.1.2 Restriksjonsforbudet	s 15
3.1.1.3 Læren om tvingende allmenne hensyn	s 16
3.2 Grensene for nasjonal regulering av lærlingklausuler under det klassiske direktivet	s 17
3.2.1 Overordnede prinsipper	s 17

3.2.2	Kontraktsgjennomføringsfasen	s 18
3.2.2.1	Kontraktsvilkår	s 18
3.2.2.2	Grensene som følger av EØS-avtalens art. 36 og overordnede anskaffelsesrettslige prinsipper	s 18
3.2.2.2.1	Restriksjonsforbudet	s 18
3.2.2.2.2	Læren om tvingende allmenne hensyn	s 19
3.2.2.2.3	Likebehandlingsprinsippet	s 22
3.2.2.2.4	Krav til utformingen av en norsk bestemmelse om lærlingklausuler	s 22
3.2.3	Kvalifikasjonsfasen	s 22
3.2.4	Kontraktstildeling	s 25
3.3	Lærlingklausuler i norsk rett	s 26
3.3.1	Kontraktsvilkår	s 26
3.3.2	Kvalifikasjonsfasen	s 27
3.3.3	Kontraktstildeling	s 28
3.4	Benytter norsk rett det handlingsrommet EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler?	s 28
3.5	Benytter forslaget til endring av forskriften det handlingsrommet EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler?	s 29
4.	GRENSENE FOR NASJONAL REGULERING AV LÆRLINGKLAUSULER ETTER DET REVIDERTE KLASSISKE DIREKTIVET	s 31
4.1	Det reviderte klassiske direktivet	s 31
4.1.1	Det reviderte klassiske direktivets virkeområde og formål	s 31
4.1.2	Kontraktsgjennomføringsfasen	s 31
4.1.3	Kvalifikasjonsfasen	s 32
4.1.4	Kontraktstildeling	s 33
4.2	Benytter forslaget til endring av lov om offentlige anskaffelser det handlingsrommet som EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler?	s 34
5.	AVSLUTNING	s 36
	Kilde – og litteraturliste	s 37

Del 1: Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

En lærlingklausul er et kontraktsvilkår som forplikter en leverandør til å bruke lærlinger ved utføring av et offentlig oppdrag.¹ Ved å oppstille lærlingklausuler, brukes dermed det offentlige anskaffelsesregelverket som et virkemiddel for å øke antallet lærlingplasser. I Norge har det lenge vært en rettslig og politisk debatt knyttet til om lærlingklausuler kan og bør brukes som et virkemiddel for å øke antallet lærlingplasser. Denne debatten er igjen aktualisert med vedtakelsen av nye anskaffelsesdirektiver i EU, som innen kort tid implementeres i norsk rett.

Bakgrunnen for debatten er at lærlingklausuler tidligere var et mye brukt virkemiddel i norsk rett. Før inngåelsen av avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-avtalen) ble statlige og kommunale virksomheter anbefalt å bruke lærlingklausuler.² Denne praksisen ble endret etter inngåelsen av EØS-avtalen. Avtalen innførte et nytt regelverk for offentlige anskaffelser i norsk rett. Like etter inntredelsen i EØS-samarbeidet reiste EFTAs overvåkningsorgan (ESA) klagesak mot Tinn kommune for deres praktisering av lærlingklausuler.³ Klagesaken ble reist fordi ESA mente at bruk av lærlingklausuler ved tildeling av offentlige kontrakter var i strid med diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen. Som følge av klagesaken endret Tinn kommune sin praksis, og ESA forfulgte ikke saken videre. Etter dette ble lærlingklausuler lite praktisert i Norge.⁴

Det var likevel fortsatt et ønske om å bruke lærlingklausuler i norsk rett. I 1997 ble det utredet om EØS-retten ga et handlingsrom til å bruke lærlingklausuler. På bakgrunn av ESA-saken tre år tidligere, ble det vurdert som tvilsomt og uavklart om EØS-reglene åpnet for bruk av lærlingklausuler.⁵ Som følge av utredningen, ble det i 2001 innført en regel om lærlingklausuler som ble begrenset til å gjelde for tjenester og bygge- og anleggsarbeid levert i Norge av norske leverandører. Bestemmelsen er i dag videreført i forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 (heretter foa. eller forskrift om offentlige anskaffelser) § 3-11 tredje ledd. Bakgrunnen for at regelen ble avgrenset til norske leverandører er at tjenester uten grenseoverskridende elementer ikke omfattes av restriksjonsforbudet i EØS-avtalen.⁶

Studier fra 2014 viser at dagens forskriftsbestemmelse ikke skaper flere lærlingplasser. Hovedgrunnene til dette, er trolig at det ikke oppstilles krav til at lærlinger brukes på kontrakten og at kravet kun kan stilles overfor norske bedrifter.⁷ Arbeidslivets hovedparter har derfor foreslått å endre dagens forskrift til å oppstille krav om bruk av lærlinger ved utføringen av kontrakten som også skal gjelde overfor utenlandske leverandører.⁸ En endring av dagens regelverk er ansett som et viktig virkemiddel for å motvirke at hver tredje søker til

¹ Moen mfl. *Bruk av lærlingklausuler ved offentlige anskaffelser*, 2014 s 7

² NOU 1997: 21 s 65

³ ESA. *Letter concerning complaint regarding the procurement rules of Tinn Kommune*, 1994 s 4

⁴ NOU 1997: 21 s 68. Om dette skyldes saken mot Tinn Kommune eller om det generelt ikke var ønske om å bruke lærlingklausuler, ble ikke utredet.

⁵ *Ibid*

⁶ For en nærmere redegjørelse, se kap. 3.1.1.

⁷ Moen mfl. (2014) s 7. For en nærmere redegjørelse av forskriftsbestemmelsen, se kap. 3.3.1

⁸ Se NHO, *Forslag til ny lærlingklausul*, 2014 s 1 og LO, *Uttalelser fra LO-sekretariatet*, 2014 s 2

yrkesutdanning står uten lærlingplass hvert år.⁹ Det antas at en slik regel kan gjøres gjeldende innfor dagens EØS-rettslige regelverk.¹⁰

Om EØS-retten i dag gir handlingsrom for stater til å bruke det offentlige anskaffelsesregelverket for å fremme antallet lærlingplasser, er ikke avklart av domstolen i Den europeiske union (EU). Det er likevel to utviklingstrekk som tilsier at EØS-retten i dag kan gi et større handlingsrom til å bruke lærlingklausuler enn da spørsmålet sist ble utredet.

For det første er lærlingordninger mer utbredt i EU-landene enn tidligere.¹¹ For det andre er offentlige anskaffelser i større grad enn tidligere anerkjent som et mulig virkemiddel for å ivareta sosiale hensyn i EU-retten. EP/Rdir. 2004/18 (heretter det klassiske direktivet), gir et handlingsrom for medlemslandene til å bruke det offentlige anskaffelsesregelverket som et virkemiddel for å fremme sosiale hensyn. Flere EU-land tolker i dag det klassiske direktivet slik at EØS-retten gir et handlingsrom til å bruke lærlingklausuler. Sverige, Finland og Danmark har for eksempel regler som åpner for at det kan stilles krav til bedrifter om at lærlinger brukes ved utførelsen av en kontrakt.¹² Danmark er det første, og til nå eneste, EU-landet som har innført krav om at oppdragsgiver skal vurdere bruk av lærlingklausuler i alle offentlige kontrakter som inngås.¹³

Videre ble det i februar 2014 vedtatt nye anskaffelsesdirektiver i EU som i større grad enn dagens regelverk åpner for å ivareta sosiale hensyn ved offentlige anskaffelser.¹⁴ Medlemslandene implementerer EP/Rdir. 2014/24 (heretter det reviderte klassiske direktivet) innen 18. april 2016. Direktivet skal også innen kort tid implementeres i norsk rett gjennom endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (heretter loa. eller lov om offentlige anskaffelser) og forskrift om offentlige anskaffelser.

Regjeringen har fulgt opp forslaget fra arbeidslivets hovedparter om å endre dagens regler om lærlingklausuler. Våren 2015 ble det sendt ut høringsforslag om endring av dagens regler.¹⁵ I høringen foreslås det at det gjøres endringer i dagens regelverk i to omganger. Den første endringen som foreslås, er at avgrensningen til norske leverandører i dagens forskrift fjernes.¹⁶ Dette skal gjøres i påvente av implementeringen av det reviderte klassiske direktivet. Den andre endringen som foreslås, er at det gis en lovhjemmel til i forskrift å pålegge oppdragsgivere å bruke lærlingklausuler både overfor norske og utenlandske leverandører i enkelte bransjer. Endringen skal skje samtidig som det reviderte klassiske direktivet implementeres i norsk rett.¹⁷

⁹ NHO (2014) s 1-2

¹⁰ *Op.cit.* s 7-9, mindretallet i NOU 2014: 4 s 94 og Nærings- og fiskeridepartementet. *Høringsnotat 1. Forslag til ny lov om offentlige anskaffelser*, 2015a s 8-9

¹¹ NHO (2014) s 3

¹² Undervisningsministeriet (2012) *Rapport om sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med utbud* s 30-32

¹³ NHO (2014) s 3. For en nærmere redegjørelse av de danske reglene, se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013). *Sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud. Vejledning.*

¹⁴ Abeele, Éric Van den. "The reform of the EU's public procurement directives: a missed opportunity?" *European Union Trade Institute*, 2012 s 9.

¹⁵ Høringsfristen er 17. juni 2015, jf. Nærings- og fiskeridepartementet. *Høring – forslag om endring av lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføringen av tre nye anskaffelsesdirektiver*, 2015c (s 3)

¹⁶ Nærings- og fiskeridepartementet. *Høringsnotat 2. Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser*, 2015b s 7.

¹⁷ Nærings- og fiskeridepartementet (2015a) s 8-9

Problemstillingen som drøftes i oppgaven, er om norsk rett benytter handlingsrommet som EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler. For å besvare problemstillingen, må det først redegjøres for hvilket handlingsrom EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler. Deretter må de norske rettsreglene sammenholdes med dette handlingsrommet.

Som følge av endringer i norsk rett og EU-retten, må problemstillingen besvares i to hoveddeler. I første del av oppgaven vurderes det om dagens forskrift og forslaget til endring av forskriften benytter handlingsrommet dagens EØS rett gir til å bruke lærlingklausuler. I drøftelsens andre del vurderes det om forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser benytter handlingsrommet ny EØS rett gir til å bruke lærlingklausuler. Herunder vurderes det også om de nye forslagene går utover handlingsrommet EØS-retten oppstiller.

1.2 Definisjoner

1.2.1 Offentlige anskaffelser

Offentlige anskaffelser er kontrakter om innkjøp inngått mellom en eller flere økonomiske aktører og en eller flere offentlige virksomheter. Anskaffelsesprosessen kan inndeles i fem hovedfaser. Disse er strategiutviklingsfasen, spesifiseringsfasen, kvalifikasjonsfasen, tildelingsfasen og kontraktsgjennomføringsfasen.¹⁸

I strategiutviklingsfasen spesifiseres det hva som skal kjøpes, og hvilken anbudsform og konkurranseform som skal velges. I spesifiseringsfasen presiseres de tekniske kravene til kontraktsgjenstanden.

I kvalifikasjonsfasen regulerer direktivet hva som kan tillegges vekt ved utvelgelse av de potensielle leverandørene. Formålet med kvalifikasjonsfasen er å sikre at leverandøren har kapasitet til å levere kontraktsgjenstanden.¹⁹ Resultatet av vurderingen som foretas i kvalifikasjonsfasen, er aksept eller avvisning av leverandøren.

I tildelingsfasen avgjøres det hvilken av leverandørene som skal vinne anbudskonkurransen. Formålet med tildelingsfasen er å rangere tilbudene etter på forhånd publiserte tildelingskriterier. Tildelingskriterier er de kriteriene som legges til grunn for vurderingen av hvilke av de tilbudene som har kommet inn, og som ikke er avvist, som skal vinne anbudskonkurransen.²⁰ Tildelingskriteriene og den relative vekten disse skal gis, skal være opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.²¹ Resultatet av tildelingsfasen er at det foretas en gradert evaluering av tilbudene, og at kontrakt tildeles på bakgrunn av denne evalueringen.²²

Direktivets regler om kontraktsgjennomføring regulerer hvilke kontraktsvilkår oppdragsgiveren kan kreve av leverandøren ved oppfyllelsen av kontrakten. Et kontraktsvilkår er særlig vilkår for utøvelse av kontrakten som tilbyder må dokumentere at

¹⁸ Barnard, Catherin. *EU Employment Law*. Oxford, 2012 s 241

¹⁹ European Commission (2010). *Buying Social. A Guide to Taking Account for Social Considerations in Public procurement* s 35

²⁰ Fornyings- og administrasjonsdepartementet. *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2013 s 133

²¹ Art. 53 andre ledd

²² Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2013) s 133

kan oppfylles før tildeling av kontrakt.²³ Som jeg skal komme tilbake til, er en lærlingklausul et eksempel på et kontraktsvilkår.

1.2.2 Lærlingordning

En lærlingordning er et opplæringsprogram som kombinerer perioder med praktisk erfaring fra en arbeidsplass og teoretisk og praktisk undervisning på en skole, og hvor fullført utdanning medfører anerkjent sertifisering innenfor et yrke.²⁴

Medlemslandene i EU har i varierende grad tradisjon for bruk av lærlingordninger, både når det gjelder omfang og organisering. I for eksempel Danmark, Tyskland, Sveits og Østerrike er tradisjonene for lærlingordninger lange.²⁵ Andre EU-medlemsland har derimot kortere og mindre omfattende tradisjoner.²⁶ Studier av arbeidsledigheten i Europa viser at de EU-landene som har etablerte lærlingordninger har lavere arbeidsledighet blant unge.²⁷ For å motvirke den svært høye ungdomsledigheten, er utvikling av lærlingordninger promotert av Kommisjonen.²⁸ Som følge av Kommisjonens økte fokus på lærlingordninger som et virkemiddel mot ungdomsledighet, blir lærlingordninger mer utbredt i EU. I blant annet Sverige, Polen, Nederland, Belgia, Frankrike og Storbritannia er mer omfattende lærlingordninger i dag under utvikling.²⁹

Den norske lærlingordningen har lange tradisjoner. Den reguleres i dag av Lov om grunnskolen og den vidaregående opplæringa 17. juli 1998 nr. 61 (oppl.). Lærlingordningen har siden Reform 94 bestått av et løp der eleven får en toårig teoriutdanning, for deretter å ha lærlingplass i en bedrift i ett eller to år. En godkjent lærebedrift etter oppl. § 4-3 som tegner lærlingkontrakt eller opplæringskontrakt etter oppl. § 4-5, mottar tilskudd per lærling.

Lærlingordningen er bygget opp som et samarbeid mellom arbeidslivets parter, bedriftene og det offentlige. Lærlingordningen administreres av Kunnskapsdepartementet, og utføres i et samarbeid mellom fylkeskommunen og lærebedriften. Formålet med samarbeidet er å sikre at markedshensyn ikke alene skal være styrende ved opplæring. Å utdanne lærlinger er kostnadskrevende for en bedrift. Dersom markedshensyn alene skulle vært styrende for bedriften, ville det kunne være til hver enkelt bedrifts kortsiktige fordel å rekruttere allerede utlært arbeidskraft eller å kun lære opp eleven etter bedriftens egne behov. Organiseringen skal sikre at det til enhver tid foreligger et tilstrekkelig antall fagutdannede, noe som i det lange løp har som formål både å sikre leverandørenes interesser og motvirke arbeidsledighet blant unge.

²³ Goller, Morten. "Avvisningsregler, kvalifikasjonskrav, utvelgelseskriterier, kontraktsvilkår og tildelingskriterier". *På rett grunn*, 2010 s 64-84 s 72

²⁴ European Commission (2013). *Apprenticeship and Traineeship Schemes in EU27: Key Success Factors. A Guidebook for Policy Planners and Practitioners* s 4

²⁵ NHO (2014) s 3

²⁶ European Commission (2013) s 4-5

²⁷ *Op. cit* s 1

²⁸ *Ibid*

²⁹ NHO (2014) s 3

1.2.3 Lærlingklausul

En lærlingklausul er et kontraktsvilkår som oppstiller krav om bruk av lærlinger ved utføring av et offentlig oppdrag.³⁰ Lærlingklausuler er en type sosial klausul. En sosial klausul er et kontraktsvilkår som ivaretar sosiale hensyn og miljøhensyn.³¹

En bestemmelse som åpner for bruk av lærlingklausuler, kan utformes på ulike måter. For det første kan bestemmelsen variere med hensyn til hvilke leverandører den åpner for at lærlingklausuler kan brukes overfor. For det andre kan bestemmelsen variere når det gjelder hva som kreves av leverandøren. Oppgaven drøfter utformingen av lærlingklausuler slik det er foreslått av Regjeringen i høringen fra i år. Bestemmelsen som drøftes i oppgaven, oppstiller krav om at leverandøren er tilknyttet norsk eller utenlandsk lærlingordning eller tilsvarende ordning og at lærlinger brukes ved gjennomføringen av kontrakten.³²

At lærlingklausuler kan oppstilles som et kontraktsvilkår, innebærer at leverandøren er forpliktet til å bruke lærlinger ved utførelsen av kontrakten, dersom det ikke er tatt forbehold om kontraktsvilkåret i tilbudet.³³ Oppfyllelsen av lærlingklausulen skal først skje etter at kontrakten er inngått. Dermed er utgangspunktet at et aktuelt mislighold først kan konstateres etter at konkurransen er avsluttet. Det er alminnelige obligasjonsrettslige regler som regulerer hvilke kontraktsbruddssanksjoner oppdragsgiver kan gjøre gjeldende ved et mislighold av lærlingklausulen. Oppdragsgiveren kan derfor gjøre gjeldende kontraktsbruddssanksjoner som prisavslag og heving overfor leverandøren.³⁴

Det vil kun være dersom kontrakten kan heves, og en ny kontrakt inngås med en bedrift som har evne og vilje til å oppfylle lærlingklausulen, at lærlingklausulen vil skape flere lærlingplasser. En kontrakt kan heves dersom det foreligger et vesentlig mislighold. Hva som er et vesentlig mislighold, beror på en tolkning av den enkelte kontrakt. Det kan derfor vanskelig sies noe allment om alle offentlige kontrakter der lærlingklausuler brukes. Overordnet kjennetegnes likevel kravene som typisk oppstilles som kontraktsvilkår at manglende oppfyllelse ikke vil utgjøre et vesentlig mislighold.³⁵ Trolig vil heller ikke et brudd på en lærlingklausul være tilstrekkelig for at det foreligger et vesentlig mislighold. Som jeg skal komme tilbake til, vil lærlingklausuler kun brukes på større kontrakter. En stor kontrakt vil bestå av en rekke ulike elementer der krav om at leverandøren skal oppfylle en lærlingklausul bare utgjør en mindre del, iallfall i økonomisk henseende. Forutsetningen for at en kontrakt skal kunne heves, er da at kontrakten er utformet på en slik måte at kravet er av en så prinsipiell karakter at manglende oppfyllelse må anses som en bristende forutsetning for kontrakten.³⁶

Dette innebærer at dersom lærlingklausulen misligholdes, vil det primært være prisavslag oppdragsgiver kan gjøre gjeldende.³⁷ I tillegg til å ha betydning i

³⁰ Moen mfl. (2014) s 7

³¹ Poulsen, Sune mfl. *EU Public Procurement Law. The Public Sector Directive. The Utilities Directive*. København, 2012 s 308-310

³² Se Nærings- og fiskeridepartementet (2015a) s 8-9

³³ Det følger av foa. § 20-13 første ledd bokstav d at dersom det tas "vesentlige" forbehold ved tilbudet, skal tilbyderer avvises. Hva som er et vesentlig forbehold, er en konkret vurdering av den enkelte kontrakt.

³⁴ Trygstad, Kristian Dahle. *Tildeling av offentlige kontrakter. Rettslige vurderinger i tildelingsfasen av offentlige anskaffelser*. Oslo, 2006 s 103

³⁵ Goller (2010) s 73

³⁶ NOU 1997: 21 s 66

³⁷ Goller (2010) s 73

kontraktsgjennomføringsfasen, kan lærlingklausuler i prinsippet også ha betydning i andre faser av anskaffelsen.³⁸ I tillegg til i kontraktsgjennomføringsfasen, er det i tildelingsfasen og kvalifikasjonsfasen at det kan være aktuelt å ivareta arbeidsrettslige hensyn.³⁹ Lærlingklausuler kan være et enda mer effektivt virkemiddel dersom de også kan oppstilles i kvalifikasjonsfasen og i tildelingsfasen. Dersom det er klart allerede før tildelingen av kontrakten at leverandøren ikke har evne eller vilje til å oppfylle lærlingklausulen, vil effekten kunne være at det ikke inngås kontrakt med denne leverandøren.

Dersom en lærlingklausul brukes i kvalifikasjonsfasen, oppstilles leverandørens kapasitet til å oppfylle lærlingklausulen som et vilkår for å delta i konkurransen. Dersom det allerede i kvalifikasjonsfasen er klart at leverandøren ikke vil kunne oppfylle kravet om bruk av lærlinger, må leverandøren avvises fra konkurransen. I kontraktstildelingsfasen vil manglende mulighet til å oppfylle kontraktvilkåret kunne oppstilles som et tildelingskriterium. Dersom en lærlingklausul oppstilles som et tildelingskriterium, vil det i avveiningen mot andre leverandører telle negativt at leverandøren ikke kan oppfylle lærlingklausulen.

1.3 Avgrensninger

Det EØS-rettslige anskaffelsesregelverket består i dag av fire direktiver. Disse er det klassiske direktivet⁴⁰, direktivet for forsyningssektoren⁴¹, direktiv om forsvars- og sikkerhetsinnkjøp⁴² og håndhevelsesdirektivet.⁴³ Det er i relasjon til det klassiske direktivet og det reviderte klassiske direktivet at problemstillingen om bruk av lærlingklausuler er drøftet i norsk rett.⁴⁴ Oppgaven avgrenses derfor til handlingsrommet det klassiske direktivet og det reviderte klassiske direktivet gir til å bruke lærlingklausuler.

Det klassiske direktivet forplikter Norge til å regulere offentlige anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over angitte terskelverdier. Oppgaven drøfter ikke EØS-terskelverdiene og deres fastsettelse, men forholder seg til rettsreglene for anskaffelser over terskelverdiene. Det er ved levering av tjenester og bygge- og anleggsarbeider at EØS-retten gir et handlingsrom til å bruke sosiale klausuler.⁴⁵ Varekontrakter behandles derfor ikke i denne oppgaven.

I denne fremstillingen drøftes handlingsrommet til å bruke lærlingklausuler overfor hovedleverandør. Om EØS-retten åpner for at nasjonale myndigheter også kan stille krav om bruk av lærlinger overfor underleverandører, behandles ikke.

Det er ikke et formål med oppgaven å gi en generell oversikt over den offentlige anskaffelsesprosessen. Det er kun spørsmål som er relevante for å avklare oppgavens problemstilling som behandles i det følgende.

³⁸ Undervisningsministeriet (2012) s 8. I NOU 1997: 21 s 68 drøftes lærlingklausuler både som kontraktvilkår og som et kvalifikasjonskrav.

³⁹ Barnard (2012) s 241. I NOU 1997: 21 s 68 drøftes lærlingklausuler både som kontraktvilkår og som et kvalifikasjonskrav.

⁴⁰ EP/Rdir. 2004/18

⁴¹ EP/Rdir. 2004/17 (heretter forsyningsdirektivet)

⁴² EP/Rdir. 2009/81

⁴³ EP/Rdir. 2007/66

⁴⁴ I NOU 2014: 4 kap. 11, som gjelder ivaretagelse av ikke-anskaffelsesrettslige hensyn i anskaffelsesregelverket, drøftes kun det klassiske direktivet og det reviderte klassiske direktivet.

⁴⁵ European Commission (2010) s 45. I høringsforslaget er det ikke utredet om lærlingklausuler også skal brukes i varekontrakter, jf. Nærings- og fiskeridepartementet (2015a) s 9.

1.4 Nærmere om underliggende interesser

1.4.1 Offentlige anskaffelser

Formålet med det felles anskaffelsesregelverket i EU er å sikre best mulig forvaltning av offentlige midler. Det anskaffelsesrettslige regelverket bygger på en forutsetning om at det er store forskjeller mellom private og offentlige innkjøpere. Det er forventet at private markedsaktører alltid vil foreta rasjonelle innkjøp da de selv må bære kostnadene for anskaffelsene. Offentlige innkjøpere vil derimot ikke ha den samme oppfordringen til å opptre økonomisk rasjonelt, da de ikke er underlagt samme krav til effektivitet og inntjening som private markedsaktører.⁴⁶ Hovedformålet bak å vedta regler om offentlige anskaffelser er derfor primært å gi et rammeverk som gjennom virkemidlene konkurranse og åpenhet sikrer en best mulig forvaltning av offentlige midler.⁴⁷

Vedtakelsen av det klassiske direktivet markerer likevel en liten endring av dette utgangspunktet. Direktivet samlet tre tidligere anskaffelsesdirektiver. Formålet med vedtakelsen var primært å skape et mer ensartet og enkelt regelverk. Det ble likevel også gjort noen innholdsmessige endringer i direktivet. En av disse var at direktivet i større grad enn tidligere åpnet for at sosiale hensyn kunne ivaretas i anskaffelsesprosessen.⁴⁸ Bakgrunnen for endringen var at mange av medlemsstatene i EU hadde lange tradisjoner med å ivareta sosiale hensyn gjennom anskaffelsesregelverket.⁴⁹ I flere dommer på 1980-tallet og fremover slo EU-domstolen likevel ned på medlemslandenes fremgangsmåte.⁵⁰

Med vedtakelsen av det klassiske direktivet ønsket derfor flere av medlemslandene at det klarere skulle defineres hvilke sosiale hensyn som kunne vektlegges. Det ble også fremmet forslag om at medlemslandene skulle pålegges å ta sosiale hensyn i anskaffelsesprosessen.⁵¹ Europa-Parlamentet og Rådet ønsket ikke en slik pålegging. Resultatet ble et kompromiss der medlemslandene ble gitt et handlingsrom i direktivet til selv å velge om de ville bruke sitt anskaffelsesregelverk for å fremme sosiale hensyn innenfor fellesskapsrettens rammer.⁵² At medlemslandene har et handlingsrom til å fremme sosiale hensyn, fremgår av enkelte av direktivets bestemmelser, direktivets fortale og uttalelser fra Kommissjonen.⁵³ Utviklingen av adgangen til å ta sosiale hensyn har fortsatt med vedtakelsen av det reviderte klassiske direktivet. Som jeg skal komme tilbake til, er et av formålene med det reviderte direktivet å gi medlemsstatene et større handlingsrom til å vektlegge sosiale hensyn.

I norsk rett er det debattert om EØS-retten gir et handlingsrom til å bruke offentlige anskaffelser til å øke antallet lærlingplasser, og om det er et ønskelig virkemiddel. I det følgende gjøres det først rede for hensynene som taler for og imot bruk av lærlingklausuler.

⁴⁶ NOU 2010: 2 s 46

⁴⁷ St. meld. nr. 36 (2008-2009) s 11

⁴⁸ Nielsen, Ruth. *Utbud af offentlige kontrakter*. København, 2010 s 37

⁴⁹ Ahlberg, Kerstin og Bruun, Nielas. "Public Procurement and Labour Rights: Governance by Scaremongering?", *Regulating Transnational Labour in Europe. Skriftserie 196*. Oslo, 2014 s 246. Flere av EU-medlemslandene har blant annet ratifisert ILO-konvensjon nr. 94, som pålegger stater å bruke sosiale klausuler for å sikre lønns- og arbeidsvilkår.

⁵⁰ Se blant annet Beentjes (C-81/37)

⁵¹ Ahlberg og Bruun. "Upphandling och arbete i EU". *Svenska institutet för europapolitiska studier (SIEPS)*, 2010 s 17

⁵² *Ibid*

⁵³ Avsnitt 33. Dette kommer også uttrykk i European Commission (2010) som er en guide til hvordan oppdragsgivere lovlig skal kunne vektlegge sosiale hensyn i anskaffelsesprosessen.

1.4.2 Lærlingklausuler

Det overordnede målet med å bruke lærlingklausuler er å skape flere lærlingplasser. Flere lærlingplasser vil bidra til å motvirke ungdomsledighet, og sikre at Norge har nødvendig fagkompetanse i fremtiden.

Det er primært tre grunner som taler for at lærlingklausuler er et effektivt virkemiddel for å sikre flere lærlingplasser. For det første er påvirkningskraft fremhevet som argument for bruk av lærlingklausuler. Hvert år foretas det offentlige anskaffelser for nesten 230 milliarder kroner, noe som utgjør 15 prosent av brutto nasjonalprodukt.⁵⁴ I debatten om bruk av lærlingklausuler er det vektlagt at siden offentlige anskaffelser utgjør en stor andel av markedet, vil bedrifter tilpasse seg kravene for å kunne konkurrere om offentlige kontrakter. Kravene som oppstilles, vil dermed påvirke markedets handlemåte.

For det andre vil bruk av lærlingklausuler sikre at bedrifter som ikke har lærlingplasser vanskeligere kan utkonkurrere bedrifter som tar ansvar for å sikre faglært arbeidskraft.⁵⁵ Å utdanne lærlinger er en kostnad for en bedrift. Bedrifter som ikke har lærlinger, vil derfor ha færre kostnader ved produksjon av tjenesten, som igjen kan medføre at deres anbud har en lavere pris. Dersom bedrifter som tar inn lærlinger, kan gis et konkurransefortrinn i anskaffelsesprosessen, vil disse kostnadene kunne kompenseres for.

For det tredje er det fremhevet at lærlingklausuler vil kunne ha en positiv signaleffekt utover markedseffektene. Ved at det offentlige bruker lærlingklausuler, gis det signal om at det satses på fagarbeidere og fagkompetanse. Slike signaler vil over tid kunne bidra til å øke yrkesfagenes status, og dermed øke rekrutteringen til yrkesfagene.⁵⁶

Argumentene mot bruk av lærlingklausuler i anskaffelsesprosessen kan inndeles i to hovedgrupper. Den ene gruppen av argumenter er knyttet til hvorvidt sosiale klausuler generelt, og lærlingklausuler spesielt, er et effektivt virkemiddel. For det første er det fremhevet at sosiale klausuler vil kunne skape en mindre effektiv anskaffelsesprosess.⁵⁷ Mange krav skaper økte utgifter for leverandører som deltar, og kan også føre til at leverandører velger å ikke delta i anbudskonkurransen. Slike effekter vil samlet kunne medføre en konkurransevridning, noe som står i et direkte motsetningsforhold til anskaffelsesreglens hovedformål. Lærlingklausuler vil særlig kunne ha konkurransevridende effekter for små og mellomstore bedrifter, og bedrifter i en oppstartsfase.⁵⁸ Dersom en bedrift mener at den ikke er stor nok eller etablert nok til at det er forsvarlig å knytte lærlinger til virksomheten, vil den hindres fra å delta i konkurranser der lærlingklausuler oppstilles.

Det er også fremhevet som et argument mot bruk av sosiale klausuler at det kan skape en mindre objektiv og etterprøvbar anskaffelsesprosess.⁵⁹ Sosiale krav er vanskeligere å måle enn rent økonomiske kriterier. Dette kan gjøre anskaffelsesprosessen mindre objektiv.

⁵⁴ NOU 2014: 4 s 41-42

⁵⁵ Moen mfl. (2014) s 30

⁵⁶ NHO (2014) s 5

⁵⁷ NOU 1997: 21 s 70

⁵⁸ Ot. prp. nr. 3 (2000-2001) s 31

⁵⁹ NOU 1997: 21 s 43

Den andre gruppen av argumenter er knyttet til om, og eventuelt i hvilken grad, EØS-retten gir et handlingsrom til å oppstille regler om lærlingklausuler. Det er dette handlingsrommet som redegjøres for i det følgende.

1.5 Oppgavens struktur

Det norske anskaffelsesregelverket bygger på EØS-regler. For å avklare hva gjeldende rett er, må forholdet mellom EU-retten, EØS-retten og norsk rett på det offentlige anskaffelsesområdet avklares. Dette gjøres i oppgavens del 2.

Oppgavens del 3 drøfter i hvilken grad gjeldende rett, og forslaget til endringer av dagens forskrift, benytter det handlingsrommet EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler. For å avklare dette forholdet må det først redegjøres for hvilke grenser EØS-retten oppstiller for nasjonal regulering av lærlingklausuler. Deretter må det redegjøres for norske rettsregler på området, før regelsettene sammenholdes.

Oppgavens del 4 drøfter i hvilken grad forslaget til endring av lov om offentlige anskaffelser benytter det handlingsrommet EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler. Først redegjøres det for hvilke grenser det reviderte klassiske direktivet oppstiller for nasjonal regulering av lærlingklausuler. Deretter sammenholdes forslagene til ny norsk rett med de kravene direktivet oppstiller.

Del 2: Rettskildemessige særtrekk

2.1 Rettskildebildet

Ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser i norsk rett har offentlige myndigheter lenge vært pålagt å følge spesielle prosedyrer og grunnleggende prinsipper. De første reglene om offentlige anskaffelser ble vedtatt allerede i 1899. Regelverket ble beholdt uten store endringer frem til en reform i 1978.⁶⁰ Da ble det vedtatt interne retningslinjer som påla forvaltningen forpliktelser, men som hovedregel ikke kunne gjøres gjeldende av private leverandører.⁶¹ Den største endringen av regelverket skjedde på 1990-tallet. Endringene skyldes inngåelsen av EØS-avtalen i 1994. I EU eksisterte det allerede et omfattende regelverk for offentlige anskaffelser av bygge- og anleggskontrakter, offentlige varekjøp og tjenestekjøp, som var vedtatt i henholdsvis 1971, 1977 og 1992.⁶² Ved inngåelsen av EØS-avtalen ble disse direktivene i sin helhet implementert i norsk rett.

I EU har det også skjedd store endringer av regelverket etter 1994. Det klassiske direktivet ble vedtatt i 2004, og samlet tre tidligere direktiver om innkjøp, tjenesteytelser og bygg- og anlegg i ett direktiv. Direktivet for klassisk sektor er gjort til en del av EØS-avtalen gjennom et tillegg i EØS-avtalens vedlegg, og er gjennomført i norsk rett ved endringer i lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser. Det norske systemet er bygget opp slik at loven regulerer generelle prinsipper og regler om håndhevelse, mens den øvrige reguleringen skjer i forskriften.

⁶⁰ Goller, Morten mfl. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*. Oslo, 2014 s 13

⁶¹ *Op. cit* s 13-14

⁶² *Ibid*

Det nærmere forholdet mellom det klassiske direktivet og norsk rett, samt hvordan det klassiske direktivet skal tolkes, redegjøres for i det følgende.

2.2 Forholdet mellom det klassiske direktivet, lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser

Norsk rett bygger på et dualistisk prinsipp. Dette innebærer at en folkerettslig rettsregel må implementeres i norsk rett før den danner grunnlag for rettigheter og plikter som kan gjøres gjeldende i norske domstoler.⁶³ Det følger av praksis fra EFTA-domstolen at lojalitetsplikten som fremgår av EØS-avtalen art. 3, forplikter domstolene til å foreta en direktivkonform fortolkning.⁶⁴ Norge er dermed folkerettslig forpliktet til å tolke norske rettsregler som bygger på implementerte EØS-regler på samme måte som rettsregelen tolkes i EØS-retten.

Det dualistiske prinsipp innebærer likevel at prinsippet om direktivkonform fortolkning ikke kan anvendes direkte av norske domstoler. I praksis vil det likevel ikke ha stor betydning for tolkningen av de norske reglene som bygger på EØS-direktiver. Dette skyldes presumsjonsprinsippet, som er et norsk tolkningsprinsipp som er antatt å ha samme rekkevidde som prinsippet om direktivkonform fortolkning.⁶⁵ Presumsjonsprinsippet oppstiller et krav om at domstolene benytter det handlingsrommet norsk metodelære gir for å unngå et folkerettsstridig resultat.⁶⁶ Presumsjonsprinsippet medfører dermed at de norske bestemmelsene som implementerer direktivbestemmelser, må tolkes i samsvar med den bakenforliggende EØS-retten så langt som norsk metodelære åpner for. Dette innebærer at rettstilstanden som følger av direktivet må avveies som selvstendig tolkningsmoment mot øvrige rettskildefaktorer. I det følgende redegjøres det for hvordan det klassiske direktivet skal tolkes.

2.3 Tolkningen av det klassiske direktivet.

2.3.1 EØS-rettslig metode

Ved tolkningen av EØS-retten følger det av homogenitetsprinsippet i EØS-avtalen at det bør anvendes tilsvarende tolkningsnormer som ved tolkning av EU-retten. Homogenitetsprinsippet er det grunnleggende formålet om ensartethet mellom EU-retten og EØS-retten.⁶⁷ Tolkningen etter den EØS-rettslige metoden er derfor en tolkningsprosess i to ledd.⁶⁸ Første ledd i tolkningsprosessen er å fastlegge den EU-rettslige løsningen gjennom EU-rettslig metode.⁶⁹ Andre ledd i tolkningsprosessen er å vurdere om EU-retten kan overføres til EØS-retten.

⁶³ Fredriksen, Halvard H. og Mathisen, Gjermund. *EØS-rett*. Bergen, 2014 s 273

⁶⁴ Karlsson (E-4/01) avsnitt 59

⁶⁵ Finanger I (Rt. 2000 s 1811) s 1829. Uttalelsene i dommen er kritisert i juridisk teori for å gå for langt. For en nærmere redegjørelse, se Franklin, Christian ”Om innholdet og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning”, *Jussens venner* 2012 s 269-317, særlig s 287-292.

⁶⁶ St.prp.nr.100 (1991-1992) s 319

⁶⁷ Prinsippet kommer til uttrykk i EØS-avtalens fortale, og gjenspeiles blant annet i art. 105 og art. 111 nr. 3. For en nærmere redegjørelse av homogenitetsprinsippet, se Fredriksen og Mathisen (2014) s 40-44.

⁶⁸ Fredriksen og Mathisen (2014) s 217-218

⁶⁹ *Ibid*

Der EØS-reglene bygger direkte på EU-rettslige bestemmelser, er hovedregelen at den EU-rettslige fortolkningen skal importeres til EØS-retten uten endringer.⁷⁰ Det klassiske direktivet bygger direkte på EU-rettslige bestemmelser. Utgangspunktet er dermed at direktivet skal tolkes på samme måte som i EU-retten. I det følgende redegjøres det for hovedtrekkene i den EU-rettslige metoden.

2.3.2 EU-rettslig metode

EU-rettens begreper er autonome. Der uttrykk ikke er nærmere definert, er en naturlig språklig tolkning av ordlyden utgangspunktet også i EU-retten. Ulike språkversjoner innebærer at betydningen ofte må finnes ved at flere autoritative språkversjoner sammenholdes.⁷¹ De ulike språkversjonene fører imidlertid til at ordlyden sjelden er tilstrekkelig som tolkningsmoment i seg selv.⁷² Ved tolkningen vektlegger derfor EU-domstolen formål og kontekst i stor grad.⁷³ Direktivets fortale er en viktig kontekstuell tolkningsfaktor.⁷⁴

Også praksis fra EU-domstolen er en viktig rettskilde ved tolkningen av en rettsakt.⁷⁵ Det kreves derfor tungtveiende rettskilder for å fravike utgangspunktet som følger av en tidligere dom. EU-domstolen viser også til EFTA-domstolens avgjørelser, men dens vekt vil være avhengig av overbevisningskraften i dens argumentasjon.⁷⁶ Ved tolkningen av det klassiske direktivet vil også praksis fra før vedtakelsen av det klassiske direktivet være relevant for tolkningen. Dette er fordi de endringene som ble gjort i direktivet, tok opp i seg mye av tidligere praksis fra EU-domstolen.⁷⁷

På området for offentlige anskaffelser har også Kommisjonen publisert en rekke tolkningsuttalelser. I praksis fra EU-domstolen er uttalelser fra Kommisjonen i liten grad tillagt vekt av betydning utover sin overbevisningskraft.⁷⁸

Videre må en rettsakt tolkes i primærrettens kontekst. Direktivet som er gitt med hjemmel i traktatene, kan ikke være i strid med eller gå utover hjemmelsgrunnlaget.⁷⁹ At det klassiske direktivet og det reviderte klassiske direktivet må tolkes i lys av primærretten, fremgår også av direktivenes fortaler.⁸⁰ Dette innebærer at en lærlingklausul kun vil være lovlig dersom direktivet, tolket i lys av traktatene, åpner for at lærlingklausuler kan brukes. I det følgende redegjøres det generelt for grensene som følger av EØS-avtalen for levering av tjenester. Om direktivet tolket i lys av EØS-avtalens bestemmelser åpner for bruk av lærlingklausuler, redegjøres for i kap. 3.2 og kap. 4.1.

⁷⁰ Fredriksen og Mathisen (2014) s 247

⁷¹ Sørensen, Karsten Engsig mfl. *EU-retten*. København, 2014 s 108

⁷² Fredriksen og Mathisen (2014) s 221

⁷³ *Ibid*

⁷⁴ *Op. cit* s 228

⁷⁵ Sørensen mfl. (2014) s 107

⁷⁶ Fredriksen og Mathisen (2014) s 247

⁷⁷ Bercusson, Brian og Bruun, Niclas. "Labour Law Aspects of Public Procurement in the EU". *The new EU Public Procurement Directives*. København, 2005 s 111

⁷⁸ Evju, Stein. "Virksomhetsoverdragelser og rettsvirkninger". *Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 2*. s 1-91, 2005 fotnote 65 s 35

⁷⁹ Fredriksen og Mathisen (2014) s 32

⁸⁰ Det klassiske direktivets fortale avsnitt 2 og det reviderte klassiske direktivets fortale avsnitt 1

Del 3: Grensene for nasjonal regulering av lærlingklausuler under det klassiske direktivet

3.1 Grensene for nasjonal regulering av tjenester under EØS-avtalen

3.1.1 EØS-avtalens art. 36 om fri flyt av tjenester

3.1.1.1 Bestemmelsens virkeområde og formål

De fire frihetene som er hjemlet i EØS-avtalen, er fri bevegelse av tjenester, arbeidskraft, varer og kapital. Disse fremgår av henholdsvis art. 36, 31, 11 og 40 i EØS-avtalen. Det er levering av tjenester over landegrenser som er temaet for denne oppgaven. Ved levering av tjenester over landegrenser vil både reglene om fri etableringsrett i art. 31 og om fri bevegelse av tjenester i art. 36 kunne være relevante. At det er et felles krysningspunkt mellom art. 36 og art. 31, fremgår også av EØS-avtalens art. 37, der tjenestebegrepet defineres som

”...tjenester som vanligvis ytes mot betaling, i den utstrekning de ikke kommer inn under bestemmelser om det frie varebytte og fri bevegelse for kapital og personer”.

I grensedragningen mellom fri etableringsrett og fri bevegelse av tjenester, vil art. 36 få anvendelse for midlertidige tilfeller, mens art. 31 vil gjelde permanente forhold.⁸¹ Det er midlertidig levering over landegrenser som er temaet for denne oppgaven. Det er derfor art. 36 som behandles i det følgende.

Formålet bak art. 36 er å forby konkurransevridende elementer ved levering av tjenester. Bestemmelsen skal sikre at landegrenser ikke er en hindring for å levere tjenester innenfor EØS-området. Rent interne tjenesteforhold, uten et grenseoverskridende element, omfattes derfor ikke av bestemmelsen.⁸² Et norsk selskap som leverer tjenester i Norge er et eksempel på en tjenestelevering uten et grenseoverskridende element.⁸³ Det er et manglende grenseoverskridende element som begrunnet at Norge kunne innføre regler om lærlingklausuler, selv om det ble vurdert som usikkert og uavklart om det forelå en slik adgang etter EØS-retten.⁸⁴

3.1.1.2 Restriksjonsforbudet

Av art. 36 fremgår det at det:

”Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale [ikke] skal ... være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for

⁸¹ Stensvik Kjetil. ”Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelse av tjenester”. *Arbeidsrett vol. 4, nr. 1* 2007 s 8

⁸² Sørensen mfl. (2014) s 269

⁸³ Sejersted, Fredrik mfl. *EØS-rett*. Oslo, 2011 s 433

⁸⁴ NOU 1997: 21 s 68 og Ot. prp. nr. 3 (2000-2001) s 31

statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteyterens mottaker”.

Det fremgår direkte av bestemmelsen at begrensninger for tjenesteytere som yter tjenester i et annet EØS-land, ikke er tillatt. Bestemmelsen må derfor ses i sammenheng med EØS-avtalen art. 4, som forbyr diskriminering som følge av nasjonalitet. Diskrimineringsforbudet forbyr rettsregler eller praksis som direkte eller indirekte forskjellsbehandler innenlandske og utenlandske aktører. Etter praksis fra EU-domstolen omfattes likevel også restriksjoner som ikke diskriminerer på grunnlag av nasjonalitet og etableringssted, men forbyr ethvert krav som i realiteten er en hindring av den frie bevegelse av tjenester.⁸⁵

Utgangspunktet er at et tiltak som er i strid med restriksjonsforbudet er i strid med EØS-avtalen. Det følger likevel av EØS-avtalen og av praksis fra EU-domstolen at det kan gjøres unntak fra dette utgangspunktet. Det er to ulike regelsett som kan begrunne at en restriksjon er rettmessig. Dette er de lovfestede unntakene som følger av EØS-avtalens art. 39, jf. art. 33 og den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn.

EØS-avtalens art. 39, jf. art. 33 tillater at det foretas unntak fra restriksjonsforbudet som følge av hensynet til *”offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen”*. Bestemmelsen åpner ikke for unntak for å ivareta arbeidsrettslige hensyn. Derfor vil det være den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn som kan være aktuell ved spørsmålet om bruk av lærlingklausuler.

3.1.1.3 Læren om tvingende allmenne hensyn

Det følger av langvarig praksis fra EU-domstolen at en restriksjon er lovlig dersom den er egnet til å oppnå et legitimt formål og er forholdsmessig.⁸⁶ I praksis er det akseptert at det foreligger et legitimt formål dersom restriksjonen ivaretar enten et traktatfestet hensyn eller hensyn som EU-domstolen anerkjenner som et allment hensyn.

Det følger videre av praksis fra EU-domstolen at det er et vilkår for at en restriksjon er lovlig at det skjer en likebehandling av tjenesteytere.⁸⁷ Videre er det et vilkår at restriksjonen er forholdsmessig. Det følger av praksis fra EU-domstolen at vurderingen av om restriksjonen er forholdsmessig, er en sammensatt vurdering. Momenter i denne vurderingen er restriksjonens egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet i snever forstand.⁸⁸

Det følger av praksis fra EU-domstolen at tiltaket er egnet dersom den er tjenlig for å sikre formålet.⁸⁹ Det oppstilles ikke en høy terskel før vilkåret er oppfylt. En restriksjon er tjenlig dersom det foreligger konsekvens mellom tiltakets målsetning og andre nasjonale lovbestemmelser.⁹⁰ Er praksis igangsatt, tillegges virkningen av tiltaket avgjørende betydning.⁹¹ Likevel kan ikke dette tillegges avgjørende betydning i enhver sammenheng, da det i praksis anerkjennes at det vil kunne ta tid før et tiltak har effekt.

⁸⁵ Säger (C-76/90) avsnitt 12

⁸⁶ Wolff & Müller (C-60/03) avsnitt 34

⁸⁷ *Ibid*

⁸⁸ Fredriksen og Mathisen (2014) s 88

⁸⁹ Ottica New Line (C-539/11) avsnitt 33

⁹⁰ *Op. cit* avsnitt 47

⁹¹ Fredriksen og Mathisen (2014) s 93

Restriksjonen er nødvendig dersom det er behov for restriksjon for å ivareta formålet. Dersom formålet kunne vært oppnådd med mindre inngripende midler, er ikke nødvendighetsvilkåret oppfylt.⁹² Ved levering av tjenester vil heller ikke nødvendighetsvilkåret være oppfylt dersom tjenesten allerede er tilstrekkelig beskyttet i tjenesteyterens opprinnelsesland.⁹³

Ved vurderingen av forholdsmessighet i snever forstand følger det av praksis fra EU-domstolen at inngrepet som foretas i tjenestefriheten må holdes opp mot den målsetningen som tiltaket har.⁹⁴ Dersom det foreligger et urimelig forhold mellom de to, er vilkåret ikke oppfylt.

I det følgende tolkes det klassiske direktivet og det reviderte klassiske direktivet i lys av primærretten som er redegjort for i denne delen av oppgaven.

3.2 Grensene for nasjonal regulering av lærlingklausuler under det klassiske direktivet

3.2.1 Overordnede prinsipper

Direktivets enkeltbestemmelser er et utslag av grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper. Den enkelte direktivbestemmelse må derfor tolkes i lys av disse prinsippene.⁹⁵ Det følger av direktivets fortale at de anskaffelsesrettslige prinsippene er

*"... the principles of the Treaty and in particular to the principle of ... freedom to provide services and to the principles deriving therefrom ..."*⁹⁶

Noen av prinsippene er hjemlet i EU-traktatene. Relevant for temaet som behandles i denne oppgaven er restriksjonsforbudet i EØS-avtalen art. 36. Disse prinsippene er redegjort for i kap. 3.1. Andre av prinsippene er utviklet gjennom praksis fra EU-domstolen. Dette er likebehandlingsprinsippet, prinsippet om gjennomsiktighet, og prinsippet om gjensidig anerkjennelse.⁹⁷ Av de ulovfestede prinsippene er det likebehandlingsprinsippet som i tillegg til de traktatfestede hensynene oppstiller skranker for utformingen av en lærlingklausul.⁹⁸

Likebehandlingsprinsippet fremgår av direktivets art. 2. Prinsippet slår fast at oppdragiver har plikt til å behandle alle leverandørene likt gjennom alle fasene av anskaffelsesprosedyren. Dette kravet gjelder uavhengig av nasjonalitet. Følgelig går prinsippet videre enn restriksjonsforbudet som følger av EØS-avtalens art. 36, da det forbyr enhver forskjellsbehandling på bakgrunn av usaklige eller irrelevante kriterier.⁹⁹

I det følgende tolkes direktivet i lys av de anskaffelsesrettslige prinsippene redegjort for i dette avsnittet, og restriksjonsforbudet og unntakene gjennomgått i kap. 3.1. Først drøftes hvilket handlingsrom direktivet gir til å oppstille en lærlingklausul som et kontraktsvilkår.

⁹² Ladbrokes (E-3/06) avsnitt 58

⁹³ Wolff & Müller (C-60/03) avsnitt 34

⁹⁴ Finalarte (C-49/98) avsnitt 50

⁹⁵ Avsnitt 2

⁹⁶ *Ibid*

⁹⁷ Nielsen (2010) s 81-88 og 96-103

⁹⁸ Undervisningsministeriet (2012) s 14-20

⁹⁹ Nielsen (2010) s 86

3.2.2 Kontraktgjennomføringsfasen

3.2.2.1 Kontraktsvilkår

Hvilke kontraktsvilkår som kan oppstilles, reguleres av direktivets art. 26. Av bestemmelsen følger det at kontraktsvilkår kan oppstilles dersom de er

“... compatible with Community law and are indicated in the contract notice or in the specifications. The conditions governing the performance of a contract may, in particular, concern social and environmental considerations.”

Det følger av direktivet at det kan oppstilles ethvert krav av sosial karakter. Dermed synes direktivet å åpne for at lærlingklausuler kan oppstilles som kontraktsvilkår. I tillegg til kravene om at det må foreligge samsvar med EØS-retten og at det må fremgå av kontrakt dokumentene, følger det av eksemplene som brukes i direktivets fortale at kontraktsvilkåret må ha tilknytning til utøvelsen av kontrakten.¹⁰⁰ En slik tolkning følger også av tolkningsuttalelser fra Kommisjonen.¹⁰¹ Tilknytningsvilkåret er oppfylt dersom kontraktsvilkåret har en sammenheng med produksjonen eller utøvelsen av kontraktsgjenstanden.¹⁰² Det foreligger en slik sammenheng mellom lærlingklausuler og tjenesten som skal utøves, da lærlingklausulen gjelder produksjon av kontraktsgjenstanden. Dette støttes også av direktivets fortale, som bruker *“on-site vocational training”* som et eksempel på et mulig kontraktsvilkår.¹⁰³

Utgangspunktet er dermed at direktivet gir et handlingsrom til å ha nasjonale bestemmelser om bruk av lærlingklausuler. Det følger likevel av art. 26 og fortalen at det er et vilkår at bestemmelsen er i samsvar med EØS-retten og anskaffelsesrettens overordnede prinsipper. Følgelig må det vurderes om direktivet tolket i lys av primærretten og anskaffelsesrettslige prinsipper, åpner for at lærlingklausuler kan anvendes.

3.2.2.2 Grenser som følger av EØS-avtalens art. 36 og overordnede anskaffelsesrettslige prinsipper

3.2.2.2.1 Restriksjonsforbudet

EØS-avtalens art. 36 forbyr restriksjoner på adgangen til å levere tjenester over landegrensene i EØS-samarbeidet. I det følgende vurderes det om lærlingklausuler utgjør en restriksjon.

I høringsforslaget til Regjeringen åpnes det for at det kan kreves tilknytning til en norsk lærlingordning eller tilsvarende ordning i tjenesteyterens hjemland. Det er ikke-diskrimineringsprinsippet som begrunner hvorfor utenlandske ordninger må likestilles med den norske lærlingordningen.¹⁰⁴ EU-medlemslandene har ulike måter å organisere lærlingordningene på, og omfanget i landene varierer stort. Dersom tilsvarende ordninger ikke var likestilt, og det ikke forelå en mulighet til å oppfylle kravet med norske lærlinger, ville dette kunne medføre at enkelte medlemsland utelukkes fra å delta i anbudskonkurransen. En

¹⁰⁰ Avsnitt 33

¹⁰¹ European Commission (2010) s 43

¹⁰² *Ibid*

¹⁰³ Avsnitt 33

¹⁰⁴ Undervisningsministeriet (2012) s 14-15 og NHO (2014) s 8-9

lovregel som medfører at leverandører fra enkelte medlemsland utelukkes fra å delta i anbudskonkurransen, er en diskriminerende restriksjon. Unntak fra diskrimineringsforbudet godtas kun dersom de kan begrunnes i traktatfestede hensyn.¹⁰⁵ Lærlingklausuler kan ikke begrunnes i traktatfestede hensyn. Det vil dermed være i strid med EØS-retten å ikke likestille de ulike opplæringsordningene i medlemslandene.

Forutsatt at disse kravene følges, utgjør ikke bestemmelsen om lærlingklausuler som drøftes i denne oppgaven en diskriminerende restriksjon. Det følger likevel av tidligere drøftelse at EØS-avtalens art. 36 også forbyr tiltak som gjør det mindre attraktivt for utenlandske leverandører å levere tjenester i Norge. Et krav om å bruke lærlinger vil skape økte administrative og økonomiske byrder både for norske og utenlandske bedrifter som ikke allerede deltar i en lærlingordning. Dette åpner for at det kan være mindre attraktivt for leverandører fra andre EU-land å levere tjenester i Norge. Lærlingklausuler utgjør derfor en restriksjon.

Spørsmålet er dermed om denne restriksjonen er lovlig etter EØS-retten.

3.2.2.2 Læren om tvingende allmenne hensyn

Det følger av tidligere drøftelse at en restriksjon er lovlig dersom den forfølger et legitimt formål, likebehandler ulike bransjer og er forholdsmessig.

I praksis fra EU-domstolen er det anerkjent et vidt spenn av hensyn som kan begrunne unntak fra restriksjonsforbudet. Om det å sikre lærlingplasser er et lovlig hensyn, er ikke direkte behandlet i praksis fra EU-domstolen. At det å sikre utdanning av fagarbeidere er et anerkjent hensyn i EU-retten, gis det likevel en sterk indikasjon på i det klassiske direktivets fortale. Fortalen fremhever ”*on-site vocational training*” som et hensyn som kan ivaretas under direktivet.¹⁰⁶

Domstolen har også uttalt seg om hensynet i praksis, men da i relasjon til krav om registrering i et fagregister. I Josef Corsten-dommen uttaler EU-domstolen at

*” ... the objective of guaranteeing the quality of skilled trade work ... is an overriding requirement relating to the public interest capable of justifying a restriction on freedom to provide services”.*¹⁰⁷

Uttalelsen er generell og har derfor overføringsverdi til andre tiltak som skal sikre faglært arbeidskraft. Etter dette er det et legitimt formål å fremme antallet lærlingplasser.

Det er videre et vilkår at det skjer en likebehandling av ulike bransjer.¹⁰⁸ Både under någjeldende rett og under forslaget til endring av loven og forskriften foreslås det at det skal foreligge en adgang til å bruke lærlingklausuler i alle bransjer der det er behov for lærlinger.¹⁰⁹ Til tross for de generelle kravet om likebehandling som uttrykkes i dommen, har

¹⁰⁵ Fredriksen og Mathisen (2014) s 88-89

¹⁰⁶ Avsnitt 33

¹⁰⁷ C-58/98 avsnitt 38

¹⁰⁸ Wolff & Müller (C-60/03) avsnitt 34

¹⁰⁹ Nærings- og fiskeridepartementet (2015b) s 7, Nærings- og fiskeridepartementet (2015a) s 15 og foa. § 3-11 tredje ledd

domstolen i andre dommer godtatt bransjespesifikke ordninger.¹¹⁰ Likebehandlingskravet er dermed ikke til hinder for at det skjer en avgrensning til de bransjer der det er et behov for lærlinger.

Videre må restriksjonen være forholdsmessig. For å oppfylle kravet om forholdsmessighet, må lærlingklausulen være nødvendig, egnet og målet må ikke stå i et urimelig forhold til inngrepet restriksjonen utgjør.

Etter praksis fra EU-domstolen vil en lærlingklausul være egnet dersom den er et formålstjenlig middel for å sikre flere lærlingplasser. Det fremgår av nyere forskning at dagens regel om lærlingklausuler ikke skaper flere lærlingplasser i norske bedrifter.¹¹¹ Dette skyldes trolig at det etter den norske forskriften kun stilles krav om at leverandøren er tilknyttet en lærlingordning, og at kravet ikke kan stilles til utenlandske leverandører.¹¹² Lærlingklausuler som drøftes i denne oppgaven, oppstiller krav om lærlinger på det konkrete prosjektet og at dette kravet også stilles overfor utenlandske leverandører. Det kan dermed ikke legges vekt på effekten av dagens forskrift i vurderingen, men heller hvilken virkning en ny forskrift kan forventes å ha.

En lærlingklausul vil kunne ha effekter både før og etter kontrakt inngås. Før kontrakten inngås, vil en forventet effekt av lærlingklausuler være at bedrifter som har få eller ingen lærlinger, ansetter flere for å kunne konkurrere om kontrakten. Dette gjelder både dersom det kreves en overføring av allerede ansatte lærlinger og dersom det kreves nyansettelser i tilknytning til kontrakten. I høringsforslaget drøftes det ikke om det skal kreves nyansettelse av lærlinger i hver enkelt kontrakt, eller om det kan åpnes for at lærlinger overføres fra andre prosjekter.¹¹³ Effekten vil være størst dersom det kreves nyansettelser ved gjennomføring av hver enkelt kontrakt. Likevel vil også krav om overføring kunne skape flere lærlingplasser. For det første vil en lærlingklausul gi bedrifter som ikke er lærebedrifter et insentiv til å søke godkjenning som lærlingbedrift og ansette lærlinger. For det andre vil en lærlingklausul gi en bedrift som har få lærlinger et insentiv til å ansette flere.

Videre vil lærlingklausuler også kunne ha effekter etter at kontrakten er inngått. Å ikke ha lærlinger ved utførelsen av kontrakten, vil være et kontraktsbrudd. Kontraktsbrudd kan møtes med kontraktsbruddssanksjoner av oppdragsgiveren. Dette vil derfor gi leverandøren en oppfordring til å ha lærlinger ved utføringen av tjenesten.

Lærlingklausuler vil derfor kunne skape insentiver i bransjen for godkjenning av flere lærebedrifter, og kunne gjøres gjeldende av oppdragsgiver etter inngått kontrakt. Det er dermed klart at å bruke lærlingklausuler som kontraktsvilkår, vil kunne være tjenlig for å fremme flere lærlingplasser. Restriksjonen oppfylder dermed EU-domstolens krav til egnethet.

Videre må restriksjonen være nødvendig. Kravet til nødvendighet innebærer at det må være et behov for restriksjonen for at antallet lærlingplasser skal øke. Vilkåret oppstiller to begrensninger ved bruk av lærlingklausuler. For det første vil vilkåret ikke være oppfylt dersom det foreligger alternative tiltak som enten vil ha samme virkning, eller være

¹¹⁰ Stensvik (2007) s 50. I Finalarte (C-49/98) avsnitt 72 ble for eksempel ferieordninger som kun gjaldt for den tyske byggebransjen godtatt.

¹¹¹ Moen mfl. (2014) s 7

¹¹² *Op.cit.* s 9 og s 37

¹¹³ I dansk rett åpnes det for at oppdragsgiver kan velge om det skal kreves nyansettelse eller overføring av lærlinger, jf. Undervisningsministeriet (2012) s 20-21

virkningsfulle nok til å sikre målsetningen med restriksjonen. For det andre vil ikke vilkåret være oppfylt dersom man befinner seg på et område der formålet allerede er oppnådd. For lærlingklausuler innebærer vilkåret at det ikke kan brukes lærlingklausuler dersom andre og mindre inngripende virkemidler vil være tilstrekkelige, og at lærlingklausuler kun kan brukes i de bransjer der det er en mangel på lærlingplasser.

Den norske lærlingordningen organiseres som et samarbeid mellom bedrifter og det offentlige. Så lenge ordningen er frivillig, vil det være et behov for insentiver for å få flere bedrifter til å ta inn lærlinger. Slike insentiver kan gis gjennom veiledning og oppfordring om å ta inn flere lærlinger. Slike virkemidler brukes i dag, uten at antallet lærlingplasser har økt tilstrekkelig. Dette skaper behov for å gi bedriftene et økonomisk insentiv til å ta inn flere lærlinger. Et slikt insentiv skapes ved at det offentlige bruker sin makt som innkjøper til å påvirke det private markedet. Det foreligger dermed ikke alternative og mindre inngripende virkemidler som vil sikre flere lærlingplasser. Kravet om nødvendighet innebærer likevel at lærlingklausuler kun kan brukes i bransjer der det er mangel på lærlingplasser.

Videre er det et vilkår for at restriksjonen er nødvendig at de hensynene som restriksjonen skal beskytte, ikke er ivaretatt i tjenestemottakerens hjemstat. Lærlingklausulen vil kun kreve at lærlinger brukes på tjenester som leveres i Norge. Brukes lærlingklausuler i andre land, vil disse kun gjelde for bedrifter som leverer tjenester i dette EU-landet. Det vil derfor ikke foreligge en dobbeltregulering av bruken av lærlingklausuler.

Det følger videre av kravet om forholdsmessighet i snever forstand at det må foreligge et rimelig forhold mellom inngrepet som foretas i tjenestefriheten og målsetningen som restriksjonen skal ivareta. Prinsippet oppstiller to krav til utformingen av en norsk bestemmelse om lærlingklausuler. Før det første må det foreligge et rimelig forhold mellom kravene leverandøren oppstiller og den utlyste oppgave.¹¹⁴ Det må dermed foretas en konkret vurdering av forholdsmessigheten av å bruke lærlingklausuler ved hver enkelt kontrakt. Proporsjonalitetsprinsippet medfører at det for kortvarige kontrakter og små kontrakter vil kunne være en uforholdsmessig byrde å opprette lærlingplasser. For å være i samsvar med EØS-retten må derfor den norske regelen åpne for at det kan skje en tilpasning etter anskaffelsens størrelse og art.

For det andre innebærer proporsjonalitetsprinsippet at det ikke kan stilles krav utover kontraktsperioden.¹¹⁵ Dette hensynet ivaretas av direktivets art. 26, da det er et vilkår for bruk av kontraktsvilkår at det foreligger en tilknytning mellom vilkåret og tjenesten som skal utøves. Denne tilknytningen vil ikke være oppfylt dersom det kreves lærlinger for en lenger periode enn kontrakten som skal utføres. Den norske bestemmelsen kan dermed ikke åpne for at bedriftene er forpliktet til å ha lærlinger utover kontraktsperioden.

Læren om tvingende allmenne hensyn kan begrunne bruk av lærlingklausuler, dersom nærmere vilkår følges. I det følgende drøftes hvilke grenser de likebehandlingsprinsippet oppstiller for bruk av lærlingklausuler.

¹¹⁴ NHO (2014) s 8

¹¹⁵ Undervisningsministeriet (2012) s 19. Likevel vil nasjonal rett regulere i hvilken grad det er en adgang til å endre eller heve lærlingkontrakten etter at kontraktsperioden er over. I norsk rett følger adgangen til å endre eller heve lærlingkontrakten av oppl. § 4-6.

3.2.2.2.3 Likebehandlingsprinsippet

Det anbudsrettslige likebehandlingsprinsippet slår fast at tilbyderne skal likebehandles på alle stadiene av anskaffelsesprosessen. For utformingen av en bestemmelse om lærlingklausuler, innebærer prinsippet at antallet lærlinger som kreves ikke kan tilpasses etter leverandørens konkrete evne til å ansette lærlinger. Vurderingen må dermed skje alene på bakgrunn av kontraktens størrelse og art.

Likebehandlingsprinsippet tilsier også at det bør foreligge en oppfølging av kontrakten.¹¹⁶ Dersom det ikke skjer en oppfølging av mangelfull kontraktsoppfyllelse, vil den som vinner kontrakten få mer lempelige vilkår enn aktørene som deltok i anbudskonkurransen.

3.2.2.2.4 Krav til utformingen av en norsk bestemmelse om lærlingklausuler

Av drøftelsen følger det at EØS-retten åpner for at det kan innføres en norsk bestemmelse om lærlingklausul dersom tre vilkår er oppfylt. Det første vilkåret er at utenlandske ordninger med utdanningsformål likestilles med den norske lærlingordningen. Det andre vilkåret er at lærlingklausulen er tilpasset kontraktens størrelse og avgrenset til det tidsrommet som kontrakten skal gjelde. Det tredje vilkåret er at lærlingklausulene kun brukes innenfor de bransjer der det foreligger behov for lærlinger. Forutsetningen for at bestemmelsen er i samsvar med EØS-retten, er at bestemmelsen pålegger oppdragsgivere å informere i konkurransegrunnlaget at en lærlingklausul skal brukes, og hvor mange lærlinger som kreves.

I det følgende vurderes det om direktivet åpner for bestemmelser om bruk av lærlingklausuler i henholdsvis kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen.

3.2.3 Kvalifikasjonsfasen

I kvalifikasjonsfasen foretas det en evaluering av leverandørens evne til å oppfylle kontrakten. Evalueringen av leverandøren består etter direktivet av to faser. Den første fasen er en vurdering av om leverandøren skal kunne utelukkes som følge av personlige forhold og manglende autorisasjon.¹¹⁷ I den andre fasen, avgjøres det om leverandøren er egnet vurdert etter de finansielle og tekniske kravene som skal oppfylles i kontrakten.¹¹⁸ Kravene som oppstilles i den andre fasen, omtales som kvalifikasjonskrav.¹¹⁹ De to regelsettene omtales samlet som avvisningsregler.¹²⁰ Resultatet av at leverandøren ikke oppfyller avvisningsreglene, er at leverandøren avvises fra å delta i konkurransen.¹²¹

Spørsmålet er først om direktivet åpner for at det kan stilles som et kvalifikasjonskrav at leverandøren må oppfylle lærlingklausulen.

Direktivet regulerer ikke hvilke kvalifikasjonskrav som kan oppstilles. I direktivet oppregnes det likevel en liste over hvilke bevis som kan etterspørres. Disse beviskravene gir veiledning om hvilke sosiale krav som kan stilles til leverandørene i

¹¹⁶ Undervisningsministeriet (2012) s 22 og European Commission (2010) s 49

¹¹⁷ Art. 45 og 46

¹¹⁸ Art. 47-52

¹¹⁹ Goller (2010) s 66

¹²⁰ *Ibid*

¹²¹ Art. 44 nr. 1

kvalifikasjonsfasen.¹²² Bestemmelsene i art. 47-50 åpner for at det kan stilles kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle situasjon¹²³ og tekniske og profesjonelle kapasitet¹²⁴, kvalitetsstandarder¹²⁵ og miljøstandarder¹²⁶. Ingen av bestemmelsene åpner for at manglende oppfyllelse av kontraktsvilkår knyttet til produksjonen kan være et kvalifikasjonskrav.

Det følger av Beentjes-dommen at kvalifikasjonskravene er uttømmende regulert i direktivet.¹²⁷ I dommen sto tvisten mellom Beentjes BV og Nederlands landsbruks- og fiskeriministerium. Beentjes, som hadde levert det billigste tilbudet, ble avvist fra konkurransen. Dette ble begrunnet blant annet med at selskapet "... *did not seem to be in a position to employ long-term unemployed persons.*"¹²⁸ Det følger av dommen at ansettelse av langtidsarbeidsledige ikke kunne være et kvalifikasjonskrav, da kontraktsvilkåret ikke hadde en

*" ... relation to the checking of contractors' suitability on the basis of their economic and financial standing and their technical knowledge and ability or to the criteria for the award of contracts"*¹²⁹

At forhold ved produksjonen ikke kan være et kvalifikasjonskrav støttes også av uttalelser fra Kommisjonen. Kommisjonen har tolket Beentjes-dommen slik at den gir uttrykk for at sosiale hensyn kun kan være et kvalifikasjonskrav hvor "*the achievement of the contract requires specific 'know-how' in the social field*"¹³⁰. At det kun foreligger en adgang til å bruke arbeidsrettslige hensyn som et kvalifikasjonskrav dersom det er nødvendig at leverandøren har kunnskap for å kunne levere kontraktsgjenstanden, er også lagt til grunn i juridisk teori.¹³¹ Direktivet åpner ikke for at det kan være et kvalifikasjonskrav at leverandøren kan bruke lærlinger ved utføringen av kontrakten.

Spørsmålet er videre om direktivet åpner for at det kan være en avvisningsgrunn at leverandøren ikke kan bruke lærlinger ved utførelsen av kontrakten.

Direktivets art. 45 første og andre ledd regulerer i hvilke tilfeller forhold ved leverandøren henholdsvis skal og kan føre til avvisning. Ingen av alternativene åpner for at det kan legges vekt på om kontraktsvilkår kan oppfylles. Det følger av Forposta-dommen at reglene som følger av andre ledd er uttømmende regulert i direktivet.¹³² EU-domstolen har derimot åpnet for en supplerende ulovfestede regler i bestemmelsens første ledd. Det følger av Michaniki-dommen at oppdragsgiveren plikter å avvise leverandøren i alle tilfeller der det vil være i strid med anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper at leverandøren deltar i anbudskonkurransen.¹³³

¹²² Falk, Jan-Erik. *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*. Stockholm 2011, s 358

¹²³ Art. 47

¹²⁴ Art. 48

¹²⁵ Art. 49

¹²⁶ Art. 50

¹²⁷ Beentjes (C-31/87) avsnitt 28. Dette er også lagt til grunn av Kommisjonen og i juridisk teori, se European Commission (2010) s 35 og Poulsen mfl. (2012) s 441.

¹²⁸ Beentjes (C-31/87) avsnitt 5

¹²⁹ *Op.cit.* avsnitt 28

¹³⁰ European Commission (2010) s 36

¹³¹ Ahlberg og Bruun (2014) s 243

¹³² Forposta (C-465/11) avsnitt 38 og 39

¹³³ Michaniki (C-213/07) avsnitt 44

Beentjes-dommen gir uttrykk for at det kan tillegges vekt i kvalifikasjonsfasen om kontraktsvilkår kan oppfylles.¹³⁴ Dommen åpner for at oppdragsgivere kan stille vilkår ved utførelsen av kontrakten dersom vilkåret ikke er direkte eller indirekte diskriminerende, og fremgår av kontraktsutlysningen.¹³⁵ Dommen danner derfor grunnlaget for regelen om kontraktsvilkår som i dag fremgår av det klassiske direktivets art. 26. Dagens art. 26 løser derimot ikke i hvilken fase i anskaffelsesprosessen det kan tillegges vekt at et kontraktsvilkår ikke kan oppfylles. Selv om domstolen fremhevet at vilkåret ikke kunne være kvalifikasjonskrav etter det tidligere direktivet, ble vilkåret godkjent som et grunnlag for å avvise leverandøren.¹³⁶ At domstolen godkjente at oppdragsgiver kunne avvise leverandøren, tilsier at avgjørelsen i realiteten gir uttrykk for at manglende oppfyllelse av kontraktsvilkår kan være avvisningsgrunn.¹³⁷ Tanken bak et slikt resonnement er at forhold som ville medført at en kontrakt kunne heves etter inngåelse også bør kunne føre til avvisning i kvalifikasjonsfasen.¹³⁸

En slik tolkning er i samsvar med den senere Michaniki-dommen. Dommen åpner for at reglene om avvisning må suppleres med ulovfestede regler dersom det vil være i strid med grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper å ikke avvise leverandøren. En leverandør som ikke akter å oppfylle kontraktsvilkårene som er en vesentlig forutsetning for kontrakten, vil spare merutgiftene som oppfølging av kontraktsvilkåret medfører. Dette vil gi leverandøren et konkurransefortrinn i forhold til de leverandørene som skal oppfylle i samsvar med kontraktsvilkåret.¹³⁹ Det vil derfor kunne være i strid med anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper om likebehandling å ikke avvise leverandøren. Dette taler for at det kan skje en supplerende av ulovfestede regler om avvisning.

I praksis medfører likevel ikke dette at det kan være en avvisningsgrunn at det kan bevises at leverandøren ikke har evne eller vilje til å oppfylle lærlingklausulen.¹⁴⁰ Vilkårene for å heve en kontrakt før forfallstidspunkt er strenge. Etter læren om antesipert mislighold vil en kontrakt kunne heves før forfallstid dersom det er klart at kontraktsparten ikke vil kunne levere sin tjeneste kontraktsmessig. Misligholdet må være så vesentlig at kontrakten ville kunne blitt hevet etter forfallstidspunktet.¹⁴¹ Det følger av tidligere drøftelse at brudd på en lærlingklausul trolig ikke vil være et vesentlig mislighold av de kontrakter der lærlingklausuler brukes.¹⁴² Dersom den manglende bruken av lærlingklausuler ikke utgjør et vesentlig mislighold, bør avviket kun få betydning for pristilbudet, ikke som en avvisningsgrunn.¹⁴³

Konklusjonen er dermed at det ikke kan være en avvisningsgrunn at bedriften ikke har evne eller vilje til å oppfylle lærlingklausulen.

¹³⁴ Trygstad (2006) s 104-105

¹³⁵ Beentjes (C-31/87) avsnitt 37 (iii)

¹³⁶ *Op.cit.* avsnitt 28

¹³⁷ Trygstad (2006) s 104-106 og NOU 1997:21 s 68

¹³⁸ Trygstad (2006) s 104-106 og Goller (2010) s 73

¹³⁹ Trygstad (2006) s 105

¹⁴⁰ Goller (2010) s 73

¹⁴¹ Trygstad (2006) s 104

¹⁴² Se kap. 1.2.3

¹⁴³ Goller (2010) s 73

3.2.4 Kontraktstildeling

Direktivets art. 53 første ledd oppstiller to alternativer til hva som kan vektlegges ved tildeling av kontrakt. Etter bokstav a kan det legges vekt på *“the tender most economically advantageous from the point of view of the contracting authority”*. Etter bokstav b kan det alternativt legges vekt på *“the lowest price only”*.

Det er art. 53 første ledd bokstav a som kan åpne for at det kan legges vekt på sosiale hensyn. Vilkåret åpner for at det i vurderingen av hvilket tilbud som er det mest fordelaktige, kan legges vekt på kvalitative underkriterier. Art. 53 nr. 1 bokstav a oppregner en liste over mulige tildelingskriterier. Ingen av alternativene åpner for at det kan være et tildelingskriterium at et kontraktsvilkår ikke kan oppfylles. Det følger likevel av ordlyden og praksis fra EU-domstolen at listen ikke er uttømmende.¹⁴⁴ Følgelig kan ethvert tildelingskriterium som er egnet til å avgjøre hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, oppstilles. At direktivet åpner for at sosiale hensyn kan være et tildelingskriterium, fremgår også av direktivets fortale.¹⁴⁵

Likevel oppstiller direktivet krav om at tildelingskriteriet må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette gir et lite handlingsrom til å vektlegge arbeidsrettslige hensyn.¹⁴⁶ Arbeidsrettslige krav vil medføre økte kostnader for leverandøren, noe som igjen medfører høyere kostnader for tjenesten som skal leveres. Bestemmelsen åpner ikke for at mer langsiktige hensyn kan vektlegges i vurderingen.¹⁴⁷ Dermed kan det ikke legges vekt på at å øke antallet lærlingplasser over tid vil kunne skape mindre arbeidsledighet, noe som er en økonomisk fordel for det offentlige.

Det følger videre av art. 53 første ledd bokstav a at tildelingskriteriet også må være *“linked to the subject-matter of the public contract in question”*. Artikkelen oppstiller dermed et krav om tilknytning mellom tildelingskriteriet og kontraktsgjensstanden. Kravet om tilknytning åpner i liten grad for at det kan vektlegges arbeidsrettslige hensyn ved tildeling av kontrakt.¹⁴⁸

Innføringen av det klassiske direktivet snevrer inn rammene for hvilke hensyn som kan vektlegges ved tildeling av kontrakt. I tidligere rettspraksis var det åpnet for at manglende oppfyllelse av kontraktsvilkår kunne være et tildelingskriterium.¹⁴⁹ I Nord-Pas-de-Calais hadde franske myndigheter utlyst en konkurranse om oppføring og vedlikehold av skolebygg. Det var et kontraktsvilkår at leverandøren kunne ansette langtidsarbeidsledige. Ved tildelingen av kontrakten, var det vektlagt om leverandøren kunne oppfylle dette kontraktsvilkåret. I dommen fant EU-domstolen at dette lovlig kunne oppstilles som et tildelingskriterium.¹⁵⁰

I rettspraksis etter det nye direktivet er det likevel lagt til grunn at det ikke foreligger en adgang til å vektlegge manglende kontraktsoppfyllelse som tildelingskriterium. I Lianakis-

¹⁴⁴ Lianakis (C-532/06) avsnitt 29

¹⁴⁵ Avsnitt 46

¹⁴⁶ Barnard (2012) s 242-243

¹⁴⁷ *Ibid*

¹⁴⁸ *Ibid*

¹⁴⁹ Tolkningen av dommen er i samsvar med Krüger, Kai. ”Social dimensions in public contracting”. *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag* 2009 s 399-427 s 403. Det er uenighet i juridisk teori om hvordan dommen skal tolkes. For en gjennomgang se Trygstad (2006) s 109-118.

¹⁵⁰ Nord-Pas-de-Calais (C-225/98) avsnitt 52-54

dommen var spørsmålet om det kunne være et tildelingskriterium at leverandøren hadde kapasitet til å utføre tjenesten innen den tid som kontrakten fastsatte. Domstolen uttaler at

*“ ... a contracting authority is precluded ... from taking into account as ‘award criteria’ rather than as ‘qualitative selection criteria’ the tenderers’ experience, manpower and equipment, or their ability to perform the contract by the anticipated deadline.”*¹⁵¹

I uttalelsene skilles det klart mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Det fremheves at oppdragsgiver kun kan bruke tildelingskriterium som er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dommen må forstås slik at oppfyllelsesevne i relasjon til kontraktsgjenstanden ikke kan være et tildelingskriterium.¹⁵² I dommen begrunnes dette med at formålet med tildelingsfasen ikke er å vurdere leverandørens kvalifikasjoner, men å identifisere det beste tilbudet. Direktivet stenger dermed for at det kan være et tildelingskriterium at et kontraktsvilkår ikke vil kunne oppfylles.¹⁵³

Drøftelsen viser at direktivets bestemmelser åpner for at lærlingklausuler kan brukes som et kontraktsvilkår. Direktivet åpner derimot ikke for at en lærlingklausul kan være et kvalifikasjonskrav eller et tildelingskriterium.

I det følgende vurderes det hvilken adgang det er til å bruke lærlingklausuler etter norsk rett.

3.3 Lærlingklausuler i norsk rett

3.3.1 Kontraktsvilkår

I norsk rett følger adgangen til å bruke kontraktsvilkår av foa. § 3-11 tredje ledd. Forskriftens § 3-11 befinner seg i forskriftens første del. Dette innebærer at den gjelder for alle anskaffelser som omfattes av forskriften etter foa. § 1-2, jf. foa. § 1-3. Bestemmelsen gjelder derfor uavhengig av anskaffelsens art, hvilken konkurranseform som er valgt og kontraktens størrelse. Da temaet for denne oppgaven er EØS-rettens skranker, behandles kun anskaffelser som reguleres av direktivet.

I motsetning til i direktivet, foretas det i norsk rett et skille mellom kontraktsvilkår og lærlingklausuler. Det er lovfestet en særregel om lærlingklausuler i tillegg til den generelle regelen om sosiale klausuler i foa. § 3-11 andre ledd. Bruk av lærlingklausuler faller inn under ordlyden *”særlige vilkår for gjennomføringen av en kontrakt”* i foa. § 3-11 andre ledd. Dersom adgangen til å bruke lærlingklausuler ikke var lovfestet i en særregel, ville adgangen fulgt av foa. § 3-11 andre ledd. Da det er innført en særbestemmelse, må bestemmelsen forstås slik at den uttømmende regulerer adgangen til å bruke lærlingklausuler i norsk rett.

Av foa. § 3-11 tredje ledd følger det at oppdragsgiver

”... arbeid som skal utføres i Norge, kan ... sette som betingelse for gjennomføringen av en kontrakt at norske leverandører skal være tilknyttet en offentlig godkjent

¹⁵¹ Lianakis (C-532/06) avsnitt 32

¹⁵² Tolkningen er fulgt opp i EU-domstolens avgjørelse om forsyningsdirektivet i Kommisjonen mot Hellas (C-199/07) avsnitt 56

¹⁵³ Krüger (2009) s 404

lærlingordning. Slik betingelse kan likevel kun settes dersom det er et klart definert behov for lærlingplasser i den aktuelle bransje.”

Bestemmelsen avgrenser for det første mot tjenesteleveranser som skal utføres i Norge. Det er dermed klart at import av varer ikke omfattes av bestemmelsen. Det følger videre av ordlyden ”kan” at oppdragsgiver ikke har en plikt til å bruke lærlingklausuler som et kontraktsvilkår. Forskriften gir oppdragsgiver en mulighet til å stille vilkår om bruk av lærlinger, dersom det vurderes som hensiktsmessig.¹⁵⁴

Videre er det et vilkår at det er et ”klart definert behov for lærlingplasser i den aktuelle bransje”. Lærlingklausuler kan dermed kun brukes i de bransjer der det er mangel på lærlingplasser. Bestemmelsen gjelder videre utelukkende for de tilfeller der leverandøren er norsk. Dersom en utenlandsk tjenesteleverandør vinner anbudskonkurransen, oppstilles det derfor ikke en lærlingklausul. Som drøftelsen over viser, var bakgrunnen for at det bestemmelsen er begrenset til norske leverandører at det ble vurdert som tvilsomt om EØS-retten åpnet for at lærlingklausuler kunne brukes overfor utenlandske tilbydere. Så lenge bestemmelsen er begrenset til norske leverandører, er tjenesten uten et grenseoverskridende element. Tjenester uten et grenseoverskridende element omfattes ikke av restriksjonsforbudet i EØS-avtalens art. 36. I realiteten medfører dette at det skjer en negativ diskriminering av norske tilbydere. En slik negativ diskriminering av egne statsborgere, er ikke i strid med EØS-retten.

Dersom vilkårene nevnt overfor er oppfylt, kan det kreves at leverandøren er ”tilknyttet en offentlig lærlingordning”. Ordlyden oppstiller ikke et krav om at lærlinger brukes på prosjektet. Det følger av tidligere drøftelse at leverandøren er knyttet til en lærlingordning når den er godkjent lærebedrift etter oppl. § 4-3. At det ikke kan stilles krav om at det foreligger lærlinger i kontraktperioden, følger også av bestemmelsens forarbeider.¹⁵⁵ Vilkåret er dermed oppfylt dersom leverandøren er godkjent lærlingbedrift, uavhengig av om det brukes lærlinger ved utførelsen av kontrakten.

Etter dette kan norske bedrifter som leverer tjenester i Norge pålegges å være tilknyttet en lærlingordning ved utøvelse av en tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakt i bransjer der oppdragsgiver mener det er formålstjenlig. Av foa. § 3-11 tredje ledd, jf. andre ledd følger det at det er et vilkår for å bruke lærlingklausuler at det fremgår av konkurransegrunnlaget. I det følgende vurderes det om lærlingklausuler kan brukes i kvalifikasjonsfasen.

3.3.2 Kvalifikasjonsfasen

Reglene om avvisning som følge av forhold ved leverandøren følger av foa. § 20-12. Bestemmelsen åpner ikke for at det kan tillegges vekt om leverandøren har lærlinger.

Hvilke kvalifikasjonskrav som kan oppstilles, følger av foa. § 17-4. Av bestemmelsens første ledd følger det at

”Oppdragsgiver kan stille minimumskrav til leverandørene, herunder til deres tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling”.

¹⁵⁴ Ot. prp. nr. 3 (2000-2001) s 31

¹⁵⁵ NOU 1997: 21 s 69

Ordlyden "*herunder*" synes å åpne for at det kan stilles andre kvalifikasjonskrav enn krav til leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling. Likevel er formålet bak kvalifikasjonskravene i norsk rett også å sikre at det foreligger et teknisk organisatorisk, økonomisk og finansielt grunnlag for å gjennomføre kontrakten.¹⁵⁶ At kvalifikasjonskravene kun kan gjelde organisatoriske, tekniske og finansielle forhold hos leverandøren, er også lagt til grunn i veilederen til forskriften.¹⁵⁷ Også presumsjonsprinsippet taler med stor tyngde for en slik tolkning. Det følger av tidligere drøftelse at direktivet uttømmende oppregner hvilke hensyn som kan være et kvalifikasjonskrav. Følgelig må bestemmelsen tolkes slik at den kun åpner for at det kan stilles krav til leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling. Bestemmelsen åpner derfor ikke for at det i kvalifikasjonsfasen kan tillegges vekt om en lærlingklausul kan oppfylles.

Norsk rett åpner derfor ikke for at en leverandør som ikke vil kunne oppfylle et kontraktsvilkår, kan avvises i kvalifikasjonsfasen.

3.3.3 Kontraktstildeling

Hvilke hensyn som kan vektlegges ved evaluering av tilbud følger av foa. § 22-2 første ledd. Av bestemmelsen følger det at tilbudet kan evalueres på bakgrunn av hvilket tilbud som er "*det økonomisk mest fordelaktige*" eller det tilbudet som har "*lavest pris*". Etter bestemmelsens andre ledd må det foreligge "*tildelingskriterier som har tilknytning til kontraktsgjensstanden*".

Det er alternativet "*det økonomisk mest fordelaktige*" som åpner for at sosiale hensyn kan være et tildelingskriterium. På samme måte som i direktivet, følger det av bestemmelsen at det kun kan oppstilles tildelingskriterier som er egnet til å vurdere hvilket tilbud som er det mest fordelaktige, ikke om leverandøren er egnet til å levere tjenesten. Dette tilsier at lærlingklausuler ikke kan være et tildelingskriterium.

I tidligere praksis fra KOFA følger det at lærlingklausuler kan være et tildelingskriterium.¹⁵⁸ Avgjørelsen er imidlertid truffet før Lianakis-dommen. KOFA har ikke tatt stilling til spørsmålet etter denne dommen. I senere praksis der Lianakis-dommen har vært relevant, er dommen tolket å gi uttrykk for at oppfyllelsesevne i forhold til en definert tjeneste ikke kan være et tildelingskriterium.¹⁵⁹ Dersom problemstillingen ble reist i dag, ville derfor resultatet trolig vært at lærlingklausuler ikke kan være et tildelingskriterium.¹⁶⁰

Det kan dermed ikke være et tildelingskriterium etter norsk rett at en bedrift ikke vil kunne oppfylle en kontraktsklausul om bruk av lærlinger.

3.4 Benytter norsk rett det handlingsrommet EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler?

Drøftelsen viser at det i norsk rett åpnes for at en lærlingklausul kan anvendes som et kontraktsvilkår. Om kontraktsvilkåret kan oppfylles, kan ikke være et tildelingskriterium eller

¹⁵⁶ Bakken, Espen og Nordby, Thomas. *Offentlige anskaffelser*. Bergen, 2013 s 128

¹⁵⁷ Nærings- og handelsdepartementet, *Beste praksis - offentlige anskaffelser*, 2004 s 33

¹⁵⁸ KOFA 2006/20 avsnitt 42 og 43

¹⁵⁹ KOFA 2008/120 avsnitt 56

¹⁶⁰ Krüger (2009) s 404

et kvalifikasjonskrav. Kontraktsvilkåret kan likevel kun oppstilles dersom tjenesten skal utføres i Norge av en norsk leverandør. Begrensningen til norske leverandører ble gjort for å sikre at norsk rett var i samsvar med den bakenforliggende EØS-retten.

Drøftelsen viser likevel at dagens EØS-rett åpner for at det kan stilles som krav til både norske og utenlandske leverandører, og at det kan stilles krav om at lærlingene brukes på det konkrete prosjektet. Norge er derfor ikke forpliktet til å begrense forskriften til norske leverandører og tjenester levert i Norge. Dagens forskriftsbestemmelse gjør derfor at handlingsrommet som EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler, ikke utnyttes.

Dersom foa. § 3-11 tredje ledd ikke var innført, ville adgangen til å stille kontraktsvilkår følge av foa. § 3-11 andre ledd, første og andre punktum. Av bestemmelsen følger det at:

”Oppdragsgiver kan fastsette særlige vilkår for gjennomføringen av en kontrakt, forutsatt at disse er forenelige med EØS-avtalen og er angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Vilkår for gjennomføringen av en kontrakt kan omhandle sosiale hensyn og miljøhensyn.”

Det følger både av bestemmelsen selv og av presumsjonsprinsippet at bestemmelsen må tolkes i lys av EØS-retten. Det er ingen tungtveiende rettskildefaktorer som taler imot at rettsregelen skal ha et annet innhold enn direktivets art. 26. Bestemmelsen må derfor tolkes på samme måte som direktivet.¹⁶¹

Det følger av tidligere drøftelse at direktivet åpner for at lærlingklausuler på nærmere vilkår kan anvendes som kontraktsvilkår overfor utenlandske leverandører. Dersom det ikke var innført en særbestemmelse i foa. § 3-11 tredje ledd, ville adgangen til å bruke lærlingklausuler etter andre ledd vært videre enn dagens regler. Da det lenge har vært et politisk ønske om å bruke lærlingklausuler også overfor utenlandske leverandører, har forskriftsbestemmelsen innskrenket muligheten til å bruke lærlingklausuler unødvendig mye. I det følgende vurderes det om den foreslåtte endringen i forskriften gjør at handlingsrommet som EØS-retten gir benyttes.

3.5 Benytter forslaget til endring av forskriften det handlingsrommet EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler?

Regjeringen har foreslått at det skal gjøres en endring i norsk rett i to ledd. Ved innføringen av det nye direktivet foreslås det at en ny regel om lærlingklausuler skal inntas i lov om offentlige anskaffelser. Innholdet av regelen og om bestemmelsen benytter det handlingsrommet som det nye anskaffelsesdirektivet gir, drøftes i oppgavens kap. 4.2. Som en midlertidig løsning i påvente av ny lov, tas det sikte på at foa. § 11-3 tredje ledd endres sommeren 2015.¹⁶² Det er denne endringen som drøftes i det følgende.

¹⁶¹ Flertallet i NOU 2014: 4 s 91 vektlegger at dersom forskriften oppheves, vil adgangen til å bruke lærlingklausuler følge av foa. § 3-11 andre ledd. Det fremheves at veiledning og konkrete virkemidler knyttet til hvordan lærlingklausuler skal brukes, er et mer effektivt virkemiddel enn en egen forskriftsbestemmelse som regulerer lærlingklausuler.

¹⁶² Nærings- og fiskeridepartementet (2015b) s 8

Endringen i forskriften skal skje ved at

”begrensningen til norske leverandører fjernes, samt at det klargjøres at det skal stille krav til at lærling(er) deltar i oppfyllelsen av kontrakten”.¹⁶³

Oppdragsgiver pålegges ikke å bruke lærlingklausuler etter endringen av forskriften. Derimot gis det en mulighet til å bruke lærlingklausuler, både overfor norske og utenlandske leverandører. Selv om dette ikke fremgår direkte av høringsnotatet, må det antas at kravet til utenlandske leverandører skal utformes på samme måte som i den nye lovbestemmelsen. Dette innebærer at leverandørene vil oppfylle kontrakten dersom de enten er lærebedrifter i hjemlandet og bruker lærlingene i prosjektet, eller er godkjent som lærebedrift i Norge.¹⁶⁴ At bestemmelsen utformes på en slik måte, er en forutsetning for at det skal foreligge samsvar med EØS-retten.

Videre vil det etter forskriftsendringen ikke være tilstrekkelig for å oppfylle kontrakten at bedriften er tilknyttet en lærlingordning. Det fremgår av høringsforslaget at det skal oppstilles krav om at lærlingene må delta i oppfyllelsen av kontrakten.

I det nye lovforslaget skal kravet om å bruke lærlingklausuler begrenses til større kontrakter.¹⁶⁵ Om dette også skal gjelde for forskriftsendringen, kommenteres ikke i høringsnotatet. Det følger av tidligere drøftelse at proporsjonalitetsprinsippet oppstiller et krav om at det må gjøres en tilpasning etter kontraktens størrelse og omfang, og at lærlingklausuler ikke kan brukes på de mindre kontraktene. Følgelig må bestemmelsen forstås slik at den ikke kan brukes på kontrakter av kort varighet og liten kontraktsverdi. For å ikke åpne for en bruk av lærlingklausuler som er i strid med EØS-avtalen, bør denne begrensningen fremgå av forskriften.

Den nye forskriftsbestemmelsen vil dermed åpne for at oppdragsgiver kan stille krav om at det brukes lærlinger på det konkrete prosjektet både overfor utenlandske og norske leverandører. Likevel følger det av tidligere drøftelse at dagens EØS-regler også åpner for at lovgiver kan påby oppdragsgivere å bruke lærlingklausuler i bransjer der det er behov for lærlinger. Følgelig benytter heller ikke forslaget til den nye forskriftsbestemmelsen fullt ut det handlingsrommet som EØS-retten gir.

Drøftelsen viser at verken någjeldende rett og endringen som snart skal gjøres, benytter handlingsrommet EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler fullt ut. Innen kort tid skal likevel det reviderte klassiske direktivet implementeres i norsk rett. Spørsmålet er dermed om endringen som foreslås ved implementeringen av direktivet, benytter handlingsrommet EØS-retten gir. For å besvare problemstillingen, må det først redegjøres for i hvilken grad det reviderte klassiske direktivet åpner for å bruke lærlingklausuler.

¹⁶³ Nærings- og fiskeridepartementet (2015b) s 8

¹⁶⁴ Nærings- og fiskeridepartementet (2015a) s 9

¹⁶⁵ *Ibid*

Del 4: Grensene for nasjonal regulering av lærlingklausuler etter det reviderte klassiske direktivet

4.1 Det reviderte klassiske direktivet

4.1.1 Det reviderte klassiske direktivets virkeområde og formål

Som det klassiske direktivet, forplikter det reviderte klassiske direktivet Norge til å regulere offentlige anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider over angitte terskelverdier, og som ikke er unntatt direktivets virkeområde.¹⁶⁶ Det er primært to hovedformål som begrunner revideringen av det klassiske direktivet. Det første formålet er å skape en mer effektiv anskaffelsesprosess gjennom å forenkle regelverket og å åpne for større fleksibilitet.¹⁶⁷ Det andre hovedformålet er å gi medlemsstatene et større handlingsrom til å i nasjonalt regelverk åpne for at offentlige anskaffelser kan brukes som et virkemiddel for å sikre samfunnsmessige mål.¹⁶⁸

Flere av direktivets bestemmelser åpner i større grad enn tidligere for at nasjonale myndigheter skal kunne ta ikke-anskaffelsesrettslige hensyn i lovgivningen.¹⁶⁹ Blant reglene som i større grad enn tidligere åpner for at ikke-anskaffelsesrettslige hensyn kan vektlegges, er direktivets regler om kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og kontraktsvilkår. Det er endringene som er gjort som gjør det relevant å vurdere om handlingsrommet for nasjonal regulering av lærlingklausuler blir endret ved innføringen av det reviderte direktivet. I det følgende redegjøres det for i hvilken grad direktivet synes å åpne for at lærlingklausuler kan anvendes i henholdsvis kontraktsgjennomføringsfasen, kvalifikasjonsfasen og kontraktstildelingsfasen.

4.1.2 Kontraktsgjennomføringsfasen

Adgangen til å bruke kontraktsvilkår reguleres av direktivets art. 70. Av bestemmelsen følger det at kontraktsvilkår kan oppstilles dersom det fremgår av konkurransegrunnlaget og “... *are linked to the subject-matter of the contract within the meaning of Article 67(3)*” At sosiale hensyn og sysselsettingshensyn kan stilles som kontraktsvilkår, følger direkte av ordlyden, hvor det fremgår at kontraktsvilkåret kan omhandle “*social or employment-related considerations*”.

En forutsetning for at et kontraktsvilkår om sosiale hensyn kan oppstilles, er at det foreligger en tilknytning til kontraktsgjenstanden. Direktivet viser til at tilknytningskravet følger av direktivets art. 67 tredje ledd. Art. 67 tredje ledd regulerer tilknytningskravet ved tildelingskriterium. Tilknytningskravet derfor det samme ved kontraktsvilkår og tilknytningsvilkår. Som jeg skal komme tilbake til, markerer dette en endring mellom det

¹⁶⁶ Art. 1 og 4-12

¹⁶⁷ Avsnitt 2

¹⁶⁸ *Ibid* og avsnitt 95

¹⁶⁹ For en oversikt over endringene, se NOU 2014: 4 s 86

reviderte og det klassiske direktivet av betydning for handlingsrommet til å bruke lærlingklausuler.

Et kontraktsvilkår er *“linked to the subject-matter of the public contract in question”* dersom det

“relate[s] to the ... services to be provided under that contract in any respect and at any stage of their life cycle, including factors involved in: ... the specific process of production... of those ...services”.¹⁷⁰

Det foreligger dermed tilstrekkelig tilknytning mellom kontraktsvilkåret og kontrakten dersom kontraktsvilkåret enten er knyttet til selve tjenesten som skal leveres eller produksjonen av denne. Innholdet av tilknytningskravet under kontraktsvilkår er derfor ikke endret i det reviderte klassiske direktivet. Forskjellen mellom direktivene er kun at tilknytningskravet ikke lenger er ulovfestet. Det foreligger dermed også et handlingsrom under det reviderte klassiske direktivet til å ha nasjonale regler som åpner for bruk av lærlingklausuler.

Selv om det ikke lenger fremgår direkte av direktivet, må direktivet fortsatt tolkes i lys av den bakenforliggende EØS-retten og de overordnede prinsippene om *“equal treatment, non-discrimination, mutual recognition, proportionality and transparency.”*¹⁷¹ Følgelig vil det ikke kunne oppstilles et kontraktsvilkår som utgjør en ulovlig restriksjon etter EØS-avtalens art. 36, eller som er i strid med overordnede anskaffelsesrettslige prinsipper. Kravene som primærretten og de anskaffelsesrettslige prinsippene stiller til utformingen av lærlingklausuler under det klassiske direktivet, gjør seg tilsvarende gjeldende etter det reviderte klassiske direktivet. Lærlingklausulen må være tilpasset kontraktens størrelse og avgrenset til det tidsrommet som kontrakten skal gjelde. Videre må den kun brukes innenfor de bransjer der det foreligger behov for lærlinger, og likestille norske og utenlandske lærlingordninger og tilsvarende ordninger med utdanningsformål.

4.1.3 Kvalifikasjonsfasen

Også etter det reviderte klassiske direktivet består kvalifikasjonsfasen av to regelsett. Art. 57 regulerer hvilke forhold ved leverandøren som kan føre til avvisning. Art. 58 regulerer hvilke kvalifikasjonskrav som kan oppstilles.

Det følger av art. 58 nr. 1 første ledd bokstav a til c at krav til tjenesten som skal leveres kan relatere seg til *“suitability to pursue the professional activity”*, *“economic and financial standing”* eller *“technical and professional ability”*. Som i det klassiske direktivet, er kvalifikasjonskravene relatert til leverandørens tekniske og økonomiske kapasitet til å levere kontrakten. Dette fremheves også i art. 58 nr. 1 andre ledd, hvor det fremgår at oppdragsgiver skal

“... limit any requirements to those that are appropriate to ensure that a candidate or tenderer has the legal and financial capacities and the technical and professional abilities to perform the contract to be awarded.”

¹⁷⁰ Art. 70, jf. art. 67 nr. 3 bokstav a

¹⁷¹ Avsnitt 1

Det følger videre av art. 58 nr 1 andre ledd at kvalifikasjonskrav av en slik art kun kan stilles dersom disse er *“related ... to the subject-matter of the contract”*. Dermed vil kvalifikasjonskrav som omhandler sosiale hensyn kun kunne oppstilles dersom det er en forutsetning for å kunne levere kontraktsgjenstanden at det foreligger en sosial kompetanse.¹⁷² Det oppstilles dermed samme krav til kvalifikasjonskravene som under det klassiske direktivet. Det er ikke en forutsetning for å levere kontraktsgjenstanden at lærlinger brukes ved utøvelsen av kontrakten. Dermed kan oppfyllelse av lærlingklausulen ikke være et kvalifikasjonskrav.

Direktivets art. 57 regulerer i hvilke tilfeller forhold ved leverandøren skal og kan føre til avvisning. Sammenliknet med avvisningsreglene under det klassiske direktivet, åpner det reviderte direktivet i større grad enn tidligere for å vektlegge sosiale hensyn. I direktivet innføres nye avvisningsgrunner knyttet til blant annet nasjonale og internasjonale regler om miljø, menneskerettigheter og arbeiderrettigheter. Det er likevel ingen av alternativene som åpner for at det kan legges vekt på om et kontraktsvilkår ikke vil kunne oppfylles.

Konklusjonen er dermed at det ikke kan være en avvisningsgrunn at en lærlingklausul ikke kan oppfylles.

4.1.4 Kontraktstildeling

Tildeling av kontrakten skal etter det reviderte direktivet skje til *“the most economically advantageous tender”*.¹⁷³ Etter direktivet skal hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet avgjøres etter pris alene, etter en vurdering av kostnadseffektivitet eller beste forhold mellom pris og kvalitet.¹⁷⁴ Medlemslandene kan også forby at det legges vekt på pris alene ved tildeling av kontrakt.¹⁷⁵ Direktivets bestemmelse om tildeling av kontrakt er i stor grad endret i det reviderte klassiske direktivet. Det klassiske direktivet åpnet kun for at sosiale hensyn var et moment ved vurderingen av hvilket tilbud som var det mest økonomisk fordelaktige tilbudet. Det nye direktivet åpner derimot for at sosiale kriterier kan vektlegges ved avgjørelsen av hvilket tilbud som er det mest fordelaktige. Dette vil kunne gi sosiale hensyn et større gjennomslag enn etter det klassiske direktivet.

Det vil være ved en analyse av kostnadseffektivitet at det kan være relevant med vurderinger av om en bedrift har lærlingplasser. Det følger av art. 67 at tildelingskriteriene ved vurdering av hva som er det mest kostnadseffektive tilbudet, kan knyttes til *“social aspects”*. Det fremgår direkte av direktivet at organiseringen av og kvalifikasjonene og erfaringene til de ansatte som skal gjennomføre kontrakten, kan være et tildelingskriterium.¹⁷⁶ Et vilkår for dette er at disse kvalifikasjonene og erfaringene vil *“have a significant impact on the level of performance of the contract”*. Direktivet regulerer ikke nærmere når slike krav vil heve kvaliteten av kontrakten betydelig. At vilkåret er oppfylt for lærlingklausuler, støttes likevel av direktivets fortale, hvor det fremgår at

“... such criteria or conditions might refer ... to the ... implementation of training measures for the unemployed or young persons in the course of the performance of the contract to be awarded.”¹⁷⁷

¹⁷² European Commission (2010) s 36

¹⁷³ Art. 67 nr. 1

¹⁷⁴ Art. 67 nr. 2

¹⁷⁵ Art. 67 nr. 1

¹⁷⁶ Art. 67 nr. 2 bokstav b

¹⁷⁷ Avsnitt 99

Det er videre et vilkår at det foreligger en tilknytning mellom tildelingskriteriet og leveransen. Tilknytningsvilkåret fremgår av direktivets tredje ledd, og er det samme som under kontraktsvilkår. Det følger av drøftelsen under kontraktsvilkår at det foreligger en tilstrekkelig tilknytning dersom tildelingskriteriet enten er knyttet til selve tjenesten som skal leveres eller dennes produksjonsprosess. Kravet om tilknytning utvides dermed med det reviderte direktivet til også å omfatte hvordan tjenesten produseres.

Det følger av tidligere drøftelse at Lianakis-dommen innførte et klart skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier som tilsier at manglende evne til å utføre kontrakten ikke kan være et tildelingskriterium. Begrunnelsen for at dette skillet ble foretatt, var at formålet med tildelingskravene og kvalifikasjonskravene er ulike. Mens formålet med kvalifikasjonskravene er å bedømme leverandørenes evne til å levere tjenesten, var formålet med tildelingsfasen under det klassiske direktivet å vurdere tilbudet. Dette skillet ble klart uttrykt ved tilknytningskravet i det klassiske direktivet. I det reviderte klassiske direktivet, endres likevel tilknytningskravet til også å gjelde produksjonen av tjenesten. Det kan dermed virke som om det tidligere klare skillet mellom fasene, oppmykes. På bakgrunn av dette, synes det nye direktivet å åpne for at det kan legges vekt på om en bedrift ikke vil kunne oppfylle et kontraktsvilkår om bruk av lærlinger i tildelingsfasen.

Drøftelsen viser at det reviderte klassiske direktivet åpner for at lærlingklausuler kan være et kontraktsvilkår. Adgangen til å bruke lærlingklausuler som kontraktsvilkår er den samme etter det reviderte klassiske direktivet og det klassiske direktivet. Videre viser drøftelsen at det reviderte klassiske direktivet trolig også åpner for at det kan være et tildelingskriterium om et kontraktsvilkår kan oppfylles. Dette er en endring fra rettstilstanden under det klassiske direktivet. I det følgende vurderes det om forslaget til ny norsk rett benytter handlingsrommet EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler som et kontraktsvilkår og et tildelingskriterium.

4.2 Benytter forslaget til endring av lov om offentlige anskaffelser det handlingsrommet som EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler?

I høringsforslaget foreslås det å endre dagens forskriftsbestemmelse ved implementeringen av det nye direktivet. Dagens foa. § 3-11 tredje ledd skal tas bort, og byttes ut med en forskriftshjemmel i lov om offentlige anskaffelser. I en ny § 6a i lov om offentlige anskaffelser foreslås en forskriftshjemmel som gir departementet kompetanse til å

“...pålegge statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer å stille krav om at leverandøren er tilknyttet en lærlingordning, og at en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med utførelsen av kontrakten.”¹⁷⁸

Høringsforslaget viser at det primært er to endringer som skal gjøres i någjeldende rett. For det første skal det gis hjemmel for å pålegge oppdragsgivere å bruke lærlingklausuler i enkelte bransjer. For det andre skal lærlingklausulen også brukes overfor utenlandske virksomheter. Det følger av tidligere drøftelse at EØS-retten åpner for at oppdragsgivere kan pålegges til å bruke lærlingklausuler ovenfor både norske og utenlandske leverandører. Høringsforslaget benytter derfor handlingsrommet som EØS-retten gir.

¹⁷⁸ Nærings- og fiskeridepartementet (2015a) s 15

En forutsetning er likevel at høringsforslaget er innenfor de grenser som EØS-retten oppstiller for regulering av lærlingklausuler i nasjonal rett. EØS-retten er ikke til hinder for at det oppstilles krav om bruk av lærlingklausuler dersom de norske reglene likestiller norske og utenlandske lærlingordninger, er forholdsmessige og kun brukes i de bransjer der det er behov for lærlinger.

Det første vilkåret, er at lærlingklausulen likestiller norske og utenlandske lærlingordninger. I høringsforslaget fremheves det at det ikke vil stilles krav om

”at lærlingene er tilknyttet en norsk lærlingordning; utenlandske leverandører som er lærebedrifter i hjemlandet og vil bruke lærlinger i arbeidet med utførelsen av kontrakten, vil kvalifisere til å vinne kontrakter hvor lærlingklausulen er brukt. Og omvendt – utenlandske leverandører kan bli godkjent som lærebedrift i Norge når de utfører arbeid i Norge.”¹⁷⁹

Følgelig er det klart at norske og utenlandske lærlingordninger likestilles i forslaget.

Forslaget til ny lærlingklausul oppfylder videre kravet til forholdsmessighet, da den nye lovbestemmelsen tar forbehold om en tilpasning til kontraktens størrelse. Det fremgår av høringsforslaget at kravet om å bruke lærlingklausuler begrenses til de større kontraktene.¹⁸⁰ Det fremgår ikke av departementets forslag hva som anses som en større kontrakt. Det gis likevel en veiledning ved at det vises til Danmark, hvor lærlingklausuler bare brukes på kontrakter over 10 millioner danske kroner og varighet utover seks måneder. I kontrakter der lærlingklausuler brukes, anvendes en formel der det tas utgangspunkt i at det normalt skal være mulig å beskjefte ti prosent av totalt forventet faglært arbeid i kontrakten med bruk av lærlinger.¹⁸¹ Foretas det en slik avgrensning, er lærlingklausulen i samsvar med begrensningen proporsjonalitetsprinsippet oppstiller.

Videre oppstiller EØS-retten et krav om at lærlingklausulen skal tilpasses de bransjer der det er behov for lærlinger. Det fremgår av høringsforslaget at lærlingklausulen kun skal gjelde i *”... bransjer og geografiske områder hvor departementet i forskrift har definert at det er særlig behov for læreplasser.”¹⁸²* Følgelig oppfylder lovforslaget også dette kravet.

Videre foreslås det å endre reglene om bruk av tildelingskriterier i norsk rett ved innføringen av direktivet. Av høringsforslaget følger det at tildelingskriteriene *”... kan gjelde kvalitative, miljømessige og sosiale sider ved tilbudene.”* Det følger av tidligere drøftelse at det reviderte klassiske direktivet også synes å åpne for at lærlingklausuler kan anvendes som et tildelingskriterium. Formålet med endringen av foa. § 13-1 er å innføre art. 67 i norsk rett.¹⁸³ Siden direktivet synes å åpne for bruk av lærlingklausuler som tildelingskriterium, vil det derfor også foreligge en adgang til å bruke lærlingklausuler som tildelingskriterium etter forskriftsendringen.

Drøftelsen viser at det etter forskriftsendringen vil foreligge en adgang til pålegge oppdragsgivere å bruke lærlingklausuler overfor norske og utenlandske leverandører. Det vil ikke være tilstrekkelig for å oppfylle lærlingklausulen at leverandøren er tilknyttet en lærlingordning. Videre vil det også være en adgang til å i tildelingsfasen vektlegge om

¹⁷⁹ Nærings- og fiskeridepartementet (2015a) s 9

¹⁸⁰ *Ibid*

¹⁸¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013) s 12-13

¹⁸² Nærings- og fiskeridepartementet (2015a) s 15

¹⁸³ Nærings- og fiskeridepartementet (2015b) s 15-16 og 66-67

leverandøren kan oppfylle lærlingklausulen. Det følger av tidligere drøftelse at EØS-retten åpner for at det kan stilles krav til oppdragsgivere om å bruke lærlingklausuler overfor utenlandske og norske leverandører, dersom nærmere vilkår er oppfylt. Videre åpner direktivet for at det også kan legges vekt på om kontraktsvilkåret kan oppfylles ved tildelingen av kontrakten. Etter lov- og forskriftsendringen, vil handlingsrommet som EØS-retten gir til å bruke lærlingklausuler, derfor utnyttes fullt ut.

Del 5: Avslutning

Både det klassiske direktivet og det reviderte klassiske direktivet åpner for at lærlingklausuler brukes som et kontraktsvilkår dersom nærmere krav til utformingen følges. Handlingsrommet til å bruke lærlingklausuler som kontraktsvilkår er det samme under det klassiske direktivet og det reviderte klassiske direktivet. I norsk rett har dagens forskrift hindret at dette handlingsrommet har vært benyttet frem til nå. Da det de siste årene har vært bred politisk enighet om at lærlingklausuler som kontraktsvilkår er et ønsket virkemiddel for å sikre flere lærlingplasser, har dette lenge vært et uutnyttet potensial i norsk rett.

Drøftelsen viser videre at det reviderte klassiske direktivet gir et større handlingsrom til å bruke lærlingklausuler. Under det klassiske direktivet åpnes det ikke for at lærlingklausuler kan være et tildelingskriterium eller et kvalifikasjonskrav. Det reviderte klassiske direktivet åpner derimot for at lærlingklausuler også kan være et tildelingskriterium. Det reviderte klassiske direktivet gir derfor norsk rett et utvidet handlingsrom til å bruke offentlige anskaffelser som virkemiddel for å øke antallet lærlingplasser. Etter implementeringen av det reviderte klassiske direktivet i norsk rett, vil også norsk rett åpne for at lærlingklausuler kan anvendes som et tildelingskriterium.

I den offentlige debatten om bruk av lærlingklausuler, er det ikke fokusert på at direktivet også åpner for at det kan tillegges vekt i tildelingsfasen om lærlingklausulen kan oppfylles. Dette til tross for at lærlingklausuler vil bli et enda mer effektivt virkemiddel dersom den også brukes i tildelingsfasen av anskaffelsesprosessen. Da det synes å være et politisk ønske om å benytte handlingsrommet som direktivet gir til å fremme antallet lærlingplasser, bør myndighetene og partene i arbeidslivet oppfordre oppdragsgiverne til også å bruke lærlingklausulen som et tildelingskriterium etter lov- og forskriftsendringen.

Kilde- og litteraturliste

Lover

- Loa. Lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69.
- EØS-loven Lov om gjennomføring i Norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeisk-økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.
- Oppl. Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) 17. juli 1998 nr. 61.

Forskrifter

- Foa. Forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402

Konvensjoner

- ILO-konvensjon nr. 94 Konvensjon nr. 94 om arbeidsklausuler i offentlige arbeidskontrakter. Vedtatt 29.06.1949. Ratifisert av Norge 12.02.1996.

Direktiver

- EP/Rdir. 2014/24
Det reviderte klassiske direktivet Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser og om opphevelsen av direktiv 2004/18/EF.
- EP/Rdir. 2014/25 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved inngåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF.
- EP/Rdir. 2014/23 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter.
- EP/Rdir. 2009/81 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF av 13. juli 2009 om samordning av fremgangsmåtene ved oppdragsgiveres inngåelse av visse offentlige bygge- og anleggs-, vare- og tjenestekontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet.
- EP/Rdir. 2007/66 Europa-Parlamentets og Rådets 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 inngåelse af offentlige kontrakter.
- EP/Rdir. 2004/17 Europa-Parlamentets og rådets direktiv 2004/17/EF af 31. Marts

Forsyningsdirektivet 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester

EP/Rdir. 2004/18
Det klassiske direktivet Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelsen av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenestekontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter.

Praksis fra EFTA-domstolen

Ladbrokes Sak E-3/06, *Ladbrokes Ltd. v The Government of Norway, Ministry of Culture and Church Affairs and Ministry of Agriculture and Food*, EFTA Ct. Rep. 2007 s 86

Karlsson E-4/01, *Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State*, EFTA Ct. Rep. 2002 s 240

Praksis fra EU-domstolen

Ottica New Line Sak C-539/11, *Ottica New Line di Accardi Vincenzo v Comune di Campobello di Mazara*. Dom av 26. September 2013 (ennå ikke i Sml.)

Forposta Sak C-465/11, *Forposta SA and ABC Direct Contact sp. z o.o. v Poczta Polska SA*. Dom av 13. Desember 2012 (ennå ikke i Sml.)

Kommisjonen mot Hellas Sak C-199/07, *Commission of the European Communities v Hellenic Republic*, Sml. 2009 s. I-10669

Lianakis Sak C-532/06, *Emm G Lianakis AE v Dimos Alexandroupolis [2008]*, EUT C 64 af 8.3.2008, s. 11-11

Michaniki Sak C-213/07, *Michaniki AE v Ethniko Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias*, Sml. 2008 s. I-09999

Wolff & Müller Sak C-60/03, *Wolff & Muller GmbH & Co. KG mot Jose Filipe Pereira Félix*. Sml. 2004 s. 1-9553

Finalarte Sak C-49/98, *Finalarte mfl.*, Sml. 2001 s 1-7831

Nord-Pas-de-Calais Sak C-225/98, *Commission of the European Communities v French Republic*, ECR 2000 I-7213, ECJ

Josef Corsten Sak C-58/98, *Josef Corsten*, Sml. 2000 s. I-7919

Säger Sak C-76/90, *Säger mot Dennemayer & Co*, Sml 1991 s. 1-4221

Beentjes	Sak C-31/87, <i>Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands</i> , ECR 1988 I-4635
Norsk rettspraksis	
Finanger I	Rt. 2000 s 1811
Praksis fra KOFA	
KOFA 2008/120	Klagenemndas avgjørelse 20. november 2008
KOFA 2006/20	Klagenemndas avgjørelse av 29. januar 2010
Forarbeider	
Nærings- og fiskeridepartementet (2015a)	Høringsnotat 1. Forslag til ny lov om offentlige anskaffelser.
Nærings- og fiskeridepartementet (2015b)	Høringsnotat 2. Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser.
Nærings- og fiskeridepartementet (2015c)	Høring – forslag om endring av lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføringen av tre nye anskaffelsesdirektiver
St. meld. nr. 36	Det gode innkjøp. Tilråding fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet av 8. (2008-2009) mai 2009.
Ot. prp. nr. 3 (2000-2001)	Lov om endringer i lov 16. juni 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser. Tilråding fra Nærings- og handelsdepartementet av 6. oktober 2000.
St. prp. nr. 100 (1991-1992)	Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Den europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992.
NOU 2014: 4 Forenklingutvalget	Enklere regler – bedre anskaffelser - Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket. Utredning fra Forenklingutvalget oppnevnt ved kongelig resolusjon 14. desember 2012. Avgitt til Nærings- og fiskeridepartementet 10. juni 2014.
NOU 2010: 2	Håndhevelse av offentlige anskaffelser. Utredning fra Håndhevelsesutvalget oppnevnt ved kongelig resolusjon 19. Desember 2008. Avgitt til Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet 16. april 2010.
NOU 1997: 21	Offentlige anskaffelser.

Trosin-utvalget

Utredning fra Utvalget for revidering av det statlige anskaffelsesregelverket oppnevnt ved kongelig resolusjon 27. oktober 1995. Avgitt til nærings- og handelsdepartementet 18. juni 1997.

Litteratur

Abeele, Éric Van den (2012). "The reform of the EU's public procurement directives: a missed opportunity?" *Working Paper*, 2012. *European Union Trade Institute*.

Ahlberg, Kerstin og Bruun, Niclas. "Public Procurement and Labour Rights: Governance by Scaremongering?" Publisert i Evju, Stein (ed.), *Regulating Transnational Labour in Europe: The quandaries of multilevel governance*. Department of Private Law. Skriftserie 196, (Oslo, 2014).

Ahlberg, Kjerstin og Bruun, Niclas. "Upphandling och arbete i EU". *Svenska institutet för europapolitiska studier (SIEPS) 2010:3*.

Bakken, Espen og Nordby, Thomas. *Offentlige anskaffelser* (Bergen, 2013)

Barnard, Catherine. *EU Employment Law*, 4. utgave (Oxford, 2012)

Bercusson, Brian og Bruun, Niklas. "Labour Law Aspects of Public Procurement in the EU." Publisert i Nielsen, Ruth og Treumer, Steen (ed.), *The New EU Public Procurement Directives* (København, 2005)

Evju, Stein. "Virksomhetsoverdragelser og rettsvirkninger. Særlig om reservasjonsrett, tariffvilkår og endringer." *Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 2, s. 1-91* (2005).

Falk, Jan-Erik. *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 2. utgave (Stockholm, 2011)

Franklin, Christian. "Om innholdet og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonformfortolkning." *Jussens Venner 2012 s. 269-317*.

Fredriksen, Halvard H. og Mathisen, Gjermund. *EØS-rett*, 2. Utgave (Bergen, 2014)

Goller, Morten et al. (2014). *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*. (Oslo, 2014)

Goller, Morten. "Avvisningsregler, kvalifikasjonskrav, utvelgelseskriterier, kontraktsvilkår og tildelingskriterier." *På rett grunn*, 2010 s. 64-84

Krüger, Kai (2009). "Social dimensions in public contracting". *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag 2009*, s 399-427

Nielsen, Ruth. *Udbud af offentlige kontrakter*, 4. Utgave (København, 2010)

Poulsen, Sune Troels mfl. *EU Public Procurement Law. The Public Sector Directive. The Utilities Directive*, 2. utgave (København, 2012)

Sejersted, Fredrik mfl. (2011). *EØS-rett*, 3. utgave. (Oslo, 2011)

Sørensen, Karsen Engsig mfl. (2014). *EU retten*, 6. utgave. (København, 2014)

Stensvik, Kjetil. "Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelighet for tjenester." *Arbeidsrett vol. 4, nr. 1 2007* [I-54]

Trygstad, Kristian Dahle. *Tildeling av offentlige kontrakter. Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*. (Oslo, 2006)

Andre kilder

ESA (1994). *Letter concerning complaint regarding the procurement rules of Tinn Kommune*. 01.07.1994.

European Commission (2013). *Apprenticeship and Traineeship Schemes in EU27: Key Success Factors. A Guidebook for Policy Planners and Practitioners*. Hentet 03.03.15 fra http://ec.europa.eu/education/policy/vocational-policy/doc/alliance/apprentice-trainee-success-factors_en.pdf

European Commission (2010). *Buying Social. A Guide to Taking Account for Social Considerations in Public procurement*. Hentet 22.05.15 fra <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6457&langId=en>

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2013). *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*. Hentet 22.05.15 fra <https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id437022/>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013). *Sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud. Vejledning*. Hentet 20.03.15 fra <http://www.kfst.dk/~media/KFST/Offentlig%20konkurrence/Regler%20og%20vejledninger/Vejledninger/Vejledning%20sociale%20klausuler%20FINAL.pdf>

LO (2014). *Uttalelser fra LO-sekretariatet*. Oslo, 13. oktober 2014. Hentet 18.03.15 fra http://www.lo.no/Documents/Okonomi_og_sysselsetting/uttalelse_fra_LOs_sekretariat_statsudjett2015.pdf

Moen, Svein Erik mfl. (2014). *Bruk av lærlingklausuler ved offentlige anskaffelser*. FAFO-rapport 2014:36. Hentet 30.05.2014 fra <https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/kompetanse-og-utdanning/bruk-av-larlingklausuler-ved-offentlige-anskaffelser.pdf>

NHO (2014). *Forslag til ny lærlingklausul*. Notat sendt til næringsminister Monica Mæland 07.07.2014. Hentet 27.01.2015 fra <https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/offentlige-anskaffelser/forslag-til-ny-larlinge-klausul.pdf>

Nærings- og handelsdepartementet (2004). *Beste praksis - offentlige anskaffelser. Et veiledningshefte med informasjon og praktiske råd til hjelp underveis i INNKJØSPROSESSEN - et bidrag for både oppdragsgiver og leverandør til å stille og*

forstå de riktige og nødvendige kravene. Hentet 22.05.15 fra
<https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/beste-praksis---offentlige-anskaffelser/id275523/>

Undervisningsministeriet (2012). *Rapport om sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med utbud.* Hentet 24.04.15 fra:
<http://www.kfst.dk/~media/KFST/Publikationer/Dansk/2012/Rapport%20om%20sociale%20klausuler%20om%20uddannelses%20og%20praktikaftaler%20i%20forbindelse%20med%20udbud%2003122012.pdf>