

Etiske og sosiale krav ved offentlige anskaffelser

1 Utredningens tema og problemstilling

1.1 Oppdraget og forståelsen av det

Vi er bedt om å utrede oppdragsgiveres adgang til å stille etiske krav ved offentlige anskaffelser i klassisk sektor¹. Med etiske krav menes i denne sammenhengen krav til arbeidsforhold knyttet til produksjon, uavhengig av egenskapene til varen eller tjenestene.

Det heter i departementets utlysning:

”Formål

Departementet ønsker en utredning av adgangen til å stille etiske og sosiale krav til offentlige anskaffelser, for at innkjøpere skal kunne utnytte også det som oppfattes som den øvre og evt. uklare del av handlingsrommet. Utredningen skal for det første ligge til grunn for å utarbeide en praktisk rettet veileder til innkjøperne hvor det også inkluderes innkjøpsfaglig og etisk kompetanse. For det annet skal utredningen kunne benyttes i rådgivningsarbeid og gjøres tilgjengelig for brukerne av regelverket. Formålet er å motvirke faktisk og oppfattet rettslig usikkerhet som en hindring, gjennom å øke kunnskapen og gi konkrete råd. Det er ønskelig å få belyst mulighetene for å stille strenge krav.

Beskrivelse av oppdraget

Utredningen skal vurdere muligheten for å stille krav til arbeidsforhold i produksjonen i de ulike fasene i en anskaffelse. Fasene kan eksempelvis deles inn i behovsverifisering, spesifikasjonskrav, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og kontraktsgjennomføringskrav. For hver fase bes det om en juridisk avklaring av:

- hvilke krav som kan stilles,
- innspill til juridiske hensyn som bør ivaretas ved utformingen av kravene slik at det kan tas størst mulig hensyn innenfor regelverket,
- hvilken dokumentasjon som kan kreves/hvilke krav som kan eller bør stilles til dokumentasjon som skal legges frem i forbindelse med anskaffelsen
- og en vurdering av hvor egnet den aktuelle fasen er i forhold til andre faser.

Vurderingen må inneholde konkrete brukervennlige råd. I den utstrekning den rettslige adgangen er uklar bes det om en vurdering av hvilket område offentlige innkjøpere bør bevege seg innenfor.”

¹ Klassisk sektor omfatter anskaffelser av varer, tjenester, og bygge- og anleggsarbeider. Utenfor klassisk sektor er de såkalte forsyningssektorene.

Krav til etiske standarder og retningslinjer for å sikre arbeidsforholdene på leverandørsiden, reiser flere praktiske og teoretiske problemstillinger. Sentralt for denne utredningen er å kartlegge de rettslige skrankene mot å stille etiske krav, for derved å synliggjøre oppdragsgivers handlingsrom ved utformingen av offentlige anskaffelseskontrakter.

Nasjonale oppdragsgivende organer er i utgangspunktet autonome ved inngåelse av offentlige anskaffelseskontrakter, herunder i vurderingen av hvilke samfunnsmessige målsetninger som ønskes ivaretatt. Offentlige anskaffelser ivaretar det offentliges behov for varer og tjenester, og anbudskonkurransene skal sikre valuta for det offentliges penger. Myndighetene i forskjellige land har imidlertid også brukt offentlige anskaffelser for å sikre kundestøtte til nasjonalt næringsliv. For å motvirke tiltak som virker proteksjonistiske og hindrer fri konkurranse, begrenser internasjonale forpliktelser nasjonale myndigheters kontraktsfrihet. EØS-avtalen og WTO-avtalen om offentlige anskaffelser (GPA) samt en rekke frihandelsavtaler forbyr anvendelse av kriterier som virker diskriminerende eller handelsrestriktive. I tillegg gir EUs anskaffelsesdirektiv og GPA anvisning på hvilke spesifikasjonskrav som kan stilles til produkter, samt hvilke kriterier som kan anvendes i vurderingen av anbudsgiveres kvalifikasjoner, både i utvelgelsen av konkurransedeltagere og ved tildelingen av kontrakten. Anvendelsen av de spesifiserte kriteriene er ikke obligatoriske for oppdragivere. Problemstillingen som må analyseres, blir på denne bakgrunn i hvilken grad gjeldende regelverk hjemler eller forbyr at stater anvender ikke-økonomiske (etiske) kriterier ved offentlige anskaffelser.

Ved utforming av nye kontraktsklausuler må det overveies hvordan etiske hensyn kan integreres i hele anskaffelsesprosessen. Utredningen tar utgangspunkt i de enkelte faser i anskaffelsesprosessen. Vi vurderer hvilke rettslige skranker som begrenser oppdragsgivers muligheter til å stille etiske krav, herunder skranker for utformingen av kravene, krav til dokumentasjon for etterlevelse av slike krav og sanksjonsmuligheter ved brudd. Så langt det er mulig, og hensiktsmessig, vil vi ta hensyn til at kravene og dokumentasjonen bør kunne utformes med tanke på hele den underliggende verdikjeden.

Utredningen avgrenses eksplisitt i konkurransegrunnlaget mot å vurdere krav til varenes eller tjenestenes etiske (samfunnsmessige og sosiale) *egenskaper*.² I den utstrekning det kun er adgang til å stille krav ved selve produktet som skal anskaffes, vil vi likevel vurdere muligheten for å stille produktkrav som kan ha indirekte betydning for arbeidsforholdene knyttet til produksjonen.

1.2 Nærmere om begrepet etiske krav og rettsreglene på området

Utredningen skal kun innebære en vurdering av *grunnleggende* etiske krav, og ikke om adgangen til å stille mer omfattende sosiale krav.³ Grunnleggende menneskerettigheter og arbeidstagerrettigheter må respekteres av enhver.⁴ Det vil derfor normalt ikke være diskriminerende å stille krav til etterlevelse av disse, uavhengig av et produkts opprinnelse. Når det stilles krav ut over dette med virkning for produksjonen i andre land, skal det mindre til før dette er i strid med forbudet mot diskriminering.

² For eksempel krav om at varer, tjenester eller bygninger skal være tilpasset funksjonshemmede mv.

³ Dette innebærer at krav om norsk minstelønn, pensjon og tariffavtale for tjenesteytelser som utføres i Norge, sysselsetting av funksjonshemmede eller langtidsarbeidsledige faller utenfor utredningen.

⁴ Ifølge ILOs erklæring av juni 1998 må de grunnleggende ILO-konvensjonene respekteres av enhver. Tilsvarende vurdering følger av EU-kommisjonens tolkningsuttalelse i COM(2001)566 s. 17.

De mest grunnleggende etiske krav som vurderes i utredningen, er fundamentale menneskerettigheter og krav til arbeidsforhold. Slike etiske krav kan blant annet forankres i FNs menneskerettighetskonvensjon, de åtte grunnleggende ILO-konvensjonene⁵ og nasjonal lovgivning. Utforming av grunnleggende etiske krav kan også gjøres med henvisning til OECDs retningslinjer for god virksomhetsutøvelse.⁶ Flere av hovedprinsippene i de grunnleggende ILO-konvensjonene gjengis i art. IV, og anbefalingen retter seg mot alle enheter i et konsern.⁷

En annen form for etiske krav er de som følger av tiltak for rettferdig handel. Rettferdig handel kan defineres som tiltak med to primære formål. Det ene er å gi småprodusenter og arbeidere i utviklingsland muligheten til utvikling. Det andre er å påvirke internasjonale handelssystemer og private foretak til å handle på mer rettferdig vis, og bidra til en forsvarlig utvikling. Innholdet fastlegges nærmere etter følgende kriterier: Rimelig produsentpris, stabile forbindelser med produsentene, produksjonsvilkår (ILO), menneskerettigheter, produksjonsmetoder som fremmer økonomisk og sosial utvikling, økt produksjonskapasitet for små og marginaliserte produsenter og arbeidere, støtte til produksjon og markedsadgang, innsyn og gjennomsiktighet gjennom hele kjeden, sertifisering, og konsekvensanalyser.

En måte å bidra til rettferdig handel gjennom offentlige anskaffelser er å kreve eller oppfordre til bruk av tredjepartsverifiserte merkeordninger og sertifiseringer. Fairtrade Max Haavelar⁸ er et utbredt garantimerke på varer som er handlet i overensstemmelse med fastsatte standarder for rettferdig handel. SA8000⁹ innebærer en sertifiseringsordning for bedrifter som er kontrollert av et uavhengig firma, for etterlevelse av etiske retningslinjer. Adgangen til å anvende merkeordninger for rettferdig handel blir vurdert som mulig dokumentasjonskrav i de enkelte fasene i anskaffelsesprosessen der det anses relevant.

For å ta hensyn til etiske krav om menneskerettigheter, arbeidsforhold og rettferdig handel vil en sentral oppgave være å identifisere muligheter for å knytte leverandørers prestasjoner til deres arbeidsforhold. Dette kan gjøres ved at leverandøren dokumenterer etterlevelse av hensiktsmessige kriterier i anskaffelsesprosessens enkelte faser, herunder at ILO-konvensjonene etterleves i kontraktsgjennomføringen.

I konkurransegrunnlaget og i den norske veilederen til anskaffelsesregelverket¹⁰ fremheves at etiske krav i praksis er særlig aktuelle ved produksjon i land utenfor EØS-området, med lavere sosiale standarder. Utvidelsen av EØS-området¹¹ har imidlertid medført en kraftig økning av arbeidsinnvandring til Norge. Dette har medført økende problemer med useriøsitet og sosial

⁵ De grunnleggende konvensjonene er: Retten til å være organisert i en fagforening (nr. 87 av 9. juli 1948), Retten til kollektive forhandlinger (nr. 98 av 1. juli 1949), Forbudet mot tvangsarbeid (nr. 29 av 28. juni 1930 og 105 av 25. juni 1957), Forbudet mot all forskjellsbehandling i arbeid og belønning (nr. 100 av 29. juni 1951 og 111 av 25. juni 1958), Fastsette en minimums aldersgrense for å forhindre barnearbeid (nr. 138 av 26. juni 1973), Forbud mot de grusomste formene for barnearbeid (nr. 182 av 17. juni 1999).

⁶ OECD, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2000.

⁷ ILO-konvensjonene anvendes i den følgende presentasjonen som referanseramme for grunnleggende etiske krav som beskrevet i dette avsnittet.

⁸ Betegnelsen som brukes i Norge for merkeordninger under FLO (Fair Trade Labelling Organisations International).

⁹ Social Accountability 8000 Standard (SA8000) er en internasjonal standard som tar sikte på å forbedre arbeidsforhold basert på prinsipper utledet av bl.a. ILO-konvensjonene og FNs menneskerettighetskonvensjon.

¹⁰ Fornyings- og administrasjonsdepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, november 2006.

¹¹ Pr. 1. mai 2004.

dumping,¹² og vurderingene som foretas i utredningen, forutsettes å ha en viss betydning for nasjonale arbeidsforhold og forhold innenfor EØS-området.

¹² Se Ot.prp. nr. 7 (2007-2008), *Om lov om endring i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser*, s. 1 høyre spalte.

2 Øvrige utredninger om samme eller tilgrensende temaer

Det foreligger en rekke utredninger fra Norge, utenlandske myndigheter og EU-kommisjonen om adgangen til å stille etiske krav ved offentlige anskaffelser. De utredningene som er praktisk tilgjengelige, er vurdert i arbeidet med denne utredningen, og de mest relevante nevnes i korte trekk nedenfor.

I Norge ble visse vurderinger foretatt av Tronslinutvalget i forarbeidene til anskaffelsesloven.¹³ Utvalget hadde blant annet i oppdrag å ”utrede og ta stilling til i hvilken utstrekning regelverket for statlige anskaffelser på en hensiktsmessig måte kan benyttes til å oppfylle en del andre behov enn de rent anskaffelsespolitiske, og i nødvendig utstrekning fremme forslag til regler.”¹⁴ Utvalget foreslo ingen konkrete bestemmelser om dette, men oppstilte en liste over hensyn som bør ivaretas ved senere regelendringer.¹⁵ I den grad det anses relevant, vil vi ta disse hensynene i betraktning. Utvalget fremhevet at ikke-innkjøpsfaglige krav kun bør stilles såfremt de ”ikke kommer i konflikt med målene med selve anskaffelsesprosessen og hensynet til forretningsmessige innkjøp”, og at utforming av krav bør medføre minst mulig ressursbruk for oppdragsgiver, samt gi begrenset rom for skjønnsutøvelse. Departementet sluttet seg til utvalgets vurderinger.¹⁶ Proposisjonen poengterte at samfunnsmessige krav systematisk må vurderes ut fra hensiktsmessighet og konsekvenser for målsettingen om profesjonelle innkjøp. Hensynet til profesjonelle innkjøp er grunnleggende i gjeldende regelverk og kan begrense oppdragsgivers adgang til å stille etiske krav.

I ettertid har regelverket blitt endret og utviklet i praksis. Som nevnt ovenfor, finnes en praktisk veileder fra 2006 til reglene om offentlige anskaffelser, som tar for seg de enkelte faser i anskaffelsesprosessen og i korte trekk belyser den endrede rettstilstanden. Videre er det foretatt vurderinger av gjennomføring av ILO-konvensjon nr. 94 i proposisjonen som ligger til grunn for den nye forskriftshjemmelen i anskaffelsesloven.¹⁷ Konvensjonen regulerer innholdet i arbeidskontrakter når det offentlige setter bort arbeid.

I Sverige er vurderinger av adgangen til å stille sosiale og etiske krav foretatt i delbetenkning om ”Nya upphandlingsregler”,¹⁸ og sluttbetenkningen ”Nya upphandlingsregler 2”.¹⁹ Av en viss interesse er også vurderinger og konklusjoner foretatt om Svenske kommuner og landstings adgang til å kreve varer merket som rettferdige ved offentlige anskaffelser.²⁰

I Danmark har den danske konkurransestyrelsen utformet en veiledning om mulighetene for å ta sosiale hensyn i forbindelse med offentlige anskaffelser.²¹ Veiledningen er fra 2004 og vurderingene som foretas, er i stor utstrekning basert på EU-kommisjonens tolkningsuttalelse, som vist til nedenfor, samt en veiledning utgitt av det danske Erhvervsministeriet fra 2000.

¹³ Se NOU 1997:21, *Offentlige anskaffelser*, kapittel 7.

¹⁴ Ibid. avsnitt 1.1.

¹⁵ Ibid. avsnitt 7.1.3.

¹⁶ Ot.prp.nr.71 (1997-1998).

¹⁷ Ot.prp. nr. 7 (2007-2008), *Om lov om endring i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser*.

¹⁸ SOU 2005:22. Dokumentet finnes på <http://www.regeringen.se/content/1/c6/04/04/72/8a17577d.pdf>.

¹⁹ SOU 2006:28. Dokumentet finnes på <http://www.regeringen.se/content/1/c6/06/03/33/447d389e.pdf>.

²⁰ Sveriges Kommuner och Landsting, *Om rättvisemärkta varor*, 2006.

²¹ Sociale hensyn ved offentlige indkøb – en vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved udbud. Dokumentet er tilgjengelig på www.ks.dk/udbud/vejledning/.

I Storbritannia utarbeides rådgivning og veiledning om offentlige anskaffelser av Office of Government Commerce (OGC), som sorterer under Finansdepartementet (The Treasury). Det er blant annet utarbeidet veiledninger om ”Social issues in purchasing”²², og ”Fair and Ethical Trading”²³.

I Nederland er en veiledning for bærekraftige innkjøp utarbeidet på oppdrag fra det nederlandske miljødepartementet. Veiledningen tar både for seg miljø- og sosiale aspekter ved offentlige anskaffelser, men er kun tilgjengelig på nederlandsk.

I Belgia er det utarbeidet et sirkulær på ministernivå av 27. januar 2005. Belgiske anskaffelsesmyndigheter på føderalt nivå skal, innen den klassiske sektoren, anvende visse økologiske og sosiale krav ved anskaffelser av nærmere opplistede varer. For øvrig er det utarbeidet veiledninger om å stille slike krav, som blant annet skal sikre at arbeid på plantaser og i fabrikker skjer i overensstemmelse med ILOs grunnleggende konvensjoner, samt nasjonal arbeidsrettslig lovgivning. For å godkjenne at kravene er oppfylt, kan leverandøren vise til ulike typer merking,²⁴ eller avgi en forsikring om at kravene er oppfylt.

EU-kommisjonen har behandlet samfunnsmessige aspekter ved offentlige anskaffelser i flere tolkningsuttalelser. Av særlig betydning her er en meddelelse fra 2001 om fellesskapslovgivningen angående offentlige anskaffelser og mulighetene for å ta sosiale hensyn ved offentlige anskaffelser.²⁵ Meddelelsen har til hensikt å gjøre det mulig for medlemslandene på best mulig måte å ta ulike sosiale hensyn i forbindelse med offentlige anskaffelser, og dermed bidra til en bærekraftig utvikling, herunder økonomisk vekst, sosiale fremskritt og miljøhensyn. Regelverket er endret siden meddelelsen ble gitt. Men vi anser likevel de vurderingene som ble foretatt av kommisjonen som relevante for dagens regelverk. Anskaffelsesdirektivene som gjaldt da meddelelsen ble gitt, hadde ingen bestemmelser som ivaretok sosiale målsetninger, men kommisjonen fant at regelverket innholdt en del muligheter for å stille sosiale krav, og at det først og fremst var i forbindelse med kontraktsutførelsen at offentlige anskaffelseskontrakter kan være et virkemiddel for å fremme sosiale målsetninger.

Europaparlamentet har tidligere anmodet offentlige myndigheter om å integrere ”Fair Trade-kriterier” i offentlige anskaffelser, samt anmodet Kommisjonen om å tilskynde til dette f.eks. ved å utarbeide retningslinjer for innkjøp av Fair Trade-produkter.²⁶ Kommisjonen har på nåværende tidspunkt ikke avgitt noen uttalelser om offentlige anskaffelser av Fair Trade-produkter.

²² Dokumentet kan finnes på [www.ogc.gov.uk/documents/Social Issues in Purchasing.pdf](http://www.ogc.gov.uk/documents/Social%20Issues%20in%20Purchasing.pdf).

²³ Dokumentet kan finnes på [www.ogc.gov.uk/documents/Guidance on Fair and Ethical Trading.pdf](http://www.ogc.gov.uk/documents/Guidance%20on%20Fair%20and%20Ethical%20Trading.pdf).

²⁴ Et eksempel som nevnes er merker sertifisert av FLO. Det norske Max Havelaar er et slikt.

²⁵ Se Commission of the European Communities, *Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement*, COM(2001) 566 final. Av en viss interesse er også kommisjonens uttalelser om; *environmental considerations* i COM(2001) 274, *corporate social responsibility* (green paper) i COM(2001)366, og *social governance* i COM(2001) 416.

²⁶ Se Europaparlamentet. *European Parliament resolution on Fair Trade and development*. 2005/2245(INI), nr. 22.

3 Rettslige skranker mot å stille etiske krav

3.1 Innledning. Generelt

I dette kapittelet skal vi på generell basis omtale de handelsrettslige og konkurranserettslige regler som har betydning for utredningen. Disse er i det alt vesentlige hjemlet i EØS-avtalen med tilhørende direktiver, i WTO-avtalen, særlig avtalen om offentlige innkjøp (Government Procurement Agreement) og i retningslinjer inngått gjennom EFTA og OECD.

Det er naturlig å peke på at det ikke noen steder i dette regelverket finnes eksplisitte regler som uttømmende tillater eller forbyr en innkjøper å stille etiske krav. Heller ikke finnes regler som eksplisitt avveier behovet for å ivareta frihandel og konkurranse mot de interesser som tilsier at det stilles etiske vilkår. Likevel kan man ta et rettsystematisk utgangspunkt: Det er ikke hjemmelen for å stille etiske krav som krever begrunnelse, men skrankene for å gjøre dette. Dette leder til at utgangspunktet og hovedregelen på området må være at anskafferer står fritt til å formulere etiske forutsetninger for sin anskaffelse, men det finnes skranker og forbud som må hensyntas. Det er grensedragningen om anskafferens frihet som må belegges.

Et annet utgangspunkt er at de internasjonale regler som gjelder på området, har preg av å være prinsippbestemmelser mer enn detaljregler. Som vi skal se nedenfor, peker store deler av regelverket ofte på generelle læresetninger og alminnelige rettsprinsipper, hvor det for en regeltolker er lett å se i hvilken retning prinsippet går, men ikke hvor langt det skal trekkes. Unntak gjelder en del direktiver. Tolkning av internasjonale regler byr dessuten systematisk på mindre grad av forutsigbarhet enn vi er vant til ved tolkningen av norske lovbestemmelser. Det skyldes at rettsanvenderne for de internasjonale regler som regel er politiske organer som legger større vekt på politiske og reale betraktninger i sin rettsanvendelse enn norske domstoler tradisjonelt har for vane å gjøre. Dette leder til at vi må ta et generelt forbehold om at rettsutviklingen kan ta nye retninger fremover og at våre konklusjoner ikke er hugget i sten.

En annen følge av det ovennevnte er at vi i utredningens tekstdel i stor grad må nøye oss med å peke på de motstående hensyn som gjør seg gjeldende. Til gjengjeld, og for den konkrete rådgivning, har vi forsøkt å oppsummere våre konklusjoner og råd i et eget kapittel til slutt, se kapittel 5.

3.2 EØS-regelverket

Alle offentlige anskaffelser må foretas i overensstemmelse med de fire friheter i EØS-avtalen, nemlig fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital. Viktige prinsipper som følger av disse frihetene er krav til likebehandling, herunder ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, gjennomsiktighet, proporsjonalitet, og effektiv konkurranse. Grunnleggende EØS-rettslige prinsipper setter således skranker for å kartlegge oppdragsgivers adgang til å stille etiske krav til leverandørene.

I tillegg til EØS-avtalen fastlegger anskaffelsesdirektivet²⁷ detaljerte prosedyrer og kriterier for spesifikasjon, kvalifikasjon, utvelgelse, og tildeling av kontrakter over visse terskelverdier. Bestemmelsene i direktivet begrenser i stor utstrekning oppdragsgivers mulighet for å stille etiske krav til anbydere. Samtidig fremgår det i direktivets fortale nr. 1 at direktivet baseres på EF-domstolens praksis vedrørende tildelingskriterier, som klarlegger oppdragsgivers muligheter for å oppfylle behov på det sosiale området. Oppdragsgivers muligheter til å oppstille etiske krav er kanskje størst i selve kontraktgjennomføringen. Denne fasen i anskaffelsesprosessen er lite regulert, men det presiseres i art. 26 at oppdragsgiver kan stille sosiale krav til gjennomføring av kontrakten.

Direktivet er implementert i Norge gjennom anskaffelsesloven,²⁸ og mer detaljert i anskaffelsesforskriften.²⁹ Anskaffelsesloven ble nylig endret ved tilføyelse av en forskriftshjemmel i § 11 a om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.³⁰ Bestemmelsen gir adgang til å gi forskrift om å pålegge oppdragsgivende organer å ta inn klausuler i tjeneste-, bygge- og anleggskontrakter, for å sikre lønns- og arbeidsvilkår. Oppdragsgiver kan også pålegges å føre tilsyn, samt å iverksette tiltak overfor oppdragsgiver som ikke etterlever klausulene.³¹

Under terskelverdiene som følger av direktivet, kan det være større adgang for oppdragsgiver til å stille etiske krav til leverandørene. Offentlige anskaffelser som ikke omfattes av direktivet, er uansett underlagt grunnleggende EØS-rettslige prinsipper. Effektiv anvendelse av mulighetene for å stille etiske krav forutsetter nok at det utformes likelydende bestemmelser for anskaffelser over og under de relevante terskelverdiene.

3.3 WTO-regelverket

Norske anskaffelsesmyndigheter må også etterleve forpliktelsene som følger av WTO-avtalen om offentlige innkjøp (GPA).³² GPA er en såkalt plurilateral avtale og ikke en del av den enhetlige WTO-forpliktelsen. Kun 39 av WTOs 151 medlemmer har på nåværende tidspunkt sluttet seg til avtalen, inkludert Norge og EU. Avtalen fastsetter generelle ikke-diskrimineringsprinsipper, jf. særlig art. III, og inneholder detaljerte regler for anskaffelsesprosessen. Prinsippet om ikke-diskriminering i GPA er utformet på to måter. For det første gjelder såkalte Most Favoured Nation (MFN) klausuler som krever at hver stat som er part i GPA gir øvrige parter like gode vilkår som varer, tjenester og leverandører fra enhver annen part. For det andre gjelder prinsippet om nasjonal behandling som innebærer at alle parter gir utenlandske varer, tjenester og leverandører like gode vilkår som nasjonale varer, tjenester og leverandører. Både MFN-klausuler og prinsippet om nasjonal behandling beskytter mot direkte og indirekte diskri-

²⁷ Rådsdirektiv nr. 2004/18 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige kontrakter om varekjøp, tjenesteytelser og offentlige bygge- og anleggskontrakter. Bli i det følgende referert til som enten "anskaffelsesdirektivet", "direktivet", eller "rådsdir." avhengig av konteksten.

²⁸ Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (heretter "anskaffelsesloven" eller "offanskl.").

²⁹ Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (heretter "anskaffelsesforskriften" eller "forskriften"). Henvisninger til forskriften gjøres regelmessig til Del III om anskaffelser over EØS-terskelverdiene. For øvrig settes lovreferanser med utgangspunkt i anskaffelsesdirektivet, og henvisninger til annet relevant regelverk gjøres regelmessig i notesystemet.

³⁰ Tilføyed ved lov 21. des. 2007 nr. 121.

³¹ Tilsvarende ordning var allerede gjennomført for sentrale statlige styresmakter gjennom departementsskriv av juni 2005. Rundskrevet er en gjennomføring av ILO-konvensjon nr. 94 om arbeidsklausuler i offentlige kontrakter, som Norge ratifiserte i 1996.

³² Avtalen følger som vedlegg 4 til Avtale om opprettelse av Verdens handelsorganisasjon av 15. april 1994 nr 1. Norsk oversettelse finnes i UD's traktatregister.

minering. Det kan reises spørsmål om anvendelse av etiske krav ved offentlige anskaffelser strider mot GPAs bestemmelser om ikke-diskriminering, og utvelgelses- og tildelingskriterier.

De relevante bestemmelser i GPA og i anskaffelsesdirektivet, som begrenser oppdragsgivers muligheter til å stille etiske krav overfor leverandører, er relativt like innholdsmessig. Noen bestemmelser har likevel avvikende ordlyd som krever nærmere analyse.

3.4 Andre bestemmelser av interesse for utredningen

Norge har gjennom medlemskapet i EFTA inngått en rekke frihandelsavtaler som regulerer offentlige anskaffelser. Generelt er disse utformet slik at de enten gjengir innholdsmessig bestemmelsene i GPA,³³ at de viser direkte til GPA,³⁴ eller at de kun har som formål å liberalisere offentlige anskaffelser uten å regulere dette nærmere.³⁵ Utredningens analyser av bestemmelser i GPA gjelder også for adgangen til å stille etiske krav ved offentlige anskaffelser i henhold til Norges forpliktelser etter relevante frihandelsavtaler.

OECDs retningslinjer for multinasjonale selskaper retter seg først og fremst mot selskaper som pliktsubjekter, men for ordens skyld nevnes at myndighetene ikke skal bruke retningslinjene for proteksjonistiske formål, jf. art. I (6).

Regelverket om offentlige anskaffelser er delvis uklart, og det er vanskelig å gi bestemte uttalelser om tolkningen av bestemmelsene. Verken anskaffelsesdirektivet eller GPA har tilstrekkelig klargjørende uttalelser i forarbeidene, og innholdet i de relevante bestemmelsene er ikke heldekkende behandlet av EF-domstolen; og enda mindre i WTOs tvisteløsningsorganer. Dette innebærer at det er vanskelig å gi bestemte råd om tolkningen av reglene. Utredningen må derfor bygge på de generelle prinsipper og på den tolkning disse har vært gjenstand for i teori og praksis.

³³ Frihandelsavtalene mellom EFTA-statene på den ene side, og henholdsvis Chile og Mexico.

³⁴ Frihandelsavtalene mellom EFTA-statene på den ene side, og henholdsvis Kroatia, Israel, Korea, og Singapore.

³⁵ Frihandelsavtalene mellom EFTA-statene på den ene side, og henholdsvis Egypt, Jordan, Libanon, Makedonia, Marokko, Palestina, SACU, Tunisia, Tyrkia.

4 Nærmere om adgangen til å stille etiske og sosiale krav i anskaffelsesprosessen

4.1 Nærmere om de ulike faser i anskaffelsesprosessen

Når anskaffelsesmyndigheten har klarlagt hvilke sosiale og etiske hensyn som er mest relevante i forbindelse med en konkret anskaffelse, må den avgjøre hvilke faser i prosessen målsettingen kan oppnås på en lovlig og effektiv måte. De ulike fasene som skal vurderes i det følgende er behovsverifisering, fastsettelsen av spesifikasjoner, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier, og kontraktgjennomføringen. Under hver fase vil vi klarlegge begrensninger og muligheter for å stille slike etiske krav som angitt ovenfor i kapittel 3, herunder krav til dokumentasjon.

Det sentrale rettslige dilemma ved etiske krav knyttet til arbeidsforhold er at slike krav kan gripe inn i den frie konkurransen.

Målsettingen om å ivareta etiske standarder knyttet til arbeidsforhold innebærer at oppdragsgivende organer må stille (etiske) krav til leverandørsidens produksjonsprosesser. Rettslige skranker for oppdragsgivers adgang til å stille etiske krav følger av at kravene må være i overensstemmelse med gjeldende internasjonale forpliktelser. Mot denne bakgrunn oppstår to avgjørende dilemmaer. For det første gjelder generelle prinsipper og forbud mot tiltak som forskyver internasjonal handel. Vi må særlig vurdere i hvilken utstrekning relevante etiske krav til produksjonsprosessen virker diskriminerende, uforholdsmessige (uproporsjonale) eller som ulovlige handelshindringer. For det andre er de krav og kriterier som kan anvendes i enkelte av anskaffelsesprosessens faser, uttømmende opplistet i gjeldende regelverk. De angitte kravene er hovedsakelig fundert på andre formål enn etiske målsetninger, og det er således avgjørende for utredningen å kartlegge oppdragsgivers handling som innenfor rammene av de krav som lovlig kan stilles.

4.2 Etiske hensyn som del av kontraktsgjenstanden (behovsverifisering)

Anskaffelsesmyndigheten har mulighet til å ta etiske og sosiale hensyn i vurderingen av hva som skal anskaffes. Her fastsettes formålet med kontrakten, herunder hvilken vare eller tjeneste det er behov for og deres funksjoner. Avgjørelsen om å anskaffe en vare, tjeneste eller bygge- og anleggsarbeider ligger hos det oppdragsgivende organ, og er ikke regulert av anskaffelsesdirektivet eller GPA. Tilsvarende er det ikke skranker for hvilke formål en anskaffelse skal ivareta. Dette innebærer at de relevante anskaffelsesmyndigheter kan beslutte å integrere etiske målsetninger som en del av kontraktsgjenstanden. Eksempelvis kan oppdragsgiver lovlig definere sitt behov gjennom produkter som ivaretar nærmere bestemte etiske hensyn; enten ved å angi at overholdelse av ILO-konvensjonene og konkrete tiltak for rettferdig handel er en del av det produktet som ønskes kjøpt, eller ved anskaffelse av produkter som kjennetegnes ved at de er produsert i henhold til en viss etisk standard slik som organisk produserte varer, se punkt 4.3.1. Men overordnede hensyn som effektiv ressursbruk, kostnadseffektivitet, likebehandling og andre grunnleggende prinsipper, setter likevel visse begrensninger. Det myndighetene bestemmer seg for å kjøpe, må i henhold til EØS-avtalens forbud mot forskjellsbehandling og prinsipper om fri bevegelighet, ikke medføre at kun landets egne virksomheter i realiteten kan tildeles kontrakten. Oppdragsgivers handlingsrom begrenses i denne fasen, i den utstrekning gjennomføringen av de krav som stilles bryter med gjeldende regelverk.

Oppdragsgivers behov påvirkes ikke direkte av arbeidsforhold som råder i andre land, men anskaffelsesmyndigheten kan velge en vare eller tjeneste som ivaretar sosiale og etiske målsetninger. I den grad det er legitimt å bestemme kontraktsformålet ut fra betraktninger om kostnadseffektiv bruk av skattebetaleres midler, bør også andre samfunnsmessige behov kunne definere kontraktsgjenstanden såfremt disse er grunnleggende og det er tverrpolitisk enighet om deres legitimitet. Dette antar vi er tilfellet når det gjelder grunnleggende menneskerettigheter, etterlevelse av ILO-konvensjonene, og rettferdige handelsvilkår på et visst nivå. Der sosial lovgivning påvirker et krav, vil denne forpliktelsen utgjøre en del av behovet.

Adgangen til å stille krav i øvrige faser i anskaffelsesprosessen forutsetter at disse kravene ivaretar oppdragsgivers behov. Eventuelle tilleggskostnader som påløper for å imøtekomme de etiske kravene som stilles, blir en del av vurderingen i tildelingsfasen av hva som er økonomisk mest fordelaktig. Oppdragsgiver bør derfor identifisere konkrete etiske krav og integrere disse i behovsverifiseringen. Kravene bør fremgå som en del av kontraktsgjenstanden. Det er også viktig at nødvendige etiske krav fremgår av den informasjon som gis mulige anbudsgivere.

4.3 Spesifikasjonskrav

4.3.1 *Kan produktspesifikasjoner ivareta etiske hensyn?*

Offentlige anskaffelser kan spesifiseres ved angivelse av oppdragsgivers behov eller funksjonskrav, jf. rådsdir. art 23 (1) (b).³⁶ Et tilbud skal oppfylle tekniske spesifikasjoner før anskaffelsesmyndigheten kan ta det i betraktning. For vare- eller tjenestekontrakter kan tekniske spesifikasjoner fastsette de egenskaper som oppdragsgiver krever. Ved bygge- og anleggskontrakter defineres tekniske spesifikasjoner som de egenskapene ved et materiale, produkt, eller innkjøp som oppdragsgiver krever, jf. bilag VI til direktivet pkt. 1.³⁷

Det er et krav at de tekniske spesifikasjonene skal gi leverandørene like muligheter, og ikke medføre unødvendige hindringer for konkurranse om offentlige kontrakter, jf. art. 23 (2).³⁸ Oppdragsgiver kan velge mellom å utforme den tekniske spesifikasjonen med enten en henvisning til de standarder som er uttømmende opplistet i art. 23 (3) bokstav a),³⁹ i form av ytelses- eller funksjonskrav, jf. art. 23 (3) (b) og (c),⁴⁰ eller en kombinasjon av disse.⁴¹

Dersom etiske krav skal stilles i form av tekniske spesifikasjoner, må de utformes på en måte som er nødvendig for å oppfylle anskaffelsesmyndighetens behov, jf. art. 23 (1) (b). Kravene må beskrive kontraktsgjenstanden, og de kan ikke utformes på en måte som virker diskriminerende. Dette kan omfatte produksjonsfasen, men ikke egenskaper ved leverandøren slik som virksomhetens organisasjon eller ledelse. Denne forståelse av EU/EØS-retten og anskaffelsesdirektivet støttes også av følgende tolkningsuttalelse fra Kommisjonen:

³⁶ Jf. forskriften § 17-3 (1).

³⁷ Ibid. § 4-3 (1) (g) nr. 1. og 2.

³⁸ Ibid. § 17-3 (2), og GPA art. VI (1).

³⁹ Ibid. § 17-3 (4) (a).

⁴⁰ Ibid. § 17-3 (4) (b) og (c).

⁴¹ jf. GPA art. VI (2) (a) og (b).

”Contracting authorities may, among other things, require that products be manufactured using a specific production process, provided that this characterises the product in relation to other competing products, and in such a way as to meet the needs of the contracting authority.”⁴²

Utfordringen ved etiske krav er at disse knytter seg til dem som produserer, og ikke til egenskapene ved selve produktet. Det vil lett kunne være diskriminerende å stille krav til organiseringen av produksjonen, handelsbetingelser og sosiale standarder i andre land.

En måte å oppstille slike krav på, tatt i betraktning de skranker som gjelder, kan være å spesifisere produksjonsprosesser på en måte som definerer kontraktsgjenstanden, og samtidig (indirekte) sikrer relevante etiske krav. Et eksempel gis i veiledningen utgitt av OGC i Storbritannia. Dersom oppdragsgiver spesifiserer anskaffelse av såkalt ”sustainable timber” (bærekraftig tømmer), så antas dette å angi både egenskaper ved produktet, og samtidig at tømmeret kommer fra et veldrevet skogsområde, noe som indirekte bidrar til å minimere skadene for mennesker som er avhengig av skogen. Eksempelet gjelder andre typer sosiale hensyn enn arbeidsforhold, men illustrerer noen muligheter som kan tenkes innenfor regelverket. Et annet eksempel kan være at oppdragsgiver spesifiserer at organiske varer er ønskelig. I det tilfellet relateres produksjonsprosessen til selve produktet. Oppdragsgiver kan ikke spesifisere at kun rettferdig produserte varer godtas, fordi det relaterer seg til en standard for arbeidernes liv, og ikke produktets egenskaper.⁴³ I den grad slike standarder knytter seg til bredere sosiale hensyn, utenfor den konkrete kontrakten, kan de ikke regnes som relevante for oppdragsgivers behov, og er således ikke lovlige, jf. rådsdir. art 23 (1) (b), og kommisjonens uttalelse som referert ovenfor. Tekniske spesifikasjonskrav knyttet til leverandørenes arbeidsforhold bør utformes på samme måte som eksemplene ovenfor.

4.3.2 *Krav til dokumentasjon: Rettferdig merking og tredjepartsverifisering*

Dersom oppdragsgiver skal anskaffe et produkt som lovlig kan spesifiseres på en måte som ivaretar hensyn til arbeidsforhold, må leverandøren også avkreves dokumentasjon for den relevante spesifikasjonen. Dokumentasjonskrav skal ikke virke diskriminerende, og mengden av dokumentasjon som kreves skal være proporsjonal med kontrakten. Med mindre kontraktens gjenstand berettiger det, skal tekniske spesifikasjoner ikke vise til et bestemt merke, en bestemt opprinnelse eller produksjon som har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes, jf. rådsdir. art. 23 (8).⁴⁴

EU-kommisjonen uttrykker tydelig at anskaffelsesmyndigheter ikke kan oppstille tekniske spesifikasjoner som krever merking av en virksomhets sosiale holdninger:

“A ‘social label’ relating to the ‘social’ capacity of an undertaking cannot currently be considered a ‘technical specification’ within the meaning of the procurement directives.”⁴⁵

På denne bakgrunn antar vi likevel at det ikke er noe i veien for at anskaffelsesmyndigheten i anbudsmaterialet innarbeider de deler av betingelsene for å oppnå et bestemt merke, som har

⁴² Se COM(2001)566 s. 8

⁴³ OGC, *Social issues in purchasing*, s. 16.

⁴⁴ Jf. forskriften §§ 8-3 (4) og 17-3 (10), og GPA art. VI (3).

⁴⁵ Se COM(2001)566, s. 9 note 26.

karakter av tekniske spesifikasjoner. Annen dokumentasjon for dette enn selve merket må i slike tilfeller alltid aksepteres. Dersom man ønsker å oppfordre til rettferdig handel, kan det være en mulighet at oppdragsgiver angir at rettferdig merkede varer er et ønsket alternativ, slik som Max Havelaar, med presisering av ”eller tilsvarende”⁴⁶. Selv om dette ikke vil være et lovlig tildelingskriterium, kan kontraktsdokumentene klargjøre at rettferdig merkede varer skal kunne leveres dersom vinner av kontrakten kan tilby slike.

4.4 Kvalifikasjonskrav

4.4.1 *Teknisk og faglig erfaring*

Oppdragsgiver skal velge ut kvalifiserte anbudsgivere når tilbud er avgitt, eller når en mulig leverandør har bedt om å bli prekvalifisert. Kvalifiseringen av anbudsgivere er beskrevet i direktivet på to måter. Formålet med disse bestemmelsene er å velge ut de leverandører som er best egnet til å utføre en kontrakt. Etske krav må derfor være direkte relevante for kontrakts-gjenstanden, slik den er definert gjennom behov og tekniske spesifikasjoner.

Oppdragsgiver kan for det første oppstille minimumskrav for leverandørens egnethet til å levere den vare, tjeneste, eller arbeid som skal anskaffes, jf. rådsdir. art. 44 (2).⁴⁷ Kravene skal være proporsjonale, og således stå i forhold til den ytelse som skal leveres. Det kan stilles krav til leverandørens finansielle og økonomiske stilling, og tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. art. 47 og 48. Leverandører som ikke oppfyller kravene som er satt for deltakelse i konkurransen (kvalifikasjonskriteriene), skal avvises. I denne sammenheng er det i første rekke de tekniske og faglige kravene som er av interesse.

GPA foreskriver visse begrensninger i adgangen for oppdragsgiver til å vurdere hvilke kvalifikasjonskrav som kan stilles til leverandører. Foruten å være ikke-diskriminerende, må ethvert vilkår for deltakelse i anbudsprosessen begrenses til det som er strengt nødvendig for å sikre selskapets evne til å oppfylle den aktuelle kontrakten, jf. art. VIII (b). Tekniske kvalifikasjoner presiseres også her som et relevant vurderingstema. Det er usikkert om vilkåret om at kravet må være ”strengt nødvendig”, gir snevrere adgang til å fastsette krav enn det som følger av direktivet. Vi antar at vilkåret oppfylles ved at oppdragsgiver tar tilbørlig hensyn til det grunnleggende proporsjonalitetsprinsippet.

Direktivet gir oss videre en uttømmende oversikt over hva oppdragsgiver kan kreve som bevis for teknisk kapasitet, jf. art. 48 flg. Noen av disse kan ha sosiale aspekter, men generelle etiske krav knyttet til arbeidsforhold vil normalt ikke påvirke en leverandørs tekniske kapasitet.⁴⁸ For ivaretagelse av arbeidsforhold og rettferdig handel bør likevel oppdragsgiver ta i betraktning, at så lenge det er direkte relevant for kontrakts-gjenstanden, kan det bl.a. bes om bevis for:

i) Tekniske fasiliteter (gjelder alle kontraktstyper). Dette kan ha spesiell betydning for varer og tjenester produsert i land som ikke håndhever tilsvarende sikkerhetshensyn som i Norge. Manglende tilgjengelighet på beskyttelsesklær eller annet utstyr hos arbeidere kan være et viktig hensyn, fordi risiko for skader hos ansatte kan påvirke levering av kontrakts-gjenstanden. Det kan således være mulig å avvise leverandører som ikke klarer å dokumentere tilstrekkelige

⁴⁶ Jf. tilsvarende prinsipp for tillatt merking i art. 23 (3) (a).

⁴⁷ Jf. forskriften § 17-4.

⁴⁸ Se sak C 31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederland (”Beentjes-saken”), premiss 28; krav om bruk av langtidslidige var ikke relevant for vurderingen av leverandørens økonomiske og finansielle stilling, og tekniske kvalifikasjoner.

sikkerhetsrutiner på et konkret område, fordi det vil antyde manglende teknisk evne hos leverandøren.

ii) De viktigste vareleveranser eller utførte tjenester de siste tre år med beskrivelse av metoder for kvalitetssikring, og oversikt over bygge- og anleggsarbeider som er utført de siste fem år med attester. I vurderingen av teknisk kapasitet kan oppdragsgiver også ta i betraktning hvordan leverandører har ytet i tidligere kontrakter av tilsvarende karakter. Tilsvarende kan det være situasjoner der kapasiteten til underleverandører må vurderes siden dette kan ha innvirkning på kontraktsoppfyllelsen. Dårligere prestasjoner i tidligere kontrakter, i kombinasjon med dårlige arbeidsforhold, kan legitimere at sistnevnte tas i betraktning i egnethetsvurderingen.

iii) Redegjørelse for utdanning og faglig kompetanse hos tjenesteyter eller entreprenør og/eller virksomhetens medarbeidere (spesielt de som er ansvarlige for utførelsen av tjenesteytelsene eller arbeidet). For å stille etiske krav ved offentlige anskaffelser kan oppdragsgiver vurdere om leverandøren har tilstrekkelige evner og erfaring til å utføre kontrakten. Dårlige arbeidsforhold, herunder bruk av barnearbeid kan tenkes å påvirke produktets kvalitet, og leverandørens evne til å levere til riktig tid. I tilfeller det er relevant for kontraktsoppfyllelsen kan oppdragsgiver også be om redegjørelse for opplæring av ansatte og virksomhetens sosiale retningslinjer, herunder retningslinjer for "Corporate Social Responsibility". Det kan for eksempel være nødvendig å vurdere en leverandørs evne til å oppfylle sosiale krav i en kontrakt, for å avgjøre om leverandørens ansatte kan samarbeide effektivt med oppdragsgiver eller dennes ansatte.

Krav om dokumentasjon for å vurdere leverandørers tekniske kapasitet skal være like for alle leverandører for å hindre diskriminering, og dokumentasjonskrav til virksomheters sosiale retningslinjer må være relevante for kontraktsoppfyllelsen. Dessuten må dokumentasjonskrav utformes med tanke på at bedrifter i utviklingsland kan ha mindre kapasitet til å fremskaffe tilleggsinformasjon.

4.4.2 Avvisning grunnet forhold ved leverandøren eller tilbudet

I tillegg til minimumskrav for leverandørers egnethet, inneholder direktivet en uttømmende liste over tilfeller der forhold ved leverandøren eller tilbudet kan medføre at anbudsgiver utelukkes fra å delta i en anskaffelse. Det er viktig å skille mellom de avvisningsbestemmelsene som pålegger oppdragsgiver plikt til å avvise, og grunner der oppdragsgiver får en rett til å avvise.

De viktigste avvisningsgrunner i relasjon til denne utredningens formål er; i) dersom leverandøren ved endelig dom er kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessigeandel, ii) dersom leverandøren har blitt dømt for nærmere angitte forbrytelser, slik som deltakelse i kriminelle organisasjoner, korrupsjon, bedrageri og hvitvasking av penger, iii) dersom leverandøren har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje,⁴⁹ iv) hvis leverandøren svikaktig har gitt uriktige opplysninger, v) dersom tilbudet er unormalt lavt i forhold til ytelsen, og vi) hvis tilbudet inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene.

Videre angir GPA art. VIII (h) oppdragsgivers adgang til utelukkelse av leverandører. I den norske oversettelsen står det at "intet i bokstav a) til g) skal hindre utelukkelse av en leverandør

⁴⁹ Disse avvisningsgrunnene skal anvendes restriktivt, se COM(2001)566.

på grunn av konkurs eller falske erklæringer, forutsatt at en slik handling er i samsvar med bestemmelser om nasjonal behandling og ikke-diskriminering i denne Avtale”. I den originale teksten derimot fremgår det at ”nothing in subparagraphs (a) through (g) shall preclude the exclusion of any supplier on grounds *such as* (...)”. Dette kan tyde på at bestemmelsen i GPA ikke uttømmende angir de forhold som kan medføre utelukkelse, og at forhold på leverandørens side kan medføre avvisning på samme grunnlag som etter direktivet. McCrudden argumenterer for at bestemmelsen bl.a. kan tolkes i samsvar med begrepet “professional misconduct” (“alvorlige forsømmelser”) som er en viktig avvisningsgrunn i anskaffelsesdirektivet.⁵⁰

i) Oppdragsgiver kan avvise leverandører som ved rettskraftig dom er kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel, jf. rådsdir. art. 45 (2) (c).⁵¹ Videre klargjøring av dette finner vi i direktivets fortale nr. 34 som sier at gjeldende lover, administrative bestemmelser og kollektive overenskomster, i de enkelte medlemslandene eller fellesskapet, angående arbeidsforhold og sikkerhet på arbeidsplassen, får anvendelse ved utførelsen av en offentlig kontrakt. Bestemmelsene og deres anvendelse må være i overensstemmelse med fellesskapsretten. Tilsidesettelse av slike forpliktelser kan betraktes som en straffbar handling dersom nasjonal lovgivning inneholder bestemmelser om dette, og som en handling som reiser tvil om aktørens faglige hederlighet. Dette kan medføre at vedkommende utelukkes fra konkurransen. Tilbydere fra andre land kan avvises for brudd på lovgivningen i det landet de er hjemmehørende.

En oppdragsgiver kan ekskludere en leverandør som er dømt for barne- eller tvangsarbeid, eller en som har blitt dømt for dårlig behandling av arbeidstagere og brudd på arbeidsrettslige regler i det landet det utfører virksomhet. Dette kan også gjelde brudd på bestemmelser i ILO-konvensjonene der slike standarder har blitt ratifisert og implementert i lovgivningen. Oppdragsgiver er selv ansvarlig for å benytte muligheten til å avvise kandidater på bakgrunn av relevant informasjon. Som dokumentasjon kan oppdragsgiver kreve utskrift fra strafferegisteret, jf. art. 45 (3) (a).

I saksbehandlingen om avvisning skal alle leverandører behandles likt. Avgjørelsen om å avvise en leverandør må være proporsjonal med kontrakten og handlingen. Avvisning på grunnlag mindre forseelser som ligger langt tilbake i tid, og som ikke er direkte relevante for kontrakten, er ulovlig. Virksomheten må i alle tilfeller få anledning til å vise etterfølgende gjennomgang av retningslinjer og etablering av prosedyrer for å motvirke gjentakelse av slike forseelser. Avvisning i lys av slike tiltak kan være uproporsjonal i denne fasen.

ii) Oppdragsgiver er forpliktet til å avvise leverandører som de er klar over har blitt dømt for visse forbrytelser, slik som deltakelse i kriminelle organisasjoner, korrupsjon, bedrageri, og hvitvasking av penger, jf. art. 45.⁵² Denne typen kriminalitet kan ha tilknytning til brudd på menneskerettigheter og kan derfor være en viktig bestemmelse for å understreke etiske hensyn. Som dokumentasjon kan oppdragsgiver også her kreve utskrift fra strafferegisteret, jf. art. 45 (3) (a).

iii) Dersom leverandøren har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje kan leverandøren avvises, (“grave professional misconduct”) jfr.

⁵⁰ Se McCrudden, *C. Bying Social Justice – Equality, Government Procurement, & Legal Change*, s. 485-486, Oxford, 2007.

⁵¹ Jf. forskriften § 20-12 (2) (c).

⁵² Ibid. § 20-12 (1) (e).

art. 45 (2) (d).⁵³ Dette gjelder også der leverandørens underleverandører har gjort seg skyldig i dette. Innholdet i begrepet ”grave professional misconduct” som grunnlag for avvisning er ikke fastlagt av EF-domstolen. Det er ikke et krav om rettskraftig dom. Men objektive bevis for slike brudd må foreligge. Mistanke er ikke tilstrekkelig.

Det må videre dreie seg om ”alvorlige” forsømmelser, og proporsjonalitetsprinsippet krever at forsømmelsene er relevante for den konkrete anskaffelsen. Ved avvisning på grunn av brudd med etiske standarder må det derfor foretas en proporsjonalitetsvurdering hvor en bl.a. tar hensyn til hvor alvorlig forseelsen er, hvilke tiltak leverandøren har iverksatt for å unngå nye forseelser, om det er en engangsforseelse eller gjentatte brudd og hvor lenge det er siden bruddet skjedde. Brudd på en profesjons etiske retningslinjer og straffebestemmelser vil omfattes av bestemmelsen. Videre kan det være adgang til å avvise leverandører ved krenkelse av EU-direktivene om likebehandling for arbeidstagere og manglende overholdelse av kravene av de grunnleggende ILO-konvensjonene, se fortalen til direktivet nr. 43. Objektive bevis for brudd på krav til arbeidsforhold er avgjørende for om dette kan brukes som avvisningsgrunn. Relevant dokumentasjon kan innhentes fra kompetente myndigheter i det land virksomheten hører hjemme, jf. art. 45 (1), eller ved dokumentasjon fra leverandøren.

iv) En leverandør som svikaktig har gitt uriktige opplysninger, kan avvises, jf art. 45 (2) (g).⁵⁴ Bestemmelsen retter seg mot feilaktige opplysninger om leverandøren, ikke tilbudet han har gitt. Dette er både relevant med hensyn til opplysninger om produktspesifikasjoner som ivaretar etiske hensyn, og konkret overholdelse av ILO-konvensjonene.

v) I visse tilfeller har oppdragsgiver rett til å avvise tilbud dersom det er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. rådsdir. art. 55.⁵⁵ Oppdragsgiver plikter imidlertid først å skriftlig be leverandøren legge frem relevante opplysninger som kan forklare de lave prisene, og deretter etterprøve disse opplysningene. Ved vurderingen av om det foreligger et tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen, kan det kreves opplysninger om oppfyllelse av krav vedrørende arbeidsforhold som gjelder der ytelsen skal prestes, eller besparelser ved fremstillingsmåten. Besparelser som følger av brudd på ILO-konvensjonene eller nasjonal lovgivning, kan dermed lede til avvisning etter denne bestemmelsen.

vi) Tilbudet skal avvises dersom det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene.⁵⁶ Om forbehold mot etiske krav kan som anses som vesentlige, må vurderes konkret. Dersom et slikt forbehold kan antas å innebære en konkurransefordel for leverandøren, så vil forbeholdet normalt være vesentlig. Dette kan gjelde forbehold mot relevante etiske krav, men også forbehold mot produktspesifikasjoner som (indirekte) ivaretar etiske hensyn.

Forskriftens avvisningsbestemmelser er i utgangspunktet uttømmende. Det kan likevel ikke utelukkes at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører i andre tilfeller enn de som omtales i forskriften, for eksempel der det er strider mot likebehandlingsprinsippet å behandle tilbudet.

Ved anvendelsen av bestemmelsene må oppdragsgiver sikre at de grunnleggende prinsippene overholdes, og da særlig hensynet til god forretningsskikk, likebehandling, og proporsjonalitet.

⁵³ Ibid. § 20-12 (2) (d).

⁵⁴ Ibid. § 20-12 (2) (g).

⁵⁵ Ibid. § 20-14, og GPA art. XIII (4).

⁵⁶ Ibid. § 20-13 (1) (d).

Dersom oppdragsgiver avviser én leverandør som ikke har innlevert etterspurt dokumentasjon, må de øvrige leverandørene behandles likt. Det er viktig at oppdragsgiver ved vurderingen av om kvalifikasjonskriteriene er oppfylt, vurderer om eventuelle mangler ved innlevert dokumentasjon mv. kan avhjelpes ved å sette en tilleggsfrist for ettersending av dokumenter, eller anmode om supplerende eller utdyping av attester eller dokumenter.

4.5 Tildeling av kontrakt på grunnlag av etiske hensyn

Etter utvelgelsen av egnede søkere skal tilbudene vurderes for tildeling av kontrakten. Regelverket gir her anvisning på to alternative utvelgelseskriterier: i) laveste pris, eller ii) det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jfr. rådssdir. art. 53 (1) (a) og b).

Artikkel XIII (4) (b) i GPA foreskriver at oppdragsgiver skal velge den anbyderen som påviselig er fullt ut i stand til å påta seg kontrakten, og hvis anbud, enten for innenlandske produkter og tjenester eller for produkter og tjenester fra andre parter, er det laveste anbudet eller det anbudet som finnes å være det mest fordelaktige vurdert i lys av de særlige vurderingskriteriene som ble gjort kjent i kunngjøringene eller anbudsdokumentasjonen. Formuleringen i GPA skiller seg fra det andre alternativet i direktivet (ii)), ved at det ikke kreves vurdering av det ”økonomisk” mest fordelaktige tilbudet. Om begrepet økonomisk likevel må innfortolkes i bestemmelsen er omtvistet. Selv om et slikt kriterium skal innfortolkes i GPA, er det lite trolig at bestemmelsen må forstås strengere enn direktivet.⁵⁷

i) Dersom kontrakten skal tildeles den leverandøren som har gitt den laveste anbudsprisen, vil det normalt ikke være mulig å stille etiske krav i denne fasen. Etiske hensyn må i disse tilfellene være angitt i de tekniske spesifikasjonene, eller i kravene til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. En leverandør som ikke oppfyller slike krav, skal avvises av denne grunn.

ii) Dersom en kontrakt skal tildeles den leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må oppdragsgiver fastsette på forhånd hvilke kriterier som vil bli vektlagt. Begrepet ”økonomisk mest fordelaktige” skal ikke tolkes snevert, og oppdragsgiver kan også bruke kriterier som ikke er av ren økonomisk natur. Direktivet foretar en veiledende opplisting av mulige tildelingskriterier for vurderingen av hvilket tilbud som er økonomisk mest fordelaktig. Alle relevante kriterier må angis i anbudsmaterialet, og bør så vidt mulig prioriteres.

Oppdragsgiver må fastsette kriteriene slik at de muliggjør at nivået på ytelsen i hvert tilbud kan evalueres i forhold til kontraktsgjenstanden, jf. art. 53 (1) (a). Dette er nødvendig for å sikre at oppdragsgiver får det beste forholdet mellom kvalitet og pris. Ytelsen skal være definert i de tekniske spesifikasjonene. Kravet om tilknytning til den aktuelle kontrakten innebærer at et kriterium ikke lovlig kan knyttes til produksjonsfasen. EU-kommisjonen har uttalt at kriteriet om å velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud, kan fastsettes etter etiske og sosiale hensyn, så lenge disse gir en økonomisk fordel for oppdragsgiver, og at denne fordel er relatert til produktet eller tjenesten.⁵⁸ En måte å oppstille slike krav på, kan være å spesifisere produktet på en måte som definerer kontraktsgjenstanden, og samtidig ivaretar etiske krav, jf. også kapittel 4.3.1 ovenfor.

⁵⁷ Se McCrudden (2007) s. 485-486.

⁵⁸ COM(2001) 566 s. 14

Oppdragsgiver skal velge det tilbudet som er økonomisk mest fordelaktig sett fra oppdragsgivers ståsted. I Concordia-saken⁵⁹ vurderte EF-domstolen utslipp av nitrogendioksid og støynivå fra busser som tildelingskriterium. Dette hadde ingen umiddelbar verdi for oppdragsgiver (Helsinki by), men var relevant for byens innbyggere og dermed for Helsinki bys ståsted. Kriteriene som oppstilles, må altså ikke innebære en økonomisk fordel for anskaffelsesmyndigheten, og kriterier som ivaretar bredere samfunnmessige hensyn, kan også være lovlige. Det er usikkert om det er anledning til å bruke etiske krav som tildelingskriterier dersom disse ikke har noen innvirkning på forhold innen oppdragsgivers geografiske område. Men adgangen til å stille etiske krav ved tildelingen har fått større relevans overfor tjenesteytere og entreprenører i Norge, som følge av økt arbeidsinnvandring etter utvidelsen av EØS-området.

Videre følger det av EF-domstolens praksis at tildelingskriteriene ikke skal gi oppdragsgiver et ubegrenset fritt skjønn ved tildelingen av kontrakten,⁶⁰ og at oppdragsgiver ikke kan anvende tildelingskriterier som ikke inneholder dokumentasjonskrav som gjør at informasjonen kan etterprøves.⁶¹

EF-domstolen har tidligere i to avgjørelser⁶² godtatt sosiale hensyn som tilleggskriterium selv om dette ikke var knyttet til kontraktsgjenstanden. Sosiale hensyn var forenlig med anskaffelsesdirektivene forutsatt at de ikke medførte forskjellsbehandling av tilbudsgivere fra andre medlemsland og at kriteriet var uttrykkelig nevnt i anbudsmaterialet. Kommisjonens fortolkning av denne praksis er at et tilleggskriterium kun kan tillegges vekt i en situasjon der anskaffelsesmyndigheten står overfor to eller flere prismessig likeverdige tilbud. Denne fortolkningen synes ikke å kunne begrunnes ved en umiddelbar gjennomgang av dommene. For å være på den sikre siden anbefaler vi at det å utvises varsomhet med bruk av tilleggskriterier inntil spørsmålet er endelig avklart.

I en nylig avsagt dom fra nederlandsk førsteinstans⁶³ ble konkrete etiske krav, utledet av betingelsene for garantimerking av Max Havelaar, akseptert. Uten nærmere diskusjon ble kriteriene ansett for å knytte seg tilstrekkelig til kontraktsgjenstanden, med henvisning til rådssdir. art. 53 (1)(a). Kriteriene var ikke i strid med likebehandlingsprinsippet eller ulovlige handelsrestriksjoner. Resultatet er interessant, men domspremissene er lite detaljerte og problemstillingen er ikke avklart av EF-domstolen eller EUs lovgivende organer.

At tildelingskriteriene må knytte seg til kontraktsgjenstanden, innebærer tilsvarende begrensninger på de dokumentasjonskrav som kan stilles i denne fasen. Tilsvarende vil forholdsmessighetsprinsippet ha betydning for mengden dokumentasjon oppdragsgiver bør etterspørre. Det vises i denne forbindelse til de betraktninger som gjøres om dokumentasjonskrav for tekniske spesifikasjoner, se ovenfor pkt. 4.3.2.

4.6 Begrensninger og muligheter ved kontraktsgjennomføringskrav

Mens anbudsmaterialet og tildelingsprosessen er nøye regulert i anskaffelsesdirektivet, gjelder dette ikke for såkalte kontraktsvilkår vedrørende kontraktens utførelse. Kontraktsgjennom-

⁵⁹ Sak C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, tidligere Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne ("Concordia-saken").

⁶⁰ Beentjes-saken premiss 26, og Concordia-saken premiss 61.

⁶¹ Sak C-448/01, EVN AG og Wienstrom GmbH mot Østerrike ("EVN/Wienstrom-saken"), premiss 52.

⁶² Beentjes-saken, og sak C-225/98. Kommisjonen mot Frankrike ("Nord-Pas-de-Calais-saken").

⁶³ Sak 23. november 2007, *Douwe Egberts Coffee Systems Netherlands B.V. mot Groningen (provincs) med hjelpeintervenient Stichting Max Havelaar*, ref. NJL: BB8575 (Rechtbank Groningen).

føringskrav er ikke avvisnings-, kvalifiserings-, eller tildelingskriterier, og kan altså ikke anvendes som kriterium for å tildele en kontrakt. Et anbud må likevel kunne avvises dersom leverandøren ikke aksepterer et lovlig kontraktsvilkår, herunder eventuelle etiske krav. Et slikt tilbud vil være i uoverensstemmelse med anbudsbestingene.

Forutsatt at de er relevante for kontraktsformålet, og ikke undergraver kriteriene for tildeling på bakgrunn av ”det økonomisk mest fordelaktige” tilbudet, kan kontraktsgjennomføringskrav innebære et betydelig handlingsrom for oppdragsgiver til å stille etiske krav. Det fremgår uttrykkelig av EU-direktivets art. 26 at det lovlig kan stilles visse sosiale krav til gjennomføring av kontrakter. I fortalen, nr. 33, til art. 26 gis det videre veiledning på bruken av sosiale klausuler i anskaffelseskontrakter. Etiske krav vil være i overensstemmelse med direktivet forutsatt at de ikke direkte eller indirekte diskriminerer, og er angitt i kunngjøringen eller kontraktsdokumentet.

Bestemmelsene i GPA som angir prosedyrekrav ved offentlige anskaffelser, foreskriver tilsynelatende at alle typer kontraktsvilkår kan anvendes, såfremt de ikke er diskriminerende. Dette kan utledes av art. XII (j) som omhandler anbuds dokumentasjonen og spesifiserer at dokumentasjon som gis til leverandører skal inneholde ”alle andre betingelser eller vilkår” som kreves av oppdragsgiver. Dersom en leverandør ikke vil overholde disse kontraktsvilkårene, kan vedkommende lovlig avvises, jf. art. XIII (4) (b).

Det er ikke mulig å angi på generelt grunnlag hvilke krav som lovlig kan oppstilles. Dette må avgjøres konkret. Et avgjørende spørsmål ved fastsettelse av etiske og sosiale krav er hvilke skranker som følger av EØS-avtalens grunnleggende prinsipper. Etiske krav må ikke virke diskriminerende overfor anbudsgivere fra andre medlemsland, og omfanget av de sosiale og etiske hensyn må stå i forhold til den oppgave som skal utføres. Et kontraktsvilkår kan representere en overtredelse av ikke-diskrimineringsprinsippet på to måter. Enten kan det reelt sett kun overholdes av nasjonale virksomheter, eller det er vanskeligere for tilbudsgivere fra andre medlemsland å overholde det. Etiske krav til produksjonsprosessen som forutsetter endring av en virksomhets organisasjon, struktur eller retningslinjer, vil normalt være diskriminerende eller utgjøre en ulovlig handelshindring.

Videre må de etiske krav som stilles, være i overensstemmelse med samtlige gjeldende bestemmelser i anskaffelsesdirektivet, herunder bestemmelsene om offentliggjøring.⁶⁴ De må ikke være tildekkede tekniske spesifikasjoner, og ikke knyttet til utvelgelsen av anbudsgivere på grunnlag av deres økonomiske, finansielle, eller tekniske og faglige kvalifikasjoner, eller til tildelingskriteriene.⁶⁵ Etiske krav skal være saklig begrunnet; krav om overholdelse av grunnleggende ILO-konvensjoner må regnes som saklige.

Når det gjelder overholdelse av de grunnleggende ILO-konvensjonene, er det ikke tvil om at disse kan anvendes som kontraktsgjennomføringskrav. Dette uttrykkes tydelig i direktivets fortale nr. 33, forutsatt at slike bestemmelser ikke er implementert i nasjonal lovgivning. Samme synspunkt er også tidligere fremsatt av EU-kommisjonen.⁶⁶ Det kan for eksempel stilles krav om at leverandørens innkjøpsansvarlige skal garantere at alle innkjøp i forbindelse med kontrakten overholder ILO-konvensjonene. Hvis man vil kreve overholdelse av ILO-konvensjonene, og rettferdig handel gjennom alle kontraktsledd, er det tvilsomt om dette kan

⁶⁴ Beentjes-saken, premiss 31.

⁶⁵ Beentjes-saken, premiss 28.

⁶⁶ Se COM(2001)566 s. 17.

kreves for andre arbeidere og leverandører enn de som skal utføre arbeid i tilknytning til den enkelte kontrakten; det må ha en tilstrekkelig og direkte tilknytning til arbeidsoppgavene som skal utføres. Garanti eller egenerklæring for sikring av etiske krav kan også pålegge leverandøren en plikt til å forsikre at hans underleverandører overholder de etiske kravene, og eventuelt bytte underleverandør dersom det avdekkes brudd. Dersom oppdragsgiver krever en slik egenerklæring eller garanti, vil kravet til likebehandling kunne medføre en plikt til oppfølging av leverandøren.

I denne sammenheng kan merking av rettferdige varer brukes på en praktisk måte ved at oppdragsgiver angir i anbudsmaterialet at egenerklæring om overholdelse av konkrete krav ikke må innleveres dersom produktene er merket med Max Havelaar, dersom bedriftene er sertifisert etter SA 8000 "eller tilsvarende", og at bruk av slik merking eller sertifisering er ønskelig.

5 Konklusjoner og råd

Vi har foran vurdert oppdragsgivers adgang til å stille konkrete etiske krav i forbindelse med offentlige anskaffelser. Med utgangspunkt i de enkelte faser i anskaffelsesprosessen, har vi identifisert relevante begrensninger som følger av gjeldende regelverk. Grunnleggende handelsliberaliserende prinsipper setter skranker for oppdragsgivers adgang til å fastsette etiske krav. De mer detaljerte bestemmelser følger av anskaffelsesdirektivet og GPA. Oppdragsgiver har likevel et betydningsfullt handlingsrom for å stille etiske krav innen hver enkelt fase. Etiske krav knyttet til arbeidsforhold er imidlertid vanskeligere å ivareta enn visse andre samfunnsmessige hensyn, fordi etiske krav om arbeidsforhold knytter seg til produksjonsfasen og ikke selve produktet.

Nedenfor følger en kortfattet presentasjon av de funn vi har gjort under utredningsarbeidet. Dette omfatter generelle råd som kan utledes av analysen, og konkrete forslag til utforming av krav, dokumentasjon, og sanksjoner.

- Behovsverifiseringen:

Når oppdragsgiver ønsker å stille etiske krav knyttet til leverandørers arbeidsforhold, bør hensyn tas til dette fra prosessens begynnelse. Adgangen til å stille krav i øvrige faser i anskaffelsesprosessen, forutsetter i stor grad at disse er nødvendige for å ivareta oppdragsgiverens behov.

I denne fasen er det vid adgang til å ta etiske hensyn, og oppdragsgiveren bør integrere ivaretagelse av relevante menneskerettighetskonvensjoner, ILO-konvensjonene og rettferdig handel, som en del av kontraktsgjenstanden.

- Spesifikasjonskrav:

Spesifikasjonskrav kan anvendes for å oppnå de ønskede etiske målsetningene. Kravene må oppfylle oppdragsgiverens behov, og beskrive kontraktsgjenstanden. Slike krav kan stilles til produksjonsfasen, men ikke til leverandørens egenskaper.

Spesifikasjonskrav bør utformes slik at krav til kontraktsgjenstandens iboende egenskaper samtidig (indirekte) ivaretar etiske hensyn. En måte å gjøre dette på er for eksempel å spesifisere anskaffelse av organiske varer, se pkt. 5.2.1 ovenfor.

Dokumentasjon for etterlevelse av tekniske spesifikasjoner som ivaretar etiske hensyn, kan ikke vise til bestemte merker eller sertifiseringer. Derfor foreslår vi at de vilkårene for å oppnå et bestemt merke, som har karakter av tekniske spesifikasjoner, innarbeides i anbuds materialet. Det kan angis at konkrete merker eller sertifiseringer er ønskelige, men da må merkeangivelsen i anbuds dokumentet etterfølges av presiseringen ”eller tilsvarende”, og annen dokumentasjon må alltid aksepteres.

- Kvalifikasjonskrav:

I denne fasen er det oppdragsgivers adgang til å stille krav til oppdragsgivers tekniske og faglige kvalifikasjoner, samt de lovlige avvisningsgrunnene som bør overveies. Generelle krav knyttet til arbeidsforhold vil normalt ikke kunne påvirke en leverandørs tekniske kapasitet.

For å sikre relevante etiske krav, bør oppdragsgiver i denne fasen kreve dokumentasjon som både har direkte relevans for kontraktsgjenstanden, og samtidig ivaretar krav til arbeidsforhold. Dette kan dreie seg om:

- tekniske fasiliteter, slik som beskyttelsesklær og annet utstyr hos ansatte,
- referanser for tidligere leveringer,
- redegjørelse for utdanning og faglig kompetanse.

Muligheten til å avvise leverandører grunnet personlige forhold, eller forhold ved tilbudet, krever at flere typer dokumentasjon må etterspørres. Dette gjelder:

- utskrift fra strafferegister,
- erklæring om at leverandør ikke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje, herunder etterlevelse av ILO-konvensjonene og grunnleggende menneskerettigheter,
- erklæring om at alle opplysninger som gis er korrekte,
- hvis tilbudet er unormalt lavt kan det bes om dokumentasjon som sikrer at besparelsene ikke skyldes dårlige arbeidsforhold, herunder brudd på ILO-konvensjonene, grunnleggende menneskerettigheter, og nasjonal lovgivning.

Muligheten for å bli avvist av de grunner som er redegjort for under pkt. 5.3.2 ovenfor, må angis i anbudsdokumentasjonen, og den dokumentasjon som kreves fra leverandørene må være ikke-diskriminerende og forholdsmessig. Det må vurderes om mangelfull dokumentasjon kan avhjelpes ved ettersending, supplering eller utdyping av dokumenter.

- Tildelingskriterier:

Dersom kontrakten i denne fasen skal tildeles den leverandøren som har avgitt det laveste tilbudet, må eventuelle etiske krav følge av de tekniske spesifikasjonene. Størst mulighet til å stille etiske krav i denne fasen, har oppdragsgiveren ved å tildele kontrakten til det tilbudet som er økonomisk mest fordelaktig. Det er vanskelig å angi forslag til konkrete etiske krav som kan stilles i denne fasen, men de rettslige skranker som angis i tekstboksen nedenfor skisserer grensene for handlingsrommet som oppdragsgiver kan operere innenfor.

I denne fasen kan oppdragsgiver fastsette etiske krav knyttet til arbeidsforhold dersom dette:

- gir en økonomisk fordel ut fra oppdragsgiverens ståsted,
- er relatert til produktet eller tjenesten (se likevel betraktninger om bruk av tilleggskriterier ovenfor under pkt. 5.4.1),
- ikke gir oppdragsgiveren et ubegrenset fritt skjønn,
- medfører dokumentasjonskrav som gjør at informasjonen kan etterprøves,
- er nevnt i anbudsmaterialet, og
- er i overensstemmelse med EØS-avtalens grunnleggende prinsipper.

Om dokumentasjonskrav gjelder generelt at oppdragsgivere ikke bør spørre leverandører om etiske og sosiale retningslinjer på generell basis, dersom dette ikke er knyttet direkte til den konkrete kontraktsgjenstanden. Tildeling av offentlige kontrakter skal være juridisk holdbare. Dersom oppdragsgiver har bedt om mer informasjon enn nødvendig, kan det anses som uforholdsmessig, og en klageinstans kan komme til at ulovlige hensyn er tatt i betraktning ved tildelingen.

- Kontraktgjennomføringskrav:

Et tilbud kan avvises dersom leverandøren ikke aksepterer lovlig fastsatte kontraktsvilkår. Denne anskaffelsesfasen er lite regulert, og medfører et betydelig handlingsrom for oppdragsgiver til å stille krav til arbeidsforhold og ivaretagelse av andre etiske hensyn. Hvilke krav som kan stilles må avgjøres konkret. Av utredningens analyser utleder vi at (se neste side, s. 24):

- Krav til produksjonsprosessen som forutsetter endring av en virksomhets organisasjon, struktur, eller retningslinjer, er normalt diskriminerende eller en ulovlig handelshindring.
- Krav til arbeidsforhold skal ikke være mer vidtgående enn det kontraktsformålet tilsier.
- Overholdelse av grunnleggende ILO-konvensjonene kan stilles som kontraktsgjennomføringskrav.
 - Det kan for eksempel stilles krav om at leverandørens innkjøpsansvarlige skal garantere at alle innkjøp som foretas, i forbindelse med kontrakten, overholder ILO-konvensjonene.
 - Hvis dette skal gjelde i alle kontraktsledd, må kravene kun dreie seg om arbeidere og leverandører som skal utføre arbeid i tilknytning til den relevante kontrakten.
- Anbudsmaterialet bør angi om visse produktmerker eller sertifiseringer er ønskelige, og at overholdelse av konkrete kontraktsgjennomføringskrav kan dokumenteres med slikt merke ”eller tilsvarende”.

- Kontraktsgjennomføringskrav er avtalerettslig bindende vilkår, og brudd kan medføre obligasjonsrettslige sanksjoner, herunder retting, prisavslag, heving og erstatning.
 - Ved brudd på etiske krav antar vi at krav om retting, i form av forbedringer, utgjør den mest egnede sanksjonen. En slik sanksjon kan eventuelt ledsages av hensiktsmessige dagsbøter for å sikre forbedring.
 - Dersom bruddet er tilstrekkelig kvalifisert, kan heving av kontrakten og bytte av leverandør være aktuelt. Etiske krav må imidlertid regnes som biforpliktelser i kontrakten, og det bør etableres en relativt høy terskel for at brudd på disse skal føre til heving av kontrakten. Det er også ved heving at erstatningsspørsmål vil være aktuelt.
- Ved utforming av sanksjonsmuligheter i offentlige anskaffelseskontrakter, bør disse kombineres med etablering av adekvate kontrollmuligheter. Leverandørene bør forpliktes til å gi oppdragsgiver eller den han utpeker, adgang til relevante fasiliteter for å etterprøve overholdelse av kontraktsforpliktelsene.