



DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

Kristiansand kommune
Postboks 417 Lund
Kirkegata 11 B
4604 KRISTIANSAND S

Deres ref
201600260-5

Vår ref
17/5937-3

Dato
01.10.2018

Utredning av muligheten for å stille krav om systematisk likestillingsarbeid til offentlige leverandører

Nærings- og fiskeridepartementet viser til en henvendelse fra Kristiansand kommune datert 16. november 2017, hvor de ber om en utredning av adgangen for offentlige oppdragsgivere til å stille krav til at leverandører til det offentlige skal drive systematisk likestillingsarbeid. Kommunen angir at de ønsker å innføre et krav om at leverandører må bekrefte at bedriften jobber med å fremme likestilling i virksomheten, basert på nærmere spesifiserte kriterier for dette.

Vi beklager at det har tatt lang tid å besvare denne henvendelsen.

Vi gjør oppmerksom på at departementets uttalelser ikke kan ses på som en rettslig bindende avklaring, og det er mulig at KOFA eller domstolene kommer til et annet resultat ved en senere avgjørelse av et tilsvarende spørsmål.

Et krav om systematisk likestillingsarbeid synes å forutsette at virksomheten arbeider med å oppfylle et sett av krav eller mål om planmessig likestillings- og mangfoldsarbeid i hele virksomheten, noe vi forstår at også den refererte FAFO-rapporten¹ legger opp til. Departementet har ikke inngående kjennskap til ordningen som kommunen ser for seg, og vi vil derfor nødvendigvis besvare spørsmålet på et noe generelt grunnlag.

Nedenfor vil vi se nærmere på likestilling og effektiv ressursbruk, rettslige muligheter for å legge vekt på likestilling, samt hva som ligger i det anskaffelsesrettslige tilknytningsskravet og hvordan dette kan spille inn ved utforming av krav til ivaretagelse av likestilling. Et mulig krav om ivaretagelse av likestilling vil i det videre diskuteres opp mot reglene for tildelingskriterier

¹ Fafo-rapport 2014:38, Likestilling- og mangfoldstandard for virksomheter, tilgjengelig på [Fafos hjemmesider](#).

og kontraktsvilkår. Departementet antar at krav om systematisk likestillingsarbeid, i form av en likestillingsstandard, ikke er aktuelt å stille som kvalifikasjonskrav, da kravet med tilhørende dokumentasjonsbevis vil mangle den nødvendige hjemmelen i anskaffelsesforskriftens kapittel 16.

Likestilling som samfunnshensyn

Hovedformålet med anskaffelsesregelverket er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. anskaffelsesloven § 1. Dette kan enkelt beskrives som at offentlig sektor skal få mest mulig ut av fellesskapets midler når noe skal anskaffes, med de positive samfunnsøkonomiske følgene dette har.²

Forarbeidene til anskaffelsesloven drøfter spørsmålet om ivaretagelse av andre samfunnshensyn.³ Her legges det vekt på at det vanskelig kan forventes at en offentlig oppdragsgiver skal ivareta et hvert godt formål i enhver anskaffelse. Krav om å ivareta forskjellige samfunnshensyn kan gjøre det vanskeligere for oppdragsgiver å anskaffe varer og tjenester av riktig kvalitet til riktig pris. God behovsdekning både for den offentlige virksomheten selv, og for brukerne av offentlige tjenester må være hovedoppgaven til alle offentlige oppdragsgivere. Det er derfor nødvendig å foreta prioriteringer blant de tiltakene som det isolert sett kunne vært ønskelig å ivareta.

Spenningsforholdet mellom lovens formål og ønsket om å ivareta andre samfunnshensyn er også fremhevet i en nylig innhentet samfunnsøkonomisk analyse fra Oslo Economics om "*virkningen av nye samfunnshensyn i offentlige anskaffelser*".⁴

Oslo Economics konkluderer med at i de fleste tilfeller vil et nytt samfunnshensyn, foruten nytten det gir i form av oppnåelsen av det nye samfunnsmålet, føre til løsninger som gir høyere kostnader for en gitt behovsdekning. Stort sett vurderes det å ta andre samfunnshensyn i offentlige anskaffelser som et dyrere tiltak, sammenlignet med alternative tiltak for å nå samme mål. Alle nye krav, og oppfølgingen av disse, medfører økte transaksjonskostnader og en mer komplisert anskaffelsesprosess. Nye samfunnshensyn vil derfor i prinsippet gå på bekostning av det opprinnelige samfunnsmålet om effektiv offentlig tjenesteproduksjon. Undersøkelsene til Oslo Economics viser at offentlige oppdragsgivere prioriterer de nye hensynene i større grad enn tidligere. Den logiske følgen av dette, er at det opprinnelige samfunnsmålet om å dekke behovet til lavest mulig kostnad prioriteres lavere.

Departementet antar at dette også kan være en konsekvens ved innføringen av et eventuelt krav til ivaretagelse av likestilling. Videre kan slike krav ha en konkurransebegrensende effekt. I praksis kan krav til ivaretagelse av nye samfunnshensyn utelukke flere små og mellomstore bedrifter fra å delta i konkurransen om offentlige kontrakter.

² Se blant annet NOU 2014:4, punkt 9.3 og 9.4, hvor effektiv ressursbruk angis som det sentrale hovedformålet med regelverket.

³ Se Prop. 51 L (2015-2016), kapittel 6 på s. 29.

⁴ Rapporten er tilgjengelig i sin helhet på [departementets hjemmeside](#).

Dette er viktige hensyn som oppdragsgivere må ta med seg i sine vurderinger før en eventuell innføring av nye krav til ivaretagelse av forskjellige samfunnshensyn.

Rettslig sett finnes visse muligheter for å legge vekt på likestilling som samfunnshensyn. I fortalen til anskaffelsesdirektivet,⁵ andre avsnitt i premiss 98, fremholdes det at kontraktsvilkår kan benyttes til å fremme blant annet likestilling mellom kjønnene på arbeidsplassen. Det er dermed klart at oppdragsgivere, gjennom å stille kontraktsvilkår, innenfor visse rammer kan ivareta hensyn knyttet til likestilling.

Oppdragsgiver har samtidig et vidt innkjøpsfaglig skjønn ved fastsettelsen av tildelingskriterier. I litteraturen er det hevdet at vilkår som kan stilles som kontraktsvilkår også må kunne benyttes som tildelingskriterier.⁶ Synspunktet begrunnes i at direktivet oppstiller en symmetri mellom de krav som gjelder for å stille kontraktsvilkår og de krav som gjelder for tildelingskriterier. Dette trekker i retning av at krav om likestilling også til en viss grad må kunne benyttes som tildelingskriterium.

Det er likevel et krav i forskriften at tildelingskriterier og kontraktsvilkår skal ha tilknytning til leveransen. Nedenfor følger en nærmere vurdering av innholdet i tilknytningskravet. Samtidig må slike krav og kriterier oppfylle de grunnleggende EØS-rettslige kravene til ikke-diskriminering og proporsjonalitet. Det betyr at kravet verken direkte eller indirekte kan favorisere nasjonale tilbydere, og at kravet ikke kan gå lengre enn nødvendig sett i forhold til anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet.⁷

Tilknytningskravet

Det er et krav etter forskriften at tildelingskriterier og kontraktsvilkår må ha tilknytning til leveransen, jf. §§ 18-1 og 19-1. Det kan stilles spørsmål ved om systematisk likestillingsarbeid, forstått som krav til virksomheten og dets arbeid på likestillingsområdet, faller utenfor hva som kan anses å ha tilknytning til leveransen.

Rekkevidden av tilknytningskravet kommer til syne blant annet i forskriftens § 18-1 fjerde ledd, som angir at tildelingskriterier kan vise til alle sider av og trinn i livssyklusen til varene, også når slike faktorer ikke påvirker leveransens egenskaper. I departementets veileder til anskaffelsesforskriften er det trukket frem at kriteriene dermed ikke trenger å knytte seg til en konkret del av sluttproduktet for leveransen, og at dette åpner for å legge vekt på for eksempel miljømessige og sosiale forhold ved anskaffelsen.⁸

I veilederen fremheves det samtidig at tilknytningskravet innebærer visse begrensninger i hvilke krav og kriterier som kan stilles. Dette fremkommer også i fortalen til anskaffelsesdirektivet, i premiss 97 andre avsnitt, hvor det uttales at "... *the condition of a*

⁵ Direktiv 2014/24/EU.

⁶ Se Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Thomson Sweet & Maxwell, 3. utgave, vol.1 , s. 746.

⁷ For en nærmere gjennomgang av de grunnleggende prinsippene, herunder ikke-diskriminerings-/likebehandlingsprinsippet og proporsjonalitets-/forholdsmessighetsprinsippet, se departementets veileder til anskaffelsesforskriften, kapittel 7, [tilgjengelig på departementets hjemmeside](#).

⁸ Se departementets veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 26.2.4.

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

Dette utelukker nødvendigvis ikke at det stilles krav til den delen av virksomheten, eller det tilbudte personell, som skal utføre arbeidet knyttet til leveransen.⁹ Slike krav vil, etter departementets syn, normalt ha den nødvendige tilknytningen til det som skal anskaffes. Dette kan eventuelt omfatte et tildelingskriterium hvor det gis uttelling dersom det tilbudte personell inkluderer personer fra svake eller utsatte grupper. På den andre siden vil krav som er rettet mot den generelle virksomheten til tilbyder, som policydokumenter eller retningslinjer for virksomheten, normalt anses å mangle den nødvendige tilknytningen.

Slik kommunens forslag til krav om systematisk likestillingsarbeid er presentert, synes dette å forutsette en viss grad av sertifisering på virksomhetsnivå i henhold til en likestillingsstandard. Kravet er med andre ord ikke begrenset til oppfyllelsen av den konkrete kontrakten. Departementet er derfor av den oppfatning at kommunens forslag om innføring av et krav om systematisk likestillingsarbeid fremstår som problematisk sett opp mot anskaffelsesforskriften og tilknytningskravet i forskriften §§ 18-1 og 19-1.

Med hilsen

Jan Henrik Skogen
fungerende avdelingsdirektør

Lars Hallvard Kvarnes
seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer

⁹ Dette synes også å være forutsetningen for uttalelsen i fortalens premiss 99, hvor tiltak rettet mot ulike svake og utsatte grupper fremheves som mulige tildelingskriterier, under den forutsetning at de relaterer seg til utførelsen av den aktuelle leveransen. Videre har EU-domstolen i for eksempel sak C-225/98 (*Nord pas de Calis*) kommet til at det i prinsippet var mulig å bruke krav om bekjempelse av arbeidsledighet som tildelingskriterium. Også krav til bruk av fair trade-produkter med minstekrav til lønns- og arbeidstidsbestemmelser ble ansett å ha den nødvendige tilknytningen, se sak C-368/10 (*Max Havelaar*).