

# Notat

## Om oplæringskravet i udbudslovens § 176, stk. 2, og forholdet til EU-retten

### 1. INDLEDNING OG KONKLUSION

BL – Danmarks Almene Boliger har anmodet advokatfirmaet Poul Schmith om at vurdere, om det er foreneligt med udbudsloven og den bagvedliggende EU-ret at stille krav om anvendelse af lærlinge i forbindelse med udbud omfattet af loven.

Baggrunden for spørgsmålet er navnlig vedtagelsen af lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven m.v., som indførte en bestemmelse i lovens § 176, stk. 2, der under nærmere betingelser forpligter ordregivere til at stille krav om anvendelse af *personer under oplæring* ved gennemførelse af bestemte typer af offentlige kontrakter.

Vores konklusioner er som følger:

- Ordregiver er formentlig berettiget til at afgrænse gruppen af personer under oplæring, når der i overensstemmelse med § 176, stk. 2, stilles krav herom i en offentlig kontrakt. Afgrænsningen skal dog overholde EU-retten, herunder navnlig principperne om ikke-forskelsbehandling, ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, hvilket navnlig indebærer, at kontraktvilkåret skal kunne opfyldes af alle, uanset om der er tale om en udenlandsk eller en national økonomisk aktør.
- Det er som følge heraf næppe muligt udtrykkeligt at afgrænse kravet til at angå personer omfattet af erhvervsuddannelsesloven (hvilket ofte er det, der forstås ved ”lærlinge”), idet kravet skal defineres uafhængigt af den danske uddannelsesordning. Der er dog ikke noget juridisk til hinder for at stille et objektivt og gennemsigtigt formuleret vilkår, som i praksis betyder, at tilbudsgiveren alene kan anvende lærlinge eller noget, der svarer hertil i andre landes uddannelsesordninger. Det kan dog give praktiske udfordringer.

## 2. BAGGRUND

Udbudslovens § 176 som indført ved lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven m.v. lyder som følger:

### *”Kapitel 15*

#### *Kontraktens gennemførelse*

##### *Betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse*

*§ 176. En ordregiver kan fastsætte særlige betingelser for gennemførelsen af en kontrakt. Betingelserne skal være forbundet med kontraktens genstand, jf. § 163, og skal anføres i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Betingelserne kan omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn.*

*Stk. 2. Ordregivere skal under overholdelse af betingelserne i stk. 1 indføre krav i kontrakten om anvendelse af personer under oplæring ved gennemførelsen af de offentlige kontrakter, der er omfattet af regler udstedt i medfør af stk. 4, jf. dog stk. 3.*

*Stk. 3. Pligten i stk. 2 finder ikke anvendelse, når anvendelsen af personer under oplæring*

- 1) medfører en sikkerhedsrisiko,*
- 2) ikke egner sig til gennemførelse af kontrakten eller*
- 3) strider mod anden lovgivning.*

*Stk. 4. Erhvervsministeren fastsætter nærmere regler om, hvilke kontrakter der er omfattet af stk. 2.”*

Erhvervsministeren har udnyttet bemyndigelsen i stk. 4 til at udstede bekendtgørelse nr. 1079 af 29. juni 2022, som bl.a. fastslår i § 1, at bestemmelsen i § 176, stk. 2, om personer under oplæring finder anvendelse på offentlige bygge- og anlægskontrakter, der udføres i Danmark, har en varighed på minimum 6 måneder fra kontraktunderskrivelse til levering og har en kontraktværdi, som overstiger tærskelværdien for offentlige bygge- og anlægskontrakter i udbudslovens § 6.

Bekendtgørelsens § 3 fastslår, at kravet i § 176, stk. 2, kan opfyldes ved anvendelse af, men ikke er afgrænset til, personer omfattet af:

- 1) Lov om erhvervsuddannelser.
- 2) Lov om forberedende grunduddannelse.
- 3) AMU-kontraktuddannelser.
- 4) Lov om integrationsgrunduddannelse.
- 5) Øvrige oplæringsordninger, hvor personen opnår den nødvendige faglighed til efter endt oplæring at kunne varetage de pågældende opgaver selvstændigt.

I de specielle bemærkninger til bestemmelsen i § 176, stk. 2, jf. lovforslag nr. L 199 som fremsat 10. maj 2022, hedder det bl.a. herom:

*”Ordregiver skal ved indførelsen af krav i henhold til den foreslåede bestemmelse sikre, at det lovligt kan lade sig gøre at indføre krav om anvendelse af personer under oplæring ved gennemførelsen af den pågældende offentlige kontrakt. En lovlig indførelse af et sådant krav kræver, at kravet angives i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale, at kravet har forbindelse med kontraktens genstand, jf. udbudslovens § 163, og at kravet overholder EU-retten i øvrigt, herunder principperne om ikke-forskelsbehandling, ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.*

*Overholdelse af EU-retten indebærer i forbindelse med krav om at anvende personer under oplæring ved gennemførelsen af kontrakten, at tilbudsgiverne skal behandles lige. Alle omfattede virksomheder skal have lige adgang til offentlige kontrakter. Heri ligger bl.a., at ordregiver skal udforme krav om anvendelse personer under oplæring således, at kontraktvilkåret kan opfyldes af alle, uanset om leverandøren er en stor eller lille virksomhed, eller om der er tale om en udenlandsk eller en national økonomisk aktør.*

*Desuden følger det af gennemsigtighedsprincippet, at ordregiver skal sikre, at klausulen er beskrevet, så den er let at forstå for tilbudsgiverne.*

*Det vil være i strid med reglerne, hvis ordregiver fastsætter en kontraktklausul, hvor det vil være vanskeligere for leverandører fra andre medlemslande at overholde kravet end for danske. En kontraktklausul må heller ikke diskriminere arbejdstagere fra andre medlemslande. Der må derfor ikke stilles krav om danske elever eller elever fra danske uddannelser.*

Anvendelse af lærlinge er et eksempel på, hvordan et krav om oplæring kan opfyldes. Selve kontraktvilkåret om anvendelse af personer under oplæring skal imidlertid defineres uafhængigt af de danske uddannelsesordninger. Konkret betyder det, at den pågældende uddannelsesordning, og hermed den omfattede persongruppe, skal beskrives på en sådan måde, at omfanget af uddannelsesordningen og de krav, der ligger heri, kan læses og forstås selvstændigt uden kendskab til den pågældende danske uddannelsesordning.<sup>1</sup>

Den 31. marts 2023 stillede Erhvervsudvalget efter ønske fra Pelle Dragsted (EL) bl.a. spørgsmål om, hvorvidt ministeren kunne bekræfte, at der ikke var noget juridisk til hinder for at stille krav om oplæringsklausuler med specifikke typer af personer under oplæring, herunder f.eks. byggelærlinge på EUD-niveau. Til brug for besvarelsen af 27. april 2023 havde erhvervsministeren indhentet en udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor af bl.a. fremgår følgende:

*”Udbudsloven regulerer ikke indholdet af kravet om anvendelse af personer under oplæring, jf. § 176, stk. 2. Det vil således være op til den enkelte ordregiver at udforme kravet i overensstemmelse med udbudslovens § 176 og de generelle principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.*

Det vil derfor være i overensstemmelse med kravet om anvendelse af personer under oplæring, hvis ordregiver vælger alene at kræve visse typer af personer under oplæring, fx personer omfattet af lov om erhvervsuddannelser (som regulerer den danske lærlingeordning), når tilsvarende ordninger i andre EU-lande accepteres, og når kravet i øvrigt overholder de generelle udbudsretlige principper, som har til formål at sikre en effektiv konkurrence på tværs af lande.”<sup>2</sup>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen henviste herudover til de offentligt tilgængelige spørgsmål og svar på styrelsens hjemmeside. Heraf fremgår følgende om anvendelsen af lærlinge:

1.14. Må ordregiver skærpe oplæringskravet, således at man kun beder om fx lærlinge (og ikke de øvrige typer af oplæring)?

Udbudsloven regulerer ikke indholdet af kravet om anvendelse af personer under oplæring. Det vil således være op til den enkelte ordregiver at udforme kravet i overensstemmelse med udbudslovens § 176 og de generelle principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

<sup>1</sup> <https://www.retsinformation.dk/eli/ft/202112L00199>

<sup>2</sup> <https://www.ft.dk/samling/20222/almdel/eru/spm/119/svar/1952510/2697888.pdf>

---

Det vil være i overensstemmelse med kravet om anvendelse af personer under oplæring, hvis ordregiver vælger alene at kræve visse typer af personer under oplæring, fx personer omfattet af lov om erhvervsuddannelser (som regulerer den danske lærlinge-ordning), når tilsvarende ordninger i andre EU-lande accepteres, og når kravet i øvrigt overholder de nævnte generelle principper.

### 3. VURDERING

Det følger af udbudslovens § 176, stk. 2, jf. § 1 i bekendtgørelse nr. 1079 af 29. juni 2022 om anvendelse af personer under oplæring i offentlige kontrakter, at ordregivere skal stille krav i kontrakten om anvendelse af personer under oplæring ved gennemførelsen af en række nærmere bestemte offentlige bygge- og anlægskontrakter. Det kan ikke udledes af bestemmelsens ordlyd, om der skal være tale om et generelt krav, som skal kunne opfyldes af tilbudsgiveren ved anvendelse af personer under enhver form for oplæring, eller om ordregiveren er berettiget til at udspecificere kravet ved f.eks. at kræve, at tilbudsgiveren anvender et bestemt antal lærlinge.

Formuleringen af § 6 i bekendtgørelse nr. 1079 af 29. juni 2022, hvorefter ”kravet i udbudslovens § 176, stk. 2, kan opfyldes ved anvendelse af” en række nærmere bestemte kategorier af personer under oplæring, kunne give indtryk af, at et krav stillet af ordregiver i medfør af § 176, stk. 2, skal kunne opfyldes af tilbudsgiveren ved anvendelse af samtlige disse kategorier af personer. Det ville i givet fald betyde, at ordregiver ikke var berettiget til at specificere, at tilbudsgiveren skulle anvende en bestemt kategori af personer under oplæring, såsom f.eks. lærlinge.

Dette kan imidlertid efter vores opfattelse ikke antages at være hensigten med bestemmelsen. Bestemmelsens forarbejder som gennemgået ovenfor i afsnit 2 forudsætter således, at ordregiveren selv inden for bestemmelsens og EU-rettens rammer kan definere den kategori af personer under oplæring, som skal anvendes i den konkrete kontrakt. Erhvervsministeren ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i overensstemmelse hermed udtrykkeligt oplyst i et svar til Folketingets Erhvervsudvalg af 27. april 2023, at det vil være i overensstemmelse med kravet om anvendelse af personer under oplæring, hvis ordregiver vælger alene at kræve visse typer af personer under oplæring.

Det er både ifølge forarbejderne og ministersvaret en gennemgående forudsætning, at afgrænsningen af persongruppen i kontraktvilkåret er sagligt og sker i overensstemmelse med EU-retten, herunder navnlig principperne om ikke-forskelsbehandling, ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Heri ligger ifølge forarbejderne bl.a., at ordregiver skal udforme krav om anvendelse personer under oplæring således, at kontraktvilkåret kan opfyldes af alle, uanset om der er tale om en udenlandsk eller en national økonomisk aktør. Kravet skal desuden være letforståeligt.

Et krav om ”lærlinge” vil efter vores opfattelse som følge heraf skulle formuleres på en måde, så det sikres, at det ikke kun kan opfyldes ved anvendelse af personer omfattet af erhvervsuddannelsesloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 956 af 21. juni 2022, hvilket er det, der typisk i daglig tale forstås ved en ”lærling”. I forarbejderne gives som eksempel, at kontraktvilkåret vil skulle defineres uafhængigt af de danske uddannelsesordninger og beskrives på en sådan måde, at omfanget af uddannelsesordningen og de krav, der ligger heri, kan læses og forstås selvstændigt uden kendskab til den pågældende danske uddannelsesordning. I ministersvaret af 27. april 2023 tilføjes det desuden, at tilsvarende ordninger i andre EU-lande skal kunne accepteres.

Vi finder ikke noget grundlag for at antage, at et krav, som overholder disse betingelser, vil være uforeneligt med EU-retten; heller ikke selv om der ikke måtte være mange andre lande, der har helt tilsvarende ordninger. Vi bemærker dog, at betingelserne i praksis formentlig stiller relativt store krav til formuleringen af selve kontraktklausulen, idet det i lyset af gennemsigtighedsprincippet sandsynligvis vil kræve, at persongruppen beskrives på en objektiv og gennemsigtig måde, som kan forstås af udenlandske tilbudsgivere uden kendskab til det danske erhvervsuddannelsessystem, og som også kan opfyldes ved anvendelse af personer i parallelle ordninger i andre medlemsstater. Med andre ord vil det næppe være lovligt udtrykkeligt blot at definere den persongruppe, som tilbudsgiveren skal anvende, som ”lærlinge” uden yderligere forklarende bemærkninger, men der er ikke noget til hinder for at stille et objektivt og gennemsigtigt formuleret vilkår, som i praksis betyder, at tilbudsgiveren alene kan anvende lærlinge eller noget, der svarer hertil i andre landes uddannelsesordninger.

Det må desuden antages, at bevisbyrden for, at en given udenlandsk ordning ikke kan godtages under et sådant formuleret kontraktvilkår, påhviler ordregiver. Vurderingen vil ikke kunne afgrænses til at angå, i hvilken udstrækning den pågældende ordning minder om den danske lærlingeordning, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 25. oktober 2018 i *Roche Lietuva*, sag C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865, om den parallelle problemstilling for tekniske specifikationer og udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, og 42, stk. 4. En udenlandsk ordning må således bedømmes på dens indhold i forhold til det overordnede formål, som kravet om anvendelse af personer under oplæring forfølger.

Med venlig hilsen



Rasmus Holm Hansen  
- Advokat (H), partner