

Roar Eilertsen

Offentlige anskaffelser og kampen mot sosial dumping

Forord

Denne rapporten er utarbeidet i De Facto – Kunnskapssenter for fagorganiserte av Roar Eilertsen. De Facto har fått økonomiske støtte til arbeidet med rapporten fra Nei til EU, som i sin tur har samlet inn støtte fra en lang rekke fagforeninger og noen forbund.

I arbeidet med rapporten har jeg fått hjelp og innspill fra en lang rekke kompetente personer, som hver især fortjener stor takk. Jeg håper dere synes bistanden og innspillene er forvaltet på en forsvarlig måte.

Oslo, september 2016

Innhold

Forord.....	3
1 Innledning	5
2 Sammendrag	6
3 Tre nye direktiver.....	7
4 Formålet med anskaffelsesreglene.....	8
4.1 Unntak for egenregi.....	8
4.2 Unntak for utvidet egenregi	9
5 Offentlig sektors innkjøpsmakt.....	10
5.1 Terskelverdier	10
6 Offentlige innkjøp og kampen mot sosial dumping.....	11
6.1 Lønns- og arbeidsvilkår.....	12
6.1.1 Krav om «normal lønn» eller minstesats?.....	12
6.1.2 Ikke krav til pensjonsordningene	12
6.1.3 Reise, kost og losji.....	13
6.2 Antall ledd i kontraktskjeden	15
6.3 Krav om lærlinger	17
6.3.1 Ny forskrift på plass.....	17
6.3.2 Utenlandske leverandører	18
6.3.3 Kommunene skjerper kravet til lærlinger	19
7 Riksrevisjonens kritiserer dårlig oppfølging.....	20
8 Flere tiltak er nødvendig	23
8.1 Fagbevegelsens rolle	23
8.2 Bemanningsselskapenes rolle.....	24
8.3 Telemarksmodellen	27
9 Ideelle organisasjoner taper	29
9.1 Nytt EU-regelverk – ny norsk lov	29
9.2 Rettssak mot Oslo kommune	31
9.3 Egenregi og utvidet egenregi	33
9.4 Selveiende institusjoner i Danmark	34
9.5 Handlingsrommet i Barnehageloven.....	34

1 Innledning

I mange bransjer er sosial dumping et stort og vedvarende problem. Snart 15 år etter at EUs østutvidelse åpnet for import av billig arbeidskraft fra land hvor arbeidsløsheten er skyhøy og lønnsnivået er ned mot en tiendedel av nivået i nord-Europa, er ikke situasjonen blitt særlig bedre. Dokumentasjonen på at sårbare arbeidstakere blir utnyttet på det groveste, at norske lønns- og arbeidsvilkår undergraves, og at alvorlig arbeidslivskriminalitet florerer, er overveldende. Dette til tross for en rekke tiltaksplaner fra myndighetene og en betydelig innsats fra fagbevegelsen. Tvert imot har arbeidsgivernes tilpasninger, med økt bruk av innleie fra bemanningsselskaper og såkalte «lokale ansettelser», bidratt til å undergrave myndighetenes forsøk på regulerende mottiltak.

Handlingsrommet for kampen mot sosial dumping begrenses av EUs regler om fri flyt av arbeidskraft i det indre markedet, og EØS-avtalen gjør at de samme begrensningene gjelder i Norge. Etter at EU-domstolen i 2007-2008 gjennom et antall dommer (den såkalte «Laval-kvartetten») gjorde om utstasjoneringsdirektivet fra et minimumsdirektiv (hvor landene stod fritt til å vedta strengere reguleringer for å sikre utenlandske arbeidstakers samme lønns- og arbeidsvilkår som landets egne borgere) til et maksimumsdirektiv (hvor ingen kan regulere mer enn det direktivet eksplisitt fastsetter), har situasjonen i europeisk arbeidsliv blitt enda verre. Alle forsøk fra europeisk fagbevegelse på å få endret dette har blitt avvist i EU-systemet.

Adgangen til å regulere vilkårene i arbeidsmarkedet begrenses av et EU-regelverk som er i stadig utvikling. Nye direktiver og forordninger vedtas på løpende bånd, og Norge er som vanlig «flinkeste gutt i klassen» ved å gjøre direktivene om til hjemlig lov og rett raskere enn noe EU-land. De siste tilskuddene på området er tre nye direktiver som regulerer offentlige anskaffelser. Stortinget vedtok i april 2016 å ta disse inn i norsk lov, og de ble implementert ved endringer i anskaffelsesloven vedtatt i juni 2016.

I denne rapporten skal vi gå grundigere inn i hvilke konsekvenser de aktuelle direktivene og lovendringen har for kampen mot sosial dumping. Vi vil også belyse hvordan direktivene regulerer offentlig sektors adgang til å bruke ideelle organisasjoner som leverandører av tjenester innen helse- og sosialsektoren. Og vi vil også se på hvordan EUs ikke-diskrimineringskrav undergraver den norske lærlingeordningen. En ny anskaffelseslov er som sagt vedtatt, og myndighetene arbeider nå med forskrifter. Det er ventet at den nye loven trer i kraft når nye forskrifter er ferdige. Loven vil fastlegge hvordan offentlige organer kan, eller ikke kan, bruke sin store innkjøpermakt til å påvirke utviklingen på viktige samfunnsområder som kampen mot sosial dumping, en mangfoldig og lokalt forankret produksjon, kampen mot miljø- og klimaødeleggelsene, mm. EU-regelverket og EØS-avtalen legger klare begrensninger, men innenfor regelverket finnes også et visst handlingsrom. Vi skal se på hvordan regjeringen og stortingsflertallet ønsker å utnytte dette.

Rapporten tar ikke mål av seg til å gå igjennom alle sider ved den nye anskaffelsesloven. Alle paragrafer som har med krav til prosedyrer, etterlevelse og håndheving er ikke behandlet. Vårt fokus er konsekvensene for kampen mot sosial dumping og ideelle organisasjoners plass i velferdsproduksjonen.

2 Sammendrag

Tre nye direktiver om offentlige anskaffelser ble vedtatt i EU i 2014, og fra april 2016 skulle de være gjort til lov i alle medlemsland. Direktivene er tatt inn i EØS-avtalen (EØS-loven), og førte til at den norske anskaffelsesloven måtte endres. Stortinget vedtok ny anskaffelseslov 17. juni 2016. Pr september 2016 er nye forskrifter ennå ikke klare, og loven er derfor ikke trådt i kraft ennå.

De nye direktivene og loven bygger på det indre markedets fire friheter og pålegger alle offentlige innkjøpere å følge reglene for ikke-diskriminering og fri konkurranse innen hele EØS-området ved innkjøp ut over noen fastsatte terskelverdier (varierer fra 1 mill kr til 39 mill kr alt etter hvilken type anskaffelse vi snakker om).

Tidligere var anskaffelser av helse- og sosialtjenester, som også inkluderer barnehager, unntatt fra EUs anskaffelsesregler. I de nye direktivene (og i den nye anskaffelsesloven) er disse unntakene fjernet. Det betyr blant annet at det ikke er anledning å eksplisitt reservere anbud på slike tjenester for ideelle organisasjoner.

Verken direktivene eller den nye loven åpner for flere tiltak for å bekjempe sosial dumping enn det som allerede ligger i EU/EØS-regelverket. Verken myndighetenes tiltaksplaner eller betydelig innsats fra fagbevegelsen har fått bukt med de omfattende problemene med sosial dumping og arbeidslivskriminalitet. Dersom de omfattende offentlige innkjøpene bidrar til enda mer fri flyt, vil problemene bli større og ikke mindre.

En ny rapport fra Riksrevisjonen dokumenterer at offentlige innkjøpere ikke følger opp om leverandørene etterlever kravene i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige anskaffelser. 85-90 prosent av innkjøperne kan ikke dokumentere at de har kontrollert om leverandørene betaler sine arbeidere i tråd med minstekravene i gjeldende tariffavtaler eller allmenngjorte lønns- og arbeidsvilkår.

Den såkalte Telemarksmodellen viser at det finnes et større handlingsrom for å bekjempe sosial dumping hos leverandører til offentlige innkjøpere enn det som direkte følger av lov og forskrifter. Der har man både bestemt at innleie fra bemanningsselskaper bare kan skje etter avtale med fagforeningene og at det kun kan være to ledd i leverandørkjeden (eventuell innleie skal regnes som et ledd).

Den nye anskaffelsesloven pålegger alle leverandører innenfor bygg og anlegg å ha lærlinger. Men kravet er oppfylt dersom det kun er en eneste lærling i en entreprise, og det er ikke sagt hvordan kravet skal følges opp overfor utenlandske leverandører. Ingen vet hvordan en opplysning om at «vi har lærling» skal kontrolleres, og det er i noen tilfeller nok å oppgi at man har med en «praksiselev».

NHO Service gikk til rettsak mot Oslo kommune fordi man vil forbeholde kontrakter innenfor barnevernet til ideelle organisasjoner, og kommuneadvokaten mener at man ikke kan nekte nye, kommersielle barnehage offentlig tilskudd. NHO tapte i første runde, men situasjonen for ideelle velferdsprodusenter blir vanskeligere og vi kan vente mange flere rettsaker.

3 Tre nye direktiver

EU vedtok tre nye direktiver om offentlige anskaffelser i februar 2014. Medlemslandene har drøyt to år på seg for å få direktivene innarbeidet i nasjonal lovgivning (fristen ble satt til 18.04.2016). Norske myndigheter har konkludert med at EØS-avtalen pålegger oss å ta inn direktivene i norsk lovverk. Viktigst er Direktiv 2014/24/EU Om offentlige anskaffelser, som omfatter alle anskaffelser innen såkalt «klassisk sektor», dvs mesteparten av offentlig sektors kjøp av varer og tjenester. I denne rapporten er det innholdet i dette direktivet, og den norske implementeringen av det, som kommer til å stå i fokus.

De to andre direktivene; Direktiv 2014/25/EU Om forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) og Direktiv 2014/23/EU Om konsesjonskontrakter, vil ikke i ytterligere grad bli omtalt. I den grad regelverket i disse to direktivene avviker fra anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor, er det fordi de ikke er like omfattende og detaljerte. Det er derfor ikke grunn til å tro at de får virkninger inn i arbeidsmarkedet som skiller seg vesentlig fra, eller er mer omfattende enn de som følger av endringene i klassisk sektor.

Formålet med de tre anskaffelsesdirektivene er ifølge EU å gjøre det indre markedet bedre i stand til å fremme økonomisk vekst. I regjeringens høringsnotat om ny forskrift for offentlige anskaffelser omtales hensikten slik (s.1):

«EU-kommisjonen har uttalt at målene med endringene er enklere og mer fleksible regler, å redusere administrative byrder for både oppdragsgivere og leverandører, større rettslig klarhet, å legge bedre til rette for små og mellomstore bedrifter på markedet for offentlige anskaffelser og å legge bedre til rette for at offentlige oppdragsgivere kan ivareta hensyn til miljø, sosiale hensyn, innovasjon og andre samfunnshensyn gjennom sine anskaffelser. Revisjonen av anskaffelsesdirektivene er en del av EUs handlingsplan for det indre marked (Single Market Act), som skal bidra til økt økonomisk vekst gjennom en revitalisering av det indre markedet. Den er også et virkemiddel for å fremme målene i Europa 2020-strategien for "smart, sustainable and inclusive growth".»

I februar 2016 la regjeringen frem sitt forslag til ny lov om offentlige anskaffelser for Stortinget. Saken ble behandlet i næringskomiteen våren 2016, og 17. juni 2016 ble den nye loven vedtatt. Loven tilpasses både bestemmelsene i EU-direktivene, samt at den inneholder endringer i det som omtales som nasjonalt regelverk, dvs regler for anskaffelser som er under de terskelverdiene som gjør at de omfattes av de nye EU-reglene. Endringene i nasjonale regler er blant annet basert på innspill fra «Forenklingsutvalget», som i NOU 2014:14 *Enklere regler – bedre anskaffelser* fremmet en rekke forslag til endringer. Stortinget har vedtatt en lov som skyver mye av ansvaret for den konkrete og praktiske utformingen av anskaffelsesregelverket over til departementet ved at det er gitt en vid adgang til å utforme forskrifter. Utkast til tre nye forskrifter (anskaffelses-, forsynings- og konsesjonskontraktforskrift) var ute på høring vinteren 2016, men pr august 2016 er nye forskrifter ennå ikke vedtatt og gjort gjeldende. Det betyr at mange viktige spørsmål pr dato ikke er avklart.

4 Formålet med anskaffelsesreglene

I sitatet på foregående side har vi gjengitt EUs offisielle utlegning av hva som er formålet med direktivene, og i regjeringens forslag til Stortinget slutter norske myndigheter seg til denne fremstillingen. På et mer overordnet plan griper reglene inn i avveiningen mellom politikernes makt og styring og markedets rolle i økonomi og samfunn. Næringslivet og høyresiden i politikken er sterke pådrivere for at det offentlige skal kjøpe mest mulig varer og tjenester fra private virksomheter. Det kan argumenteres godt for at EUs overordnede politikk, med fokus på markedsliberalisme og budsjettdisiplin, støtter opp om dette. Mer spesifikt skal EUs anskaffelsesregler særlig sikre to sentrale forhold; - at kjøpene skjer i et marked med ikke-diskriminerende regler og at det skal være lik adgang til å gi anbud for alle tilbydere i hele EØS-området. Det er med andre ord reglene for det indre markedet, med fri flyt av varer, tjenester, kapital og personer, som definerer hvordan offentlige innkjøp skal og kan reguleres.

I regjeringens proposisjon til Stortinget (Prop. 51 L) om anskaffelsesloven vises det til at et flertall i Forenklingsutvalget ønsket å ha konkurranse som et selvstendig mål i lovens formålsparagraf. Flertallet refereres blant annet slik:

«I tillegg la flertallet til grunn at konkurranse ikke bare er et virkemiddel, men et formål i seg selv; regelverket skal være en garanti for at private virksomheter gis tilgang til markeder hvor offentlig sektor står for hele eller deler av etterspørselen.»¹

Verken regjeringen eller Stortinget fulgte opp denne anbefalingen. I den nye loven er formålsparagrafen blitt slik:

«§1. Formål Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal bidra til at det offentlige opptre med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»

EU-direktivene inneholder også regler for når anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse. EU-reglene setter ikke forbud mot at offentlig sektor produserer varer og tjenester selv, og da gjelder ikke anskaffelsesregelverket. I anskaffelsesdirektivet reguleres dette av regler for det som kalles «egenregi» og «utvidet egenregi» (mer om dette i kapittel 8).

4.1 Unntak for egenregi

I utredningen «Kommuner og egenregi»² skriver Christian C. Eriksen, førsteamanuensis ved Institutt for offentlig rett ved Universitetet i Oslo, følgende om egenregi (s. 24):

«Anskaffelsesreglene får ikke anvendelse på ytelser eller goder som kommuner eller fylker leverer selv, eller gjennom etater, enheter eller foretak som er en del av kommunen eller fylkeskommunen. Kommunen og fylkeskommunen står derfor fritt

¹ Prop. 51 L, s. 35

² Juridisk betenkning avgitt til Fagforbundet 14. mai 2015, utarbeidet av Christian C. Eriksen ved Universitetet i Oslo.

til å la etater, enheter eller foretak som er en del av kommunen eller fylkeskommunen, levere hjemmehjelpstjenester, hjemmesykepleietjenester, mat til hjemmet, og la egne ansatte yte annen personlig assistanse til befolkningen.»

I prinsippet kan dette utvides til å omfatte at alle offentlige virksomheter (statlige og kommunale) står fritt til å produsere varer og tjenester med egne ansatte.

4.2 Unntak for utvidet egenregi

Anskaffelsesregelverket kommer (som hovedregel) bare til anvendelse når det foretas innkjøp, og det generelle kravet er at «oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet» (Anskaffelseslovens § 4).

Men kravet om anbud og konkurranse er ikke absolutt. Vi har nevnt at det finnes egne, mindre omfattende regelverk for forsyningssektoren, tjenesteytelseskontrakter, elektroniske tjenester, mm, og at det er noen anskaffelser som ikke er omfattet av loven. For anskaffelser under såkalte terskelverdier (mer om dette nedenfor) gjelder ikke kravet om anbud og konkurranse. Det samme gjelder for anskaffelser til forsvarsformål og som berører sikkerhetsforhold, jfr. EØS-avtalens Art 123.

Det finnes også et unntak for leveranser fra det som kalles «utvidet egenregi». I EU-direktivets Artikkel 12 slås det fast at dersom to sentrale vilkår er oppfylt – at oppdragsgiver (den offentlige innkjøperen) har kontroll over leverandørene i samme grad som over egne virksomheter, og at leverandøren får minst 80 prosent av sine inntekter fra den offentlige oppdragsgiveren – kan en se bort for anskaffelseslovens krav om anbud og konkurranse. Leverandøren kan heller ikke være finansiert med privat kapital som det kan hentes utbytte fra. Dette er en problemstilling som har vært særlig aktuell i forhold til diskusjonen om kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner, og det vil bli grundigere drøftet og kommentert i kapittel 8 nedenfor.

5 Offentlig sektors innkjøpsmakt

I 2014 kjøpte offentlig sektor inn varer og tjenester for 461 milliarder kroner. Statsforvaltningens innkjøp ble beregnet til 208 mrd kr, mens kommunesektoren kjøpte inn for 171 mrd kr. De statlige helseforetakene, universiteter og høyskoler, Forsvaret, Statens vegvesen og Jernbaneverket er blant de største innkjøperne.³ Gjennom å stille krav til leverandørene kan offentlige myndigheter spille en sentral rolle i kampen mot sosial dumping, og eventuelt fremme andre, viktige samfunnshensyn. De ytre rammene for de kravene som kan stilles er fastlagt av EUs regelverk, mens konkretiseringen til norske forhold er gjort i den nye loven om offentlige anskaffelser og de forskrifter departementet nå utarbeider. Spørsmålene blir dermed både hva EØS-avtalen tillater norske myndigheter å gjøre, og hvordan norske myndigheter velger å bruke det handlingsrommet som finnes.

5.1 Terskelverdier

I EU-direktivets Art 4 er det fastsatt såkalte terskelverdier, som angir hvilket omfang en anskaffelse må ha før direktivet begynner å gjelde. Dette er minimumsverdier, som betyr at alle anskaffelser til høyere verdi enn de angitte er omfattet av hele regelverket i direktivet.

Når regjeringen oversetter dette til norske forhold, vil det ifølge dens forslag til ny forskrift (§ 4.2) være følgende EØS-terskelverdier som skal gjelde:

- a) 1 million kroner ekskl. mva. for statlige myndigheters vare- og tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser,
- b) 1,55 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgiveres vare- og tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser og
- c) 39 millioner kroner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter

I den nye anskaffelseslovens § 2 er det fastsatt at lovens virkeområde for det offentlige kjøp av varer og tjenester, inkl. bygge- og anleggskontrakter med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. merverdiavgift. Det betyr at Norge opererer med mye lavere grenser enn den som pålegges gjennom EU-direktivet.

EU-direktivet gir adgang til å ha særskilte regler for anskaffelser av helse- og sosialtjenester, og terskelverdien er her satt til 750 000 Euro. I den nye, norske lovens § 7a gis departementet fullmakt til å lage forskrift også om dette. Ifølge regjeringens forslag settes grensen ved en kontraktsverdi på 6 millioner kroner for kjøp av helse- og sosialtjenester.

De finnes argumenter for at norske regler skal operere med lavere terskelverdier enn de som pålegges gjennom EU-direktivet. De viktigste er kanskje at regelverket skal motvirke forskjellsbehandling og korrupsjon i forbindelse med offentlige innkjøp. På den andre siden medfører anbudssystemet mye byråkrati og administrativt arbeid for offentlige virksomheter, og det begrenser politikernes

³ Riksrevisjonens Dokument 3:14 (2015-2016) s. 35

mulighet til å styre, f.eks. det å favorisere lokalt næringsliv, et mangfold av leverandører, eller andre prioriterte formål.

EU-direktivet og det norske regelverket åpner for at offentlige innkjøpere kan gå i forhandlinger med en eller flere tilbydere. Regelverket for forhandlinger er varslet å komme i forskrift som departementet arbeider med.

6 Offentlige innkjøp og kampen mot sosial dumping

Offentlig sektor *skal* påvirke situasjonen i norsk arbeidsliv og vilkårene for arbeidstakerne gjennom de krav som stilles til leverandørene. Dette har vi forpliktet oss til gjennom ratifiseringen av ILO-konvensjon nr. 94 om offentlige anskaffelser. I prosessen før Stortinget i juni 2016 vedtok ny anskaffelseslov var interesse-motsetningene rundt hva dette skal bety i praksis, hvor langt man skulle gå i å stille krav, svært tydelig. I innstillingen fra næringskomiteen til Stortinget nøyde man seg med å omtale dette slik (Innst. 358L, s. 5):

«Diskusjonen om hvordan forskjellige samfunnshensyn skal ivaretas i anskaffelsesregelverket, rommer et bredt spekter av kompliserte og sammensatte problemstillinger».

De samfunnsmessige områdene som er særlig vurdert og omtalt i innstillingen er miljø, grunnleggende menneskerettigheter, arbeids- og sosiale forhold, begrensninger i antallet ledd i leverandørkjeden, krav om universell utforming, livsløpsstandard, lønns- og arbeidsvilkår, og krav om lærlinger.

I innstillingen konkluderes innledningsavsnittet om ivaretagelse av ulike samfunnshensyn slik (s.6):

«Selv om bare utvalgte samfunnshensyn er omfattet av de foreslåtte lovpåleggene, vil departementet understreke at anskaffelsesregelverket gir oppdragsgiver handlingsrom til å trekke inn andre samfunnshensyn på de ulike stadiene i en anbudsprosess.»

Det er en viktig presisering, som vi skal komme mer tilbake til. Det finnes nemlig eksempler på at kommuner og andre offentlige virksomheter går lenger enn lovens minimumsbestemmelser, f.eks. i kampen mot sosial dumping. Men, som vi skal se, står ikke offentlige virksomheter fritt til å trekke inn de hensyn man måtte ønske. EU-reglene legger klare begrensninger på hva som kan vektlegges, og hvor langt man har muligheter til å gå. I det videre skal vi fokusere på det som er mest relevant i kampen mot sosial dumping; – dvs. de delene som omfatter krav i forbindelse med lønns- og arbeidsvilkår, antall ledd i leverandørkjeden og krav om lærlinger.

Fagbevegelsens rolle i kampen mot sosial dumping, tillitsvalgtes innsynsrett, kollektiv søksmålsrett og bemanningsselskapenes rolle er ikke nevnt en eneste gang, verken i regjeringens proposisjon eller næringskomiteens innstilling til Stortinget. Vi skal komme nærmere tilbake til alt dette.

6.1 Lønns- og arbeidsvilkår

I anskaffelseslovens § 6 slås det fast at departementet i forskrift kan pålegge offentlige innkjøpere

... «å ta inn klausuler i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende forskrifter om allmenngjorte tariffavtaler eller landsomfattende tariffavtaler for de aktuelle bransjene.»

Dette er en videreføring av bestemmelsene i den forrige loven, og i gjeldende forskrift er det fulgt opp i følgende bestemmelse (§ 5, 3. ledd):

«... Med lønns- og arbeidsvilkår menes i denne sammenheng bestemmelser om minste arbeidstid, lønn, herunder overtidstillegg, skift og turnustillegg og ulempetillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji, i den grad bestemmelser følger av tariffavtalen.»

Disse formuleringene er i samsvar med det som omtales som «den harde kjerne» i EUs utstasjoneringdirektiv, og dagens utforming kom etter en endring som ble gjort under Stoltenberg II-regjeringen i 2011.

6.1.1 Krav om «normal lønn» eller minstesats?

Den første forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter kom i 2008, og var da den praktiske innføringen av ILO 94 i norsk lov. I den versjonen het det at offentlige innkjøpere skulle kontrollere at arbeidstakerne i leverandørbedriften

... «har ei lønn som er normal for vedkommende sted eller yrke».

Etter press fra ESA ble denne formuleringen tatt ut av forskriften, slik at vi står igjen med den som er referert ovenfor; - tariffavtalens minstesatser på de angitte områdene. I De Facto-rapporten Mot et tredelt arbeidsliv (nr. 4:2014) argumenterte vi for at dette bidrar til et lovlig, todelt lønnsnivå og ulike konkurransevilkår i arbeidsmarkedet. Det er nemlig stor avstand mellom det som er «normal lønn» på et sted eller i et yrke, og det som er minstesatsene i tariffavtalen.

Formuleringene i anskaffelsesloven og i forskriften om lønns— og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter er et av flere eksempler på hvordan EU-regelverket innskrenker norske myndigheters handlingsrom for å stille krav til leverandørene.

6.1.2 Ikke krav til pensjonsordningene

Et annet område, som er av stor betydning, er at det ikke kan stilles krav til leverandørene om at de må ha pensjonsordninger på linje med de man har i offentlig sektor. Pensjon er utenfor utstasjoneringdirektivets harde kjerne, og slike krav er dermed forbudt i henhold til EU-reglene.

Diskusjonene om outsourcing av oppgaver fra offentlige til private virksomheter handler ofte om at private kan utføre oppgavene billigere. Det finnes etter hvert et solid, forskningsmessig grunnlag for å konkludere med at outsourcing ikke gir billigere tjenester⁴. Men lavere pensjonskostnader hos private leverandører en viktig kilde til profitt i disse kontraktene. Mens virksomheter i offentlig sektor må beregne et påslag på 17-20 prosent i pensjonskostnader på toppen av brutto lønn, kan private virksomheter nøye seg med obligatorisk tjenstepensjons (OTP) minsteinskudd på 2 prosent. Selv de som hevder å ha «like gode pensjonsordninger» som i offentlig sektor, har innskuddsordninger med et påslag på pluss / minus 5 prosent. Det betyr en årlønnskostnad som er 10-15 prosent lavere hos private leverandører.

I De Facto har vi gjort beregninger som viser at en privat, standard fire-avdelings barnehage sparer nærmere 1 million kroner pr år, med å ha innskuddspensjon med 5 prosent innbetaling sammenlignet med den tilsvarende kommunale barnehagens ytelsesordning.

6.1.3 Reise, kost og losji

Det er viktig å merke seg at forskriften pålegger offentlige myndigheter å kreve at leverandører skal betale utstasjonerte arbeidstakernes utgifter til reise, kost og losji (RKL) som et tillegg til minstelønna, dersom det er hjemlet i gjeldende tariffavtale. Det samme kravet er med i allmenngjøringsforskriften for verftsindustrien, som ble vedtatt for noen år tilbake. Norske myndigheter mener dermed at utstasjoneringsdirektivet åpner for at dette kan stilles som minstekrav. Men det er både NHO og ESA uenige i. EFTA-domstolen kom i 2013 med en veiledende uttalelse til norske domstoler, hvor de (grovt sett) ga NHO/ESA medhold. Til tross for dette bestemte Høyesterett våren 2013 at Norge har rett til å pålegge arbeidsgivere med utstasjonerte arbeidstakere å betale RKL som et tillegg til tariffavtalens minstelønn.

Kontroversene rundt RKL er et eksempel på hvordan EØS-avtalen griper inn i norske myndigheters rett til å utforme tiltak mot sosial dumping. Høyesterett tok et selvstendig standpunkt, men understreket i dommen at deres konklusjon anses å være innenfor de forpliktelser som følger av EØS-avtalen.

Arbeidsgiverne leter hele tiden etter måter å omgå myndighetenes reguleringer. I RKL-saken har de utviklet en praksis hvor de registrerer en avdeling av selskapet og setter opp et lite kontor utenfor porten til det verftet de leier ut folk til. Deretter ansetter de arbeidstakerne «lokalt» i denne avdelingen, og mener at de da er fritatt for å betale reise, kost og losji til arbeidstakere som kommer i turnuser fra f.eks. østeuropeiske land.

Dette til tross for at Høyesterett i verftsaken omtalte dette slik:

«Staten og deres partshjelpere betegner for sin del situasjonen som en ren omgåelse av allmenngjøringsforskriften. Etter det som er opplyst for Høyesterett, kan det ligge nær å se det slik at det ordninger bemanningsselskapene har etablert, ikke innebærer noen annen realitet enn at de tidligere utsendte arbeidstakerne mister tilleggene

⁴ Se blant annet De Facto-rapport nr. 2:2015 Samarbeid lønner seg

sine. Jeg finner i så fall grunn til å stille spørsmål ved den rettslige holdbarheten av et slikt arrangement.»

Likevel kom Arbeidsretten i den såkalte Langseth-dommen til at dette ikke var brudd på tariffavtalen. Det Molde-baserte bemanningsselskapet Brødr. Langseth, som hadde leid ut polske arbeidere til seks norske verft, fikk medhold i at de lovlig kunne ansette disse i avdelinger med adresse på samme sted som verftene og dermed unnlate å dekke kostnader til RKL. Arbeidsretten mente dette var en lovlig tilpasning til gjeldende regelverk og ikke en ulovlig omgåelse for å unndra seg forpliktelsene i tariffavtalen. Dommen skapte sterke reaksjoner i fagbevegelsen.

Skattemyndighetene mener at lokal ansettelse må være knyttet til reell, lokal bosetting. I august 2016 opplyste skattedirektør Hans Christian Holte at skattemyndighetene vil sette i verk en intensivert kontroll av om utenlandske arbeidstakere får dekket de pendlertillegg de har krav på. I et intervju i Dagens Næringsliv⁵ uttalte Holte:

«I dag er det mulig for selskaper å tilpasse seg slik at arbeidstakere ikke får de pendlertillegg de har krav på. Vi skal skjerpe våre rutiner på dette området. ... vi vil sikre oss at vi får frem om de har fast bopel og familie i hjemlandet. Vi skjerper også kontrollen med at oppgitt bostedsadresse i Norge er en reell bolig, og ikke bare bedriftens kontoradresse. Dette tror vi vil gi bedre data for ansatte i Arbeidstilsynet, når de skal gjennomføre sine kontroller.»

Det er bra at myndighetene i forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige anskaffelser holder fast på sitt standpunkt om at RKL kommer i tillegg, og ikke kan «bakes inn» i minstelønna. Og det er bra at det gjennomføres kontroller av om oppgitt bosted er reelt. Men det har begrenset verdi, dersom det i prinsippet er lovlig for arbeidsgiverne å organisere seg bort fra forpliktelsene. Da vil det garantert dukke opp nye måter å omgå loven på. Det er derfor skuffende at man ikke brukte denne anledningen, når anskaffelsesloven var under revisjon, til å tette igjen hullene i alle fall i forbindelse med offentlige anskaffelser.

⁵ «Sjekker pendleradresser», DN, 17..08.2016

6.2 Antall ledd i kontraktskjeden

Bruk av under-, og under-under-leverandører, osv., er en viktig kilde til sosial dumping og arbeidslivskriminalitet i en rekke bransjer i norsk arbeidsliv. Med mange kontraktsledd er det vanskeligere å holde oversikt, til tross for at f.eks. Allmenngjøringslovens bestemmelse om solidaransvar i alle tilfeller plasserer ansvaret hos hovedentreprenøren. Erfaringer viser at når søkelyset likevel rettes mot en underleverandør som bryter lover og regler om lønns- og arbeidsvilkår, skatt, HMS-arbeid eller annet, slås selskapene konkurs og «forsvinner» før noen kan stilles til ansvar. De samme eierne kan så dukke opp under et nytt firmanavn, og fortsette som før. Problemet har vært særlig stort når leverandører og underleverandører leier inn personell fra bemanningsselskaper (se nedenfor). På denne bakgrunn har det i lang tid vært et viktig krav fra fagbevegelsen og fra seriøse (hoved)entreprenører at antall ledd i leverandørkjeden må begrenses.

Både regjeringen og næringskomiteen drøfter spørsmålet i arbeidet med ny lov om offentlige anskaffelser.

Regjeringen ønsket ikke en konkret bestemmelse inn i loven, men ville at departementet skal ha fullmakt til å pålegge begrensninger i antall ledd i leverandørkjeden gjennom fullmakt. Dette fikk man støttepartiene Krf og V med på, og bestemmelsen (ledd 3) i § 5 i loven lyder nå slik:

«Departementet kan i forskrift pålegge statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer å stille krav om begrensninger i antallet ledd i leverandørkjeden ved utførelsen av offentlige kontrakter i bransjer med særlige utfordringer knyttet til arbeidslivs-kriminalitet.»

Opposisjonspartiene i næringskomiteen (A, Sp og SV) pekte på at en for rigid begrensning av antall ledd i leverandørkjeden kunne gjøre det vanskelig for mindre, lokale bedrifter å få oppdrag i større prosjekter, og fremmet derfor følgende forslag:

«Flere ledd i leverandørkjeden kan aksepteres når særlig kompetanse eller et fåtall leverandører gjør det nødvendig. Dette må i så fall begrunnes og godkjennes før kontrakt inngås. Innleie omfattes av bestemmelsen.»

Det er viktig å merke seg siste setning i opposisjonspartiernes forslag. Men stortingsflertallet ønsket ikke å presisere at bemanningsselskaper skal inngå som et selvstendig ledd i leverandørkjeden, og dette ble ikke vedtatt.

I det utkastet til forskrift som har vært ute på høring våren 2016 foreslår regjeringen av antallet ledd i leverandørkjeden kan begrenses til to underleverandører, dvs tre ledd. Heller ikke i forskriftsforslaget er det presisert at innleie skal omfattes av bestemmelsen.

En del offentlige kontrakter er så store at et rent forbud mot underentreprenører vil favorisere et lite antall storkonserner. Innen veisektoren er det tilbud på motorveistrekninger hvor totalentreprisen er på mange milliarder kroner. I slike tilfeller er det gode grunner til å dele kontraktene i flere deler, slik at mindre, nasjonale og lokale anbydere kan konkurrere. I slike tilfeller er det nødvendig å dele oppdrag i flere hovedentrepriser, slik at ansvaret ikke smuldrer opp, og å stille krav

om at de som er underleverandører bruker egne mannskaper. Dette kommer vi nærmere tilbake til i avsnittet om bemanningsbransjen (se nedenfor).

Myndighetenes ganske lunkne holdning til å regulere antall underentreprenører forhindrer ikke at seriøse (hoved)entreprenører innfører klare begrensinger for egen regning. I 2015 gjennomførte f.eks. Statens vegvesen en endring i sine kontraktsvilkår. I Vegvesenets håndbok for byggekontrakter⁶ heter det:

«Virksomhet som foretar utleie av personell sidestilles i denne bestemmelsen med underentreprenør.

Entreprenøren plikter å gi byggherren informasjon om underentreprenørens økonomi, finansielle stilling, kapasitet og tekniske kompetanse, inklusive dokumentasjon på registreringer (Brønnøysundregisteret, autorisasjon for arbeider etc.) som er nødvendig for at byggherren skal kunne vurdere spørsmål om godkjenning. Videre skal entreprenøren klarlegge om valgte underentreprenør vil utføre alt arbeid selv, eller om denne planlegger ytterligere ledd under seg. Ytterligere ledd begrenses til ett ledd med mindre annet er spesielt avtalt med byggherren. Entreprenøren skal videreføre alle aktuelle krav i denne kontrakten til underentreprenørene.»

Det er verdt å merke seg at det statlige selskapet Nye Veier AS, som skal overta ansvaret for en betydelig del av riksveitbyggingen i Norge, ikke har en tilsvarende regel.

I et oppslag på nettstedet bygg.no⁷ omtales en tilsvarende policy-omlegging hos entreprenøren BackeGruppen. Der siteres administrerende direktør Sven Chr. Ulvatne slik:

«Mange ledd og flere aktører på samme prosjekt gjør det vanskelig å holde oversikt, og gir mafiaen mulighet til å drive svart. Flere av de useriøse aktørene bedriver storstilt fiktiv fakturering, og kan i noen tilfeller betale ned mot 10 kroner timen til sine ansatte. Dette vil vi redusere ved å innføre et maksimum antall ledd av underentreprenører. Fra 1. november innfører vi en grense på maksimalt to underentreprenørledd på alle våre prosjekter.»

På dette området er det ikke EU-regler, men manglende vilje hos norske myndigheter, som hindrer at vi har strengere lovregulering av denne avgjørende kilden til useriøsitet i arbeidslivet. Men som vi ser, forhindrer ikke dette at offentlige (og private) innkjøpere stiller klare krav til begrensning i antall ledd i leverandørkjeden.

⁶ Statens vegvesen, håndbok R763, kapittel C2 Pkt. 15.

⁷ [Bygg.no/article/1214555](http://bygg.no/article/1214555)

6.3 Krav om lærlinger

Situasjonen når det gjelder rekruttering til mange håndverksfag er nå svært alvorlig. Søkningen til håndverksfagene har gått ned, de som er under utdanning får ikke lære plasser i bedriftene, og frafallet fra utdanningen er stort. Det er derfor bred enighet om å bruke offentlige anskaffelser som virkemiddel til å bedre forholdene.

I den nye anskaffelsesloven lyder § 7 slik:

«Statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal stille krav om at leverandører er tilknyttet en lærlingeordning, og at en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med gjennomføringen av kontrakten. Kravet gjelder i bransjer hvor departementet i forskrift har definert at det er særlig behov for lære plasser. Departementet kan i forskrift fastsette nærmere regler om krav om bruk av lærlinger, herunder bestemme at kravet bare skal gjelde for kontrakter over en bestemt verdi og varighet.

I den enkelte anskaffelsen må krav etter første ledd stå i forhold til kontraktens art og omfang.»

Vi ser at den konkrete utformingen av kravene er overlatt til departementet, og i næringskomiteens innstilling (Innst. 358L- 2015-2016) heter det:

«Komiteen viser til at det under den åpne høringen i komiteen ble uttrykt bekymring for at det legges opp til for mange unntak, noe som innebærer at lærlingeklausulen blir uthulet. Komiteen viser til at det mangler lære plasser over hele landet, og at det som et utgangspunkt bør stilles krav om lære plasser i alle offentlige anbud og virksomheter, der det foreligger et behov.»

6.3.1 Ny forskrift på plass

Tidlig i august offentliggjorde Nærings- og fiskeridepartementet en ny «Forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter. Forskriftens § 5 omhandler terskelverdier og krav til kontraktens varighet. Her har man lagt seg på de terskelverdier som tilsvarer minimumskravene i EU-direktivet, dvs at det stilles krav om lærlinger i kontrakter som har en anslått verdi på minst 1,1 millioner kroner ekskl. mva for stat fylker og kommuner, og 1,75 millioner kroner for andre offentligrettslige organer. Kontraktene må ha en varighet på mer enn tre måneder.

Terskelverdiene for å kreve lærlinger er satt høyere enn lovens bestemmelse for når anskaffelsesloven skal gjelde (alle kontrakter med anslått verdi over eller lik 100 000 kroner ekskl. mva).

Det betyr at så godt som alle offentlige anskaffelser skal skje i samsvar med det som loven omtaler som de grunnleggende prinsippene, - dvs «prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet.» (§ 4).

I lovens § 7, som omhandler krav til bruk av lærlinger, så vi at «Departementet kan i forskrift fastsette nærmere regler om krav om bruk av lærlinger, herunder bestemme at kravet bare skal gjelde for kontrakter over en bestemt verdi.» Det er

denne bestemmelsen departementet har benyttet når kravet bare gjelder for kontrakter med en verdi over 1,1 millioner kroner / 1,75 millioner kroner.

I innstillingen fra næringskomiteen skrev en enstemmig komite at det «i utgangspunktet bør stilles krav til lærlinger i alle offentlige kontrakter». Når departementet setter grensen så pass høyt, må det sies å være et brudd på det Stortinget ønsket.

LO-sekretær Trude Tinnlund kritiserte i en kommentar til frifagbevegelse.no (23.08.16) at regjeringen har valgt å heve terskelverdien for krav til lærlinger, og mener at det vil sette arbeidet mot sosial dumping og seriøsitet i arbeidslivet tilbake.

Avslutningsvis skal vi nevne to andre avklaringer som kommer i den nye forskriften. I loven heter det at «Kravet gjelder i bransjer hvor departementet i forskrift har definert at det er særlig behov for lære plasser». I forskriftens § 7 er dette definert på følgende måte, (§ 7, 2. ledd):

«Særlig behov for lære plasser er det i en bransje når det ved siste søkning i videregående opplæring var klart flere søkere til lære plass innenfor et utdanningsprogram enn det antallet inngåtte lærekontrakter innen samme program. Ved fastsettelse av antall søkere og antall inngåtte lærekontrakter ved siste offentliggjorte statistikk fra Utdanningsdirektoratet legges til grunn.»

Formuleringen «klart flere» gir grunnlag for unødvendig uklarhet og tolkningsmuligheter, men for øvrig synes dette å være en håndterbar definisjon. Verre er det med den andre «avklaringen».

6.3.2 Utenlandske leverandører

I forskriftens § 8 om «Utenlandske leverandører», heter det:

«Utenlandske leverandører kan oppfylle kravet ved å benytte lærling fra lærlingordning i opprinnelseslandet. Dersom opprinnelseslandet ikke har lærlingordning, kan kravet oppfylles ved å benytte praksiselev fra opplæringsordning i opprinnelseslandet.»

Det er tvilsomt om dette er i samsvar med de føringer som ligger i innstillingen fra næringskomiteen. Der skriver en samlet komite:

«Komiteen ser det som viktig at det stilles krav om at bedrifter som deltar i anbud ved offentlige innkjøp må være aktive lærlingebedrifter og inkludere lærlinger i det aktuelle prosjektet. Kravet som stilles må gjelde både for norske og utenlandske bedrifter.»

Problemstillingen knyttet til utenlandske leverandører er drøftet i regjeringens proposisjon til Stortinget (Prop. 51 L – 2015-2016). På side 57-58 skriver departementet:

«På grunn av EØS-avtalens forbud mot diskriminering kan oppdragsgiver ikke stille krav om at lærlingen er tilknyttet en norsk lærlingordning. Utenlandske leverandører som er lærebedrift i hjemlandet og vil bruke lærlinger i arbeidet med utførelsen av

kontrakten, skal derfor kunne bli tildelt kontrakt på lik linje med norske leverandører. Dernest kan yrkesopplæringen i andre land være organisert på andre måter enn ved lærlingordninger, for eksempel ordninger med praksiselever. Ved utformingen av forskriftsregler vil departementet vurdere om også slike andre former for praktisk opplæring bør likestilles med å ha lærlinger. I tillegg kan utenlandske leverandører bli godkjent som lærebedrift i Norge når de utfører arbeid i Norge. Utenlandske leverandører må imidlertid sikres en reell mulighet til å bli tilknyttet en norsk lærlingordning, slik at de faktisk kan bruke lærlinger i Norge. I motsatt fall vil krav om bruk av lærlinger medføre indirekte diskriminering av leverandører fra land uten lærlingordning eller eventuelle tilsvarende ordninger.»

Her ser vi hvordan EØS-avtalens regler om ikke-diskriminering slår igjennom. Krav om lærlinger kan ikke utformes slik at det er en hindring for at utenlandske entreprenører skal kunne konkurrere om oppdragene. Problemet er hvordan offentlige innkjøpere skal kontrollere at en utenlandsk bedrift er knyttet til en akseptabel lærlingeordning? I forskriftens § 8 om kontroll er hele problemet skjøvet over til oppdragsgiverne. Der heter det kun at «Oppdragsgiver skal gjennomføre nødvendig kontroll av om bruk av lærlinger overholdes.» Det sies ingen ting om hvordan dette skal gjøres i forhold til utenlandske leverandører. Hva om en utenlandsk entreprenør oppgir at det er lærlinger med i deres anbud, mens dette ikke er tilfellet i praksis? Hvordan skal dette etterprøves? Hvilke krav skal stilles for at noen kan godkjennes som «praksiselev»? Av hvem, og hvordan, skal det kontrolleres? Regjeringen antyder ingen svar eller anvisninger på hvordan dette skal følges opp og kontrolleres.

6.3.3 Kommunene skjerper kravet til lærlinger

Kravene i regjeringens nye forskrift vil i praksis være oppfylt dersom leverandøren oppgir at det er én enslig lærling med. Det er for dårlig. Oslo kommune vil høsten 2016 gjøre vedtak om at ti prosent av timeverkene gjennomført for Oslo kommune skal gjøres av lærlinger. Dette skal innføres som en del av kommunens standard innkjøpskontrakt, opplyser finansbyråd Robert Steen i et intervju i Dagsavisen⁸. Det viser at offentlige innkjøpere kan ta ansvar, og tallene for læreplasser i Oslo viser at det er høyst nødvendig. I artikkelen opplyses det at mer enn 400 Oslo-elever ikke har fått lærlingplass høsten 2016. I samme artikkel siteres administrerende direktør i Byggenæringens Landsforening (BNL), Jon Sandnes, på at BNL, Fellesforbundet, DIFI og KS har laget en felles anbefaling til kommunene om å kreve minst sju prosent lærlinger i alle kommunale innkjøp. Offentlige innkjøpere pålegges nå å stille krav, og flere ser ut til å følge opp. Men i praksis har regjeringen overlatt til de offentlige virksomhetene å stille kravene, og der vil praksis kunne bli svært ulik. Men uansett krav vil et avgjørende spørsmål bli om, og hvordan, de vil kontrollere at kravene etterleves?

⁸ «Stiller knallsterke lærlingkrav», Dagsavisen 8. aug. 2016

7 Riksrevisjonens kritiserer dårlig oppfølging

Vi har sett at offentlige innkjøpere både kan og skal spille en aktiv rolle for å bekjempe sosial dumping og arbeidslivskriminalitet blant sine leverandører. Konkrete krav kan stilles i innkjøps- og anbudsreglementene, blant annet til at lønns- og arbeidsvilkår er i tråd med gjeldende allmenngjøringsforskrifter og enkelte minstebestemmelser i tariffavtalene. Det kan også kreves begrensninger i antall ledd i leverandørkjeden, og til at det skal være en viss andel lærlinger i utførelsen av kontraktene.

For lønns- og arbeidsvilkår er handlefriheten begrenset av de rammene som EØS-avtalen setter, og på dette området ble det ikke vedtatt noen innskjerpinger i forbindelse med Stortingets vedtak om ny anskaffelseslov i juni 2016. Reglene fra den tidligere loven videreføres. Sett i forhold til de problemer med sosial dumping som stadig avdekkes i arbeidslivet, er dette i seg selv kritikkverdig. Situasjonen skriker etter innskjerpinger og nye tiltak for å bekjempe uvesenet, og offentlig sektor kunne her blitt tildelt en foregangsrolle. At den blå-blå regjeringen ikke ønsket dette, er ikke overraskende. Men heller ikke opposisjonen fremmet krav om innskjerpinger, og det må delvis forstås som en erkjennelse av at EØS-avtalen kan stå i veien for ytterligere tiltak. Et like viktig spørsmål som innføring av eventuelle nye tiltak, er om de lover og regler som gjelder i dag faktisk etterleves i praksis? I juni 2016 presenterte Riksrevisjonen en undersøkelse av myndighetenes arbeid mot sosial dumping i offentlige anskaffelser⁹. Riksrevisjonen oppsummerer sine hovedfunn slik (s.8):

- «Offentlige virksomheter etterlever ikke i tilstrekkelig grad regelverket som skal bidra til å forhindre sosial dumping ved egne anskaffelser:
- Offentlige virksomheter har i for liten grad utviklet rutiner og systemer som kan sikre at forskriftskravene etterleves bedre, og motvirke og forhindre sosial dumping ved offentlige anskaffelser.
- Det er mangelfull etterlevelse av forskriftskrav til utforming av utlysninger av anbudskonkurranse, konkurransegrunnlag og kontrakter.
- Det er mangelfull oppfølging av lønns- og arbeidsvilkår hos leverandører engasjert gjennom offentlige kontrakter.
- Arbeidstilsynets tilsynsaktivitet bidrar ikke nok til å sikre at offentlig sektor etterlever regelverket som skal forhindre sosial dumping.
- Arbeids- og sosialdepartementets innsats for å sikre et arbeidsliv uten sosialdumping i offentlige anskaffelser kan forbedres.»

I Riksrevisjonens rapport er det et eget avsnitt om mangelfull oppfølging av lønns- og arbeidsvilkår hos leverandører i offentlige kontrakter (pkt. 2.1.3 s. 10). Der viser undersøkelsen at det i 75 prosent av anskaffelsene ikke er gjennomført kontroller av lønns- og arbeidsvilkår hos leverandørene, og bare halvparten av de som sier at de gjennomfører kontroller kunne dokumentere det. Det betyr at det for 85-90 prosent av alle offentlige anskaffelser ikke gjennomføres dokumenterte tiltak

⁹ Dokument 3:14 (2015-2016)

overfor leverandørene for å sikre at lønns- og arbeidsvilkår er i tråd med norsk regelverk. I rapporten skriver Riksrevisjonen videre:

«Offentlige oppdragsgivere kontrollerer i liten grad dokumenter – som arbeidsavtaler, lønns slipper og bankutskriftene – som kan bekrefte om arbeidstakerens lønns- og arbeidsvilkår er i samsvar med minimumsvilkårene i tariffavtaler og allmenngjøringsforskriftene. I den grad slike dokumenter innhentes, kan det i noen tilfeller være usikkert om dokumentasjonen er pålitelig. Mange offentlige oppdragsgivere framhever i tillegg at de ikke har tilstrekkelig kompetanse til å kunne vurdere ektheten av framlagt dokumentasjon. For eksempel kan dokumentasjon innhentet gjennom kontroll av leverandør eller underleverandør, være korrekt, samtidig som annen informasjon om brudd på lønns- og arbeidsvilkår holdes skjult for oppdragsgiver ved at leverandøren eller underleverandøren krever at ansatte må arbeide gratis i hjemlandet eller tilbakebetale deler av lønnen i kontanter. Slike tilfeller avdekkes ofte ved en tilfeldighet, og bidrar til å gjøre det svært vanskelig å anslå rekkevidden av problemene med sosial dumping. Det er imidlertid viktig at mistanke om sosial dumping følges opp av politi og rettsvesenet.»

Offentlige myndigheter har et selvstendig ansvar for å ha nødvendig kunnskap og rutiner om regelverket i sin organisasjon, og en plikt til å kontrollere at reglene etterleves hos leverandørene. I neste omgang er det Arbeidstilsynets oppgave å føre tilsyn med at offentlige myndigheter etterlever de krav som forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlig kontrakter stiller. I sin rapport kritiserer Riksrevisjonen at omfanget av kontroller fra Arbeidstilsynet er lite, og at reaksjonene på regelbrudd er milde. Over de tre årene 2013-15 ble det til sammen gjennomført 350 kontroller. Riksrevisjonen konkluderer slik (s. 11):

«Gjennom de få tilsynene med lønns- og arbeidsvilkår overfor offentlig sektor har arbeidstilsynet avdekket flere feil og mangler hos kommuner og statlige etater i et omfang som tilsier at tilsyns- og veiledningsvirksomheten samlet sett ikke har vært tilstrekkelig. Arbeidstilsynet bruker milde reaksjonsformer mot virksomheter som ikke følger regelverket. ... Etter at Arbeidstilsynet har avsluttet en tilsynssak hos en kommune eller statlig etat, kan imidlertid samme offentlige oppdragsgiver gjøre feil ved senere anskaffelser»

I sine kommentarer til rapporten avviser Arbeids- og sosialdepartementet denne kritikken. I tilsvaret heter det (Riksrevisjonens rapport, s.13):

«Etter statsrådets vurdering gir rapporten ikke tilstrekkelig belegg for å hevde at Arbeidstilsynet gjennomfører for få tilsyn med grunnlag i det aktuelle regelverket, og at sanksjonsbruken er for mild.»

For øvrig er statsrådets svar på kritikken full av forsikringer om at departementet vil prioritere kampen mot arbeidslivskriminalitet høyt, og at det nå «er gode rettslige virkemidler for å bekjempe sosial dumping i offentlig sektor». Man er fornøyd med de verktøy en har. I sin sluttmerknad konkluderer Riksrevisjonen slik:

Rapport 2:2016

«Det konstateres at statsråden i samarbeid med tilsynsmyndigheter og andre berørte departementer vil følge opp funn om offentlig sektors manglende etterlevelse av regelverket som skal sikre visse standarder for lønns- og arbeidsvilkår for de ansatte hos oppdragstakere. Etter Riksrevisjonens vurdering har likevel arbeids- og sosialministeren i sitt svarbrev i liten grad gjort rede for på hvilken måte Riksrevisjonens anbefalinger vil bli fulgt opp.

... Riksrevisjonen fastholder at Arbeidstilsynet i hovedsak bruker milde reaksjonsformer mot virksomheter som ikke følger regelverket.»

Språkbruken er dempet, men innholdet er ikke til å misforstå: Riksrevisjonen konstaterer at regjeringen ikke har konkrete planer om å skjerpe regelverket og kampen mot sosial dumping hos leverandører i offentlige kontrakter. Det ble da også bekreftet i forbindelse med Stortingets vedtak om ny lov om offentlige anskaffelser i juni 2016. Der ble det ikke fremmet et eneste forslag til nye og bedre tiltak på området.

8 Flere tiltak er nødvendig

Regjeringen og Stortinget kunne brukt anledningen med revisjonen av anskaffelsesloven til å komme med flere og mer effektive tiltak i kampen mot sosial dumping. Det ville man ikke. Man er fornøyd med de redskapene en har, jfr statsrådets svar på Riksrevisjonens kritikk. Og en vil i alle fall ikke utfordre EU-regelverket. I det følgende skal vi se nærmere på to sentrale områder som ikke ble behandlet i arbeidet med loven; – fagbevegelsens rolle i kampen mot sosial dumping og bemanningsselskaperes rolle. På hver sitt vis illustrerer de både manglende politisk vilje til å utnytte det handlingsrommet som finnes, og den sterke lojaliteten til de grensene som EU-regelverket setter. Avslutningsvis skal vi vise et eksempel på en mer offensiv tilnærming, den såkalte Telemarksmodellen, hvor myndigheter og fagbevegelse har gått sammen om å lage et innkjøpsreglement som skal fremme seriositet i arbeidslivet. Der finnes det eksempler på hva som kunne vært gjort, hvis viljen hadde vært tilstede.

8.1 Fagbevegelsens rolle

I arbeidet med å implementere EU-direktivene og revisjonen av anskaffelsesloven er det et forhold som totalt glimrer med sitt fravær: Det er fagbevegelsens rolle i kampen mot sosial dumping og arbeidslivskriminalitet hos leverandørene i offentlige kontrakter. Den blå-blå regjeringen tilpasser politikken til NHOs krav om at det kun er Arbeidstilsynet som skal stå for kontroll med at lover og regler etterleves. Riksrevisjonen påpekte at kontrollvirksomheten fra Arbeidstilsynet er svært begrenset, og selv med tilføring av mer ressurser vil Arbeidstilsynet aldri kunne nå bredt og grundig ut. De drøyt hundre kontroller pr år som er gjennomført siden 2013 kan ikke dekke mer enn promiller av alle offentlige innkjøp, som summeres til mer enn 460 milliarder kroner pr år.

Den eneste aktøren som hver dag er tilstede i størstedelen av arbeidslivet, og som har en sterk egeninteresse i å følge opp at regelverket etterleves, er de lokale klubbene og fagforeningene. Spørsmålet om fagbevegelsens plass i kampen mot sosial dumping er derfor helt sentralt.

I Allmenngjøringsloven (§11, 5. ledd) er det bestemmelser om at tillitsvalgte har rett til innsyn i lønns- og arbeidsvilkår hos arbeidstakere som arbeider innenfor allmenngjort tariffområde, og i Arbeidsmiljøloven (§14.12.b) er det tilsvarende bestemmelser om innsynsrett ved innleie fra bemanningsforetak. Bestemmelsene har kommet inn etter press fra fagbevegelsen.

Anskaffelsesloven har ingen særskilte bestemmelser som gir tillitsvalgte innsynsrett ut over det som er regulert i allmenngjøringsloven og AML, og spørsmålet ser ikke ut til en gang ut til å ha blitt berørt i arbeidet med ny lov. Ut ifra de høringsuttalelser som ble avgitt, kan vi heller ikke se at fagbevegelsen brakte det på bane. Er man utenfor allmenngjort tariffområde, eller har en leverandør som ikke har innleie fra et bemanningsselskap, har ikke tillitsvalgte hos offentlige innkjøpere noen form for innsynsrett. En egen lovbestemmelse om tillitsvalgtes innsynsrett ville vært naturlig, dersom man virkelig ønsker å styrke kampen mot sosial dumping hos leverandører i offentlige kontrakter.

8.2 Bemanningsselskapenes rolle

Det er en sterk sammenheng mellom bransjer med stor forekomst av sosial dumping og omfanget av innleie fra bemanningsselskaper i bransjen. Dette til tross for at EUs vikarbyrådirektiv, med sitt såkalte likelønnsprinsipp, kom inn i norsk lov fra 1. januar 2013. AML §14.12.a lyder slik:

«§ 14-12 a. Likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår ved utleie fra bemanningsforetak

- (1) Bemanningsforetaket skal sørge for at utleid arbeidstaker minst sikres de vilkår som ville kommet til anvendelse dersom arbeidstaker hadde vært ansatt hos innleier for å utføre samme arbeid, når det gjelder:
 - a) Arbeidstidens lengde og plassering
 - b) Overtidsarbeid
 - c) Varighet og plassering av pauser og hviletid
 - d) Nattarbeid
 - e) Feriefritid, feriepenger, fridager og godtgjøring på slike dager og
 - f) Lønn og utgiftsdekning
- (2) Arbeidstaker som blir leid ut, skal ha samme tilgang til felles goder og tjenester hos innleier som virksomhetens egne arbeidstakere, med mindre objektive grunner tilsier noe annet.
- (3) Departementet kan i forskrift bestemme om og i hvilken utstrekning bestemmelsene om likebehandling kan fravikes ved tariffavtale. Den generelle beskyttelse av arbeidstakerne må i alle tilfelle respekteres.»

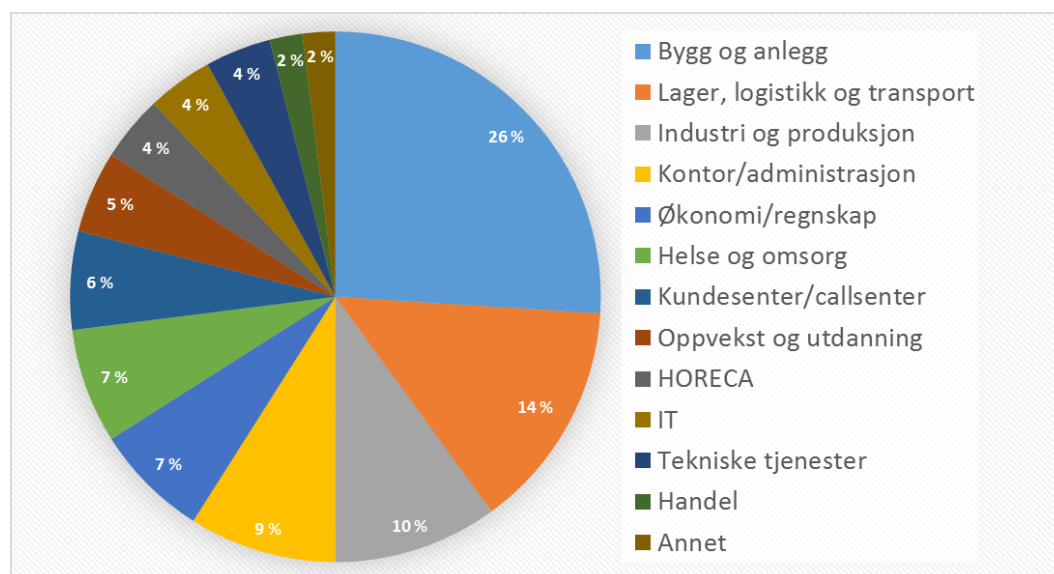
En skulle kanskje tro at dette, sammen med bestemmelsen og tillitsvalgtes innsynsrett, er tilstrekkelig til å sikre ryddige forhold i bemanningsbransjen. Men sånn er det ikke.

En illustrasjon på hvor i norsk arbeidsliv problemene med sosial dumping er størst, finner vi i listen over hvilke tariffområder det er gjort allmenngjøringsvedtak for. Her er minstebestemmelsene i gjeldende tariffavtaler gjort til lov gjennom vedtak i tariffnemnda, og slike vedtak kommer bare dersom det er grundig dokumentert at problemene med sosial dumping er store. Pr. 1. august 2016 er bestemmelser i følgende tariffavtaler allmenngjort¹⁰:

- Byggeplasser i Norge
- Godstransport på vei
- Persontransport med turbil
- Industrioverenskomsten/VO-delen for skips og verftsindustrien
- Landsoverenskomsten for elektrofagene
- Renholdsbedrifter
- Fiskeindustribedrifter
- Jordbruks og gartnerinæringene

¹⁰ Oversikten er hentet fra Fafos temaside om Allmenngjøring og minstelønn, Faf.no

I NHO Service sitt faktahefte «Verdt å vite om bemanningsbransjen – basert på årsstatistikken for 2016» finner vi følgende oversikt over hvilke bransjer utleie skjer til (figur 9, side 8):



Vi ser at de tre største bransjene, som dekker 50 prosent av all utleie fra bemanningsselskapene, er akkurat de samme som de som har så store problemer med sosial dumping at det har blitt gjort allmenngjøringsvedtak. Spørsmålet er så om det er en sammenheng mellom innslaget av innleie og forekomsten av sosial dumping? Skulle ikke likelønnsprinsippet fungere som et vern mot sosial dumping?

For det første åpner likelønnsreglene for at innleide arbeidstakere, med kreativ tilpasning, kan lønnes på tariffavtalenes minstesatser. I De Facto-rapport 4:2014 Mot et tredelt arbeidsliv viser vi at utenlandske arbeidstakere, innleid gjennom bemanningsselskaper, kan betales 50-70 kroner mindre pr time enn det som er vanlig for tilsvarende arbeid fra fast ansatte i bedriftene. Fagarbeidere ansettes som ufaglærte med null ansiennitet, selv om de har solid erfaring og utfører fagarbeid.

For det andre praktiserer bemanningsselskapene en ordning med «Ingen lønn mellom oppdrag». Dette gir både innleiebedriftene og bemanningsselskapene maksimal fleksibilitet, på arbeidstakernes bekostning. Ordningen fungerer ekstremt disiplinerende på de innleide, som hele tiden har trusselen hengende over seg: Det blir ingen nye oppdrag / nytt arbeid dersom de protesterer på noe, ikke arbeider nok, og er hundre prosent lojale.

For det tredje undergraver bemanningsselskapene det organiserte arbeidslivet. Ifølge NHO Service er gjennomsnittlig ansettelsesperiode i bemanningsselskapene fire måneder¹¹, og en så løs tilknytning er i seg selv et stort hinder for organisering. Fagorganisering og tillitsvalgtarbeid er pr definisjon å ivareta medlemmenes interesser overfor ledelsen i bedriftene. I mange sammenhenger er interessene motstridende, og de tillitsvalgte må forhandle og kjempe for medlemmenes

¹¹ NHO Service Verdt å vite om bemanningsbransjen 2016, s. 4

rettigheter. Resultatet er at nesten ingen i bemanningsselskapene er fagorganisert, og det er nesten umulig å få noen til å påta seg tillitsverv.

Summen av alle disse forholdene har resultert i at organisasjonsgraden i byggebransjen har gått sterkt tilbake. I Oslo-området mener fagforeningene at det nå nærmer seg kun 10 prosent fagorganiserte i bransjen, mot rundt 30 prosent for et tiår siden. Når de seriøse (?) bedriftene knapt nok har egne ansatte, men baserer seg på underentreprenører (i flere ledd) og innleie, fungerer det i praksis som fagforeningsknusing. I et marked uten fagforeninger, og med et stort innslag utenlandske arbeidstakere som er i en sårbar situasjon, ligger alt til rette for sosial dumping.

Det mest effektive tiltaket mot sosial dumping i mange bransjer vil være å forby utleie av arbeidskraft. Dette var en del av det norske lovverket helt frem til 2000. Da ble loven «speilvendt». Hovedregelen med forbud mot utleie, men med enkelte unntak, ble i stedet en generell adgang til utleie, men med visse begrensninger. I prinsippet er det kun lov å leie inn arbeidskraft til oppgaver som er av midlertidig karakter og som ikke er de bedriften driver med til vanlig, eller som vikarer som erstatter navngitte personer ved deres fravær, mv. (AML §14.12.a, siste ledd). All annen innleie krever avtale med tillitsvalgte. Det er grunn til å tro at det syndes mye mot dette. EØS-avtalen hindrer norske myndigheter i å innføre et generelt forbud mot innleie av arbeidskraft. EUs vikarbyrådirektiv pålegger oss å behandle bemanningsbransjen på lik linje med andre bransjer.

I enkelte tariffavtaler har fagforeningene fått inn bestemmelser som i praksis er et forbud mot innleie (f.eks. i Heisoverenskomsten). ESA har pålagt norske myndigheter å foreta en gjennomgang av alle tariffavtaler, for å se til at det ikke er bestemmelser som er i strid med vikarbyrådirektivets åpning for innleie. Regjeringen har sendt anmodningen videre til hovedorganisasjonene, og de har i praksis ikke foretatt seg noe som helst. Det gjenstår fortsatt å se om NHO vil presse på ytterligere for å få ESA til å følge opp dette, og åpne sak mot Norge

Innenfor det regelverket som finnes, er det mulig for seriøse arbeidsgivere, myndigheter og fagbevegelse å samarbeide tettere om kontroll med at de krav som stilles til bemanningsbransjen etterleves. Det skal vi se nærmere på i det følgende avsnittet.

8.3 Telemarksmodellen

Det finnes eksempler på at offentlige myndigheter kan lage innkjøpsregler som på en mer offensiv måte fremmer et seriøst arbeidsliv og skjerper kampen mot sosial dumping. Etter et nært og tett samarbeid mellom Telemark fylkeskommune og fagbevegelsen i fylket, ble det i 2014 vedtatt et innkjøpsreglement som blir omtalt som Telemarksmodellen. Den er særlig rettet mot kontrakter i bygg- og anleggsbransjen, men kan i prinsippet også gis en mer generell anvendelse. I 15 punkter gjøres det klart hvilke krav og forventninger som stilles til leverandørbedriftene, og hvilke konsekvenser brudd på betingelsene vil medføre. Vi gjengir her de 15 punktene i sin helhet.

- «1. Arbeidet skal utføres av tilbyder og dennes ansatte i tjenesteforhold, eller av på forhånd avtalte underentreprenører og deres ansatte. Tilbyder skal til enhver tid kunne framlegge dokumentasjon på ansettelsesforholdet.
2. Eventuell bruk av innleid arbeidskraft skal være avtalt med byggherren. Innleie skal gjøres i samsvar med arbeidsmiljøloven, og det skal dokumenteres at innleid arbeidskraft har ordnede lønns- og arbeidsvilkår. Innleide skal være fast ansatt med lønn mellom oppdrag i utleiebedriften
3. Norsk er hovedspråk på byggeplassen, både skriftlig og muntlig. Personer som har ledende funksjoner på byggeplassen, skal beherske norsk.
4. Alle arbeidstakere på byggeplassen skal ha kunnskap om og forstå sikkerhetsopplæring, sikkerhetsinstrukser, bruksanvisninger, varselskilt m.m. Dersom det er arbeidstakere på byggeplassen som ikke forstår norsk, er det tilbyders ansvar at disse får sikkerhetsinstruksjoner på et språk de forstår.
5. Tilbyder og underentreprenører som skal engasjeres i prosjektet, skal være godkjente og aktive lærlingbedrifter. Lærling(er) skal delta i arbeidet med utførelse av den aktuelle kontrakten. Evt. unntak skal særskilt begrunnes.
6. Avtale om under entreprise med enkeltpersonforetak skal avtales med byggherren.
7. Byggherren tillater ikke mer enn to ledd i kontraktskjeden. Byggherren kan godkjenne tre ledd når det foreligger en god begrunnelse. Det skal aldri være mer enn tre ledd i kontraktskjeden. Hovedentreprenøren regnes som første ledd. Bemanningsforetak etter Arbeidsmiljøloven § 14.2 regnes som ett ledd i kontraktskjeden.
8. Byggherren kan kreve dagmulkt dersom tilbyder selv eller noen av hans kontraktsmedhjelpere anvender ulovlig eller ikke kontraktsmessig arbeidskraft og forholdet ikke er blitt rettet innen en frist gitt ved skriftlig varsel fra fylkeskommunen. Mulkten løper fra fristens utløp til forholdets opphør.
9. Ansatte skal ikke ha dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn vilkårene som er fastsatt i tariffavtale for tilsvarende arbeider innenfor den aktuelle bransje. Dette gjelder også innleid arbeidskraft. Ved konstatert brudd på ovennevnte bestemmelse, og tilbyder ikke har rettet feilen innen fristens utløp, kan byggherren heve kontrakten. Evt. andre sanksjonsmuligheter kan avtales i kontrakt.
10. Tilbyder skal på oppfordring legge fram dokumentasjon om lønns- og arbeidsvilkårene til de ansatte. Alle avtaler tilbyder inngår, og som innebærer utføring av arbeid under gjeldende kontrakt, skal inneholde tilsvarende dokumentasjon.
11. Lønn og annen godtgjørelse for samtlige arbeidstakere skal utbetales til konto i bank. Byggherren skal i tillegg til de vanlige dokumentasjonskravene kunne følge pengestrømmen ut til de ansatte.

Rapport 2:2016

12. Tilbyder skal dokumentere at majoriteten av de ansatte (også evt. innleide) er faglærte innfor sitt fagområde. Med faglærte forstås fagbrev eller tilsvarende formell utdanning.

13. Alle firma i kontraktskjeden skal gi byggherren fullmakt til å innhente relevante skatteopplysninger (SKAV-skjema) fra Skatteetaten, både før kontraktsinngåelse og i hele kontraktsperioden.

14. Det skal være elektronisk adgangskontroll på byggeplassen.

15. Tilbyder plikter å sørge for at likelydende bestemmelser (pkt. 1-14) inntas i kontrakter med underentreprenører.

Telemark Fylkeskommune forventer at tilbydere forholder seg til intensjonen i dette vedtaket som er å fremme et seriøst arbeidsliv med bruk av faste ansatte.

Omgåelser og tilpasninger vil ikke bli akseptert, og kan føre til at byggherren opphever kontrakten.»

Hvis vi relaterer dette reglementet mot de spørsmål som har vært oppe i forbindelse med den nye anskaffelsesloven, er det særlig verdt å merke seg at Telemark fylkeskommune går lenger en lovens minstekrav på flere områder:

- Innleie kan bare skje etter avtale og fra bemanningsselskap som praktiserer «fast ansettelse med lønn mellom oppdrag»
- Hovedregelen er at det kun tillates to ledd i kontraktskjeden, at hovedentreprenøren regnes som første ledd og at bemanningsforetak regnes som et ledd
- Bruk av underleverandører skal være avtalt på forhånd
- Norsk er hovedspråk på arbeidsplassen, og personer med ledende funksjoner skal beherske norsk
- Majoriteten av de ansatte skal være faglærte innenfor sitt fagområde
- Det skal være elektronisk adgangskontroll på byggeplassen

Det er viktig å understreke betydningen av at dette er et reglement som er utviklet av fylkeskommunen og fagbevegelsen i samarbeid, og at de tillitsvalgte dermed gis en tydelig rolle i forbindelse med oppfølging og kontroll. Telemarkmodellen viser hvilket handlingsrom politikerne hadde når de reviderte anskaffelsesloven i juni 2016. Men det finnes ingen politisk vilje til å bruke dette handlingsrommet.

9 Ideelle organisasjoner taper

Vi har tidligere vist til at offentlig sektor kjøpte inn varer og tjenester fra privat sektor for mer enn 461 milliarder kroner i 2014, og det er rimelig å anta at beløpet er enda høyere i dag. Det er åpenbart at offentlig sektor uansett vil være en stor innkjøper. Men på noen områder er det, som vi vet, politisk strid om hvorvidt offentlige virksomheter skal kjøpe inn fra private eller produsere tjenestene selv. Det gjelder særlig innenfor velferdstjenester, men også når det gjelder kollektivtrafikk og tekniske tjenester (som renovasjon, o.a.) har det vært strid om konkurranseutsetting og privatisering. Innenfor velferdssektoren er bruk av private, kommersielle drivere særlig kontroversielt. «Skattekrone skal gå til å produsere tjenester, ikke til profitt» har vært privatiseringsmotstandernes viktigste slagord.

Innenfor helse- og sosialfeltet har det, både i Norge og mange andre europeiske land, vært lang tradisjon for at ideelle organisasjoner har utført tjenester for det offentlige. Røde kors, Blå kors, Kirkens Bymisjon, Norske Kvinners Sanitetsforening, Norsk Folkehjelp, Frelsesarmeen og en lang rekke ideelle stiftelser er eksempler på organisasjoner som gjennom årtier har drevet institusjoner og tiltak innenfor psykisk helsevern, rusfeltet, rehabiliteringstjenester, barnevern, asylmottak, personlige tjenester, mm. Delvis har (noen av) de nevnte organisasjoner, men også sammenslutninger av foreldre og pårørende, drevet barnehager og ulike institusjoner. Ulike pedagogiske-, religiøse- og livsytelsesretninger har drevet skoler. I sum utgjør disse det som omtales som ideell, non-profit basert sektor.

De nye (og gamle) EU/EØS-reglene setter rammebetingelser (også) for de ideelle organisasjonene. I de nye direktivene innskrenkes myndighetenes mulighet til å tildele oppdrag til ideelle utenom anbuds konkurranser innenfor helse- og sosialsektoren. Det er uenighet blant jurister om hvor langt disse innskrenkningene går. Dette skal vi komme nærmere inn på i det følgende. Vi skal også se på hvordan EUs generelle konkurranseregler brukes til å hindre kommuner i å prioritere ideelle fremfor kommersielle barnehagedrivere.

9.1 Nytt EU-regelverk - ny norsk lov

Før de nye EU-direktivene ble vedtatt, og før lov om offentlige anskaffelser ble endret i juni 2016, var helse- og sosialtjenester unntatt fra pålegget om konkurranse og anbudsplikt. I den forrige forskriften om offentlige anskaffelser, (FOA) § 2-1 tredje ledd, het det:

«For kontrakter om utførelse av helse- og sosialtjenester med en ideell organisasjon er oppdragsgiver ikke forpliktet til å følge regler i forskriftens del II og III».

I praksis betydde det at man ikke trengte å følge prosedyrene med åpent tilbud og fri konkurranse. Oppdrag kunne beholdes ideelle. Det at kjøp fra ideelle organisasjoner var omfattet av del I i forskriften innebar at det måtte gjennomføres

en konkurranse mellom ideelle om oppdrag for det offentlige, og at det må skje i samsvar med de generelle konkurransereglene i EU-retten (bl.a. prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling).

Grunnlaget for unntaket var at det forrige EU-direktivet om offentlige anskaffelser skilte mellom A og B-tjenester (i Norge omtalt som prioriterte og uprioriterte tjenester), og at direktivet bare gjaldt for A (prioriterte) tjenester. Helse- og sosialtjenester var i kategorien B (uprioriterte) tjenester, og dermed ikke omfattet av direktivet.

I EUs nye anskaffelsesdirektiv (2014/24) er skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester opphevet. Det betyr at helse- og sosialtjenester nå er omfattet av anskaffelsesdirektivet, og denne endringen slår også inn i norsk lov. I den nye anskaffelsesloven er det ikke noe unntak for helse- og sosialtjenester, og i den nye forskriften kommer det ikke til å være med en bestemmelse lik den som tidligere var i § 2-1(3) (se ovenfor).

Riktignok anerkjenner EU fortsatt at helse- og sosialtjenester ikke er som alle andre tjenester, og i det nye direktivet finnes det derfor et eget kapittel (artiklene 74-77) om «Sosiale og andre spesifikke tjenester» som gir rom for noe større fleksibilitet enn det som ligger i hovedreglene. Dette skal vi komme tilbake til. Særstillingen medfører også at terskelverdien for kontrakter som er omfattet av anskaffelsesdirektivet er høyere enn de som gjelder generelt; – 750 000 Euro. Regjeringen har varslet at den kommer til å foreslå en grense på 6 millioner kroner i det norske regelverket. Kontrakter om levering av helse- og sosialtjenester under denne verdien omfattes ikke av anskaffelsesreglene.

Det er uenighet mellom jurister om de nye artiklene i EU-direktivet innebærer en reell endring i mulighetene for å forbeholde oppdrag for ideelle organisasjoner. I en utredning som prof. Fredrik Sejersted gjorde for Justisdepartementet i 2014 konkluderte han slik:

«Etter min vurdering er det klart at dagens unntak i § 2-1(3) ikke kan videreføres i sin nåværende form når direktiv 2014/24 skal gjennomføres i norsk rett. Begrunnelsen er først og fremst den endringen som nå skjer, ved at helse- og sosialtjenester tas inn under det generelle anskaffelsesdirektivet.»¹²

I den videre drøftingen viser Sejersted til at det likevel er et betydelig handlingsrom for fortsatt å prioritere ideelle organisasjoner for helse- og sosialtjenester, dersom det er politisk ønske om det. Sejersted skriver:

«Dersom det er politisk ønske om det, vil det være mulig å utforme særskilte regler for anskaffelse av helse- og sosialtjenester på en slik måte at de i stor grad åpner for å vektlegge kriterier som ideelle organisasjoner ofte vil ha særlig gode forutsetninger for å oppfylle. Det gjelder ikke minst organisasjoner som allerede er godt etablert på de aktuelle områdene, og som kan dokumentere kvalitet og vise til erfaring over tid.

¹² Rettslig vurdering av om unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres, Professor Fredrik Sejersted, Oslo 2. juni 2014

I tillegg til nye generelle regler vil det også kunne være betydelig frihet for den enkelte oppdragsgiver i den konkrete sak til å utforme kriteriene i konkurransegrunnlaget på en slik måte at en særlig etterspør kvaliteter som ideelle organisasjoner vil kunne være godt posisjonert til å oppfylle. Oppdragsgiver vil også stå forholdsvis fritt til å bestemme hvor tungt slike kvalitative hensyn skal vektlegges i forhold til andre kriterier, slik som pris.»¹³

På oppdrag for sammenslutningen Ideelt Nettverk utarbeidet advokat Morten Goller i Advokatfirmaet Wiersholm AS et notat om det rettslige handlingsrommet for bruk av ideelle organisasjoner innenfor det nye EU-direktivet. Han går noe lenger enn Sejersted, og konkluderer slik:

«Etter vårt syn har norske myndigheter en adgang til også under anskaffelsesdirektivet 2014/24 til å reservere kontrakter om helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner. Adgangen må imidlertid anses å stille større krav til begrunnelse enn det som er tilfellet under unntaket som i dag følger av FOA § 2-1 (3). Anvendelsen av unntaket vil i større grad måtte begrunnes konkret i oppfyllelse av relevante hensyn.»

Under behandlingen av ny anskaffelseslov i juni 2016 førte uklarhetene (om hvor langt åpningen i artiklene 74-77 i EU-direktivet rekker), til at næringskomiteens representanter fra Arbeiderpartiet, Krf, Senterpartiet og SV foreslo følgende:

«Departementet skal gi oppdragsgivere adgang til på nærmere angitte vilkår å reservere kontrakter om helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner.»

Regjeringen fikk med seg Venstre til å si nei til dette, og dermed kom det ikke inn i den nye loven. Det gjenstår å se hvilke anbefalinger som tas inn i en ny forskrift. Basert på erfaringene fra forskriften om bruk av lærlinger (se ovenfor) er det grunn til å vente at ansvaret for å utforme kriterier skyves over til de offentlige virksomhetene. I så fall får vi ikke noen avklaring av hvor langt en offentlig etat kan gå når det gjelder «å skreddersy» oppdrag for ideelle organisasjoner. I siste instans kan det bli ESA og Efta-domstolen som får ansvar for å trekke grensene også på dette området.

9.2 Rettssak mot Oslo kommune

Oslo kommune benyttet ved en anbudsutlysning i mai 2016 adgangen i den gamle forskriften (FOA § 2-1 (3)) til å reservere en konkurranse om kontrakter innen barnevernet til ideelle organisasjoner. Dette fikk NHO Service, på vegne av sju kommersielle drivere, til å gå til rettssak mot Oslo kommune for å få kjent utestengelsen av kommersielle som ulovlig. NHO krevde også at anbudsprosessen ble stoppet inntil rettskraftig dom foreligger. Saken var oppe i Oslo tingrett i begynnelsen av september 2016, og for NHO ble dommen et knusende nederlag. I skrivende stund er det ikke klart om dommen ankes, men det er høyst sannsynlig.

¹³ Handlingsrom for bruk av ideelle organisasjoner, Ansv. Advokat Morten Goller, 15. juni 2015

Det sier kanskje noe om hva som ligger foran oss, når NHO Service valgte å gå til sak allerede sommeren 2016. På dette tidspunktet gjaldt ennå den tidligere loven og forskriften. Det var et regelverk som bygger på at helse- og sosialtjenester ikke var omfattet av EUs tidligere anskaffelsesdirektiv.

I sine anførsler for domstolen argumenterte NHO Service med at bestemmelsen i forskriftens § 2-1.a ikke kom til anvendelse, og at kommunen ifølge EU/EØS-retten er forpliktet til å behandle kommersielle tilbydere på samme vilkår som ideelle. I prosesskrivet fra advokaten til NHO Service heter det:

«Eksklusjonen av de ikke-ideelle organisasjonene i den utlyste konkurransen, er rettstridig. Anskaffelsesregelverket må anvendes i samsvar med de grunnleggende kravene til tjenestefrihet og etableringsfrihet, etablert med forrang i norsk rett. Det vises i denne sammenheng til lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser («anskaffelsesloven») og §§ 1 og 2 i lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføringen av EØS-avtalen («EØS-loven»), jf. artiklene 31 og 36 i EØS-avtalen.

... Oslo kommune ved Barne- og familieetaten må derfor gi ikke-ideelle aktører adgang til å delta på samme vilkår som ideelle i den utlyste konkurransen. Det påberopte unntaket i forskrift nr. 402/2006 (FOA) § 2-1 (3) bokstav a for ideelle organisasjoner kan ikke anvendes på denne konkurransen. Ingen andre unntak er anvendelige.»

Advokaten til NHO Service polemiserer i skrevet til tingretten mot at det bare er «føringer fra kommunens politiske ledelse» som i konkurransegrunnlaget er oppgitt som grunn til at kommersielle er utelukket fra konkurransen. Skulle NHO Service få medhold i dette, blir det et soleklart eksempel på hvordan rettssystemet (på basis av EU/EØS-regelverket) fratru politikerne mulighetene til å drive politikk. Et tap for Oslo kommune i denne rettsaken vil være svært oppsiktsvekkende, og en skandale for det politiske systemets handlefrihet.

I denne saken argumenterer NHO i realiteten med at Oslo kommune skal opptre i samsvar med deres tolkning av en lov som ennå ikke er trådt i kraft. Når regjeringen bestemmer at den nye anskaffelsesloven skal gjelde, og når ny forskrift foreligger, vil den rettslige stillingen på området være mer uklar. Da vil helse- og sosialtjenester være omfattet av anskaffelsesloven (som et resultat av de nye EU-direktivene), og det gjenstår å se hvor langt en offentlig oppdragsgiver kan gå i de facto å reservere oppdrag for ideelle. Med uklare føringer i forskriften kan vi forvente at nye rettsaker ligger foran oss.

Det er åpenbart en juridisk gråsoner, når det nye EU Direktiv 2014/24 ble tatt inn i EØS-avtalen 9. april 2016, mens innarbeidingen i norsk rett (lov og forskrift) ennå ikke er fullført. Hvilket regler er det da som kommer til anvendelse på en sak som tidsmessig havner midt i mellom?

Kommuneadvokaten i Oslo har både påberopt seg at FOA §2-1 (3) gir kommunen rett til å forbeholde konkurransen for ideelle, samt at det er i barnevernsoppdrag er snakk om overføring av myndighetsutøvelse. Det gir kommunen utvidet adgang til å bestemme hvem som skal ha oppdrag, både etter det gamle og nye regelverket.

9.3 Egenregi og utvidet egenregi

Offentlige virksomheter har ingen plikt til å kjøpe varer og tjenester fra privat sektor (se kapittel 3.1 og 3.2 foran). Det er ofte et mulig alternativ å produsere dem selv – i såkalt egenregi, og da gjelder ikke reglene om anbud og konkurranse i anskaffelsesloven.

EU-regelverket åpner også for det som kalles utvidet egenregi. Det omfatter både der hvor flere offentlige virksomheter går sammen om å produsere en tjeneste og hvis leveransen overlates til eksterne produsenter som tilfredsstillende bestemte krav. Da stilles det krav om at den offentlige oppdragsgiveren har samme innflytelse og kontroll over leverandøren som det man har over egne virksomheter (kalt kontrollvilkåret), og at den eksterne leverandøren får minst 80 prosent av inntektene sine fra det offentlige (kalt aktivitetsvilkåret). I tillegg er det et forbud mot å ta ut profitt.

Kontrollkriteriet innebærer at det offentlige kan utøve en faktisk og rettslig kontroll over organisasjonen. I notatet om Kommuner og egenregi¹⁴, viser Eriksen til at EU-direktivet definerer kontroll som «bestemmende innflytelse på både strategiske målsetninger og vesentlige beslutninger». Eriksen viser til relevant rettspraksis, og skriver:

«Når det gjelder ideelle organisasjoner, vil vurdering av om kontrollvilkåret er oppfylt, kunne omfatte blant annet karakteren av organisasjonens virksomhet, kontroll over kommersielle disposisjoner, budsjettforhold, disposisjoner, fastsettelse av strategi, kompetanse til å ansette medarbeidere mv., omfanget av offentlig tilsyn, myndighet til å ansette og avskjedige styret og daglig ledelse, og virksomhetsområde.»

En så omfattende tolkning av kontrollvilkåret kan tenkes å komme i konflikt med organisasjonsformen stiftelse, som ideelle organisasjoner ofte er organisert som. Stiftelser er pr definisjon ikke eid av andre, og kan ikke styres av andre enn sitt eget styre. Styret er på sin side forpliktet til å påse at driften er i samsvar med det vedtektsfestede formålet. Eriksen henviser til at Forbruker og administrasjonsdepartementet (FAD) har vurdert om kontrollvilkåret kan oppfylles overfor stiftelser. Han henviser til FADs veileder til anskaffelsesreglene, som konkluderer med at kontrollvilkåret kan oppfylles overfor stiftelser når:

«... det offentlige på annen måte kan sies å utøve kontroll over stiftelsens beslutninger, typisk gjennom representasjon i styret eller bidrag til stiftelsens drift og formålsoppfyllelse» (s.48).

Eriksen viser videre til rettspraksis fra EU-domstolen, og mener at den offentlige oppdragsgiveren må ha makt til å godkjenne vedtektsendringer og at det må fremgå av vedtektene at ved avvikling må et eventuelt overskudd tilfalle oppdragsgiver.

¹⁴ Kommuner og egenregi, juridisk betenkning utarbeidet av Christoffer C. Eriksen, UiO for Fagforbundet, 2015, s. 47

I praksis må det bety at hvis det offentlige har representasjon i styret¹⁵ for en ideell stiftelse, og i praksis kan stoppe driften ved å skru igjen pengekrana, så er kontrollvilkåret oppfylt.

9.4 Selveiende institusjoner i Danmark

I Danmark har innslaget av ideelle organisasjoner som leverer velferdstjenester i alle år vært langt større enn det vi har vært vant til i Norge. Mange av dem er organisert som såkalte «selveiende institusjoner», og ifølge en høringsuttalelse fra Ideelt Nettverk¹⁶ er disse inkludert i danskenes definisjon av «utvidet egenregi».

På sin hjemmeside (selveje.dk) presenterer bransjeforeningen Selveje Danmark seg slik:

«Selveje Danmark er brancheforeningen for selveiende non-profit organisationer. Vores medlemmer er værdibaserede og visionære organisationer, der løfter en stor og vigtig del af velfærdsopgaven i Danmark. Medlemmerne af Selveje Danmark tager godt hånd om ældre på plejehjem, hjælper borgere tilbage på jobmarkedet, giver udsatte børn og unge pædagogisk støtte af høj kvalitet samt huser og hjælper hjemløse. Fælles for Selveje Danmarks medlemmer er, at de sikrer underrepræsenterede borgeres deltagelse og stemme i samfundet.»

Vi har i arbeidet med rapporten ikke klart å bringe klarhet i hvordan de danske institusjonene tilpasser seg det såkalte «kontrollvilkåret» i EU- regelverket (se ovenfor). Betyr det f.eks. at den offentlige oppdragsgiveren utnevner alle, eller noen, av styremedlemmene i institusjonene? Utøves kontrollen på annen måte? For den videre debatt om dette i Norge er dette et forhold som senere utredninger bør avklare.

9.5 Handlingsrommet i Barnehageloven

Etter kommunevalget i 2015 ble det inngått en avtale mellom byrådet i Oslo (Ap, SV og MDG) og Rødt om at det ikke skal gis kommunal støtte til nye kommersielle barnehager. I forhandlingene om avtalen fikk Ap inn et punkt om at en slik praksis må være innenfor gjeldende lover og regler. Etter det har kommuneadvokaten i Oslo vurdert saken. I et notat fra byrådsavdelingen for oppvekst og kunnskap (OVK) konkluderes det med at

«Et avslag på søknad om tilskudd fra en privat barnehageaktør, med begrunnelse at søker er kommersiell, vil sannsynligvis ikke tilfredsstillende kravet til en saklig begrunnelse. Kommunen kan heller ikke stille vilkår om at barnehagen ikke kan ta ut utbytte, da barnehagelovens § 14 a gir barnehager eksplisitt rett til dette.»

¹⁵ Det er uenighet om hvor mange styremedlemmer det offentlige må oppnevne. Eriksen formulerer det ganske vidt: «- oppdragsgiver har myndighet til å utpeke styrets medlemmer» (s. 50).

¹⁶ Høringsuttalelse til Nærings- og fiskeridepartementet til Lov / forskrift om offentlige anskaffelser, 17. juni 2015

I notatet hevdes det videre at det vil være i strid EUs nye anskaffelsesdirektiver og den nye anskaffelsesloven å reservere kontrakter om helse- og sosialtjenester, herunder også barnehager, til ideelle organisasjoner.¹⁷ I uttalelsen vises det til et møte mellom representanter for Oslo kommune og Nærings- og fiskeridepartementet i desember 2015, hvor tema var implementeringen av EU-direktiv 2014/24 i norsk rett. I notatet skriver byrådsavdelingen:

«Departementet opplyste at innholdet i direktivet vil bli innarbeidet i EØS-avtalen i norsk lovgivning. Det er ikke aktuelt for norske myndigheter å benytte reservasjonsretten mot direktivet ifølge departementet. Direktivet er prinsipielt, og det å benytte reservasjonsretten vil kunne «utfordre» hele EØS-avtalen. ... Det var departementets klare konklusjon at etter forskriften har trådt i kraft, er det ikke anledning til å reservere kontrakter om helse- og sosialtjenester, herunder også barnehager, til ideelle organisasjoner.»

I realiteten er dette en påstand om at dagens barnehagelov er i strid med EØS-avtalen. I et notat utarbeidet for Rødt av professor i rettsvitenskap, Tarjei Bekkedal, ved Universitetet i Oslo, argumenteres det for at den politiske avtalen mellom byrådet og Rødt (om ikke å gi støtte til nye, kommersielle barnehager) står seg juridisk i forhold til barnehageloven.¹⁸ Bekkedal viser til at loven åpner for at «Barnehagen kan ha et rimelig årsresultat» (§ 14 a.), men at både loven og forarbeidene er klare på at «Offentlige tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode». Det er ordene «kan ha» i lovens § 14 a som etter Bekkedals mening gir politikerne handlingsrom. De finnes ikke noe pålegg i loven om at barnehager skal drives med profitt som formål. Tvert imot, hovedformålet i loven er barnas beste. Et gjennomgående tema i Bekkedals drøfting er hvorvidt barnehageloven kan brukes til å avskjære politikerne fra å bruke politiske virkemidler for å realisere lovens hovedformål; å sikre barnas rettigheter og interesser. Bekkedal konkluderer slik:

«I samarbeidsavtalen mellom byrådet og partiet Rødt heter det: Disse partier er enige om at kommunen og ideelle organisasjoner skal stå for drift av alle nye barnehager i Oslo. En slik politikk griper ikke inn i bestående rettighetsposisjoner. En slik politikk vil være saklig hensett til barnehagelovens formål og innebærer ikke usaklig forskjellsbehandling i rettslig forstand. Et slik politikk er et virkemiddel som direkte søker å realisere et hensyn barnehageloven og dens forarbeider positivt anerkjenner: Å kanalisere en så stor del av de offentlige ressursene til barna som mulig.

... En politikk som skissert i samarbeidsavtalen mellom partiet Rødt og byrådet vil ligge innenfor det politiske handlingsrom som barnehageloven overlater til kommunen. Den er altså i tråd med gjeldende lov- og regelverk, for å bruke samarbeidsavtalens egne ord.»

Her ligger det åpenbart an til mer strid, både politisk og juridisk.

¹⁷ Notat om «Oppfølging av avtalen mellom byrådspartiene og Rødt om etablering av barnehager – nærmere om de juridiske vurderingene» til byråd Tone Tellevik Dahl, datert 11.03.2016.

¹⁸ Tarjei Bekkedal, professor i rettsvitenskap, UiO: Juridisk vurdering av det rettslige handlingsrommet for ny barnehagepolitikk i Oslo, 1. sept. 2016.

