



Innlandet
fylkeskommune

Administrasjon - Anskaffelser

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep

0032 OSLO

Deres ref:

Vår ref:
2023/4961-4
Eivind Langseth

Dato:
06.02.2023

Høringsnotat - Forslag til endringer i regelverket om offentlige anskaffelser og byggherreforskriften

Vi viser til [høringen til Nærings- og fiskeridepartement og Arbeids- og inkluderingsdepartementet](#) publisert den 4. november 2022, med høringsfrist 4. februar 2023.

Departementet har lagt frem forslag til endringer i anskaffelsesloven, anskaffelsesforskriften, forsyningsforskriften, forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter og byggherreforskriften.

Høringsuttalelsen er forfattet av rådgivere med ekspertise innenfor det rettsområdet som forslagene gjelder. Ekspertisen er i betydelig grad hentet fra den praktiske hverdagen ute i felt.

Denne høringsuttalelsen er skrevet ut fra Innlandet fylkeskommunes ønske om å bidra til gode lovgivningsprosesser, og gode lover og forskrifter.

Overordnede kommentarer

- Overordnet er Innlandet fylkeskommune positive til forslagene som fremmes i høringsnotatet.
- Det å stille kontraktsvilkår i tråd med forslagene er ikke vanskelig. Imidlertid vil de skjerpede kontrollpliktene i kontraktsoppfølgingen kreve betydelige ressurser, og det mangler enkle verktøy for å gjennomføre gode kontroller og avdekke brudd – særlig knyttet til arbeidstid og overtid koblet opp mot de ulike tariffavtalene.
- Det er nødvendig at departementet redegjør for når håndhevingen av brudd skal foretas av oppdragsgiver, tilsynsmyndighet og politiet. Grensen mellom kontroll og etterforskning må utredes og forklares av departementet.
- Departementet ber i høringsnotatet punkt 1.2 om høringsinstansenes syn på «*hvilke tiltak som mest effektivt kan styrke oppdragsgivernes kontraktsoppfølging av bestemmelser som skal styrke det seriøse arbeidslivet*».

Postadresse:
Postboks 4404
Bedriftssenteret
2325 Hamar

Besøksadresse:
Innlandet fylkeskommune
Parkgata 64
Hamar

Telefon: +47 62 00 08 80
E-post: post@innlandetfylke.no
Internett: www.innlandetfylke.no
Org.nr.: 920717152

Jo flere seriøse leverandører, desto mer seriøst arbeidsliv. Hvis oppdragsgivere kun har valget mellom å tildele kontrakt til seriøse leverandører, så fremmes seriøsiteten. Innlandet fylkeskommune mener at oppdragsgivere ofte vil kjenne markedet så godt at den vet at driften hos en tilbyder er useriøs. Likevel må selskapet kvalifiseres idet reelle avvisningsmuligheter mangler.¹ Det er et tilbakevendende problem at avvisningsmuligheten mangler i tilfeller det kjennes til en useriøs drift hos tilbyder.

Kommentarer til lov- og forskriftsforslagene

Endringer i anskaffelsesloven §§ 5 og 6

Innlandet fylkeskommune har ingen innvendinger imot de lovtekniske løsningene departementet velger ved å oppheve gjeldende § 5 tredje ledd, innføre ny § 5A annet ledd, og utvide forskriftskompetansen i § 6.

Endringer i anskaffelsesforskriften

Innlandet fylkeskommune har heller ingen prinsipielle innvendinger imot at utgangspunktet om fritt valg av betalingsmidler fravikes i tråd med forslaget til ny § 19-5.

Det støttes at betaling som leverandører foretar i forbindelse med bygge- og anleggsarbeider eller renholdsarbeider, skal skje via bank eller foretak med rett til å drive betalingsformidling. Kravet og bestemmelser om håndhevingen av det, kan inntas som kontraktsvilkår på en enkel måte.

I tilfelle kravet og bestemmelser om håndhevingen av det ikke inntas som kontraktsvilkår, er det uklart hvordan oppdragsgivers feil skal håndheves. Det vil være unaturlig for leverandøren å ta tak i et brudd, og Klagenemnda for offentlige anskaffelser vil ikke kunne ilegge overtredelsesgebyr.

Ved brudd på leverandørsiden, enten ved at det foretas kontante betalinger eller at kontraktsbestemmelsen ikke videreføres nedover i leverandørkjeden, er Innlandet fylkeskommune enige med departementet i at sanksjonene bør gi insitament til innrettelse. Valg av sanksjon bør ligge til oppdragsgivers skjønn.

Oppdragsgiver skal føre «*nødvendig kontroll*» med etterlevelsen av kontraktsvilkåret, jf. ny § 19-5 annet ledd. Slik nødvendig kontroll vil kunne bli omfattende. Innlandet fylkeskommune mener det er usannsynlig at det vil skje «*utveksling av kontanter på arbeidsstedet*» ved tilsyn, jf. punkt 5.1.2 i høringsnotatet. Videre vil det neppe være en villighet til å innrømme kontantbetalinger i samtale. I så fall står oppdragsgiver tilbake med å måtte hente inn kontoutskrifter mv. for arbeidstakere som kan være ansatt i tre ulike virksomheter.

Kontrollplikten som pålegges knyttet til dette kravet vil – i kombinasjon med de øvrige kontrollpliktene som foreslås – kreve betydelige ressurser. Etter Innlandet fylkeskommunes vurdering, er det behov for økte ressurser for å ivareta kontrollpliktene på en adekvat måte.

¹ Forholdene ligger sjelden sånn an at oppdragsgivere har avvisningsplikt etter anskaffelsesforskriften §§ 9-5 (2) og 24-2 (2). Kun fire straffesaker om overtredelse av arbeidsmiljøloven, jf. dens § 19-1, er registrert på Lovdata for 2022, <https://lovdata.no/pro/#result&id=4105>. De øvrige avvisningsmulighetene favner ikke en generell useriøsitet i driften.

Videre er grensen mellom kontrollplikten som påhviler oppdragsgiver, og etterforskningsansvaret som tilligger politiet, uklar. Dette gjelder for samtlige av kontrollpliktene som foreslås. Utover å vise til grensen, gir ikke departementet nærmere veiledning på denne. Det er nødvendig at departementet gir eksempler/retningslinjer for når en byggherre bør/skal anmelde brudd på regelverket, slik at politiet kan iverksette etterforskning.

I tillegg etterlyses det retningslinjer som sier noe om når kontraktsbrudd skal meldes fra til tilsynsmyndighetene, for eksempel Arbeidstilsynet og Skatteetaten. Ansvarsforholdet mellom tilsynsmyndighet og oppdragsgiver er uklar og må beskrives nærmere. Det vil kunne oppstå en dobbeltstraffproblematikk i tilfeller leverandører sanksjoneres og/eller straffes av ulike myndigheter. Det vises her til forvaltningsloven § 47 hvor det er gitt regler om samordning av sanksjonssaker.

Idet Innlandet fylkeskommune ikke ser noen gode grunner til å unnta kravet for anskaffelser etter del I, vil det være hensiktsmessig at kravet tas ut av del III og plasseres i del I.

Ellers deler Innlandet fylkeskommune departementets vurdering knyttet til personvernforordningen, jf. høringsnotatets side 27-28.

Endringer i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Tilknytningsformer

Innlandet fylkeskommune støtter forslaget til ny § 5B første ledd i forskriften om at det skal stilles kontraktvilkår om overholdelse av reglene om arbeidstakerstatus, jf. arbeidsmiljøloven § 1-3, og nytt annet ledd som er ment å forenkle kontrollplikten. Kontraktvilkåret vil motvirke tilfeller der selvstendig oppdragstaker reelt sett er arbeidstaker.

Særlig hos mindre virksomheter vil det være vanskelig å kontrollere arbeidstakerstatus. I tillegg benyttes det mye innleie. Om vilkårene for det er oppfylt eller ikke forutsetter mye kunnskap om virksomheten. En reell kontroll vil kreve mye dokumentasjon; blant annet på at vilkårene for innleie er- og blir kontinuerlig vurdert opp mot vilkårene, om den er drøftet med tillitsvalgte m.v. Det vises ellers til kommentarene om kontrollplikten og grensen mellom kontroll og etterforskning over.

Innlandet fylkeskommunes arbeid med bærekraft, innebærer et fokus på at små- og mellomstore bedrifter gis gode muligheter for tildeling av kontrakter. Vi har erfart at kunnskapen, for eksempel når det gjelder arbeidstidsbestemmelser, tariff m.v. er lavere hos mindre selskap.

Obligatorisk tjenstepensjon

At det skal stilles kontraktvilkår som styrker leverandørens etterlevelse av OTP-loven støttes, jf. forslag til ny § 5C. Når det gjelder kontrollplikten vil denne kunne ivaretas ved at det for eksempel etterspørres a-meldinger. Samtidig vises det til kommentarene om kontrollplikten over.

Videre vises det til at dokumentasjonsplikten knyttet til §§ 5A, 5B, 5D og 5E følger av §§ 6 og 7. § 6 annet ledd lyder:

«Oppdragsgiver skal i kontrakten forbeholde seg retten til å gjennomføre nødvendige sanksjoner, dersom leverandører eller underleverandører ikke etterlever kontraktsvilkår i henhold til §§ 5A til 5E.»

Forslag til ny § 7 annet ledd er gitt denne ordlyden:

«Oppdragsgiver skal gjennomføre nødvendig kontroll av om kontraktsvilkårene i henhold til §§ 5A til 5E overholdes. Graden av kontroll kan tilpasses behovet i vedkommende bransje, geografiske område mv.»

Ordlydene er uklare på om oppdragsgivere kan sanksjonere tilfeller der leverandører ikke leverer etterspurt dokumentasjon knyttet til §§ 5A, 5B, 5D og 5E, selv om dette forutsettes flere steder i høringsnotatet. Det bør presiseres i forskriften at manglende levering av dokumentasjon, for eksempel ved bevisst trening, kan sanksjoneres, for eksempel ved dagbøter eller tilbakehold av vederlag. Tilsvarende ved uenighet om hva som er «nødvendig» å få utlevert.

HMS-kort

Idet det vil ha en individuell- og allmennpreventiv effekt, støtter Innlandet fylkeskommune at det skal inntas som kontraktsvilkår at leverandører og eventuelle underleverandører plikter å følge reglene om HMS-kort, og at brudd medfører sanksjon.

Brudd på forskrift om HMS-kort på bygge- og anleggsplass er straffebelagt, jf. dens § 10, jf. arbeidsmiljølovens kapittel 19. Det bes om at departementet veileder om hvordan det skal reageres på brudd. Bortvisning vurderes som spesielt aktuelt, jf. også høringsnotatets punkt 6.5.2.

Selv om kontrollplikten knyttet til § 5D nok er mindre byrdefull enn de øvrige kontrollpliktene som foreslås, er totaliteten i det som foreslås omfattende. Også her vises det til kommentarene over om grensen mellom kontroll og etterforskning.

Kort om departementets EØS-rettslige vurderinger opp mot endringene i forskrift om lønn- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Innlandet fylkeskommune er enige med departementet i at den økte dokumentasjonsplikten som foreslås kan gjøres innenfor rammene av EØS-avtalens artikkel 36 og 31, jf. punkt 6.7 i høringsnotatet. Likevel stilles det spørsmål ved om det strekkes noe langt å si at endringsforslagene i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter er at Forholdene ligger sjelden sånn an at oppdragsgivere har avvisningsplikt etter anskaffelsesforskriften §§ 9-5 (2) og 24-2 (2), jf. høringsnotatet side 43.

I tillegg bemerkes det at sladdede dokumenter vil kunne gjøre det umulig å føre en reell kontroll. For den reelle kontrollen er det behov for fullt innsyn, uten at det skjer en forutgående anonymisering av leverandøren.

Det bemerkes ellers at etter Innlandet fylkeskommunes skjønn, følger en ikke ubetydelig dokumentasjonsplikt allerede av lojalitetsplikten i avtaleforhold.

Endringer i byggherreforskriften – språkkrav og informasjonsplikten

Overordnet er Innlandet fylkeskommune positive til foreslått §§ 19 og 19A. Det er sentralt for at manglende kommunikasjon ikke skal utgjøre en sikkerhetsrisiko at alle som utfører arbeid på arbeidsstedet forstår beskjedene som gis. Samtidig vil ikke språkkravet gjelde for selvstendige oppdragstakere som jo, på tross av foreslått § 5B i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, fremdeles vil kunne utføre arbeid på bygge- og anleggsplasser.

Departementet skriver i høringsnotatets punkt 6.8.2 at byggherreforskriften § 5 første ledd bokstav c må forståes slik at det må være personer med ansvar for koordinering og samhandling på arbeidsstedet som har «*tilstrekkelig språklig forståelse*» til at sikkerhetshensyn kan ivaretas. Departementet skriver videre at en slik *forståelse* fordrer at

- minst en av det utførende personellet i arbeidslaget behersker norsk eller engelsk, likevel ikke flytende,
- i tilfeller der personen/-e med språkansvar hører til et arbeidslag hvor de andre ikke snakker de felles språkene, skal han i tillegg beherske et språk som samtlige i arbeidslaget forstår,
- likevel sånn at det på «mindre byggeplasser» kan tillates at ingen snakker norsk eller engelsk så lenge alle forstår hverandre på samme språk.

Å kontrollere og håndheve språkkrav i tråd med kulepunktene over vil være spesielt vanskelig. For å ivareta kontrollplikten må det hentes inn et bredt faktagrunnlag om forholdene på samtlige bygge- og anleggsplassene. Informasjonen må hentes inn i samtale med det utførende personell på flere språk, også språk oppdragsgiver ikke snakker sånn at det må kobles på tolk. Videre må det foretas krevende vurderinger; blant annet om hvor flytende i norsk og/eller engelsk personen med språkansvar skal være, når behersker det øvrige personellet språket i tilstrekkelig grad, når kan det gjøres unntak fra kravet om felles språk m.v.

Innlandet fylkeskommune har ingen innvendinger imot departementets EØS-rettslige vurderinger i høringsnotatets punkt 6.8.3.

Med vennlig hilsen

Eivind Langseth

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og sendes uten signatur.

