

Nærings- og fiskeridepartementet
postmottak@nfd.dep.no

15. mars 2021

Høringssvar - NOU 2020:13 Private aktører i velferdsstaten

Bransjeforeningen Arbeid & Inkludering viser til ovennevnte og oversender med dette våre kommentarer til NOU 2020:13.

Hvem vi er

Arbeid & inkludering i NHO Service og Handel er fagutviklings- og interesseorganisasjonen for om lag 115 arbeid- og inkluderingsbedrifter. Årlig yter disse tjenester til mer enn 35.000 personer. Rundt 10.000 – 12.000 personer finner veien tilbake til arbeidslivet med hjelp fra våre medlemmer.

Medlemmer i Arbeid & Inkludering i NHO Service og Handel er forhåndsgodkjente tiltaksarrangører for skjermede tiltak, noe som blant annet innebærer utbytteforbud. Et overskudd skal tilbake til driften med formål om å utvikle tiltakene videre.

Kjernen i vår virksomhet er arbeidsrettede tiltak rettet mot personer med nedsatt arbeidsevne. Tiltak som utvalget anser som en offentlig velferdstjeneste. Vanlige diagnoser/arbeidshindringer for våre deltakere er psykiske lidelser, muskel- og skjelettlidelser samt svake basisferdigheter i norsk, matematikk/tallforståelse/digitalt. Kjernegruppene er altså deltakere som i utgangspunktet står langt fra det ordinære arbeidslivet.

Vedr. problemstillinger knyttet til godkjenning av forhåndsgodkjente tiltaksleverandører

Utvalget viser til at det er svært få arbeidsmarkedstiltak som er drevet innenfor vanlig kommunal/statlig egenregi, men mange er aksjeselskaper med kommunal aksjemajoritet. De kommunalt eide arbeids- og inkluderingsbedriftene er i hovedsak leverandører som er forhåndsgodkjente til å levere tiltakene varig tilrettelagt arbeid (VTA) og arbeidsforberedende trening (AFT) og mottar dermed tilskudd. NOU 2020:13 belyser dette fagområdet. Bransjeforeningen har derfor valgt å legge ved et notat fra advokatfirmaet Schjødt AS som har vurdert om tilskudd til arbeidsmarkedstiltakene VTA og AFT er å anse som kjøp av tjenester etter reglene om offentlige anskaffelser.

Utredningen vier plass til det man kaller utfordringer knyttet til organiseringen av forhåndsgodkjente tiltaksleverandører og refererer i stor grad til to rapporter fra Riksrevisjonen. Man setter søkelys på hva som synes å framstå som krevende; kontroll og vurderinger av bedriftene opp mot kravene for godkjenning. Dette kobles også opp mot "spørsmål om vilkårene for de forhåndsgodkjente virksomhetene har konkurransevridende effekter når de samtidig opererer i et marked".

Vi kjenner til de nevnte rapporter, men vil hevde at disse problemstillingene er mer en påpekning for hva Arbeids- og velferdsetaten må ha fokus på fordi Riksrevisjonen konkluderer med at "Arbeids- og velferdsetaten har ikke innrettet den årlige kontrollen av tiltaksbedriftene slik at de har grunnlag for å etterprøve om tilskuddene går til formålet og at tiltaksforskriften etterleves". Inntrykket fra NOU 2020:13 er altså at det er systemet som er utfordrende, mens det i grunn er arbeidsmarkedsmyndighetenes kontrollsystem som er mangelfullt.

Omtalen av to Proba-rapporter – evaluering av anbud i arbeidsmarkedstiltak

Utvalget har ikke kommet med spesielle forslag knyttet til arbeid- og inkluderingsbedriftene utover de kravene som er foreslått for alle private virksomheter som transparens og etablering av et offentlig register over alle private virksomheter som leverer offentlig finansierte velferdstjenester.

Utvalget har like fullt tatt for seg to evalueringsrapporter fra Proba Samfunnsanalyse AS som er utført på oppdrag av Arbeid- og sosialdepartementet. Vi merker oss hvordan man velger å presentere deler av denne oppdragsforskningen i NOU 2020:13. Man fremhever at *"Hovedkonklusjonen er at Arbeids- og velferdsetaten hadde utformet anskaffelsene på en god måte, gitt de rammene som var lagt"*.

Videre heter det (vår kommentar i parentes):

- Lang varighet på kontraktene for å gi mulighet for å bygge opp kompetansemiljøer (Kommentar: Vi stiller spørsmål om fire år anbudsperiode er lang tid i så måte?)
- Stilt høye krav til kompetanse (Kommentar: men ikke at personellet faktisk var på plass og fast ansatt)
- Det har blitt mer mangfold i den forstand at nye kommersielle leverandører er kommet til (Kommentar: men færre lokale leverandører og ingen nye ideelle organisasjoner er kommet til)
- Konkurransetsetting har gitt en vesentlig effektivitetsgevinst (Kommentar: følgende funn i Proba-rapporten nevnes ikke: "På den negative siden er det en ganske unison tilbakemelding, og vårt inntrykk fra leverandørenes evalueringsrapporter, at det er et dårligere tilbud til de svakeste gruppene. Årsakene er dels at de kan ha behov for mer skjermede omgivelser, dels at de kan ha behov for bistand på flere områder, noe de nye tiltakene ikke gir rom for. I tillegg er den sosialfaglige kompetansen ifølge en del av informantene dårligere enn før, selv om mange mener de ser en positiv utvikling her. Hvordan man vurderer kvaliteten er dermed avhengig av hvilke brukere man mener at tiltaket skal passe for". (Proba 2018).

Proba slår ikke fast at anbudsutsetting har gitt bedre resultater, fordi det ikke har vært gjennomført en effektevaluering. Proba peker på at resultater i form av overgang til jobb er høyere etter tiltaksreformen i 2015-16 enn før, men mener samtidig det har skjedd en målgruppeforskyvning. Dette er i tråd med internasjonale erfaringer ved anbud av arbeidsmarkedstiltak, hvor mulighetene til å tilby skreddersøm for mer utsatte grupper begrenses, og tilbudet rettes inn mot lettere målgrupper. Det er også verdt å merke seg at resultatforbedringen har vært minst like markant i tiltak som ikke er anbudsutsatt, som f.eks Arbeidsforberedende Trening (AFT).

AFT-tiltaket virker

Oslo Economics har evaluert arbeidsmarkedstiltaket AFT (2020) og skriver følgende: *“Deltakerne i AFT står i hovedsak langt unna arbeid ved oppstart i tiltaket. De er gjengangere i NAV-systemet, ofte med langvarig utenforskap og en historie med flere utprøvde tiltak bak seg.”* Denne evalueringen peker på at tett og godt faglig samspill mellom Nav og tiltaksarrangører er en sentral faktor for å oppnå gode resultater i tiltaket. I motsetning til Navs anbudsutsatte tiltak hvor det skal være en armlengdes avstand mellom Nav og leverandører, gir dagens innhold og organisering av AFT-tiltaket en mye større mulighet til å tilby skreddersøm til den enkelte. Det er særlig viktig for denne brukergruppen.

Vi synes også det er underlig at arbeidsgiverperspektivet ikke kommer tydeligere frem i rapporten. I NHO sitt prosjekt Ringer i Vannet viste NTNU Samfunnsforskning, i en rapport som var finansiert av Arbeid- og sosialdepartementet, at bedrifter som ble tett fulgt opp av Ringer i Vannet-jobbkonsulenter ansatte mer enn 3,3 ganger flere personer med nedsatt arbeidsevne enn bedrifter som ikke hadde slik form for oppfølging.

Årsaken til dette var den relasjon som ble etablert gjennom Ringer i Vannet-metoden. En relasjon som bygger tillit hos arbeidsgiver til at jobbkonsulenten forstår behovet til arbeidsgiver og derfor kommer med kandidater til jobben som med stor sannsynlighet vil passe inn på arbeidsplassen. Slik relasjonsbygging tar det tid å bygge. Med fire års anbudsperioder i tiltaket Oppfølging er det vanskelig.

Arbeidsmarkedstiltak har i hovedsak bare en innkjøper, Nav. Anbud bidrar til at jobbsikkerheten for personer som skal hjelpe folk i jobb settes i spill og viktig kompetanse, nettverk og faglighet som er bygget opp nettopp for den mest sårbare brukergruppen vil kunne gå tapt. En lokal leverandør som taper i første anbudsrunde, har svært få muligheter til å beholde kompetanse og ansatte til å kunne delta i neste runde. Lønns- og arbeidsvilkår for jobbveiledere vil bli satt under press. Vil det gi bedre motivasjon og resultater?

Utviklingen etter andre anbudsrunde på avklarings- og oppfølgingstiltak i Nav, er at man ser en ytterligere konsolidering i markedet, ved at færre og større leverandører vinner det meste av markedet. Dette er leverandører som ofte ikke har geografisk nærhet til der tjenesten skal leveres, noe som heller ikke vektlegges i anbudsgrunnlaget.

Kvalitetssikring i tiltaksgjennomføringen

I punkt 16.4.3 settes det fokus på kvalitet i tiltaksgjennomføringen. Her trekkes det fram at Arbeids- og velferdsetaten har satt krav om at forhåndsgodkjente tiltaksbedrifter skal ha et kvalitetssikringssystem for dagens Arbeidsforberedende trening (AFT) og Varig Tilrettelagt Arbeid (VTA). Det er to dominerende systemer; EQUASS og ISO. Dette er kvalitetssikringssystemer med eksterne revisorer. Det er en allmenn oppfatning hos Nav og i bransjen at dette har bedret kvaliteten i tiltaksarbeidet betraktelig siden det ble innført rundt 2010.

Videre så trekkes det fram at et tilsvarende kvalitetssikringssystem er det ikke krav om til anbudsbaserte tiltaksbedrifter, "blant annet for å kunne åpne opp for flest mulige leverandører og at nye tilbydere kan delta i anbudsprosessen". Det tas i utredningen ikke stilling til om dette er uheldig eller ikke.

Vi som bransje vil gjerne poengtere følgende:

- Begrunnelsen om at det er krevende for bedrifter både mht. til prosess og kostnad for å bli sertifisert mener vi ikke kan anføres som argument. Mangel på kvalitetssikring kan svekke tilbudene til grupper som står et stykke fra arbeidslivet. Disse er særlig avhengig av kvalitet i innholdet i tilbudene.
- De aller fleste nye tiltaksleverandører er store konsern som ikke skulle ha nevneverdige problemer med å klare en sertifisering som ISO eller EQUASS.
- Det opplyses ikke i utredningen at dagens anbudstiltak hadde krav om sertifisering (EQUASS eller ISO) når tiltakene ikke var anbudsutsatt, altså før 2015/2016.

Dette mener vi er et godt eksempel på at det å sikre kvalitet overfor brukerne av tiltakene settes til side i anbudskonkurransen.

Til slutt vil vi bemerke at utvalget fastslår at leverandører som i dag mottar tilskudd som et minimum plikter å følge lønn og andre arbeidsvilkår i relevante landsomfattende tariffavtaler. Vi støtter forslaget. Anbud må ikke anvendes til å svekke lønns- og arbeidsvilkår i sektoren. Statlige myndigheter må ha en tydelig innkjøpspolicy som verdsetter fast ansatt personale, som er en ansettelsesform som anses som ønskelig i det norske samfunn, også i anbudskonkurranser om arbeidsmarkedstiltak.

Oppsummering

På noen områder passer konkurranseutsetting. På andre områder passer ikke konkurranseutsetting. Arbeidsmarkedstiltak for personer med sammensatte utfordringer er et område hvor konkurranseutsetting passer langt dårligere fordi tilbudet til den enkelte følger skreddersøm og baseres på et tett samarbeid mellom tiltaksleverandører, Nav, andre hjelpeinstanser og lokalt arbeidsliv. Erfaringene fra anbud av avklaring og oppfølgingstiltakene viser behovet for et robust tiltak på utsiden av anbudssystemet. I dag er AFT det viktigste tiltaket for personer med særlig usikre yrkesmessige forutsetninger og fanger i realiteten opp deltakere som ikke kan nyttiggjøre seg det tilbudet som de standardiserte anbudstiltakene gir. I denne sektoren er det i dag i realiteten et blandingssystem mellom tiltak utført av NAV egenregi, anbudstiltak og tiltak levert av forhåndsgodkjente leverandører. Dette sikrer til en viss grad fleksibilitet, konkurranse, mangfold og forutsigbarhet. Men ikke minst sikrer det at de som står lengst fra arbeidsmarkedet får et adekvat tilbud. Denne balansen må ikke settes i spill gjennom mer anbudsutsetting.

Med vennlig hilsen

Arbeid & Inkludering i NHO Service og Handel

A handwritten signature in blue ink that reads 'Kenneth Stien'.

Kenneth Stien
Direktør

Vedlegg:

Tilskudd til arbeidsmarkedstiltakene VTA og AFT. Notat utarbeidet av advokatfirmaet Schjødt AS

NOTAT

Til: Bransjeforeningen Arbeid & Inkludering i NHO
Service og Handel og Arbeidssamvirkenes
Landsforening

Fra: Advokatfirmaet Schjødt AS
v/ Elsa Brandt Stensrud og Thomas Nordby

Saksansvarlig advokat: Thomas Nordby

Dato: 17. februar 2021

Dok.ref: 53952-601-8559977.1

TILSKUDD TIL ARBEIDSMARKEDSTILTAKENE VARIG TILRETTELAGT ARBEID OG ARBEIDSFORBEREDENDE TRENING

1. INNLEDNING

Bransjeforeningen Arbeid & Inkludering i NHO Service og Handel ("NHO") og Arbeidssamvirkenes Landsforening ("ASVL") har bedt oss utrede om tildeling av tilskudd til arbeidsmarkedstiltakene varig tilrettelagt arbeid ("VTA") og/eller arbeidsforberedende trening ("AFT") er å anse som kjøp av tjenester etter reglene om offentlige anskaffelser i lov av 17. juni 2016 nr. 73 ("LOA") og forskrift av 12. august 2016 nr. 974 ("FOA") (samlet "anskaffelsesregelverket").

Spørsmålene drøftes med utgangspunkt i lov om arbeidsmarkedstjenester av 10. desember 2004 nr. 76 ("arbeidsmarkedsloven") og forskrift 11. desember 2015 nr. 1598 om arbeidsmarkedstiltak ("tiltaksforskriften") som i kapittel 13 og 14 stiller nærmere krav til tiltaksarrangører av AFT og VTA.

Dersom spørsmålet besvares bekreftende, er vi bedt om også å utrede hvilke endringer som kan gjøres i dagens ordninger for at tiltakene VTA og AFT vil falle utenfor anskaffelsesregelverket. Det er likevel utenfor vårt mandat å vurdere hvilken eventuell tilpasning av ordningene som kreves for at de skal falle inn under særskilte unntaksregler i anskaffelsesreglene og hvordan en eventuell gjennomføring av tiltakene som del IV-anskaffelse for helse- og sosialtjenester kan gjøres.

2. SAMMENDRAG OG KONKLUSJON

Anskaffelsesregelverket får bare anvendelse på "vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter" som offentlige oppdragsgivere inngår, jf. FOA § 1-1. En kontrakt er definert som en *"gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører"*, jf. FOA § 4-1 bokstav a).

Spørsmålet om NAV sine tildelinger til tiltaksarrangører av arbeidsmarkedstiltakene AFT og VTA får anvendelse beror etter dette på to hovedspørsmål: (1) om tiltaksarrangørene av AFT og VTA utgjør leverandører av tjenester på et marked, og (2) har inngått en gjensidig bebyrdende kontrakt om levering av slike tjenester til NAV. Vi har vurdert og kommet til at begge spørsmål må besvares benektende.

Vi har vurdert (1) om tiltaksarrangørene av AFT og VTA utgjør leverandører av tjenester på et marked, og kommet til at tiltaksarrangørene driver ikke-økonomisk aktivitet ved sitt tilbud av AFT og VTA og følgelig ikke kan anses som leverandører av en tjeneste på et marked. Vi vurderer det slik at AFT og VTA utgjør ikke-økonomiske sosiale tjenester av allmenn interesse, og at slike tjenester faller utenfor anskaffelsesregelverket. Allerede av den grunn er vi av den oppfatning at NAV sine tildelinger til tiltaksarrangører av AFT og VTA faller utenfor anskaffelsesregelverket, jf. FOA § 4-1.

Av hensyn til sammenhengen har vi likevel også vurdert spørsmålet om tiltaksarrangørene av AFT og VTA til NAV (2) har inngått en gjensidig bebyrdende kontrakt om levering av slike tjenester. Med utgangspunkt i fem momenter oppstilt av EU-kommisjonen har vi vurdert og kommet til at NAV sin forvaltning av den statlige finansieringen av AFT og VTA i skjermede tiltaksbedrifter ikke inngår en gjensidig bebyrdende kontrakt, men ensidig statlig finansiering av en aktivitet.

Det er vår vurdering at de fem momentene samlet sett taler for at det ikke foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt ettersom (a) formålet med støtten ikke synes å dekke et behov innenfor NAV sitt kompetanseområde, (b) innholdet i AFT og VTA ikke er spesifisert utover det som virker nødvendig for at støtten skal kunne tjene formålet om en tilrettelagt arbeidsplass eller arbeidsforberedende trening, (c) tildelingen av offentlige midler i større grad har karakter av ensidig finansiering av et sosialt tiltak enn et kontraktrettslig vederlag, (d) NAV ikke er initiativtaker ovenfor tiltaksarrangørene, men godtar arrangører som oppfyller vilkårene i forskrift etter søknad om godkjenning, og (e) avtalen mellom NAV og tiltaksarrangørene ikke inneholder kontraktrettslige misligholdsbeføyelser.

3. KORT OM ARBEIDSMARKEDTILTAKENE

3.1 Innledning

Det bevilges midler til arbeidsmarkedstiltak i statsbudsjettet kapittel 634 og i budsjettet for 2021 er det bevilget i overkant av 10 milliarder kroner til arbeidsmarkedstiltak. Midler til VTA er gitt en egen post i post 77 og midler til øvrige tiltak for arbeidssøkere, deriblant AFT, inngår i post 76. I Departementet har kompetanse til å gi regler om, og organisere arbeidsmarkedstiltak i samsvar med de mål og retningslinjer som ligger til grunn for Stortingets bevilgninger, jf. arbeidsmarkedsloven § 12.

Arbeidsmarkedstiltak skal foregå hos "tiltaksarrangører" og det kan gis ytelser til slike arbeidsmarkedstiltak, jf. lovens § 13. Det er Arbeids- og velferdsetaten ("NAV") som godkjenner tiltaksarrangører for arbeidsmarkedstiltakene AFT og VTA, jf. tiltaksforskriften §§ 13-6 og 14-5. Deretter mottar tiltaksarrangørene et statlig tilskudd som utgjør en fast, månedlig sats pr. godkjent tiltaksplass. Satsen fastsettes av departementet, jf. tiltaksforskriften §§ 13-7 og 14-8.

En forhåndsgodkjent tiltaksarrangør har som hovedformål å hjelpe personer med nedsatt arbeidsevne tilbake til det ordinære arbeidslivet (AFT), eller å tilby varig skjermet og tilrettelagt sysselsetting i en bedrift utenfor det ordinære arbeidsmarkedet (VTA). Tiltaksarrangørens virksomhet vil typisk gå ut på å tilby deltakerne kursing, arbeidstrening og opplæring, samt å formidle og følge opp tiltaksplasser i eksterne virksomheter. Noen tiltaksarrangører driver også med egen produksjon av varer eller tjenester, for å kunne tilby egnet arbeid for deltagere i VTA og AFT. Det eksisterer ikke krav til typen av vare- eller tjenesteproduksjon hos tiltaksarrangører, men eksempler er kantinedrift, pakking og lagerdrift, reparasjon av ulike typer av varer, avfallshåndtering eller tekstilproduksjon.

Formålet med AFT er å prøve ut den enkeltes arbeidsevne og slik styrke mulighetene for at denne skal få ordinært arbeid, altså et attføringsformål. VTA har på sin side til formål å gi tiltaksdeltakeren arbeid som bidrar til å utvikle ressurser hos tiltaksdeltakeren gjennom kvalifisering og tilrettelagte arbeidsoppgaver, slik at personen kan få utnyttet sin restarbeidsevne.

For å vurdere spørsmålet om tildeling av tilskudd til arbeidsmarkedstiltakene VTA og AFT er å anse som kjøp av tjenester etter anskaffelsesregelverket, vil vi i det følgende først undersøke vilkårene for å bli godkjent som tiltaksarrangør, og deretter undersøke de nærmere kravene til tiltakenes innhold.

3.2 Godkjenning av tiltaksarrangører

Det stilles krav til virksomheter og deres organisering for at tiltaksarrangøren kan godkjennes, jf. tiltaksforskriften § 13-6 for AFT og § 14-5 for VTA. Virksomhetene skal være organisert som aksjeselskap, som hovedregel med kommunal eller fylkeskommunal aksjemajoritet, men likevel slik at NAV kan godta annen organisering dersom det anses hensiktsmessig ut i fra hensynet til gjennomføringen av tiltaket i det enkelte tilfellet, jf. §§ 13-6 første ledd og 14-5 første ledd. Videre kan ideelle organisasjoner som har sin primære virksomhet å drive sosiale aktiviteter for vanskeligstilte personer godkjennes som tiltaksarrangør, jf. 13-6 tredje ledd og 14-5 tredje ledd.

For å bli godkjent som tiltaksarrangør må virksomheten i tillegg oppfylle følgende kumulative vilkår: (1) attføring eller varig tilrettelagt arbeid skal være den primære virksomheten, (2) overskudd skal forbli i virksomheten og komme attføringsarbeidet og deltakerne til gode, (3) det skal ikke utbetales utbytte, og (4) en tiltaksbedrift kan ikke eie eller kontrollere annen forretningsvirksomhet utenom etablering og drift av salgsvirksomhet for å fremme omsetning av bedriftens produkter, jf. 13-6 andre ledd og 14-5 andre ledd.

3.3 Betingelser for tilskudd

3.3.1 Innledning

Tiltaksforskriften gir visse føringer for innholdet i en varig tilrettelagt arbeidsplass og arbeidsforberedende trening i §§ 13-2 og 14-2, men sier likevel bare noe om hva tiltakene "kan" inneholde.

De nærmere kravene som stilles til arbeidsmarkedstiltakenes innhold fremkommer i standardavtale som inngås mellom NAV om gjennomføring av arbeidsmarkedstiltak, sist oppdatert 20.01.2017 ("**Avtalen**"). I Avtalen reguleres blant annet antall tiltaksplasser tiltaksarrangøren kan tilby. Tiltaksarrangørene kan ha både AFT- og VTA-tiltaksplasser. Det legges ikke føringer på hva slags sekundærvirksomhet tiltaksbedriften ellers skal ha, eksempelvis stilles det ikke krav til konkrete arbeidsoppgaver brukeren skal få eller hva slags varer eller tjenester tiltaksarrangørene må produsere.

Som vedlegg 1 til Avtalen er det inntatt "*Kravsspesifikasjon for tiltaksarrangør: Varig tilrettelagt arbeid (VTA) i skjermet virksomhet*" av 13.02.2019 ("**Kravsspesifikasjon for VTA**"), og "*Kravsspesifikasjon for tiltaksarrangører, Arbeidsforberedende trening (AFT)*" av 15.09.2016 ("**Kravsspesifikasjon for AFT**") (samlet "**Kravsspesifikasjonene**"). Av Kravsspesifikasjonene følger nærmere beskrivelse av tiltakenes innhold knyttet til oppfølging og tilrettelegging for den enkelte tiltaksdeltageren.

3.3.2 Innholdet i VTA

VTA er rettet mot personer som mottar eller i nær fremtid ventes å få innvilget uføretrygd, jf. tiltaksforskriften § 14-2. Tiltaket er ikke tidsbegrenset, men det skal jevnlig vurderes om overføring til andre arbeidsmarkedstiltak eller liknende kan være aktuelt, jf. tiltaksforskriften § 14-4. Tiltaket skal altså tilby en *varig* tilrettelagt arbeidsplass, hvor personene ansettes hos tiltaksarrangøren, og i utgangspunktet ikke skal tilbake til ordinært arbeid. I Kravsspesifikasjonen for VTA er det også en målsetting om at arbeidstakere som ønsker og evner å forsøke seg i ordinært arbeidsliv, skal få tilbud om det. Det gjelder særlig personer som har behov for andre, eller mer utfordrende arbeidsoppgaver enn det den skjermede arbeidsplassen kan tilby.

I tillegg til det statlige tilskuddet mottar tiltaksarrangøren et kommunalt tilskudd, jf. tiltaksforskriften § 14-8 annet ledd. Det stilles ikke krav om utbetaling av lønn til tiltaksdeltageren, selv om deltageren skal være fast ansatt i virksomheten, jf. tiltaksforskriften § 14-7. De fleste tiltaksarrangører utbetaler likevel lønn, og flere har tariffavtale med LO og Fellesforbundet som regulerer lønn og andre arbeidsbetingelser.

Det nærmere innholdet følger av Kravsspesifikasjonen for VTA. Etter denne har tiltaksarrangøren ansvar for å tilby den enkelte arbeidstaker tilrettelagt arbeid og kvalifisering. Det stilles krav til organiseringen og gjennomføringen av tiltaket; tiltaksarrangøren skal som hovedregel tilby én fulltidsansatt veileder pr. fem tiltaksplasser, tiltaket skal tilbys fem virkedager i uken, være tilpasset i omfang for den enkelte deltager, foregå i egnede lokaler hvor det er mulig med individuelle samtaler og gruppeaktiviteter, og tiltaksarrangøren må ha yrkesfaglig-, pedagogisk- og arbeidsinkluderingskompetanse, jf. Kravsspesifikasjonen for VTA punkt 5. Det stilles ikke krav til spesifikk utdanning hos de

ansatte, men mer generelle krav til erfaring og kompetanse som personer hos tiltaksarrangøren samlet sett må dekke.

Videre stilles det krav om rapportering og at tiltaksarrangørene leverer årsrapporter som ledd i NAV sin kontroll med at tiltaksarrangørene overholder vilkårene for å være tiltaksarrangører etter forskriften.

3.3.3 Innholdet i AFT

AFT skal bidra til å prøve ut den enkeltes arbeidsevne og til å styrke dennes muligheter for å få ordinært arbeid. Tilskuddet skal kompensere for tiltaksarrangørens kostnader knyttet til gjennomføringen av tiltaket, jf. tiltaksforskriften § 13-1. AFT er tidsbegrenset til ett år, med mulighet for forlengelse inntil ett år, jf. § 13-4. Deltagere henvises fra NAV og er tiltenkt tilbake i normalt arbeid, jf. også § 13-5.

Det nærmere innholdet i AFT følger av Kravspesifikasjonen for AFT. Arbeidstrening i skjermet virksomhet har som formål å bistå vanskeligstilte personer med å kvalifisere seg til ordinært arbeid og tilbakeføring til arbeid innen relativt kort tid. Det faglige innholdet i Kravspesifikasjonen for AFT synes dermed å være noe mer regulert i kravspesifikasjonen for AFT enn for VTA. I punkt 4 oppstilles krav til faglig innhold, hvor det fremkommer at AFT "skal tilby" (1) avklaring av ressurser og yrkesmål, (2) arbeidsutprøving i et tilrettelagt og skjermet arbeidsmiljø, (3) tilrettelagt opplæring med sikte på å oppnå reell og formell kompetanse, (4) tilrettelagt arbeidstrening og oppfølging i ordinært arbeidsliv. I tillegg stilles tilsvarende krav til organiseringen og gjennomføringen av tiltaket som for VTA.

Vi har vurdert og kommet til at forskjellene mellom AFT og VTA sine formål og innhold, ikke har utslagsgivende betydning for vår vurdering av anskaffelsesregelverkets anvendelse. Derfor behandles tiltakene samlet i det følgende, og vi begrenser oss til å påpeke eventuelle relevante ulikheter løpende.

4. OM AFT OG VTA FALLER INNENFOR ANVENDELSESOMRÅDET TIL FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

4.1 Innledning

Anskaffelsesregelverket får bare anvendelse på "vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter" som offentlige oppdragsgivere inngår, jf. FOA § 1-1. En kontrakt er definert som en "gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører", jf. FOA § 4-1 bokstav a). For at en kontrakt skal omfattes av anskaffelsesregelverket må den dermed (1) være skriftlig (2) være inngått mellom en eller flere "oppdragsgivere" og (3) en eller flere "leverandører", og (4) være gjensidig bebyrdende.

Som ovenfor nevnt inngår NAV skriftlig avtale med den enkelte godkjente tiltaksarrangøren slik at (1) skriftlighetskravet er oppfylt. Videre er det klart at NAV tilfredsstiller kravene til (2) å anses som en "offentlig oppdragsgiver" ettersom NAV er et offentlig forvaltningsorgan, jf. FOA § 1-2 (1) bokstav c). I det følgende vil vi derfor vurdere om (1) tiltaksarrangørene utgjør leverandører av tjenester, og (2) om det er inngått en gjensidig bebyrdende avtale. Begge spørsmål må besvares bekræftende for at anskaffelsesregelverket skal få anvendelse, jf. FOA § 4-1 bokstav a).

Anskaffelsesregelverket gjennomfører til dels Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, og anskaffelsesforskriften bygger på EU-direktiv 2014/24/EU om offentlige anskaffelser. Regelverket er harmonisert, slik at praksis og kilder fra EU er relevant ved forståelsen av det norske regelverket.

4.2 Er tiltaksarrangører av AFT og VTA "leverandører av en tjeneste"?

4.2.1 Innledning

Som leverandør regnes enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhet samt enhver sammenslutning av slike personer og/eller organer som på markedet tilbyr varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 2(1)(10). Anskaffelsesdirektivet bruker begrepet "økonomisk aktør" ("economic operator") i stedet for leverandør. Direktivets artikkel 1(2) avgrenser anvendelsesområdet på følgende måte:

"Udbud i henhold til dette direktiv omfatter en eller flere ordregivende myndigheters anskaffelse ved hjælp af en offentlig kontrakt af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser fra økonomiske aktører valgt af de ordregivende myndigheder, uanset om bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne er beregnet til et offentligt formål."

Ettersom FOA bygger på anskaffelsesdirektivet, må leverandørbegrepet i FOA § 4-1 bokstav a) forstås på samme måte som begrepet "økonomisk aktør" i direktivet. En "leverandør" er altså en økonomisk aktør som tilbyr varer eller tjenester på et marked. Den foreliggende kontrakten må altså både være gjensidig bebyrdende og gjelde levering av slike varer- eller tjenester for at det skal være tale om en "kontrakt", jf. FOA § 4-1 bokstav a). Spørsmålet om det foreligger en gjensidig bebyrdende avtale behandles punkt 4.3 nedenfor.

Spørsmålet som vil behandles i det følgende er om de godkjente tiltaksarrangørene er økonomiske aktører som tilbyr tjenester i anskaffelsesregelverkets forstand, ved å tilby arbeidsmarkedstiltakene VTA og AFT. Relevant i denne sammenhengen er ikke om aktøren har økonomisk virksomhet i en eller annen form, men om tiltaksaktørene leverer en tjeneste – en økonomisk aktivitet – til NAV under Avtalene.

På generelt grunnlag er klart at ideelle virksomheter, sosiale entreprenører eller andre som også er godkjente tiltaksarrangører, kan delta i konkurranser om å tilby tjenester. Eksempelvis vil en tiltaksarrangør som driver med kantinedrift kunne delta i en anbudskonkurranse utlyst av en offentlig oppdragsgiver om drift av kantinen. I den sammenhengen vil tiltaksarrangøren opptre som en økonomisk aktør som tilbyr en tjeneste på et marked.

Tilsvarende kan tiltaksarrangører godkjent for AFT og VTA delta i anbudskonkurranse om å tilby andre arbeidsmarkedstiltak i konkurranse med andre foretak; eksempelvis avklaring i kapittel 2, oppfølging i kapittel 4, opplæring i kapittel 7 og arbeidsrettet rehabilitering i kapittel 12. For disse arbeidsmarkedstiltakene stilles ikke krav om at leverandørene er organisert på den måten som er foreskrevet i §§ 13-6 og 14-5, herunder at det ikke skal utbetales utbytte og at overskudd skal komme attføring til gode.

Spørsmålet som vil drøftes i det følgende er om de godkjente tiltaksarrangørene utgjør økonomiske aktører på et marked i anskaffelsesregelverkets forstand når de tilbyr AFT og VTA.

4.2.2 Tilbydere av ikke-økonomiske tjenester av allmenn interesse faller utenfor

Et av hovedformålene med anskaffelsesregelverket er å hindre konkurransevridding som kan stamme fra offentlige oppdragsgiveres bruk av offentlige midler ved tildeling av kontrakter. Avtaler med aktører som ikke tilbyr varer- eller tjenester på et marked vil ikke kunne føre til noen konkurransevridding. Av den grunn er det i anskaffelsesdirektivets fortale premiss (6) uttalt at

*"Det er også relevant at bemærke, at dette direktiv ikke bør berøre medlemsstaternes lovgivning om social sikring. (...) Det bør præciseres, at **ikkeøkonomiske tjenesteydelser af almen interesse ikke bør falde ind under dette direktivs anvendelsesområde.**" (Vår utheving).*

I hvilke situasjoner det foreligger en "ikkeøkonomisk tjenesteydelse af almen interesse" kommer sjeldent på spissen i relasjon til anskaffelsesregelverket. Paralleller kan likevel trekkes fra andre EU-/EØS-rettslige regler som er ment å beskytte markeds konkurransen som alle er begrenset til å få anvendelse ovenfor "foretak" ("undertakings"). I konkurranserettslig sammenheng er aktører engasjert i økonomisk aktivitet å anse som "foretak", jf. bl.a. sak T-319/99 *FENIN* avsnitt 37. Tilsvarende gjelder i EØS-avtalens hoveddel om forbud mot handelsrestriksjoner, forbud mot ulovlig statsstøtte og forbud mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak eller misbruk av dominerende markedsstilling, som alle har til formål å hindre konkurransevridding i ulike former.

Anskaffelsesregelverket og forbudet mot statsstøtte i EØS-avtalens artikkel 61 har til felles at begge skal hindre konkurransevridding som stammer fra *det offentliges* bruk av offentlige midler, enten som kontraktspart eller ved tildeling av offentlig støtte til ulike formål. EØS-avtalen artikkel 61 forbyr bare statsstøtte til "foretak", som altså driver økonomisk aktivitet, i motsetning til ikke-økonomisk aktivitet. Ettersom det offentlige i mange tilfeller yter støtte til rene sosiale formål kommer spørsmålet om støtemottakeren driver økonomisk aktivitet oftere på spissen i relasjon til denne bestemmelsen. Uttalelser i denne forbindelse vil kunne være veiledende for spørsmålet om midler som er utbetalt i tilknytning tilbudet av AFT og VTA utgjør ikke-økonomiske tjenesteytelser som faller utenfor anskaffelsesregelverket.

EU-kommisjonen har utarbeidet en veileder om rettslige utgangspunkter for anvendelsen av reglene om statsstøtte, offentlige anskaffelser og det indre marked på sosiale tjenester av allmenn interesse, som synes å legge til grunn at ikke-økonomiske sosiale tjenester av allmenn interesse generelt faller utenfor EU-regelverket. Om begrepet "tjenester av allmenn interesse" ("Services of General Interest") skrives følgende:

"Begrebet dækker både økonomiske aktiviteter (se definitionen af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse nedenfor) og ikkeøkonomiske aktiviteter. Sidstnævnte er ikke omfattet af specifik EU-lovgivning og ej heller af traktatens bestemmelser om det indre marked og konkurrence" jf. Arbejdsdokument fra Kommissionens Tjenestegrene, Vejledning i anvendelsen af EU's regler om

statsstøtte, offentlige indkøb og indre marked på tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, især sociale tjenesteydelser af almen interesse, ("Kommisjonenens veileder"), 29.4.2013, s.23. (Understreket i originalteksten).

At anskaffelsesregelverkets leverandørbegrep ("economic operator") bør forstås med samme begrensning som statsstøtteregelevkrets foretaksbegrep om at støtte til ikke-økonomiske leverandører av sosiale tjenester faller utenfor, harmonerer både med regelverkens felles formål og synes forutsatt av EU-kommisjonen når det uttales:

*"Statsstøtteregelevkrets og reglene om offentlige indkøb og koncessioner har forskjellige formål og anvendelsesområder. Statsstøtteregelevkrets vedrører betingelserne for finansiering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse og dermed også **socialeydelser af almen interesse af økonomisk art** og har til formål at hindre konkurrenceforvriddning som følge af finansiering eller tilsvarende fordele, der gives af staten og dens organer. Reglene om offentlige kontrakter og koncessioner vedrører derimod betingelserne for tildeling af disse tjenesteydelser til de erhvervsdrivende og har bl.a. til formål at undgå konkurrenceforvriddninger, der kan opstå som følge af de ordregivende myndigheders forvaltning af de offentlige midler i forbindelse med **tildelingen af disse tjenesteydelser**, samt at sikre den bredest mulige konkurrence i Europa og gøre det muligt at opnå det bedste forhold mellem pris og kvalitet, især til fordel for tjenestens brugere.*

Derfor skal offentlige myndigheder, der ønsker at indføre en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, ikke kun overholde statsstøtteregelevkrets, men også reglene om offentlige indkøb og koncessioner (våre uthevinger), jf. Kommisjonenens veileder s. 112.

Vi vurderer det derfor slik at leverandørbegrepet i FOA § 4-1 a), jf. § 1-1 må forstås slik at avtaler om ikke-økonomiske sosiale tjenester av allmenn interesse faller utenfor anvendelsesområdet, tilsvarende som at statsstøtte til tilbydere av slike tjenester faller utenfor EØS-avtalen artikkel 61. Spørsmålet vi vil vurdere i det følgende er dermed om tilbudet av AFT og VTA i tiltaksbedrifter utgjør "ikke-økonomisk aktivitet".

4.2.3 Utgjør AFT og VTA i skjermet virksomhet en "økonomisk aktivitet"?

AFT og VTA utgjør en form for sosiale tjenester som er ment å tjene et allment formål. Nærmere bestemt er det et tilbud av tilrettelagte arbeidsplasser eller bistand til tilbakeføring til arbeid for vanskeligstilte personer, og spørsmålet er om tiltaksarrangørene driver "økonomisk aktivitet" ved sitt tilbud av AFT og VTA. Sosiale tjenester kan som nevnt ovenfor være av både økonomisk og ikke-økonomisk karakter. I Kommisjonenens veileder fremgår følgende om sosiale tjenester på s. 22:

"(...) SSGIs may be of an economic or non-economic nature, depending on the activity involved. The fact that an activity is termed 'social' is not of itself enough for it to avoid being regarded as an 'economic activity' within the meaning of the Court's case law"

Av denne grunn er det i relasjon til støtteregelverket antatt at arbeidsrettet trening for personer som er arbeidsledige faller utenfor støtteregelverket, se blant annet Kelyn Bacon QC, *European Union Law of State Aid*, 3 utg. s. 215. Tilsvarende har EU-domstolen slått fast at forbudet mot å innføre restriksjoner på adgangen til å yte tjenester ikke fikk anvendelse på offentlig finansiering av utdanningssystemer, jf. sak C-318/05 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 68 hvor det ble vektlagt at:

"(...) staten ved at organisere og drive et offentlig undervisningssystem, der i almindelighed finansieres over det offentlige budget, og ikke af eleverne eller deres forældre, ikke vil drive virksomhed mod betaling, men varetage sine opgaver over for befolkningen på det sociale, kulturelle og uddannelsesmæssige område."

Videre har EFTA-domstolen vurdert og kommet til at støtte til kommunale barnehager ikke utgjorde støtte til "foretak" fordi barnehagene ikke drev "economic activity" på tross av at foreldrene til barna betalte en egenandel for barnehageplass i tillegg til finansieringen fra det offentlige, jf. sak E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund*. EFTA-domstolen uttalte for øvrig at *"the reasoning of the ECJ in Humbel, which concerned the notion of "service" within the meaning of the fundamental freedoms, can be transposed to a State aid case such as the one at hand."* Denne uttalelsen underbygger at anskaffelsesregelverket også må forstås med tilsvarende begrensning i anvendelsesområde.

Under henvisning til sak E-5/07 har også EFTA sitt overvåkningsorgan ("ESA") i brev av 3. februar 2012 vurdert at tilskudd til ikke-kommunale barnehager ikke utgjorde statsstøtte som falt innenfor artikkel 61, fordi kommunene driver barnehager som et ledd i oppfyllelsen av offentlige plikter overfor befolkningen av sosial, kulturell og utdanningsmessig art. Av betydning var at omlag 80 prosent av kostnadene til barnehagedriften er offentlig finansiert og foresattes egenandel er uavhengig av den tjenesten det enkelte barn faktisk mottar. Dermed la ESA til grunn at barnehagene ikke drev økonomisk aktivitet.

Spørsmålet om tiltaksarrangørens driver "økonomisk aktivitet" ved sitt tilbud av AFT og VTA har også vært behandlet av ESA, i henholdsvis 2016 og 2017. I forbindelse med en pre-notifikasjonsprosedyre i 2016 ble ESA forelagt spørsmålet om forbudet mot statsstøtte får anvendelse på støtte til AFT i skjermede virksomheter, og ved brev av 23. februar 2016 kom ESA til at støttetildelingen faller utenfor regelverket fordi tiltaksarrangørenes virksomhet er ikke-økonomisk. ESA uttalte:

"The provision of services does not qualify as an economic activity if they are provided in fulfilment of a state's duty towards its population according to the principle of national solidarity, i.e. there is no connection between the actual cost of the services and the fees paid by those who benefit from them."

The provision of vocational training to disabled persons has been a long-standing social objective in Norway. Under the AFT scheme, the sheltered workshops' main activity is the rehabilitation and training of disabled people. The Norwegian state pays the total net costs of the training services provided; there is no contribution from the participants. Furthermore, the disabled participants in these trainings are not employed by the workshops and do not qualify as "workers"."

I 2017 avgjorde ESA klage over påstått ulovlig støtte til blant annet VTA. Klager hevdet at støtte til ulike former for arbeidsmarkedstiltak utgjorde ulovlig statsstøtte. I vurderingen av 5. oktober 2017 i sak nr. 77299 konkluderte ESA med at støtte til VTA ikke utgjorde statsstøtte, hverken i skjermede- eller ikke-skjermede virksomheter. ESA viste til sin tidligere vurdering fra 2016 om at *"the AFT scheme did not constitute state aid, since the beneficiaries of the scheme were not pursuing economic activities (...)"*, jf. s. 5. På samme måte vurderte ESA at heller ikke VTA utgjør "økonomisk aktivitet" som bringer tildelingen inn under støtteregeleverket.

Konklusjonen gjaldt uavhengig av om støtten tildeles en skjermet virksomhet eller andre foretak som tilbyr tilrettelagte arbeidsplasser ettersom *"the provision of these services is not a part of the undertaking's normal market activities and does not constitute an economic activity. The additional cost of providing these services is paid by the state in form of grants to these enterprises. The grants are very moderate and only cover the additional costs of employing the participants"*, jf. s. 10.

ESA sine konklusjoner om at arbeidsmarkedstiltakene VTA og AFT faller utenfor støtteregeleverket har altså sin begrunnelse i at finansieringen av tiltakene ikke ble gitt til "foretak" som bedriver "økonomisk aktivitet" på et marked, men til tiltaksarrangører underlagt en rekke vilkår som er ment å forhindre at tildelingen skal få virkning på handelen og konkurransen. Videre ble det vektlagt at tiltaksarrangørene utelukkende tilbyr ikke-økonomiske sosiale tjenester av allmenn interesse, jf. brevet av 23. februar 2016 s. 2.

Flere av de samme forholdene som ESA vektlegger i sin vurdering, kan tilsi at tiltaksarrangørene, ved å tilby AFT og VTA, heller ikke er økonomiske aktører som "på markedet tilbyr (...) tjenester" etter anskaffelsesdirektivet 2(1)(10). Den "tjeneste" som eventuelt ytes er tilrettelagte arbeidsplasser eller arbeidsutprøving før tilbakeføring til vanlig arbeid. Tiltakene har et sosialt formål, og uten offentlig finansiering ville tilbud om AFT og VTA i skjermede virksomheter antagelig ikke eksistert. Tiltaksdeltagerne betaler ikke selv for å delta, slik at utgiften med å tilrettelegge i sin helhet er dekket av det offentlige. De skjermede virksomhetene opererer på ikke-kommersielle vilkår, ved at det ikke kan tas ut utbytte og at overskudd skal tilfalle attføringsvirksomheten. Vilkårene for å få godkjenning som tiltaksarrangør av VTA og AFT følger av forskrift, og alle aktører som tilfredsstiller kravene kan søke om godkjenning fra NAV. Kommersielle aktører har ikke insentiv til å organisere seg på tilsvarende måte, og det er i det hele tatt usikkert om tilsvarende krav til organisering kan stilles dersom VTA og AFT skal utlyses i anbudskonkurranse. Disse forhold medfører samlet sett at det er mer naturlig å betrakte tilbud av AFT og VTA som ikke-økonomiske sosiale tjenester, og at tiltaksarrangørene dermed ikke er "økonomiske aktører" i anskaffelsesregelverkets forstand når de tilbyr AFT og VTA.

4.2.4 Konklusjon

Det er etter dette vår vurdering at tiltaksarrangører ikke driver "økonomisk aktivitet" ved sitt tilbud av AFT og VTA, og følgelig ikke er å anse som leverandører av en tjeneste på et marked etter anskaffelsesforskriften § 4-1, jf. § 1-1. AFT og VTA i skjermede virksomheter utgjør ikke-økonomiske sosiale tjenester av allmenn interesse som faller utenfor anskaffelsesregelverket. Vår konklusjon er derfor at anskaffelsesregelverket ikke får anvendelse for tildelingen av tilskudd til arbeidsmarkedstiltakene AFT og VTA.

Vi vil likevel i det følgende vurdere om det foreligger en "gjensidig bebyrdende kontrakt" mellom NAV og tiltaksarrangørene om levering av AFT og VTA. Dette er det andre spørsmålet som må besvares bekreftende for at anskaffelsesregelverket skal få anvendelse, jf. FOA § 4-1 bokstav a). Vurderingen blir subsidiær ettersom det må forutsettes at tiltaksarrangørene tilbyr en økonomisk tjeneste ved levering av AFT og VTA, i strid med vurderingene ESA tidligere har gjort. Spørsmålet vi vil vurdere i det følgende er om det offentlige ensidig finansierer tiltakene eller om det inngås en gjensidig bebyrdende kontrakt om levering av slike tjenester til NAV.

4.3 Foreligger det en gjensidig bebyrdende kontrakt?

4.3.1 Innledning

I tillegg til at tiltaksarrangørene må utgjøre leverandører av tjenester, må kontrakten være en "*gjensidig bebyrdende avtale*" for at anskaffelsesregelverket skal få anvendelse, jf. FOA §§ 1-1 § 4-1 bokstav a). Kontraktbegrepet skal ikke fortolkes strengt, men ut fra formålsbetraktninger, jf. blant annet sak C-220/06 (Correos).

Begge parter må være forpliktet etter avtalen, slik at oppdragsgiver mottar en ytelse mot et vederlag og ytelsen skal gi oppdragsgiveren en økonomisk fordel, jf. blant annet sak C-451/08 (Helmut Müller) premiss 48 flg. Dette skiller seg fra en ensidig offentlig støttetildeling eller finansiering av en aktivitet, som faller utenfor kontraktbegrepet. At oppdragsgiver skal gis en økonomisk fordel følger også av anskaffelsesdirektivets definisjon i artikkel 2(5) av kontraktbegrepet som "*contracts for pecuniary interest(...)*". "Pecuniary interest" betyr nettopp "økonomisk fordel" eller "økonomisk interesse". En slik avgrensning av hva som kan utgjøre en motytelse under kontraktbegrepet, harmonerer med den ovenfor nevnte forståelsen om at tilbydere av ikke-økonomiske tjenester faller utenfor leverandørbegrepet ("economic operator").

Når det i det følgende nevnes "støtte", vil det omfatte ensidig finansiering fra det offentlige uavhengig av om tilfellet faller inn under forbudet i EØS-avtalen artikkel 61. For grensen mellom ensidig støtte og gjensidig bebyrdende kontrakter vises til EU-kommisjonens veileder på s. 112 hvor det uttales at:

"[r]eglerne om offentlige kontrakter finder anvendelse fra det øjeblik, hvor der er pligt til at udføre en bestemt tjenesteydelse mod vederlag, uanset den pågældende tjenesteydelses almene interesse. Derimod falder den blotte finansiering af en aktivitet, som ofte er forbundet med forpligtelsen til at refundere de modtagne beløb, hvis de ikke anvendes til de tilsigtede formål, normalt ikke ind under reglerne om offentlige indkøb."

Kommisjonen har angitt veiledende momenter som det kan tas hensyn til i en helhetsvurdering. Momentene er gjengitt i Nærings- og fiskeridepartementets *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)*:

- (a) Formålet med kontrakten er å dekke de behovene den offentlige oppdragsgiveren har definert innenfor sitt kompetanseområde.

- (b) Tjenestens karakter og måten den skal utføres på er spesifisert i detalj av den offentlige oppdragsgiveren.
- (c) Det er kontraktsfestet et vederlag for tjenesten.
- (d) Den offentlige oppdragsgiveren tar initiativet til å finne en leverandør som kan yte tjenesten.
- (e) Kontrakten inneholder misligholdsbeføyelser ved kontraktsbrudd, for eksempel erstatning.

Momentene i bokstav (a) og (b) henger sammen, og omhandler det overordnede spørsmålet om oppdragsgiver mottar en ytelse som gir en økonomisk fordel. Momentet i bokstav (c) omhandler karakteren av oppdragsgiver sin ytelse, en kontrakt må som nevnt være "gjensidig bebyrdende". Momentene i bokstav (d) og (e) er momenter som generelt vil gi et forhold mer karakter av å være vederlag mot ytelse, enn en ensidig støttetildeling.

Dersom momentene i (a)-(e) besvares bekreftende, er det presumtivt tale om en gjensidig bebyrdende kontrakt. I det følgende vil vi derfor ta utgangspunkt i disse momentene i vurderingen av om det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt mellom NAV og tiltaksarrangørene.

4.3.2 Er formålet å dekke et behov innenfor det oppdragsgiverens kompetanseområde?

Dersom formålet med kontrakten er å dekke et behov som oppdragsgiveren har definert innenfor sitt kompetanseområde, taler det for at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt, jf. bokstav (a) ovenfor. Det vil som nevnt kunne indikere at oppdragsgiver mottar en ytelse som gir en økonomisk fordel.

Stortinget velger hvert år om det skal bevilges penger til VTA og AFT i statsbudsjettet. I så fall gis Arbeids- og sosialdepartementet kompetanse til å forvalte midlene ved tildeling til godkjente tiltaksarrangører, jf. arbeidsmarkedsloven § 12. Departementet fastsetter satsene for tilskudd, men har delegert kompetansen til å godkjenne tiltaksarrangører og forvalte fordelingen av midler til NAV, jf. tiltaksforskriften §§ 1-10 og 1-11. Det er altså klart at NAV har kompetanse til å beslutte tildeling av midler til tiltaksarrangører innenfor de av Stortinget fastsatte retningslinjer.

På den andre siden skiller situasjonen seg fra de mer typiske anskaffelsestilfeller hvor et organ eksempelvis har plikt til å tilby en tjeneste. Kommuner har blant annet en lovpålagt plikt til å tilby sykehjemsplasser til personer som oppfyller visse vilkår, enten ved å selv tilby kommunale plasser eller ved å anskaffe plasser hos private aktører. Anskaffelse av sykehjemsplasser dekker derfor et definert "behov" innenfor kommunens kompetanseområde. Tilsvarende er det klart at derom NAV anskaffer bygg til kontorlokaler, så dekker anskaffelsen et behov med tilknytning til NAV sin virksomhet og NAV anses for å oppnå en økonomisk fordel, jf. blant annet sak C-451/08 (Helmut Müller), hvor det uttales:

48 Kontraktens gensidigt bebyrdende karakter indebærer, at den ordregivende myndighed, som har indgået en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til kontrakten, modtager en ydelse mod et vederlag. Ydelsen består i udførelsen af det arbejde, som den ordregivende myndighed ønsker at opnå (...)

49 *En sådan ydelse skal efter sin natur og i henhold til opbygningen og formålet med direktiv 2004/18 bibringe den ordregivende myndighed en økonomisk fordel.*

50 *Denne økonomiske interesse er klart godtgjort, når det fremgår, at den ordregivende myndighed bliver ejer af de bygge- og anlægsarbejder, der er genstand for kontrakten.*

Til sammenlikning har hverken staten eller NAV har en lovpålagt plikt til å tilby personer AFT eller VTA, og tiltaksdeltagerne har ikke krav på å bli tilbudt tiltaksplass. NAV har heller ikke rett til å tildele midler til AFT og VTA uten at Stortinget beslutter å bevilge midler til det i statsbudsjettet. I Departementets høringsnotat av 29. januar 2021 om *Forslag til nytt arbeidsmarkedstiltak – sommerjobb for unge med bistandsbehov* skriver Departementet at:

"[a]rbeidsmarkedstiltak tildeles skjønnsmessig ut fra arbeidssøkernes behov, i henhold til tildelte budsjetttrammer, og de styringssignaler som gis Arbeids- og velferdsetaten. Ingen arbeidssøkere har en rett til å få et arbeidsmarkedstiltak. Det er derfor Arbeids- og velferdsetaten som vil avgjøre hvilke arbeidssøkere som får tilbud om å delta på ordningen."

NAV fritas heller ikke fra en forpliktelse til selv å tilby AFT og VTA, ved å tildele midler til tiltaksarrangører. Det følger av tiltaksforskriften at AFT og VTA skal driftes av tiltaksarrangørene. NAV sin kompetanse er begrenset til å fordele midlene som bevilges av Stortinget. Selv om tildeling til AFT og VTA ligger innenfor NAV sitt kompetanseområde, så vurderer vi det derfor slik at formålet mer naturlig kan anses som en ensidig finansiering av en aktivitet som NAV har ansvar for å gjennomføre. Etter dette anser vi momentet i bokstav (a) for å tale imot at idet foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt.

4.3.3 Er tjenestens karakter og utførelsen spesifisert i detalj av oppdragsgiveren?

Videre er det av betydning om tjenestens karakter og utførelsen er "spesifisert i detalj" av den offentlige oppdragsgiveren, jf. Kommisjonens moment i bokstav (b). Graden av spesifisering får betydning for om det i det hele tatt er naturlig å anse det offentlige for å få en motytelse.

Motytelsen NAV eventuelt får består i tilrettelagte arbeidsplasser til VTA og AFT. Det stilles noe ulike krav til AFT og VTA, men forskjellene er etter vår vurdering ikke utslagsgivende for vurderingen, og kravene vil derfor behandles samlet i det følgende. Som nevnt inngås avtale om antall tiltaksplasser tiltaksarrangøren skal ha tilgjengelig. NAV pålegges ikke å benytte seg av det forespeilete antallet med plasser, men skal "bestrebe seg" på det, jf. avtalens punkt 7.1. Tiltaksarrangøren har altså ikke noe krav på et visst støttebeløp etter avtalen, ettersom det betales pr. deltager, ikke pr. tilgjengelige tiltaksplass, jf. punkt 7.2.

Kravspesifikasjonene gir nærmere krav til tiltakenes innhold. I seg selv kan bruken av begrepene "avtale" og "kravspesifikasjon" gi inntrykk av at det er tale om en "kontrakt". Det samme gjelder formuleringer som eksempelvis at "[e]ventuelle tilleggs-kjøp av plasser må skriftlig-gjøres av NAV", jf. punkt 7, eller at "[a]vtalen bygger på partenes ønske om å levere kvalitativt gode tjenester i utføringsarbeidet". Begreper som "avtale", "kjøp" og "levere (...)"

tjenester" kan indikere at NAV gis en motytelse mot vederlag. KOFA har likevel at det ikke et avgjørende om det offentlige har formulert seg slik at det gis inntrykk av at det dreier seg om en konkurranse, selv om det er uheldig, jf. KOFA sak 228/2003 side 7 hvor det uttales

"Kommunen har i flere sammenhenger formulert seg slik at man kan få inntrykk av at det dreier seg om en konkurranse. Dette er uheldig, men kan ikke være avgjørende i forhold til hvilke regler som får anvendelse."

Når det gjelder graden av spesifisering differensierte EU-domstolen mellom ulike former for støtte tildelt et universitet i sak C-380/98 *The University of Cambridge*. Domstolen fant at generell støtte til forskning og bidrag til å betale skolepenger for enkeltelever utgjorde støtte, mens betaling knyttet til konkrete forskningsprosjekter, konsulenttjenester eller foredrag ble ansett å utgjøre kontraktuelle motytelser. Av betydning i vurderingen var i hvilken grad den myndighet som tildelte beløpene kunne styre anvendelsen av midlene, jf. avsnitt 21.

Slik vi ser det, har støtte til AFT og VTA størst likhetstrekk med støtte til skolepenger pr. elev. Domstolen uttaler i avsnitt 23 og 24 at:

"[t]hose payments constitute a social measure introduced for the benefit of certain students who by themselves would not be able to meet tuition fees which are sometimes very high. Since there is no contractual consideration for those payments, they should be regarded as financing by a contracting authority in the context of its educational activities."

Støtte til AFT og VTA gis også pr. deltager, har et sosialt formål, og det offentlige tar ikke økonomiske hensyn ved tildelingen. Som nevnt fritas heller ikke NAV fra en forpliktelse til å tilby tiltaksplasser ved tildelingen. NAV er bare forpliktet til å fordele den dersom Stortinget beslutter at støtte skal gis til VTA og AFT i skjermede virksomheter. Dette skiller seg fra støtte til konkrete forskningsprosjekter eller seminarer i *University of Cambridge* hvor domstolen uttalte at:

"[t]he sums paid (...) constitute in that case consideration for contractual services provided by the university, such as the execution of particular research work or the organisation of seminars and conferences. (...) The contracting authority has in fact an economic interest in providing the service."

Videre synes den spesifisering av tiltakenes innhold som følger av Avtalen og Kravspesifikasjonene for AFT og VTA å henge nært sammen med formålet om attføring. Avtalens punkt 6 oppstiller "mål for avtaleperioden" i form av kvalitets- og resultatmål. Målene om oppfølging og avklaring av ressurser og yrkesmål for den enkelte deltager fremstår nødvendige for å ivareta det sosiale formålet om arbeidsutprøving i et skjermet miljø for vanskeligstilte personer. Vi vurderer det derfor slik at det ikke stilles krav som går ut over det som er nødvendig for å nå det sosiale formålet finansieringen er ment å ivareta. Ivaretagelse av formålet om "attføring" forutsetter adgang til å stille visse krav til tiltakenes innhold, for å oppnå arbeidsplasser tilpasset den enkeltes yteevne.

I tillegg finnes det for AFT noen mer konkrete resultatmål, ettersom ordningen skal bidra til at deltagerne på kort tid kommer seg ut i ordinært arbeid. Partene kan bli enige om at tiltaksarrangøren "må skaffe seg økt kompetanse innen følgende områder", jf. Avtalen punkt 6. Dersom NAV i det konkrete tilfellet benytter adgangen i kontrakten til å, i det konkrete tilfellet, etterspørre kompetanse som går utover det som er nødvendig for å tilfredsstille kravene til å være en tilrettelagt arbeidsplass, vil anskaffelsesregelverket etter omstendighetene kunne få anvendelse. Det offentlige må kunne stille visse krav i forbindelse med en støttetildeling, for å sikre at støtten gis til det tiltenkte formål, uten at det derved foreligger en slik grad av "styring" at det er naturlig å anse mottakeren for å yte en motytelse når vilkårene for tildelingen overholdes.

I KOFA sak 2005/180 *CatoSenteret* fant nemnda at det forelå en gjensidig bebyrdende kontrakt om anskaffelse av rehabiliteringstjenester blant annet ettersom *"statens tilskudd står i direkte forhold til omfanget av de forpliktelser, det vil si antall behandlingsplasser og kurdøgn stilt til rådighet, som påhviler CatoSenteret"*, jf. avsnitt 26. Tilsvarende ytes en månedlig sats pr. tiltaksplass for AFT og VTA. Viktigere for KOFA sin avgjørelse syntes likevel å være at manglende konkurranse om å få tilby rehabiliteringsplassene førte til en fordel for CatoSenteret til fortrengsel for andre rehabiliteringstilbydere som det ikke var grunnlag for, jf. avsnitt 32 hvor det uttales *"[d]et fremgår av den foreliggende dokumentasjon at innklagede ikke har gitt eventuelle andre rehabiliteringsinstitusjoner muligheten til å gi tilbud på behandlingsplasser, selv om det åpenbart finnes et marked for slike tjenester."*

I foreliggende tilfelle gis ikke tiltaksarrangørene ved støttetildelingen adgang til å tilby arbeidsmarkedstiltak til fortrengsel for andre tilbydere av tiltaksplasser i skjermede virksomheter. Alle virksomheter som tilfredsstiller kravene i tiltaksforskriften kan søke om å få tilby tiltaksplasser, det finnes ikke konkurranse om å tilby slike plasser ellers i markedet og støtten skaper et incentiv til å tilby et sosialt tiltak som ellers ikke hadde eksistert. En normal kommersiell aktør vil ikke uten støtten tilrettelegge for å ta imot vanskeligstilte arbeidstakere med uavklart arbeidskapasitet, eller organisere virksomheten på en slik måte at vanskeligstilte personer gis mulighet til arbeidsutprøving i en skjermet virksomhet. Vi vurderer det derfor slik at tjenestens karakter og måten den skal utføres på ikke er spesifisert i detalj av den offentlige oppdragsgiveren, noe som taler mot at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt.

4.3.4 Er det kontraktfestet "vederlag" for tjenesten?

Videre er det av betydning hvorvidt det er kontraktfestet et vederlag for tjenesten, jf. momentet i bokstav (c) ovenfor. I sak 2003/228 *Barnebyggsaken* kom KOFA til at det ikke var naturlig å si at kommunen anskaffet barnehagetjenester når den hadde invitert tre selskaper til å søke om å få bygge og drive barnehage på en privateid tomt, godkjente alle tre selskaper og ga alle tilsagn om kommunal lånegaranti dersom de ønsket det. Nemnda uttalte at støtteordninger som driftstilskudd, gratis tomt, kommunal lånegaranti eller dekning av utgifter til søskenmoderasjon *"kan ha preg av gjensidig bebyrdelse, men det kan neppe ses som kontraktsrettslig "vederlag"*, jf. *Barnebyggsaken* s. 6. Disse formene for støtte til privat barnehagedrift utgjorde verken anskaffelse av varer eller bygge- og anleggsarbeider, anskaffelse av barnehagetjenester eller tjenestekonsesjon.

NAV yter tilskudd til tiltaksarrangøren med en fast, månedlig sats pr. tiltaksplass fastsatt av departementet, jf. tiltaksforskriften §§ 13-7 og 14-8. Tildeling av et pengebeløp vil klart nok kunne anses som et "vederlag", men forutsatt at beløpet gis som vederlag for *en tjeneste*, jf. *Barnebyggsaken*. Av betydning i den saken var at tilskudd gis fordi det er et offentlig ansvar å skaffe tilstrekkelig antall barnehageplasser, at hvem som helst kan etablere en privat barnehage under forutsetning av at prosjektet oppfyller lovens krav til barnehagedrift, og at kommunen skal godkjenne private barnehager, men alle som tilfredsstiller lovens krav, har krav på godkjenning. Sammenliknbart er at NAV er gitt ansvar for å fordele midler i statsbudsjettet til tiltaksbedrifter som tilfredsstiller krav som følger av lov. De krav som stilles i kravspesifikasjonen er nært knyttet sammen med lovens krav om "attføring" som hovedvirksomhet, og innebærer reelt bare en utdypning av minstekrav til hvordan formålet om "attføring" skal gjennomføres. Alle som tilfredsstiller kravene i forskriften vil kunne få godkjenning som tiltaksbedrift, men har ikke rettskrav på å få det. Dessuten følger det av *Barnebyggsaken* at "vederlaget" må knytte seg til utførelsen av en "tjeneste". Som drøftet ovenfor, vurderer vi det slik at tiltaksarrangørene ikke er leverandører av en tjeneste i anskaffelsesrettslig sammenheng.

I en rendyrket kontraktmodell vil dessuten NAV være interessert i å kjøpe tjenestene til en lavest mulig pris. I dette tilfellet følger "prisene" faste satser fastsatt av departementet, hvilket kjennetegner tradisjonell tildeling av offentlige midler. Vi vurderer det derfor slik at det ikke er tale om kontraktsfestet et vederlag for en tjeneste, noe som taler mot at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt.

4.3.5 Har oppdragsgiveren tatt initiativet til å finne en leverandør?

I tillegg er det av betydning hvorvidt den offentlige oppdragsgiveren tar initiativet til å finne en leverandør, jf. momentet i bokstav (d) ovenfor. Momentet innebærer at dersom en kontrakt skal anses gjensidig bebyrdende, må den offentlige myndigheten være den egentlige initiativtakeren, det er det offentlige som må søke sitt behov dekket i det private marked. Dette kan fremstå nært beslektet med det offentliges opprettelse av en tilskuddsordning, men for å bli godkjent som tiltaksarrangør og derved motta støtte til tiltaksplasser, må virksomheten selv ta initiativ og søke om godkjenning fra NAV. Vi vurderer det derfor slik at det ikke er oppdragsgiver som tar initiativet til å finne en leverandør, noe som taler mot at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt.

4.3.6 Vil det kunne rettes misligholdsbeføyelser mot leverandøren?

Til slutt er det relevant for vurderingen om det vil kunne rettes misligholdsbeføyelser mot leverandøren, jf. momentet i bokstav (e) I denne sammenheng kan ikke bortfall av støtten eller krav om tilbakebetaling ved vilkårsbrudd anses som misligholdsbeføyelser, jf. bl.a. Kommisjonens veileder avsnitt 2018, der det uttales at "*[t]he mere financing of an activity, however, which is usually linked to the obligation to reimburse the amounts received if they are not used for the purposes intended, does not usually come under the public procurement rules.*"

Kontraktrettslige misligholdsbeføyelser som erstatning, prisavslag, eller liknende har til felles at sanksjonene er ment å sikre at leverandøren oppfyller kontrakten. Det skiller seg fra et rent bortfall av godkjenning som støttemottaker. Etter avtalen mellom NAV og tiltaksarrangørene "må NAV vurdere tiltaksarrangørenes godkjenning" dersom

tiltaksarrangørene ikke oppfyller sine forpliktelser med hensyn til kvalitet. Avtalen opphører dersom godkjenningen bortfaller, jf. punkt 3. Vi vurderer det derfor slik at det ikke foreligger misligholdsbeføyelser som vil kunne rettes mot leverandøren, noe som taler mot at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt.

4.3.7 Konklusjon

Etter gjennomgangen av de momentene oppstilt av EU-kommisjonen, er det vår vurdering at NAV sin forvaltning av den statlige finansieringen av AFT og VTA i skjermede tiltaksbedrifter, ikke er en gjensidig bebyrdende kontrakt. Tiltaksordningene har i større grad karakter av å være ensidig statlig finansiering av en aktivitet.