

notat

Til: Kontrollutvalget i Sogn og Fjordane fylkeskommune

Att.: Kontrollutvalet v/leiar

Frå: Adv. Kjetil Kvammen MNA, rådgjevar

Dato: 28.05.2018

Tema: Saksnr. _/18: Spørsmål om brot på regelverket for offentlege anskaffingar m.v.

Forespurnaden gjeld ein nærare avgrensa uttale i tre ulike sakstilfelle som involverer regelverket om offentlege anskaffingar.

Eg vel å leggje fram mitt svar på dei følgjande konkretiserte spørsmålsstillingane i eitt og same notat.

1. Spørsmål knytt til førehandsvurdering av anskaffinga sin verdi

Jfr. fylkesrådmannen si utgreiing i notat av 19.01.2018.

1.1. Faktiske opplysningar og vurderingar

Det er gjort innkjøp av **reinholdstenester ved Sogn Jord- og hagebruksskule** for ca. 1 million kroner i 4 års-perioden 2013 - 2017. Anskaffinga baserte seg på ein eittårig avtale som vart forlenga. Før avtaleinngåinga vart anskaffinga konkurranseutsatt i tråd med regelverket (FOA del I). Dette innebar forespurnad til tre moglege leverandørar slik det er høve til når omfanget av ei anskaffing vert vurdert til å vere lavare enn nasjonal terskelverdi for offentlig kunngjering. Denne grensa for kravet til slik kunngjering var fram til 2018 kr. 500.000. Anskaffingar over slik nasjonal terskelverdi skal som kjent kunngjerast på Doffin.

I tidsromet oktober 2015 - oktober 2016 passerte anskaffinga kr. 500.000.-. Med dette viste den seg difor likevel å vere kunngjeringspliktig.

Spørsmålet er om ein på tidspunktet for inngåing av avtalen burde kunne forutsjå den reelle verdien av anskaffinga og dermed straks kunngjere konkurransen.

Regelverket tilseier at det er oppdragsgivaren si plikt, på rett tidspunkt, å gjere ei slik berekning av den komande anskaffinga at anskaffaren etter FOA (2016) § 5-4 kan vurdere verdien av

anskaffinga. Kva som då vert vurdert som forsvarleg verdi skal knytast til tidspunktet for innhenting av tilbod eller når kontakten med leverandøren vert etablert. Denne framgangsmåten og desse vurderingane høyrer til nødvendig planlegging når det gjeld offentlege anskaffingar.

Fylkeskommunen måtte altså gjere ei vurdering av anskaffinga sin verdi for å kunne plassere innkjøpet i høve til terskelverdiene. Oppdragsgivaren måtte då gjere ei berekning av det samla beløpet (ekskl. mva.) som fylkeskommunen kunne kome til å betale gjennom heile kontrakta si levetid. Regelverket tilseier at slike verdiberekningar alltid skal basere seg på ei forsvarleg vurdering.

Det kan nemnast at ei og same anskaffing ikkje kan delast opp i fleire mindre kontrakter for å kome under terskelverdien (som tidlegare var kr. 500.000.-) slik at ein f.eks. unngår å måtte kunngjere anskaffinga. Dersom det skjer, skal m.a. tenestekontrakter som er delt opp i delarbeid likevel verdiberekna etter samla verdi (FOA § 2-3 sjuande ledd).

Sjølve berekninga av anskaffinga sin verdi ved rammeavtalar skal skje ved at oppdragsgivar legg til grunn den høgaste verdien av alle forventa "kjøp", dvs. avrop i ein kontraktsperiode på 48 månader.

Det ligg ikkje føre dokumentasjon for at verdien av anskaffinga av reinhaldstenester er blitt førehandsvurdert på denne måten. Det er i seg sjølv brot på regelverket, all den stund mesteparten av vederlaget var knytt til faste månadlege utbetalingar for reinhald.

Kva vurderingar anskaffaren har gjort blir gjerne eit spørsmål om dokumentasjon i ettertid. Anskaffaren har her etter regelverket ei form for bevisbyrde som etter mitt syn ikkje er oppfylt.

Dokumentasjonsplikta følgjer prinsippet om etterprøvbarheit, jfr. på same måte lova sitt grunnleggjande krav til gjennomsiktigheit (LOA 1999 § 5). Etter forskrifta (FOA 2016) § 7-1 har oppdragsgivar plikt til å grunngi og dokumentere viktige avgjerder. Tilhøve som er vesentlege for gjennomføringa av anskaffinga skal nedteiknast eller samlast i ein protokoll og dokumentasjonen skal oppbevarast av oppdragsgivar.

Verdigrensa for krav til kunngjering vart overskriden i løpet av tredje avtaleåret. Det er etter mitt syn ikkje noko som tilseier at det som er påpeika, t.d. om endringar i sjølve reingjeringsarealet eller andre tilhøve, kunne setje lova si kunngjeringsplikt til side.

Dersom ein oppdragsgiver har gjennomført anskaffing i strid med kunngjeringsplikta, nyttar ein omgrepet «ulovleg direkte anskaffing». Omgrepet var tidlegare definert i FOA (2006), men FOA (2016) har ikkje vidareført definisjonen. Likevel går det fram av førearbeida at innhaldet i omgrepet er ført vidare.

1.2. Konklusjon

Mitt syn er

- at fylkeskommunen ikkje på tilstrekkeleg måte har førehandsvurdert den aktuelle anskaffinga sin verdi

- at anskaffingsregelverket i dette tilfelle er brote og at innkjøpa av tenestene til reinhald ved Sogn Jord- og hagebruksskule vil vere å sjå på som ei ulovleg direkte anskaffing

2. Avlysing av konkurranse som følge av endra kvalifikasjonskrav

Jfr. fylkesrådmannen si utgreiing i notat av 19.01.2018 om innkjøp av **varmesentralar** til fylket. Anskaffinga var etter FOA II kunngjort på Doffin.

2.1. Nærare om saksforholdet

Det lågaste tilbodet måtte avvisast på grunn av at tilbydar ikkje oppfylte eitt av dei krava som fylkeskommunen hadde sett i konkurransegrunnlaget. Kravet gjekk ut på at tilbydar skulle ha eller ha nærare definert tilgong til lærlingeordning.

Etter at det vart sett fokus på dette kom fylkeskommunen til at nettopp dette kvalifikasjonskravet slik det var formulert kunne verke konkurransehindre og at kravet difor måtte fjernast, underforstått fordi det kunne vere i strid med grunnleggjande krav i lova. Det måtte då gjerast ei endring i konkurransegrunnlaget. Då ei slik endring vart vurdert som vesentleg, valde ein med vising til FOA § 8-4(4) å avlyse konkurransen.

Denne regelen under § 8-4 om konkurransegrunnlag lyder:

«(4) Frem til signering av kontrakten kan oppdragsgiveren foreta endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige.»

Reglane er slik at ein oppdragsgivar lovleg kan velje å avlyse konkurransen med øyeblikkeleg verknad *«dersom det foreligger en saklig grunn»*, jfr. FOA § 10-4.

Det er reist spørsmål om avlysinga i dette tilfelle var i samsvar med lova, m.a.o. om det låg føre ein slik sakleg grunn.

Kravet til sakleg grunn har to element:

- det må ligge føre en objektiv sakleg grunn til å avlyse konkurransen
- oppdragsgivaren må ikkje kunne lastast for ikkje å ha vore merksam på avlysningsgrunnen på førehand

For ordens skuld kan det nemnast at avlysing av konkurransen er noko anna enn forkasting/avvising av tilbod. Slik forkasting/avvising skjer p.g.a. tilhøve som må tilskrivast leverandørar.

Bygningsmassen til fylkeskommunen og to kommunar er vist i ein tabell under pkt. 1.4 i konkurransegrunnlaget. Det går ikkje tydeleg fram kva som er meint her.

2.2. Vurderingar

Den objektive saklege grunnen var at konkurransegrunnlaget inneheld vilkår som hindra konkurranse. Ein slik situasjon oppstod fordi ein elles aktuell tilbydar ikkje kunne oppfylle kravet som var sett til lærlingar fordi det var unødvendig strengt. Den objektive sida av kravet til sakleg grunn var difor i prinsippet oppfylt.

Når det gjeld det subjektive elementet, spørsmålet om oppdragsgjevaren burde ha vore merksam på dette ved utforminga av konkurransegrunnlaget, er det naturleg å vurdere kva for retningslinjer som gjaldt for lærlingekravet.

Utgangspunktet er at etter anskaffingslova § 7 skulle fylkeskommunen «*stille krav om at leverandører er tilknyttet en lærlingordning, og at en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med gjennomføringen av kontrakten.*»

Det heiter i andre ledd at kravet «*etter første ledd stå i forhold til kontraktens art og omfang*», dvs. at vilkåret må vere forholdsmessig.

Eit tilsvarande atterhald følgjer av **Forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter** (F17.12.2016 nr 1708) § 6 der det heiter at «*Plikten gjelder ikke når kravet må anses som uforholdsmessig etter kontraktens innhold, omfanget av arbeidet der det er relevant å benytte arbeidskraft med fag- eller svennebrev eller andre forhold.*»

Plikta til å kreve bruk av lærlingar gjeld dessutan berre kontrakter med ein vurdert verdi på minst 2 mill. kr. og med varigheit over tre månader, jfr. § 5 andre ledd.

I første ledd i § 6 heiter det at oppdragsgivar skal stille kravet i **kontraktene**.

Difi tilrår oppdragsgivar å leggje **foringar** i konkurransegrunnlaget for å synleggjere i kva for avrop ein vil stille krav til at lærling deltar i arbeidet. Avgrensinga kan gå anten på verdi eller varigheit av det enkelte kontraktsavropet. Det er opp til oppdragsgivaren å handtere kravet på ein måte som ikkje er uforholdsmessig.

Det heiter i Difi si rettleidning at

«*Kravet skal stilles i kontrakten med hovedleverandøren, fordi oppdragsgiver ikke inngår kontrakt direkte med eventuelle underleverandører. Hovedleverandøren har derimot frihet til å velge å oppfylle kravet ved hjelp av underleverandører.*»

Eit **konkurransegrunnlag** skal etter FOA § 8-4 opplyse om kva for krav som vert stilt til leverandøren, dvs. kvalifikasjonskrav. Tilbod frå leverandørar som ikkje oppfyller alle kvalifikasjonskrava skal avvisast, jfr. FOA § 9-5 (1) a). Det er naturleg at ein oppdragsgivar har dette for auge ved utforminga av konkurransegrunnlaget, men det kjem ikkje fram at oppdragsgivaren har gjort slike vurderingar når det gjeld denne anskaffinga. Dette synest å vere ein mangel.

I spørsmålet om kva for kvalifikasjonskrav som skal krevjast må oppdragsgjevaren nytte sitt innkjøpsfaglege skjønn. Krava må balanserast.

I rettleiaren (pkt. 11.5) heiter det:

«Det er viktig for oppdragsgiveren å være bevisst på at bruk av strenge kvalifikasjonskrav kan begrense konkurransen og føre til at ellers gode leverandører utelukkes. Det er derfor viktig at oppdragsgiveren vurderer nøye hvilke kvalifikasjonskrav som er nødvendig for den aktuelle anskaffelsen.»

Om det var heilt naudsynt etter lova å avlyse konkurransen blir difor først eit spørsmål om det strenge lærlingekravet i dette tilfelle hadde ein reell konkurransehindrande effekt. Samankoplinga av leveransen med kravet til lærlingar hadde jo i og for seg eit fornuftig grunnlag.

I KOFA-sak 2011/198(GKI) uttalar klagenemnda i sak om samankopling:

«Kravet til konkurranse i loven § 5 (2) innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til å gjennomføre anskaffelsen slik at målet om størst mulig konkurranse i det aktuelle markedet oppnås jf. sak 2007/74 premiss 29.»

Nemnda konkluderte i denne saka med at konkurransen skulle ha vore avlyst.

Konkurranse er eit grunnleggjande prinsipp ved alle anskaffingar og prinsippet følger direkte av anskaffingslova, jfr. § 4. Proporsjonalitetsprinsippet vil imidlertid tale for at kvalifikasjonskrav som hindrar konkurranse ikkje bør nyttast, særleg i tilfelle der forskrifta til lova (FOA) føreset at kravet skal takast inn som avtalevilkår, og ikkje som kvalifikasjonskrav i konkurransegrunnlaget

Når lærlinge-kravet først var gjort til eit kvalifikasjonskrav etter konkurransegrunnlaget, måtte det imidlertid respekterast og behandlast likt i høve til alle tilbydarar.

Eitt av dei grunnleggjande krava til eit lovleg kvalifikasjonskrav er såleis at det ikkje unødvendig avgrensar konkurransen.

Lærlingar skal både etter lova og etter forskriften (F17.12.2016 nr 1708) ikkje krevjast der slik ordning ikkje er mogleg. I § 6 tredje ledd heiter det:

«Plikten gjelder ikke når kravet må anses som uforholdsmessig etter kontraktens innhold, omfanget av arbeidet der det er relevant å benytte arbeidskraft med fag- eller svennebrev eller andre forhold.»

Med dei modifikasjonane som etter lova og forskrifta gjeld for kravet til lærlingar, samt at forskrifta viser til at kravet skal stillast i kontraktene, synte det seg å vere feil av fylkeskommunen å gjere tilhøvet til lærlingar til eit generelt kvalifikasjonskrav, innteke i sjølve konkurransegrunnlaget.

Dette får verknad for både høvet og plikta til å avlyse konkurransen.

2.3. Oppsummering

Fordi delar av konkurransegrunnlaget var i strid med det grunnleggande kravet til konkurranse måtte konkurransen avlysast.

Spørsmålet er kva for følgjer ei slik avlysing kunne få.

For å avlyse konkurransen lovleg og ansvarsfritt med øyeblikkeleg verknad er det etter FOA § 10-4 (1) krav om sakleg grunn. Grunnane for avlysing kan i prinsippet gjelde tilhøve hos andre, eventuelt tilhøve hos oppdragsgivar, dvs. fylkeskommunen sjølv.

Avlysing av konkurransen utan at det låg føre sakleg grunn er brot på forskrifta og kan i prinsippet medføre ansvar, jfr. anskaffingslova § 10. Det heiter der at offentlege oppdragsgivarar kan bli erstatningsrettslig ansvarleg overfor forbigåtte leverandørar for brot på anskaffingsregelverket, som for eksempel avlysing av konkurranse utan sakleg grunn.

Ved ei slik avlysing kan oppdragsgjevaren risikere at det vert reist krav om erstatning utfrå alminnelege ulovfesta prinsipp.

I brev av 01.11.2017 oppgir fylkeskommunen ein avlysningsgrunn som ein mest sannsynleg burde ha vore klar over før konkurransen vart utlyst, nemleg verknadene av at eit strengt krav til lærlingar var tatt inn i konkurransegrunnlaget som kvalifikasjonskrav. At oppdragsgjevar ikkje var tilstrekkeleg merksam på at kvalifikasjonskravet motverka konkurranse slik at denne måtte avlysast kan då i prinsippet påberopast av den som har fått tilbodet sitt avvist.

Fylkeskommunen burde etter mitt syn ha føresett avlysningsgrunnen før konkurransen vart utlyst. Det låg føre grunn for ei avlysing, men oppdragsgjeveren sjølv burde ha vore klar over situasjonen og det gjorde at det kan oppstå spørsmålet om ansvar.

I KOFA-sak 2010/221 (Vestviken Kollektivtrafikk AS) presiserer KOFA uttrykkeleg at oppdragsgivar kan bli erstatningsansvarleg sjølv om det ligg føre sakleg grunn til avlysning, dersom oppdragsgivar har bore seg klanderverdig åt.

I KOFA si sak 2012/118 premiss 25 er det lagt til grunn at det avgjerande må vere *«om oppdragsgiver har gjort en saklig og forsvarlig vurdering av markedet i forkant av kunngjøringen.»*

KOFA-praksis syner at nemnda legg til grunn ei objektiv vurdering av saklegkravet i FOA. Først vurderer nemnda på objektivt grunnlag om det ligg føre ein sakleg grunn for avlysinga, dernest vert det vurdert om subjektive tilhøve kan medføre at oppdragsgivar likevel pådreg seg eit erstatningsansvar.

Eg er ikkje kjend med at det er gjort ansvar gjeldande og eg er heller ikkje beden om å gå nærare inn på dei ansvarsspørsmåla som kunne ha vore reist som følgje av avlysinga.

2.4. Konklusjon

Det var naudsynt å avlyse konkurransen då kvalifikasjonskrava var utforma slik at konkurransen vart hindra, jfr. det grunnleggjande prinsippet om konkurranse i LOA § 4.

Ved ei anna utforming av konkurransegrunnlaget kunne fylkeskommunen ha unngått at avlysing vart nødvendig. Avlysinga medførte difor risiko for å bli påført ansvar.

3. Anskaffing av helsevikartenester - sikring mot sosial dumping

3.1. Generelt

Anskaffinga av desse helsevikartenestene går føre seg gjennom eit samarbeid med kommunar der fylkeskommunen, som sentral for ei felles innkjøpsteneste (SFFI), har gjennomført ein konkurranse om rammeavtale for felles innkjøp av helsevikartenester til 12 kommunar.

Konkurranse om anskaffing av helse- og sosialtenester skal gjennomførast etter FOA § 30-1, jfr. del IV. På dette området har ein oppdragsgivar har eit relativt vidt handlingsrom til å organisere konkurransen på den måten han sjølv meiner er mest formålstenleg. Oppdragsgivaren står relativt fritt i val av prosedyrar, berre dei blir utforma i tråd med dei grunnleggjande prinsippa, jfr. § 4 i lova. Anskaffingsprosedyrene i forskrifta del II eller del III kan difor t.d. tilpassast og dei blir difor delvis omtala.

3.2. Kva for lov og forskrift som gjeld for anskaffinga, anslått verdi

Den nye anskaffingslova av 17.06.2016 vart sett i kraft 01.01.2017. Spørsmålet er om denne lova eller tidlegere gjeldande regelverk skal nyttast på anskaffinga av helsevikartenester.

Reglar om kva for konkrete sakstilfelle dagens lov skal nyttast på går fram av **overgangsreglar** gitt i forskrift 12. august 2016 nr. 974.

For anskaffingar som vart sette i verk før 01.01.2017 gjeld 2006-forskriften (FOR-2006-04-07-404). For anskaffingar som er sette i verk etter 01.01.2017 gjeld forskrift vedtatt i 2016, med m.a. ei auke av terskelverdiar.

Anskaffinga vart «sett i verk» seinast ved kunngjering i Doffin og TED 21.12.2016 slik at det er det tidlegare regelsettet som vil gjelde.

Det kan likevel føyast til at dei grunnleggjande prinsippa er ikkje endra ved ny lov, sjølv om § 4 i ny lov er noko annleis formulert enn § 5 i tidligare lov. Oppdragsgivar er som før pliktig til å overhalde dei lovfesta prinsippa om konkurranse, etterprøvbarheit, m.v., slik at verknadene av lovvalet ikkje treng vere store. Lovreglane vert difor omtala litt om kvarandre.

Anskaffinga sin verdi var vurdert til ca. 27 million kroner årleg, noko som tilsvarar ca. 108 millionar kroner over ein 4 års-periode.

3.3. Rammeavtalar

Rammeavtalar er ikkje ei eiga anskaffingsprosedyre, men ein kontraktstype. Det er opplyst at likelydande avtalar vart skrivne med fem ulike leverandørar.

Ein rammeavtale har til formål å fastsetje vilkåra for dei kontraktene som skal tildelast i løpet av ein gitt periode, maksimalt fire år (jfr. FOA § 11-1 (4)). Basert på vilkåra i rammeavtalen kan det gjerast enkeltkjøp, såkalte avrop, i perioden utan at kommunen treng å gjennomføre fullstendig nye konkurransar, dvs. ei heil anskaffingsprosedyre, for kvart enkelt innkjøp. Føresetnaden er at rammeavtalen er inngått etter prosedyren i forskrifta.

Ein rammeavtale skal definere dei varene og tenestene som kommunen kan avrope (bestille/tildele kontrakt for) og dei kontraktsvilkåra som i så fall skal gjelde.

Ordinære anskaffelsesprosedyrar må likevel følgjast ved bruk av rammeavtale.

I kva grad rammeavtalen fastset alle kontraktsvilkåra for det som skal innkjøpast / anskaffinga, blir eit spørsmål om tolking av innhaldet i rammeavtalen. Konkurransgrunnlaget blir som regel tatt med som ein del av avtalen.

3.4. Innkjøpssentral – FOA § 7-8 og organiseringa av samarbeidet

Oppdragsgivaren (kommunane) nyttar rammeavtalar som er inngått av innkjøpssentralen, SFFI, som har bygd opp spesialisering innafor innkjøpsfunksjonar ved offentlege innkjøp. I dette tilfelle anskaffar SFFI tenester til bruk for andre oppdragsgivarar enn fylkeskommunen sjølv. SFFI greier ut og kontraktsfestar dei vilkåra for helsevikartenester som oppdragsgivarar i nødvendig omfang er foresett å skulle nytte. Fleire kommuner vil ikkje ha kompetanse til dette på eiga hand.

Det heiter i LOA § 7-8 (1) b) : «Oppdragsgiveren skal i så fall være identifisert i *kunngjøringen*». Eg finn at dette kravet er oppfylt gjennom konkurransegrunnlaget, jfr. vedlegg 1 til dette.

Oppdragsgivarar (i dette tilfelle kommunane) som anskaffar varer og tenester frå eller gjennom innkjøpssentralar, vert no i motsetnad til tidlegare, rekna for å ha overhalde anskaffingsregelverket, utan omsyn til om innkjøpssentralen har overhalde dette ved sitt innkjøp. Det heiter i FOA § 7-8(2):

«Dersom oppdragsgiveren anskaffer ytelser fra eller gjennom en innkjøpssentral, anses han å ha overholdt forskriften. Oppdragsgiveren er likevel ansvarlig for å overholde reglene for de delene av anskaffelsen som han selv gjennomfører, inkludert når han inngår kontrakter under innkjøpssentralens rammeavtale....».

Etter FOA § 7-8 (2) er oppdragsgivaren (den enkelte kommune) difor ansvarleg for å overhalde reglane for dei delane av anskaffinga som kommunen sjølv gjennomfører, inkludert når kommunen inngår kontrakter under rammeavtale som innkjøpssentralen har tinga fram.

Når det gjeld organisering av samarbeidet er oppfølginga av avtalane delt mellom deltakande kommuner og fylkeskommunen v/SFFI som har oppfølgingsansvaret på «overordna nivå».

Brukargruppa for det aktuelle innkjøpssamarbeidet har i denne konkrete anskaffinga etter det opplyste lagt vekt på å utforme konkurransegrunnlaget slik at ein gjennom avtaleverket m.a. kan handheve kravet til sikring mot sosial dumping.

3.5. Nærare om tilhøvet til sosial dumping

Den 17.10.2016 skreiv Difi følgjande på sine fagsider:

«Helse- og omsorgsbransjen er en av flere bransjer det erfaringsmessig er stor risiko for sosial dumping innenfor.»

Det er reist spørsmål om fylkeskommunen i utforminga av konkurransegrunnlaget har sikra seg godt nok mot slike regelbrot på dette området som altså vert vurdert som særleg aktuelt. Frå tid til anna vert det for eksempel hevda at arbeidskraft gjennom innleige- og bemanningsbyrå i praksis får for svake rettar i høve til reglane som t.d. gjeld sosial dumping og HMS-arbeidet.

Følgjande **utgangspunkt** kan visast til når det gjeld det formelle regelverket på dette feltet:

Med heimel i anskaffingslova § 6 er m.a. fylkeskommunen ved forskrift av 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter pålagt

«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.»

Formålet er å unngå at oppdragsgjevarar inngår kontrakter med verksemder som driv med sosial dumping. Løns- og arbeidsvilkårsforskrifta gjeld for tenestekontrakter med verdi (2016) over 1,75 millionar NOK ekskl. mva.

3.6. Konkurransgrunnlaget

Konkurransgrunnlaget er gjennomgått med tanke på å vurdere kva vilkår som er sette til oppfyljing av 2008-forskrifta. Det gir på fleire punkt opplysningar kva oppdragsgjevar vil krevje når det gjeld dei tilsette sine løns- og arbeidsvilkår.

Det kan synast til følgjande punkt i konkurransegrunnlaget:

Etter vedlegg 2 pkt. 1.2 har leverandøren oppfølgingsplikt når det gjeld «vikaren sin arbeids- og kviletid», jfr. reglane for overtid.

Vidare har oppdragsgjevar etter vilkåra i konkurransegrunnlaget innsynsrett og leverandøren ein tilsvarande dokumentasjonsplikt når det gjeld lønns- og arbeidsvilkår for vikarer tilsett hjå tilbydaren (vedlegg 2 pkt. 1.7).

Vedlegg 2 pkt. 2.1

I tråd med leverandøren sitt arbeidsgjevaransvar er det i følge konkurransegrunnlaget eit «absolutt krav» at vikarane har **individuelle arbeidsavtalar** i samsvar med arbeidsmiljølova § 14-6. Dette kravet inneber at avtalane skal vere skriftlege og opplyse alt som er vesentleg for arbeidstilhøvet, slik som ferie, løn, fristar for oppseiing, arbeidstid, pausar, eventuelle tariffavtalar, m.v.

Oppfyllinga av dette absolutte kravet skal dokumenterast gjennom tilbodet.

Det heiter vidare i konkurransegrunnlaget at

- *«Leverandør er ansvarlig for at leveransen av vikar er i samsvar med dei til ein kvar tid gjeldande lover og forskrifter»*, (jfr. pkt. 2.2.)
Sjølv om kriteriet «leveransen av vikar» neppe er heilt eintydig, set arbeidsmiljølova § 14-6 uansett minimumskrav til arbeidsavtalen.
Og det kan neppe vere tvil om at leverandøren sitt ansvar då omfattar etterleving av forskrift av 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Det tyder at arbeidsgjevaren gjennom sitt tilbod pliktar seg til å innrette arbeidsavtalane etter forskrifta.
- bortebuande vikarar skal ha hjelp til reise og husrom
- arbeidsgivaren, ikkje utan godkjenning frå oppdragsgivaren (her i tydinga: den enkelte kommunen) har høve til å trekkje den tilsette i løn for anna enn krav på skatt, fagforeiningskontingent og pensjon.

Konkurransegrunnlaget gir såleis tydelege signal om kva krav leverandørar blir møtt med på dette området.

3.7. Rammeavtalen

Fordi ein stor del av arbeidet med å motverke arbeidslivskriminalitet og sosial dumping skjer i kontraktoppfølgingsfasen, blir innhaldet i rammeavtalen av betydning, ved sida av konkurransegrunnlaget.

Den framlagde avtalen mellom leverandøren Orange Service AS og fylkeskommunen (SFFI på vegne av kommunane) er datert 19.06.2017.

Rammeavtalen speglar i det alt vesentlege dei områda som ovanfor er påpeikt i konkurransegrunnlaget. Det gjeld også området for løns- og arbeidsvilkår for dei tilsette. Følgjande går m.a. fram av avtalen:

«5. Sosial dumping

Etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlege avtalar gjeldande frå 1.3.2008 er det forbod mot sosial dumping i offentlege innkjøp, herunder krav til arbeidsstandardar

og forsvarleg arbeidsmiljø. Arbeidstakarane skal vere sikra normale lønns- og arbeidsvilkår .

Arbeidstakar som er leigd inn frå bemanningsføretak skal ha løns- og arbeidsvilkår som om vedkommande var tilsett direkte i innleigeverksemda (likebehandlingsprinsippet). Det er utleigar som skal sørge for at arbeidstakarane blir likebehandla.

Dette kan unntaksvis avvikast i særskilte høve, og berre etter godkjenning frå oppdragsgjevar. Sjå elles punkt 8.1. i denne avtalen for fleire detaljar. Ved førespurnad skal leverandør kunne dokumentere at krava er oppfylt. Dersom leverandør ikkje kan dokumentere dette, vil dette vere å rekne som vesentleg mislighald».

Konkurransesgrunnlaget inngår dessutan som ein del av kontrakten med leverandøren (konkurransesgrunnlaget pr. 1.7.), jfr. det som ovanfor er gjennomgått frå dette.

3.8. Opplysningar om diverse innvendingar mot konkret leverandør

Av fylkesrådmannen si utgreiing i notat av 19.01.2018 går det fram at det er fare for at leverandøren Orange Service AS kan kome til å misleghalde inngått avtale, særleg når det gjeld følgjande:

- språkkompetanse
- løns- og arbeidsvilkår
- tekniske og faglege kvalifikasjonar

Desse tre områda er i høve til konkurransegrunnlag og avtalar handsama slik:

- Kravet til språkkompetanse etter det opplyste tatt inn i kvalifikasjonskrav punkt 1.6 i konkurransegrunnlaget og avtalen
- Krav til løns- og arbeidsvilkår er etter det eg kan sjå omhandla i fleire andre punkt i kvalifikasjonskrava
- Kravet til tekniske og faglege kvalifikasjonar er antakeleg meint å vere dekkja inn gjennom kravet til «*autorisasjon for alle stillingstypar som krev dette*», jfr. kvalifikasjonskrav punkt 1.4.

Det må på denne bakgrunn vere rett å seie at tilhøva omkring arbeidstakarane sine vilkår kjem godt til syne gjennom avtaleverket.

Det er stilt spørsmål om kvalitetssikringa av den enkelte avtalepart har vore tilstrekkeleg grundig før rammeavtalen vart signert. Bakgrunnen er at desse private aktørane viser seg m.a. å ha vore tidlige oppsagde frå andre kommunar grunna ulike brot på regelverket. Som lekk i vurderinga av kommunane si handheving av avtalane vert det også stilt spørsmål om konkurransegrunnlaget er tilstrekkeleg tydeleg når det gjeld kva for kontraktsvilkår som skal gjelde for oppdraget.

Det bør nemnast at etter FOA § 8-4(3) er det innkjøpssentralen, dvs. i dette tilfelle fylkeskommunen, som har ansvaret på «overordna nivå», som har risikoen for uklare tilhøve i konkurransegrunnlaget.

Dei krava som er stilt og offentleggjorde i kunngjeringa, kvalifikasjonsgrunnlaget eller konkurransegrunnlaget, er bindande for oppdragsgivaren si vurdering. Oppdragsgivaren har plikt til å leggje vekt på alle dei krava som er oppgitte, men skal avstå frå å leggje vekt på nokon andre krav.

3.9. Tilhøvet mellom anskaffingsregelverket og kontrakt

Den klare hovudregelen er at når valet av leverandør er gjort og kontrakt mellom partane er signert, er anskaffingsregelverket ikkje lenger aktuelt å vurdere. Når det gjeld avrop, dvs. enkeltkjøp, under ein rammeavtale gjeld difor i staden avtalerettslege reglar om gjennomføring kontrakta og ikkje anskaffingsregelverket.

Unntaket frå dette er at kontrakt under rammeavtalen berre kan tildelast leverandørar som opprinneleg vart valde som partar i rammeavtalen, jfr. FOA § 11-1. Ein kan ikkje trekkje inn nye.

Ei anna viktig avgrensing er at det ikkje kan gjerast vesentlige endringar i dei opprinnelege avtlevilkåra, jfr. FOA § 11-1 tredje ledd.

Vedkomande ansvars- og arbeidsfordeling:

Fylkeskommunen er oppdragsgivar i den forstand at SFFI på vegne av fylkeskommunen inngår rammeavtalar (FOA § 11-1 (1), jfr. FOA kapittel 26)).

Den einskilde deltakaren, dvs. ein kommune, er oppdragsgivar i den forstand at kommunen er den som skal tildele kontrakter under rammeavtalen (avrop).

Eg forstår dette slik at avtalar om avrop vil den enkelte deltakar sjølv ha ansvar for overfor leverandøren når det gjeld kontrakter som vert tildelte under rammeavtalen.

Ansvaret for å «tildele kontrakter under en rammeavtale på grunnlag av objektive regler som sikrer likebehandling av leverandørene» (jfr. FOA § 11-1 (2)) kviler på kommunane. Desse skal inngå avtalar utfrå «objektive regler» for å tilsikre slik likebehandling.

Er reglane tekne inn i anskaffingsdokumenta ? (jfr. krav i FOA § 11-1 (2) andre punktum).

Deltakarane vil vere forplikta (jfr. pkt. 1.1 «bindande og obligatoriske») til å nytte rammeavtalen for alle sine enkelte innkjøp.

Fire unntak frå dette er nemnde under pkt. 1.4 i konkurransegrunnlaget:

- andre teknologiar
- nybygg
- hovudrehabilitering
- «varmepumpe med naturleg medium»

3.10. Kommunane som kontraktspart og kontrollinstans

Sjølv om det er arbeidsgivaren som har ansvaret for arbeidstakarane sine løns- og arbeidsvilkår, stiller regelverket krav om at leverandøren vert kontrollert. Kommunane skal kreve tilgong til slik dokumentasjon som gir tilstrekkeleg grunnlag for å vurdere om t.d. Orange Service AS oppfyller vilkåra i kontrakten.

Regelverket føreset at kommunen som oppdragsgivar inntar ei aktiv rolle, sjølv om det er eksterne medhjelparar som kan verte sette til å utføre sjølve kontrollen.

I arbeidsmiljølova § 14-9 første ledd er det stilt følgjande krav om dialog mellom arbeidsgivar og arbeidstakarane sine tillitsvalde:

«Arbeidsgiver skal minst en gang per år drøfte bruken av midlertidig ansettelse etter bestemmelsene i dette ledd med de tillitsvalgte, blant annet grunnlaget for og omfanget av slike ansettelser, samt konsekvenser for arbeidsmiljøet.»

Når det gjeld den lovbestemte drøftingsplikta med tillitsvalde har kommunar vist til Hovudtariffavtalen kap 1 § 2.3.2 som har unntak for vikariat når det gjeld drøftingsplikt.

Ved brev av 10.01.2018 til kommunane har kontrollutvalet sin leiar, Frank Willy Djuvik, m.a. stilt følgjande spørsmål:

- «Korleis er kommunen si kontraktsoppfølging[a] av kontrakten med tanke på å motverke sosial dumping?»

Eg syner til svara frå kommunane der det m.a. kjem fram at fylkeskommunen (SFFI) har fylgt opp denne delen av anskaffingsprosessen ved å kalle inn til møte og drøfte opplegg og omfang av kontroll. Dette er såkalla tilknytta innkjøpstenester som ein innkjøpssentral etter FOA § 4-3 er føresett å skulle kunne tilby i tillegg til samordning av innkjøp.

4. Oppsummering

Det kunngjorte **konkurransesgrunnlaget** har opplysningar som på tydeleg måte gir til kjenne at det i kontrakten vil bli stilt krav på området for løns- og arbeidsvilkår og at nærare dokumentasjon vil bli krevd i samsvar med forskrifta som er sett til vern mot sosial dumping.

I **rammeavtalen** t.d. med Orange Service AS er konkurransesgrunnlaget etter mitt syn fylgt opp ved at det er stilt krav om at tilsette som direkte medverkar til å oppfylle kontrakten skal ha løns- og arbeidsvilkår i samsvar med gjeldande forskrift eller tariffavtale. Det er vidare stilt krav om at leverandøren etter forespurnad dokumenterer at krava blir oppfylt og det er gjort klart at bruk av underleverandørar er ikkje tillate.

Forskrifta stiller krav om nødvendig kontroll i fasen for **kontraktsoppfølging**. Kontrollplikta kviler på oppdragsgivar. Det er naturleg at den konkrete vurderinga av kva for kontrolltiltak som

er nødvendige i stor grad vil vere overlaten til den enkelte kommune. Fylkeskommunen har inntatt ei overordna rolle og dette verkar betryggande og nødvendig.

Det er ikkje dokumentert rutiner for innhenting og vurdering av leverandørane sine referansar i marknaden, f.eks. tidlegare oppdrag for det offentlege, herunder andre kommunar. Konkurransgrunnlaget sine krav femner ikkje om dette, men om revisorstadfesta tal på utfakturerte vikartimar.

5. Konklusjon

Etter mi vurdering har fylkeskommunen i tilstrekkeleg grad lagt til rette for at regelverket mot sosial dumping kan handhevast gjennom dei aktuelle avtalane som er inngått når det gjeld kjøp av helsevikartenester.

Det må vurderast som ein mangel at konkurransegrunnlaget ikkje stiller krav til opplysningar som kan nyttast til å vurdere korleis dei aktuelle tilbydarane i praksis har fungert hjå andre oppdragsgjevarar i marknaden for slike tenester.

Kjetil Kvammen
advokat