
Saksnr: 2021/19094-4
Saksbehandlar: Jostein Fjærestad
Dato: 19.11.2021

Til: Fylkesutvalet og fylkestinget

Frå: Fylkesdirektøren

Tillegg 2 til saka om seriøsitetskrav i Vestland fylkeskommune. Utgreiing av moglegheiter og konsekvensar

Bakgrunn

Fylkesutvalet fatta fylgjande vedtak i møte 22. september 2021:

Saka vert utsett.

Fylkesutvalet ynskjer å innføre følgjande seriøsitetsbestemmelsar for innkjøp og kontraktar i Vestland Fylkeskommune, og ber administrasjonen utgreie kva konsekvensar følgjande kan gje, men også på kva måte ein kan imøtekomme desse krava, spesielt gjeld dette punkt 5 om tal ledd underleverandørar.

1. Vestland innfører Oslo-modellen slik den vart vedteken i Hordaland fylkeskommune for alle bygg og anleggsprosjekt i regi av Vestland fylkeskommune. Kontraktskrava blir også innført i avdeling for infrastruktur og veg sine kontraktar seinast hausten 2021.

2. Under punktet «Krav om tarifflønn mellom oppdrag» Krav om tariffløn bør innførast, slik det er gjort i Oslomodellen. Kravet kan operasjonaliserast gjennom at innleigde frå bemanningsbyrå skal vere fast tilsett. Dette skal dokumenterast overfor byggherre med den einskilde innleigde sin tilsettingskontrakt.

3. Under punktet «Krav om faglærte håndverkere» Krav om minimum 50% faglærde handverkarar bør vere hovudregel for alle bygg- og anleggsprosjekt i Vestland fylkeskommune. Ein bør innan utvalde fagområde auke kravet til faglærde til 80%, gjennom at andel faglærde ut over 50% vektast i tildelinga. For å stetta bruken av dei mindre, lokale entreprenørane, kan ein på driftskontraktar på fylkesveg avvike frå kravet i spesielle tilfelle. Ein oversikt over desse avvika vert lagt fram for SAMO hausten 2022.

4. I tråd med Oslo-modellen og saksframlegget punkt 4: «lærlinger», vil Vestland ein krevje minimum 10% lærlingar på kontraktane i områder med behov for lærlingar. Innslagspunktet for lærlingekravet vil vere på 1,1 mill, dvs. statleg terskelverdi (for kommunar er innslagspunktet 1,75 mill) og 3 mnd kontraktsvarigheit.

5. Under punkt 5 «Begrensning i tal ledd underleverandører Som hovudregel vert det tillatt inntil eitt ledd under hovedleverandør i kvart fag. Det kan gis dispensasjon for ytterligere eitt ledd når det er spesielle årsaker, og dette er tatt opp med oppdragsgiver og skriftleg godkjent på førehand. Det skal stillast samme formalkrav i alle ledd av kjeden.

6. Vestland fylkesting går inn for at hovudregelen ved fylkeskommunale innkjøp er at det blir stilt krav om at det ligg føre landsdekkande norsk tariffavtale. (Ordlyd i tråd med vedtak i Hordaland fylkesting).

Innleiing

Det er i Norge utarbeidd mange versjonar av seriøsitetskrav hjå ulike offentlege einingar. Dei mest kjende er seriøsitetskrava DFØ/KS utarbeidde i samarbeid med Fellesforbundet og BNL og Oslo-modellen. Oslo-modellen byggjer på DFL/KS krava, men har ei ytterlegare skjerping av fleire krav. Desse modellane har seinare vore grunnlag for mange forskjellige modellar. Hordaland fylkeskommune innførde fyrst seriøsitetskrava frå DFØ/KS og deretter 9 av dei 11 skjerpa krava i Oslo-modellen. I Sogn og Fjordane var seriøsitetskrava frå DFØ/KS nytta. I samband med regionsamanslåinga blei seriøsitetskrava slik dei var vedteke i Hordaland fylkeskommune vidareført både i Eigedom (EIG), Bybanen Utbygging (BU), Innkjøpsseksjonen og Skyss. Infrastruktur og veg (INV) hadde med seg seriøsitetskrava som var innført i Statens vegvesen i sine kontraktar. Desse var bygd opp noko annleis, men var på mange punkt like strenge som dei EIG og BU nyttar.

Saka er difor ikkje eit spørsmål **om** det skal innførast seriøsitetskrav i Vestland fylkeskommune, men **ei harmonisering av krava** på tvers av alle einingar. I tillegg har det i den politiske handsaminga vert sett fram forslag om å skjerpa krava ytterlegare. Mellom anna er det fremma forslag om å innføra dei 2 siste krava i Oslo-modellen og at fylkesdirektøren greier ut konsekvensar og moglegheiter knytt til dei skjerpa krava.

Dei enkelte vedtakspunkta blir i dette notatet vurdert ut i frå:

- Lovlegheit
- Praktiske/økonomiske konsekvensar
- Tilrådd gjennomføring

Sentralt i vurderingane av lovlegheit er utgreiingar gjennomført av Advokatfirmaet Wiersholm ved Advokat Morten Goller på vegner av KS, som det er referert til som Goller i den vidare teksten. I tillegg har Advokatfirmaet Thommessen og Kluge advokatfirma gjennomført vurderingar for Vestland fylkeskommune av punkta 2, 5 og 6.

Lov om offentlege anskaffingar og tilhøyrande forskrift er referert til som LOA og FOA i dette notatet.

Pkt. 1 - innføring Oslo-modellen

Ordlyd frå innstilling i utsett politisk sak:

«Vestland innfører Oslo-modellen slik den vart vedteken i Hordaland fylkeskommune for alle bygg og anleggsprosjekt i regi av Vestland fylkeskommune. Kontraktskrava blir også innført i avdeling for infrastruktur og veg sine kontraktar seinast hausten 2021».

Lovlegheit

Det er ikkje vurdert at innføringa av seriøsitetskrava i Oslo-modellen med dei to unntaka som vart vedteke i Hordaland fylkeskommune er i strid med LOA, FOA, eller EØS avtalen.

Praktiske/økonomiske konsekvensar

Bybanen Utbygging og Eigedomsavdelinga fylgjer allereie desse krava. Innføring av krava har gjeve ein meirkostnad samla, men kostnaden vil ikkje bli auka ytterlegare som følgje av dette vedtaket. For INV vil innføringa bety kostnader til omarbeiding av kontraktsdokument, innføring av systemet HMSreg og kostnader knytt til oppfølging av nye kontraktskrav.

Tilrådd gjennomføring

Dette vedtaket er allereie innført i BU og EIG og det er avgrensa endringar som skal til i INV sine kontraktar for å innføra dette. Meirkostnaden av vedtaket er avgrensa og fylkesdirektøren anbefalar ei slik endring.

Pkt. 2 - løn mellom oppdrag

Ordlyd frå innstilling i utsett politisk sak:

«Under punktet «Krav om tarifflønn mellom oppdrag» Krav om tarifflønn bør innførast, slik det er gjort i Oslo modellen. Kravet kan operasjonaliserast gjennom at innleigde frå bemanningsbyrå skal vere fast tilsett. Dette skal dokumenterast overfor byggherre med den einkilde innleigde sin tilsettingskontrakt.»

Lovlegheit

Å sette krav til løn mellom oppdrag er vurdert av Goller. Goller konkluderer med at eit slikt krav er i strid med LOA og skriv mellom anna fylgjande:

«Bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter må ha tilknytning til leveransen. Krav som gjelder leverandørens generelle virksomhet - som også vil omfatte krav til hvordan leverandøren innretter seg mht. lønn mellom oppdrag - vil ikke oppfylle tilknytningskravet med mindre kravet kan utledes av lov- eller forskriftsbestemmelser.

På denne bakgrunn er vår vurdering at krav til lønn mellom oppdrag strider mot LOA § 4 og tilknytningskravet i LOA § 5 (1) og 19-1 (1). LOA § 4 og tilknytningskravet i LOA § 5 (1) og FOA 19-1 (1)».

Advokatfirmaet Thommesen har konkludert med fylgjande:

«Punkt 2 (tarifflønn mellom oppdrag) er utan tilstrekkeleg tilknytning til anskaffinga ettersom dette pålegg plikter som ikkje gjeld oppdraga for Fylkeskommunen, og vår konklusjon er at dette vilkåret er i strid med anskaffelsesretten.»

Basert på desse utgreiingane er det fylkesdirektøren si vurdering at eit kontraktskrav om løn mellom oppdraga ikkje er lovleg.

Praktiske/økonomiske konsekvensar

Fylkesdirektøren har ikkje klart å innhenta praktiske erfaringar med dette kravet, men det vil vere svært vanskeleg å fylgje opp mot leverandørane. Det vil også vere kostnadsdrivande då me pålegg våre leverandørar/entreprenørar eit kontrollansvar og erstatningsansvar i ein tidsperiode der leverandørane ikkje har moglegheit for å kontrollere og påverke bemanningsbyrå sine handlingar.

Sjølv om ein innfører eit slikt krav, er det svært sannsynleg at tilsette som ikkje kan setjast i produktivt arbeid blir permittert eller eventuelt sagt opp med sviktande omsetjing som grunnlag. Det er derfor vår vurdering at kravet ikkje vil ha ynskja effekt for den enkelte arbeidstakar.

Tilrådd gjennomføring

Sidan det er vurdert juridisk at eit slikt kontraktskrav ikkje er lovleg, vil fylkesdirektøren ikkje kunne innføre dette i våre kontraktar. Fylkesdirektøren vil også peike på at effekten av eit slikt krav uansett vil vere avgrensa av di det ikkje hindrar at tilsette blir permittert eller sagt opp når det ikkje er tilgjengelege oppdrag.

Pkt. 3 - 50 til 80% fagarbeidarar

Ordlyd frå innstilling i utsett politisk sak:

«Under punktet «Krav om faglærte håndverkere» Krav om minimum 50% faglærde handverkarar bør vere hovudregel for alle bygg- og anleggsprosjekt i Vestland fylkeskommune. Ein bør innan utvalde fagområde auke kravet til faglærde til 80%, gjennom at andel faglærde ut over 50% vektast i tildelinga. For å stetta bruken av dei mindre, lokale entreprenørane, kan ein på driftskontraktar på fylkesveg avvike frå kravet i spesielle tilfelle. Ein oversikt over desse avvika vert lagt fram for SAMO hausten 2022.»

Lovlegheit

Kravet om 50% eller 80% fagarbeidarar er i seg sjølv ikkje ulovleg, men blir sannsynlegvis det dersom det saman med dette kravet blir framsett fylgjande krav:

«personer med fagbrev, svennebrev eller dokumentert fagopplæring i henhold til nasjonal fagopplæringslovgivning eller likeverdig utenlandsk fagutdanning».

For dette tilleggskravet, så vurderer Goller fylgjande:

«Dersom kravet til "likeverdig utenlandsk fagutdanning" i realiteten utelukker enkelte utenlandske leverandører vil kravet etter vårt syn gå lenger enn det som er nødvendig for å ivareta behovet for seriøsitet i byggebransjen. Kravet kan derfor være i strid med kravet til konkurranse og likebehandling i LOA § 4 og dermed være ulovlig.»

Praktiske/økonomiske konsekvensar

Å vekta talet på timar frå faglærde i tildelinga er krevjande å gjennomføra på ein formålstenleg måte. Det er to hovudgrunnar til dette. Dette vil vera eit av fleire tildelingskriteria og vil derfor ha avgrensa effekt. I tillegg viser erfaring i bruk av tilsvarande kriteria at alle tilbydarane tar utgangspunkt i at dei skal greie å levere dette, og det vil derfor ikkje skilja dei. Fylkeskommunen har betre erfaring med å nytte bonus/malus ordningar for slike krav/ønsker.

Dersom ein aukar kravet til faglært for mykje, vil det også vere ekskluderande for den eldre garde av erfarne arbeidstakarar som ikkje har formalisert utdanning. Dette er ei vesentleg gruppe arbeidstakarar hos dei lokale entreprenørane.

Erfaring frå andre fylkeskommunar er at høge krav knytt til talet på faglærde blir løyst med å flytte alle faglærde frå private prosjekt til offentlege prosjekt. Det er derfor noko usikker gevinst på kortare sikt av eit slikt krav.

Tilrådd gjennomføring

Fylkesdirektøren tilrår ikkje at det blir etablert endå strengare krav til faglært arbeidskraft enn det som er kravet i Oslo-modellen - 50%. Fylkesdirektøren vil vurdere om det kan etablerast bonusordningar som sikrar leverandørane insitament til å auka talet på samla faglært arbeidskraft.

Pkt. 4 - 10% lærlingar

Ordlyd frå innstilling i utsett politisk sak:

I tråd med oslomodellen og saksframlegget punkt 4: «lærlingar», vil Vestland ein krevje minimum 10% lærlingar på kontraktane i områder med behov for lærlingar. Innslagspunktet for lærlingekravet vil vere på 1,1 mill, dvs. statleg terskelverdi (for kommunar er innslagspunktet 1,75 mill) og 3 mnd kontraktsvarigheit.

Lovlegheit

Det er ikkje vurdert at dette kravet er i strid med forskrifter, lover eller EØS avtalen dersom det blir utforma slik at det ikkje er i strid med likebehandling. Sjå pkt 3

Praktiske/økonomiske konsekvensar

Det er ikkje avvik frå Oslo-modellen på dette punktet i vedtakspunkt 1. Oslo-modellen peikar på to forhold som kan gje unntak. Fylkesdirektøren meiner at det er rimeleg og naudsynt å akseptera avvik for desse to forholda:

«En leverandør som er tilknyttet en lærlingordning og som kan dokumentere reelle forsøk på å inngå lærekontrakt uten å lykkes, skal av Oppdragsgiver anses for å ha oppfylt kravet om bruk av lærling. En leverandør som er tilknyttet en lærlingordning og har inngått lærekontrakt, men som på grunn av forhold som skyldes lærlingen ikke kan benytte vedkommende under leveransen, skal av Oppdragsgiver anses for å ha oppfylt vilkåret om bruk av lærling dersom Leverandøren kan dokumentere reelle forsøk på å inngå ny lærekontrakt uten å lykkes.»

Tilrådd gjennomføring

Som det også går fram av pkt. 1, så tilrår fylkesdirektøren vedtaket slik det er framsett. Som nemnt i pkt. 3 vil fylkesdirektøren sjå på ei bonusordning knytt til fagarbeidarar. Ei slik ordning bør også vurderast mot lærlingar i dialog med Opplæring og Kompetanse slik at verknaden blir best mogleg. Det kan nemnast at i dei malane som INV tok med seg frå Statens vegvesen, så var oppfyllinga av lærlingekravet basert på ei bonusordning. Forslaget no er å etablere ei tilsvarande ordning, men for lærlingeandel over 10 %.

Pkt. 5 - eit nivå UE

Ordlyd frå innstilling i utsett politisk sak:

«Under punkt 5 «Begrensning i tal ledd underleverandører Som hovudregel vert det tillatt inntil eitt ledd under hovedleverandør i kvart fag. Det kan gis dispensasjon for ytterligere eitt ledd når det er spesielle årsaker, og dette er tatt opp med oppdragsgiver og skriftleg godkjent på førehand. Det skal stillast samme formalkrav i alle ledd av kjeden.

Lovlegheit

Å sette krav til berre eitt nivå med underentreprenørar (UE) mellom oppdrag er vurdert av advokat Goller. Goller konkluderer med at eit slikt krav er i strid med lov om offentlig anskaffing (LOA) og EØS avtalen. Han skriv mellom anna fylgjande:

«Utgangspunktet etter anskaffelsesreglene er at leverandøren står fritt til å organisere sin virksomhet. Dette innebærer at hovedregelen er at en leverandør fritt kan velge å benytte underleverandører ved oppfyllelsen av kontrakten.

Adgangen til å benytte seg av underleverandører følger forutsetningsvis av FOA § 19-2 og § 16-10. At det er adgang til å benytte seg av underleverandører er også lagt til grunn i en rekke saker fra EU-domstolen, blant annet sak C-176/98 og sak C-314/01. Av tidligere praksis fra EU-domstolen følger det at oppdragsgiver i noen grad kan forby eller begrense leverandørens bruk av underleverandører, jf. blant annet sak C-314/01, men at adgangen til dette er snever.

Kontraktbestemmelsen om maksimalt to ledd i underleverandørkjeden er lovlig. Forslaget til veiledning om kun ett ledd i underleverandørkjeden ved delte entrepriser og kontrakter som ikke omfatter flere fag er i strid med LOA § 4.»

Advokatfirmaet Thommesen har konkludert med fylgjande:

«Punkt 5 (krav om maksimalt eitt ledd underleverandører) går etter vår vurdering lenger enn det som er naudsynt for ivaretaking av føremålet om å bekjempe arbeidslivskriminalitet, og kan og innebære ei avgrensing i utanlandske aktørar sitt høve til å delta i oppdrag. Dette gjeld særleg då det i samband med FOA § 19-3 er gjort ei avveging av kva som er rekna som tilstrekkeleg for å ivareta føremålet, og sjølv reguleringa med krav om maksimalt to ledd ifølgje ESA er i strid med EØS-retten. Vår konklusjon er at det aktuelle vilkåret er i strid med anskaffelsesretten.»

Basert på desse utgreiingane er det fylkesdirektøren si vurdering at eit kontraktskrav om å nytta UE i berre eitt nivå ikkje er lovleg.

Praktiske/økonomiske konsekvensar

Slik entreprenørbransjen i Norge og Vestland er bygd opp/strukturert, så er det ikkje mogleg å gjennomføra bygge- og anleggsoppdraga i Vestland som total-, general- og hovudentreprisar med krav om berre eitt nivå UE. I dag nyttar Eigedomsavdelinga (EIG) i all hovudsak totalentreprisar mens Bybanen Utbygging (BU) og Infrastruktur og Veg (INV) nyttar ei blanding av hovud- og totalentreprisar med hovudvekt på hovudentreprisar.

Kravet om å nytta berre eitt nivå UE vil derfor føre til svært store endringar i gjennomføringa av prosjekta. EIG, BU og INV må difor gå inn i rolla som total- og hovudentreprenøren har i dag og styra produksjonen og framdrifta gjennom å inngå ei rekkje delte entreprisar. I dei større oppdraga vil dette bety for EIG å gå frå ein totalentreprisekontrakt til 20-60 kontraktar med delte entreprisar.

For hovudentreprisar som BU og INV gjennomfører, så kan det vere snakk om å gå frå ein kontrakt til 10-40 delte entreprisar.

Ingen av einingane i fylkeskommunen er på nokon måte bemanna for å handtere ei slik endring verken på kompetanse eller ressursar. Konsekvensane vil mellom anna vera at ein minimum må tredobla talet på tilsette i utbyggingsseksjonane til INV, BU og EIG. Ein slik vekst vil det ta fleire år å bygge opp, og sjølv om ein også nyttar ein stor del innleigde resursar, så vil dette føre til store forseinkingar i oppstart av nye byggeprosjekt.

Ved ei slik løysing vil risiko knytt til framdrift og kostnader i mykje større grad bli overført til fylkeskommunen som igjen vil skapa meir usikre budsjett og prognosar.

Erfaring frå andre fylkeskommunar som har nytta slike kontraktskrav er at dei i stor grad må akseptera fråvik frå dette punktet.

Det er også vår vurdering at dei mindre lokale entreprenørane vil få færre oppdrag knytt til offentlege prosjekt då dei i stor grad gjer mindre delar av eit arbeid som underentreprenør på nivå 2. Eit krav om eitt ledd UE vil favorisere dei store landsdekkande entreprenørane.

Nokre av mange moglege eksemplar på at marknaden er bygd opp slik at total- og hovudentreprenør treng to ledd UE'er:

- Total- og hovudentreprenør i byggeentreprisar kan sjeldan utføra grunnarbeid og sprenging sjølv. Dette blir sett ut til ein UE, som igjen set ut mellom anna massetransport fordi det er organisert i egne selskap som då blir UE nr 2.
- Total- og hovudentreprenør har sjeldan kompetanse og sertifisering til å utføra elektroarbeidet sjølv. Dette blir sett ut til ein elektrikar, men leveransar som sentralt driftsanlegg, videoovervaking og andre tilsvarende fag blir levert av andre spesialfirma som elektroentreprenøren hentar inn som UE nivå 2.
- På tunneloppgradering hender det at vi får inn tilbod der hovudentreprenøren er ein elektroentreprenør. Hovudentreprenøren må i eit slikt tilfelle knyte til seg ein UE for til dømes anleggsbiten av kontrakten. UE for anlegg vil normalt knyte til seg UE'ar for til dømes massetransport.
- Det vil ofte vere rimelegare å knyte til seg lokale firma, grunna kort reiseveg til anlegget, enn å henta eigne ressursar frå eigen lokasjon/utstyrsbase. Det vil og kunne vere kostbart og uhensiktsmessig for ein hovudentreprenør å ha maskinpark for å kunne gjere alt i eigen regi til ei kvar tid. Desse lokale leverandørane er ofte UE på nivå 2.
- I prosjektet Åsane vgs og kulturhus var det nær 60 underentreprenørar i fyrste nivå og omlag 90 underentreprenørar på nivå 2. Omlag halvparten av underentreprenørane på nivå 1 hadde underentreprenør(ar).

Tilrådd gjennomføring

Slik fylkesdirektøren forstår forslaget, så er målet å sikra at løn- og arbeidsvilkår i prosjekta er i tråd med gjeldande lover, forskrifter og tariffar. I vedtaket fatta i Hordaland fylkeskommune så blei det vurdert at ein betre kunne sikra at løn- og arbeidsvilkår vart ivaretatt med kontrollar/revisjonar enn med å redusera talet på nivå med UE. Følgjande blei vedteken:

Hordaland Fylkeskommune innfører jamlege kontrollar av lønns og arbeidsvilkår for alle bygge og anleggsprosjekt med ein samla verdi på over kr 50 millionar kroner.

Det å redusera talet på ledd UE frå to til eitt gjev i seg sjølv ikkje betre sikkerheit for at løns- og arbeidsvilkår blir fylgt opp. Fylkesdirektøren meiner derfor det er meir hensiktsmessig å bruka ressursar på å kontrollera løns- og arbeidsvilkår og tilrår ei styrking av ressursar på dette området slik at alle prosjekt med ein samla verdi på over kr 50 millionar kroner blir revidert med omsyn til løns- og arbeidsvilkår.

Ei slik løysning passar også godt inn med samarbeidsavtale som er etablert med Skatteetaten knytt til oppfylgning av arbeidslivskriminalitet.

Det å redusera til eitt nivå UE er også vurdert å vera i strid med LOA. I tillegg er dei praktiske og økonomiske konsekvensane svært store. Fylkesdirektøren ser det derfor ikkje som ein moglegheit å innføre krav om eitt nivå på UE, men tilrår at oppfylgninga av løns- og arbeidsvilkår blir ytterlegare styrka.

Pkt. 6 - krav om landsdekkende tariffavtale

Ordlyd frå innstilling i utsett politisk sak:

«Vestland fylkesting går inn for at hovudregelen ved fylkeskommunale innkjøp er at det blir stilt krav om at det ligg føre landsdekkande norsk tariffavtale. (Ordlyd i tråd med vedtak i Hordaland fylkesting).»

Lovlegheit

Dette kravet er blitt vurdert til å vere ulovleg i tidlegare sak framlagt for fylkestinget i 29 september 2020, PS 113/2020. Sjå vedlegg frå Kluge og Thommesen.

Tilrådd gjennomføring

Fylkesdirektøren har tidlegare vurdert krav om landsdekkande tariffavtale og har i uavhengige juridiske vurderingar kome til at dette ikkje er lovleg. Det kan derfor ikkje innførast.

Vedlegg

- Rapport utarbeid for KS: «Utredning - Vurdering av seriøsitetsbestemmelser»
- Notat frå Kluge: «EØS-rettslig vurdering av adgangen til å stille krav om tariffavtale hos leverandør»
- Notat frå Thommesen: «VURDERING AV KRAV OM TARIFFAVTALE HOS LEVERANDØR»
- Notat frå Thommesen: «Vurdering av «seriøsitetskrav» - Vestland Fylkeskommune»