

NOTAT

04.04.2022

Martin Sjøfteland, Kontrakt og marked, Utbyggingsdivisjonen, Statens vegvesen

Innspill til ny Norgesmodell for offentlige anskaffelser fra Statens vegvesen

1. Innledning

Viser til invitasjon til innspill pr. e-post av 15.03.2022, innlegg og samtale på innspills møte den 01.04.2022 og annen kontakt om saken. Vi viser særlig til Powerpointpresentasjon og notat av 21.01.2021 som ble innsendt pr. e-post til dere den 31.03.2022.

Statens vegvesen er som kjent fastlands Norges største byggherre. Hvis ny Norgesmodell skal ha legitimitet, må de største offentlige byggherrene ha en sentral rolle og reel innflytelse ved utforming og drøftelse av ny Norgesmodell.

Som et supplement til vedlagt skriftlig ber vi om et møte hvor vi kan presentere vårt syn. Fem minutter taletid på innspillmøte er ikke nok til å kunne presentere våre erfaringer og ideer på en forsvarlig måte.

For å oppnå et gjensidig utbytte av et slikt møte tror vi det er ideelt at dere først har gjort dere kjent med våre skriftlige innspill.

På nevnte møte fikk vi inntrykk av at både KS og BNL som begge har hatt viktige roller utarbeidelse av «Anbefalte seriøsitetskrav i bygg- og anleggskontrakter», sterkt ønsket at ny Norgesmodell bygget på disse. Det er forståelig at de er tilhenger av regler de selv har bidratt til å lage.

Det meste i anbefalte seriøsitetskrav er uproblematisk og noe Statens vegvesen kan tilslutte seg. Men de anbefalte seriøsitetskrav har noen elementer som dessverre kan være ugunstige for arbeidstakere, i gitte tilfeller favorisere useriøse leverandører og derfor fremstår som lite ønskelige som seriøsitetskrav. Disse vil vi fraråde at benyttes i Ny Norgesmodell. Det kommer vi tilbake til.

I invitasjonen ber dere også om forslag til nye bestemmelser om seriøsitet. Statens vegvesen har foretatt en «smutthullsanalyse» med formål å samtidig oppnå bedre vern av arbeidstakere, forutberegnelighet for tilbydere som skal regne pris på sine tilbud, like konkurransevilkår og å hindre at de seriøse tilbydere skvises ut av useriøse.

«Smutthullsanalysen» inneholder konkrete kontraktsforslag i fulltekst som kan «adopteres» av så vel andre offentlige byggherrer som Ny Norgesmodell hvis man synes de er gode nok. Forslagene skal gjennom intern og ekstern høring i vår regi, men vi fremmer likevel disse nå innen frist for at våre ideer skal kunne komme i betraktning. Flere av bestemmelsene er helt nye løsninger som oss bekjent aldri har vært lansert av noen tidligere. Vårt generelle inntrykk er ellers at noen av de forslag som lanseres er sektororienterte og ikke ivaretar både hensynet til beskyttelse av arbeidstakere, beskyttelse av de seriøse tilbydere og de anskaffelsesrettslige grunnprinsipper for øvrig. Eksempelvis er forslag om at tilbydere må være tariffbundet verken i tråd med prinsippet om organisasjonsfrihet eller anskaffelsesrettslige grunnprinsipper.

Hvorvidt Ny Norgesmodell oppfyller Hurdalsplattformen på en god måte og dermed blir en politisk suksess vil etter vårt syn bero på tre forhold:

- A) Er kontraktsbestemmelsene lovlige og hensiktsmessige i forhold til arbeidstakerne, tilbyderne generelt og de seriøse tilbydere spesielt.
- B) Er bestemmelsene godt forankret hos aktørene slik at de ønskes benyttet?
- C) Er det nye bestemmelser som bidrar til bedre løsninger?

Vi tror at vårt innspill vil kunne gi gode bidrag på alle de tre nevnte punkt. I tillegg til å påpeke konkret hvilke deler av «Seriøsitetskrav» som må fjernes og hvilke som bør justeres, vil vi også presentere egne konkrete forslag til kontraktsbestemmelser basert på vår «Smutthullsanalyse».

2. Hvilke deler av anbefalte seriøsitetskrav må ikke videreføres?

2.1 Innledning

Punkt 7 tredje avsnitt i «Seriøsitetskrav» fastslår at rettingsplikt for lønnstyveri begått i underentreprenørleddet foreldes etter 3 måneder.

I punkt 7 tredje avsnitt er også henvist til øvrige vilkår i § 13 i allmenngjøringsloven som betyr at byggherre kun kan kreve retting av lønnstyveri hvis arbeidstaker selv fremmer kravet skriftlig til sin arbeidsgiver.

I punkt 7 nest siste avsnitt fremgår at heving ikke kan skje overfor leverandør dersom brudd på lønns- og arbeidsvilkår har skjedd i underentreprenørleddet.

2.2. Kort foreldelsesfrist for lønnstyveri i underentreprenørleddet

Punkt 7 tredje avsnitt i «Seriøsitetskrav» fastslår at rettingsplikt for lønnstyveri begått i underentreprenørleddet foreldes etter 3 måneder.

I kontrakter hvor Statens vegvesen er byggherre kan inntil 75 % av arbeidet skje i regi av underentreprenør. Erfaringsmessig er risikoen for brudd på lønns- og arbeidsvilkår økende jo lengre ned i kjeden man kommer. Det er også en viktig del av begrunnelsen for begrensning i antall ledd. Det kan godt hende at 90 % av totalt lønnstyveri skjer i underentreprenørleddet. En foreldelsesregel som eksempelvis kan ramme 90 % av lønnstyveriet i en kontrakt er potensielt skadelig for seriøsitetsarbeidet.

I praktisk arbeid med kontraktsoppfølging oppdager vi ofte ikke lønnstyveri innen tre måneder etter at riktig lønn skulle vært utbetalt. Vi har kontraktsfestet egenkontrollplikt for leverandør. Det er en viktig bestemmelse. Men da reduseres vår mulighet for å oppdage lønnstyveri innen tre måneder ytterligere. Leverandør plikter å foreta egenkontroll og forelegge resultatet av kontrollen overfor oss. Deretter kan vi foreta stikkprøvekontroll for å sjekke om egenkontrollen har vært effektiv nok. Hvis leverandøren og/eller underleverandøren er useriøse slik at lønnstyveri skjer, vil vi som regel tidligst oppdage lønnstyveriet ved stikkprøvekontroll. Oppdagelsestidspunkt beror også på i hvilken grad lønnstyveriet er forsøkt skjult og om det eksempelvis er produsert falsk eller uriktig dokumentasjon.

Det er ugunstig om leverandør etter selv å ha valgt sin (useriøse) underentreprenør, etter å ha misligholdt sin egenkontrollplikt og eventuelt har bidratt til å skjule lønnstyveriet, skal honoreres med sanksjonsamnesti etter så kort tid som tre måneder.

Det er ugunstig for arbeidstakerne som etter tre måneder ikke vil kunne få hjelp fra offentlig byggherre via kontrakt til å rette lønnstyveriet.

Foreldelse av lønnstyveri innebærer en «rabatt» på den kontrakt som er utlyst og som tilbydere har konkurrert om. Hvis en offentlig byggherre konstaterer brudd på lønns- og arbeidsvilkår og ikke krever retting, innebærer det en rabatt. Hvis rabatten er vesentlig er det en annen kontrakt enn den utlyste som kommer til utførelse. I så fall kan det ansees som et ulovlig direktekjøp.

Foreldelsesregelen er altså til skade for de øvrige tilbydere i aktuell konkurranse.

Solidaritetsregelen i allmenngjøringsloven § 13 gjelder den situasjon at arbeidsgiver har primæransvaret for utbetaling av lønn men hvor det ansvaret ikke ivaretas inntreter et solidaransvar eller sekundæransvar om man vil, oppover i kjeden.

I kontrakt med offentlig byggherre er situasjonen en helt annen. Leverandør har et primæransvar for riktig kontraktsoppfyllelse herunder lønns- og arbeidsvilkår i hele kjeden under seg. Henvvisning til allmenngjøringsloven § 13 er derfor etter vårt syn lite relevant.

Dette kommer klart til uttrykk i forskrift om offentlige anskaffelser § 19-2 (FOA) (1) annen setning slik:

«Bruk av underleverandør har ikke betydning for leverandørens kontraktsansvar overfor oppdragsgiver».

Å operere med en ansvarsbegrensning avhengig av om kontraktsbrudd er begått av leverandøren selv eller dennes underleverandør, harmonerer derfor ikke med anskaffelsesretten.

Vi vil ellers vise til vedlagt notat av 21.01.2021 hvor spørsmålet er nærmere drøftet, herunder relevante deler av lovforarbeidene til de aktuelle bestemmelsene.

2.3 Krav om at arbeidstaker i underentreprenørleddet selv melder krav skriftlig om krav om retting av lønnstyveri til arbeidsgiver

I «seriøsitetsbestemmelsene» punkt 7 tredje avsnitt vises til at de vilkår og begrensninger som følger av allmenngjøringsloven § 13 også skal gjelde.

Ett av disse vilkårene er at arbeidstaker selv fremmer skriftlig krav om retting av lønnstyveri direkte overfor sin arbeidsgiver. Det er naturlig å forstå henvisningen slik at byggherres rett til å kreve retting beror på at arbeidstaker først fremmer skriftlig krav om retting av lønnstyveriet overfor sin arbeidsgiver.

En viktig grunn til at forskrift om lønns- og arbeidsvilkår ble vedtatt var ønske om beskyttelse mot konkurranse på lønn fra lavkostland. Risikoen for lønnstyveri ansees altså generelt for å være større der vesentlige deler av arbeidsstokken er hjemmehørende i lavkostland.

Utenlandske arbeidstakere har trolig generelt mindre kjennskap til detaljer knyttet til norske lønns- og arbeidsvilkår enn norske arbeidstakere. Det er en stor risiko for at utenlandske arbeidstakere som utsettes for lønnstyveri ikke har tilstrekkelig kunnskap om reglene til å kunne avsløre lønnstyveriet selv.

Dersom utenlandske arbeidstakere kjenner sine rettigheter godt nok til å kunne konstatere at de er utsatt for lønnstyveri, vil de trolig likevel ofte kvi seg for å melde kravet til sin arbeidsgiver. Av frykt for at lønnstyveriet er en kalkulert og bevisst handling fra arbeidsgivers side slik at arbeidstakere som krever riktig lønn ikke er økonomisk attraktive når arbeidsgiver skal bemanne nye oppdrag i Norge.

Å la rettingsplikt bero på kunnskap og skriftlig krav fra arbeidstaker er ekstremt ugunstig og gir tilfeldige utslag.

I praktisk kontrollarbeid av lønns- og arbeidsvilkår opplever vi ofte at leverandør argumenterer med at arbeidstakerne er godt fornøyd og at det derfor ikke er noen grunn for byggherre å reagere.

For det første er det i lønnstyveritilfeller ikke godt å vite om arbeidsgivers vurdering av arbeidstakernes tilfredshet er riktig. Eventuell tilfredshet kan også være fundert på sterkt ubalanse i maktforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Uansett er det ikke relevant for offentlig byggherres plikt til å besørge at lønnstyveri rettes, hvorvidt arbeidstaker er fornøyd eller ikke.

Poenget er at offentlig byggherre også har et ansvar overfor de øvrige tilbydere i konkurransen som ikke nådde opp. De skal ikke måtte se på at de eksempelvis tapte på pris i tildelingsrunden, og at offentlig byggherre deretter gir rabatt i kontraktsutførelsesfasen til den som tilbød lavere pris.

Å ha som kriterium for retteplikt hva de berørte arbeidstakere selv tilfeldigvis mener om lønnstyveriet er altså ikke i tråd med anskaffelsesretten. Slik som hensynet til konkurranse og forutberegnelighet.

I likhet med bestemmelsen om 3 måneders foreldelsesfrist for lønnstyveri i underleverandørleddet er vilkår om skriftlig krav fra i strid med det anskaffelsesrettslige prinsipp om at det i forhold til byggherre ikke skal skilles mellom feil begått av leverandør selv og feil begått av underentreprenør.

Dette kommer klart til uttrykk i forskrift om offentlige anskaffelser § 19-2 (FOA) (1) annen setning slik:

«Bruk av underleverandør har ikke betydning for leverandørens kontraktsansvar overfor oppdragsgiver».

2.4 Leverandørs beskyttelse mot sanksjon når kontraktsbrudd er begått i underleverandørleddet

Av «seriøsitetsskrav» punkt 7 nest siste avsnitt fremgår forutsetningsvis at heving av kontrakt ikke kan skje dersom lønnstyveriet har skjedd i underleverandørleddet. I motsetning til når lønnstyveri har skjedd hos leverandøren selv.

Som beskrevet tidligere kan eksempelvis 90 % av lønnstyveriene begås i underentreprenørleddet. Bestemmelsen innebærer at sanksjonen heving er lite aktuell ved lønnstyveri.

Det er leverandør som selv velger sine underleverandører. En slik regel om hevingsamnesti for leverandør ved lønnstyveri i underleverandørleddet, kan medføre at leverandør kan finne det lønnsomt å benytte mindre seriøse underentreprenører enn man ellers ville gjort. Den pris leverandør tilbyr underentreprenør har ofte betydning for risiko for lønnstyveri i underleverandørleddet. Å gi leverandør mulighet til å presse pris overfor underleverandør uten å samtidig være fullt ut ansvarlig for lønnstyveri i underleverandørleddet, medfører økt risiko for lønnstyveri.

I likhet de to drøftelsene over er bestemmelsen om hevingsamnesti når brudd på lønns- og arbeidsvilkår har skjedd i underleverandørleddet i strid med det anskaffelsesrettslige prinsipp om at det i forhold til byggherre ikke skal skilles mellom feil begått av leverandør selv og feil begått av underentreprenør.

Dette kommer klart til uttrykk i forskrift om offentlige anskaffelser § 19-2 (FOA) (1) annen setning slik:

«Bruk av underleverandør har ikke betydning for leverandørens kontraktsansvar overfor oppdragsgiver».

3. Hvilke deler av anbefalte seriøsitetsskrav bør justeres?

3.1 Sanksjonsregler

Seriøsitetsskravene er i hovedsak ment å motivere de potensielt useriøse til å opptre seriøst. Økonomisk gevinst er alltid motivasjon for å opptre useriøst. Dersom det er økonomisk lønnsomt å etterleve kontraktens krav til lønns- og arbeidsvilkår vil også de potensielt useriøse i egeninteresse velge å etterleve kravene.

Hvis seriøsitetsskravene skal virke må sanksjonsreglene være effektive. Ikke for å sanksjonere flest mulig, men for det motsatte. Altså at leverandørene velger å følge kontraktskravene.

«Seriøsitetsskrav» har tre generelle sanksjonsbestemmelser som kan benyttes ved brudd på lønns- og arbeidsvilkår. Det er:

- A) *«... holde tilbake et beløp tilsvarende ca. to ganger innsparingen for arbeidsgiver ...»* inntil retting er dokumentert. (punkt 7.fjerde avsnitt). Den er gunstig for arbeidstaker spesielt hvis arbeidsgiver har økonomiske problemer. Men den har ingen preventiv effekt. Hvis lønnsstyret oppdages må «tyvegodsset» tilbakeleveres, det er lov å prøve seg og det lønner seg å prøve seg siden uoppdaget tyveri er gevinst. (Punkt 7, fjerde avsnitt)
- B) *«Vesentlig mislighold av lønns- og arbeidsvilkår hos leverandøren kan påberopes av byggherren som grunnlag for heving ...».*

Når eksempelvis kanskje 90 % av slike brudd skjer i underleverandørleddet, er regelen lite praktisk og har liten virkning. I de tilfeller den kan brukes, vil byggherre ofte kvi seg for å heve fordi heving kan medføre forsinkelse og økonomisk tap også for byggherre. (Punkt 7, fjerde avsnitt)

- C) *«Brudd på pliktene i denne kontrakten vil bli nedtegnet og kan få betydning i senere konkurranser, enten i kvalifikasjons- eller tildelingsomgangen overensstemmelse med regelverket for offentlige anskaffelser.»* (punkt 10)

Dette er ikke en «ekte» sanksjonsregel siden anskaffelsesretten vil gjelde uansett i senere konkurranser. Men om eksempelvis tilbud skal kunne avvises etter FOA § 24-2 (3) f annen setning, må det allerede være gitt en sanksjon i «førstetrinnet», - en tidligere kontrakt. Regelen er delvis verdiløs hvis trussel om virkning i fremtidig kontrakt er eneste reelle sanksjon.

Punkt 10 er dårlig egnet sanksjonsregel siden «tilbakehold» som oppheves fort, kan være under terskel for kriteriet «sanksjon», og heving er «høyterskelsanksjoner» som trolig sjelden blir brukt.

Etter vårt syn er sanksjonsreglene som gjelder brudd på lønns- og arbeidsvilkår totalt sett ikke tilstrekkelig effektive eller godt egnet som incitament for potensielt useriøse leverandører til å velge å følge kravene til lønns- og arbeidsvilkår. Sanksjonene bør være differensierte. Spesielt viktig er at det er formelle «lavterskelsanksjoner» som faktisk brukes og som kan danne grunnlaget for ytterligere konsekvenser.

Egnede sanksjonsregler og «prikkelastning» kommer vi tilbake til under «Smutthullsanalysen».

4. «Smutthullsanalyse»

4.1 Innledning

De konkrete forslag til tekst i kontraktsbestemmelser som fremkommer under har ennå ikke vært gjennom intern og ekstern høring i regi av Statens vegvesen. Det er derfor mulig at Statens vegvesen vil gjøre justeringer før forslagene til kontraktsbestemmelser iverksettes. Men vi har likevel valgt å dele våre ideer nå siden temaet er innspill.

Forslaget bygger på noen grunnprinsipper. Tilsynelatende er forslaget basert på et mer «finmasket» «sanksjonsnett» som skal gi økt «fangst» i form av flere sanksjoner. Det kan hende at vi i en overgangsfase får flere sanksjonssaker.

Formålet er likevel det motsatte. Poenget er ikke å sanksjonere så mye som mulig, men tvert imot å ha så tydelige og effektive regler at leverandørene av egeninteresse velger å følge kontraktsbestemmelsene. I så fall bra for fair konkurranse, seriøse bedrifter, arbeidstakere og oss som byggherre.

Felles for nærmest samtlige forslag er effektivisering. Eksempelvis effektivisering ved at oppfølging av viktige deler av AML tas inn på linje med lønns- og arbeidsvilkår. Effektivisering ved forbedring av preventiv effekt. Ved at egenkontroll skjerpes. Ved differensiering av sanksjoner. Ved å beskytte kontrollgrunnlaget, altså skjerpe krav til dokumentasjons- og medvirkningsplikt.

En del av endringene er også basert på en «smutthullsanalyse» for å justere bestemmelser hvor det erfaringsmessig er behov for det.

En tydelig og presis kontrakt gir «riktig» pris og forutberegnelighet for tilbyderne. Ressurskrevende og unødvendige tvister som skyldes uklarheter i kontrakten unngås også. En unødvendig kortfattet kontrakt med lavt presisjonsnivå er derfor ikke hensiktsmessig.

Adgangen til å ta inn kontraktsbestemmelser som vi ikke gjennom forskrift er pålagt å benytte, er ikke ubegrenset. Norsk regelverk er basert på EU anskaffelsesdirektiver som igjen skal bidra til å realisere EØS rettens fire friheter. Det er prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet. Kontraktskravene må også ha tilstrekkelig tilknytning til arbeidene som utføres i kontrakten, jf. LOA § 5 (2) og FOA § 19-1 (1). Lovligheten av våre forslag til nye bestemmelser er vurdert.

Poenget med «Smutthullsanalysen» er nettopp å fjerne uklarheter i kontrakten. Dessverre åpner dagens regulering av lønns- og arbeidsvilkår for betydelig tvil og usikkerhet. Fjerning av uklarheter

tilrettelegger både for fair konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet. Vi ønsker å tilrettelegge for at det blir enklere å kalkulere riktige kostnader på lønns- og arbeidsvilkår i våre kontrakter. Vårt syn er derfor at forslagene innebærer at kontrakten samsvarer bedre med de anskaffelsesrettslige grunnprinsipper enn tidligere.

Altså vinn – vinn. Oppfyllelse av klare forventninger fra regjeringen om bedre oppfølging av at lønns- og arbeidsvilkår er lovlige, og bedre samsvar med anskaffelsesretten.

4.2 Unngå omregning fra «epler til bananer»

Som kjent skal allmenngjort tariffavtale legges til grunn for lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter hvis slik finnes på området.

Allmenngjorte tariffavtaler åpner for at definert minimumsnivå for eksempelvis lønn kan fravikes hvis vilkårene etter en helhetsvurdering er gunstigere enn minimumsnivå. Det åpner for at en eksempelvis risikerer å måtte vurdere om losji over minstenivå kompenseres for timelønn som er 20 kr timen under minstenivå. Det skaper unødvendig usikkerhet og spekulasjonsmulighet.

«Smutthullet» forslås tettet slik:

«På områder dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale skal leverandøren ha lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn definert minimumsnivå for hver enkelt ytelse i gjeldende forskrifter. For å unngå unødvendig usikkerhet og ressursbruk ved omregning av alternative modeller for lønns- og arbeidsvilkår, må definert minimumsnivå for hver enkelt ytelse være oppfylt selv om leverandør påberoper at arbeidstaker samlet sett er omfattet av gunstigere vilkår.»

4.3 Unngå dropp ved allmenngjøring

Allmenngjøring av landsomfattende tariffavtaler innebærer at viktige komponenter i lønns- og arbeidsvilkår kan falle bort.

Vanligvis faller overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempetillegg (natttillegg, helgetillegg, helligdagstillegg mv.) bort ved allmenngjøring. Poenget med allmenngjøring er å bedre forholdene i utsatte bransjer hvor risikoen for sosial dumping er ekstra stor. Det er derfor et paradoks at allmenngjøring medfører kraftig reduksjon i minstenivå på lønns- og arbeidsvilkår i arbeid for offentlig byggherre.

Ved å ta inn viktige bestemmelser fra AML inn i kontraktens begrep lønns- og arbeidsvilkår, er riktignok overtidstillegget delvis «reddet» tross allmenngjøring, men øvrige nevnte elementer er også svært viktige.

En annen bivirkning av «allmenngjøringsparadokset» er at tariffbundne leverandører får en kraftig konkurranseulempe i forhold til de leverandører som ikke er tariffbundet. Eksempelvis må nå tariffbundne elektrobedrifter betale natttillegg, mens elektrobedrifter som ikke er tariffbundne slipper det. Siden tunelloppgradering som regel foregår om natten gir det svært ulik konkurransevne, der de presumptivt mest seriøse kommer dårligst ut.

«Smutthullet» foreslås tettet slik:

Med lønns- og arbeidsvilkår menes i denne sammenheng bestemmelser om arbeidstid, lønn, herunder overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempetillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji, i den grad slike bestemmelser følger av tariffavtalen. Med lønn menes også tillegg basert på kompetanse, erfaring, ansiennitet og funksjon. På områder som er dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale kreves likevel at de deler av nevnte lønns- og arbeidsvilkår som ikke ble allmenngjort, etterleves. Det skyldes at det ikke er noe rasjonelt grunnlag for at lønns- og arbeidsvilkårene i oppdrag for offentlig byggherre skal bli dårligere bare fordi tilstanden ellers er så dårlig i en bransje at tariffavtalen allmenngjøres. Ut fra anskaffelsesrettslige grunnprinsipper som klarhet og forutberegnelighet, er det også en fordel om allmenngjøring ikke medfører plutselig og betydelig reduksjon i minstenivå for lønns- og arbeidsvilkår.

4.4 Unngå misbruk av avtalefrihet knyttet til kost og losji

De landsomfattende tariffavtalene fastslår som regel at arbeidsgiver står for kost og losji men at andre ordninger kan avtales. Ved allmenngjøring videreføres normalt denne bestemmelsen.

Norske tariffavtaler bygger på en viss likevekt i styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstakere. I «norske» forhold vil slike avtaler som regel være balanserte slik at de ikke er dårligere for arbeidstaker enn utgangspunktet som er at arbeidsgiver dekker disse kostnadene.

For arbeidstakere fra lavkostland som arbeider i Norge er ofte styrkeforholdet et annet, og vi har opplevd «avtaler» om null dekning av kost. Slike «avtaler» om kost og losji kan medføre store ulikheter i konkurranseevne leverandører imellom hvor de presumptivt mest seriøse kommer dårligst ut.

«Smutthullet» foreslås tettet slik:

«Både for forskrifter og tariffavtaler som anviser at arbeidstaker og arbeidsgiver kan inngå avtale om ordning for dekning av kost og losji, aksepterer vi ikke avtaler som er mindre gunstig for arbeidstaker enn hovedregelen om at arbeidsgiver står for kost og losji. Avtalt diettsats skal ikke være lavere enn den sats som følger av relevant tariffavtale, eller om slik sats ikke finnes, den sats som er vanlig i den aktuelle bransje. Avtaler som innebærer at arbeidstaker dekker hele eller deler av utgiftene til losji selv, aksepteres ikke. Dersom en allmenngjort- eller landsomfattende tariffavtale ikke har klare regler om dekning av utgifter til kost og losji, kreves likevel at arbeidsgiver dekker disse i tråd med det som ellers er vanlig for den aktuelle bransje.»

4.5 Oppfølging av viktige deler av AML

Nåværende kontrakt har ikke effektive sanksjonsregler mot brudd på viktige deler av AML. Regjeringens signaler om fokus på lovlige lønns- og arbeidsvilkår er veldig tydelige. Ekstra ille er det derfor om ulovlige lønns- og arbeidsvilkår florerer i prosjekter hvor det er offentlig byggherre.

Det er liten tvil om at det er på høy tid at SVV som landets største byggherre tilrettelegger for effektiv oppfølging av utvalgte viktige deler av AML i våre kontrakter.

Ved å ta viktige deler av AML inn i bestemmelsen om lønns- og arbeidsvilkår, åpner vi hele «verktøykassen» og oppnår effektiv og forutsigbar oppfølging.

Spørsmålet er hvilke deler av AML det er hensiktsmessig å ta inn. Det utvalg vi har foreslått tatt inn er basert på en grundig vurdering. Det er bedre å gjøre det nå enn å vente på at noen skal fortelle oss at vi bør gjøre det.

Vi har foreslått følgende:

«Med lønns- og arbeidsvilkår menes også arbeidsmiljøloven (AML) Kapittel 10. Arbeidstid bortsett fra § 10-13, Kapittel 13 Vern mot diskriminering § 13-1 (1) – (3), § 13-2, § 13-3, § 13-4, § 14-5 krav om skriftlig arbeidsavtale, § 14-6 minimumskrav til innholdet i den skriftlige avtalen, § 14-8 endringer i arbeidsforholdet, § 14-12 innleie fra bemanningsforetak, § 14-12 a likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår ved utleie fra bemanningsforetak, § 14-13 innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie. I tilfeller hvor allmenngjort-/landsomfattende tariffavtale og AML fastslår ulikt minstenivå på lønns- og arbeidsvilkår eller beregningsgrunnlag for slikt nivå, skal det gunstigste alternativ for arbeidstaker legges til grunn. De nevnte bestemmelser i AML kap 13 gjelder også tilsvarende for behandling av selvstendig næringsdrivende.»

4.6 Unngå misbruk av unntak fra arbeidstidsreglene «ledende og selvstendig stilling»

For personell som ikke omfattes av arbeidstidsregler finnes ikke noe skille mellom alminnelig arbeidstid og overtid. Innslagspunktet for rett til overtidstillegg faller altså bort. Overtidstillegg er en kostnadskrevende komponent i lønns- og arbeidsvilkår og har betydning for lik konkurransevne.

Vi opplever at leverandører og underleverandører både for å kunne jobbe så mange timer de vil, og for å unngå overtidstillegg, påberoper slik status uten at det er tilstrekkelig grunnlag for det.

Vi foreslår å presisere i kontrakten grensene for unntaket for å avskjære misbruk og spekulasjon i «gråsoner».

Vi har foreslått følgende:

«Personell som har sin arbeidstid innrettet etter de underordnedes arbeidstid og følger dem de er satt til å lede, regnes ikke som å ha ledende stilling etter AML § 10-12 (1). Personell som ikke er uavhengige i forhold til hvilken tid arbeidsoppgaver organiseres og gjennomføres på, regnes ikke for å ha særlig uavhengig stilling etter AML § 10-12 (2).»

4.7 Reel egenkontrollplikt

Nåværende kontrakt har egenkontrollplikt, men den er designet slik at det ikke lønner seg økonomisk for leverandøren å rigge seg for effektiv egenkontroll.

Nå kan leverandøren risikofritt melde «alt ok» uten reel egenkontroll, og deretter la SVV finne feilene og bare rette de feil vi finner. Ressursbesparelsen på manglende egenkontroll er ren gevinst, og de feil vi ikke finner er også ren gevinst for leverandør. Da kan det også lønne seg å operere med mange feil fordi sjansen for at noen feil ikke oppdages da øker.

Forslaget tilrettelegger for effektive sanksjoner for brudd på egenkontrollplikten og intensjonen er å gjøre det lønnsomt for leverandøren å etterleve plikten til egenkontroll.

SVV vil trolig ikke få tilstrekkelige ressurser til å kontrollere alt på egenhånd. Hvis vi kan få leverandøren til å foreta effektiv egenkontroll, er det en veldig stor gevinst.

Vi har foreslått følgende:

«Leverandøren skal ha prosedyrer for, og gjennomføre nødvendige kontroller av lønns- og arbeidsvilkår for egne ansatte, innleide arbeidstakere, utsendte arbeidstakere og arbeidstakere hos underleverandører. Leverandøren skal dokumentere resultatet av kontrollene, og oversende dokumentasjonen til byggherren. Leverandøren har plikt til å besørge retting så fort som mulig av feil de konstaterer. På byggherrens forlangende skal leverandøren gjennomføre nærmere spesifiserte kontroller av egne ansatte, innleide arbeidstakere, utsendte arbeidstakere og arbeidstakere hos underleverandører.»

«Fordi kontrakten pålegger leverandøren å foreta egenkontroll av lønns- og arbeidsvilkår og dokumentere resultatene av kontrollen overfor oss, forventes at vi ikke finner andre feil enn de leverandøren selv har rapportert til oss, når vi kontrollerer selv. Dersom vi likevel finner nye feil av betydning ansees det som brudd på leverandørens plikt til egenkontroll. Dette gjelder både når leverandøren kontrollerer på eget initiativ og når det foretas spesifiserte kontroller på vårt forlangende.»

4.8 Opplysning om «parallellarbeid» - deling av opplysninger med andre offentlige byggherrer

Poenget er å unngå at leverandøren satser på «vanntette skott» mellom de ulike byggherrene, slik at alt ser ok ut i hver kontrakt separat, men ikke totalt. Det største problemet kan eksempelvis være om samme personell jobber dagskift for en annen byggherre eksempelvis en fylkeskommune, og direkte påfølgende nattskift for oss.

En stor HMS risiko. I tillegg kan urettmessig spares store beløp på overtidstillegg. Regionreformen medførte 11 nye nasjonale vegmyndigheter innenfor det feltet hvor SVV tidligere var veimyndighet. Meningen med reformen var åpenbart ikke å etablere «vanntette skott» mht informasjonsdeling til gunst for useriøse leverandører som vil operere ulovlig i «skyggen» av de nye «skottene».

Det er naturlig å forvente at SVV som landets største byggherre tar grep for å motvirke samfunnsskadelige og helt utilsiktede bivirkninger av reformen.

Vi foreslår derfor regler om presisering av dokumentasjonsplikten til også å omfatte «parallellarbeid» i den samme periode de jobber for oss i den grad det har betydning for riktig oppfyllelse av kontrakten med oss.

Det er mulig vi må nøye oss med dokumentasjonsplikt for arbeid for andre offentlige byggherrer, men det beste er om vi også har krav på å få vite om «parallellarbeid» for private byggherrer. Her er en viss risiko blant annet i forhold til det anskaffelsesrettslige kravet til tilknytning til arbeidet som skal utføres i kontrakten. Spesielt i forhold til HMS har vi gode argumenter for at vi må ha mulighet til kunnskap om arbeidstakernes totalbelastning i perioder de jobber for oss.

Vi har foreslått følgende:

«Hvis arbeid for andre byggherrer i samme periode som arbeidstakerne også medvirker til oppfyllelse av vår kontrakt, har betydning for korrekt oppfyllelse av vår kontrakt, gjelder dokumentasjonsplikten også dette. Eksempelvis omfatter dokumentasjonsplikten alt arbeid som er utført i perioden uavhengig av byggherre, for at vi skal kunne kontrollere at AML sine bestemmelser om arbeidstid er overholdt og at korrekt overtidsbetaling er gitt.»

Dersom arbeid for andre offentlige byggherrer kan ha betydning for hvorvidt aktuell kontrakt oppfylles, vil Statens vegvesen kunne søke opplysninger fra disse. Statens vegvesen vil arbeide for best mulig utveksling av relevant informasjon og dokumentasjon offentlige byggherrer imellom.»

4.9 Personopplysninger

Kontrollgrunnlaget dreier seg også om personopplysninger. En effektiv kontroll forutsetter at personvern hensyn ikke hindrer utlevering av nødvendig dokumentasjon.

Selv om utlevering av dokumentasjon som inneholder personopplysninger «alltid» vil være i arbeidstakernes interesse, påberopes paradoksalt nok ofte personvern som grunnlag for å nekte å utlevere dokumentasjon. Trolig ofte som «vikarierende» argument fra HE eller UE sin side.

Uansett må vi gjøre det vi kan for å unngå at personvern hensyn hindrer oss i å sikre oss nødvendig dokumentasjon og mulighet til å dele med andre offentlige byggherrer. Nødvendig dokumentasjon inneholder «aldri» taushetsbelagte eller sensitive personopplysninger.

Utgangspunktet bør være at leverandører og arbeidstakere forstår at effektiv kontroll av lønns- og arbeidsvilkår og dermed noe eksponering av visse normalt helt «uskyldige» personopplysninger, er en del av «gamet» hvis en vil arbeide for offentlig byggherre.

Forslaget inneholder informasjon om bruk av personopplysninger og plikt for HE til å informere om bruk av personopplysninger i hele kjeden under seg helt ned på individnivå. Forslaget fastslår også at HE er ansvarlig for nødvendig behandlingsgrunnlag hos seg selv og i hele kjeden under seg.

Vi har foreslått følgende:

«Slik dokumentasjon inneholder ofte personopplysninger om de involverte arbeidstakere, og personopplysninger er ofte nødvendig for å kunne foreta reel kontroll. Formålet med å innhente slik dokumentasjon er imidlertid å sikre at arbeidstakerne ikke får dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn kontraktens minimumskrav, og behandling av personopplysninger vil derfor regelmessig være i arbeidstakers interesse.

Hvis arbeid for andre byggherrer i samme periode som arbeidstakerne også medvirker til oppfyllelse av vår kontrakt, har betydning for korrekt oppfyllelse av vår kontrakt, gjelder dokumentasjonsplikten også dette. Eksempelvis omfatter dokumentasjonsplikten alt arbeid som er utført i perioden uavhengig av byggherre, for at vi skal kunne kontrollere at AML sine bestemmelser om arbeidstid er overholdt og at korrekt overtidsbetaling er gitt.

Dersom arbeid for andre offentlige byggherrer kan ha betydning for hvorvidt aktuell kontrakt oppfylles, vil Statens vegvesen kunne søke opplysninger fra disse. Statens vegvesen vil arbeide for best mulig utveksling av relevant informasjon og dokumentasjon offentlige byggherrer imellom.

Leverandøren har plikt til å informere alle ledd i kjeden under seg før kontrakt med disse inngås om kontraktens dokumentasjonsplikt som også omfatter behandling av personopplysninger. Leverandøren skal før kontrakt inngås med ledd under seg i kjeden forsikre seg om at underentreprenører har forstått dette. Leverandøren er ansvarlig for å påse at alle ledd i kjeden under seg har behandlingsgrunnlag for personopplysninger som er nødvendig for å oppfylle kontrakten mellom leverandøren og oss, før arbeidet starter. Leverandøren har ikke adgang til å benytte ledd

under seg dersom nødvendig behandlingsgrunnlag for personopplysninger som er nødvendig for oppfyllelse av kontrakten med oss, ikke foreligger.

Leverandøren er ansvarlig for at alle arbeidstakere som medvirker til å oppfylle kontrakten er kjent med krav til utlevering av dokumentasjon og behandling av personopplysninger som beskrevet i denne kontrakten. Dersom arbeidstakere eller ledd i kjeden under leverandør påberoper at de ikke var kjent med dette eller motsetter seg utlevering av dokumentasjon eller behandling av personopplysninger, vil vi be leverandør om dokumentasjon på at informasjon om dette er gitt. Hvis dette ikke kan dokumenteres tilstrekkelig vil vi anse det som kontraktsbrudd fra leverandørens side.»

4.10 Beskytte kontrollgrunnlaget – dokumentasjons- og medvirkningsplikt

En effektiv kontroll forutsetter at vi enklest mulig får tilgang til dokumentasjon og at HE og kjeden under medvirker i kontrollen.

Hvis det lønner seg å trenere, nekte utlevering av dokumentasjon eller ikke medvirke, blir kontrollen illusorisk. Forslaget innebærer en tydeligere dokumentasjons- og medvirkningsplikt, og tydelige tilhørende sanksjonsbestemmelser.

Vi har foreslått følgende:

«Dersom plikt til dokumentasjon og/eller medvirkning misligholdes, vil vi foreta et skjønnsmessig anslag over hvilke og hvor mange regelbrudd vi tror kan være begått og ilegge mulkt ut fra det. Vårt anslag vil være basert på at det ikke skal lønne seg å misligholde plikten. Dersom det senere viser seg at vårt anslag er for lavt, vil ytterligere mulkt påløpe. Hvis det viser seg at anslaget vårt er for høyt, vil mulkten ikke bli redusert.»

4.11 Sanksjoner – «ikke lov å prøve seg» - differensierte sanksjoner

Etter nåværende kontrakt kan leverandør risikofritt begå så alvorlige brudd på lønns- og arbeidsvilkår som helst, så lenge feil rettes etter rimelig frist hvis feilen oppdages og påpekes av oss. Da er det som påpekt under «egenkontrollplikt», alltid lønnsomt å prøve seg.

En slik ordning for førerkort ville eksempelvis innebære at man risikofritt kunne la 6 årigen få kjøre familiebil under ferieturen hvis barnet kjedet seg i baksetet, og la far eller mor overta rattet hvis man ble stanset i kontroll og barnets manglende førerrett ble påtalt.

Forslaget innebærer at det ikke skal være lønnsomt å prøve seg og at det skal medføre risiko å foreta kontraktsbrudd på lønns- og arbeidsvilkår. Altså at sanksjon kan utløses selv om forholdet (selvfølgelig) rettes.

Ideen om «prikkbelastning» for førerkort er eksempelvis basert på at summen av mindre lovbrudd over en viss tidsperiode til sammen kan utgjøre grunnlag for tap av førerrett. Ved å registrere og summere over tid kan en få en mer pålitelig og representativ vurdering av en sjåfør sin «risikovilje» enn om en bare slår ned på grove brudd som kan være gjort i et øyeblikks ubetenksomhet eller affeksjon.

For oss er det også interessant å registrere kontraktsbrudd som alene ikke er svært alvorlige og sanksjonere formelt med mulkt. En formell sanksjon som mulkt innebærer en omdømmerisiko for involvert leverandør, jf. også det nye begrepet «lønnstyveri» knyttet til brudd på AML hvis tilsiktet

virkning åpenbart er å skape omdømmerisiko. Selv mindre sanksjoner som «små» mulfter kan derfor gi betydelig preventiv effekt.

Vi bør unngå at prosjekter står overfor valget mellom «pest» og «kolera» ved at de enten må velge en sanksjon de synes er uforholdsmessig streng, eller la være å gi noen sanksjon.

Etter någjeldende kontrakt løper dagmulkt på 1 promille av kontraktssum hvis retting ikke skjer innen frist. Hvis kontrakten er på 1 milliard er dagmulkten på 1 million kr, pr. forhold. Det er svært høyt og gjør terskelen for sanksjon unødvendig høy.

Det er derfor gunstig for den preventive virkningen om terskelen for sanksjon ikke er unødvendig høy og at sanksjonene er differensierte slik at sanksjon kan tilpasses alvorlighetsgrad og ulike situasjoner.

Vi foreslår også mulfter av mindre størrelse men som differensieres etter nærmere bestemmelser om «mulktgrunnlag», se neste punkt. «Promillemulften» beholdes men nå ikke som eneste økonomiske sanksjon.

Vi foreslår også å gjeninnføre den tidligere kontraktsbestemmelsen om tilbakehold av det dobbelte av antatt besparelse fordi den er svært godt egnet for å sikre arbeidstakerne korrekt etterbetaling i tilfeller hvor leverandør har dårlig økonomi. Selv et konkursbo som trer inn i boet etter en konkurs leverandør vil etterbetale lønn.

En avvisning etter FOA § 24-2 (3) bokstav f (Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren) forutsetter blant annet at formelle sanksjoner er gitt. Ved å lage egnede sanksjonsbestemmelser vil en også bedre legge til rette for muligheten til å kunne avvise useriøse leverandører i senere konkurranser.

4.12 Presisering av «mulktgrunnlag»

Etter nåværende kontrakt er mulktgrunnlaget for brudd på lønns- og arbeidsvilkår definert relativt grovt. Forslaget innebærer en mer presis presisering av mulktgrunnlaget.

4.13 Vilkår i dispensasjon fra fagforening med innstillingsrett

Slik det er nå «masseproduserer» fagforeninger med innstillingsrett dispensasjoner etter AML § 10-12 (4) med vilkår som kan være i strid med likebehandlingsprinsippet i AML § 14-12a. Det gir ubalanse i avtaleforholdet om vilkårene sensureres mens dispensasjonen for øvrig består. Offentlig byggherre bør i minst mulig grad måtte bruke ressurser på interne konflikter mellom partene i arbeidslivet, eller være en prøvingsinstans der uenighet oppstår.

Forslaget innebærer å ansvarliggjøre avtalepartene slik at dispensasjonen ikke kan tas i bruk i arbeid for oss før partene seg imellom har avklart hvilke vilkår som gjelder.

«Det er ikke tillatt å ta i bruk en arbeidstidsordning før ordningen er formelt godkjent. Dersom fagforening med innstillingsrett fastsetter vilkår for arbeidstidsordning som leverandør ikke vil overholde, må leverandør kontakte fagforening med innstillingsrett og skriftlig avklare om fagforeningen er villig til å gi tillatelse uten de omstridte vilkår. Før slik skriftlig avklaring hvor det aksepteres at omstridte vilkår bortfaller presenteres byggherre, kan arbeidstidsordningen ikke tas i bruk.»

5. Oppsummering

Vedlagt er også våre interne forslag til nye kontraktsbestemmelser med margkommentarer. Disse har ikke vært på intern eller ekstern høring og er dermed ikke uttrykk for vårt endelige syn. Men de er vedlagt likevel dersom en ønsker å se forslagene om kontraktsbestemmelsene våre i sammenheng. Margkommentarene kan også gi et mer utfyllende bilde.

Vi er også enige i store deler av de «Anbefalte seriøsitetskrav i bygg- og anleggskontrakter og vi ønsker å tilpasse våre bestemmelser til disse der det er mulig og hensiktsmessig. Det fremgår også av vedlegget.

Som nevnt stiller vi om ønskelig gjerne på møte for å forklare eller utdype våre synspunkter og forslag.

Med vennlig hilsen

Martin Søfteland

Jurist HMS-teamet, Kontrakt og marked, Utbyggingsdivisjonen, Statens vegvesen