

Notat

Til: Sykehusinnkjøp HF

Fra: Advokatfirmaet Wiersholm

Ansv. advokat: Thomas G. Naalsund

Dato: 18. september 2018

ANSKAFFELSE AV BÅTAMBULANSETJENESTE – VURDERING AV PLIKT OG RETT TIL Å STILLE KRAV OM OVERFØRING AV ANSATTE

1. INNLEDNING

1.1 Oversikt over oppdraget

Advokatfirmaet Wiersholm er blitt kontaktet av Helse Nord RHF ("Helse Nord"), i forbindelse med anskaffelsen av båtambulansetjenester for Vest-Finnmark. Vi er bedt om å gi en ny vurdering av om Sykehusinnkjøp HF ("Sykehusinnkjøp") har plikt og/eller rett til å kreve at ny leverandør skal overta de ansatte hos eksisterende leverandør av tjenesten.

Vi forstår det slik at bakgrunnen for spørsmålet har sammenheng med debatten som har vært i media, både knyttet til den tidligere ambulansseflyanskaffelsen og den nå foreliggende båtambulansseanskaffelsen. I media har det dels vært uttrykt bekymring for om nye leverandører vil kunne levere tjenesten med den nødvendige kompetansen, dels har det vært en bekymring for at mange av de ansatte hos eksisterende leverandører vil miste jobben og dels har det vært en bekymring for at ny leverandør vil gi sine ansatte dårlige lønns- og arbeidsvilkår. Vi forstår det derfor slik at formålet med å stille et eventuelt krav om at ny leverandør skal overta eksisterende leverandørs ansatte dels er å sikre videreføring av nødvendig kompetanse og dels er å hindre oppsigelse av ansatte hos eksisterende leverandør og/eller at de ansatte hos ny leverandør gis dårlige lønns- og arbeidsvilkår.

Vi har i dette notatet vurdert muligheten for og hensiktsmessigheten av alternative krav som kan oppfylle ovennevnte formål, jf. punkt 5 i dette notatet. Deretter har vi vurdert lovligheten av de aktuelle alternativene opp mot regelverket for offentlige anskaffelser, jf. punkt 6. Begge disse punktene behandler Sykehusinnkjøps *rett* til å stille krav vedrørende ansatte i anskaffelsesprosessen. Innledningsvis vil vi imidlertid kort redegjøre for vår forståelse av faktum samt det relevante regelverket, jf. punkt 2 og 3, og deretter si noe om Sykehusinnkjøps eventuelle *plikt* til å stille krav vedrørende ansatte i anskaffelsesprosessen, jf. punkt 4.

Spørsmålene fra Sykehusinnkjøp vedrørende den forestående båtambulansseanskaffelsen, er tidligere vurdert av advokatfirmaet Wikborg Rein, jf. notat av 7. september 2018 ("Wikborg-notatet").¹

¹ Det bemerkes at Wiersholm ikke har mottatt Sykehusinnkjøpets notat av 8. juni 2018, som er nevnt i Wikborg-notatet. Wiersholms vurderinger er således utelukkende basert på Wikborg-notatet, dokumentet: "Spørsmål til skriftlig besvarelse fra Stortinget (2163)", fra Helse Nord til Helse- og Omsorgsdepartementet, 7. september 2018 samt offentlig tilgjengelige dokumenter i flyambulansseanskaffelsen.

1.2 Konklusjoner

1.2.1 Plikt til å stille krav om overtakelse av ansatte

Vår vurdering er at Sykehusinnkjøp ikke har plikt til å stille krav vedrørende overføring av ansatte i forbindelse med anbudskonkurransen. Alle deltakere i en anbudskonkurranse har plikt til å overholde relevant regelverk, herunder eventuelle anvendelige regler om virksomhetsoverdragelse. Denne plikten til å overholde regelverk utløser imidlertid ingen selvstendig plikt for Sykehusinnkjøp til å stille krav om overføring av ansatte. Det er i prinsippet ikke mulig å vurdere hvorvidt utfallet av konkurransen kan utgjøre en virksomhetsoverdragelse i lovens forstand. I praksis er det imidlertid lite nærliggende at det vil være tilfelle.

1.2.2 Rett til å stille krav om overtakelse av ansatte

Vår vurdering er at det vil være en rekke praktiske utfordringer knyttet til et eventuelt krav om overføring av ansatte, jf. punkt 5.1. Det vil derfor være krevende i praksis å stille et krav om at reglene om virksomhetsoverdragelse skal følges, eller at ny leverandør skal overta eksisterende leverandørs ansatte. Videre vil et slikt krav etter vårt syn ikke være lovlig i henhold til anskaffelsesregelverket, da kravet vil medføre et brudd på grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper om konkurranse, likebehandling og forholdsmessighet.

Et alternativ som kan være gjennomførbart rent arbeidsrettslig er et krav om at ny leverandør skal gi ansatte hos eksisterende leverandør fortrinnsrett til ledig arbeid. Vår vurdering er likevel at heller ikke dette kravet vil være lovlig etter anskaffelsesregelverket. Selv om byrden ved et slikt krav fremstår som relativt liten, vil kravet neppe ha tilstrekkelig tilknytning til selve anskaffelsen. Det vil også etter vårt syn være i strid med det grunnleggende kravet til likebehandling av tilbyderne.

2. FAKTUM I SAKEN

Sykehusinnkjøp skal etter det opplyste gå til anskaffelse av ny båtambulansetjeneste for Vest-Finnmark. Tjenesten består i å levere døgnkontinuerlig drift av én båtambulans med tilhørende maritimt personell, som skal dekke et bestemt geografisk område i Finnmark.

Slik båtambulansetjenesten driftes i dag, er det til enhver tid to besetningsmedlemmer om bord på båten; kaptein og matros (maritimt personell). Det maritime personellet er ansatt hos eksisterende leverandør og jobber i skift med 2 uker på og 4 uker av. I tillegg til det maritime personellet, er det til enhver tid helsepersonell om bord. Helsepersonell og helsetjenester leveres av Finnmarkssykehuset, ikke av ambulansleverandøren.

Vi har oppfattet det slik at det maritime personellet om bord på båtambulanse følger rederi og båt, og ikke det enkelte stasjoneringssted. Når et rederi tilbyr en båt, for eksempel i forbindelse med tjenestekjøp, vil det derfor også som hovedregel følge med et bestemt tilhørende personell til båten.

Spørsmålet er om Sykehusinnkjøp likevel har plikt eller rett til å stille krav om at ny leverandør skal overta ansatte fra eksisterende leverandør.

3. RELEVANT REGELVERK

Spørsmålet om plikt og rett til å stille krav i forbindelse med anbudskonkurranser, reguleres først og fremst av det anskaffelsesrettslige regelverket. Det er imidlertid hensiktsmessig også

å vurdere den praktiske muligheten for å oppstille ulike typer krav i anbudskonkurranser i lys av annet regelverk, herunder relevante arbeidsrettslige regler.

Vi er her enige med både Sykehusinnkjøp og Wikborg Rein i at det er skipsarbeidsloven som regulerer arbeidsforholdene til det maritime personellet om bord på båtambulansene, og ikke arbeidsmiljøloven.³ Videre er vi enig i at yrkestransportlova § 8 annet ledd ikke kommer til anvendelse, da det ikke gjelder en tildeling av anbud ved løyve.⁴

Vi vil vurdere den praktiske muligheten for og hensiktsmessigheten av ulike typer krav i lys av annet relevant regelverk i punkt 5 nedenfor. Deretter behandles lovligheten av aktuelle krav i lys av anskaffelsesreglene i punkt 6. Først skal det imidlertid redegjøres for hvorvidt oppdragsgiver har en plikt til å stille krav vedrørende ansatte i anbudskonkurranser.

4. PLIKT TIL Å STILLE KRAV VEDRØRENDE ANSATTE

Når det gjelder krav til ansatte som skal medvirke til utførelsen av en offentlig kontrakt, følger det av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter at oppdragsgiver har plikt til å stille visse kontraktkrav som sikrer at ansatte som utfører tjenester på vegne av oppdragsgiver, ikke har dårligere lønns- eller arbeidsvilkår enn det som følger av gjeldende allmenngjøringsforskrifter eller landsomfattende tariffavtaler. Utover krav om lønns- og arbeidsvilkår, inneholder verken lov eller forskrift om offentlige anskaffelser bestemmelser som pålegger oppdragsgiver plikt til å stille konkrete krav vedrørende ansatte som medvirker til utførelsen av offentlige kontrakter.

Imidlertid må selskaper som deltar i en anbudskonkurranse på vanlig måte overholde relevante regelverk, herunder arbeidsrettslige forpliktelser. Dersom for eksempel et bytte av tjenesteleverandør gjennom anbudskonkurranse rettslig sett utgjør en virksomhetsoverdragelse i henhold til arbeidsrettslige regler, så må de involverte selskapene overholde de forpliktelser som utløses ved slike overdragelser. Dersom det rettslig sett ikke foreligger en virksomhetsoverdragelse, har selskapene ingen plikt til å overholde regelverket. Dette er grunnen til at det er viktig å skille mellom et krav "om virksomhetsoverdragelse" – som er et bestemt rettslig begrep – og et krav om at "reglene om virksomhetsoverdragelse skal følges" eller at ny leverandør "skal overta ansatte fra eksisterende leverandør" – som er konkrete handleplikter, se om dette i punkt 5.1.2 nedenfor.

Vår vurdering er at det ikke er nødvendig, og på nåværende tidspunkt i prinsippet heller ikke mulig, å ta endelig stilling til om bytte av leverandør av båtambulansetjenester for Vest-Finnmark, vil utgjøre en virksomhetsoverdragelse i henhold til skipsarbeidsloven § 5-6 (4). Hvorvidt leverandørbyttet vil utgjøre en virksomhetsoverdragelse vil bero på en konkret vurdering av en rekke faktiske omstendigheter, blant annet hva som rent faktisk overføres mellom eksisterende og ny leverandør av aktiva og personell. Vår vurdering er videre at det faktisk at involverte selskaper har en plikt til å overholde relevant regelverk, uansett ikke utløser noen plikt for oppdragsgiver i en anbudskonkurranse til å stille krav om overtakelse av eksisterende leverandørs ansatte.⁵

Vi er således enig med Wikborg Reins konklusjon om at Sykehusinnkjøp ikke har *plikt* til å stille krav vedrørende ansatte i anbudskonkurransen.⁶

Vi vil nå gå videre til å vurdere om Sykehusinnkjøp har en *rett* til å stille krav vedrørende ansatte. Denne vurderingen er slik vi ser det todelt. For det første bør man vurdere den praktiske muligheten for å gjennomføre ulike typer krav, i lys av andre regelverk enn det rent anskaffelsesrettslige, jf. punkt 5.1. Dersom et krav ikke kan gjennomføres i praksis, vil det

³ Jf. Skipsarbeidsloven § 1-2 og Norsk Lovkommentar v/Arnfinn Øen, Note (2).

⁴ Jf. Blant annet Yrkestransportlova § 7, jf. § 2.

⁵ Det bemerkes at Wiersholm er enig med Wikborg Rein om at terskelen for hva som utgjør en virksomhetsoverdragelse er noe høyere i skipsarbeidsloven enn i arbeidsmiljøloven. Blant annet vil overdragelse av et enkelt skip fra et rederi, ikke utgjøre noen virksomhetsoverdragelse. Basert på dette er det Wiersholms foreløpige vurdering at bytte av leverandør av båtambulansetjenester, ikke vil utgjøre en virksomhetsoverdragelse. Wiersholm har imidlertid som nevnt i teksten over, ikke tatt endelig stilling til dette da det ikke er nødvendig.

⁶ Punkt 3 i Wikborg-notatet.

være lite hensiktsmessig å stille det. Dette er en viktig side av vurderingen, som ikke er berørt i notatet fra Wikborg Rein. For det andre må man uansett vurdere lovligheten av aktuelle krav i lys av anskaffelsesreglene, jf. punkt 6.

5. RETT TIL Å STILLE KRAV VEDRØRENDE ANSATTE

5.1 Om utformingen av kravet; den praktiske muligheten for å gjennomføre ulike typer krav vedrørende ansatte

5.1.1 Overordnet

Som nevnt i punkt 1 forstår vi det slik at formålet med å stille et eventuelt krav vedrørende ansatte dels er å sikre videreføring av nødvendig kompetanse og dels er å hindre oppsigelse av ansatte hos eksisterende leverandør og/eller at de ansatte hos ny leverandør gis dårlige lønns- og arbeidsvilkår.

Vi har nedenfor vurdert den praktiske muligheten for å gjennomføre alternative krav som kan oppfylle disse formålene. Våre vurderinger omfatter både alternativer som tidligere har vært nevnt i saken, jf. punkt 5.1.2 – 5.1.3, og alternativer som ikke tidligere har vært nevnt, jf. punkt 5.1.4. Det fremheves at i dette punkt 5 vurderes kun den praktiske muligheten for å gjennomføre, og dermed hensiktsmessigheten av, de ulike typene krav i lys av andre regelverk enn det anskaffelsesrettslige. Anskaffelsesreglene vurderes i punkt 6.

5.1.2 Krav "om virksomhetsoverdragelse"

Det er flere steder uttalt at det må og bør vurderes om en Sykehusinnkjøp har plikt eller rett til å stille krav "om virksomhetsoverdragelse" i anbudskonkurranser, jf. blant annet overskriftene i punkt 2 og 4 i Wikborg Reins notat samt omtalen av saken i media.⁷

En slik betegnelse er imidlertid etter vår vurdering misvisende, og vår vurdering er at det verken kan eller bør stilles krav "om virksomhetsoverdragelse".

Virksomhetsoverdragelse er et bestemt rettslig begrep. For at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse må konkrete vilkår være oppfylt. Dersom disse vilkårene er oppfylt, utløses automatisk bestemte rettsvirkninger. Både spørsmålet om det foreligger en virksomhetsoverdragelse, og om virkningene av slik overdragelse, må vurderes i lys av det relevante regelverket på området, i dette tilfellet skipsarbeidsloven § 5-6 (4).

Uavhengig av hvilket regelverk som kommer til anvendelse, er det et grunnleggende poeng at spørsmålene knyttet til virksomhetsoverdragelse vil avhenge av de reelle forhold. Dersom det foreligger faktiske omstendigheter som oppfyller vilkårene for virksomhetsoverdragelse, utløses automatisk de rettsvirkninger som følger av det relevante regelverket. Det er for eksempel ikke adgang til å avtale at rettsvirkningene ikke skal utløses, dersom vilkårene for virksomhetsoverdragelse er oppfylt.⁸ Det samme gjelder andre veien; dersom vilkårene for virksomhetsoverdragelse ikke er oppfylt, så utløses heller ikke rettsvirkningene. I et slikt tilfelle vil ingen av de involverte selskapene være rettslig forpliktet til å følge regelverket. At selve vurderingen i konkrete tilfeller kan være tvilsom, endrer ikke disse grunnleggende utgangspunktene.

Etter vårt syn vil det derfor heller ikke være riktig at Sykehusinnkjøp stiller et krav om at eventuelt skifte av leverandør utgjør en virksomhetsoverdragelse. Om noe er en virksomhetsoverdragelse eller ikke, beror utelukkende på en vurdering av om vilkårene i skipsarbeidsloven § 5-6 (4) er oppfylt basert på de reelle forhold, og er uavhengig av hva partene – eller oppdragsgiver – velger å kalle prosessen.⁹ Dersom Sykehusinnkjøp stiller krav om at prosessen skal være en virksomhetsoverdragelse i lovens forstand, vil eksisterende og

⁷ <https://www.nrk.no/finnmark/frykter-samme-situasjon-for-ambulansesatene-som-med-ambulansesflyene-1.14050907>

⁸ Jf. Skipsarbeidsloven § 1-3. Tilsvarende bestemmelse finnes i aml. § 1-9.

⁹ Se vår kommentar om plikten til å følge reglene om virksomhetsoverdragelse i punkt 3 over.

ny leverandør i realiteten bli pålagt å overdra/overta både virksomhetens sentrale fysiske og eventuelt immaterielle aktiva (her minimum båtene) og det personellet som er nødvendig for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse i henhold til lovens vilkår. Et slikt pålegg vil måtte ha et rettslig grunnlag. Konkurranses grunnlaget i seg selv vil neppe være tilstrekkelig i så måte, jf. f.eks. at eksisterende leverandør kan tenkes ikke å delta i konkurransen, og således ikke vil være bundet av konkurransedokumentene. Det fremstår pussig at rettmessigheten av et krav om virksomhetsoverdragelse skal avhenge av om eksisterende leverandør deltar i konkurransen eller ikke. Konkurransedokumentene vil heller ikke forplikte de aktuelle ansatte. Vår vurdering er følgelig at det verken kan eller bør stilles krav om at et leverandørbytte skal utgjøre en "virksomhetsoverdragelse".

Når det er sagt, er det i utgangspunktet ingenting i veien for at man tilkjenner ansatte rettigheter selv om de ikke etter relevante regelverk har krav på dette. I så fall er det imidlertid en forutsetning at det etableres et rettslig grunnlag for dette. I praksis vil avtale være det relevante grunnlaget. Selv om vår vurdering er at man verken kan eller bør stille krav om "virksomhetsoverdragelse", bør det derfor vurderes om Sykehusinnkjøp kan stille andre krav som oppfyller de relevante formål herunder hvilke utfordringer som knytter seg til ulike type krav.¹⁰

5.1.3 Krav om at ny leverandør "skal følge reglene om virksomhetsoverdragelse" eller "skal overta ansatte fra eksisterende leverandør"

Et alternativ er at Sykehusinnkjøp stiller krav om at ny leverandør "skal følge reglene om virksomhetsoverdragelse selv om vilkårene for slik overdragelse ikke er oppfylt". Dette vil i praksis innebære at ny leverandør påtar seg en forpliktelse (formentlig i en viss tidsperiode) til å tilby ansatte hos tidligere leverandør jobb hos ny leverandør med videreføring av eksisterende lønns- og arbeidsvilkår. Alternativt kan kravet formuleres som at ny leverandør "skal overta ansatte fra eksisterende leverandør på eksisterende lønns- og arbeidsvilkår".

Etter vårt syn vil slike krav, som innebærer at eksisterende leverandør må overføre sine ansatte til ny leverandør, og at de ansatte dermed får ny arbeidsgiver, være problematiske å gjennomføre i praksis.

For det første vil som nevnt krav som ny leverandør aksepterer i en anbudskonkurranse, ikke automatisk ha rettsvirkninger for eksisterende leverandør. Eksisterende leverandør har ingen plikt til å overføre sine ansatte til den nye leverandøren, og en oppdragsgiver kan ikke ensidig tvinge eksisterende leverandør til å si opp sine ansatte. Dersom et tilfelle først er *utenfor* lovens tilfeller av virksomhetsoverdragelse, så er "tilbud-aksept" dermed den eneste løsning for et arbeidsgiverskifte. To arbeidsgivere står ikke fritt til å "overføre" ansatte utenfor lovens tilfeller, og ansatte kan heller ikke kreves overført uten å følge reglene om oppsigelsestid. Dette vil i så fall kreve aksept fra eksisterende arbeidsgiver, som i dette tilfellet vil være tidligere leverandør. Det følger av dette at Sykehusinnkjøp som tredjepart ikke uten videre kan gjennomtvinge et arbeidsgiverskifte utenfor lovens tilfeller av virksomhetsoverdragelse. Forutsetningen for å i det hele tatt kunne stille et slik krav må derfor etter vår vurdering være at det inngås avtale mellom oppdragsgiver og eksisterende leverandør vedrørende de ansatte.¹¹

I tillegg må det trolig også inngås avtale mellom eksisterende og ny leverandør om hvordan overtakelsen av ansatte nærmere skal finne sted og på hvilke vilkår. Ved å stille et krav om overtakelse av ansatte i anbudskonkurransen, pålegger oppdragsgiver følgelig to selskap å inngå avtale om overføring av bestemte aktiva, uten at noen av selskapene i utgangspunktet er rettslig forpliktet til slik overføring. Dette kan skape en rekke praktiske utfordringer.

¹⁰ Wiersholm antar at det egentlig ikke har vært tanken å stille et krav "om virksomhetsoverdragelse". Det har imidlertid oppstått misforståelser på dette punkt som har fått stor betydning for debatten i media. Det er viktig å i det videre unngå ytterligere forvirring rundt dette.

¹¹ I praksis er det ikke sikkert at det alltid vil være mulig å oppnå avtale med eksisterende leverandør, for eksempel dersom eksisterende leverandør ønsker å selv være med i anbudskonkurransen eller benytte sine ansatte til andre anbudskonkurranse/oppdrag.

For det andre vises det til at ny leverandørs aksept av et slikt krav heller ikke får rettsvirkninger overfor de ansatte hos eksisterende leverandør. De ansatte hos eksisterende leverandør har sin ansettelseskontrakt og sitt stillingsvern hos denne, og de har ingen plikt til å være med over til ny leverandør. Det vises i denne forbindelse til prinsippet om at alle ansatte har en ubetinget rett til å selv velge hvor de skal være ansatt. Dette innebærer blant annet at de ansatte skal ha en mulighet til å nekte overføring til et annet selskap.¹² Et krav om at reglene om virksomhetsoverdragelse skal følges eller at de ansatte skal overføres, kan derfor skape ytterligere praktiske utfordringer, blant annet knyttet til ansatte som ønsker å bli værende hos eksisterende leverandør ut oppsigelsestiden og ikke bare frem til overdragelsestidspunktet.

I forlengelsen av dette og særlig i lys av den offentlige debatten rundt ambulanseflyanskaffelsen vil vi bemerke at det å bli overført til ny leverandør ikke alltid vil være en gunstig eller ønsket løsning for de ansatte, for eksempel dersom risikoen for overtallighet er større hos ny leverandør enn eksisterende leverandør.¹³ Å stille et slikt krav hvor ny leverandør ikke har behov for arbeidskraften, slik som synes å være tilfellet for båtambulanseskaffelsen, kan etter omstendighetene svekke de berørte ansattes stillingsvern.

Et krav i konkurransegrunnlaget om at ny leverandør "skal følge reglene om virksomhetsoverdragelse" eller "skal overta ansatte fra eksisterende leverandør" vil følgelig *kunne* være forpliktende for ny leverandør, men ikke uten videre for eksisterende leverandør eller de ansatte.

Til sist vises det til at et krav om at ny leverandør skal overta ansatte vil kunne komme i konflikt med rettighetene til de som allerede er ansatt hos ny leverandør, da det vil kunne oppstå overtallighet hos ny leverandør. De som allerede er ansatt hos ny leverandør har, på vanlig måte, vern mot usaklige oppsigelser.¹⁴ Høyesterett har de siste årene lagt til grunn at en oppsigelse vil være usaklig dersom den skyldes at arbeidsgiver har fremtvunget en unødvendig overtallighet gjennom ansettelser.¹⁵ Dersom ny leverandør velger å inngi et anbud og dermed velger å påta seg å overta de ansatte hos eksisterende leverandør, kan det hevdes at ny leverandør har fremtvunget en unødvendig overtallighet. Det vil i så fall kunne medføre at ny leverandør; 1) ikke kan si opp de eksisterende ansatte, da det vil være et brudd på de ansattes stillingsvern, særlig i lys av nyere Høyesterettspraksis, og 2) ikke kan si opp de overførte ansatte, da det vil være et brudd på kravet i anbudskonkurransen. Ny leverandør vil således eventuelt bli tvunget til å beholde opptil dobbelt så mye personell som nødvendig.

Av disse grunner er det vår vurdering at det neppe vil være hensiktsmessig å stille et krav om ny leverandør "skal følge reglene om virksomhetsoverdragelse" eller "skal overta ansatte fra eksisterende leverandør". De samme grunner tilsier etter vår vurdering at det neppe er hensiktsmessig å stille et ubetinget krav om at ny leverandør skal tilby de ansatte hos eksisterende leverandør ansettelse. Selv om dette vil gi de ansatte hos eksisterende leverandør en mulighet til å nekte overføring, vil det ikke løse utfordringen knyttet til potensiell overtallighet hos ny leverandør og dermed mulig konflikt med rettighetene til de eksisterende ansatte hos ny leverandør.

5.1.4 Krav om at ny leverandør "skal gi eksisterende ansatte en fortrinnsrett til ledig arbeid"

Et siste alternativ som etter vår vurdering kan oppfylle de relevante formålene, om enn i mer begrenset grad, er å stille krav til at ny leverandør "skal gi eksisterende ansatte en fortrinnsrett til ledig arbeid i selskapet". Slik vi ser det vil ingen av de praktiske utfordringene

¹² Dette gjelder selv om det er rettslig grunnlag for overføringen for eksempel som følge av virksomhetsoverdragsreglene. Dette er begrunnelsen bak reservasjonsretten ved virksomhetsoverdragelse, jf. blant annet aml. § 16-3.

¹³ Dette illustreres nettopp av faktum i denne saken, da det maritime personellets arbeidsforhold er knyttet til den enkelte båt. Ved å stille krav om overføring av ansatte, vil ny leverandør få dobbelt mannskap på én båt. Dermed pålegger man ny leverandør en overtallighet, som ikke nødvendigvis vil oppstå hos eksisterende leverandør som potensielt vil kunne få nye oppdrag for den båten personellet er ansatt på.

¹⁴ Jf. Skipsarbeidsloven § 5-6(1) og (2). Selv om aml. ikke kommer til anvendelse for skipsarbeidere, vil praksis knyttet til den tilsvarende bestemmelse i aml. § 15-7 være relevant.

¹⁵ HR-2018-880-A og HR-2017-561-A.

nevnt i punkt 5.1.3 gjøre seg gjeldende ved et slikt krav, selv om det vil måtte settes en tidsfrist for hvor lenge en slik plikt kan gjøres gjeldende.

Det vises til at eksisterende leverandør i et slikt tilfelle ikke vil være tvunget til å si opp sine ansatte, og det vil derfor neppe være nødvendig med en avtale mellom oppdragsgiver og eksisterende leverandør eller mellom eksisterende og ny leverandør. Videre vil de ansatte ha en ubetinget rett til å velge hvor de skal være ansatt og det oppstår heller ingen unødvendig overtallighet hos ny leverandør.

Det bemerkes at et eventuelt krav om at ny leverandør skal tilby fortrinnsrett bør gis med den presisering at fortrinnsretten gjelder uten fortrenghet for ansatte som allerede har lovbestemt eller avtalt fortrinnsrett til ledige stillinger hos ny leverandør. Videre bør det presiseres om ny leverandør er forpliktet til å tilby ansettelse på eksisterende lønns- og arbeidsvilkår eller på de vilkår som gjelder for de ansatte hos ny leverandør. I forlengelsen av dette er vi enig med Wikborg Rein i at det faktisk at ansatte ikke får fortsette på eksisterende lønns- og arbeidsvilkår trolig har liten praktisk betydning, grunnet kravene i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 5. Som det fremgår av punkt 5 i notatet fra Wikborg Rein, finnes det landsdekkende tariffavtaler for båtambulansetjenester og de ansatte hos ny leverandør vil derfor, som følge av forskriften, ha en stor grad av beskyttelse i tråd med tariffavtalene.

6. ANSKAFFESESRETTLIGE VURDERINGER

6.1.1 Innledning og rettslig utgangspunkt

Lov om offentlige anskaffelser § 4 stiller blant annet krav til at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling og forholdsmessighet. I dette ligger at de krav som oppdragsgiver stiller i konkurransen om en offentlig kontrakt, må utformes på en måte som gir flest mulig leverandører muligheten til å delta i konkurransen. Videre tilsier kravet til forholdsmessighet at oppdragsgiver ikke kan stille krav som går lenger enn det som er nødvendig og passende for å oppnå formålet med kravet som stilles. Nærmere bestemt er det ikke adgang til å stille krav som går på akkord med de grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling dersom formålet med kravet kan ivaretas på en annen og mindre inngripende måte.

Med utgangspunkt i anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper har EU-domstolen videre lagt til grunn at krav som stilles i konkurransen må ha en tilstrekkelig tilknytning til, og må være passende og nødvendig for å oppnå formålet med anskaffelsen, herunder at kravene er relevante for den ytelsen som faktisk skal anskaffes og for leverandørens evne til å gjennomføre kontrakten.¹⁶ At kravene som stilles i konkurransen må ha slik tilknytning til anskaffelsens formål følger også direkte av forskrift om offentlige anskaffelser, jf. bl.a. § 15-1 (2) om krav til ytelsen og § 18-1 (4) om tildelingskriterier.

Anskaffelsesforskriften § 19-1 (1) regulerer nærmere hvilke kontraktsvilkår oppdragsgiver kan stille i en offentlig kontrakt. Der fremgår det at oppdragsgiver bl.a. kan fastsette kontraktsvilkår om sysselsetting og sosiale hensyn, forutsatt at "*kontraktsvilkårene skal ha tilknytning til leveransen*". Det er med andre ord i utgangspunktet ikke noe i veien for å stille kontraktskrav som er ment å ivareta ansattes rettigheter under kontraktutførelsen.¹⁷ Når det gjelder den nærmere utformingen av det konkrete kravet ligger det likevel en reell begrensning i at kravet "*skal ha tilknytning til leveransen*".

Ved vurderingen av kravenes lovlighet i henhold til anskaffelsesregelverket vil det derfor være avgjørende hvorvidt kravet kan anses å være i strid med de grunnleggende prinsippene om

¹⁶ Jf. bl.a. T-437/05 og C-265/87 (om kvalifikasjonskrav), C-76/16 (om kontraktskrav som kvalifikasjonskrav), C-448/01 Wienstrom (om tildelingskriterier).

¹⁷ Dette følger også av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, hvorefter oppdragsgiver pålegges en plikt til å stille krav om at ansatte hos leverandører og underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten har visse til lønns- og arbeidsvilkår.

konkurransen, likebehandling og forholdsmessighet i anskaffelsesloven § 4, samt hvorvidt kravet har tilstrekkelig tilknytning til formålet med anskaffelsen.

6.1.2 Krav om at ny leverandør "skal overta ansatte fra eksisterende leverandør"

Som det fremgår av punkt 5.1.2 og 5.1.3 er vår vurdering at det i lys av arbeidsrettslige begrensninger ikke vil være hensiktsmessig å stille et "krav om virksomhetsoverdragelse" og videre at et krav vedrørende overføring av ansatte heller ikke bør stilles som et krav om at ny leverandør "skal overta ansatte fra eksisterende leverandør". Vi vil likevel for ordens skyld gjøre en kort vurdering av hvorvidt det er anskaffelsesrettslig adgang til å stille slike krav om overføring av ansatte i konkurransen om ambulansetjenester i Vest-Finnmark. Ettersom de umiddelbare konsekvensene vil være de samme for kravene som nevnt i punkt 5.1.2 og 5.1.3, vil også den anskaffelsesrettslige vurderingen være sammenfallende. I det følgende nøyer vi oss derfor med å vurdere kravet om at ny leverandør skal overta ansatte fra eksisterende leverandør.

Som nevnt innledningsvis er det vår forståelse at formålet med å stille krav om å overta ansatte fra eksisterende leverandør dels er å sikre overføring av kompetanse, dels å sikre at ansatte hos ny leverandør ikke gis dårlige lønns- og arbeidsvilkår og dels å ivareta interessene til ansatte hos eksisterende leverandør. Som det vil fremgå er det vår vurdering at de to førstnevnte formål må anses som legitime i henhold til anskaffelsesregelverket. Samtidig kan slike mer overordnede og generelle formål ivaretas ved mindre inngripende tiltak enn ved å stille et slikt krav som her vurderes. Vi vil derfor ta utgangspunkt i at formålet som søkes ivaretatt ved å stille krav om å overta ansatte fra eksisterende leverandør, først og fremst er hensynet til denne konkrete gruppen ansatte.

Det er i denne sammenheng av betydning at et krav som hovedsakelig er ment å ivareta rettighetene til én konkret gruppe ansatte, skiller seg vesentlig fra krav som er ment å ivareta ansattes arbeidsforhold og rettigheter under kontraktsutførelsen på mer generelt og overordnet nivå. Som det fremgår i punkt 5.1.3 og som Wikborg Rein også påpeker i sitt notat, vil et krav om at ny leverandør skal overta ansatte fra eksisterende leverandør, i realiteten medføre at rettighetene til ansatte hos eksisterende leverandør ivaretas på bekostning av rettighetene til eventuelle ansatte hos ny leverandør. Under disse omstendighetene er det vanskelig å argumentere for at hensynet til denne ene gruppen ansatte i det hele tatt kan anses å være et legitimt formål.

Videre er det vår vurdering at kravet vil medføre en åpenbar risiko for at konkurransen begrenses, nettopp fordi en ny leverandør med eksisterende mannskap vil ha problemer med å innfri kravet som stilles i konkurransen og samtidig ivareta rettighetene til sine egne ansatte. Dette innebærer i praksis at potensielle leverandører med eksisterende mannskap i realiteten avskjæres fra å delta i konkurransen. Den direkte konsekvensen av et slikt krav vil dermed være at nye leverandører med og uten mannskap forskjellsbehandles.

Som redegjort for i punkt 5.1.3, vil et krav om å overta ansatte fra eksisterende leverandør utelukkende ha konsekvens for nye leverandører. I tillegg til at et slikt krav med stor sannsynlighet vil gjøre det mindre nærliggende for nye leverandører med eget mannskap å delta i konkurransen, medfører det også en reell konkurransefordel for eksisterende leverandør, som ikke vil risikere en overtallighet av ansatte med de rettslige konsekvensene det medfører. Vi kan videre ikke se at det på noe vis er mulig å utjevne denne konkurransefordelen, og kravet vil dermed etter vårt syn også være i strid med likebehandlingsprinsippet.

Selv om det legges til grunn at ønsket om å verne ansatte hos eksisterende leverandør er et aktverdig formål, vil et krav om at ny leverandør skal overta ansatte fra eksisterende leverandør, neppe anses som forholdsmessig i lys de konsekvenser det vil medføre for konkurransen og det inngrep et slikt krav vil være i leverandørenes rett til likebehandling, jf. anskaffelsesloven § 4. Det overordnede formålet om å verne om ansattes lønns- og arbeidsvilkår under kontraktsutførelsen vil dessuten være tilstrekkelig ivaretatt ved forskrift

om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.¹⁸ Vi er dermed enig i Wikborg Reins konklusjon om at det ikke vil være adgang etter anskaffelsesregelverket til å stille et slikt krav i konkurransen om ambulansébåttjeneste i Vest-Finnmark.

6.1.3 Krav om at ny leverandør "skal gi eksisterende ansatte en fortrinnsrett til ledig arbeid"

Som det fremgår av punkt 5.1.4 vil et krav om at ny leverandør skal gi eksisterende ansatte en fortrinnsrett til ledig arbeid, ikke nødvendigvis være problematisk med hensyn til ansattes rettigheter hos ny leverandør. Det er dermed ikke like betenkelig å benytte et slikt krav med det formål å ivareta interessene til denne konkrete gruppen ansatte ettersom et slikt formål ikke automatisk går på bekostning av en annen gruppe ansatte.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om kravet kan sies å ha en tilstrekkelig tilknytning til anskaffelsens formål som er å sikre døgnkontinuerlig drift av én ambulansébåt med tilhørende kompetent maritimt personell. Dette formålet kan ivaretas på en mindre inngripende måte ovenfor leverandørene, ved å stille krav til personellens kompetanse, erfaring og nødvendige godkjenninger. Det er videre vår forståelse at Finnmarkssykehuset også har vurdert at det finnes flere potensielle leverandører som tilfredsstillere disse kravene.

EUs førsteinstansdomstol har i sak T-437/05 (Brink Security) uttalt seg om oppdragsgivers adgang til å stille krav om at ny leverandør må overta ansatte fra eksisterende leverandør i tilfeller hvor dette ikke er en forutsetning for å sikre kvaliteten i tjenesten. Oppdragsgiver hadde i en kontrakt om vakttenester stilt krav om at ansatte måtte ha minimum ett års arbeidsfaring som sikkerhetsvakt. Retten tok konkret stilling til hvorvidt oppdragsgiver hadde plikt til å stille et strengere krav, nærmere bestemt et krav om virksomhetsoverdragelse. Retten fant at vilkårene for virksomhetsoverdragelse ikke var oppfylt. I forlengelsen konkluderte retten med at kravet til ett års erfaring var tilstrekkelig til å ivareta anskaffelsens formål og til å sikre en god tjeneste, og videre at et strengere krav ville begrense konkurransen uten at det kunne rettferdiggjøres av anskaffelsens formål eller kompleksiteten av de tjenester som skulle utføres.¹⁹ Retten uttalte deretter i dommens premiss 123 at:

"Da betingelserne for, at der kunne foreligge en overførsel av virksomhet, ikke var oppfylt (jf. præmis 89-97 ovenfor), påhvilede det ikke Kommissionen at foreskrive, at arbeidskontrakterne skulle overtages. Kommissionen har hverken beføjelse til at pålægge et selskab at overføre sine arbeidskontrakter eller til at pålægge selskabet at ansætte personer, det ikke har valgt." (vår utheving)

Selv om retten konkret tok stilling til om oppdragsgiver hadde *plikt* til å stille et strengere krav, trekker premissene i retning av at oppdragsgiver heller ikke har *rett* til å stille slike krav med mindre det følger av lovbestemte vilkår om virksomhetsoverdragelse eller er nødvendig og passende for å realisere anskaffelsens formål. Når det gjelder anskaffelsen av ambulansébåttjenester i Vest-Finnmark vil et krav om at ny leverandør skal gi eksisterende ansatte fortrinnsrett til ledig arbeid, etter det vi forstår, ikke *nødvendig* for å sikre leverandørenes gjennomføringsevne eller kvaliteten i tjenesten som skal anskaffes. Alene av denne grunn er det usikkert om et slikt kontraktskrav vil være lovlig i henhold til anskaffelsesforskriften § 19-1 (1) som fastsetter at "*kontraktsvilkårene skal ha tilknytning til leveransen*".

Det kan videre ikke utelukkes at et krav om å gi eksisterende ansatte fortrinnsrett til ledig arbeid vil ha en konkurransebegrensende effekt, da det pålegger leverandørene å ansette personer de ikke selv har valgt eller fått muligheten til vurdere, med de arbeidsrettslige plikter og den ukjente risiko det medfører. Videre vil et slikt krav få forskjellig utslag for leverandører som har eget personell og leverandører som ikke har det.

¹⁸ Jf. punkt 5 i Wikborg-notatet hvor det fremgår at finnes det landsdekkende tariffavtaler for båtambulansetjenester og de ansatte som vil medvirke kontraktsutførelsen vil derfor, som følge av forskriften, ha en stor grad av beskyttelse i tråd med tariffavtalene.

¹⁹ T-437/05, premiss 122.

På samme måte som i punkt 6.1.2, vil et slikt krav også innebære en konkurransefordel for eksisterende leverandør, ettersom eksisterende leverandør ikke blir pålagt den samme risiko som følger av å ansette personer som leverandøren ikke er gitt anledning til å vurdere. Konkurransefordelen som eksisterende leverandør oppnår ved at det stilles krav om å tilby eksisterende ansatte fortrinnsrett til ledig arbeid, vil riktignok være av en annen karakter, og mindre inngripende, enn et krav om å overta konkrete ansatte. Etter vårt syn vil konkurransefordelen likevel være av en slik art at det medfører et brudd på likebehandlingsprinsippet.

Basert på det ovenstående er det etter vår vurdering neppe adgang etter anskaffelsesregelverket til å stille et slikt krav i konkurransen om ambulansébåttjeneste i Vest-Finnmark. At byrden ved et slikt krav fremstår som relativt sett liten, er neppe nok til å rettferdiggjøre kravet. I lys av den risiko et slikt krav vil medføre for gjennomføring av anskaffelsen, herunder i form av klager fra forbigåtte og potensielle leverandører, er vår anbefaling derfor at det ikke stilles krav om at ny leverandør må gi eksisterende ansatte fortrinnsrett til ledig arbeid. Dette særlig ettersom både anskaffelsens formål, herunder nødvendig kompetanse for gjennomføring av tjenesten, samt ansattes lønns- og arbeidsvilkår kan ivaretas ved mindre inngripende kontraktskrav.