

Virksomhetsoverdragelse i ambulanseflyanskaffelsen – offentliggjøring av dokumenter

Vår ref: 2018/21

Deres ref:

Bodø 6. juni 2018

I arbeidet med ambulanseflyanskaffelsen fikk Luftambulansetjenesten HF muntlige signaler fra eksterne jurister **om at det var juridisk risiko knyttet til å kreve virksomhetsoverdragelse/ overføring av personell på like eller bedre betingelser**. Dette av to grunner. For det første at det ikke var mulig å si sikkert om virksomhetsoverdragelse ville utløses etter arbeidsmiljøloven kap. 16 før etter kontraktsinngåelse og faktisk kunnskap om hvordan ny operatør velger å løse oppdraget. For det andre var det usikkerhet knyttet til om hensynet til likebehandling og reell konkurranse ville bli godt nok ivaretatt dersom en likevel satte krav om virksomhetsoverdragelse eller overføring av personell på like eller bedre betingelser. Dette er viktig både i forhold til Lov om offentlige anskaffelser og EØS-retten.

Dette er en viktig ramme rundt to dokumenter det nå gis innsyn i.

Det første dokumentet, "Anbudskonkurranse for luftambulansetjenester - vurdering av reglene om virksomhetsoverdragelse" fra 26. november 2015, omhandler spørsmålet om **ambulanshelikopteranskaffelsen** skal anses som en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven. Konklusjonen her var at det ikke var mulig å fastslå dette sikkert før konkurransen var gjennomført. Denne utredningen ble også lagt til grunn for **ambulanseflyanskaffelsen** året etter.

I ettertid har Luftambulansetjenesten HF fått kraftig kritikk for at det ikke ble satt krav om nettopp virksomhetsoverdragelse/overføring av personell på like eller bedre betingelser. Det til tross for at det kun var Norsk Flygerforbund, LO og Legeforeningen som omtalte dette forholdet i sine høringsinnspill forut for anskaffelsen. Ingen av de konkurrerende selskapene, medregnet Lufttransport FW AS, og ingen helseforetak eller andre institusjoner, ga innspill om dette.

På bakgrunn av kritikken i ettertid innhentet Luftambulansetjenesten HF 14. mai 2018 en ny og uttømmende skriftlig vurdering av den juridiske risikoen, knyttet til virksomhetsoverdragelse/overføring av personell på like eller bedre betingelser. **Utredningen bekrefter tidligere muntlige vurderinger om at et slikt krav i konkurransen ville utsatt anskaffelsen for en ikke ubetydelig risiko**. Denne vurderingen finnes i vedlagte dokument 2: «Muligheten for å stille krav om virksomhets-overdragelse ved konkurranse om drift av ambulanseflytjenesten».

Luftambulansetjenesten HF har ikke intern juridisk rådgiver og er avhengig av å kunne innhente juridiske råd fra ekstern juridisk rådgiver for at vi skal kunne treffe gode og riktige beslutninger. Det er viktig å påpeke at det i denne anbudskonkurransen og for helikopteranskaffelsen ett år tidligere, var Luftambulansetjenesten HF og ikke eksterne jurister som gjorde de endelige vurderingene og fattet beslutningene.

Luftambulansetjenesten HF minner om at foretaket her har gjennomført en anskaffelse der tapende part hverken har klaget anskaffelsen inn for KOFA eller gått til retten for å stoppe kontraktsigneringen. Den er gjennomført etter de lover og regler for bruk av anbud i offentlige anskaffelser som Stortinget har vedtatt. Anbudet sørger for at den nye ambulansflytjenesten kommer til rett tid. Den kommer med økt kvalitet, økt kapasitet og med en mer robust vaktløsning. Tjenesten blir årlig 100 millioner dyrere enn i dag, men ville blitt langt dyrere uten reell konkurranse.

Med vennlig hilsen



Øyvind Juell

Administrerende direktør

NOTAT

Til: Helseforetakenes innkjøpsservice AS ("HINAS")
Fra: Wikborg, Rein & Co. Advokatfirma DA
Dato: 26. november 2015
Ansvarlig partner: John Ola Sørensen

Anbudskonkurranse for luftambulansetjenester - vurdering av reglene om virksomhetsoverdragelse

1 INNLEDNING OG OPPSUMMERING

HINAS skal lyse ut anbudskonkurranse for levering av luftambulansetjenester og har bedt Wikborg Rein bistå med en vurdering av hvorvidt endring av leverandør vil representere en arbeidsrettslig virksomhetsoverdragelse.

Oppsummeringsvis er det tre vilkår for at regelverket om virksomhetsoverdragelser i arbeidsmiljølovens kapittel 16 skal komme til anvendelse. Vår vurdering er at vilkåret om at det foreligger en selvstendig enhet, samt vilkåret om overdragelse må anses oppfylt. Den sentrale vurderingen blir derfor om den enhet som overføres bevarer sin identitet etter overdragelsen. Dette beror på en helt konkret vurdering, og er avhengig av det faktiske utfallet – herunder om ny tilbyder kjøper/leaser utstyr fra eksisterende tilbyder, samt hvorvidt ansatte fra eksisterende tilbyder overføres eller rekrutteres gjennom en ordinær prosess.

Vår konklusjon er at det her foreligger en betydelig risiko for at overdragelse av luftambulansetjenesten til ny tilbyder gjennom anbudskonkurranse innebærer en arbeidsrettslig virksomhetsoverdragelse dersom resultatet av prosessen er en viss overføring av transportutstyr og/eller ansettelse av et visst antall ansatte. Dersom resultatet blir at det ikke overtas noen ansatte og heller ikke noe transportutstyr vurderer vi det slik at det er liten risiko for at dette blir å anses som en arbeidsrettslig virksomhetsoverdragelse.

2 GENERELT OM VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE

Reglene om virksomhetsoverdragelse er inntatt i arbeidsmiljøloven kapittel 16, som bygger på EU direktiver.¹ Den innledende bestemmelsen i kapittel 16 lyder:

"§16-1 Hva kapitlet omfatter

(1) Dette kapittel kommer til anvendelse ved overdragelse fra en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen."

¹ Direktiv 2001/23/EF som avløste tidligere direktiver om virksomhetsoverdragelse (77/187/EF og 98/50/EF).

Av bestemmelsen og rettspraksis kan utledes at det oppstilles følgende tre grunnvilkår for at reglene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse:

- (1) Virksomheten må overføres til en annen innehaver som følge av en overdragelse.
- (2) Det som overføres må utgjøre en selvstendig enhet (krav til virksomhetens art).
- (3) Den nye innehaveren må videreføre den overførte virksomhetens aktivitet på en slik måte at den beholder sin identitet (identitetskravet).

Dette innebærer at vurderingen av om det foreligger en virksomhetsoverdragelse nødvendigvis må ta utgangspunkt i hva som faktisk blir overført.

3 OVERDRAGELSESVILKÅRET

Selv om begrepet *overdragelse* (vilkår 1) i første rekke henviser på overføringer av virksomhet i kraft av avtale (typisk kjøpekontrakt), er det sikker rett at reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse på mer enn overføringer som skjer i henhold til gjensidig bebyrdende avtaler. Basert på forarbeidene til arbeidsmiljøloven, direktivene om virksomhetsoverdragelse, norsk rettspraksis og EU- og EFTA-domstolen sin praksis vil det være forsvarlig å legge til grunn at alle overføringer som er en direkte eller indirekte følge av kontrakt, vil lett falle inn under begrepet *overføring som følge av overdragelse*.

Anbudssituasjoner og andre typer overføringer av en kontrakt fra en tjenesteleverandør til en annen er også omfattet.² Overføringen kan skje enten som en enkelt overdragelse eller i ulike etapper og ved inngåelse av flere avtaler.³

Det kan etter vår vurdering ikke være tvilsomt at overføring av luftambulansetjenesten ved tildeling etter anbudskonkurranse vil tilfredsstillende de krav som stilles til *overdragelse* etter arbeidsmiljøloven § 16-1 (1).

4 ENHETSVILKÅRET

Etter direktivet skal en *enhet* forstås som en "*samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, enten det dreier seg om hoved- eller bivirksomhet.*"⁴ Dette har av EU-domstolen blitt tolket slik at det som er gjenstand for overdragelsen må utgjøre en "*organisert helhet av personer og aktiva som gjør det mulig å utøve en økonomisk virksomhet med et selvstendig formål.*"⁵ Det oppstilles ikke et krav om at enheten skal være av en viss størrelse eller at den skal være organisert som en selvstendig rettslig enhet hos overdrager.⁶

² Bl.a. Rt. 2010 side 330 og C172/99 *Oy Liikenne*

³ Bl.a. Storeng/Beck/ Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, 2. utg. side 536

⁴ Direktiv 2001/23/EF punkt art. 1.1 bokstav b

⁵ C-51/00 *Temco*

⁶ Bl.a. Fougner/Holo, *Arbeidsmiljøloven – kommentarutgave*, 2006, side 886

Etter vår vurdering må det være klart at luftambulansetjenesten utgjør en organisert helhet hos dagens operatørselskap og at vilkåret om selvstendig enhet er oppfylt.

5 IDENTITETSVILKÅRET

5.1 Rettslige utgangspunkter

Ved bedømmelsen av om en virksomhet "bevarer sin identitet" etter overføringen (vilkår 3) må to kumulative vilkår være oppfylt. For det første må den nye innehaveren "*fortsette eller gjenoppta driften i form av samme eller tilsvarende aktiviteter*" som den tidligere innehaveren drev.⁷ Aktiviteten før og etter overdragelsen må altså være den samme eller tilsvarende. For det andre må en tilstrekkelig del av de elementer som karakteriserer den aktuelle virksomheten overføres.

Om aktiviteten er videreført og har bevart sin identitet vil etter EF-domstolens og Høyesteretts praksis bero på en konkret helhetsvurdering basert på alle de forhold som karakteriserer den aktuelle transaksjonen. I den forbindelse kan følgende momenter utledes fra rettspraksis:

- Om tjenestenes art fullt ut er den samme.
- Om virksomheten fortsetter i de samme lokaler og med bruk av den samme infrastrukturer som tidligere har vært benyttet.
- Om ny arbeidsgiver overtar utstyr eller annet fysisk aktiva fra tidligere operatør.
- Om ny arbeidsgiver overtar ansatte fra tidligere operatør.
- Om det er den samme kundekrets som blir betjent etter at ny arbeidsgiver har startet sin virksomhet.
- I hvor stor grad de økonomiske aktiviteter før og etter overdragelsen er de samme

Det som vanskeliggjør vurderingen er at momentlisten ikke er uttømmende, og at vektingen av de ulike momentene vil være avhengig av hvilke type virksomhet det er tale om.

Etter rettspraksis og teori kan utledes at det sentrale for identitetsvurderingen vil være hvorvidt en tilstrekkelig del av de innsatsfaktorer som kjennetegner virksomheten, overføres til den nye innehaveren. Litt forenklet kan dette oppsummeres slik at det avgjørende for identitetsvurderingen ved rene tjenesteytende virksomheter vil være overføring av arbeidskraften, og for rene produksjonsvirksomheter, selve produksjonsmidlene. Ved virksomheter som kjennetegnes ved både arbeidskraften og produksjonsmidlene, vil det avgjørende være hvorvidt en tilstrekkelig del av begge disse elementene overføres til den nye innehaveren.

5.2 Konkret vurdering av hvorvidt luftambulansetjenesten bevarer sin identitet etter overføringen

Det er på det rene at den nye tilbyderen skal "*fortsette eller gjenoppta driften i form av samme eller tilsvarende aktiviteter*" som den tidligere innehaveren drev. Driften for ny leverandør vil være tilnærmet lik den driften som er i dag, selv om det er stilt strengere krav til bemanning og foretatt enkelte andre endringer. Sluttbrukerne av den tjenesten som skal leveres vil også være de samme. Tjenestene skal fortsatt utføres fra den samme basen, basefasilitene vil være de samme og ny

⁷ C-24/85 *Spjikers*, C-29/91 *Redmond Stichting*, Rt. 1997 side 1954

leverandør vil benytte de samme landingsplassene. Infrastrukturen er den samme og det inventar som HINAS eier i forbindelse med basebygg benyttes også av ny tilbyder.

Den sentrale spørsmålet er her om en tilstrekkelig del av de elementer som karakteriserer den aktuelle virksomheten overføres til at virksomheten kan sies å bevare sin identitet etter overdragelsen.

Luftambulansetjenesten er en type virksomhet som i stor grad karakteriseres av det fysiske utstyret som benyttes for å utføre tjenesten. Virksomheten er selvsagt avhengig av tunge innsatsfaktorer helikoptre, legebiler, hangarutstyr mv. Etter det vi har fått opplyst skal det i utgangspunktet ikke overføres noe slikt utstyr til ny leverandør. Det kan imidlertid ende med at en tilbyder inngår avtale om å kjøpe eller lease en annen operatørs helikoptre, selv om dette ikke er forutsatt eller ønsket fra HINAS side.

Luftambulansetjenesten er også avhengig av kvalifisert og trent personell. I utgangspunktet skal ingen arbeidstakere overføres. Vi bemerker imidlertid at det ikke er avgjørende for om reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse om de ansatte overføres som ledd i anbudsprosessen. Også dersom det gjennom en ordinær ansettelsesprosess med utlysning av stilling, intervjuer og tilbud om ansettelse ansattes arbeidstakere som var ansatt hos den tidligere leverandør, vil dette anses som en overføring av arbeidstakere. Vi vil også bemerke at det er snakk om en arbeidsplass på et lite sted, og at de relevante stillingene krever spesialisert fagpersonell. Det er derfor sannsynlig at det kan være de samme arbeidstakerne som ansettes når ny tilbyder skal bemanne basen.

Den endelige vurderingen av om det rettslig sett foreligger en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand foretas i etterkant av prosessen og vil avhenge av alle potensielle utfall. Det er således ikke mulig å gi noen endelig konklusjon på nåværende tidspunkt. Vi vil for det første bemerke at hvorvidt helikoptre og annet utstyr overtas av ny leverandør gjennom salg eller leasingavtaler kan få avgjørende betydning for utfallet av den vurdering av identitet som må foretas. Videre vil det spille inn om, og eventuelt hvor mange, ansatte overføres, direkte eller gjennom nyansettelser, fra forrige leverandør.

Forutsatt at begge disse eventualiteter slår til – overføring av transportutstyr og et visst antall ansatte – er det vår vurdering at det etter all sannsynlighet vil foreligge en virksomhetsoverdragelse.

Dersom resultatet blir at det ikke overtas noen ansatte og heller ikke noe transportutstyr vurderer vi det slik at det er liten risiko for at dette blir å anses som en arbeidsrettslig virksomhetsoverdragelse.

NOTAT

Til: Sykehusinnkjøp HF
Fra: Advokatfirmaet Wikborg Rein AS
Dato: 14. mai 2018
Ansvarlig advokat: Simen Lium

MULIGHETEN FOR Å STILLE KRAV OM VIRKSOMHETS- OVERDRAGELSE VED KONKURRANSE OM DRIFT AV AMBULANSEFLYTJENESTEN

1 INNLEDNING OG BAKGRUNN

1.1 Problemstilling

Det har de siste ukene vært stor oppmerksomhet om bemanningssituasjonen som er oppstått i ambulanseflytjenesten, som er satt i sammenheng med at tjenesten fra sommeren 2019 skal overtas av det svenske selskapet Babcock Scandinavian AirAmbulance AB ("Babcock").

I dag utføres tjenesten av det norske selskapet Lufttransport AS ("Lufttransport"). Luftambulansetjenesten HF ("Luftambulansetjenesten") kunngjorde konkurranse med forhandling høsten 2016. Babcock ble sommeren 2017 tildelt kontrakt for perioden 1. juli 2019 til 30. juni 2025, med mulig forlengelse i 2+3 år. Konkurranses grunnlaget oppstilte ikke krav om at overgang til ny operatør skulle overføres som virksomhetsoverdragelse. Babcock må dermed komme til enighet med de eksisterende ansatte om eventuell videre ansettelse, herunder på hvilke lønns- og arbeidsvilkår. Selskapet har forhandlet med pilotene i Lufttransport, representert ved deres pilotforening, men etter hva vi kjenner til foreløpig ikke lykkes i å komme til enighet. Som følge av denne usikkerheten har en rekke ansatte i Lufttransport AS i den senere tiden sluttet. Det har også vært problemer med beredskapen levert fra Lufttransport på grunn av sykemeldinger og hvor piloter har meldt seg "not fit for flight". Det har fra flere hold vært hevdet at situasjonen kunne vært unngått dersom Luftambulansetjenesten hadde stilt krav om virksomhetsoverdragelse ved eventuelt bytte av operatør.

Vi er på denne bakgrunnen bedt om å vurdere om Luftambulansetjenesten lovlig kunne stilt krav om virksomhetsoverdragelse i konkurransen.

1.2 Nærmere om konkurransen og bakgrunnen

Anskaffelsen gjaldt konkurransegrunnlaget punkt 1.3: *"en komplett operasjon av aktuelle luftambulansebaser for fly, inkludert anskaffelse og drift av ambulansefly, bemanning, vedlikehold,*

beredskap, utstyr, trening, etc.". Tildelingskriteriene var pris, med en vekt på 40 %, og kvalitet med en vekt på 60 %. Underkriterier under "kvalitet" omfatter krav til luftfartøy, godkjenninger og flykoordinering; krav til fremdrift; krav til medisinsk innredning; krav til kvalitet og kompetanse; og krav til beredskap. Både organisering, luftfartøy og bemanning var derfor konkurranseparametere som tilbyderne konkurrerte på. Det skulle tilbys luftfartøy i to kategorier: Tomotors turbopropellfly og tomotors jetfly, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.3.6. Sistnevnte kategori er etter det vi forstår ny i forhold til dagens kontrakt med Lufttransport AS. Dagens basestruktur skulle beholdes.

Konkurransegrunnlaget åpnet for parallelle tilbud, dvs. at tilbyder kunne inngi flere tilbud med ulike flytyper i konkurransen, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.8. Det ble videre stilt krav om at tilbyder skulle "prise inn og beskrive to ulike løsninger for reservekapasitet" i konkurransen, jf. punkt 3.10.

Konkurransegrunnlaget la følgelig opp til at det i noen utstrekning var opp til tilbyder å utforme løsninger og at tilbyder skulle velge materiell. Det ble ansett som usikkert på tidspunktet for kunngjøringen om det ville foreligge en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand. Spørsmålet er omtalt som følger i konkurransegrunnlaget punkt 3.5:

"Overføringene av oppgavene fra eksisterende operatør til ny operatør vil kunne utgjøre en virksomhetsoverdragelse i henhold til arbeidsmiljøloven, og vil kunne medføre at leverandøren ved kontraktstildelingen blir bundet av de rettigheter og plikter som følger av arbeidsmiljølovens kapittel 16 Arbeidstakers rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. I så fall vil leverandøren være ansvarlig for etterlevelse av disse reglene."

Det innkom fire tilbud i konkurransen, to fra Lufttransport og to fra Babcock. Babcock hadde det beste tilbudet og ble tildelt kontrakt. Tilbudet har ikke vært vurdert å innebære en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand. Det har derfor i stedet vært ført forhandlinger med eksisterende personell og deres fagforeninger om lønns- og arbeidsvilkår i det nye selskapet.

Som nevnt er problemstillingen i det følgende om Luftambulansen ANS, i stedet for å overlate spørsmålet om reglene om virksomhetsoverdragelse ville komme til anvendelse til en vurdering av vilkårene etter arbeidsmiljøloven slik situasjonen faktisk ville bli for den tilbyderen som vant konkurransen, kunne stilt *krav* om at disse reglene skulle legges til grunn.

2 HOVEDKONKLUSJONER

Ved en virksomhetsoverdragelse er utgangspunktet at samtlige rettigheter og plikter som følge av arbeidsavtale eller arbeidsforhold overføres til nye arbeidsgiver. Unntak fra dette gjelder tariffavtaler som ny arbeidsgiver kan reservere seg mot at skal overføres. Ny arbeidsgiver kan også velge å overføre de ansatte til sin allerede eksisterende pensjonsordning istedenfor å beholde de ansattes tidligere pensjonsordning.

Det er ikke gitt at oppdragsgiver kunne ha organisert anskaffelsen slik at kontrakten ville innebære en virksomhetsoverdragelse slik definert i arbeidsmiljøloven. Problemstillingen er dermed om man kunne krevet dette selv om vilkårene i arbeidsmiljøloven ikke er oppfylt.

Et krav om virksomhetsoverdragelse ville virke EØS-rettslige begrensende. Det var en norsk og to svenske tilbydere som søkte om å delta i konkurransen. Man fikk tilbud fra den eksisterende norske

operatøren og det svenske selskapet Babcock. Fordi det utgjør en begrensning er spørsmålet om et krav om virksomhetsoverdragelse kunne rettferdiggjøres. Anskaffelsesdirektivet åpner for å stille sosiale krav, men henviser til EØS-retten for øvrig om hvilke type krav som kan stilles. Innenfor yrkestransport er det særskilt inntatt i kollektivtransportforordningen at det kan stilles krav om virksomhetsoverdragelse gitt visse forutsetninger. Det er ikke klart hvordan disse forutsetningene skal forstås, og vi er usikre på hvor langt man kan strekke anvendelsen utenfor kollektivtransportforordningen. Direktivet om utstasjonerte arbeidstakere setter i utgangspunktet et tak for hvilke krav som skal stilles til lønns- og arbeidsvilkår. Dette er lagt til grunn for forståelsen av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige anskaffelser.

Praksis fra EU-domstolen gjelder beskyttelse mot "sosial dumping". Denne praksisen gir ikke et klart svar på om det ville vært anledning til å stille et krav om virksomhetsoverdragelse for arbeidstagere hvor det var en reell fare for sosial dumping. Da pilotene er en høyinntektsgruppe er vi usikre på hvor langt man kan strekke dette vernet for dem.

Mens det ikke er uklart om det er adgang til å kreve virksomhetsoverdragelse for arbeid som må utføres fra Norge, så er EU-domstolen klart negativ til adgangen til å eksportere krav om norsk lønnsnivå for tjenester som kan utføres i utlandet. Etter hva vi forstår bemannes flyambulansebasene i en turnus-struktur, som gjør at de ansatte ikke nødvendigvis bor ved basen hvor de jobber. Dersom basene kan bemannes med eksempelvis svenske flygere vil det være vanskeligere å kreve virksomhetsoverdragelse med norske vilkår. Dette vil være ytterligere krevende for mekanikere som skulle utføre tungt vedlikehold da dette er en tjeneste som kan utføres i hele EØS-området, og hvor vi forstår at ny operatør planlegger å gjennomføre dette i Sverige.

Etter vår vurdering ville det innebåret en ikke ubetydelig risiko for rettslig utfordring dersom det var stilt krav om virksomhetsoverdragelse. Det forutsetter at potensielle tilbydere ville velge å rettslig utfordre et slikt krav fremfor å bare avstå for å delta i konkurransen. Gitt behovet for å sikre kontraktsinngåelse 2 år før kontraktsoppstart ville en slik usikkerhet ikke vært ønskelig.

3 RETTSLIGE RAMMER OG PRESISERING AV PROBLEMSTILLINGEN

3.1 Virksomhetsoverdragelse – definisjon og virkninger

Arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse følger av arbeidsmiljøloven av 2005 ("aml") kapittel 16. Virksomhetsoverdragelse beskrives i aml § 16-1 første ledd slik:

"Dette kapittel kommer til anvendelse ved overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen."

Det gjelder tre vilkår – som kalles enhets-, overdragelses- og identitetsvilkåret – som alle må være oppfylt for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. I Høyesterett og EU-domstolens praksis er de tre vilkårene satt opp slik (jf Rt-2015-718 (Kirkens Bymisjon) avsnitt 61):

"For det første må overføringen gjelde en selvstendig økonomisk enhet."

For det andre kreves at virksomheten er overført til ny innehaver på grunnlag av kontrakt eller ved sammenslåing av virksomheter.

For det tredje er det et vilkår at den videreførte virksomheten i det vesentlige er den samme som før overføringen, slik at dens identitet er bevart."

Konsekvensen av å defineres under virksomhetsoverdragelsesreglene etter aml er at de ansatte har rett til å bli med over til ny arbeidsgiver. Formålet med reglene om virksomhetsoverdragelse er «å sikre at arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår» opprettholdes «når virksomheten skifter innehaver (arbeidsgiver)», jf forarbeidene til loven. Utgangspunktet er derfor at samtlige rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overdragelsen finner sted, overføres til den nye arbeidsgiveren.

Unntak fra dette gjelder tariffavtaler, som ny arbeidsgiver kan reservere seg mot at skal overføres. Unntak gjelder også kollektive pensjonsordninger, der ny arbeidsgiver kan velge å overføre de ansatte til allerede eksisterende pensjonsordninger.

Det er følgelig ikke sikkert at de ansatte ville fått over sine rettigheter etter tariffavtale eller kollektive pensjonsordning, selv om situasjonen hadde vært slik at det forelå en virksomhetsoverdragelse.

3.2 Kunne kontrakten vært definert som en virksomhetsoverdragelse ved å kreve at personell skulle overtas?

Det må være nokså opplagt at en oppdragsgiver verken har noen plikt til eller kan forventes å organisere kontrakten på en måte som ellers er uhensiktsmessig i den hensikt å komme inn under reglene om virksomhetsoverdragelse. Vi oppfatter imidlertid enkelt uttalelser som har kommet i løpet av den offentlige debatten om spørsmålet slik at man burde stilt krav om at personalet av hensyn til driftssikkerheten skulle følge med, med den konsekvens at reglene om virksomhetsoverdragelse ville ha kommet til anvendelse. Vi skal derfor kort kommentere om det ville vært tilstrekkelig å kreve at personell skulle overtas, for å definere overføringen til å oppfylle vilkårene til virksomhetsoverdragelse etter aml.

For det første stiller overføringsvilkåret krav om at virksomheten er overført til ny innehaver på grunnlag av kontrakt eller ved sammenslåing av virksomheter. Det er ikke noe vilkår at det foreligger noe direkte kontraktsforhold mellom Lufttransport (tidligere virksomhetsinnehaver) og ny virksomhetsinnehaver.

Overføringsvilkåret ville vært oppfylt som følge av anbudskonkurransen og dersom virksomheten blir overført til en ny tilbyder. (Hvorvidt man kom til å ende opp med en ny tilbyder var for øvrig også uklart på tidspunktet da anbudskonkurransen ble igangsatt.)

For at enhetsvilkåret skal være oppfylt må overførselen gjelde en selvstendig økonomisk enhet. Virksomhetsoverdragelsesreglene kommer ikke til anvendelse ved overføringer av enkeltaktiva i en virksomhet.

Etter praksis er det imidlertid sannsynlig at overføring av luftambulansetjenesten, inkludert personell, ville være å betrakte som en tilstrekkelig selvstendig økonomisk enhet, selv uten overføring av flyene. Vilkåret kunne også vært oppfylt for enkelte lokasjoner av tjenesten. I så fall vil det kunne anføres at

det er snakk om flere virksomhetsoverdragelser. Slik saken ligger an, kan vi ikke se at den nærmere avgrensning av den eller de selvstendige enhet(er) får noen avgjørende betydning for de spørsmål som behandles i dette notatet, og vi går derfor ikke nærmere inn på dette i denne omgang.

For det tredje må den virksomheten som blir videreført av den nye virksomhetsinnehaver, i det vesentlige være den samme som ble drevet av den tidligere innehaver, jf Rt-2006-71 ("SAS-Braathens-dommen"). Dette er blitt uttrykt på den måte at virksomheten må ha bevart sin identitet etter overføringen. Dette vilkåret er trolig det avgjørende og samtidig det mest uklare vilkåret i denne overdragelsesvurderingen.

Vi mener spørsmålet om virksomhetens identitet er i behold etter overføring av luftambulansetjenestene, må « ... avgjøres ut fra en samlet bedømmelse av alle de faktorer som etter EF-domstolens praksis er relevante», jf SAS-Braathens-dommen, siden virksomheten ikke karakteriseres av én bestemt innsatsfaktor. Det vil altså bero på en helhetsvurdering av virksomheten før (i dag), og etter at overføringen finner sted. I aktuell rettspraksis (fra EU-domstolen¹ og vist til i norsk Høyesterett, herunder SAS-Braathens-dommen) beskrives vurderingen slik:

"Ved afgørelsen af, om dette må anses for tilfældet, må der tages hensyn til samtlige omstændigheder omkring afhændelsen, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overtagelse af de fysiske aktiver som for eksempel bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overdragelsen, hvorvidt den nye indehaver overtager størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overtages samt i hvor høj grad de økonomiske aktiviteter før og efter overdragelsen er de samme, og hvor længe virksomhedens drift eventuelt har været indstillet. Det bemærkes dog i denne forbindelse, at alle disse omstændigheder kun kan indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og at de derfor ikke kan vurderes isoleret."

Her er det for det første på det rene at flyene (materiell) ikke skulle overføres, men presenteres som en del av det nye tilbudet. Tilbud på leveransen skulle i tillegg til fly av samme typen som opererer i dag, omfatte et jetfly. Jetflyet var nytt i forhold til dagens tjeneste. Dette innebærer videre (etter det vi har fått opplyst så langt) at minimum 12 piloter vil trenge annen kompetanse enn i dag, herunder ny sertifisering. Dette krever enten nye piloter eller omskolering av de som flyr i dag. Antakelig påvirker dette også behovet for vedlikehold. Av informasjon vi har fått så langt, samt oppslag i media, dreier det seg likevel om et totalt antall piloter på 80-90 (selv om vi forstår tallet varierer noe i de fremlagte tilbudene). I rettspraksis og blant annet SAS-Braathens-dommen legges vekt på om en "ikke ubetydelig del" av arbeidsstokken videreføres. Hvis man i denne vurderingen isolerer innsatsfaktoren de ansatte og kompetansen det er behov for å videreføre, tilsier det opp mot rettspraksis at en "ikke-ubetydelig del" av arbeidsstokken og kompetanse videreføres. Sistnevnte vil kunne være et tungt moment i retning av at identitetsvilkåret er oppfylt (og det foreligger en virksomhetsoverdragelse).

Selv om de ansatte skulle blitt overført og tjenesteleveransen fremstår som forholdsvis likeartet forøvrig, har vi fått inntrykk av at driften i tillegg kan organiseres og struktureres ulikt med tanke på bruk av personell og materiell. Mulige endringer kan her blant annet knytte seg til organisering omkring bruk av antall fly og type fly, bruk av baselokasjoner, arbeidstidsordninger, behovet for antall piloter, beredskapsstruktur, reservekapasitet m v. Her kan tenkes flere løsninger rundt tjenesten, hvor blant annet noen av disse forskjellene fremkommer i tilbudene fra de to faktiske tilbyderne til denne

¹ Jf. EF-domstolens dom av 18. mars 1986 i saken Jozef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abattoir CV og Alfred Bendik en Zonen BV (61985J0024).

anbudskonkurransen. Dette taler for at det er uklart om identitetsvilkåret ville blitt oppfylt i alle tilfeller (selv ved en forutsetning om overføring av personell). Her hefter imidlertid en viss usikkerhet omkring hvor store variasjoner dette kunne eller ville ført til i praksis, og det er ikke helt klart om dette i praksis ville nådd opp til å ikke innebære "i det vesentlige en videreføring" av tidligere virksomhet, jf SAS-Braathens-dommen.

Man kan likevel totalt sett, slik vi forstår det, se for seg ulike løsninger i den nye leveransen i forhold til dagens løsning, som følge av ovennevnte. Tjenestens art er ikke nødvendigvis fullt ut den samme, avhengig av det konkrete tilbudet fra ny leverandør. Dette taler for at det på tidspunktet for anbudskonkurranse ikke var sikkert om identitetsvilkåret ville vært oppfylt selv ved en forutsetning om videreføring av personell.

Basert på den informasjonen vi har så langt, er det følgelig usikkert om det i alle tilfeller ville skjedd en virksomhetsoverdragelse i arbeidsrettslig forstand, dersom konkurransen hadde forutsatt overføring av personell.

Spørsmålet blir i forlengelsen av dette om man likevel kunne stilt krav om at reglene om virksomhetsoverdragelse skulle følges, selv om overføring av kontrakten til ny operatør ikke hadde falt inn under definisjonen av en virksomhetsoverdragelse i aml kapittel 16.

3.3 Eventuelt krav om anvendelse av reglene om virksomhetsoverdragelse utenfor anvendelsesområdet - anskaffelsesrettslige og EØS-rettslige rammer

Spørsmålet om adgang til å stille krav om at reglene om virksomhetsoverdragelse skulle følges, også dersom overføringen ikke utgjør en virksomhetsoverdragelse i forstand av arbeidsmiljøloven § 16-1(1), må vurderes i lys av generelle anskaffelsesrettslige og EØS-rettslige prinsipper. EØS-avtalens grunnleggende regler om fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital kan komme til anvendelse på kontraktsvilkår o.l. i en offentlig anskaffelse, selv om staten her opptrer som kontraktspart og ikke utøver offentlig myndighet.² Det er også et spørsmål om et slikt krav kan være unødvendig konkurransebegrensende i strid med grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper.

4 ANSKAFFELSESRETTLIGE GRUNNPRINSIPPER

Anskaffelsesloven § 4 (§ 5 på det tidspunktet konkurransen gjaldt) slår fast at anskaffelser skal gjennomføres i samsvar med grunnleggende prinsipper om bl.a. konkurranse. Vi oppfatter at et krav om virksomhetsoverdragelse i denne saken kunne ha dempet interessen for kontrakten fra andre tilbydere.

EUs førsteinstansdomstols sak T-437/05 *Brink Security* gjaldt en kontrakt om vaktjenester for EU-kommisjonen i Luxembourg. Saksøker, som var eksisterende leverandør av tjenesten, men hadde tapt kontrakten i anbudskonkurranse, anførte at "[A]lthough the successful tenderer was not required to take over all the employment contracts of the applicant's employees who had been assigned to the contract at issue, with their rights safeguarded, the Commission ought to have made that compulsory in order to avoid breach of the principle of equal treatment" (avsnitt 107). Det hadde Kommisjonen

² Se eksempelvis C-234/03 *Contse*

ikke gjort, i stedet var det stilt krav om at ansatte skulle ha minimum 1 års arbeidserfaring. Førsteinstansretten vurderte først om leverandørbyttet utgjorde en virksomhetsoverdragelse, og fant at det ikke var tilfellet. Ved vurderingen av om kravet om ett års arbeidserfaring var egnet til å ivareta kravet til likebehandling, uttalte retten:

"122 In any case, the Commission would – as it states – have contributed to reducing the number of potential tenderers by requiring more than one year's work experience, and, in that way, would have restricted the development of effective competition, without that appearing justified by the needs of the task. Such a condition would have been an unjustified obstacle to competitive tendering within the meaning of Article 131 of the Implementing Rules.

123 It should also be noted that Directive 2001/23, transposed into Luxembourg law by the Law of 19 December 2003, has a specific scope. It was not for the Commission, since the conditions for a transfer of an undertaking were not met (see paragraphs 89 to 97 above), to require employment contracts to be taken over. The Commission has no power to compel a company to transfer its employment contracts or even to recruit persons whom it has not chosen." [våre understrekninger]

Selv om spørsmålet her var om Kommisjonen hadde *plikt* til å stille et strengere krav, dvs. et krav om virksomhetsoverdragelse, kan uttalelsene i de siterte avsnittene tyde på at retten anså at det heller ikke ville vært *adgang* til å stille et slikt krav, fordi det ville vært unødvendig konkurransebegrensende. Uttalelsene kan tyde på at det å utvide virkeområdet for reglene om virksomhetsoverdragelse, i hvert fall om det skjer innenfor rammen av en anskaffelse, vil kunne komme i konflikt med det grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippet om konkurranse, jf. anskaffelsesloven § 4 (§ 5 på det tidspunktet konkurransen ble kunngjort).

Det er riktignok relativt sjelden at et kontraktskrav i en anskaffelse overprøves alene av den grunn at det er konkurransebegrensende. Det ligger i utgangspunktet innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å definere ytelsen. *Brink Security* gir likevel uttrykk for at dette vil kunne være problematisk.

Man står her også overfor et krav som har en side mot grunnleggende EØS-rettslige krav til fri bevegelse innad i EØS. I *Brink Security* vurderte ikke Førsteinstansretten forholdet til de grunnleggende EØS-rettslige prinsippene, noe som kan ha sammenheng med at oppdragsgiver her var Kommisjonen, ikke en medlemsstat. I denne saken kan kravet til konkurranse imidlertid ikke vurderes isolert, men må ses i sammenheng med de grunnleggende EØS-rettslige kravene om ikke-diskriminering og fravær av restriksjoner på grensekryssende etablering og tjenesteyting.

5 ETABLERINGSFRIHETEN OG TJENESTEFRIHETEN

I prinsippet kan både EØS-avtalen artikkel 31, som gjelder retten til etablering av virksomhet i andre medlemsstater, og artikkel 36, som gjelder fri bevegelse av tjenester, være aktuelle bestemmelser i dette tilfellet.

EØS-avtalen artikkel 31 om etableringsretten rammer restriksjoner på *adgangen* til det nasjonale markedet. Når et utenlandsk foretak først er etablert i et annet EØS-land, gir etableringsretten imidlertid bare krav på samme behandling som nasjonale foretak. Et foretak skal følgelig ikke

diskrimineres mht. generelle driftsvilkår o.l. som følge av for eksempel utenlandsk eierskap. Etableringsretten er derfor ikke til hinder for generell regulering av næringsvirksomhet som ikke hindrer adgangen til å etablere seg i landet og rammer alle aktører etablert i landet på samme måte. Det skal derfor en del til at kontraktsvilkår, spesifikasjoner eller andre bestemmelser i en anbudskonkurranse rammes av reglene om etableringsrett.³

Et krav om at overføring til eventuell ny operatør skal skje etter reglene for virksomhetsoverdragelse, vil i prinsippet ramme alle tilbydere – både utenlandske og norske – på samme måte. Det er følgelig ikke tale om en diskriminerende bestemmelse. Bestemmelsen vil også neppe bli ansett for å hindre *adgangen* til det norske markedet. Som eksempel nevnes sak C-234/03 *Contse*, der et vilkår om å være etablert i den provinsen hvor tjenesten skulle prestes på tidspunktet for inngivelse av tilbud, ikke ble ansett å være en restriksjon på etableringsfriheten.

EØS-avtalen artikkel 36 om retten til å yte tjenester har et noe annet nedslagsfelt. Vilkårene for utføring av en tjeneste, som for eksempel å tilby eksisterende personell jobb på vilkår tilsvarende det de har i eksisterende arbeidskontrakter, kan gjøre det mindre attraktivt for utenlandske tilbydere å tilby tjenesten, enten ved at sender sine ansatte til Norge for å utføre tjenesten, eller ved at tjenesten (helt eller delvis) utføres fra hjemlandet. I dette tilfellet kan det siste illustreres ved at Babcock bl.a. planlegger å utføre en del av tekniske vedlikeholdet på flyene i Sverige. I ovennevnte sak *Contse* ble de nevnte bestemmelsene om forutgående etablering derfor ansett som en restriksjon på tjenestefriheten, selv om de ikke ble rammet av etableringsfriheten, fordi forutgående etablering ville være økonomisk byrdefullt for en utenlandsk aktør som ikke hadde noen sikkerhet for å få kontrakten og som derfor ville måtte ta store risiko ved å foreta nødvendige investeringer allerede på tilbuds-tidspunktet.

Grensen mellom etablering og tjenesteytelse er avhenger i prinsippet av om det er tale om en midlertidig eller permanent tjenesteyting i vertsstaten. Dersom det etableres en filial, et datterselskap el.l. i vertsstaten, er det i utgangspunktet en presumsjon for at det dreier seg om etablering.⁴ Det kan derfor spørres om tjenestefriheten er aktuell i dette tilfellet, fordi kontrakten er langvarig og det i praksis trolig er mindre aktuelt å oppfylle den uten å etablere et norsk selskap eller i det minste en filial (Babcock vil oppfylle kontrakten ved å etablere norsk datterselskap). Vi kan imidlertid ikke se at denne tilnærmingen er riktig. For det første er kontrakten tidsavgrenset selv om den er langvarig, og derfor i prinsippet et midlertidig forhold. For det andre vil i hvert fall deler av tjenesten kunne ytes fra utlandet, slik Babcock bl.a. har lagt til grunn for deler av vedlikeholdet.

EU-domstolen har tolket tjenestefriheten ganske vidt i slike sammenhenger. Når det gjelder krav som stilles i en anbudskonkurranse, vet man ikke på forhånd hvem som vil inngi tilbud eller hvordan de vil innrette virksomheten. Et krav om etablering eller krav som grensekryssende tjenestevirksomhet mindre attraktiv, vil rammes av restriksjonsforbudet. Et krav om å tilby alle eksisterende ansatte fortsatt jobb i selskapet på tidligere vilkår innebærer for det første en regulering av hvem som blir ansatt, men også en i hvert fall potensiell økonomisk byrde for ny tilbyder, fordi eksisterende arbeidsavtaler ligger på et nivå som er høyere enn det som ellers ville vært påkrevd, særlig mht. lønn. EU-domstolen har fastslått at slik krav om et bestemt lønnsnivå er en restriksjon på tjenestefriheten, så lenge kontrakten har en "cross-border interest", også dersom den tilbyderen som klager selv er etablert i vertsstaten. Dette vises bl.a. i C-115/14 *RegioPost*, der domstolen uttalte:

³ Det var derimot en restriksjon på tjenestefriheten.

⁴ Se *Sejersted m.fl.* EØS-rett, 3. utg., s. 393.

"51 Thus, the value of the contract at issue in the main proceedings clearly exceeding the relevant threshold for the application of Directive 2004/18, that contract must be regarded as having a certain cross-border interest. It is, therefore, by no means inconceivable that undertakings established in Member States other than the Federal Republic of Germany were interested in participating in that contract following the publication of the contract notice, even though they decided ultimately not to participate for reasons of their own, but which might have included — for some of those undertakings established in Member States in which the cost of living and the minimum rate of pay in force are significantly lower than those prevailing in Land of Rhineland-Palatinate — the obligation expressly laid down to comply with the minimum wage imposed in that Land.

[...]

69 In this regard, according to the case-law of the Court, the imposition, under national legislation, of a minimum wage on tenderers and their subcontractors, if any, established in a Member State other than that of the contracting authority and in which minimum rates of pay are lower constitutes an additional economic burden that may prohibit, impede or render less attractive the provision of their services in the host Member State. Consequently, a measure such as that at issue in the main proceedings is capable of constituting a restriction within the meaning of Article 56 TFEU (see to that effect, inter alia, judgment in Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, paragraph 30)."

RegioPost-saken gjaldt en lovbestemt minstelønn for offentlige kontrakter. Et krav om at reglene om virksomhetsoverdragelse skulle følges ville imidlertid langt på vei hatt samme virkning, i og med at ny operatør vil være bundet av og vil derfor på samme måte utgjøre en *restriksjon* på tjenestefriheten.

6 KAN ET KRAV OM VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE RETTTFERDIGJØRES?

6.1 Utgangspunkt og betydningen av særlige rettsakter og bestemmelser

Som generelt utgangspunkt må det vurderes om et krav om å følge reglene om virksomhetsoverdragelse forfølger et allment hensyn, om det er egnet til å ivareta dette hensynet, at det ikke er mer tyngende enn nødvendig for å nå dette målet og at det er forholdsmessig.

I dette tilfellet må imidlertid disse vurderingene gjøres i lys av en rekke særlige bestemmelser og rettsakter i EU-retten som regulerer adgangen til å stille sosiale krav, utsendte arbeidstakeres situasjon, samt reglene om virksomhetsoverdragelse i seg selv.

6.2 Er muligheten til å stille krav om virksomhetsoverdragelse ved overgang til ny leverandør særregulert i EU-retten?

6.2.1 FOA2006 § 3-11(2) – Direktiv 2004/18/EF artikkel 26

Et krav om å følge reglene om virksomhetsoverdragelse ivaretar arbeidstakernes interesser og dermed sosiale hensyn. Adgangen til å stille sosiale krav er omhandlet i anskaffelsesforskriften av 2006 (FOA2006), som gjaldt for konkurransen, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.1.

"§ 3-11 [...] (2) Oppdragsgiver kan fastsette særlige vilkår for gjennomføringen av en kontrakt, forutsatt at disse er forenlige med EØS-avtalen og er angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Vilkår for gjennomføring av en kontrakt kan omhandle sosiale hensyn og miljøhensyn."

Bestemmelsen bygger på artikkel 26 i direktiv 2004/18/EF.⁵ Anskaffelsesregelverket og det underliggende EU-direktivet åpner med andre ord for å ta sosiale hensyn, forutsatt at disse er forenlige med EØS-avtalen. EU-domstolen har i flere avgjørelser vektlagt artikkel 26, og bl.a. slått fast at den åpner for at visse sosiale vilkår kan være i overensstemmelse med EU-retten selv om de kun pålegges i forbindelse med en offentlig kontrakt og derfor ikke nødvendigvis oppfyller alminnelige krav til *egnethet* i den forstand at de ikke vil gjelde for andre arbeidstakere enn de som er engasjert i oppfyllelsen av en offentlig kontrakt.⁶ Artikkel 26 vil derfor kunne påvirke i hvert fall visse aspekter ved vurderingen av om et krav kan rettferdiggjøres. Bestemmelsen innebærer derimot *ikke* at alle slike vilkår uten videre er tillatt uten at det gjøres en nærmere vurdering opp mot de generelle reglene i EØS-retten.⁷ Bestemmelsen gir heller ikke i seg selv uttrykk for noen konkret veiledning om hva som skal til for at et krav eller tiltak er egnet, nødvendig og forholdsmessig. Slik veiledning kan derimot følge av annen sekundærlovgivning, jf. nedenfor.

6.2.2 *Direktivet om virksomhetsoverdragelser (direktiv 2001/23/EF) og annen særregulering av virksomhetsoverdragelse*

Reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven kapittel 16 bygger på direktiv 2001/23/EF. EU-domstolen har anerkjent at disse reglene kan komme til anvendelse selv om overdragelsen skjer i kraft av en kontrakt med en offentlig oppdragsgiver og ikke ved et direkte kontraktsforhold mellom tidligere og overtakende operatør. Om en virksomhetsoverdragelse foreligger, må vurderes etter alminnelige kriterier.⁸ Direktivet er et minimumsdirektiv, i den forstand at artikkel 8 fastsetter at direktivet ikke "*berører [ikke] medlemsstatenes rett til å anvende eller innføre lover eller forskrifter som er mer fordelaktige for arbeidstakerne, eller til å fremme eller tillate tariffavtaler eller avtaler mellom parter i arbeidslivet som er mer fordelaktige for arbeidstakerne.*" Dette innebærer opplagt at det ikke er noe til hinder for å vedta gunstigere regler for arbeidstakerne *innenfor* direktivets virkeområde, men det kan stilles spørsmål om hvordan situasjonen er dersom medlemsstaten i stedet utvider virkeområdet for reglene til å omfatte situasjoner som etter direktivet ikke utgjør en virksomhetsoverdragelse.

I norsk rett har man imidlertid et eksempel på at reglene gis utvidet anvendelse, nemlig yrkestransportlova § 8(2):

⁵ Artikkel 26 lyder: "*Conditions for performance of contracts Contracting authorities may lay down special conditions relating to the performance of a contract, provided that these are compatible with Community law and are indicated in the contract notice or in the specifications. The conditions governing the performance of a contract may, in particular, concern social and environmental considerations.*"

⁶ Se sak C-115/14 *RegioPost*, avsnitt 64

⁷ Se for eksempel sak C-549/13 *Bundesdrückerei* avsnitt 30 – 34.

⁸ C-172/99 *Oy Liikenne*

"(2) Reglane i arbeidsmiljøloven §§ 16-2 til 16-7, om arbeidstakarane sine rettar ved overdraging av verksemd gjeld tilsvarande når løyvet blir tildelt ved konkurranse, dersom verksemda etter konkurranse blir driven med same type transportmiddel som før."

Det er klart at dette også skal legges til grunn når leverandørbytte ikke utgjør en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 16-1 (jf. Ot.prp. nr. 60(2008 – 2009, kapittel 3.2.1). Regelen har sin opprinnelse i kollektivtransportforordningen (forordning (EF) nr. 1370/2007) artikkel 4(5):

"Med forbehold for nasjonal lovgivning og fellesskapsretten, herunder tariffavtaler mellom partene i arbeidslivet, kan vedkommende myndigheter kreve at den utvalgte yteren av offentlig tjeneste gir personale som tidligere var ansatt for å yte tjenestene, de rettighetene de ville ha hatt dersom det hadde dreid seg om en overdragelse i henhold til direktiv 2001/23/EF."

Bestemmelsen kom ifølge forarbeidene til yrkestransportlova sitert ovenfor inn etter press fra bl.a. Norge og en del EU-land. Av innledningen i bestemmelsen ("Med forbehold for nasjonal lovgivning og fellesskapsretten...") er det imidlertid opplagt at den ikke åpner for krav om anvendelse av reglene om virksomhetsoverdragelse ved leverandørbytte på kollektivtransportområdet uten nærmere vurdering: Det må uansett vurderes om et slikt krav vil være i samsvar med "fellesskapsretten".⁹ Igjen er man da tilbake til at det vil måtte gjøres en vurdering i lys av tjenestefriheten og hvorvidt en slik restriksjon vil være egnet, nødvendig og forholdsmessig.

Det er videre ikke opplagt om artikkel 4(5) er ment som en spesialregel på kollektivtransportområdet eller om bestemmelsen bare er ment å gir uttrykk for det som også ellers må gjelde.¹⁰ Fordi bestemmelsen gir et uttrykkelig eksempel på at det i hvert fall i gitte situasjoner vil kunne stilles krav om virksomhetsoverdragelse ved operatørbytte selv om situasjonen ikke dekkes av direktivet, vil det antakelig kunne hevdes at virksomhetsoverdragsdirektivet *i seg selv* heller ikke utenfor kollektivtransportområdet er til hinder for at oppdragsgiver krever at reglene om virksomhetsoverdragelse skal gjelde selv om situasjonen faller utenfor direktivet. Lovligheten av et slikt krav må vurderes etter tjenestereguleringene på vanlig måte. Kollektivtransportforordningen artikkel 4(5) kan under enhver omstendighet ikke tas til inntekt for at en slik vurdering ikke skulle være nødvendig, og enn mindre på områder som ikke dekkes av forordningen.

6.2.3 Direktivet om utsendte arbeidstakere (direktiv 96/71/EF) og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Direktivet om utsendte arbeidstakere skal ivareta rettighetene til arbeidstakere som er midlertidig utsendt til et annet EØS-land for å utføre arbeid der. Direktivet gjelder både der arbeidstaker sendes under styring fra arbeidsgiver i hjemlandet, og der arbeidsgiver sendes til en lokal filial eller et annet selskap i samme konsern som arbeidstakers arbeidsgiver i hjemlandet, jf. artikkel 1 nr. 3 bokstav a) og

⁹ Det kan i lys av dette muligens spørres om yrkestransportlova § 8(3) går for langt, i og med at kravet gjelder ubetinget i alle tilfeller.

¹⁰ Det kan noteres at EU-parlamentet hadde foreslått en enda strengere bestemmelse, som ville pålegge oppdragsgiver å kreve at de ansatte ble tilbudt "*the same rights that they enjoyed before the selected operator took over*". Forslaget ga altså mer vidtgående rettigheter enn det som følger av direktivet, og innebar dessuten en plikt for oppdragsgiver til å innta et slikt krav, for å unngå "*unwarrantable insecurity for the employees concerned*" (European Parliament Report, A5-0364/2001 Final, foreslått endring av (daværende) artikkel 9(3).) Kommissjonen anså imidlertid at dette gjaldt "*the balance of the contract to be established between the parties*" og derfor måtte overlates til partene (se COM(2006)805 final).

b). Artikkel 3 fastsetter at arbeidstaker i utsendelsesperioden skal gis de rettigheter som vertsstaten har fastsatt for egne arbeidstakere mht. bl.a. maksimal arbeidstid/minste hviletid, minimumskrav til ferie med lønn, minstelønn, utleie av arbeidskraft, HMS, regler om beskyttelse av gravide, kvinner som nettopp har født, barn og ungdom; og likebehandling mellom menn og kvinner. Slike rettigheter kan være fastlagt ved lovgivning eller ved allmenngjort tariffavtale. Den underliggende premissen er at *andre forhold* fortsatt reguleres av hjemstatens rett som ellers gjelder for arbeidsforholdet.

Selv om disse rettighetene er formulert som minimumsrettigheter, har EU-domstolen tolket direktivet slik at vertsstaten heller ikke kan kreve at utsendte arbeidstakere som utfører arbeid på dens territorium skal ha *bedre* rettigheter enn det som følger av direktivet. I sak C-341/05 *Laval* uttalte EU-domstolen (avsnitt 80) at direktivet "*cannot be interpreted as allowing the host Member State to make the provision of services in its territory conditional on the observance of terms and conditions of employment which go beyond the mandatory rules for minimum protection*". Mao.: Dersom det for eksempel finnes en lovfastsatt minstelønn, kan ikke medlemsstaten kreve at utsendte arbeidstakere skal ha en høyere lønnsats som følger av (ikke-allmenngjort) tariffavtale. Artikkel 3 har altså blitt forstått som et tak, ikke bare et gulv, for hvilke rettigheter vertsstaten skal sikre utsendte arbeidstakere.

I forbindelse med offentlige anskaffelser er det klart at oppdragsgiver kan kreve at disse minimumsrettighetene overholdes for arbeidstakere som skal utføre arbeid i landet. I Norge følger dette uttrykkelig av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter (forskrift av 8. februar 2008 nr. 112). Forskriften krever innenfor sitt virkeområde at oppdragsgiver stiller krav om (§ 3 annet og tredje ledd) at arbeidstakere hos leverandører og underleverandører har følgende betingelser:

"På områder dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale skal oppdragsgiver stille krav om lønns- og arbeidsvilkår er i samsvar med gjeldende forskrifter.

På områder som ikke er dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale, skal oppdragsgiver stille krav om lønns- og arbeidsvilkår i henhold til gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje. Med lønns- og arbeidsvilkår menes i denne sammenheng bestemmelser om minste 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."

Begrensningene i direktivet – altså at det ikke kan kreves rettigheter som går utover minimumsrettighetene etter utsendelsesdirektivet - gjelder som utgangspunkt også i offentlige anskaffelsesprosedyrer. Sak C-346/06 *Rüffert* gjaldt en kontrakt der oppdragsgiver i medhold av nasjonal lov hadde krevd at leverandørers og underleverandørers arbeidstakere skulle ha vilkår iht. en ikke-allmenngjort tariffavtale, der det også fantes annen minimumslønn. Domstolen fant dette ulovlig fordi det gikk utover minimumsbeskyttelsen i artikkel 3, og dermed var i strid med tjenestefriheten. Tilsvarende er det uttales følgende i det nye anskaffelsesdirektivets (2014/24/EU) fortale (avsnitt 37):

"With a view to an appropriate integration of environmental, social and labour requirements into public procurement procedures it is of particular importance that Member States and contracting authorities take relevant measures to ensure compliance with obligations in the fields of environmental, social and labour law that apply at the place where the works are executed or the services provided and result from laws, regulations, decrees and decisions, at both national and Union level, as well as from collective agreements, provided that such rules, and their application, comply with Union law. Equally, obligations stemming from

international agreements ratified by all Member States and listed in Annex X should apply during contract performance. However, this should in no way prevent the application of terms and conditions of employment which are more favourable to workers. The relevant measures should be applied in conformity with the basic principles of Union law, in particular with a view to ensuring equal treatment. Such relevant measures should be applied in accordance with Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council (11) and in a way that ensures equal treatment and does not discriminate directly or indirectly against economic operators and workers from other Member States."¹¹

På denne bakgrunn uttaler departementet i veilederen til anskaffelsesreglene at forskriften om lønns- og arbeidsvilkår "setter også rammen for hvilke lønns- og arbeidsvilkår det kan stilles krav til i henhold til EØS-retten (utsendingsdirektivet[8])."¹² Det synes altså å være lagt til grunn at man heller ikke etter norsk rett kan kreve lønns- og arbeidsvilkår som går lengre enn det som følger av direktivet.

Et krav om overholdelse av reglene om virksomhetsoverdragelse i situasjoner som faller utenfor virksomhetsoverdragelsesdirektivets virkeområde, synes umiddelbart å være i strid med forutsetningen om at det mht lønn og arbeidstid kun er minimumsbeskyttelse, og kun bestemmelser som *enten* er vedtatt i lov *eller* ved allmenngjort tariffavtale, som kan kreves overholdt ved offentlige kontrakter. I praksis vil et slikt krav innebære at en ny operatør er bundet til å opprettholde vilkår i eksisterende, individuelle arbeidsavtaler. Lønn og andre vilkår i disse ligger etter det vi er kjent med på et nivå som i europeisk sammenheng må betegnes som høyt. Vi presiserer at vi imidlertid ikke har sett noen avgjørelser som uttrykkelig problematiserer forholdet mellom virksomhetsoverdragelsesdirektivet og utsendelsesdirektivet.

Det må videre problematiseres at en senere dom, C-115/14 *RegioPost*, har moderert rettstilstanden etter *Rüffert*. Dommen gjelder rettstilstanden under direktiv 2004/18/EF, men ble avsagt etter at direktiv 2014/24/EU var vedtatt. EU-domstolen åpner her uttrykkelig for at en særlig lovbestemmelse om lønnsnivå i offentlige kontrakter kunne legges til grunn selv om den ikke gjaldt arbeidslivet generelt. Forutsetningen var at det ikke gjaldt noen annen minstelønn, og domstolen la også vekt på at minstelønningen det var tale om fremgikk av loven selv. Dette innebar at den var vedtatt på en av de *måtene* som var godtatt etter utsendelsesdirektivet, dvs. ved lov, slik at hensynet til innsikt og oversiktighet for tilbydere fra andre medlemsstater var ivaretatt. Når EU-domstolen her, i strid med utsendelsesdirektivets forutsetninger, godtok en minstelønn som kun gjaldt i offentlige kontrakter, la domstolen betydelig vekt på at artikkel 26 i direktiv 2004/18/EF om sosiale kontraktsvilkår skulle ha selvstendig betydning. Dommen må trolig forstås slik at det kan stilles særlige vilkår om lønns- og arbeidsforhold i offentlige kontrakter der det ikke gjelder annen minimumsbeskyttelse i form av lov eller allmenngjort tariffavtale.

Noe overraskende går EU-domstolen i *RegioPost* ikke nærmere inn på om regelen er egnet, nødvendig og forholdsmessig. Dette skyldes antakelig at regelen det gjaldt ble klassifisert som en "minimumsbeskyttelse" tilsvarende det som følger av artikkel 3 i utsendelsesdirektivet, og dermed uten videre

¹¹ Det tidligere direktivet, som lå til grunn for FOA2006, hadde ikke samme ordlyd, men kun en omtale av utsendelsesdirektivet som minimumsrettigheter. Dette må forstås i lys av at direktivet ble vedtatt før *Laval* og *Rüffert*-sakene. Det er neppe tvilsomt at disse dommene, og dermed i praksis også uttalelsen i fortalen til direktiv 2014/24/EU måtte legges til grunn også før FOA2016 trådte ikraft.

¹² <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/samfunnsansvar/id2518748/>

rettferdiggjort. Minimumslønnen det gjaldt (8,50 EUR/time) fremstår også som en typisk minimumsbeskyttelse som det trolig skal mye til at en domstol ville satt til side.

Det er etter dette ikke opplagt hvordan et krav om overholdelse av reglene om virksomhetsoverdragelse vil bli bedømt. Et slikt krav ville ikke vært fastlagt ved lov eller allmenngjort tariffavtale, men det kan nok argumenteres for at transparens hensynet er ivaretatt gjennom opplysningene gitt i konkurransegrunnlaget (slik også kollektivtransportforordningen legger opp til). Det er på den annen side heller ikke opplagt at lønn slik den fremgår av individuelle arbeidsavtaler, selv om den hadde vært inntatt i konkurransegrunnlaget og var forutsatt videreført gjennom virksomhetsoverdragelse, ville bli ansett som en «minimum protection» i utsendelsesdirektivets forstand, selv om det ikke gjelder noen annen minstelønn i den aktuelle sektoren. I lys av åpningen i *RegioPost* for at sosiale kontraktsgjennomføringsvilkår kan godtas også når de ikke gjelder generelt i den aktuelle sektoren, ser vi ikke bort fra at et krav om virksomhetsoverdragelse kan rettferdiggjøres etter læren om allmenne hensyn selv om kravet innebærer krav til lønn som ikke er fastsatt i samsvar med utsendelsesdirektivet. Som det fremgår av gjennomgangen ovenfor er det imidlertid en del usikkerhet her, og vi ser derfor heller ikke se bort fra at *RegioPost* også kan bli tolket snevert, slik at bare vilkår som fremgår direkte av loven (evt allmenngjort tariffavtale) kan gjøres gjeldende for offentlig sektor alene. Det skal bemerkes at en slik forståelse synes å være mest i overensstemmelse med departementets uttalelse i veilederen, som også er nyere enn *RegioPost*, der det legges til grunn at sosiale vilkår skal holdes innen rammen av forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Til tross for at det altså er noe usikkert om man overhodet vil gå inn på en nærmere vurdering av om et krav til virksomhetsoverdragelse kan rettferdiggjøres, eller om det uten videre kan konstateres å være i strid med utsendelsesdirektivet, drøfter vi nedenfor muligheten for å rettferdiggjøre et slikt krav.

7 VURDERING AV ET EVENTUELT KRAV OM VIRKSOMHETS- OVERDRAGELSE ETTER LÆREN OM ALLMENNE HENSYN

7.1 Hensynet til beskyttelse av arbeidstakerne

Det er neppe tvilsomt at bestemmelser om lønn ivaretar hensynet til beskyttelse av arbeidstakerne, generelt sett, og dermed et legitimt allment hensyn. Vurderingen må knytte seg til å om kravet om virksomhetsoverdragelse er egnet, nødvendig og forholdsmessig for å ivareta dette hensynet.

Som nevnt tidligere vil et krav om overholdelse av eksisterende lønns- og arbeidsvilkår isolert sett selvsagt være egnet til å ivareta hensynet til arbeidstakerne. EU-domstolens tidligere praksis (*Rüffert*) gir likevel uttrykk for at et krav som bare gjelder offentlig sektor – og her, enda snevrere – kun ansatte i Luftambulansetjenesten, neppe er *egnet* til å ivareta dette på en konsistent måte, fordi det ikke gjelder alle arbeidstakere i samme situasjon. Domstolen må imidlertid anses å ha gått bort fra dette i *RegioPost*, og akseptert at en regel som bare gjelder for offentlig sektor kan rettferdiggjøres, bl.a. sett i lys av artikkel 26 i direktivet. Selv om anvendelsesområdet i denne saken synes enda snevrere, må man antakelig legge til grunn at et krav om virksomhetsoverdragelse er *egnet* for å ivareta hensynet til arbeidstakerne.

Videre må det vurderes om et slikt tiltak er *nødvendig*, eller om mindre inngripende tiltak kunne vært tilstrekkelig. Så lenge det ikke finnes noen allmenngjort tariffavtale eller lovbestemt minstelønn, kan

det hevdes at opprettholdelse av den lønnen pilotene og andre ansatte har i dag er det nærmeste man kommer en relevant minstelønn som det kan kreves overholdelse av. I en del sammenhenger vises det også behovet for å motvirke «sosial dumping» snarere enn å ivareta arbeidstakernes interesser. Sosial dumping er ikke noe strengt rettslig begrep, men omtales bl a av Difi som «*brot på HMS-reglar, reglar om arbeidstid og krav til bu-standard, og når løn og andre ytingar er uakseptabelt låge, samanlikna med det norske arbeidstakarar normalt tener, eller ikkje er i tråd med allmenngjeringsforskrifter eller landsomfattende tariffavtaler der slike gjeld.*»¹³ Den lønnen de ansatte i Lufttransport har, ligger trolig på et høyere nivå enn det som er nødvendig for å motvirke sosial dumping i den forstand dette begrepet vanligvis benyttes. Det kan imidlertid innvendes mot dette at i fravær av lovfastsatt minstelønn eller allmenngjorte tariffavtaler er det ikke opplagt hva som skulle vært lagt til grunn om man ønsker beskyttelse mot sosial dumping, men ikke å stille krav tilsvarende dagens lønnsnivå. Som utgangspunkt skal det også mye til for at et valgt beskyttelsesnivå settes til side etter EØS-retten. Det skal nok derfor antakelig en del til at en bestemmelse om virksomhetsoverdragelse skulle bli satt til side med henvisning til at den legger opp til et nivå som er høyere enn nødvendig.

Summen av at lønnsbestemmelsene her i er praksis er en videreføring av gjeldende arbeidsavtaler (ikke reelle minstelønnsbestemmelser), at nivået er høyt og at denne typen krav generelt er anerkjent å begrense konkurransen (jf. *Brink Security*, omtalt ovenfor), øker trolig likevel risikoen for at feks EFTA-domstolen ville skåret igjennom og funnet at et krav om virksomhetsoverdragelse var i strid med EØS-retten. Det kan muligens bl.a. hevdes at kravet i realiteten ikke først og fremst er bestemmelser om minstelønn og sosial beskyttelse, men i realiteten en beskyttelse av eksisterende leverandør mot konkurranse ved at *dennes* arbeidsavtaler må legges til grunn også av konkurrentene. I så fall vil man antakelig kunne bli møtt med et en snever tolkning av *RegioPost*, der feks krav til minstelønn bare godtas når de er fastsatt ved lov og eller allmenngjort tariffavtale, og i andre tilfeller anses som tilfeldige og ikke egnet til å ivareta formålet på en konsekvent måte.

Drøftelsen ovenfor gjelder under en forutsetning at tjenesten skal utføres i Norge. EU-domstolen behandlet i C-549/13, Bundesdruckerei en sak hvor en tysk offentlig oppdragsgiver hadde pålagt krav om minstelønn ihht en tysk lov, men hvor en leverandør baserte tilbudet på at arbeidet skulle utføres i Polen. EU-domstolen uttalte at dette var en begrensning og i spørsmålet om den kunne rettferdiggjøres uttalte domstolen:

"33 In any event, the national legislation at issue in the main proceedings, in so far as its scope extends to cover a situation such as that in the dispute in the main proceedings, in which employees carry out a public contract in a Member State other than that to which the contracting authority belongs and in which the minimum wage rates are lower, appears disproportionate.

34 By imposing, in such a situation, a fixed minimum wage corresponding to that required in order to ensure reasonable remuneration for employees in the Member State of the contracting authority in the light of the cost of living in that Member State, but which bears no relation to the cost of living in the Member State in which the services relating to the public contract at issue are performed and for that reason prevents subcontractors established in that Member State from deriving a competitive advantage from the differences between the respective rates of pay, that national legislation goes beyond what is necessary to ensure that the objective of employee protection is attained."

¹³ <https://www.anskaffelser.no/samfunnsansvar/sosial-dumping/kva-er-sosial-dumping>

Selve flyoperasjonene skal utføres i Norge. Flyene er stasjonert på baser i Norge. Etter hva i forstår er det tidligere blitt innleid ambulansfly fra utlandet, blant annet i forbindelse med beredskap for Svalbard. Det er etter hva vi forstår også i øyeblikket svenske ambulansfly fra Babcock som opererer i Norge. Dersom det ved gjennomføringen av anskaffelsen kunne vært aktuelt for å tilbyrerne å bruke besetningsmedlemmer fra utlandet vil det være langt mer problematisk å stille krav om virksomhetsoverdragelse av pilotene. Enn måtte da også ta stilling til hvordan man skulle håndtere øvrig personell hos eksisterende tilbydere. Etter hva vi har fått opplyst skal Babcock utføre tyngre vedlikehold av flyene i Sverige. Tungt vedlikehold er noe som i flybransjen i dag utføres i hele Europa og til dels hele verden.

8 KRAV OM VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE I LYS AV HENSYNET TIL FORSVARLIG GJENNOMFØRING AV KONTRAKTEN

Det har også i den offentlige debatten vært hevdet at oppdragsgiver i denne anskaffelsen *burde* stilt krav om virksomhetsoverdragelse, fordi personell er en kritisk faktor og videreføring av arbeidsforholdet derfor er en viktig suksessfaktor i anskaffelsen.

Vi er i prinsippet enige i at dersom behovet for å beholde kompetent personell er styrende, vil oppdragsgiver trolig kunne stille krav om virksomhetsoverdragelse eller bruk av andre goder som er nødvendig for å sikre dette, uten at dette må vurderes i lys av forholdet til utsendelsesdirektivet eller om det er nødvendig for å ivareta sosiale hensyn. Vurderingen må da være om kravet er nødvendig for å ivareta oppdragsgivers behov, og her vil oppdragsgiver normalt ha et vidt skjønn. Som påpekt ovenfor, vil kravet i dette tilfellet også være problematisk av hensyn til formålet om å sikre konkurranse om kontrakten.

Oppdragsgiver måtte i så fall ha gjort seg den vurdering at ansatte i Lufttransport lett kan finne seg andre jobber, men ikke lett kan erstattes. Den situasjonen som nå er oppstått, gjelder imidlertid ikke gjennomføringen av den nye kontrakten, men av den gamle. Det har i den sammenhengen vært nevnt at det kan være tale om ulovlig arbeidskonflikt. Dersom så er tilfellet, er dette ikke en situasjon oppdragsgiver rimeligvis skal måtte ta hensyn til. I så fall må man kunne legge til grunn at de normale mekanismer for håndtering av slike situasjoner fungerer. Under enhver omstendighet er hensynet til gjennomføring av den eksisterende kontrakten noe som bør håndteres innenfor rammen av denne. Mht den nye kontrakten er det lagt opp til lang overføringstid og foreløpig ingen holdepunkter for at bemanningen faktisk vil bli et problem. Den nye operatøren og pilotforeningen ble ikke enig i første runde. Det gjenstår fortsatt 14 måneder til oppstart av ny kontrakt. Det er uklart om risiko for arbeidskonflikt under forhandlingene mellom pilotene og ny operatør er noe som kunne begrunnet et krav om virksomhetsoverdragelse. Også ved en virksomhetsoverdragelse kunne ny operatør slik beskrevet tidligere i notatet ikke akseptert tariffavtalen og pensjonsordningen. Selv om dette er vurderinger som oppdragsgiver muligens *kunne* ha gjort, er det altså vanskelig å finne konkrete holdepunkter for at det er vurderinger man *burde* ha gjort.

I dette tilfellet må man videre ha for øyet at det, i lys av hvor omstridt og til dels politisert spørsmålet om virksomhetsoverdragelse er, ville kunne ha blitt stilt spørsmål ved den reelle motivasjonen for et slikt krav. EU-domstolen vil typisk skjære igjennom dersom den reelle motivasjonen for et krav som

begrenser tjenestefriheten fremstår å være en annen enn den oppgitte. I dette tilfellet måtte man følgelig kunne vente at det kritisk ville bli vurdert om den reelle motivasjonen var å unngå leverandørbytte, og at vurderingen av om kravet virkelig var nødvendig ville ha blitt tilsvarende streng. Man kan følgelig ikke uten videre legge til grunn at vurderingen av om det var nødvendig å stille kravet uten videre ville ha blitt ansett å falle inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, slik man normalt kan gå ut fra når det gjelder denne typen krav.