



UiO : Senter for europarett
Det juridiske fakultet

WIP: Krav om virksomhetsoverdragelse i offentlige anbudskonkurranser

Trygve Harlem Losnedahl
Stipendiat, Senter for europarett



Foto, Eivind Bø, Luftambulansetjenesten

Helse Nord fryktet at krav om å sikre ambulanseflypilotene videre jobb ville vært i strid med loven:

SKYLDER PÅ EØS-AVTALEN

HELSE | Jo Røed Skårderud, Trondheim og Stian Nicolajsen (tekst), Oslo

Hva jeg skal gjennom

- De egentlige problemstillingene
 - Alternative måter å konstruere VO-krav e.l.
 - Anskaffelsesrettslige utgangspunkter – harelabb
 - Formål med virksomhetsoverdragelseskrav eller lignende
-
- Utsendingsdirektivet
 - Likebehandling og overtallighet
 - Konkret eksempel på krav til VO
 - Plikt til å overta ansatte

De egentlige problemstillingene

- Hvilken adgang har offentlige innkjøpere til å stille krav i konkurransegrunnlaget som sikrer at eksisterende ansatte forblir i tjenesten ved leverandørbytte (av hensyn til tjenesten og/eller av hensyn til arbeidstakerne)?
- Kan innkjøpere stille krav som fører til at en anskaffelse blir en virksomhetsoverdragelse etter reglene i aml / 2001/23?
- Kan innkjøpere stille krav om overtakelse av ansatte som om det var virksomhetsoverdragelse, selv om vilkårene for virksomhetsoverdragelse ikke er oppfylt?

Potensiell fremgangsmåte: andre ytelseskrav

- Stille krav til ytelsen som har som konsekvens at enhets- og identitetsvilkåret blir oppfylt, selv om det ikke stilles noen krav om at arbeidstakere skal overtas.
 - Vil ofte være greit, eks. C-340/01 Sodhexho om storkjøkkentjeneste. Kjennetegnet ved fysiske aktiva.
 - Drift av sykehjem: bygning, inventar, beboere, oppgaver.
 - C-298/18 OSL bus
- Eksempler på det motsatte fra EUD?

Noen potensielle fremgangsmåter for overtakelse av ansatte

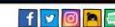
- Stille krav om virksomhetsoverdragelse
- Stille krav om at (bestemte) arbeidskontrakter skal *overtas* av ny leverandør
- Stille krav om at (bestemte) ansatte skal ***gis rett på jobb*** hos ny leverandør (med eksisterende vilkår)
- Stille krav om at (bestemte) ansatte skal ha avtalefestet *fortrinnsrett* til ledig stilling hos ny leverandør
- Veldig mange muligheter på kravets innhold og form
 - Eks: absolutte krav vs. tildelingskriterier

Hva vil man oppnå? – ivareta tjenesten

- Sikre kvaliteten på tjenesten
 - Eks. behandlingssenter for barn med autisme
 - Luftambulansetjenesten
- Unngå tjenestesvikt ifm overdragelse



Foto: @aspigirlcomic, twitter



Hva vil man oppnå? – beskytte arbeidsvilkår

- Beskytte fremforhandlede arbeidsvilkår
 - Påvirker lønnsnivået også for kommende ansatte
 - Generell anskaffelsesstrategi eller i konkret anskaffelse
- Beskytte eksisterende arbeidstakere mot arbeidsledighet og/eller konkurranse (fra utlandet)

Rettslige utgangspunkter (1)

- Innkjøper bestemmer hva som skal kjøpes. Valg av krav tilhører det «innkjøpsfaglige skjønn», med begrenset rettslig prøving.
 - For norsk rett, se eksempelvis KOFA 2013/66 Bedriftshelsen avsnitt 70
 - «Ved utforming av konkurransegrunnlaget har oppdragsgiver som utgangspunkt et vidt innkjøpsfaglig skjønn. Dette innebærer at klagenemnda bare kan prøve om konkurransegrunnlagets innhold er i strid med konkrete bestemmelser i forskriften eller de grunnleggende kravene i loven§5.»
 - EU-rett (for kommisjonens vedkommende), T-570/13 *Agriconsulting*, para. 34
 - EU-rett (for nasjonale innkjøpsmyndigheters vedkommende), C-368/10 *Max Havelaar* para. 84 (om award criteria)
 - Ved MEAT «...the authority must base its decision on various criteria which are for it to determine in compliance with the requirements of the directive” og annen EU-rett
 - Art. 70

Rettslige utgangspunkter (2)

- Krav om å gi ansatte rett på jobb er «special condition» etter Art. 70:

Conditions for performance of contracts

Contracting authorities may lay down special conditions relating to the performance of a contract, provided that they are linked to the subject-matter of the contract within the meaning of Article 67(3) and indicated in the call for competition or in the procurement documents. Those conditions may include economic, innovation-related, environmental, social or employment-related considerations.

Rettslige utgangspunkter (3)

- Krav om rett på jobb er i utgp. tillatt (normalt etter art. 70 som «special condition»). Vil kravet likevel være i strid med øvrige bestemmelser i direktivet, i annen EU-rett eller prinsippene i direktivet artikkel 18?
 - Anskaffelsesdirektivet (2014/24) har ingen regler som uttrykkelig krever at en anskaffelse ikke skal innebære virksomhetsoverdragelse eller ikke skal stille krav til overtakelse av ansatte
 - Utsendingsdirektivet kan tenkes å oppstille begrensninger
 - Kjernen blir om krav om rett på jobb er i overenstemmelse med prinsippene om likebehandling og proporsjonalitet, art. 18 (1), og evt. om konkurranse etter art. 18(1) annet avsnitt / LOA §5

Utsendingsdirektivets betydning

- Styrer et krav om rett til jobb (på samme vilkår) utenom Rüffert, Bundesdrückerei og RegioPost?
- Ikke fastsatt etter direktivets tillate «procedures»
- Er et krav om rett til jobb (på samme vilkår) et krav om minimumsgoder etter direktivets artikkel 3.
 - Ikke hvis minimumsgodene følger av at det blir en virksomhetsoverdragelse 2001/23
 - Hva om det ikke blir virksomhetsoverdragelse, men det stilles krav om samme vilkår?

Utsendingsdirektivets betydning

- Et krav om rett til jobb får bare (direkte) betydning for de som overføres. Leverandøren kan betale andre ansatte mindre og kan bruke (øvrige) utsendte arbeidstakere.
- Formålet med kravet kan være noe helt annet enn å beskytte arbeidstakernes rettigheter.
- I den grad VO-lignende krav hindrer utsending, må det vurderes i lys av tjenestefriheten og prinsippet om konkurranse i art. 18.

Betydning av fare for overtallighet hos ny leverandør

- Synspunkter på følgende påstand:
 - «Det vil ikke være likebehandling av leverandørene om vinnende leverandør pålegges på den ene eller andre måten å overta ansatte. Det vil kunne føre til overtallighet hos ny leverandør, og et krav om overtakelse av ansatte vil dermed urettmessig gi rett til noen ansatte overfor andre. Det er i strid med likebehandlingsprinsippet».
- Sml. Krav om å overta gjenstander, som busser
- Sml. Andre virksomhetsoverdragelser
- Sml. Andre interne forutsetninger



Tjenesteytingsavtalen for drift av St. Hanshaugen omsorgssenter

4.3 Personale

4.3.1 Virksomhetsoverdragelse

Leverandøren skal utføre oppdraget som en virksomhetsoverdragelse. Dette innebærer at tidligere Leverandørs rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overdragelsen finner sted, overføres til ny Leverandør.

Virksomhetsoverdragelsen skal gjennomføres i tråd med arbeidsmiljølovens kapittel 16.

Hvordan skal kontrakten i Oslo kommune forstås?

- De kunne være sikre på at det ville bli en virksomhetsoverdragelse
 - Karakterisert av fysiske aktiva og beboere
 - Overførsel 31.12.2019 → 1.1.2020
 - Eksisterende leverandør var utelukket. Ikke ideell.
- Forutsatt at det sannsynligvis ikke ville bli virksomhetsoverdragelse, hvordan skulle kontrakten da blitt forstått?

Om krav om å *overta* eksisterende arbeidskontrakter

- Arbeidstakere må kunne motsette seg
- For at arbeidskontraktene skal overføres, må det enten basere seg på at vilkårene for virksomhetsoverdragelse er oppfylt, eller på avtale
- Hvis ikke VO: Innkjøper har ikke rettslig grunnlag til å tvinge eksisterende leverandør til å gi fra seg ansatte basert på avtale med ny leverandør

Spørsmål

- Har EU-domstolen uttalt seg om the «discretion of contracting authorities», slik de har om kommisjonens (i Agriconsulting)?
- Er det riktig forstått at «technical specifications» (art. 42) og «special conditions» (art. 70) er gjensidig utelukkende? Kilde? Har EU-domstolen uttalt seg om forholdet mellom disse i tjenestekontrakter, sml. Max Havelaar?
- Hvilke problemer oppstår ved opphørstid i overgang mellom leverandører (f.eks. ved oppussing før ny leverandør tiltrer)