

Utfordringsrett – juridiske utfordringer

Advokatene Alex Borch, Jan Fougner og Andreas Wahl

Wiersholm, Mellbye & Bech, advokatfirma AS

Utredning til Kommunenes Sentralforbund

Innhold

1.	INNLEDNING.....	5
1.1	Bakgrunn	5
1.2	Oppdraget	5
1.3	Arbeidsmåte.....	5
1.4	Sammendrag	6
1.4.1	Oversikt over danske regler om utfordringsrett	6
1.4.2	I hvilken utstrekning kan de danske reglene om utfordringsrett innføres i Norge?.....	7
1.4.3	Hvilken betydning vil en innføring av regler om utfordringsrett få for lovbestemmelser som regulerer kommunenes og fylkeskommunenes virksomhet?.....	9
1.4.4	Litt om mulige praktiske konsekvenser av en innføring av regler om utfordringsrett	11
2.	OVERSIKT OVER DANSKE REGLER OM UTFORDRINGSRETT.....	14
2.1	Innledning.....	14
2.2	Danske lovbestemmelser om utfordringsrett.....	14
2.3	Formålet med reglene om utfordringsrett.....	16
2.4	Hvilke offentlige organer er forpliktet til å behandle private utfordringstilbud?..	16
2.5	Hvilke krav stilles til tilbud for at de skal være omfattet av reglene om utfordringsrett?	17
2.5.1	Oversikt.....	17
2.5.2	Det må foreligge et tilbud fra en privat.....	17
2.5.3	Det må foreligge et konkret tilbud	17
2.5.4	Tilbudet må gjelde utførelsen av en oppgave	18
2.5.5	Den oppgaven som tilbudet gjelder må være en oppgave kommunen selv utfører.....	18
2.6	Adgangen til å avvise private utfordringstilbud	18
2.6.1	Oversikt.....	18
2.6.2	Tilbudet er lavere enn kr. 500.000	19
2.6.3	Tilbudsgiver kan ikke lovlig utføre oppgaven	19
2.6.4	Krav til tilbudsgiveren	19
2.6.5	Tilbudet fremstår som unormalt lavt i forhold til ytelsen	20
2.6.6	Tilbudet svarer til et tilbud som kommunestyret har behandlet i løpet av valgperioden.....	20
2.6.7	Tilbudet gjelder en oppgave som skal settes ut på anbud.....	20
2.6.8	Tilbudet omfatter en oppgave som avviker fra den oppgaveavgrænsningen som kommunen har fastsatt	21
2.7	Hvilke beslutninger skal og kan treffes i forbindelse med realitetsbehandlingen av et privat utfordringstilbud?	21
2.7.1	Oversikt.....	21
2.7.2	Sammenligning av omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse og omkostningene ved å akseptere det private utfordringstilbudet	22
2.7.3	Kommunestyrets beslutningsmuligheter.....	22
2.7.4	Kort om konsekvensene av at kommunestyret inngår en avtale.....	23
2.8	Krav til saksbehandlingen ved behandlingen av private utfordringstilbud.....	24
2.8.1	Hvilket organ kan treffe beslutninger knyttet til private utfordringstilbud?	24
2.8.2	Hvilke saksbehandlingsregler gjelder?	25
2.9	Offentlighet knyttet til behandlingen av private utfordringstilbud	25

2.10	Kontroll og sanksjoner	26
2.11	Utfordringsrett i forhold til staten	26
3.	I HVILKEN UTSTREKNING KAN DE DANSKE REGLENE OM UTFORDRINGSRETT INNFØRES I NORGE?	29
3.1	Innledning.....	29
3.2	Plassering av regler om utfordringsrett i lovgivningen.....	29
3.3	Angivelse av hvilke offentlige organer som skal være forpliktet til å behandle private utfordringstilbud.....	30
3.4	Angivelse av hvilke tilbud som skal være omfattet av reglene om utfordringsrett.....	31
3.5	Avvisning av private utfordringstilbud	32
3.6	Beslutninger som skal og kan treffes i forbindelse med realitetsbehandlingen av et privat utfordringstilbud.....	33
3.6.1	Sammenligning av omkostninger	33
3.6.2	Beslutning om fremtidig oppgaveutførelse.....	33
3.6.3	Inngåelse av avtale.....	34
3.7	Krav til saksbehandlingen ved behandlingen av private utfordringstilbud.....	34
3.8	Offentlighet knyttet til behandlingen av private utfordringstilbud	35
3.9	Kontroll og sanksjoner	36
4.	HVILKEN BETYDNING VIL EN INNFØRING AV REGLER OM UTFORDRINGSRETT FÅ FOR LOVBESTEMMELSER SOM REGULERER KOMMUNENES OG FYLKESKOMMUNENES VIRKSOMHET?	37
4.1	Innledning.....	37
4.2	Kommuneloven	37
4.3	Forvaltningsloven.....	38
4.4	Offentlighetsloven	40
4.5	Lov om interkommunale selskaper	41
4.6	Lov om offentlige anskaffelser.....	42
4.7	Lov om forsøk i offentlig forvaltning.....	43
4.8	Kommunehelsetjenesteloven.....	44
4.9	Sosialtjenesteloven	44
4.10	Barnevernloven	45
4.11	Tannhelsetjenesteloven	45
4.12	Alkoholloven	45
4.13	Smittevernloven.....	46
4.14	Lov om planlegging av helse- og sosialtjenesten i kommunene	46
4.15	Lov om kommunale og fylkeskommunale eldreråd.....	46
4.16	Barnehageloven	47
4.17	Opplæringslova	47
4.18	Voksenopplæringsloven	48
4.19	Forurensningsloven	48
4.20	Brann- og eksplosjonsvernloven	49
4.21	Lov om spesialisthelsetjenesten m.m.	49
4.22	Psykisk helsevernloven	50
4.23	Helseforetaksloven	50
4.24	Konkurranseloven og EØS-avtalen	50
4.25	Arbeidsmiljøloven	51
4.25.1	Generelt	51
4.25.2	Når foreligger det en virksomhetsoverdragelse?.....	51

4.25.3	Vil kommunalt ansatte kunne velge å opprettholde sitt ansettelsesforhold hos kommunen?	54
4.25.4	Kommunens adgang til å si opp arbeidstakere når utførelsen av en oppgave overlates til andre	56
5.	LITT OM MULIGE PRAKTISKE KONSEKVENSER AV EN INNFØRING AV REGLER OM UTFORDRINGSRETT	59
5.1	Innledning.....	59
5.2	I hvilken utstrekning vil private fremsette utfordringstilbud?.....	61
5.3	I hvilken utstrekning vil en innføring av regler om utfordringsrett medføre merarbeid for kommunene?.....	61
5.4	I hvilken grad vil kommunene akseptere utfordringstilbud som fremsettes?	62
5.5	Vil regler om utfordringsrett medføre at kommunene overlater utførelsen av flere oppgaver til private?.....	62
5.6	Vil regler om utfordringsrett medføre en bedre og/eller billigere utførelse av kommunale oppgaver?	62
5.7	Vil regler om utfordringsrett medføre særlige arbeidsrettslige spørsmål?.....	63

Vedlegg

1.	Vejledning om privates udfordringsret, utarbeidet av det danske Indenrigs- og Sundhedsministeriet 2. januar 2003.....	64
2.	Cirkulære om udbud og udfordring af statslige drifts- og anlægsopgaver, utarbeidet av det danske Finansministeriet 17. desember 2002.....	89

1. INNLEDNING

1.1 Bakgrunn

I Danmark er det nylig innført regler om utfordringsrett for private. Reglene innebærer at private kan utfordre kommuner ved å gi konkrete tilbud på utførelse av oppgaver som kommunene selv utfører. Kommunene er ikke forpliktet til å akseptere slike tilbud, men må ta stilling til dem og dermed også vurdere om vedkommende oppgave fortsatt skal utføres av kommunen eller overlates til private.

I budsjettavtalen for 2003 mellom regjeringspartiene og Fremskrittspartiet er det blant annet uttalt følgende:

”Avtalepartene er enige om at bedre tjenester og bedre utnyttelse av offentlige ressurser fremmes gjennom økt bruk av konkurranse mellom offentlige og private tjenesteprodusenter. Regjeringen bes i kommuneproposisjonen for 2004 drøfte alternative modeller for å stimulere til økt bruk av konkurranse i kommunesektoren. En av modellene som skal vurderes, er den danske ’utfordringsrett’. Avtalepartene legger vekt på at innføringen av modeller som stimulerer til eller setter krav om økt bruk av konkurranse, ikke medfører økt statlig eller kommunalt byråkrati.”

Budsjettavtalen for 2003 innebærer at en innføring av regler om utfordringsrett vil bli vurdert også i Norge. For å være forberedt på de problemstillinger som kan oppstå i den forbindelse, er Wiersholm, Mellbye & Bech, advokatfirma AS v/advokat Alex Borch gitt i oppdrag å undersøke nærmere hvilke rettslige og lovtekniske spørsmål en innføring av regler om utfordringsrett i Norge vil reise.

1.2 Oppdraget

Av den prosjektbeskrivelsen som er avtalt mellom Kommunenes Sentralforbund og Wiersholm, Mellbye & Bech, advokatfirma AS, fremgår det at utredningen skal konsentreres om de rettslige og lovtekniske spørsmålene som en innføring av regler om utfordringsrett vil reise. Problemstillinger beskrevet i ”Veiledning om privates utfordringsrett” utarbeidet av det danske Indenrigs- og Sundhedsministeriet 2. januar 2003, skal danne grunnlaget for utredningen. Det skal vurderes hvilke lovendringer som eventuelt må foretas i Norge og i tillegg hvilken betydning en innføring av regler om utfordringsrett vil kunne få for andre bestemmelser som regulerer kommunenes virksomhet. Et minimum av lover som skal gjennomgås og vurderes er kommuneloven, forvaltningsloven, offentlighetsloven, lov om offentlige anskaffelser, kommunehelsetjenesteloven, sosialtjenesteloven og arbeidsmiljøloven. Rettspraksis vedrørende virksomhetsoverdragelser, valgtrett og oppsigelser vil også måtte gjennomgås og vurderes i forhold til nye regler om utfordringsrett.

Samtidig som det ble innført regler om utfordringsrett i Danmark, ble det også innført regler om servicestrategi. Disse reglene omfattes ikke av oppdraget og er derfor bare behandlet i den utstrekning regler om servicestrategi har betydning for utfordringsretten.

1.3 Arbeidsmåte

Advokat Alex Borch har vært hovedansvarlig for utarbeidelsen av utredningen. Han har tidligere vært ansatt i Justisdepartementets lovavdeling med ansvar for blant annet forvaltningsrett, offentlighetsloven og lovteknikk.

Ansvarlig partner for utredningen er advokat Jan Fougner. Han har tidligere arbeidet hos Regjeringsadvokaten og har også senere i stor utstrekning jobbet med offentlig rett.

I tillegg har advokat Andreas Wahl bistått. Han har i mange år arbeidet med offentlige anskaffelser og er nå blant annet medlem av Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

I tråd med oppdraget er det tatt utgangspunkt i den ”Vejledning om privates udfordringsret” som det danske Indenrigs- og Sundhedsministeriet utga 2. januar 2003. Veiledningen er tatt inn som vedlegg 1 til denne utredningen og er også tilgjengelig via internettadressen ”www.retsinfo.dk”.

1.4 Sammendrag

1.4.1 Oversikt over danske regler om utfordringsrett

I punkt 2 er det redegjort nærmere for de danske reglene om utfordringsrett. Dette fremstår som hensiktsmessig dels fordi regjeringen i budsjettavtalen for 2003 er bedt om å vurdere de danske reglene om utfordringsrett. Dessuten finnes det foreløpig ikke noe konkret forslag til norske regler om utfordringsrett. På det nåværende tidspunkt vil det følgelig måtte tas utgangspunkt i de danske reglene når det skal vurderes hvilke rettslige og lovtekniske spørsmål en innføring av regler om utfordringsrett vil reise.

I punkt 2.2 er de danske lovreglene om utfordringsrett gjengitt. Reglene trådte i kraft 1. januar 2003. Hovedformålet med reglene er å få kommunestyrene til å vurdere sin oppgaveutførelse på de områdene der det fremsettes private utfordringstilbud. Formålet er tenkt nådd ved at kommunestyret er blitt forpliktet til å sammenligne omkostningene ved å akseptere et innkommet tilbud med omkostningene ved kommunens egen fortsatte utførelse av den oppgaven som tilbudet omfatter. På grunnlag av denne sammenligningen skal kommunestyret beslutte om den aktuelle oppgaven fortsatt skal utføres av kommunen eller om den skal utføres av andre.

Reglene pålegger ikke kommunestyret noen plikt til å akseptere tilbud som vil gi en billigere og/eller bedre løsning enn kommunens egen håndtering av den aktuelle oppgaven. Formålet med reglene er begrenset til å løfte privates tilbud på utførelse av kommunale oppgaver opp på et politisk nivå ved å stille krav om at slike tilbud skal behandles av kommunestyret. Dermed vil kommunestyret få anledning til å vurdere om kommunen kan få utført kommunale oppgaver billigere og/eller bedre enn i dag.

De danske reglene om utfordringsrett gjelder for både kommuner og fylkeskommuner. I tillegg gjelder de for såkalte ”kommunale fællesskaber”. Selskaper og lignende rettssubjekter som er organisert etter privatrettslige regler er ikke omfattet av reglene om utfordringsrett, selv om de helt eller delvis er eiet av en kommune. Reglene gjelder heller ikke for statlige organer. I et rundskriv er det likevel gitt visse regler om utfordringsrett i forhold til oppgaver som utføres av statlige organer, jf. punkt 2.11.

Etter den danske lov om kommunernes styrelse § 62 a første ledd første punktum er kommunestyret forpliktet til å treffe en beslutning når ”en privat afgiver et konkret tilbud på udførelse af en opgave, som kommunen udfører for sig selv”. Av denne formuleringen kan det utledes fire vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge et tilbud som er omfattet av reglene om utfordringsrett. For det første må tilbudet komme fra ”en privat”. For det annet må det foreligge ”et konkret tilbud”. For det tredje må tilbudet gjelde ”utførelse af en opgave”. For det fjerde må den oppgaven som tilbudet omfatter være en oppgave ”som kommunen udfører for sig selv”.

Det siste vilkåret innebærer at et tilbud som gjelder en oppgave som kommunen allerede har satt bort til en ekstern leverandør, ikke er omfattet av reglene om utfordringsrett. Det er i den forbindelse uten betydning om oppgaven utføres av et annet offentlig organ, herunder en annen kommune, en privat enkeltperson eller et selskap, en forening eller en annen virksomhet organisert på privatrettslig grunnlag.

Lov om kommunernes styrelse § 62 b gir kommunestyret adgang til å avvise private utfordringstilbud i en rekke tilfeller. En avvisningsrett innebærer at kommunen ikke behøver å realitetsbehandle utfordringstilbudet. Etter § 62 b kan et utfordringstilbud blant annet avvises hvis det ikke overstiger kr. 500.000, hvis tilbudsgiver ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet omfatter, hvis tilbudsgiver ikke kan sannsynliggjøre at vedkommende har den nødvendige tekniske kompetansen eller har en tilfredsstillende finansiell og økonomisk stilling, hvis tilbudet fremstår som unormalt lavt i forhold til ytelsen, hvis tilbudet svarer til et tilbud som kommunestyret allerede har vurdert eller hvis tilbudet gjelder en oppgave som kommunen har besluttet å sette ut på anbud.

Hvis det fremsettes et tilbud som er omfattet av reglene om utfordringsrett og som ikke blir avvist, er kommunestyret forpliktet til å treffe beslutning om den aktuelle oppgaven fortsatt skal utføres av kommunen selv. Som grunnlag for denne beslutningen skal det foretas en sammenligning av omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse og omkostningene ved å akseptere utfordringstilbudet.

Reglene om privates utfordringsrett stiller ingen krav til resultatet av kommunestyrets behandling av private utfordringstilbud. Selv om det private tilbudet vil føre til en bedre og billigere oppgaveutførelse enn den kommunale oppgaveutførelsen, kan kommunestyret likevel beslutte at kommunen fortsatt skal utføre oppgaven selv.

Dersom kommunestyret kommer til at kommunen ikke lenger skal utføre den aktuelle oppgaven selv, foreligger det i prinsippet to hovedalternativer: å akseptere det utfordringstilbudet som er fremsatt eller å sette oppgaven ut på anbud. Hvorvidt det er adgang til å akseptere utfordringstilbudet uten å gå veien om en anbudskonkurranse løses ikke av reglene om utfordringsrett, men av lovgivningens øvrige regler om offentlige anskaffelser.

Reglene om utfordringsrett er formulert slik at det er kommunestyret selv som må behandle de utfordringstilbud som fremsettes og ta stilling til om den aktuelle oppgaven fortsatt skal utføres av kommunen. Beslutning om avvisning av tilbud kan imidlertid treffes av administrasjonen, et stående utvalg eller økonomiutvalget.

1.4.2 I hvilken utstrekning kan de danske reglene om utfordringsrett innføres i Norge?

I punkt 3 er det tatt utgangspunkt i de danske lovreglene om utfordringsrett. Det er så mer generelt vurdert i hvilken utstrekning disse reglene rettslig og lovteknisk vil kunne innføres i norsk rett. I forlengelsen av dette er det pekt på uklarheter og spørsmål som er knyttet til utfordringsretten som sådan og som bør avklares i forbindelse med en eventuell innføring av regler om utfordringsrett i Norge.

Ved innføringen av regler om utfordringsrett i Danmark er det valgt en enkel lovteknisk modell. Det er vedtatt tre særskilte bestemmelser om utfordringsrett som tar sikte på å regulere alle vesentlige sider av utfordringsretten. Disse bestemmelsene er plassert i lov om kommunernes styrelse, som gjelder generelt for virksomheten i kommunene og fylkeskommunene i Danmark. Ved innføringen av regler om utfordringsrett i Danmark ble det ikke gjort noen endringer i annen lovgivning.

Det er ikke noe prinsipielt i veien for å innføre regler om utfordringsrett på tilsvarende måte i den norske kommuneloven. Dersom reglene om utfordringsrett også skal gjelde i forhold til staten, vil det imidlertid ikke være naturlig å plassere dem i kommuneloven. En plassering i lov om offentlige anskaffelser eller en innføring av en egen lov om utfordringsrett vil da være mer naturlig.

Ved innføring av regler om utfordringsrett i kommuneloven vil det måtte vurderes i hvilken utstrekning de skal gjelde for interkommunale samarbeid som omhandlet i kommuneloven § 27 nr. 1 og kommunale foretak som omhandlet i kommuneloven kapittel 11. Et særlig spørsmål er om det vil eller bør foreligge en utfordringsrett i forhold til interkommunale selskaper organisert etter lov av 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskaper. Også dette må vurderes i forbindelse med en eventuell innføring av regler om utfordringsrett.

Når det gjelder hvilke tilbud som er omfattet av reglene om utfordringsrett er det særlig avgrensningen til oppgaver som kommunen utfører for seg selv som vil kunne medføre problemer. Det bør således vurderes særskilt hvilken betydning det bør få at en kommune har overlatt oppgaver til interkommunale samarbeid i henhold til kommuneloven § 27, særlige styrer opprettet i medhold av kommuneloven § 11, kommunale og fylkeskommunale foretak opprettet i medhold av kommuneloven kapittel 11 eller interkommunale selskaper opprettet i medhold av lov om interkommunale selskaper.

Det vil åpenbart være hensiktsmessig med bestemmelser som åpner for avvisning av private utfordringstilbud. Ingen av avvisningsbestemmelsene i lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 1-9 er som sådan uforenlige med øvrige norske lovregler.

Etter § 62 b første ledd nr. 1 kan utfordringstilbud som ikke overstiger kr. 500.000,- avvises. Dersom en slik bestemmelse innføres i Norge, vil det medvirke til at det i praksis nesten aldri vil være aktuelt uten videre å akseptere et utfordringstilbud. Direkte anskaffelser er etter forskrift av 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser § 11-2 første ledd stort sett bare aktuelt for anskaffelser der prisen ikke overstiger kr. 200.000,-.

Kjernen i utfordringsretten er plikten til å treffe beslutning om den aktuelle oppgaven fortsatt skal utføres av kommunen selv. Som grunnlag for denne beslutningen skal det foretas en sammenligning av omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse og omkostningene ved å akseptere det private tilbudet. Slike omkostningsberegninger og sammenligninger vil kunne bli vanskelige i praksis, noe som kan nødvendiggjøre klargjøringer i form av retningslinjer eller lignende.

De danske reglene om utfordringsrett stiller ingen krav til resultatet av kommunestyrets behandling av private utfordringstilbud. Selv om det private tilbudet vil føre til en bedre og billigere oppgaveutførelse enn den kommunale oppgaveutførelsen, kan kommunestyret likevel beslutte at kommunen fortsatt skal utføre oppgaven selv. Også denne friheten må sies å være en integrert del av de danske reglene om utfordringsrett som vil kunne videreføres i Norge.

Dersom kommunestyret kommer til at kommunen ikke lenger skal utføre den aktuelle oppgaven selv, vil det i prinsippet foreligge to hovedalternativer: å akseptere det utfordringstilbudet som er avgitt eller å sette oppgaven ut på anbud. Den klare hovedregel i det norske regelverket for offentlige anskaffelser, er at det må gjennomføres en eller annen form for konkurranse ved offentlige anskaffelser.

Hvorvidt kommunestyret eller fylkestinget selv må behandle et privat utfordringstilbud eller om denne oppgaven kan delegeres til andre, vil avhenge av hvordan eventuelle regler om utfordringsrett blir utformet.

1.4.3 Hvilken betydning vil en innføring av regler om utfordringsrett få for lovbestemmelser som regulerer kommunenes og fylkeskommunenes virksomhet?

Mens det i punkt 3 er tatt utgangspunkt i de danske reglene om utfordringsrett, er det i punkt 4 tatt utgangspunkt i bestemte norske lover som regulerer kommuners og fylkeskommuners virksomhet. Det forutsettes at det skal innføres regler om utfordringsrett i den norske kommuneloven tilsvarende de danske reglene om utfordringsrett. Det vurderes så hvilke uklarheter og spørsmål som kan oppstå i forhold til andre norske lovbestemmelser som regulerer kommuners og fylkeskommuners virksomhet.

I praksis vil en utfordringsrett særlig kunne få betydning i forhold til kommunal og fylkeskommunal virksomhet som kan betegnes som tjenesteyting i vid forstand eller forretningsvirksomhet. Det er nettopp slik virksomhet som private vil kunne tilby. Hovedvekten er derfor lagt på lovbestemmelser som regulerer kommuners og fylkeskommuners tjenesteyting i vid forstand og forretningsvirksomhet.

Lovbestemmelser som regulerer kommuners og fylkeskommuners utøvelse av offentlig myndighet – typisk i form av pålegg, forbud og tildeling av tillatelser – vil normalt forutsette at myndighetsutøvelsen ikke kan overlates til private. Utfordringstilbud som gjelder utøvelse av offentlig myndighet fremstår som lite praktisk, men vil uansett kunne avvises dersom det i Norge innføres en bestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2. Denne bestemmelsen gir hjemmel for å avvise tilbud fra tilbudsgivere som ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet omfatter.

Her i sammendraget nevnes bare de lovene som har størst betydning i forhold til regler om utfordringsrett. Langt flere lover er omtalt i punkt 4.

En plassering av regler om utfordringsrett i kommuneloven vil ikke nødvendiggjøre endringer i kommunelovens øvrige bestemmelser. Det er for så vidt tre forhold med tilknytning til kommuneloven som bør avklares i forbindelse med en eventuell innføring av regler om utfordringsrett. Dette gjelder hvilke kommunale organer som skal kunne utfordres, konsekvensene av at en oppgave er overlatt til en institusjon (§ 11), et interkommunalt samarbeid (§ 27), et kommunalt foretak (kapittel 11) eller et interkommunalt selskap, og kommunestyrets adgang til delegasjon (§§ 8 nr. 3, 10 nr. 2, 12 nr. 3 og 23 nr. 4). Hvis disse uklarhetene løses direkte i reglene om utfordringsrett, vil det ikke være nødvendig å foreta endringer eller presiseringer i kommunelovens øvrige bestemmelser.

Forvaltningsloven inneholder generelle saksbehandlingsregler som gjelder for alle statlige og kommunale organer i den utstrekning ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov. En innføring av regler om utfordringsrett vil ikke medføre noe behov for å endre bestemmelser i forvaltningsloven.

Forvaltningsloven vil i prinsippet gjelde for kommuners og fylkeskommuners behandling av private utfordringstilbud. Bestemmelsene i kapittel IV-VI får imidlertid bare anvendelse i saker som gjelder enkeltvedtak. Det må legges til grunn at ingen av de beslutningene som det er aktuelt å treffe i forbindelse med behandlingen av et privat utfordringstilbud, vil utgjøre enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand.

Dersom det innføres regler om utfordringsrett som innebærer at interkommunale selskaper skal kunne utfordres direkte, vil det ikke nødvendiggjøre endringer i lov om interkommunale selskaper. For øvrig fremstår det som uklart om et interkommunalt selskap vil kunne regnes som en privat som selv vil kunne fremsette utfordringstilbud overfor kommuner og fylkeskommuner.

Lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter er basert på at de fleste offentlige anskaffelser skal foretas etter en eller annen form for konkurranse. Regelverket om offentlige anskaffelser vil ha stor betydning i forhold til regler om utfordringsrett fordi regelverket begrenser kommunenes adgang til uten videre å akseptere utfordringstilbud som måtte bli fremsatt. En aksept av et utfordringstilbud vil jo utgjøre en form for offentlig anskaffelse. Hvis utfordringstilbudet gjelder en ytelse som er omfattet av regelverket, vil kommunen bare kunne akseptere tilbudet dersom vilkårene for direkte anskaffelse i forskrift om offentlige anskaffelser § 11-2 er oppfylt. Mest praktisk synes alternativet i § 11-2 første ledd bokstav a å være, som åpner for direkte anskaffelse når prisen ikke overstiger kr. 200.000,- eksklusive merverdiavgift. Er ingen av vilkårene i § 11-2 oppfylt vil et utfordringstilbud ikke kunne aksepteres. Kommunen må da i stedet beslutte enten at oppgaven fortsatt skal utføres av kommunen selv eller at oppgaven skal overlates til andre etter en anskaffelsesprosedyre i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser.

Arbeidsmiljøloven gjelder for enhver virksomhet som sysselsetter arbeidstakere, herunder kommuner og fylkeskommuner. Loven regulerer primært hvilke krav som stilles til arbeidsmiljøet og hvilke rettigheter og plikter kommuner og fylkeskommuner har i forhold til sine ansatte. En innføring av regler om utfordringsrett vil i utgangspunktet ikke reise spørsmål i forhold til arbeidsmiljøloven. Arbeidsrettslige problemstillinger vil imidlertid kunne oppstå etter at et utfordringstilbud er behandlet, navnlig dersom resultatet av behandlingen blir at den aktuelle oppgaven skal overlates til andre.

En *første* problemstilling er om og eventuelt når en beslutning om å overlate en oppgave til andre vil kunne utgjøre en virksomhetsoverdragelse. Den viktigste konsekvensen av at det foreligger en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand, er at arbeidstakernes rettigheter og plikter i ansettelsesforholdet overføres fra tidligere innehaver til ny innehaver.

Innledningsvis slås det fast at også overføring av offentlig virksomhet vil kunne utgjøre en virksomhetsoverdragelse. For øvrig er det tre vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. Det må foreligge en overføring av virksomhet eller del av virksomhet, overføringen må skje til en annen innehaver og overføringen må skje som følge av overdragelse. De to siste vilkårene vil normalt være oppfylt dersom en kommune skal overlate utførelsen av en oppgave til andre. Mer uklart kan det være om og eventuelt når slik oppgaveutsetting kan sies å innebære en overføring av virksomhet eller del av virksomhet. I praksis er dette vilkåret blitt tolket slik at det må foreligge en selvstendig økonomisk enhet før overføringen som videreføres og beholder sin identitet etter overføringen. Det er klart at egne kommunale etater eller andre organer vil utgjøre selvstendige økonomiske enheter, men også mindre deler av en kommune eller en kommunal etat vil kunne utgjøre enheter som vil kunne være gjenstand for en virksomhetsoverdragelse. Dette vil måtte vurderes konkret.

Et *annet* spørsmål er i hvilken utstrekning kommunalt ansatte kan motsette seg at deres ansettelsesforhold blir overført til en ny arbeidsgiver som følge av en virksomhetsoverdragelse. I den grad kommunalt ansatte har en slik rett, vil det innebære at de kan velge å opprettholde sitt ansettelsesforhold i kommunen selv om den oppgaven de har

utført er blitt overlatt til andre. Dette omtales gjerne som spørsmålet om arbeidstakeres valgrett i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse.

Høyesterett har uttalt at en valgrett vil kunne foreligge i visse spesielle tilfeller der selve overgangen måtte antas å ha betydning for arbeidstakerens situasjon. Ved overføring av begrensede deler av en virksomhet vil arbeidssituasjonen og arbeidskontrakten lettere skifte realitetsinnhold slik at arbeidstakeren i så fall kan fastholde sin opprinnelige arbeidskontrakt.

Spørsmålet om valgrett i forhold til kommunen som arbeidsgiver sto sentralt i to dommer avsagt av Høyesterett i 2000 vedrørende omorganiseringer i Oslo kommune. Den første saken gjaldt overføring av den virksomheten som ble drevet av Oslo kommunes Etat for psykiatri i Lovisenberg/Diakonhjemmet sektor, til de to private sykehusene Lovisenberg og Diakonhjemmet. Etter en konkret vurdering kom Høyesterett til at den overføring som hadde funnet sted ikke hadde særlig innvirkning på arbeidsforholdene og at det derfor ikke forelå noen valgrett. Den andre saken gjaldt omdanning av den kommunale særbedriften Miljøtransport til Miljøtransport AS. Her kom Høyesteretts flertall at det i utgangspunktet forelå en valgrett. I den forbindelse ble det særlig vist til den usikkerhet i forhold til en overtallighetssituasjon som virksomhetsoverdragelsen her innebar. Renovasjon var et konkurranseutsatt område. Det var lite tvilsomt at arbeidstakernes faktiske muligheter for omplassering ville være langt bedre hos den store arbeidsgiveren Oslo kommune enn hos Miljøtransport AS. Det må på grunnlag av rettspraksis sies at det i praksis vil kunne være uklart om en kommunes beslutning om å overlate en oppgave til andre, vil gi de berørte arbeidstakerne valgrett.

Et *tredje* spørsmål er i hvilken utstrekning en kommune eller fylkeskommune kan si opp arbeidstakere når utførelsen av en oppgave som kommunen tidligere har utført selv, er overlatt eller skal overlates til andre. Av arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1 følger det at en arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgiverens eller arbeidstakerens forhold. Overtallighet i forhold til de arbeidsoppgaver som skal utføres vil i prinsippet kunne gi grunnlag for en oppsigelse.

§ 60 nr. 2 annet ledd inneholder en særbestemmelse for de tilfellene der det er virksomhetens "*ordinære drift*" som settes ut på oppdrag. Bestemmelsen forbyr ikke slik oppdragsutsetting, men slår fast at oppsigelser som skyldes at virksomhetens ordinære drift er satt ut på oppdrag, bare vil være saklige dersom det er helt nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift. Det vil i konkrete tilfeller kunne være vanskelig å avgjøre hva som skal regnes som en del av en kommunes ordinære drift.

Dersom en kommunes ordinære drift blir satt ut på oppdrag, følger det av § 60 nr. 2 annet ledd at eventuelle oppsigelser bare vil være saklige dersom "*det er helt nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift*". Det kan ikke generelt utelukkes at en kommune vil kunne hevde at utsetting av ordinær virksomhet er helt nødvendig av hensyn til kommunens økonomi. I en konkret oppsigelsessak vil imidlertid kommunalt ansatte kunne påberope seg denne strenge saklighetsnormen og argumentere for at kommunens økonomi ikke er så dårlig at det er "*helt nødvendig*" med oppsigelser.

1.4.4 Litt om mulige praktiske konsekvenser av en innføring av regler om utfordringsrett

Selv om oppdraget i utgangspunktet er begrenset til de rettslige og lovtekniske spørsmålene som en innføring av regler om utfordringsrett vil reise, er vi også bedt om kort å vurdere hvilke praktiske konsekvenser en innføring av regler om utfordringsrett vil kunne ha. Det presiseres her innledningsvis at våre vurderinger nødvendigvis vil være usikre.

Et hovedformål med regler om utfordringsrett er å sikre en bedre og/eller rimeligere utførelse av kommunale oppgaver. Det er bred enighet om at dette er et godt formål, og det er lett å være positiv til regler som skal ivareta dette formålet. Dette betyr imidlertid ikke at regler om utfordringsrett nødvendigvis vil bidra til å sikre en bedre og/eller rimeligere utførelse av kommunale oppgaver.

En første usikkerhet synes å være i hvilken utstrekning private vil benytte seg av en rett til å fremsette utfordringstilbud. Private vil ikke ha krav på noen form for betaling for arbeidet med å utarbeide slike tilbud. Det å beregne hva det vil koste å utføre en bestemt oppgave som kommunen utfører, vil i mange tilfeller være vanskelig. Kommunen vil dessuten på grunn av regelverket for offentlige anskaffelser normalt være avskåret fra uten videre å akseptere et utfordringstilbud. Ved fremsettelse av et utfordringstilbud vil den private i beste fall kunne oppnå at det blir utlyst en anbudskonkurranse knyttet til den oppgaven som utfordringstilbudet omfatter.

Regler om utfordringsrett vil pålegge kommunene å behandle de konkrete utfordringstilbud som måtte bli fremsatt. De som ikke blir avvist må realitetsbehandles. Slik realitetsbehandling innebærer blant annet en sammenligning av omkostningene ved å akseptere tilbudet og omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse. Særlig det å beregne kommunens egne omkostninger vil i praksis kunne være komplisert.

Hvor mye merarbeid en innføring av regler om utfordringsrett vil medføre for kommunene vil i stor grad avhenge av hvor mange utfordringstilbud som blir fremsatt. Det vil imidlertid også kunne variere fra kommune til kommune hvor mye merarbeid regler om utfordringsrett vil medføre. Utfordringsretten vil bare gjelde i forhold til oppgaver som kommunen utfører selv. Kommuner som allerede i stor grad har overlatt oppgaver til andre vil dermed i stor utstrekning kunne unnlate å behandle private utfordringstilbud med henvisning til at tilbudet ikke omfatter en oppgave som kommunen utfører selv.

Regelverket om offentlige anskaffelser innebærer at det svært sjelden vil være aktuelt uten videre å akseptere et fremsatt utfordringstilbud.

Det er mer usikkert om og eventuelt i hvilken utstrekning regler om utfordringsrett vil øke omfanget av oppgaveutsetting. Det må antas at en innføring av regler om utfordringsrett i hvert fall vil bevisstgjøre en rekke kommuner. Det kan imidlertid ikke ses bort fra at noen kommuner vil kunne se på en innføring av regler om utfordringsrett som et inngrep i det kommunale selvstyret. I så fall vil det kunne føre til en skeptisk og/eller kritisk holdning til hele ordningen.

Et av hovedformålene med en utfordringsrett vil være å bidra til en bedre og/eller billigere utførelse av kommunale oppgaver. Det må antas at hvis en kommune etter å ha behandlet et utfordringstilbud kommer til at den aktuelle oppgaven bør overlates til andre, så vil det være fordi utfordringstilbudet viser eller tyder på at private vil kunne utføre den aktuelle oppgaven billigere og/eller bedre enn kommunen. Det må imidlertid antas at det vil kunne være problematisk for kommunene å beregne omkostningene ved sin egen oppgaveutførelse. Og hvis de kommunalt ansatte som tidligere har utført den aktuelle oppgaven ikke skal utføres, oppstår spørsmålet hvordan deres lønnskostnader skal hensyntas ved beregningen av omkostningene ved å akseptere utfordringstilbudet. Det vil også være en fare for at fremsatte utfordringstilbud er misvisende.

Regler om utfordringsrett reiser ikke som sådan særlige arbeidsrettslige spørsmål. Oppgaveutsetting vil imidlertid kunne medføre usikkerhet knyttet til om de kommunalt ansatte som har utført den aktuelle oppgaven, har krav på ansettelse hos den virksomheten

som i fremtiden skal utføre oppgaven, om de eventuelt kan kreve å få opprettholde sitt ansettelsesforhold i kommunen og om de i så fall vil kunne sies opp av kommunen. Denne usikkerheten vil igjen kunne føre til redusert trivsel og effektivitet og tvister mellom kommunen og de ansatte.

2. OVERSIKT OVER DANSKE REGLER OM UTFORDRINGSRETT

2.1 Innledning

Av budsjettavtalen for 2003 fremgår det at regjeringen i kommuneproposisjonen for 2004 skal vurdere den danske utfordringsretten. Det fremstår dermed som hensiktsmessig å redegjøre nærmere for de danske reglene om utfordringsrett. I den forbindelse nevnes også at det foreløpig ikke finnes noe konkret forslag til norske regler om utfordringsrett. På det nåværende tidspunkt vil det følgelig måtte tas utgangspunkt i de danske reglene når det skal vurderes hvilke rettslige og lovtekniske spørsmål en innføring av regler om utfordringsrett vil reise.

I punkt 2.2 er de danske lovreglene om utfordringsrett gjengitt. I punkt 2.3 er formålet med bestemmelsene beskrevet. I punkt 2.4 er det redegjort for hvilke offentlige organer som er forpliktet til å behandle private utfordringstilbud. I punkt 2.5 er det beskrevet hvilke krav som stilles til tilbud for at de skal være omfattet av reglene om private utfordringer. I punkt 2.6 er de ulike grunnlagene for å avvise private utfordringstilbud beskrevet. I punkt 2.7 og 2.8 er det redegjort for hvilke beslutninger som kan treffes i forbindelse med behandlingen av et privat utfordringstilbud og hvilke saksbehandlingsregler som gjelder i den forbindelse. I punkt 2.9 beskrives det i hvilken grad behandlingen av private utfordringstilbud er offentlig. Punkt 2.10 inneholder en oversikt over aktuelle kontroll- og sanksjonsbestemmelser.

De lovreglene om utfordringsrett som er innført i Danmark, gjelder ikke for staten. Gjennom rundskriv ("cirkulære") nr. 159 av 17. desember 2002 fra det danske Finansministeriet er det imidlertid gitt visse regler om utfordringsrett i forhold til oppgaver som utføres av statlige organer. Det er redegjort for hovedpunktene i nevnte rundskriv i punkt 2.11.

2.2 Danske lovbestemmelser om utfordringsrett

Ved lov av 6. juni 2002 nr. 373 ble den danske lov om kommunernes styrelse endret. Det ble i den forbindelse tatt inn tre nye bestemmelser i loven vedrørende utfordringsrett. Disse bestemmelsene har følgende ordlyd:

"§ 62 a. Når en privat afgiver et konkret tilbud på udførelse af en opgave, som kommunen udfører for sig selv, skal kommunalbestyrelsen træffe beslutning om, hvorvidt opgaven fortsat skal udføres af kommunen. Kommunalbestyrelsen skal underrette den private tilbudsgiver om kommunalbestyrelsens beslutning og ledsage denne med en begrundelse, hvis kommunalbestyrelsen ikke antager tilbuddet.

Stk. 2. Kommunalbestyrelsen skal til brug for en beslutning efter stk. 1 foretage en sammenligning mellem omkostningerne ved kommunens egen opgaveudførelse og de omkostninger, der vil være forbundet med at antage det indkomne tilbud.

Stk. 3. Stk. 1 og 2 gælder tillige for kommunale fællesskaber, jf. § 60.

Stk. 4. Indenrigs- og sundhedsministeren kan fastsætte regler om beregningen af omkostninger efter stk. 2.

§ 62 b. Kommunalbestyrelsen kan afvise at træffe beslutning efter § 62 a, hvis

1) tilbuddet ikke overstiger 500.000 kr. for enkeltstående ydelser og 500.000 kr. pr. år for løbende ydelser,

- 2) tilbudsgiver ikke lovligt vil kunne udføre den opgave, som tilbuddet omfatter,
- 3) tilbudsgiver ikke kan sandsynliggøre, at denne har den fornødne tekniske formåen,
- 4) tilbudsgiver ikke kan sandsynliggøre, at denne har den fornødne finansielle og økonomiske formåen,
- 5) tilbudsgiver ikke kan sandsynliggøre, at forhold af mere personlig karakter ikke gør denne uegnet til at udføre opgaven,
- 6) tilbuddet forekommer at være unormalt lavt i forhold til ydelsen,
- 7) tilbuddet svarer til et tilbud, som kommunalbestyrelsen inden for den pågældende valgperiode har behandlet efter § 62 a,
- 8) tilbuddet omfatter en opgave, som kommunalbestyrelsen før tilbuddets modtagelse har besluttet at sende i udbud, eller
- 9) tilbuddet omfatter en opgave, som afviger fra den opgaveafgrænsning, som kommunalbestyrelsen beslutter skal udgøre grundlaget for en beslutning efter § 62 a. Kommunalbestyrelsen skal i sådanne tilfælde oplyse tilbudsgiver om den valgte afgrænsning af opgavens indhold.

Stk. 2. Afgørelser efter stk. 1, nr. 1-8, kan træffes af kommunens administration, et stående udvalg eller økonomiudvalget. Tilsvarende gælder afgørelser efter stk. 1, nr. 9, hvis tilbuddet svarer til et tilbud, som kommunalbestyrelsen inden for den pågældende valgperiode har behandlet efter stk. 1, nr. 9.

Stk. 3. Stk. 1 og 2 gælder tillige for kommunale fællesskaber, jf. § 60.

§ 62 c. Kommunalbestyrelsen skal inden udgangen af 3. kvartal i det år, hvori valg til kommunalbestyrelser finder sted, redegøre for, hvordan kommunalbestyrelsen følger op på kommunens servicestrategi efter § 62, stk. 1. Kommunalbestyrelsen skal endvidere redegøre for de tilbud, som den har behandlet efter § 62 a og § 62 b, stk. 1, nr. 9. Redegørelsen skal gøres tilgængelig for kommunens beboere.

Stk. 2. Redegørelsen efter stk. 1 skal indeholde oplysninger om udbud af opgaver, der er gennemført i den pågældende valgperiode, samt oplysninger om varetagelsen af de opgaver, som kommunen efter en udbudsforretning fortsat udfører for sig selv. Redegørelsen skal endvidere indeholde oplysninger om, hvorvidt kommunalbestyrelsens behandling af tilbud efter § 62 a har medført, at den af tilbuddet omhandlede opgave udføres af andre end kommunen, og i benægtende fald, hvad årsagen er til, at opgaven ikke udføres af andre end kommunen.

Stk. 3. Indenrigs- og sundhedsministeren kan fastsætte nærmere regler for redegørelsens indhold og udformning.”

De nye reglene om utfordringsrett trådte i kraft 1. januar 2003. En nærmere redegørelse for reglene findes i den ”Vejledning om privates udfordringsret” som det danske Indenrigs- og

Sundhedsministeriet utarbeidet 2. januar 2003 og som er tatt inn som vedlegg 1 til denne utredningen (i det følgende omtalt som "Veiledningen").

Forarbeidene til reglene om utfordringsrett er tilgjengelige via internettadressen "www.folketinget.dk/?/Samling/20012/lovforslag_som_vedtaget/L159.htm"

2.3 Formålet med reglene om utfordringsrett

Om formålet med reglene om utfordringsrett er det i Veiledningen punkt 2 blant annet uttalt følgende:

"Hovedformålet med reglerne om privates udfordringsret er at forpligte kommunalbestyrelserne til at overveje deres opgaveløsning inden for de kommunale områder i forbindelse med behandlingen af private tilbud om at udføre opgaver for kommunerne for derigennem at opnå den bedst mulige kvalitet til de lavest mulige omkostninger. Reglerne om privates udfordringsret giver således kommunalbestyrelserne et værktøj til at overveje, om den opgave, som udfordringstilbudet vedrører, vil kunne varetages bedre og billigere uden for kommunens regi. Samtidig får de private leverandører ved hjælp af udfordringsretten en bedre mulighed for at få sat fokus på, om kommunens opgavevaretagelse fremover skal ske i samspil med private."

Formålet er tenkt nådd ved at kommunestyret er blitt forpliktet til å sammenligne omkostningene ved å akseptere et innkommet tilbud med omkostningene ved kommunens egen fortsatte utførelse av den oppgaven som tilbudet gjelder. På grunnlag av denne sammenligningen skal kommunestyret beslutte om den aktuelle oppgaven fortsatt skal utføres av kommunen eller om den skal utføres av andre.

Reglene pålegger ikke kommunestyret noen plikt til å akseptere tilbud som vil gi en billigere og/eller bedre løsning enn kommunens egen håndtering av den aktuelle oppgaven. Formålet med reglene er begrenset til å løfte privates tilbud på utførelse av kommunale oppgaver opp på et politisk nivå ved å stille krav om at slike tilbud skal behandles av kommunestyret. Dermed vil kommunestyret få anledning til å vurdere om kommunen kan få utført kommunale oppgaver billigere og/eller bedre enn i dag.

2.4 Hvilke offentlige organer er forpliktet til å behandle private utfordringstilbud?

Det fremgår av den danske lov om kommunernes styrelse § 1 at den gjelder for både kommuner og fylkeskommuner ("amtskommuner"). Av §§ 62 a nr. 3 og 62 b nr. 3 fremgår det at bestemmelsene om utfordringsrett også gjelder for såkalte "kommunale fællesskaber". Slike kommunale fellesskap er nærmere beskrevet i Veiledningen punkt 3:

"Kommuner kan efter § 60 i den kommunale styrelseslov med tilsynsmyndighedens samtykke indgå aftaler om samarbejde, der vil medføre indskrænkning i de enkelte deltagende kommunalbestyrelses beføjelser. Hvis aftalerne indebærer, at der etableres et selvstændigt styrelsesorgan, betegnes samarbejdet et kommunalt fællesskab. Kommunale fællesskaber er selvstændige, offentligretlige organer og henregnes til den offentlige forvaltning. Det er uden betydning, om fællesskabet er organiseret i en privatretlig organisationsform. Et kommunalt fællesskab kan dog ikke organiseres som et aktie- eller anpartsselskab. Kommunale fællesskaber, som er godkendt af den kommunale tilsynsmyndighed efter § 60 i den kommunale styrelseslov, er således

omfattet af reglerne om privates udfordringsret, uanset i hvilken form fællesskaberne er organiseret.”

Dette innebærer at hvis det gjennom en avtale mellom kommuner er opprettet et organ som er godkjent av den kommunale tilsynsmyndigheten, vil også dette organet kunne utfordres etter reglene om utfordringsrett.

Selskaper og lignende rettssubjekter som er organisert etter privatrettslige regler vil ikke være omfattet av reglene om utfordringsrett, selv om de helt eller delvis er eiet av en kommune. Reglene i lov om kommunernes styrelse gjelder heller ikke for statlige organer. Som det vil bli gjort nærmere rede for i punkt 2.11 er det imidlertid i et rundskriv gitt visse regler om utfordringsrett i forhold til oppgaver som utføres av statlige organer.

2.5 Hvilke krav stilles til tilbud for at de skal være omfattet av reglene om utfordringsrett?

2.5.1 Oversikt

Når en kommune mottar et tilbud om utførelse av en kommunal oppgave, må det først tas stilling til om tilbudet er omfattet av reglene om utfordringsrett.

Etter lov om kommunernes styrelse § 62 a første ledd første punktum er kommunestyret forpliktet til å treffe en beslutning når *”en privat afgiver et konkret tilbud på udførelse af en opgave, som kommunen udfører for sig selv”*. Av denne formuleringen kan det utledes fire vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge et tilbud som er omfattet av reglene om utfordringsrett. For det første må tilbudet komme fra *”en privat”*. For det annet må det foreligge *”et konkret tilbud”*. For det tredje må tilbudet gjelde *”utførelse af en opgave”*. For det fjerde må den oppgaven som tilbudet omfatter være en oppgave *”som kommunen udfører for sig selv”*.

2.5.2 Det må foreligge et tilbud fra en privat

Formuleringen *”en privat”* omfatter i henhold til Veiledningen punkt 4.2 både enkeltpersoner, selskaper, foreninger og andre virksomheter som er organisert på privatrettslig grunnlag. Også virksomheter som helt eller delvis er eiet av det offentlige vil dermed være private hvis de er organisert etter privatrettslige regler.

Forvaltningsorganer vil ikke regnes som private i forhold til reglene om utfordringsrett. Reglene er ikke til hinder for at et offentlig organ som i henhold til lovgivningen for øvrig kan utføre oppgaver for en kommune, kan gi tilbud til en kommune om utførelse av slike oppgaver. Organet kan imidlertid ikke kreve at slike tilbud skal behandles etter reglene om utfordringsrett.

2.5.3 Det må foreligge et konkret tilbud

Reglene om utfordringsrett gjelder bare dersom det er gitt *”et konkret tilbud”*. Hvorvidt det foreligger et tilbud vil måtte løses etter alminnelige avtalerettslige regler. Et tilbud er det vanlig å betegne som et løfte som binder avgiveren mens akseptfristen løper. Den som avgir et tilbud avgjør selv om det skal settes en akseptfrist og hvor lang den eventuelt skal være. Hvis henvendelsen fra den private bare er en oppfordring til kommunen om å gi et tilbud eller innlede forhandlinger om utførelsen av en kommunal oppgave eller bare er et reklamebrev, kommer reglene om privates utfordringsrett ikke til anvendelse.

At tilbudet skal være konkret innebærer at det må være utformet spesifikt til den aktuelle kommunen. Generelle tilbud som er sendt til flere mottakere, omfattes ikke av reglene om utfordringsrett. Et tilbud kan imidlertid være konkret selv om tilbudsgiveren har brukt en felles mal for utarbeidelse av flere konkrete tilbud til ulike kommuner.

Det stilles ikke nærmere krav til presisjon og detaljeringsgrad i tilbudene. Hvis man for eksempel er på et område der kommunen bare kan inngå avtale etter anbud, vil tilbudet ikke kunne aksepteres uten videre og vil dermed primært utgjøre en del av kommunens beslutningsgrunnlag når det skal tas stilling til om en oppgave skal settes ut på anbud. I så fall kan den private i tilbudet nøye seg med å angi karakteren av ytelsen og den prisen som tilbudsgiveren forventer å kunne tilby i en eventuel anbudskonkurranse. For øvrig kan kommunen be om tilleggsopplysninger i den grad det er nødvendige for å kunne behandle tilbudet.

2.5.4 Tilbudet må gjelde utførelsen av en oppgave

Det at tilbudet må gjelde "*utførelse af en opgave*" vil antagelig ha begrenset betydning i praksis. Det stilles ingen krav til oppgavens art. Både løpende virksomhet og enkeltstående oppdrag vil kunne regnes som oppgaver i forhold til reglene om utfordringsrett. Tilbud som utelukkende gjelder levering av varer eller lignende vil det imidlertid ikke være naturlig å betegne som tilbud på utførelse av en oppgave.

2.5.5 Den oppgaven som tilbudet gjelder må være en oppgave kommunen selv utfører

Reglene om privates utfordringsrett gjelder bare for tilbud som omfatter oppgaver som kommunen "*utfører for sig selv*". Et tilbud som gjelder en oppgave som kommunen allerede har satt bort til en ekstern leverandør, er således ikke omfattet av reglene om utfordringsrett. Det er i den forbindelse uten betydning om oppgaven utføres av et annet offentlig organ, herunder en annen kommune, en privat enkeltperson eller et selskap, en forening eller en annen virksomhet organisert på privatrettslig grunnlag. Det er også uten betydning om virksomheten er helt eller delvis eiet av den aktuelle kommunen.

En oppgave som kommunen får utført gjennom deltagelse i et kommunalt fellesskap etter lov om kommunernes styrelse § 60, vil heller ikke være en oppgave som kommunen utfører for seg selv. Den private vil imidlertid da i stedet kunne rette sitt tilbud til det kommunale fellesskapet, idet slike fellesskap er omfattet av reglene om utfordringsrett.

Hvis det gis et tilbud vedrørende en oppgave som kommunen delvis utfører selv og delvis får utført av en ekstern leverandør, faller tilbudet i sin helhet utenfor reglene om utfordringsrett. I slike tilfeller vil det imidlertid kunne følge av prinsippet om god forvaltningsskikk at kommunen orienterer tilbudsgiveren om dette, slik at tilbudet kan tilpasses slik at det bare omfatter den delen av oppgaven som kommunen utfører for seg selv.

2.6 Adgangen til å avvise private utfordringstilbud

2.6.1 Oversikt

Lov om kommunernes styrelse § 62 b gir kommunestyret adgang til å avvise private utfordringstilbud i en rekke tilfeller. En avvisningsrett innebærer at kommunen ikke behøver å realitetsbehandle utfordringstilbudet. Kommunen behøver da ikke å sammenligne omkostningene ved å akseptere det tilbudet som er avgitt med omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse og behøver heller ikke å ta stilling til om den aktuelle

oppgaven skal overlates til andre. I punkt 2.6.2-2.6.8 gis en oversikt over de ni grunnlagene for avvísning i lov om kommunernes styrelse § 62 b.

Bestemmelsen i § 62 b pålegger ikke kommunen noen avvísningsplikt. Selv om et tilbud kan avvíses, vil kommunen i stedet kunne behandle tilbudet og eventuelt inngå avtale på grunnlag av det.

2.6.2 Tilbudet er lavere enn kr. 500.000

Etter lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 1 kan et privat utfordringstilbud avvíses hvis det ikke overstiger kr. 500.000 for enkeltstående ytelser og kr. 500.000 pr. år for løpende ytelser. Den angitte terskelverdien gjelder for verdien av ytelsen eksklusive mva.

Ved anvendelse av den årlige terskelverdien for tilbud på løpende ytelser skal det tas utgangspunkt i løpende ettårsperioder og ikke kalenderåret. Terskelverdien skal ikke reduseres selv om tilbudet gjelder løpende ytelser for en periode som er kortere enn ett år. Hvis et tilbud er basert på en lengre løpetid enn ett år og det ikke er fastsatt en samlet pris, skal tilbudets verdi beregnes ut fra den årlige utgiften.

2.6.3 Tilbudsgiver kan ikke lovlig utføre oppgaven

Etter lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2 kan et privat utfordringstilbud avvíses hvis tilbudsgiver ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet omfatter. Dette alternativet gir hjemmel for avvísning der det i den øvrige lovgivningen er fastsatt eller forutsatt at den aktuelle oppgaven skal utføres av kommunen selv. I Veiledningen punkt 5.1.2 gis som eksempel kommunale oppgaver som innebærer myndighetsutøvelse, det vil si regulering av borgernes rettsforhold i form av fastsettelse av forbud, påbud og tillatelser. Det følger av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper at slike oppgaver ikke uten særlig hjemmel kan overlates til private.

Avvísningsbestemmelsen omfatter også den situasjon at det av tilbudet fremgår at oppgaven ikke vil bli utført i overensstemmelse med de lovregler som måtte gjelde for utførelsen av den aktuelle oppgaven. Som eksempel kan nevnes at det av tilbudet fremgår at oppgaven er tenkt utført på en måte som vil være i strid med arbeidsmiljølovgivningen.

2.6.4 Krav til tilbudsgiveren

Lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 3-5 innebærer at tilbudsgiver må sannsynliggjøre at oppgaven vil kunne utføres på en betryggende måte. Etter nr. 3 kan et tilbud avvíses hvis tilbudsgiver ikke kan sannsynliggjøre at vedkommende har den nødvendige tekniske kompetansen. Etter nr. 4 kan et tilbud avvíses hvis tilbudsgiver ikke kan sannsynliggjøre at vedkommende har en tilfredsstillende finansiell og økonomisk stilling. Etter nr. 5 kan et tilbud avvíses hvis det foreligger forhold av mer personlig karakter som gjør tilbudsgiver uegnet til å utføre den oppgaven som tilbudet omfatter.

De nevnte bestemmelsene svarer til de EU-rettslige anbudsdirektivenes bestemmelser om utelukkelse av leverandører fra deltagelse i anbudskonkurranser.

Manglende dokumentasjon av tekniske kvalifikasjoner, manglende fremleggelse av regnskaper eller konkursåpning vil for eksempel kunne gi grunnlag for avvísning. Forhold av mer personlig karakter som kan gjøre en tilbudsgiver uegnet til å utføre en oppgave for en kommune, kan for eksempel være domfellelse for straffbare forhold.

Det er tilbudsgiver som på kommunens anmodning må legge frem tilfredsstillende dokumentasjon. Unnlater tilbudsgiver å fremlegge den etterspurte dokumentasjonen, vil utfordringstilbudet kunne avvises.

2.6.5 Tilbudet fremstår som unormalt lavt i forhold til ytelsen

Etter lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 6 kan et privat utfordringstilbud avvises hvis det fremstår som unormalt lavt i forhold til ytelsen. Denne bestemmelsen svarer til de EU-rettslige anbudsdirektivenes bestemmelser om avvisning av unormalt lave anbud. Et unormalt lavt utfordringstilbud kan imidlertid i motsetning til et unormalt lavt anbud avvises uten at det er nødvendig først å be om nærmere opplysninger om tilbudets sammensetning.

2.6.6 Tilbudet svarer til et tilbud som kommunestyret har behandlet i løpet av valgperioden

Etter lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 7 kan et privat utfordringstilbud avvises dersom det svarer til et tilbud som kommunestyret i løpet av den aktuelle valgperioden har behandlet etter reglene om privates utfordringsrett. En tilbudsgiver kan følgelig ikke i løpet av samme valgperiode kreve å få behandlet på nytt et tilbud som tidligere har vært vurdert.

Avvisningsbestemmelsen gjelder bare dersom det første tilbudet har vært realitetsbehandlet. Kommunestyret må følgelig ha sammenlignet omkostningene ved å akseptere det innkomne tilbudet med omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse. I tillegg må kommunestyret ha besluttet at kommunen fortsatt selv skal utføre den oppgaven som det private utfordringstilbudet omfatter. At et lignende tilbud tidligere har vært avvist gir følgelig ikke i seg selv grunnlag for en avvisning, men det vil da eventuelt kunne avvises etter et av de andre alternativene i § 62 b første ledd.

For at det skal foreligge en avvisningsadgang må tilbudene i det vesentlige være sammenfallende for så vidt gjelder pris og utforming. Avvisningsrett vil kunne foreligge uavhengig av om det siste tilbudet kommer fra den samme tilbudsgiveren eller fra en ny tilbudsgiver. Men det at det tidligere har vært fremsatt et tilbud vedrørende en bestemt oppgave, gir ikke i seg selv grunnlag for avvisning av nye tilbud vedrørende samme oppgave.

2.6.7 Tilbudet gjelder en oppgave som skal settes ut på anbud

Etter lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 8 kan et privat utfordringstilbud avvises hvis det gjelder en oppgave som kommunen før tilbudet ble mottatt har besluttet å sette ut på anbud. I forhold til denne bestemmelsen må det foreligge en bindende beslutning om anbudsutsettelse. At det i en servicestrategi eller i annet dokument er gitt uttrykk for at oppgaven vurderes eller er planlagt satt ut på anbud, vil ikke gi grunnlag for en avvisning. Det kreves imidlertid ikke at anbudsprosessen er påbegynt.

Et privat utfordringstilbud vil også kunne avvises med hjemmel i nr. 8 dersom det er gjennomført en anbudskonkurranse og fristen for anbud er utløpt, men det ennå ikke er besluttet hvem som skal utføre den aktuelle oppgaven. Hvis kommunen på bakgrunn av anbudskonkurransen velger fortsatt selv å løse den aktuelle oppgaven, vil private utfordringstilbud ikke lenger kunne avvises i medhold av nr. 8. Hvis oppgaven overlates til en ekstern leverandør, vil private utfordringstilbud som er mottatt før denne beslutningen treffes fortsatt kunne avvises i medhold av nr. 8. Private utfordringstilbud som mottas etter en slik beslutning vil falle helt utenfor bestemmelsene om utfordringsrett, idet det da ikke vil foreligge et tilbud som gjelder en oppgave kommunen utfører for seg selv.

Dersom en kommune treffer beslutning om å sette en oppgave ut på anbud etter at den har mottatt et utfordringstilbud på den samme oppgaven, vil tilbudet ikke kunne avvises på dette grunnlag. Kommunen vil imidlertid kunne vurdere utfordringstilbudet i forbindelse med avgjørelsen av anbudskonkurransen, forutsatt at tilbudet fyller de vilkårene som gjelder for anbudskonkurransen.

2.6.8 Tilbudet omfatter en oppgave som avviker fra den oppgaveavgrensningen som kommunen har fastsatt

Etter lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 9 kan et privat utfordringstilbud avvises hvis det omfatter en oppgave som avviker fra den oppgaveavgrensningen som kommunen har fastsatt. Bestemmelsen gir hjemmel for avvisning dersom kommunen har besluttet at bestemte kommunale oppgaver har en slik sammenheng at de skal utføres av samme leverandør. Som eksempel nevnes i Veiledningen punkt 5.1.7 at en kommune kan beslutte at snømåking av kommunens veier skal utføres av en og samme leverandør. Et tilbud på snømåking som bare omfatter en del av kommunens veier kan da avvises etter § 62 b første ledd nr. 9.

Kommunestyret kan også beslutte at det er en så naturlig sammenheng mellom en driftsoppgave og en myndighetsoppgave at oppgavene skal utføres av samme leverandør. I tillegg kan kommunestyret beslutte at de kommunale oppgavene som er omfattet av et privat utfordringstilbud skal splittes opp og utføres av forskjellige leverandører.

Kommunestyrets beslutning om sammenslåing eller oppsplitting av oppgaver kan treffes både før kommunen har mottatt et utfordringstilbud og i forbindelse med behandlingen av et utfordringstilbud. For å gi den aktuelle tilbudsgiver anledning til å tilpasse sitt tilbud til kommunestyrets beslutning, fremgår det av § 62 b første ledd nr. 9 annet punktum at tilbudsgiver skal opplyses om den valgte oppgaveavgrensningen i forbindelse med at utfordringstilbudet avvises.

Det er i Veiledningen punkt 5.1.7 gitt uttrykk for at kommunestyret må ha stor frihet ved vurderingen av om ulike oppgaver skal utføres av samme eller forskjellige leverandører. En beslutning om å slå sammen eller splitte opp ulike oppgaver må imidlertid ikke være usaklig. En avvisning av det private tilbudet kan dermed bare finne sted der kommunestyret har en saklig begrunnelse for at den aktuelle oppgaven skal avgrenses på en annen måte enn det som er gjort i tilbudet. Et ønske om å unngå å få belyst omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse vil i den forbindelse ikke utgjøre noen saklig begrunnelse.

2.7 Hvilke beslutninger skal og kan treffes i forbindelse med realitetsbehandlingen av et privat utfordringstilbud?

2.7.1 Oversikt

I punkt 2.5 er det redegjort for hvilke tilbud som er omfattet av reglene om utfordringsrett. For at disse reglene skal komme til anvendelse må det foreligge et konkret tilbud fra en privat vedrørende utførelsen av en oppgave som kommunen selv utfører. I punkt 2.6 er det redegjort for når tilbud som i utgangspunktet er omfattet av reglene om utfordringsrett, kan avvises.

Her i punkt 2.7 forutsettes det at det foreligger et tilbud som er omfattet av reglene om utfordringsrett som ikke blir avvist. Kommunestyret er da etter lov om kommunernes styrelse § 62 a første ledd første punktum forpliktet til å treffe beslutning om den aktuelle oppgaven fortsatt skal utføres av kommunen selv, jf. punkt 2.7.3. Som grunnlag for denne beslutningen

skal det etter § 62 a annet ledd foretas en sammenligning av omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse og omkostningene ved å akseptere utfordringstilbudet, jf. punkt 2.7.2.

2.7.2 Sammenligning av omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse og omkostningene ved å akseptere det private utfordringstilbudet

Når kommunestyret etter lov om kommunernes styrelse § 62 a annet ledd skal beregne omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse, skal kommunestyret *”foretage et skøn over de omkostninger, kommunen har med at udføre den oppgave, som det indkomne tilbud omfatter”*, jf. Veiledningen punkt 6.1.1. Formålet med omkostningsberegningen er å gi kommunestyret et godt grunnlag for å vurdere om det private tilbudet er mer økonomisk fordelaktig enn kommunens egen oppgaveutførelse.

Det er bare de samlede omkostningene kommunestyret har plikt til å beregne. Det foreligger således ikke noen plikt til å spesifisere de enkelte utgiftspostene. Kommunestyret er heller ikke forpliktet til å få gjennomført en ekstern kontroll av kommunens omkostningsberegning.

I Veiledningens punkt 1 er det gitt uttrykk for at det danske Indenrigs- og Sundhedsministeriet ikke har til hensikt å benytte hjemmelen i lov om kommunernes styrelse § 62 a fjerde ledd til å fastsette nærmere regler om omkostningsberegningen etter § 62 a annet ledd. Av Veiledningens punkt 6.1.1 fremgår det imidlertid at det i forbindelse med den igangværende omleggingen av budsjett- og regnskapssystemer for kommuner og fylkeskommuner i Danmark, vil bli utarbeidet en generell veiledning for omkostningsberegninger. Veiledningen vil bli tatt inn som et nytt kapittel i ”Budget- og regnskabssystem for kommuner og amtskommuner”. Veiledningen vil blant annet inneholde en beskrivelse av hvilke typer omkostninger som i utgangspunktet bør inngå i beregningen. I tillegg vil veiledningen inneholde et generelt hjelpeskjema til bruk ved beregningen av omkostninger. Skjemaet skal bidra til å standardisere og dermed forenkle omkostningsberegningene. Fra Indenrigs- og Sundhedsministeriet har vi fått opplyst at veiledningen for omkostningsberegninger forventes å være ferdig i løpet av våren 2003.

Reglene om utfordringsrett pålegger ikke kommunestyret å foreta en kvalitetsmessig sammenligning av det private tilbudet og kommunens oppgaveutførelse. En slik sammenligning kan imidlertid være naturlig, særlig hvis omkostningssammenligningen viser at det kan være grunn til å overveie det private tilbudet nærmere.

Ved beregningen av kommunens omkostninger ved å akseptere det private tilbudet, skal kommunestyret normalt legge til grunn den prisen som er angitt i det private utfordringstilbudet. I tillegg kan kommunestyret ta med i beregningen de eventuelle midlertidige omkostningene som kommunen fortsatt vil ha selv om den aktuelle oppgaven overlates til en privat leverandør. Dette kan for eksempel være kostnader knyttet til avtaler om leie av lokaler eller maskiner som først kan sies opp etter en viss periode og lønn til arbeidstakere i en oppsigelsesperiode. Kommunen kan også få nye omkostninger som følge av at kommunen ikke lenger utfører den aktuelle oppgaven selv, men får den utført av en privat. Som eksempel på slike omkostninger nevnes tilsyn og kontroll med den private leverandøren.

2.7.3 Kommunestyrets beslutningsmuligheter

Når kommunestyret har sammenlignet omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse og omkostningene ved å akseptere det private tilbudet, skal kommunestyret treffe beslutning om hvorvidt oppgaven fortsatt skal utføres av kommunen, jf. lov om kommunernes styrelse § 62 a første ledd første punktum.

Reglene om privates utfordringsrett stiller ingen krav til resultatet av kommunestyrets behandling av private utfordringstilbud. Selv om det private tilbudet vil føre til en bedre og billigere oppgaveutførelse enn den kommunale oppgaveutførelsen, kan kommunestyret likevel beslutte at kommunen fortsatt skal utføre oppgaven selv.

En slik beslutning må imidlertid oppfylle alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om saklig forvaltning. I Veiledningen punkt 6.2.1 er det generelt gitt uttrykk for at kommunestyret må ha *”ganske vide rettlige rammer i vurderingen af, om kommunen fortsatt skal utføre oppgaven selv”*. Det forhold at kommunestyret er forpliktet til å sammenligne omkostningene ved å akseptere det innkomne tilbudet og omkostningene ved kommunens egen utførelse av oppgaven, betyr ikke at prisen er eneste relevante vurderingskriterium. Også andre kriterier vil kunne vektlegges av kommunestyret, forutsatt at de er saklige i forhold til oppgavens art. Andre relevante kriterier kan for eksempel være kvalitet, teknisk verdi, estetisk og funksjonsmessig verdi, miljø- og arbeidsmiljøforhold, teknisk bistand, service og leveringsdato. Også det forhold at kommunestyret ønsker en lenger kontraktperiode enn det som følger av tilbudet, kan være et relevant moment.

Dersom kommunestyret kommer til at kommunen ikke lenger skal utføre den aktuelle oppgaven selv, foreligger det to hovedalternativer: å akseptere det utfordringstilbudet som er fremsatt eller å sette oppgaven ut på anbud. Hvorvidt det er adgang til å akseptere utfordringstilbudet uten å gå veien om en anbudskonkurranse løses ikke av reglene om utfordringsrett, men av lovgivningens øvrige regler om offentlige anskaffelser. Disse reglene er i stor utstrekning basert på EU-rettslige regler. Veiledningen punkt 6.2.2.1 inneholder en oversikt over de relevante EU-direktivene.

Gjelder det private utfordringstilbudet oppgaver innen bygg og anlegg, suppleres reglene basert på EU-direktivene om anbud av reglene i den danske lov om indhentning av tilbud i bygge- og anlægssektoren (lov nr. 450 av 7. juni 2001) og i bekendtgørelse om indhentning av tilbud i bygge- og anlægssektoren (bekendtgørelse nr. 595 av 9. juli 2002). Av nevnte lovs § 5 første ledd følger det at en offentlig byggherre skal utnytte de mulighetene som finnes for å skape tilstrekkelig konkurranse knyttet til prosjektering og utførelse av oppgaver innen bygg og anlegg.

For andre ytelser, det vil si kjøp av varer eller tjenester under terskelverdiene i EU-direktivene om anbud eller kjøp av tjenester som ikke er omfattet av anbudsreglene, gjelder bare EF-traktatens regler om gjennomsiktighet, likebehandling og ikke-diskriminering. Disse kravene kan blant annet imøtekommes ved at vedkommende kommune gjør det kjent at den vurderer å akseptere et privat tilbud og derfor åpner for konkurranse om løsning av oppgaven. I forlengelsen av dette kan det eventuelt gjennomføres en forenklet anbudskonkurranse.

2.7.4 Kort om konsekvensene av at kommunestyret inngår en avtale

Dersom kommunestyret beslutter å akseptere det private utfordringstilbudet, vil det kontraktsrettslige forholdet mellom partene ikke bli regulert av reglene om utfordringsrett. Spørsmålet om avtale skal anses inngått og hva som eventuelt skal anses avtalt, må løses på grunnlag av alminnelige kontraktsrettslige regler.

Reglene om utfordringsrett sier heller ikke noe om hvilke rettigheter og plikter kommunestyret og tilbudsgiveren eventuelt har overfor tredjemenn etter at det er inngått avtale. Problemer vil her særlig kunne oppstå i forhold til ansatte i kommunen som tidligere har utført den oppgaven det er inngått avtale om.

Forpliktelser i forhold til ansatte vil kunne følge av både lovgivning og tariffavtaler. Om reglene om virksomhetsoverdragelse er det i Veiledningen punkt 6.3.1 blant annet uttalt følgende:

”Som utgangspunkt vil det resultere i en virksomhetsoverdragelse i virksomhetsoverdragelseslovens forstand, hvis kommunestyret velger at få en ekstern kontraktspart til at utføre en kommunal oppgave. Ved overdragelse i virksomhetsoverdragelseslovens forstand forstås tilfælde, hvor der som led i et kontraktsforhold sker en udskiftning av den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som av den grund påtager sig en arbejdsgivers forpliktelser over for arbeidstagerne i virksomheden, forudsat at virksomheden efter overførelsen har bevaret sin identitet.”

Den viktigste konsekvensen av at det foreligger en virksomhetsoverdragelse, er at den tilbudsgiveren som det er inngått avtale med umiddelbart trer inn i de rettigheter og forpliktelser som bestod på overdragelsestidspunktet mellom kommunen og de arbeidstakerne som tidligere har utført den oppgaven det er inngått avtale om.

Den danske konkurranseloven og de tilsvarende reglene i EF-traktaten vil også kunne komme til anvendelse på avtaler som kommuner inngår. Ettersom konkurranseloven § 6 blant annet forbyr konkurransebegrensende avtaler, er det i Veiledningen punkt 6.2.2.3 gitt uttrykk for at en eventuell kontrakts varighet ikke må være unødvendig lang. Utgangspunktet antas her å være en periode på 3-5 år, men i konkrete situasjoner kan lengre perioder være aktuelle, for eksempel der større investeringer forutsetter en viss avskrivningstid.

2.8 Krav til saksbehandlingen ved behandlingen av private utfordringstilbud

2.8.1 Hvilket organ kan treffe beslutninger knyttet til private utfordringstilbud?

I utgangspunktet er det fri adgang til delegasjon innen danske kommuner. Kommunestyret kan således normalt delegere sin kompetanse til økonomiutvalget, et stående utvalg eller til den kommunale administrasjonen. Når betegnelsen *”Kommunalbestyrelsen”* benyttes i lov om kommunernes styrelse §§ 62 a og 62 b, innebærer det imidlertid at kommunestyret er avskåret fra å delegere sin kompetanse etter loven.

Det er bare tilbud som er omfattet av reglene om privates utfordringsrett som må behandles av kommunestyret. Avgjørelsen av om det foreligger et tilbud som er omfattet av reglene om privates utfordringsrett, kan derfor delegeres.

Det følger videre av lov om kommunernes styrelse § 62 b annet ledd at beslutning om avvisning av tilbud i medhold av første ledd nr. 1-8 kan treffes av administrasjonen, et stående utvalg eller økonomiutvalget. Beslutning om avvisning etter § 62 b første ledd nr. 9, som gjelder avvisning av tilbud som avviker fra den oppgaveavgrensningen som er fastsatt, må imidlertid treffes av kommunestyret med mindre tilbudet svarer til et annet tilbud som kommunestyret tidligere i samme valgperiode har avvist etter § 62 b første ledd nr. 9.

Hvis tilbudet ikke blir avvist i medhold av § 62 b, skal det behandles etter § 62 a. Kommunestyret må da selv treffe beslutning om hvorvidt den aktuelle oppgaven fortsatt skal utføres av kommunen. Denne avgjørelsen kan imidlertid i samsvar med alminnelige kommunalrettslige grunnsetninger forberedes gjennom utvalgsbehandling.

Hvis kommunestyret bestemmer at den aktuelle oppgaven ikke lenger skal utføres av kommunen, kan beslutningen om hvorvidt det skal gjennomføres en anbudskonkurranse eller

det private tilbudet skal aksepteres, delegeres til et av kommunens utvalg eller til den kommunale administrasjonen.

2.8.2 Hvilke saksbehandlingsregler gjelder?

Den danske forvaltningslovens bestemmelser om partsrettigheter gjelder for behandlingen av alle saker der en offentlig forvaltningsmyndighet skal treffe en avgjørelse. Kommunens behandling av en henvendelse som ikke er omfattet av reglene om utfordringsrett, må i henhold til Veiledningen punkt 7.2 anses som faktisk forvaltningsvirksomhet. Kommunen er derfor ikke forpliktet til å følge forvaltningslovens regler om partshøring, begrunnelse, m.v. I samsvar med prinsippet om god forvaltningsskikk vil det imidlertid i slike tilfeller være naturlig å opplyse den private om at tilbudet ikke er omfattet av reglene om utfordringsrett.

Hvis et tilbud avvises etter § 62 b første ledd vil saken være underlagt reglene i forvaltningsloven. Da vil denne lovens bestemmelser om partsinnsyn, partshøring og begrunnelsesplikt komme til anvendelse. Kommunen vil da videre være ansvarlig for at saken blir tilstrekkelig opplyst til at det kan treffes en avgjørelse. Er det for eksempel tvil om vilkårene for å avvise tilbudet er oppfylt, kan det være nødvendig å innhente ytterligere opplysninger fra tilbudsgiveren.

Kommunestyrets beslutning om hvorvidt kommunen fortsatt skal utføre den aktuelle oppgaven selv, har karakter av faktisk forvaltningsvirksomhet. En beslutning om ikke å akseptere det tilbudet som er gitt, skal følgelig ikke regnes som en avgjørelse om avvisning som omfattes av forvaltningslovens regler. Det er imidlertid presisert i § 62 a første ledd annet punktum at den private tilbudsgiveren skal underrettes om en slik beslutning og i den forbindelse gis en begrunnelse. Hvis kommunestyret beslutter at den aktuelle oppgaven skal settes ut på anbud, skal dette fremgå av tilbakemeldingen til den private tilbudsgiveren.

Reglene om privates utfordringsrett angir ikke hvor raskt kommunestyret skal behandle et utfordringstilbud. Kommunestyret bør imidlertid følge prinsippene for god forvaltningsskikk, noe som innebærer at et tilbud bør behandles uten ugrunnet opphold.

Reglene om privates utfordringsrett i lov om kommunernes styrelse §§ 62 a og 62 b pålegger ikke kommunen noen plikt til på forespørsel fra en potensiell tilbudsgiver å fremskaffe og utlevere detaljerte opplysninger om omfanget og arten av kommunens egen oppgaveutførelse. I Veiledningen punkt 8.1 er det likevel gitt uttrykk for følgende:

”Loven bygger således på den generelle forudsætning, at en kommunalbestyrelse i overensstemmelse med god forvaltningsskik i et rimeligt omfang vil besvare velbegrundede og ikke overdrevent byrdefulde forespørgsler om kommunens egen opgaveudførelse fra en potentiel tilbudsgiver, der har et sagligt behov for de pågældende oplysninger med henblik på at kunne udnytte sin udfordringsret efter bestemmelsen.”

2.9 Offentlighet knyttet til behandlingen av private utfordringstilbud

For så vidt gjelder allmennhetens innsyn i forvaltningens saksdokumenter fastsetter den danske offentlighetsloven at enhver som hovedregel kan forlange innsyn i dokumenter som er kommet inn til eller opprettet av en forvaltningsmyndighet som ledd i administrativ saksbehandling. Dette gjelder også for dokumenter knyttet til et privat utfordringstilbud. Unntak fra hovedregelen om offentlighet gjelder imidlertid for opplysninger om tekniske innretninger eller fremgangsmåter og om drifts- eller forretningsforhold eller lignende,

forutsatt at det er av vesentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhet som opplysningen angår at innsyn ikke gis.

Retten til dokumentinnsyn kan også begrenses i den utstrekning det er nødvendig for å beskytte det offentliges egne økonomiske interesser. Offentliggjøring vil for eksempel kunne få potensielle tilbudsgivere til å avstå fra å gi tilbud, noe som vil kunne være skadelig for kommunens økonomi. Dette må imidlertid vurderes konkret. Et generelt ønske om å kunne garantere konfidensiell behandling av utfordringstilbud vil ikke være tilstrekkelig til å begrunne unntak fra hovedregelen om offentlighet.

Reglene om privates utfordringsrett regulerer heller ikke i hvilket omfang kommunestyret kan behandle saker om privates utfordringsrett for lukkede dører. Dette skal derfor avgjøres etter de alminnelige reglene om dette i lov om kommunernes styrelse § 10. Hovedregelen er her at kommunestyrets møter er offentlige. Det kan imidlertid besluttes at en sak skal behandles for lukkede dører når dette finnes nødvendig på grunn av sakens beskaffenhet, for eksempel fordi saksbehandlingen nødvendigvis fremlegger av fortrolige opplysninger.

For øvrig inneholder lov om kommunernes styrelse § 62 c visse bestemmelser som skal sikre offentlighet omkring kommunenes behandling av privates utfordringstilbud. Etter § 62 c første ledd skal kommunestyret innen utløpet av tredje kvartal i hvert valgår gi en redegjørelse for de private utfordringstilbudene som kommunestyret har realitetsbehandlet. Denne redegjørelsen skal være offentlig tilgjengelig. Av § 62 c annet ledd følger det videre at det av redegjørelsen skal fremgå om behandlingen av private utfordringstilbud har ført til at utførelsen av oppgaver er blitt overlatt til andre og eventuelt hvorfor oppgaver ikke er blitt overlatt til andre.

2.10 Kontroll og sanksjoner

Det er de alminnelige kommunale tilsynsmyndigheter som fører tilsyn med at reglene om privates utfordringsrett overholdes. Disse tilsynsmyndighetene er de for hvert fylke ("amt") nedsatte tilsynsråd og Indenrigs- og Sundhedsministeriet. Tilsynsmyndighetene vil kunne føre tilsyn med om reglene i lov om kommunernes styrelse §§ 62 a og 62 b er fulgt, om de forvaltningsrettslige reglene er overholdt i forbindelse med behandlingen av saker om avvisning etter § 62 b og om offentlighetslovens regler om dokumentinnsyn er overholdt.

Etter lov om kommunernes styrelse § 61 kan tilsynsmyndighetene sette en beslutning som strider mot lovgivningen ut av kraft. I tillegg kan medlemmer av kommunestyret ilegges tvangsbøter dersom de er ansvarlige for at kommunestyret unnlater å utføre en foranstaltning som det etter lovgivningen har plikt til å utføre. I tillegg kan tilsynsmyndighetene avgi veiledende uttalelser om sin rettsopfatning.

På visse områder finnes det særskilte tilsynsorganer. I forhold til behandling av private utfordringstilbud er det særlig Konkurrencerådet og Klagenævnet for Udbud som kan tenkes å ha kompetanse til å gripe inn.

2.11 Utfordringsrett i forhold til staten

De reglene som finnes i lov om kommunernes styrelse §§ 62 a-62 c og som er gjennomgått ovenfor, gjelder ikke for staten. I rundskriv ("cirkulære") nr. 159 av 17. desember 2002 fra det danske Finansministeriet er det imidlertid gitt regler som innebærer at også staten i stor utstrekning vil kunne utfordres på samme måte som kommunene.

Rundskrivet er inntatt som vedlegg 2 til denne utredningen. Kapittel 3 i rundskrivet omhandler utfordringsrett og har følgende ordlyd:

”§ 12. En privat kan uopfordret afgive et konkret tilbud på udførelse af en opgave, som udføres af en statsinstitution i eget regi.

Stk. 2. Den udfordrede institution skal herefter træffe beslutning om, hvorvidt en udfordret opgave fortsat skal udføres i eget regi.

Stk. 3. En statsinstitution kan ikke indgå kontrakt om en udfordret opgave, der er omfattet af EU's udbudsdirektiver, uden udbud af opgaven i overensstemmelse med udbudskravet efter EU's udbudsdirektiver.

§ 13. En udfordret statsinstitutions beslutning om fortsat at udføre opgaven i eget regi skal tiltrædes af en overordnet myndighed, jf. dog § 14, stk. 1.

Stk. 2. Forelæggelse af sagen for en overordnet myndighed skal ledsages af et overslag over omkostningerne ved at løse opgaven i eget regi sammenholdt med omkostningerne ved at antage det udfordrende tilbud, jf. dog stk. 3.

Stk. 3. Bestemmelsen i stk. 2 finder ikke anvendelse, hvis institutionens beslutning om fortsat at udføre beslutningen i eget regi er begrundet i, at tilbuddet afviger fra en afgrænsning, der er tiltrådt af en overordnet myndighed.

§ 14. Institutionen kan uden at foretage den i § 13 foreskrevne forelæggelse for en overordnet myndighed selv beslutte fortsat at udføre opgaven i eget regi, hvis:

- 1) tilbuddet ikke overstiger 500.000 kr. for enkeltstående ydelser og 500.000 kr. pr. år for løbende ydelser,*
- 2) tilbudsgiver ikke lovligt vil kunne udføre den opgave, som tilbuddet omfatter,*
- 3) tilbudsgiver ikke kan sandsynliggøre, at denne har den fornødne tekniske formåen,*
- 4) tilbudsgiver ikke kan sandsynliggøre, at denne har den fornødne finansielle og økonomiske formåen,*
- 5) tilbudsgiver ikke kan sandsynliggøre, at forhold af mere personlig karakter ikke gør denne uegnet til at udføre opgaven,*
- 6) tilbuddet forekommer at være unormalt lavt i forhold til ydelsen,*
- 7) tilbuddet svarer til et tilbud, som institutionen har behandlet efter § 12, stk. 1, inden for de seneste 2 år, eller*
- 8) tilbuddet omfatter en opgave, som institutionen før tilbuddets modtagelse har sendt i udbud.*

§ 15. Institutionen skal også i det omfang, beslutningen ikke er omfattet af forvaltningsloven, underrette den private tilbudsgiver om beslutningen og ledsage denne af en begrundelse, hvis institutionen ikke antager tilbudet. Underretningen skal ske inden for rimelig tid.”

Rundskrivets § 12 første ledd slår fast at reglene gjelder for konkrete tilbud fra private angående en oppgave som utføres av et statlig organ i egen regi. Denne bestemmelsen stiller de samme kravene til tilbud som lov om kommunernes styrelse § 62 a første ledd første punktum, jf. punkt 2.5 ovenfor. Dette innebærer at kommuner som i eget navn utfordrer staten, ikke vil ha krav på å få behandlet sine tilbud etter rundskrivet idet de ikke vil være private. Derimot vil kommunalt eide selskaper som er organisert på privatrettslig grunnlag kunne utfordre statlige organer i medhold av rundskrivet.

Dersom det foreligger en utfordring som omfattes av reglene, skal det statlige organet etter § 12 annet ledd treffe beslutning om den aktuelle oppgaven fortsatt skal utføres i egen regi. Også dette er i samsvar med lov om kommunernes styrelse § 62 a første ledd, jf. punkt 2.7.3 ovenfor. For øvrig er det presisert uttrykkelig i § 12 tredje ledd at kontrakt ikke kan inngås uten forutgående anbudskonkurranse dersom oppgaven er omfattet av de EU-rettslige anbudsdirektivene.

Rundskrivets § 13 første ledd fastsetter at en beslutning om fortsatt å løse oppgaven selv må tiltres av overordnet myndighet. Den overordnede myndighet skal i den forbindelse gis et overslag over omkostningene ved å utføre oppgaven i egen regi sammenholdt med omkostningene ved å akseptere utfordringstilbudet.

Rundskrivets § 14 angir i hvilke tilfeller det statlige organet selv – uten å forelegge spørsmålet for overordnet myndighet – kan beslutte fortsatt å utføre den aktuelle oppgaven selv. Alternativene i § 14 svarer i stor utstrekning til avvisningsbestemmelsene i lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd, jf. punkt 2.6 ovenfor. Avvisningsgrunnlaget i § 62 b første ledd nr. 9 angående tilbud som avviker fra en fastsatt oppgaveavgrensning, gjenfinnes ikke i rundskrivets § 14. En lignende bestemmelse er i stedet tatt inn i § 13 tredje ledd som et grunnlag for å slippe å utarbeide et overslag over omkostningene ved å utføre oppgaven i egen regi sammenholdt med omkostningene ved å akseptere utfordringstilbudet.

Rundskrivets § 15 inneholder en bestemmelse om saksbehandlingen dersom et tilbud ikke blir akseptert. Denne bestemmelsen tilsvarende lov om kommunernes styrelse § 62 a første ledd annet punktum.

3. I HVILKEN UTSTREKNING KAN DE DANSKE REGLENE OM UTFORDRINGSRETT INNFØRES I NORGE?

3.1 Innledning

Ettersom oppdraget er begrenset til de rettslige og lovtekniske spørsmål som en innføring av regler om utfordringsrett vil reise, vil det ikke her i punkt 3 bli gitt et konkret forslag til norske regler om utfordringsrett. Et slikt forslag vil forutsette at det tas stilling til en rekke spørsmål som ikke er av rettslig eller lovteknisk karakter.

Her i punkt 3 vil det derfor bli tatt utgangspunkt i de danske lovreglene om utfordringsrett. Det vil så mer generelt bli vurdert i hvilken utstrekning disse reglene rettslig og lovteknisk vil kunne innføres i norsk rett. I forlengelsen av dette vil det bli pekt på uklarheter og spørsmål som er knyttet til utfordringsretten som sådan og som bør avklares i forbindelse med en eventuell innføring av regler om utfordringsrett i Norge.

3.2 Plassering av regler om utfordringsrett i lovgivningen

Ved innføringen av regler om utfordringsrett i Danmark, er det valgt en enkel lovteknisk modell. Det er vedtatt tre særskilte bestemmelser om utfordringsrett som tar sikte på å regulere alle vesentlige sider av utfordringsretten. Disse bestemmelsene er plassert i lov om kommunernes styrelse, som gjelder generelt for virksomheten i kommunene og fylkeskommunene i Danmark. Ved innføringen av regler om utfordringsrett i Danmark ble det ikke gjort noen endringer i annen lovgivning.

Det er ikke noe prinsipielt i veien for å innføre regler om utfordringsrett i Norge på tilsvarende måte. Dersom det skal innføres regler som skal gi utfordringsrett overfor kommuner og fylkeskommuner, vil det være naturlig å plassere slike regler i kommuneloven. Av kommuneloven § 2 følger det at loven gjelder for *"kommuners og fylkeskommuners virksomhet, herunder kommunal og fylkeskommunal virksomhet i medhold av andre lover"*. En plassering i kommuneloven vil dermed medføre at reglene om utfordringsrett vil gjelde for alle deler av kommunenes og fylkeskommunenes virksomhet.

Et alternativ til å innarbeide regler om utfordringsrett i kommuneloven, vil være å vedta en egen lov om privates utfordringsrett. En slik lov vil nødvendigvis bli en forholdsvis kortfattet lov. Det kan man imidlertid også si om andre lover som gjelder for kommuner og fylkeskommuner, som for eksempel lov av 19. november 1982 nr. 68 om planlegging av helse- og sosialtjenesten i kommunene og lov av 26. juni 1992 nr. 87 om forsøk i offentlig forvaltning.

Disse to lovene ville imidlertid uansett ikke passet i kommuneloven, som gjelder generelt for kommuners og fylkeskommuners virksomhet. Den første loven har det særtrekk at den bare gjelder planlegging av en bestemt del av kommunens virksomhet (helse- og sosialtjenesten). Utfordringsretten gjelder derimot i prinsippet for alle slags oppgaver som kommunen utfører. Den andre loven har det særtrekk at den også gjelder for forsøk i den statlige forvaltningen.

Det ser dermed ut til at hvis regler om utfordringsrett bare skal gjelde for kommunene og fylkeskommunene, så vil det passe best i forhold til lovgivningen for øvrig å plassere slike regler i kommuneloven.

Dersom reglene om utfordringsrett også skal gjelde i forhold til staten, vil det derimot ikke være naturlig å plassere dem i kommuneloven. Forvaltningsloven gjelder for så vidt både for staten og kommunene. Forvaltningsloven gjelder imidlertid all virksomhet i

forvaltningsorganer. Regler som spesifikt gjelder håndtering av en viss form for tilbud på utførelse av oppgaver passer da ikke inn.

Hvis det skal innføres en utfordringsrett som også gjelder i forhold til staten, vil en plassering i lov om offentlige anskaffelser kunne vurderes som et alternativ til innføring av en egen lov om utfordringsrett. Lov om offentlige anskaffelser gjelder i forhold til statlige, kommunale og fylkeskommunale organers anskaffelser. Videre kan det hevdes at et av formålene med en utfordringsrett vil være å sikre en effektiv ressursutnyttelse i det offentlige, noe som også er et formål med lov om offentlige anskaffelser. Det er også den sammenheng mellom reglene at behandlingen av et privat utfordringstilbud vil kunne medføre at det settes i gang en anskaffelsesprosess i samsvar med lov om offentlige anskaffelser.

3.3 Angivelse av hvilke offentlige organer som skal være forpliktet til å behandle private utfordringstilbud

Det faller utenfor oppdraget å vurdere om for eksempel staten bør være forpliktet til å behandle private utfordringstilbud. Derimot kan det spørres hvilke praktiske problemer som kan oppstå ved avgjørelsen av hvilke kommunale og fylkeskommunale organer som vil være forpliktet til å behandle private utfordringstilbud dersom regler om utfordringsrett skulle bli innført.

Etter § 1 i den danske lov om kommunernes styrelse gjelder loven bare for kommuner og fylkeskommuner. I tillegg er det i §§ 62 a tredje ledd og 62 b tredje ledd presisert at reglene om utfordringsrett også gjelder for såkalte "*kommunale fællesskaber*", jf. punkt 2.4 ovenfor.

Dersom det i et eget kapittel i kommuneloven innføres regler om utfordringsrett, vil disse selvsagt gjelde for kommuner og fylkeskommuner. Kommuneloven har ikke regler om kommunale fellesskap, men reglene i kommuneloven kapittel 5 om interkommunalt samarbeid ligner på flere punkter de danske reglene om kommunale fellesskap. Av kommuneloven § 27 nr. 1 følger det blant annet at det kan opprettes et eget styre til løsning av felles oppgaver som kan gis myndighet til å treffe avgjørelser som angår virksomhetens drift og organisering. En innføring av den danske modellen skulle således innebære at også interkommunale styrer opprettet i medhold av kommuneloven § 27 vil ha plikt til å behandle private utfordringstilbud. På den annen side vil da kommuner som har overlatt utførelsen av en oppgave til et interkommunalt samarbeid slippe å behandle utfordringstilbud knyttet til denne oppgaven, idet dette ikke vil være en oppgave vedkommende kommune utfører for seg selv.

I medhold av bestemmelsene i kommuneloven kapittel 11 kan det opprettes kommunale og fylkeskommunale foretak. Det følger av § 61 annet punktum at slike foretak ikke er egne juridiske personer, men en del av vedkommende kommune eller fylkeskommune. Dersom det ikke sies noe uttrykkelig om dette i eventuelle nye regler om utfordringsrett, fremstår det som mest nærliggende å anta at det ikke vil gjelde noen utfordringsrett i forhold til kommunale og fylkeskommunale foretak. Utfordringstilbud vedrørende de oppgavene som utføres av det kommunale eller fylkeskommunale selskapet vil imidlertid da kunne fremsettes overfor vedkommende kommune eller fylkeskommune.

En annen sak er om det vil være hensiktsmessig å åpne for at styrene i kommunale og fylkeskommunale foretak kan behandle private utfordringstilbud. Det kan på den ene side hevdes at styret i slike foretak allerede i henhold til kommuneloven § 67 nr. 1 har myndighet til å treffe avgjørelse i alle saker som gjelder foretaket og dets virksomhet. Styret må også antas å være det organ som lettest vil kunne beregne omkostningene ved egen utførelse av den aktuelle oppgaven. På den annen side vil slike foretak som regel ha ansvaret for spesifikke

oppgaver som det kan bli fremsatt utfordringstilbud i tilknytning til. En beslutning om at foretaket ikke lenger skal utføre vedkommende oppgave vil i realiteten kunne bety en beslutning om nedleggelse av hele foretaket. Dette vil også kunne reise vanskelige habilitetsspørsmål. Uansett er spørsmålet om reglens anvendelse i forhold til kommunale og fylkekommunale foretak noe som må vurderes i forbindelse med en eventuell innføring av regler om utfordringsrett.

Det som ovenfor er sagt om kommunale og fylkeskommunale foretak, gjør seg også gjeldende i forhold til styrer for institusjoner og lignende som er opprettet i medhold av kommuneloven § 11.

Med mindre det blir bestemt særskilt vil en utfordringsrett ikke gjelde i forhold til aksjeselskaper, selv om de er fullt ut eiet av en kommune.

Et særlig spørsmål er om det vil eller bør foreligge en utfordringsrett i forhold til interkommunale selskaper organisert etter lov av 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskaper. For at reglene om utfordringsrett bør gjelde kan tale det forhold at samtlige deltakere i et interkommunalt selskap vil være kommuner, fylkeskommuner eller interkommunale selskaper, jf. lov om interkommunale selskaper § 1. På den annen side følger det av lovens § 2 at slike selskaper er selvstendige rettssubjekter som kan ha rettigheter, forpliktelser og partsstilling i forhold til domstoler og andre myndigheter. Spørsmålet om interkommunale foretak skal kunne utfordres direkte, er noe som må vurderes i forbindelse med en eventuell innføring av regler om utfordringsrett.

3.4 Angivelse av hvilke tilbud som skal være omfattet av reglene om utfordringsrett

Etter den danske lov om kommunernes styrelse § 62 a første ledd første punktum foreligger det en utfordringsrett når *"en privat afgiver et konkret tilbud på udførelse af en opgave, som kommunen udfører for sig selv"*. Som angitt i punkt 2.5 ovenfor kan det av denne formuleringen utledes fire vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge et tilbud som er omfattet av reglene om utfordringsrett. Disse vilkårene vil også kunne legges til grunn for eventuelle norske regler om utfordringsrett.

Kravet om at tilbudet må komme fra *"en privat"* vil normalt ikke reise særlige problemer. Det kan likevel spørres om det ikke vil være mer naturlig å bruke formuleringen *"et privat rettssubjekt"* i eventuelle norske regler. Denne formuleringen er blant annet brukt i forvaltningsloven §§ 1 og 2 siste ledd.

På samme måte som i Danmark vil det være naturlig å regne et aksjeselskap som privat selv om det helt eller delvis er eiet av en kommune eller fylkeskommune. Interkommunale samarbeid som omhandlet i kommuneloven § 27 er det imidlertid ikke naturlig å regne som privat. Tilsvarende gjelder for et helseforetak opprettet i medhold av lov av 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m. Mer usikkert er det hvordan man vil bedømme interkommunale selskaper, jf. punkt 4.5 nedenfor.

Kravet om at det må foreligge *"et konkret tilbud"* vil måtte vurderes i forhold til alminnelige avtalerettslige prinsipper og vil neppe reise særlige problemer.

For så vidt gjelder kravet om at tilbudet må gjelde *"utførelse af en opgave"* er dette ikke omtalt som et særskilt vilkår i den danske Veiledningen. Kommuner og fylkeskommuner kan i utgangspunktet påta seg enhver oppgave så langt dette ikke strider mot lov eller lovfestede prinsipper. Noen oppgaver er kommuner og fylkeskommuner pålagt ved lov å utføre. Andre

oppgaver har kommunen påtatt seg selv. Den formuleringen som er brukt i de danske reglene er helt generell og innebærer at oppgaver av enhver art er omfattet.

For så vidt gjelder kravet om at den oppgaven som tilbudet omfatter må være en oppgave ”som kommunen utfører for sig selv”, kan det oppstå problemer i forhold til oppgaver som kommuner har overlatt til interkommunale samarbeid i henhold til kommuneloven § 27, særlige styrever og opprettet i medhold av kommuneloven § 11, kommunale og fylkeskommunale foretak opprettet i medhold av kommuneloven kapittel 11 eller interkommunale selskaper opprettet i medhold av lov om interkommunale selskaper. Betydningen av disse ulike måtene å organisere kommunal virksomhet på må følgelig vurderes særskilt ved en eventuell innføring av regler om utfordringsrett.

3.5 Avvisning av private utfordringstilbud

Det vil åpenbart være hensiktsmessig med bestemmelser som åpner for avvisning av private utfordringstilbud. Ingen av avvisningsbestemmelsene i lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 1-9 er som sådan uforenlige med øvrige norske lovregler.

Det kan muligens anføres at avvisningsbestemmelsene ikke bør være for omfattende. Hvis hovedformålet med en utfordringsrett er å få kommunene til å vurdere sin egen oppgaveutførelse, vil det øyensynlig være i strid med formålet å ha en omfattende avvisningsbestemmelse. Det er imidlertid viktig at kommunen har et realistisk sammenligningsgrunnlag når det skal vurderes å overlate utførelsen av en oppgave til andre. Ellers vil jo ikke kommunen ha noe godt grunnlag for å vurdere hvordan vedkommende oppgave bør løses i fremtiden.

Etter § 62 b første ledd nr. 1 kan utfordringstilbud som ikke overstiger kr. 500.000,- avvises. Dersom en slik bestemmelse innføres i Norge, vil det medvirke til at det i praksis nesten aldri vil være aktuelt å akseptere et utfordringstilbud. Av forskrift av 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser § 11-2 følger det at direkte anskaffelser bare kan foretas unntaksvis. Det mest praktiske alternativet i § 11-2 er første ledd bokstav a, som omfatter anskaffelser der prisen ikke overstiger kr. 200.000,-. Men hvis alle utfordringstilbud som er lavere enn kr. 500.000,- kan avvises, må det antas at kommunen svært sjelden vil realitetsbehandle utfordringstilbud som har en pris på under kr. 200.000,-.

Når det gjelder den nærmere utforming av en eventuell norsk bestemmelse om avvisning, vil det i forhold til avvisningsbestemmelsene i § 62 b første ledd nr. 3-6 kunne ses hen til de tilsvarende formuleringene i forskrift av 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser §§ 5-5 og 8-11.

En bestemmelse som i praksis kan medføre problemer, er adgangen til å avvise tilbud på det grunnlag at de avviker fra en oppgaveavgrensning som kommunen har fastsatt. Av den danske Veiledningen fremgår det at en kommunes beslutning om sammenslåing eller oppsplitting av oppgaver kan treffes både før kommunen har mottatt et privat tilbud og i forbindelse med behandlingen av et tilbud. Selv om det av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper kan utledes et krav om at eventuelle avgrensninger skal være saklige, må det antas at kommunene vil ha stor frihet til å fastsette oppgaveavgrensninger. Dette vil kunne medføre påstander om at kommunene forsøker å omgå utfordringsretten. På den annen side er det klart at nettopp behandlingen av et konkret tilbud kan være det som får kommunen til å innse hva som vil være en hensiktsmessig oppgaveavgrensning. Dette taler for at kommunen har en adgang til å foreta en slik avgrensning også i forbindelse med behandling av et konkret utfordringstilbud.

3.6 Beslutninger som skal og kan treffes i forbindelse med realitetsbehandlingen av et privat utfordringstilbud

3.6.1 Sammenligning av omkostninger

Hvis det foreligger et tilbud som er omfattet av reglene om utfordringsrett og dette tilbudet ikke blir avvist, må det realitetsbehandles. Slik lov om kommunernes styrelse § 62 a første ledd første punktum er utformet, innebærer det en plikt til å treffe beslutning om den aktuelle oppgaven fortsatt skal utføres av kommunen selv. Som grunnlag for denne beslutningen skal det etter § 62 a annet ledd foretas en sammenligning av omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse og omkostningene ved å akseptere det private tilbudet. Ettersom omkostningssammenligningen skal inngå i grunnlaget for beslutningen om den aktuelle oppgaven fortsatt skal utføres av kommunen selv, må sammenligningen foretas først.

Det er som nevnt omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse og omkostningene ved å akseptere det private tilbudet som skal sammenlignes. Lov om kommunernes styrelse § 62 a fjerde ledd inneholder en hjemmel for fastsettelse av nærmere regler om beregning av kommunens omkostninger. Av Veiledningen fremgår det at det danske Indenrigs- og Sundhedsministeriet ikke har til hensikt å bruke denne hjemmelen. I stedet vil det som nevnt i punkt 2.7.2 i forbindelse med omleggingen av budsjett- og regnskapssystemene for kommuner og fylkeskommuner i Danmark bli utarbeidet en særskilt veiledning for omkostningsberegninger. Ved en eventuell innføring av regler om utfordringsrett i Norge, vil det være naturlig å se hen til de retningslinjer m.v. som måtte være fastsatt i Danmark om omkostningsberegning.

For øvrig bemerkes det at det i Veiledningen punkt 6.1.1 er presisert at det bare er kommunens samlede omkostninger som skal beregnes. Det foreligger ikke noen plikt til å spesifisere de enkelte utgiftspostene. Dette kan medføre at mer indirekte kostnader som kommunen har i tilknytning til den aktuelle oppgaven, blir oversett ved beregningen av kommunens omkostninger.

Det er i Veiledningen også presisert at kommunen ved beregningen av omkostningene ved å akseptere det private tilbudet, kan ta med eventuelle tilleggsomkostninger kommunen vil ha selv om oppgaven overlates til andre. Dette vil kunne være både avviklingskostnader og helt nye omkostninger, som for eksempel utgifter til tilsyn og kontroll.

Dette fremstår som praktisk viktige presiseringer som også bør vurderes ved en eventuell innføring av regler om utfordringsrett i Norge.

3.6.2 Beslutning om fremtidig oppgaveutførelse

Når det er foretatt en sammenligning av omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse og omkostningene ved å akseptere det private tilbudet, skal kommunestyret treffe beslutning om hvorvidt oppgaven fortsatt skal utføres av kommunen. Dette må sies å være hovedelementet i utfordringsretten: gjennom fremsettelse av et konkret tilbud skal kommunestyret tvinges til å ta stilling til om vedkommende oppgave fortsatt skal utføres av kommunen selv.

De danske reglene om utfordringsrett stiller ingen krav til resultatet av kommunestyrets behandling av private utfordringstilbud. Selv om det private tilbudet vil føre til en bedre og billigere oppgaveutførelse enn den kommunale oppgaveutførelsen, kan kommunestyret likevel beslutte at kommunen fortsatt skal utføre oppgaven selv.

Også denne friheten må sies å være en integrert del av de danske reglene om utfordringsrett. Ved en innføring i Norge vil kommunestyrets frihet for så vidt være begrenset gjennom det alminnelige forvaltningsrettslige prinsippet om saklighet. I praksis vil imidlertid kommunestyret ha meget stor frihet til å bestemme at en bestemt oppgave fortsatt skal utføres av kommunen selv. De momentene som det i henhold til Veiledningen punkt 6.2.1 er mulig å legge vekt på i Danmark – pris, kvalitet, teknisk verdi, estetisk og funksjonsmessig verdi, miljø- og arbeidsmiljøforhold, teknisk bistand, service, leveringsdato og kontraktsperiode – vil også være relevante momenter etter norsk rett.

Dersom kommunestyret kommer til at kommunen ikke lenger skal utføre den aktuelle oppgaven selv, foreligger det i prinsippet to hovedalternativer: å akseptere det utfordringstilbudet som er avgitt eller å sette oppgaven ut på anbud. Hvorvidt det er adgang til å akseptere utfordringstilbudet uten å gå veien om en eller annen form for konkurranse løses ikke av reglene om utfordringsrett, men av regelverket om offentlige anskaffelser. Den klare hovedregel i dette regelverket er at det må gjennomføres en eller annen form for konkurranse ved offentlige anskaffelser. Regelverket om offentlige anskaffelser er det redegjort nærmere for punkt 4.6 nedenfor.

3.6.3 Inngåelse av avtale

Dersom kommunen har adgang til å akseptere det private utfordringstilbudet og gjør dette, vil det kontraktsrettslige forholdet mellom partene ikke bli regulert av reglene om utfordringsrett. Spørsmålet om avtale skal anses inngått og hva som eventuelt skal anses avtalt, må da løses på grunnlag av alminnelige kontraktsrettslige regler.

Reglene om utfordringsrett sier heller ikke noe om hvilke virkninger en slik avtale kan få for andre, typisk de ansatte i kommunen som tidligere har utført den oppgaven som det er inngått avtale om. I hvilken utstrekning en slik avtale vil kunne utgjøre en avtale om virksomhetsoverdragelse i forhold til den norske arbeidsmiljøloven kapittel XII A og i hvilken utstrekning arbeidstakere vil kunne sies opp i forbindelse med en slik avtale, vil bli vurdert nærmere i punkt 4.25 nedenfor.

3.7 Krav til saksbehandlingen ved behandlingen av private utfordringstilbud

Hvorvidt kommunestyret eller fylkestinget selv må behandle et privat utfordringstilbud eller om denne oppgaven kan delegeres til andre, vil avhenge av hvordan eventuelle regler om utfordringsrett blir utformet. Utgangspunktet i kommuneloven er at kommunestyret og fylkestinget fritt kan delegere beslutningsmyndighet til de andre politisk sammensatte organene, det vil si til formannskap/fylkesutvalg (§ 8 nr. 3), faste utvalg (§ 10 nr. 2) og kommunedelsutvalg (§ 12 nr. 3). Det foreligger imidlertid ikke delegasjonsadgang etter de nevnte bestemmelsene når *"annet følger av lov"*.

Når det i kommuneloven står at kommunestyret eller fylkestinget *"selv"* skal eller kan gjøre noe, vil det innebære et forbud mot delegasjon av den myndigheten som kommunestyret eller fylkestinget er gitt. Ved en eventuell innføring av regler om utfordringsrett vil det måtte vurderes i hvilken utstrekning det skal presiseres at kommunestyret og fylkestinget selv skal behandle private utfordringstilbud.

I den grad det ikke foreligger et delegasjonsforbud vil kommunestyret og fylkestinget i tillegg til delegasjon til de andre politisk sammensatte organene, også kunne delegere vedtakskompetanse til administrasjonssjefen. Dette følger av kommuneloven § 23 nr. 4, som har følgende ordlyd:

”Kommunalt og fylkeskommunalt folkevalgt organ kan gi administrasjonssjefen myndighet til å treffe vedtak i enkeltsaker eller typer av saker som ikke er av prinsipiell betydning, hvis ikke kommunestyret eller fylkestinget har bestemt noe annet.”

Som det vil fremgå er delegasjonsadgangen til administrasjonssjefen begrenset i forhold til delegasjonsadgangen til de andre politisk sammensatte organene. Det må likevel være klart at denne bestemmelsen vil åpne for å overlate til administrasjonssjefen å treffe avgjørelser om avvisning av private utfordringstilbud. Tilsvarende må gjelde for avgjørelser av om det foreligger et tilbud som er omfattet av reglene om utfordringsrett.

Derimot vil det ikke være adgang til å overlate til administrasjonssjefen å beslutte at en oppgave som kommunen tidligere har utført selv, heretter skal overlates til andre. Dette vil det være naturlig å betegne som en sak av prinsipiell betydning. Men har kommunestyret først bestemt at en bestemt oppgave ikke lenger skal utføres av kommunen, kan beslutningen om hvorvidt det skal gjennomføres en anbudskonkurranse eller det private tilbudet skal aksepteres, antagelig delegeres til administrasjonssjefen. Administrasjonssjefens valgfrihet vil i så fall være begrenset av regelverket for offentlige anskaffelser.

For så vidt gjelder spørsmålet om hvilke saksbehandlingsregler som vil gjelde ved behandlingen av private utfordringstilbud, er det redegjort nærmere for dette i punkt 4.3 nedenfor om forvaltningsloven.

3.8 Offentlighet knyttet til behandlingen av private utfordringstilbud

Et privat utfordringstilbud vil utgjøre et dokument som omfattes av offentlighetsloven. Hovedregelen i offentlighetsloven er at alle dokumenter er offentlige i den forstand at enhver kan be om å få innsyn i dem.

Opplysninger som i eller i medhold av lov er undergitt taushetsplikt, er uten videre unntatt fra offentlighet etter offentlighetsloven § 5 a. I forhold til dokumenter knyttet til private utfordringstilbud er det særlig bestemmelsen i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 som kan tenkes å medføre at det foreligger unntak fra hovedregelen om offentlighet. Denne bestemmelsen omfatter opplysninger om *”tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår”*.

Offentlighetsloven inneholder i tillegg bestemmelser i §§ 5 og 6 som gir hjemmel til å unnta dokumenter fra offentlighet i visse tilfeller. I forhold til dokumenter knyttet til private utfordringstilbud er det særlig § 5 om interne dokumenter og § 6 første ledd nr. 2 bokstav a om hensynet til en forsvarlig økonomiforvaltning som vil kunne være aktuelle. Et særlig spørsmål som ikke ser ut til å være drøftet i den danske Veiledningen, er i hvilken utstrekning et dokument som viser kommunens beregning av egne omkostninger kan unntas fra offentlighet. I forhold til den norske offentlighetsloven vil et slikt dokument i utgangspunktet måtte regnes som et internt dokument, men etter offentlighetsloven § 5 tredje ledd gjelder unntaksbestemmelsen for interne dokumenter ikke for saksframlegg med vedlegg som blir gitt til et kommunalt eller fylkeskommunalt folkevalgt organ. Dersom et privat utfordringstilbud skal behandles av kommunestyret, vil følgelig ingen av dokumentene som er vedlagt saksframlegget kunne unntas fra offentlighet i medhold av offentlighetsloven § 5.

Hvis det innføres regler om utfordringsrett i kommuneloven, vil det av kommuneloven § 31 nr. 1 følge at kommunestyrets behandling av et privat utfordringstilbud som hovedregel skal skje i et møte for åpne dører.

3.9 Kontroll og sanksjoner

Hvis det innføres regler om utfordringsrett i kommuneloven, vil kommuneloven kapittel 10 om tilsyn og kontroll automatisk komme til anvendelse. Etter § 60 nr. 1 har kommunestyret selv det øverste tilsyn med den kommunale forvaltningen. I den grad kommunestyret selv har truffet avgjørelser vedrørende private utfordringstilbud, vil en slik kontroll neppe ha særlig stor praktisk betydning.

Når det gjelder de kontrollutvalgene som skal oppnevnes i medhold av § 60 nr. 2, vil de ikke ha myndighet til å kontrollere kommunestyrets virksomhet. Administrasjonens praksis knyttet til avvisning av private utfordringstilbud vil imidlertid kunne gjennomgås.

Etter kommuneloven § 59 nr. 1 vil tre eller flere medlemmer av et kommunestyre sammen kunne bringe avgjørelser truffet av kommunestyret inn for vedkommende departement til kontroll av avgjørelsens lovlighet. Ettersom regler om utfordringsrett ikke under noen omstendighet pålegger kommunene å akseptere et privat utfordringstilbud eller å sette bestemte oppgaver ut på anbud, må det antas at denne kontrollmuligheten vil ha begrenset betydning i forhold til kommunestyrenes behandling av private utfordringstilbud.

Bestemmelsene om tilsyn og kontroll i kommuneloven suppleres av bestemmelsene i lov av 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen. Ombudsmannens arbeidsområde omfatter i utgangspunktet hele den offentlige forvaltningen, herunder virksomheten i kommunene. Av loven om Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 4 bokstav f fremgår det likevel at ombudsmannens arbeidsområde ikke omfatter *"avgjørelser som etter bestemmelse i lov bare kan treffes av kommunestyret eller fylkestinget selv"*. De danske reglene om utfordringsrett forutsetter at det er kommunestyret selv som skal behandle utfordringstilbud som ikke blir avvist. En konsekvens av en tilsvarende regel i Norge vil være at kommunestyrenes realitetsbehandling av utfordringstilbud ikke vil kunne bringes inn for ombudsmannen, men at avgjørelser om avvisning vil kunne bringes inn for ombudsmannen.

4. HVILKEN BETYDNING VIL EN INNFØRING AV REGLER OM UTFORDRINGSRETT FÅ FOR LOVBESTEMMELSER SOM REGULERER KOMMUNENES OG FYLKESKOMMUNENES VIRKSOMHET?

4.1 Innledning

Mens det i punkt 3 ble tatt utgangspunkt i de danske reglene om utfordringsrett, vil det her i punkt 4 bli tatt utgangspunkt i bestemte norske lover som regulerer kommuners og fylkeskommuners virksomhet. Det forutsettes at det skal innføres regler om utfordringsrett i den norske kommuneloven tilsvarende de danske reglene om utfordringsrett. Det vil så bli vurdert hvilke uklarheter og spørsmål som kan oppstå i forhold til andre norske lovbestemmelser som regulerer kommuners og fylkeskommuners virksomhet.

Det er verken mulig eller hensiktsmessig å gjennomgå alle lovbestemmelser der kommuner eller fylkeskommuner er nevnt for å vurdere mulige problemer i forhold til en utfordringsrett. I praksis vil en utfordringsrett særlig kunne få betydning i forhold til kommunal og fylkeskommunal virksomhet som kan betegnes som tjenesteyting i vid forstand eller forretningsvirksomhet. Det er nettopp slik virksomhet som private vil kunne tilby. Hovedvekten er derfor lagt på lovbestemmelser som regulerer kommuners og fylkeskommuners tjenesteyting i vid forstand og forretningsvirksomhet.

Lovbestemmelser som regulerer kommuners og fylkeskommuners utøvelse av offentlig myndighet – typisk i form av pålegg, forbud og tildeling av tillatelser – vil normalt forutsette at myndighetsutøvelsen ikke kan overlates til private. Utfordringstilbud som gjelder utøvelse av offentlig myndighet fremstår som lite praktisk, men vil uansett kunne avvises dersom det i Norge innføres en bestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2. Denne bestemmelsen gir hjemmel for å avvise tilbud fra tilbudsgivere som ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet omfatter. Lovbestemmelser som regulerer utøvelse av offentlig myndighet er derfor i begrenset grad vurdert i det følgende.

I den forbindelse vises det også til Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen Advokatfirma ”Juss og konkurranseutsetting” (1999), der det er redegjort for hvilken rettslig adgang kommuner og fylkeskommuner har til å overlate til andre å utføre ulike oppgaver. I oppsummeringen på side 130 er det blant annet uttalt følgende:

”I hovedtrekk vil en oppgave som innebærer myndighetsutøvelse eller som tillegger kommunen rollen som offentlig forvalter/samfunnsmessig styrer, normalt bare kunne overlates til andre når dette har hjemmel i lov. For oppgaver som anses som en tjenesteytelse, vil utgangspunktet være det motsatte. I disse tilfellene vil det ofte ikke være noe i veien for å overlate utførelsen av oppgaven til andre.”

4.2 Kommuneloven

Av kommuneloven § 2 følger det at loven gjelder for ”kommuners og fylkeskommuners virksomhet, herunder kommunal og fylkeskommunal virksomhet i medhold av andre lover”. En plassering i kommuneloven vil dermed medføre at regler om utfordringsrett vil gjelde for alle deler av kommunenes og fylkeskommunenes virksomhet. En slik plassering vil ikke nødvendigvis gjøre endringer i kommunelovens øvrige bestemmelser.

I punkt 3.3, 3.4 og 3.7 ovenfor er det pekt på særlig tre forhold som bør avklares i forbindelse med en eventuell innføring av regler om utfordringsrett. Dette gjelder hvilke kommunale organer som skal kunne utfordres, konsekvensene av at en oppgave er overlatt til en institusjon (§ 11), et interkommunalt samarbeid (§ 27), et kommunalt foretak (kapittel 11)

eller et interkommunalt selskap, og kommunestyrets adgang til delegasjon (§§ 8 nr. 3, 10 nr. 2, 12 nr. 3 og 23 nr. 4). Hvis disse uklarhetene løses direkte i reglene om utfordringsrett, vil det ikke være nødvendig å foreta endringer eller presiseringer i kommunelovens øvrige bestemmelser.

Etter kommuneloven §§ 46 nr. 1 og 47 nr. 1 er årsbudsjettet bindende. Dette vil normalt ikke reise problemer, idet det i praksis neppe vil være aktuelt å akseptere tilbud som innebærer økte omkostninger. Aksept av et privat utfordringstilbud vil imidlertid kunne medføre at omkostningene skal belastes en annen budsjettpost. Dette kan i teorien medføre problemer, idet utgangspunktet er at en kommune *"ikke uten særskilt hjemmel har adgang til å overskride en budsjettpost under henvisning til besparelse andre steder i budsjettet"*, jf. Oddvar Overå og Jan Fridthjof Bernt *"Kommuneloven med kommentarer"* 3. utgave (2001) side 341. Hvis et slikt problem skulle oppstå, vil det imidlertid være mulig å løse det gjennom å vedta en tilleggsbevilgning til den aktuelle budsjettposten.

I Danmark ble det samtidig med reglene om utfordringsrett innført regler om servicestrategi. Av lov om kommunernes styrelse § 62 fremgår det at kommunestyret innen utgangen av valgperiodens første år skal vurdere *"hvordan kvaliteten og effektiviteten i den kommunale oppgavevaretagelse kan utvikles (servicestrategi)"*. Det fremgår videre av § 62 at *"Servicestrategien skal gøres tilgjengelig for kommunens beboere i form av en redegørelse"*. Dersom det også i Norge skal innføres regler om servicestrategi samtidig med regler om utfordringsrett, er det ikke opplagt at disse reglene skal plasseres i samme kapittel. Det kan i så fall være vel så naturlig å vurdere regler om servicestrategi i sammenheng med bestemmelsene om informasjon og planlegging i kommuneloven §§ 4 og 5.

4.3 Forvaltningsloven

Forvaltningsloven inneholder generelle saksbehandlingsregler som gjelder for alle statlige og kommunale organer i den utstrekning ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov. Ingen av bestemmelsene i forvaltningsloven er i seg selv uforenlige med regler om utfordringsrett. En innføring av regler om utfordringsrett vil dermed ikke medføre noe behov for å endre bestemmelser i forvaltningsloven.

Forvaltningsloven gjelder etter § 1 *"den virksomhet som drives av forvaltningsorganer"*. Forvaltningsloven vil følgelig i prinsippet gjelde for kommuners og fylkeskommuners behandling av private utfordringstilbud. Forvaltningsloven kapittel I-III gjelder i alle saker, mens kapittel IV-VI i henhold til § 3 første ledd bare får anvendelse i saker som gjelder enkeltvedtak. Rekkevidden av forvaltningslovens enkeltvedtaksbegrep vil dermed være bestemmende for i hvilken grad forvaltningsloven kommer til anvendelse på kommuners og fylkeskommuners behandling av private utfordringstilbud. Som enkeltvedtak regnes etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b avgjørelser som treffes under utøving av offentlig myndighet og som er bestemmende for rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer.

Dersom en kommune mottar en henvendelse utformet som et privat utfordringstilbud, må kommunen først ta stilling til om henvendelsen fyller grunnvilkårene for å være omfattet av reglene om utfordringsrett. Kommer kommunen til at henvendelsen ikke utgjør et privat utfordringstilbud, for eksempel fordi tilbudet ikke er konkret eller fordi kommunen ikke utfører den aktuelle oppgaven selv, har kommunen ikke plikt til å realitetsbehandle tilbudet. En beslutning om ikke å behandle et slikt tilbud etter reglene om utfordringsrett, vil ikke være bestemmende for tilbudsgiverens rettigheter eller plikter og vil følgelig heller ikke være et enkeltvedtak. I samsvar med god forvaltningsskikk og forvaltningsloven § 11 om

veiledningsplikt vil det imidlertid i slike tilfeller være naturlig å opplyse den private om hvorfor tilbudet ikke er omfattet av reglene om utfordringsrett.

Det kan muligens hevdes at det å legge til grunn at reglene om utfordringsrett ikke kommer til anvendelse må regnes som en form for avvisning, idet tilbudet da ikke blir realitetsbehandlet. Dette vil imidlertid neppe få noen praktisk betydning, jf. det som sies om avvisning nedenfor.

Dersom det foreligger et privat utfordringstilbud må kommunen så ta stilling til om tilbudet skal avvises. Dersom det treffes en beslutning om avvisning, kan det spørres om en slik beslutning vil måtte regnes som et enkeltvedtak. Dette spørsmålet er øyensynlig løst i forvaltningsloven § 2 tredje ledd, der det er uttalt at også ”avgjørelser som gjelder avvisning av en sak” skal regnes som enkeltvedtak. Om denne bestemmelsen er det imidlertid i Arvid Frihagen ”Forvaltningsloven” 2. utgave (1986) side 78 uttalt følgende:

”Det må kreves at avvisningen gjelder noe som ville vært enkeltvedtak om partens ønske hadde vært imøtekommet eller forkastet etter en realitetsbehandling, for at avvisningsbeslutningen skal gå etter reglene i lovens kapittel IV, V og VI.”

Geir Woxholth ”Forvaltningsloven” 3. utgave (1999) side 89 inneholder en tilsvarende formulering. Dette synes å innebære at en avvisning av et privat utfordringstilbud bare vil være et enkeltvedtak dersom realitetsbehandling av tilbudet vil resultere i et enkeltvedtak. En slik realitetsbehandling vil imidlertid bare føre til at kommunen treffer beslutning om hvorvidt en oppgave skal overlates til andre. I forlengelsen av dette kan det eventuelt bli besluttet at oppgaven skal settes ut på anbud eller at tilbudet skal aksepteres. Ingen av disse beslutningene vil utgjøre enkeltvedtak etter definisjonen i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b, jf. nedenfor.

Konklusjonen synes dermed å bli at en avvisning av et privat utfordringstilbud antagelig ikke vil kunne regnes som et enkeltvedtak. I så fall vil ikke forvaltningslovens regler om saksforberedelse ved enkeltvedtak, begrunnelse og klage gjelde. Dersom det er ønskelig at noen av disse reglene skal gjelde ved avvisning av private utfordringstilbud, kan det i bestemmelsen om avvisning av slike tilbud tas inn en henvisning til de bestemmelsene i forvaltningslovens kapittel IV-VI som skal gjelde. Dersom det er ønskelig at alle disse bestemmelsene om enkeltvedtak skal gjelde, kan det i bestemmelsen om avvisning sies at en avgjørelse om avvisning skal regnes som et enkeltvedtak.

Kommunens sammenligning av omkostninger vil klart nok ikke utgjøre noe enkeltvedtak. Kommunens beslutning om hvorvidt den fortsatt skal utføre den aktuelle oppgaven selv vil heller ikke være et enkeltvedtak, idet beslutningen ikke vil være bestemmende for private personers rettigheter eller plikter. Dette gjelder uavhengig av om beslutningen går ut på at kommunen fortsatt skal utføre oppgaven selv eller at oppgaven skal overlates til andre. En beslutning om at utfordringstilbudet skal aksepteres vil normalt ikke innebære utøvelse av offentlig myndighet og vil av den grunn ikke utgjøre noe enkeltvedtak.

I den danske lov om kommunernes styrelse § 62 a første ledd annet punktum er det presisert at hvis utfordringstilbudet ikke blir akseptert, skal den private tilbudsgiveren underrettes om den beslutningen som er truffet og i den forbindelse gis en begrunnelse. En tilsvarende presisering kan vurderes tatt inn i eventuelle norske regler om utfordringsrett, idet forvaltningsloven kapittel V om begrunnelse og underretning i utgangspunktet ikke vil komme til anvendelse ved kommunens realitetsbehandling av private utfordringstilbud.

En viktig konsekvens av at avgjørelser knyttet til private utfordringstilbud i utgangspunktet ikke vil utgjøre enkeltvedtak, er at slike avgjørelser ikke vil kunne påklages.

Forvaltningsloven kapittel VI om klage gjelder bare i saker vedrørende enkeltvedtak. Dersom det imidlertid skulle bli fastsatt at visse former for avgjørelser skal kunne påklages, vil det følge av forvaltningsloven § 28 annet ledd annet punktum at vedkommende departement vil være klageinstans for avgjørelser truffet av kommunestyret eller fylkestinget.

Som nevnt innledningsvis i dette punktet vil forvaltningsloven kapittel II og III uansett gjelde. Disse bestemmelsene suppleres dessuten av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om saklighet og forsvarlighet.

Spørsmål i forhold til forvaltningsloven § 6 om habilitet vil særlig kunne oppstå dersom det blir åpnet for at andre organer enn kommunestyret skal kunne behandle private utfordringstilbud. Spørsmål vil for eksempel kunne oppstå dersom et interkommunalt samarbeid blir utfordret på den ene oppgaven som samarbeidet utfører, slik at en aksept av utfordringstilbudet i realiteten vil innebære en nedleggelse av samarbeidet.

Kommunene vil videre i alle saker ha veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11. Dersom et tilbud ikke fyller grunnvilkårene for å være omfattet av reglene om utfordringsrett, vil kommunene antagelig ha en viss plikt til å veilede tilbudsgivere slik at manglene ved tilbudet blir avhjulpet. Det vil imidlertid neppe kunne utledes noen plikt etter forvaltningsloven § 11 til på forespørsel fra en potensiell tilbudsgiver å fremskaffe og utlevere detaljerte opplysninger om omfanget og arten av og omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse.

Også forvaltningsloven § 11 a om saksbehandlingstid og foreløpig svar vil gjelde når kommuner mottar private utfordringstilbud. Det er ikke her fastsatt noen bestemt frist for hvor raskt kommunen skal behandle et utfordringstilbud, men det fremgår at slike tilbud må behandles uten ugrunnet opphold.

4.4 Offentlighetsloven

Offentlighetsloven gjelder på samme måte som forvaltningsloven for den virksomhet som drives av forvaltningsorganer. Loven gjelder dermed for kommuner og fylkeskommuner. Lovens hovedregel er at forvaltningens saksdokumenter er offentlige. Denne hovedregelen vil også gjelde for private utfordringstilbud.

I punkt 3.8 ovenfor er det vist til de bestemmelsene i offentlighetsloven som vil være mest praktiske i forhold til private utfordringstilbud. Opplysninger som i henhold til forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 er undergitt taushetsplikt, er uten videre unntatt fra offentlighet etter offentlighetsloven § 5 a. Offentlighetsloven inneholder i tillegg bestemmelser i §§ 5 og 6 som gir hjemmel til å unnta dokumenter fra offentlighet i visse tilfeller. I forhold til dokumenter knyttet til private utfordringstilbud er det særlig § 5 om interne dokumenter og § 6 første ledd nr. 2 bokstav a om hensynet til en forsvarlig økonomiforvaltning som vil kunne være aktuelle.

Et spørsmål som vil kunne oppstå i praksis er i hvilken utstrekning et konkret utfordringstilbud vil kunne unntas fra offentlighet. At slike tilbud inneholder en bestemt pris vil ikke i seg selv være nok til at tilbudene kan unntas fra offentlighet etter offentlighetsloven § 5 a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 eller offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 2 bokstav a.

I den forbindelse nevnes derfor at det er gitt en forskrift 14. februar 1986 nr. 351 til offentlighetsloven. I denne forskriftens punkt V nr. 12 er det i medhold av offentlighetsloven § 11 annet ledd bestemt at følgende kan unntas fra offentlighet:

”tilbud og protokoller som nevnt i forskrift fastsatt ved kgl.res. av 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser og forskrift fastsatt ved kgl.res. av 16. desember 1994 nr. 1110 om innkjøpsregler innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften).”

Dette unntaket vil normalt ikke omfatte private utfordringstilbud, idet slike tilbud normalt ikke vil være omfattet av de forskriftene som er nevnt. Selv om denne formen for generelle unntak fra offentlighetsloven etter § 11 annet ledd krever *”særlig tungtveiende grunner”*, kan det eventuelt vurderes om det vil være behov for å utvide det ovenfor siterte unntaket til å omfatte private utfordringstilbud. En manglende hjemmel for unntak fra offentlighetsloven kan føre til at den tilbudsgiveren som gjennom et utfordringstilbud sørger for at det blir gjennomført en anbudskonkurranse, stiller med et handikap i den etterfølgende anbudskonkurransen som en følge av at utfordringstilbudet er tilgjengelig for de øvrige anbyderne.

4.5 Lov om interkommunale selskaper

Lov av 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskaper gjelder for interkommunale selskaper, det vil si selskaper der samtlige deltakere er kommuner, fylkeskommuner eller interkommunale selskaper. I punkt 3.3 ovenfor er det uttalt at det i forbindelse med en eventuell innføring av regler om utfordringsrett vil være naturlig å vurdere om interkommunale selskaper skal kunne utfordres direkte.

Dette vil det eventuelt være naturlig å regulere i reglene om utfordringsrett. Det som her skal vurderes er om en presisering i reglene om utfordringsrett at interkommunale selskaper skal kunne utfordres på samme måte som kommuner, vil nødvendiggjøre endringer i lov om interkommunale selskaper.

Et første spørsmål som vil kunne oppstå er om det er styret eller representantskapet som i så fall skal behandle private utfordringstilbud. Dette vil kunne reguleres direkte i reglene om utfordringsrett, men hvis dette ikke er gjort bør nok representantskapet som selskapets øverste organ behandle de utfordringstilbud som måtte komme. Beslutning om avvisning må imidlertid kunne treffes av styret eller eventuelt daglig leder, jf. lov om interkommunale selskaper §§ 13 og 14.

Av lov om interkommunale selskaper § 15 følger det at bestemmelsene om inhabilitet i kommuneloven § 40 nr. 3 gjelder tilsvarende for medlemmer av selskapets styrende organer. Som nevnt tidligere vil det kunne oppstå vanskelige habilitetsspørsmål dersom det fremsettes et utfordringstilbud som omfatter alle eller vesentlige deler av de oppgavene som det interkommunale selskapet har.

Øvrige bestemmelser i lov om interkommunale selskaper ser ikke ut til å reise særlige problemer i forhold til en eventuell utfordringsrett.

Et annet spørsmål er om et interkommunalt selskap vil kunne regnes som en privat som selv vil kunne fremsette utfordringstilbud overfor kommuner og fylkeskommuner. I lov om interkommunale selskaper er det ikke regulert om slike selskaper skal regnes som offentlige eller private virksomheter. Av forarbeidene til loven fremgår det at spørsmålet om offentlighetsloven og forvaltningsloven vil gjelde for et interkommunalt selskap må avgjøres konkret for hvert selskap, jf. Ot.prp. nr. 53 (1997-98) side 78. I den forbindelse er det uttalt at interkommunale selskaper som driver regulær næringsvirksomhet må antas å falle utenfor offentlighetsloven og forvaltningsloven, mens løsningen blir den motsatte der kommuner har overlatt tradisjonell forvaltningsvirksomhet til et interkommunalt selskap.

Dette innebærer at hvis det ikke blir regulert uttrykkelig hvorvidt interkommunale selskaper skal regnes som private i forhold til reglene om utfordringsrett, så vil det måtte avgjøres i forhold til hvert enkelt interkommunale selskap om det er privat og dermed har utfordringsrett. Et synspunkt kan her være at når selskapet er opprettet i medhold av lov om interkommunale selskaper og denne loven utelukkende anerkjenner kommuner, fylkeskommuner og interkommunale selskaper som medlemmer, så foreligger det ikke et rettssubjekt opprettet i medhold av privatrettslige regler. Det kan imidlertid også vises til at det tradisjonelt har vært akseptert at kommuner kan skille ut deler av virksomheten i egne rettssubjekter – og da særlig forretningsvirksomhet – med den konsekvens at rettssubjektene ikke blir ansett for å være offentlige organer.

4.6 Lov om offentlige anskaffelser

Lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser bygger hovedsakelig på de EU-rettslige direktivene om offentlige anskaffelser som er en del av EØS-avtalen. Loven suppleres av forskrift av 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser og forskrift av 16. desember 1994 nr. 1110 om innkjøpsregler innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon. Regelverket om offentlige anskaffelser er basert på at de fleste offentlige anskaffelser skal foretas etter en eller annen form for konkurranse.

Forskriften om offentlige anskaffelser får etter § 1-3 anvendelse ved tildeling av de offentlige vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som ikke er unntatt i bestemmelsens annet og tredje ledd. Av forskriften § 2-2 følger det at forskriftens del II som hovedregel gjelder for vare- og tjenestekontrakter med en anslått verdi på minst kr. 1.650.000,- eksklusive merverdiavgift og bygge- og anleggskontrakter med en anslått verdi på minst kr. 41.750.000,- eksklusive merverdiavgift. Slike anskaffelser skal etter § 4-1 foretas ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Konkurranse med forhandlinger kan likevel benyttes når vilkårene i §§ 4-2 eller 4-3 er oppfylt.

Kontrakter under terskelverdiene i § 2-2 og kontrakter som gjelder uprioriterte tjenester som angitt i § 2-5, følger reglene i forskriftens del III. Slike anskaffelser skal foretas ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller ved konkurranse med forhandlinger. Direkte anskaffelse – det vil si anskaffelse uten noen form for konkurranse – er bare tillatt når vilkårene i § 11-2 er oppfylt. Denne bestemmelsen har følgende ordlyd:

”(1) Direkte anskaffelse kan anvendes for følgende kontrakter hvor:

- a. prisen på anskaffelsen ikke overstiger kroner 200.000 eks. mva.,*
- b. anskaffelsen bare kan skje hos en leverandør i markedet,*
- c. det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe ytelser til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser, og en anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke lar seg gjennomføre i det tidsrommet tilbudet foreligger,*
- d. anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse,*
- e. uforutsette omstendigheter gjør det nødvendig å utføre tilleggsytelser som er strengt nødvendige for kontraktens fullføring, forutsatt at tildelingen skjer til samme leverandør,*
- f. det i en forutgående anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet, eller*
- g. det gjelder varer eller tjenester som kjøpes på børs/ råvarebørs eller lignende marked.*

(2) Ved direkte anskaffelse kommer de øvrige reglene i del III ikke til anvendelse.”

Regelverket om offentlige anskaffelser vil ha stor betydning i forhold til regler om utfordringsrett fordi regelverket begrenser kommunenes adgang til uten videre å akseptere utfordringstilbud som måtte bli fremsatt. En aksept av et utfordringstilbud vil jo utgjøre en form for offentlig anskaffelse. Hvis utfordringstilbudet gjelder en ytelse som er omfattet av regelverket, vil kommunen følgelig bare kunne akseptere tilbudet dersom vilkårene for direkte anskaffelse i forskriften § 11-2 er oppfylt. Mest praktisk synes alternativet i første ledd bokstav a å være, som åpner for direkte anskaffelse når prisen ikke overstiger kr. 200.000,- eksklusive merverdiavgift. Er ingen av vilkårene i § 11-2 oppfylt vil et utfordringstilbud ikke kunne aksepteres. Kommunen må da i stedet beslutte enten at oppgaven fortsatt skal utføres av kommunen selv eller at oppgaven skal overlates til andre etter en anskaffelsesprosedyre i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser.

Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 7 annet ledd at inntil kontrakt er inngått kan en domstol sette til side beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosedyre når beslutningen er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Dette vil for eksempel kunne være aktuelt der en kommune har besluttet å inngå avtale med en privat tilbudsgiver, men hvor endelig avtale ikke er inngått ennå.

Kommuner som overtrer regelverket om offentlige anskaffelser vil risikere søksmål med krav om erstatning. I tillegg vil overtredelser kunne bringes inn for den Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) som ble opprettet med virkning fra 1. januar 2003.

4.7 Lov om forsøk i offentlig forvaltning

Lov av 26. juni 1992 nr. 87 om forsøk i offentlig forvaltning gjelder for forsøk i den statlige, fylkeskommunale og kommunale forvaltning. Formålet med loven er gjennom forsøk å utvikle funksjonelle og effektive organisasjons- og driftsformer i den offentlige forvaltning. Lovens § 3 åpner for at Kongen kan godkjenne forsøk som innebærer avvik fra lover og forskrifter som gjelder organisering av, oppgavefordeling mellom og kontroll med forvaltningsorganer.

Loven legger opp til at forvaltningsorganer selv kan ta initiativ til forsøk. Loven vil ikke gi staten hjemmel til å pålegge kommuner og fylkeskommuner å innføre en utfordringsrett.

Det vil imidlertid ikke være noe i veien for at en eller flere kommuner og fylkeskommuner på egen hånd innfører en utfordringsrett som en forsøksordning. Dersom de retningslinjene som innføres ligger innenfor de regler som for øvrig gjelder for kommunal og fylkeskommunal virksomhet, vil det ikke være behov for å søke om godkjenning etter lov om forsøk i offentlig forvaltning. At en kommune eller fylkeskommune påtar seg en plikt til å vurdere visse tilbud som måtte bli fremsatt av private, vil ikke nødvendigvis unntak fra lover og forskrifter som gjelder organisering av, oppgavefordeling mellom og kontroll med forvaltningsorganer.

Dersom det imidlertid ønskes gjennomført en forsøksordning som avviker fra gjeldende lovbestemmelser vil dette kunne oppnås gjennom en godkjenning i henhold til lov om forsøk i offentlig forvaltning. En mulig forsøksordning kunne for eksempel vært å innføre et nytt organ som skulle ha ansvaret for å ta stilling til private utfordringstilbud. Etter lov om forsøk i offentlig forvaltning § 4 nr. 1 kan det imidlertid ikke godkjennes forsøk som innebærer avvik fra kommunelovens grunnleggende bestemmelser om organisering av virksomheten i kommuner og fylkeskommuner.

4.8 Kommunehelsetjenesteloven

Lov av 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene pålegger landets kommuner å sørge for nødvendig helsetjeneste for alle som bor eller midlertidig oppholder seg i kommunen. I § 1-3 annet ledd er det presisert at kommunen blant annet skal sørge for allmennlegetjeneste, legevaktordning, fysioterapitjeneste, sykepleie (herunder helsesøstertjeneste og hjemmesykepleie), jordmortjeneste, sykehjem for heldøgns omsorg og pleie og medisinsk nødmeldetjeneste.

Av lovens § 1-3 tredje ledd fremgår det at kommunen kan organisere disse tjenestene ved å inngå avtaler med personell om privat helsevirksomhet. I § 1-4 fjerde ledd er det videre åpnet for at kommunen kan samarbeide med private organisasjoner når dette er egnet til å fremme helsetjenestens formål. Dermed vil det være en ikke ubetydelig plass for utfordringstilbud innenfor det området som kommunehelsetjenesteloven regulerer.

En del oppgaver som kommunehelsetjenesteloven legger til kommunen, må sies å være av en slik art at de ikke vil kunne overlates til private. Slik er det for eksempel naturlig å forstå § 1-4 første ledd om planlegging av helsetjenesten, § 1-5 om utarbeidelse av beredskapsplan og § 3-1 om fastsettelse av organisasjonsform og ledelse. Utfordringstilbud på disse områdene fremstår som lite praktisk. Slike tilbud vil uansett kunne avvises dersom det i Norge innføres en bestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2, som omfatter tilbud fra tilbudsgivere som ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet gjelder.

I kommunehelsetjenesteloven § 4-2 er det fastsatt bestemmelser for inngåelse av avtaler om privat praksis m.m. Det fremgår her blant annet at avtale skal inngås med den som er faglig best skikket. Dette medfører at et privat utfordringstilbud på dette området ikke uten videre vil kunne bli akseptert.

4.9 Sosialtjenesteloven

Lov av 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. skal fremme økonomisk og sosial trygghet, bedre levevilkårene for vanskeligstilte, bidra til økt likeverd og likestilling og forebygge sosiale problemer. Etter lovens § 2-1 er kommunen ansvarlig for å utføre de oppgaver etter loven som ikke er lagt til fylkeskommunen eller et statlig organ. Fylkeskommunen er i § 2-2 pålagt ansvar for institusjoner for rusmiddelmissbrukere.

I § 3-3 er det uttalt at sosialtjenesten bør samarbeide med brukergruppenes organisasjoner og frivillige organisasjoner som arbeider med de samme oppgaver som sosialtjenesten. I tillegg forutsetter §§ 7-4, 7-5 og 8-2 at private institusjoner vil kunne inngå i fylkeskommunens sosialtjeneste. Dermed vil det være en viss plass for regler om utfordringsrett innenfor det området som sosialtjenesteloven regulerer.

En stor del av de oppgaver som sosialtjenesteloven for øvrig legger til kommunen, må sies å være av en slik art at de ikke vil kunne overlates til private. Slik er det for eksempel naturlig å forstå kapittel 5 om økonomisk stønad og kapittel 6 om tilbakeholdelse i institusjon. Utfordringstilbud på disse områdene fremstår som lite praktisk. Slike tilbud vil uansett kunne avvises dersom det i Norge innføres en bestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2, som omfatter tilbud fra tilbudsgivere som ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet gjelder.

Innpassing av en privat institusjon i fylkeskommunens plan for omsorg for og behandling av rusmiddelmissbrukere, forutsetter etter sosialtjenesteloven § 7-4 første ledd at det blir inngått en avtale mellom fylkeskommunen og den private institusjonen. I lys av at

Sosialdepartementet har utarbeidet et forslag til standardavtale inntatt i rundskriv I 1/93 er det usikkert hvilken betydning private utfordringstilbud vil kunne få her.

4.10 Barnevernloven

Lov av 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester skal sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid og bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår. Etter lovens § 2-1 er kommunen ansvarlig for å utføre de oppgaver etter loven som ikke er lagt til fylkeskommunen eller et statlig organ. Fylkeskommunen er i § 2-2 annet ledd pålagt ansvar for institusjoner for barn.

I § 3-3 er det uttalt at barneverntjenesten bør samarbeide med frivillige organisasjoner som arbeider med barn og unge. I tillegg forutsetter §§ 5-5 og 6-2 at private institusjoner vil kunne inngå i fylkeskommunens barneverntjeneste. Dermed vil det være en viss plass for regler om utfordringsrett innenfor det området som barnevernloven regulerer.

En stor del av de oppgaver som barnevernloven for øvrig legger til kommunen, må sies å være av en slik art at de ikke vil kunne overlates til private. Slik er det for eksempel naturlig å forstå de fleste bestemmelsene i kapittel 4 om særlige tiltak, som gir hjemmel for en rekke inngripende vedtak og tiltak overfor barn og deres foreldre. Utfordringstilbud på disse områdene fremstår som lite praktisk. Slike tilbud vil uansett kunne avvises dersom det i Norge innføres en bestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2, som omfatter tilbud fra tilbudsgivere som ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet gjelder.

4.11 Tannhelsetjenesteloven

Lov av 3. juni 1983 nr. 54 om tannhelsetjenesten § 1-1 pålegger fylkeskommunen ansvar for den offentlige tannhelsetjenesten. Lovens § 1-4 første ledd forutsetter at det skal finnes privat tannlegepraksis i tillegg til den offentlige tannhelsetjenesten. Lovens § 3-3 om ansettelse av fylkestannlege og distriktstannlege må imidlertid forstås slik at oppgaver som hører under disse stillingene ikke vil kunne overlates til private.

I tannhelsetjenesteloven § 4-2 er det fastsatt bestemmelser for inngåelse av avtaler med privatpraktiserende tannlege om behandling av prioriterte grupper av pasienter. Det fremgår her blant annet at avtale skal inngås med den som er faglig best skikket. Dette medfører at et privat utfordringstilbud på dette området ikke uten videre vil kunne bli akseptert.

4.12 Alkoholloven

Etter lov av 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. § 1-7 er det som hovedregel kommunen som kan gi bevilling til salg og skjenking av alkohol. I § 1-12 er det nærmere regulert i hvilken utstrekning avgjørelser om tildeling av bevilling kan delegeres. Det følger av bestemmelsen at private ikke kan gis bevillingsmyndighet. Utfordringstilbud som gjelder tildeling av salgs- og skjenkebevillinger vil følgelig kunne avvises dersom det i Norge innføres en bestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2, som omfatter tilbud fra tilbudsgivere som ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet gjelder.

Etter alkoholloven § 1-9 har kommunen også ansvaret for kontrollen med utøvelsen av salgs- og skjenkebevillinger. Etter forskrift av 11. desember 1997 nr. 1292 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. § 10-5 skal kontroll av salgs- og skjenkesteder foretas av engasjerte kontrollører. Utfordringstilbud knyttet til slik kontroll vil dermed ikke være omfattet av

reglene om utfordringsrett, idet dette ikke vil være en oppgave som kommunen utfører for seg selv.

4.13 Smittevernloven

Lov av 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer har som formål å verne befolkningen mot smittsomme sykdommer. Etter § 7-1 skal kommunen sørge for at alle som bor eller midlertidig oppholder seg i kommunen med hensyn til smittsom sykdom er sikret nødvendige forebyggende tiltak, undersøkelsesmuligheter, behandling og pleie utenfor institusjon og pleie i sykehjem eller annen kommunal helseinstitusjon. I §§ 7-2 og 7-4 er det spesifisert nærmere hvilke oppgaver henholdsvis kommunelegen og fylkeslegen har.

De fleste praktiske oppgaver knyttet til smittevernloven må kunne overlates til private. Dette gjelder blant undersøkelser av syke personer, analyse av prøver, informasjonsvirksomhet og lignende. Konkrete forbud og påbud, som for eksempel stenging av virksomhet etter § 4-1, forbud mot utførelse av arbeid etter § 4-2 og vedtak om tvungen legeundersøkelse etter § 5-2, vil imidlertid ikke kunne overlates til private. Utfordringstilbud vedrørende denne myndighetsutøvelsen fremstår som upraktisk. Slike tilbud vil uansett kunne avvises dersom det i Norge innføres en bestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2, som omfatter tilbud fra tilbudsgivere som ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet gjelder.

4.14 Lov om planlegging av helse- og sosialtjenesten i kommunene

Lov av 19. november 1982 om planlegging av helse- og sosialtjenesten i kommunene § 2 pålegger alle kommuner å utarbeide en plan for sosiale tjenester og helsetjenesten. Formålet med planen er å sikre befolkningen en best mulig sosialtjeneste og helsetjeneste.

Av lovens § 3 fremgår det at kommunestyret skal ha ansvaret for og ledelsen av planarbeidet. Dette er dermed ikke noen oppgave som vil kunne overlates til andre.

Lov om planlegging av helse- og sosialtjenesten i kommunene vil likevel kunne ha en side til reglene om utfordringsrett. Etter den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 9 kan kommunen avvise tilbud som omfatter en oppgave som avviker fra en oppgaveavgrensning fastsatt av kommunen. Dersom en tilsvarende bestemmelse innføres i Norge, må det legges til grunn at det i planer utarbeidet i henhold til lov om planlegging av helse- og sosialtjenesten i kommunene vil kunne fastsettes oppgaveavgrensninger innenfor helse- og sosialtjenesten. Slike oppgaveavgrensninger vil så kunne brukes som et selvstendig grunnlag for avvisning av utfordringstilbud som avviker fra denne oppgaveavgrensningen.

4.15 Lov om kommunale og fylkeskommunale eldreråd

Av lov av 8. november 1991 nr. 76 om kommunale og fylkeskommunale eldreråd §§ 1 og 5 følger det at det i hver kommune og fylkeskommune skal velges et eldreråd. Loven må forstås slik at det ikke kan overlates til private å velge eldreråd. Utfordringstilbud om dette fremstår som svært upraktisk. Slike tilbud vil uansett kunne avvises dersom det i Norge innføres en bestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2, som omfatter tilbud fra tilbudsgivere som ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet gjelder.

4.16 Barnehageloven

Av lov av 5. mai 1995 nr. 19 om barnehager § 7 første ledd følger det at kommunen har ansvar for utbygging og drift av barnehager i kommunen. Loven åpner for at både kommunen og private kan drive barnehage.

Ettersom virksomheter som tilfredsstillende gjeldende krav til barnehage har rett til godkjenning etter barnehageloven § 12 første ledd, vil det neppe bli fremsatt mange utfordringstilbud vedrørende drift av kommunale barnehager. I prinsippet vil det imidlertid kunne fremsettes et utfordringstilbud knyttet til driften av en kommunal barnehage. Et utfordringstilbud vedrørende for eksempel renhold av samtlige eller bestemte kommunale barnehager fremstår likevel som mer praktisk.

Utfordringstilbud vedrørende kommunens tilsynsoppgaver etter barnehageloven § 10 fremstår som upraktisk. Slike tilbud vil uansett kunne avvises dersom det i Norge innføres en bestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2, som omfatter tilbud fra tilbudsgivere som ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet gjelder.

4.17 Opplæringslova

Etter lov av 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova) § 13-1 skal kommunen oppfylle retten til grunnskoleopplæring og spesialpedagogisk hjelp etter loven. Etter § 13-3 har fylkeskommunen ansvaret for videregående opplæring. I tillegg har fylkeskommunen etter §§ 13-2 og 13-3 a ansvaret for grunnskoleopplæring og spesialpedagogisk hjelp i de institusjonene som fylkeskommunen har ansvaret for å drive og i regionale helseforetak i fylkeskommunen.

Det fremstår som lite praktisk at private skal avgi utfordringstilbud knyttet til selve undervisningsvirksomheten i grunnskolen og den videregående opplæring. Av opplæringslova § 1-1 annet ledd følger det at loven gjelder for private grunnskoler som ikke mottar statstilskudd. Av § 2-12 første ledd fremgår det at slike skoler har krav på godkjenning når visse nærmere angitte krav er oppfylt. Det må antas at disse reglene, eller eventuelt reglene i lov av 14. juni 1985 nr. 73 om tilskot til private grunnskular og private skular som gjev videregående opplæring (privatskulelova), vil bli fulgt av private som ønsker å tilby undervisningsvirksomhet. Det forhold at det er gitt særskilte regler for private skoler er for øvrig et argument for at den undervisningsvirksomheten kommuner og fylkeskommuner driver, ikke kan overlates til andre på annen måte.

Opplæringslova pålegger også kommunen visse plikter som ikke direkte gjelder opplæring. I henhold til § 13-7 skal for eksempel kommunen ha et tilbud om skolefritidsordning før og etter skoletid for 1.-4. klassetrinn. I forskrift av 28. juni 1999 nr. 722 til opplæringslova § 23-6 er det forutsatt at også private vil kunne tilby skolefritidsordning. Utfordringstilbud vedrørende skolefritidsordningen vil derfor kunne tenktes. Av forskriftens § 23-2 sammenholdt med § 23-6 tredje ledd fremgår det imidlertid at private skolefritidsordninger i motsetning til kommunale ikke vil ha krav på at kommunen dekker kostnader til lokaler, herunder leie, lys, varme, vaktmester, utstyr, uteareal og administrasjon. Det vil da kunne bli vanskelig å fremsette et konkurransedyktig utfordringstilbud.

Opplæringslova kapittel 7 inneholder bestemmelser om skyss, som kommunen etter § 13-4 har ansvaret for. Det må antas at private vil kunne få i oppdrag å stå for slik skyss og at det følgelig vil kunne komme utfordringstilbud der hvor kommunens egne ansatte står for skyssen.

4.18 Voksenopplæringsloven

Lov av 28. mai 1976 nr. 35 om voksenopplæring §§ 4 og 5 pålegger både kommuner og fylkeskommuner oppgaver knyttet til voksenopplæring. Lovens § 8 åpner for avvik fra den arbeidsdelingen som for øvrig følger av loven. I medhold av denne bestemmelsen kan det i særlige tilfeller vedtas at studieforbund skal kunne organisere studietilbud som ellers er tillagt en offentlig utdanningsinstitusjon. Utfordringstilbud vedrørende studietilbud som kommunen eller fylkeskommunen har ansvaret for, vil dermed bare kunne fremsettes av studieforbund. Andre vil ikke kunne utføre vedkommende oppgave. Utfordringstilbud fra andre vil dermed kunne avvises dersom det i Norge innføres en bestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2, som omfatter tilbud fra tilbudsgivere som ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet gjelder.

Støttefunksjoner knyttet til voksenopplæring, som for eksempel renhold og trykking av studiemateriell, må kunne overlates til andre. Her vil også utfordringstilbud kunne fremsettes.

4.19 Forurensningsloven

Lov av 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og avfall (forurensningsloven) har til formål å verne det ytre miljø mot forurensning og å redusere mengden av avfall og å fremme en bedre behandling av avfall. Etter lovens § 81 er både kommunen og fylkeskommunen en del av forurensningsmyndighetene.

For øvrig pålegger forurensningsloven kommunene en rekke ulike oppgaver. Myndighetsutøvelse, som for eksempel fastsettelse av avfallsgebyr etter § 34 og pålegg om å rydde opp i avfall etter § 37, vil ikke kunne overlates til andre. Dette kan blant annet utledes av § 83, som utelukkende åpner for delegasjon i samsvar med kommuneloven eller til interkommunale selskaper. Utfordringstilbud vil her kunne avvises dersom det i Norge innføres en bestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2, som omfatter tilbud fra tilbudsgivere som ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet gjelder.

Forurensningsloven § 30 første ledd slår fast at kommunen skal sørge for innsamling av forbruksavfall. Bestemmelsen innebærer ikke at kommunen er forpliktet til selv å samle inn forbruksavfall. Renovasjon kan overlates til andre, og utfordringstilbud knyttet til renovasjon kan således i prinsippet fremsettes overfor kommuner som selv utfører renovasjon.

Av § 30 tredje ledd annet punktum følger det imidlertid at ingen kan samle inn forbruksavfall uten kommunens samtykke. Denne bestemmelsen kan være noe problematisk ettersom utfordringsretten bare gjelder i forhold til oppgaver kommunen utfører selv. Hvis kommunen selv utfører renovasjon, vil det eventuelt bare være tilbydere som har fått samtykke fra andre kommuner som lovlig vil kunne samle inn forbruksavfall. Utfordringstilbud fra andre tilbydere vil kunne avvises dersom det i Norge innføres en bestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2, som omfatter tilbud fra tilbudsgivere som ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet gjelder.

Forurensningsloven kapittel 4 inneholder særlige regler for avløpsanlegg. Av § 24 annet ledd fremgår det uttrykkelig at kommunen kan bestemme at andre enn kommunen skal være ansvarlig for drift og vedlikehold av avløpsanlegg. Der hvor en kommune selv er ansvarlig for drift og vedlikehold, vil det følgelig kunne fremsettes utfordringstilbud.

4.20 Brann- og eksplosjonsvernloven

Lov av 14. juni 2002 nr. 20 om vern mot brann, eksplosjon og ulykker med farlig stoff og om brannvesenets redningsoppgaver (brann- og eksplosjonsvernloven) trådte i kraft 1. juli 2002. Loven erstattet lov av 5. juni 1987 nr. 26 om brannvern m.v.

Brann- og eksplosjonsvernloven kapittel 3 angir kommunens plikter. Av § 9 første ledd følger det at kommunen skal sørge for etablering og drift av et brannvesen som kan ivareta forebyggende og beredskapsmessige oppgaver etter loven på en effektiv og sikker måte. Brannvesenets oppgaver er nærmere angitt i lovens § 11 første ledd.

Av § 9 fjerde ledd fremgår det at kommunen gjennom avtale kan overlate brannvesenets oppgaver og ledelse helt eller delvis til en annen kommune, virksomhet eller lignende. Det er presisert at kommunen i slike tilfeller må etablere ordninger som sikrer at all myndighetsutøvelse etter loven skjer under kommunens formelle ansvar. Om denne bestemmelsen er det uttalt følgende i forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 28 (2001-2002) side 43:

”Dersom en kommune overlater forebyggende eller beredskapsmessige oppgaver til andre virksomheter, jf. forrige avsnitt, er det nødvendig å sikre at den offentlige myndighetsutøvelsen skjer av et kommunalt organ som har de nødvendige fullmakter til dette. Det må i slike tilfeller etableres administrative ordninger i kommunen som sikrer dette. Saksforberedelse, herunder kontroll etter fullmakt fra kommunen, kan foretas av virksomheten; men pålegg vedrørende forebyggende tiltak må fattes av kommunen selv i samsvar med bl.a. kravene i forvaltningsloven.”

Det er med andre ord forutsatt at vesentlige deler av kommunens oppgaver knyttet til brannvesen kan overlates til private. Dermed vil det være aktuelt med utfordringstilbud også på dette området. Pålegg vedrørende forebyggende virksomhet må imidlertid gis av kommunen selv. Utfordringstilbud som omfatter denne oppgaven vil med andre ord kunne avvises dersom det i Norge innføres en bestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 2, som omfatter tilbud fra tilbudsgivere som ikke lovlig vil kunne utføre den oppgaven som tilbudet gjelder.

Av brann- og eksplosjonsvernloven § 11 første ledd bokstav h fremgår det at brannvesenet også skal sørge for feiing og tilsyn med fyringsanlegg. I den nå opphevede brannvernloven var feiervesenet en egen organisasjon innen brannvesenet. I Ot.prp. nr. 28 (2001-2002) side 44 er det forutsatt at kommunene kan organisere oppgaver knyttet til feiing og tilsyn med fyringsanlegg *”som de selv ønsker”*. Utfordringstilbud vedrørende feiing vil dermed kunne være aktuelt. Det må likevel legges til grunn at eventuelle pålegg knyttet til feiing og tilsyn med fyringsanlegg må gis av kommunen selv. Denne oppgaven vil følgelig ikke kunne overlates til andre.

4.21 Lov om spesialisthelsetjenesten m.m.

Etter lov av 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. § 2-1 er det staten som har det overordnede ansvar for at befolkningen gis nødvendig spesialisthelsetjeneste. I § 2-1a er de regionale helseforetakenes ansvar for spesialisthelsetjenester beskrevet nærmere. I bestemmelsens tredje ledd er det presisert at tjenestene kan ytes av helseforetakene selv eller ved at de inngår avtale med andre tjenesteytere.

Det er med andre ord forutsatt at private i stor utrekning kan gis i oppdrag å tilby spesialisthelsetjenester. Ettersom det er staten gjennom de regionale helseforetakene som har ansvaret for spesialisthelsetjenesten, vil det ikke foreligge noen utfordringsrett med mindre reglene om utfordringsrett blir utformet slik at de også gjelder i forhold til staten.

4.22 Psykisk helsevernloven

I lov av 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern § 1-2 første ledd er psykisk helsevern definert som spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykisk lidelse. Loven regulerer dermed bare tjenester som drives av regionale helseforetak eller helseforetak, eventuelt av private spesialisthelsetjenester som driver virksomhet på vegne av helseforetak.

Ettersom regionale helseforetak og helseforetak er statlige organer, vil det ikke foreligge noen utfordringsrett i forhold til oppgaver som omfattes av psykisk helsevernloven med mindre reglene om utfordringsrett blir utformet slik at de også gjelder i forhold til staten.

4.23 Helseforetaksloven

Lov av 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m. gjelder for regionale helseforetak og helseforetak. Regionalt helseforetak er i § 2 annet ledd definert som virksomhet som eies av staten alene og opprettet i medhold av lovens § 8. Helseforetak er i § 2 tredje ledd definert som virksomhet som eies av regionalt helseforetak alene og opprettet i medhold av lovens § 9.

Både regionale helseforetak og helseforetak må etter dette regnes som statlige organer. Dette innebærer dels at det ikke vil foreligge noen utfordringsrett i forhold til regionale helseforetak og helseforetak med mindre reglene om utfordringsrett blir utformet slik at de også gjelder i forhold til staten. Tilknytningen til staten må dessuten innebære at regionale helseforetak og helseforetak ikke vil kunne regnes som private som kan fremsette utfordringstilbud overfor kommuner og fylkeskommuner.

4.24 Konkurranseloven og EØS-avtalen

Lov av 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) har som formål å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse. Etter § 1-3 omfatter konkurranseloven ervervsvirksomhet av enhver art *”uansett om den er privat eller drives av stat eller kommune”*. Konkurranseloven gjelder dermed også for kommunene.

Regler om utfordringsrett vil ikke nødvendiggjøre endringer i konkurranseloven. I en viss utstrekning kan regelsettene faktisk sies å ha sammenfallende formål, idet også en utfordringsrett vil ha som formål å sørge for en effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Konkurranseloven vil imidlertid få den betydning i forhold til en eventuell utfordringsrett at den begrenser kommunenes adgang til å inngå avtaler. Det å akseptere et utfordringstilbud vil være en form for avtaleinngåelse som kan være omfattet av konkurranselovens regler, avhengig av utfordringstilbudets innhold. Et utfordringstilbud som baserer seg på et ulovlig prissamarbeid eller en ulovlig markedsdeling vil således ikke kunne aksepteres av en kommune.

Reglene i konkurranseloven suppleres av reglene i EØS-avtalen del IV. EØS-avtalen artikkel 53 forbyr avtaler som kan påvirke handelen mellom EØS-landene og som har som formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen EØS. EØS-avtalen artikkel 54 forbyr utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling og vil kunne være aktuell der en kommune har en dominerende stilling. Heller ikke nevnte bestemmelser i EØS-avtalen vil være uforenlige med regler om utfordringsrett, men vil stille visse krav til de avtalene som kommuner eventuelt inngår etter å ha mottatt et utfordringstilbud.

4.25 Arbeidsmiljøloven

4.25.1 Generelt

Arbeidsmiljøloven gjelder for enhver virksomhet som sysselsetter arbeidstakere, herunder kommuner og fylkeskommuner. Loven regulerer primært hvilke krav som stilles til arbeidsmiljøet og hvilke rettigheter og plikter kommuner og fylkeskommuner har i forhold til sine ansatte.

En innføring av regler om utfordringsrett vil i prinsippet bare stille visse krav til saksbehandlingen i kommuner og fylkeskommuner og hvilke vurderinger som må foretas når det fremsettes et utfordringstilbud. Dette reiser i utgangspunktet ikke spørsmål i forhold til arbeidsmiljøloven. Arbeidsrettslige problemstillinger vil imidlertid kunne oppstå etter at et utfordringstilbud er behandlet. For det første kan det spørres om og eventuelt når en beslutning om å overlate en oppgave til andre vil kunne utgjøre en virksomhetsoverdragelse, jf. punkt 4.25.2. For det annet kan det spørres i hvilken utstrekning arbeidstakere som utfører den aktuelle oppgaven, mot sin vilje kan overføres til en ny arbeidsgiver, jf. punkt 4.25.3. For det tredje kan det spørres i hvilken utstrekning kommunen vil kunne si opp arbeidstakere som utfører en oppgave som skal overlates til andre, jf. punkt 4.25.4.

4.25.2 Når foreligger det en virksomhetsoverdragelse?

Arbeidsmiljøloven kapittel XII A inneholder regler om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Reglene kommer etter § 73 A til anvendelse *"ved overføring av virksomhet eller del av virksomhet til en annen innehaver som følge av overdragelse"*. Den viktigste konsekvensen av at det foreligger en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand, er at arbeidstakernes rettigheter og plikter i ansettelsesforholdet overføres fra tidligere innehaver til ny innehaver, jf. § 73 B nr. 1.

Den problemstillingen som her skal vurderes, er om og eventuelt når en kommunes beslutning om å overlate utføringen av en oppgave til andre vil kunne utgjøre en virksomhetsoverdragelse. Denne problemstillingen vil kunne oppstå helt uavhengig av om det er fremsatt et utfordringstilbud. Det vil på denne bakgrunn ikke bli gitt noen generell redegjørelse for reglene om virksomhetsoverdragelse. Generelle redegjørelser for reglene om virksomhetsoverdragelser finnes for øvrig blant annet i Rt. 2001 side 248, Jan Fougner med flere *"Omstilling og nedbemanning"* 2002 side 129-164 og Odd Friberg, Jan Fougner og Lars Holo *"Arbeidsmiljøloven"* 7. reviderte utgave (1998) side 519-584.

Private utfordringstilbud vil kunne medføre at kommuner i større utstrekning enn før vil vurdere å overlate oppgaver som kommunene utfører selv til andre. Slike vurderinger vil igjen kunne føre til at det oftere må tas stilling til når en kommunes beslutning om å overlate utførelsen av en bestemt oppgave til andre, vil utgjøre en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand. Det er primært denne problemstillingen som kan sies å ha en sammenheng med regler om utfordringsrett.

Innledningsvis slås det fast at også overføring av offentlig virksomhet vil kunne utgjøre en virksomhetsoverdragelse. Dette er kommet til uttrykk i Ot.prp. nr. 71 (1991-92) side 30 og er lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2000 side 2047 og 2058, som gjaldt Oslo kommunes omdanning av henholdsvis etat for psykiatri og den kommunale særbedriften Miljøtransport. Det forhold at det er en kommune som selv har utført den oppgaven som det vurderes å overlate til andre, utelukker med andre ord ikke at det foreligger en virksomhetsoverdragelse.

Etter arbeidsmiljøloven § 73 A må tre vilkår være oppfylt for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. Det må foreligge en overføring av virksomhet eller del av virksomhet, overføringen må skje til en annen innehaver og overføringen må skje som følge av overdragelse. De to siste vilkårene vil normalt være oppfylt dersom en kommune skal overlate utførelsen av en oppgave til andre. Mer uklart kan det være om og eventuelt når slik oppgaveutsetting kan sies å innebære en overføring av virksomhet eller del av virksomhet.

I praksis er dette vilkåret blitt tolket slik at det må foreligge en selvstendig økonomisk enhet før overføringen som videreføres og beholder sin identitet etter overføringen. Det er klart at egne kommunale etater eller andre organer vil utgjøre selvstendige økonomiske enheter, jf. Rt. 2000 side 2047 og 2058 som er nærmere omtalt nedenfor.

Det er imidlertid klart at også mindre deler av en kommune eller en kommunal etat vil kunne utgjøre enheter som vil kunne være gjenstand for en virksomhetsoverdragelse. I Rt. 1999 side 977 er det med henvisning til EF-domstolens praksis uttalt at selv en virksomhet utført av én person kan utgjøre en selvstendig økonomisk enhet. I den forbindelse ble det vist til EF-domstolens dom i sak C-392/92 Christel Schmidt, som gjaldt en arbeidstaker i en bank som var ansatt for å gjøre rent i en av bankens filialer. Banken ønsket å overlate renholdet til et firma som allerede sto for renholdet i flere av bankens øvrige filialer. Det ble lagt til grunn at dette kunne utgjøre en virksomhetsoverdragelse. Et utfordringstilbud som gjelder for eksempel renhold ved en bestemt skole, vil følgelig kunne resultere i en virksomhetsoverdragelse dersom tilbudet aksepteres.

Hvis det fremsettes et utfordringstilbud som gjelder en begrenset oppgave, kan det innebære at det ikke vil oppstå spørsmål knyttet til reglene om virksomhetsoverdragelse. Hvis for eksempel en kommunal virksomhet har ansvaret for renovasjon i en kommune, vil et utfordringstilbud som bare gjelder renovasjon i en mindre del av kommunen neppe kunne resultere i en virksomhetsoverdragelse. Hvis renovasjonen ikke er oppdelt geografisk, vil tilbudet ikke være knyttet til en selvstendig økonomisk enhet. Da vil det heller ikke kunne foreligge en virksomhetsoverdragelse. Hvis imidlertid utfordringstilbudet resulterer i at kommunen beslutter at hele renovasjonsvirksomheten skal settes ut på anbud, vil en slik beslutning kunne resultere i en virksomhetsoverdragelse.

Hvis det forutsettes at det foreligger en selvstendig økonomisk enhet, vil spørsmålet om virksomheten kan sies å ha blitt videreført og beholdt sin identitet bero på en konkret helhetsvurdering. Relevante momenter vil typisk være hvilken type virksomhet som er overført, om det er overført fysiske aktiva, om og eventuelt i hvilken utstrekning arbeidstakere overtas, om kundekrets overtas, i hvor stor grad de økonomiske aktiviteter før og etter overdragelsen er de samme og hvor lenge virksomhetens drift eventuelt har vært innstilt.

Som klare eksempler på en virksomhetsoverdragelse nevnes de omdanningene som ble behandlet av Høyesterett i Rt. 2000 side 2047 og 2058. I den førstnevnte dommen ble den virksomheten som ble drevet av Oslo kommunes Etat for psykiatri i Lovisenberg/Diakonhjemmet sektor, overtatt av de to private sykehusene Lovisenberg diakonale sykehus og Diakonhjemmets sykehus. I den andre dommen var den kommunale særbedriften Miljøtransport omdannet til Miljøtransport AS med Oslo kommune som eneaksjeeier. Samtlige eiendeler ble overført til aksjeselskapet som aksjeinnskudd. I tillegg ble samtlige ansatte overført. Det var også klart at Miljøtransport AS skulle videreføre den kommunale bedriften Miljøtransport's virksomhet.

I de to dommene nevnt i avsnittet ovenfor var det tilnærmet full identitet mellom den aktuelle økonomiske enheten henholdsvis før og etter overføringen. Dette er imidlertid ikke noe vilkår for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. I Rt. 2001 side 248 vurderte Høyesterett om overføring av ambulansetjenesten i en kommune fra et selskap til et annet selskap kunne utgjøre en virksomhetsoverdragelse. Dommen vil ha betydning også der kommunen selv utfører den oppgaven som skal overføres til andre. I dommen er det blant annet uttalt følgende:

”Den ambulansetjeneste som Kåffjord Ambulanseservice AS drev, og som ble overtatt av Olderdalen Ambulanse AS, var Kåffjord Ambulanseservice AS’ totale virksomhet. Driften i dette selskapet ble derfor avsluttet en tid etter overtakelsen. Det kan følgelig ikke være tvilsomt at ambulansedriften på døgnbasis i Kåffjord kommune på Kåffjord Ambulanseservice AS’ hånd var en selvstendig økonomisk enhet.

Det sentrale spørsmål i saken er derfor om denne enheten beholdt sin identitet etter at ambulansetjenesten ble overtatt av Olderdalen Ambulanse AS. Det synes på det rene at denne tjenesten etter overtakelsen ble drevet på samme måte som tidligere, mot et fast årlig økonomisk vederlag fra fylkeskommunen og i henhold til de vilkår som for øvrig gjaldt for en slik virksomhet. Sett fra lokalbefolkningens side var det knapt mulig å registrere noen forskjell. At døgnambulansetjenesten på Olderdalen Ambulanse AS’ hånd ble drevet i tillegg til den dagambulansetjeneste innenfor samme område som dette selskapet allerede fra tidligere hadde hånd om, kan neppe tillegges noen betydning ved vurdering av spørsmålet om det som var en selvstendig økonomisk enhet, beholdt sin identitet.

Det følger som nevnt av EF-domstolens praksis at domstolene ved vurderingen av dette spørsmålet må ta hensyn til karakteren av den virksomhet som er overtatt. Mens identiteten til en produksjonsbedrift i stor grad kan være knyttet til lokaliseringen, til aktiva i form av fast eiendom og produksjonsutstyr og til goodwill som følge av kundekrets, varemerker osv., vil en tjenesteytende virksomhet i større grad være preget av selve ytelsen og dermed av de personer som utøver virksomheten. Både rengjøring og vakhold vil kunne utføres uten at arbeidsgiveren i nevneverdig grad har egne driftsmidler involvert i virksomheten.

Slik jeg ser det, blir den ambulansetjeneste som ble drevet i Kåffjord kommune, liggende imellom disse to typene virksomhet. Ambulansedriften involverer et personell som har en sentral funksjon ved de oppdrag som utføres. Men samtidig inngår en ambulansebil med egnet innredning og utstyr som en helt nødvendig og kapitalkrevende del av virksomheten. Jeg kan vanskelig se det annerledes enn at virksomhetens identitet, slik dette kravet er utformet gjennom den praksis som jeg har gjort rede for, i stor grad må være knyttet nettopp til de ansatte og til ambulansebilen. Når verken ansatte eller bil var med i den virksomhet som Olderdalen Ambulanse AS fortsatte fra 1. oktober 1998, har det ikke skjedd noen virksomhetsoverdragelse som kan gi Mo og Dalvik vern etter direktivet, og dermed heller ikke etter arbeidsmiljøloven kapittel XII A.

Mo og Dalvik har fremholdt at Olderdalen Ambulanse AS’ ambulansebil ble stasjonert i den samme garasje som ble benyttet av Kåffjord Ambulanseservice AS, og videre at Olderdalen Ambulanse AS overtok sambandsutstyr og hjertestarter som tilhørte henholdsvis fylkeskommunen og kommunen. Slik jeg ser det, er dette mindre vesentlige momenter i helhetsvurderingen som ikke kan endre den konklusjon som jeg er kommet til.”

Tilsvarende vurderinger må foretas i alle tilfeller der en selvstendig økonomisk enhet i kommunen utfører en oppgave som kommunen vurderer å overlate til andre. I den danske Veiledningen punkt 6.3.1 er det uttalt at det som utgangspunkt vil foreligge en virksomhetsoverdragelse dersom kommunestyret velger å overlate utførelsen av en kommunal oppgave til en ekstern kontraktspart. Høyesteretts uttalelser i Rt. 2001 side 248 sitert ovenfor tyder på at det ikke er mulig å operere med en slik hovedregel, men at dette må vurderes konkret.

Et praktisk viktig spørsmål er hvilken betydning det har at ansatte i kommunen ikke tilbys ansettelse hos den virksomheten som skal overta den aktuelle oppgaven. Når det fremsettes et utfordringstilbud må det antas at den private som fremsetter tilbudet, normalt ikke vil ha vært i kontakt med de kommunalt ansatte som utfører den aktuelle oppgaven. Ettersom en av de viktigste konsekvensene av at det foreligger en virksomhetsoverdragelse er at arbeidstakere kan kreve ansettelse hos den nye virksomheten, kan det spørres hvilken betydning det vil ha at den virksomheten som fremsetter et utfordringstilbud ikke ønsker å overta noen av kommunens ansatte.

I Rt. 2001 side 248 gjorde arbeidstakerne gjeldende at det ikke kunne legges vekt på i hvilken grad ansatte ble overtatt fra tidligere innehaver når det berodde på den nye virksomhetens eget valg at de ikke fikk ansettelse. Dette var imidlertid Høyesterett ikke enig i:

”Slik jeg ser det, kan spørsmålet om identitet vanskelig vurderes annerledes enn ut fra situasjonen slik den faktisk ble, hvor ansatte og aktiva ikke fulgte med, og ikke slik den ville ha blitt hvis Olderdalen Ambulanse AS hadde forholdt seg på annen måte. Konsekvensen av dette blir at den overtakende virksomhet ved egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres, men lenger kan jeg ikke se at stillingsvernet er utbygget gjennom den praksis som foreligger fra EF- og EFTA-domstolene. Og for øvrig vil den overtakende bedrift allerede på forhånd ha en slik innflytelse, blant annet ved det valg som gjøres med hensyn til overtakelse av aktiva.

Jeg nevner til slutt at overføring av ambulanses virksomhet kan ha mange likhetstrekk med det som skjer når et trafikkelskap etter avtale med det offentlige og innenfor et bestemt område overtar ansvaret for busstrafikk som tidligere har vært drevet av et annet selskap. Spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse i et slikt tilfelle ble behandlet av den svenske Arbetsdomstolen i dom nr. 163/95 avsagt 20. desember 1995. Domstolen konstaterte at de nye oppdragsmottakerne ikke hadde ’övertagit vare sig arbetskraft, administration, fordon, fastigheter eller andra materiella tillgångar’ fra den forrige. Disse forhold talte etter domstolens mening ’med avsevärd styrka för att ’verksamheten’ inte har bevarat sin identitet vid entreprenörskiftet’.”

Dette synes å åpne for at en tilbudsgiver ved å nekte å overta ansatte vil kunne innrette seg slik at det ikke vil foreligge en virksomhetsoverdragelse.

4.25.3 Vil kommunalt ansatte kunne velge å opprettholde sitt ansettelsesforhold hos kommunen?

Et spørsmål som ikke har vært berørt ovenfor, er i hvilken utstrekning kommunalt ansatte kan motsette seg at deres ansettelsesforhold blir overført til en ny arbeidsgiver som følge av en virksomhetsoverdragelse. I den grad kommunalt ansatte har en slik rett, vil det innebære at de kan velge å opprettholde sitt ansettelsesforhold i kommunen selv om den oppgaven de har utført er blitt overlatt til andre. Dette omtales gjerne som spørsmålet om arbeidstakers valgrett i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse.

Høyesterett har i Rt. 1999 side 977 slått fast at spørsmålet om arbeidstakeres valgrett må løses uavhengig av arbeidsmiljølovens bestemmelser om virksomhetsoverdragelse. Det ble i dommen vist til at det ved overdragelse av en hel bedrift eller en klart selvstendig del av bedriften, i lang tid hadde vært utgangspunktet at ansettelsesforhold ble overført. En valgrett kunne foreligge i visse spesielle tilfeller der selve overgangen måtte antas å ha betydning for arbeidstakerens situasjon. Videre ble det uttalt at ved overføring av begrensede deler av en virksomhet, ville arbeidssituasjonen og arbeidskontrakten lettere skifte realitetsinnhold slik at arbeidstakeren i så fall kunne fastholde sin opprinnelige arbeidskontrakt. I den aktuelle saken hadde en arbeidsgiver overført betjeningen av sentralbord og resepsjon til et vaktelskap. Den arbeidstakeren som tidligere hadde tatt seg av sentralbord og resepsjon, fikk etter en konkret vurdering medhold i at hun kunne motsette seg overføring av ansettelsesforholdet til vaktelskapet.

Spørsmålet om valgrett i forhold til kommunen som arbeidsgiver sto sentralt i de to dommene som er inntatt i Rt. 2000 side 2047 og 2058. Begge sakene gjaldt omorganiseringer i Oslo kommune og i begge dommene ble det tatt utgangspunkt i hva Høyesterett hadde sagt vedrørende valgrett i Rt. 1999 side 977. I Rt. 2000 side 2047 ble rettstilstanden oppsummert som følger:

”Jeg oppfatter rettstilstanden å være slik at valgrett etter omstendighetene kan tilstås arbeidstakeren ved en virksomhetsoverdragelse som fører til ikke uvesentlige negative endringer i arbeidstakerens situasjon. Ikke en hvilken som helst forverring av arbeidssituasjonen bør medføre rett for arbeidstakeren til å holde seg til sin tidligere arbeidsgiver. Men visse endringer kan være av en så inngripende karakter, og bety så mye for arbeidstakerens nåtidige og fremtidige situasjon, at de bør utløse en valgrett. Som fremholdt i Nemko-dommen, vil slike endringer erfaringsmessig lettere oppstå når begrensede deler av en virksomhet overføres, enn når overføringen gjelder en hel bedrift eller en klart selvstendig del av denne.

Jeg tilføyer at bedømmelsen av om endringene i arbeidsforholdet er av en slik karakter at de bør utløse valgrett, må skje med utgangspunkt i situasjonen når virksomhetsoverdragelsen finner sted, også slik at nærliggende fremtidige endringer tas i betraktning. Men det må i noen grad være riktig å legge vekt på den senere kjente utvikling, i særdeleshet når den synes å bekrefte antakelser arbeidstakerne har hatt om en forverret situasjon etter overføringen, og som de ga uttrykk for før denne fant sted.”

Denne saken gjaldt som tidligere nevnt overføring av den virksomheten som ble drevet av Oslo kommunes Etat for psykiatri i Lovisenberg/Diakonhjemmet sektor, til de to private sykehusene Lovisenberg diakonale sykehus og Diakonhjemmets sykehus. Etter en konkret vurdering kom Høyesterett til at den overføring som hadde funnet sted ikke hadde særlig innvirkning på arbeidsforholdene og at det derfor ikke forelå noen valgrett. I den forbindelse ble det vist til at de kommunale institusjoner og enheter som ble overført til Diakonhjemmet og Lovisenberg, fortsatte sin virksomhet praktisk talt som før. Med over til den private arbeidsgiver fulgte samme arbeidsplass med de samme ansatte, de samme arbeidsoppgavene, de samme pasientene, det samme utstyret og med samme lokale ledelse. Det var ikke sannsynliggjort at det kommunale avtaleverk som arbeidstakerne gikk ut av ved overføringen til de private sykehusene, medførte en klart bedre arbeidssituasjon enn den sykehusene kunne gi. Det var heller ikke sannsynliggjort at etter- og videreutdanningsmulighetene i praksis var bedre i Oslo kommune enn ved de private sykehusene.

For øvrig ble det uttrykkelig presisert at det ikke hadde noen selvstendig vekt at overdragelsen skjedde fra offentlig til privat virksomhet. Det avgjørende var om skiftet av arbeidsgiver

konkret og praktisk medførte inngripende endringer i arbeidssituasjonen. Det var ikke påvist at forskjeller i rammelovgivningen, herunder det forhold at forvaltningslovens saksbehandlingsregler gjaldt for ansatte i offentlig sektor, hadde noen praktisk betydning.

Rt. 2000 side 2058 gjaldt omdanning av den kommunale særbedriften Miljøtransport til Miljøtransport AS. Her kom Høyesteretts flertall at det i utgangspunktet forelå en valgrett. I den forbindelse ble det særlig vist til den usikkerhet i forhold til en overtallighetssituasjon som virksomhetsoverdragelsen her innebar. Renovasjon var et konkurranseutsatt område. Det var lite tvilsomt at arbeidstakernes faktiske muligheter for omplassering ville være langt bedre hos den store arbeidsgiveren Oslo kommune enn hos Miljøtransport AS. Det forelå dermed en valgrett. Arbeidstakerne hadde imidlertid ventet for lenge med å gjøre den gjeldende, og valgretten var på dette grunnlag bortfalt.

Mindretallet kom til at det ikke forelå noen valgrett. Forskjellen i grad av trygghet ved en eventuell overtallighet kunne etter mindretallets syn ikke tillegges avgjørende betydning. Det ble videre pekt på at virksomhetsoverdragelsen gjaldt en selvstendig og ikke ubetydelig enhet innenfor Oslo kommune. Omdannelsen til aksjeselskap skjedde i virksomhetens og arbeidstakernes interesse for at virksomheten skulle få bedre rammevilkår og kunne drives på en bedre måte rent forretningsmessig. Omdannelsen skjedde videre med tilslutning fra arbeidstakernes organisasjoner.

Det må på grunnlag av rettspraksis sies at det i praksis vil kunne være uklart om en kommunes beslutning om å overlate en oppgave til andre, vil gi de berørte arbeidstakerne valgrett, det vil si en rett til å opprettholde sitt ansettelsesforhold i kommunen. I den forbindelse vises det særlig til at Høyesterett i Rt. 2000 side 2047 presiserte at det ikke hadde noen selvstendig vekt at overdragelsen skjedde fra offentlig til privat virksomhet. Samtidig la flertallet i Rt. 2000 side 2058 vekt på at arbeidstakernes faktiske muligheter for omplassering ville langt bedre hos den store arbeidsgiveren Oslo kommune enn hos Miljøtransport AS. I praksis vil jo nesten alltid omplasseringsmulighetene være større i en kommune enn i en privat virksomhet.

Dersom en slik konkret vurdering resulterer i at det vil foreligge en valgrett, betyr det at antall ansatte i kommunen ikke uten videre vil bli redusert dersom vedkommende oppgave overlates til andre. Dette vil igjen kunne få betydning for den kostnadssammenligning som skal foretas når det fremsettes et utfordringstilbud. Hvis det er slik at antall ansatte ikke blir redusert, så kan det hevdes at fortsatte lønnskostnader til arbeidstakere som gjør gjeldende sin valgrett, vil måtte regnes som en del av kostnadene ved å akseptere utfordringstilbudet.

4.25.4 Kommunens adgang til å si opp arbeidstakere når utførelsen av en oppgave overlates til andre

Den problemstillingen som her skal vurderes, er i hvilken utstrekning en kommune eller fylkeskommune kan si opp arbeidstakere når utførelsen av en oppgave som kommunen tidligere har utført selv, er overlatt eller skal overlates til andre. Denne problemstillingen vil kunne oppstå helt uavhengig av om det er fremsatt et utfordringstilbud, men problemstillingen vil kunne dukke opp oftere dersom det innføres regler om utfordringsrett. Private utfordringstilbud vil kunne medføre at kommuner i større utstrekning enn før vil beslutte å overlata utførelsen av en bestemt oppgave til andre. Dersom en slik beslutning ikke utgjør en virksomhetsoverdragelse, vil de arbeidstakerne som tidligere har utført den aktuelle oppgaven ikke bli overført til den nye virksomheten. De vil med andre ord fortsatt være ansatt i kommunen. Tilsvarende vil gjelde dersom det foreligger en virksomhetsoverdragelse, men de berørte arbeidstakerne i kommunen har en valgrett som de benytter seg av. Den

problemstillingen som skal vurderes her, er hvilken adgang kommunen har til å si opp de berørte arbeidstakerne i en slik situasjon.

Av arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1 følger det at en arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgiverens eller arbeidstakerens forhold. Overtallighet i forhold til de arbeidsoppgaver som skal utføres vil i prinsippet kunne gi grunnlag for en oppsigelse.

Av § 60 nr. 2 første ledd følger det imidlertid at en oppsigelse på grunn av driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak ikke vil være saklig begrunnet dersom arbeidsgiveren har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstakeren. Kommunen må med andre ord først vurdere om det finnes annet passende arbeid i kommunen for de berørte arbeidstakerne før det eventuelt treffes beslutning om oppsigelse. Dessuten skal det foretas en avveining mellom kommunens behov og de ulemper en oppsigelse vil medføre for den enkelte arbeidstaker.

§ 60 nr. 2 annet ledd inneholder en særbestemmelse for de tilfellene der det er virksomhetens "*ordinære drift*" som settes ut på oppdrag. Bestemmelsen forbyr ikke slik oppdragsutsetting, men slår fast at oppsigelser som skyldes at virksomhetens ordinære drift er satt ut på oppdrag, bare vil være saklige dersom det er helt nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift. Det gjelder med andre ord en strengere saklighetsnorm ved oppsigelser som skyldes at virksomhetens ordinære drift settes ut på oppdrag enn ellers. Oppsigelser som skyldes utsetting av tjenester som faller utenfor den ordinære driften, skal utelukkende vurderes i forhold til den alminnelige saklighetsnormen i § 60 nr. 1 og 2 første ledd.

Høyesterett har i Rt. 1999 side 989 uttalt at "*det primært er bedriftens hovedproduksjon*" som omfattes av begrepet ordinær drift. Støttefunksjoner vil derimot ikke regnes som en del av den ordinære driften. Som eksempler på slike støttefunksjoner kan nevnes renhold, vakthold og kantine.

Det vil i konkrete tilfeller kunne være vanskelig å avgjøre hva som skal regnes som en del av en kommunes ordinære drift. Det må legges til grunn at det ikke i seg selv vil være avgjørende om den aktuelle oppgaven er en lovpålagt oppgave eller om det dreier seg om en oppgave kommunen har påtatt seg av eget tiltak. Samtidig må det antas at oppgaver som uttrykkelig fremgår av lovgivningen lettere vil kunne bli ansett for å være omfattet av den ordinære driften enn oppgaver som kommunen har påtatt seg av eget tiltak.

Et mulig utgangspunkt kan være å hevde at alle oppgaver som tradisjonelt har vært regnet som kommunale må regnes som en del av kommunens ordinære drift. I så fall vil store deler av de oppgaver kommunen utfører måtte sies å være en del av den ordinære driften.

Dersom en kommunes ordinære drift blir satt ut på oppdrag, følger det av § 60 nr. 2 annet ledd at eventuelle oppsigelser bare vil være saklige dersom "*det er helt nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift*". I Innst. O. nr. 2 (1994-95) side 30 har Kommunalkomiteen uttalt at det skal "*meget sterke og vedvarende grunner til for at en slik oppsigelse kan være saklig*".

Selv om en kommune etter kommuneloven § 55 ikke kan gå konkurs, stilles det gjennom bestemmelsene i kommuneloven kapittel 8 og 9 strenge krav til økonomiforvaltningen i kommunene. Unødig høye lønnskostnader vil kunne ha svært negative konsekvenser for en kommunes økonomi. På denne bakgrunn kan det ikke generelt utelukkes at en kommune vil kunne hevde at utsetting av ordinær virksomhet er helt nødvendig av hensyn til kommunens økonomi. I en konkret oppsigelsessak vil imidlertid kommunalt ansatte kunne påberope seg

denne strenge saklighetsnormen og argumentere for at kommunens økonomi ikke er så dårlig at det er "helt nødvendig" med oppsigelser.

Det å overlate utførelsen av en oppgave til andre, vil kunne utgjøre en virksomhetsoverdragelse. I så fall følger det av arbeidsmiljøloven § 73 C nr. 1 at overdragelsen ikke i seg selv kan gi grunnlag for en oppsigelse. Oppsigelse av andre grunner vil imidlertid fortsatt kunne finne sted og vil i så fall måtte vurderes i forhold til de alminnelige saklighetsnormene i § 60 nr. 1 og 2.

Dersom det foreligger en virksomhetsoverdragelse, vil de berørte arbeidstakerne ha rett til ansettelse hos den overtakende virksomheten etter arbeidsmiljøloven § 73 B nr. 1. Dersom overføringen medfører ikke uvesentlige endringer, vil de berørte arbeidstakerne kunne ha en valgrett og dermed kunne kreve å få fortsette sitt ansettelsesforhold i kommunen. Dersom en slik valgrett benyttes oppstår spørsmålet om hvilken betydning det har for adgangen til å si opp de berørte arbeidstakerne at de har hatt muligheten til ansettelse hos den overtakende virksomheten.

I Rt. 1999 side 989 kom Høyesterett til at det forelå en virksomhetsoverdragelse, men at den berørte arbeidstakeren hadde en valgrett. Den berørte arbeidstakeren hadde fastholdt sitt opprinnelige ansettelsesforhold, men var så blitt sagt opp av den opprinnelige arbeidsgiveren. I lys av at det ikke var en del av virksomhetens ordinære drift som var blitt satt ut på oppdrag, måtte oppsigelsen vurderes etter arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1 og 2 første ledd og ikke etter § 60 nr. 2 annet ledd.

Høyesterett konstaterte at det for så vidt fantes en annen passende stilling i virksomheten. Det var imidlertid ikke usaklig ikke å tilby den berørte arbeidstakeren denne stillingen, fordi virksomheten da i stedet måtte ha sagt opp den arbeidstakeren som hadde den aktuelle stillingen. I den forbindelse la Høyesterett vesentlig vekt på at den oppsagte arbeidstakeren hadde hatt tilbud om ansettelse i den nye virksomheten i medhold av reglene om virksomhetsoverdragelse. Oppsigelsen ble på denne bakgrunn ansett for å være saklig begrunnet. Dette innebærer at selv om en arbeidstaker gjør gjeldende en valgrett, så vil det kunne være adgang til å si opp vedkommende dersom vilkårene i arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1 og 2 er oppfylt.

5. LITT OM MULIGE PRAKTISKE KONSEKVENSER AV EN INNFØRING AV REGLER OM UTFORDRINGSRETT

5.1 Innledning

Selv om oppdraget i utgangspunktet er begrenset til de rettslige og lovtekniske spørsmålene som en innføring av regler om utfordringsrett vil reise, er vi også bedt om kort å vurdere hvilke praktiske konsekvenser en innføring av regler om utfordringsrett vil kunne ha.

Det presiseres her innledningsvis at våre vurderinger nødvendigvis vil være usikre. De danske reglene trådte i kraft 1. januar 2003, slik at det ikke er mulig å basere seg på erfaringer fra Danmark. Videre er det et grunntrekk ved utfordringsretten at kommunene ikke skal være forpliktet til å akseptere private utfordringstilbud. Regler om utfordringsrett vil primært ha som formål å få kommunene til å vurdere sin egen oppgaveløsning ved at det settes fokus på kostnader ved egen oppgaveutførelse og privates tilbud på utførelse av de samme oppgavene. I hvilken utstrekning slike vurderinger får noen praktisk betydning, vil kunne variere fra kommune til kommune.

Et hovedformål med regler om utfordringsrett er å sikre en bedre og/eller rimeligere utførelse av kommunale oppgaver. Det er bred enighet om at dette er et godt formål, og det er lett å være positiv til regler som skal ivareta dette formålet.

Dette betyr imidlertid ikke at regler om utfordringsrett nødvendigvis vil bidra til å sikre en bedre og/eller rimeligere utførelse av kommunale oppgaver. Som vi vil komme tilbake til nedenfor er det flere usikkerhetsmomenter knyttet til utfordringsretten som innebærer at det er uklart hvilken virkning regler om utfordringsrett vil ha.

For å vise at det også i Danmark er motstridende syn på hvilke konsekvenser regler om utfordringsrett vil få, gjengis her utdrag av henholdsvis flertallets og mindretallets vurderinger i forbindelse med vedtagelsen av de danske reglene om utfordringsrett, jf. Kommunaludvalgets "Betænkning over lovforslag" (L 159 – bilag 14). Representanter for flertallet uttalte blant annet følgende:

"V, DF, K og KRF finder, at lovforslaget vil give mulighed for, at kommunalbestyrelserne kan få udført de kommunale opgaver bedre og/eller billigere.

Særligt for så vidt angår den del af lovforslaget, der angår reglerne om servicestrategi tilslutter V, DF, K og KRF sig, at lovforslaget erstatter de hidtidige bagudrettede redegørelser for gennemførte udbudsforretninger med en fremadrettet strategi for kommunernes initiativer til udviklingen af kvaliteten og effektiviteten i dens produktion, herunder anvendelsen af udbud. Det bemærkes også, at de nuværende redegørelser om omf anget og indholdet af de kommunale ydelser samtidig ophæves.

V, DF, K og KRF finder endvidere, at lovforslagets regler om en udfordringsret vil medvirke til at realisere lovforslagets formål om, at kommunalbestyrelserne forpligtes til at gennemtænke deres opgaveløsning for derigennem at opnå den bedst mulige kvalitet til de lavest mulige omkostninger. Da reglerne om udfordringsret ikke indfører en regulær udbudspflicht – men overlader det til kommunalbestyrelsen selv at beslutte, hvordan den vil få va t sine opgaver – er udfordringsretten desuden i fuld overensstemmelse med principperne for det kommunale selvstyre. Efter V, DF, K og KRF's opfattelse er lovforslagets regler udformet således, at de ikke kan hævdes at påføre kommunerne unødige administrative byrder. Det bemærkes i den forbindelse særligt, at lovforslaget indeholder en udførlig liste af afvisningsgrunde i den foreslåede

bestemmelse i § 62 b i den kommunale styrelseslov. Her, DF, K og KRF noteret sig den beskrivelse af den omkostningskalkulation ved behandlingen af et udfordringstilbud, som indenrigs- og sundhedsministeren har givet i sin besvarelse af udvalgets spørgsmål. Med henblik på yderligere at reducere risikoen for unødigt administration stiller V, DF, K og KRF dog forslag om, at kommunalbestyrelsen alene forpligtes til at behandle tilbud, der overstiger 500.000 kr., i stedet for lovforslagets grænse på 250.000 kr.

Endelig finder V, DF, K og KRF, at det med den foreslåede opfølgingsredegørelse sikres, at kommunalbestyrelsen følger op på de initiativer, som kommunalbestyrelsen i sin servicestrategi har angivet at ville forfølge. Det bemærkes i den forbindelse, at indenrigs- og sundhedsministeren over for udvalget har tilkendegivet, at den foreslåede bestemmelse til en ny § 62 c, stk. 3, i den kommunale styrelseslov vil blive udnyttet til at fastsætte regler om, at opfølgingsredegørelsen bl.a. skal indeholde oplysninger om udliciterede opgavers varetagelse, herunder oplysninger om udviklingen af kvaliteten og de miljømæssige forhold.”

Representanter for mindretallet var ikke like entusiastiske og uttalte blandt andet:

”S finder det dybt beklageligt, at regeringen ønsker at indføre udfordringsretten, som ingen har efterspurgt, men som de kommunale parter tværtimod har taget klart afstand fra og som i bedste fald ender i et helt uproduktivt bureaukrati. Det ligner endnu et af regeringens ideologiske korstog, hvor man endnu engang bringer sig i dyb modstrid med sit eget kommunale bagland og signalerer mistillid til folkevalgte i kommuner og amter.

S er af den opfattelse, at kommunernes økonomiske situation giver alle mulige incitamenter til, på nuværende tidspunkt, at gennemtænke og vælge den mest effektive opgaveløsningen, hvorfor udfordringsretten blot vil være en ekstra økonomisk og administrativ byrde for kommunerne. Derimod er det svært at få øje på de økonomiske gevinster, da kommuner og amter allerede i dag har fuld frihed til at indhente tilb. ud udefra, hvis man ønsker det. Al erfaring viser derudover, at hovsa løsninger med udbud af offentlige opgaver bliver til ulempe for såvel borgerne i den enkelte kommune, skaber berettiget uro og utryghed hos medarbejderne og efterlader de ansvarlige kommunalpolitikere og forvaltninger med store problemer.

Forslaget om udfordringsret sætter hovsa løsninger med uopfordrede tilbud i system, uden at regeringen på nogen måde har forsøgt at tage højde for de uheldige konsekvenser, der erfaringsmæssigt opstår ved uigennemtænkte og dårligt planlagte udbud.

Udfordringsretten vil endvidere skabe utryghed og betyde mindre kontinuitet for de serviceydelser, som kommuner og amter leverer til borgerne. Kommunens plejehjem, madudbringning, rengøring eller børnehaver er under konstant markedsafprøvning, uden der ligger gennemarbejdede strategier og veltilrettelagte udbud til grund for privates overtagelse af opgaverne.

Forslaget efterlader to muligheder:

Enten bliver forslaget uden nogen reel virkning for kommuners og amters opgaveløsning, fordi de folkevalgte fravælger regeringens hovsa model, men loven vil medføre et urimeligt og unødvendigt bureaukrati og dermed beslaglægge ressourcer, som der er hårdt brug for andre steder. Altså et rent spild af skatteborgernes penge.

Eller private får overdraget oppgaver, der i dag løses af det offentlige, men uden det grundige forarbejde som erfaringerne dokumenterer er nødvendigvis for at undgå skandaler og uacceptable konsekvenser. Vi har således gentagne gange været vidner til privates overtagelse af oppgaver, som har medført en lang og smertelig proces for både brugere og medarbejdere. Ofte er løsningen blevet, at kommunen eller amtet har måtte tage oppgaven tilbake, for at skabe ordnede forhold og acceptable vilkår for borgerne og medarbejderne.”

5.2 I hvilken utstrekning vil private fremsette utfordringstilbud?

En første usikkerhet synes å være i hvilken utstrekning private vil benytte seg av en rett til å fremsette utfordringstilbud. Private vil ikke ha krav på noen form for betaling for arbeidet med å utarbeide slike tilbud. Det å beregne hva det vil koste å utføre en bestemt oppgave som kommunen utfører, vil i mange tilfeller være vanskelig. Det vil også kunne være vanskelig å vite nøyaktig hva som må gjøres for å utføre oppgaven tilfredsstillende. Hvis det innføres en avvisningsbestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd vil tilbudet dessuten måtte være ganske gjennomarbeidet for å sikre at det ikke blir avvist.

Kommunen vil dessuten på grunn av regelverket for offentlige anskaffelser normalt være avskåret fra uten videre å akseptere et utfordringstilbud. Ved inngivelse av et anbud vil den private i det minste være sikret at anbudet blir vurdert og vil dessuten ha en mulighet til å få anbudet akseptert.

Ved fremsettelse av et utfordringstilbud vil den private i beste fall kunne oppnå at det blir utlyst en anbudskonkurranse knyttet til den oppgaven som utfordringstilbudet omfatter. Den private vil da kunne inngi anbud på linje med øvrige tilbydere, men vil kunne ha en ulempe i forhold til de øvrige anbydere dersom det opprinnelige utfordringstilbudet er blitt kjent eller kan kreves offentliggjort i medhold av bestemmelsene i offentlighetsloven.

5.3 I hvilken utstrekning vil en innføring av regler om utfordringsrett medføre merarbeid for kommunene?

Regler om utfordringsrett vil pålegge kommunene å behandle de konkrete utfordringstilbud som måtte bli fremsatt. Kommunene vil i forhold til samtlige tilbud som mottas for det første måtte vurdere om de utgjør utfordringstilbud, det vil si om de er konkrete tilbud fra en privat på utførelse av en oppgave som kommunen utfører for seg selv.

Er tilbudet et utfordringstilbud må det vurderes om det kan og skal avvises. I den forbindelse kan det bli nødvendig å innhente ytterligere informasjon fra tilbudsgiveren.

Alle utfordringstilbud som ikke avvises vil måtte realitetsbehandles. Slik realitetsbehandling innebærer blant annet en sammenligning av omkostningene ved å akseptere tilbudet og omkostningene ved kommunens egen oppgaveutførelse. Særlig det å beregne kommunens egne omkostninger vil i praksis kunne være komplisert.

Hvor mye merarbeid en innføring av regler om utfordringsrett vil medføre for kommunene vil i stor grad avhenge av hvor mange utfordringstilbud som blir fremsatt. Som angitt i punkt 5.2 fremstår dette som usikkert.

Det vil imidlertid også kunne variere fra kommune til kommune hvor mye merarbeid regler om utfordringsrett vil medføre. Utfordringsretten vil bare gjelde i forhold til oppgaver som kommunen utfører selv. Kommuner som allerede i stor grad har overlatt oppgaver til andre vil dermed i stor utstrekning kunne unnlate å behandle private utfordringstilbud med henvisning

til at tilbudet ikke omfatter en oppgave som kommunen utfører selv. Kommuner som fortsatt selv løser et stort antall oppgaver vil derimot kunne utfordres i langt større utstrekning.

Den konkrete utforming av regler om utfordringsrett vil også påvirke hvor mye merarbeid en innføring av regler om utfordringsrett vil kunne medføre. Hvis utfordringsretten for eksempel omfatter oppgaver som utføres av et interkommunalt samarbeid (kommuneloven § 27), et kommunalt foretak (kommuneloven kapittel 11), et interkommunalt selskap eller et offentlig eiet aksjeselskap, vil det kunne fremsette flere utfordringstilbud enn om slike oppgaver helt eller delvis holdes utenfor reglene om utfordringsrett.

5.4 I hvilken grad vil kommunene akseptere utfordringstilbud som fremsettes?

Dersom en kommune aksepterer et fremsatt utfordringstilbud, foreligger det en form for direkte anskaffelse idet det ikke vil være gjennomført noen form for konkurranse. Av forskrift av 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser § 11-2 følger det at direkte anskaffelser bare kan foretas unntaksvis. Det mest praktiske alternativet i § 11-2 er første ledd bokstav a, som omfatter anskaffelser der prisen ikke overstiger kr. 200.000,-.

Hvis det imidlertid i Norge blir innført en avvísingsbestemmelse tilsvarende den danske lov om kommunernes styrelse § 62 b første ledd nr. 1, så vil alle utfordringstilbud som ikke overstiger kr. 500.000,- kunne avvíses. I så fall vil kommunen svært sjelden realitetsbehandle utfordringstilbud som har en pris på under kr. 200.000,-. Dermed vil det også svært sjelden være aktuelt uten videre å akseptere et fremsatt utfordringstilbud.

5.5 Vil regler om utfordringsrett medføre at kommunene overlater utførelsen av flere oppgaver til private?

Det må kunne legges til grunn at en innføring av regler om utfordringsrett i hvert fall ikke vil medføre en reduksjon i det antall oppgaver som overlates til private. Det er imidlertid mer usikkert om og eventuelt i hvilken utstrekning slike regler vil øke omfanget av oppgaveutsetting.

Det må antas at en innføring av regler om utfordringsrett i hvert fall vil bevisstgjøre en rekke kommuner. Og selv om det ikke skulle bli fremsatt så mange utfordringstilbud i praksis, vil det forhold at det finnes regler om utfordringsrett kunne påvirke kommuner til av eget tiltak å gå gjennom økonomistyringen og omkostningene som påløper i tilknytning til kommunens løsning av ulike oppgaver.

Det kan imidlertid ikke ses bort fra at noen kommuner vil kunne se på en innføring av regler om utfordringsrett som et inngrep i det kommunale selvstyret. I så fall vil det kunne føre til en skeptisk og/eller kritisk holdning til hele ordningen, med den konsekvens at det ikke blir truffet noen beslutning om oppgaveutsetting ved behandlingen av utfordringstilbud.

5.6 Vil regler om utfordringsrett medføre en bedre og/eller billigere utførelse av kommunale oppgaver?

Et av hovedformålene med en utfordringsrett vil være å bidra til en bedre og/eller billigere utførelse av kommunale oppgaver. Det må antas at hvis en kommune etter å ha behandlet et utfordringstilbud kommer til at den aktuelle oppgaven bør overlates til andre, så vil det være fordi utfordringstilbudet viser eller tyder på at private vil kunne utføre den aktuelle oppgaven billigere og/eller bedre enn kommunen.

Det må imidlertid antas at det vil kunne være problematisk for kommunene å beregne omkostningene ved sin egen oppgaveutførelse. Og hvis de kommunalt ansatte som tidligere

har utført den aktuelle oppgaven ikke skal utføres, oppstår spørsmålet hvordan deres lønnskostnader skal hensyntas ved beregningen av omkostningene ved å akseptere utfordringstilbudet.

Det vil også være en fare for at fremsatte utfordringstilbud er misvisende. Ettersom kommunene bare unntaksvis vil ha adgang til umiddelbart å akseptere et utfordringstilbud, vil private tilnærmet risikofritt kunne fremsette urealistiske utfordringstilbud. Og ettersom private som fremsetter et utfordringstilbud ikke har krav på noen form for vederlag for arbeidet med utfordringstilbudet, vil det også være en fare for at tilbudet ikke gir tilfredsstillende opplysninger om kvaliteten på den oppgaveutførelsen som tilbys.

Dersom et utfordringstilbud resulterer i en anbudskonkurranse der samtlige anbud er klart høyere enn det opprinnelige utfordringstilbudet, vil det kunne føre til at hele anbudskonkurransen avlyses. I så fall vil utfordringstilbudet utelukkende ha medført merarbeid for kommunen.

5.7 Vil regler om utfordringsrett medføre særlige arbeidsrettslige spørsmål?

Regler om utfordringsrett reiser ikke som sådan særlige arbeidsrettslige spørsmål. Oppgaveutsetting vil imidlertid kunne medføre usikkerhet knyttet til om de kommunalt ansatte som har utført den aktuelle oppgaven, har krav på ansettelse hos den virksomheten som i fremtiden skal utføre oppgaven, om de eventuelt kan kreve å få opprettholde sitt ansettelsesforhold i kommunen og om de i så fall vil kunne sies opp av kommunen. Denne usikkerheten vil igjen kunne føre til redusert trivsel og effektivitet og tvister mellom kommunen og de ansatte.

Det er for så vidt oppgaveutsetting mer enn regler om utfordringsrett som kan sies å reise særlige arbeidsrettslige spørsmål. I den grad en utfordringsrett medfører at kommuner overlater flere oppgaver til andre, vil imidlertid en utfordringsrett indirekte kunne sies å reise særlige arbeidsrettslige spørsmål.

Særlige problemer vil kunne oppstå i forhold til arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2 annet ledd. Denne bestemmelsen slår fast at oppsigelser som skyldes at virksomhetens ordinære drift er eller blir satt ut på oppdrag, bare vil være saklige dersom det er helt nødvendig av hensyn til kommunens fortsatte drift. Denne bestemmelsen vil i en rekke tilfeller kunne være til hinder for at en kommune sier opp ansatte som i realiteten vil være overflødige ved en eventuell oppgaveutsetting. Dette vil igjen kunne føre til at kommuner ikke vil få reduserte lønnskostnader ved å overlate en bestemt oppgave til andre. I så fall vil en omkostningssammenligning ofte vise at det vil være langt dyrere for kommunen totalt sett å overlate oppgaven til andre enn fortsatt å utføre oppgaven selv.

Vedlegg 1:

Vejledning om privates udfordringsret

(Til samtlige kommunalbestyrelser, amtsråd og tilsynsråd)

1. Indledning

Ved lov nr. 373 af 6. juni 2002 er lov om kommunernes styrelse blevet ændret. Ændringen af den kommunale styrelseslov indeholder en ret for private til at udfordre kommuner, amtskommuner og kommunale fællesskaber ved at afgive tilbud på udførelse af kommunale opgaver. Ændringen af den kommunale styrelseslov indeholder endvidere bestemmelser om kommunalbestyrelsernes og amtsrådenes pligt til udarbejdelse af servicestrategi og opfølgingsredegørelse.

Ved loven forstås i denne vejledning lov om kommunernes styrelse (lovbekendtgørelse nr. 629 af 29. juni 2001 som ændret ved § 3 i lov nr. 145 af 25. marts 2002, ved lov nr. 373 af 6. juni 2002 og ved § 30 i lov nr. 1089 af 17. december 2002).

Denne vejledning indeholder en beskrivelse af reglerne i lovens §§ 62 a og 62 b om privates udfordringsret. Indenrigs- og Sundhedsministeriet har den 24. oktober 2002 udstedt bekendtgørelse nr. 881 og vejledning nr. 111 om servicestrategi og opfølgingsredegørelse. Disse emner vil derfor ikke blive beskrevet i nærværende vejledning.

Efter bestemmelsen i lovens § 62 a, stk. 4, er indenrigs- og sundhedsministeren bemyndiget til at fastsætte regler om beregningen af omkostninger efter lovens § 62 a, stk. 2. Ministeriet har ikke til hensigt at udnytte bemyndigelsesbestemmelsen på nuværende tidspunkt. De krav, der stilles i loven til beregningen af omkostninger, er beskrevet i denne vejledning under afsnit 6.1.

I vejledningen anvendes betegnelsen "kommuner" om både kommuner, amtskommuner og kommunale fællesskaber, jf. § 60 i lov om kommunernes styrelse. Tilsvarende anvendes betegnelsen "kommunalbestyrelser" om både kommunalbestyrelser, amtsråd og styrelsesorganet i kommunale fællesskaber.

2. Formålet med reglerne om privates udfordringsret

Reglerne i den kommunale styrelseslov om privates udfordringsret har til formål at give private en ret til at udfordre kommuner ved at afgive konkrete tilbud på udførelse af opgaver, som kommunen udfører for sig selv.

Hovedformålet med reglerne om privates udfordringsret er at forpligte kommunalbestyrelserne til at overveje deres opgaveløsning inden for de kommunale områder i forbindelse med behandlingen af private tilbud om at udføre opgaver for kommunerne for derigennem at opnå den bedst mulige kvalitet til de lavest mulige omkostninger. Reglerne om privates udfordringsret giver således kommunalbestyrelserne et værktøj til at overveje, om

den opgave, som udfordringstilbudet vedrører, vil kunne varetages bedre og billigere uden for kommunens regi. Samtidig får de private leverandører ved hjælp af udfordringsretten en bedre mulighed for at få sat fokus på, om kommunens opgavevaretagelse fremover skal ske i samspil med private.

Kommunalbestyrelsen bliver efter lovens § 62 a forpligtet til at sammenligne omkostningerne ved at antage det indkomne tilbud med omkostningerne ved kommunens egen udførelse af opgaven. Kommunalbestyrelsen skal herefter beslutte, om opgaven fortsat skal varetages af kommunen selv, eller om den samme opgave skal løses af andre.

Reglerne forpligter ikke kommunalbestyrelsen til at træffe nogen bestemt beslutning på baggrund af sammenligningen af det private tilbud og kommunens egen opgaveudførelse. Dette gælder uanset, om det private tilbud måtte være billigere og bedre end den kommunale opgaveudførelse. Formålet med reglerne er at løfte privates tilbud på udførelse af opgaver for kommunerne op på politisk niveau i kommunalbestyrelsen for dermed at sikre en struktureret proces, hvorved private kan sikres en behandling af deres tilbud i kommunalbestyrelsen, og kommunalbestyrelsen får anledning til på et kvalificeret grundlag at overveje, om kommunen kan få løst opgaven billigere og bedre end i dag.

Beslutningen efter lovens § 62 a kan som udgangspunkt ikke delegeres til kommunens administration eller til kommunens udvalg. Der er imidlertid en række tilfælde, hvor kommunalbestyrelsen kan overlade det til kommunens administration eller til et af kommunens udvalg på forhånd at afvise det private tilbud uden at foretage den nævnte sammenligning og uden at tage stilling til, om opgaven fortsat skal varetages af kommunen selv, jf. lovens § 62 b, stk. 1, nr. 1-8, jf. stk. 2. Hvis tilbudet omfatter en opgave, som afviger fra den af kommunalbestyrelsen valgte afgrænsning af opgavens indhold, kan kommunalbestyrelsen under henvisning til § 62 b, stk. 1, nr. 9, træffe beslutning om at afvise det private tilbud uden at foretage den nævnte sammenligning. Denne beslutning kan dog ikke delegeres til kommunens administration eller til kommunens udvalg.

3. Hvilke offentlige myndigheder er forpligtet til at behandle private udfordringstilbud?

Det følger af § 1, stk. 1, i den kommunale styrelseslov, at reglerne om privates udfordringsret gælder for amtskommuner og alle øvrige kommuner, herunder Københavns, Frederiksberg og Bornholms Kommuner.

Reglerne om privates udfordringsret gælder endvidere for kommunale fællesskaber, der er oprettet i medfør af den kommunale styrelseslovs § 60. Det følger af lovens §§ 62 a, stk. 3, og 62 b, stk. 3. Kommuner kan efter § 60 i den kommunale styrelseslov med tilsynsmyndighedens samtykke indgå aftaler om samarbejde, der vil medføre indskrænkning i de enkelte deltagende kommunalbestyrelses beføjelser. Hvis aftalerne indebærer, at der etableres et selvstændigt styrelsesorgan, betegnes samarbejdet et kommunalt fællesskab. Kommunale fællesskaber er selvstændige, offentligretlige organer og henregnes til den offentlige forvaltning. Det er uden betydning, om fællesskabet er organiseret i en privatretlig organisationsform. Et kommunalt fællesskab kan dog ikke organiseres som et aktie- eller anpartsselskab. Kommunale fællesskaber, som er godkendt af den kommunale tilsynsmyndighed efter § 60 i den kommunale styrelseslov, er således omfattet af reglerne om privates udfordringsret, uanset i hvilken form fællesskaberne er organiseret.

Når et kommunalt fællesskab modtager et tilbud fra en privat på udførelse af en opgave, fællesskabet løser for sig selv, varetager det kommunale fællesskabs styrelsesorgan de opgaver, der efter reglerne om privates udfordringsret varetages af kommunalbestyrelsen. Det er således det kommunale fællesskabs styrelsesorgan, der medmindre det private tilbud på forhånd afvises skal foretage en sammenligning af omkostningerne ved at antage det indkomne tilbud med omkostningerne ved fællesskabets egen udførelse af opgaven og skal beslutte, om det kommunale fællesskab fortsat skal udføre opgaven.

Selskaber, foreninger og andre virksomheder, der er organiseret på privatretligt grundlag, og som ikke er kommunale fællesskaber, jf. lovens § 60, er derimod ikke omfattet af reglerne om privates udfordringsret. Dette gælder, uanset om virksomheden er fuldt ud eller delvis offentligt ejet.

Reglerne om privates udfordringsret gælder ikke for Hovedstadens Udviklingsråd og Hovedstadens Sygehusfællesskab eller for andre offentlige myndigheder end kommuner, amtskommuner og kommunale fællesskaber, jf. lovens § 60.

4. Hvornår er et tilbud omfattet af reglerne om udfordringsret?

Når en kommune modtager et tilbud fra en privat på udførelse af en kommunal opgave, skal kommunen først tage stilling til, om tilbudet er omfattet af reglerne om udfordringsret.

"§ 62 a. Når en privat afgiver et konkret tilbud på udførelse af en opgave, som kommunen udfører for sig selv, skal kommunalbestyrelsen træffe beslutning om, hvorvidt opgaven fortsat skal udføres af kommunen..."

4.1. Er behandlingen af det indkomne tilbud reguleret i anden lovgivning?

Det følger af § 1, stk. 2, i den kommunale styrelseslov, at lovens bestemmelser finder anvendelse på alle forhold i den kommunale styrelse, medmindre andet særligt er hjemlet i lovgivningen. Dette indebærer, at den kommunale styrelseslovs bestemmelser om privates udfordringsret viger for anden lovgivning. I tilfælde, hvor det i øvrigt i lovgivningen er bestemt eller forudsat, at kommunalbestyrelser er forpligtet til at tage stilling til private tilbud, vil reglerne i den kommunale styrelseslov om privates udfordringsret således ikke finde anvendelse. Afgiver en privat et samlet tilbud på dels en opgave, der er omfattet af anden lovgivning, hvor reglerne om privates udfordringsret således viger, dels en opgave, der isoleret set er omfattet af den kommunale styrelseslovs bestemmelser om udfordringsret, vil tilbudet i sin helhed ikke være omfattet af den kommunale styrelseslovs bestemmelser om udfordringsret.

Som eksempel kan nævnes, at det følger af §§ 75 c og 75 e i lov om social service (lovbekendtgørelse nr. 755 af 9. september 2002) (serviceloven), at kommunalbestyrelsen er forpligtet til enten at godkende og indgå kontrakt med enhver leverandør af personlig og praktisk hjælp efter servicelovens § 71, jf. § 74 a, der opfylder de af kommunalbestyrelsen fastsatte kvalitets- og prismæssige krav, (godkendelsesmodellen) eller i overensstemmelse

med de nærmere regler herom at bringe levering af personlig og praktisk hjælp efter servicelovens § 71 i udbud (udbudsmodellen).

Dette indebærer, at i tilfælde, hvor en kommunalbestyrelse modtager et tilbud på levering af personlig og praktisk hjælp til personer i eget hjem i medfør af § 71 i serviceloven, vil reglerne i den kommunale styrelseslov om privates udfordringsret som udgangspunkt ikke finde anvendelse. Dette gælder, uanset om kommunalbestyrelsen har valgt godkendelses- eller udbudsmodellen.

Det følger videre af servicelovens § 75 d, at godkendelsesmodellen i § 75 c i serviceloven ikke gælder levering af personlig og praktisk hjælp til beboere i plejehjem og lignende plejeboliger. Det indebærer, at i tilfælde, hvor en kommunalbestyrelse modtager et tilbud på levering af personlig og praktisk hjælp til beboere på plejehjem og lignende plejeboliger, vil reglerne i den kommunale styrelseslov om privates udfordringsret finde anvendelse, hvis kommunen anvender godkendelsesmodellen.

Det følger videre af § 5, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 837 af 9. oktober 2002 om kvalitetsstandarder og frit valg af leverandør af personlig og praktisk hjælp, at hvis kommunalbestyrelsen træffer beslutning om at bringe levering af personlig pleje i udbud, jf. servicelovens § 75 e, skal levering af personlig og praktisk hjælp i plejehjem og lignende boligenheder, jf. lovens § 75 d, være omfattet af udbudet, ligesom kommunalbestyrelsen skal indgå kontrakt med én leverandør i hver boligenhed. Det indebærer, at hvis kommunen anvender udbudsmodellen, vil reglerne om privates udfordringsret ikke finde anvendelse.

Der er ikke i lov om hjemmesygeplejerskeordninger (lov nr. 408 af 13. juni 1973, som senest ændret ved lov nr. 242 af 1. maj 2002) regler svarende til servicelovens §§ 75 c og 75 e. Et tilbud på levering af hjemmesygeplejeydelser skal derfor behandles efter reglerne om privates udfordringsret. Hvis en leverandør imidlertid fremsender et samlet tilbud på både levering af personlig og praktisk hjælp i medfør af serviceloven og levering af hjemmesygeplejeydelser i medfør af hjemmesygeplejerskeloven, vil tilbudet ikke skulle behandles efter styrelseslovens regler om privates udfordringsret, idet styrelsesloven som nævnt viger for anden lovgivning.

Reglerne om privates udfordringsret i den kommunale styrelseslov omfatter ikke tilbud, der afgives som følge af, at kommunen har foretaget udbud af en opgave efter f.eks. EU's udbudsdirektiver, idet kommunen da vil være forpligtet til at følge de deri omtalte procedurer.

4.2. Er det et tilbud fra en "privat"?

Det er alene private, der har ret til at få behandlet tilbud på udførelse af kommunale opgaver, jf. § 62 a, stk. 1. Det gælder både tilbud fra private enkeltpersoner og fra selskaber, foreninger og andre virksomheder, der er organiseret på privatretligt grundlag. Tilbud fra selskaber, foreninger og andre virksomheder er omfattet, uanset om virksomheden er fuldt ud eller delvis offentligt ejet. Dette gælder dog ikke, hvis virksomheden må betragtes som en offentlig myndighed i offentlighedslovens og forvaltningslovens forstand, jf. nedenfor. Dette er f.eks. tilfældet, hvis virksomheden er et kommunalt fællesskab, jf. lovens § 60.

Tilbud fra andre offentlige myndigheder, herunder fra kommunale fællesskaber, Hovedstadens Udviklingsråd og Hovedstadens Sygehusfællesskab, er ikke omfattet af reglerne om privates udfordringsret.

Offentlige myndigheder har således ikke i medfør af bestemmelsen retskrav på at få behandlet et tilbud på udførelse af en opgave for en kommune. Hvis en offentlig myndighed imidlertid efter den øvrige lovgivning kan udføre opgaver for en kommune, er reglerne naturligvis ikke til hinder for, at den offentlige myndighed afgiver tilbud over for kommunen, ligesom reglerne ikke afskærer kommunen fra i sådanne tilfælde at foretage en sammenligning mellem tilbudet og kommunens egen opgaveudførelse.

Afgrænsningen af, hvem der efter loven må anses for at være en "privat", skal for så vidt angår afgrænsningen til forvaltningsmyndigheder ske i overensstemmelse med den tilsvarende afgrænsning af begrebet "den offentlige forvaltning" i offentlighedsloven og forvaltningsloven. Der henvises til Justitsministeriets vejledninger om offentlighedsloven (vejledning nr. 11687 af 3. november 1986) og forvaltningsloven (vejledning nr. 11740 af 4. december 1986).

4.3. Er det et "konkret tilbud"?

En kommune har kun pligt til at anvende reglerne om privates udfordringsret, hvis en privat har afgivet et konkret tilbud på udførelse af en kommunal opgave. Når en kommunalbestyrelse modtager en henvendelse fra en privat på udførelse af en kommunal opgave, skal kommunalbestyrelsen således vurdere, dels om der er tale om et tilbud fra den privates side, dels om tilbudet er konkret.

Et tilbud skal forstås i overensstemmelse med de almindelige aftaleretlige regler, herunder aftaleloven. Et tilbud skal således forstås som et løfte, der binder afgiveren, mens acceptfristen løber. Om der foreligger et tilbud, må afgøres på grundlag af almindelige regler om aftalers fortolkning og udfyldning. Det er således navnlig en vurdering af, om tilbudet har den fornødne klarhed og bestemthed til at binde afgiveren. Er der ikke tale om et bindende tilbud, men alene en opfordring til, at kommunalbestyrelsen over for den private afgiver tilbud på eller indgår i forhandlinger om udførelsen af en kommunal opgave, eller blot et reklamebrev, finder reglerne om privates udfordringsret ikke anvendelse.

Ved et konkret tilbud skal forstås tilbud, der er bindende for afgiveren, jf. ovenfor, og udformet specifikt til den pågældende kommune. Det indebærer, at kommunalbestyrelsen ikke er forpligtiget til at iværksætte den i bestemmelsen omhandlede procedure i relation til generelt affattede tilbud, der er sendt til en videre modtagerkreds. Som anført er det alene konkrete tilbud fra private på udførelse af kommunale opgaver, som er omfattet af reglerne om privates udfordringsret.

Der stilles ikke yderligere krav til, hvilken præcision og detaljeringsgrad det konkrete tilbud skal have. Det skal i den forbindelse bemærkes, at et udfordringstilbud har forskellige funktioner afhængigt af, om lovgivningen giver kommunalbestyrelsen adgang til at antage det private tilbud uden forudgående udbud. Hvor lovgivningen indebærer, at kommunalbestyrelsen ikke umiddelbart kan antage udfordringstilbudet, men alene udlicitere opgaven på grundlag af et offentligt udbud, vil tilbudet i første række have den funktion, at det kan danne grundlag for kommunalbestyrelsens overvejelse om, hvorvidt opgaven med fordel kan sendes i udbud. Kommunalbestyrelsens overvejelse herom må af konkurrencemæssige hensyn ske uafhængigt af den nærmere udformning af tilbudet. Det vil derfor efter omstændighederne kunne være fordelagtigt for tilbudsgiveren at undlade at specificere tilbudet nærmere og alene i hovedtræk angive karakteren af ydelsen og den pris, som tilbudsgiveren forventer at fastsætte i et bud i forbindelse med en eventuel udbudsrunde.

En sådan udformning af tilbudet vil som udgangspunkt opfylde lovens krav om at være et konkret tilbud, herunder kravet om den fornødne klarhed og bestemthed.

Der stilles således ikke formelle krav til udformningen af den private tilbud.

Kommunalbestyrelsen kan dog anmode om de oplysninger, som den finder nødvendig til behandling af det indkomne tilbud, herunder til foretagelsen af en eventuel sammenligning af omkostningerne ved kommunens egen opgaveudførelse og omkostningerne ved at antage det private tilbud, jf. afsnit 6.1. Giver tilbudet anledning til overvejelser om at sende opgaven i udbud, må der af konkurrencemæssige hensyn kun stilles opklarende spørgsmål. Kontakten mellem kommunalbestyrelsen og den private tilbudsgiver må ikke få karakter af forhandling om betingelser og vilkår for opgaveløsningen for ikke at risikere forskelsbehandling i forbindelse med et efterfølgende udbud. Kommunalbestyrelsen kan endvidere under tilsvarende forudsætninger vælge at udarbejde et skema, som den private tilbudsgiver kan anvende. Den private kan imidlertid ikke forpligtes til at anvende et sådant skema, når blot vedkommende på anden måde fremkommer med de ønskede oplysninger.

Tilbudsgiveren kan selv fastsætte en frist for kommunalbestyrelsens accept af tilbudet. Hvis tilbudsgiver ikke har fastsat en sådan acceptfrist, finder de almindelige aftaleretlige regler anvendelse. Det bemærkes, at § 3 i aftaleloven (lovbekendtgørelse nr. 781 af 26. august 1996 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område) indeholder regler om acceptfristen i de tilfælde, hvor der ikke i et tilbud er fastsat en individuel acceptfrist.

Reglerne om private udfordringsret regulerer ikke, hvor hurtigt kommunalbestyrelsen skal behandle et udfordringstilbud. Kommunalbestyrelsen bør imidlertid som offentlig myndighed følge principperne for god forvaltningsskik, hvilket indebærer, at en kommunalbestyrelse har pligt til at behandle et indkommet tilbud så hurtigt, som forholdene tillader det. Sagsbehandlingen skal tilrettelægges sådan, at sagerne kan ekspederes uden unødvendige forsinkelser. Der må desuden tages særlige hensyn, hvis det er af væsentlig økonomisk betydning for en borger, at sagen afgøres hurtigt.

4.4. Er der tale om en opgave, som kommunen løser "for sig selv"?

Retten til at få behandlet tilbud efter reglerne om private udfordringsret gælder alene for opgaver, som kommunen løser for sig selv. Et tilbud på en opgave, som kommunen i forvejen får udført af en ekstern leverandør, er således ikke omfattet af reglerne om private udfordringsret. Dette gælder, uanset om opgaven udføres af en anden offentlig myndighed, herunder en anden kommune, en privat enkeltperson eller et selskab, en forening eller en anden virksomhed, der er organiseret på privatretligt grundlag, herunder en selvejende institution. Det gør i den forbindelse ingen forskel, om virksomheden er fuldt ud eller delvis ejet af den pågældende kommune.

På tilsvarende måde omfatter bestemmelsen ikke tilfælde, hvor en privat afgiver tilbud til en kommune på en opgave, som kommunen får udført gennem deltagelse i et kommunalt fællesskab efter § 60 i den kommunale styrelseslov. Den private vil i stedet kunne rette sit tilbud mod det kommunale fællesskab, idet kommunale fællesskaber er omfattet af reglerne om udfordringsret.

I tilfælde, hvor en kommune efter at have iværksat en udbudsprocedure konstaterer, at dens kontroltilbud er det billigste eller det økonomisk mest fordelagtige for kommunen og på den baggrund vælger at annullere udbudsproceduren med henblik på selv at forestå præstationen

af den pågældende ydelse, løser kommunen fortsat opgaven for sig selv. Efterfølgende tilbud på udførelse af den pågældende opgave vil derfor være omfattet af reglerne om udfordringsret.

Et tilbud, der delvis vedrører en opgave, kommunen før tilbudets modtagelse får udført eller har indgået aftale om at få udført af en ekstern leverandør, falder i sin helhed uden for reglerne om udfordringsret. Det vil dog i et vist omfang være naturligt, at kommunen i overensstemmelse med god forvaltningsskik orienterer tilbudsgiver herom, således at vedkommende har mulighed for at foretage en tilpasning af sit tilbud til den del af opgaven, som kommunen udfører for sig selv.

Reglerne om privates udfordringsret gælder i princippet enhver opgave, kommunen løser for sig selv uanset opgavens art. Både drifts- og anlægsopgaver, som kommunen udfører for sig selv, er således omfattet. En opgave, kommunen løser for sig selv, er omfattet, uanset om opgaven er omfattet af de indsatsområder, der er medtaget af kommunalbestyrelsen i den servicestrategi, kommunalbestyrelsen skal afgive inden udgangen af valgperiodens første år.

Et tilbud, der omfatter en opgave, hvor det er forudsat eller fastsat i lovgivningen, at opgaven skal varetages af kommunen selv, og som ikke lovligt vil kunne udføres af en privat, kan dog afvises, jf. nedenfor afsnit 5.1.2., ligesom kommunalbestyrelsen ikke i sådanne tilfælde kan antage det private tilbud.

5. Kommunalbestyrelsens afvisning af et privat udfordringstilbud

5.1. Reglerne for afvisning

Den kommunale styrelseslovs § 62 b indeholder adgang for kommunalbestyrelsen til i en række nærmere angivne tilfælde at afvise et privat udfordringstilbud, jf. § 62 b, stk. 1, nr. 1 - 9. Det indebærer, at kommunalbestyrelsen i de angivne tilfælde kan undlade at foretage en sammenligning af omkostningerne ved at antage det indkomne tilbud med omkostningerne ved kommunens egen opgaveudførelse, ligesom kommunalbestyrelsen i de angivne tilfælde kan undlade at tage stilling til, om kommunen fortsat selv skal udføre den opgave, det private udfordringstilbud vedrører.

Bestemmelsen i lovens § 62 b er fakultativ. Bestemmelsen er derfor naturligvis ikke til hinder for, at kommunalbestyrelsen kan beslutte at få varetaget en opgave af en ekstern leverandør på baggrund af et tilbud eller en tilbudsgiver, der er omfattet af én af de i den foreslåede § 62 b, stk. 1, nr. 1-9, nævnte tilfælde. På tilsvarende måde er bestemmelsen ikke til hinder for, at kommunalbestyrelsen til brug for en sådan beslutning vælger at foretage en sammenligning mellem det private tilbud og kommunens egen opgaveudførelse.

"§ 62 b. Kommunalbestyrelsen kan afvise at træffe beslutning efter § 62 a, hvis

- 1) tilbudet ikke overstiger 500.000 kr. for enkeltstående ydelser og 500.000 kr. pr. år for løbende ydelser,

2) tilbudsgiver ikke lovligt vil kunne udføre den opgave, som tilbudet omfatter,
3) tilbudsgiver ikke kan sandsynliggøre, at denne har den fornødne tekniske formåen,
4) tilbudsgiver ikke kan sandsynliggøre, at denne har den fornødne finansielle og økonomiske formåen,
5) tilbudsgiver ikke kan sandsynliggøre, at forhold af mere personlig karakter ikke gør denne uegnet til at udføre opgaven,
6) tilbudet forekommer at være unormalt lavt i forhold til ydelsen,
7) tilbudet svarer til et tilbud, som kommunalbestyrelsen inden for den pågældende valgperiode har behandlet efter § 62 a,
8) tilbudet omfatter en opgave, som kommunalbestyrelsen før tilbudets modtagelse har besluttet at sende i udbud, eller
9) tilbudet omfatter en opgave, som afviger fra den opgaveafgrænsning, som kommunalbestyrelsen beslutter skal udgøre grundlaget for en beslutning efter § 62 a. Kommunalbestyrelsen skal i sådanne tilfælde oplyse tilbudsgiver om den valgte afgrænsning af opgavens indhold."

5.1.1. Tilbudet overstiger ikke tærskelværdien på 500.000 kr.

Det følger af den kommunale styrelseslovs § 62 b, stk. 1, nr. 1, at kommunalbestyrelsen kan afvise et privat udfordringstilbud, hvis tilbudet ikke overstiger 500.000 kr. for enkeltstående ydelser og 500.000 kr. pr. år for løbende ydelser.

Der sker ikke pristalsregulering af den fastsatte tærskelværdi på 500.000 kr. Den fastsatte tærskelværdi er værdien af ydelsen eksklusiv moms.

Den fastsatte årlige tærskelværdi for tilbud på løbende ydelser skal ikke følge kalenderåret, men en rullende et års-periode. Den fastsatte årlige tærskelværdi sænkes ikke, selv om tilbudet kun vedrører løbende ydelser for en del af en rullende et års-periode.

Ved tilbud på levering af løbende ydelser, hvor der ikke er fastsat en samlet pris, følger det af den kommunale styrelseslovs § 62 b, stk. 1, nr. 1, at tilbudets anslåede værdi beregnes ud fra den årlige udgift uanset aftalens løbetid. Dette er anderledes end i eksempelvis tjenesteydelsesdirektivet (direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler), hvoraf det følger af artikel 7, stk. 5, at beregningsgrundlaget for aftalernes anslåede værdi er den samlede værdi for hele løbetiden for tidsbegrænsede aftaler, hvis de løber i 48 måneder eller derunder. Hvis der er tale om tidsubegrænsede aftaler eller aftaler, hvis løbetid er over 48 måneder, er den anslåede værdi den månedlige værdi multipliceret med 48.

5.1.2. Tilbudsgiver kan ikke lovligt udføre opgaven

Efter den kommunale styrelseslovs § 62 b, stk. 1, nr. 2, kan en kommunalbestyrelse afvise et privat udfordringstilbud, hvis tilbudsgiver ikke lovligt vil kunne udføre den opgave, som tilbudet omfatter.

Det kan f.eks. være tilfældet, hvor det er fastsat eller forudsat i den øvrige lovgivning, at den omhandlede opgave skal varetages af den pågældende kommune selv. Hvis der er tale om kommunale opgaver, der indebærer myndighedsudøvelse, dvs. den del af den kommunale forvaltning, der består i at regulere borgernes retsforhold typisk i form af meddelelse af forbud, påbud og tilladelser følger det af almindelige forvaltningsretlige grundsætninger, at sådanne opgaver ikke uden særlig hjemmel kan overlades til private. Et tilbud på en opgave, der indebærer myndighedsudøvelse, vil således kunne afvises med hjemmel i nr. 2.

Bestemmelsen er ikke begrænset til de tilfælde, hvor opgaveudførelsen som sådan ikke vil kunne overlades til private, men omfatter også tilfælde, hvor det fremgår af tilbudet, at den omhandlede opgave ikke vil kunne udføres i overensstemmelse med lovgivningens regler for privates og offentliges udførelse af den pågældende opgave. Som eksempel kan nævnes, hvor det af tilbudet fremgår, at opgaveudførelsen vil indebære en tilsidesættelse af arbejdsmiljøretlige regler.

Det er kommunalbestyrelsen, der skal godtgøre, at tilbudsgiver ikke vil kunne udføre den beskrevne opgave inden for den lovgivning, som den private er underlagt i forbindelse med opgaveudførelsen. Er kommunalbestyrelsen i tvivl herom, må den i overensstemmelse med almindelige forvaltningsretlige regler søge forholdet oplyst, f.eks. gennem høring af tilbudsgiveren.

Selvom det alene er en del af tilbudet, som tilbudsgiver ikke lovligt vil kunne udføre, kan tilbudet i sin helhed afvises. Kommunalbestyrelsens beslutning om at afvise tilbudet er en

afgørelse i forvaltningslovens forstand. Det indebærer, at kommunalbestyrelsen vil være forpligtet til at overholde forvaltningslovens regler om partshøring. Kommunalbestyrelsens afgørelse af, om tilbudsgiver lovligt vil kunne udføre den omhandlede opgave, vil dog som oftest bero på faktuelle oplysninger, som tilbudsgiver selv har fremsendt eller juridiske vurderinger, hvorfor der som oftest ikke vil være pligt til partshøring.

5.1.3. Tilbudsgiver har ikke den fornødne tekniske, finansielle, økonomiske og personlige formåen

Efter den kommunale styrelseslovs § 62 b, stk. 1, nr. 3-5, kan kommunalbestyrelsen afvise et privat udfordringstilbud i de tilfælde, hvor tilbudsgiver ikke kan sandsynliggøre, at denne har den fornødne tekniske, finansielle og økonomiske formåen, eller hvor forhold af mere personlig karakter gør tilbudsgiver uegnet til at udføre opgaven.

Kommunalbestyrelsen er således ikke forpligtet til at sammenligne kommunens egen opgaveudførelse med et privat tilbud, hvor der er tale om tilbud, som kommunalbestyrelsen alligevel ikke kan forventes at antage, allerede fordi der er usikkerhed om, hvorvidt opgaven overhovedet vil kunne forventes at kunne blive udført på betryggende vis.

Bestemmelserne svarer til EU-udbudsdirektivernes krav om, at enhver leverandør kan udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis vedkommende ikke kan sandsynliggøre, at denne har den fornødne tekniske, finansielle, økonomiske og personlige formåen. I den nærmere fastlæggelse af bestemmelsens indhold vil der kunne søges vejledning i den praksis, som EF-domstolen og Klagenævnet for Udbud har udviklet i forhold til udbudsdirektiverne.

Som eksempel på tilfælde, hvor kommunalbestyrelsen under henvisning til tilbudsgivers manglende tekniske formåen kan afvise et privat udfordringstilbud, kan nævnes, hvor en kommunalbestyrelse modtager et tilbud fra en tilbudsgiver, som ikke kan dokumentere, at denne har de fornødne kvalifikationer til at udføre den omhandlede opgave.

Med hensyn til tilbudsgivers manglende finansielle og økonomiske formåen kan som eksempel nævnes, hvor en kommunalbestyrelse modtager et tilbud fra en tilbudsgiver, der nægter at demonstrere sin økonomiske formåen gennem fremlæggelse af regnskabsoplysninger. I det tilfælde vil en kommunalbestyrelse kunne afvise det pågældende udfordringstilbud.

Forhold af mere personlig karakter, som kan gøre en tilbudsgiver uegnet til at udføre en opgave for en kommune, kan være tilfælde, hvor en tilbudsgiver ved dom er dømt for et strafbart forhold, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed. I sådanne tilfælde vil kommunalbestyrelsen tillige kunne afvise udfordringstilbud fra den pågældende. Det samme gør sig gældende, hvis tilbudsgivers virksomhed er under konkursbehandling eller begæret taget under konkursbehandling, hvis tilbudsgivers virksomhed er gået i betalingsstandsning, eller der er åbnet forhandlinger om tvangsakkord, eller hvis tilbudsgiver har indgivet begæring om gældssanering.

Det er tilbudsgiver, som på kommunens anmodning skal fremlægge dokumentation, der sandsynliggør, at tilbudsgiver har den fornødne tekniske, finansielle, økonomiske og personlige formåen. Undlader tilbudsgiver at fremlægge den ønskede dokumentation, vil kommunalbestyrelsen kunne afvise det pågældende udfordringstilbud.

5.1.4. Tilbudet forekommer at være unormalt lavt i forhold til ydelsen

Kommunalbestyrelsen kan efter den kommunale styrelseslovs § 62 b, stk. 1, nr. 6, afvise et privat udfordringstilbud, hvis det indkomne tilbud forekommer at være unormalt lavt i forhold til ydelsen.

EU-udbudsdirektiverne indeholder en tilsvarende regel om, at den ordregivende myndighed under visse betingelser kan afvise bud vedrørende en bestemt aftale, hvis budet forekommer at være unormalt lavt i forhold til ydelsen. Ved den nærmere fastlæggelse af bestemmelsens indhold kan der derfor søges vejledning i den praksis, der er udviklet efter udbudsdirektiverne.

Det bemærkes, at reglerne om behandling af udfordringstilbud i § 62 b er formuleret anderledes end eksempelvis tjenesteydelsesdirektivet (direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler), hvoraf det følger af artikel 37, at hvis den ordregivende myndighed finder, at et bud vedrørende en bestemt aftale forekommer at være unormalt lavt i forhold til ydelsen, skal myndigheden skriftligt anmode den pågældende om de oplysninger om budets sammensætning, som den finder relevant. Hvis ordren herefter tildeles på grundlag af det laveste bud, skal den ordregivende myndighed give Kommissionen meddelelse om afvisning af bud, som den har fundet for lave.

Der gælder ikke en tilsvarende forpligtelse efter reglerne om udfordringsret. Hvis en kommunalbestyrelse afviser et tilbud under henvisning til lovens § 62 b, stk. 1, nr. 6, fordi den finder, at tilbudet er unormalt lavt i forhold til ydelsen, har kommunalbestyrelsen dog pligt til at angive begrundelsen herfor over for tilbudsgiveren.

5.1.5. Tilbudet svarer til et tilbud, som kommunalbestyrelsen har behandlet inden for valgperioden

Den kommunale styrelseslovs § 62 b, stk. 1, nr. 7, indeholder en tidsmæssig spærreregulering, som indebærer, at kommunalbestyrelsen kan afvise tilbud, der svarer til et tilbud, som kommunalbestyrelsen inden for den pågældende valgperiode har behandlet efter reglerne i den kommunale styrelseslovs § 62 a om privates udfordringsret. I tilfælde, hvor kommunalbestyrelsen allerede har behandlet et tilbud, kan en tilbudsgiver således ikke kræve, at kommunalbestyrelsen inden for samme valgperiode foretager en fornyet sammenligning af et tilsvarende bud.

Det vil ikke være tilstrækkeligt, at kommunalbestyrelsen tidligere inden for samme valgperiode har afvist at behandle et tilsvarende privat udfordringstilbud. Kommunalbestyrelsen skal have foretaget en realitetsbehandling af tilbudet, dvs. kommunalbestyrelsen skal have foretaget en sammenligning af omkostningerne ved at antage det indkomne tilbud med omkostningerne ved kommunens egen opgaveudførelse, ligesom kommunalbestyrelsen skal have taget stilling til, at kommunen fortsat selv skal udføre den opgave, det private udfordringstilbud vedrører. Den tidligere behandling af det tilsvarende udfordringstilbud skal endvidere være foretaget af kommunalbestyrelsen og ikke af et af kommunens udvalg eller den kommunale administration.

Det er ikke en forudsætning, at tilbudene kommer fra samme tilbudsgiver. Omvendt kan bestemmelsen ikke anvendes, blot fordi to tilbud vedrører samme opgave. Det er tillige en

forudsætning, at tilbuddene også med hensyn til pris og udformning i det væsentlige svarer til hinanden.

Det bemærkes, at reglerne om privates udfordringstilbud træder i kraft den 1. januar 2003, hvilket indebærer, at kommunalbestyrelsen ikke vil kunne henvise til tilbud, som kommunalbestyrelsen har behandlet inden lovens ikrafttrædelsesdato.

5.1.6. Tilbudet omfatter en opgave, som kommunalbestyrelsen før tilbudets modtagelse har besluttet at sende i udbud

Det følger af den kommunale styrelseslovs § 62 b, stk. 1, nr. 8, at kommunalbestyrelsen ikke er forpligtet til at behandle et privat udfordringstilbud på udførelse af en kommunal opgave, hvis tilbudet omfatter en opgave, som kommunalbestyrelsen før tilbudets modtagelse har besluttet at sende i udbud.

Der skal være tale om, at kommunalbestyrelsen allerede på tidspunktet for modtagelsen af tilbudet har truffet beslutning om at udbyde den pågældende opgave. Det er således ikke tilstrækkeligt til at anvende bestemmelsen, at kommunalbestyrelsen eksempelvis i sin servicestrategi har angivet, at den påtænker at udbyde opgaven. Det er en betingelse, at kommunalbestyrelsen (eller et af kommunens udvalg eller kommunens administration) har truffet en bindende beslutning herom. Det er derimod ikke en betingelse, at udbudsproceduren på tidspunktet for modtagelsen af tilbudet allerede er iværksat, når blot der er truffet en bindende beslutning herom.

Et privat udfordringstilbud vil også kunne afvises i medfør af denne bestemmelse, hvis fristen for afgivelse af tilbud er udløbet, men kommunalbestyrelsen endnu ikke på baggrund af de indkomne tilbud har besluttet, hvem der fremover skal løse opgaven. Vælger kommunalbestyrelsen på baggrund af de indkomne tilbud i udbudsrunden, at opgaven fortsat skal løses af kommunen, vil private udfordringstilbud herefter ikke kunne afvises i medfør af denne bestemmelse. Vælger kommunalbestyrelsen på baggrund af de indkomne tilbud i udbudsrunden, at opgaven skal løses af en ekstern leverandør, vil private udfordringstilbud, der er modtaget forinden kommunalbestyrelsens beslutning herom, fortsat kunne afvises i medfør af denne bestemmelse. Private udfordringstilbud, der modtages efter kommunalbestyrelsens beslutning herom, vil i den situation slet ikke være omfattet af reglerne om udfordringsret, da der ikke er tale om tilbud på en opgave, kommunen udfører for sig selv, jf. afsnit 4.4.

Har kommunalbestyrelsen (eller et af kommunens udvalg eller kommunens administration) først efter tidspunktet for modtagelsen af tilbudet truffet en bindende beslutning om at sende den opgave, tilbudet omfatter, i udbud, vil det private udfordringstilbud ikke kunne afvises under henvisning hertil. Der vil dog ikke være noget til hinder for, at kommunalbestyrelsens stillingtagen til det private udfordringstilbud sker i sammenhæng med kommunalbestyrelsens stillingtagen til de indkomne tilbud i udbudsrunden, forudsat at udfordringstilbudet opfylder udbudsbetingelserne.

Det vil være tilstrækkeligt for at afvise tilbudet i sin helhed, at tilbudet delvis vedrører en opgave, kommunalbestyrelsen før tilbudets modtagelse har besluttet at sende i udbud.

5.1.7. Tilbudet omfatter en opgave, som afviger fra den opgaveafgrænsning, kommunalbestyrelsen har besluttet skal udgøre grundlaget for en stillingtagen til et privat udfordringstilbud

Kommunalbestyrelsen kan efter den kommunale styrelseslovs § 62 b, stk. 1, nr. 9, afvise et privat udfordringstilbud, hvis det indkomne tilbud omfatter en opgave, som afviger fra den opgaveafgrænsning, som kommunalbestyrelsen beslutter skal udgøre grundlaget for en stillingtagen til et privat udfordringstilbud.

Kommunalbestyrelsen kan beslutte, at en række forskellige kommunale opgaver har en sådan sammenhæng, at de skal varetages af samme leverandør. Som eksempel kan kommunalbestyrelsen beslutte, at snerydning af kommunens veje skal foretages af samme leverandør. Hvis kommunalbestyrelsen modtager et tilbud på snerydning, som alene angår en begrænset del af kommunens veje, mens kommunalbestyrelsen finder det hensigtsmæssigt, at snerydning af alle kommunens veje foretages af samme leverandør, kan kommunalbestyrelsen afvise tilbudet efter lovens § 62 b, stk. 1, nr. 9.

Kommunalbestyrelsen kan endvidere beslutte, at der er en sådan naturlig sammenhæng mellem en driftsopgave og en myndighedsopgave, at opgaven skal udføres af samme leverandør. Henset til, at myndighedsopgaven ikke kan udføres af en privat, indebærer den nævnte afgrænsning, at opgaverne ikke kan udføres af en privat.

Endelig kan kommunalbestyrelsen også beslutte, at de kommunale opgaver, et privat udfordringstilbud vedrører, skal adskilles og splittes op i forskellige udbud og udføres af hver sin leverandør. Kommunalbestyrelsens beslutning om at sammenkæde eller adskille forskellige opgaver forudsætter, at den øvrige lovgivning ikke er til hinder for en sådan sammenkædning henholdsvis adskillelse.

Kommunalbestyrelsens beslutning om opgaveafgrænsning kan træffes både før modtagelsen af det private tilbud og i forbindelse med behandlingen af dette. Med henblik på at sikre den pågældende tilbudsgivers mulighed for at tilpasse sit tilbud til kommunalbestyrelsens beslutning, bestemmes det i 2. pkt., at kommunalbestyrelsen i de omhandlede tilfælde skal oplyse tilbudsgiver om den valgte afgrænsning af opgavens indhold over for tilbudsgiver, når kommunalbestyrelsen afviser det private udfordringstilbud.

Der må tilkomme kommunalbestyrelsen et vidt skøn i vurderingen af, om forskellige opgaver skal udføres af samme eller forskellige opgaveudførere. Kommunalbestyrelsens beslutning om at sammenkæde eller adskille forskellige opgaver må ikke være usaglige. Det gælder både, hvor der er tale om sammenkædning af forskellige driftsopgaver, og hvor der er tale om eksempelvis sammenkædning af driftsopgaver med myndighedsopgaver. En kommunalbestyrelse kan derfor kun afvise at foretage en behandling af det private tilbud efter § 62 a, såfremt kommunalbestyrelsen har en saglig begrundelse for at ønske, at den pågældende opgave skal afgrænses anderledes end gjort i tilbudet. Dette vil naturligvis ikke være tilfældet, hvor den anderledes afgrænsning er begrundet i et ønske om at undgå at få belyst omkostningerne ved kommunens egen opgaveudførelse.

6. Kommunalbestyrelsens stillingtagen til et privat udfordringstilbud

Hvis et privat udfordringstilbud er omfattet af den kommunale styrelseslovs regler om udfordringsret, jf. afsnit 4, og det pågældende udfordringstilbud ikke afvises, jf. afsnit 5, er

kommunalbestyrelsen forpligtet til at foretage en sammenligning af omkostningerne ved kommunens egen opgaveudførelse og omkostningerne ved at antage det private tilbud, jf. afsnit 6.1., ligesom kommunalbestyrelsen er forpligtet til at træffe beslutning om, hvorvidt opgaven fortsat skal udføres af kommunen, jf. afsnit 6.2.

6.1. Sammenligning af omkostningerne ved kommunens egen opgaveudførelse og omkostningerne ved at antage det private tilbud

6.1.1. Opgørelsen af omkostningerne ved kommunens egen opgaveudførelse

Når kommunalbestyrelsen i medfør af den kommunale styrelseslovs § 62 a, stk. 2, skal beregne omkostningerne ved kommunens egen opgaveudførelse, skal kommunalbestyrelsen foretage et skøn over de omkostninger, kommunen har med at udføre den opgave, som det indkomne tilbud omfatter. Det er alene de samlede omkostninger, kommunalbestyrelsen har pligt til at beregne. Bestemmelsen indebærer således ikke en forpligtelse for kommunalbestyrelsen til at specificere de enkelte udgiftsposter.

Kommunalbestyrelsen skal foretage et skøn over kommunens samlede omkostninger og i den forbindelse udføre rimelige og sædvanlige bestræbelser på at angive omkostningerne ved kommunens opgaveudførelse. Der er ingen pligt til at foretage en prissammenligning med en detaljeringsgrad, der svarer til den, der kendetegner et offentligt udbud. Det er derfor ikke i omkostningskalkulationen nødvendigt at foretage en beskrivelse af kommunens egen opgaveudførelse, der er så præcis, at den vil kunne danne grundlag for en kontrakt med den private tilbudsgiver. Der er heller ikke pligt til at få foretaget en ekstern kontrol af kommunens omkostningsberegning.

Sigtet med omkostningsberegningen er således alene at give kommunalbestyrelsen et godt og informeret grundlag for at vurdere, om det private tilbud er mere økonomisk fordelagtigt end kommunens egen opgaveudførelse, og ikke at give kommunalbestyrelsen grundlag for at træffe beslutning om indgåelse af en kontrakt med den private tilbudsgiver.

Indenrigs- og Sundhedsministeriet vil i tilknytning til den igangværende omlægning af Budget- og regnskabssystem for kommuner og amtskommuner udarbejde en generel vejledning for omkostningskalkulationer. Vejledningen optrykkes som et nyt kapitel til Budget- og regnskabssystem for kommuner og amtskommuner. Vejledningen har til hensigt i tilknytning til de autoriserede regler for udarbejdelsen af kommunale budgetter og regnskaber at tilvejebringe et generelt grundlag for kommunernes udarbejdelse af omkostningskalkulationer, herunder at bidrage med praktiske anvisninger til udarbejdelsen af omkostningskalkulationer. Vejledningen vil bl.a. indeholde en beskrivelse af, hvilke typer omkostninger der som udgangspunkt bør indgå i kalkulationen. Derudover vil vejledningen indeholde et generelt hjælpeskema til brug for opgørelsen af omkostninger med henblik på at medvirke til at standardisere og dermed forenkle de administrative procedurer for udarbejdelsen af omkostningskalkulationer.

Det bemærkes, at en kommunalbestyrelse ikke i medfør af reglerne om udfordringsret i lovens §§ 62 a og b er forpligtet til at foretage en kvalitetsmæssig sammenligning af det private tilbud med kommunens opgaveudførelse. En sådan sammenligning kan dog være naturlig, hvis omkostningssammenligningen viser, at der kan være grund til at overveje det private tilbud nærmere, jf. nærmere afsnit 6.2.1. Det er imidlertid helt op til den enkelte kommunalbestyrelse. Hvor sammenligningen af omkostningerne derimod ikke peger i retning

af, at det private tilbud er mest fordelagtigt, kan kommunalbestyrelsen afslutte behandlingen af tilbudet efter alene at have foretaget den nævnte prissammenligning.

6.1.2. Opgørelsen af omkostningerne ved at antage det private tilbud

Ved beregningen af kommunens omkostninger ved at antage det private tilbud skal kommunalbestyrelsen i almindelighed lægge den pris til grund, der er angivet i det bindende tilbud fra den private tilbudsgiver.

Herudover kan kommunalbestyrelsen indregne de eventuelle midlertidige følgeomkostninger, som kommunen fortsat vil have, selvom den pågældende opgave udføres af en privat leverandør. Det kan eksempelvis være leje af lokaler eller maskiner, som først kan opsiges efter en vis periode og løn til personale i en opsigelsesperiode. Kommunen kan endvidere få nye omkostninger, som følge af, at kommunen ikke længere udfører den pågældende opgave, men får den udført af en privat. Som eksempel herpå kan nævnes tilsyn og kontrol med den private leverandør.

6.2. Kommunalbestyrelsens beslutningsmuligheder på baggrund af den foretagne sammenligning

Når en kommune har modtaget et privat udfordringstilbud, der er omfattet af den kommunale styrelseslovs regler om udfordringsret, jf. afsnit 4, og det ikke er blevet afvist, jf. afsnit 5, og når kommunalbestyrelsen har foretaget den krævede sammenligning af omkostningerne ved kommunens egen opgaveudførelse og omkostningerne ved at antage det private tilbud, jf. afsnit 6.1., skal kommunalbestyrelsen træffe beslutning om, hvorvidt opgaven fortsat skal udføres af kommunen, jf. den kommunale styrelseslovs § 62 a, stk. 1, 1. pkt.

6.2.1. Skal opgaven fortsat udføres af kommunen eller af en ekstern kontraktspart?

Den kommunale styrelseslovs regler om privates udfordringsret regulerer ikke resultatet af kommunalbestyrelsens behandling af det private tilbud. Kommunalbestyrelsen er således ikke ved sin beslutning om, hvorvidt opgaven fortsat skal udføres af kommunen eller af en ekstern kontraktspart, efter den kommunale styrelseslov forpligtet til at træffe nogen bestemt beslutning på baggrund af sammenligningen af omkostningerne ved at antage det private tilbud og omkostningerne ved kommunens egen opgaveudførelse. Dette gælder, uanset om det private tilbud fører til en bedre og billigere opgavevaretagelse end den kommunale opgavevaretagelse.

Anden lovgivning kan derimod være til hinder for, at kommunalbestyrelsen kan vælge en ekstern privat kontraktspart. Det er tilfældet, hvor det er fastsat eller forudsat i den øvrige lovgivning, at den omhandlede opgave skal varetages af den pågældende offentlige myndighed selv og ikke kan overlades til private. Der henvises herom til afsnit 5.1.2.

Hvis kommunalbestyrelsen efter den øvrige lovgivning er berettiget til at vælge en ekstern kontraktspart, må kommunalbestyrelsen på grundlag af den foretagne sammenligning træffe beslutning herom. Kommunalbestyrelsens beslutning om, hvorvidt kommunen som følge af et privat udfordringstilbud skal fortsætte med at udføre opgaven selv, er undergivet almindelige forvaltningsretlige principper om saglig forvaltning.

Der ligger ikke i kommunalbestyrelsens forpligtelse til at sammenligne omkostningerne ved at antage det indkomne tilbud med omkostningerne ved kommunens egen udførelse af opgaven nogen indskrænkning i de hensyn, som kommunalbestyrelsen kan inddrage i vurderingen af, om kommunen vil fortsætte med at udføre opgaven selv eller vælge en ekstern kontraktspart.

Også andre kriterier end prisen vil således kunne inddrages af kommunalbestyrelsen, når blot de pågældende kriterier er saglige i forhold til opgavens art. Det kan f.eks. være kriterier om kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, miljø- og arbejdsmiljøforhold, teknisk bistand, service og leveringsdato. Det vil derimod ikke være lovligt for en kommunalbestyrelse ved afgørelsen af, om der skal vælges en ekstern leverandør af en vare eller tjenesteydelse at lægge vægt på eksempelvis venskabelige forbindelser m.v.

I øvrigt må der tilkomme kommunalbestyrelsen ganske vide retlige rammer i vurderingen af, om kommunen fortsat skal udføre opgaven selv, eller om opgaven skal udføres af andre. Beslutningen kan eksempelvis være begrundet i, at kommunalbestyrelsen ønsker en længere kontraktperiode end den kontraktperiode, tilbudet indeholder.

6.2.2. Kan kommunalbestyrelsen, hvis den har besluttet, at opgaven skal udføres af en ekstern kontraktspart, antage det private tilbud eller er den forpligtet til at udbyde opgaven?

Den kommunale styrelseslovs regler om privates udfordringsret regulerer ikke, om kommunalbestyrelsen har mulighed for at indgå aftale med den pågældende tilbudsgiver om varetagelse af den omhandlede opgave, eller om dette i givet fald skal ske på baggrund af et udbud. Det må således afgøres på baggrund af lovgivningens øvrige regler. Når en kommunalbestyrelse modtager et udfordringstilbud, vil kommunalbestyrelsens eventuelle valg af en ekstern kontraktspartner således være undergivet de almindelige konkurrence- og udbudsretlige regler, herunder EU-udbudsdirektiverne, lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren og konkurrenceloven.

Hvis kommunalbestyrelsen efter den øvrige lovgivning er berettiget til at vælge mellem, om kommunalbestyrelsen skal antage det private tilbud eller sende opgaven i udbud, må kommunalbestyrelsen træffe beslutning herom. Det er således en forudsætning, at anden lovgivning ikke er til hinder herfor.

6.2.2.1. Udbudspligt efter EU-udbudsdirektiverne

Efter EU-udbudsdirektiverne er der pligt til udbud efter direktivernes nærmere regler herom, hvis en kommune vil have opgaver, som omfattes af direktivernes udbudspligt, og som overstiger de i direktiverne fastsatte tærskelværdier, udført af en ekstern leverandør.

Reglerne om EU-udbud er fastsat i

- Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (bygge- og anlægskontraktivet), som ændret ved Europaparlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 og Kommissionens direktiv nr. 2001/78/EF af 13. september 2001 om anvendelse af standardformularer ved offentliggørelse af bekendtgørelser om offentlige kontrakter, jf. bekendtgørelse nr. 649 af 30. juli 2002.

- Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (vareindkøbsdirektivet), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 97/52/EF af 13. oktober 1997 og Kommissionens direktiv nr. 2001/78/EF af 13. september 2001 om anvendelse af standardformularer ved offentliggørelse af bekendtgørelser om offentlige kontrakter, jf. bekendtgørelse nr. 650 af 30. juli 2002.
- Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (tjenesteydelsesdirektivet), som ændret ved Europaparlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 og Kommissionens direktiv nr. 2001/78/EF af 13. september 2001 om anvendelse af standardformularer ved offentliggørelse af bekendtgørelser om offentlige kontrakter, jf. bekendtgørelse nr. 651 af 30. juli 2002.
- Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (forsyningsvirksomhedsdirektivet), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 98/4/EF af 16. februar 1998 og Kommissionens direktiv nr. 2001/78/EF af 13. september 2001 om anvendelse af standardformularer ved offentliggørelse af bekendtgørelser om offentlige kontrakter, jf. bekendtgørelse nr. 652 af 30. juli 2002.

Direktiverne indeholder nærmere regler om tærskelværdier, dvs. den beløbsmæssige grænse for, hvornår en opgave skal udbydes i EU.

Det bemærkes, at en opdeling af opgaver med det formål at få opgavens værdi bragt under tærskelværdien ikke vil være lovlig.

6.2.2.2. Lovgivningens regler om pligt til at skabe konkurrence

Er der tale om en ydelse, der ikke er udbudspligtig efter EU-udbudsdirektiverne, skal kommunalbestyrelsen ved sit eventuelle valg af en ekstern kontraktspart for bygge- og anlægsopgaver følge reglerne i lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (lov nr. 450 af 7. juni 2001) og i bekendtgørelse om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002), herunder det almindelige princip i tilbudslovens § 5, stk. 1, hvorefter en offentlig bygherre skal udnytte de muligheder, der findes for at skabe tilstrækkelig konkurrence om udførelse eller projektering og udførelse af offentlige bygge- og anlægsopgaver. Der findes i tilbudsloven tre forskellige former for indgåelse af kontrakter: offentlig licitation, begrænset licitation og underhåndsbud. For en nærmere beskrivelse af tilbudsreglerne henvises til vejledning om tilbudsloven og tilbuds bekendtgørelsen, som kan findes på Konkurrencestyrelsens hjemmeside (www.ks.dk).

For øvrige ydelser, dvs. køb af varer eller tjenesteydelser under tærskelværdierne for EU-udbud eller køb af de tjenesteydelser, der efter udbudsreglerne ikke skal udbydes i EU gælder alene Traktatens regler om gennemsigtighed, ligebehandling og ikke-diskrimination. Disse krav kan bl.a. imødekommes ved, at den udfordrede myndighed offentliggør hensigten om eventuelt at antage det private tilbud og herved åbner for konkurrence om løsning af opgaven. I mange tilfælde vil det således være bedst stemmende med principperne om fri og lige konkurrence, at myndigheden, der modtager et udfordringstilbud, så vidt muligt skaber

konkurrence om opgaven, f.eks. ved at foretage et forenklet udbud. Udbudet skal tilrettelægges sådan, at det private udfordringstilbud ikke begunstiges konkurrencemæssigt.

6.2.2.3. Konkurrencereglernes forbud mod konkurrenceforvridende adfærd

Aftaler mv. mellem virksomheder og institutioner, som omfatter økonomiske aktiviteter, skal overholde reglerne i konkurrenceloven og de tilsvarende regler i EF-traktaten. Det gælder også aftaler, hvor kommuner er aftalepart.

Konkurrencelovens formål er at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence, jf. lovens § 1. Loven omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed samt støtte ved hjælp af offentlige midler til erhvervsvirksomhed, jf. § 2. Erhvervsvirksomhed skal i den forbindelse forstås bredt. Det har således som udgangspunkt ikke betydning, under hvilken form den pågældende virksomhed udøves. Konkurrenceloven gælder dog ikke, hvis konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivningen, jf. § 2, stk. 2.

Konkurrenceloven bygger på et forbudsprincip, således at konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af en dominerende stilling er forbudt, jf. §§ 6 og 11. Efter lovens § 6 må virksomheder mv. ikke indgå aftaler, der begrænser konkurrencen, hvis kommunens og leverandørens samlede omsætning er over tærsklen i konkurrencelovens § 7. Heraf følger f.eks., at kontraktens varighed ikke må være unødigt lang. Udgangspunktet er her en periode på 3-5 år, men i konkrete situationer kan perioden dog udvides, f.eks. under hensyntagen til afskrivning af større investeringer.

Efter lovens § 11 er det tillige forbudt at misbruge en dominerende stilling. Hvis kommunen indtager en dominerende stilling som køber på det relevante marked, vil misbrug af en sådan markedsposition være forbudt efter konkurrencelovens § 11. Et sådant misbrug kunne bestå i, at der sker en klar forskelsbehandling af aktuelle og potentielle leverandører.

EF-traktatens konkurrenceregler der nøje svarer til reglerne i den danske konkurrencelov omfatter også danske virksomheder, institutioner og kommuner, såfremt deres aftaler eller adfærd har virkning på handlen mellem medlemsstaterne. Efter EF-traktatens artikel 81 er det således forbudt for virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at indgå aftaler mv., der kan påvirke handlen mellem medlemsstater og medføre en konkurrencebegrænsning inden for Fællesmarkedet.

Endvidere forbyder Traktatens artikel 82, at en eller flere virksomheder misbruger en dominerende stilling på Fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, hvis det kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater.

Om en aftale eller markedsadfærd i øvrigt påvirker handlen over grænserne, vil bero på en konkret vurdering. Der behøver ikke være nogen grænseoverskridende transaktioner indblandet. Det vil efter omstændighederne være tilstrækkeligt, at en aftale er egnet til at have samhandelspåvirkning, f.eks. således at den kan gøre det sværere for udenlandske virksomheder at trænge ind på det nationale marked.

6.3. Rettigheder og pligter i forbindelse med en aftale med en ekstern kontraktspart

Såfremt kommunalbestyrelsen beslutter at antage det private tilbud eller en anden ekstern kontraktspart, jf. afsnit 6.2., må opmærksomheden henledes på, at den kommunale styrelseslovs regler om udfordringsret ikke regulerer det aftale- og formueretlige forhold mellem kommunalbestyrelsen og tilbudsgiveren. Reglerne regulerer endvidere ikke de rettigheder og pligter, som kommunalbestyrelsen og tilbudsgiveren i forbindelse med indgåelsen af en aftale i øvrigt måtte have over for tredjemand, herunder medarbejdere ved kommunen og den pågældende virksomhed. Disse rettigheder og pligter må således som hidtil fastlægges på grundlag af lovgivningens generelle regler.

6.3.1. Personalemæssige forhold

Ved valg af ekstern kontraktspart til udførelse af kommunale opgaver kan kommunen have en række forpligtelser i forhold til personalet i medfør af lovgivning på arbejdsmarkedsområdet samt overenskomster m.v.

Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse (lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002), som gennemfører Rådets direktiv 98/50/EF af 29. juni 1998 om ændring af direktiv 77/187/EØF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstageres rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, fastlægger lønmodtagernes retsstilling, når en virksomhed eller dele heraf overdrages.

Som udgangspunkt vil det resultere i en virksomhedsoverdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand, hvis kommunalbestyrelsen vælger at få en ekstern kontraktspart til at udføre en kommunal opgave. Ved overdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand forstås tilfælde, hvor der som led i et kontraktsforhold sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som af den grund påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden, forudsat at virksomheden efter overførelsen har bevaret sin identitet.

Efter § 2, stk. 1, i virksomhedsoverdragelsesloven, indtræder erhververen d.v.s. den private eller kommunale tilbudsgiver med hvem der er indgået aftale om udførelsen af en opgave umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overdragelsestidspunktet i henhold til kollektiv overenskomst og aftale, bestemmelser om løn- og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed og individuel aftale om løn- og arbejdsforhold.

Virksomhedsoverdragelsesloven §§ 5-6 indeholder endvidere bestemmelser om, hvilke underretnings- og forhandlingsforpligtelser den, der overdrager en virksomhed, har over for lønmodtagerne.

For så vidt angår tjenestemænd, følger det af tjenestemandregulativ af 1991 for Kommunernes Landsforenings forhandlingsområde og tjenestemandregulativ for amtskommuner af september 1994, at en tjenestemand inden for sit ansættelsesområde har pligt til at underkaste sig sådanne forandringer i pågældendes tjenesteforretningers omfang og beskaffenhed, der ikke ændrer tjenestens karakter, og som ikke medfører, at stillingen ikke længere kan anses for passende for den pågældende. I samme omfang kan det pålægges den pågældende at overtage en anden stilling. Tilsvarende regler gælder for tjenestemænd ansat i Københavns Kommune og Frederiksberg Kommune.

Af andre love, som kan være relevante for personalets retsstilling, når kommunalbestyrelsen beslutter at få en ekstern kontraktspart til at udføre en kommunal opgave, kan nævnes lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov mv. og lov om arbejdsløshedsforsikring, lov om varsling i forbindelse med afskedigelser i større omfang mv. Reglerne har bl.a. til formål at beskytte personalet eller bestemte personalegrupper i en afskedigelsessituation.

Det bemærkes, at det kan følge af lovgivning på arbejdsmarkedsområdet samt overenskomster m.v., at der skal ske en inddragelse af personalet. Endvidere følger det af § 2, stk. 2, punkt 5, i bekendtgørelse om servicestrategi og opfølgingsredegørelse, at kommunalbestyrelsens udbudspolitik skal indeholde en beskrivelse af kommunens principper for, hvordan personalet inddrages.

7. Kommunalbestyrelsens behandling af private tilbud

7.1. Delegation inden for den kommunale organisation

"§ 62 a. Når en privat afgiver et konkret tilbud på udførelse af en opgave, som kommunen udfører for sig selv, skal kommunalbestyrelsen træffe beslutning om, hvorvidt opgaven fortsat skal udføres af kommunen.

§ 62 b, stk. 2. Afgørelser efter stk. 1, nr. 1-8, kan træffes af kommunens administration, et stående udvalg eller økonomiudvalget. Tilsvarende gælder afgørelser efter stk. 1, nr. 9, hvis tilbudet svarer til et tilbud, som kommunalbestyrelsen inden for den pågældende valgperiode har behandlet efter stk. 1, nr. 9."

Der er som udgangspunkt fri adgang til delegation inden for den kommunale organisation. Kommunalbestyrelsen har således som udgangspunkt mulighed for at delegere udøvelsen af sin kompetence til økonomiudvalget, et stående udvalg eller til den kommunale administration, selvom kommunalbestyrelsen er angivet som det kompetente organ i lovgivningen. Det kan dog være fastsat eller forudsat i lovgivningen, at kommunalbestyrelsen er afskåret fra at overlade udøvelsen af sin kompetence til udvalg og den kommunale administration. Når kommunalbestyrelsen i den kommunale styrelseslov er angivet som det kompetente organ, indebærer det, at kommunalbestyrelsen er afskåret fra at overlade udøvelsen af sin kompetence til udvalg og den kommunale administration.

Den under pkt. 4 beskrevne vurdering af, hvorvidt et tilbud er omfattet af reglerne om privates udfordringsret, herunder om tilbudet er afgivet af en privat, kan foretages af udvalg eller den kommunale administration inden for de af kommunalbestyrelsen eventuelt fastsatte rammer herfor.

Såfremt tilbudet er omfattet af reglerne om privates udfordringstilbud, skal der tages stilling til, om tilbudet skal behandles efter § 62 a, eller om det eventuelt kan afvises med hjemmel i § 62 b.

Det følger af den kommunale styrelseslovs § 62 b, stk. 2, at de i stk. 1, nr. 1-8, nævnte afgørelser om afvisning af privates udfordringstilbud kan træffes af administrationen, et af kommunens stående udvalg eller økonomiudvalget.

Afgørelser efter § 62 b, stk. 1, nr. 9, om afvisning af privates udfordringstilbud, der omfatter en opgave, som afviger fra den opgaveafgrænsning, kommunalbestyrelsen har besluttet skal udgøre grundlaget for en stillingtagen til et privat udfordringstilbud, skal træffes af kommunalbestyrelsen. Afgørelser efter § 62 b, stk. 1, nr. 9, vil således ikke kunne overlades til administrationen, økonomiudvalget eller et af de stående udvalg, medmindre der er tale om et tilbud, der svarer til et tilbud, som kommunalbestyrelsen inden for den pågældende valgperiode har behandlet efter stk. 1, nr. 9, og afvist under henvisning til, at tilbudet afviger fra den opgaveafgrænsning, kommunalbestyrelsen har besluttet skal udgøre grundlaget for en stillingtagen til et privat udfordringstilbud.

Hvis tilbudet ikke kan afvises under henvisning til § 62 b, skal tilbudet behandles efter § 62 a, hvoraf det fremgår, at kommunalbestyrelsen skal træffe beslutning om, hvorvidt den omhandlede opgave fortsat skal udføres af kommunen. Bestemmelsen indebærer således et delegationsforbud, hvorfor det kun er kommunalbestyrelsen, som kan træffe beslutning om, hvorvidt opgaven fortsat skal udføres af kommunen eller af en ekstern kontraktspart, jf. afsnit 6.2.1. Kommunens udvalg eller kommunens administration kan ikke træffe denne beslutning.

Kommunalbestyrelsens afgørelser efter § 62 b, stk. 1, nr. 9, og kommunalbestyrelsens afgørelser efter § 62 a om, hvorvidt opgaven fortsat skal udføres af kommunen, skal dog i overensstemmelse med almindelige kommunalretlige grundsætninger som udgangspunkt forberedes ved udvalgsbehandling.

Beslutter kommunalbestyrelsen, at opgaven fremover ikke skal udføres af kommunen, kan beslutningen om, hvorvidt der skal ske udbud eller det private tilbud skal antages, delegeres til et af kommunens udvalg eller til den kommunale administration.

7.2. Krav til sagsbehandlingen, herunder forholdet til forvaltningsloven

"§ 62 a, stk. 1. .
Kommunalbestyrelsen skal underrette den private tilbudsgiver om kommunalbestyrelsens beslutning og ledsage denne med en begrundelse, hvis kommunalbestyrelsen ikke antager tilbudet."

Forvaltningslovens bestemmelser om partsbeføjelser gælder for behandlingen af alle sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en offentlig forvaltningsmyndighed, herunder en kommune. Kommunalbestyrelsens behandling af en henvendelse, der ikke er omfattet af reglerne om udfordringsret, må betragtes som faktisk forvaltningsvirksomhed.

Kommunalbestyrelsen er derfor ikke forpligtet til at overholde forvaltningslovens regler om

partshøring, begrundelse mv. Kommunalbestyrelsen skal dog overholde god forvaltningsskik. Det vil i et vist omfang efter princippet om god forvaltningsskik være naturligt at orientere private om, at deres konkrete tilbud ikke er omfattet af reglerne om udfordringsret.

Hvis en kommunalbestyrelse med hjemmel i den kommunale styrelseslovs § 62 b, stk. 1, træffer afgørelse om at afvise at foretage realitetsbehandling af et privat udfordringstilbud, har denne sag karakter af en afgørelsessag, og sagen er underlagt reglerne i forvaltningsloven. Det indebærer, at kommunalbestyrelsen skal overholde forvaltningslovens bestemmelser i forhold til tilbudsgiveren, som er part i sagen. Kommunalbestyrelsen skal således blandt andet overholde forvaltningslovens bestemmelser om partsaktindsigt, partshøring og begrundelsespligt. Kommunalbestyrelsen skal endvidere overholde undersøgelsesprincippet, hvorfor kommunalbestyrelsen er ansvarlig for, at der foreligger de fornødne oplysninger til at træffe afgørelse i sagen.

En parts ret til aktindsigt omfatter med de undtagelser, der er nævnt i forvaltningslovens §§ 12-15, alle dokumenter, der vedrører sagen, herunder genpart af de skrivelser, der er udgået fra myndigheden, når skrivelserne må antages at være kommet frem til adressaten.

Det følger videre af forvaltningslovens § 19, at hvis en part i en sag ikke kan antages at være bekendt med, at myndigheden er i besiddelse af bestemte oplysninger om sagens faktiske omstændigheder, må der ikke træffes afgørelse, før myndigheden har gjort parten bekendt med oplysningerne og givet denne lejlighed til at fremkomme med en udtalelse. Det gælder dog kun, hvis oplysningerne er til ugunst for den pågældende part og er af væsentlig betydning for sagens afgørelse.

Endelig følger det af forvaltningslovens § 22, at hvis kommunalbestyrelsen skriftligt afviser den private tilbud, skal afgørelsen ledsages af en begrundelse. I henhold til forvaltningslovens § 24 skal begrundelsen for afgørelsen indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet. Hvis afgørelsen beror på et skøn, skal begrundelsen tillige indeholde en beskrivelse af de hovedhensyn, der har været bestemmende for skønsudøvelsen. Begrundelsen skal endvidere om fornødent indeholde en kort redegørelse for de oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, som kommunalbestyrelsen har tillagt væsentlig betydning for afgørelsen.

Kommunalbestyrelsens beslutning om, hvorvidt den vil fortsætte med selv at udføre den pågældende opgave, har karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed. Hvis kommunalbestyrelsen finder, at den ikke ønsker at antage tilbudet, er der således ikke tale om, at kommunalbestyrelsen træffer en afgørelse om afvisning over for den pågældende. Kommunalbestyrelsen er derfor ikke forpligtet til at overholde forvaltningslovens regler om partshøring, begrundelse mv. Det følger dog af § 62 a, stk. 1, at kommunalbestyrelsen skal underrette den private tilbudsgiver om kommunalbestyrelsens beslutning og ledsage denne af en begrundelse, hvis kommunalbestyrelsen ikke antager tilbudet. Hvor det er kommunalbestyrelsens politiske ønske om ikke at udlicitere den pågældende opgave, som har ført til afslaget, vil en kort bemærkning herom opfylde begrundelseskravet.

Beslutter kommunalbestyrelsen, at opgaven skal sendes i udbud, skal dette fremgå af underretningen til den private tilbudsgiver med angivelse af, om der påtænkes begrænset udbud og den private tilbudsgiver derfor skal ansøge om prækvalifikation i lighed med andre interesserede leverandører.

8. Reglerne om offentlighed

8.1. Offentlighed i oplysninger om kommunens egen opgaveudførelse

En privat tilbudsgiver vil i det omfang, det følger af offentlighedslovens regler om aktindsigt, kunne få aktindsigt i foreliggende dokumenter i kommunen med oplysninger om kommunens egen opgaveudførelse.

Den kommunale styrelseslovs §§ 62 a og b pålægger herudover ikke kommunalbestyrelsen nogen specifik pligt til på foranledning af en potentiel tilbudsgiver at tilvejebringe og udlevere detaljerede oplysninger om omfanget og arten af kommunens egen opgaveudførelse. Oplysninger herom kan imidlertid efter omstændighederne have praktisk betydning for potentielle tilbudsgiveres mulighed for at udforme attraktive tilbud til kommunen. Loven bygger således på den generelle forudsætning, at en kommunalbestyrelse i overensstemmelse med god forvaltningsskik i et rimeligt omfang vil besvare velbegrundede og ikke overdrevent byrdefulde forespørgsler om kommunens egen opgaveudførelse fra en potentiel tilbudsgiver, der har et sagligt behov for de pågældende oplysninger med henblik på at kunne udnytte sin udfordringsret efter bestemmelsen.

8.2. Offentlighed i oplysninger om kommunens behandling af et privat udfordringstilbud

Det følger af offentlighedslovens § 4, stk. 1, at enhver med de undtagelser, der er nævnt i offentlighedslovens §§ 7-14, kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Dokumenter, der indgår i kommunens behandling af et udfordringstilbud, som en privat afgiver på løsningen af en konkret opgave for en kommune, vil derfor som udgangspunkt være undergivet aktindsigt efter offentlighedsloven.

Efter offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, omfatter retten til aktindsigt dog ikke oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold eller lignende for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningen angår, at begæringen om aktindsigt ikke imødekommes. Bestemmelsen er kun anvendelig, hvis indrømmelse af aktindsigt efter et konkret skøn må antages at indebære en nærliggende risiko for, at der blandt andet af konkurrencemæssige grunde påføres den pågældende person eller virksomhed et økonomisk tab af væsentlig betydning.

Bestemmelsen indebærer, at kommunen kan undtage de pågældende oplysninger i tilbudet fra aktindsigt, såfremt den privates udfordringstilbud indeholder oplysninger af den nævnte art, og kommunen finder det godtgjort, at der er en nærliggende risiko for, at tilbudsgivers konkurrenceevne vil blive skadet, hvis oplysningerne offentliggøres. Det tilføjes, at kommunen har pligt til at anlægge en konkret vurdering af risikoen for skadevirkninger ved oplysningernes offentliggørelse, og at spørgsmålet om, hvorvidt oplysninger i et udfordringstilbud er undergivet offentlighed, således ikke vil kunne besvares abstrakt. En almindelig henvisning til, at offentliggørelse af tilbudet skader konkurrenceevnen, vil ikke være tilstrækkelig. I tilfælde, hvor der kan være begrundet tvivl om, hvorvidt en begæring om aktindsigt bør afslås efter bestemmelsen i § 12, stk. 1, nr. 2, vil det være nærliggende at indhente en udtalelse fra den, oplysningen vedrører, for at få belyst risikoen for, at aktindsigt

vil påføre virksomheden tab. En sådan udtalelse er ikke bindende for myndigheden, der må træffe afgørelse ud fra en selvstændig afvejning.

Retten til aktindsigt kan herudover begrænses i det omfang, det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til det offentliges egne økonomiske interesser, jf. offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5. Afgørelsen af, om en oplysning skal undtages fra aktindsigt efter denne bestemmelse, beror på en konkret vurdering af de hensyn, der taler herfor. Endvidere skal der være tale om en nærliggende risiko for, at det offentliges økonomi lider skade af betydning.

Også denne bestemmelse vil efter omstændighederne kunne begrunde, at tilbudet eller dele heraf tilbageholdes. Det hænger sammen med, at offentliggørelse af oplysningerne i tilbudet vil kunne tænkes at afholde potentielle tilbudsgivere fra at fremkomme med tilbud, hvilket vil kunne være skadeligt for kommunens økonomi. Det skal imidlertid understreges, at kommunen har pligt til at anlægge en konkret vurdering af den nævnte risiko, og at det er op til kommunen at godtgøre, at risikoen er til stede i den enkelte sag. En generel henvisning til ønskeligheden af at kunne garantere fortrolighed omkring indholdet af et udfordringstilbud vil således ikke opfylde kravet om konkretisering af den økonomiske tabsrisiko for kommunen.

Der henvises til Justitsministeriets vejledning om offentlighedsloven (vejledning nr. 11687 af 3. november 1986).

8.3. Skal kommunalbestyrelsen behandle et privat udfordringstilbud for åbne eller lukkede døre?

Den kommunale styrelseslovs §§ 62 a og b regulerer ikke, i hvilket omfang kommunalbestyrelsen kan behandle sager om privates udfordringsret for lukkede døre. Dette skal derfor afgøres efter de almindelige regler herom i § 10 i den kommunale styrelseslov.

Efter denne bestemmelse er kommunalbestyrelsens møder offentlige, idet kommunalbestyrelsen dog kan beslutte, at en sag skal behandles for lukkede døre, når dette findes nødvendigt på grund af sagens beskaffenhed.

Adgangen til at behandle sager for lukkede døre har undtagelsens karakter. En sag kan således ikke behandles for lukkede døre, alene fordi kommunalbestyrelsen anser det for hensigtsmæssigt, ligesom hensynet til at opnå en fri og åben debat ikke kan begrunde dørlukning.

Sager, der kan begrunde dørlukning, er sådanne, hvor der ved sagens behandling vil blive eller forventes at blive fremdraget fortrolige oplysninger.

Efter forvaltningslovens § 27, stk. 1, jf. straffelovens § 152 og §§ 152 c-152 f, har den, der virker inden for den offentlige forvaltning, tavshedspligt, når en oplysning ved lov eller anden gyldig bestemmelse er betegnet som fortrolig, eller når det i øvrigt er nødvendigt at hemmeligholde oplysningen for at varetage væsentlige hensyn til offentlige eller private interesser. I bestemmelsen er der foretaget en opregning af hensyn, der efter en konkret vurdering kan føre til, at en oplysning er fortrolig og dermed undergivet tavshedspligt. Væsentlige hensyn til bl.a. det offentliges økonomiske interesser eller til private selskabers økonomiske interesse i at beskytte oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold kan begrunde tavshedspligt, jf. forvaltningslovens § 27, stk. 1, nr. 5 og 7.

Det afhænger af en konkret vurdering, om der ved behandlingen af et udfordringstilbud på et kommunalbestyrelsesmøde vil kunne forventes at blive fremdraget fortrolige oplysninger, således at kommunalbestyrelsen kan behandle sagen for lukkede døre. Hvis det under behandlingen af et dagsordenspunkt viser sig nødvendigt at fremdrage fortrolige oplysninger, vil kommunalbestyrelsen kunne fortsætte sagens behandling for lukkede døre.

9. Kontrol med reglernes overholdelse

Tilsynet med overholdelse af reglerne i den kommunale styrelseslov om privates udfordringsret varetages af de almindelige kommunale tilsynsmyndigheder, dvs. de for hvert amt nedsatte tilsynsråd og Indenrigs- og Sundhedsministeriet.

De kommunale tilsynsmyndigheder udøver et legalitetstilsyn med kommunerne. Det indebærer, at de kommunale tilsynsmyndigheder fører tilsyn med, om en kommune overholder den lovgivning, herunder offentligretlige retsgrundsætninger, der særligt gælder for offentlige myndigheder.

De kommunale tilsynsmyndigheder vil eksempelvis kunne føre tilsyn med, om kommunerne har overholdt reglerne om privates udfordringsret i § 62 a og § 62 b, herunder de i bestemmelsen indeholdte procedureregler. Tilsynsmyndighederne vil endvidere kunne vurdere, om de forvaltningsretlige regler er overholdt i forbindelse med behandlingen af sager efter lovens § 62 b, ligesom tilsynsmyndighederne vil kunne vurdere, om offentlighedslovens regler om aktindsigt er overholdt.

Det fremgår af § 61 i den kommunale styrelseslov, hvilke sanktioner tilsynsmyndighederne har mulighed for at anvende over for ulovlige beslutninger eller undladelser. Herudover kan tilsynsmyndighederne afgive vejledende udtalelser om deres retsopfattelse.

De kommunale tilsynsmyndigheder fører ikke tilsyn i det omfang, særlige klage- eller tilsynsmyndigheder kan tage stilling til den pågældende sag. Hvis en særlig myndighed, f.eks. Konkurrencerådet eller Klagenævnet for Udbud har kompetence til at tage stilling til den pågældende sag, viger de kommunale tilsynsmyndigheders tilsyn.

Kommunalbestyrelsen er ikke i medfør af forvaltningslovens regler om klagevejledning forpligtet til at vejlede en tilbudsgiver om muligheden for at rette henvendelse til de almindelige kommunale tilsynsmyndigheder.

Det følger dog af den almindelige vejledningspligt, der gælder for alle forvaltningsmyndigheder, at kommunalbestyrelsen, når der skønnes at være behov herfor, tillige skal oplyse borgerne om muligheden for at rette henvendelse til de kommunale tilsynsmyndigheder.

Indenrigs- og Sundhedsministeriet, den 2. januar 2003

Lars Løkke Rasmussen

/Inger Mogensen

Vedlegg 2:

Cirkulære om udbud og udfordring af statslige drifts- og anlægsopgaver

Kapitel 1

Udbudspligt

§ 1. Opgaver, som en statsinstitution udfører, og som vil kunne udføres af eksterne leverandører, skal med passende mellemrum sendes i udbud. Udbudte opgaver skal udliciteres, hvis det gennem udbud godtgøres, at det alle forhold taget i betragtning er det mest fordelagtige for staten, jf. dog §§ 3-4.

§ 2. Udbudspligten gælder statslige opgaver, som er udbudsegne, jf. stk. 2 og 3. Opgaver, som er omfattet af § 5, er dog undtaget fra pligten.

Stk. 2. En institutions opgaveportefølje skal med passende mellemrum gennemgås med henblik på at identificere opgaver, der er udbudsegne.

Stk. 3. En statsinstitution skal udbyde en ny opgave, der ikke allerede er gennemgået i medfør af stk. 2, såfremt det vurderes, at opgaven er udbudsegnet.

Stk. 4. En statsinstitution har ligeledes pligt til gennem regelmæssige udbudsrunder at undersøge, om institutionernes eksterne leverandører er bedst og billigst.

§ 3. Udbudspligten gælder ikke i det omfang udbud af opgaven vil stride mod bestemmelser i lovgivningen, herunder gældende EU-retsregler.

§ 4. Opgaver med en forventet kontraktsum under 500.000 kr. er ikke omfattet af udbudspligten.

§ 5. Udbudspligten gælder ikke, hvis institutionen godtgør, at det ikke er muligt at udbyde opgaven eller nogen del heraf i konkurrence, eller hvis den godtgør, at udbuddet af opgaven medfører uforholdsmæssigt store omkostninger eller administration.

Effektiviseringsstrategier

§ 6. Ministerierne skal udarbejde effektiviseringsstrategier gældende for hele ministerområdet.

Stk. 2. Effektiviseringsstrategierne skal indeholde udbudspolitikker, hvori udbudsegne opgaver inden for ministerområdet identificeres, jf. § 2, stk. 2 og 3.

Stk. 3. Effektiviseringsstrategierne skal indeholde tidsfrister for udbud af udbudsegne opgaver.

Kapitel 2

Gennemførelse af udbud

§ 7. Udbud skal gennemføres efter reglerne i dette kapitel.

Stk. 2. Den udbydende institution skal tilrettelægge udbudsprocessen og vælge den udbudsform, som under hensyn til opgavens karakter og markedsforholdene giver den for staten bedste og billigste løsning.

Stk. 3. Udbud af bygge- og anlægsopgaver skal følge reglerne i lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, medmindre kontraktindgåelse om opgaven er omfattet af udbudskrav efter EU's udbudsdirektiver.

Stk. 4. Kontraktindgåelse af en opgave, som er omfattet af udbudskravet efter EU's udbudsdirektiver, skal udbydes efter disse regler.

Stk. 5. Kontraktindgåelse, der ikke er omfattet af udbudskravet efter EU's udbudsdirektiver, kan tilrettelægges frit, men med respekt for EU's ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip.

Personalemæssige forhold m.v.

§ 8. Ledelsen for den udbydende institution skal sikre, at der i forbindelse med overvejelser og beslutning om udbud, der kan medføre personaleoverdragelser, sker en tidlig inddragelse af personalet i overensstemmelse med de relevante gældende love, regler og overenskomster mv.

Stk. 2. I forbindelse med orientering af personalet skal ledelsen tilkendegive, om institutionen agter at udarbejde kontrolbud.

Stk. 3. Sociale forpligtelser i institutionens personalepolitik kan stilles tilsvarende til en ekstern leverandør i form af sociale klausuler.

Stk. 4. I det omfang, der er knyttet miljø- eller arbejdsmiljømæssige krav til arbejdets udførelse, kan disse krav indgå i kontrakten med leverandøren.

Stk. 5. Hvor hensynet til handicappede medarbejdere gør det ønskeligt, skal der stilles særlige krav til arbejdets udførelse og/eller de faciliteter, der anvendes ved arbejdets gennemførelse.

Stk. 6. Hvor hensynet til borgernes adgang til virksomheden, der udfører opgaven på vegne af statsinstitutionen, gør det ønskeligt, skal der stilles særlige krav til handicapvenlige adgangsforhold og faciliteter i øvrigt.

Stk. 7. Krav som nævnt i stk. 3-6 skal udformes med respekt for EU's ligebehandlingsprincip.

Offentliggørelse af udbudsforretningen

§ 9. Ved gennemførelse af udbud, der omfatter offentliggørelse, skal den udbydende institution:

- 1) bekendtgøre afholdelsen af udbudsforretningen og vilkårene for deltagelse,
- 2) angive efter hvilke kriterier der vil ske udvælgelse af tilbudsgivere (udvælgelseskriterier),
- 3) angive efter hvilke kriterier der vil ske tildeling af ordren (tildelingskriterier),
- 4) oplyse om institutionen agter at afgive kontrolbud, jf. § 10,
- 5) oplyse om hvilke dokumenter der kræves for et konditionsmæssigt korrekt bud,
- 6) oplyse om sidste frist for modtagelse af tilbud og eventuelle anmodninger om prækvalifikation,
- 7) oplyse hvor udbudsmaterialet kan rekvireres og
- 8) oplyse om adressen for modtagelse af tilbud og anmodninger om prækvalifikation.

Stk. 2. Offentliggørelse skal ske i den af Finansministeriet udpegede elektroniske udbudsavis. Hvis opgavens omfang og karakter tilsiger det, kan offentliggørelsen suppleres med landsdækkende eller regionalt dækkende dagblade og faglige tidsskrifter.

Kontrolbud

§ 10. En statsinstitution, der gennemfører et udbud, kan udarbejde kontrolbud i forhold til den udbudte opgave. Agter den udbydende institution at udforme et kontrolbud skal dette fremgå af udbudsannoncen og udbudsmaterialet.

Stk. 2. Et eventuelt kontrolbud skal afgives senest samtidigt med fristen for aflevering af eksterne tilbud.

Stk. 3. Afgiver en institution et kontrolbud, skal kvalitetskravene svare til kravene i udbudsmaterialet, mens kontrolbuddet skal udarbejdes i henhold til Finansministeriets Økonomi-Administrative Vejledning, Prisfastsættelse, www.oav.dk.

Stk. 4. Institutionen skal tilrettelægge udbudsforretningen således, at den ikke indebærer en konkurrenceforvridende fortrinsstilling for et eventuelt kontrolbud. Det bør sikres, at eksterne tilbudsgivere har adgang til de samme informationer som de medarbejdere, der udarbejder et kontrolbud.

Stk. 5. Institutionen kan til de eksterne bud lægge eventuelle midlertidige følgeomkostninger, der måtte opstå ved at antage et af disse tilbud.

Stk. 6. Vurderingen af de indkomne eksterne tilbud og institutionens kontrolbud skal foretages således, at der ikke deltager nogen, der har medvirket ved udarbejdelsen af kontrolbuddet.

Stk. 7. Viser sammenligningen mellem kontrolbuddet og de eksterne tilbud, at det vil være billigere eller økonomisk mere fordelagtigt at løse opgaven i eget regi, kan udbudsforretningen annulleres.

Stk. 8. Annulleres udbudsforretningen i medfør af stk. 7, skal opgaven udføres i henhold til kontrolbuddet. Opgaven skal udføres efter reglerne om indtægtsdækket virksomhed.

Ordretildeling

§ 11. Den udbydende institution underretter hurtigst muligt tilbudsgiverne om, hvilken beslutning der er truffet med hensyn til ordretildelingen. Når kriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, underretter udbyderen endvidere efter anmodning tilbudsgiverne om det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele.

Kapitel 3

Udfordringsret

§ 12. En privat kan uopfordret afgive et konkret tilbud på udførelse af en opgave, som udføres af en statsinstitution i eget regi.

Stk. 2. Den udfordrede institution skal herefter træffe beslutning om, hvorvidt en udfordret opgave fortsat skal udføres i eget regi.

Stk. 3. En statsinstitution kan ikke indgå kontrakt om en udfordret opgave, der er omfattet af EU's udbudsdirektiver, uden udbud af opgaven i overensstemmelse med udbudskravet efter EU's udbudsdirektiver.

§ 13. En udfordret statsinstitutions beslutning om fortsat at udføre opgaven i eget regi skal tiltrædes af en overordnet myndighed, jf. dog § 14, stk. 1.

Stk. 2. Forelæggelse af sagen for en overordnet myndighed skal ledsages af et overslag over omkostningerne ved at løse opgaven i eget regi sammenholdt med omkostningerne ved at antage det udfordrende tilbud, jf. dog stk. 3.

Stk. 3. Bestemmelsen i stk. 2 finder ikke anvendelse, hvis institutionens beslutning om fortsat at udføre beslutningen i eget regi er begrundet i, at tilbuddet afviger fra en afgrænsning, der er tiltrådt af en overordnet myndighed.

§ 14. Institutionen kan uden at foretage den i § 13 foreskrevne forelæggelse for en overordnet myndighed selv beslutte fortsat at udføre opgaven i eget regi, hvis:

- 1) tilbuddet ikke overstiger 500.000 kr. for enkeltstående ydelser og 500.000 kr. pr. år for løbende ydelser,
- 2) tilbudsgiver ikke lovligt vil kunne udføre den opgave, som tilbuddet omfatter,

- 3) tilbudsgiver ikke kan sandsynliggøre, at denne har den fornødne tekniske formåen,
- 4) tilbudsgiver ikke kan sandsynliggøre, at denne har den fornødne finansielle og økonomiske formåen,
- 5) tilbudsgiver ikke kan sandsynliggøre, at forhold af mere personlig karakter ikke gør denne uegnet til at udføre opgaven,
- 6) tilbuddet forekommer at være unormalt lavt i forhold til ydelsen,
- 7) tilbuddet svarer til et tilbud, som institutionen har behandlet efter § 12, stk. 1, inden for de seneste 2 år, eller
- 8) tilbuddet omfatter en opgave, som institutionen før tilbuddets modtagelse har sendt i udbud.

§ 15. Institutionen skal også i det omfang, beslutningen ikke er omfattet af forvaltningsloven, underrette den private tilbudsgiver om beslutningen og ledsage denne af en begrundelse, hvis institutionen ikke antager tilbudet. Underretningen skal ske inden for rimelig tid.

Kapitel 4

Ikrafttræden

§ 16. Cirkulæret træder i kraft den 1. januar 2003. Samtidig ophæves cirkulære nr. 42 af 1. marts 1994 om udlicitering af statslige drifts- og anlægsopgaver.

Finansministeriet, den 17. december 2002

Thor Pedersen

/Mogens Pedersen

Redaktionelle noter

Ifølge rettelseslisten til Lovtidende A, 2002: I § 13, stk. 3 rettes "beslutningen" til "opgaven".