

Utfordringsrett – juridiske utfordringer

Advokatene Alex Borch, Jan Fougner og Andreas Wahl
Wiersholm, Mellbye & Bech, advokatfirma AS

Sammendrag

1.1 Sammendrag

1.1.1 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 private 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 anbuds konkurranse 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.

1.1.2 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.

1.1.3 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.

1.1.4 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.

