

## PROSJEKTBEKRIVELSE

### **Mellom demokratisk styring, effektiv konkurranse og avtalefrihet i markedsstaten**

Prosjektet vil belyse spenningen mellom forvaltningsretten, konkurranseretten og kontraktsretten med utgangspunkt i velferdsforvaltningen. Velferdsforvaltningen er valgt da det offentlige her både utøver myndighet, tildeler rettighetsbaserte ytelser og tjenester og samarbeider med private med ordninger basert på solidaritet og på økonomisk lønnsomhet. Samtidig er organiseringen av velferdsforvaltningen, også på tvers av skillet mellom staten og kommunene, under utvikling.

Et overordnet mål er å prøve forvaltningsrettslige, konkurranserettslige og kontraktsrettslige regler mot de samfunnsmessige, økonomiske og sosiale utviklingstrekk som preger fremveksten av markedsstaten. Vi vil se på behov for endringer og utvikling av nye rettsinstitutter i skjæringsfeltet mellom det offentlige og markedet. I denne forbindelse vil vi teste ut grunnleggende rettsprinsipper innen forvaltningsretten, konkurranseretten og kontraktsretten med sikte på å kartlegge hvordan de kan fungere som bakgrunnsrett for løsning av forskjellige rettsspørsmål som reiser seg, for derigjennom å legge grunnlaget for en bedre teoretisk og rettsvitenskapelig forståelse av markedsstatens offentlige rett.

Prosjektet vil fokusere rundt tre problemstillinger:

- bruk av avtaler og avtalemekanismer mellom organer med offentlige oppgaver og med leverandører og brukere
- hvilke krav og regler offentlige organer er underlagt når de samhandler med uavhengige rettssubjekter og
- hvilken betydning det har om den virksomhet det er tale om utgjør myndighetsutøvelse eller en økonomisk aktivitet og hvordan denne grensen kan trekkes.

Vi vil ta for oss avtaler brukt av offentlige organer i sammenhenger som ikke er rent kommersielle, enten fordi de inngås i tilknytning til myndighetsutøvelse som vilkår for eksempel for tillatelser eller offentlige tjenester, eller fordi de inngås mellom aktører som ikke opptrer i markedet for eksempel mellom statsetater og kommuner om etablering og drift av lokale kontorer eller mellom kommuner som ledd i interkommunalt samarbeid. Vi vil se på hvordan slike ikke-kommersielle sammenhenger som avtalene inngår i, påvirker anvendelse av kontraktsretten og forvaltningsretten og om det kan oppstilles noen felles prinsipper for slike typer av avtaler.

Det er i utgangspunktet store forskjeller mellom de regler som gjelder for offentlige organer på forvaltningsrettslig grunnlag og de som gjelder på markedsrettens grunnlag. Særlig for forhold som går inn under reglene om offentlige anskaffelser gjelder et sett meget detaljerte regler for saksbehandling, vurdering og tildeling av rettigheter. Et nærmere blikk viser imidlertid at det er felles underliggende prinsipper på tvers av rettsfeltene. En viktig problemstilling for prosjektet er å avdekke og fremstille felles underliggende prinsipper som likebehandling, objektivitet i avgjørelsesgrunnlaget, gjennomsiktighet og muligheter for kontroll uavhengig av hvilke konkrete regler som kommer til anvendelse i de forskjellige konstellasjoner. Vi vil gjøre dette ved å se på de gjennomgående prinsipper som preger reglene om offentlige anskaffelser, kravene til ikke-diskriminering og rettsikkerhet i forhold til offentlige inngrep i markedet og de forvaltningsrettslige regler for utøving av myndighet.

Grensetrekningen mellom myndighetsutøvelse og økonomisk aktivitet har gjennomgående betydning, men er særlig innen markedsretten usikker og fragmentarisk i rettspraksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen. Den bygger dels på økonomisk teori og dels på rettslige betraktninger. Vi vil analysere rettspraksis fra dette området og konfrontere den med økonomisk teori og teori og praksis fra forvaltningsretten. Vi vil se på grunnleggende prinsipper innen markedsretten, forvaltningsretten og kontraktsretten både for å se om det fra dette gir utgangspunkt for forklare de skiller som er trukket og å gi anbefalinger for nye tilfelle.

Den teoretiske og praktiske begrunnelse for prosjektet ligger i den grad av markedsretting som er skjedd i offentlig virksomhet gjennom de siste ti-års forvaltningsreformer. Denne har funnet sted både gjennom endringer i de organisatoriske enheter som varetar offentlige oppgaver og gjennom de virkemidler offentlige organer bruker for å fremme sine oppgaver. Viktige stikkord her er liberalisering, privatisering, konkurranseutsetting og brukerorientering. Andre trekk som kan ses i samme lys er bruk av avtaler for å koordinere og styre offentlig virksomhet, for eksempel i samarbeid mellom kommuner, mellom stat og kommune og mellom statlige organer innbyrdes, eller mellom det offentlige og borgere som ledd i offentlige finansieringssystemer eller for å "ansvarliggjøre" borgerne med "samfunnskontrakter" o.l. Både lovgivningspolitisk og rettsdogmatisk står mange spørsmål ubesvart som for eksempel hva som er rammene for å kunne utøve en egen offentlig eierskapspolitikk, hvilke muligheter nye organisasjonsformer gir for offentlig styring, hvordan borgernes behov, interesser og rettigheter varetas overfor organer underlagt markedsrettens regler og hvilke regler som gjelder for tolkning og konfliktløsning når forholdet mellom virksomheter som varetar offentlige interesser defineres utenfor det tradisjonelle forvaltningsrettslige instruks- og styringshierarki.

## **Prosjektets teoretiske og praktiske referanseramme**

### **A. Markedsstaten**

Forholdet mellom samfunn og stat beskrives gjerne med begrepspar som rettsstat og velferdsstat, nattvekterstat og reguleringsstat, frihet og formynderskap, egoisme og solidaritet. De fleste er enige om at samfunnet har gjennomgått en utvikling fra 1800-tallets rettsstat til 1900-tallets velferdsstat og at samfunnet de siste 30 årene har vært i endring bortenfor eller vekk fra velferdsstaten.<sup>1</sup> Når de senere endringer skal beskrives eller kategoriseres er enigheten mindre. Der noen ser en nedbygging av velferd og et farvel til solidariteten, ser andre utvikling av frihet og mer effektiv bruk av samfunnets ressurser. Er de endringer vi ser tegn på tilbakevending til tidligere rettsstatsformer, eller er det utvikling i retning av nye rettsformer som kan beskrives for eksempel som "refleksiv rett"? Det er ofte vanskelig å skille beskrivende analyser fra politisk ideologi og teori om hvordan samfunnet bør organiseres og styres.

Man kan ikke se endringer og hva endringer innebærer ved bare å se på reglene. Rettsregler og rettslige institusjoner endrer innhold og karakter, men det er ikke lett å se generelle trekk og sammenhenger uten å trekke inn generelle begreper og teorier. Mer overordnede kategorier som "rettsstat", "velferdsstat" og "markedsstat" er likevel for grove til å fange opp utviklingstrekk innen retten. Det kan i stedet være behov for å analysere utviklingen langs flere dimensjoner og spore konsekvensene av disse og deres manifestasjon i forskjellige deler av forvaltningsretten. Sentrale dimensjoner er den underliggende ideologi som ligger bak offentlige tiltak, den kvantitative rolle offentlig sektor har i

---

<sup>1</sup> Se Jørgen Dalberg-Larsen, *Rettsstaten, velfærdsstaten og hvad så?* København 1984

samfunnet, hvordan offentlige tiltak legitimeres og hva slags autoritetsstruktur som foreligger. Alle disse dimensjoner kan ses som skalaer som vi kan bruke til å beskrive en gitt tidsperiode på. Skalaen for ideologi har som ytterpunkter liberalisme og kollektivism. Offentlig sektor beveger seg kvantitativt mellom nattvekterstat og reguleringsstat, offentlige tiltak legitimeres gjennom deres legalitet eller effektivitet og autoritetsstrukturen er monosentrisk eller polysentrisk.

Rettsstaten i sin idealtypiske form kjennetegnes ved en liberalistisk ideologi, en kvantitativt begrenset nattvekterstat hvor offentlige tiltak legitimeres ved deres legalitet og hvor autoritetsstrukturen er polysentrisk etter den klassiske maktfordelingslære. Velferdsstaten på sin side er basert på en kollektivistisk ideologi, med en stor, utbygget reguleringsstat som legitimeres gjennom effektivitet og med en monosentrisk maktstruktur.<sup>2</sup> Selv om maktfordelingslæren fortsatt vises gjennom oppdeling i tre statsmakter ble betydningen av maktdeelingen grunnleggende forandret gjennom parlamentarismen og domstolskontroll med politiske beslutninger nærmest fraværende.

Dagens offentlige forvaltning kjennetegnes gjennom en mer liberalistisk ideologi enn velferdsstaten, men staten er fortsatt en reguleringsstat. Siden velferdsstatens glansdager har vi ikke sett noen reduksjon i offentlig sektor, snarere tvert imot. Staten har fortsatt store oppgaver innen markedsregulering og tjenesteproduksjon. Effektivitet er fortsatt en viktig del av legitimeringsmodusen. Autoritetsstrukturen er imidlertid igjen polysentrisk med appell ikke bare til formelle autoritetsposisjoner definert innen den nasjonale konstitusjon, men også til autoriteter utenfor den nasjonale rett så som internasjonale organer og til nedbryting av autoriteter overhodet.<sup>3</sup> Mens den rettslige legitimering har gitt navn til rettsstaten og effektiviteten i bestrebelsene på å skape og fordele velferd til velferdsstaten, ser vi i dag en stadig større fokus på økonomisk effektivitet som legitimeringsgrunnlag for den fortsatt store rollen til den offentlige sektor. En passende betegnelse på dagens samfunnsform er derfor markedsstaten.

Det er flere utviklingstrekk som kan berettege betegnelsen ”markedsstat”.<sup>4</sup> I bunn ligger den vekt markedet har fått som mekanisme for å sikre en effektiv produksjon og fordeling av ressurser.<sup>5</sup> Et trekk ved markedsstaten er også at markedsinspirerte løsninger tas i bruk også ved organiseringen av forvaltningen selv (såkalt ”New public management”). Det er en generell tro på at løsninger utviklet av virksomheter utsatt for konkurranse er effektivitetsfremmende. På denne bakgrunn ser vi at offentlig virksomhet søkes effektivisert dels gjennom å overlate hele eller deler av den til private aktører, dels gjennom å utsette den for konkurranse og dels ved å ta i bruk organisatoriske løsninger og virkemidler utviklet av markedsaktører i den interne styringen av forvaltningen.<sup>6</sup> Slik utvikling kan skje gjennom bruk av eksisterende markeder, eller ved ulike tiltak utvikles for å simulere markeder, for eksempel bruk av ulike finansieringsformer som at pengene til offentlige organer følger brukeren av offentlige tjenester.

<sup>2</sup> Også betegnet som ”Den sterke staten”, se Bo Rothstein og Lotta Vahlne Westerhäll, Innledning i Rothstein og Westerhäll (red.) Bortom den styrka statens politikk? Stockholm 2005.

<sup>3</sup> Se Kirsten Ketscher, Mod en argumentativ ret, Jussens Venner 2000 s. 272-287.

<sup>4</sup> Se Hans Petter Graver, Forvaltningsrett i markedsstaten, Oslo 2002 særlig kapittel 8.

<sup>5</sup> Se Rauf Gonenc, Maria Maher and Giuseppe Nicoletti, The Implementation and the Effects of Regulatory Reform: Past Experience and Current Issues, Economics Department Working Papers no. 251, OECD 2000.

<sup>6</sup> En oversikt med en rettvitenskapelig innfallsvinkel over reformene av den offentlige forvaltning de siste tiår (med linjer tilbake til midten av forrige århundre) er gitt av Carsten Henrichsen, Offentlig forvaltning, København 1999 s. 136-152. Fremstillingen tar sikte på danske forhold, men er ganske dekkende for den norske utviklingen også.

### ***B. Spenningen mellom forvaltning, konkurranse og kontrakt***

Markedsstaten fremstår i spenningsfeltet mellom forvaltningsretten, konkurranseretten og kontraktsretten. Forvaltningsrettslige relasjoner baserer seg tradisjonelt sett på hierarkiske institusjoner underlagt politisk styring og kontroll med kompetanse til heteronomt å regulere privates rettsforhold. Offentlig virksomhet er underlagt rettsstatens krav til legalitet, offentlighet og formalisert saksbehandling. Beslutningstakere er enten demokratisk valgt, oppnevnt av organer med demokratisk legitimitet eller ansatt på grunnlag av objektive kriterier.

Konkurranseretten ivaretar foretakenes, forbrukernes og samfunnets interesser i markedet.<sup>7</sup> Fra et konkurranserettslig perspektiv må utviklingen av markedsstaten skje på en måte som samsvarer med markedsmechanismens funksjon som desentralisert mekanisme for fordelingen av varer og tjenester i samfunnet. Konkurransereguleringene har en sentral rolle i denne forbindelse, men også andre regelsett av betydning for konkurransen på markedene må trekkes inn i den konkurranserettslige analyse. I denne forbindelse er særlig reglene om offentlig anskaffelse og offentlig støtte (EØS-avtalens statsstøtteregler) av betydning.

Kontraktsretten bygger grunnleggende sett på markedsaktørens autonomi og avtalefrihet både i forhold til hverandre og i forhold til andre.<sup>8</sup> De rettsspørsmål som er spesifikke for markedsstaten oppstår således i spenningsfeltet mellom forvaltning, effektiv konkurranse og avtalefriheten. Det er en viktig utfordring for rettsvitenskapen å prøve forvaltningsrettslige, konkurranserettslige og kontraktsrettslige regler mot de samfunnsmessige, økonomiske og sosiale utviklingstrekk som preger fremveksten av markedsstaten.

Vekten på markedet innebærer et fokus på at det er reell konkurranse mellom virksomhetene. Dette er en forutsetning for at markedet skal virke i forhold til intensjonen om å skape en effektiv ressursutnyttelse. Å skape reell konkurranse er en viktig oppgave for konkurranseretten som setter forbud mot konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak (karteller) og mot at foretak som er dominerende i et marked misbruker sin stilling. Konkurranseretten gir også muligheter til å gripe inn mot bedriftsintervall og fusjoner som skaper en uheldig markedsstruktur. Markedsstaten skaper dermed en ny viktig offentlig tilsynsoppgave.

Konkurransen begrenses ikke bare av ulovlig opptreden fra markedsaktørene. Også offentlige reguleringer og opptreden i markedet kan begrense eller fordreie konkurransen. Offentlige tillatelser eller kompetanser kan gi aktører overtak på konkurrentene som kan misbrukes. Offentlige midler eller skatteordninger, hva enten de gis som ren næringsstøtte eller de gis for å stimulere til oppfyllelse av samfunnsviktige oppgaver som kollektiv transport eller utjevning av priser for befolkningen i forskjellige regioner kan gi de foretak som får dem konkurransefortrinn. Offentlige innkjøp kan representere forskjellsbehandling av konkurrenter eller begrense konkurransen i store deler av markedet. Av slike grunner er det innført regler som krever at det offentlige gjennom sine forskjellige aktiviteter som myndighetsutøvelse, service, fordeling og markedsatferd opptrer nøytralt og på en måte som er gjennomiktig og overprøvbart. Dette betyr at vekten på markedet kan gripe til dels ganske dypt inn i reglene for og utførelsen av oppgaver som hører inn under den klassiske offentlige rett.

---

<sup>7</sup> Se Olav Kolstad, *Fra konkurransepolitikk til konkurranserett*, Oslo 1998 s. 21-27.

<sup>8</sup> Se inngående om forholdet mellom avtalerett og forvaltningsrett Tom-Erik Madell, *Det allmänna som avtalspart*, Stockholm 1998.

Konkurransen og markedstilpasning innebærer ganske store endringer i den offentlige forvaltning. Det er tale om forandringer i organisering og styring av offentlig virksomhet, i avgrensningen mellom forvaltning og samfunn og i de virkemidler som står til rådighet for forvaltningen for styring og påvirkning av private aktiviteter og ressursstrømmer. Fra brytningsfeltet hvor markedsretten møter forvaltningsretten spres ringvirkninger langt inn i den sentrale forvaltningsretten.

### ***C. Anvendelse av markedsretten: Kontrakt eller forvaltning ved konkurranseutsetting?***

Et grunnleggende skille mellom offentlig og privat virksomhet er at mens offentlig virksomhet i sin karakter skjer i allmennhetens interesse, utøves privat virksomhet på vegne av eiere. Når private rettssubjekter engasjeres av det offentlige eller det offentlige organiserer sin virksomhet i privatrettslige former for å forestå virksomhet i allmennhetens interesse oppstår spørsmålet om hvordan man skal avgrense forholdet mellom offentligrettslige og markedsrettslige regler. For forholdet mellom markedsrettslige og forvaltningsrettslige prinsipper er en rimelig hypotese at markedsreglene bør ha gjennomslag i de tilfeller der virksomheten og de som utfører den er konkurranseutsatt, men ikke der det offentlige ikke går ut i markedet for å dekke sine behov og der de aktører som brukes for å stå for virksomheten ikke i noen vesentlig grad utfører tjenester eller oppdrag for andre enn det offentlige. Hvor det foreligger konkurranse langs den ene eller andre dimensjonen bør spørsmål om bruk av anskaffelsesreglene og konkurranseregler for øvrig være avhengig av en vurdering av på hvilken måte konkurransen i markedet påvirkes.<sup>9</sup>

Begrunnelsen for hypotesen er at konkurranse er et virkemiddel som skal sikre nøytralitet og samtidig fremme en mest mulig effektiv bruk av offentlige ressurser. Konkurranse er imidlertid ikke noe mål i seg selv og konkurransehensyn bør derfor ikke stenge for en hensiktsmessig offentlig organisering av oppgaveløsning på tvers av forvaltningsrettslige organisatoriske skiller. Som hovedregel foreligger ingen plikt til konkurranseutsetting eller overlatelse av oppgaver til private.<sup>10</sup>

Det avgjørende for markedsreglenes gjennomslag bør være om det offentlige velger å gå ut i markedet for å få dekket et behov eller utført en oppgave, eller om det velger å utelukke markedet i kraft av sin organisasjonskompetanse eller kompetanse til å utøve myndighet. Dersom det offentlige går ut i markedet, bør det være konkurranse på like vilkår, enten det offentlige også selv er engasjert som markedsaktør eller ikke. Velger det offentlige på den annen side ikke å gå ut i markedet for å få dekket et behov, bør ikke organisatorisk oppdeling av offentlig virksomhet i enheter innenfor og utenfor den offentlige forvaltning stenge for et slikt valg.

Konkurranse og marked kan foreligge på begge sider av forholdet mellom et offentlig organ som den som står for leveranse av varer eller tjenester for det offentlige. Hvis organet velger å bruke sin myndighet til å utpeke en leverandør, vil oppdragsmottaker få en skjermet posisjon i forhold til leveranser for kommunen.<sup>11</sup> Hvis den som får oppdraget ikke driver annen virksomhet i markedet er det heller ikke konkurranseutsatt på andre områder. En enerett kan imidlertid godt tenkes tildelt en aktør som for øvrig driver regulær kommersiell virksomhet, samtidig som man kan tenke seg at kommunene

---

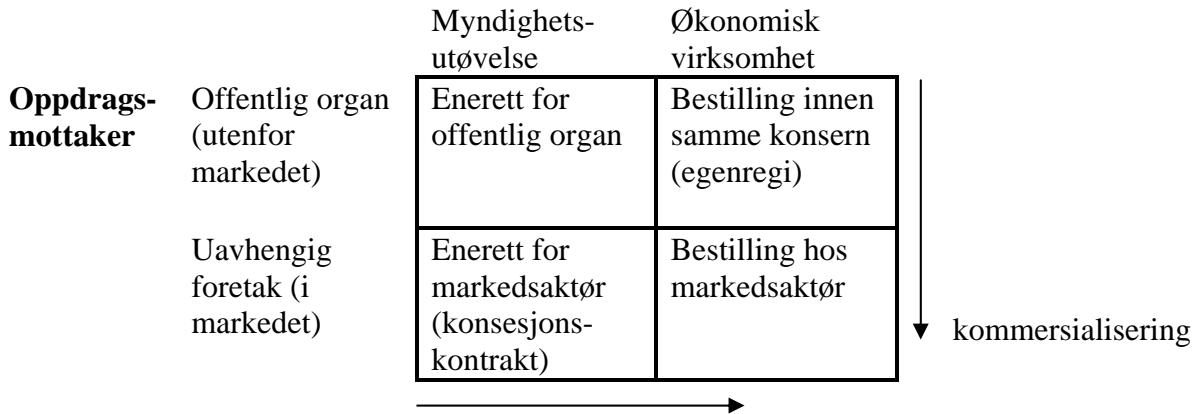
<sup>9</sup> For konkretisering og diskusjon av hypotesen Hans Petter Graver, Konkurranseregler og valg av leverandør av kollektive tjenestepensjoner, Arbeidsrett 2005 s. 92-111 og samme Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid, TfR 2005 s. 153-187.

<sup>10</sup> Se bl.a. Michael Steinicke, Kontraktfrihet – retten til at unnlade at inngå kontrakt s. 118 i Olesen og Steinicke (red.) Udførelse af offentlig opgave via kontrakt, København 2004 s. 117-131 og Hans Petter Graver, Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid, TfR 2005 s. 153-187 på s. 156-57.

<sup>11</sup> Såkalt ”privilegert stilling, se nærmere Ulla Bøegh Neergaard, Privilegerede virksomheder og saglige begrundelser for konkurrencebegrænsninger i h.t. art. 86, stk. 2 EF i Juridisk Institut, Julebog 2002, København 2002 s. 313-337.

lar en enhet den selv kontrollerer og som for øvrig ikke driver annen virksomhet konkurrere om oppdrag fra kommunen på kommersiell basis. I disse tilfellene er det gjennom organisasjonskompetansen konkurransen utelukkes for denne aktøren. Skjematisk kan dette fremstilles slik:

**Forvaltningsorganets virksomhet**



De vanskelige avveiningsspørsmålene bør etter hypotesen befinne seg der det er konkurranse langs en av dimensjonene, men ikke den andre, dvs. der en markedsaktør tildeles en enerett på leveranser i kraft av myndigheten til å utelukke konkurranse eller der det offentlige inngår kommersielle forbindelser med et organ kontrollert av det offentlige. Hvor det er konkurranse langs begge dimensjoner er det ikke tvil om anvendelse av markedsrettens regler. Reglene bør ubetinget ikke komme til anvendelse der det offentlige forbeholder en virksomhet for offentligrettslige organer i kraft av myndighetskompetansen, selv om virksomheten i og for seg skulle være av økonomisk karakter som å tilby tjenester til befolkningen innen for eksempel renovasjon eller omsorg. Hvis det først er tillatt i forhold til de fire friheter å holde private aktører ute, er det ingen grunn til at det offentlige skulle være forpliktet til å organisere sin virksomhet ut fra markedsrettslige prinsipper. Det som skaper de særlige spenningsforhold i markedsstaten er at kommersialisering av offentlig virksomhet har økt langs begge aksene.

**Prosjektets forskningsspørsmål**

Prosjektet tar opp tre problemstillinger. Den **første er bruk av avtaler og avtalemekanismer mellom organer med offentlige oppgaver og med leverandører og brukere** for eksempel om utvikling og drift av it- og andre støttetjenester, men også om utøvelse av kjernefunksjoner til offentlige myndigheter. Avtalene kan dreie seg om virksomhet som er av økonomisk karakter i den forstand at den også tilbys eller kan tilbys i et marked av kommersielle aktører, om mer typiske offentlige tjenester av solidarisk karakter eller om forhold som må karakteriseres som klassisk myndighetsutøvelse. Det kan etableres avtaleforhold i flere retninger: mellom et offentlig organ som ansvarlig for et område og uavhengige organer som produsenter eller leverandører av tjenester til eller på vegne av det offentlige, mellom det ansvarlige offentlige organet og mottaker eller adressat for en tjeneste eller et vedtak og mellom offentlige organer innbyrdes.

Avtaler med mottakere eller adressater av offentlige tjenester og vedtak spenner over en lang rekke forhold. På den ene siden har vi tilfeller der konsesjoner og konsesjonsvilkår utformes i avtaleform

eller avtaleterminologi. Problemer som knytter seg til slike forhold har allerede vært gjenstand for omfattende rettsvitenskapelig behandling.<sup>12</sup> På den annen side har vi avtaler med forbrukere i konkurranserettslig forstand. I noen tilfeller er bruk av avtaler ledd i en liberalisering og konkurranseutsetting begrunnet for eksempel i en valgfrihet for borgeren til å inngå kontrakt om ulike forhold som transporttjeneste, pleie, renovasjon, utdanning etc. med enten en offentlig institusjon eller med en rent kommersiell privat aktør. I andre tilfeller brukes avtale eller avtaleformer som ledd i simulering av markeder for eksempel som ledd i at finansiering av offentlig virksomhet følger brukeren. I atter andre tilfeller er bruk av avtaler og avtaleformer ledd i ansvarliggjøring av brukere som for eksempel i arbeids- og velferdsforvaltningen hvor dette tar sikte på å understreke de forpliktelser brukere av offentlige velferdstjenester har.

Fellesspørsmål knyttet til bruk av avtaler og avtaleformer er om det offentlige på den måten får utvidet sin kompetanse til å pålegge plikter utover det som følger av det tradisjonelle legalitetsprinsippet og i hvilken grad og på hvilke måter dette gir brukere og adressater rettigheter overfor det offentlige utover det som følger av vanlige forvaltningsrettslige regler. I tillegg oppstår trepartsforhold der leveransen av den offentlige tjeneste skjer av en uavhengig aktør som er pålagt å vareta en tjeneste av almen økonomisk betydning.

Avtalemekanismer tas også i bruk innad i statsforvaltningen, mellom staten og kommuner og mellom kommuner innbyrdes. Etter forslaget til lov om ny arbeids- og velferdsforvaltning skal for eksempel staten ved Arbeids- og velferdsetaten og den enkelte kommune inngå avtale om opprettelse og drift av de lokale arbeids- og velferdskontorene. I det kommende lovforslaget om interkommunalt samarbeid, vil det bli åpnet for ulike former for samarbeid basert på avtaler både om myndighetsutøvelse og annen kommunal virksomhet. Forskjellige spørsmål som melder seg i denne forbindelse er tolkning og anvendelse av avtaler på områder utenfor den tradisjonelle markedsrett, betydningen av avtaleforpliktelser mellom organer som alle er del av staten og kommunen, utvikling av konfliktløsningsmekanismer og bruk av generelle offentligrettslige eller kontraktsrettslige prinsipper som bakgrunnsrett.

Vi vil ta for oss avtaler brukt av offentlige organer i sammenhenger som ikke er rent kommersielle, enten fordi de inngås i tilknytning til myndighetsutøvelse som vilkår for eksempel for tillatelser eller offentlige tjenester, eller fordi de inngås mellom aktører som ikke opptrer i markedet for eksempel mellom statsetater og kommuner om etablering og drift av lokale kontorer eller mellom kommuner som ledd i interkommunalt samarbeid. Vi vil se på hvordan slike ikke-kommersielle sammenhenger som avtalene inngår i påvirker anvendelse av kontraktsretten og forvaltningsretten og om det kan oppstilles noen felles prinsipper for slike typer av avtaler. Vi regner med at forskningen her kan utføres som en til to avhandlinger på doktorgradsnivå, supplert med spesialstudier utført av studenter og prosjektets faste forskere.

Den **andre** problemstillingen er hvilke **krav og regler offentlige organer er underlagt når de samhandler med uavhengige rettssubjekter** enten de er kontrollert av det offentlige eller helt under privat kontroll. Her nærmer vi oss de kompleksene som er skissert ovenfor under avtaler fra en annen innfallsvinkel. Spørsmålet i denne vinklingen er rekkevidde og anvendelse av reglene om offentlige anskaffelser og unntaket for bl.a. egenregi og konsesjonskontrakter. Ved såkalt ”offentlig privat samarbeid” oppstår i tillegg kontraktsrettslige og konkurranserettslige spørsmål.

---

<sup>12</sup> Se bl.a. den klassiske Jan Frithjof Bernt, *Avtaler med stat og kommune*, Oslo 1981 og sist Johan Greger Aulstad, *Kommunale utbyggingsavtaler* 2005.

Det er vel kjent at selve forvaltningsstrukturen utfordres av markedsrettslige regler bl.a. av krav til at forretningsdrift skilles fra myndighetsutøvelse ved bruk av bl.a. organisatoriske regler. Det såkalte "kontrollkravet" som EF-domstolen har oppstilt i forbindelse med egenregi hvor offentlige oppdragsgivere gir oppdrag til uavhengige offentlige rettssubjekter er et annet eksempel. Spørsmålet kan reises også i forhold til konkurransereglene som hvorvidt helseforetakene er samme økonomiske enhet. Når markedsrettslige størrelser skal anvendes på en offentligrettslig struktur. Svar på slike spørsmål er avgjørende for måten det offentlige kan organisere og koordinere sin virksomhet mellom ulike enheter på.

Det har i den senere tid vært reist spørsmål om det eksisterer objektive grunner til å behandle tildeling av konsesjoner og kontrakter om offentlige tjenester forskjellig, og om ikke anvendelse av et skille som er basert på hvordan utnyttelsesretten og risikoen er fordelt skaper unødig usikkerhet. Ofte er det i innledende faser vanskelig å vite hvordan risikoen mellom det offentlige og en tjenesteyter bør fordeles.<sup>13</sup>

Det er i utgangspunktet store forskjeller mellom de regler som gjelder for offentlige organer på forvaltningsrettslig grunnlag og de som gjelder på markedsrettens grunnlag. Særlig for forhold som går inn under reglene om offentlige anskaffelser gjelder et sett meget detaljerte regler for saksbehandling, vurdering og tildeling av rettigheter. Et nærmere blikk viser imidlertid at det er felles underliggende prinsipper på tvers av rettsfeltene.

Problemstillingen for prosjektet er å avdekke og fremstille felles underliggende prinsipper som likebehandling, objektivitet i avgjørelsesgrunnlaget, gjennomsiktighet og muligheter for kontroll uavhengig av hvilke konkrete regler som kommer til anvendelse i de forskjellige konstellasjoner. Vi vil gjøre dette ved å se på de gjennomgående prinsipper som preger reglene om offentlige anskaffelser, kravene til ikke-diskriminering og rettssikkerhet i forhold til offentlige inngrep i markedet og de forvaltningsrettslige regler for utøving av myndighet og sammenligne disse med hensyn til anvendelsesområde, innhold og avgrensning i forhold til motstridende regler, hensyn og prinsipper. På dette grunnlag vil vi se om det er mulig å gi anvisning på hvilke gjennomslag prinsippene må gis i konkrete sammenhenger. Vi regner med at dette er en oppgave som kan egne seg for en postdoktor-avhandling og noen mindre studentarbeider.

Den **tredje** er hvilken betydning det har om den virksomhet det er tale om utgjør **myndighetsutøvelse eller en økonomisk aktivitet** og hvordan denne grensen kan trekkes. Dette er en grense som trekkes både i forhold til forvaltningsretten og konkurranseretten, men med til dels ulike formål. Skillet er grunnleggende i begge rettsområder. I forvaltningsretten er det avgjørende for om de særlige krav til behandling av vedtak kommer til anvendelse. I markedsretten er det avgjørende for om et offentlig organ i funksjonell forstand kan anses som foretak i forhold til konkurransereglene og om en offentlig aktivitet kan anses som en tjeneste i forhold til de fire friheter. Vi vil undersøke om det finnes felles prinsipper på tvers av disse rettsområdene for å foreta skillet og hvilke konsekvenser skillet får for anvendelse av forvaltningsrettslige regler som forvaltningsloven og offentlighetsloven, og for markedsrettslige regler som bl.a. reglene om statsstøtte og offentlige anskaffelser.

Grensetrekningen mellom myndighetsutøvelse og økonomisk aktivitet har gjennomgående betydning, men er særlig innen markedsretten usikker og fragmentarisk i rettspraksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen. Den bygger dels på økonomisk teori og dels på rettslige betraktninger. Vi vil analysere

---

<sup>13</sup> Grønbog om offentlig-private partnerskab og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner KOM(2004) 327 endelig avsnitt 36.



rettspraksis fra dette området og konfrontere den med økonomisk teori og teori og praksis fra forvaltningsretten. Vi vil se på grunnleggende prinsipper innen markedsretten, forvaltningsretten og kontraktsretten både for å se om det fra dette gir utgangspunkt for å forklare de skiller som er trukket og å gi anbefalinger for nye tilfelle. Vi regner med at dette er en oppgave som egner seg til mindre avhandlinger av prosjektets etablerte forskere og noen studentarbeider.

Analysen av skillet mellom myndighetsutøvelse og økonomisk aktivitet vil danne grunnlag for å videreutvikle den modell for analyse av forholdet mellom markedsretten og den offentlige rett ved konkurranseutsetting som er presentert ovenfor i presentasjonen av prosjektets teoretiske og praktiske referanseramme.

## **Prosjektets metode**

Prosjektets siktemål er å gi en rettsdogmatisk behandling av de spørsmål som stilles i tilknytning til markedsstaten. Utgangspunktet vil derfor være en rettsdogmatisk metode. Vi forstår imidlertid rettsvitenskapens oppgave som først og fremst å peke på sammenhenger, mønstre og muligheter i et aktuelt rettsstoff og i mindre grad å løse enkeltspørsmål.<sup>14</sup> Det er en utfordring for rettsvitenskapen å munne ut i teori om retten i en mer almen vitenskapelig betydning.<sup>15</sup> Hvordan enkeltspørsmål løses kan utgjøre råmateriale og gjenstand for rettsvitenskapens systematisering og teoribygging. En måte å bygge teorier om retten på et område på, er å stille opp hypoteser om hva som er fruktbare forklaringsmodeller for hvordan spørsmål løses og teste ut disse hypotesene ved å gjennomgå de forskjellige rettsspørsmålene på området. Utgangspunktet for slike hypoteser er gitt ovenfor i beskrivelsen av betydningen av graden av kommersialisering for anvendelse av hhv forvaltningsrett og markedsrettens regler. En annen viktig oppgave er å søke etter generelle trekk og normer som kan virke som felles fortolkningsbakgrunn for forskjellige rettsområder. Også dette vil være en viktig del av prosjektets metode.

Som et metodisk grep har vi valgt helse- og velferdsforvaltningen som det felt som skal gi empirisk bakgrunn for de rettslige analyser. Dette er for det første gjort ut fra et avgrensingsbehov – den offentlige sektor er så stor og mangfoldig at uten en slik sektorfokusering ville prosjektet lett kunne gå i oppløsning i forskjellige delstudier uten særlig innbyrdes sammenheng. Den positive grunnen til å velge denne sektoren er at den er et område hvor kommersielle hensyn møter offentlig tjenesteyting og myndighetsutøvelse og hvor både private, kommunale og statlige aktører deltar. På den offentlige siden deltar både forvaltningsorganer og mer kommersielt pregede rettssubjekter som helseforetakene. I tillegg har denne sektoren vært preget av en rekke reformer de senere årene som gir relevante utgangspunkter for å utforske prosjektets problemstillinger.

---

<sup>14</sup> Se nærmere Hans Petter Graver, Nyere utviklingstendenser i norsk rettsvitenskap, Lov og Rett 1998 s. 579-603.

<sup>15</sup> Se Claes Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, Juridisk tidskrift 2004 s. 297-333.