

# GILDISSVIÐ REGLNA STJÓRNSÝSLURÉTTARINS UM ÞJÓNUSTU EINKAÐILA SAMKVÆMT ÞJÓNUSTUSAMNINGI<sup>1</sup>

Dr. Margrét Vala Kristjánsdóttir, dósent við lagadeild Háskólans í Reykjavík

1. INNGANGUR.....	2
2. OPINBER RÉTTUR OG EINKARÉTTUR - FRAMSAL OG SPURNINGIN UM HVAÐ FYLGIR MEÐ Í KAUPUNUM .....	5
3. SAMKVÆMT LÖGUM EÐA SAMNINGI.....	6
3.1 Útgangspunktur .....	6
3.2 Framkvæmdin .....	7
4. ALMENNA SAMNINGSHEIMILDIN .....	11
4.1 40. gr. laga nr. 123/2015.....	11
4.2 Er skýr lagaheimild til töku stjórnvaldsákvörðunar?.....	11
4.3 Meginreglur og stjórnýsla í efnismerkingu .....	14
4.4 Verður breyting leidd af 40. gr.? .....	16
5. LOKAORÐ .....	18
Heimildaskrá: .....	20

## ÚTDRÁTTUR

Í grein þessari er greint frá rannsókn á safni þjónustusamninga stjórnvalda ríkisins við ýmsa einkaaðila um framkvæmd opinberrar þjónustu. Tilgangur rannsóknarinnar var að ganga úr skugga um hvort tekin væri afstaða til þess í skilmálum þeirra samninga sem hún tók til eða í viðeigandi sérlögum hvor stjórnýslulögum eða meginreglum stjórnýsluréttarins væri ætlað að gilda um hana. Rannsóknin sýnir að svo er almennt ekki. Í þessari stöðu vakna spurningar um réttaröryggi notenda viðkomandi þjónustu gagnvart þjónustuaðilanum. Í greininni er fjallað um þessa stöðu með það fyrir augum að greina hvort og þá á hvaða grundvelli opinberar reglur stjórnýsluréttarins ná til einkaaðila sem annars lúta reglum einkaréttarins. Ýmis atriði koma þar til skoðunar, þ. á m. atriði sem snerta stjórnýsluhugtakið, kröfu um lagaheimild til töku stjórnvaldsákvörðunar og gildissvið óskráðra meginreglna stjórnýsluréttarins. Fjallað er um almenna lagaheimild til handa stjórnvöldum til þess að gera þjónustusamning, þýðingu hennar og þróun og áhrif þess að nálgast gildi reglna stjórnýsluréttarins á grundvelli efnislegrar stjórnýslu.

---

<sup>1</sup> Grein þessi hefur staðist þær faglegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum Tímarits Lögréttu.

## ABSTRACT

This Article presents a survey covering a group of service contracts in order to verify whether the terms of the contracts and their legal basis actually address the applicability of the Administrative Procedure Act and/or general rules of public administrative law to the relationship between the provider and the user of contracted services. The survey shows that they generally do not. This raises questions as regards the legal certainty of the users of public services as administrative rules are important for the achievement of their constitutional and other legal rights. The objective of this article is to identify the circumstances under which public administrative law applies to services delivered by private entities that otherwise are mainly subject to private law. It considers various issues, including the definition of the term „public administration“, the requirement that private bodies must have a clear authorisation in law for taking administrative decisions and the scope of unwritten administrative law. It also discusses the general authorisation in law for public authorities to conclude service contracts, its meaning and development, the development of a functional approach to public administration and its effect on the scope of general rules of public administration.

## 1. INNGANGUR

Stjórnvöld hafa gert þjónustusamninga um framkvæmd opinberra verkefna á ýmsum sviðum.<sup>2</sup> Hugmyndin<sup>3</sup> er að með slíkum samningum megi ná fram hagkvæmni og lækka kostnað við opinbera þjónustu.<sup>4</sup> Með þátttöku einkaaðila sé unnt að veita opinbera þjónustu sem uppfylli gæðakröfur og jafnframt ná fram skilvirkni og hagkvæmni í opinberri stjórnslu.<sup>5</sup> Þjónustusamningar eru því stjórnþæki. Í greininni er fjallað um gildi skráðra og óskráðra reglna stjórnsluréttarins um framkvæmd opinberrar þjónustu sem veitt er af hálfu einkaaðila á grundvelli þjónustusamnings.

Hugtakið stjórnslu hefur bæði formlega og efnislega merkingu. Stjórnslu í formmerkingu vísar til þeirra aðila sem hafa á hendi framkvæmdavald<sup>6</sup> – stjórnvalda. Stjórnslu í efnismerkingu vísar til starfsemi sem heyrir undir framkvæmdavaldið – þess sem stjórnvöld gera.<sup>7</sup> Stjórnslulög nr. 37/1993 taka til stjórnslu ríkis og sveitarfélaga, sbr. 1. gr.

<sup>2</sup> Sjá dæmi í „Þjónustusamningar. Handbók“ (Fjármálaráðuneytið [Ministry of Finances] 2005).

<sup>3</sup> Ríkisstjórn Íslands samþykkti stefnu um nýskipan í ríkisrekstri árið 1995. „Stefna um nýskipan í ríkisrekstri“.

<sup>4</sup> Sjá t.d. Michael Steinicke o.fl., „Nye tendenser for inddragelse af private i kommunal opgaveudførelse“, *Forvaltningsretlige perspektiver* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006) 473.

<sup>5</sup> Hans Petter Graver, „Forvaltningsrettslige nydannelser - offentlig effektivisering og innsparingers rett“ (1985) 66 (2) *Nordisk Administrativt Tidsskrift* 77, 78. Um nýskipan í opinberum rekstri sjá nánar, t.d. Carsten Greve, „New Public Management - en kort oversigt over begrebets anvendelse og udvikling“ [2002] (1) *Nordisk Administrativt Tidsskrift* 77 og áfram.

<sup>6</sup> Samkvæmt þeirri þrískiptingu sem mælt er fyrir í 2. gr. stjórnarskrárinna, Alþt. 1992-1993, þskj. 505 - 313. mál, athugasemd við 1. gr.

<sup>7</sup> sama heimild. Sjá nánar, Páll Hreinsson, *Stjórnsluréttur-málsmeðferð* (Bokautgafan Codex 2013) 90; Björn Þ Guðmundsson, „Grundvallarhugtök í stjórnslurétti“ [1987] (2) *Tímarit lögfræðinga* 85, 87–88. Sjá einnig Trausti Fannar Valsson, *Stjórnslulögregg* (fons juris 2019) 8.

laganna. Þau gilda því um stjórnýslu<sup>8</sup> sem framkvæmd er af stjórnvöldum.<sup>9</sup> Báðir þættirnir þurfa að vera til staðar. Þegar stjórnvöld beita einkaréttarlegum heimildum<sup>10</sup> er efnisþátturinn ekki til staðar og lögin gilda því ekki. Vegna frekari afmörkunar í 2. mgr. 1. gr. laganna nær gildisvið laganna aðeins til stjórnvaldsákvörðana. Stjórnýslulögin eru hins vegar ekki eina réttarheimild stjórnýsluréttarins. Óskráðar meginreglur stjórnýsluréttarins,<sup>11</sup> sem sum ákvæði laganna byggjast á, hafa „almennt mun víðtækara gildissvið.“<sup>12</sup>

Ef stjórnvald felur einkaaðila með þjónustusamningi að annast opinbera þjónustu fyrir sína hönd er þjónustuaðilinn ekki stjórnvald. Formlegi þáttur stjórnýsluhugtaksins er því ekki til staðar. Stjórnýslulög gilda því ekki (nema honum hafi verið „falið opinbert vald“<sup>13</sup> til töku stjórnvaldsákvörðunar, sbr. 2. mgr. 1. gr.). Verkefnið, stjórnýslan, er þó áfram til staðar. Í þessari stöðu vakna spurningar um réttarstöðu notenda viðkomandi þjónustu gagnvart þjónustuaðilanum.<sup>14</sup> Þótt þeir séu ekki aðilar að þjónustusamningi stjórnvalds við þjónustuaðilann þá eiga þeir hagsmuna að gæta af framkvæmd hans. Þeir eiga augljóslega hagsmuni af því að fá þjónustuna og að hún uppfylli lögbundnar kröfur. Í hagsmunum þeirra felst einnig sú vernd sem reglur stjórnýsluréttar tryggja borgurunum í samskiptum þeirra við stjórnvöld - en réttaröryggi borgaranna var eitt meginmarkmið stjórnýslulaga.<sup>15</sup> Hún snýst ekki aðeins um að vernda borgarana gegn stjórnvöldum, hún hefur einnig jákvæða birtingarmynd þar sem stjórnvöld vinna í þágu borgaranna.<sup>16</sup> Reglur stjórnýsluréttarins geta því verið leið að því markmiði að tryggja réttindi borgaranna samkvæmt stjórnarskrá og öðrum lögum. Við setningu almennrar heimildar til handa stjórnvöldum til þess að gera þjónustusamninga<sup>17</sup> var lögð áhersla á að beiting hennar hefði ekki áhrif á réttarstöðu notenda viðkomandi þjónustu.<sup>18</sup> Ef reglur stjórnýsluréttarins fylgja ekki verkefni til einkaaðila kunna notendur viðkomandi þjónustu að vera öðru vísi settir að þessu leyti en þeir sem njóta hennar beint frá stjórnvöldum. Þeir kunna t.d. að missa af því að geta komið nauðsynlegum upplýsingum um málsatvik á framfæri áður en tekin er ákvörðun í tengslum við þjónustu samkvæmt samningi og spurningar

<sup>8</sup> Þau gilda þó aðeins um þá tegund stjórnýslu sem talist getur stjórnvaldsákvörðun, sbr. 2. mgr. 1. gr. laganna. Um einkenni stjórnvaldaákvörðana, sjá Páll Hreinsson (n. 6) 162.

<sup>9</sup> Um sjónarmið við mat á því hvort tiltekinn aðili teljist stjórnvald, sjá sama heimild 95–107. Sjá einnig t.d. bréf umboðsmanns Alþingis frá 22. febrúar 2000 í máli nr. 2830/1999.

<sup>10</sup> Alþt. 1992-1993, þskj. 505 - 313. mál, athugasemd við 1. gr.

<sup>11</sup> Nánar um þróun meginreglna og gildissvið þeirra, sjá Páll Hreinsson (n. 6) 40–43. Sjá einnig t.d., Karsten Naundrup Olesen, „Varetagelse af offentligretlige interesser ved udlicitering“ í Carsten Henrichsen, Peter Blume og Steen Rønsholdt (ritstj.), *Forvaltningsretlige perspektiver*. (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006) 404. Einnig er fjallað um meginreglur stjórnýsluréttarins í Hafsteinn Dan Kristjánsson, *Vandaðir stjórnýsluhættir* (Lagastofnun háskóla Íslands 2016).

<sup>12</sup> Alþt. 1992-1993, þskj. 505 - 313. mál, um III. kafla. Sjá einnig t.d. UA 10. júní 2008 í málum nr. 4552/2005, 4593/2005, 4888/2006 og 5044/2007 kafla III.3. Ennfremur UA 5544/2008, kafla III.3.

<sup>13</sup> Eins og það er orðað í athugasemd við 1. gr. frumvarpsins, Alþt. 1992-1993, þskj. 505 - 313. mál. .

<sup>14</sup> Sjá t.d. Erik Boe, „Forholdet mellem privatrett og offentlig - nye tendenser“ í Peter Lödrup o.fl. (ritstj.), *Rettsteori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002* (Universitetsforlaget 2002); Sjá t.d. Erling Selvig, „Kontraktutfylling og legalitetsprinsipp. Metodeproblemer i kontrakt- og forvatningsrettens grenseland“ í Peter Lödrup o.fl. (ritstj.), *Rettsteori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002* (Universitetsforlaget 2002).

<sup>15</sup> Alþt. 1992-1993, þskj. 505 - 313. mál, almennar athugasemdir.

<sup>16</sup> Steen Rønsholdt, *Forvaltningsret: retssikkerhed, proces, sagsbehandling* (2018) 37. Sjá einnig t.d. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett* (11. utgave, Universitetsforlaget 2018) 60–64.

<sup>17</sup> Í 30. gr. áður gildandi laga nr. 88/1997 um fjárreiður ríkisins.

<sup>18</sup> Alþt. 1996, þskj. 103 and 1102 - 100. mál, athugasemd við 30. gr.

geta vaknað um hvort þjónustuaðila beri að gæta að reglum stjórnsluréttar um t.d. jafnræði og meðalhóf og byggja ákvarðanir sínar á málefnalegum sjónarmiðum.

Vegna lögmætisreglunnar verður einkaaðila á hinn bóginn ekki gert að fylgja reglum stjórnsluréttarins nema slík skylda eða skuldbinding verði leidd af lögum<sup>19</sup> eða lögheimiluðum samningi.<sup>20</sup> Í þessari grein er greint frá niðurstöðu rannsóknar á tilteknum þjónustusamningum. Hún sýnir að þeir kveða ekki oft á um að þjónustuaðila beri að fylgja skráðum og/eða óskráðum reglum stjórnsluréttarins og að bein fyrirmæli í lögum þar að lútandi eru sjaldgæf. Með hliðsjón af réttaröryggissjónarmiðum virðist ekki á lög og samninga að treysta í þeim efnum. Við slíkar aðstæður getur reynt á heimildir einkaaðila til ákvarðanatöku og skýrleika slíkra heimilda m.t.t. þess hvort í þeim felst heimild til töku stjórnvaldsákvörðunar. Einnig getur reynt á gildi óskráðra grundvallarreglna stjórnsluréttarins, en þær hafa, eins og áður segir, víðtækara gildissvið en stjórnslulögin. Þær takmarkast hvorki við þær reglur sem skrásettar voru með stjórnslulögum né stjórnvaldsákvörðunir. Af athugasemdum við frumvarpið til stjórnslulaga má álykta að víðara gildissvið þeirra geti einnig náð til aðila sem stjórnslulögin gilda ekki um.<sup>21</sup>

Oft er talað um grátt svæði þar sem réttarreglur einkaréttur og opinbers réttar skarast.<sup>22</sup> Ef draga má fram hvort og þá á hvaða grundvelli skráðar og ekki síst óskráðar reglur stjórnsluréttarins geta fylgt verkefnum sem einkaaðili tekur að sér samkvæmt þjónustusamningi, má e.t.v. draga úr grámanum og lita þetta svæði skýrari litum. Það er verkefni þessarar greinar.

Í greininni er fjallað um þá stöðu sem að framan er lýst frá sjónarhorni stjórnsluréttarins. Aðlögun að nýjum raunveruleika, í þessu tilviki notkun þjónustusamninga, getur leitt til nýrra eða breyttra lagaákvæða, en einnig þróunar aðferðafræði, skilgreiningu hugtaka og sjónarmiða.<sup>23</sup> Í því sambandi kemur vægi efnislegrar stjórnslu við afmörkun gildissviðs óskráðra meginreglna stjórnsluréttarins til skoðunar.

Það hefur sjálfstætt gildi að nálgast álitaefni um þjónustusamninga á grundvelli stjórnsluréttarins. Það er hins vegar ekki eina leiðin. Einkarétturinn hefur brugðist við gagnstæðum sjónarmiðum markaðarins og velferðarríkisins með ýmsu móti.<sup>24</sup> Vaxandi vitund um áhrif einkaréttarins á velferðarsamfélagið og um þörf á vernd fyrir veikari samningsaðila í

<sup>19</sup> Ítarlega hefur verið fjallað um lögmætisregluna af fræðimönnum, þ.á m. íslenskum og norrænum. Nýleg umfjöllun gildi lögmætisreglu um samskipti stjórnvalda við einkaaðila sem falið er að vinna verk fyrir þau er í Trausti Fannar Valsson (n. 6) 22.

<sup>20</sup> Sjá t.d. UA 10. júní 2008 í málum nr. 4552/2005, 4593/2005, 4888/2006 og 5044/2007, kafli III.

<sup>21</sup> Þar sem að gildissvið þeirra hafi „almennt mun víðara gildissvið en gert sé ráð fyrir að lögin hafi, sbr. 1. og 2. gr.“ Alþt. 1992-1993, þskj. 505 - 313. mál, athugasemd við III. kafla frumvarpsins.

<sup>22</sup> Sjá t.d. Tom Madell, „Gråzonen Mellan Offentlig Rätt och Privaträtt - Forskning i Dag“ [2004] (4) Förvaltningsrättslig tidskrift 223, 222.

<sup>23</sup> Inger Johanne Sand, „Retten i det polykontekstuelle samfunn. Hvordan skal vi analysere og forstå den?“ (2005) 28 (4) Retfærd 1, 12.

<sup>24</sup> „... the contradiction between marketization and welfarist expectations“, Thomas Wilhelmsson, „Services of general interest and European private law“ í CEF Rickett og Thomas Telfer (ritstj.), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice* (Rickett, Charles E.F. & Telfer, Thomas G.W., Cambridge University Press 2003) 150.

samningssambandi hefur haft áhrif á reglur einkaréttarins.<sup>25</sup> Ýmsar reglur samningaréttar, neytendaréttar og vinnuréttar eru dæmi um slíka þróun. Þá kveða ýmis lög á sviði einkaréttar á um að gæta skuli hlutlægni, jafnræðis og meðalhófs, svo að dæmi séu nefnd, og að tiltekna málmeðferðarreglur skuli gilda um viðkomandi málaflokk. Þannig geta ákvæði laga og reglugerða haft að geyma reglur sambærilegar þeim sem almennt tilheyra stjórnarsýsluréttinum og þar með stuðlað að réttaröryggi notenda opinberrar þjónustu. Umfjöllun frá þessu sjónarhorni fellur utan efnis þessarar greinar.

## 2. OPINBER RÉTTUR OG EINKARÉTTUR - FRAMSAL OG SPURNINGIN UM HVAÐ FYLGIR MEÐ Í KAUPUNUM

Sú staða sem skapast við gerð þjónustusamninga og lýst er hér að framan, þar sem saman blandast einkaréttarlegir aðilar og opinber verkefni, passar ekki vel inn hefðbundna tvískiptingu réttareglna í einka- og opinberan rétt.<sup>26</sup> Slík skipting getur vissulega verið gagnleg fyrir skipulag fræðigreinarinnar lögræði. Það getur verið gott að hugsa og leggja línur eftir ákvæðnum brautum.<sup>27</sup> Hugtök, skipulag og hugsanamynstur mega þó ekki alfarið ráða ferðinni.<sup>28</sup> Afstaða Reykjavíkurborgar í svörum við fyrirspurn umboðsmanns Alþingis í máli nr. 5544/2008 (Félagsbústaðir hf.)<sup>29</sup> er ágætt dæmi þar sem einkaréttarlegum og opinberum reglum virðist stillt upp sem andstæðum í þeim skilningi að aðrar útiloki hinar. Um er að ræða frumkvæðisathugun umboðsmanns Alþingis á ákvörðunum og framkvæmd einkaréttarlegs félags, Félagsbústaða hf., sem starfar á grundvelli heimildar í 38. gr. laga nr. 44/1998 um húsnæðismál, sem heimilar sveitarfélagi að stofna og standa að rekstri leigufélaga og húsnæðissjálfsseignarstofnana, og sér m.a. um útleigu félagslegs leiguhúsnæði á grundvelli laga um félagsþjónustu sveitarfélaga nr. 40/1991. Reykjavíkurborg taldi að vegna einkaréttarlegrar stöðu félagsins væru ákvarðanir Félagsbústaða hf. um lok afnota á félagslegu húsnæði einkaréttarlegar athafnir. Um þær giltu ákvæði húsaleigulaga, ekki stjórnarsýslulaga.<sup>30</sup> Hér leiðir ströng aðgreining til of mikillar einföldunar. Taka þarf tillit til þess að fleiri en ein réttarheimild getur átt við. Þótt stjórnvöld lúti opinberum reglum getur reynt á reglur einkaréttarins um einkaréttarlega þætti í starfsemi þeirra<sup>31</sup> og þótt starfsemi einkaaðila lúti almennt

<sup>25</sup> Nánar um þetta efni sjá t.d. Chantal Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy, and England* (Kluwer Law International ; Wolters Kluwer Law & Business ; Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen 2008). Einnig Wilhelmsson (n. 23).

<sup>26</sup> Sjá t.d. Erik Boe, „Medie- og telematikksæktoren - et forvaltningsrettslig grenseland“ í Anders Bratholm, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke (ritstj.), *Samfunn, rett, rettferdighet: festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag* (Tano 1986) 173. Um þýðingu og þróun þessara hugtaka sjá t.d. Constanze Semmelmann, „The Public-private Divide in European Union Law“, *European Legal Method: in a multi-level EU- legal order* (DJÖF Publishing 2012) 184–193. Þótt umfjöllunin sé sett fram í tenglum við evrópurétt hefur hún almenna skírskotun.

<sup>27</sup> Boe (n. 13) 122.

<sup>28</sup> sama heimild 121. „Ulempen er að hvis begrepen og konstrukjonene får dominere, tar de makten fra en.“

<sup>29</sup> Bréf umboðsmanns Alþingis (fyrirspurn) frá 31. desember 2008 í máli nr. 5544/2008.

<sup>30</sup> Sama heimild, sjá 2. kafla bréfsins. Sjá einnig samskipti umboðsmanns og stjórnvalda um þetta atriði í áliti umboðsmanns Alþingis í málinu, UA 13. júní 2016 í máli nr. 5544/2008., kafla II.

<sup>31</sup> Sjá t.d. H 23. mars 2000 í máli nr. 407/1999, þar sem dómurinn samþykkti ekki að ríkið hefði sömu stöðu og aðrir eigendur fasteigna við sölu ríkisjarðar og taldi að stjórnarsýslulög giltu um slíka sölu. Að öðru leyti lyti salan ákvæðum laga um fasteignakaup.

einkaréttarlegum reglum geta einhverjir þættir hennar lotið opinberum réttarreglum, þ. á m. reglum stjórnsluréttarins.<sup>32</sup>

Ályktun Reykjavíkurborgar í framangreindu máli um Félagsbústaði hf. virðist ekki heldur taka með í reikninginn að sveitarfélagið fól félaginu að sinna þáttum í starfsemi þess á grundvelli lagaheimildar. Samkvæmt almennum framsalsreglum tekur framsalshafi við hlutverki stjórnvalds gagnvart borgurunum - með sömu réttindum og skyldum sem í því felst.<sup>33</sup> Á það líka við um þær sem felast í máls- og efnisreglum stjórnsluréttarins?

### 3. SAMKVÆMT LÖGUM EÐA SAMNINGI

#### 3.1 Útgangspunktur

Eins og áður segir eru einkaaðilar ekki bundnir af reglum stjórnsluréttarins nema slík skylda eða skuldbinding leiði af lögum eða samningi. Hafi þjónustusamningur að geyma fyrirmæli um að þjónustuaðili skuli fara að reglum stjórnsluréttarins í samskiptum við notendur á grundvelli samningsins verða þær hluti af samningsskyldum þjónustuaðilans gagnvart viðkomandi stjórnvaldi. Hann tekur þá að sér að fylgja þeim gagnvart notendum viðkomandi þjónustu. Eigi slíkar reglur að gilda um ákvarðanir hans er því mikilvægt að stjórnvöld setji undirbúning samnings í þann farveg sem gilda um gerð slíkra samninga<sup>34</sup> og gæti að því, þar sem það á við, að samningur beri með sér réttarstöðu borgaranna m.t.t. reglna stjórnsluréttarins,<sup>35</sup> sbr. einnig 10. gr. reglugerðar nr. 643/2018 um undirbúning, gerð og eftirfylgni samninga um framkvæmdir, rekstur og afmörkuð verkefni. Umboðsmaður Alþingis gerði þetta að sérstöku umtalsefni í fyrrnefndri athugun á tilteknum þáttum í starfsemi Félagsbústaða hf. Hann minnti á að stjórnvald, sem í þessu tilviki var sveitarfélag, bæri áfram ábyrgð á lögboðinni starfsemi sinni þótt það hefði farið þá leið að fela einkaaðila að annast verkefni sem annars hvíldi á þess herðum. Sveitarfélaginu bæri skylda til að tryggja að réttarvernd leigutaka gagnvart einkaaðilum væri ekki lakari en hún væri gagnvart því. Það kynni því að þurfa að grípa til ráðstafana gagnvart Félagsbústöðum hf. svo tryggt væri að leigutakar nytu ekki lakari réttarverndar en þeir hefðu ella notið gagnvart borginni. Borgin kynni því að þurfa að "hlutast til um löggæringa" milli hennar og Félagsbústaða hf., eftir atvikum í einstökum húsaleigusamningum, hugsanlega með því að "búa svo um hnútana að Félagsbústaðir hf. fari eftir reglum stjórnsluréttarins."<sup>36</sup> Þjónustusamningur á milli stjórnvalds og þjónustuveitanda getur þannig verið tæki til þess að koma á slíkum skuldbindingum.

Umboðsmaður Alþingis hefur einnig bent á mikilvægi þess að löggjafinn taki skýra afstöðu til þess hvort og þá að hvaða marki réttindi borgaranna til opinberrar þjónustu geti ráðist af

<sup>32</sup> H 22. janúar 2008 í máli nr. 19/2008. Þar segir að hafi stjórnvald samkvæmt lagaheimild falið einkaaðila tiltekin verk, sem ella hefðu komið í hlut stjórnvaldsins, giltu ákvæði stjórnslulaga um töku ákvarðana um rétt og skyldu manna innan verksviðs framsalsins. Hvorki þau lög né óskráðar meginreglur stjórnsluréttar giltu hins vegar um aðra þætti í starfsemi viðkomandi einkahlutafélags.

<sup>33</sup> Páll Hreinsson (n. 6) 218.

<sup>34</sup> Sjá t.d. UA 24. júní 2009 í máli nr. 4904/2007 um að setja verði undirbúning og gerð þjónustusamninga í þann farveg sem mælt sé fyrir um í (þágildandi) ákvæði 30. gr. laga nr. 88/1997 um fjárreiður ríkisins. Einnig, „Skýrsla Umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2006“ (2007).

<sup>35</sup> sama heimild 27. Sjá einnig UA 10. júní 2008 í málum nr. 4552/2005, 4593/2005, 4888/2006 og 5044/2007.

<sup>36</sup> UA 13. júní 2016 í máli nr. 5544/2008, kafli III.4.

samningum við einkaaðila<sup>37</sup> og hvort stjórnslulögum og/eða meginreglum stjórnsluréttar sé ætlað að gilda um framkvæmd hennar. Ýmis dæmi eru um að lög mæli fyrir um að stjórnslulög, tiltekin ákvæði þeirra eða meginreglur stjórnsluréttarins gildi að einhverju leyti um meðferð mála samkvæmt þeim. Þannig segir í 101. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011, að ákvæði stjórnslulaga sem og almennar meginreglur stjórnsluréttarins gildi um stjórnslu sem verktaki tekur að sér að annast. Sértekara dæmi er t.d. í lögum um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002, þar sem segir að prófnefnd verðbréfavíðskipta sé heimilt að fela óháðum aðilum að gefa einkunn fyrir prófurlausn.<sup>38</sup> Með því að prófnefndinni er falið að taka stjórnvaldsákvörðun<sup>39</sup> gilda stjórnslulög um þá ákvörðun. Þá eru dæmi um að einkaaðilum sé beinlínis bannað að taka slíkar ákvarðanir. Skoðunaraðilum sem starfa á grundvelli samnings er t.d. ekki heimilt að beita þvingunarúrræðum samkvæmt lögum um hollustuhætti og mengunarvarnir.<sup>40</sup> Eins og nánar greinir í kafla 4.2 eru öll ákvæði þó ekki jafn skýr í þessum efnum.

### 3.2 Framkvæmdin

Reyndin er þó sú, að stjórnsluleg atriði hafa ekki fengið mikla athygli við lagasetningu og gerð þjónustusamninga.<sup>41</sup> Rannsókn<sup>42</sup> á safni þjónustusamninga ríkisins við einkaaðila um framkvæmd lögbundinna verkefna leiddi í ljós að almennt var ekki vikið að því í skilmálum þjónustusamninga eða sérlögum hvort stjórnslulög eða meginreglur stjórnsluréttarins giltu um framkvæmd viðkomandi þjónustu. Rannsóknin sýnir m.a. að slík fyrirmæli voru aðeins í fjórum<sup>43</sup> af 23 samningum heilbrigðis- félagsmálaráðuneyta við einkaaðila um öldrunarþjónustu og dvalarheimili fyrir aldraða (5), heilsugæslu (2), sjúkrahótel (1), sjúkraflutninga (2), þjónustu við fatlaða (3) og barnavernd (2). Auk þess voru í þessum flokki samningar við félagssamtök um ýmsa þjónustu (8). Ef svara ætti spurningunni um gildi reglna stjórnsluréttar á grundvelli skuldbindinga samkvæmt texta samninganna eingöngu, yrði henni í flestum tilvikum svarað neitandi. Rannsókn á endurnýjuðum samningum leiddi ekki í ljós miklar breytingar að þessu leyti. Samningar um hjúkrunar- og dvalarheimili hafa þó breyst að

<sup>37</sup> „Skýrsla Umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2006“ (n. 33) 30. Sjá einnig UA 10. júní 2008 í málum nr. 4552/2005, 4593/2005, 4888/2006 og 5044/2007.

<sup>38</sup> Sbr. 3. mgr. 53 gr. laga nr. 161/2002. Sjá einnig álit umboðsmanns Alþingis frá 16 janúar 2008 í máli nr. 5084/2007.

<sup>39</sup> Ákvörðun um einkunnir telst stjórnvaldsákvörðun, sbr. 2. tölul. 2. mgr. 21. gr. stjórnslulaga.

<sup>40</sup> Sbr. 58. gr laga nr. 7/1998 um hollustuhætti og mengunarvarnir

<sup>41</sup> „Skýrsla Umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2006“ (n. 33) 26.

<sup>42</sup> Tilgangur rannsóknarinnar var að kanna hvort þjónustusamningar kvæðu almennt á um gildi reglna stjórnsluréttarins um samskipti einkaréttarlegs samningsaðila og notenda þjónustu. Einnig var athugað hvort ákvæði viðkomandi sérlaga mæltu fyrir um gildi slíkra reglna. Rannsóknin tók til 47 samninga ríkisins á fjárlögum ársins 2012 sem gerðir voru á grundvelli almennrar samningsheimildar í þágildandi 30. gr. fjárreiðulaga nr. 88/1997 og/eða heimildar í sérlögum. Um er að ræða heilbrigðis- og/eða félagsmálaráðuneytis (30), mennta- og menningarmálaráðuneytis (11) fjármála- og efnahagsráðuneytisins (2), samgöngu og- sveitarstjórnarráðuneytisins (2), umhverfisráðuneytis (1) atvinnuvinnuvega og nýsköpunarráðuneytis (1) sem voru á fjárlögum ársins 2012. Rétt er að taka fram að af þessum 47 voru 7 samningar strax felldir út úr rannsókninni þar sem viðsemjandinn var sveitarfélag en ekki einkaaðili. Tveir stærstu samningshóparnir (heilbrigðis og menntamál) voru aftur skoðaðir í nóvember 2017 í þeim tilgangi að sjá hvort breytingar hefðu orðið að þessu leyti. Rannsóknin var hluti af doktorsverkefni höfundar: Margrét Vala Kristjánsdóttir, „Administrative Law and Service Contracts - Adding Colour to the Grey“ (PhD thesis, Oslo University 2019).

<sup>43</sup> Þessir fjórir voru við hjúkrunarheimilin Mörk og Hrafnistu, Krabbameinsfélagið og SÍBS.

Því leyti að nú gildir rammasamningur við Sjúkratryggingastofnun um slíka þjónustu.<sup>44</sup> Í kröfufýsingu sem tekur til allra hjúkrunar – og dvalarrýma óháð rekstraraðila<sup>45</sup> er stjórnarsýslulaga getið á meðal þeirra laga eiga við um starfsemi slíkra hjúkrunar- og dvalarheimila.

Samningar mennta- og menningarmálaráðuneytisins við einkaskóla sem hlotið hafa viðurkenningu ráðuneytisins kváðu oftast á um gildi slíkra reglna, eða 5 samningar af 11. Þessir fimm voru allir við framhaldsskóla (7).<sup>46</sup> Samningarnir við háskóla (4) mæltu hins vegar ekki fyrir um gildi slíkra reglna. Einn þeirra<sup>47</sup> mælti þó fyrir um að reglur um réttindi og skyldur nemenda skyldu vera í samræmi við góða stjórnarsýsluhætti.<sup>48</sup> Samkvæmt seinni athugun varð mikilvæg breyting á endurnýjuðum samningum við háskóla að þessu leyti. Þar er nú kveðið á um að háskóli starfi í samræmi við lög og reglugerðir sem við eigi um starfsemi hans, „þar á meðal lög og reglur um rekstur aðila sem ekki eru ríkisaðilar en veita opinberra þjónustu sem kostuð er að verulegu eða öllu leyti á framlögum ríkisins, eftir því sem við á.“<sup>49</sup> Samkvæmt skýringum frá ráðuneytinu eru stjórnarsýslulög og upplýsingalög þar á meðal. Með því að takast á hendur þjónustu sem nýtur að verulegu leyti opinberrar fjármögnunar, kunni einkaskólar að vera komnir inn í annað lagaumhverfi. Það sé síðan á ábyrgð hvers háskóla að meta hvenær lög sem annars taki aðeins til opinberra aðila eigi við um starfsemi þeirra.<sup>50</sup>

Samningar annarra ráðuneyta<sup>51</sup> nefndu ekki stjórnarsýslureglur, nema vísað er til hæfisreglna stjórnarsýslulaga í einum samningi.<sup>52</sup>

Texti samninganna segir þó ekki alla söguna. Í öðrum hluta rannsóknarinnar var athugað hvort viðkomandi löggjöf tæki af skarið í þessum efnum. Skemmst er frá því að segja að slík lagaákvæði reyndust fá. Þótt löggjöf gerði ráð fyrir að starfsemi gæti farið fram utan ríkisstofnana og/eða þjónustusamningar væru gerðir um framkvæmd þjónustunnar, tók hún almennt ekki afstöðu til þess hvort stjórnarsýslulög eða óskráðar meginreglur fylgdu verkefninu. Slík fyrirmæli eru hvorki í lögum um heilbrigðisþjónustu nr. 40/2007, lögum um sjúkratryggingar nr. 112/2008 né lögum nr. 125/1999 um málefni aldraðra sem samningar

<sup>44</sup> <https://www.sjukra.is/media/hjukrunarheimili/Samningur-oldurnarheimili-grunnskjal-2019.pdf>

<sup>45</sup> Velferðarráðuneytið, „Kröfufýsing fyrir hjúkrunarrými og dvalarrými“ (september 2016), viðauki I.

<sup>46</sup> Í lögum um framhaldsskóla eru nú bein fyrirmæli um fyrir um gildi stjórnarsýslulaga við töku ákvarðana um réttindi og skyldur framhaldsskólanema.

<sup>47</sup> Samningur við Háskólann í Reykjavík ehf., dags. 29. febrúar 2011.

<sup>48</sup> Sjá nánar Margrét Vala Kristjánsdóttir, „Eru ákvarðanir einkarekinna háskóla um réttindi og skyldur nemenda stjórnarsýsla eða ákvarðanir á grundvelli einkaréttar?“ (2011) 9 (1) Tímarit Lögréttu 53.

<sup>49</sup> Þjónustusamningur um kennslu og rannsóknir milli Háskólans í Reykjavík og mennta- og menningarmálaráðuneytis 2012-2016, dags. 29. desember 2011, grein 1.6. Aðgengilegt á <https://www.stjornarradid.is/media/menntamalaraduneyti-media/media/MRN-pdf/Thjonustusamningur-vid-Haskolann-i-Reykjavik-2012-2016.pdf>. Í viðauka við samninginn, dags. 17. október 2017 kemur fram að í stað tilvísana til laga nr. 88/1997 komi vísun til laga nr. 123/2015 um opinber fjármál. Sambærilegir samningar við aðra einkaháskóla eru einnig á heimasíðu ráðuneytisins.

<sup>50</sup> Listi sem lagður var fram á fundi ráðuneytisins með Háskólanum í Reykjavík 2. október 2012.

<sup>51</sup> Samningur umhverfisráðuneytis við Skógrækt ríkisins um landgræðsluskóga, samningur nýsköpunarráðuneytis við Bændasamtökin um ýmis verkefni samkvæmt landbúnaðarlögum. Tveir samningar fjármálaráðuneytis við Skýrr ehf. (nú Advania hf.) um þróun og rekstur tiltekinna tölvukerfa og tveir samningar samgönguráðuneytis við Isavia ohf. um rekstur Keflavíkurflugvallar og flugstöðvar Leifs Eiríkssonar, komu ekki til frekari skoðunar vegna þess að ekki var um að ræða þjónustu við þriðja aðila.

<sup>52</sup> Samningur atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytis.



heilbrigðisráðuneytisins um rekstur heilsugæslustöðva, dvalar- og hjúkrunarheimila fyrir aldraða, um sjúkrahótel og um sjúkraflutninga eru byggðir á.

Samningar um verndaða vinnu voru gerðir á grundvelli þágildandi laga nr. 59/1992 um málefni fatlaðra og laga um vinnumarkaðsaðgerðir nr. 55/2006. Síðarnefndu lögin taka ekki afstöðu til gildissviðs reglna stjórnisýsluréttarins. Lögin um málefni fatlaðra nr. 59/1992 á hinn bóginn kváðu á um að taka skyldi fram í samningi um verndaða vinnu að stjórnisýslulög, sem og meginreglur stjórnisýsluréttar, giltu um þá stjórnisýslu sem þjónustu- eða rekstraradili tæki að sér að annast á grundvelli samnings.<sup>53</sup> Sú skylda er ekki orðuð í arftaka þeirra, lögum nr. 38/2018 um þjónustu við fólk með langvarandi stuðningsþarfir. Þar segir þó í 6. gr., að við gerð þjónustusamninga við einkaaðila skuli tryggt að réttarstaða notenda þjónustu verði ekki lakari en annars hefði verið. Þannig þarf að tryggja að einkaaðili sem samið er við uppfylli allar sömu lagalegu skyldur og sveitarfélagið hefði þurft að uppfylla og að sá sem þiggur þjónustuna hafi leiðir til þess að leita réttar síns telji hann á sér brotið, eins og segir í athugasemd við ákvæðið í frumvarpinu sem varð að lögum 38/2018.<sup>54</sup> Einkaaðilum verður þó ekki falið að meta þjónustupörf eða taka ákvörðun um þjónustu.

Samningar um rekstur stofnana og heimila fyrir börn voru gerðir á grundvelli 79. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002. Í lögnum eru ekki almenn fyrirmæli um gildi skráðra eða óskráðra reglna stjórnisýsluréttarins um einkaaðila sem veita þjónustu á grundvelli laganna. Þar segir þó að heimilt sé að fela einkaaðilum sem reka stofnun eða heimili á grundvelli þjónustusamnings að taka ákvarðanir um takmörkun réttinda<sup>55</sup> og beitingu þvingunarráðstafana<sup>56</sup> samkvæmt 82. laganna, að því marki sem eðlilegt eða nauðsynlegt sé til að markmið með vistun verði náð. Þar sem hér er um að ræða sérstaka heimild til þess að taka stjórnvaldsákvörðun lúta ákvarðanir um þessi atriði ákvæðum stjórnisýslulaga. Engar leiðbeiningar eru hins vegar um hvort aðrar ákvarðanir sem snert geta réttarstöðu notendanna lúti ákvæðum stjórnisýslulaga eða meginreglum stjórnisýsluréttarins.

Oftar var kveðið á um gildi reglna stjórnisýsluréttarins í lögum um skólastigin sem eru grundvöllur samninga menntamálaráðuneytisins. Munar þar mest um lög um framhaldsskóla, nr. 92/2008 sem kveða á um að fylgja skuli ákvæðum stjórnisýslulaga við ákvarðanir skólameistara um rétt eða skyldu nemenda.<sup>57</sup> Slík fyrirmæli eru ekki í lögum nr. 63/2006 um háskóla. Í þeim segir að háskólar, óháð rekstrarformi, þurfa að setja sér reglur um réttindi og skyldur nemenda til þess að öðlast viðurkenningu menntamálaráðherra, sbr. 3. gr. 3. gr. háskólalaga. Samkvæmt reglum um viðurkenningu háskóla nr. 1067/2006, eiga slíkar reglur opinberra háskóla að vera í samræmi við stjórnisýslulög. Reglur annarra háskóla skulu vera í samræmi við málefnalega stjórnisýslu og meginreglur stjórnisýsluréttar eftir því sem við getur

<sup>53</sup> Sbr. 6. gr. b. laganna, eins og þeim var breytt með 7. gr. laga nr. 152/2010 sem tóku gildi eftir að samningarnir sem rannsóknin tekur til voru gerðir. Málaflokkurinn hefur nú verið fluttur til sveitarfélaga.

<sup>54</sup> Alþt. 2017-2018, þskj. 26- 26. mál, aths. við 6. gr.

<sup>55</sup> Réttinn til einkalífs, til að ráða persónulegum högum sínum og rétt til að hafa samskipti við aðra, rétt til þess að vera frjáls ferða sinna innan sem utan umráðasvæðis heimilis eða stofnunar, sbr. 1. og 2. mgr. 82. gr.

<sup>56</sup> Svo sem alvarleg agaviðurlög, eftirlit með póstsendingum, tölvusamskiptum og símtölum.

<sup>57</sup> Ákvarðanir um brottvísun úr skóla í fleiri en einn skóladag eða að nemandi sé meinað að sækja kennslutíma í ákveðnu fagi eða námsgrein um nokkurt skeið eru nefndar sem dæmi um slíkar ákvarðanir, sbr. 4. mgr. 33. gr. a laga um framhaldsskóla.

átt.<sup>58</sup> Háskóla­lög taka ekki berum orðum fram að stjórn­­sýslulög eða meginreglur stjórn­­sýsluréttarins gildi um ákvarðanir um réttindi og skyldur nemenda einkarekinna háskóla. Reglurnar sem þeir setja sér eiga þó að taka mið af þeim þar sem það á við.

Löggjöf um starfsemi samkvæmt öðrum samningum sem rannsóknin tók til mæla ekki fyrir um gildi reglna stjórn­­sýsluréttar um framkvæmd hennar.

Samkvæmt framansögðu tóku lög og samningar umræddrar rannsóknar sjaldan afstöðu til þess hvort stjórn­­sýslulög og/eða meginreglur stjórn­­sýsluréttarins fylgdu framsali til einkaaðila með þjónustusamningi. Þetta virðist ekki hafa breyst frá árinu 2006 þegar umboðsmaður Alþingis kvað stjórn­­sýsluleg atriði ekki fá mikla athygli við lagasetningu og gerð þjónustusamninga.<sup>59</sup> Þetta ber ekki að skilja svo að í öllum tilvikum hafi reynst tilefni til þess að huga að gildissviði stjórn­­sýslureglna í rannsókninni. Samningarnir snertu ýmis konar verkefni hins opinbera. Bæði um þjónustu við þriðja aðila sem stjórnvaldi var ætlað að sinna og um þjónustu við stjórnvaldið sjálft. Hið síðarnefnda gefur ekki tilefni þess að huga að reglum stjórn­­sýsluréttar. Slíkir samningar voru því ekki skoðaðir frekar.<sup>60</sup> Efni samnings kann að öðru leyti að vera þess eðlis að ekki vakna spurningar af því tagi sem hér eru til umfjöllunar eða þeim er fljótsvarað eftir athugun og túlkun lagaákvæða.<sup>61</sup> Í öðrum tilvikum þurfti að kafa dýpra<sup>62</sup> og greina, m.a. hvort um væri að ræða stjórnvaldsákvörðun og/eða stjórn­­sýslu í efnismerkingu.<sup>63</sup>

Taka verður undir mikilvægi þess að löggjafinn og stjórnvöld láti þess getið í lögum og samningum sem snerta réttarstöðu notenda opinberrar þjónustu hvort og þá hvenær reglur stjórn­­sýsluréttar gildi um samskipti einkaréttarlegs verktaka og notenda þjónustunnar. Hver er staðan ef löggjafinn og stjórnvöld vanrækja þetta, eins og niðurstöður rannsóknarinnar gefa til kynna? Gilda þá engar slíkar reglur? Ákvæði 101 gr. sveitarstjórnarlaga sem áður var vikið að svarar þessari spurningu á vettvangi sveitarfélaga. Hvað með stjórnvöld ríkisins? Hér kemur til kasta almennu samningsheimildarinnar í 40. gr. laga um opinber fjármál nr. 123/2015.

<sup>58</sup> Sbr. 2. gr. e. reglna nr. 1067/2006 um viðurkenningu háskóla á grundvelli 3. gr. laga nr. 63/2006 um háskóla. Slíkar reglur skulu jafnframt taka mið af málsmeðferðarreglu 20. gr. laganna um málskot til áfrýjunarnefndar. Um slík málskot gilda ákvæði VII. kafla stjórn­­sýslulaga. Um þýðingu hennar m.t.t. stjórn­­sýslulegra skyldna einkaskóla sjá Margrét Vala Kristjánsdóttir (n. 47) 61–62.

<sup>59</sup> „Skýrsla Umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2006“ (n. 33) 26.

<sup>60</sup> Sbr. t.d. samningur við Skýrr ehf. (nú Advania hf.) um þróun tölvukerfa til að halda utan um ákveðna þætti starfsemi fyrirtækisins.

<sup>61</sup> Verkefni Skógræktarfélag­­s Íslands um landgræðsluskóga samkvæmt samningi við umhverfisráðuneytið og Skógrækt ríkisins er dæmi um þetta. Ljóst er að kaup og ráðstöfun plantna lýtur ekki slíkum reglum. Að því er snertir þann hluta verkefnisins sem snýr að að samningum við landeigendur þá er það Skógræktar ríkisins að taka ákvarðanir auk þess sem landeigendurnir eru ekki notendur þjónustu samkvæmt samningnum. Ekki var því ástæða til að skoða þennan samning nánar m.t.t. reglna stjórn­­sýsluréttarins.

<sup>62</sup> Samningur heilbrigðisráðuneytis við Mýflug hf. er dæmi um þetta. Samningurinn tekur til starfa nokkurra starfshópa; heilbrigðisstarfsfólk, sjúkraflutningamanna, flugmanna og flugvirkja. Niðurstæða athugunar var að samningurinn tæki í raun ekki til starfa tveggja fyrstu hópanna sem voru annars vegar starfsfólk sjúkrahúss og hins vegar Slökkvistöðvar Akureyrar. Störf tveggja síðarnefndu flokkanna samkvæmt samningnum töldust ekki stjórn­­sýsla í skilningi stjórn­­sýsluréttarins.

<sup>63</sup> Ekki er víst að allar reglur stjórn­­sýsluréttarins eigi við um alla efnislega stjórn­­sýsla. Slík greining fellur utan efnis þessarar greinar.

#### 4. ALMENNA SAMNINGSHEIMILDIN

##### 4.1 40. gr. laga nr. 123/2015

Flestir samninganna og/eða lagagrundvöllur þeirra vísuðu til almennu heimildarinnar í þágildandi 30. gr. laga nr. 88/1997 um fjárreiður ríkisins, nú 40. gr. laga nr. 123/2015 um opinber fjármál. Í 40. gr. er ríkisaðilum í A-hluta<sup>64</sup> heimilað, að fengnu samþykki fjármálaráðherra og hlutaðeigandi ráðherra, að gera samninga, m.a. við einkaaðila um framkvæmdir, rekstur eða önnur afmörkuð verkefni til lengri tíma en eins árs en þó eigi lengur en til fimm ára „enda sé ekki um að ræða verkefni sem fela í sér vald til að taka ákvarðanir er lúta að réttindum og skyldum manna nema fyrir því liggi skýr lagaheimild.“ Að þessu leyti er heimildin sama efnis og áðurgildandi 2. mgr. 30. gr. laga nr. 88/1997, um fjárreiður ríkisins.<sup>65</sup> Ef lög heimila einkaréttarlegum samningsaðila töku slíkrar ákvörðunar geta stjórnarsýslulög náð til hennar, sbr. 2. mgr. 1. gr. laganna. Ákvæði 40. gr. er hins vegar frábrugðið forvera sínum að því leyti að þar er ekki vikið sérstaklega að gildi meginreglna stjórnarsýsluréttarins um „stjórnarsýslu sem verktaki tæki að sér að annast.“ Fyrst verður, í kafla 4.2, vikið að álitafnum í tengslum við kröfuna um skýra lagaheimild til töku stjórnvaldsákvörðunar.<sup>66</sup> Næst, í kafla 4.3, verður fjallað um gildi óskráðra meginreglna stjórnarsýsluréttarins um efnislega stjórnarsýslu og loks, í kafla 4.4, um hvort ákvæði 40. gr. laga nr. 123/2015 hafi í för með sér breytingu á gildissviði meginreglnanna í þeim efnunum.

##### 4.2 Er skýr lagaheimild til töku stjórnvaldsákvörðunar?

Samkvæmt fyrrgreindri rannsókn á þjónustusamningum er það fátítt að tekin sé afstaða til gildissviðs stjórnarsýslulaga og/eða meginreglna stjórnarsýsluréttarins. Eins og segir í kafla 3.1 eru ýmis dæmi í lögum um heimildir til ákvarðanatöku af hálfu einkaaðila. Þótt þeim kunni að vera falið að taka tilteknar ákvarðanir er þó ekki alltaf augljóst hvenær um stjórnvaldsákvörðun í skilningi stjórnarsýslulaga er að ræða. Þá getur verið óljóst hversu víðtækar slíkar heimildir eru. Þögn um heimildir til ákvarðanatöku getur líka vakið spurningar, einkum þegar verkefni, eðli málsins samkvæmt, kallar á töku ákvarðana um réttindi og skyldur notenda þjónustunnar.

Sem dæmi má nefna 15. gr. laga um málefni aldraðra nr. 125/1999 þar sem segir að stjórn dvalar- eða hjúkrunarheimilis taki ákvörðun um dvöl umsækjanda á slíku heimili. Lög um málefni aldraðra gera ráð fyrir mismunandi eignar- og rekstrarformi að dvalar- og hjúkrunarheimilum.<sup>67</sup> Stjórnir dvalar- og hjúkrunarheimila, óháð rekstrarformi þeirra, eru bundnar af mati færni- og heilsumatsnefndar á dvalarþörf. Stjórnarsýslulög gilda um málsmeðferð nefndarinnar. Ákvörðun stjórnar samkvæmt 15. gr. laganna snýst því um það að velja á milli umsækjenda sem eru samkvæmt mati nefndarinnar í mestri þörf fyrir dvöl.<sup>68</sup> Gilda stjórnarsýslulög líka um þá ákvörðun?

<sup>64</sup> Til A-hluta telst starfsemi og verkefni sem eru einkanlega fjármögnuð með skatttekjum, lögbundnum þjónustutekjum eða framlögum, sbr. 50. gr. laga nr. 123/2015 um opinber fjármál.

<sup>65</sup> Íl. ml. 2. mgr. 30. gr. sagði að einkaaðila væri „þó ekki með samningi falið opinbert vald til að taka ákvarðanir um réttindi og skyldur manna nema heimild sé til þess í lögum.“

<sup>66</sup> Um kröfur til lagaheimildar sjá t.d. Páll Hreinsson (n. 6) 224. Sjá einnig t.d. Rønsholdt (n. 15) 197. Um nokkuð vægari kröfur til lagaheimildar, sjá t.d. Eckhoff og Smith (n. 15) 156.

<sup>67</sup> Sbr. 16. og 18. gr. laga nr. 125/1999 og reglugerð nr. 466/2012 um færni og heilsumat vegna dvalar- og hjúkrunarrýma.

<sup>68</sup> Sbr. 1. mgr. 14. gr. reglugerðar nr. 466/2012, um færni- og heilsumat vegna dvalar- og hjúkrunarrýma.

Ákvörðun verður að kveða á um réttindi og skyldur manna til þess að teljast stjórnvaldsákvörðun, sbr. 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga.<sup>69</sup> Ákvarðanir sem eru lagalegs eðlis og snerta réttarstöðu manna eru stjórnvaldsákvörðanir en ákvarðanir sem lúta fyrst og fremst að útfærslu hennar og framkvæmd teljast þjónustustarfsemi.<sup>70</sup> Til skýringar hefur verið nefnt að kennsla telst til þjónustustarfsemi en ákvörðun um brottvísun úr skóla stjórnvaldsákvörðun.<sup>71</sup> Það er þó ekki alltaf skýrt hvar mörkin liggja.<sup>72</sup> Þessi tvö form stjórnarsýslu geta jafnvel verið svo samtvinnuð að aðgreining á milli þeirra verður tilgangslaus.<sup>73</sup> Annars skiptir m.a. máli hvert er eðli réttinda sem um ræðir.<sup>74</sup> Þá er m.a. lítið til þess hvort um er að ræða ákvörðun sem er eðlislík stjórnvaldsákvörðunum, áhrifa ákvörðunar á réttaröryggi notanda þjónustunnar og hvort þörf er á því að aðili njóti réttarstöðu samkvæmt stjórnarsýslulögum.<sup>75</sup> Þá ber í algjörum vafatilvikum frekar að líta svo á að stjórnarsýslulög gildi en ekki.<sup>76</sup>

Með hliðsjón af framangreindu er nokkuð ljóst að umönnun aldraðra telst þjónustustarfsemi sem ekki fellur undir stjórnarsýslulög. Ákvörðun um úthlutun dvalarrýmis á hjúkrunar- og dvalarheimili samkvæmt lögum um málefni aldraðra stjórnvaldsákvörðun er hins vegar stjórnvaldsákvörðun – allavega þegar hún er tekin af stjórn opinberrar stofnunar, sbr. 1. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga. Ákvörðun einkaréttarlegrar stofnunar er þó sama efnis og hefur sömu áhrif. Hún hefur því öll einkenni stjórnvaldsákvörðunar – en hún er ekki tekin af stjórnvaldi. Hér er því uppi sú staða sem lýst er í inngangi. Samkvæmt ákvæði 40. gr. laga um opinber fjármál gilda stjórnarsýslulög ekki nema stofnunin hafi lagaheimild til töku hennar.

Samningar við einkaaðila um þjónustu í hjúkrunar- og dvalarheimilum eru gerðir á grundvelli laga nr. 112/2008 um sjúkratryggingar og laga nr. 123/2015 um opinber fjármál. Með slíkum samningi er einkaréttarlegum aðila falið að annast lögbundið verkefni. Hér er m.ö.o. um lögheimilað framsal að ræða. Það er því rökrétt að álykta að ákvörðun einkaréttarlegrar stjórnar samkvæmt 15. gr. sé tekin í skjóli opinbers valds, sem er annað einkenni stjórnvaldsákvörðunar. Hvort hún fellur undir stjórnarsýslulög ræðst hins vegar, eins og áður segir af því hvort skýr lagaheimild er til töku slíkrar ákvörðunar. Slík heimild er ekki orðuð í lögnum.<sup>77</sup> Hvernig þarf lagaheimild að vera útfærð til þess að uppfylla þessa kröfu.

<sup>69</sup> Sjá nánari skilgreiningu stjórnvaldsákvörðunar í Páll Hreinsson (n. 6) 162.

<sup>70</sup> Alþt. 1992-1993, þskj. 505 - 313. mál, athugasemd við 1. gr., sjá nánar Hreinsson (n. 6) 155.

<sup>71</sup> Alþt. 1992-1993, þskj. 505 - 313. mál, athugasemd við 1. gr.

<sup>72</sup> Karsten Revsbech, Carl Aage Nørgaard og Jens Garde, *Forvaltningsret - sagsbehandling* (7. útg., Djøf/Jurist- og Økonomforbundet 2014) 21. Ýmislegt hefur verið ritað í stjórnarsýslurétti um þessi mörk. Sjá t.d. Hans Gammeltoft-Hansen, *Forvaltningsret* (2. útg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002) 29; Páll Hreinsson (n. 6) 154–158; Carsten Henriksen, „Udllicitering af myndigehdsopgaver - Er det foreneligt med retssikkerhedshensyn?“ í Carsten Henriksen, Peter Blume og Steen Rønsholdt (ritstj.), *Forvaltningsretlige perspektiver* (Jurist- og Økonomforbundet 2006) 428; Karsten Revsbech, *Aktuel dansk forvaltningsret-karakteristiske træk og udviklingstendenser* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008) 111–112. Sjá einnig yfirlit yfir sjónarmið danskra fræðimanna í Helle Madsen, *Privatisering og patientrettigheder* (1. udgave., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010) 218–221.

<sup>73</sup> Olesen (n. 10) 404.

<sup>74</sup> Páll Hreinsson (n. 6) 155.

<sup>75</sup> sama heimild 159.

<sup>76</sup> Alþt. 1992-1993, þskj. 505 - 313. mál, athugasemd við 1. gr. frumvarpsins.

<sup>77</sup> Eins og áður segir er vísað til stjórnarsýslulaga í viðauka við kröfulýsingu um rekstur og þjónustu hjúkrunar- og dvalarrýma sem er hluti samningsins. Til þess að þau geti átt við verður þó að vera lagaheimild til töku stjórnvaldsákvörðunar.

Geta fleiri ákvarðanir rúmast innan heimildar til að taka stjórnvaldsákvörðun eða þarf að tilgreina allar ákvarðanir sem taka þarf í tengslum við viðkomandi þjónustu? Getur heimild til stjórnvaldsákvörðunar falist í sammingsheimild? Af bréfi umboðsmanns Alþingis í máli sem varðaði m.a. framvindu nemanda í námi við Háskólann í Reykjavík<sup>78</sup> verður ráðið að beina heimild þurfi til.<sup>79</sup> Í bréfinu vísar umboðsmaður til þess að háskólanum, sem er einkarekinn, hafi ekki verið fengið vald til að taka ákvörðun um réttindi og skyldur manna í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnslulaga.

Lög um háskóla nr. 63/2006 eru reyndar ágætt dæmi um lög sem vekja spurningar af þessum toga. Lögin mæla ekki fyrir um gildi stjórnslulaga, sbr. hins vegar lög um opinbera háskóla nr. 85/2008, né orða þau heimild til töku ákvarðana um réttindi og skyldur nemenda. Fyrirmæli háskólalaga um að háskólar setji sér reglur um réttindi og skyldur nemenda, bendir þó til þess að þess sé vænst að þeir þurfi að taka slíkar ákvarðanir. Í ljósi starfseminnar komast einkaskólar varla hjá því frekar en opinberir háskólar. Slíkar ákvarðanir eru óhjákvæmilegur hluti af starfrækslu háskóla<sup>80</sup> sem fengið hafa viðurkenningu, sbr. 3. gr. laga um háskóla nr. 63/2006 og starfa á grundvelli sammings, sbr. 21. gr. sömu laga, og 40. gr. laga nr. 123/2015.<sup>81</sup> Eru þetta skýrar lagaheimildir til töku ákvarðana um réttindi og skyldur nemenda í skilningi stjórnslulaga? Eins og áður segir eru slíkar ákvarðanir<sup>82</sup> órjúfanlegur hluti af starfsemi einkaháskóla sem gert hafa samninga á grundvelli laga um háskóla. Það væri því eðlilegt að líta svo á að taka slíkra ákvarðana fylgi samningi um kennslu á háskólastigi. Sömu rök geta átt við um ákvarðanir stjórna um dvöl á hjúkrunar- og dvalarheimilum í dæminu hér að framan. Eftirfarandi umfjöllun um ákvarðanir sem rúmast innan verksviðs framsals styður slíka ályktun.

Eins og áður segir er ályktun um að stjórnslulög gildi um einkarekna háskóla ekki óumdeild.<sup>83</sup> Dómstólar hafa ekki fjallað um framangreindar lagaheimildir á þessum grundvelli.<sup>84</sup> Í dómi Hæstaréttar 22. janúar 2008 í máli nr. 19/2008 (Vesturbyggð) er fjallað um gildi stjórnslulaga um ákvarðanir einkaréttarlegs aðila, á öðrum lagagrundvelli þó. Málið snerist um ráðningu starfsmanns einkaréttarlegs félags, Fasteigna Vesturbyggðar ehf., sem sett var á fót á grundvelli heimildar í lögum um húsnæðismál og lögum um félagsþjónustu sveitarfélaga til þess að annast útleigu íbúða í eigu sveitarfélagsins. Í lögnum er ekki bein heimild til handa félaginu til þess að taka stjórnvaldsákvörðanir. Í niðurstöðu dómsins er vísað til þess að einkaaðila hefðu verið falin verkefni með viðhlítandi lagaheimild sem ella hefðu komið í hlut starfsmanna stjórnslunnar. Þegar svo háttaði giltu ákvæði stjórnslulaga um töku ákvarðana um réttindi og skyldur manna innan þess verksviðs sem um væri að ræða. Hins vegar tækju hvorki lögin né óskráðar reglur stjórnsluréttarins til annarra þátta í starfsemi

<sup>78</sup> Bréf umboðsmanns Alþingis frá 29. desember 2010 í máli nr. 6187/2010. Um ákvarðanir einkaskóla sjá einnig Páll Hreinsson (n. 6) 158.

<sup>79</sup> Bréf umboðsmanns Alþingis frá 15. mars 2016 í máli nr. 8808/2016.

<sup>80</sup> Sjá nánar í Margrét Vala Kristjánsdóttir (n. 47) 65–70.

<sup>81</sup> Rétt er að taka fram að hér er ekki byggt á því að slíkt leiði af lögum nr. 85/2008 um opinbera háskóla. Sjá hins vegar Páll Hreinsson (n. 6) 158.

<sup>82</sup> Það þýðir þó ekki að það eigi við um allar ákvarðanir einkaskólans.

<sup>83</sup> Bréf umboðsmanns Alþingis frá 29. desember 2010 í máli nr. 6187/2010. Þar var þó ekki tekin afstaða til gildis meginreglnanna eða skuldbindinga samkvæmt samningi.

<sup>84</sup> Sjá þó H 17. desember 2014 í máli nr. 800/2014. Í því máli var ekki fjallað sérstaklega um heimild til töku stjórnvaldsákvörðunar heldur réði það niðurstöðu í málinu að Háskólinn í Reykjavík taldist ekki stjórnvald í merkingu 1. mgr. 123. gr. laga nr. 91/1991.

hlutafélagsins, þar á meðal ráðninga og uppsagna starfsmanna þess. Þar sem málið varðaði ráðningu starfsmanns til félagsins komu reglur stjórnarsýsluréttarins ekki til frekari skoðunar. Það sem skiptir máli hér er afstaðan til gildissviðs stjórnarsýslulaga sem fram kemur í málinu - og svo aftur í dómi Hæstaréttar frá 18. júní 2015 í máli nr. 822/2014 (Isavia), þar sem reyndi á andmælarétt samkvæmt stjórnarsýslulögum.

Í því máli var deilt um ákvörðun um frávísun úr starfsþjálfun til flugumferðarstjóra. Þjálfunin var í höndum opinbers hlutafélags sem hafði fengið starfsleyfi til þess að bjóða upp á þjálfun fyrir flugumferðarstjóra samkvæmt lögum nr. 60/1998 um loftferðir. Verkefni félagsins fólst í verklegri og/eða bóklegri kennslu, þjálfun og prófun á sviði flugleiðsöguþjónustu og rekstrarstjórnunar flugumferðar, þ.m.t. til stjórnunar flugumferðar, sbr. f. lið 28. gr. b. laga nr. 60/1998. Ákvörðun um að vísa fólki úr starfsþjálfun er ekki meðal þeirra verkefna sem tiltekin eru í framangreindu lagaákvæði. Er þá skýr lagaheimild til töku slíkrar ákvörðunar? Eins og í dóminum frá 22. janúar 2008 taldi Hæstiréttur að með því að félaginu hefði „með viðhlítandi lagaheimild verið falin þessi verk, sem ella hefðu komið í hlut starfsmanna stjórnarsýslunnar, gil[tu] ákvæði stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 um töku ákvarðana um rétt eða skyldu manna innan þessa verksviðs.“ Í áliti umboðsmanns frá 13. júní 2016 í máli nr. 5544/2008 tekur umboðsmaður fram að framangreind afstaða Hæstaréttar um að stjórnarsýslulög um starfsemi innan verksviðs framsals sé „almenn og ekki takmörkuð við tiltekin verkefni þó ákveðin verkefni séu þar tilgreind sem dæmi.“<sup>85</sup> Samkvæmt því getur ákvörðun um að vísa úr starfsþjálfun, sem ekki er sérstaklega nefnd í framsalsheimildinni, talist stjórnvaldsákvörðun og innan verksviðs framsals sem byggir á viðhlítandi lagagrundvelli. Ákvarðanir sem framsalshafi getur þurft að taka við framkvæmd verkefna samkvæmt lögum framsali geta þannig fallið undir stjórnarsýslulög – vegna þess að þær rúmast innan þess verkefnis sem framsalið tók til. Spurningunni hér að framan, hvort um skýra lagaheimild er að ræða, verður því í þessu tilviki svarað játandi.

Á sömu nótum, segir umboðsmaður Alþingis í ofangreindu áliti frá 13. júní 2016, að ákvörðun um úthlutun húsnæðis sé ekki aðeins bundin þeim skilyrðum sem tiltekin eru í reglum Reykjavíkurborgar sem lúta að lögheimili, eignum og tekjum leigjanda - hún sé jafnframt bundin því skilyrði að greidd sé leiga fyrir húsnæðið og gerður sé húsaleigusamningur við Félagsbústaði hf. Vanefni leigjandi þess samninginn og greiðslu leigu geti verið að skilyrði ákvörðunar um úthlutun sé ekki lengur fullnægt og það geti leitt til uppsagnar eða riftunar húsaleigusamnings. Slík ákvörðun sé afturköllun á ákvörðun um úthlutun - sem er stjórnvaldsákvörðun.<sup>86</sup> Eins og í dóminum frá 22. janúar 2008 geta fleiri tilvik en þau sem sérstaklega eru tilgreind í lögum talist stjórnvaldsákvörðun. Af framansögðu má álykta að heimild til töku ákvörðunar sem fellur innan verksviðs framsals geti talist nægilega skýr í skilningi 40. gr. laga um opinber fjármál og 101. gr. sveitarstjórnarlaga.

#### 4.3 Meginreglur og stjórnarsýsla í efnismerkingu

Í flestum samningunum sem rannsóknin sem lýst er í kafla 3 tók til, var vísað til samningsheimildar þágildandi 30. gr. laga nr. 88/1997. Vikið er að þessu hér, vegna þess að í

<sup>85</sup> UA 13. júní 2016 í máli nr. 5544/2008, kafli III. 5.1.

<sup>86</sup> sama heimild. Sjá kafla III.5.3.

ákvæðinu var sérstaklega tekin afstaða til meginreglna stjórnisýsluréttarins. Samkvæmt 2. málslið 2. mgr. 30. gr. skyldu „ákvæði stjórnisýslulaga og upplýsingalaga, sem og aðrar meginreglur stjórnisýsluréttar gilda um þá stjórnisýslu sem verktaki tæki að sér að annast.“<sup>87</sup> Óskráðar meginreglur gátu því fylgt framsali verkefnis til einkaaðila að því leyti sem í því kynni að felast stjórnisýsla í efnismerkingu – fyrirvara um heimild til töku stjórnvaldsákvörðunar. Þótt framangreindir dómar Hæstaréttar vísi til stjórnisýslulaga ber rökstuðningur þeirra jafnframt vott um efnislega nálgun; stjórnisýsluverkefni sem ella hefðu komið í hlut starfsmanna stjórnisýslunnar. Sama á við um álit umboðsmanns Alþingis frá 13. júní 2016. Eins og áður hefur komið fram voru verkefni samkvæmt 45. – 47. gr. laga nr. 40/1991 talin til stjórnisýslu sveitarfélags. Þótt sveitarfélag færi þá leið nýta sér heimild í lögum til þess að fela einkaaðila að annast tiltekin verkefni, til þess að ná vissri hagkvæmni, breytti það ekki eðli þeirra sem hluta af stjórnisýslu ríkis og sveitarfélaga.<sup>88</sup> Óskráðar meginreglur stjórnisýsluréttarins gætu átt við með beinum hætti um framkvæmd Félagsbústaða hf. á því opinbera verkefni að annast útleigu félagslega leiguíbúða.<sup>89</sup>

Í framangreindu áliti og dómum Hæstaréttar er tekin afstaða til gildissviðs reglna stjórnisýsluréttarins um starfsemi einkaréttarlegra félaga sem sett hafa verið á fót samkvæmt sérstakri lagaheimild í þeim tilgangi að sinna tilgreindum verkefnum ríkis og sveitarfélaga.<sup>90</sup> Þjónustusamningar, á hinn bóginn, byggja á heimildum í viðkomandi sérlögum og/eða almennri heimild til að gera samninga við einkaaðila um verkefni sín. Þótt annars vegar sé um að ræða félag í eigu ríkis eða sveitarfélags og hins vegar samning við ótengdan aðila, er í báðum tilvikum um að ræða framsal stjórnisýslu á grundvelli viðhlítandi lagaheimildar. Í tilviki sveitarfélaga geta stjórnisýslulög og óskráðar meginreglur stjórnisýsluréttarins átt við um þjónustusamninga, sbr. 101. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011. Að fyrirmynd 30. gr. fjárreiðulaga, sem í gildi voru við setningu sveitarstjórnarlaga, og í þeim tilgangi að tryggja að réttarstaða notenda viðkomandi þjónustu yrði ekki lakari en þeirra sem njóta sömu þjónustu af hálfu sveitarfélagsins sjálfs,<sup>91</sup> er í 101. gr. mælt fyrir um að ákvæði stjórnisýslulaga „sem og almennar reglur stjórnisýsluréttar“ gildi „um þá stjórnisýslu sem verktaki tekur að sér að annast.“ Grundvallarreglur stjórnisýsluréttarins færast því yfir á einkaaðila sem sveitarfélag hefur með samningi falið „rækslu á þjónustu eða [öðru] stjórnisýsluverkefni.“<sup>92</sup> Óskráðar meginreglur geta því einnig átt við með beinum hætti um stjórnisýslu einkaaðila samkvæmt samningi.<sup>93</sup> Það dregur ekki úr ábyrgð stjórnvalda á því að vanda til samninga en þýðir að meginreglurnar geta

<sup>87</sup> Um skýringu á 30 gr. laga nr. 88/1997 sjá nánar Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnisýslulaga* (Codex 2005) 294–295; Margrét Vala Kristjánsdóttir (n. 47) 62–64.

<sup>88</sup> UA 13. júní 2016 í máli nr. 5544/2008, III.5.1.

<sup>89</sup> sama heimild, kafli IV.

<sup>90</sup> Af áliti umboðsmanns verður ráðið að verið geti að sá lagagrundvöllur framsals þar er til umfjöllunar sé ekki að öllu leyti sambærilegur og þegar aðrar leiðir eru farnar, UA 13. júní 2016 í máli nr. 5544/2008, kafli III.5.2.

<sup>91</sup> Alþt. 2010–2011, þskj. 1250 - 756. mál.

<sup>92</sup> sama heimild, athugasemd við 101. gr.

<sup>93</sup> Um tengsl efnislegrar stjórnisýslu og meginreglna sjá t.d. Bent Christensen, *Forvaltningsret : opgaver : hjemmel : organisation*. (2. udgave., Jurist- og Økonomforbundet 1997) 97; Karsten Naundrup Olesen, *Offentlig opgave på kontrakt* (1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2011) 407. Meiri efasemda er að gæta í Madsen (n. 71) 144. Samkvæmt Fenger hefur málið ekki fengið endanlega niðurstöðu, Niels Fenger, „Forvaltning og fællesskab : om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret : konfrontation og frugtbar sameksistens.“ (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004) 191.

gilt óháð því hvort stjórnvald hefur sinnt því hlutverki að hlutast til um að gildi þeirra gagnvart einkaréttarlegum þjónustuaðila með því m.a. að tryggja í þjónustusamningi að hann taki að sér að fylgja slíkum reglum. Að þessu leyti er niðurstaðan sú sama hvort sem framsal á stjórnsýslu sveitarfélaga fer fram á grundvelli heimilda til að setja á fót einkaréttarlegt félag eða lögmæltrar sammingsheimildar. Eftir stendur hvort þetta gildir líka um samninga stjórnvalda ríkisins samkvæmt 40. gr. laga um opinber fjármál sem útfærð er með öðrum hætti.<sup>94</sup>

#### 4.4 Verður breyting leidd af 40. gr.?

Í 40. gr. laga nr. 123/2015, sem tóku gildi 1. janúar 2016 er, eins og þegar hefur komið fram, ekki sérstaklega mælt fyrir um gildi reglna stjórnsýsluréttarins gagnvart stjórnsýslu verktaka með sama hætti og áður var gert 30. gr. laga nr. 88/1997 og í 101. gr. sveitarstjórnarlaga. Engar skýringar eru á því í lögskýringargögnum hvort ákvæðinu sé ætlað að hafa í för með sér breytingu að þessu leyti. Skilja mátti þessa þögn á þann veg að óskráðar reglur stjórnsýsluréttarins giltu ekki lengur um stjórnsýsluverkefni samkvæmt þjónustusamningi. Ýmis rök mæla gegn slíkri túlkun.

Í fyrsta lagi tapast það grundvallarsjónarmið sem Hæstiréttur og umboðsmaður Alþingis horfðu til við afmörkun gildissviðs skráðra og óskráðra reglna stjórnsýsluréttarins; hvort um stjórnsýslu í þágu ríkis eða sveitarfélaga væri að ræða og viðkomandi verkefni falli innan verksviðs framsals til einkaaðila. Þegar um stjórnsýslu í þágu ríkis eða sveitarfélaga er að ræða gildi reglur stjórnsýslulaga um þær stjórnvaldsákvæðanir sem eru teknar í tengslum við framkvæmd þeirra. „Jafnframt [eigi] óskráðar meginreglur stjórnsýsluréttarins við um þá starfsemi en þær reglur [hafi] viðtækara gildissvið en reglur stjórnsýslulaga.“<sup>95</sup> Það er eðli viðkomandi verkefnis sem ræður - að því gefnu að framsal þess byggi á viðhlítandi lagaheimild. Í þessum rökstuðningi umboðsmanns er ekki gerður greinarmunur á stjórnsýslu ríkis og sveitarfélaga. Honum til viðbótar er svo vísað til 101. gr. sveitarstjórnarlaga.

Þá gengur umrædd túlkun 40. gr. gegn réttaröryggissjónarmiðum sem löggjafinn lagði ríka áherslu á við undirbúning laga nr. 88/1997 – og ítrekuð voru við undirbúning nýrra sveitarstjórnarlaga árið 2011, eins og síðar greinir. Þjónustusamningar skyldu ekki skerða réttaröryggi notenda opinberrar þjónustu. Staða þeirra skyldi vera sú sama, hvort sem þjónustan væri veitt af hálfu stjórnvalds eða einkaaðila á grundvelli þjónustusammings.<sup>96</sup> Lögskýringargögn bera ekki með sér að það hafi verið ætlun löggjafans að hunska þetta sjónarmið með setningu laga um opinber fjármál.

Ákvæði 10. gr. reglugerðar nr. 643/2018 um undirbúning, gerð og eftirfylgni samninga um framkvæmdir, rekstur og afmörkuð verkefni<sup>97</sup> bendir heldur ekki til breytinga að þessu leyti. Eins og í reglugerð nr. 343/2006, sem sett var á grundvelli 30. gr. gömlu fjárreiðulaganna, segir í reglugerð nr. 643/2018, að þar sem ætlunin sé að verksali taki að sér að annast stjórnsýslu, skuli taka fram í samningi að ákvæði stjórnsýslulaga og upplýsingalaga sem og almennar reglur

<sup>94</sup> Um mismunandi framsetningu í sveitarstjórnarlögum og lögum um opinber fjármál, sjá Trausti Fannar Valsson (n. 6) 27, 137.

<sup>95</sup> UA 13. júní 2016 í máli nr. 5544/2008, kafli III.3.

<sup>96</sup> Alþt. 1996, þskj. 103 and 1102 - 100. mál.

<sup>97</sup> Ákvæðið er samhljóða áður gildandi 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 343/2006 um sama efni.



stjórnsýsluréttar gildi um stjórnsýsluþátt verkefnisins. Samkvæmt reglugerðinni er ætlast til þess að skyldur stjórnvalds að þessu leyti færist yfir á verktakann.

Afnám meginreglna stjórnsýsluréttarins um stjórnsýslu einkaaðila væri einnig einkennilegt í ljósi þess að sammingsheimild forvera 40. gr. laga nr. 123/2015 var fyrirmynd ákvæða 3. gr. upplýsingalaga nr. 140/2012 og 101. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011, sem bæði mæla fyrir um að slíkar reglur gildi gagnvart einkaaðilum við framkvæmd opinberrar þjónustu sem veitt er á grundvelli þjónustusamnings.<sup>98</sup> Í athugasemd við 3. gr. frumvarps þess er varð að upplýsingalögum nr. 140/2012 kemur fram að „í reynd [sé] ekki um grundvallarbreytingu á íslenskum réttarreglum að ræða, sbr. 2. mgr. 30. fjárreiðulaga nr. 88/1997 og 101. gr. nýrra sveitarstjórnarlaga.“ Stjórnvöld geti ekki fært lögbundin verkefni sín, sem ella hefðu fallið undir upplýsingalög, undan gildissviði laganna með því að semja við einkaaðila um rækslu þeirra.<sup>99</sup> Sömu sjónarmið koma fram í athugasemdum með frumvarpi til sveitarstjórnarlaganna. Ákveðnar grundvallarreglur stjórnsýsluréttarins skyldu færast yfir á einkaaðila sem sinnir stjórnsýsluverkefni til þess að tryggja að réttarstaða þeirra sem fá þjónustu á grundvelli þjónustusamnings verði ekki lakari en ef hún væri veitt af hálfu sveitarfélagsins sjálfs.<sup>100</sup> Það væri órökrétt að samræma stjórnsýslu ríkis og sveitarfélaga að þessu leyti og afnema síðan gildi reglna stjórnsýsluréttarins gagnvart verkefnum og stjórnsýslu ríkisins sem falla innan verksviðs framsals á grundvelli þjónustusamnings við stjórnvald.

Loks verður ekki séð að slík grundvallarbreyting verði án frekari skýringa leidd af lögum um opinber fjármál, sem hafa þann tilgang fyrst og fremst, að stuðla að góðri hagstjórn og styrkri og ábyrgri stjórn opinberra fjármála, sbr. 1. og 2. gr. laga nr. 125/2015.

Með vísan til framangreinds skyti það skökku við að umrædd 40. gr. breytti því sem talin hafði verið íslensk réttarregla vegna þess eins að ekki er lengur mælt berum orðum fyrir um að meginreglur stjórnsýsluréttarins gildi um stjórnsýslu einkaaðila á grundvelli þjónustusamnings. Við gildistöku nýrra laga um opinber fjármál 1. janúar 2016 hafði slíkt ákvæði verið í lögum frá árinu 1997 og verið fyrirmynd ákvæða um þjónustusamninga í öðrum lögum. Var þá sérstaklega horft til þess að slíkir samningar breyttu ekki réttarstöðu notenda þjónustu gagnvart einkaréttarlegum þjónustuaðila. Í framkvæmd hefur verið horft til opinbers eðlis framseldra verkefna þegar reynir á hvaða reglur gilda um framkvæmd þeirra. Verður því ekki séð að breytt framsetning almennrar sammingsheimildar í 40. gr. laga nr. 123/2015 hafi í för sér að meginreglur stjórnsýsluréttarins gildi ekki lengur um stjórnsýslu<sup>101</sup> sem stjórnvöld ríkisins fela einkaaðilum að inna af hendi samkvæmt þjónustusamningi. Spurningunni, hvort breyting verði leidd af ákvæði 40. gr., verður því svarað neitandi.

<sup>98</sup> Þau ná þau til einkaaðila, sem hefur með lögum, ákvörðun eða samningi sem byggist á heimild í lögum verið falið að taka stjórnvaldsákvörðun eða sinna þjónustu sem kveðið er á um í lögum að stjórnvald skuli sinna eða telst að öðru leyti liður í opinberu hlutverki stjórnvalds.

<sup>99</sup> Alþt. 2012-2013, þskj. 233 - 215. mál, athugasemd við 3. gr. frumvarpsins, 4. mgr.

<sup>100</sup> Alþt. 2012-2013, þskj. 1250 - 726. mál, athugasemd við 101. gr. frumvarpsins.

<sup>101</sup> Úrlausn þess hvort tiltekin verkefni samkvæmt þjónustusamningum teljist efnisleg stjórnsýsla fellur utan efnisafmörkunar þessarar greinar.

## 5. LOKAORÐ

Í grein sem birtist árið 1991 sagði þáverandi umboðsmaður danska þjóðþingsins, Hans Gammeltoft - Hansen, að einkavæðing (eða nýskipan í opinberum rekstri) snerist ekki um að leggja niður opinbera stjórnsýslu. Hugmyndin væri að bæta mætti skilvirkni í opinberum rekstri með því að nýta hugmyndir og tæki markaðarins við opinberan rekstur. Einkaréttarlegar reglur væru viðbót. Þær tækju ekki yfir opinberar reglur.<sup>102</sup> Ástæðan fyrir því að ákveðnar reglur geta gilt um samskipti stjórnvalda og notenda opinberrar þjónustu hverfur ekki þótt einkaaðilum sé falið að sinna henni.<sup>103</sup> Hagsmunir notendanna eru þeir sömu að þessu leyti, hvort sem þeir þiggja þjónustuna af stjórnvaldi eða einkaaðila.<sup>104</sup> Markmið framsals með þjónustusamningi er ekki að skerða réttaröryggi notenda slíkrar þjónustu. Lögmætisreglan setur þó skorður við því að íþyngjandi skyldur verði lagðar á einkaaðila án lagaheimilda.

Ef ströng tvískipting réttarins í opinberan og einkarétt réði alfarið för og aðeins væri horft á einkaréttarlega stöðu sammingsaðila, hefðu þjónustusamningar víðtækari áhrif en að var stefnt á sínum tíma með almennri sammingsheimild 30. gr. fjárreiðulaga nr. 88/1997. Þjónustusamningar eru fyrst og fremst stjórnþæki sem almennt er beitt í þeim tilgangi að lækka kostnað, auka skilvirkni og nýta þekkingu eða aðstöðu sem væri of dýrt að koma fyrir innan stjórnsýslunnar. Þjónustan er áfram sú sama. Henni er bara sinnt af öðrum en stjórnvaldinu sem ber ábyrgð á því að borgararnir fái notið hennar á grundvelli framsals með þjónustusamningi.

Rannsóknin á þjónustusamningum, sem greint var frá í kafla 3, sýnir að ef aðeins er horft til texta þjónustusamninga og ákvæða viðeigandi laga, gætu notendur opinberrar þjónustu sem veitt er af einkaaðila á grundvelli þjónustusamninga orðið lakar settir, að því er snertir vernd sem borgurunum er tryggð með reglum stjórnsýsluréttarins en þeir notendur sem fá sömu þjónustu beint frá stjórnvöldum. Þótt slíkir samningar séu nú alvanalegir, hafa hvorki löggjafinn né stjórnvöld gert nægilegar ráðstafanir til þess að tryggja að þær fylgi framsali verkefnisins. Yngri samningar eru þó líklegri til þess að vísa til gildissviðs stjórnsýslureglna. Vanræksla að þessu leyti þýðir þó ekki að slíkar reglur geti ekki gilt. Skráðar og óskráðar reglur geta átt við með beinum hætti um stjórnsýsluverkefni einkaaðila sem rúmast innan framsals samkvæmt þjónustusamningi.

Við setningu stjórnsýslulaga var valið að afmarka gildissvið þeirra við stjórnsýslu stjórnvalda. Þótt þetta sjónarhorn hefði þær afleiðingar að stjórnsýsluverkefni einkaaðila féllu utan laganna, þótti ávinningurinn af skýrri formlegri afmörkun á gildissviði þeirra bæta upp þann (og fleiri) ókost.<sup>105</sup> Síðar, m.a. vegna aukinnar notkunar þjónustusamninga, hafa einkaaðilar í auknum mæli tekið þátt í því að veita borgurunum opinbera þjónustu. Þótt stjórnsýslulög hafi náð til einkaaðila sem með lögum er heimilað að taka ákvörðun um réttindi og skyldur manna, hefur þessi þróun enn frekar varpað ljósi á að eðli verkefnis samkvæmt þjónustusamningi skiptir máli við afmörkun gildissviðs reglna stjórnsýsluréttarins.

<sup>102</sup> Gammeltoft-Hansen, Hans, „Forvaltningsretten paa vej mod aar 2000“, *Suum Cuique, Retsvidenskabelige afhandlinge, Københavns Universitet 1991* (Jurist- og Ökonomforbundets Forlag 1991) 4. kafli.

<sup>103</sup> Olesen (n. 10) 411.

<sup>104</sup> sama heimild 404.

<sup>105</sup> Páll Hreinsson (n. 6) 96.

Þessa þróun má skýra með aðferðafræði afbyggingar/endurbyggingar (deconstruction/reconstruction).<sup>106</sup> Heimfært á gildissvið stjórnsýsluréttarins getur formleg afmörkun gildissviðs, sem lögð var til grundvallar við setningu stjórnsýslulaga, staðið fyrir upphafspunktinn.<sup>107</sup> Með tilkomu þjónustusamninga, þróast vægi annarra sjónarmiða.<sup>108</sup> Það þarf að taka tillit til þess að í þjónustusamningnum felst framsal á stjórnsýslu til annarra en stjórnvalda og að heimildir til töku stjórnvaldsákvæðana geta verið óskýrar og mörk þeirra gagnvart þjónustustarfsemi óljós. Efnisleg stjórnsýsla fær aukið vægi<sup>109</sup> og gildissvið óskráðra meginreglna stjórnsýsluréttarins skýrari afmörkun. Framsetning núgildandi samningsheimildar í 40. gr. laga nr. 123/2015 um opinber fjármál breytir þessu ekki. Þessi þróun dregur úr vandanum við mat á því hvort tilteknar ákvarðanir einkaaðila á grundvelli þjónustusamnings teljist til stjórnvaldsákvörðunar í skilningi stjórnsýslulaga. Það er síðan sérstakt úrlausnarefni að greina efnislega stjórnsýslu.<sup>110</sup> Þótt skilgreining efnislegrar stjórnsýslu kunni að vera óskýr og gráa svæðið nái því ekki fullum lit, kunna svör við þeim spurningum hér hefur verið fjallað um að draga úr grámanum.

---

<sup>106</sup> Sjá S van Erp, „Deconstruction and reconstruction of European property law: A research agenda“, *E. Cashin Ritaine, ed., 2009 (L'ingénierie juridique et le droit comparé. Rapports du colloque du 25e. anniversaire de l'Institut Suisse de Droit Comparé du 29 août 2008)* (2009); Svein Eng, *Analysis of Dis/Agreement: With Particular Reference to Law and Legal Theory* (Kluwer Academic Publishers 2003).

<sup>107</sup> The „initial point“ sjá Eng (n. 105) 493.

<sup>108</sup> Eng (n. 105).

<sup>109</sup> sama heimild 506. Þar er vísað til „viðbótarsjónarmiðs“, sem er erfitt að nota hér, þar sem efnisleg stjórnsýsla er ekki ný af nálinni og því ekki viðbót í þröngum skilningi. Þetta stig kemur því frekar fram í auknu vægi efnislegrar stjórnsýslu við þær aðstæður sem greinin fjallar um.

<sup>110</sup> Sett eru fram viðmið í þeim efnum í Margrét Vala Kristjánsdóttir (n. 41).

HEIMILDASKRÁ:

Alþt. 2017-2018, þskj. 26 - 26. mál

Alþt. 2010-2011, þskj. 1250 - 726. mál

Alþt. 2012-2013, þskj. 233 - 215. mál

Alþt. 1992-1993, þskj. 505 - 313. mál

Alþt. 1996, þskj. 103 og 1102 - 100. mál

Boe E, „Medie- og telematikksektoren - et forvaltningsrettslig grenseland“ í Anders Bratholm, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke (ritstj.), *Samfunn, rett, rettferdighet: festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag* (Tano 1986)

——, „Forholdet mellom privatrett og offentlig - nye tendenser“ í Peter Lödrup o.fl. (ritstj.), *Rettsteori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002* (Universitetsforlaget 2002)

Christensen B, *Forvaltningsret: opgaver: hjemmel: organisation.* (2. udgave., Jurist- og Økonomforbundet 1997)

Donnelly CM, *Delegation of governmental power to private parties: a comparative perspective* (Oxford University Press 2007)

Eckhoff T og Smith E, *Forvaltningsrett* (11. utgave, Universitetsforlaget 2018)

Eng S, *Analysis of Dis/Agreement: With Particular Reference to Law and Legal Theory* (Kluwer Academic Publishers 2003)

Fenger N, „Forvaltning og fællesskab: om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: konfrontation og frugtbar sameksistens.“ (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004)

Gammeltoft-Hansen H, *Forvaltningsret* (2. útg., Jurist- og Ökonomforbundets Forlag 2002)

Gammeltoft-Hansen, Hans, „Forvaltningsretten paa vej mod aar 2000“, *Suum Cuique, Retsvidenskabelige afhandlinger, Københavns Universitet 1991* (Jurist- og Ökonomforbundets Forlag 1991)

Graver HP, „Forvaltningsrettslige nydannelser - offentlig effektivisering og innsparingers rett“ (1985) 66 (2) Nordisk Administrativt tidsskrift 77

——, „Markedsstaten som begrep og utfordring til forvaltningsretten“ í Carsten Henrichsen, Peter Blume og Steen Rønsholdt (ritstj.), *Forvaltningsretlige perspektiver* (Jurist- og Ökonomforbundet 2006)

Greve C, „New Public Management - en kort oversigt over begrebets anvendelse og udvikling“ [2002] (1) Nordisk Administrativt Tidsskrift

Björn Þ. Guðmundsson, „Hvað er stjórnslá samkvæmt stjórnslurétti“ [1985] (4) Tímarit lögfræðinga 275

——, „Grundvallarhugtök í stjórnslurétti“ [1987] (2) Tímarit lögfræðinga 85

Henrichsen C, „Udlicitering af myndigehdsopgaver - Er det foreneligt med retssikkerhedshensyn?“ í Carsten Henrichsen, Peter Blume og Steen Rønsholdt (ritstj.), *Forvaltningsretlige perspektiver* (Jurist- og Økonomforbundet 2006)

Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnslulaga* (Codex 2005)

——, *Stjórnsluréttur-málsmeðferð* (Bokautgafan Codex 2013)

Margrét V. Kristjánsdóttir „Eru ákvarðanir einkarekinna háskóla um réttindi og skyldur nemenda stjórnslá eða ákvarðanir á grundvelli einkaréttar?“ (2011) 9 (1) Tímarit Lögréttu 53

Margrét Vala Kristjánsdóttir, „Administrative Law and Service Contracts – Adding Colour to the Grey“ (PhD thesis, University of Oslo 2019)

Madell T, „Gråzonen Mellan Offentlig Rätt och Privaträtt - Forskning i Dag“ [2004] (4) Förvaltningsrättslig tidskrift 223

Madsen H, *Privatisering og patientrettigheder* (1. udgave., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010)

Mak C, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy, and England* (Kluwer Law International ; Wolters Kluwer Law & Business ; Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen 2008)

Olesen KN, „Varetagelse af offentligretlige interesser ved udlicitering“ í Carsten Henrichsen, Peter Blume og Steen Rønsholdt (ritstj.), *Forvaltningsretlige perspektiver*. (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006)

——, *Offentlig opgave på kontrakt* (1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2011)

Revsbech K, *Aktuel dansk forvaltningsret- karakteristiske træk og udviklingstendenser* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008)

Revsbech K, Nørgaard CA og Garde J, *Forvaltningsret - sagsbehandling* (7. útg., Djøf/Jurist- og Økonomforbundet 2014)

Rønsholdt S, *Forvaltningsret: retssikkerhed, proces, sagsbehandling* (2018)

Sand IJ, „Retten i det polykontekstuelle samfunn. Hvordan skal vi analysere og forstå den?“ (2005) 28 (4) Retfærd 1

Selvig E, „Kontraktsutfylling og legalitetsprinsipp. Metodeproblemer i kontrakts- og forvatningsrettens grenseland“ í Peter Lödrup o.fl. (ritstj.), *Rettssteori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002* (Universitetsforlaget 2002)

Semmelmann C, „The Public-private Divide in European Union Law“, *European Legal Method: in a multi-level EU- legal order* (DJÖF Publishing 2012)

„Skýrsla Umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2006“ (2007)

„Stefna um nýskipan í ríkisrekstri,“

Steinicke M o.fl., „Nye tendenser for inddragelse af private i kommunal opgaveudførelse“, *Forvaltningsretlige perspektiver* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006)

Trausti Fannar Valsson *Stjórnsýslukerfið* (Fons Juris 2019)

van Erp S, „Deconstruction and reconstruction of European property law: A research agenda“, *E. Cashin Ritaine, ed., 2009 (L'ingénierie juridique et le droit comparé. Rapports du colloque du 25e. anniversaire de l'Institut Suisse de Droit Comparé du 29 août 2008)* (2009)

Wilhelmsson T, „Services of general interest and European private law“ í CEF Rickett og Thomas Telfer (ritstj.), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice* (Rickett, Charles E.F. & Telfer, Thomas G.W., Cambridge University Press 2003)

„Þjónustusamningar. Handbók“ (Fjármálaráðuneytið 2005)

## **Hæstiréttur**

H 17. desember 2014 í máli nr. 800/2014

H 18. júní 2015 í máli nr. 822/2014

H 22. janúar 2008 í máli nr. 19/2008

H 23. mars 2000 í máli nr. 407/1999

## **Umboðsmaður Alþingis**

UA 13. júní 2016 í máli nr. 5544/2008

UA 15. mars 2016 í máli nr. 8808/2016

UA 29. desember 2010 í máli nr. 6187/2010

UA 24. júní 2009 í máli nr. 4904/2007

UA bréf frá 31. desember 2008 í máli nr. 5544/2008

UA 10. júní 2008 í málum nr. 4552/2005, 4593/2005, 4888/2006 and 5044/2007

UA 16. janúar 2008 í máli nr. 5084/2007