

# Interkommunalt samarbeid om IKT

- rettslige rammer for organisering -

KS Advokatene



(KS FoU prosjekt nr. 114016)

## Forord

Denne rapporten er resultatet av et FoU-prosjekt KS Advokatene har utført for KS ved avdeling for forskning, innovasjon og digitalisering, i perioden januar til oktober 2015. Rapporten gir en oversikt over sentrale juridiske rammebetingelser for kommuners mulighet til å etablere interkommunalt samarbeid på IKT-området.

Arbeidet er utført av advokatene Jostein Selle (kap. 1, 2, 3 og 10), Kristine Røed Brun (kap. 4 og 5), Hakon-Huus Hansen og Siri Tofte (kap. 6), Frode Lauareid og Anne-Lise Hellebostad (kap. 7), Frode Lauareid (kap. 8, 9 og 11).

Prosjektet må ses i sammenheng med rapporten «IKT-samarbeid i kommunal sektor – Modeller for organisering, styring og finansiering», utarbeidet av PwC (oktober 2015).<sup>1</sup> I det prosjektet er styringsmodeller for interkommunale IKT-samarbeid kartlagt og vurdert, og rapporten presenterer arbeidet med anbefalinger.

I løpet av prosjektperioden vi hatt god dialog og jevnlig møter med oppdragsgiver, der Hilde Ravnaas har vært FoU-ansvarlig og Anne Mette Dørum har vært fagansvarlig for denne utredningen. Vi har også hatt møter med PwC sitt utredningsprosjekt om IKT-samarbeid.

Vi takker for et spennende oppdrag og håper rapporten vil ha verdi inn i arbeidet med videreutvikling av interkommunale IKT-samarbeid.

KS Advokatene, 06. november 2015

---

<sup>1</sup> KS FoU-prosjekt nr. 144016.

## Innholdsfortegnelse

1	Sammendrag.....	6
1	Summary.....	11
2	Innledning.....	17
2.1	Generelt – oversikt over de spørsmål som behandles i rapporten.....	17
2.2	Kommunenes valgfrihet mht. organisasjonsform for interkommunalt samarbeid – oversikt.....	20
2.2.1	Generelt.....	20
2.2.2	Kommunenes valgfrihet ved valg av organisasjonsform for IKT-samarbeid.....	22
3	Organisasjonsmodeller for interkommunalt samarbeid.....	25
3.1	Innledning.....	25
3.2	Generelt om eierstyring – kommunens ulike roller.....	27
3.2.1	Innledning.....	27
3.2.2	Kommunens ulike roller.....	28
3.2.3	Eierstyring i selskaper.....	30
3.2.4	Eierstyring i IKS.....	33
3.2.5	Eierstyring i aksjeselskaper.....	35
3.2.6	Interkommunale styrever etter kommuneloven § 27 – styringsmuligheter for deltakerne.....	36
3.2.7	Nærmere om styring av samvirkeforetak.....	38
3.2.8	«Eierstyring» av vertskommunesamarbeid – kommunenes innflytelse som deltakere.....	39
3.3	Kommuneloven § 27.....	40
3.3.1	Innledning.....	40
3.3.2	Vedtektene for samarbeidet – minimumskrav til vedtektenes innhold.....	41
3.3.3	Ansvar og eierandel.....	42
3.3.4	Organisasjon, eierfunksjon og ledelse.....	42
3.4	Vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kap. 5 A.....	47
3.4.1	Innledning.....	47
3.4.2	Begrepet «vertskommune».....	48
3.4.3	Nærmere om kommunelovens regulering av vertskommunemodellen.....	48
3.5	«Vertskommunesamarbeid» utenfor kommuneloven – omsetning av tjenester mellom kommuner.....	53
3.6	Interkommunalt selskap (IKS).....	53
3.6.1	Innledning.....	53

3.6.2	Selskapsformen er foreslått endret.....	54
3.6.3	Organisasjon, eierfunksjon og ledelse.....	55
3.6.4	Økonomiforvaltning.....	56
3.6.5	Statlig kontroll.....	58
3.6.6	Forholdet til forvaltningsloven og offentleglova.....	58
3.7	Aksjeselskap (AS) .....	58
3.7.1	Generelt.....	58
3.7.2	Særlig om kommuner som deltaker i aksjeselskap.....	59
3.7.3	Nærmere om organisasjon, eierfunksjon og ledelse .....	60
3.7.4	Økonomiforvaltning.....	61
3.7.5	Kontroll og tilsyn.....	61
3.7.6	Forholdet til forvaltningsloven og offentleglova.....	62
3.8	Samvirkeforetak.....	62
3.8.1	Innledning.....	62
3.8.2	Nærmere om samvirkekriteriene .....	63
3.8.3	Organisasjon, eierfunksjon og ledelse.....	64
3.8.4	Økonomiforhold .....	65
3.8.5	Kommunal og statlig kontroll .....	66
3.8.6	Forholdet til forvaltningsloven og offentlighetsloven .....	66
3.9	Særlig om «konsernmodeller» .....	67
4	Vurdering av ulike samarbeidsmodeller og forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser .....	70
4.1	Innledning.....	70
4.2	Relevante unntak fra anskaffelsesregelverket .....	73
4.2.1	Innledning.....	73
4.2.2	Utøvelse av offentlig myndighet .....	73
4.2.3	Fast eiendom.....	73
4.2.4	Forskning- og utviklingstjenester (FoU) .....	74
4.2.5	Enerett.....	76
4.2.6	Anskaffelsen kan bare foretas hos én leverandør .....	77
4.2.7	Bruke intensjonskunngjøring ved usikkerhet.....	78
4.3	Nærmere om unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid .....	78
4.3.1	Bakgrunn .....	78
4.3.2	Unntaket for vertikalt samarbeid.....	80
4.3.3	Unntaket for horisontalt samarbeid.....	89

4.4	Interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 .....	94
4.4.1	Forholdet til unntaket for vertikalt samarbeid.....	94
4.4.2	Forholdet til unntaket for horisontalt samarbeid .....	96
4.5	Interkommunalt selskap etter IKS-loven.....	98
4.5.1	Forholdet til unntaket for vertikalt samarbeid.....	98
4.6	Aksjeselskaper .....	101
4.6.1	Forholdet til unntaket for vertikalt samarbeid.....	101
4.7	Samvirkeforetak.....	106
4.7.1	Forholdet til unntaket for vertikalt samarbeid.....	106
4.8	Vertskommunesamarbeid.....	109
4.8.1	Innledning.....	109
4.8.2	Forholdet til unntaket for vertikalt samarbeid.....	109
4.8.3	Forholdet til unntaket for horisontalt samarbeid .....	109
4.9	Avsluttende kommentarer og oppsummering .....	113
5	Særlige anskaffelsesrettslige problemstillinger knyttet til IKT-samarbeid.....	115
5.1	Innledning.....	115
5.2	Definisjoner .....	116
5.2.1	Generelt.....	116
5.2.2	Hva er et fagsystem? .....	116
5.2.3	Hva er en rammeavtale?.....	116
5.2.4	Hva er en lisens? .....	117
5.2.5	Hva er en felleskomponent? .....	117
5.3	Læren om forbud mot vesentlige endringer .....	118
5.4	Konsekvenser dersom det gjøres en ulovlig vesentlig endring.....	121
5.5	Særlige problemstillinger dersom kommune(r) i et IKT-samarbeid ønsker å innlemmes i en eksisterende avtale .....	122
5.5.1	Innledning.....	122
5.5.2	Særlig om rammeavtaler.....	123
5.5.3	Gjelder begrensningene i FOA § 15-1 tredje ledd analogisk også for ordinære avtaler? 125	
5.5.4	Momenter i vurderingen av om en innlemmelse av andre kommuner i en eksisterende avtale vil være ulovlig på grunn av læren om vesentlig endring? .....	128
5.5.5	Hvilke muligheter har kommunene til å avslutte eksisterende avtaler? .....	134
5.5.6	Anbefalinger .....	135
5.6	Særlige problemstillinger knyttet til kommuners bruk av kommunale felleskomponenter uten konkurranse.....	136

5.6.1	Innledning.....	136
5.6.2	Aktuelle unntak.....	137
5.6.3	Kan kommuner ta i bruk felleskomponenter eller andre IKT-løsninger utviklet av én/flere kommuner med hjemmel i unntaket for <i>horisontalt</i> samarbeid?.....	138
5.6.4	Kan kommuner ta i bruk felleskomponenter fra et interkommunalt samarbeidsorgan med hjemmel i unntaket for <i>vertikalt</i> samarbeid? .....	142
6	Noen utvalgte kontraktsrettslige spørsmål i IKT-samarbeid .....	148
6.1	Innledning.....	148
6.1.1	Hva ligger i begrepet interkommunalt IKT-samarbeid?.....	148
6.1.2	Graden av måloppnåelse kan avhenge av den organisasjons- og styringsmodellen som velges, og av de anskaffelsesavtalene som inngås i markedet.....	148
6.1.3	Fremstillingen videre .....	149
6.2	Generelt om IT-kontrakter .....	149
6.3	Leverandørvilkår og Statens standardavtaler .....	150
6.3.1	Leverandørens standardvilkår.....	150
6.3.2	Statens standardavtaler .....	150
6.4	Nærmere om det kontraktsrettslige forholdet mellom et interkommunalt IKT-samarbeid og leverandører i markedet .....	151
6.4.1	Problembeskrivelse .....	151
6.4.2	Betydningen av kommunesamarbeidets rettslige status.....	152
6.4.3	Betydningen av valg av organisasjonsmodell .....	153
6.4.5	Hvem kan og bør inngå kontrakt med leverandørene?.....	154
6.4.6	Forholdet mellom deltakerkommunene som bestillere og samarbeidet som leverandør – betydningen av styringsmodell.....	154
6.4.7	Forholdet til eksisterende kontrakter ved inngåelse av IKT-samarbeid, og behovet for fleksibilitet i de avtaler samarbeidet inngår .....	155
6.5	Særlig om lisensavtaler i interkommunale IKT-samarbeid .....	156
6.5.1	Hva en programvarelisens er og hovedtypene av lisensieringsformer.....	156
6.5.2	Fellesressurser og klientressurser .....	156
6.5.3	Hovedutfordringer ved inngåelse av lisensavtaler som skal dekke flere kommuner	156
6.6	Eksempel på et mer omfattende IKT-samarbeid.....	158
6.7	Skytjenester .....	159
7	Nokre skatte- og avgiftsrettslige spørsmål ved etablering av IKT-samarbeid .....	161
8	Arbeidsrettslige problemstillinger ved etablering av IKT-samarbeid .....	162
8.1	Arbeidsmiljølova kapittel 16 og reglane om verksemdsoverdraging.....	162
8.1.1	Innleiing.....	162

8.1.2	Kort gjennomgang av regelverket.....	162
8.2	Korleis praktisk gjennomføra ei verksemdsoverdraging .....	164
8.3	Avtalar om fortrinnsrett til stilling hjå tidlegare arbeidsgjevar.....	166
8.4	Innehav og utøving av arbeidsgjevaransvar.....	166
9	Arkivrettslege problemstillingar ved etablering av IKT-samarbeid.....	167
10	IKT-samarbeid og reglene om offentlig støtte.....	168
10.1	Innledning – oversikt over reglene .....	168
10.2	Nærmere om de enkelte kriteriene.....	169
10.3	Betydningen for interkommunalt samarbeid om IKT .....	171
11	Prosessuelle problemstillingar ved etablering av IKT-samarbeid.....	173

## 1 Sammendrag

I **kapittel 2** er det gitt en oversikt over de spørsmål som behandles i rapporten. Herunder hvor stor frihet kommunene har til å velge samarbeidsform på IKT-området.

Rapporten må ses i sammenheng med rapporten «IKT-samarbeid i kommunal sektor – Modeller for organisering, styring og finansiering» utarbeidet av PwC (2015)<sup>1</sup>. Rapporten fra PwC vurderer ulike organisasjons- og styringsmodeller opp mot hverandre ut fra noen nærmere beskrevne kriterier.

Denne rapporten har en juridisk tilnærming, og gir en oversikt over noen viktige rettslige rammebetingelser kommuner må forholde seg til når det skal velges samarbeidsform på IKT-området. Vi vurderer det slik at samarbeid på IKT-området i liten grad reiser spesifikke spørsmål som gjør at disse rammebetingelsene avviker fra det som generelt gjelder for interkommunalt samarbeid. Redegjørelsen vil derfor i stor grad være relevant også for interkommunalt samarbeid på andre områder.

Generelt beror spørsmålet om hvor fritt kommunene står til å organisere et interkommunalt samarbeid på hva virksomheten faktisk skal gå ut på. Der det gjelder offentlig myndighetsutøvelse og lovpålagte oppgaver er friheten til å velge organisasjonsform svært begrenset. Utenfor dette området har kommunene i utgangspunktet stor frihet til å organisere virksomheten slik som de selv finner hensiktsmessig. Her kan kommuner i tillegg til de fleste organisasjonsformer som er tilgjengelig for private rettssubjekter også bruke de særlige organisasjonsformer som bare kan ha kommuner som deltakere.

Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. Fordi kommunen ikke er et privat rettssubjekt, men et offentlig organ, gjelder det særlige regler som i praksis begrenser friheten til å velge organisasjonsform for interkommunalt samarbeid. Det er spesielt regelverket for offentlige anskaffelser som representerer en slik begrensning. Dersom kommunen anskaffer ytelser på IKT-området fra en interkommunal sammenslutning den deltar i, vil det i utgangspunktet anses som en kontrakt om en anskaffelse som må følge regelverket for offentlige anskaffelser. Det gjelder imidlertid unntak fra dette gjennom reglene om såkalt «utvidet egenregi». Disse reglene utgjør i praksis den viktigste rettslige rammebetingelse/begrensning for kommunenes frihet til å etablere interkommunalt samarbeid på IKT-området. Redegjørelsen for dette er derfor den meste sentrale delen av rapporten. Reglene om egenregi er behandlet i kap. 4.

Det fremheves at etablering av interkommunalt samarbeid – både på IKT-området og ellers - må undergis en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Denne rapporten gir en oversikt over en rekke sentrale problemstillinger av juridisk art. Hvilken betydning disse rettslige spørsmålene har for det enkelte samarbeidstiltak vil alltid avhenge av en slik konkret vurdering. Det må derfor gjøres en slik nærmere vurdering som en del av grunnlaget for etablering av samarbeidstiltaket. Vurderingen bør omfatte både hvilken organisasjonsform som er mest hensiktsmessig, og hvilke rettsspørsmål som oppstår for det aktuelle samarbeidstiltaket. Siktemålet med denne rapporten er å gi en oversikt som kan bidra til at et slikt forarbeid inneholder vurderinger av de spørsmål som er relevante å ta opp.

---

<sup>1</sup> KS FoU-prosjekt nr. 144016



I **kapittel 3** er det gitt en oversikt over de ulike alternative organisasjonsformene kommuner kan velge blant når samarbeid på IKT-området vurderes.

Det er bare samarbeid med en organisatorisk overbygning som beskrives. Rapporten går nærmere inn på samarbeid i fem ulike organisasjonsformer: Samarbeid med eget styre etter kommuneloven § 27, vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kap. 5A, samarbeid i form av et interkommunalt selskap (IKS), samarbeid i form av et aksjeselskap (AS) eid av kommuner, og samarbeid i form av et samvirkeforetak (SA).

Det er gitt en oversikt over de viktigste trekkene ved disse organisasjonsformene, hvem som kan være deltakere, deltakernes ansvar, organisatoriske oppbygning, forholdet til forvaltningsloven og offentlighetsloven mv. Det er også gitt en oversikt over hvilke av disse organisasjonsformene som kan være deltaker i de andre.

Det er også gitt en oversikt over hvilke rettslige rammer for eierstyring som gjelder for de ulike samarbeidsmodellene. I noen grad er det også gått inn på fordeler og ulemper ved ulike former for eierstyring.

I **kapittel 4** har vi vurdert ulike organisasjonsformer for interkommunalt IKT-samarbeid og forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser. Spørsmålet vi har sett nærmere på er hvorvidt kommunene kan få ytelse direkte fra et IKT-samarbeid uten å følge anskaffelsesregelverket. Dette beror langt på vei på om vilkårene for unntak for vertikalt og horisontalt samarbeid har vært oppfylt.

Vår konklusjon er at ingen av organisasjonsformene utelukker at unntaket for vertikalt og horisontalt samarbeid kan være oppfylt. Vi understreker imidlertid at enkelte organisasjonsformer lettere vil kunne falle inn under disse unntakene enn andre. Vi understreker også at vi kun har gjort en generell vurdering av om organisasjonsformene legger til rette for at unntakene kan oppfylles. Det må alltid gjøres en konkret vurdering av om faktum i den enkelte sak tilsier at vilkårene for bruk av de respektive unntak er oppfylt.

På generell basis er det vår vurdering at et samarbeid organisert etter kommuneloven § 27 (der samarbeidsorganet er et eget rettssubjekt) legger godt til rette for at unntaket for vertikalt samarbeid kan oppfylles. Vi mener også at et samarbeid organisert etter kommuneloven § 27 (der samarbeidsorganet ikke er et eget rettssubjekt) kan oppfylle vilkårene for unntaket for horisontalt samarbeid, såfremt samtlige deltakerkommuner har innflytelse og bidrar i løsningen av oppgavene i samarbeidet.

Samvirkeforetak er lite brukt som organisasjonsform i interkommunale samarbeid, men vi mener at modellen legger godt til rette for at unntaket for vertikalt samarbeid kan oppfylles.

Vi mener også at vilkårene for unntak for vertikalt samarbeid vil kunne være oppfylt for et samarbeid organisert som er et interkommunalt selskap etter IKS-loven. Vi understreker imidlertid at dette kan være mer usikkert dersom en av eierkommunene sitter med en stor eierandel. I slike tilfeller bør det vurderes «grep» som sikrer at også kommuner med en liten eierandel har et minimum av innflytelse over selskapet. Dette for å sikre at kontrollkriteriet er oppfylt.

Tilsvarende mener vi også at vilkårene for unntak for vertikalt samarbeid vil kunne oppfylles for aksjeselskaper etter aksjeloven. Vurderingen av aksjeselskaper er nokså lik vurderingen av

interkommunale selskaper etter IKS-loven, men det er innebygd flere «kontrollmekanismer» i IKS-loven sammenlignet med hva som er tilfelle for aksjeloven. For å være sikker på at kontrollkriteriet er oppfylt også for aksjeselskaper kan det derfor være fornuftig å innføre noen styringsmuligheter som går utover «normalmodellen» i aksjeloven. Også for aksjeselskaper kan det oppstå usikkerhet om kontrollkriteriet er oppfylt dersom en av aksjonærene sitter med en stor eierandel. Som for IKS'er bør det da vurderes om det bør gjøres «grep» som sikrer at også kommuner med en liten eierandel har et minimum av innflytelse over aksjeselskapet.

Endelig mener vi at det heller ikke er utelukket at vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kapittel 5A vil kunne oppfylle vilkårene for unntak for horisontalt samarbeid. Av organisasjonsformene som er vurdert er imidlertid vertskommunesamarbeid den modellen som på generell basis er mest usikker dersom man vil unngå at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Årsaken til dette er at det er tvilsomt hvorvidt et vertskommunesamarbeid vil oppfylle kravet til gjensidighet/reelt samarbeid, som er ett av vilkårene for bruk av unntaket for horisontalt samarbeid. Et tiltak som kan bidra til at kravet til gjensidighet/reelt samarbeid er oppfylt er å sørge for en aktiv deltakelse fra alle samarbeidskommunene i utøvelsen av oppgavene i samarbeidet.

I **kapittel 5** har vi vurdert særlige problemstillinger dersom kommunene i et IKT-samarbeid ønsker å innlemmes i en eksisterende avtale. Vår vurdering er at gode grunner tilsier at det ikke gjelder noe absolutt forbud mot å innlemme en ny kommune i en eksisterende avtale. Dette vil likevel ofte være ulovlig fordi det anses som en vesentlig endring av avtalen.

Handlingsrommet for endringer kan være noe større dersom det er tatt inn en klausul i avtalen om at andre kommuner kan innlemmes i avtalen. Hvis avtalen ikke inneholder noen endringsklausul vil endringen måtte vurderes i henhold til læren om vesentlige endringer. Relevante momenter i denne vurderingen vil blant annet være om endringen ville gjort det mulig for andre leverandører å delta eller vinne konkurransen, om avtalen utvides til å gjelde flere eller andre ytelser, og den økonomiske balansen i avtalen endres i leverandørens favør, om endringen har preg av omgåelse, hva som er årsakene til endringen og hva konsekvensene vil være ved å gjennomføre en ny konkurranse.

For rammeavtaler utlyst etter forskrift om offentlige anskaffelser del III (anskaffelser over EØS-terskelverdi) vil handlingsrommet være snevrere fordi forskriften § 15-1 tredje ledd inneholder en bestemmelse om at det kun er de opprinnelige partene som kan gjøre avrop på rammeavtalen.

I kapittel 5 gjøres det også en særskilt vurdering av problemstillinger knyttet til bruk av kommunale felleskomponenter og hvorvidt dette kan skje direkte uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Dette er langt på vei en nærmere drøftelse av de problemstillingene som er tatt opp i kapittel 4.

I **kapittel 6** er omtalt en del kontraktsrettslige spørsmål som melder seg ved interkommunale IKT-samarbeid. Det er fokusert på organisasjons- og styringsmodellens betydning for samarbeidets stilling og ved kontraktsinngåelser i markedet, og betydningen av nærhet og korte beslutningsveier mellom deltakerkommunene og samarbeidet.

Det er foretatt en gjennomgang av viktige elementer i Statens standardavtaler. De vurderes gjennomgående å gi kunden en bedre stilling enn ulike leverandørvilkår, og det anbefales at de benyttes der det er mulig. Videre er det gitt en grov oversikt over lisenstyper for dataprogrammer, og

pekt på forhold av særlig betydning ved inngåelse av lisensavtaler som skal dekke flere kommuner. Avslutningsvis er vist et eksempel på hvordan et IKT-samarbeid kan organiseres, og det er tatt inn en kort omtale av skytjenester.

I **kapittel 7** gis en oversikt over noen problemstillinger knyttet til skatt og avgift. Utgangspunktet er at virksomhet som inngår i kommunens juridiske person er fritatt fra skatteplikt, men virksomhet som drives i selvstendig juridisk person er skattepliktig. Dersom virksomheten ikke har erverv som formål, kan skattefritak innvilges.

Salg av varer og tjenester er som hovedregel merverdiavgiftspliktig. Slik virksomhet skal være registrert i merverdiavgiftsregisteret. Det er også mulig med frivillig registrering dersom virksomheten vurderer dette som økonomisk hensiktsmessig.

Husleieavtaler kan være merverdiavgiftssensitive.

I **kapittel 8** er det gjort rede for vilkårene for at reglene i arbeidsmiljøloven om virksomhetsoverdragelse skal gjelde. For at reglene skal gjelde, må det skje en overdragelse fra ett rettssubjekt til et annet. Overdragelsen må omfatte en selvstendig enhet som må videreføres i hovedsak på samme måte som før overdragelsen.

Kapitlet inneholder videre en rettleiding til hvordan en virksomhetsoverdragelse kan gjennomføres for å innfri de krav som er stilt i lov- og avtaleverk. Det er tre parter i en mulig virksomhetsoverdragelse; den ansatte, gammel og ny arbeidsgiver. Avtaleverket pålegger arbeidsgiver plikt til å drøfte mulige virksomhetsoverdragelser med arbeidstakerorganisasjonene. Kapitlet kommenterer de forholdene arbeidsgiverne er pålagt å drøfte. Det gis råd om hvordan praktiske utfordringer kan løses. Arbeidstaker har rett til å reservere seg mot å bli overdratt til ny arbeidsgiver. Dette medfører at arbeidsforholdet opphører. I visse tilfelle har domstolene fastsatt at arbeidsforholdet består hos opprinnelig arbeidsgiver. Dette forutsetter at arbeidstaker krever dette, såkalt valgrett.

Kapitlet drøfter avtaler om fortrinnsrett hos tidligere arbeidsgiver. Det vises til at slike avtaler kan være utfordrende overfor lovfestet fortrinnsrett og det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet ved ansettelser. Denne type avtaler frarådes.

Kapitlet gir også råd om hvordan utøvelsen av arbeidsgiveransvaret bør reguleres. Dette bør ligge i samarbeidet. Styret gis ansvar for daglig leder. Daglig leder har ansvar overfor alle øvrige ansatte.

I **kapittel 9** gjennomgås hovedreglene i arkivloven. Loven skiller mellom offentlige og private arkiv. Av de aktuelle organisasjonsformene så er arkivene til aksjeselskap og samvirker å regne som private. Det gis likevel råd om at disse selskapene følger reglene for offentlige arkiver. Dette for å sikre kontinuitet i arkivføringen i tilfelle virksomheten tilbakeføres kommunen.

Det vises videre til at arkivloven har strenge regler for overføring av arkiv og kassasjon av dokumenter. Det gis et generelt råd om å rådføre seg med Riksarkivaren for å sikre korrekt forvaltning av arkivene.

Sentralt i arkivet vil være personalopplysninger. Det minnes om at reglene i personopplysningsloven må følges.

I **kap. 10** er det gitt en oversikt over noen sentrale problemstillinger som regelverket om statsstøtte (offentlig støtte) kan ha for interkommunalt samarbeid på IKT-området. Begrepet statsstøtte omfatter i denne sammenheng også støtte fra kommuner og fylkeskommuner. Hovedregelen er at offentlig støtte er forbudt. I praksis er støtten ulovlig dersom seks kriterier er oppfylt. Der er gitt en kortfattet oversikt over hva som ligger i de seks kriteriene.

Dersom alle kriteriene er oppfylt, kan støtten ikke iverksettes før den eventuelt er meldt til og godkjent av ESA, eller den faller inn under noen av unntakene fra denne meldeplikten (notifikasjonsplikten).

Samarbeid mellom kommuner om IKT reiser i utgangspunktet ikke spesielle spørsmål som stiller samarbeid på dette området i en annen stilling enn interkommunalt samarbeid generelt. Dersom virksomheten helt eller delvis går ut på å drive en økonomisk aktivitet vil den i utgangspunktet være omfattet av statsstøttereglene. Dersom også de andre kriteriene nevnt ovenfor er oppfylt, vil økonomiske fordeler som virksomheten får fra det offentlige på ikke-markedsmessige i utgangspunktet være forbudt. For at virksomheten skal være lovlig i forhold til statsstøttereglene må den i slike tilfeller enten godkjennes av ESA etter en notifikasjon, eller eventuelt tilpasses et av de unntak som foreligger.

Det fremheves at på samme måte som det ved oppretting av interkommunalt samarbeid - herunder om IKT-samarbeid - bør gjøres en vurdering av det enkelte samarbeid i forhold til anskaffelsesregelverkets unntak for egenregi, så bør det også gjøres en nærmere vurdering av forholdet til statsstøttereglene.

I **kap 11** vises det til hvem som formelt representerer forskjellige samarbeid i rettsprosesser. For kommunen er dette ordfører. For selskaper er det styrets leder.

Kapitlet inneholder noen betraktninger over hvordan eier skal forholde seg til et samarbeid som er involvert i en rettslig prosess. Arbeidsrettsaker bør eier avstå fra å intervenere i, men hensett til omfanget av økonomiske konsekvenser kan det være mer rimelig at eier interesserer seg for tvister som gjelder kontrakter samarbeidet er part i.

Kapitlet gir råd om hvordan eierne kan løse tvister seg imellom. Megling holdes frem som et godt verktøy dersom partene selv ikke klarer å løse uenighetene.

## 1 Summary

**Chapter 2** contains an overview of the questions discussed in the report, including how free the municipalities are in choosing forms of collaboration in the ICT area.

This report must be seen in the context of the report “ICT collaboration in the municipal sector – Models for organisation, control and financing”, prepared by PwC (2015)<sup>2</sup>. The PwC report weighs the pros and cons of some organisational and management models based on some specific criteria.

In this report, we take a legal approach and offer a summary of some important legal frameworks, which the municipal authorities must comply with when choosing their form of cooperation on ICT. In our opinion, ICT collaboration raises few specific issues that entail framework conditions differing from what applies otherwise to intermunicipal cooperation. The report will therefore be highly relevant to intermunicipal collaboration also in other areas.

Generally, the question of how much freedom the municipal authorities have in organising intermunicipal collaboration undertakings will depend on their subject matter. With respect to exercising public authority and performing statutory tasks, the municipalities have very limited freedom of action. Outside of this area, the municipal authorities have in principle great scope for organising their activities the way they consider appropriate. Here the municipal authorities can make use of the special organisational forms only municipalities can participate in as well as most other forms of organisation available to private legal entities.

However, this is only a point of departure. As a municipality is not a private legal entity, but a public body, special rules apply that will in practice limit their freedom to choose how to organise intermunicipal collaboration. It is in particular the public procurement regulations that represent such a limitation. If the municipality acquires services in the ICT area from an intermunicipal organisation it participates in, this will in principle be considered as a procurement contract that must comply with public procurements regulations. However, there are exceptions in the rules for “extended in-house procuring”. In practice, these rules constitute the most important legal framework for and limitation to the municipalities’ freedom to establish intermunicipal collaboration in the ICT area. The account given of this is therefore the most central part of the report. The rules for in-house procuring are discussed in chapter 4.

We underline that establishing the form of intermunicipal cooperation – both in the ICT area and otherwise – must be subject to a specific assessment in each individual case. This report provides an overview of a number of key legal issues. The importance of these legal issues to each collaboration venture will always depend on such a specific assessment. A further assessment must therefore be made before establishing any form of collaboration. This assessment should include both the form of organisation that will be most appropriate and what legal issues such an organisation will raise. The objective of this report is to provide an overview that may help ensure that such preparatory work includes an assessment of the questions that should be raised.

**Chapter 3** contains an overview of the various alternative organisational forms the municipalities may choose when they consider an ICT collaboration.

---

<sup>2</sup> KS R&D project no. 144016

We only describe collaboration with an organisational superstructure. The report provides detailed information about five different organisational forms: Collaboration with a separate board pursuant to section 27 of the Local Government Act, host municipality collaboration pursuant to chapter 5A of the Local Government Act, collaboration in the form of an intermunicipal company<sup>3</sup> (IKS), cooperation in the form of a limited liability company (AS) owned by municipalities and collaboration in the form of a cooperative (SA).

We give an overview of the most important features of these organisational forms, such as who can participate, the participants' liabilities, the organisational structure and the situation in respect of the Public Administration Act, the Freedom of Information Act, etc. We also mention which of these organisational forms can participate in the others.

The report also provides an overview of the legal framework for corporate governance that applies to the different collaboration models. To some extent, the advantages and disadvantages of various forms of corporate governance are also mentioned.

In **Chapter 4**, we have assessed various forms of intermunicipal ICT collaboration and the situation in respect of the regulatory framework for public procurement. The question we have examined in greater detail is whether municipalities can receive services directly from such ICT collaboration without complying with the procurement regulations. This will largely depend on whether the requirements for an exemption for vertical and horizontal cooperation have been fulfilled.

Our conclusion is that none of the organisational forms excludes the possibility that the exemption for vertical and horizontal cooperation may have been fulfilled. However, we underline that it will be easier for some organisational forms to fall within the scope of these exemptions than others. We also underline that we have only made a general assessment of whether the organisational forms facilitate compliance with the exemptions. A specific assessment must always be made on whether the substantive issues of each case show that the requirements for the respective exemptions have been fulfilled.

Generally, we assume that a collaboration venture organised pursuant to section 27 of the Local Government Act (where the cooperating body is a separate legal entity) is well suited to ensuring compliance with the exemption for vertical cooperation. We also think that a collaboration organised pursuant to section 27 of the Local Government Act (where the cooperating body is not a separate legal entity) may fulfil the requirements for the exemption for horizontal cooperation, provided that all participating municipalities have influence and contribute to resolving tasks in the collaboration venture.

Cooperatives are a little-used form of organisation in intermunicipal collaboration, but we think this model could well fulfil the exemption for vertical cooperation.

We also think that the exemption requirements for vertical cooperation may be fulfilled in collaboration ventures organised as an intermunicipal undertaking under the Act relating to Intermunicipal companies. However, we underline that this would be a little more uncertain if one of the owner municipalities has a large ownership interest. In such cases, measures should be

---

<sup>3</sup> Unauthorized translation from lov om interkommunale selskaper av 29. januar 1999 nr. 6.

considered that would ensure that also municipalities with a small ownership interest would have a minimum of influence over the undertaking. This is to ensure fulfilment of the control criterion.

Correspondingly, we think that the requirements for an exemption for vertical cooperation might be met for limited liability companies under the Limited Liability Companies Act. The assessment of limited liability companies is quite similar to the assessment of intermunicipal companies under the Act relating to Intermunicipal companies, but more “control mechanisms” are incorporated in this Act compared with the Limited Liability Companies Act. To make sure that the control criterion has been fulfilled also for limited liability companies, it may therefore be advisable to introduce some steering possibilities that exceed the “normal model” of the Limited Liability Companies Act. Also for limited liability companies, uncertainties may arise as to whether the control criterion has been fulfilled if one of the shareholders has a large ownership interest. As for intermunicipal companies, measures should then be considered that would ensure that also municipalities with a small ownership interest would have a minimum of influence over the limited liability company.

Finally, we cannot exclude the possibility that host municipality collaboration pursuant to Chapter 5A of the Local Government Act may fulfil the requirements for an exemption for horizontal cooperation. Of the organisational forms we have assessed, however, host municipality collaboration is the model that is generally most uncertain if the objective is to avoid having to apply the procurement regulations. The reason for this is that it is doubtful whether host municipality collaboration will fulfil the requirement of reciprocity/actual cooperation, which is one of the requirements for making use of the exemption for horizontal cooperation. One measure that may help ensure compliance with the requirement of reciprocity/real cooperation is to make sure that all cooperating municipalities take an active part in performing tasks in the collaboration venture.

In **Chapter 5**, we look at some special issues arising if municipalities taking part in ICT collaboration wish to be included in an existing agreement. We have good reason to think that there is no absolute prohibition against including a new municipality in an existing agreement. Nevertheless, this will often be unlawful because it would be considered as a substantial change of the agreement.

The scope for amendments may be somewhat greater if the agreement has a clause stating that other municipalities may be included in the agreement. If the agreement does not have an amendment clause, the amendment would have to be examined pursuant to the doctrine of substantial changes. Relevant aspects in this assessment will be whether the amendment would make it possible for other suppliers to participate in or win the tender procedure, whether the agreement is extended to include more or different services, and the economic balance of the agreement is changed in the supplier’s favour, whether the amendment shows signs of circumvention, the causes of the amendment, and the consequences of conducting a new tender procedure.

For framework agreements for which tenders have been invited pursuant to part III of the Public Procurement Regulations (acquisitions exceeding the EEA threshold value), the scope of action will be more restricted because section 15-1 (3) of the Regulations stipulates that only the original parties can enter into contracts under the framework agreement.

Chapter 5 also contains a separate assessment of issues relating to the use of municipal joint components and whether this can be done directly without having to apply the procurement regulations. This is generally a more detailed discussion of the issues raised in chapter 4.

**In Chapter 6,** we discuss some issues under contract law arising in connection with intermunicipal ICT cooperation. We focus on the importance of the organisational and steering model to the status of the collaboration venture and in connection with the conclusion of contracts on the market, besides the importance of proximity and short decision-making routes between the participating municipalities and their cooperation.

We have reviewed important elements of the Standard Government Agreement Forms. Generally, they place the customer in a better position than various other terms and conditions from suppliers, and we recommend using these agreements where possible. Furthermore, we give a rough outline of the types of computer program licences and call attention to circumstances of particular importance when concluding licence agreements that are to include several municipalities. Finally, we show an example of how ICT collaboration could be organised and comment briefly on cloud services.

**In Chapter 7,** we give an overview of some issues relating to taxes. The starting point is that an undertaking that is part of a municipality's legal entity is exempt from tax, but an undertaking operated as an independent legal entity is liable to tax. If the undertaking does not have commercial purposes, tax exemption may be granted.

As a rule, the sale of goods and services is subject to VAT. The undertaking must be registered in the VAT register. Voluntary registration is also possible if the undertaking considers this economically expedient.

Tenancy agreements may be VAT sensitive.

**In Chapter 8,** we present the requirements for application of the Working Environment Act's rules on the transfer of undertaking. For these rules to apply there must be a transfer from one legal entity to another. The transfer must include an autonomous unit that must be carried on chiefly in the same way as before the transfer.

This chapter includes some guidelines on how to carry out a transfer of undertaking to meet the requirements laid down in the statutory framework and agreements. There are three parties to a possible transfer of undertaking: the employee and the new and old employer. The system of agreements imposes a duty on the employer to discuss any transfer of undertaking with employee organisations. In this chapter, we comment on matters employers are obliged to discuss. We offer advice on how to resolve practical challenges. The employee has a right of reservation and may object to being transferred to a new employer. This means that the employment relationship will be terminated. In certain cases, the courts have ruled that the employment relationship with the original employer is to continue. This is conditional upon the employee demanding it, so-called right of choice.

This chapter discusses agreements on preferential rights with the former employer. Such agreements may be challenging in respect of the statutory preferential right and the non-statutory "qualification principle" in connection with appointments. We do not recommend this type of agreements.



We also provide advice in this chapter on how employer's liability should be exercised. This should be placed in the collaboration venture. The board is responsible for the general manager and the general manager is responsible for all the other employees.

In **Chapter 9**, we review the main rules of the Archives Act. The Act distinguishes between public and private archives. With respect to the relevant organisational forms, the archives of limited liability companies and cooperatives are private. Nevertheless, such companies are advised to observe the rules that apply to public archives. This is to ensure continuity in the keeping of records in the event that the undertaking should be retransferred to the municipality.

The Archives Act has strict rules for transferring records and scrapping documents. We generally recommend consultations with the Director General of the National Archives to ensure that archives are correctly handled.

The archives will contain personal data, and we underline that the rules of the Personal Data Act must be observed.

**Chapter 10** contains an overview of some central issues which state aid rules may have on intermunicipal ICT collaboration. The concept of state aid includes in this context municipal and county subsidies. The main rule is that state aid are forbidden. In practice, the subsidies are unlawful if six criteria have been met. We provide a brief outline of the content of these six criteria.

If all the criteria have been met, the aid cannot be granted until it has been notified to and approved by ESA, unless it comes under the scope of one of the exemptions from this notification obligation.

In principle, intermunicipal collaboration on ICT will not raise any special issues that would place such collaboration in a position differing from that of intermunicipal collaboration generally. If the undertaking is aimed at conducting an economic activity, partly or fully, it will in principle be covered by the state aid rules. If also the other criteria mentioned above have been fulfilled, any economic benefit the undertaking receives from the public authorities on terms that do not represent market value will be prohibited in principle. For the undertaking to be lawful under the rules for state aid, it must in such cases either be approved by the ESA following notification or be adapted to one of the exemptions.

We underline that in the same way as when creating any intermunicipal collaboration, also on ICT, an assessment must be made of the procurement regulations' exemption for in-house arrangements, a closer assessment should also be made of the rules for state aid.

**Chapter 11** deals with who formally represents the various collaboration forms in judicial processes. For the municipality, this will be the mayor, and for companies, it will be the chairman of the board of directors.

This chapter includes some thoughts on how the owner should relate to collaboration ventures involved in a legal process. The owner should abstain from intervening in labour law actions, but considering the scope of the economic consequences, the owner might more appropriately take an interest in disputes concerning contracts applying to the collaboration venture.

This chapter provides advice on how the owners can resolve disputes among themselves. Mediation is considered a good tool if the parties are unable to resolve their differences.

## 2 Innledning

### 2.1 Generelt – oversikt over de spørsmål som behandles i rapporten

Kommuner samarbeider om en rekke virksomheter og tjenester. Samarbeidet har ulikt innhold, og skjer i ulike former. I denne rapporten er det gått nærmere inn på noen sentrale rettslige spørsmål som oppstår når kommuner samarbeider på IKT-området.

Rapporten må ses i sammenheng med rapporten «*IKT-samarbeid i kommunal sektor – Modeller for organisering, styring og finansering*» utarbeidet av PwC høsten 2015. Rapporten fra PwC beskriver organisasjons- og styringsmodeller for IKT-samarbeid, og vurderer disse styringsmodellene opp mot hverandre, med sikte på å beskrive hvilke samarbeidsmodeller som kan være egnet på dette området. Rapporten gir en begrunnet anbefaling av styringsmodeller ut fra noen nærmere beskrevne kriterier. Rapporten fra PwC har et mer organisasjonsteoretisk perspektiv enn denne rapporten.

Denne rapporten har en juridisk tilnærming, og gir en oversikt over de rettslige rammebetingelsene kommuner må forholde seg til når de skal velge samarbeidsform på IKT-området. Det er særlig lagt vekt på å redegjøre for hvilke rammer rettsreglene setter for organisering av virksomheten. Rapporten inneholder blant annet en kortfattet beskrivelse av ulike samarbeidsmodeller som lovgivningen gir anledning til å bruke (kap. 3). Siktemålet er å gi en oversikt over hvor fritt kommunene står når de skal velge samarbeidsform på IKT-området.

Samarbeid på IKT-området reiser i liten grad spesifikke spørsmål som gjør at de rettslige rammebetingelser for kommunens valgfrihet med hensyn til organisasjonsform avviker fra det som generelt gjelder for interkommunalt samarbeid. Redegjørelsen i rapporten er derfor i stor grad en beskrivelse som også vil være relevant for andre typer interkommunalt samarbeid, der samarbeidet ikke gjelder offentlig myndighetsutøvelse og lovpålagte oppgaver. I den grad samarbeid på IKT-området reiser særlige spørsmål som gjør at kommunens handlefrihet på dette området er annerledes enn det som generelt gjelder, er dette drøftet underveis.

Interkommunalt samarbeid kan ha mange varianter, og graden av samarbeid og deltakerkommunenes involvering kan være innrettet på ulik måte. Samarbeidet kan gjelde alt fra det å ha et felles fagforum for IKT-personellet i en del nabokommuner – som gir mulighet for kompetansebygging og erfaringsutveksling, via samarbeid på konkrete og nærmere definerte områder, til etablering og drift et eget felles IKT-senter som drifter alle datasystemene i deltakerkommunene, forestår innkjøp og forvaltning av både utstyr og programvare, utfører brukerservice, driver utviklingsarbeid, osv.

Det er bare samarbeidsmodeller som har en organisatorisk overbygning som beskrives. Nærmere bestemt omhandler rapporten samarbeid som innebærer at det overlates beslutningsmyndighet til et felles beslutningsorgan/styringsorgan eller til en annen kommune. «Løsere» former for samarbeid uten organisatorisk overbygning faller utenfor rammen av denne utredningen. Det er altså ikke gått nærmere inn på den form for samarbeid som for eksempel går ut på at kommuner drøfter problemstillinger i uformelle nettverk for å komme fram til felles løsninger, så lenge samarbeidet ikke

innebærer at det etableres et felles styringsorgan eller overlates beslutningsmyndighet til en annen kommune.

Rapporten drøfter samarbeid i fem ulike organisasjonsformer: samarbeid med eget styre etter kommuneloven § 27, vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kap. 5A, samarbeid i form av et interkommunalt selskap (IKS), og samarbeid i form av aksjeselskap (AS) eid av kommuner. Det er også gitt en kortfattet beskrivelse av samarbeid i form av samvirkeforetak (SF).<sup>4</sup> Organisasjonsmodellene er beskrevet i kap. 3.

Det er også gitt en oversikt over hvilke rettslige rammer for eierstyring som gjelder for de ulike samarbeidsmodellene. Det vil si hvilke rettslige rammer kommuner må forholde seg til når de skal utøve sin myndighet som eier eller medlem i de ulike organisasjonsformene som er nevnt. I noen grad er det også gått inn på fordeler og ulemper med ulike former for eierstyring (se nærmere kap. 3). Rapporten fra PwC går noe nærmere inn på hvilke styringsmekanismer som ut fra deres vurdering kan være mer eller mindre fordelaktige på dette området.

Som nevnt innledningsvis reiser ikke samarbeid i form av felles nettverk for kompetansebygging o.l. særlige rettslige spørsmål. Når samarbeidet skal gå ut på utvikling og drift av IKT-systemer som også kunne vært anskaffet i markedet, må imidlertid kommunene tilfredsstillende kravene til unntak fra anskaffelsesreglene for å unngå at det oppstår plikt til å henvende seg til markedet for å skaffe den aktuelle varen eller tjenesten.

Rapporten går derfor særlig inn på spørsmålet om hvilke samarbeidsmodeller som kan etableres uten at det oppstår plikt til å følge regelverket for offentlige anskaffelser (egenregi), herunder i hvilke tilfeller det oppstår plikt for kommunene til å utlyse oppdrag på markedet etter dette regelverket. Dette er i praksis den viktigste rettslige begrensning i kommunenes frihet til å etablere interkommunalt samarbeid. Redegjørelsen for dette er derfor den mest sentrale delen av rapporten. Reglene om egenregi er behandlet i kap. 4.

Der det interkommunale samarbeidet går ut på at den interkommunale samarbeidsenheten, enten den er et selskap, vertskommune eller annet, selv skal utvikle og drifte den tjeneste det er tale om, blir spørsmålet om kommunenes handlingsrom til å samarbeide, som nevnt i hovedsak et spørsmål om hvilke muligheter kommunene har til å etablere et slikt samarbeid i egenregi (dvs. uten at anskaffelsesreglene krever at oppdraget settes ut markedet). Der den aktuelle ytelse/tjeneste det skal samarbeides om, også tilbys av markedsaktører, må vilkårene for egenregi være oppfylt for at dette skal være mulig.

En annen sak er at den interkommunale samarbeidsenheten som sådan kan inngå kontrakter med markedsaktører om anskaffelser. Dette reiser så vel anskaffelsesrettslige som kontraktsrettslige spørsmål.

---

<sup>4</sup> Vi er ikke kjent med at det pr. i dag finnes interkommunale IKT-samarbeid som er organisert som samvirkeforetak. I en rapport utarbeidet av KS Advokatene for KS Bedrift («*Samvirkeforetak for kommuner – En vurdering av om samvirkeforetak kan være en aktuell organisasjonsform når kommuner skal drive en virksomhet i samarbeid med andre*» (2014)), er «IKT-drift» nevnt som eksempel på en administrativ støttetjeneste hvor samvirkeforetak kan være aktuell (s. 71). Rapporten gjør imidlertid ingen nærmere vurdering av hvorvidt samvirkemodellen vil være egnet for samarbeid på dette området.

Et interkommunalt samarbeidstiltak vil normalt selv være en offentlig oppdragsgiver som må følge anskaffelsesregelverket. Når et slikt samarbeidstiltak – enten det er et aksjeselskap, IKS, samvirkeforetak, felles styre etter § 27 eller en vertskommune – henvender seg til markedet og gjør anskaffelser, må i så fall dette regelverket følges.

Under den delen av rapporten som omhandler regelverket om offentlige anskaffelser er også en del særlige spørsmål drøftet (se kap. 5). En egen del av vurderingen drøfter såkalte *rammeavtaler* på IKT-området. Problemstillingen er her typisk om et IKT-samarbeid kan innebære at andre kommuner innlemmes i slike avtaler. Videre vil det være ønskelig at kommuner i et IKT-samarbeid har *felles fagsystemer*. Spørsmålet om hvilke muligheter samarbeidskommunene har til å gå over til felles fagsystem er også drøftet. En beslektet problemstilling gjelder lisensavtaler, og spørsmålet om hvilke muligheter kommuner har til for eksempel å bruke avtale som er inngått av en annen kommune. Når det gjelder bruk av nasjonale og kommunale «felleskomponenter», reiser utvikling og bruk av disse i hovedsak samme spørsmål som de nevnt ovenfor. Det oppstår likevel noen særlige spørsmål som gjør at dette er drøftet for seg (se pkt 5.6).

Når samarbeidsenheten som sådan skal *anskaffe* brukerrettigheter/disposisjonsrett/lisenser til programvare i markedet, med sikte på at de kommuner som deltar i samarbeidet skal kunne gjøre bruk av disse rettighetene, oppstår spørsmål om hvordan denne kontrakten skal utformes. Videre vil også kontraktsrettslige spørsmål kunne ha betydning for hva som er en hensiktsmessig måte å innrette samarbeidet på. Disse spørsmålene er berørt i kapittel 6.

Ved etablering av interkommunalt samarbeid på dette området, må derfor både organisasjonsmessige, anskaffelsesrettslige og kontraktsrettslige spørsmål ses i sammenheng.

Det er også gitt en oversikt over grunnleggende skatte- og avgiftsrettslige problemstillinger (se kap. 7).

Forholdet mellom kommunene og de personer som har sitt arbeid knyttet til IKT-samarbeidet er innrettet på ulik måte. I noen tilfeller er det tale om et regulært arbeidsgiver-arbeidstakerforhold. I andre tilfeller er det brukt andre typer avtaler. Rapporten går nærmere inn på noen arbeidsrettslige spørsmål i kap. 8.

I kap. 9 er det gitt en oversikt over krav til arkivering på IKT-området.

En oversikt over noen aktuelle problemstillinger knyttet til regelverket for statsstøtte (offentlig støtte) er tatt inn i kap. 10.

Endelig er det i kap. 11 gitt en oversikt over noen rettslige spørsmål av mer prosessuell art som kan være aktuelle for IKT-samarbeid.

Generelt er det grunn til å fremheve at etablering av interkommunalt samarbeid – både på IKT-området og ellers – må undergis en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Denne rapporten gir en oversikt over en rekke sentrale problemstillinger og rammebetingelser av juridisk art. Hvilken betydning disse rettslige spørsmålene har for det enkelte samarbeidstiltak vil alltid avhenge av en konkret vurdering. Det må derfor gjøres en nærmere vurdering som en del av grunnlaget for etablering av samarbeidstiltaket. Vurderingen bør omfatte både hvilken organisasjonsform som er hensiktsmessig og hvilke rettsspørsmål som oppstår. Siktemålet med denne rapporten er å gi en

oversikt som kan bidra til at et slikt forarbeid inneholder vurderinger av de spørsmål som er relevante å ta opp.

## 2.2 Kommunenes valgfrihet mht. organisasjonsform for interkommunalt samarbeid – oversikt

### 2.2.1 Generelt

Generelt beror spørsmålet om hvor fritt kommunene står til å organisere sin virksomhet på hva virksomheten går ut på. Der det gjelder offentlig myndighetsutøvelse og lovpålagte oppgaver er friheten til å velge organisasjonsform begrenset. Der man er utenfor dette området har kommunene i utgangspunktet stor frihet til å organisere sin virksomhet slik som de selv finner hensiktsmessig. Det gis i det følgende et oversiktsbilde over hvor stor frihet til å velge organisasjonsform kommunene har.

Kommuneloven regulerer hvordan virksomhet som drives som en del av kommunen som juridisk person kan organiseres. Loven har regler om hvilke organer kommunen kan opprette, og hvilken myndighet som kan legges til de ulike organer, saksbehandlingsregler og styringsrelasjonen mellom de ulike organer, m.m.

Når kommunene vil etablere et interkommunalt samarbeid finnes det ikke en samlet regulering av dette i en bestemt lov. Kommuneloven har riktignok bestemmelser om felles interkommunale styre (§ 27), vertskommunesamarbeid (kap. 5A) og samkommune (kap. 5B) – men dette er ingen uttømmende regulering av interkommunalt samarbeid. Det er ikke tvilsomt at kommuner kan etablere selskaper, foreninger og andre sammenslutninger etter den alminnelige selskapslovgivningen, og overlate virksomhet til slike enheter, selv om ikke kommuneloven berører spørsmålet.

Hvor stor valgfrihet kommunene har når det gjelder samarbeidsform beror på hva det skal samarbeides om. For å kunne beskrive nærmere hvilke sammenslutningsformer/organisasjonsformer som kan benyttes for ulike samarbeidstiltak vil det derfor være nødvendig å gå noe nærmere inn på de ulike typer kommunal virksomhet.

Det kan også være grunn til å slå fast at ikke alle former for samarbeid reiser juridiske spørsmål. I vid forstand kan samarbeid beskrives som en koordinert fellesaktivitet rettet mot et felles mål, eller om en felles oppgave. Med utgangspunkt i en slik vid definisjon er det mulig å samarbeide uten at det innebærer overføring av beslutningsmyndighet til et felles organ eller en annen kommune, eller at det inngås juridisk forpliktende avtaler av annen type. Om noen kommuner for eksempel har et uformelt nettverk for kompetansebygging og erfaringsutveksling vil dette i utgangspunktet ikke gjøre det nødvendig å etablere rettslige forpliktelser mellom kommunene eller å opprette et eget styringsorgan.<sup>5 6</sup>

---

<sup>5</sup> Jf. her blant annet NOU:1995 nr. 17 «Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet», hvor spørsmålet om når kommunene må opprette et felles interkommunalt styre etter kommuneloven § 27 inntre er kommentert slik (s. 70): «Det er intet i veien for at flere kommuner kan gå sammen om å etablere et felles forum som bare har som formål å drøfte og finne frem til mulige løsninger på felles problemer innen en nærmere angitt sektor, og å fremme forslag til slike løsninger for de respektive deltakerkommuner. Selv om et slikt organ kan sies å være etablert for å løse «felles oppgaver», vil det ikke være å betrakte som et styre etter §

Der samarbeidstiltaket går ut på å etablere et avtafestet rettsforhold mellom deltakerne – som etablerer juridiske plikter og rettigheter mellom dem – vil det kunne gjelde juridiske begrensninger på hvor fritt man står til å organisere og drifte samarbeidet. Dette gjelder også for private rettssubjekter. Selv om private rettssubjekter har frihet til å opprette og drive sammenslutninger, såkalt *positiv sammenslutningsfrihet*, har lovgivningen bestemmelser om hvordan sammenslutninger opprettes og drives. Heller ikke valget mellom organisasjonsformer er alltid fritt.<sup>7</sup>

Begrepet *sammenslutning* brukes gjerne som et samlebegrep for virksomheter som drives i felleskap mellom private eller offentlige rettssubjekter. Sammenslutningene faller i tre hovedgrupper: *Selskaper samvirkeforetak* og *foreninger*.<sup>8</sup> Hovedforskjellene er beskrevet slik i «Knoph's oversikt over Norges rett» (2014) (s. 393): «*Grensen mellom selskaper og foreninger kan trekkes på grunnlag av hvor omfattende økonomiske rettigheter deltakerne har. I et selskap har deltakerne vidtgående økonomiske rettigheter både under løpende drift og ved opphør, blant annet en rett til å dele nettoformuen mellom seg ved oppløsning. I en forening har medlemmene ingen eller svært begrensede økonomiske rettigheter; de kan i høyden ha krav på å få tilbakebetalt en eventuell innmeldingsavgift når medlemskapet opphører. Noen samvirkeforetak har foreningskarakter ved at medlemmene har svært begrensede økonomiske rettigheter. Andre har selskapspreg ved at medlemmene har nokså omfattende økonomiske rettigheter. Det som i første rekke skiller samvirkeforetak fra andre sammenslutninger, er at foretaksformålet blir realisert ved at medlemmene handler med foretaket (kjøper eller selger varer eller tjenester)*».

Private rettssubjekter har stor frihet til å velge sammenslutningsform. Ut fra hva som anses hensiktsmessig kan i utgangspunktet<sup>9</sup> både ansvarlig selskap (ANS), eventuelt med delt ansvar (DA), kommandittselskap, aksjeselskap, allmennaksjeselskap, forening og samvirkeforetak (SF) velges.

For kommuner vil friheten til å velge sammenslutningsform avhenge av hvilken del av den kommunale virksomhet det er tale om. Dersom det gjelder *offentlig myndighetsutøvelse*<sup>10</sup>, er friheten til å velge sammenslutningsform svært begrenset. Kommunen står ikke fritt til å legge offentlig myndighetsutøvelse til en interkommunal sammenslutning utenfor de tilfeller hvor det er

---

27. Et interkommunalt styre etter § 27 må ha som formål selv å forestå løsningen av disse felles oppgaver. Et styre etter § 27 må følgelig også få tildelt en viss grad av avgjørelseskompetanse.»

<sup>6</sup> Jf. også Bernt Overå: «Kommuneloven med kommentarer» (2011), s. 211: «§ 27 er en bestemmelse om etablering av en bestemt type samarbeidsordning, «et eget styre». Dette må forstås sli at bestemmelsen kommer til anvendelse der det etableres et selvstendig interkommunalt beslutningsnivå, et organ med avgjørelsesmyndighet på et saklig avgrenset område – »til løsning av felles oppgaver». Forutsetningen for at det skal være tale om et interkommunalt samarbeid i forhold til § 27, er med andre ord at det foretas en tildeling av avgjørelsesmyndighet. Rene samarbeidsorganer, uten myndighet til å treffe avgjørelser vedrørende den aktuelle virksomheten og uten selvstendig ansvar for denne, kan ikke oppfattes som «styre til løsning av felles oppgaver». Her trengs det ingen særskilt hjemmel eller spesielle lovregler. Det vil normalt være ganske meningsløst å underkaste rene samarbeids- og forhandlingsorganer den formaliserte regulering med vedtekter og regler om oppløsning av samarbeidet som vi finner i § 27. Trenger man unntaksvis slike regler, kan man utforme disse i den enkelte samarbeidsavtale.»

Heller ikke i privat sektor faller alle former for samarbeid inn undersammenslutningsbegrepet, jf. «Knoph's oversikt over Norges rett» (2014) s. 392.

<sup>7</sup> Knoph's oversikt over Norges rett, 14. utgave (2014). «Sammenslutningenes rett», s. 392.

<sup>8</sup> Stiftelser har hverken eiere eller medlemmer og regnes derfor ikke som sammenslutninger.

<sup>9</sup> Lovgivningen kan legge begrensninger på valgfriheten for bestemte virksomheter.

<sup>10</sup> Jf. forvaltningsloven § 2.

hjemmel til det. For *lovpålagte kommunale oppgaver* generelt vil det bero på en tolkning av den aktuelle lov om kommunen kan legge oppgaven til for eksempel et selskap eller en forening.

Der kommunen foretar *privatrettslige disposisjoner* – som for eksempel kjøp og salg av varer og tjenester – er imidlertid friheten til å legge virksomheten til en interkommunal sammenslutning mye større. I slike tilfeller er rettsgrunnlaget for kommunens handlefrihet den kommunale autonomi – det kommunale selvstyre. På dette området må kommunene antas å ha langt på vei den samme frihet til å etablere sammenslutninger – selskaper og foreninger – som private rettssubjekter har.<sup>11</sup>

I tillegg til de organisasjonsformer som er tilgjengelig for private rettssubjekter, kan kommunen benytte de særlige organisasjonsformer som bare kan ha kommuner som deltakere; interkommunalt selskap (IKS), felles styre etter kommuneloven § 27, vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kap. 5A, og samkommune etter kommuneloven kap. 5B.<sup>12</sup> Når det gjelder vertskommune og samkommune er disse primært utformet med sikte på samarbeid om lovpålagte oppgaver og offentlig myndighetsutøvelse. Dette er imidlertid ikke til hindre for at også disse organisasjonsmodellene i praksis kan benyttes for virksomhet som er av privatrettslig art. Men også her vil regelverket om offentlige anskaffelser kunne legge begrensninger på kommunenes handlefrihet, se kap. 4. Regelverket om offentlig støtte kan også i praksis legge begrensninger på valgfriheten mht. organisasjonsform, se kap. 10.

### 2.2.2 Kommunenes valgfrihet ved valg av organisasjonsform for IKT-samarbeid

IKT – informasjons- og kommunikasjonsteknologi – defineres gjerne som teknologi for innsamling, lagring, behandling, overføring og presentasjon av informasjon. Ut fra dette innebærer ikke dette i seg selv offentlig myndighetsutøvelse, og det er ikke som sådan en lovpålagt oppgave for kommunene. Det er mer naturlig å betegne IKT som en del av den administrative virksomhet som understøtter kommunens saksbehandling og tjenesteyting. Tradisjonelt betegnes gjerne IKT derfor som en administrativ støttetjeneste.

Utviklingen på dette området går imidlertid raskt, og IKT-systemer kan i noen tilfeller være en integrert del av virksomhetens infrastruktur i en grad som influerer på utformingen av tjenesten, og dermed har betydning for valgmulighetene for hvordan tjenesten kan utformes.

Både utvikling, implementering og drift av IKT-systemer kan kjøpes i markedet. Framstillingen i det følgende er basert på at to eller flere kommuner ønsker å samarbeide om dette, og ikke henvende seg til markedet.

Når det gjelder organisering og drift av administrative støttetjenester har kommunene i utgangspunktet samme frihet til å organisere driften av virksomheten som private rettssubjekter har. I utgangspunktet kan derfor kommunen benytte de organisasjonsmodeller som er tilgjengelige for private rettssubjekter i tillegg til de som er spesielt utformet for kommuner. Dersom kommuner ønsker å utvikle, implementere og drifte IKT-systemer i et samarbeid med andre kommuner, vil de i utgangspunktet ha samme valgfrihet når det gjelder organisasjonsmodell som de private næringsaktører eller andre private rettssubjekter har.

---

<sup>11</sup> Merk likevel at selskap etter selskapsloven (ANS, DA eller kommandittselskap) ikke kan benyttes av kommuner, jf. selskapsloven § 1-1 femte ledd.

<sup>12</sup> Samkommunemodellen er foreslått opphevet høringsbrev datert 9. januar 2015. Høringsfristen var 13. april 2015. Forslaget er for tiden under behandling.



Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. Fordi kommunen ikke er et privat rettssubjekt, men et offentlig organ, gjelder det nemlig særlige regler som begrenser denne handlefriheten. Særlig representerer *regelverket for offentlige anskaffelser* en slik begrensning. Dette regelverket innebærer at en kommune når den inngår en kontrakt om en anskaffelse av en vare eller en tjeneste, må den følge lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen følger av EU-direktiv om offentlige anskaffelser som Norge er bundet av gjennom EØS-avtalen. Dette innebærer at det må utlyses en konkurranse om oppdraget dersom verdien av anskaffelsen overstiger et bestemt beløp.

Regelverket gjelder for «anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider (...)». I kap. 4 er det gått nærmere inn på hva som er en kontrakt om en offentlig anskaffelse. En tjeneste eller vare som det betales et vederlag for, er en kontrakt om anskaffelse. Dette innebærer at en kommune som betaler andre for utvikling, etablering, eller drift av IKT-systemer, foretar en anskaffelse.

Hver enkelte kommune kan imidlertid velge å utvikle, etablere, og drifte slike systemer selv, i *egenregi*. Dette faller utenfor anskaffelsesregelverket, fordi det ikke inngås noen kontrakt om anskaffelse med andre parter.

Dersom kommunen anskaffer ytelsen fra en *sammenslutning* den er medeier i, vil det i utgangspunktet anses som en kontrakt om anskaffelse – fordi kommunen får en leveranse mot vederlag fra et annet rettssubjekt. Det gjelder imidlertid unntak fra dette gjennom reglene om såkalt «utvidet egenregi». Disse reglene gjør at det på visse vilkår likevel vil være anledning til å legge oppdraget til et selskap eller annen sammenslutning som kommunen er deltaker i, uten at det blir regnet som en anskaffelseskontrakt.

Sentralt her er det såkalte *kontrollkriteriet*, og *aktivitetskriteriet*. I kap. 4 er det gitt en fyldig redegjørelse for når et interkommunalt samarbeid kan anses for å oppfylle disse vilkårene for utvidet egenregi med den følge at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse.

Til illustrasjon av forskjellen mellom handlefriheten i privat sektor og kommunal sektor skal her bare nevnes at private næringsaktører (eller andre private instanser) kan velge å samarbeide om IKT-systemer gjennom et felles aksjeselskap som det får tjenestene fra, uten at det er nødvendig at eierne av dette selskapet etablerer noen særlig kontroll med dette selskapet utover det som ligger til eierinnflytelsen fra aksjonærene i aksjelovens «normalmodell». Videre vil et slikt selskap også kunne selge IKT-tjenester til andre enn eierne uten dette innebærer noe rettslig problem for eiernes muligheter til å få dekket behovet for IKT-tjenester fra selskapet.

Et tilsvarendesamarbeid mellom kommuner vil imidlertid kreve at kommunene sikrer seg en kontroll med selskapet som går utover aksjelovens «normalmodell», og i tillegg må minst 80 prosent av selskapets aktiviteter måtte være rettet til eierkommunene. (Se nærmere om dette i kap. 4 (*vertikalt samarbeid*)).

Et annet eksempel kan være at private næringsaktører overlater til en enkelt aktør å yte IKT-tjenester til de andre deltakerne i samarbeidet uten at det opprettes et eget selskap – det vil si at deltakerne i samarbeidet bestemmer seg for å kjøpe sine IKT-tjenester fra en bestemt aktør. For at kommuner skal kunne gjøre det samme – få sine IKT-tjenester dekket av en annen kommune, må det være etablert et såkalt «reelt samarbeid», hvor det er et krav at utvekslingen av tjenester ikke bare går ut

på at noen kommuner betaler en annen kommune et pengevederlag for å få IKT-tjenester tilbake. (Se nærmere om vilkårene for «*horisontalt samarbeid*» i kap. 4).

Det er altså ikke de «nasjonale» reglene om organisering og drift av kommunal virksomhet som begrenser kommunens handlefrihet ved valg av interkommunal sammenslutningsmodell, men reglene om offentlige anskaffelser som Norge er bundet av gjennom EØS-avtalen. Disse reglene vil være avgjørende for kommunens mulighet til å etablere interkommunalt samarbeid på IKT-området, der den aktuelle ytelsen også tilbys av markedsaktører i et marked.

## 3 Organisasjonsmodeller for interkommunalt samarbeid

### 3.1 Innledning

Interkommunale samarbeider forekommer på mange ulike områder og i mange ulike former. I dette kapitlet skal det gis en oversikt over interkommunale organisasjonsmodeller som kan være aktuelle på IKT-området.

Generelt går det et hovedskille mellom samarbeid som har en organisatorisk overbygning og samarbeid som ikke har det. Et eksempel på samarbeid uten organisatorisk overbygning er at kommuner på rent privatrettslig grunnlag omsetter tjenester mellom hverandre, uten at det er opprettet noe styringsorgan for dette, eller laget en egen avtale for det. For et slikt samarbeid behøves det ingen særskilt hjemmel eller lovbestemt organisasjonsform. Dersom man vil overlate til et samarbeidsorgan å treffe beslutninger som binder deltakerne, må man imidlertid ha et rettslig grunnlag for å etablere organet og for å overlate virksomhet til det, og måten virksomheten organiseres på må ligge innenfor de rammer lovgivningen setter. Det er organisasjonsformene for denne type samarbeid det er gitt en oversikt over i dette kapitlet.

Etter kommuneloven kan det etableres et eget styre til løsning av felles oppgaver med hjemmel i § 27, og det kan etableres et vertskommunesamarbeid etter kap. 5 A. Utenfor kommunelovens system kan det også etableres interkommunalt samarbeid i form av et interkommunalt selskap (IKS)<sup>13</sup>, eller et aksjeselskap.<sup>14</sup> Kommuner kan også danne samvirkeforetak (SF).<sup>15</sup> Det er imidlertid ingen kjente eksempler på at det er etablert samvirkeforetak for interkommunalt samarbeid om IKT. I en utredning fra KS Advokatene AS fra 2014<sup>16</sup> er det pekt på at samvirkeforetak vil kunne være en aktuell organisasjonsform også for administrative støttetjenester, herunder IKT-drift.<sup>17</sup>

Stiftelse<sup>18</sup> er også en mulig organisasjonsform. En stiftelse er en «selveiende formuesmasse» - den er en selveiende institusjon. En stiftelse har i motsetning til selskap og foreninger hverken eiere eller medlemmer – den eier seg selv. Stiftelser regnes derfor ikke som sammenslutninger. Stiftelseslovens krav til selvstendighet gjør at stifterne i liten grad kan utøve innflytelse over stiftelsens drift etter at den er etablert. Denne organisasjonsformen fremstår derfor som lite egnet for interkommunalt samarbeid om IKT-tjenester, og den er ikke omtalt nærmere i rapporten her.

Samarbeid om IKT-tjenester er i praksis organisert på ulik måte. I en rapport fra IRIS fra 2013<sup>19</sup> er 19 samarbeidstiltak om IKT identifisert. Syv av disse var organisert med utgangspunkt i kommuneloven § 27, syv var vertskommunesamarbeid etter kommuneloven § 28b (administrativt vertskommunesamarbeid), ett var vertskommunesamarbeid etter kommuneloven § 28c (vertskommunesamarbeid med felles folkevalgt nemnd), tre var interkommunalt selskap (IKS), og ett var aksjeselskap.

<sup>13</sup> Lov om interkommunale selskaper av 29. januar 1999 nr. 6.

<sup>14</sup> Lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

<sup>15</sup> Lov av 29. juni 2007 nr. 81 om samvirkeforetak (samvirkelova).

<sup>16</sup> KS Advokatene: «Samvirkeforetak for kommuner – en vurdering av om samvirkeforetak kan være en aktuell organisasjonsform når kommuner skal drive en virksomhet i samarbeid med andre», 20. oktober 2014.

<sup>17</sup> Ibid. side 71.

<sup>18</sup> Stiftelser er regulert av lov om stiftelser (stiftelsesloven) av 15. juni 2001 nr. 59.

<sup>19</sup> Rapport IRIS – 2013/008: «Interkommunalt samarbeid – Konsekvenser, muligheter og utfordringer».

I rapport fra PwC om «IKT-samarbeid i kommunal sektor – Modeller for organisering, styring og finansiering» (2015) er det beskrevet nærmere hvordan ulike interkommunale samarbeider på IKT-området er organisert.

Valg av organisasjonsform har konsekvenser for hvordan samarbeidet kan styres og drives. Hvordan sammenslutningsformen kan bygges opp og ledes, hvilke organer samarbeidet kan bestå av, og ansvars- og styringsrelasjonen mellom de ulike organer i samarbeidet, vil bli avgjort av de rettsregler som gjelder for den aktuelle organisasjonsmodellen. Mulighetene for kommunene til å styre virksomheten som eier, vil også være avgjort av de regler som gjelder for de forskjellige organisasjonsformene. Det samme gjelder spørsmålet om en hvorvidt en interkommunal sammenslutningsenhet kan være deltaker/eier i en annen, slik at det kan opprettes «konsernliknende» modeller. Kommunene står derfor ikke fritt til å etablere de samarbeidskonstellasjoner de måtte ønske, men må forholde seg til de sammenslutningsformer som lovgivningen tilbyr, og de regler som gjelder for de enkelte organisasjonsformer.

I tillegg til en beskrivelse av de fem nevnte organisasjonsmodellene er det i dette kapitlet også gitt en oversikt over mulighetene for eierstyring av de ulike organisasjonsmodellene. Spørsmålet om hvordan eierstyring kan utøves er imidlertid ikke bare et spørsmål om hva lovgivningen sier. Det er også et spørsmål om hva som er hensiktsmessig. Det er laget en rekke anbefalinger for eierstyring og selskapsledelse («Corporate governance»)<sup>20</sup> KS har også utarbeidet «19 anbefalinger om eierskap, selskapsledelse og kontroll av kommunalt/fylkeskommunalt eide selskaper og foretak» (2011).<sup>21</sup> I denne rapporten er det imidlertid ikke gitt en inngående beskrivelse av problemstillinger knyttet til eierstyring, men det er pekt på noen typiske problemstillinger som også kan ha relevans på IKT-området.

De anbefalinger om eierstyring det er vist til, gjelder selskaper. Flere av de organisasjonsmodellene for interkommunalt samarbeid som blir omtalt i denne rapporten er ikke selskaper. De har derfor heller ikke «eiere» i den forstand uttrykket er brukt i selskapslovgivningen. I disse organisasjonsmodellene må kommunen utøve sin innflytelse på annen måte enn som eier. For disse er det gitt en oversikt over hvilke mekanismer for påvirkning som er bygget inn i hver enkelt av disse modellene.

Rapporten går ikke inn på spørsmålet om hvilke deler av IKT-området kommunen selv må ha hånd om internt i kommunen og hvilke deler av virksomheten på dette området som kan eller bør settes ut til andre.<sup>22</sup> Spørsmålet om hvilken organisering som best vil sikre at kommunen har hånd om de sentrale strategiske vurderinger, hvordan en kompetent bestillerfunksjon kan sikres mv. ligger utenfor rammen av denne rapporten. Det er her flere mulige løsninger innenfor rammen av de regler som gjelder for de ulike organisasjonsformene. Det er de juridiske rammene for kommunens valgmuligheter som er temaet i denne rapporten.

I hvilken grad kommunen bør gjøre bruk av markedet på IKT-området er derfor ikke berørt. En sentral del av rapporten er imidlertid viet spørsmålet om når valg av interkommunal

---

<sup>20</sup> Her kan blant annet nevnes «Norsk anbefaling om eierstyring og selskapsledelse», utgitt av Norsk utvalg for eierstyring og selskapsledelse (NUES 2012), og «OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises.»

<sup>21</sup> KS' anbefalinger er for tiden under revisjon.

<sup>22</sup> Rapporten fra PwC nevnt ovenfor går til en viss grad nærmere inn på dette.

samarbeidsmodell kan innebære *plikt* til å sette ut den aktuelle virksomheten i markedet – med andre ord, når anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse - og når kommunene kan samarbeide i interkommunale enheter uten at slik plikt inntreer. (Se nærmere om dette i kap. 4.)

## 3.2 Generelt om eierstyring – kommunens ulike roller

### 3.2.1 Innledning

Som det fremgår av beskrivelsen av organisasjonsmodeller videre i dette kapitlet står kommunene overfor flere alternative organisasjonsmodeller når interkommunalt samarbeid om IKT skal etableres.

I denne utredningen har vi valgt å konsentrere oss om de fem organisasjonsmodellene som vi antar i praksis vil være de mest aktuelle. Dette er:

- Vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kap. 5 A.
- Felles interkommunalt styre etter kommuneloven § 27.
- Interkommunalt selskap (lov om interkommunale selskaper av 29. januar 1999 nr. 6.)
- Aksjeselskap (aksjeloven av 19. juni 2009 nr. 77).
- Samvirkeforetak (lov om samvirkeforetak av 29. juni 2007 nr. 81.)

Når det gjelder organisatorisk oppbygning og styringsmuligheter skiller disse alternativene seg en god del fra hverandre. *Vertskommunesamarbeid* etter kommuneloven skiller seg ganske vesentlig fra de andre organisasjonsmodellene. Det samme gjelder for øvrig også «vertskommunesamarbeid» utenfor kommuneloven. Vertskommunemodellen går ut på at flere andre kommuner overlater til en bestemt kommune – vertskommunen – å utføre oppgaver for de andre kommunene. Den innebærer ikke at det opprettes noen ny sammenslutning i form av et eget (nytt) rettssubjekt.

De andre organisasjonsmodellene – felles styre etter kommuneloven § 27, IKS, AS og samvirkeforetak – er alle *sammenslutninger*<sup>23</sup>. Begrepet sammenslutning har ingen legaldefinisjon, men betegner i alminnelighet en virksomhet som flere fysiske eller juridiske personer etablerer for å drive en virksomhet i felleskap.

Man sier gjerne at det er tre hovedgrupper sammenslutninger: Selskaper, foreninger og samvirkeforetak. Grensen mellom dem trekkes gjerne på grunnlag av hvor omfattende økonomiske rettigheter deltakerne har.<sup>24</sup>

To av de organisasjonsformene som er gjennomgått i denne utredningen er selskaper. Det er *det interkommunale selskapet (IKS)* og *aksjeselskapet (AS)*. Et *felles styre etter kommuneloven § 27* har også flere likhetstrekk med selskaper, i de tilfeller der virksomheten har en slik selvstendighet at den er et eget rettssubjekt.<sup>25</sup> I et slikt tilfelle vil et felles styre og dets virksomhet i realiteten ha sterke likhetstrekk med et selskap hvor deltakerkommunene eier virksomheten og har ansvar for virksomhetens gjeld, men uten at virksomheten faller inn under IKS-loven eller annen selskapslovgivning.

---

<sup>23</sup> En mulig reservasjon må her tas for et felles styre opprettet etter kommuneloven § 27 uten at virksomheten har en slik selvstendighet at den er et eget rettssubjekt. Slike tilfeller har mer slektskap med «vertskommunesamarbeid».

<sup>24</sup> Jf. «Knoph's oversikt over Norges rett» (2014) s. 393.

<sup>25</sup> I de tilfeller hvor en interkommunal virksomhet etter kommuneloven § 27 ikke er et eget rettssubjekt, har virksomheten større likhetstrekk med «vertskommunesamarbeid».

*Samvirkeforetak* derimot, regnes som en egen organisasjonsform, som hverken er et selskap eller en forening. Organisasjonsformen har trekk fra begge typer organisasjoner. Noen kan ha mer preg av selskaper og noen mer preg av foreninger. I lovens forarbeider er det presisert at samvirke er «en selvstendig organisasjonsform, og ikke en variant av selskap eller forening».<sup>26</sup>

For interkommunalt samarbeid om IKT-tjenester vil spørsmålet om deltakernes innflytelse over driften være sentralt. Dette har betydning på flere måter. Særlig er dette spørsmålet viktig i forbindelse med regelverket om offentlige anskaffelser. Dersom kommunene har ønske om å kunne legge driften av IKT-systemene til en interkommunal enhet uten at regelverket om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse og det må utlyses en konkurranse, er det nemlig en forutsetning at deltakerne har sterk kontroll med virksomheten. Dette er nærmere omhandlet i kapittel 4 om anskaffelsesregelverket.

Men spørsmålet om hvilken mulighet den enkelte kommune har til å øve innflytelse på driften av et interkommunalt samarbeid har også generell betydning utover dette. Videre i dette delkapitlet (3.2) er det derfor gått noe nærmere inn på hvilke roller kommunen kan ha som deltaker i en interkommunal sammenslutning. Det er særlig fokusert på hva som ligger i eierrollen. Deretter er det gitt en oversikt over styringsmulighetene kommunen har som deltaker, for hver av de fem ulike sammenslutninger som er nevnt. Gjennomgangen av styringsmulighetene for de fem modellene er i noen grad overlappende med beskrivelsen av modellene som sådan i pkt. 3.3 – 3.8. Vi har likevel funnet det hensiktsmessig å gi en samlet oversikt over deltakernes styringsmuligheter her i dette kapitlet.

### **3.2.2 Kommunens ulike roller**

I prinsippet kan kommunen øve innflytelse over et selskap/sammenslutning som den er (med)eier i gjennom *tre ulike roller*. De ulike rollene fremtrer klartest der det samarbeides gjennom et selskap. Men den rolledelingen det redegjøres for nedenfor har også betydning for andre sammenslutningsformer.

I selskaper kan kommunen for det første øve innflytelse gjennom sitt *eierskap*. For det andre forekommer det ofte at en kommune i tillegg til å være eier også er en av selskapets «kunder», gjennom at kommunen kjøper varer eller tjenester fra selskapet og dermed er *kontraktpart* med selskapet. Endelig kan kommunen også opptre som *offentlig myndighet* overfor selskapet, gjennom å gi tillatelser, nedlegge forbud mv. For eksempel vil et selskap kunne være avhengig av byggetillatelse fra kommunen som plan- og bygningsmyndighet.

Det gjelder ulike regler for disse rollene. For rollen som eier er det den aktuelle selskapslov som avgjør hvordan eierstyringen kan skje. For rollen som kontraktpart er det i utgangspunktet avtale-/kontraktsretten som regulerer forholdet. For rollen som offentlig myndighet gjelder offentligrettslige/forvaltningsrettslige regler. Dette gjør det nødvendig å skille mellom disse rollene, og det er viktig at kommunen er seg bevisst hvilken rolle den har overfor selskapet i de enkelte saker.

Også av andre grunner vil det ideelt sett være fordelaktig å skille mellom disse rollene. Dersom skillet mellom eierrollen og rollen som kontraktpart blir uklart, vil det kunne føre til uklare ansvarsforhold.

---

<sup>26</sup> NOU 2002:6: «Lov om samvirkeforetak» s. 246.

Det vil også kunne føre til usikkerhet om hvilke regler som regulerer den aktuelle relasjonen mellom kommunen og selskapet. Dernest vil det kunne skape uklarhet om konsekvensene av manglende oppfyllelse av forpliktelser fra selskapets eller kommunen side. Det kan for eksempel oppstå tvil om avtalen er like forpliktende som den ville vært ut fra en kontraktsrettslig vurdering.

Fordelen ved å skille mellom disse rollene vil blant annet være at avtaler om leveranser fra selskapet til (eier)kommunene blir regulert gjennom mest mulig reelle kontrakter. Slik vil det være den enkelte kontrakt som regulerer nærmere hvilke ytelser i form av varer eller tjenester selskapet skal yte til den aktuelle kommunen. Uklarhet her vil kunne føre til at både eierstyringen og kontraktsstyringen blir mindre tydelig enn det som er ønskelig for å ha klare ansvars- og styringslinjer mellom selskapet og dets eiere.

Det vil imidlertid være en utfordring å skille mellom eierrollen og rollen som kunde/kontraktspart der selskapet er etablert for bare å ha eierkommunene som kunder (egenregi). I slike tilfeller er det grenser for hvor klart skille mellom rollene det er mulig å gjennomføre i praksis. Dette har blant annet sammenheng med at en sammenslutning som er etablert for å yte tjenester til eierkommunene i egenregi vil ha begrenset autonomi. Samarbeidsenheten vil for eksempel sjelden ha full frihet i prisfastsettingen. Avtaler om leveranser fra selskapet til eierkommunene vil i slike tilfeller ikke dreie seg om kontrakter inngått etter frie forhandlinger mellom autonome parter, men om mer eller mindre ensidig pålegg fra eierne side om bestemte ytelser fra selskapet til eierne, hvor det gjerne også er eierne som har fastsatt prisen. Det vil derfor kunne være vanskelig fullt ut å anlegge kontraktsrettslige synspunkter på etableringen av forpliktelser mellom eierkommunen(e) og den interkommunale samarbeidsenheten. Til syvende og sist er det imidlertid eierkommunene som avgjør hvordan selskapet skal styres, hvor skarpt det i praksis skilles mellom rollene.<sup>27</sup>

Et stykke på vei er en sterk kontroll og styring fra eierne nødvendig for å ivareta kontrollkriteriet i egenregireglene (se nærmere kap. 4 om forholdet til anskaffelsesreglene). Når det gjelder interkommunalt samarbeid om IKT-tjenester i form av selskaper, kan ønsket om å utøve eierstyringen i tråd med rolledelingen i selskapslovgivningen dermed i praksis også komme i strid med ønsket om å ha sterk eierkontroll med selskapet for å oppfylle det såkalte «kontrollkriteriet». Det som ligger i dette er at det såkalte egenregiunntaket fra anskaffelsesreglene forutsetter at eieren har sterk kontroll med virksomheten. Den «normalmodellen» for styring av selskaper som følger av selskapslovgivningen vil ikke nødvendigvis alltid være tilstrekkelig til at dette kontrollkriteriet er oppfylt. Dette kan stille kommunene som eiere i et dilemma, der man må velge hva man vil legge vekt på – en klar rolledeling mellom eier og driftsledelse, eller ønsket om å oppfylle kontrollkriteriet for egenregiunntaket.

Rammene for denne utredningen tillater ikke å gå detaljert inn på hvilke muligheter en eier har til å styre ulike selskaper. Nedenfor er det likevel gitt en oversikt over hva som ligger i kommunens rolle som eier, og hvilke rammer og muligheter for styring som gjelder for denne rollen i de forskjellige selskapsformene.<sup>28</sup> Rollen som kontraktspart og rollen som offentlig myndighet vil ikke bli behandlet nærmere.

---

<sup>27</sup> Se også kap. 6, (pkt. 6.4.6) hvor denne problemstillingen også er berørt.

<sup>28</sup> I NIBR-rapport 2015: 1 «Kommunale selskap og folkevalgt styring gjennom kommunalt eierskap», er det gått nærmere inn på noen aspekter ved kommunal eierstyring av selskaper. Rapporten retter seg primært mot å undersøke om kommunene klarer å ivareta hensynet til god folkevalgt styring når deler av virksomheten er

### 3.2.3 Eierstyring i selskaper

#### 3.2.3.1 Rolledelingen eier/driftsledelse

Alle selskapslovene bygger på en rolledeling mellom eier og driftsledelse. Dette gjelder altså både for aksjeselskaper og for interkommunale selskaper (IKS). Eierne utøver sin myndighet i eierorganet – representantskap/generalforsamling – og forvaltningen av selskapet hører under styret.<sup>29</sup> I dette ligger at eieren har en litt mer tilbaketrukket rolle, mens driften av selskapet ledes av selskapets styre og daglig leder.

Det gjelder litt ulike juridiske rammer og regler for eierstyring i de forskjellige selskapsformene. Men i hovedsak er selve *eierrollen* den samme, uavhengig av hvilken selskapsform man har valgt. Det er nedenfor derfor i hovedsak fokusert på spørsmål som er felles for eierstyring, uansett hvilken selskapsform som er valgt. Noen spesielle regler om eierstyring som er spesifikke for den enkelte selskapsform, er omtalt under gjennomgang av den enkelte selskapsform i pkt. 3.3 – 3.8.

Felles for all selskapsorganisering av kommunal virksomhet er at den innebærer en grad av fristilling fra den tradisjonelle «etatstyringen» i styringshierarkiet i kommunen. Virksomheten kan ikke lenger styres ved delegasjon og administrative instruksjoner internt i kommunen. Dette innebærer ikke nødvendigvis at styringsmulighetene blir dårligere, men det må styres på andre måter og i andre former enn det som er vanlig i et forvaltningsorgan. Sammenlignet med vanlig etatsstyring av en kommunes virksomhet innebærer selskapsorganisering at styringen av virksomheten skjer på et mer *overordnet nivå*, den blir mer *indirekte* og den blir mer *form-bundet*.

Når styringen blir mer overordnet har det sammenheng med at eieren i forhold til driften av selskapet har en litt mer tilbaketrukket rolle. Den rolledeling mellom eier og driftsledelse som selskapslovgivningen bygger på, kjennetegnes typisk ved at beslutningsmyndighet overføres til et styre, som innenfor relativt vide rammer får handlefrihet til å nå fastsatte mål, og at styret holdes ansvarlig for graden av resultatoppnåelse.

En konsekvens av denne rolledelingen er at selskapets driftsledelse (styret og daglig leder) skal ha sin lojalitet til selskapet, ikke til eierne som sådanne. Styret skal ivareta selskapets formål – og alle eierne kollektivt. Det betyr at det kan tenkes en situasjon der et styremedlem kan komme i en interessekonflikt, hvor man må velge om man lar selskapets interesse eller eierens interesse være avgjørende.

En annen konsekvens av denne rolledelingen er at kommunen som eier ikke kan gi instruks til styret eller daglig leder direkte. Denne formen for styring gir ikke selskapslovgivningen mulighet til. Slik styring gjennom instruksjoner er tillatt i forvaltningshierarkiet i kommunen, overfor en «etat», men ikke mellom eieren og et selskap. I et selskap vil eieren måtte gå veien om generalforsamlingen, representantskapet eller tilsvarende, slik at dette organet eventuelt kan gi styret en instruks. Kommunen vil slik eventuelt måtte gi den som representerer kommunen som eier på generalforsamling instruks om å stemme for at styret skal gis en instruks. Dette er et eksempel på at styringen av et selskap er mer form-bundet og mer indirekte enn styringen i en forvaltningsorganisasjon internt i kommunen.

---

organisert som egne selskaper. For samarbeid på IKT-området er behovet for folkevalgt styring trolig ikke like stort som for sammenslutninger med en mer samfunnsmessig – politisk – målsetting.

<sup>29</sup> Jf. aksjeloven § 6-12 og IKS-loven § 13.



Kommunen kan heller ikke som eier gi instruks til et bestemt styremedlem som «representerer» kommunen som eier. Dette gjelder selv om et styremedlem er valgt etter forslag fra eieren, eller er valgt av eieren direkte.<sup>30</sup> Et styremedlem opptre ikke på fullmakt fra en eier, men skal stemme utfra hva som etter en selvstendig vurdering i er best i tråd med selskapets interesser. Styremedlemmene har et selvstendig ansvar, herunder også et erstatningsansvar dersom det voldes økonomisk tap for selskapet, den enkelte deltaker eller andre. Dette ansvaret er personlig. Et annet utslag av dette selvstendige ansvaret er at et styremedlem har videre adgang til å trekke seg fra vervet enn det et folkevalgt medlem av et utvalg i kommunen har.

### 3.2.3.2 Styringsmuligheter i et selskap

#### *Valg av selskapsform*

En viktig del av eierstyringen ligger allerede i det å velge selskapsform, og fastsette formålet for selskapet. Selskapsformen er et redskap som skal tilpasses et formål. Avgjørende for valg av selskapsform blir dermed hvilket formål virksomheten skal ha.

Dersom formålet er å skape avkastning på innskutt kapital vil normalt aksjeselskap være det naturlige valget. Det samme gjelder dersom det er ønskelig å begrense økonomisk risiko for kommunen. Dersom virksomheten skal delta som markedsaktør i et marked – konkurrere med andre selskaper på samme området – vil også aksjeselskap være nødvendig. Dette har blant annet sammenheng med reglene om statsstøtte, som gjør virksomheter med ubegrenset deltakeransvar problematiske.<sup>31</sup>

Dersom siktemålet er å drive virksomheten i egenregi – det vil si at selskapets eiere også er deres kunder – vil flere organisasjonsmodeller kunne være aktuelle. Både felles styre (kommuneloven § 27), interkommunalt selskap (IKS), aksjeselskap (AS) vil kunne oppfylle vilkårene for egenregi. Det samme gjelder trolig også samvirkeforetak. For vertskommunesamarbeid (VK) kan dette være mer krevende, men det kan heller ikke helt utelukkes at vilkårene for egenregi kan være oppfylt også for denne modellen. Se nærmere om dette i kap. 4.

Når selskapet er etablert utøves eierstyring som nevnt primært gjennom stemmerett i eierorganet – generalforsamling i et AS, eller representantskap i et IKS.

#### *Oppnevning av styret*

Det viktigste styringsredskap eieren har, er retten til å *velge styret*, og derigjennom avgjøre hvem som skal lede virksomheten. Styret bør sammensettes slik at kompetansen til de enkelte styremedlemmene utfyller de andres, og styret samlet har en kompetanse som er relevant i forhold til selskapets virksomhet og mål.

I mange kommuner er rekruttering av styremedlemmer en politisk preget prosess. Det varierer riktignok mye mellom kommuner og mellom type selskap, men det synes gjennomgående som nokså

---

<sup>30</sup> Aksjeloven § 6-3, 3. ledd gir anledning til å overlate valget av styremedlemmer til andre. Generalforsamlingen må imidlertid velge flertallet.

<sup>31</sup> Se høringsnotat av 5. november 2014 om endringer i lov om interkommunale selskaper. Høringssaken er for tiden under behandling. Høringsdokumentene finnes her: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/Forslag-til-endringer-i-lov-om-interkommunale-selskaper/id2351284/?id=2351284>

vanlig at politikere er representert i styrene i kommunale selskaper.<sup>32</sup> Dette kan tyde på at styret mange steder oppfattes som en arena for eierstyring.

Det er i strid med prinsippet om rolledeling mellom eier og driftsledelse å se styret som en arena for eierstyring. Særlig problematisk blir det når selskapet har flere eiere, og uenighet mellom eierne preger arbeidet i styret. Selskapsledelsen skal gjenspeile eiernes flertallsbeslutning. Som også påpekt i NIBR's rapport<sup>33</sup> innebærer dette at politiske uenigheter skal avklares utenfor selskapets ledende organer, slik at selskapet kan forholde seg til enhetlige signaler fra eierne.

Det er også en rekke andre problematiske sider ved å se styret som en arena for eierstyring. Det kan utvanne styrets ansvar for selskapsledelsen. Videre kan det blant annet vanskeliggjøre at selskapets styre får en kompetansemessig sammensetning som er dekkende for selskapets behov. Det kan også føre til en risiko for at eierne får ulik informasjon fra selskapets ledelse, og til ulikt tidspunkt.

### *Vedtekter*

Et annet viktig styringsredskap for eierne er myndigheten til å *fastsette vedtekter* for selskapet. Myndigheten til å fastsette vedtekter ligger i et aksjeselskap til generalforsamlingen.<sup>34</sup> Minstekravet til vedtektenes innhold fremgår av aksjeloven § 2-2. Det er imidlertid i forholdsvis stor grad adgang til å ta inn i vedtektene bestemmelser som gir større grad av eierstyring enn det som følger av normalfordelingen av myndighet mellom generalforsamlingen og styret. For eksempel kan det i vedtektene bestemmes at visse saker som i utgangspunktet hører under styrets myndighet skal behandles i generalforsamlingen.

Et IKS har ikke vedtekter. Selskapet stiftes ved at deltakerne inngår en selskapsavtale. Selskapsavtalen utgjør både stiftelsesdokument og vedtekter.<sup>35</sup> Bestemmelsene i IKS-loven gir i utgangspunktet noe større grad av eierstyring enn det som følger av aksjelovens regler. Langt på vei kan man imidlertid oppnå det samme i et aksjeselskap gjennom aktiv bruk av de muligheter som ligger i vedtektsfriheten, generalforsamlingens instruksjonsmyndighet, og muligheten til å inngå aksjonæravtaler.<sup>36</sup>

### *Instrukser*

Generalforsamlingen i et aksjeselskap, og representantskapet i et IKS, kan som øverste organ i selskapet gi generelle og spesielle *instrukser* til styret om hvordan styrets myndighet skal utøves. Det kan også omgjøre styrebeslutninger, men hvis styrebeslutningen er iverksatt kan selskapet være bundet ved avtale. Det gjelder enkelte konkrete begrensninger i loven for denne instruks-/omgjøringsmyndigheten - blant annet at man ikke kan utbetale høyere utbytte enn styret har

---

<sup>32</sup> Se nærmere i NIBR-rapport 2015:1: «Kommunale selskap og folkevalgt styring gjennom kommunalt eierskap», pkt. 4.5.

<sup>33</sup> Ibid, s. 157.

<sup>34</sup> Aksjeloven § 5-18.

<sup>35</sup> Bjella, Knudsen, Aarbakke: «Kommunale selskaper og foretak» (2001) s. 102.

<sup>36</sup> I en artikkel av daværende universitetsstipendiat Knut Høivik i Lov og Rett 2005 nr. 9 (s. 531-549) «*Interkommunalt selskap eller aksjeselskap*», er det gått nærmere inn på hva man kan oppnå ved organisering som IKS sammenlignet med AS når det gjelder eierstyring. Artikkelforfatterens konklusjon er i grove trekk at man kan oppnå det samme i et AS som et IKS, og at det derfor ikke er stort behov for IKS-modellen ved siden av AS.

bestemt.<sup>37</sup> Det gjelder også en generell grense, som springer ut av at forvaltningen av selskapet hører under styret.<sup>38</sup> Det vil være i strid med bestemmelsen at forvaltningen av selskapet hører under styret dersom eierorganet (generalforsamling/representantskap) benytter instruksjonsmyndigheten over styret i et slikt omfang at det i realiteten innebærer at forvaltningen av selskapet overtas av eierne.

#### *Aksjonæravtaler/eieravtaler*

En annen form for eierstyring ligger i muligheten til å inngå avtaler mellom eierne om hvordan eiermyndigheten skal utøves. I aksjeselskaper kalles dette aksjonæravtaler. Det er bare eierne som er part i slike avtaler, selskapet som sådan er ikke part. Men siden avtalen regulerer hvordan eierne skal utøve sin eiermyndighet har de likevel betydning for selskapet. Slike avtaler regulerer ofte saker som skal avgjøres av selskapsorganene, for eksempel hvem som skal sitte i styret.

Aksjonæravtaler/eieravtaler kan også benyttes til å sikre at vedtektsendringer eller beslutning om oppløsning av selskapet skal behandles i deltakerkommunene før endelig vedtak i generalforsamlingen.

#### *Sammenfatning*

Samlet sett er det i betydelig grad anledning til å styre et selskap strammere fra eierens side enn det som følger av selskapslovgivningens «normalordning». Slik kan spørsmålet om eierstyring i praksis mer bli hva som er hensiktsmessig enn hva det er rettslig adgang til. Dersom mulighetene til eierstyring brukes til å endre balansen mellom selskapsledelsens handlefrihet og behovet for eierstyring i sterk favør av eierstyring, kan det imidlertid bli spørsmål om det kan ha uheldige effekter. Et trekk ved selskapsorganisering er at det i utgangspunktet etableres en klar rolledeling og ansvarsdeling mellom eierne og selskapsledelsen. Dersom denne rolledelingen brytes ned, for eksempel ved utstrakt bruk av instruks fra eierorganet, kan det oppstå uklare ansvarsforhold. Det er bare meningsfullt å holde styret ansvarlig for måloppnåelsen dersom det har rimelig handlefrihet til å oppnå fastsatte mål. Hvis styret ikke gis slik frihet vil det kunne føre til at noen av fordelene og dynamikken ved denne rolledelingen blir borte.

Som påpekt ovenfor vil det også kunne ligge en motsetning mellom et ønske om klar rolledeling mellom eier og driftsledelse og et ønske om å oppfylle det såkalte «kontrollkriteriet» i egenregisreglene. Av dette kriteriet følger som nevnt at eieren må ha sterk kontroll med virksomheten. Hvor balansepunktet mellom disse hensynene skal ligge, vil altså dels bli avgjort av om det er ønskelig å oppfylle kravet til egenregi. Utover dette er det bare eierkommunene selv som kan avgjøre hvor balansepunktet skal ligge.

### **3.2.4 Eierstyring i IKS**

#### *Generelt*

IKS-loven bygger på samme måte som aksjeloven på en rolledeling mellom eier og driftsledelse, hvor eier utøver sin myndighet i representantskapet, og driften ledes av et styre og daglig leder. I lov om interkommunale selskaper er imidlertid denne rolledelingen på enkelte punkter noe annerledes enn

---

<sup>37</sup> Aksjeloven § 8-2 og IKS-loven § 29.

<sup>38</sup> Aksjeloven § 6-12 og IKS-loven § 13.

det som for eksempel følger av aksjelovens regler. Generelt kan det sies at det følger av loven at eierens innflytelse i bestemte saker er noe sterkere enn det som følger av aksjelovens regler. En annen sak er at man i aksjeselskaper trolig langt på vei kan oppnå det samme gjennom aktiv bruk av vedtekter, aksjonæravtaler mv.<sup>39</sup> Poenget her er at disse mekanismene i et IKS følger direkte av loven. Nedenfor følger en kort gjennomgang av disse særlige reglene.

#### *Sammensetningen av eierorganet*

Etter lov om interkommunale selskaper utøver eierne sin myndighet i representantskapet, som er selskapets øverste organ. Medlemmene til representantskapet må oppnevnes av kommunestyret selv, uten adgang til delegasjon. Hver deltaker-kommune kan ha flere representanter i representantskapet. Selskapsavtalen skal fastsette hvor mange. Representantene kan oppnevnes ved forholdstallsvalg i kommunestyret. Lov om interkommunale selskaper setter ingen begrensninger for hvem som kan oppnevnes som kommunens representant, utover at daglige leder i selskapet ikke kan velges. Det fremgår av forarbeidene<sup>40</sup> at medlemmene av representantskapet ikke behøver være medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget. Det fremgår videre at kommunelovens regler om valgbarhet ikke gjelder, med mindre det fastsettes i selskapsavtalen at de skal gjelde. Dette innebærer blant annet at kommunens eller fylkeskommunens administrasjonssjef kan oppnevnes som representant i representantskapet.

#### *Instruksjonsrett*

Kommunestyret har full instruksjonsrett overfor kommunens representanter. I utgangspunktet har hvert medlem én stemme hver, men det er anledning til å fastsette i selskapsavtalen at stemmene skal fordeles slik at noen representanter har flere stemmer enn andre. Disse reglene om representasjon i eierorganet skiller seg noe fra for eksempel aksjelovens regler.

Representantskapet kan gi generelle eller spesielle instruksjoner til styret om hvordan det skal utøve sin myndighet. Det kan også omgjøre styrets beslutninger i den utstrekning selskapet ikke er bundet overfor tredjemann.

Det gjelder enkelte konkrete begrensninger i loven for denne instruks-/omgjøringsmyndigheten - blant annet kan ikke representantskapet vedta utdeling av selskapets midler hvis styret ikke går inn for det. Det gjelder også en generell grense, som springer ut av at forvaltningen av selskapet hører under styret. Det vil være i strid med bestemmelsen at forvaltningen av selskapet hører under styret dersom representantskapet benytter instruksjonsmyndigheten over styret i et slikt omfang at det i realiteten innebærer at forvaltningen av selskapet overtas av eierne.

#### *Særlige regler i IKS-loven*

Enkelte viktige avgjørelser, som i et aksjeselskap ligger til eierorganet (generalforsamlingen), er i lov om interkommunale selskaper lagt til eierne selv. Dette gjelder blant annet endringer i selskapsavtalen – som delvis kan sammenlignes med vedtektene i et aksjeselskap. Beslutning om utelukkelse og oppløsning av et IKS, ligger også til deltakerkommunene selv (§§ 31 og 32).

---

<sup>39</sup> Se Høivik, «Interkommunalt selskap eller aksjeselskap», artikkel i Lov og Rett 2005 nr. 9 (s. 531-549).

<sup>40</sup> Ot. prp. nr. 53 (1997-98) s. 94.

Videre er enkelte saker som i et aksjeselskap hører under styrets forvaltningsansvar, i IKS lagt til representantskapet ved egne lovbestemmelser. Dette gjelder vedtakelse av selskapets budsjett (§ 18), og avhending og pantsetting av fast eiendom og større kapitalgjensstander, å foreta investeringer som er av vesentlig betydning for selskaper eller en eller flere av deltakerne (§ 25).

IKS-loven har også noen bestemmelser som legger begrensninger på selskapets handlefrihet i økonomiforvaltningen. Disse reglene har bakgrunn i de særlige reglene som gjelder for kommuners økonomiforvaltning i kommuneloven. Ettersom deltakerkommunene i et IKS har ubegrenset ansvar for virksomhetens forpliktelser, har lovgiver sett det nødvendig at reglene om selskapets økonomiforvaltning ligger noe tettere opp til kommunelovens regler. Dette innebærer blant annet at selskapet er underlagt et krav om å ha en økonomiplan (§20). Videre kan inntekter fra salg av fast eiendom og andre større kapitalgjensstander ikke brukes til å dekke løpende utgifter, med mindre departementet har gitt dispensasjon (§ 21 jf. § 25).

IKS-loven § 4 angir minstekrav til hva selskapsavtalen skal inneholde. Denne bestemmelsen er ikke til hinder for at også andre forhold enn de loven krever blir regulert i selskapsavtalen, så lenge det ikke er i strid med IKS-lovens regler eller andre lover. På samme måte som i aksjeselskaper kan også eierne benytte seg av den styringsmulighet som ligger i at representantskapet kan gi generelle og spesielle instruksjoner til styret. IKS-loven er her heller ikke til hinder for at kommunene inngår avtaler seg imellom om hvordan eiermyndigheten skal utøves, i form av «eieravtaler» e.l. Slike avtaler vil imidlertid bare binde eierne, ikke selskapet.

### 3.2.5 Eierstyring i aksjeselskaper

#### *Sammensetningen av eierorganet*

Hverken aksjeloven eller kommuneloven har særlig regler om hvem som representerer en kommune som aksjonær på generalforsamling. Kommunestyret står fritt til å velge hvem som skal være kommunens representant på generalforsamling. Dette kan være ordføreren, eller det kan være andre (se nærmere pkt. 3.7.3 nedenfor).

Utgangspunktet er at en aksjeeier bare kan møte med én fullmektig hver, som representerer samtlige av aksjeeierens aksjer. Det er likevel antatt at det kan fastsettes i vedtektene eller vedtas for den enkelte generalforsamling at eieren kan møte med flere representanter, herunder også at det kan åpnes for delt stemmerett der en aksjeeier møter med flere representanter, slik at kommunens representanter kan stemme ulikt.<sup>41</sup>

#### *Instrukser fra generalforsamlingen*

Generalforsamlingen har i kraft av å være øverste organ i selskapet en alminnelig instruksjonsrett over andre selskapsorganer. Det kan gis både generelle instruksjoner og spesielle instruksjoner i konkrete saker, for eksempel at styret skal inngå en bestemt avtale.

Generalforsamlingen kan gjennom sin instruksjonsrett bestemme at visse saker som i utgangspunktet ligger til styret, enten skal forelegges generalforsamlingen til informasjon før vedtak treffes, eller at vedtak i styret i bestemte saker krever generalforsamlingens godkjenning, eventuelt

---

<sup>41</sup> Slik både NOU 1995:17 s. 83 og Høivik i Lov og Rett 2005 s 531-549. Høivik synes også å legge til grunn at det er generell adgang til delt stemmegivning og dermed også flermannsrepresentasjon når det gjelder kommunalt eide aksjer.

at bestemte saker ligger til generalforsamlingen og ikke til styret. Det samme kan oppnås som en permanent ordning gjennom vedtektene.

Aksjeloven har begrensninger for denne muligheten gjennom konkrete bestemmelser. For eksempel kan ikke generalforsamlingen bestemme at det skal utbetales et utbytte som er høyere enn det styret har bestemt, jf. asl. § 8-2. Begrensninger kan også følge av vedtektene. Det går også en generell – ulovfestet grense, som går ut på at eierne ikke gjennom generalforsamlingen kan gå så langt i sine instruksjoner at man nærmest overtar driften av selskapet. Men det skal nok mye til før man vil si at denne grensen er overskredet i juridisk forstand. Utstrakt bruk av mulighet til å gi instruksjoner om driften vil imidlertid også kunne ha uheldige effekter, uten at de juridiske grenser er overtrådt, se pkt. 3.2.3 ovenfor om rolledelingen mellom eier og driftsledelse.

#### *Mulighet til å bestemme at visse saker som skal opp i generalforsamlingen skal behandles i kommunestyret først*

Gjennom en aksjonæravtale kan eierne avtale hvordan eiermyndigheten skal utøves. Det kan for eksempel avtales at bestemte vedtektsendringer eller oppløsning av selskapet skal behandles i eierkommunene før endelig vedtak i generalforsamlingen. I *aksjonæravtaler* kan det også tas inn bestemmelser om andre forhold som etter loven skal avgjøres av selskapsorganer, for eksempel hvem som skal sitte i styret.

#### *Bruk av vedtektene til å begrense styrets handlefrihet*

Generalforsamlingen fastsetter vedtekter. I en viss utstrekning kan vedtektene brukes til å begrense styrets handlefrihet. For eksempel kan vedtektene bestemme at selskapet skal ha et ikke-økonomiske formål, og ivareta spesielle ikke-økonomiske hensyn. Det kan også fastsettes at valg av styremedlemmer delvis skal overføres til andre.<sup>42</sup> Det kan for eksempel også tas inn bestemmelser som gir styret en sterkere informasjonsplikt enn det som følger av loven.

De enkelte bestemmelser i aksjeloven angir ofte uttrykkelig om bestemmelsen kan fravikes. Er loven taus må spørsmålet om i hvilken grad aksjelovens bestemmelser kan fravikes i vedtektene avgjøres ut fra en tolkning av hver enkelt bestemmelse.<sup>43</sup>

### **3.2.6 Interkommunale styrer etter kommuneloven § 27 – styringsmuligheter for deltakerne**

Under pkt. 3.2.3 ovenfor er det gitt en oversikt over eierens styringsmuligheter i et selskap. Fremstillingen gjelder både aksjeselskap og interkommunalt selskap (IKS). Et felles interkommunalt styre etter kommuneloven § 27 er i utgangspunktet ikke et eget selskap. Det behøver ikke engang være et eget rettssubjekt. Som det fremgår av beskrivelsen av denne organisasjonsmodellen i pkt. 3.3, vil det imidlertid være mulig å gi en slik virksomhet en grad av selvstendighet som gjør at den vil bli et eget rettssubjekt, en egen juridisk person. Virksomheten vil da ha rettigheter og plikter som sådan.

Der virksomheten er et eget rettssubjekt vil virksomheten i realiteten skille seg lite fra et ansvarlig selskap. Kommunelovens bestemmelse om denne organisasjonsformen er imidlertid meget knapp, og sier lite om dens organisatoriske oppbygning, eiermyndighet og ledelse.

<sup>42</sup> Etter aksjeloven § 6-3 (3) gjelder begrensninger i denne muligheten. Som hovedregel må mer enn halvparten likevel velges av generalforsamlingen.

<sup>43</sup> Andenæs: «Aksjeselskaper og allmenaksjeselskaper» (1998) s. 51.

I utgangspunktet har virksomheten bare ett organ – et styre. Det er imidlertid lagt til grunn at det kan etableres et eget «eierorgan» i tillegg til et mer operativt styre oppnevnt av og underlagt dette.<sup>44</sup> Det øverste organet vil da være «styret» i lovens forstand, og det underordnede organs myndighet vil avhenge av delegasjon fra det overordnede organ. Fordelingen av ansvar og myndighet mellom disse to organene vil bero på den avtale – de «vedtekter» deltakerkommunene fastsetter. Det er nærliggende å tenke i retning av selskapslovgivningens rolledeling mellom eier og driftsledelse når en slik «to-nivå ledelse» er etablert. Men kommunene står nok enda friere til å regulere myndighetsforholdet mellom disse to organene enn det man vil gjøre i et selskap.

Der det ikke er opprettet en slik to-nivå ledelse med et eierorgan og et styre, vil virksomheten bare ha ett styringsorgan. I en slik modell vil det ikke gi mening å snakke om en rolledeling mellom eier og driftsledelse. Styringsorganet vil da i realiteten være både eierorgan og driftsstyre. De samme personer vil da være eierens representanter, og ansvarlige for ledelsen av virksomheten.

Hvorvidt det er hensiktsmessig å etablere en modell som gjenspeiler styringsstrukturen i et selskap, eller samle eier- og ledelsesfunksjon i ett organ, vil deltakerkommunene kunne bestemme i den avtale for samarbeidet som inngås. I begge tilfeller vil deltakerkommunenes eierstyring være basert på instruksjoner fra den enkelte kommune til den aktuelle kommunens representant i det øverste styringsorganet for virksomheten.

Også overfor et felles styre etter § 27, der virksomheten er et eget rettssubjekt, vil den enkelte kommune i tillegg til å være eier kunne opptre som kontraktspart og som offentlig myndighet, jf. ovenfor i pkt. 3.2.2.

Det interkommunale styret har som det fremgår ingen myndighet direkte i loven. Det er kommunene som bestemmer hvilken myndighet som skal legges til styret. Når kommunene er blitt enige om hvilken myndighet som skal delegeres, kan den enkelte kommune i utgangspunktet ikke trekke tilbake den delegerte myndighet uten å gå veien om uttreden av samarbeidet.

Dersom man har valgt en «to-nivå» modell, med et representantskap og et styre under dette, vil det være det øverste organet som er «styret» i lovens forstand. Det organ som er underordnet dette, utøver sin myndighet på grunnlag av delegert myndighet fra dette, og det øverste organ kan gi instruks om utøvelsen av den delegerte myndighet og kan når som helst trekke den delegerte myndighet tilbake. Dersom myndighetsfordelingen mellom styret og eierorganet er bestemt i vedtektene/avtalen for samarbeidet, kan det ligge begrensninger i hvor fritt det øverste organet kan gi instruks/omgjøre/ta tilbake myndighet, men i mangel av slike bestemmelser om myndighetsfordeling, kan det øverste organet ikke anses for å ha mer begrenset myndighet enn generalforsamlingen i et AS eller representantskapet i et IKS.

I et IKS er det anledning til å avtale at avgjørelser i visse saker skal godkjennes av representantskapet, men disse sakene må positivt angis – og det må foreligge et forutgående styrevedtak i saken, som det øverste organet kan godkjenne eller forkaste. Det er ikke anledning til å overføre styrets myndighet til representantskapet slik at representantskapet kan treffe vedtak på egen hånd, uten at det foreligger et forutgående styrevedtak. Det er imidlertid ikke anledning til å avtale at styrets vedtak i det som etter loven hører under styrets myndighet til å forvalte selskapet i sin alminnelighet skal

---

<sup>44</sup> Se NOU 1995:17 «Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet», s. 72.

godkjennes av representantskapet. Dette ville være i strid med den rolledeling mellom eier og driftsledelse som loven bygger på, og i strid med bestemmelsen om styrets legalkompetanse til å forvalte selskapet.<sup>45</sup>

Slike begrensninger har ikke kommuneloven § 27. Lovens utgangspunkt er at virksomheten har ett styringsorgan - «styre». Dette organet vil slik i praksis utgjøre både «eierorgan» og «styre», sammenlignet med en tradisjonell selskapsmodell. Det er imidlertid antatt at det er anledning til å avtale å ha en to-nivå ledelse, med et eierorgan og et styre underlagt dette. Gitt at det er lovens utgangspunkt at eierrollen og driftsledelsesrollen er samlet i ett organ, vil det dersom man velger en to-nivå ledelse, etter vår oppfatning ligge få begrensninger på friheten til å avtale hvordan myndighetsfordelingen mellom disse to organene skal være. Herunder må man antakelig kunne gi det øverste organet generell myndighet til å godkjenne avgjørelser som er tatt i det underordnede organet.

Det må således antas å være få begrensninger i hvordan kommunene gjennom avtalen/vedtektene kan regulere myndighetsforholdet mellom styret og et «representantskap» i et § 27-samarbeid Av § 27 nr. 2 bokstav e. Sammenholdt med at kommunene står fritt til å avgjøre hvilken beslutningsmyndighet man i det hele tatt vil delegere til virksomheten, vil dette samlet sett gi betydelige muligheter for å etablere en tett eierstyring med virksomheten. Denne eierstyringen vil neppe være begrenset av den rolledeling mellom eier og driftsledelse som selskapslovgivningen bygger på.

Med IKT-drift som eksempel vil kommunene i avtalen/vedtektene fritt kunne bestemme hvilke avgjørelser som skal ligge til kommunene selv, hvilke som skal ligge til et eierorgan/representantskap, og hvilke som skal ligge til styret.

### **3.2.7 Nærmere om styring av samvirkeforetak**

For samvirkeforetak gjelder reglene i samvirkeoven. Et samvirkeforetak har trekk fra både selskaper, foreninger og stiftelser. Det karakteristiske ved samvirkeforetak er imidlertid forankringen i samvirkeprinsippene, og dette skiller denne organisasjonsformen fra både selskaper, foreningen og stiftelser. Det er gitt en mer inngående beskrivelse av samvirkeformen i kapittel 3.8.

Et samvirkeforetak er i motsetning til et selskap basert på medlemskap, ikke eierskap. Et typisk særtrekk ved samvirkeforetaket sammenlignet med aksjeselskap er at målet med foretaket er at deltakerne gjennom medlemskapet skal få dekket et felles behov, ikke få avkastning på innskutt kapital. Samvirkeforetaket realiserer sitt formål gjennom omsetning med egne medlemmer. Slik vil samvirkeforetak i utgangspunktet kunne ligge vel til rette for et interkommunalt samarbeid der formålet er at foretaket skal dekke deltakernes behov for tjenester, blant annet på IKT-området.

Organisasjonsstrukturen i et samvirkeforetak er relativt lik aksjeselskap og IKS. Foretaket må ha et øverste organ – medlemsmøte/årsmøte som er foretakets øverste organ, og et styre som forestår forvaltningen av foretaket og er ansvarlig for dets drift. Daglig leder er imidlertid ikke obligatorisk hverken i aksjeselskap eller samvirkeforetak.

Årsmøtet tilsvarer generalforsamlingen i et aksjeselskap og representantskapet i et interkommunalt selskap (IKS). Det er gjennom årsmøtet medlemmene utøver sin overordnede myndighet i foretaket.

---

<sup>45</sup> Slik også Bjella, Knudsen, Aarbakke: «Kommunale selskaper og foretak» s. 126.



Alle medlemmene har møterett på årsmøtet, jf. § 36. Alle har én stemme, med mindre noe annet er avtalt i vedtektene. Det kan gjøres unntak fra hovedregelen ved at medlemmenes stemmerett kan fordeles etter omsetning med selskapet, men ett medlem kan ikke ha mer enn 50% av stemmene. Vedtak gjøres som hovedregel med alminnelig flertall, men det er anledning til i vedtektene å stille krav om kvalifisert flertall. Samvirkelovens likhetsprinsipp, og regler om myndighetsmisbruk kan sette rammer for flertallets makt.

Den overordnede myndighet består blant annet i kompetanse til å velge hvem som skal lede foretaket ved å sitte i styret, kompetanse til å treffe vedtak som er bindende for medlemmene, instruksjonsmyndighet overfor foretakets øvrige organer, omgjøringskompetanse mht. andre foretaksorganers beslutninger, og kompetanse til å delegere sin myndighet.

### **3.2.8 «Eierstyring» av vertskommunesamarbeid – kommunenes innflytelse som deltakere**

Ved vertskommunesamarbeid etter kommuneloven opprettes som nevnt ingen ny sammenslutning. Det opprettes ingen ny juridisk person som har eiere. Når det gjelder administrativt vertskommunesamarbeid opprettes ikke engang noe felles organ til å lede virksomheten. Det vil derfor heller ikke kunne utøves noen «eierstyring» over virksomheten. Samarbeidskommunene er deltakere i en form for samarbeid som er underlagt en offentligrettslig regulering i kommuneloven, og det er denne loven og samarbeidsavtalen som regulerer den innflytelse samarbeidskommunene har over vertskommunen.

Det viktigste redskap deltakerkommunene har for å øve innflytelse over et vertskommunesamarbeid knytter seg til vedtakelsen av vertskommuneavtalen. Det er her det avgjøres hvilke oppgaver samarbeidet skal omfatte, og hvilken myndighet som skal delegeres til vertskommunen. Loven oppstiller minimumskrav til hva avtalen skal inneholde. Det vil imidlertid være anledning til også å ta inn bestemmelser om andre forhold.

Når avtalen er inngått og vertskommunesamarbeidet er etablert, vil deltakerkommunenes innflytelse være regulert av lovens regler og avtalens innhold.

Vertskommunen vil naturligvis ha betydelig myndighet i samarbeidet. Vertskommunesamarbeid innebærer at oppgavene og beslutningsmyndigheten knyttet til dem er delegert til vertskommunen. Vertskommunen har ansvaret for å utføre oppgavene ved sine ansatte, og har arbeidsgivers styringsrett. Samarbeidskommunene kan ikke gripe inn i denne styringsretten.

Samarbeidskommune har likevel betydelige muligheter til å øve innflytelse. Overføringen av myndighet til vertskommunen bygger på delegasjon. I dette ligger at den som delegerer myndigheten når som helst kan trekke den tilbake, eller selv ta avgjørelsen i en konkret sak. Dersom myndigheten trekkes tilbake i sin helhet, vil det imidlertid i realiteten innebære at kommunen trer ut av samarbeidet. I så fall kan det innebære at kommunen må betale et vederlag til vertskommunen i oppsigelsestiden. Hvordan slike situasjoner skal håndteres kan det være hensiktsmessig å regulere i avtalen.

Det er særlig to virkemidler deltakerkommunene har, instruksjonsrett og omgjøringsmyndighet.

Den enkelte deltakerkommunen kan gi både generelle instruksjoner – for eksempel om nivået på de ytelser vertskommunen skal sørge for - og spesielle instruksjoner i konkrete saker om hvordan den delegerte myndighet skal utøves. Det gjelder imidlertid begrensninger for denne instruksretten (for

administrativt vertskommunesamarbeid er dette regulert i § 28-1b nr. 5, for vertskommunesamarbeid med nemnd i § 28-1c nr. 7). Instruksjonsretten gjelder bare i saker som gjelder den konkrete deltakerkommunen eller dens innbyggere. Denne muligheten til å gi instruksjoner er nok mest praktisk vedrørende utøvelse av vedtaksmyndighet i forvaltningssaker, men kan også være aktuell ved administrative støttetjenester.

Omgjøringsmyndigheten dreier seg om muligheten til å omgjøre forvaltningsvedtak etter forvaltningsloven § 35 første ledd. Dette styringsvirkemiddelet vil nok være mer praktisk ved forvaltningsvedtak enn ved utføring av administrative støttetjenester.

For å kunne gjøre bruk av disse styringsmekanismene vil det være sentralt at samarbeidskommunene får informasjon om de vedtak som treffes i vertskommunen. Det er et krav at vertskommuneavtalen skal inneholde nærmere regler om slik informasjon. Det vil også være anledning til å ta inn i avtalen mer omfattende rapporteringsrutiner som går ut over dette. Det kan være praktisk der samarbeidet dreier seg mer om praktisk utførelse av støttetjenester enn om beslutninger i forvaltningssaker.

### 3.3 Kommuneloven § 27

#### 3.3.1 Innledning

I det følgende gis det en oversikt over de rettslige rammene for hvordan et interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 kan etableres og organiseres.

Etter kommuneloven § 27 kan to eller flere kommuner opprette et «eget styre til løsning av felles oppgaver (...)». Det er bare kommuner og fylkeskommuner som kan være deltakere i et interkommunalt styre organisert etter kommuneloven. Staten eller private rettssubjekter kan ikke delta. Det er imidlertid lagt til grunn at en interkommunal sammenslutning etter § 27 kan være deltaker i en annen interkommunal sammenslutning organisert etter samme bestemmelse.<sup>46</sup> Vedtak om å delta i et interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 må treffes av kommunestyret/fylkestinget selv. Myndigheten til å beslutte slik deltakelse kan altså ikke delegeres.

Loven regulerer ikke spørsmålet om det interkommunale styret kan ha rettigheter og plikter som sådant – det vil si om det er et eget rettssubjekt eller ikke. Dette vil bero på en konkret vurdering av virksomhetens selvstendighet, hvor en rekke momenter er relevante.<sup>47</sup> Dette innebærer at noen sammenslutninger etablert etter kommuneloven § 27 er egne rettssubjekter, mens andre ikke er det.

Der virksomheten ikke har en slik selvstendighet at den er et eget rettssubjekt, betyr det at den ikke kan ha rettigheter og plikter som sådan. Det er i så fall ikke etablert en sammenslutning som selv er en juridisk person. Avhengig av kontraktens innhold vil det da være en eller flere av deltakerkommunene som for eksempel er juridisk forpliktet av kontrakter som styret har inngått. Der

---

<sup>46</sup> Se Ot. Prp. nr. 53 (1997-98) s. 29. Her fremgår imidlertid at avgjørelsen om å delta i en annen interkommunal sammenslutning trolig ikke kan overlates til ledelsen av sammenslutningen, men vil måtte tas av deltakerkommunene. Det vises til en uttalelse fra departementet til advokatfirmaet Harris fra 24. januar 1996 (95/7550), hvor det er pekt på at en beslutning om å gå inn som deltaker i et annet interkommunalt samarbeid ligger utenfor rammen av det som kan delegeres til styret, jf. begrepet «drift og organisering». Det fremgår også av Bernt og Overå: «Kommuneloven med kommentarer» (2011) at et interkommunalt styre etter kommuneloven § 27 kan være deltaker i et annet interkommunalt styre etter § 27 (s. 214).

<sup>47</sup> Se høyesteretts avgjørelse i Rt. 1997 s. 623.

det er avtalt at bare en av deltakerne skal være forpliktet, vil samarbeid med eget styre etter § 27 kunne ha likhetstrekk med et vertskommunesamarbeid.

Kommunelovens regler om valg til folkevalgte organer gjelder for valg av styremedlemmer til et interkommunalt styre. Kommuneloven § 14 bestemmer hvem som er valgbare. Interkommunale styrever er ikke tatt med i oppregningen i § 14 nr. 1 av de organer som de strengeste valgbarehetsreglene gjelder for. Det er derfor de mer lempelige reglene i § 14 nr. 2 som gjelder. Dette innebærer blant annet at administrasjonssjefen i kommunen vil kunne velges som medlem i et interkommunalt styre. Dette gir også mulighet til å velge personer som ikke er bosatt i kommunen. Det er dermed forholdsvis store valgmuligheter for kommunen når det gjelder spørsmålet om hvem som skal representere kommunen i et interkommunalt styre. Videre innebærer det at man ikke er pliktig til å ta i mot valg. Er man først valgt, har man i utgangspunktet samme plikt til å fungere i vervet som andre folkevalgte, og kan bare fjernes eller får fritak dersom loven gir hjemmel for det. Det er imidlertid noe usikkert om retten til å sitte i vervet er like sterk som retten til å sitte i for eksempel et fast utvalg i kommunen.<sup>48</sup>

Kommunelovens regler i kap. 7 om folkevalgtes rettigheter og plikter gjelder i det vesentlige også for styremedlemmene.

### 3.3.2 Vedtektene for samarbeidet – minimumskrav til vedtektenes innhold

Etter kommuneloven § 27 skal det opprettes vedtekter for samarbeidet. I realiteten er disse vedtektene en avtale som kommunene må bli enige om. Det er altså ikke tale om vedtekter i den forstand aksjeloven bruker uttrykket. I aksjeselskaper vedtas vedtektene av generalforsamlingen, og vedtektene kan endres av generalforsamlingen med kvalifisert flertall. Vedtektene i et aksjeselskap binder selskapet. For et samarbeid etter kommuneloven § 27 er det nødvendig at kommunene fastsetter de grunnleggende reglene for samarbeidet i en avtale som kommunene selv blir enige om. Denne avtalen vil deltakerkommunene være bundet av, og den kan ikke endres med mindre kommunene er enige. Denne avtalen er i kommuneloven § 27 betegnet med uttrykket «vedtekter». Vedtektene må tilfredsstillende de minstekrav til innhold som loven oppstiller, men det er intet til hinder for å ta inn i vedtektene også bestemmelser om andre forhold.

Kravene til vedtektenes innhold framgår av § 27 nr. 2:

*«Vedtektene for det interkommunale styre skal inneholde bestemmelser om:*

*a. styrets sammensetning og hvordan det utpekes,*

*b. området for styrets virksomhet,*

*c. hvorvidt deltakerkommunene skal gjøre innskudd til virksomheten,*

*d. hvorvidt styret har myndighet til å ta opp lån eller på annen måte pådra deltakerne økonomiske forpliktelser,*

*e. uttreden fra eller oppløsning av samarbeidet.»*

---

<sup>48</sup> NOU 1995: 17 s. 71.

### 3.3.3 Ansvar og eierandel

Kommuneloven § 27 sier ikke noe om deltakernes eierandel. Det kan tas inn bestemmelser i vedtektene om dette. I mangel av egne vedtektsbestemmelser om dette vil trolig forholdet mellom deltakernes innskuddsplikt kunne gi holdepunkter for å fastslå eierandelen.

Vedtektene skal ha bestemmelser om hvorvidt deltakerne er pliktige til å gjøre økonomiske innskudd til virksomheten. Som regel vil dette være en forutsetning for å starte og drive virksomheten. Forpliktelser til å gjøre tilskudd til virksomheten utover det som følger av vedtektene vil kreve særskilt avtale.

Det vil også være mulig å gi virksomheten mulighet til å ta opp lån. For at det skal være mulig må det fastsettes i vedtektene. Av § 27 nr. 2 bokstav d fremgår at vedtektene skal ha bestemmelser om hvorvidt styret har myndighet til å «*ta opp lån eller på annen måte pådra deltakerne økonomiske forpliktelser*». Det er lagt til grunn at lovgiver har ment at kommunelovens bestemmelser om kommunens økonomiforvaltning skal gjelde tilsvarende for interkommunale virksomheter etter § 27.<sup>49</sup> Dette innebærer blant annet at virksomheten bare kan ta opp lån til de formål kommunens selv vil kunne ta opp lån til.

Bestemmelsene i § 27 sier ikke noe om deltakernes økonomiske ansvar overfor tredjemenn. Det er i forarbeidene lagt til grunn at deltakerne i utgangspunktet vil hefte solidarisk overfor virksomhetens kreditorer for de samlede forpliktelsene. Det vil si at virksomheten har samme ansvarsform som et ANS etter selskapsloven. En avvikende ansvarsform – i form av et delt ansvar (pro rata) – vil kreve notoritet for at det skal kunne gjøres gjeldende overfor kreditorene. Registrering av slik ansvarsform i foretaksregisteret kan gi slik notoritet.

En kreditor som ikke får dekket sin fordring mot virksomheten av styret, kan gjøre sin fordring gjeldende overfor deltakerne direkte. Spørsmålet om en interkommunal virksomhet som er et eget rettssubjekt kan tas under konkursbehandling, er uklart. Ettersom kreditorer vil kunne få sine krav dekket av deltakerne er det lite trolig av spørsmålet vil komme på spissen. En kommune kan ikke tas under konkursbehandling, jf. kommuneloven § 55. Det kan heller ikke tas utlegg eller arrest i en kommunes eiendeler. Om det tilsvarende gjelder for en interkommunal virksomhet etter § 27 er noe usikkert.

### 3.3.4 Organisasjon, eierfunksjon og ledelse

Vedtektene skal inneholde bestemmelser om hvordan styret skal sammensettes og utpekes.<sup>50</sup> Loven omtaler bare ett organ; styret. Det er imidlertid lagt til grunn at loven ikke er til hinder for at det kan etableres en styringsstruktur med to organer; et «eierorgan» - representantskap e.l. – hvor alle deltakerne er representert, og et mindre organ – styret – som er valgt av representantskapet.<sup>51</sup>

Det er ikke mulig å utlede noe bestemt fra loven om hvordan myndighetsfordelingen mellom styringsorganene vil være dersom man har valgt å etablere to styringsorganer – i form av et

<sup>49</sup> NOU 1995:17 s. 75 og Ot. prp. nr. 53 (1997-98) s. 30.

<sup>50</sup> Kommuneloven § 27 nr. 2 a)

<sup>51</sup> Se blant annet NOU 1995: 17 s. 72. Det er der gitt en relativt fylldig beskrivelse av gjeldende rett for § 27. Det er ikke gjort vesentlige endringer i bestemmelsen siden den tid, og denne fremstillingen er slik fortsatt i all hovedsak dekkende. Merk imidlertid at det for tiden er et lovutvalg i arbeid som går igjennom hele kommuneloven. Dette innebærer at også § 27 kan bli endret. Utvalget skal etter planen avgi sin utredning i desember 2015.

«eierorgan» og et styre underlagt dette. Det må her legges til grunn at deltakerne har forholdsvis stor frihet til å regulere dette nærmere i vedtektene.<sup>52</sup>

Det er de mer liberale valgbarhetsreglene i kommuneloven § 14 nr. 2 som gjelder for interkommunale styre, ikke de strengere reglene i § 14 nr. 1. Det innebærer blant annet at rådmannen kan velges til kommunens representant, eventuelt også personer som ikke er bosatt i kommunen, og som derfor ikke ville være valgbare til for eksempel faste politiske utvalg. Det betyr også at det ikke er noen plikt til å motta valg. Kommunene vil derfor ha stor frihet til å bestemme sammensetningen av styret i vedtektene.

Vedtektene skal også angi «området for styrets virksomhet».<sup>53</sup> I dette ligger at det skal tas inn en saklig avgrensning av styrets virksomhet, og angis hvilken kompetanse styret skal ha. Dette vil utgjøre rammen for styrets handlefrihet. Den myndighet styret kan få er begrenset til det som gjelder virksomhetens «drift og organisering», jf. § 27 nr. 1 tredje punktum. Utenfor begrepet «drift og organisering» ligger offentlig myndighetsutøvelse, slik dette er definert i forvaltningsloven § 2. Unntak kan gjelde der det har direkte sammenheng med virksomhetens drift og organisasjon, f.eks. å ta avgjørelser i personalsaker.

Begrepet har ingen paralleller i annen lovgivning. Det foreligger ikke noen særlig praksis når det gjelder fortolkning av uttrykket. I forarbeidene er det i kommentarene til det tilsvarende begrep for den daværende organisasjonsformen «kommunal bedrift» lag til grunn at: *«avgjørelsesmyndighet i mer prinsipielle og potensielt politisk kontroversielle spørsmål angående forholdet til brukere, større investeringer eller omlegging av virksomheten kan ikke delegeres til styret»*.

For et interkommunalt styre er det lagt til grunn at begrepet er noe videre. Men den nærmere grensdragning er uklar.

For et interkommunalt samarbeid på IKT-området som i hovedsak dreier seg om drift og administrative støttetjenester vil det neppe oppstå spørsmål om lovens grense for myndighet til et interkommunalt styre er overskredet. Dersom samarbeidet på IKT-området dreier seg om strategiske spørsmål, og viktige sider ved kommunens tjenesteutvikling som også reiser politiske spørsmål, kan det imidlertid oppstå spørsmål om hvor grenser går for den myndighet som kan overlates til et interkommunalt styre. Det lar seg vanskelig gjøre å trekke opp en grense på generelt grunnlag her. Men det vil ikke være anledning til å delegere til et interkommunalt styre en myndighet som innebærer å ta beslutninger som har vesentlig betydning for kommunen, for eksempel viktige strategiske valg, og prinsipielle spørsmål om kommunens tjenesteutvikling. Hvor grensen går vil måtte bero på en konkret vurdering.<sup>54</sup> Dette vil likevel ikke være til hinder for et samarbeid på IKT-området, dersom det i avtaler mv. er lagt inn mekanismer som sikrer at beslutninger som har slik stor betydning blir tatt av kommunen selv.

---

<sup>52</sup> Styre etter kommuneloven § 27 har i motsetning til styret i et AS eller et IKS ingen myndighet direkte i loven til å «forvalte selskapet». Dette må trolig ses i sammenheng med at kommunelovens bestemmelse om interkommunale selskaper ikke etablerer et skille mellom en generalforsamling/representantskap og et styre. Det interkommunale styret er i utgangspunktet både «eierorgan» og styre. Styrets myndighet vil derfor bero på hva deltakerkommunene har delegert til styret.

<sup>53</sup> Kommuneloven § 27 nr. 2 b)

<sup>54</sup> Det samme spørsmål vil også oppstå om det er tale om å samarbeide i form av et AS, IKS, eller samvirkeforetak. Også her vil det kunne tenkes at noen beslutninger er så vidt prinsipielle og har så stor strategisk betydning for kommunen at de må forbeholdes kommunen selv.

I Ot.prp. nr. 53 (1997-98) s. 23-24 er spørsmålet om styret myndighet i samarbeid etter § 27 drøftet mer konkret om bestemte typer kompetanse.

Et interkommunalt styre kan gis budsjettmyndighet innenfor rammen av de kommunale budsjettforskriftene § 13. Bestemmelsen lyder:

*«§ 13. Budsjett for interkommunalt samarbeid*

*For budsjett for interkommunalt eller interfylkeskommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 gjelder følgende særregler:*

*1. Den økonomiske rammen for samarbeidets virksomhet i året skal inngå i årsbudsjettet til den kommune eller fylkeskommune hvor samarbeidet har sitt hovedkontor.*

*2. Styret vedtar selv den nærmere fordeling av den økonomiske rammen som nevnt i nr. 1, på grunnlag av innstilling fra samarbeidets administrasjon. Dersom samarbeidet ikke har egen administrasjon fremmer administrasjonssjefen i den kommune eller fylkeskommune hvor samarbeidet har sitt hovedkontor, forslag om fordeling. De deltakende kommunene eller fylkeskommunene kan bestemme at fordelingen ikke er endelig før den er godkjent av de respektive kommunestyre og/eller fylkesting.*

*3. Fordelingen skal gi et realistisk, oversiktlig og fullstendig bilde av samarbeidets virksomhet for det kommende år, slik styret eller de deltakende kommunene eller fylkeskommunene forventer at utviklingen blir.*

*4. Styrets vedtak etter nr. 2 skal også angi overføringer fra de deltakende kommuner eller fylkeskommuner, og samarbeidets egne forventede inntekter i budsjettåret. Alle inntekter og innbetalinger skal være endelig disponert.*

*5. Fordelingen etter nr. 2 er bindende for styret og samarbeidets eventuelle administrasjon. Styret skal påse at det etableres rutiner for økonomistyring. Styret er i tillegg ansvarlig for at de deltakende kommuner eller fylkeskommuner varsles dersom det er grunn til å anta at det kan skje nevneverdige avvik fra den økonomiske rammen.»*

Som det fremgår ovenfor er det videre forutsatt at styret kan gis myndighet til å ta opp lån. Lån kan bare tas opp til formål som er nevnt i kommuneloven. Videre er det antatt at styret kan gis fullmakt til å pantsette virksomhetens aktiva, og til å stille garanti selv om dette ellers ville ligge utenfor begrepet «drift og organisering». <sup>55</sup>

Når det gjelder myndighet på personalområdet følger det av kommuneloven § 24 nr. 1 at styret kan få myndighet til å opprette og nedlegge stillinger, samt å treffe avgjørelser i personalsaker. Hvor langt styrets myndighet rekker her vil avhenge av en fortolkning av vedtektene.

Interkommunale virksomheter kan som hovedregel ikke gis myndighet til å utøve offentlig myndighet ved å treffe enkeltvedtak eller gjøre vedtak om forskrifter. Unntak kan gjelde der vedtaket har

---

<sup>55</sup> NOU 1995: 17 s. 74 og Ot. Prp. 53 s. 30.

direkte sammenheng med virksomhetens drift og organisasjon, for eksempel å treffe vedtak om tilsetting av arbeidstakere eller treffe andre vedtak i personalsaker.<sup>56</sup>

Bestemmelsen i kommuneloven har ikke nærmere bestemmelser om hvem som har representasjonsrett – det vil si hvem som kan binde virksomheten utad ved sin underskrift. Hvem som har slik kompetanse vil derfor i utgangspunktet bero på hva vedtektene sier om dette. Slik representasjonskompetanse kan trolig legges både til styret og til daglig leder direkte. I mangel av særskilt regulering i vedtektene vil trolig styret selv kunne avgjøre hvem som skal ha slik kompetanse, eventuelt herunder bestemme at slik myndighet skal ligge til enkelte styremedlemmer eller daglig leder. Bestemmelsen i § 27 har heller ikke bestemmelser om virkningen av at noen har gått ut over sine fullmakter. Konsekvensene av en fullmaktsoverskridelse vil bero på en konkret vurdering.

Kommuneloven § 27 har ikke nærmere regler om virksomhetens administrasjon. Dersom virksomheten er av et visst omfang vil den normalt ha tilsatt en daglig leder. Styret for virksomheten kan ansette daglig leder, hvis styret har fått myndighet til det. Daglig leder vil være direkte underlagt styret i og med at virksomheten er et fellestiltak mellom flere kommuner. Daglig leder vil ha den myndighet han eller hun har fått delegert fra styret eller som er bestemt i vedtektene. Hvilken myndighet styret har anledning til å delegere til daglig leder vil måtte avgjøres ut fra en fortolkning av vedtektene.

Det er forutsett i forarbeidene til gjeldende kommunelov at det er anledning til å gi de ansatte rett til å velge styremedlemmer.<sup>57</sup> Et flertall av styremedlemmene må velges av deltakerne selv. De ansattes styrerepresentanter vil i utgangspunktet ha samme rettigheter og ansvar for styremedlemmer valgt av deltakerne. I saker som direkte gjelder de ansatte må eventuelle interessekonflikter løses ut fra de alminnelige inhabilitetsreglene.

Et interkommunalt styre etter kommuneloven § 27 vil være et «organ for stat eller kommune» etter forvaltningsloven § 1, slik at lovens saksbehandlingsregler gjelder. Kommunelovens saksbehandlingsregler gjelder også, med mindre kommunestyret eller fylkestinget har bestemt noe annet, jf. kommuneloven § 29 nr. 3. I praksis innebærer dette at deltakerkommunene må ha blitt enige om hvilke saksbehandlingsregler i kommuneloven som eventuelt ikke skal gjelde. Dersom det ikke er bestemt slik avvik, vil kommunelovens saksbehandlingsregler gjelde på vanlig måte.

Når det gjelder offentliglova er spørsmålet om hvorvidt egne rettssubjekter er omfattet av lovens virkeområde regulert i § 2. Det fremgår av § 2 første ledd bokstav d) at loven også gjelder for «*sjølvstendig rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommunedirekte eller indirekte har rett til å velje meir enn halvparten av medlemmene med røysterett i det øvste organet i rettssubjektet*». Det er likevel gjort unntak for «*rettssubjekt som hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private*». Ettersom det bare er kommuner/fylkeskommuner og andre interkommunale styre etter § 27 som kan være deltakere, vil et slikt styre som utgangspunkt være omfattet av loven. Det er videre lite trolig at en virksomhet etter kommuneloven § 27 vil kunne bli ansett for å drive virksomhet i direkte konkurranse med, og på samme vilkår som private. Saksdokumenter i den interkommunale virksomheten vil derfor være offentlige med mindre det finnes unntak i offentliglova.

---

<sup>56</sup> Op. Cit.

<sup>57</sup> Ot. prp. nr. 42 Om lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) s. 280.

Regnskapsplikten til interkommunale virksomheter er regulert i Forskrift om årsregnskap og årsberetning (for kommuner og fylkeskommuner) (15.12.2000 nr. 1424), som lyder:

*«§ 12. Regnskap og beretning for interkommunalt og interfylkeskommunalt samarbeid*

*For regnskapet og beretningen for interkommunalt eller interfylkeskommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 gjelder følgende særregler:*

- 1. Regnskapet for samarbeidet skal inngå i årsregnskapet til den kommunen eller fylkeskommunen hvor samarbeidet har sitt hovedkontor.*
- 2. Styret vedtar selv samarbeidets regnskap og beretning på grunnlag av innstilling fra samarbeidets administrasjon. Dersom samarbeidet ikke har egen administrasjon, fremmer administrasjonssjefen i den kommunen eller fylkeskommunen hvor samarbeidet har sitt hovedkontor forslag som nevnt. De deltakende kommunene og fylkeskommunene kan bestemme at regnskapet og beretningen ikke er endelig før det er godkjent av de respektive kommunestyrer og/eller fylkesting.*
- 3. I note til årsregnskapet til den kommunen eller fylkeskommunen hvor samarbeidet har sitt hovedkontor, skal angis overføringer til/fra samarbeidet og de deltakende kommunene og fylkeskommunene, samarbeidets egne inntekter i regnskapsåret samt disponeringen av overføringer og inntekter som nevnt.*
- 4. I årsberetningen til den kommunen eller fylkeskommunen hvor samarbeidet har sitt hovedkontor skal det gis opplysninger om forhold som er viktige for å bedømme samarbeidets stilling og resultatet av virksomheten, og som ikke fremgår av årsregnskapet, samt om andre forhold som er av vesentlig betydning for samarbeidet.»*

Vedtektene skal inneholde bestemmelser om uttreden eller oppløsning av samarbeidet.<sup>58</sup> I utgangspunktet kan altså deltakerne selv fastsette nærmere regler om uttreden og oppløsning i vedtektene. Det er imidlertid lagt til grunn at bestemmelsen i § 7 nr. 3 vil gå foran vedtektene ved motstrid.<sup>59</sup> Dette vil i så fall innebære at den enkelte deltaker med ett års skriftlig varsel kan si opp sitt deltakerforhold. Utløsningssummen skal da fastsettes til andelens nettoverdi ved oppsigelsesfristens utløp, men ikke til mer enn verdien av de midler vedkommende kommune har skutt inn.

Når det gjelder tilsyn og kontroll med interkommunale virksomheter er kontrollutvalgets myndighet overfor et interkommunalt styre dens samme som i selskaper, jf. § 80.

Når det gjelder statlig kontroll fastslår kommuneloven § 27 siste ledd at oppsigelse av slikt samarbeid kan bringes inn for departementet. Vi er ikke kjent med om bestemmelsen noen gang har vært brukt. I nr. 1 i.f. er det også hjemmel for departementet til å gi statlig pålegg om oppretting av felles interkommunalt styre.

For interkommunalt samarbeid om IKT-drift må de begrensninger som gjelder antas å ikke innebære større innskrenkninger i delegasjonsmulighetene enn at felles styre etter § 27 kan være en aktuell

---

<sup>58</sup> § 27 nr. 2 bokstav e

<sup>59</sup> Jf. Justisdepartementets tolkningsuttalelse i sak 95/04007



samarbeidsform på dette området. Når det gjelder den generelle begrensningen om at «avgjørelsesmyndighet i mer prinsipielle og potensielt politisk kontroversielle spørsmål angående forholdet til brukere, større investeringer eller omlegging av virksomheten kan ikke delegeres til styret», må det dessuten antas at deltakerkommunene selv vil ha et visst rom for selv å bestemme hvilke saker på IKT-området som har slik karakter.

### 3.4 Vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kap. 5 A

#### 3.4.1 Innledning

Etter kommuneloven § 28-1a kan en kommune overlate utførelsen av oppgaver til en vertskommune.<sup>60</sup> Hovedformålet med etableringen av vertskommunemodellen i kommuneloven var primært å tilby en lovregulert samarbeidsmodell for individrettet kommunal tjenesteyting og offentlig myndighetsutøvelse. Siktemålet var å bedre mulighetene for å etablere fagmiljøer som var større og mer bærekraftige enn det som gjerne er mulig i små kommuner hver for seg.

Vertskommunemodellen i kommuneloven ble altså ikke utformet med sikte på å være et tilbud for virksomhet av mer forretningsmessig og administrativ art. Kommuneloven inneholder imidlertid ingen rettslig avgrensning mot denne type virksomhet. Etter kommuneloven er det derfor ikke noe rettslig hinder for også å organisere administrative støttetjenester som for eksempel IKT-drift i form av et vertskommunesamarbeid.

For samarbeid om oppgaver som ligger utenfor offentlig myndighetsutøvelse, vil imidlertid regelverket om offentlige anskaffelser kunne legge begrensninger på mulighetene for å etablere vertskommunesamarbeid om dette uten at det oppstår plikt til å sette virksomheten ut på anbud. Det er gått nærmere inn på dette i kap. 4.

Bakgrunnen for lovfestingen av denne modellen var at lovgivningen tidligere ikke tilbød noen lovregulert modell for samarbeid om lovpålagt individrettet tjenesteyting, som gjerne også innebar elementer av myndighetsutøvelse. Den lovgivning som gjaldt interkommunalt samarbeid og organisasjonsmodeller for dette var tilpasset samarbeid om oppgaver med mer drifts- og forretningsmessig preg. Spørsmålet om man kunne legge lovpålagte oppgaver og myndighetsutøvelse til slike interkommunale enheter måtte da avgjøres ut fra en fortolkning av den aktuelle lov.

Etter vedtakelsen av vertskommunemodellen i kommuneloven er det ikke lenger nødvendig å gå veien om en fortolkning av den enkelte særlov for å kunne avgjøre om oppgaven kan overlates til et interkommunalt samarbeid. Kommuneloven § 28-1a gir nå kommunene en helt generell hjemmel til å inngå interkommunalt samarbeid om lovpålagte oppgaver og offentlig myndighetsutøvelse, så fremt ikke særlovene har regler som *hindrer* dette. Mens det tidligere var nødvendig med et rettslig grunnlag i lov for å kunne legge slik virksomhet til en interkommunal enhet, er det nå begrensningene i denne muligheten som trenger et rettslig grunnlag i lov. Forutsetningen er at vertskommunesamarbeidet etableres, organiseres og drives slik som kommuneloven kap. 5 A gir anvisning på.

---

<sup>60</sup> En fylldig beskrivelse av gjeldende rett for vertskommunesamarbeid er gitt i daværende Kommunal- og regionaldepartementets veileder «Vertskommunemodellen i kommuneloven § 28 a flg.» Framstillingen i det følgende bygger i det vesentlige på denne.

For å gjøre det forsvarlig å overlate lovpålagte oppgaver og myndighetsutøvelse til andre kommuner, er det i loven bygget inn en del mekanismer som skulle sikre nødvendig folkevalgt ansvar og innflytelse for den enkelte deltakerkommune og rettssikkerhet for innbyggerne. Det er gått nærmere inn på dette under pkt. 3.4.3 nedenfor. Disse styringsmekanismene vil imidlertid også gjelde der samarbeidet dreier seg om andre typer virksomhet enn lovpålagte oppgaver og myndighetsutøvelse.

### 3.4.2 Begrepet «vertskommune»

Det er viktig å være oppmerksom på at begrepet «vertskommune» brukes i ulike betydninger. Dels er begrepet brukt om den lovregulerte samarbeidsmodellen i kommuneloven kap. 5 A. Dels brukes imidlertid begrepet også om ulike former for «vertskommunesamarbeid» som eksisterte før den lovregulerte modellen i kommuneloven kom til, og som til dels også eksisterer fortsatt.

Når uttrykket brukes om andre typer samarbeid enn det som er regulert i kommuneloven kan det bety flere ting. Noen ganger brukes begrepet om den kommune som i et IKS eller samarbeid etter kommuneloven § 27 er «kontorkommunen» eller «administrasjonskommunen» i samarbeidet; det vil si den kommunen hvor hovedkontoret eller virksomheten er lokalisert.

I andre tilfeller brukes begrepet om avtaler som går ut på at en kommune skal tilby tjenester til en eller flere andre kommuner. I slike tilfeller er det rettslig sett egentlig tale om omsetning av tjenester mellom kommuner på rent privatrettslig grunnlag.

Begrepet «vertskommune» blir i denne utredningen brukt dels om den lovregulerte samarbeidsmodellen i kommuneloven, og dels om omsetning av tjenester mellom en «vertskommune» og andre kommuner på rent privatrettslig grunnlag. I dette kapitlet vil begrepet utelukkende bli brukt om den lovregulerte modellen i kommuneloven. I andre deler av utredningen vil det fremgå uttrykkelig hvilken betydning av vertskommunebegrepet som er brukt.<sup>61 62</sup>

### 3.4.3 Nærmere om kommunelovens regulering av vertskommunemodellen

#### 3.4.3.1 Innledning

Ved vertskommunesamarbeid oppstår ikke et nytt rettssubjekt. Samarbeidet går ut på at samarbeidskommunene overlater oppgaver og beslutningsmyndighet til en annen (eksisterende) kommune. Det opprettes altså ingen sammenslutning. Dette har blant annet den konsekvens at kommuneloven og annen lovgivning som gjelder for kommuner, som hovedregel også vil gjelde for vertskommunen i dens funksjon som vertskommune.

I kommuneloven brukes begrepet «*vertskommune*» om den kommune som får delegert myndighet fra de andre kommunene. En kommune som har delegert myndighet til vertskommunen betegnes som «*samarbeidskommune*». Begrepet «*deltakerkommune*» brukes som en fellesbetegnelse på alle

---

<sup>61</sup> Vertskommunebegrepet brukes også om situasjoner der en kommune er «vertskap» for en statlig virksomhet, for eksempel et statlig asylmottak eller en statlig institusjon innen psykisk helsevern. I slike tilfeller blir begrepet brukt om noe annet enn interkommunalt samarbeid.

<sup>62</sup> Det er særlig i kapittel 4 om anskaffelsesregelverket den nærmere omtalen av de ulike vertskommunemodellene er aktuelle. Når det gjelder unntaket fra anskaffelsesregelverket for «horisontalt samarbeid» er det i utgangspunktet ikke av stor betydning å skille. Ettersom det har betydning for unntakets anvendelse hvordan vertskommunesamarbeidet nærmere er utformet, vil det likevel være nødvendig å gå nærmere inn på dette.

kommunene som deltar i samarbeidet, og omfatter dermed både vertskommunen og samarbeidskommunene.

Det kan bare etableres vertskommunesamarbeid mellom kommuner eller mellom fylkeskommuner. Det er ikke anledning til å etablere et vertskommunesamarbeid mellom kommuner og fylkeskommuner.

Kommuneloven regulerer to ulike varianter av vertskommunemodellen; administrativt vertskommunesamarbeid (§ 28-1b) og vertskommunesamarbeid med nemnd (§ 28-1c). Den vesentligste forskjellen mellom dem er at dersom modellen med folkevalgt nemnd velges, åpner det en mulighet for å delegerer større myndighet til vertskommunen.

#### **3.4.3.2 Minstekrav til innholdet i en vertskommuneavtale**

For et vertskommunesamarbeid skal det foreligge en skriftlig vertskommuneavtale. Kommuneloven § 28-1e nr. 2 stiller opp minimumskrav til hva avtalen skal inneholde bestemmelser om. Bestemmelsen lyder:

*«2. Samarbeidsavtalen skal inneholde bestemmelser om:*

- a) angivelse av deltakerne og hvilken av disse som er vertskommunen,*
- b) hvilke oppgaver og hvilken avgjørelsesmyndighet som skal legges til vertskommunen,*
- c) tidspunkt for overføring av oppgaver og avgjørelsesmyndighet,*
- d) underretning til deltakerne om vedtak som treffes i vertskommunen,*
- e) det økonomiske oppgjøret mellom samarbeidskommunene og vertskommunen,*
- f) nærmere regler for uttreden og avvikling av samarbeidet,*
- g) annet som etter lov krever avtale.»*

Det er kommunestyret i de enkelte kommuner som selv må vedta avtalen. I dette ligger at det ikke kan delegeres til andre. Endringer i de elementer av avtalen som er omtalt i loven kan heller ikke delegeres til andre.

#### **3.4.3.3 Nærmere om administrativt vertskommunesamarbeid**

Et såkalt administrativt vertskommunesamarbeid går ut på at samarbeidskommunen delegerer til vertskommunen å utføre de oppgaver og treffe de avgjørelser som inngår i samarbeidsavtalen. Formelt foregår dette slik at kommunestyret i samarbeidskommunen gir en instruks til administrasjonssjefen i denne kommunen om å delegerer myndighet til administrasjonssjefen i vertskommunen.

Det kan bare delegeres myndighet i «enkeltsaker eller saker som ikke er av prinsipiell betydning».<sup>63</sup> Dette er den samme begrensning som gjelder for delegasjon til administrasjonssjefen i egen kommune, jf. kommuneloven § 23 nr. 4. Om begrepets innhold heter det i forarbeidene (Ot.prp. nr. 42 (1991-92) s. 277:

---

<sup>63</sup> § 28-1b nr. 1.

*«I formuleringen «saker som ikke er av prinsipiell betydning» ligger det en skranke både med hensyn til hva delegasjonen kan gå ut på og med hensyn til hvordan fullmakten kan benyttes. Det vil ikke være anledning til å delegere generell avgjørelsesmyndighet til administrasjonen i saker som etter sin art må anses for å være av prinsipiell betydning, og delegasjonsvedtaket må leses med den begrensning at den som har fått delegert myndighet har plikt til å gå tilbake til det folkevalgte organet hvis en enkeltsak innenfor en generell fullmakt må anses å ha prinsipiell betydning. Hva som er av prinsipiell betydning må fastsettes ikke bare ut fra vedtakets karakter og konsekvenser, og ut fra kommunens eller fylkeskommunens størrelse, men også ut fra en vurdering av i hvilken utstrekning de viktige skjønsmessige sider av den aktuelle avgjørelsen må anses klarlagt gjennom politisk vedtak, instruksjer eller tidligere praksis. Bestemmelsen gir dermed kommunestyret og fylkestinget et vidt spillerom for å vurdere hva som i det enkelte tilfelle er forsvarlig og hensiktsmessig. Det forhold at et mindretall blant de folkevalgte er uenig i avgjørelsen, og ønsker en kursomlegging, medfører ikke i seg selv at saken må anses å være av «prinsipiell betydning» så lenge det ikke er inntrådt nye omstendigheter som innebærer at det er en nærliggende mulighet for at det vil være mulig å oppnå flertall for en omlegging.»*

Som det fremgår gir dette kommunestyret og fylkestinget et vidt spillerom for å vurdere hva som i det enkelte tilfelle er forsvarlig og hensiktsmessig. Det er vanskelig på generelt grunnlag å formulere en grense som vil gi noen særlig veiledning i praksis. I praksis vil det trolig ligge god veiledning i å jevnføre med hva det kunne være aktuelt å delegere til kommunens egen rådmann. Dersom det ville være aktuelt å delegere myndigheten til egen rådmann, kan den også delegeres til en vertskommune.

For IKT-området vil det altså bety at alt som kan delegeres til rådmannen i egen kommune, også vil kunne delegeres til rådmannen i vertskommunen. Innenfor de rammer som er satt i avtalen om samarbeidet, og den myndighet som er delegert, vil det altså være rådmannen i vertskommunen som leder virksomheten.

Samarbeid på IKT-området har i praksis mange varianter. Et spørsmål er om begrensningene til saker som ikke er av prinsipiell betydning kan legge begrensninger av betydning på muligheten til å legge store deler av IKT-arbeidet til rådmannen i vertskommunen. Ettersom avtalen om samarbeidet skal vedtas av kommunestyret i deltakerkommunene, og det er kommunestyret i hver kommune som avgjør hva som skal delegeres, ligger det i dette en premiss om at kommunestyrene har vurdert hva som er forsvarlig å delegere. Det spillerom kommunestyret selv har til å avgjøre hva som er forsvarlig, gjør at det skal mye til før grensen for «prinsipielle saker» er overtrådt i juridisk forstand.

Som det fremgår ligger det i begrepet «saker av prinsipiell betydning» ikke bare en grense for hva som kan delegeres, men også en plikt for den som har fått delegert myndighet til å vurdere om det innenfor rammen av den delegerte myndighet oppstår spørsmål som er av prinsipiell betydning. I slike tilfeller vil vertskommunen måtte ta kontakt med samarbeidskommunen for å avklare spørsmålet. Det vil være fordelaktig om vertskommuneavtalen regulerer nærmere hvordan slike saker skal behandles, og det kan være hensiktsmessig å bygge inn retningslinjer for hvordan spørsmål av en viss betydning skal behandles i kommunikasjonen mellom vertskommunen og samarbeidskommunene.

Samarbeidskommunen har betydelig innflytelse over utøvelsen av den myndighet som er delegert. I tråd med vanlig delegasjonslære kan myndigheten når som helst trekkes tilbake, eller myndigheten kan utøves av samarbeidskommunen selv. Dette gjelder både generelt og i den enkelte sak. Samarbeidskommunen har slik ikke gitt fra seg myndigheten ugjenkallelig. Som det fremgår av departementets veileder til vertskommunesamarbeid, vil nok det å trekke tilbake den delegerte myndighet være et virkemiddel som har karakter av en sikkerhetsventil for helt spesielle tilfeller.<sup>64</sup> Dersom samarbeidskommunen generelt skulle trekke tilbake den delegerte myndighet, vil dette i praksis bety at avtalen sies opp, og avtalens bestemmelser om uttreden må da respekteres.

I praksis vil derfor vertskommunen ha sterk innflytelse over hvordan virksomheten og de oppgaver som er delegert skal utføres. Slik må det også være, fordi vertskommunen har fått ansvaret for å lede virksomheten på de områder den har fått myndighet. I dette ligger at vertskommunen har arbeidsgivers styringsrett. Samarbeidskommunen kan ikke gi instruksjer og retningslinjer for organisering av arbeidet eller på andre møter gripe inn i den styringsrett vertskommunen har som arbeidsgiver.<sup>65</sup> Muligheten for samarbeidskommunene til å trekke den delegerte fullmakt tilbake i enkeltsaker, eller gi instruksjer, er etter forarbeidene bare tenkt brukt i unntakstilfeller.<sup>66</sup>

Den instruksjons- og omgjøringsmyndighet som samarbeidskommunen har<sup>67</sup> synes etter forarbeidene<sup>68</sup> først og fremst utformet med sikte på saker hvor samarbeidet gjelder lovpålagte oppgaver og myndighetsutøvelse. Siden den enkelte samarbeidskommune i et vertskommunesamarbeid fortsatt er ansvarlig overfor sine innbyggere for det vedtak eller den ytelse det gjelder, har det vært nødvendig å sikre visse styringsvirkemidler for den enkelte kommune. Det fremgår også av forarbeidene en forutsetning om at instruksjonsmyndigheten bare blir benyttet i unntakstilfeller og med stor varsomhet.<sup>69</sup>

Det må antas at behovet for å gi instruksjer i enkeltsaker vil være mindre der samarbeidet dreier seg om administrative støttetjenester, herunder IKT-tjenester. For denne type tjenester kommer ikke forholdet mellom den enkelte kommune og dens innbyggere på spissen i samme grad som der det gjelder velferdstjenester som kommunen har en rettslig forpliktelse til å yte i individuelle saker. Dersom den del av IKT-driften som er lagt til vertskommunen er sterkt integrert i selve tjenesteytingen, kan imidlertid behovet for å gjøre bruk av instruksretten være til stede også her.

I et administrativt vertskommunesamarbeid behøver ikke de enkelte samarbeidskommuner delegeres samme myndighet til vertskommunen. For IKT-området betyr det at de ulike samarbeidskommunene i separate avtaler med vertskommunen kan overføre ulik myndighet til vertskommunen.

For et vertskommunesamarbeid med nemnd må imidlertid den myndighet som delegeres være identisk med den som delegeres fra de andre samarbeidskommunene. For vertskommunesamarbeid med nemnd følger dette av § 28-1c nr. 3 annet punktum, der det heter at det skal delegeres «samme

---

<sup>64</sup> Se Kommunal og regionaldepartementets veileder om «Vertskommunemodellen i kommuneloven § 28 a flg.» Publikasjonskode: H-2258 (udatert).

<sup>65</sup> Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 93.

<sup>66</sup> L.c.

<sup>67</sup> Kommuneloven § 28-1b nr. 5 og 6 for administrativt vertskommunesamarbeid, og § 28-1c nr. 7 og 8 for vertskommunesamarbeid med nemnd.

<sup>68</sup> Ot.prp. nr. 95 s. 71.

<sup>69</sup> L.c.

*kompetanse til nemnda*». Loven oppstiller ikke et tilsvarende krav til administrativt vertskommunesamarbeid.

Muligheten for de enkelte kommunene i et administrativt vertskommunesamarbeid til å legge ulike oppgaver til vertskommunen, kan ha betydning i forbindelse med anskaffelsesregelverkets krav til «reelt samarbeid» i reglene om horisontalt samarbeid. Mulighetene til å fordele oppgaver mellom avtalepartene kan gjøre det lettere å oppfylle dette kravet. Se nærmere om dette i kap. 4.

En sentral del av vertskommuneavtalen vil gjerne være bestemmelsene om det økonomiske oppgjøret mellom deltakerne – hvordan den virksomheten som vertskommunen utfører skal finansieres. Loven regulerer ikke dette nærmere, men fastslår bare at avtalen skal ha nærmere bestemmelser «om det økonomiske oppgjøret mellom samarbeidskommunen og vertskommunen». Deltakerne vil derfor ha stor frihet til selv å avtale hvordan finansieringen skal løses. Det er i praksis ikke uvanlig at kostnader fordeles mellom kommunene etter en nærmere fastsatt fordelingsnøkkel, eventuelt kombinert med bestemmelser om avregning etter reelle kostnader med bestemte mellomrom. En kombinasjon med et sjablongmessig fast tilskudd og en variabel del etter regning kan også tenkes. En ordning hvor vertskommunen får betalt etter regning kan også tenkes. Et særlig problem oppstår der en samarbeidskommune gjør bruk av muligheten til å omgjøre avgjørelser vertskommunen har gjort, eller gir instruksjoner om hvordan bestemte forhold skal avgjøres. Der dette fører til økte kostnader for vertskommunen utover det som kan anses dekket av de alminnelige bestemmelser i avtalen om finansiering kan det gi behov for et etter-oppgjør.

#### **3.4.3.4 Nærmere om vertskommunesamarbeid med folkevalgt nemnd**

Den variant av vertskommunesamarbeidet som er regulert i § 28-1c skiller seg fra administrativt vertskommunesamarbeid på noen avgjørende punkter. Velger man en folkevalgt nemnd til å lede samarbeidet, kan det delegeres myndighet til vertskommunen ikke bare i de saker man kan delegere til kommunens egen rådmann, men også i saker som er av prinsipiell betydning. Myndigheten delegeres da til den folkevalgte nemnda. En konsekvens av dette er at den myndighet som delegeres fra de enkelte samarbeidskommuner må være identisk.<sup>70</sup> Det er ikke anledning til å etablere et vertskommunesamarbeid med nemnd dersom det er ønske om å ha en vertskommune med ulike oppgaver for de ulike samarbeidskommunene. Videre må de saker som har prinsipiell betydning behandles i nemnda. Det er ikke anledning til å delegere myndighet i saker av prinsipiell betydning til rådmannen i vertskommunen.

For samarbeid på IKT-området betyr det at det i større grad kan overlates til vertskommunen (nemnda) å treffe beslutninger som har strategisk betydning. Nemnda kan (videre)delegere til rådmannen i vertskommunen myndighet i enkeltsaker og saker som ikke er av prinsipiell betydning.

Også ved vertskommunesamarbeid med folkevalgt nemnd har de enkelte samarbeidskommunene instruksjons- og omgjøringsmulighet etter loven. (§ 28-1c nr. 7 og 8). På samme måte som for administrativt vertskommunesamarbeid er instruksjonsmyndigheten begrenset til saker som bare gjelder den aktuelle samarbeidskommunen eller dens innbyggere.

---

<sup>70</sup> Se kommuneloven § 28-1c nr. 3, hvor det fremgår at kommunene må delegere «samme kompetanse»

### 3.5 «Vertskommunesamarbeid» utenfor kommuneloven – omsetning av tjenester mellom kommuner

Som det fremgår ovenfor under pkt. 3.4 hvor vertskommunebegrepet er drøftet, brukes begrepet «vertskommune» i praksis også om avtaler som går ut på at en kommune skal tilby tjenester til en eller flere andre kommuner uten at samarbeidet er etablert etter kommunelovens regler. I slike tilfeller vil det rettslig sett i utgangspunktet være tale om omsetning av tjenester mellom kommuner på rent privatrettslig grunnlag.

For administrative støttetjenester vil det ikke være nødvendig å inngå et vertskommunesamarbeid etter kommunelovens regler, siden man for denne type virksomhet ikke har behov for kommunelovens generalhjemmel til å delegere lovpålagte oppgaver og offentlig myndighetsutøvelse. Samarbeidet omfatter ikke lovpålagte oppgaver og offentlig myndighetsutøvelse. Hvorvidt det kan være hensiktsmessig å etablere et vertskommunesamarbeid om IKT-tjenester etter kommunelovens regler, eller mer fritt i et «vertskommunesamarbeid» utenfor kommunelovens regler, vil avhenge av en konkret vurdering av det enkelte samarbeid.

Generelt vil det kunne sies at et «vertskommunesamarbeid» utenfor kommunelovens regler ikke vil være bundet av de regler kommuneloven oppstiller. Slik vil det blant annet kunne etableres et samarbeid mellom både kommuner og fylkeskommuner, noe vertskommunemodellen etter kommuneloven ikke gir anledning til.

Når det gjelder utfordringene knyttet til reglene om offentlige anskaffelser og egenregi, vil de imidlertid i prinsippet være de samme som for vertskommunesamarbeid etter kommuneloven. Se nærmere om dette i kap. 4.

### 3.6 Interkommunalt selskap (IKS)

#### 3.6.1 Innledning

Interkommunale selskaper (IKS) er regulert i lov om interkommunale selskaper.<sup>71</sup> Selskapsformen er utformet for virksomhet som har «et mer eller mindre forretningsmessig aspekt».<sup>72</sup> Lov om interkommunale selskaper begrenser imidlertid ikke i seg selv hvilke typer virksomhet som kan legges til et slikt selskap. Dette innebærer at for lovpålagte oppgaver vil det i prinsippet bero på en fortolkning av den aktuelle lov om virksomheten kan legges til et interkommunalt selskap.

I lov om interkommunale selskaper følger av det av loven at virksomheten er et eget rettssubjekt. Dette fremgår av § 2, hvor det heter at: «Interkommunale selskap kan ha rettigheter, forpliktelser og partsstilling overfor domstol og andre myndigheter». Det er med andre ord ikke nødvendig å gjøre en konkret vurdering av om virksomheten er en egen juridisk person, i motsetning til for interkommunale styrever etter kommuneloven § 27.

Ettersom selskapet er et eget rettssubjekt, vil selskapet som sådan være ansvarlig for sine forpliktelser. Kreditorer må først gjøre sitt krav gjeldende mot selskapet. Dersom selskapet ikke evner eller vil betale, kan kreditor etter 14 dager kreve den enkelte eier direkte, for den del av forpliktelsen som skal falle på den deltakeren. Hvor stor andel som skal falle på hver eier framgår av ansvarsforholdet mellom deltakerne. Ansvarsforholdet skal fremgå av selskapsavtalen.

<sup>71</sup> Lov om interkommunale selskaper av 29. januar 1999 nr. 6.

<sup>72</sup> NOU 1995: 17 s. 132.

Loven oppstiller følgende minstekrav til hva selskapsavtalen skal regulere (§ 4):

*«For interkommunalt selskap skal det opprettes en skriftlig selskapsavtale. For de enkelte deltakere skal kommunestyret eller fylkestinget selv vedta avtalen. For deltaker som er interkommunalt selskap, vedtas selskapsavtalen av representantskapet. Vedtaket krever tilslutning fra samtlige medlemmer av representantskapet med mindre annet er fastsatt i selskapsavtalen for det deltakende selskap.*

*Endringer i selskapsavtalen som gjelder forhold som omtalt i tredje ledd, skal skje på samme måte. Andre endringer vedtas av representantskapet med tilslutning fra minst to tredeler av de avgitte stemmer med mindre det er avtalt at også slike endringer skal vedtas i samsvar med regelen i første punktum.*

*Selskapsavtalen skal i det minste angi følgende:*

- 1. selskapets foretaksnavn;*
- 2. angivelse av deltakerne;*
- 3. selskapets formål;*
- 4. den kommune der selskapet har sitt hovedkontor;*
- 5. antall styremedlemmer;*
- 6. deltakernes innskuddsplikt og plikt til å foreta andre ytelser overfor selskapet;*
- 7. den enkelte deltakers eierandel i selskapet og den enkelte deltakers ansvarsandel i selskapet dersom denne avviker fra eierandelen;*
- 8. antall medlemmer av representantskapet og hvor mange medlemmer den enkelte deltaker oppnevner;*
- 9. annet som etter lov skal fastsettes i selskapsavtalen.»*

Etter lov om interkommunale selskaper § 4 skal selskapets formål fremgå av selskapsavtalen. Formålet vil angi selskapets virksomhet, det angir den ytre ramme for representantskapets og styrets myndighet.

### **3.6.2 Selskapsformen er foreslått endret**

For virksomhet hvor det finnes et marked for den aktuelle tjenesten eller varen, vil ansvarsformen for deltakerne i selskapet være problematisk fra en statsstøtterettslig vurdering. EØS-avtalen setter som hovedregel forbud mot offentlig støtte. I interkommunale selskaper har deltakerne ubegrenset ansvar for en prosentdel eller brøkdelt av selskapets samlede forpliktelser. Kombinert med at selskapet ikke kan gå konkurs vil dette gi kreditorene større sikkerhet for sine krav enn det som hadde vært tilfelle om virksomheten hadde vært organisert som for eksempel et aksjeselskap. Der selskapet driver «økonomisk aktivitet» i statsstøtteregelverkets forstand vil dette trolig være i strid med statsstøttereglene. Se også kap. 10 om forholdet til statsstøttereglene.



Med bakgrunn i dette har Kommunal- og moderniseringsdepartementet fremmet et forslag til endringer i loven, for å fjerne den statsstøtterettslige usikkerhet som knytter seg til denne ansvarsformen.<sup>73</sup> Endringsforslaget går ut på at det innføres begrenset ansvar for deltakerne i selskapet, samt at selskapet kan gå konkurs. Det innføres også krav til at selskapet til enhver tid har en egenkapital som svarer til omfanget og risikoen av virksomheten i selskapet. Høringsnotatet drøfter også alternativer til denne løsningen. Blant annet vurderes også å reservere selskapsformen for virksomhet som ikke er «økonomisk aktivitet», det vil si virksomhet som ikke går ut på å tilby varer eller tjenester i markedet i konkurranse med andre.

Høringsfristen for forslaget var 20. februar 2015. Departementets forslag er for tiden under behandling. Det er derfor usikkert hvordan IKS-loven vil se ut i framtiden. Beskrivelsen av denne selskapsformen i denne rapporten baserer seg på loven slik den lyder i dag.

Vurderingen av muligheten for å etablere en virksomhet i et IKS i uten at regelverket om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse (se nærmere i kap. 4 om egenregi) kan bli noe ulik, avhengig av hvordan loven endres. Dersom loven endres slik at deltakerne får begrenset ansvar, vil vurderingen kunne bli mer som for aksjeselskaper. Dersom loven endres slik at selskapsformen reserveres for virksomhet som ikke er økonomisk aktivitet, vil vurderingen av egenregi neppe skille seg vesentlig fra den som må gjøres ut fra hvordan loven er i dag. Det er slik vanskelig å se at aktuelle endringer vil få avgjørende betydning for adgangen til å drive virksomhet i et IKS i egenregi. De enkelte elementer i egenregivurderingen vil imidlertid kunne bli annerledes.

### 3.6.3 Organisasjon, eierfunksjon og ledelse

Sammenlignet med interkommunalt styre etter kommuneloven § 27 innebærer lov om interkommunale selskaper en langt mer utførlig lovregulert organisasjonsform. Selskapets struktur, forholdet til eierne, forholdet mellom selskapsorganene, forholdet til kreditorer, og selskapets handlefrihet er i stor grad regulert i loven. Det er likevel på en rekke punkter åpnet for at lovens normalordning kan fravikes i vedtektene. Der loven ikke uttrykkelig gir hjemmel til å vedtektsfeste alternative løsninger, er lovens løsninger bindende.<sup>74</sup>

Selskapet har en hierarkisk organisasjonsstruktur med et representantskap, styre og daglig leder. Eierne utøver sin myndighet i selskapet gjennom representantskapet, som er selskapets øverste organ. Hver deltaker skal være representert med minst én representant. Kommunestyret må selv oppnevne sin(e) representant(er). Denne myndigheten kan ikke delegeres.

Et karakteristisk trekk ved selskaper generelt er at ledelsen er lagt til et eget styre og daglig leder med økonomisk handlefrihet i forhold til eieren/eierne, men likevel slik at eieren/eierne gjennom eierorganet (representantskap/generalforsamling) har en overordnet kontroll med ledelsen. Typisk kan eierne til enhver tid skifte ut styret, og eierne har instruksjons- og omgjøringsmyndighet overfor styret. Denne rolledelingen mellom eier og ledelse er også lagt til grunn for interkommunale selskaper.

---

<sup>73</sup> Høringsnotat av 5. november 2014. Høringsnotatet finnes her: [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/plan/hoeringsnotat\\_endringeriiksloven.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/plan/hoeringsnotat_endringeriiksloven.pdf)

<sup>74</sup> Dette er lagt til grunn i forarbeidene (Ot. prp. nr. 53 (1997-98) s. 90 og Bjella m. fl. «Kommunale selskaper og foretak» s. 93.

Dette utgangspunktet er imidlertid modifisert noe i lov om interkommunale selskaper. Bakgrunnen for dette er at det for den type virksomhet som typisk vil være aktuelt å legge til et interkommunalt selskap gjerne gjør seg gjeldende et større behov for politisk styring og kontroll, enn det som vanligvis er tilfelle for virksomhet som drives i form av aksjeselskap. Det vil også gjerne være tale om virksomhet hvor målet er å dekke et kommunalt behov, som går ut over et rent økonomisk siktemål. Ofte vil virksomheten også være avhengig av økonomisk støtte fra kommunene. Det er derfor bygget inn i loven om interkommunale selskaper en del styringsmekanismer som gir eierne sterkere styring enn det som i utgangspunktet følger av for eksempel aksjelovens regler. Riktignok kan man trolig langt på vei oppnå det samme i et aksjeselskap, gjennom aktiv bruk av vedtekter, instruksjoner og aksjonæravtaler mv., men forskjellen mellom aksjeselskaper og interkommunale selskaper viser seg her ved at i lov om interkommunale selskaper er disse styringsmekanismene bygget inn i loven, mens det i et aksjeselskap vil kreve at man innfører mekanismer som i utgangspunktet ikke ligger i lovens normalordning.

Et sentralt styringsredskap for eieren er kontrollen over styresammensetningen. Etter § 10 er det representantskapet som velger styret, og som når som helst kan bytte ut ett eller flere av styremedlemmene. Kommunelovens valgbarhetsregler gjelder ikke for valg til styret i et IKS. Innenfor de rammer som love om interkommunale selskaper setter står derfor kommunen fritt. Etter § 10 tredje ledd kan ikke daglig leder eller medlem av representantskapet velges til styremedlem. Dersom det velges styremedlemmer som er ansatte eller folkevalgte i kommunen, vil disse være automatisk inhabile til å behandle en sak som folkevalgt eller ansatt i kommunen dersom selskapet er part i saken (jf. forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav e) nr. 2).

Representantskapet kan ta opp hvilken som helst selskaps sak til avgjørelse. Det kan instruere styret og omgjøre dets beslutninger. I noen saker er behandling i representantskapet obligatorisk. Dette gjelder fastsettelse av regnskap, budsjett og økonomiplan (§§ 18 og 27), samt vedtak om utdeling av selskapets midler (§ 29). Videre krever visse viktige beslutninger som i utgangspunktet hører under styrets myndighet godkjenning av representantskapet. Dette gjelder salg eller pantsettelse av fast eiendom eller andre eiendeler som er av vesentlig betydning for selskapet eller en eller flere av deltakerne (§ 25). Det er anledning til å fastsette i selskapsavtalen at også beslutning i andre saker må godkjennes av representantskapet (§ 7).

Enkelte avgjørelser av stor betydning er lagt til eierkommunen selv. Dette gjelder for det første inngåelse av selskapsavtalen og endringer i denne. Mindre vesentlige endringer kan likevel overlates til representantskapet, jf. § 4. Eierskifte/opptak av ny deltaker krever vedtak i den enkelte kommune, ettersom det krever endring av selskapsavtalen. Utelukkelse av en deltaker, og vedtak om oppløsning av selskapet krever også vedtak i den enkelte kommune (§§ 31 og 32).

#### **3.6.4 Økonomiforvaltning**

Det er i utgangspunktet ingen plikt for deltakerne til å gjøre økonomiske innskudd i et IKS. I praksis vil det likevel som regel være nødvendig at selskapet tilføres midler for å komme i gang med virksomheten. Hvis deltakerne skal ha forpliktelser til å gjøre økonomiske tilskudd må dette fremgå av selskapsavtalen. Også for virksomhet som er avhengig av økonomiske tilskudd for den løpende drift, vil det være viktig at selskapsavtalen regulerer dette.

Selskapet kan i utgangspunktet ikke ta opp lån. Det kan imidlertid fastsettes i selskapsavtalen at selskapet skal ha adgang til det.

Bestemmelsene om selskapets økonomiforvaltning er i stor grad tilpasset de regler som gjelder for kommunen selv.<sup>75</sup> Loven gir i § 22 nærmere regler om låneopptak, garantier og finansielle risiko. Bestemmelsen lyder:

*«Selskapet kan bare ta opp lån dersom dette er fastsatt i selskapsavtalen. Dersom selskapet skal kunne ta opp lån, skal avtalen inneholde et tak for selskapets samlede låneopptak.*

*Selskapet kan ta opp lån for å finansiere investeringer i bygninger, anlegg og varige driftsmidler til eget bruk, og for å konvertere eldre lånegjeld. Det kan ikke tas opp lån etter første punktum for den delen av anskaffelseskost som tilsvarer rett til kompensasjon for merverdiavgift etter lov 12. desember 2003 nr. 108 om kompensasjon av merverdiavgift for kommuner, fylkeskommuner mv. Selskapet kan ta opp likviditetslån eller inngå avtale om likviditetstrekkrettighet.*

*Dersom en av deltakerne er underlagt reglene i kommuneloven § 60, skal selskapets vedtak om opptak av lån eller vedtak om langsiktig avtale om leie av bygninger, anlegg og varige driftsmidler som kan påføre selskapet utgifter utover de fire neste budsjettår, godkjennes av departementet.*

*Selskapets samlede lånegjeld etter andre ledd første punktum skal avdras med like årlige avdrag. Gjenstående løpetid for selskapets samlede gjeldsbyrde kan ikke overstige den veide levetiden for selskapets anleggsmidler ved siste årsskifte.*

*Selskapets likviditetslån eller benyttet trekkrettighet etter andre ledd tredje punktum skal være gjort opp senest når årsregnskapet fastsettes. Foreligger det regnskapsunderskudd som etter økonomiplanen skal dekkes over flere år, kan løpetiden for likviditetslånet forlenges tilsvarende inndekningsperioden.*

*Selskapet kan ikke stille garanti eller pantsette sine eiendeler til sikkerhet for andres økonomiske forpliktelser.*

*Selskapet skal forvalte sine midler slik at tilfredsstillende avkastning kan oppnås, uten at det innebærer vesentlig finansiell risiko, og under hensyn til at selskapet skal ha midler til å dekke sine betalingsforpliktelser ved forfall.*

*Avtale i strid med bestemmelsene i første, tredje og sjette ledd er ugyldig.»*

Videre følger det av § 21 jf. § 25 at midler som innkommer ved salg av fast eiendom eller andre større kapitalgjensstander ikke kan brukes til å dekke løpende utgifter.

I motsetning til det som gjelder for aksjeselskaper og andre privatrettslige organisasjonsformer kan det ikke tas utlegg eller arrest i selskapets eiendeler, og det kan ikke åpnes konkurs og gjeldsforhandling i selskapet. Dette følger av § 23.

Ved betalingsvansker skal styret straks sende melding om dette til representantskapet og til eierne direkte. Med mindre representantskapet fremlegger en plan for fortsatt drift som vil gi

---

<sup>75</sup> Dette har sammenheng med at deltakerne har ansvar for selskapets forpliktelser. Jf. blant annet Ot. prp. nr. 53 (1997-1998) s. 75.

fordringshaverne dekning ved forfall, og som deltakerne slutter seg til, skal selskapet oppløses og virksomheten avvikles. (§ 24). Deltakerne hefter fortsatt for selskapets forpliktelser etter avviklingen overfor kreditor som ikke har fått dekning (§ 36).

### 3.6.5 Statlig kontroll

Det fremgår av § 22 at selskapets låneopptak skal godkjennes av statlig myndighet dersom en av deltakerkommunene er underlagt det regime for statlig kontroll som følger av kommuneloven § 60 (det såkalte ROBEK-registeret).

Enkelte andre beslutninger som er av stor betydning er også underlagt statlig godkjenning myndighet. Deltaker som blir utelukket fra deltakelse etter § 31 kan bringe spørsmålet om utelukkelse inn for departementet innen en måned etter at deltakeren har mottatt melding om utelukkelse.

Videre krever oppløsning av selskapet alltid godkjenning av departementet. Departementet kan gi nærmere bestemmelser om gjennomføringen av avviklingen (§ 32). Det fremgår av forarbeidene at bakgrunnen for disse reglene er at et interkommunalt selskap ofte skal dekke et behov hos innbyggerne i deltakerkommunene slik at disse kan bli skadelidende om kommunen bryter ut eller samarbeidet nedlegges. I praksis skal det nok mye til før denne myndigheten blir brukt.

### 3.6.6 Forholdet til forvaltningsloven og offentleglova

I utgangspunktet gjelder ikke forvaltningsloven for virksomheter som er egne rettssubjekter. Et interkommunalt selskap faller dermed i utgangspunktet utenfor forvaltningslovens virkeområde. Etter omstendighetene kan likevel et selskap bli regnet for et «*organ for stat eller kommune*» etter forvaltningsloven § 1. Dette vil bero på en konkret vurdering hvor det legges vekt på virksomhetens art, formål og organisering mv.

Når det gjelder offentleglova er spørsmålet om hvorvidt selskaper er omfattet av lovens virkeområde regulert noe mer detaljert i loven. Det fremgår av § 2 første ledd bokstav d) at loven også gjelder for «*sjølvstendig rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommunedirekte eller indirekte har rett til å velje meir enn halvparten av medlemmene med røysterett i det øvste organet i rettssubjektet*». Det er likevel gjort unntak for «*rettssubjekt som hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private*».

Et IKS vil uten videre oppfylle kravet til innflytelse fra det offentlige. I praksis blir spørsmålet om selskapet driver næringsvirksomhet i konkurranse med andre. For et interkommunalt samarbeid om IKT-tjenester i egenregi vil dette i utgangspunktet neppe være tilfellet. Et IKS som driver slik virksomhet vil dermed trolig som regel være omfattet av offentleglova.

## 3.7 Aksjeselskap (AS)

### 3.7.1 Generelt

Lovgivningen er ikke til hinder for at kommuner kan etablere aksjeselskaper, enten alene, sammen med andre kommuner og fylkeskommuner, eller med private. Aksjeselskaper reguleres av lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44.

Et aksjeselskap er en egen juridisk person, et eget rettssubjekt. Ettersom selskapet er et eget rettssubjekt, vil selskapet som sådan være ansvarlig for sine forpliktelser. I motsetning til hva som er

tilfelle for et IKS hefter imidlertid ikke eierne for selskapets forpliktelser. For at en eier skal hefte for selskapets forpliktelser forutsettes et særskilt rettsgrunnlag. Et slikt rettsgrunnlag kan for eksempel være at kommunen har stilt en garanti for en bestemt forpliktelse.<sup>76</sup>

Motstykket til at eierne ikke hefter for selskapets forpliktelser er at det i aksjeselskaper gjelder et krav om aksjekapital. Etter aksjeloven § 3-1 skal et aksjeselskap ha en aksjekapital på minimum kroner 30 000. Aksjekapitalen skal finansieres ved innskudd fra aksjeeierne.

Etter aksjeloven § 3-4 skal selskapet til enhver tid ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet. Med «egenkapital» siktes det her til den reelle egenkapital.

Aksjeloven krever at vedtektene angir «selskapets virksomhet».<sup>77</sup> Dette omtales gjerne som selskapets «formål», og angir den ytre rammen for generalforsamlingens og styrets myndighet. Aksjeloven er utformet med sikte på virksomhet som har økonomisk avkastning som mål. Aksjeloven er imidlertid ikke til hinder for at selskapsformen også brukes for virksomhet som ikke har et økonomisk formål.

Selskap som ikke har økonomisk formål er unntatt fra aksjeloven, jf. § 1-1 tredje ledd nr. 2. Det er ikke avgjørende at selskapets midler anvendes til annet enn utdeling til eierne.<sup>78</sup> For å falle utenfor aksjeloven på dette grunnlag må selskapet ha en ikke-økonomisk egenverdi. Det vil si at selskapet ikke primært må være et redskap for å gi økonomiske fordeler og fremskaffe et overskudd.<sup>79</sup> Det er ikke tilstrekkelig at selskapet drives uten sikte på eget overskudd. Om den enkelte virksomhet i medhold av denne bestemmelsen vil falle utenfor aksjeloven må imidlertid vurderes helt konkret i det enkelte tilfelle.

### 3.7.2 Særlig om kommuner som deltaker i aksjeselskap

Aksjeloven gjelder for alle selskaper hvor samtlige deltakere har begrenset ansvar, med mindre lovgivningen gir hjemmel for noe annet. Det er ikke tvilsomt at kommuner kan delta som eier i et aksjeselskap. Det vil være aksjeloven som gjelder for selskapets virksomhet. Kommuneloven gjelder ikke for selskapets virksomhet. Det er også aksjeloven som regulerer forholdet mellom selskapet og kommunen som aksjeeier.

Opprettelse av et aksjeselskap skjer etter de vanlige reglene i aksjeloven kap. 2. I forbindelse med stiftelsen må det skytes inn et kapitalinnskudd på minst 30 000 kroner. Innskuddet kan gjøres opp med et kontantinnskudd, eller med andre formuesverdier, herunder tingsinnskudd. Innskuddet vil normalt være en investering som må fremgå av kommunens kapitalbudsjett. Der etableringen av aksjeselskapet betyr at en igangværende kommunal virksomhet som overføres til selskapet, vil beslutningen om å organisere virksomheten på denne måten normalt kreve vedtak i kommunestyret.

Når selskapet er etablert ledes driften av selskapets egne organer. Forvaltningen av selskapet hører under selskapets styre og daglig leder. Kommunen utøver sin eiermyndighet på generalforsamlingen. Aksjeloven har i motsetning til lov om interkommunale selskaper, ingen regler som krever at visse

<sup>76</sup> Aksjeeiere kan også bli erstatningsansvarlig etter aksjeloven § 17-1 tap for som aksjonæren har voldt selskapet under «utførelsen av sin oppgave».

<sup>77</sup> § 2-2 første ledd nr. 3.

<sup>78</sup> Jf. § 2-2 annet ledd.

<sup>79</sup> Jf. Aarbakke m.fl. «Aksjeloven og allmennaksjeloven – kommentarutgave» (2004) s. 86.

forvaltningssaker i kommunalt eide selskaper må forelegges generalforsamlingen eller kommunestyret. Det vil imidlertid være anledning til å fastsette bestemmelser om dette i selskapets vedtekter.

Når det gjelder spørsmålet om hvilken virksomhet som kan legges til et aksjeselskap eid av kommuner vil dette bero på hvilken type virksomhet det er tale om. Det vil kunne ligge begrensninger på adgangen til å legge offentlig myndighetsutøvelse og lovpålagte oppgaver til et aksjeselskap. Når det gjelder annen type virksomhet – herunder administrative støttetjenester – er det i utgangspunktet få begrensninger. Det er for eksempel i utgangspunktet ikke noe til hinder for at kommuner kan etablere et aksjeselskap sammen for utvikling og drift av IKT-tjenester. Regelverket om offentlige anskaffelser kan imidlertid legge begrensninger, jf. kap. 4. Dersom samarbeidet på IKT-området omfatter viktige strategiske beslutninger om kommunens tjenesteyting kan det likevel ligge begrensninger på muligheten til å legge beslutningene til andre enn kommunen selv, herunder til et selskap. Hvor grensen går her må vurderes konkret.

### 3.7.3 Nærmere om organisasjon, eierfunksjon og ledelse

Det er aksjeloven som gjelder for alle aksjeselskaper, også de som er eid av kommuner. Kommuneloven gjelder ikke for selskapet. Det er dermed aksjeloven som regulerer organisasjonsmessige spørsmål innenfor selskapet, hvordan kommune utøver myndighet i selskapet mv.

Selskapet har en hierarkisk organisasjonsstruktur, med en generalforsamling, et styre og daglig leder. Aksjeloven bygger på en rolledeling mellom eier og driftsledelse, hvor eieren utøver sin myndighet på generalforsamlingen, og selskapsledelsen ligger til styret.

Kommunen utøver sin eierfunksjon i selskapet gjennom generalforsamlingen, som er selskapets øverste organ. Kommunestyret velger selv hvem som skal representere kommunen som eier på generalforsamlingen, og kan instruere sin representant på generalforsamlingen.

Hverken aksjeloven eller kommuneloven har nærmere bestemmelser om hvem som representerer kommunen på generalforsamling. Det er antatt at ordførers funksjon som «rettslig representant» etter kommuneloven § 9 nr. 3 bare gjelder situasjonen under rettergang, og at ordfører derfor ikke med hjemmel i denne bestemmelsen kan representere kommunen på for eksempel generalforsamling i et selskap. Det synes likevel å være noe uenighet i teorien om dette spørsmålet. I Aarbakke, m.fl.: «Aksjeloven og allmennaksjeloven – kommentarutgave» (2004)<sup>80</sup> er det lagt til grunn at ordfører kan representere kommunene som såkalt «rettslig stedfortreder». I NOU 1995:17 «Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet» (s. 83) er det lagt til grunn at den som skal representere kommunen på generalforsamling må ha særskilt fullmakt til dette fra kommunestyret. På denne bakgrunn bør kommunestyret etter vår vurdering i et eget vedtak bestemme hvem som skal representere kommunen på generalforsamling.

Som nevnt utøver eierne den øverste myndighet i selskapet gjennom generalforsamlingen. Kommunen som eier kan ikke utøve myndighet som eier utenfor generalforsamlingen. Aksjeloven krever at bestemte saker skal behandles på generalforsamlingen. Det kan i vedtektene bestemmes at også andre saker enn de hvor loven krever det skal godkjennes av generalforsamlingen.

---

<sup>80</sup> Side 325.

Generalforsamlingen kan også gi generelle eller spesielle instruksjoner til styret, og omgjøre beslutninger som styret har tatt, hvis ikke selskapet er bundet overfor avtaleparter eller andre tredjemenn. Samlet sett har kommunen som eier betydelige muligheter til å styre og kontrollere selskapets virksomhet. Det vil imidlertid stå i et anstrengt forhold til aksjelovens prinsipp om rolledeling mellom eier og selskapsledelsen dersom eier griper detaljert inn i driften av selskapet. Det kan ha enkelte uheldige effekter dersom kommunen går langt i å benytte de rettslige muligheter for eierstyring som finnes. I kap. 3.2 er det gått nærmere inn på både hvilke muligheter som finnes, og mulige uheldige effekter dersom kommunen går langt i å utnytte muligheten til å drive aktiv eierstyring.

Generalforsamlingen velger selskapets styre, som har ansvar for å forvalte selskapets virksomhet. Gjennom vedtektene kan andre enn generalforsamlingen gis rett til å velge styremedlemmer,<sup>81</sup> for eksempel til en kommune. Mer enn halvdel skal likevel velges av generalforsamlingen.

Styret skal som hovedregel ha tre medlemmer (§ 6-1 (1)). Loven fastsetter ingen øvre grense for antall styremedlemmer. Aksjeloven krever at minst halvdel av styremedlemmene skal være bosatt i Norge (§ 6-11). Utover dette fastsetter ikke loven nærmere krav til styremedlemmers kvalifikasjoner.<sup>82</sup> Kommunelovens valgbarhetsregler gjelder heller ikke. Dersom det velges styremedlemmer som også er ansatt eller folkevalgt i en kommune, vil disse være automatisk inhabile til å behandle saker i kommunen som ansatt eller folkevalgt dersom selskapet er part i saken. (jf. forvaltningsloven § 6).

De ansatte har rett til representasjon i selskapets ledende organer etter reglene i aksjeloven §§ 6-4 og 6-5, samt 6-35.

Selskapet kan ha en daglig leder, men dette er ikke obligatorisk. Styret ansetter daglig leder, med mindre myndigheten i vedtektene er lagt til generalforsamlingen eller bedriftsforsamlingen.<sup>83</sup>

#### **3.7.4 Økonomiforvaltning**

I motsetning til et IKS, hvor deltakerne har ubegrenset økonomisk ansvar for selskapets forpliktelser (pro rata), har aksjeeierne som nevnt begrenset ansvar. Et utslag av dette er at et aksjeselskap til enhver tid skal ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet, jf. asl. § 3-4. Med bakgrunn i det begrensede økonomiske ansvaret innebærer aksjeloven begrensninger på eiernes rådighet over selskapsformuen. Dersom eierne ønsker å ta midler ut av selskapet, må dette skje etter nærmere regler i aksjeloven. Samtidig står et aksjeselskap friere når det gjelder finansiering enn et IKS. I motsetning til et IKS kan et aksjeselskap for eksempel ta opp lån ubundet av de særlige begrensninger med hensyn til låneformål som gjelde for et IKS.

#### **3.7.5 Kontroll og tilsyn**

I motsetning til et IKS gjelder ingen særlige bestemmelser om statlig kontroll av et kommunalt eid aksjeselskaps disposisjoner. Et aksjeselskap er ikke underlagt reglene i kommuneloven kap. 10 om lovlighetskontroll og godkjenning av økonomiske forpliktelser. Heller ikke kap. 10 A gjelder for kommunale aksjeselskaper.

---

<sup>81</sup> § 6-3 nr. 3.

<sup>82</sup> Spesielle regler gjelder for personer i konkursskarantene.

<sup>83</sup> § 6-2 annet og tredje ledd.

Kommunens kontrollutvalg og revisor kan imidlertid med hjemmel i kommuneloven § 77 nr. 5 jf. § 80, iverksette selskapskontroll i aksjeselskap som kommunen enten eier alene eller sammen med andre kommuner eller fylkeskommuner, samt i heleide datterselskaper til slike selskaper.

### 3.7.6 Forholdet til forvaltningsloven og offentleglova

I utgangspunktet gjelder ikke forvaltningsloven for virksomheter som er egne rettssubjekter. Et aksjeselskap faller dermed i utgangspunktet utenfor forvaltningslovens virkeområde. Etter omstendighetene kan likevel et selskap bli regnet for et «organ for stat eller kommune» etter forvaltningsloven § 1. Dette vil bero på en konkret vurdering hvor det legges vekt på virksomhetens art, formål og organisering mv.

Når det gjelder offentleglova er spørsmålet om hvorvidt selskaper er omfattet av lovens virkeområde regulert noe mer detaljert i loven. Det fremgår av § 2 første ledd bokstav d) at loven også gjelder for «sjølvstendig rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommunedirekte eller indirekte har rett til å velje meir enn halvparten av medlemmene med røysterett i det øvste organet i rettssubjektet». Det er likevel gjort unntak for «rettssubjekt som hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private».

Der det gjelder et aksjeselskap hvor offentlige organer har rett til å velge mer enn halvparten av representantene på generalforsamlingen med stemmerett, vil selskapet som utgangspunkt være omfattet av loven. I blir praksis blir spørsmålet om selskapet driver næringsvirksomhet i konkurranse med andre og på like vilkår som andre. For et interkommunalt samarbeid om IKT-tjenester i egen regi vil dette i utgangspunktet neppe være tilfellet. Et aksjeselskap som driver slik virksomhet vil dermed trolig som regel være omfattet av offentleglova.

## 3.8 Samvirkeforetak

### 3.8.1 Innledning

Samvirkeforetak er en egen organisasjonsform som er regulert av Lov om samvirkeforetak (samvirkeoven) av 29. juni 2007 nr. 8. Selve samvirkeforetaksmodellen er ikke ny, men var før loven trådte i kraft i 2008 ikke lovregulert.<sup>84</sup>

Et samvirkeforetak er et eget rettssubjekt. Det er imidlertid ikke grunnlag for å karakterisere organisasjonsmodellen generelt som enten et selskap eller en forening. Noen samvirkeforetak kan ha mer preg av selskap og noen av forening. I lovens forarbeider er det presisert at samvirke ikke er en «variant av selskap eller forening» men en selvstendig organisasjonsform. I NOU 2002: 6 Lov om samvirkeforetak heter det at (s. 246):

*«Utvalget synes det er et poeng å fremheve at en vedtakelse av en samvirkelov vil gjøre at det ikke lenger vi ha noe for seg å omtale samvirker som enten selskaper eller foreninger: De vil verken være selskaper eller foreninger – de vil være samvirkeforetak. Samvirkeforetak vil altså være en selvstendig organisasjonsform, og ikke en variant av selskap eller forening.»*

---

<sup>84</sup> Framstillingen i det følgende er i det vesentlige basert på gjort av KS Advokatene for KS Bedrift datert 20. oktober 2014: «Samvirkeforetak for kommuner – En vurdering av om samvirkeforetak kan være en aktuell organisasjonsform når kommuner skal drive en virksomhet i samarbeid med andre».



Begrepet samvirke er definert i lovens § 1 (2). Det sentrale er at et samvirkeforetak i prinsippet kan brukes for alle former for økonomisk virksomhet. Det sentrale ved samvirkeforetak er at sammenslutningen «*har til hovudformål å fremje dei økonomiske interessene til medlemmane gjennom deira deltaking i verksemda som avtakarar, leverandørar eller på annan liknande måte.*»

Formålet for et samvirkeforetak er at de som driver tjenesten/produksjonen eller drar nytte av den, også skal lede virksomheten og ta del i overskuddet. Overskuddet skal ikke gå til utenforstående kapitaleiere. Dette skiller et samvirke fra selskaper som er basert på passiv kapitalplassering, som f.eks. aksjeselskap, hvor eierne ikke trenger å bidra med annet enn aksjekapital, og kan ta utbytte på innskutt kapital uten å delta i virksomheten på annen måte enn gjennom å være eier.

Bestemmelsen i § 1 (2) gir en legaldefinisjon av samvirkeforetak. Det fremgår at fem hovedelementer må være tilstede for at et samvirkeforetak skal foreligge:

- Et krav om at det må foreligge en sammenslutning (sammenslutningskriteriet).
- Et krav om økonomisk formål (formålskriteriet).
- Et krav om omsetning mellom foretak og medlem (omsetningskriteriet).
- Et krav om at avkastningen skal fordeles etter omsetning (fordelingskriteriet).
- Et krav om begrenset deltakeransvar (ansvarsbegrensningen).

Alle vilkårene må være oppfylt for at det skal foreligge et samvirkeforetak.

### 3.8.2 Nærmere om samvirkekriteriene

For at det skal være tale om en *sammenslutning* må et samvirkeforetak stiftes av minst to personer, og det må alltid ha minst to personer som medlemmer. Både fysiske og juridiske personer kan være stiftere eller medlemmer.

I kravet om *økonomisk formål* ligger at medlemmene må motta en ytelse fra foretaket som har en økonomisk verdi. Det er imidlertid ikke lagt til grunn at virksomheten objektivt sett må være egnet til å gi overskudd.

I *omsetningskriteriet* ligger ikke det som tradisjonelt forstås som omsetning – nemlig at det skjer en utveksling av ytelser mot vederlag. Slik begrepet brukes i samvirkeoven innebærer det et krav om at det må foreligge en form for *samhandling* mellom samvirket og medlemmet. Sammenholdt med vilkåret om økonomisk formål, betyr dette at samhandlingen må ha en økonomisk verdi. Poenget er at det må være en form for tilknytning mellom medlemmet og foretaket utover ren kapitalplassering. Det sentrale er at medlemmenes økonomiske interesser blir fremmet «*gjennom deira deltaking i verksemda som avtakarar, leverandørar eller på annen liknande måte.*»<sup>85</sup>

Med «*avtakarar*» menes at man drar nytte av tjenester eller kjøper varer fra samvirket. Et eksempel kan være kjøp av IKT-tjenester fra et felles IKT-samvirke mellom kommuner. I tillegg får kommunen gjerne dekket et behov for å minimere kostnader som er slik felles organisering kan gi.

Tanken med et samvirke er at medlemmenes økonomiske deltakelse skal komme medlemmene til gode i forhold til deres bruk av samvirket. Dette kan skje ved at et eventuelt overskudd enten forblir i samvirket, eller at det betales utbytte til medlemmene *i forhold til deres omsetning* med samvirket.

---

<sup>85</sup> Se Ot. prp. nr. 21 (2006-2007) s. 240.

Det følger av samvirkeoven § 1 at ikke noe medlem kan ha personlig ansvar for foretakets forpliktelser. Bestemmelsen skal tolkes på samme måte som aksjelovens regler, og betyr at ingen av medlemmene har ansvar for samvirkeforetakets forpliktelser. Medlemmene har altså *begrenset ansvar*. Dersom en eller flere av medlemmene har ubegrenset ansvar, faller virksomheten utenfor samvirkeforetaksloven.

### 3.8.3 Organisasjon, eierfunksjon og ledelse

Et samvirkeforetak har en hierarkisk organisasjonsstruktur, med et årsmøte, et styre og en daglig leder.

Øverste organ i samvirket er årsmøtet, jf. § 35. Årsmøtet tilsvarer generalforsamlingen i et aksjeselskap og representantskapet i et IKS. Alle medlemmene har møterett på årsmøtet, jf. § 36. Kommunestyret må selv avgjøre hvem som skal representere kommunen på årsmøtet.

Et samvirkeforetak er i motsetning til et selskap basert på medlemskap, ikke eierskap. Samvirket er basert på demokratisk kontroll, ved at hvert medlem har én stemme hver, jf. § 38. Det er likevel anledning til å bestemme i vedtektene at medlemmene kan ha flere stemmer, dersom stemmene blir fordelt etter deres omsetning med foretaket (§ 38 annet ledd). Ett enkelt medlem kan imidlertid aldri ha flertall av stemmene på årsmøtet.

Et samvirkeforetak er basert på en hovedregel om åpent medlemskap. Dette betyr at i utgangspunktet vil alle som kan få dekket sitt behov gjennom samvirket bli medlemmer. Det er imidlertid lagt til grunn at det vil være anledning til å fastsette i vedtektene at bare kommuner kan være medlemmer, og avgrense geografisk hvem som skal være medlemmer til kommunene i en bestemt region.<sup>86</sup>

Det kan gjøres unntak fra hovedregelen om en stemme hver ved at medlemmenes stemmerett kan fordeles etter omsetning med foretaket, men et medlem kan aldri ha mer enn 50 % av stemmene. For et samarbeid om IKT-tjenester kan det slik til en viss grad avtales at en kommune som har større omsetning med foretaket enn andre, skal ha større innflytelse på virksomheten enn de andre ved at denne får flere stemmer enn de andre kommunene på årsmøtet.

Organisasjonsstrukturen i et samvirkeforetak er i all hovedsak den samme som i et aksjeselskap. Selv om loven er utformet etter mønster av aksjelovgivningen er det imidlertid gjort enkelte tilpasninger. Flere av aksjelovens regler passer ikke for samvirkeforetak, eller må anses overflødige. Eksempler på dette er regler om bedriftsforsamling og regler som er relatert til aksjonærenes kapitalandel.<sup>87</sup>

Generelt er det i et samvirkeforetak større grad av vedtektsfrihet enn det som gjelder i aksjeselskaper. Det fremgår av forarbeidene<sup>88</sup> at bakgrunnen for dette er et ønske om størst mulig fleksibilitet for samvirkeforetakene, og færrest mulig inngrep i hensiktsmessige vedtektsfestede ordninger.

I det at samvirkeoven bygger på aksjeloven når det gjelder organisasjonsstruktur ligger også at et samvirkeforetak på samme måte som et aksjeselskap bygger på en rollefordeling mellom

<sup>86</sup> Jf. KS-advokatenes utredning (2014) s. 20.

<sup>87</sup> Ot. prp. nr. 21 (2006-2007) s. 144.

<sup>88</sup> L.c.

medlemsorganet og driftsledelsen. Medlemmene utøver sin myndighet på årsmøtet (samvirkeoven § 36) og forvaltningen av foretaket hører under styret (§ 76).

Årsmøtets overordnede myndighet består blant annet i å velge styret, kompetanse til å treffe vedtak som er bindende for medlemmene, instruksjonsmyndighet over foretakets øvrige organer, omgjøringskompetanse mht. andre foretaksorganers beslutninger, og kompetanse til å delegere sin myndighet.<sup>89</sup>

Foretaket skal ha et styre med minst tre medlemmer, hvis ikke vedtektene sier at det bare skal være to. Bare myndige personer kan være styremedlemmer. Utover dette stiller ikke loven nærmere krav til hvem som kan være styremedlemmer. Styremedlemmene velges av årsmøtet. Det kan imidlertid i vedtektene bestemmes at andre skal kunne velge styremedlemmer. Årsmøtet må imidlertid velge mer enn halvparten, med mindre valgretten blir lagt til et foretaksorgan. (§ 66).

Slik vil det være betydelige muligheter for medlemmene til gjennom årsmøtet å øve innflytelse over samvirkeforetakets virksomhet. Sammenholdt med at det i et samvirkeforetak er stor frihet til å fastsette hensiktsmessig ordninger i vedtektene gir dette medlemmene trolig minst like stor innflytelse over virksomheten som den som er mulig å etablere i et aksjeselskap.

#### 3.8.4 Økonomiforhold

Det er ikke noe vilkår for etablering av et samvirkeforetak at medlemmene skal yte innskudd ved stiftelsen eller senere. I motsetning til for aksjeselskaper er det ikke noe krav til minste innskuddskapital. Det er likevel vanlig at stifterne skyter inn midler i foretaket ved oppstart, samt at det er et vilkår at nye medlemmer yter andelsinnskudd for å bli medlem.<sup>90</sup>

Medlemskontingent blir ikke regnet som innskudd. Utenfor innskuddsbegrepet faller også betaling fra medlemmene til foretaket som ledd i vanlig omsetning.

Samvirkeforetak finansieres primært gjennom selvfinansiering og ekstern lånekapital.<sup>91</sup>

Samvirkeoven åpner ikke for innhenting av ekstern risikokapital. Bakgrunnen for dette er først og fremst at innføring av slik kapital kan skape uheldige spenninger mellom medlemsinteresser og kapitalinteresser, og at det kan true egenarten til samvirkeformen.<sup>92</sup>

Kapitalen i samvirkeforetak ses som en nødvendig kostnad for å realisere samvirkeformålet. I Fjørtoft/Onstad: «Samvirkeforetak – reglene om økonomiforhold, skatt og avgift» er dette formålet beskrevet slik<sup>93</sup>:

*«Å sikre medlemmenes behov for avsetning eller forsyning av varer eller tjenester på rimelige vilkår. Medlemmenes investeringer i et samvirkeforetak er ikke primært motivert av et ønske om direkte kapitalavkastning på det som skytes inn der, men kan bidra til å øke avkastningen på investeringer i den virksomheten som samhandler med samvirkeforetaket. Kapitaltilførselen er snarere en konsekvens av at flere ønsker å vareta sine interesser gjennom økonomisk samkvem med samvirket. Medlemmenes investrolle i samvirkeforetaket*

<sup>89</sup> Ot. prp .nr. 21 (2006-2007) s. 144.

<sup>90</sup> Fjørtoft og Gjems-Onstad: «Samvirkeforetak – reglene om økonomiforhold, skatt og avgift» (2009) s. 63.

<sup>91</sup> L.c. s. 77.

<sup>92</sup> Ot. prp. nr. 21 (2006-2007) s. 136.

<sup>93</sup> Fjørtoft/Onstad s. 83.

*overskygges således av deres rolle som samhandlingspartnere. I selskaper kan eiernes direkte investorerolle være langt mer fremtredende. Denne forskjellen mellom samvirkeforetakene og selskapene blir gjenspeilet i sammenslutningens kapitalstruktur.»*

I et selskap er egenkapitalen i utgangspunktet individuell. I et samvirkeforetak kan kapitalen i prinsippet være fullt ut kollektiv, dvs. at medlemmene ikke har tilgang på noen del av foretakets formue hverken under løpende drift eller ved opphør av foretaket.<sup>94</sup> I et samvirkeforetak kan medlemmene ved utmelding i høyden få utbetalt andelsinnskudd og innestående på medlemskapitalkonti, men i utgangspunktet ikke noen andel av foretakets nettoformue. Ved oppløsning har medlemmene i samvirkeforetaket som hovedregel krav på å få utbetalt andelsinnskuddet og innestående på medlemskapitalkonti, hvis det er midler i foretaket etter at forpliktelsene er dekket. Gjenværende midler (kollektiv egenkapital) skal som hovedregel gå til samvirkeformål eller et allmenntilgjort formål. Det er imidlertid en viss mulighet til å fastsette i vedtektene at midlene skal gå til medlemmene. (Se samvirkeoven § 135 fjerde og femte ledd).

Det er en viss mulighet til å bestemme foretakets kapitalstruktur i vedtektene, særlig gjennom å regulere de økonomiske rettighetene til medlemmene. Slik vil noen samvirkeforetak kunne ligne mer på selskaper – hvor eierne har stor økonomiske rettigheter, og noen mer på foreninger – hvor medlemmene har ingen eller svært begrensede økonomiske rettigheter.<sup>95</sup>

I et samvirkeforetak har medlemmene begrenset økonomisk ansvar for foretakets forpliktelser. Et motstykke til dette er at loven har bestemmelser om vern av foretakets kapital. Foretakskapitalen er dekningsgrunnlaget for foretakets forpliktelser. Sentralt i samvirkeoven står her kravet i § 25 at foretaket til enhver tid skal ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten. Der egenkapitalen er lavere enn forsvarlig, har styret en handleplikt.

Bestemmelsen i § 26 gir regler om hvordan årsoverskuddet kan brukes. Utdelinger krever hjemmel i lov eller vedtekter.

Oppløsning av samvirkeforetak er regulert i lovens kap. 10. En oppløsning av foretaket kan følge av at virksomheten skal legges ned, eller at den skal omdannes til en annen form.

### **3.8.5 Kommunal og statlig kontroll**

Et samvirkeforetak er et eget rettssubjekt som er regulert av samvirkeoven. Kommuneloven gjelder ikke for virksomheten. Ettersom samvirkeforetaket ikke er et selskap faller det også utenfor kommunelovens regler om selskapskontroll.<sup>96</sup>

### **3.8.6 Forholdet til forvaltningsloven og offentlighetsloven**

I utgangspunktet gjelder ikke forvaltningsloven for virksomheter som er egne rettssubjekter. Et samvirkeforetak faller dermed i utgangspunktet utenfor forvaltningslovens virkeområde. Etter omstendighetene kan likevel et foretak bli regnet for et «organ for stat eller kommune» etter forvaltningsloven § 1. Dette vil bero på en konkret vurdering hvor det legges vekt på virksomhetens art, formål og organisering mv.

---

<sup>94</sup> Fjørtoft/Onstad s. 84.

<sup>95</sup> Op. cit. s. 85.

<sup>96</sup> Samvirkeforetak er ikke nevnt blant de organisasjonsformer som er underlagt selskapskontroll etter kommunelovens § 80. Det vil likevel trolig kunne inntas i vedtektene at det skal være underlagt kommunel selskapskontroll.

Når det gjelder offentleglova er spørsmålet om hvorvidt egne rettssubjekter er omfattet av lovens virkeområde regulert noe mer detaljert i loven. Det fremgår av § 2 første ledd bokstav d) at loven også gjelder for «sjølvstendig rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommunedirekte eller indirekte har rett til å velje meir enn halvparten av medlemmene med røysterett i det øvste organet i rettssubjektet». Det er likevel gjort unntak for «rettssubjekt som hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private».

I et samvirkeforetak der offentlige organer som medlemmer har rett til å velge mer enn halvparten av representantene på årsmøtet med stemmerett, vil foretaket som utgangspunkt være omfattet av loven. I praksis blir spørsmålet om foretaket driver næringsvirksomhet i konkurranse med andre og på like vilkår som disse. For et interkommunalt samarbeid om IKT-tjenester i egenregi vil dette i utgangspunktet neppe være tilfellet. Et samvirkeforetak som driver slik virksomhet vil dermed trolig som regel være omfattet av offentleglova.

### 3.9 Særlig om «konsernmodeller»<sup>97</sup>

Det kan være hensiktsmessig at en interkommunal sammenslutning skiller ut en del av virksomheten i et «datterselskap» eller annet foretak eid av den interkommunale sammenslutningen.

I dette kapitlet skal det kort gis en oversikt over hvilke modeller som er mulig.

Spørsmålet om hvilke sammenslutninger som kan være deltaker i andre sammenslutninger, må i utgangspunktet vurderes ut fra om den lov som regulerer den aktuelle organisasjonsformen setter begrensninger for hvem som kan være eiere/deltakere/medlemmer. Med andre ord vil det for interkommunale virksomheter etter kommuneloven være kommuneloven som regulerer dette. Tilsvarende regulerer lov om interkommunale selskaper (IKS) hvem som kan være deltaker i et slikt selskap, samvirkeoven hvem som kan være deltaker i et samvirkeforetak, og aksjeloven hvem som kan eie aksjer.

#### *Aksjeselskaper*

Et aksjeselskap kan eie aksjer i et annet aksjeselskap. Et aksjeselskap som har dominerende innflytelse over et annet aksjeselskap betegnes som morselskap, det andre som datterselskap, jf. aksjeloven § 1-3.

Aksjeloven er heller ikke til hinder for at et *samvirkeforetak* kan være aksjonær.

Aksjeloven er ikke til hinder for at et *interkommunalt selskap (IKS)* kan eie aksjer i et aksjeselskap. Spørsmålet om et IKS kan delta som eier i aksjeselskap vil i praksis bero på hva som er fastsatt om IKS-selskapets formål og virksomhet i selskapsavtalen. Dersom et IKS skal kunne etablere aksjeselskap og legge deler av sin virksomhet til et slikt datterselskap vil det nok trolig måtte betraktes som en såpass vesentlig beslutning at det må fremgå klart av selskapsavtalen (formålet) at selskapet skal ha anledning til det. Det er imidlertid mulig at man for deler av virksomheten som ikke

---

<sup>97</sup> I lovgivningen brukes flere ulike konsernbegreper. I dette kapitlet er begrepet brukt om interkommunale sammenslutningers mulighet til å være eier/medlem i andre interkommunale sammenslutninger. Det er slik ikke sammenfallende med aksjelovens konsernbegrep eller konsernbegrepet i andre lover.

hører til kjernevirksomheten, men mer har karakter av støttefunksjoner, kan legge en mer liberal vurdering til grunn.<sup>98</sup>

Aksjeloven er heller ikke til hinder for at et *interkommunalt styre etter kommuneloven § 27* som er et eget rettssubjekt, kan eie aksjer og slik sett også ha et AS som «datterselskap». Selv om aksjeloven ikke er til hinder for at et styre etter § 27 kan være eier/deltaker, er det likevel spørsmål om kommuneloven er til hinder for det.

Et aksjeselskap har begrenset økonomisk ansvar. Deltakelse vil slik ikke pådra deltakerkommunene økonomisk ansvar utover det som er skutt inn. Det vil slik ikke være noe argument mot deltakelse at det øker eierkommunenes økonomiske risiko. Spørsmålet må avgjøres ut fra en fortolkning av den myndighet som er delegert til det interkommunale styret. Selv om styrets deltakelse i virksomheter med begrenset ansvar ikke øker den enkelte kommunes økonomiske risiko, gjenstår likevel det faktum dersom styret skulle legge deler av sin kapital og virksomhet i et annet rettssubjekt, vil dette innebære at ansvars- og styringslinjene tilbake til kommunene vil bli lengre og mer indirekte. Det å legge virksomhet ut i et annet rettssubjekt vil måtte antas å ligge utenfor rammen av «drift og organisering» av den virksomhet som er lagt til det interkommunale styret.

På samme måte som for spørsmålet om hvorvidt et interkommunalt styre skal kunne delta i et annet interkommunalt styre, må det antas at beslutningen må tas av kommunestyret selv, og at det ikke er anledning til å overlate til et interkommunalt styre å etablere datterselskaper, eller gå inn som deltaker i andre rettssubjekter. Under enhver omstendighet vil det etter vårt syn måtte fremgå klart av vedtekter/avtale mellom kommunene at dette ligger innenfor styrets kompetanse, for at et styre etter § 27 skulle kunne etablere aksjeselskap for en del av sin virksomhet.

### *Samvirkeforetak*

Samvirkeloven § 14 slår fast at «(f)orbrukarar, næringsdrivande og andre som kan få sine økonomiske interesser varetatt av eit samvirkeforetak, har rett til å bli medlem av foretaket ved innmelding.» Av forarbeidene fremgår eksplisitt at loven ikke er til hinder for at kommuner eller andre offentlige organer kan være medlemmer.»

Samvirkeloven er slik ikke til hinder for at et *IKS* eller et *AS* kan være medlem i et samvirkeforetak.

Samvirkelova er heller ikke til hinder for at et *styre etter § 27 som er eget rettssubjekt* kan være medlem i et samvirkeforetak.<sup>99</sup> På samme måte som for *AS* må det imidlertid gjøres en vurdering av om det ligger innenfor den myndighet som er lagt til et slikt styre å treffe beslutning om slik deltakelse.

Et samvirkeforetak kan også sammen med andre samvirkeforetak etablere et samvirkeforetak. Et slikt samvirkeforetak, med samvirkeforetak som medlemmer, betegnes i samvirkeloven som et «sekundærsamvirke», mens de andre betegnes som «primærsamvirke».

---

<sup>98</sup> I Bjella m.fl.: «Kommunale selskaper og foretak» (2001), er det drøftet om det kan ha betydning om det er tale om kjernevirksomheten eller støttefunksjoner til denne. (s. 157)

<sup>99</sup> Et eksempel på et interkommunalt samvirkeforetak *Kommunearkivinstitusjonenes Digitale RessursSenter SA* (KDRS), som har kommunearkivinstitusjoner som medlemmer. Det fremgår av foretakets egne nettsider at KDRS skal tilby tjenester og kompetanse til sine medlemmer og aktivt bidra til å utvikle og effektivisere langtidslagring av digitale arkiv innenfor kommunal og fylkeskommunal sektor. <http://www.kdrs.no/>

## *IKS*

For interkommunale selskaper slår derimot loven fast at det bare er kommuner, fylkeskommuner og andre interkommunale selskaper som kan være deltakere, jf. lov om interkommunale selskaper § 1. Det er derfor ikke anledning for et styre etter § 27 å være deltaker i et IKS. Heller ikke et samvirkeforetak eller et AS kan være deltaker i et IKS.

### *Felles styre etter kommuneloven § 27*

Det fremgår av kommuneloven § 27 at det bare er kommuner og fylkeskommuner som kan være deltakere i et slikt samarbeid. Som nevnt under pkt. 3.2.1 er det lagt til grunn at en *interkommunal sammenslutning etter kommuneloven § 27* kan være deltaker i en annen interkommunal sammenslutning organisert etter samme bestemmelse.

Av dette følger altså at hverken AS, IKS eller samvirkeforetak kan være deltaker i et felles styre etter kommuneloven § 27.

### *Vertskommunesamarbeid etter kommuneloven*

Et *vertskommunesamarbeid* kan ikke som sådan eie aksjeselskap, ettersom et vertskommunesamarbeid ikke innebærer etablering av en juridisk person. Vertskommunen er en eksisterende kommune. Det er ikke noe rettslig til hinder for at vertskommunen kan eie et aksjeselskap som har en rolle i forhold til vertskommunesamarbeidet. Eierrollen i et slikt selskap ligger imidlertid til vertskommunen, eventuelt samarbeidskommunene i felleskap dersom alle er eiere.

## 4 Vurdering av ulike samarbeidsmodeller og forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser

### 4.1 Innledning

Kommunene står som utgangspunkt fritt til å velge hvordan de vil organisere de kommunale IKT-tjenestene. Dette kan gjøres internt i kommunen som del av forvaltningen (egenregi), som forretningsvirksomhet eller sammen med andre kommuner.

Hvordan kommunen velger å organisere IKT-tjenestene vil imidlertid kunne ha betydning for om anskaffelsesregelverket må følges eller ikke.

Vi har i dette kapitlet valgt å ikke gå nærmere inn på organisasjonsformer som mest sannsynlig vil falle inn under regelverket for offentlige anskaffelser. Dette gjelder for eksempel å organisere IKT-samarbeidet som en stiftelse. Vi går heller ikke nærmere inn på den løsning at kommunen velger å la private aktører utføre IKT-tjenestene. Markedet tilbyr en rekke tjenester på IKT-området, og trolig vil det alt vesentligste av kommunens behov på dette området kunne dekkes gjennom anskaffelser i markedet. Bakgrunnen for at vi har avgrenset mot dette er at det ofte vil være en forutsetning for å etablere et selskap/samarbeid at dette skal utføre oppgaver for kommunen uten at kommunen skal måtte utlyse en konkurranse om oppdraget. Temaet i det følgende er med andre ord at kommunen ønsker å samarbeide om IKT-tjenestene *uten* å henvende seg til markedet.

Foruten å avgrense mot organisasjonsformer som sannsynligvis vil falle inn under reglene for offentlige anskaffelser så har vi også avgrenset mot en vurdering av samkommuner, da samkommunemodellen etter alt å dømme vil bli opphevet innen 1. januar 2020.<sup>100</sup> Videre har vi også avgrenset mot løsere «ad hoc» preget samarbeid. Dette vil for eksempel kunne være samarbeid uten formalisert avtale eller samarbeid uten organisatorisk overbygning.

Utgangspunktet er at lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69 («loven») og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser («forskriften») kommer til anvendelse på anskaffelser som foretas av kommuner.

En forutsetning for at lov og forskrift skal komme til anvendelse er at det foreligger en *kontrakt*. Kontrakt er i forskriften § 4-1 a definert som en «gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører». At en kontrakt må være «gjensidig bebyrdende» innebærer blant annet at ensidige tildelinger av støtte og gave faller utenfor kontraktsbegrepet.

Det er en rekke samarbeid som ikke vil omfattes av anskaffelsesregelverket. Se for eksempel følgende situasjoner:

Tre kommuner møtes med jevne mellomrom for å utveksle erfaringer om strategi og drift av IKT-tjenestene i kommunene. Kanskje de diskuterer hva som er fremtidens IKT-utfordringer og hvordan IKT-strategien bør være i de respektive kommunene. Det blir imidlertid ikke

---

<sup>100</sup> Jf. Forslag fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet, se høring om oppheving av samkommunemodellen i kommuneloven kapittel 5 B; <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/hoyring-oppheving-av-kommuneloven-kapittel-5-b.-samkommune/id2358429/>



utvekslet noen ytelser i samarbeidet ut over at man snakker sammen og forteller om ulike erfaringer. Hvis dette utgjør selve samarbeidet så er ikke dette noen gjensidig bebyrdende kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand. Anskaffelsesregelverket kommer følgelig ikke til anvendelse.

Videre så kan man tenke seg en situasjon der de tre kommunene samarbeider om kjøp og lagring av servere i de ulike kommunene. Det blir avholdt møter der leverandørmarkedet diskuteres, hva behovet er i de ulike kommunene, hva en kravspesifikasjon bør inneholde etc. Kanskje blir det også i fellesskap utformet utkast på konkurransegrunnlag og andre relevante konkurransedokumenter som de ulike kommunene kan ta utgangspunkt i når en konkurranse om anskaffelse av kjøp og lagring av servere skal lyses ut. De tre kommunene vil imidlertid utlyse separate konkurranser. Selve samarbeidet verken drifter eller utvikler noen IKT-løsninger, men er mer ett uformelt fora der man samarbeider om gjennomføringen av fremtidige IKT-anskaffelser. Selve samarbeidet om planlegging og gjennomføring av anskaffelsen vil her som utgangspunkt ikke anses som noen gjensidig bebyrdende kontrakt som er omfattet av anskaffelsesregelverket.

Dette kan imidlertid stille seg annerledes dersom en av kommunene får betalt av de to andre for å gjennomføre anskaffelsen på vegne av de to andre. Det kan da være snakk om kjøp av innkjøpstjenester til å gjennomføre anskaffelsen og dette vil som utgangspunktet anses som en gjensidig bebyrdende kontrakt omfattet av anskaffelsesregelverket. En annen ting er at denne situasjonen kan være omfattet av unntaket for såkalt «horisontalt samarbeid». Det kommer vi tilbake til.

Sannsynligvis er det flere IKT-samarbeid som i hovedsak fungerer mer som innkjøpssamarbeid for IKT-tjenester. Når samarbeidet henvender seg til markedet for å kjøpe IKT-tjenester må anskaffelsesregelverket følges. Dette avtaleforholdet er ikke tema i kapittel 4, men vil bli berørt i kapittel 5. Vær imidlertid oppmerksom på at samarbeidets utøvelse av selve innkjøpsfunksjonen (planlegging og gjennomføring av anskaffelsen) i seg selv kan bli ansett som en gjensidig bebyrdende kontrakt omfattet av anskaffelsesregelverket. Vurderingene i dette kapitlet om når en kommune kan få ytelser fra et interkommunalt samarbeid, uten å følge anskaffelsesregelverket, vil imidlertid være relevante uavhengig av om det er tale om et *innkjøpssamarbeid* eller et *IKT-samarbeid*.

For at anskaffelsesregelverket skal komme til anvendelse er det videre et krav om at kontrakten må være inngått mellom to selvstendige rettssubjekter. Dersom en oppgave blir utført internt kommunen, for eksempel at en etat drifter IKT-tjenestene til resten av kommunen, så anses det heller ikke å foreligge noen kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand. Anskaffelsesregelverket vil derfor ikke komme til anvendelse. Dette betegnes ofte som såkalt «egentlig egenregi».

Samarbeid mellom to eller flere kommuner vil være samarbeid mellom ulike rettssubjekter og vil som utgangspunkt kunne anses som en gjensidig bebyrdende kontrakt. EU-domstolen har imidlertid akseptert at det kan være en tilknytning mellom rettssubjektene som innebærer at anskaffelsesregelverket likevel ikke kommer til anvendelse i slike tilfeller. Dette betegnes ofte som «uegentlig» eller «utvidet» egenregi. Disse kontraktene mellom to selvstendige rettssubjekter anses å ha så nær tilknytning at det anses som internoppdrag.

Unntakene for utvidet egenregi inndeles i såkalt «*vertikalt*» *institusjonalisert samarbeid* («vertikalt samarbeid») og «*horisontalt*» *ikke-institusjonalisert samarbeid* («horisontalt samarbeid»).

Dersom kommunenes IKT-samarbeid faller inn under unntaket for vertikalt eller horisontalt samarbeid, så vil samarbeidet falle utenfor anskaffelsesregelverket. Konsekvensen av dette vil være at kommunene kan inngå avtaler med IKT-samarbeidet direkte uten kunngjøring og uten å følge anskaffelsesregelverket.

Hovedtema i dette kapitlet vil være å vurdere om de ulike organisasjonsmodellene innenfor IKT-samarbeid vil falle inn under unntaket for *vertikalt* og *horisontalt* samarbeid.

I det følgende forutsettes det at samarbeidet i utgangspunktet faller inn under anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde<sup>101</sup> såfremt samarbeidet ikke faller inn under unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid. Vi nevner at det kan være andre grunner (enn unntaket for vertikalt og horisontalt samarbeid) som medfører at anskaffelsesregelverket, helt eller delvis, ikke kommer til anvendelse; eksempelvis at aktivitetene i samarbeidet ikke vil anses å utgjøre en kontrakt (jf. blant annet eksemplene ovenfor), at samarbeidet gjelder offentlig myndighetsutøvelse, at en konkret anskaffelse er et forsknings- og utviklingsoppdrag (FoU) etc.<sup>102</sup> Vi vil gi en kort beskrivelse av noen relevante unntak som kan komme til anvendelse i kapittel 4.2.

Denne utredningen gjelder vurdering av IKT-samarbeid. Vurderingene vil imidlertid langt på vei også kunne legges til grunn for andre typer kommunalt samarbeid, eksempelvis samarbeid om barnevernstjenester eller renovasjon. Vurderingene vil også kunne legges til grunn dersom samarbeidet i realiteten fungerer som et rent innkjøpssamarbeid. Det vil da måtte vurderes om samarbeidets utøvelse av selve innkjøpsfunksjonen faller inn under unntaket for vertikalt og horisontalt samarbeid.

Det understrekes at spørsmålet om hvorvidt et samarbeid som er organisert etter de ulike samarbeidsmodellene er unntatt fra anskaffelsesregelverket, må vurderes konkret ut fra de relevante rettslige og faktiske forhold i det enkelte tilfelle. En organisasjonsmodell kan rettslig sett gi kommunen mange kontrollmuligheter som kan legge til rette for at et samarbeid kan unntas etter unntaket for vertikalt samarbeid, men det har liten betydning dersom kommunen rent faktisk ikke utnytter disse mulighetene. Det at samarbeidet er organisert etter en bestemt modell er derfor *i seg selv* ikke tilstrekkelig til å si at samarbeidet vil omfattes av unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid. Det må alltid gjøres en konkret vurdering der det aktuelle faktum i den enkelte sak vurderes. Det er imidlertid mulig å komme med noen *generelle* betraktninger av om de ulike organisasjonsmodellene *legger til rette* for at et samarbeid kan falle inn under unntakene for vertikalt eller horisontalt samarbeid. Dette vil vi se nærmere på i dette kapitlet.

---

<sup>101</sup> Og at anskaffelsen ikke omfattes av noen av de andre unntakene i anskaffelsesregelverket. Se nærmere om aktuelle unntak i kapittel 4.2.

<sup>102</sup> For mer utfyllende informasjon om unntak som kan innebære at anskaffelsesreglene ikke kommer til anvendelse, se departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) punkt 2.2.2. Veilederen er tilgjengelig her:

[https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilederer\\_2013.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilederer_2013.pdf)

## 4.2 Relevante unntak fra anskaffelsesregelverket

### 4.2.1 Innledning

Foruten unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid, så er det en rekke andre unntak som kan være aktuelle for kontrakter i et IKT-samarbeid. Vi har nedenfor nevnt noen unntak som kan ha særlig relevans ved samarbeid om IKT-tjenester.

### 4.2.2 Utøvelse av offentlig myndighet

I henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 annet ledd bokstav k får forskriften ikke anvendelse for kontrakter som innebærer *«utøvelse av offentlig myndighet som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32»*. Departementet uttalte i forbindelse med innføring av bestemmelsen at heller ikke lov om offentlige anskaffelser får anvendelse for slike kontrakter. Dersom den aktuelle tjenesten gjelder utøvelse av offentlig myndighet trenger kommunen med andre ord ikke å følge anskaffelsesregelverket.

Det som kjennetegner offentlig myndighetsutøvelse er at det foreligger en rett til å bestemme over andre uten at disse har samtykket. Kjerneområdet for offentlig myndighetsutøvelse er ofte ansett som lovgiving, rettsvesen, skattelegging, forsvars- og politioppgaver og utøvelse av tvangsmakt overfor borgerne. Tjenester innenfor helse - og sosialsektoren vil imidlertid også kunne anses som offentlig myndighetsutøvelse.<sup>103</sup>

Tradisjonelt anses gjerne IKT som en administrativ støttetjeneste. I utgangspunktet gjør dette at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse fremstår som lite relevant.

### 4.2.3 Fast eiendom

Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 annet ledd bokstav b at forskriften ikke får anvendelse på *«kontrakter om erverv eller leie, uten hensyn til finansieringsform, av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom.»*

I et IKT-samarbeid kan det for eksempel være aktuelt å leie lokaler for oppbevaring av servere. I den forbindelse kan unntaket for kjøp og leie av fast eiendom være relevant.

Ifølge forskriftens ordlyd omfatter unntaket for leiekontrakter kun leie av *eksisterende* bygninger. Kontrakter som inngås for bygg som skal føres opp senere eller som er under oppføring vil derfor i utgangspunktet ikke være unntatt. Det følger imidlertid av departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser<sup>104</sup> og praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)<sup>105</sup> at unntaket kan tolkes utvidende, slik at også leie av fremtidige bygg kan omfattes.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> At det gjelder et unntak fra regelverket for offentlig myndighetsutøvelse har ikke vært tvilsomt, men det var først i 2012 at dette ble presisert eksplisitt i forskriften. Foranledningen til dette var KOFA sak 2010/364 der spørsmålet om plassering av barn i en barnevernsinstitusjon var en kontrakt som var omfattet av regelverket kom på spissen. KOFA mente her at anskaffelser av institusjonsplasser innen barnevern var underlagt unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i EØS-avtalens artikkel 32. På bakgrunn av blant annet denne saken valgte departementet å forskriftsfeste unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i forskriften § 1-3 annet ledd bokstav k.

<sup>104</sup> Jf. Departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser punkt 4.4. Veilederen er tilgjengelig her: [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilederer\\_2013.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilederer_2013.pdf)

Forutsetningen er at leieformålet er det sentrale og at det ikke reelt sett er en bygge- og anleggskontrakt. Grensedragningen mellom leiekontrakt og bygge- og anleggskontrakt må foretas etter en helhetsvurdering hvor et viktig spørsmål er formålet med kontrakten.

Departementet skriver i veilederen til anskaffelsesregelverket<sup>107</sup> at oppdragsgivers påvirkning på byggearbeidene har betydning for grensen mellom en leiekontrakt og en bygg- og anleggskontrakt. Videre vil det være sentralt å vurdere hvorvidt bygget er spesialtilpasset til oppdragsgivers behov. Kontraktens varighet (kort avtale kan være et moment for at det er en leiekontrakt) og hvorvidt leietakerne skal ha opsjon på forlengelse eller forkjøpsrett kan også ha betydning. Endelig så vil også fordeling av risikoen for byggekostnadene spille inn.<sup>108</sup>

#### 4.2.4 Forskning- og utviklingstjenester (FoU)

I et IKT-samarbeid kan det for eksempel oppstå behov for å utvikle ny programvare eller nye IKT-løsninger. Dersom det skal utvikles nye produkter, tjenester eller teknologi så kan det være aktuelt å se nærmere på om oppdraget kan unntas med hjemmel i unntaket for forsknings- og utviklingstjenester (FoU).

Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 annet ledd bokstav g er kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester (FoU) unntatt fra forskriften, såfremt visse vilkår er oppfylt. FoU-kontrakt er ikke definert i forskriften, men begrepet er ment å omfatte kontrakter hvor leverandøren skal utvikle og levere noe nytt som ikke er utviklet fra før. Forsknings- og utviklingselementet må utgjøre hovedelementet i kontrakten.<sup>109</sup>

Merk at unntaket kun gjelder tjenester.

Hensynene bak at slike kontrakter er unntatt fra forskriften er at det i FoU-kontrakter ofte kreves et samarbeid mellom partene som har mer til felles med et partnerskaps- og investeringslignende forhold fremfor leverandør og kjøper forhold. De involverte parter må som regel investere (i form av

---

<sup>105</sup> KOFA har bl.a. slått fast i sakene 2007/112, 2007/124, 2009/1 og 2009/16 at det ikke er et vilkår for at unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse at bygningen eksisterer på kontraktsinngåelsestidspunktet.

<sup>106</sup> Det kan imidlertid nevnes at EU-domstolen i sak C-213/13 nylig har kommet med en avgjørelse som muligens kan tolkes i retning av å stramme inn på bruk av unntaket for leiekontrakter. Saken gjaldt leie av et bygg som ikke var oppført da kontrakt ble inngått. Domstolen la da til grunn at siden byggearbeidene ikke var påbegynt da kontrakten ble tildelt leverandøren, må hovedformålet med kontrakten nødvendigvis ha vært å få oppført bygget.

Det er usikkert hvor strengt EU-domstolens avgjørelse skal tolkes og hvorvidt KOFA kan komme til å legge om sin praksis etter denne saken. Man bør imidlertid ta høyde for at unntaket for leiekontrakter kan bli tolket noe snevrere i fremtiden.

<sup>107</sup> Jf. Departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser punkt 4.4. Veilederen er tilgjengelig her: [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilederer\\_2013.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilederer_2013.pdf)

<sup>108</sup> Jf. bl.a. KOFA-sak 2005/297.

<sup>109</sup> Jf. Dragsten, Marianne: «Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger» (2013) side 140 flg.

ulike innsatsfaktorer) for å skape en prototype/modell, hvor verdien av nyskapningen først vil komme til nytte ved senere omsetning eller gjenbruk av nyskapningen.<sup>110</sup>

I henhold til ordlyden i unntaket er FoU-kontrakter kun unntatt fra *forskrift* om offentlige anskaffelser. Departementet har i et brev til Statens Vegvesen av 7. januar 2002 skrevet at selv om den aktuelle kontrakten omfattes av unntaket for FoU-tjenestekontrakter, så vil lovens alminnelige regler fortsatt komme til anvendelse, og at anskaffelsen skal baseres på konkurranse «så langt det er mulig». Det såkalte Forenklingsutvalget har imidlertid i NOU 2014: 4 *Enklere regler, bedre anskaffelser* foreslått at heller ikke de grunnleggende prinsippene i lov om offentlige anskaffelser skal gjelde for FoU-kontrakter.<sup>111</sup> Forslaget er i skrivende stund ennå ikke vedtatt, men her kan det skje endringer i fremtiden.

For at en FoU-kontrakt skal kunne unntas fra forskriften er det et vilkår at «*oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenester eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet*». Vilkårene er alternative slik at det kun kreves at ett av vilkårene er oppfylt.

Vilkårene innebærer at kontrakter hvor den offentlige oppdragsgiveren dekker alle kostnader og har den hele og fulle nytten av forsknings- eller utviklingstjenesten, ikke vil omfattes av unntaket.

Det første alternativet i bestemmelsen, at oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten, betyr at oppdragsgiver mottar støtte enten fra andre offentlige oppdragsgivere eller private for tjenesten.

Med betaler forstås også andre bidrag, som eksempelvis å stille til rådighet lokaler eller forskningsutstyr. Situasjoner hvor oppdragsgiver ikke fullt ut betaler kan oppstå på forskjellige måter. En mulighet er hvor leverandøren selv bidrar sammen med oppdragsgiver. Leverandøren dekker selv 20 prosent av utviklingskostnadene til en ny tjeneste, mens oppdragsgivers kjøp av tjenesten, herunder utviklingen, finansierer 80 prosent.<sup>112</sup>

Et annet alternativ er at en tredjepart betaler direkte eller indirekte deler av leverandørens vederlag, for eksempel et forskningsfond.

Også tilfeller der oppdragsgiver mottar støtte til et prosjekt vil kunne omfattes. Eksempelvis at en kommune mottar støtte fra Innovasjon Norge som dekker hele eller deler av anskaffelsen.

Selv om oppdragsgiver fullt ut betaler for tjenesten, omfattes den likevel av unntaket dersom «*tjenesten ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver*». Departementet skriver i veilederen at vilkåret vil være oppfylt dersom forskningen gir produkter eller teknologi som gir konkrete eller direkte fordeler for andre enn oppdragsgiver.

Dersom forskningsresultatene blir publisert så kan dette være et moment for at tjenesten ikke tilfaller oppdragsgiver fullt ut. Det samme hvis leverandøren blir sittende med eventuelle opphavsrettigheter. Hvem som har tatt initiativ til oppdraget og utformet spesifikasjonene vil også kunne være relevante momenter i vurderingen.

---

<sup>110</sup> Jf. også Nærings- og handelsdepartementets brev til Kommunal- og regionaldepartementet av 11. juli 2003. Brevet er tilgjengelig her: <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-listeside/fortolkningsuttalelser/id414622/>

<sup>111</sup> Se NOU 2014: 4 *Enklere regler, bedre anskaffelser*, side 102.

<sup>112</sup> Se også departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) punkt 2.2.2.

Hvor den nedre grensen for hva som kreves for å oppfylle vilkåret om at tjenesten ikke tilfaller oppdragsgiver fullt ut ble belyst i KOFA-sak 2004/45 (Akademiet for IT-opplæring). Oppdragsgiver hadde her inngått en kontrakt om et nasjonalt pilotprosjekt; «Prosjekt eBorger» uten at det ble gjennomført konkurranse. I henhold til kontrakten var leverandøren forpliktet til å produsere 4.500 CD-plater mot et vederlag. Leveransen skulle fullt ut betales av oppdragsgiver og samtlige CD-plater skulle leveres til oppdragsgiver, slik at ytelsen fullt ut tilfalt oppdragsgiver og dennes bruk. Utviklingen av programvaren kunne imidlertid potensielt sett komme til nytte for leverandøren selv og andre oppdragsgivere senere, men det var etter klagenemndas oppfatning ikke annerledes enn for andre anskaffelser med et tilvirkningselement. Unntaket for FoU-kontrakter kom derfor ikke til anvendelse.

Saken kan være relevant for IKT-samarbeid der leverandørmarkedet for eksempel utfordres på å utvikle en ny programvare for de aktuelle kommunene. For at oppdraget skal falle inn under FoU-unntaket er det neppe tilstrekkelig at leverandøren gjennom oppdraget får mer indirekte og «normale» fordeler som kompetanseheving, merkevarebygging etc. Det må trolig kreves noe mer, jf. KOFAs vurderinger i sak 2004/45.

#### 4.2.5 Enerett

Forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 annet ledd bokstav h unntar kontrakter som oppdragsgiver tildeler en annen offentlige oppdragsgiver, som er gitt en enerett til å yte den aktuelle tjenesten.

Unntaket vil kunne være anvendelig for kontrakter mellom kommuner og et interkommunalt samarbeidsorgan, men ikke for kontrakter mellom kommuner og private leverandører.

For å oppfylle unntaket må fire nærmere vilkår være oppfylt:

1. Organet som tildeles kontrakten må selv være en offentlig oppdragsgiver som definert i forskriften § 1-2.
2. Det må være tale om et tjenestekjøp.
3. Organet må ha fått tildelt en enerett på vedkommende tjenesteområde i henhold til lov, forskrift eller administrativt vedtak. Det innebærer at eneretten må være offentliggjort og være klart definert og avgrenset.
4. Tildelingen må være forenelig med EØS-avtalen.

Kravet til enerett innebærer et krav om at leverandøren faktisk utfører de aktuelle tjenestene som eneleverandør.<sup>113</sup>

Det første vilkåret om at organet må være en offentlig oppdragsgiver har sammenheng med at begrunnelsen for unntaket er at den myndighet eller det organ som tildeles kontrakten selv må følge anskaffelsesreglene ved sine innkjøp. Vilket innebærer at det ikke kan tildeles enerett til en privat leverandør.

Det tredje vilkåret innebærer at eneretten må være objektivt konstaterbar, og kan for eksempel ikke bare være nedfelt i en privatrettslig avtale mellom to offentlige oppdragsgivere.

---

<sup>113</sup> Jf. Departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) punkt 2.2.2.

Det fjerde vilkåret om at tildelingen må være forenelig med EØS-avtalen vil ofte være det vilkåret som er vanskeligst å oppfylle. Eneretten må kunne begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til at de går foran konkurransehensynene, og at de aktuelle hensynene ikke kan ivaretas med andre og mindre inngripende midler.

EU-domstolen har anerkjent en rekke formål som allmenne hensyn som kan begrunne begrensninger i adgangen til fri bevegelse av tjenester. Dette gjelder for eksempel beskyttelse av arbeidstakerne, forbrukerne, miljøet, trafiksikkerhet, sammenhengen i skattesystemet og beskyttelse av rettspleien. Økonomiske hensyn kan imidlertid ikke anses som et allment hensyn.<sup>114</sup>

Fra praksis er det typiske eksemplet på en enerett at kommuner har gitt et interkommunalt selskap enerett til å behandle husholdningsavfall.<sup>115</sup> Vi utelukker imidlertid ikke at enerett til å drive IKT-tjenester i kommunene også kan være en enerett som kan bli akseptert. Vi vil da anta at det er vilkåret om at eneretten må kunne begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til at de går foran konkurransehensynene (forenelig med EØS-avtalen), som vil være vanskeligst å oppfylle.

#### 4.2.6 Anskaffelsen kan bare foretas hos én leverandør

Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 annet ledd bokstav a at dersom anskaffelsen kun kan foretas hos én leverandør i markedet, kan oppdragsgiver foreta anskaffelsen etter forskriftens del I. Ordlyden i bestemmelsen er at «*anskaffelsen kan bare foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv.*».

Det vil i slike tilfeller ikke foreligge noen kunngjøringsplikt, men oppdragsgiver vil måtte følge reglene i forskriftens del I og blant annet overholde grunnleggende prinsipper om konkurranse og likebehandling. Unntaket gjelder for anskaffelser som overstiger den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner, men som ligger *under* EØS-terskelverdiene (i skrivende stund er EØS-terskelverdi for vare- og tjenestekontrakter for kommuner 1,55 millioner kroner). For anskaffelser *over* EØS-terskelverdi gjelder det en tilsvarende regel i forskriften § 14-4 bokstav c. Ordlyden her er nesten liklydende med bestemmelsen i § 2-1 annet ledd bokstav a, men § 14-4 bokstav c mangler angivelsen «for eksempel», noe som trolig innebærer at bestemmelsens anvendelsesområde er noe snevrere enn § 2-1 annet ledd bokstav a.

Det må foreligge objektive årsaker til at kun én leverandør kan oppfylle ytelsen. Det kan for eksempel tenkes at kun én leverandør har teknisk kompetanse til å utføre arbeidet, eller at det kun er én leverandør som produserer produktet. Ettersom teknisk ekspertise stadig er i utvikling skal det imidlertid svært mye til for å sannsynliggjøre at andre leverandører, herunder grupper av leverandører, ikke vil kunne levere den aktuelle ytelsen.<sup>116</sup>

For IKT-anskaffelser vil unntaket om at anskaffelsen bare kan foretas hos én leverandør typisk kunne komme til anvendelse dersom den aktuelle leveransen kun kan produseres av en leverandør som har enerett til å produsere, for eksempel på grunn av patent eller andre immaterielle rettigheter.

---

<sup>114</sup> Jf. Departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) punkt 2.2.2.

<sup>115</sup> Se for eksempel KOFA-sakene 2012/157-165, 2012/169 og 2012/181.

<sup>116</sup> Jf. Departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) punkt 7.3.2.

Dersom unntaket benyttes kan det være fornuftig å ha dokumentasjon på at det er gjort undersøkelser som viser at det faktisk bare er én leverandør som kan levere ytelsen.

#### 4.2.7 Bruke intensjonskunngjøring ved usikkerhet

Dersom en oppdragsgiver legger til grunn et unntak uten at vilkårene er oppfylt så vil dette kunne utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Hvis en slik sak bringes inn for domstolene og det konkluderes med at kontrakten utgjør en ulovlig direkte anskaffelse så vil domstolen kunne kjenne kontrakten uten virkning (del III anskaffelser<sup>117</sup>), avkorte kontrakten og/eller ilegge overtredelsesgebyr. Konsekvensene dersom oppdragsgiver trår feil i anvendelsen av et unntak kan derfor potensielt sett være store.

En mulighet for å redusere risikoen for å bli ilagt sanksjoner dersom kontrakten blir ansett som en ulovlig direkte anskaffelse er å publisere en såkalt intensjonskunngjøring. Oppdragsgiver kan da avskjære muligheten for å bli ilagt sanksjonene (uten virkning, avkortning og overtredelsesgebyr) hvis det tidligst inngås kontrakt 10 dager etter at intensjonskunngjøringen er publisert. Oppdragsgiver må gi en begrunnelse for hvorfor tildeling kan skje direkte (for eksempel fordi man mener at vilkårene for bruk av unntaket for vertikalt samarbeid er oppfylt).<sup>118</sup>

Selv om det ikke fremgår eksplisitt av forskriften så må det trolig også innfortolkes et krav til aktsomhet ved bruk av intensjonskunngjøringer.<sup>119</sup> Hva som ligger i kravet til aktsomhet er ikke klart, men det må trolig gjøres et skille mellom tilfeller der oppdragsgiver er i tvil om anskaffelsen er kunngjøringspliktig og klare omgåelsestilfeller. At det er gitt en god begrunnelse for hvorfor oppdragsgiver har grunnlag for å gjøre en direkte tildeling vil stå sentralt i vurderingen av om kravet til aktsomhet er oppfylt.

### 4.3 Nærmere om unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid

#### 4.3.1 Bakgrunn

Både unntaket for vertikalt og horisontalt samarbeid er utviklet av EU-domstolen. Unntakene er kodifisert i det nye anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor (2014/24/EU) artikkel 12.<sup>120</sup>

Bestemmelsene om vertikalt og horisontalt samarbeid er også omtalt i direktivets fortale premiss 31-33. Direktivet er ennå ikke implementert inn i norsk rett, men Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) sendte 17. mars 2015 gjennomføringen av direktivene ut på høring med høringsfrist 17. juni 2015.<sup>121</sup> Bestemmelsene om unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid er her foreslått

---

<sup>117</sup> Forskrift om offentlige anskaffelser er delt inn i tre deler der prosedyrekravene øker jo lenger ut i forskriftene man kommer. Forskriften del III (del III anskaffelser) gjelder for anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdiene.

<sup>118</sup> Vilårene for bruk av intensjonskunngjøring er nærmere regulert i forskriften § 9-1A og § 18-3a.

<sup>119</sup> Jf. EU-domstolens avgjørelse i C-19/13 (Fastweb).

<sup>120</sup> Unntakene for visse typer samarbeid i offentlig sektor er også kodifisert i det nye direktivet om innkjøpsregler i forsyningssektorene (2014/25/EU) artikkel 28 og i det nye direktivet om tildeling av konsesjonskontrakter (2014/23/EU) artikkel 17. Bestemmelsene er likelydende med bestemmelsene i klassisk sektor. Vi vil i denne vurderingen ta utgangspunkt i unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid i *klassisk sektor*.

<sup>121</sup> Høringsbrev, høringsnotater og høringsuttalelser er tilgjengelig her:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endring-av-lov-om-offentlige-anskaffelser/id2401043/>



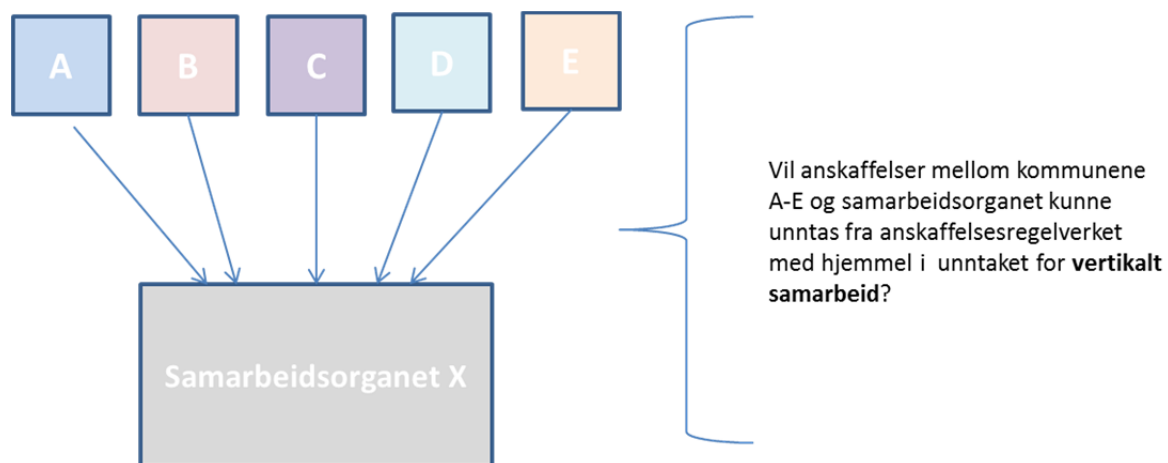
regulert i ny forskrift om offentlige anskaffelser §§ 2-8 til 2-11. Endringene i regelverket er forventet å tre i kraft i norsk rett i løpet av sommeren 2016.<sup>122</sup>

Et hovedhensyn bak unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid er at hvorvidt anskaffelsesreglene kommer til anvendelse ikke bør påvirke hvordan oppdragsgiverne organiserer sin virksomhet. Dette fremgår også av direktivets fortale.<sup>123</sup>

Et vesentlig skille mellom ulike samarbeidsformer er hvorvidt samarbeidet har en organisatorisk overbygning eller ikke. Som utgangspunkt vil unntaket for vertikalt samarbeid være mest aktuelt for samarbeid *med* organisatorisk overbygning (slik som felles styre etter kommuneloven § 27, interkommunalt selskap etter IKS-loven, aksjeselskap og samvirkeforetak), mens unntaket for horisontalt samarbeid vil være mest aktuelt for samarbeid *uten* organisatorisk overbygning (slik som vertskommunesamarbeid og samarbeid etter kommuneloven § 27 som ikke har slik selvstendighet at det utgjør et eget rettssubjekt).

Forskjellen mellom vertikalt og horisontalt samarbeid kan illustreres av følgende figurer:

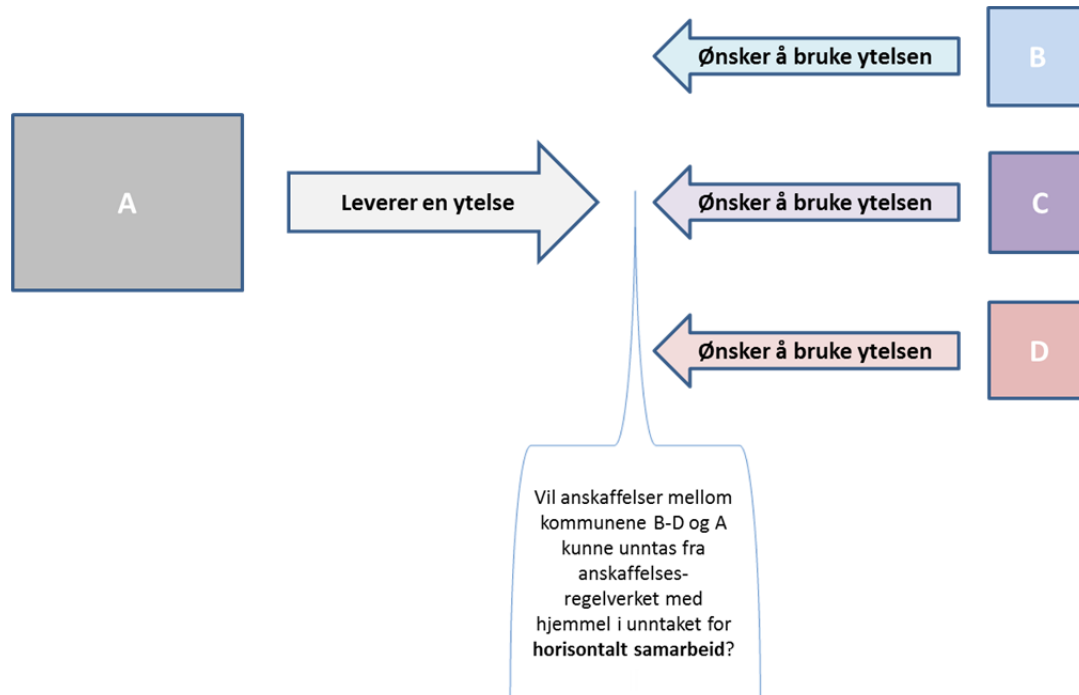
#### Vertikalt samarbeid:



<sup>122</sup> Selv om de nye forskriftsbestemmelsene ennå ikke er vedtatt og trådt i kraft, så vil vi i det følgende vise til forskriftsbestemmelsene og ikke direktivbestemmelsene. Begrunnelsen for dette er at det er begrenset nasjonalt handlingsrom ved implementeringen av direktivbestemmelsene og at de endelige bestemmelsene i forskriften trolig vil være nokså like det som departementet har foreslått. Pedagogiske hensyn tilsier også at det kan være hensiktsmessig å vise til forskriftsbestemmelsene da disse både er kortere enn direktivbestemmelsene samt formulert på norsk (kontra direktivbestemmelsene som er formulert på dansk/engelsk).

<sup>123</sup> Se punkt 31.

## Horisontalt samarbeid:



Først vil vi gi en generell beskrivelse av unntakene for *vertikalt* og *horisontalt samarbeid* i punkt 4.3.2 og 4.3.3. Deretter vil vi gjøre en nærmere vurdering av hvordan ulike organisasjonsformer forholder seg til disse unntakene.

### 4.3.2 Unntaket for vertikalt samarbeid

#### 4.3.2.1 Innledning

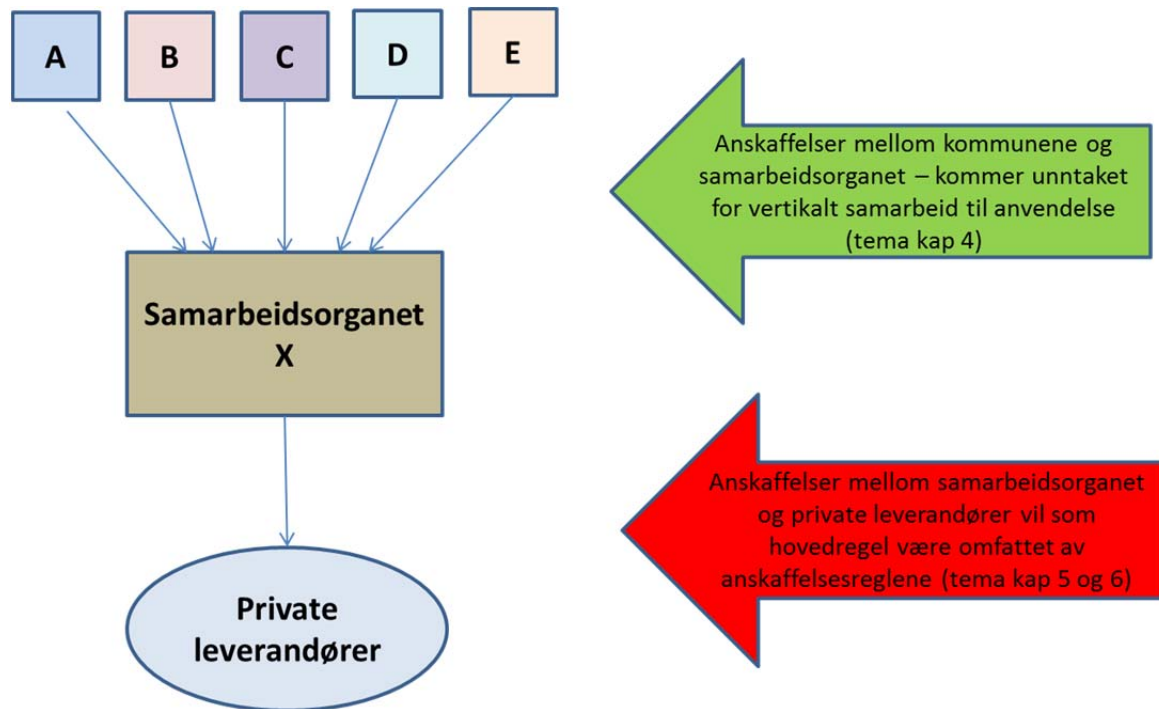
Unntaket for vertikalt samarbeid kommer til anvendelse der oppdragsgiver tildeler kontrakter til et annet rettssubjekt. Unntaket omtales også som *utvidet egenregi* eller *institusjonalisert samarbeid*, men vi vil i det følgende bruke begrepet *vertikalt samarbeid*. Unntaket er utviklet av EU-domstolen gjennom flere avgjørelser og området er under stadig utvikling. Vilårene for at unntaket for vertikalt samarbeid skal komme til anvendelse ble først slått fast i EU-domstolens avgjørelse i C-107/98 (*Teckal*). Domstolen slo da fast at for at unntaket skal komme til anvendelse så må:

- Oppdragsgiver utøver en tilsvarende kontroll over leverandørorganet som over egen virksomhet (kontrollkriteriet).
- Den vesentlige delen av aktiviteten til leverandøren må være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiver (omsetning- eller aktivitetskriteriet).

I tillegg følger det av EU-domstolens avgjørelse i C-26/03 (*Stadt Halle*) og C-324/07 (*Coditel Brabant*) at vilårene for unntaket for vertikalt samarbeid som hovedregel ikke vil være oppfylt dersom det foreligger noe direkte privat eierskap hos leverandøren.

Ettersom unntaket for vertikalt samarbeid anses som et unntak fra hovedregelen om kunngjøringsplikt ved offentlige anskaffelser, skal vilkårene tolkes restriktivt. Videre vil bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt, ligge på den part som påberoper seg at det foreligger et unntak.<sup>124</sup>

En illustrasjon av partsforholdet ved vurdering av om unntaket for vertikalt samarbeid kommer til anvendelse fremgår av følgende figur. Temaet for kapittel 4 fremgår her av den grønne pilen:



Unntaket for vertikalt samarbeid er nå kodifisert i det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 12 og i departementets forslag til ny anskaffelsesforskrift §§ 2-8, 2-9 og 2-11:

### **§ 2-8. Utvidet egenregi**

*(1) Reglene i anskaffelsesloven og denne forskriften gjelder ikke når oppdragsgiver tildeler kontrakter til et annet rettssubjekt*

*(a) som oppdragsgiver utøver en kontroll over som svarer til den kontroll han utøver over sin egen virksomhet,*

*b) som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiver eller andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer, og*

*(c) som det ikke er direkte private kapitalandeler i.*

*(2) Kravet til kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når oppdragsgiver utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte*

<sup>124</sup> Jf. C-26/03 (Stadt Halle) premiss 46.

rettssubjektet. Slik kontroll kan også utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer på samme måte.

(3) Når vilkårene i første ledd er oppfylt, gjelder reglene i anskaffelsesloven og denne forskriften heller ikke når det kontrollerte rettssubjektet tildeler kontrakter til det kontrollerende rettssubjektet eller andre rettssubjekter som det kontrollerende rettssubjektet kontrollerer. Dette gjelder bare når det heller ikke er direkte private kapitalandeler i rettssubjektet som blir tildelt kontrakten.

### **§ 2-9. Felles kontroll**

(1) Selv om en oppdragsgiver alene ikke oppfyller vilkårene i § 2-8 første ledd, gjelder reglene i anskaffelsesloven og denne forskriften heller ikke når han tildeler kontrakter til et annet rettssubjekt

(a) som oppdragsgiver og andre oppdragsgivere i fellesskap utøver en kontroll over som svarer til den kontroll de utøver over sin egen virksomhet,

(b) som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer, og

(c) som det ikke er direkte private kapitalandeler i.

(2) Kravet til felles kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når

a) det kontrollerte rettssubjektets styrende organer er sammensatt av representanter for alle oppdragsgiverne. En representant kan representere flere av eller alle oppdragsgiverne;

b) oppdragsgiverne i fellesskap utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet, og

c) det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølger interesser som er i strid med oppdragsgivernes interesser.

### **§ 2-11. Beregning av aktivitet**

(1) Beregningen av prosentvis aktivitet etter §§ 2-8 første ledd bokstav b, 2-9 første ledd bokstav b og 2-10 bokstav c skal baseres på enten gjennomsnittlig omsetning eller annen egnet aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene.

(2) Beregningen skal baseres på virksomhetens aktiviteter de siste tre årene før kontrakten blir inngått. Dette gjelder ikke dersom det ikke finnes relevante omsetningstall eller andre opplysninger for den aktuelle perioden fordi virksomheten ble stiftet eller aktivitetene ble igangsatt eller endret i perioden. Det er tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er sannsynlig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling.

#### 4.3.2.2 Kontrollkriteriet

Kontrollkriteriet er nå formulert i forslag til ny anskaffelsesforskrift § 2-8 første ledd bokstav a.<sup>125</sup>

For at dette kriteriet skal være oppfylt må kommunen kunne utøve tilsvarende kontroll over leverandøren som den kan utøve over egen virksomhet. Slik kontroll vil foreligge når kommunen utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet (altså leverandøren), jf. §§ 2-8 annet ledd og 2-9 annet ledd bokstav b. I vurderingen av om kriteriet er oppfylt skal det legges vekt på alle relevante rettslige og faktiske forhold.

Ved vurderingen av om unntaket for vertikalt samarbeid er oppfylt vil det i mange tilfeller være vurderingen av kontrollkriteriet som byr på flest utfordringer.

Det følger av EU-domstolens praksis at et sentralt moment i kontrollvurderingen vil være å se på oppdragsgivers eierskap i leverandørens virksomhet.<sup>126</sup> Som oftest vil eierskap være en forutsetning for at kontrollkriteriet skal være oppfylt. Eierskap vil imidlertid i seg selv ikke være tilstrekkelig for å oppfylle kontrollkriteriet. Det er blant annet flere eksempler fra EU-domstolen der kontrollkriteriet ikke ble ansett å være oppfylt, til tross for at oppdragsgiver eide 100 prosent, eller nesten 100 prosent, av aksjene i leverandørselskapet.<sup>127</sup>

Valget av organisasjonsmodell kan også få betydning for kontrollvurderingen. Advokatfirmaet Hjort har i en rapport skrevet på oppdrag for Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD) tolket EU-domstolens avgjørelser i C-458/03 (*Parking Brixen*) og i C-327/07 (*Coditel Brabant*) dit hen at kontrollkriteriet lettere vil være oppfylt der oppdragstaker er organisert i former som kan hevdes å ligge nærmere forvaltningshierarkiets styringsform enn de privatrettslige.<sup>128</sup> Vi er enige i denne vurderingen. Samtidig vil vi understreke at valg av organisasjonsform ikke er avgjørende for om kontrollkriteriet er oppfylt.<sup>129</sup> På generelt grunnlag vil det imidlertid trolig være lettere å oppfylle kontrollkriteriet i et § 27 samarbeid eller interkommunal selskap etter IKS-loven, sammenlignet med et aksjeselskap (fordi førstnevnte på generell basis legger opp til en sterkere tilknytning med samarbeidsorganet enn sistnevnte).

---

<sup>125</sup> Tilsvarende i anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 1 bokstav a. Kontrollkriteriet slik det er formulert i direktivet er en direkte videreføring av kontrollkriteriet slik det er utviklet i rettspraksis. Tidligere praksis om kontrollkriteriet vil derfor fortsatt være relevant ved vurderingen av kontrollkriteriets innhold.

<sup>126</sup> Jf. sak C-324/07 (*Coditel*).

<sup>127</sup> Se f.eks. EU-domstolens avgjørelser i C-458/03 (*Parking Brixen*) og C-340/04 (*Carbotermo*).

<sup>128</sup> «Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid - Forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger» (2014) side 30. Rapporten vurderer innholdet i bestemmelsene om vertikalt og horisontalt samarbeid i de tre nye anskaffelsesdirektivene, sett i lys av EU-domstolens praksis om anskaffelsesreglens anvendelse på slikt samarbeid. Rapporten tar også for seg hvilke konsekvenser den nye unntaksreguleringen vil kunne få for kommuners og fylkeskommuners adgang til å samarbeide om å utføre oppgaver gjennom ulike former for interkommunalt samarbeid. Rapporten vil i det følgende bli omtalt som «Hjort-rapporten». Rapporten er tilgjengelig her:

[https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/komm/rapporter/anskaffelsesdirektiv\\_hjort\\_rapport.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/komm/rapporter/anskaffelsesdirektiv_hjort_rapport.pdf)

<sup>129</sup> Jf. også EU-domstolens avgjørelse i C-410/04 (*ANAV*).

Foruten eierskap og organisasjonsform så følger det også av rettspraksis fra EU-domstolen<sup>130</sup> at relevante momenter vil være å se på oppdragsgivers mulighet til å øve innflytelse gjennom deltakelse i styret, representantskap eller lignende organer, fastsettelse av formål, kontroll og tilsyn med økonomiske og kommersielle disposisjoner mv. og daglig ledelse, samt strategiske valg av betydning for organets planer og muligheter. Hvilke fullmakter som er tillagt leverandørselskapet og hvorvidt oppdragsgiver har sikret seg tilstrekkelige kontroll- og tilsynsbeføyelser vil her stå sentralt.

Oppdragsgivers mulighet til å utøve operasjonelle beføyelser, som for eksempel å regulere leverandørselskapets godtgjørelse, vil også kunne være et moment i kontrollvurderingen.<sup>131</sup> Merk imidlertid at momenter som kan bidra til oppfyllelse av kontrollkriteriet i visse tilfeller kan komme i motstrid til prinsipper for god eierstyring. At generalforsamlingen i et aksjeselskap i detalj skal kunne fastsette hvilke priser og tjenester selskapet skal tilby vil til eksempel gi eierne innflytelse over selskapet, men kan samtidig være uheldig ut fra rollefordelingen mellom eier og driftsledelse. Se mer om denne problematikken i kapittel 3.

Ytterligere et moment kan være leverandørens markedsorientering. Det sentrale vurderingstemaet i dette henseende, er om leverandøren forfølger markedsorienterte formål i en slik grad at dette kan gå utover de allmenne formål som forfølges av leverandørens kontrollerende oppdragsgiver(e). Hjort skriver i sin rapport om offentlig-offentlig samarbeid at sentrale momenter i denne vurderingen vil være organets *materielle virksomhetsområde* (for eksempel om dette er utvidet fra mer tradisjonelle offentlige oppgaver til å omhandle kommersielle tjenester), *geografisk ekspansjon* (for eksempel om organet opererer utenfor eiernes territorium), *organets muligheter til å kontrahere med tredjepersoner* (særlig private aktører) og endelig om det foreligger *planer om å privatisere organets virksomhet*. I så fall kan dette være momenter som taler for at organet har en viss markedsorientering.<sup>132</sup> Så lenge aktivitetskriteriet er oppfylt, skal det imidlertid etter vårt syn trolig mye til for at leverandørens virksomhet er så markedsorientert at ikke kontrollkriteriet er oppfylt.

I et interkommunalt samarbeid vil situasjonen normalt være slik at én kommune ikke selv vil kunne utøve kontroll over samarbeidet alene. Når flere offentlige oppdragsgivere eier et selskap i fellesskap, kan kontrollkriteriet tilfredsstilles ved at kontrollen utføres av eierne i fellesskap. Dette følger av EU-domstolens praksis<sup>133</sup> og er nå også kodifisert i departementets forslag til forskrift § 2-9. Det åpnes her for at flere kommuner kan oppfylle kontrollkriteriet. Forutsetningen er at kommunene kan utøve den nødvendige kontroll med samarbeidet/selskapet i fellesskap. Dette er i tråd med tidligere rettspraksis fra EU-domstolen.<sup>134</sup> Hva som kreves for å oppfylle kravet til felles kontroll er nærmere utdypet i forslaget § 2-9 annet ledd. Det er her blant annet presisert at et medlem i det styrende organet kan representere en eller flere av eierne, jf. annet ledd bokstav a.<sup>135</sup> Selve

---

<sup>130</sup> Se bl.a. C-340/04 (Carbotermo) premiss 36-38 og C-458/03 (Parking Brixen) premiss 65-71.

<sup>131</sup> Se bl.a. C-371/05 (Mantova) premiss 25.

<sup>132</sup> Se Hjort-rapporten (2014) side 33 flg. for en nærmere gjennomgang av betydningen av leverandørens markedsorientering.

<sup>133</sup> Se for eksempel sak C-324/07 (Coditel).

<sup>134</sup> Se sakene C-295/05 (Tragsa), C-371/05 (Mantova), C-324/07 (Coditel), C-573/07 (Sea) og de forente sakene C-182 og 183/11 (Econord).

<sup>135</sup> At unntaket for vertikalt samarbeid også kan komme til anvendelse i slike tilfeller er i tråd med EU-domstolens avgjørelser i C-295/05 (Tragsa), samt i de etterfølgende avgjørelsene C-371/05 (Mantova), C-324/07 (Coditel Brabant), C-573/07 (Sea) og de forente sakene C-182 og 183/11 (Econord).

kontrollen som utøves over det kontrollerte rettssubjektet (samarbeidsorganet/leverandøren) må altså være den samme, enten organet kontrolleres av én eller flere oppdragsgivere.

Det følger av ordlyden i forslag til den nye forskriftsbestemmelsen i § 2-9 annet ledd bokstav at det kontrollerte rettssubjektet må være sammensatt av representanter for «*alle oppdragsgiverne*» for at kontrollkriteriet skal være oppfylt. Det følger imidlertid av bestemmelsens annet punktum at «*[e]n representant kan representere flere av eller alle oppdragsgiverne*». Bortsett fra kravet i § 2-9 annet ledd bokstav a oppstilles det etter bestemmelsen ikke ytterligere krav til kontrollutøvelsen i tilfellene der det kontrollerte rettssubjektet kontrolleres av flere oppdragsgivere.

På bakgrunn av praksis fra EU-domstolen<sup>136</sup> må det imidlertid trolig oppstilles som krav at hver enkelt kommune i et samarbeid må kunne utøve et visst minimum av innflytelse over samarbeidsorganets virksomhet og at det ikke er tilstrekkelig at bare én av deltakerkommunene kan utøve slik kontroll.

Advokatfirmaet Hjort skriver i den nevnte rapporten til Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD)<sup>137</sup> at:

*«Dersom oppdragsgivers tilknytning til oppdragstaker utelukkende fremstår som en ren formalitet gjennomført for å kunne tildele kontrakter utenfor anskaffelsesregelverket, og ordningen derfor fremstår som et forsøk på omgåelse av anskaffelsesreglene, vil EU-domstolen trolig gripe inn mot dette.»*

Vi er enige i dette, men hva som vil være et *minimum av innflytelse* er ikke klart og må nok ofte bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

### **Oppsummering:**

På bakgrunn av praksis fra EU-domstolen, det nye anskaffelsesdirektivet og departementets forslag til ny anskaffelsesforskrift så kan følgende spørsmål benyttes for å belyse om kontrollkriteriet er oppfylt:

- Hvor stor er kommunens eierandel i samarbeidsorganet?
- Hvilken organisasjonsform har samarbeidsorganet valgt? Ligger organisasjonsmodellen nærmest forvaltningshierarkiets styringsform eller de privatrettslige?
- Hvordan er kommunene representert i samarbeidsorganet ledende organer (styret, representantskapet eller lignende)?
- Har kommunene fastsatt formålet i samarbeidsorganet?
- Har kommunene gitt vide fullmakter til samarbeidsorganet uten å forbeholde seg kontrollbeføyelser?

---

<sup>136</sup> Se de forente sakene C-182/11 og 183/11 (Econord).

<sup>137</sup> «Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid - Forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger» (2014) side 46.

- Har kommunene gjort tiltak for å styrke sin innflytelse over strategiske mål og viktige beslutninger i samarbeidsorganet (er det bygget inn styringsmuligheter som går utover «normalmodellen» i selskapslovgivningen, eksempelvis ved å endre selskapsavtalen eller vedtektene)?
- Kan kommunene føre tilsyn og kontroll med økonomiske og kommersielle disposisjoner og daglig ledelse?
- Hvor selvstendig opptrer samarbeidsorganet?
- Kan oppdragsgiver utøve noen operasjonelle beføyelser over samarbeidsorganet (eksempel fastsette priser og bestemme over utøvelsen av tjenesten)?

#### 4.3.2.3 Aktivitetskriteriet

Det andre vilkåret for at unntaket for vertikalt samarbeid skal være oppfylt er at den vesentlige delen av aktiviteten til leverandøren må være rettet mot kontrollerende oppdragsgiver (*aktivitetskriteriet*). Hensynet bak kriteriet er å sikre at offentlig eide leverandører som opererer i et marked ved å tilby sine tjenester til private eller offentlige myndigheter, ikke bidrar til uheldig konkurransevridning.<sup>138</sup>

Aktivitetskriteriet er regulert i departementets forslag til forskrift § 2-8 første ledd bokstav b.<sup>139</sup>

Aktivitetskriteriet er oppfylt dersom minst 80 prosent av virksomheten i samarbeidet er rettet mot kommunen eller enheter som er underlagt kommunens kontroll. Det er ikke noe krav om at kommunen selv direkte nyter godt av samarbeidets ytelser. Vilkåret vil også være oppfylt dersom det for eksempel er skoleelevene i kommunen som mottar ytelsen.

EU-domstolens avgjørelse i *Teckal*<sup>140</sup> oppstilte et krav om at den vesentlige delen av aktiviteten til leverandøren må være knyttet til kontrollerende oppdragsgiver. At dette kravet nå uttrykkelig er satt til 80 prosent er en nyvinning og endring/presisering av gjeldende rett.

Ved vurderingen av om aktivitetskriteriet er oppfylt for kommunale IKT-samarbeid så er det aktiviteten som er rettet mot *andre* enheter enn dem som er kontrollert av oppdragsgiverne som må vurderes. Det betyr at dersom samarbeidsorganet også utfører oppdrag for private, eller for kommuner som ikke er en del av samarbeidet, så vil dette måtte tas med når det vurderes om aktivitetskriteriet er oppfylt. Samarbeidsorganets samlede aktivitet som er rettet mot eksterne oppdragsgivere må da holdes opp mot samarbeidsorganets samlede aktivitet som er rettet mot de kontrollerende samarbeidskommunene (deltakerkommunene i samarbeidet eller enheter kontrollert av disse). Dersom aktiviteten som er rettet mot eksterne overstiger 20 prosent vil ikke aktivitetskriteriet være oppfylt.

<sup>138</sup> Anders Thue, Anne Buan, Kristine Røed Brun: «Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer» (2013) side 258.

<sup>139</sup> Tilsvarende i anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 1 bokstav b.

<sup>140</sup> C-107/98.



Forslaget til ny forskrift inneholder også forslag til en bestemmelse om beregningsmåten for oppfyllelsen av aktivitetskriteriet i § 2-11. Det følger her at når man skal beregne prosentandelen, så er det i utgangspunktet den gjennomsnittlige omsetningen de siste tre år som skal legges til grunn.

#### 4.3.2.4 Ingen direkte privat kapital

Dersom det er direkte privat kapital i den kontrollerte virksomheten, er det utelukket å bruke unntaket for vertikalt samarbeid. Dette følger av tidligere rettspraksis og er nå kodifisert i forslaget til ny § 2-8 første ledd bokstav c.<sup>141</sup>

Merk at det følger av EU-domstolens praksis at en ren hypotetisk mulighet for privat deltakelse ikke utelukker at unntaket for vertikalt samarbeid kan oppfylles.<sup>142</sup> Det vil si at det faktisk at et aksjeselskap *kan* ha private eiere ikke utelukker bruk av unntaket for vertikalt samarbeid. Det må rent faktisk foreligge privat deltakelse for at kontrollvilkåret ikke kan anses oppfylt.

I anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 3 bokstav c er det tatt inn et forbehold om at forbudet mot privat kapital ikke gjelder der det foreligger private eierandeler som ikke medfører verken positiv eller negativ kontroll, når de private eierandeler er pålagt etter nasjonal lovgivning. Departementet skriver i høringsnotatet til forslaget til ny forskrift at de er usikre på hvilken verdi denne reservasjonen kan ha i Norge, altså om det finnes slike nasjonale ordninger med lovpålagt privat eierskap. Forbeholdet i direktivteksten er derfor ikke tatt inn i forslaget til ny forskrift.<sup>143</sup>

Vi er ikke kjent med at det eksisterer noe lovpålagt krav om privat deltakelse, i hvert fall ikke for kommunale IKT-samarbeid. Vi går derfor ikke nærmere inn på en drøftelse av betydningen av eventuelt lovpålagt privat eierskap.

Privat eierskap som ikke følger av lov utelukker som utgangspunkt at unntaket om vertikalt samarbeid kan komme til anvendelse. Hvorvidt det er privat eierskap i et selskap eller ikke vil bero på en konkret vurdering av de faktiske forhold i det enkelte tilfellet. Vi avgrenser derfor i all hovedsak mot en drøftelse av dette når vi gjennomgår de ulike organisasjonsmodellene. Vi nevner imidlertid at enkelte organisasjonsmodeller, som for eksempel interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 og interkommunalt selskap etter IKS-loven, uansett stenger for at private rettssubjekter kan delta. Problemstillingen med privat eierskap vil derfor i disse tilfellene derfor ikke komme på spissen.

#### 4.3.2.5 Nærmere om «omvendt» vertikalt samarbeid og samarbeid mellom søstre

Praksis fra EU-domstolen har foreløpig kun vurdert regulære vertikale samarbeidskonstellasjoner, altså at mor får ytelser fra datter. Hvordan situasjonen er for tilfeller der datter får ytelser fra mor («omvendt» vertikalt samarbeid) eller for tilfeller der to døtre får ytelser fra hverandre<sup>144</sup> har hittil ikke vært vurdert.

---

<sup>141</sup> Tilsvarende i anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 1 bokstav c.

<sup>142</sup> Sak C-371/05 (Mantua) premiss 29.

<sup>143</sup> Se omtale av dette i høringsnotatet til endringer i klassisk forskrift punkt 2.3. Høringsnotatet og forslaget til ny forskrift er tilgjengelig her:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf>

<sup>144</sup> Kontrakter mellom søsterselskaper omtales noen ganger for «horisontalt samarbeid». Dette må imidlertid ikke forveksles med «horisontalt samarbeid» slik begrepet brukes for den typen samarbeid som ble vurdert av EU-domstolen i *Hamburg-dommen* (C-480/06) og som er regulert i forslag til ny anskaffelsesforskrift § 2-10.

Det nye anskaffelsesdirektivet gir nyttig avklaring på disse punktene og stadfester i artikkel 12 nr. 2 at unntaket for vertikalt samarbeid også gjelder der det kontrollerte rettssubjektet tildeler en kontrakt til sin kontrollerende oppdragsgiver, for eksempel at datterselskapet anskaffer en ytelse fra morselskapet («omvendt» vertikalt samarbeid). Det er også slått fast at tildelinger til et annet rettssubjekt som er kontrollert av den samme oppdragsgiveren (samarbeid mellom søstre) også kan omfattes av unntaket for vertikalt samarbeid. Et vilkår er at det ikke deltar noen privat kapital i den virksomhet som får tildelt oppdraget.

Tilsvarende fremgår også av departementets forslag til ny forskrift § 2-8 tredje ledd.

Også Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har i sak 2013/99 konkludert med at regelverket åpner opp for omvendt vertikalt samarbeid. Saken gjaldt levering av datamaskinrelaterte driftstjenester fra IKT-avdelingen til morselskapet Helse Nord RHF, til et heleid datterselskap (Universitetssykehuset Nord-Norge HF/innklagede). Nemnda uttalte i sin vurdering at;

*«Det avgjørende må være om de hensyn som ligger bak unntaket for utvidet egenregi, gjør seg gjeldende i en samarbeidskonstellasjon som den foreliggende, og at ikke andre mothensyn gjør seg gjeldende i en slik grad at samarbeidskonstellasjonen ikke kan aksepteres.»*

Vi mener at KOFAs avgjørelse taler for at unntak for omvendte vertikale samarbeidskonstellasjoner også må kunne unntas fra anskaffelsesregelverket før forslaget til ny forskrift er trådt i kraft.

På tross av klargjøring i direktiv og forslag til ny forskrift så kan det diskuteres hvordan kontrollkriteriet skal forstås ved omvendt vertikale samarbeid og samarbeid mellom søstre. Her gir verken direktivet eller forskriftsutkastets ordlyd noe klart svar.

Vi mener det vil være lite naturlig at et datterselskap kontrollerer sitt morselskap. Det må derfor trolig legges til grunn at ved vurderingen av kontrollkriteriet for omvendt vertikale konstellasjoner så vil kontrollkriteriet måtte vurderes på vanlig måte. Altså hvorvidt mor har tilstrekkelig kontroll over datter. Den nevnte avgjørelsen fra KOFA underbygger også at kontrollkriteriet må forstås på denne måten.

For tildelinger mellom søstre så må det trolig legges til grunn at det avgjørende er hvorvidt søsterselskapene er underlagt den nødvendige kontroll av sin felles eier.<sup>145</sup>

Forståelsen av aktivitetskriteriet er imidlertid mer uavklart. Verken direktivteksten eller forslaget til ny forskrift gir noe klart svar på hvem som må oppfylle aktivitetskriteriet; det underliggende kontrollerte organ eller det overordnede kontrollerende organ? Forståelsen av aktivitetskriteriet ble heller ikke problematisert av klagenemnda eller partene i den aktuelle KOFA-saken.

Advokatfirmaet Hjort argumenterer i rapporten om offentlig-offentlig samarbeid med at ordlyden i direktivet artikkel 12 nr. 2 henviser til artikkel 12 nr. 1, noe som indikerer at de to bestemmelsene må leses i sammenheng.<sup>146</sup> Vi mener at det er gode grunner for denne tolkningen. Ved forståelsen av vilkårene for omvendt vertikalt samarbeid regulert i artikkel 12 nr. 2, må det derfor ses hen til forståelsen av aktivitetskriteriet i artikkel 12. nr. 1. Hjort trekker imidlertid ingen konklusjoner, ut

<sup>145</sup> Jf. også slik i Hjort-rapporten (2014) side 47.

<sup>146</sup> Jf. Hjort-rapporten (2014) side 47.

over å påpeke den usikkerhet som foreligger. Hvis det skal ses hen til forståelsen av aktivitetskriteriet ved regulært vertikalt samarbeid er det kanskje mest nærliggende å vurdere aktivitetskriteriet for «leverandørsiden» i samarbeidet, noe som ved omvendt vertikalt samarbeid vil være mor. Eventuelt at både mor og datter må oppfylle aktivitetskriteriet. Spørsmålet må imidlertid vurderes som usikkert.

For tildelinger mellom søstre skriver Hjort-rapporten at: «Unntaket for utvidet egenregi vil i så fall bare komme til anvendelse i disse tilfellene dersom "søsterens" aktivitet på markedet ikke utgjør mer enn 20 % av enhetens samlede aktivitet.»<sup>147</sup> Dette må trolig forstås dit hen at de mener at det er søstrene som må oppfylle aktivitetskriteriet. Vi mener også at det er mest nærliggende å tolke aktivitetskriteriet på denne måten, men understreker samtidig at det er vanskelig å gi noen klar vurdering så lenge spørsmålet ikke har vært vurdert av EU-domstolen og verken anskaffelsesdirektivet eller forskriftsutkastet gir særlig veiledning.

Når situasjonen er såpass uavklart kan det nok uansett være fornuftig å publisere en intensjonskunngjøring (omtalt ovenfor i punkt 4.2.7) dersom et samarbeid står overfor en situasjon der det kan diskuteres om aktivitetskriteriet er oppfylt i et omvendt vertikalt samarbeid eller et samarbeid mellom søstre.

### 4.3.3 Unntaket for horisontalt samarbeid

#### 4.3.3.1 Innledning

Unntaket for horisontalt samarbeid kommer til anvendelse der to eller flere offentlige organer samarbeider uten at det opprettes noe felleseid organ. Unntaket omtales også som *ikke-institusjonalisert samarbeid* eller *offentlig-offentlig samarbeid*, men vil i det følgende bli omtalt som *horisontalt samarbeid*. Bakgrunnen for unntaket er at det offentlige skal stå fritt til å organisere sin virksomhet på den måte som det finner mest hensiktsmessig for å løse sine oppgaver.

Tidligere har utgangspunktet vært at et slikt samarbeid måtte følge anskaffelsesregelverket. Dette endret seg imidlertid ved EU-domstolens dom i den såkalte *Hamburg-saken*.<sup>148</sup> Etter *Hamburg-saken* er det åpnet for at offentlige organer som samarbeider uten at det opprettes felleseide organer og uten at vilkårene for unntaket for vertikalt samarbeid er oppfylt, kan gjøre dette uten å følge anskaffelsesregelverket. Dette omtales som unntak for horisontalt samarbeid og forskjellen fra vertikalt samarbeid ligger i at det ikke opprettes noe felleseid organ.

Hamburg-saken gjaldt flere kommuners samarbeid om avfallshåndtering. Avtalen gikk ut på at *Stadtreinigung Hamburg* stilte kapasitet ved sitt forbrenningsanlegg *Rugenberger Damm* til disposisjon for de andre kommunene. Kommunene overførte så et beløp til aktøren som drev anlegget etter kontrakt med *Stadtreinigung Hamburg*, og påtok seg å stille områder til disposisjon for deponering av restavfallet.

EU-domstolen frikjente Tyskland under henvisning til at;

- EU-retten ikke stiller krav til organisasjonsformen som velges når offentlige oppdragsgivere utfører sine (offentlige) oppgaver.

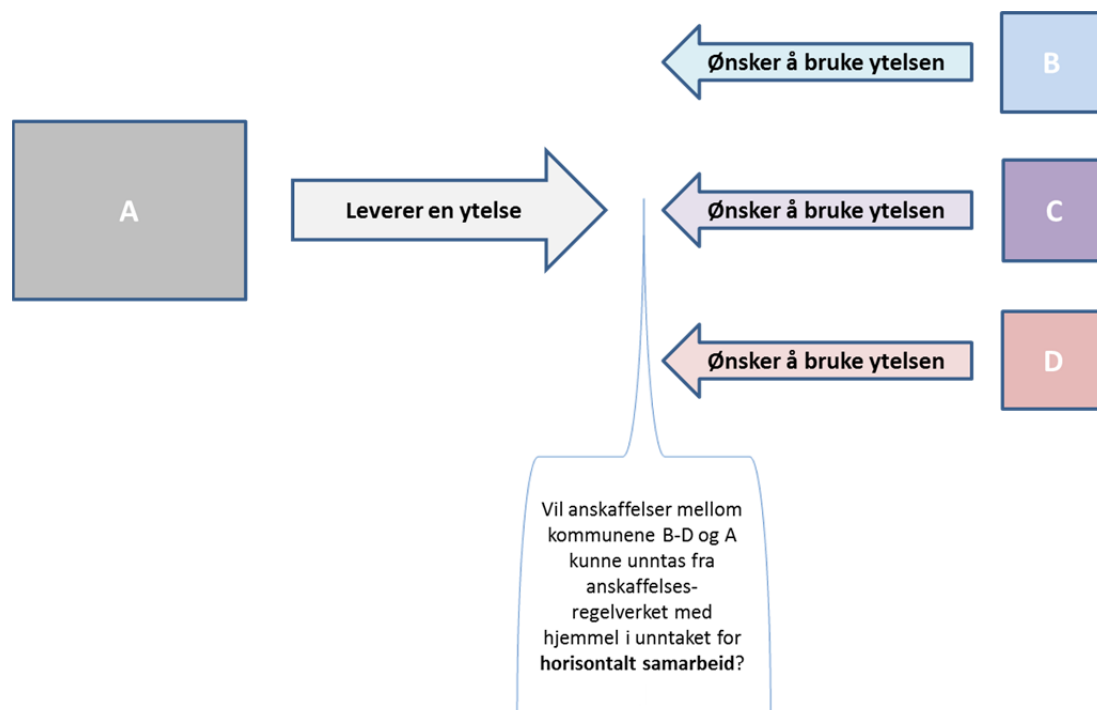
<sup>147</sup> Se Hjort-rapporten (2014) side 48.

<sup>148</sup> Sak C-480/06.

- Samarbeid mellom offentlige oppdragsgivere ikke undergraver anskaffelsesreglernes formål så lenge det utelukkende forfølger allmenne hensyn og ingen private vinner noen fordel ved det.
- Det ikke forelå tegn på at samarbeidet var gjennomført i omgåelsesøyemed.

EU-domstolens avgjørelse i *Hamburg* er senere benyttet som grunnlag for et unntak for horisontalt samarbeid.

En illustrasjon av partsforholdene ved vurdering av unntaket for horisontalt samarbeid kan illustreres av følgende figur:



I motsetning til ved vurdering av unntaket for vertikalt samarbeid så er særtrekket ved vurderingen av unntaket for horisontalt samarbeid at det ikke opprettes et eget samarbeidsorgan. Det er med andre ord ingen organisatorisk overbygning.

Unntaket for horisontalt samarbeid er nå kodifisert i det nye anskaffelsesdirektivet<sup>149</sup> og i departementets forslag til ny anskaffelsesforskrift § 2-10, se under. På tross av klargjøring gjennom anskaffelsesdirektivet og departementets forslag til ny forskriftsbestemmelse så er det fremdeles betydelig usikkerhet om rekkevidden av unntaket og hvor strengt vilkårene skal forstås. Det vil etter alt å dømme bli opp til EU-domstolen å fastsette de nærmere grensene for forståelsen av unntaket.

### **§ 2-10. Samarbeidsavtaler**

*Reglene i anskaffelsesloven og denne forskriften gjelder ikke for kontrakter som inngås utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid*

<sup>149</sup> Se artikkel 12 nr. 4.

(a) som har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå felles mål,

(b) som blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser, og

(c) der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne.

#### 4.3.3.2 Formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå felles mål

Etter departementets forslag til forskrift § 2-10 bokstav a<sup>150</sup> kan samarbeidet bare unntas fra anskaffelsesreglenes anvendelsesområde dersom samarbeidet har til formål å utføre offentlige oppgaver, som realiserer formål de samarbeidende oppdragsgivere har felles.

Ordlyden i forskriftsutkastet og den danske direktivteksten bruker henholdsvis ordlyden «offentlige oppgaver» og «offentlige tjenester». Det følger imidlertid av fortalen i direktivet at unntaket kommer til anvendelse uansett om oppdragsgiverne er pålagt å utføre oppgavene samarbeidet gjelder, eller om oppdragsgiverne har påtatt seg å utføre disse frivillig.<sup>151</sup>

Det må derfor legges til grunn at det er en vid adgang til hvilke oppgaver samarbeidet kan dreie seg om.<sup>152</sup> Samarbeid om IKT (som denne utredningen gjelder) må i hvert fall være omfattet.<sup>153</sup> Man bør likevel være oppmerksom på begrensningen som ligger i forslag til forskrift § 2-10 bokstav b om at samarbeidet «blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser». Det ligger her en avgrensning mot rent forretningsmessig virksomhet.

Forslag til forskrift § 2-10 bokstav a er en oversettelse av direktivteksten<sup>154</sup> og forskriftsbestemmelsen må tolkes i lys av direktivet. I direktivets fortale<sup>155</sup> står det følgende i den danske oversettelsen:

*«For at opfylde disse betingelser bør samarbejdet baseres på en samarbejdsmetode. Et sådant samarbejde kræver ikke, at alle de deltagende myndigheder påtager sig udførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser, så længe der er forpligtelser, der bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse. Desuden bør gennemførelsen af samarbejdet, herunder enhver finansiel overførsel mellem de deltagende ordregivende myndigheder, udelukkende være underlagt hensyn af almen interesse.»*

Advokatfirmaet Hjort skriver i sin rapport til departementet at det er i dette avsnittet at den virkelige begrensningen ligger. De skriver;

*«i dette ligger at det ikke kan dreie seg om en ordinær kontrakt, der en oppdragsgiver kjøper varer eller tjenester fra en annen. Snarere må det være tale om et tilfelle der alle samarbeidspartene bidrar aktivt for å få oppgavene utført.»*<sup>156</sup>

<sup>150</sup> Tilsvarende i direktivet artikkel 12 nr. 4 bokstav a.

<sup>151</sup> Se direktivets fortale punkt 33.

<sup>152</sup> Se også slik; Hjort-rapporten (2014) side 52.

<sup>153</sup> Se også departementets veileder (2013) side 40.

<sup>154</sup> Se artikkel 12 nr. 4 bokstav a.

<sup>155</sup> Se punkt 33.

<sup>156</sup> Se Hjort-rapporten side 53.

Vi er enige i at det må foreligge et element av gjensidighet mellom partene i samarbeidet og at dette kan utledes av fortalen i direktivet. Videre er vi enige i at kravet til gjensidighet eller kravet om at det må foreligge et reelt samarbeid trolig vil representere den største utfordringen når unntaket for horisontalt samarbeid vurderes. Dette gjelder nok også ved vurderingen av kommunale IKT-samarbeid.

Vi mener imidlertid at Hjort-rapporten sannsynligvis er litt streng i tolkningen av hva som kreves for at det skal foreligge gjensidighet/et reelt samarbeid. Hjorts syn går også noe lenger enn hva vi mener følger av en naturlig språklig fortolkning av ordlyden i direktivet. Hjorts forståelse må også anses som strengere enn synet som legges til grunn i departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser. Det heter her at:

*«Formålet med samarbeidet må være å sikre gjennomføring av offentlige oppgaver som alle samarbeidende deltakere må utføre. Et slikt samarbeid må være karakterisert av deltagelse og gjensidig plikt for oppdragsgiverne og være ledet av et genuint ønske om å skape gjensidige synergieffekter. Dette betyr ikke nødvendigvis at hver av deltakerne i samarbeidet må delta likt i utøvelsen av oppgavene: Samarbeidet kan være basert på oppdeling av oppgaver eller på en viss spesialisering mellom oppdragsgiverne. **Etter departementets mening er det ikke påkrevd at alle samarbeidsdeltakere faktisk utfører oppgaver så lenge alle har avgjørende innflytelse på utøvelsen.**» (vår utheving)<sup>157</sup>*

Det skal nevnes at teksten i veilederen ble skrevet før det nye anskaffelsesdirektivet formelt ble vedtatt. Vi mener det likevel er gode grunner for at departementets syn i veilederen fortsatt kan legges til grunn, og at det ikke kan kreves at alle deltakerne i samarbeidet faktisk må være med å utføre oppgavene.

Det kan stilles spørsmål ved hvor fritt samarbeidspartene står når kravet til gjensidighet og reelt samarbeid skal oppfylles. Vil det for eksempel være mulig at en kommune bidrar med å vedlikeholde og videreutvikle et IKT-system for samarbeidet, mens en annen kommunes bidrag er noe helt annet, for eksempel å brøyte veiene til kommunene i samarbeidet? For å få veiledning i dette spørsmålet må vi se nærmere på ordlyden i fortalen i anskaffelsesdirektivet der kravet til gjensidighet og reelt samarbeid kan utledes fra. Det heter i fortalen premiss 33 siste avsnitt at;

*«Et sådant samarbeide kræver ikke, at alle de deltagende myndigheder påtager sig udførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser, så længe der er forpligtelser, der **bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse.**» [vår utheving]*

Ordlyden «den pågældende offentlige tjenesteydelse», eller «public service in question» som det står i den engelske oversettelsen, taler etter vårt syn i retning av at bidragene fra samarbeidskommunene må ha en saklig sammenheng til det samarbeidet gjelder. Dersom samarbeidet gjelder IKT-tjenester så kan vi derfor vanskelig se at en av kommunenes bidrag inn i

---

<sup>157</sup> Se Departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) punkt 3.1.3. Veilederen er tilgjengelig her: [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilederer\\_2013.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilederer_2013.pdf)

samarbeidet kan være å brøyte veier for kommunene i samarbeidet.<sup>158</sup> Det er imidlertid ikke noe krav at deltakerne i samarbeidet må delta likt i utøvelsen av oppgavene. Det må for eksempel bety at en av samarbeidskommunenes bidrag for eksempel kan være å stille til rådighet lokaler for oppbevaring av serverne til IKT-samarbeidet, mens en annen samarbeidskommunes kan bidra med personell til å vedlikeholde en IKT-løsning.

Hvor den nedre grensen går for hva som er tilstrekkelig for å oppfylle kravet til gjensidighet og reelt samarbeid, er imidlertid ikke avklart. Det vil derfor trolig være opp til EU-domstolen å fastsette den nedre grensen, både hva gjelder omfang og hvilke typetilfeller som kan aksepteres for at vilkåret skal være oppfylt.

#### 4.3.3.3 Utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser

Etter forslag til forskrift § 2-10 bokstav b skal samarbeidet utføres utelukkende av hensyn til offentlige interesser.<sup>159</sup> Med dette menes at samarbeidet må ha som formål å utføre offentlige oppgaver, snarere enn å drive kommersiell virksomhet. Vilkåret retter seg sannsynligvis først og fremst til de økonomiske transaksjonene mellom partene.<sup>160</sup>

I henhold til Hjorts rapport må det tilsvarende kravet i direktivet om at gjennomføringen av samarbeidet utelukkende må styres av allmenne hensyn, trolig forstås dit hen at transaksjonene i samarbeidet må begrenses til å utgjøre kostnadsdekning. Idet en eller flere av partene oppnår profitt, er det ikke lenger bare allmenne hensyn, men også kommersielle, som er styrende for samarbeidet.<sup>161</sup>

#### 4.3.3.4 Aktivitetskriteriet

I likhet med vilkårene for unntak for vertikalt samarbeid er det også for horisontalt samarbeid oppstilt et aktivitetsvilkår i forslag til forskrift § 2-10 bokstav c.<sup>162</sup> Det følger her at for at unntaket for horisontalt samarbeid skal komme til anvendelse må aktiviteter som samarbeidet gjelder som blir utført for andre enn oppdragsgiverne (altså aktiviteter på markedet) ikke overstige 20 prosent av oppdragsgivernes aktivitet.

Aktivitetskravet er en nyskaping og EU-domstolen har ikke tidligere oppstilt noe slikt vilkår.

En forskjell mellom vurderingen av aktivitetskriteriet ved vertikalt og horisontalt samarbeid er at for vertikalt samarbeid er det leverandørorganets samlede aktivitet det skal ses hen til mens for horisontalt samarbeid skal det utelukkende ses hen til den type aktivitet som samarbeidet gjelder.

Aktivitetskravet må forstås dit hen at dersom samarbeidet gjelder IKT-tjenester og disse tjenestene også tilbys til private, eller til kommuner som ikke er en del av samarbeidet, så vil aktivitetskriteriet ikke være oppfylt dersom denne andelen overstiger 20 prosent.

---

<sup>158</sup> Vi understreker imidlertid at direktivteksten er forholdsvis vag på dette punktet, slik at dette kun er en antakelse fra vår side.

<sup>159</sup> Tilsvarende direktivet artikkel 12 nr. 4 bokstav b.

<sup>160</sup> Jf. fortalen til direktivet punkt 33.

<sup>161</sup> Se Hjort-rapporten (2014) side 54.

<sup>162</sup> Tilsvarende i direktivet artikkel 12 nr. 4 bokstav c.

#### 4.3.3.5 Oppsummering:

Ved vurdering av om unntaket for horisontalt samarbeid så kan følgende spørsmål benyttes for å belyse om vilkårene er oppfylt:

- Er samarbeidet utelukkende mellom offentlige rettssubjekter uten at noe privat kapital er involvert?
- Dreier det seg om et *reelt samarbeid* og ikke et rent kjøp av tjenester?
- Har samarbeidet som formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå felles mål?
- Overstiger samarbeidets aktivitet rettet mot andre enn deltakerne i samarbeidet (altså aktiviteter rettet mot markedet) 20 prosent?

### 4.4 Interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27

#### 4.4.1 Forholdet til unntaket for vertikalt samarbeid

##### 4.4.1.1 Innledning

Ved samarbeid etter kommuneloven § 27 er det forutsatt at deltakerkommunene oppretter et eget styre til løsning av felles oppgaver. Et styre i et interkommunalt samarbeid etter § 27 vil i noen tilfeller være et eget rettssubjekt og dermed ikke en del av kommunen, i andre tilfeller ikke.<sup>163</sup> For en mer detaljert beskrivelse av hva som utgjør et interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 og når samarbeidet vil utgjøre et selvstendig rettssubjekt vises det til kapittel 3.

Ved vurderingen av om et § 27 samarbeid vil falle inn under unntaket for *vertikalt samarbeid* tas det i det følgende utgangspunkt i at samarbeidet vil utgjøre et selvstendig rettssubjekt. I punkt 4.4.2 gjøres det en vurdering av unntaket for *horisontalt samarbeid* når samarbeidet *ikke* utgjør et selvstendig rettssubjekt.

##### 4.4.1.2 Kontrollkriteriet

Ved vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt vil det være sentralt å vurdere hvorvidt § 27-samarbeidet kan opptre selvstendig og forfølge andre interesser enn deltakerkommunenes.

Her har kommuneloven sikret deltakerkommunene flere viktige kontrollfunksjoner og styret i et § 27 samarbeid har etter kommuneloven begrensede fullmakter for hvilke oppgaver de kan befatte seg med og hvilke beslutninger de kan fatte. Valget av organisasjonsmodell kan derfor i seg selv være en indikasjon på at deltakerkommunene har ønsket å begrense § 27-sammenslutningens selvstendighet.

<sup>164</sup>

Kommunestyrene vil selv vedta både fastsettelse og endring av vedtektene for samarbeidet. Dermed sikres deltakerkommunene inngående kontroll med hva samarbeidet skal drive med og hvilket formål

<sup>163</sup> Om et interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 er et eget rettssubjekt eller ikke må avgjøres utfra en konkret helhetsvurdering. Eksempel på en slik vurdering illustreres av Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1997 s. 623. Det pekes her på at typiske momenter i vurderingen er om organet har selvstendig budsjett og tilsettingsmyndighet. Videre om det har anledning til å inngå avtaler med andre og om et flertall kan binde et mindretall. Se også NOU 1995: 17 «Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet» side 71.

<sup>164</sup> Jf. også Hjort-rapporten (2014) side 72.



det skal ha.<sup>165</sup> Kommunestyrene har også anledning til å fastsette kontrollmekanismer i vedtektene som sikrer kommunene ytterligere kontroll over samarbeidet.

Den enkelte deltakerkommunene kan ikke instruere samarbeidet direkte, men må styre gjennom sin deltakelse i styret. Styret er samarbeidets øverste organ og alle deltakerkommunene skal være representert i dette styret. Dette tilsier at de enkelte kommunene uansett vil ha et minimum av innflytelse over samarbeidet, noe som indikerer at kontrollkriteriet kan være oppfylt. Hvis deltakerkommunene i tillegg velger å la seg representere med egne folkevalgte eller ansatte i kommunen kan kommunens kontroll med samarbeidet styrkes. Dersom representantene i tillegg har ledelsesposisjoner i kommuner, slik som for eksempel ordfører eller rådmann, så vil dette ytterligere kunne styrke at kontrollkriteriet er oppfylt.

Merk at kommuneloven ikke er til hinder for at det kan etableres en styringsstruktur med to organer; et for eierne representativt organ og et underordnet mindre organ (hvor ikke alle eierkommunene er representert), valgt av det øverste organet. Det vil da være det øverste organet som formelt er styre etter § 27.<sup>166</sup> Selv om ikke alle eierkommunene nødvendigvis er representert i det underordnede mindre organet så mener vi at dette som utgangspunkt har begrenset betydning for kontrollvurderingen ettersom det overordnede organet (der alle eierkommunene skal være representert) uansett vil ha full instruksjonsrett og omgjøringsadgang over det underordnede organet og dets vedtak innenfor organets delegerte kompetanse.

Styrets myndighet vil bero på hva deltakerkommunene har delegert til styret. Et interkommunalt styre kan etter kommuneloven § 27 nr. 1 gis myndighet til å treffe avgjørelser som angår «drift og organisering». Styrets kompetanse er således begrenset og i forarbeidene er dette utdypet slik:

*«Dette innebærer at de funksjoner som styret kan tildeles må være relatert til den faktiske virksomhet som samarbeidsprosjektet omfatter».*<sup>167</sup>

Og videre:

*«Avgjørelsesmyndighet i mer prinsipielle og potensielt politisk kontroversielle spørsmål angående forholdet til brukere, større investeringer eller omlegging av virksomheten kan ikke delegeres til styret, men må avgjøres av kommunestyret/fylkestinget eventuelt et fast utvalg eller kommuneråd/fylkesråd som har fått delegert slik myndighet».*<sup>168</sup>

At det ligger en begrensning på at styret ikke kan treffe vedtak i mer prinsipielle saker er også med på å begrense § 27 samarbeidets selvstendighet fra deltakerkommunene og bidrar derfor til oppfyllelse av kontrollkriteriet.

Det er videre opp til deltakerkommunene å fastsette de økonomiske rammene for samarbeidet samt å bestemme om styret skal kunne ta opp lån eller på annen måte pådra deltakerne økonomiske forpliktelser. Etter kommuneloven § 77 nr. 5 jf. § 80 kan dessuten kommunene utføre innsyn og undersøkelser i selskapet gjennom kontrollutvalget og dermed underlegge samarbeidet økonomisk og annen kontroll.

<sup>165</sup> Se Hjort-rapporten (2014) side 73.

<sup>166</sup> Jf. NOU 1995: 17 side 72.

<sup>167</sup> Ot. prp. nr. 42 (1991-1992) s. 112.

<sup>168</sup> Ot.prp. nr. 42 (1991-92) s. 268.

Når det gjelder kravet om at § 27 selskapet må ha begrenset markedsorientering så vil deltakerkommunene kunne påvirke dette gjennom å fastsette formål i vedtektene og begrense omfanget av tjenester som ytes til andre enn eierkommunene.

Et IKT-samarbeid etter kommuneloven § 27 vil bestå av flere deltakerkommuner og i så måte må det vurderes om de særlige kravene til felles kontroll er oppfylt. Som nevnt innledningsvis følger det av EU-domstolens praksis at de enkelte deltakerkommunene må være sikret et minimum av innflytelse for at kontrollkriteriet skal være oppfylt. I et § 27 samarbeid vil den enkelte deltakerkommune ha kontroll over opprettelsen av samarbeidsenheten og vil også vedta fastsettelse og endring av vedtektene for samarbeidet. Hver enkelt deltakerkommune skal også være representert i styret i § 27 samarbeidet. Disse forhold vil etter vårt syn i seg selv sikre den enkelte deltakerkommune et visst minimum av innflytelse over selskapet.

### **Konklusjon**

Momentene som er pekt på ovenfor bidrar samlet sett til at kommunene kan ha bestemmende innflytelse over både strategiske målsettinger og andre viktige beslutninger i samarbeidet ved et samarbeid etter kommuneloven § 27. Vi mener derfor at det er gode grunner for at organisasjonsmodellen i et § 27 samarbeid kan oppfylle kontrollkriteriet.

Vi understreker imidlertid at det alltid må gjøres en konkret vurdering av de faktiske forhold i den enkelte sak og at dette kan tilsi at kontrollkriteriet likevel ikke er oppfylt. Dette vil for eksempel kunne være tilfellet dersom deltakerkommunene i vedtektene har gitt styret store fullmakter over både strategiske mål og viktige beslutninger slik at kontrollkriteriet likevel ikke er oppfylt. Dette må vurderes i det enkelte tilfelle.

#### **4.4.1.3 Aktivitetskriteriet**

Hvorvidt aktivitetskriteriet er oppfylt vil også bero på de faktiske forhold i det enkelte samarbeid.

Det vil være opp til kommunestyrene i vedtektene å fastsette området for samarbeidets virksomhet. Kommunene vil dermed kunne begrense samarbeidets muligheter til å drive aktiviteter som ikke er rettet mot deltakerkommunene eller enheter som er underlagt deltakerkommunenes kontroll, for eksempel gjennom å fastsette selskapets formål. Det er i så måte ikke noe i veien for at et § 27 samarbeid skal kunne oppfylle aktivitetskriteriet.

#### **4.4.1.4 Konklusjon**

Vår vurdering er at de rettslige rammene for et samarbeid på IKT-området etter kommuneloven § 27 tilsier at vilkårene for unntak for vertikalt samarbeid kan være oppfylt, såfremt de faktiske forhold legger til rette for dette.

### **4.4.2 Forholdet til unntaket for horisontalt samarbeid**

#### **4.4.2.1 Vurdering**

Bruk av unntaket for *horisontalt samarbeid* forutsetter at det konkrete § 27 samarbeidet *ikke* er et eget rettssubjekt og dette forutsettes i det følgende. Som nevnt beror det på en konkret vurdering om et § 27 samarbeid utgjør et selvstendig rettssubjekt eller ikke.

Et § 27 samarbeid skal opprettes for «løsning av felles oppgaver», jf. ordlyden i kommuneloven § 27. Et IKT-samarbeid vil i de fleste tilfeller gjelde å løse et behov for administrative støttetjenester. Dette må anses å falle inn under ordlyden «løsning av felles oppgaver» i kommuneloven § 27. Det første vilkåret i forslag til ny anskaffelsesforskrift § 2-10 bokstav a om at samarbeidet «har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå felles mål» skulle derfor som utgangspunkt være oppfylt.

Som nevnt innledningsvis i punkt 4.3.3.2 må det imidlertid innfortolkes et krav om gjensidighet i vilkåret i bokstav a.

Hjort-rapporten tolker kravet om gjensidighet dit hen at det trolig må forutsettes at «samtlige deltakerkommuner må bidra til den praktiske løsningen av oppgavene». <sup>169</sup> Vi mener at kravet til gjensidighet trolig ikke kan tolkes så strengt, men at kravet sannsynligvis må tolkes dit hen at samarbeidskommunene må ha avgjørende innflytelse på utøvelsen av oppgavene, ref. vår gjennomgang av kravet i punkt 4.3.3.2.

Som det fremgår av gjennomgangen av kontrollkriteriet under vurderingen av unntaket for vertikalt samarbeid innledningsvis, så har kommuneloven sikret deltakerkommunene flere viktige funksjoner som gir dem innflytelse på utøvelsen av oppgavene i § 27 samarbeidet. I praksis vil vel gjerne samarbeidskommunene også stille egne ressurser til disposisjon når samarbeidet ikke utgjør et eget rettssubjekt, enten dette er med egne ansatte og/eller produksjonsmidler. <sup>170</sup> Hvis så er tilfelle vil samarbeidskommunene bidra aktivt ved utføringen av oppgavene og kravet til gjensidighet vil lettere kunne anses å være oppfylt.

Hvis derimot deltakelsen for en eller flere kommuner begrenser seg til kun å delta i styret og betale, så kan det imidlertid stilles spørsmål ved om kravet om gjensidighet er oppfylt. Dette må bero på en konkret vurdering. Sammenlignet med vertskommunemodellen mener vi imidlertid at det på *generell basis* er større sannsynlighet for at kravet til gjensidighet er oppfylt dersom man velger å organisere samarbeidet etter kommuneloven § 27 sammenlignet med vertskommune etter kommuneloven kapittel 5 A. Blant annet fordi en kommune som deltar i et § 27 samarbeid uansett vil ha en plass i styret og dermed ha innflytelse over samarbeidsenheten. Modellen legger dermed som utgangspunkt opp til en sterkere involvering av samarbeidskommunene enn det vertskommunemodellen legger opp til.

Videre er det heller ikke noe i organisasjonsmodellen i et § 27 samarbeid som skulle tilsi at kravet om at samarbeidet «blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser», jf. forslag til ny anskaffelsesforskrift § 2-10 bokstav b ikke skal kunne oppfylles. Kravet i kommuneloven § 27 om at samarbeidet skal opprettes for «løsning av felles oppgaver» underbygger også at dette kravet er oppfylt. Konkrete forhold kan imidlertid tilsi at kravet likevel ikke er oppfylt for § 27 samarbeid som ikke er et eget rettssubjekt. Hvis for eksempel økonomiske transaksjoner mellom kommunene ikke begrenses til å utgjøre kostnadsdekning, men en eller flere av kommunene oppnår profitt, så vil det ikke lenger bare være offentlige interesser, men også kommersielle, som er styrende for samarbeidet.

---

<sup>169</sup> Se Hjort-rapporten (2014) side 77.

<sup>170</sup> Se også Hjort-rapporten (2014) side 77.

Endelig så vil det også for horisontalt samarbeid være opp til samarbeidskommunene å bestemme at aktivitetskriteriet om at andel aktiviteter som samarbeidet omfatter som blir utført for andre enn samarbeidskommunene ikke skal overstige 20 prosent, jf. forslag til ny anskaffelsesforskrift § 2-10 bokstav c.

#### 4.4.2.2 Konklusjon

På denne bakgrunn kan vi ikke se at et samarbeid etter kommuneloven § 27, som *ikke* utgjør et selvstendig rettssubjekt, ikke skal kunne omfattes av unntaket for horisontalt samarbeid.<sup>171</sup>

### 4.5 Interkommunalt selskap etter IKS-loven

#### 4.5.1 Forholdet til unntaket for vertikalt samarbeid

##### 4.5.1.1 Innledning

Det følger av lov om interkommunale selskaper (IKS-loven) § 2 at virksomheten er et eget rettssubjekt. Det er derfor forholdet til unntaket for vertikalt samarbeid som må vurderes.

Det første spørsmålet blir om kommunene kan utøve tilstrekkelig kontroll over det interkommunale selskapet (IKS'et).

##### 4.5.1.2 Kontrollkriteriet

Valget av organisasjonsformen interkommunalt selskap etter IKS-loven vil i seg selv kunne være en indikasjon på at eierkommunene har ønsket seg politisk styring og kontroll over selskapet (sammenlignet med for eksempel et aksjeselskap) og således ønsket å begrense selskapets selvstendighet. Som det fremgår i kapittel 3 er det i IKS-loven bygget inn eierstyringsmekanismer som gir eierne sterke styring enn det som i utgangspunktet følger av for eksempel aksjelovens regler. Riktignok kan man også i et aksjeselskap oppnå mye av det samme ved å endre vedtekter, instruksjoner og aksjonæravtaler m.v., men for et interkommunalt selskap er disse mekanismene allerede bygget inn i IKS-loven.

Valget av organisasjonsform er imidlertid ikke tilstrekkelig for oppfyllelse av kontrollkriteriet. Det må gjøres en konkret vurdering av om eierkommunene er sikret representasjon i samarbeidets ledende organer og bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet.

Eierne i et interkommunalt selskap (IKS) utøver sin myndighet gjennom et representantskap. Dette er selskapets øverste organ. I likhet med styret i et samarbeid etter kommuneloven § 27 må hver enkelt deltaker være representert i representantskapet med minst én representant. Kommunestyret i den enkelte eierkommune har instruksjonsmyndighet over representanten i representantskapet og får dermed direkte innflytelse og kontroll over vedtak og beslutninger som ligger til representantskapet.

Ettersom eierkommunene må være representert i representantskapet gir dette kommunene viktig innflytelse over samarbeidsorganet (IKS'et). IKS-loven § 4 gir videre deltakerkommunene innflytelse over sentrale spørsmål for samarbeidet. Flere endringer av selskapsavtaler krever dessuten tilslutning fra samtlige medlemmer i representantskapet (og dermed alle deltakerkommunene), jf. IKS-loven § 4 tredje ledd.

---

<sup>171</sup> Jf. også Hjort-rapporten (2014) konklusjon på side 77.

Flere viktige saker skal behandles av representantskapet, slik som for eksempel fastsettelse av selskapets budsjett og regnskap, økonomiplan, vedtak om utdeling av selskapets midler og salg av investeringer av vesentlige eiendeler. I tillegg er det også mulig å fastsette i selskapsavtalen at også beslutning i andre saker må godkjennes av representantskapet. Ettersom kommunestyret har instruksjonsmyndighet over sin representant i representantskapet har eierkommunen direkte innflytelse også her.

Merk imidlertid at kommunene ikke kan gi instruksjer til daglig leder eller til styret i et IKS. De kan heller ikke instruere «sitt» styremedlem. Både styret og daglig leder er imidlertid underordnet representantskapet hvor kommunen har instruksjonsmyndighet over sin representant.

Selskapsavtalen fastsettes og endres av kommunestyrene. Eierkommunene kan dermed velge å gi kommunene økt kontroll ved å ta inn bestemmelser om dette i selskapsavtalen. Kommunene vil også kunne begrense selskapets markedsorientering gjennom fastsettelse av formålet i selskapsavtalen.

Videre er enkelte avgjørelser av stor betydning, slik som for eksempel inngåelse av selskapsavtalen og endringer i denne, eierskifte/opptak eller utelukkelse av ny deltaker og oppløsning av selskapet lagt til eierkommunene selv.

Det følger også av kommuneloven § 77 nr. 5, jf. § 80 at «kontrollutvalget skal påse at det føres kontroll med forvaltningen av kommunens eller fylkeskommunens interesser i selskaper m.m.». Eierkommunene har dermed mulighet til å foreta en inngående kontroll av de økonomiske forholdene i IKS'et. Også dette bidrar til at kontrollkriteriet kan oppfylles.

Avslutningsvis kan det også nevnes at departementet i forarbeidene uttaler at «*Dersom et interkommunalt selskap er opprettet med det formål å tilgodese eiernes egne behov, vil det likevel kunne bli godtatt som egenregi*».<sup>172</sup>

### **Konklusjon:**

Samlet sett må disse forhold anses å gi eierkommunene både rettslig og faktisk mulighet til bestemmende innflytelse over strategiske mål og viktige beslutninger i IKS'et. Eksempelvis at alle deltakerne må være representert i representantskapet med minst én representant, at endringer i de sentrale forholdene for samarbeidet (regulert i selskapsavtalen) krever tilslutning fra samtlige deltakerkommuner og at enkelte avgjørelser av stor betydning er lagt til eierkommunene selv. Vi mener derfor at organisasjonsformen interkommunalt selskap etter IKS-loven legger til rette for oppfyllelse av kontrollkriteriet.

### **Særlig om krav til felles kontroll**

Det forhold at hver eierkommune som hovedregel skal delta med minst én representant i representantskapet og at kommunestyrene skal vedta selskapsavtalen og viktige endringer i denne, tilsier at hver enkelt eierkommune har en viss minimuminnflytelse over IKS'et, selv om kommunens eierandel i IKS'et skulle være liten. Dette gjelder imidlertid med et lite forbehold.

Hjort-rapporten reiser nemlig spørsmål om det forhold at de ulike eierkommunene kan ha forskjellig antall stemmer i representantskapet kan medføre problemer med å oppfylle kravet til felles kontroll

---

<sup>172</sup> Ot. prp. nr. 53 (1997-1998) side 85-86.

ved at én kommune kan få bestemmende innflytelse over for eksempel styresammensetningen og andre sentrale beslutninger som ligger til representantskapet.<sup>173</sup>

I sin konklusjon skriver Hjort at der en eller flere eierkommuners innflytelse over IKS'er begrenses som følge av at en annen deltakerkommune har mer enn 50 % av stemmene, så vil det være en *risiko* for at man i praksis vil anse kravet til felles kontroll for ikke å være oppfylt der disse tildeler IKS'et kontrakter direkte. Vi deler Hjorts oppfatning at det i slike tilfeller kan være *risiko* for at kontrollkriteriet ikke vil være oppfylt. Samtidig så følger det av praksis fra EU-domstolen<sup>174</sup> at flertallskrav for representantskapets vedtak i seg selv ikke er i veien for at kontrollkriteriet kan tenkes oppfylt. Vi mener derfor at det ikke kan oppstilles noe *absolutt* krav om at ingen har avgjørende innflytelse alene.

Dersom en av eierne sitter med en stor eierandel så kan det imidlertid være formålstjenlig å sikre mindretallet større innflytelse for eksempel ved at selskapsavtalen sikrer at ingen deltakerkommune får et antall representanter i representantskapet som innebærer at denne i praksis alene har bestemmende innflytelse på de vedtak som treffes. Videre kan det også fastsettes stemmeregler i selskapsavtalen som sikrer alle eierkommunene en viss innflytelse.

Med disse forbeholdene vil også kravet til felles kontroll kunne oppfylles dersom et IKT-samarbeid velger IKS som samarbeidsmodell.

Som nevnt i kapittel 3 i omtalen av interkommunale selskaper etter IKS-loven så er selskapsformen foreslått endret. Dersom IKS-loven endres slik at deltakerne får begrenset ansvar, vil vurderingen kunne bli mer som for aksjeselskaper.

#### 4.5.1.3 Aktivitetskriteriet

Undersøkelser viser at tjenester innenfor kultur, natur og næring i størst grad utføres innenfor selskapsformene IKS og AS.<sup>175</sup> I et IKT-samarbeid, og kanskje spesielt hvis det er organisert som et IKS eller AS, kan det oppstå spørsmål om selskapet også skal tilby IKT-tjenester til for eksempel næringslivet i regionen. Dette kan i så fall reise særlige spørsmål om aktivitetskriteriet er oppfylt.

Som nevnt innledningsvis er det et krav for å oppfylle aktivitetskriteriet at mer enn 80 prosent av oppdragstakers aktivitet må være rettet mot den kontrollerende oppdragsgiveren, eller andre enheter kontrollert av oppdragsgiver. Det betyr at dersom IKS'et selger tjenester til for eksempel næringslivet i regionen eller til kommuner som ikke er en del av samarbeidet, og denne andelen overstiger 20 prosent så vil ikke aktivitetskriteriet være oppfylt.

IKS-loven gir imidlertid eierkommunene i et IKS gode muligheter til å begrense IKS'ets omfang av tjenester til andre enn eierkommunene. Det kan for eksempel fastsettes gjennom formålet i selskapsavtalen. IKS-formen legger dermed til rette for at aktivitetskriteriet skal kunne oppfylles.

---

<sup>173</sup> Se Hjort-rapporten (2014) side 91.

<sup>174</sup> Sak C-324/07 (Coditel Brabant).

<sup>175</sup> Jf. rapporten «Interkommunalt samarbeid – konsekvenser, muligheter og utfordringer», IRIS m.fl. (2013) side 42.

#### 4.5.1.4 Konklusjon

Vår vurdering er at organisasjonsformen i seg selv legger til rette for at et interkommunalt selskap etter IKS-loven kan falle inn under unntaket for vertikalt samarbeid.

## 4.6 Aksjeselskaper

### 4.6.1 Forholdet til unntaket for vertikalt samarbeid

#### 4.6.1.1 Innledning

Et aksjeselskap er en eget juridisk person som er rettslig og økonomisk skilt fra kommunen. Ettersom aksjeselskap er et eget rettssubjekt er det forholdet til unntaket for vertikalt samarbeid som må vurderes.

Det første spørsmålet blir om kommunene kan utøve tilstrekkelig kontroll over aksjeselskapet.

#### 4.6.1.2 Kontrollkriteriet

Av organisasjonsformene som vurderes i denne utredningen er nok aksjeselskap den organisasjonsformen som er mest løsrevet fra forvaltningsrettslige regler. Valget av aksjeselskapsformen kan derfor i seg selv signalisere at samarbeidet skal organiseres i mer «armlengdes avstand» fra eierkommunene. Dette taler isolert sett mot at kontrollkriteriet skal kunne oppfylles.<sup>176</sup>

Det er imidlertid grunn til å merke seg at EU-domstolen i ANAV-dommen<sup>177</sup> ikke synes å legge avgjørende vekt på at den kontraherende enhet var et aksjeselskap. Valget av organisasjonsform kan derfor ikke anses å være bestemmende for om kontrollkriteriet kan være oppfylt.

Det er aksjeloven som gjelder for alle aksjeselskaper, også de aksjeselskaper som er eid av kommuner.

Når et IKT-samarbeid er organisert som et aksjeselskap, må man særlig se hen til aksjeselskapslovgivningen og vedtektene til det konkrete selskapet ved vurderingen av kontrollkriteriet.

I et kommunalt eid aksjeselskap kan kommunen ha ulike måter å styre selskapet på.

Etablering av et aksjeselskap vil normalt være en såpass vesentlig eller prinsipiell beslutning innenfor en kommune at vedtaket må treffes av kommunestyret.<sup>178</sup> Som eier utøves imidlertid styringen gjennom generalforsamlingen. Kommunestyret eller andre kommunale politiske eller administrative organer har derfor ingen direkte myndighet i selskapet utenom generalforsamlingen.

Aksjeloven krever at enkelte saker skal behandles i generalforsamlingen. Dette gjelder blant annet valg av styre<sup>179</sup> og fastsettelse og endring av vedtektene i selskapet. Utenom de sakene som skal behandles i generalforsamlingen, har generalforsamlingen imidlertid (med enkelte unntak) rett til å ta opp en hvilken som helst sak som gjelder selskapet, til behandling. Generalforsamlingens vedtak i saken vil i så fall være bindende for andre selskapsorganer. Generalforsamlingen kan dermed som

---

<sup>176</sup> Jf. også slik i Hjort-rapporten (2014) side 95.

<sup>177</sup> C-410/04 (ANAV).

<sup>178</sup> Jf. bl.a. NOU 1995: 17 side 82.

<sup>179</sup> Dette valget kan imidlertid overlates til andre.

hovedregel gi selskapets styre instruks om forvaltningen av selskapet, eller omgjøre vedtak som styret har truffet med mindre selskapet allerede er bundet i forholdet til tredjemann.<sup>180</sup>

Dette innebærer at i kommunalt eide aksjeselskaper har kommunene en rettslig mulighet til å gå svært langt i å styre og kontrollere selskapet, også i saker som gjelder den daglige virksomheten. Generalforsamlingen kan for eksempel gi styret rettslig bindende pålegg i enkeltsaker. For kommunens kontrollbeføyelser som eier innebærer dette at kommunen gjennom generalforsamlingen kan gi generelle og spesielle instruks om utøvelse av styrets lovbestemte funksjoner og saksbehandling, så som virksomhetens strategi, økonomiske rammer for investeringer og andre retningslinjer for den vurdering som de underordnede organer må foreta ved utøvelsen av sine oppgaver.<sup>181</sup>

Videre så kan eierne i aksjeselskapet gjennom en aksjonæravtale avtale at bestemte vedtektsendringer skal behandles i eierkommunene før endelig vedtak i generalforsamlingen.

Kommunen kan også som eier gi sin, eller sine, representant(er) som møter på generalforsamlingen instruks om stemmegivningen og på denne måten utøve kontroll med selskapet. Kommunen kan da sikres direkte representasjon og kontroll med aksjeselskapets høyeste organ, men dette avhenger selvsagt av kommunens eierandel i selskapet.

Generalforsamlingen er selskapets høyeste organ. Ansvar for forvaltning av selskapet ligger til styret. Styret kan være gitt vide fullmakter. I den forbindelse er det grunn til å merke seg at EU-domstolen tidligere har brukt dette som moment mot at kontrollkriteriet har vært oppfylt. EU-domstolen vektla i C-458/03 (*Parking Brixen*)<sup>182</sup> og C-340/04 (*Carbotermo*)<sup>183</sup> at leverandørens ledelse var tillagt vide fullmakter både når det gjaldt den ordinære og ekstraordinære driften av selskapet. Dette ble brukt som argumenter mot at oppdragsgiver hadde tilstrekkelig innflytelse over hvilket formål leverandøren forfulgte og over de beslutninger som ble fattet i oppdragstakers virksomhet. Videre la også domstolen vekt på at oppdragsgiverne ikke hadde forbeholdt seg særlige stemmerettigheter eller forutgående godkjenning. Domstolen kom derfor til at kontrollkriteriet ikke var oppfylt, på tross av at eieren hadde hhv. 100 prosent eller nesten 100 prosent av aksjene i selskapene. Dette illustrerer også at selv om en kommune eier 100 prosent av aksjene så fører ikke dette automatisk til at kontrollkriteriet er oppfylt, hvis for eksempel generalforsamlingen har gitt ledelsen i selskapet vide fullmakter.

Ytterligere en omstendighet som kan være et moment mot at kontrollkriteriet er oppfylt er dersom eierkommunen(e) oppretter et holdingselskap som bindeledd mellom samarbeidsorganet (aksjeselskapet) og eierkommunene.<sup>184</sup> Det blir da større avstand mellom samarbeidsorganet og eierne, noe som kan motvirke at kontrollkriteriet oppfylles.

Aksjeloven har, i motsetning til lov om interkommunale selskaper (IKS-loven), ingen regler som krever at visse forvaltningssaker i kommunalt eide selskaper må forelegges generalforsamlingen eller

---

<sup>180</sup> Jf. NOU 1995: 17 side 84.

<sup>181</sup> Se Hjort-rapporten (2014) side 96.

<sup>182</sup> Premiss 68-69.

<sup>183</sup> Premiss 38.

<sup>184</sup> C-340/04 (*Carbotermo*) premiss 39.



kommunestyret. Det vil imidlertid være anledning til å fastsette bestemmelser om dette i selskapets vedtekter. Dersom dette gjøres kan dette være med på å styrke at kontrollkriteriet er oppfylt.

Vedtektene fastsettes og endres av generalforsamlingen. Eierkommunene vil også kunne sikre seg økt kontroll med aksjeselskapet ved å endre vedtektene slik at de gis økt innflytelse over strategiske mål og viktige beslutninger i selskapet. Eierkommunene vil også kunne begrense selskapets markedsorientering gjennom fastsettelse av formålet i vedtektene.

Det følger også av kommuneloven § 77 nr. 5, jf. § 80 at «kontrollutvalget skal påse at det føres kontroll med forvaltningen av kommunens eller fylkeskommunens interesser i selskaper m.m.». Eierkommunene har dermed mulighet til å foreta en inngående kontroll av de økonomiske forholdene i aksjeselskapet. Innsynsretten skal gjelde overfor alle aksjeselskaper som er fullt ut eid av kommuner, fylkeskommuner eller interkommunale selskaper.

### **Konklusjon:**

Samlet sett skulle disse forhold tilsa at aksjeselskapsformen legger til rette for at kontrollkriteriet kan oppfylles. Vi understreker imidlertid at dette bare et utgangspunkt på generelt grunnlag. Det må alltid gjøres en konkret vurdering av faktum i den enkelte sak.

### **Særlig om kravet til felles kontroll**

I et IKT-samarbeid så vil imidlertid et aksjeselskap ha flere eiere. Spørsmålet blir da om eierne i fellesskap kan utøve den nødvendige kontroll over selskapet.

Som nevnt i drøftelsene av de andre organisasjonsformene må det trolig oppstilles som krav at hver enkelt eierkommune har et *minimum av innflytelse* over IKT-samarbeidets virksomhet. De enkelte eierkommunene vil være representert på generalforsamlingen og vil dermed ha et minimum av innflytelse over samarbeidet gjennom sin representasjon og stemmerett. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om en ren kontroll basert på selskapsrettens regler i seg selv ikke er tilstrekkelig for å oppfylle kontrollkriteriet i anskaffelsesretten.

I likhet med drøftelsene som ble gjort for interkommunale selskaper etter IKS-loven så kan det også for aksjeselskaper reises spørsmål om det forhold at de ulike eierkommunene har ulik eierandel i selskapet kan medføre problemer med å oppfylle kravet til felles kontroll ved at én kommune kan få bestemmende innflytelse over for eksempel styresammensetningen og andre sentrale beslutninger som ligger til generalforsamlingen. Dette gjelder særlig dersom en eierkommune eier mer enn 50 prosent av aksjene.

Aksjelovens hovedregel er alminnelig eller simpelt flertall, altså mer enn 50 prosent av stemmene.<sup>185</sup> Dette gjelder for eksempel ved valg av styre. Vedtektsendringer krever 2/3 flertall.<sup>186</sup> Aksjeloven åpner imidlertid for at det fastsettes strengere flertallskrav i vedtektene. Det er i så måte ikke noe i veien for at generalforsamlingen beslutter at endringer i vedtektene må skje ved enstemmighet. Dette vil i så fall kunne være et tiltak som øker mulighetene for at kontrollkriteriet kan være oppfylt, på tross av at noen kommuner kun har en liten eierandel i selskapet.

---

<sup>185</sup> Jf. aksjeloven § 5-17 første ledd.

<sup>186</sup> Jf. aksjeloven § 5-18 første ledd.

Aksjeloven har også flere mindretallsrettigheter. For eksempel vil en aksjonær med 10 prosent av aksjene i selskapet kunne kreve at det avholdes ekstraordinær generalforsamling.<sup>187</sup> Videre kreves det også kun 10 prosent av aksjene for å kunne stille krav om granskning.<sup>188</sup>

Selv om det kreves at hver enkelt eierkommune må kunne utøve en viss minimum av innflytelse over aksjeselskapets virksomhet for at kontrollkriteriet skal kunne oppfylles, så følger det samtidig av EU-domstolens praksis at et alminnelig flertallskrav på generalforsamlingen ikke er til hinder for at kontrollkriteriet skal kunne oppfylles.<sup>189</sup> Hvordan dette stiller seg dersom en av aksjonærene har kontroll alene, for eksempel «vedtektsflertall», er imidlertid mer usikkert.

En sentral måte å øve innflytelse på i et aksjeselskap er nettopp gjennom fastsettelse av vedtektene i selskapet. En kommune med en liten aksjepost kan ha begrensede muligheter til å påvirke vedtektene dersom en av de andre eierkommunene eier 66,7 prosent av aksjene (som er normalmodellen for vedtektsendringer). Det er imidlertid mulig å gjøre tiltak som kan avhjelpe dette, for eksempel ved å gjøre reglene for vedtektsendringer i aksjeselskapet tilsvarende reglene i IKS-loven, altså å oppstille et krav om enstemmighet ved endring av vedtektene.<sup>190</sup>

Aksjeloven sikrer også at hver enkelt eierkommune vil ha enkelte minimumsrettigheter uavhengig av størrelsen på aksjeposten. For eksempel hvis en eierkommune mener at flertallet har utøvd myndighetsmisbruk, så kan de gå til søksmål med påstand om at vedtaket fattet på generalforsamlingen er ugyldig.<sup>191</sup>

Advokatfirmaet Hjort skriver imidlertid i sin rapport til Kommunaldepartementet at aksjelovens mindretallsvern i liten grad gir mindretallsaksjonærene kontroll, idet «disse i første rekke har til formål å verne kreditorinteressene og andre tredjemannsinteresser».<sup>192</sup>

Vi er bare i begrenset grad enige i dette. Vi mener at gode grunner også tilsier at hensynet til mindretallsaksjonærene må være et av hensynene bak mindretallsrettighetene i aksjeloven. Formålet med minoritetsrettighetene er nettopp å beskytte minoriteten mot majoriteten.<sup>193</sup>

For eksempel følger det av aksjeloven § 5-21 at generalforsamlingen ikke kan treffe noen beslutning som er egnet til å gi visse aksjeeiere eller andre en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning. Dette er slik vi ser det både en rettighet som er i mindretallsaksjonærenes og i kreditorenes interesse. Tilsvarende mener vi også er tilfelle for mange av de andre mindretallsrettighetene i aksjeloven.

Det følger dessuten av EU-domstolens praksis at det trolig ikke kan stilles noe absolutt vilkår om en minste eierandel for at kravet om kontroll er oppfylt. I EU-domstolens avgjørelse i C-295/05 (*Tragsa*) så kom domstolen til at vilkåret om kontroll var oppfylt selv med en eierandel så liten som 0,25 prosent.

---

<sup>187</sup> Jf. aksjeloven § 5-6 annet ledd.

<sup>188</sup> Jf. aksjeloven § 5-25 annet ledd.

<sup>189</sup> Jf. sak C-327/07 (*Coditel Brabant*).

<sup>190</sup> Jf. også Hjort-rapporten (2014) side 101.

<sup>191</sup> Se aksjeloven § 5-22.

<sup>192</sup> Se Hjort-rapport (2014) side 101 flg.

<sup>193</sup> Jf. Andenæs, Mads Henry: «Aksjeselskaper & allmennaksjeselskaper» (1998) side 64.

Samtidig så synes EU-domstolen å ha skjerpet dette kravet noe i sak C-182/11 (Econord).<sup>194</sup> Domstolen uttalte at selv om det ikke er nødvendig med individuell kontroll, så kan ikke kontrollen kun bestå i den kontrollmyndighet som tilligger den offentlige myndigheten som har aksjemajoriteten i selskapet. Hvis det kun kreves en ren formell tilslutning til et selskap eller dens felles ledelsesorgan, uten noen faktisk mulighet for deltakelse i kontrollen over selskapet, så vil dette medføre at begrepet «felles kontroll» mister sin betydning og åpne for omgåelsesmuligheter.

Avgjørelsen innebærer en klargjøring ved at det ikke er tilstrekkelig bare å delta i selskapets kapital; eieren må også spille en rolle i ledelsesorganet og ha reell innflytelse.<sup>195</sup> Avgjørelsen belyser derfor hva som kreves for at en eier skal ha et minimum av innflytelse i selskapet. For aksjeselskapets vedkommende vil nok de relevante ledelsesorganene eierne bør ha innflytelse over være generalforsamlingen og styret.

Det kan imidlertid også tenkes konkrete faktiske forhold i den enkelte sak som tilsier at kontrollkriteriet kan være oppfylt på tross av at en kommune er majoritetseier og/eller øvrige eierkommuner har små aksjeposter. I EU-domstolens avgjørelse i *Tragsa*<sup>196</sup> forelå det for eksempel en klar og direkte kontroll ved at aksjeselskapet var pålagt å følge de oppgaver eierne påla og ikke selv kunne fastlegge vederlaget på sine tjenester. At en lokal myndighet kun hadde en aksjepost på 0,25 prosent, mens den spanske stat eide 99 prosent av aksjene var derfor ikke til hinder for at kontrollkriteriet likevel var oppfylt.

I EU-domstolens avgjørelse i *Coditel Brabant*<sup>197</sup> kom også domstolen til at kravet om kontroll var oppfylt. Domstolen la her vekt på at eierne hadde kontroll over hvilke oppgaver som skulle utføres av selskapet Brutélé og kunne spesifisere disse. Kontrollkriteriet ble derfor ansett som oppfylt på tross av at selskapet hadde mange eiere.

Vi er gjort kjent med at den faktiske situasjonen i flere IKT-samarbeid er at samarbeidsenheten har liten grad av frihet i prisfastsettelsen av tjenestene som samarbeidet utøver. At eierne selv fastsetter vederlaget for tjenestene, og hvilke oppgaver samarbeidsenheten skal utføre, er operasjonelle beføyelser som vil gi eierne en sterk grad av kontroll. Dette gjør også at kommunenes kontroll over samarbeidsenheten ligner på den kommunen har over egen virksomhet. Dette vil i så fall være viktige momenter å trekke frem ved vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt.

## Konklusjon

Aksjeselskapsformen legger til rette for at kontrollkriteriet kan oppfylles også i tilfeller der det er flere deleiere.

På generelt grunnlag må det imidlertid trolig legges til grunn at det er større sannsynlighet for at kontrollkriteriet kan oppfylles dersom det er begrenset med kommuner som deltar i samarbeidet, og kommunene deltar med relativt like eierandeler.

Vi presiserer også at å følge aksjelovens «normalmodell» i mange tilfeller ikke være tilstrekkelig for å oppfylle kontrollkriteriet. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle dersom en av eierne i selskapet

---

<sup>194</sup> Se premiss 30-31.

<sup>195</sup> Se bl.a. departementets veileder (2013) side 36 og Goller, Morten m.fl.: «Anskaffelsesrett i et nøtteskall» (2014) side 35.

<sup>196</sup> C- 295/05 (Tragsa) premiss 46 flg.

<sup>197</sup> C- 324/07 (Coditel Brabant).

kun sitter med en liten aksjepost. Dersom kontrollkriteriet skal kunne oppfylles i et slikt tilfelle så kan det være nødvendig å gjøre «grep» som sikrer alle aksjonærene et minimum av innflytelse over selskapet. For eksempel kan det i vedtektene bestemmes at visse saker som i utgangspunktet hører under styrets myndighet skal behandles i generalforsamlingen. Videre kan det også oppstilles et krav om enstemmighet på generalforsamlingen ved viktige beslutninger, slik som for eksempel vedtektsendringer. Endelig så kan det også være en mulighet å gi eierne flere operasjonelle beføyelser, slik som for eksempel kontroll over hvilke oppgaver samarbeidet skal utføre og hvilke priser eierne skal betale for tjenester fra samarbeidet.

#### **4.6.1.3 Aktivitetskriteriet**

Aksjeselskaper er den vanligste organisasjonsformen ved organisering av næringsvirksomhet og flere kommunalt eide aksjeselskaper tilbyr også tjenester til markedet. Det er imidlertid viktig også for aksjeselskaper at aktiviteten til tredjemenn (private eller kommuner utenfor samarbeidet) ikke overstiger 20 prosent.

Aksjeselskapsformen gir gode mulighet for eierkommunene til å begrense aksjeselskapets omfang av tjenester til tredjemenn, for eksempel gjennom fastsettelse av formålet i vedtektene. Det er i så måte ikke noe i veien for at et aksjeselskap etter aksjeloven skal kunne oppfylle aktivitetskriteriet.

#### **4.6.1.4 Ingen direkte privat kapital**

Vi minner også om at dersom det er private eiere i aksjeselskapet så er det utelukket å bruke unntaket for vertikalt samarbeid. Dette følger av tidligere rettspraksis og er nå kodifisert i forslaget til ny § 2-8 første ledd bokstav c.<sup>198</sup>

#### **4.6.1.5 Konklusjon**

Vår vurdering er at organisasjonsformen i seg selv legger til rette for at et aksjeselskap etter aksjeloven kan falle inn under unntaket for vertikalt samarbeid.

Merk imidlertid at det i visse tilfeller kan være utfordrende å oppfylle kravet til kontroll dersom samarbeidet kun følger aksjelovens «normalmodell» og det ikke gjøres «grep» for å sikre alle aksjonærene et minimum av innflytelse. Se mer om denne problemstillingen i punkt 4.6.1.2.

## **4.7 Samvirkeforetak**

### **4.7.1 Forholdet til unntaket for vertikalt samarbeid**

#### **4.7.1.1 Innledning**

Vi kjenner ikke til at samvirkeforetaksformen er benyttet for organisering av IKT-samarbeid. Organisasjonsformen kan imidlertid være aktuell og vi vil derfor gå kort gjennom samvirkeforetaksformen og forholdet til regelverket for offentlige anskaffelser.<sup>199</sup>

Problemstillingen vil, tilsvarende som for de andre organisasjonsformene, være om kommuner som er medlem i et samvirkeforetak kan legge oppdraget til samvirkeforetaket uten å følge anskaffelsesregelverket.

---

<sup>198</sup> Tilsvarende i anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 1 bokstav c.

<sup>199</sup> For en generell gjennomgang av samvirkeforetaksmodellen vises det til fremstillingen i kapittel 3.

Ved valg av denne organisasjonsformen så vil det opprettes et eget rettssubjekt, samvirkeforetaket. Det vil derfor være unntaket for vertikalt samarbeid som er aktuelt å vurdere.<sup>200</sup>

#### 4.7.1.2 Kontrollkriteriet

Samvirkeforetak skiller seg fra et interkommunalt selskap etter IKS-loven og et aksjeselskap ved at det ikke er et selskap. Samvirkeforetak er heller ingen forening eller stiftelse, men en organisasjonsform i seg selv. Den innflytelse som medlemmene i et samvirkeforetak har kan dermed ikke likestilles med den innflytelse eierne har i for eksempel et selskap.

Valget av organisasjonsform i seg selv vil som utgangspunkt ha begrenset betydning ved vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt. Det kan imidlertid være at å velge samvirkeforetaksformen fremfor for eksempel aksjeselskapsformen kan være et signal om at medlemskommunene ikke har hatt som sentralt siktemål å gi foretaket stor forretningsmessig frihet. Som for de øvrige organisasjonsformene må imidlertid dette vurderes konkret.

Medlemmenes økonomiske rettigheter vil som hovedregel være mer begrenset i et samvirkeforetak enn i et selskap. Medlemmenes rett til overskudd er for eksempel i utgangspunkt knyttet til omsetningen til foretaket og ikke til eierandel, og økonomiske utdelinger kan skje fordelt på grunnlag av hvor mye hvert enkelt medlem har handlet med foretaket.

Samarbeidsforetakets markedsorientering kan påvirke hvorvidt kontrollkriteriet er oppfylt. I motsetning til et aksjeselskap der formålet er at virksomheten skal gi et økonomisk overskudd, så er formålet til et samvirkeforetak å fremme de økonomiske interessene *til medlemmene*. I et samvirkeforetak er det tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret om å fremme de økonomiske interessene til medlemmene at de mottar en ytelse som har en økonomisk verdi. Valget av samvirkeforetaksformen kan derfor i mindre grad enn for et aksjeselskap sies å være markedsorientert. Dette er i så måte et moment som taler for at kontrollkriteriet kan være oppfylt. Når det er sagt så kan det likevel være fornuftig i utformingen av formålet til samvirkeforetaket å understreke at foretakets virksomhet ikke skal gå lenger enn til å fremme medlemskommunenes interesser.

Det at et samvirkeforetak som oftest ikke vil ha som formål å skaffe avkastning på innskutt kapital, men at medlemmene skal hente ut sine fordeler gjennom samhandling med foretaket, tilsier at kontrollkriteriet kan oppfylles.

Organisasjons- og styringsstrukturen i et samvirkeforetak er langt på vei som i et aksjeselskap.<sup>201</sup> Medlemmenes mulighet for innflytelse over foretakets målsettinger, strategier og viktige beslutninger er for eksempel som utgangspunkt ikke mer begrenset i et samvirkeforetak enn det som er knyttet til å være eier i et selskap. Det er imidlertid også noen forskjeller. Blant annet har alle medlemmene i et samvirkeforetak lik innflytelse, altså at hvert medlem bare har én stemme.

Man bør også være oppmerksomme på at samvirkelova gir nokså vide muligheter for å fastsette løsninger som avviker fra lovens normalordning. Denne fleksibiliteten kan både benyttes i favør og ufavør av at kontrollkriteriet er oppfylt.

---

<sup>200</sup> Deler av fremstillingen i det følgende er basert på en utredning gjort av KS Advokatene for KS Bedrift datert 20. oktober 2014: «Samvirkeforetak for kommuner – En vurdering av om samvirkeforetak kan være aktuell organisasjonsform når kommuner skal drive virksomhet i samarbeid med andre» punkt 3.2.

<sup>201</sup> Jf. Ot. prp. nr. 21 (2006-2007) side 154.

Hvert medlem i et samvirkeforetak har én stemme på årsmøtet. Hvem som møter fra kommunen på årsmøtet kan ha betydning for kontrollvurderingen. Dersom ordføreren, rådmann eller andre sentrale personer fra kommunens ledelse møter som representant så vil dette kunne styrke at kontrollkriteriet er oppfylt.

Som utgangspunkt har også årsmøtet full kontroll over sammensetningen av styret.<sup>202</sup> Samvirkelova gir imidlertid mulighet for at valget av inntil halvparten av styremedlemmene kan overlates til andre. Dersom denne muligheten er benyttet vil det kunne svekke medlemskommunenes kontroll over samvirkeforetaket.

Som for andre organisasjonsmodeller, så vil det også kunne svekke mulighetene for kontroll dersom medlemskommunene i vedtektene har gitt styret store fullmakter over både strategiske mål og viktige beslutninger eller der styret er gitt myndighet på bekostning av årsmøtet.

Et medlem i et samvirkeforetak kan aldri ha mer enn 50 prosent av stemmene. Med denne regelen unngår man langt på vei problematikken ved IKS og aksjeselskap der en kommune vil kunne få bestemmende innflytelse over for eksempel styresammensetningen, vedtekter eller andre sentrale beslutninger. Å oppfylle kravet til felles kontroll og at alle medlemmer skal ha et minimum av innflytelse over samarbeidet vil derfor som utgangspunkt kunne være lettere å oppfylle i et samvirkeforetak enn i et aksjeselskap eller IKS.

Som for vurderingen av de øvrige organisasjonsformene så vil direkte privat kapital i samvirkeforetaket som utgangspunkt utelukke at unntaket for vertikalt samarbeid kan benyttes. Riktignok så utelukker ikke samvirkeforetaksformen at private rettssubjekter kan bli medlemmer. Det følger imidlertid av EU-domstolens praksis at en ren *hypotetisk mulighet* for privat deltakelse ikke utelukker at unntaket for vertikalt samarbeid kan oppfylles.<sup>203</sup> Det vil si at det faktisk at et samvirkeforetak *kan* ha private eiere ikke utelukker bruk av unntaket for vertikalt samarbeid. Det må rent faktisk foreligge privat deltakelse for at kontrollvilkåret ikke kan anses oppfylt.

Dersom et samvirkeforetak ønsker å sikre seg mot privat deltakelse i foretaket så kan det for eksempel tas inn bestemmelser i vedtektene om at bare kommuner eller offentlige rettssubjekter kan være medlemmer.

### **Konklusjon:**

Vi mener at samvirkeforetaksformen i seg selv legger godt til rette for at kontrollkriteriet kan oppfylles. Samvirkelova gir imidlertid en nokså vid adgang til å fastsettes løsninger i vedtektene som fraviker lovens normalordning. Det må derfor alltid gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.

#### **4.7.1.3 Aktivitetskriteriet**

Mange samvirkeforetak er nok lagt opp slik at foretaket kun tilbyr tjenester til medlemmene. I et slikt tilfelle vil det ikke være noen problemer med å oppfylle aktivitetskriteriet. Dersom samvirkeforetaket derimot også tilbyr tjenester til ikke-medlemmer, så vil dette kunne være annerledes. Det må i så fall vurderes konkret om andelen tjenester som gis til ikke-medlemmer overstiger 20 prosent. Hvis dette er tilfelle vil ikke aktivitetskriteriet være oppfylt.

---

<sup>202</sup> Jf. samvirkelova § 66.

<sup>203</sup> Sak C-371/05 (Mantua) premiss 29.

#### **4.7.1.4 Konklusjon**

Vår vurdering er at organisasjonsformen i seg selv legger til rette for at et samvirkeforetak etter samvirkelova kan falle inn under unntaket for vertikalt samarbeid.

### **4.8 Vertskommunesamarbeid**

#### **4.8.1 Innledning**

Vertskommunesamarbeid kan organiseres som administrativt vertskommunesamarbeid etter kommuneloven § 28-1b eller som vertskommunesamarbeid med felles nemnd etter kommuneloven § 28-1c. I tillegg vil det være mulig å opprette et vertskommunesamarbeid utenfor kommunelovens regler, altså vertskommunesamarbeid utenfor den lovregulerte samarbeidsmodellen, dersom det ikke gjelder offentlige myndighetsutøvelse eller lovpålagte oppgaver. Utfordringene som anskaffelsesregelverket reiser vil imidlertid langt på vei være de samme for administrativt vertskommunesamarbeid og vertskommunesamarbeid utenfor kommuneloven, og det gjøres følgelig ingen særskilt drøftelse av vertskommunesamarbeid utenfor kommuneloven.

Vurderingen av administrativt vertskommunesamarbeid og vertskommunesamarbeid med felles nemnd vil også i hovedsak være de samme, men enkelte drøftelser kan likevel bli forskjellige avhengig av om det er et administrativt eller nemndbasert vertskommunesamarbeid. Vi har valgt å behandle administrativt og vertskommunesamarbeid med felles nemnd under ett, og heller presisere der det er forskjeller.

For en redegjørelse av forskjellen mellom administrativt vertskommunesamarbeid, vertskommunesamarbeid med felles nemnd og vertskommunesamarbeid utenfor kommuneloven vises det til kapittel 3.

#### **4.8.2 Forholdet til unntaket for vertikalt samarbeid**

Ved vertskommunesamarbeid etter kommuneloven blir det verken etablert noe eget rettssubjekt eller organisatorisk overbygning. Det blir derfor unntaket for horisontalt samarbeid som er mest praktisk å vurdere.

Riktignok kunne man stilt spørsmål ved om samarbeidskommunene kunne hatt kontroll over vertskommunene, men dette er lite trolig, spesielt ikke for administrativt vertskommunesamarbeid. Videre er det også lite trolig at aktivitetskriteriet kan oppfylles i et vertskommunesamarbeid. Dette fordi det er vanskelig å tenke seg at minst 80 prosent av vertskommunens totale virksomhet er rettet mot samarbeidskommunene. Vi går derfor ikke nærmere inn på en vurdering av om vertskommunesamarbeid kan unntas etter unntaket for vertikalt samarbeid.

#### **4.8.3 Forholdet til unntaket for horisontalt samarbeid**

##### **4.8.3.1 Innledning**

Vi nevner innledningsvis at vertskommunesamarbeid ofte blir brukt til oppgaver som innebærer offentlig myndighetsutøvelse. Som nevnt tidligere faller offentlig myndighetsutøvelse utenfor anskaffelsesregelverket og det vil i så fall ikke være nødvendig å vurdere unntaket for horisontalt samarbeid.

IKT-samarbeid vil imidlertid som hovedregel innebære utøvelse av administrative støttetjenester, ikke offentlig myndighetsutøvelse. I så fall må det vurderes om samarbeidet kan unntas etter reglene om horisontalt samarbeid.

#### 4.8.3.2 Formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål

Etter forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser § 2-10 bokstav a så må samarbeidet ha til formål å sikre at offentlig oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål.

På bakgrunn av fortalen i anskaffelsesdirektivet må det trolig legges til grunn en vid fortolkning av hvilke oppgaver et samarbeid kan utføre for å nå ett felles mål. Vi mener derfor at det er gode grunner for at samarbeidet mellom partene i et vertskommunesamarbeid dreier seg om løsningen av felles oppgaver, eller i det minste om løsningen av oppgaver som forfølger målsetninger samtlige oppdragsgivere har felles.

Vi understreker imidlertid at dette selvsagt må bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle og at det trolig må trekkes en grense mot rent forretningsmessig virksomhet. Hvis det er tale om et rent kommersielt samarbeid så vil imidlertid bruk av unntaket for horisontalt samarbeid trolig også være utelukket på grunn av manglende oppfyllelse av aktivitetskriteriet, jf. drøftelse under.

Som nevnt tidligere ligger trolig den største utfordringen med å oppfylle kravet i forskriftsutkastet § 2-10 bokstav a at det må innfortolkes et krav til gjensidighet/reelt samarbeid. Advokatfirmaet Hjort skriver i rapporten skrevet for Kommunal- og moderniseringsdepartementet at det (i den tilsvarende bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet) trolig er et vilkår at «*samtligesamarbeidsparter bidrar ved den praktiske utføringen av oppgavene samarbeidet dreier seg om*». <sup>204</sup>

Som nevnt i den generelle gjennomgangen av unntaket for horisontalt samarbeid i punkt 4.3.3.2 mener vi at det ikke er holdepunkter i direktivteksten til at kravet til gjensidighet/reelt samarbeid må tolkes så strengt. Hvor den nærmere grensen skal trekkes er imidlertid usikkert.

I et vertskommunesamarbeid om IKT kan man tenke seg at samarbeidskommunene kan bidra på flere måter. En variant er at samarbeidskommunene kun bidrar finansielt mens øvrige oppgaver og roller utøves av vertskommunen. En slik løsning vil imidlertid sannsynligvis ikke oppfylle kravet om at det må foreligge et reelt samarbeid.

Å la vertskommunen *alene* utføre oppgaver på vegne av samarbeidskommunene vil derfor trolig som et utgangspunkt ikke være tilstrekkelig for å oppfylle kravet til gjensidighet/reelt samarbeid. Som et minimum må det nok innfortolkes et krav om at det foreligger andre typer forpliktelser enn det å betale for tjenesten.

I et vertskommunesamarbeid med felles nemnd etter kommuneloven § 28-1 bokstav c skal kommunene velge minst to personer som skal sitte i nemnden. Dette sikrer samarbeidskommunene mer *direkte innflytelse* over utøvelsen av oppgavene i samarbeidet, sammenlignet med hva modellen for administrativt vertskommunesamarbeid etter § 28-1 bokstav b legger opp til.

Vertskommunesamarbeid med felles nemnd legger også opp til en mer *aktiv deltakelse* fra

---

<sup>204</sup> Hjort-rapport (2014) side 65.



samarbeidskommunene. Organisasjonsmodellen med felles nemnd legger derfor på generell basis bedre til rette for at kravet til gjensidighet/reelt samarbeid kan oppfylles sammenlignet med den administrative vertskommunemodellen.

Hvorvidt kommunenes deltakelse i nemnden alene vil være tilstrekkelig til å oppfylle kravet til gjensidighet/reelt samarbeid er usikkert. I den grad de øvrige samarbeidskommunene bidrar i utførelsen av samarbeidets oppgaver så vil dette bidra positivt for oppfyllelse av kravet. Det er ikke et krav at kommunene utfører samme oppgaver, ei heller at de bidrar til oppfyllelse av selve hovedforpliktelsen. I EU-domstolens avgjørelse i C-480/06 (*Hamburg*) fritok domstolen en arbeidsfordeling mellom partene som gikk ut på at kommunen Stadtreinigung Hamburg stilte til rådighet kapasitet ved forbrenningsanlegget, og at de andre kommunene påtok seg visse forpliktelser med hensyn til deponering av avfallet etter at det var behandlet. Dette illustrerer at kommunene ikke trenger å bidra likt i samarbeidet.

Dette må trolig bety at dersom vertskommunen for eksempel står for selve utvikling og vedlikehold av et IKT-system så må de andre kommunene kunne bidra med for eksempel å stille til rådighet lokaler for oppbevaring av serveren eller bidra med ansatte som deltar i en vaktordning på utøvelse av tjenester innenfor brukerstøtte.

Spørsmålet er om også mindre bidrag vil være tilstrekkelig til å oppfylle kravet til gjensidighet/reelt samarbeid, uavhengig av om det er et administrativt eller nemndbasert vertskommunesamarbeid. Ved opprettelsen av et vertskommunesamarbeid må det blant annet utarbeides en skriftlig samarbeidsavtale som vedtas av de respektive kommunestyrene. Eventuelle endringer i samarbeidsavtalen som gjelder forhold som er nevnt i kommuneloven § 28-1e nr. 2 eller 3 (angivelse av deltakere, oppgaver etc.), må også vedtas av de respektive kommunestyrene. Deltakerkommunene vil derfor i en viss grad uansett «aktiviseres noe» gjennom opprettelse og vedtakelse av endringer i samarbeidsavtalen. Dette kan muligens være et moment i vurderingen av om kravet til gjensidighet/reelt samarbeid er oppfylt, men det er høyst tvilsomt alene tilstrekkelig for å oppfylle kravet.

Dersom et samarbeid vil være sikker på at kravet til gjensidighet/reelt samarbeid er oppfylt så bør det nok gjøres «grep» som bidrar til at alle deltakerne i samarbeidet bidrar i den praktiske utførelsen av oppgavene i samarbeidet. Hva dette bidraget skal være beror på hva samarbeidet dreier seg om, men et bidrag vil typisk kunne være at en kommune bidrar med personalressurser til vertskommunen. Hvorvidt dette bidraget alene vil være tilstrekkelig til å oppfylle kravet til gjensidighet og reelt samarbeid vil imidlertid måtte bero på en konkret vurdering.

#### **4.8.3.3 Utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser**

Etter forslag til ny anskaffelsesforskrift § 2-10 bokstav b må samarbeidet utføres utelukkende av hensyn til offentlige interesser.

Med dette menes at samarbeidet må ha som formål å utføre offentlige oppgaver, snarere enn å drive kommersiell virksomhet. Vilkåret retter seg sannsynligvis først og fremst til de økonomiske transaksjonene mellom partene.

I henhold til Hjorts rapport må vilkåret om at transaksjonene styres av allmenne hensyn, trolig forstås dit hen at transaksjonene må begrenses til å utgjøre kostnadsdekning.<sup>205</sup> Idet en eller flere av partene oppnår profitt, er det ikke lenger bare allmenne hensyn, men også kommersielle, som er styrende for samarbeidet.

Så lenge samarbeidet innrettes i tråd med dette vil derfor vilkåret om at samarbeidet utelukkende skjer av hensyn til offentlige interesser kunne oppfylles.

#### 4.8.3.4 Aktivitetskriteriet

Det følger av forslaget til ny anskaffelsesforskrift § 2-10 bokstav c at samarbeidets aktivitet som blir utført for andre enn oppdragsgiverne ikke må overstige 20 prosent, for så vidt gjelder den type oppgaver som samarbeidet gjelder. Hvis samarbeidet gjelder å tilby brukerstøtte innenfor IKT så betyr det at andelen brukerstøttetjenester som tilbys til andre enn samarbeidskommunene ikke kan overstige 20 prosent av omsetningen for denne typen tjenester.

#### 4.8.3.5 Konklusjon

Vi mener det vil være utfordrende, men ikke umulig, å oppfylle vilkårene for horisontalt samarbeid for vertskommunemodellen. Hovedårsaken til at vi mener det kan være utfordrende er oppfyllelsen av kravet til gjensidighet/reelt samarbeid (som må innfortolkes i kravet til at samarbeidet har til «formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå felles mål», jf. forskriftsutkastet § 2-10 bokstav a). Dersom vertskommunen står for løsningen av de aktuelle oppgavene, uten nærmere forpliktelser for samarbeidskommunene, så er det vanskelig å se at man står overfor et reelt samarbeid som vil kunne unntas.

På generell basis vil vertskommunesamarbeid med felles nemnd ha større potensial for å oppfylle kravet til gjensidighet/reelt samarbeid enn den administrative vertskommunemodellen. Dette fordi samarbeidskommunene i et slikt samarbeid gjennom sine representanter i nemnden stiller menneskelige ressurser til disposisjon, og dermed sikrer nemnden mer direkte kontroll over måten vertskommunen utfører oppgavene på.

Om det er tilstrekkelig for å oppfylle kravet til reelt samarbeid at samarbeidskommunenes eneste deltakelse skjer i kraft av sin representasjon i nemnden er imidlertid usikkert. Dersom samarbeidskommunene gjennom deltakelse i nemnden eller på andre måter også har innflytelse på strategi og driften av IKT-samarbeidet så vil dette være momenter som støtter opp under at det foreligger et reelt samarbeid.

Utgangspunktet må her også være at jo større innflytelse og mer aktiv rolle de øvrige samarbeidskommunene har, desto større sannsynlighet er det for kravet til at det må foreligge et reelt samarbeid er oppfylt. Dette gjelder både for den administrative og nemndsbaserte vertskommunemodellen. Hvor den eksakte grensen går, er imidlertid vanskelig å fastslå. Dersom samarbeidet er usikre på om kravet til gjensidighet/reelt samarbeid er oppfylt så kan det være fornuftig (fra et anskaffelsesrettslig ståsted) å gjøre «grep» som bidrar til en mer aktiv deltakelse fra de andre samarbeidskommunene i utøvelsen av oppgavene i samarbeidet. Hva denne deltakelsen i praksis skal gå ut på må bero på hva samarbeidet dreier seg om.

---

<sup>205</sup> Hjort-rapport (2013) side 54.

#### 4.9 Avsluttende kommentarer og oppsummering

Vi har i dette kapitlet vurdert ulike organisasjonsformer for interkommunalt IKT-samarbeid og forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser. Spørsmålet vi har sett nærmere på er hvorvidt kommunene kan få ytelse direkte fra et IKT-samarbeid uten å følge anskaffelsesregelverket. Dette beror langt på vei på om vilkårene for unntak for vertikalt og horisontalt samarbeid har vært oppfylt.

Vår konklusjon er at ingen av organisasjonsformene utelukker at unntaket for vertikalt og horisontalt samarbeid kan være oppfylt. Vi understreker imidlertid at enkelte organisasjonsformer lettere vil kunne falle inn under disse unntakene enn andre. Vi presiserer også at vi kun har gjort en *generell* vurdering av om organisasjonsformene legger til rette for at unntakene kan oppfylles. Det må *alltid* gjøres en konkret vurdering av om faktum i den enkelte sak tilsier at vilkårene for bruk av de respektive unntak er oppfylt.

På generell basis er det vår vurdering at et samarbeid organisert etter **kommuneloven § 27** (der samarbeidsorganet er et eget rettssubjekt) legger godt til rette for at unntaket for *vertikalt* samarbeid kan oppfylles. Vi mener også at et samarbeid organisert etter kommuneloven § 27 (der samarbeidsorganet *ikke* er et eget rettssubjekt) kan oppfylle vilkårene for unntaket for *horisontalt* samarbeid, såfremt samtlige deltakerkommuner har innflytelse og bidrar i løsningen av oppgavene i samarbeidet.

**Samvirkeforetak** er lite brukt som organisasjonsform i interkommunale samarbeid, men vi mener at modellen legger godt til rette for at unntaket for *vertikalt* samarbeid kan oppfylles.

Vi mener også at vilkårene for unntak for *vertikalt* samarbeid vil kunne være oppfylt for et samarbeid organisert som er et **interkommunalt selskap etter IKS-loven**. Vi understreker imidlertid at dette kan være mer usikkert dersom en av eierkommunene sitter med en stor eierandel. I slike tilfeller bør det vurderes «grep» som sikrer at også kommuner med en liten eierandel har et minimum av innflytelse over selskapet. Dette for å sikre at kontrollkriteriet er oppfylt.

Tilsvarende mener vi også at vilkårene for unntak for *vertikalt* samarbeid vil kunne oppfylles for **aksjeselskaper etter aksjeloven**. Vurderingen av aksjeselskaper er nokså lik vurderingen av interkommunale selskaper etter IKS-loven, men det er innebygd flere «kontrollmekanismer» i IKS-loven sammenlignet med hva som er tilfelle for aksjeloven. For å være sikker på at kontrollkriteriet er oppfylt også for aksjeselskaper kan det derfor være fornuftig å innføre noen styringsmuligheter som går utover «normalmodellen» i aksjeloven. Også for aksjeselskaper kan det oppstå usikkerhet om kontrollkriteriet er oppfylt dersom en av aksjonærene sitter med en stor eierandel. Som for IKS'er bør det da vurderes om det bør gjøres «grep» som sikrer at også kommuner med en liten eierandel har et minimum av innflytelse over aksjeselskapet.

Endelig mener vi at det heller ikke er utelukket at **vertskommunesamarbeid** etter kommuneloven kapittel 5A vil kunne oppfylle vilkårene for unntak for *horisontalt* samarbeid. Av organisasjonsformene som er vurdert er imidlertid vertskommunesamarbeid den modellen som på generell basis er mest usikker dersom man vil unngå at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Årsaken til dette er at det er tvilsomt hvorvidt et vertskommunesamarbeid vil oppfylle kravet til gjensidighet/reelt samarbeid, som er ett av vilkårene for bruk av unntaket for horisontalt samarbeid. Et tiltak som kan bidra til at kravet til gjensidighet/reelt samarbeid er oppfylt er å sørge for en aktiv deltakelse fra alle samarbeidskommunene i utøvelsen av oppgavene i samarbeidet.

Vi avslutter dette kapitlet med en matrise som gir en sammenfatning av de ulike organisasjonsmodellene og hvordan de stiller seg til unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid. Vi understreker igjen at vår vurdering, og matrisen under, kun viser hvilke organisasjonsmodeller som *legger til rette* for at unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid kan oppfylles. Hvorvidt vilkårene i praksis vil være oppfylt vil bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.

## 5 Særlige anskaffelsesrettslige problemstillinger knyttet til IKT-samarbeid

### 5.1 Innledning

Foruten problemstillinger knyttet til unntak for vertikalt og horisontalt samarbeid så kan følgende anskaffelsesrettslige problemstillinger oppstå når temaet er IKT-samarbeid og offentlige anskaffelser. Eksempelvis:

- Det kan oppstå spørsmål knyttet til å la ulike kommuner gå over til ett felles *fagsystem*.
- Det kan oppstå spørsmål knyttet til å innlemme andre kommuner i eksisterende *rammeavtaler*.
- Det kan oppstå problemstillinger knyttet til i hvilken grad kommuner kan benytte *lisensavtaler* til andre kommuner.

Temaet IKT og offentlige anskaffelser reiser også mange andre problemstillinger. Det ligger imidlertid utenfor mandatet og rammene for vårt oppdrag, å gå inn på alle problemstillinger som kan oppstå på dette området. Vi vil derfor i det følgende konsentrere oss om de tre problemstillingene ovenfor.

Fra et anskaffesperspektiv vil problemstillingene knyttet til felles fagsystem og lisensavtaler langt på vei overlape hverandre, blant annet fordi alle problemstillingene berører spørsmålet om muligheten til å innlemme andre oppdragsgivere i eksisterende avtaler. Dette berører den såkalte læren om forbud mot vesentlig endringer.<sup>206</sup> Avtaler om fagsystemer og lisensavtaler er derfor behandlet under ett fordi det langt på vei reiser de samme anskaffelsesrettslige problemstillingene.

Rammeavtaler står i en særstilling så vi har valgt å behandle denne problemstillingen for seg.

Temaet for denne utredningen er IKT-samarbeid i kommunesektoren. Problemstillingene som reises ovenfor kan imidlertid også oppstå ved en eventuell kommunesammenslåing. Kommunene som blir slått sammen vil ofte ønske å gå over til ett felles fagsystem. Kommunene kan ha rammeavtaler med ulike leverandører og ønske å innlemme de sammenslåtte kommunene i én av rammeavtalene. Tilsvarende for bruk av lisenser.

Vurderingen av problemstillingene over vil derfor også ha overføringsverdi til problemstillinger som oppstår ved en kommunesammenslåing. Temaet i denne utredningen er imidlertid IKT-samarbeid, ikke kommunesammenslåing. Vi vil derfor ikke drøfte særlige problemstillinger knyttet til sammenslåing, ut over å peke på at drøftelsene i dette kapitlet også kan ha relevans ved en kommunesammenslåing.<sup>207</sup>

I tillegg til de tre problemstillingene nevnt over vil vi avslutningsvis i dette kapitlet også vurdere særlige problemstillinger knyttet anskaffelse av kommunale *felleskomponenter* og andre typer IKT-løsninger som er utviklet av én eller flere kommuner og som ønskes spredt til andre kommuner. Dette vil i stor grad være en nærmere drøftelse av de problemstillingene som ble tatt opp i kapittel 4. Altså hvorvidt unntakene for *vertikalt* og *horisontalt* samarbeid gir kommuner mulighet til å bruke en

---

<sup>206</sup> Denne læren gjennomgås i kapittel 5.3 under.

<sup>207</sup> Vi gjør imidlertid oppmerksom på at offentlige anskaffelser og kommunesammenslåing vil være et temaene som vil bli drøftet i et FoU-prosjekt som KS har initiert. FoU-prosjektet vil etter all sannsynlighet ferdigstilles i løpet av 2016.

kommunal felleskomponent eller andre IKT-løsninger utviklet av andre kommuner eller interkommunale samarbeid uten å måtte følge anskaffelsesregelverket.

Vi understreker at hvorvidt en kommune kan innlemmes i en eksisterende avtale eller hvorvidt dette må anses som en ulovlig vesentlig endring, alltid vil være en konkret vurdering som må skje på bakgrunn av de faktiske forhold i det enkelte tilfelle. Tilsvarende vil også gjelde for felleskomponenter; hvorvidt andre kommuner kan bruke en felleskomponent utviklet fra en annen kommune eller et IKT-samarbeid, må vurderes konkret. Vi vil imidlertid komme med noen generelle betraktninger rundt disse spørsmålene.

## 5.2 Definisjoner

### 5.2.1 Generelt

Problemstillingene vi er bedt om å vurdere gjelder kommunenes muligheter til å gå over til et felles *fagsystem*, en felles avtale om *lisenser* eller en felles *rammeavtale*. Videre skal vi se på mulighetene for bruk av en *felleskomponent* som er utviklet av en kommune eller et IKT-samarbeid. Selv om det nøyaktige innholdet i disse begrepene ikke har avgjørende betydning fra et anskaffelsesrettslig perspektiv så vil det innledningsvis kunne være hensiktsmessig med en kort beskrivelse av hva som ligger i de ulike begrepene.

### 5.2.2 Hva er et fagsystem?

Med begrepet fagsystemer siktes det ofte til elektroniske systemer som ivaretar særskilte funksjoner innen ett eller flere fagfelt. Et fagsystem vil være spesialutviklet for registrering og behandling av data knyttet til hele eller deler av kommunen eller fylkeskommunens oppgaver. I noen tilfeller vil systemet også brukes på tvers av faggrensene. Økonomisystemet i en virksomhet kan være et eksempel på en særskilt funksjon som brukes for en virksomhet, der det også er integrert tilgang til andre systemer utenfor kommunen.<sup>208</sup> Eksempler på fagsystemer er kommunens regnskaps- og fakturasystemer (ERP).

### 5.2.3 Hva er en rammeavtale?

I forskrift om offentlige anskaffelser § 4-2 bokstav f er «rammeavtale» definert på følgende måte:

*«avtale inngått mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører som har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode, særlig med hensyn til pris og eventuelt planlagte mengder»*

Så lenge rammeavtalen løper kan oppdragsgiver tildele kontrakter ved behov gjennom å foreta såkalte avrop, altså å bestille ytelsen som omfattes av rammeavtalen. Disse avropene kan gjøres uten å følge anskaffelsesregelverket så lenge rammeavtalen er inngått i henhold til kravene i anskaffelsesregelverket. Dette forenkler og reduserer arbeidet som må foretas i forbindelse med en anskaffelse, fordi oppdragsgiver ikke behøver å gjennomføre en hel anskaffelsesprosess hver gang noe skal anskaffes.

Det som ofte karakteriserer en rammeavtale og som skiller den fra en ordinær avtale er at det er usikkerhet rundt avtalens volum. En oppdragsgiver kan for eksempel inngå en rammeavtale med en

---

<sup>208</sup>Beskrivelsen er basert på artikkel hentet fra Wikipedia, tilgjengelig her: <https://no.wikipedia.org/wiki/Fagsystemer>

leverandør om leveranse av PCer eller leveranse av advokattjenester. I begge tilfeller kan oppdragsgivers behov være usikkert og det kan derfor være hensiktsmessig å inngå en rammeavtale, fremfor at oppdragsgiver inngå en ordinær avtale om kjøp av for eksempel 100 pc'er eller 100 advokattimer.

#### 5.2.4 Hva er en lisens?

Lisens brukes ofte om en tillatelse som gis til å bruke opphavsrettslig beskyttet eller patentbeskyttet materiale.<sup>209</sup> Dersom noen har utviklet programvare kan vedkommende selge rettighetene til å bruke programvaren ved å selge lisenser. Et eksempel er at kommunen kjøper lisenser slik at kommunens ansatte har rett til å bruke et bestemt e-postsystem.

For en mer utførlig beskrivelse av lisenser vises det til kapittel 6 der dette er tema.

#### 5.2.5 Hva er en felleskomponent?

Felleskomponenter blir beskrevet på ulike måter. Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) har for eksempel beskrevet felleskomponenter som deler av IT-løsninger som kan brukes i andre IT-løsninger i offentlig sektor<sup>210</sup> og som «felles "byggeklosser" for å kunne utvikle elektroniske tjenester.»<sup>211</sup>

Et stikkord for at noe skal være å anse som en felleskomponent er at den er gjenbrukbar.

Eksempel på nasjonale felleskomponenter er:

- Enhetsregisteret (grunndata om virksomheter)
- Folkeregisteret (grunndata om personer)
- Matrikkelen (grunndata om eiendommer)
- Altinn (felles plattform for tjenesteutvikling)
- ID-porten (felles infrastruktur for elektronisk ID)
- Kontakt- og reservasjonsregisteret (knyttet til Sikker digital post)

I tillegg bruker KommIT<sup>212</sup> i sin «Visjon, ambisjon og strategi for felles kommunal IKT-arkitektur»<sup>213</sup> begrepet *kommunal felleskomponent*. Dette brukes som begrepet for en felleskomponent som er

---

<sup>209</sup> Beskrivelsen er basert på artikkel hentet fra Wikipedia, tilgjengelig her:

<https://no.wikipedia.org/wiki/Konsesjon>

<sup>210</sup> Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) beskriver felleskomponenter slik i rapporten «Nasjonale felleskomponenter i offentlig sektor» (2010) side 1. Rapporten er tilgjengelig her:

<http://www.difi.no/sites/difino/files/difi-rapport-2010-17-nasjonale-felleskomponenter-i-offentlig-sektor-pdf.pdf>

<sup>211</sup> Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) beskriver felleskomponenter slik i rapporten «Nasjonale felleskomponenter i offentlig sektor» (2010) side 22. Rapporten er tilgjengelig her:

<http://www.difi.no/sites/difino/files/difi-rapport-2010-17-nasjonale-felleskomponenter-i-offentlig-sektor-pdf.pdf>

<sup>212</sup> KommIT er et program i KS som skal høyne forståelsen av og kunnskapen om IKT som virkemiddel for effektivisering og kvalitetsheving i kommunal forvaltning og tjenesteproduksjon. Se link for mer informasjon:

<http://www.ks.no/kommit>

<sup>213</sup> Visjon, ambisjon og strategi for felles kommunal IKT-arkitektur.

<http://www.ks.no/PageFiles/64038/Felles%20Kommunal%20IKT-arkitektur,%20Visjon-ambisjon-strategi.pdf?epslanguage=no>

utviklet av kommuner (en eller flere) til bruk i kommunesektoren. Et eksempel på kommunal felleskomponent er KS SvarUT.<sup>214</sup>

### 5.3 Læren om forbud mot vesentlige endringer

Som nevnt innledningsvis vil det å innlemme en part i en avtale som ikke opprinnelige var omfattet som utgangspunkt representere en endring av avtalen. Dette gjelder både for avtaler om fagsystemer, lisenser, andre ytelser eller for rammeavtaler. Læren om forbud mot å gjøre vesentlige endringer vil legge begrensninger på hvilke endringer som kan gjøres uten å bryte anskaffelsesregelverket. Vi vil derfor gjøre kort rede for hva denne læren går ut på og hvilke begrensninger og muligheter læren gir for å gjøre endringer i kontrakt.

Regelverket for offentlige anskaffelser gjelder i utgangspunktet kun frem til at kontrakt er inngått. Etter kontrakt er signert reguleres kontrakten av kontraktsretten. Et viktig unntak fra dette utgangspunktet er læren om forbud mot å gjøre vesentlige endringer i inngåtte kontrakter.

En vesentlig endring av en allerede inngått kontrakt kan anses som en ulovlig direkte anskaffelse etter forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav q. Foreligger det en ulovlig direkte anskaffelse kan denne bli møtt med sanksjonene «uten virkning», avkortning og overtredelsesgebyr dersom saken bringes inn for domstolene. Konsekvensene av en ulovlig vesentlig endring kan derfor være store.

Et viktig hensyn bak hvorfor det ikke er tillatt å gjøre vesentlig endringer i kontrakter som er inngått etter anskaffelsesregelverket er at endringene ikke var en del av det som ble beskrevet i kunngjøringen eller konkurransedokumentene. De delene av kontrakten som representerer en vesentlig endring har ikke vært utsatt for konkurranse og anses som en ny kontrakt som skulle vært utlyst på nytt. Det vil derfor bryte med de grunnleggende kravene til likebehandling, forutberegnelighet og gjennomsiktighet dersom det skulle være tillatt å gjøre vesentlige endringer i inngåtte kontrakter.

Regelverket om offentlige anskaffelser inneholder per i dag ingen eksplisitte bestemmelser om adgangen til å foreta endringer i eksisterende kontrakter. Læren er domstolsskapt og følger i hovedsak av praksis fra EU-domstolen<sup>215</sup> og Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA).

I nytt anskaffelsesdirektiv for klassisk sektor<sup>216</sup> artikkel 72 er imidlertid læren om forbud mot vesentlige endringer kodifisert. Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) hadde implementering av direktivet ute på høring våren 2015. Departementet foreslår at direktivbestemmelsene om endring av kontrakt blir gjennomført i forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser §§ 23-1 til 23-3. Ny forskrift om offentlige anskaffelser er forventet å tre i kraft sommeren 2016.

Direktivbestemmelsen og forslaget til nye forskriftsbestemmelser er i det vesentligste en kodifisering av EU-domstolens praksis og forslaget til nye bestemmelser vil derfor langt på vei også kunne legges til grunn for vurdering av spørsmål om vesentlige endringer i dag.

---

<sup>214</sup> Informasjon om KS Svar-Ut. <http://ks.no/tema/Innovasjon-og-forskning1/KS-IKT-forum/KommlIT/Informasjon-om-KS-Svar-Ut/>

<sup>215</sup> Den sentrale avgjørelsen fra EU-domstolen er C-456/06 *Pressetext*, avsagt 19. juni 2008.

<sup>216</sup> Direktiv 2014/24/EU.



Hva som utgjør en vesentlig endring må alltid avgjøres etter en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, og denne vurderingen kan være vanskelig. Som et utgangspunkt foreligger det en vesentlig endring hvis:

- En endring introduserer vilkår som medfører at **andre leverandører kunne deltatt, eller vunnet**, konkurransen dersom vilkårene hadde vært del av den opprinnelige utlysningen.
- Når kontrakten i betydelig grad **utvides til å gjelde flere, eller andre, arbeider, varer eller tjenester** enn det som opprinnelig var omfattet av kontrakten.
- Når den **endrer den økonomiske balansen** i kontraktsforholdet i leverandørens favør.

Det vil si at det som utgangspunkt skal lite til før en endring kan anses som vesentlig. Dersom anskaffelsen får et betydelig annet omfang enn det som er beskrevet i kontrakten, eller det inkluderes helt andre typer varer eller tjenester, vil det lett bli ansett som en vesentlig endring.

Etter det nye direktivet og departementets forslag til nye forskriftsbestemmelser<sup>217</sup> så vil det imidlertid være flere endringer som *alltid* vil være tillatt uten å gjennomføre en ny anskaffelse:

- Når endringer skjer i henhold til en klar og presis **endringsklausul** som fremgikk av konkurransegrunnlaget.
- Ved visse **tilleggsleveranser** fra den opprinnelige leverandøren. Dette forutsetter blant annet at prisøkningen ved tilleggsleveranser ikke må overstige 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.
- Ved **uforutsette omstendigheter** som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Heller ikke i slike tilfeller må prisøkningen overstige 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.
- Ved **overdragelse av kontrakten til en annen leverandør** som helt eller delvis trer inn i den opprinnelige leverandørens rettigheter og plikter som følge av en omstrukturering, for eksempel i tilfelle av en fusjon eller konkurs.
- Ved endringer som ikke overstiger EØS-terskelverdiene og samtidig ikke overstiger hhv. 10 prosent av den opprinnelige vare- eller tjenestekontrakten eller 15 prosent av den opprinnelige bygge- og anleggskontrakten («**de-minimis regel**»). Merk imidlertid at denne regelen trolig må anses som positivrettslig, altså slik at den først legges til grunn etter at de nye bestemmelsene er vedtatt og trådt i kraft.

Vurderingen av hva som er en vesentlig endring avhenger av konkurransedokumentene og den opprinnelige avtalen vurdert opp mot slik avtalen har eller vil endre seg. Det må derfor alltid gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.

Departementets forslag til nye forskriftsbestemmelser om endringer og oppsigelse av kontrakt fremgår av §§ 23-1 til 23-3:

### **§ 23-1. Endringsklausuler**

---

<sup>217</sup> Se departementets forslag til ny forskrift § 23-3.

*Oppdragsgiver kan fastsette endringsklausuler i en kontrakt eller rammeavtale, for eksempel en prisindeksklausul eller opsjon. Det skal fremgå klart av klausulen hvilke endringer som kan foretas, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Den kan ikke åpne for at anskaffelsens overordnede karakter blir endret. Oppdragsgiver skal angi endringsklausuler i anskaffelsesdokumentene.*

### **§ 23-2. Endringer som ikke er tillatt**

*(1) Oppdragsgiver kan ikke foreta vesentlige endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten å gjennomføre en ny konkurranse etter reglene i denne forskriften.*

*(2) En endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten eller rammeavtalen blir avgjørende forskjellig fra den opprinnelige kontrakten eller rammeavtalen. Endringen er vesentlig dersom den*

*a) gjelder nye betingelser som, hvis de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiver kunne tildelt kontrakten eller rammeavtalen til en annen leverandør,*

*b) endrer kontraktens eller rammeavtalens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,*

*c) utvider kontraktens eller rammeavtalens omfang betydelig eller*

*d) gjelder skifte av leverandør i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 23-3 første ledd bokstav d.*

### **§ 23-3. Endringer som er tillatt**

*(1) En endring er ikke vesentlig etter § 23-2 og kan foretas uten at oppdragsgiver må gjennomføre en ny konkurranse etter reglene i denne forskriften, dersom den*

*a) foretas etter en endringsklausul som nevnt i § 23-1;*

*b) gjelder nødvendige tilleggsleveranser som ikke inngikk i den opprinnelige kontrakten. Dette gjelder bare når et skifte av leverandør*

*1. ikke kan skje av tekniske eller økonomiske grunner, for eksempel fordi tilleggsleveransene må kunne erstatte eller være kompatible med eksisterende utstyr, software, tjenester eller installasjoner som ble anskaffet ved den opprinnelige kontrakten, og*

*2. vil føre til betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiver;*

*c) er nødvendig som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Dette gjelder bare når anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret;*

*d) gjelder skifte av leverandør ved at en ny leverandør helt eller delvis trer inn i den eksisterende leverandørens rettigheter og plikter som følge av en omstrukturering, for*

*eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller konkurs. Dette gjelder bare når den nye leverandøren oppfyller de opprinnelige kvalifikasjonskravene, det ikke foretas andre vesentlige endringer i kontrakten og skiftet av leverandør ikke skjer for å omgå denne forskriften.*

*Ved endringer som nevnt i bokstav b og c må prisøkningen ikke overstige 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, gjelder denne begrensningen for hver enkelt endring. Slike endringer må ikke foretas for å omgå denne forskriften. Oppdragsgiver skal kunngjøre endringer som nevnt i bokstav b og c etter reglene § 16-1.*

*(2) Uavhengig av om en endring er vesentlig etter § 23-2, kan oppdragsgiver foreta endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten å gjennomføre en ny konkurranse etter reglene i denne forskriften dersom prisøkningen som følge av endringen ikke overstiger*

*a) terskelverdiene i § 4-2 og*

*b) 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for vare- og tjenestekontrakter eller 15 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for bygge- og anleggskontrakter.*

*Dette gjelder bare når anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret. Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, skal prisøkningen beregnes på grunnlag av den samlede prisøkningen som følge av alle endringene.*

*(3) Dersom kontrakten inneholder en prisindeksklausul, skal prisøkningen som følge av endringer etter første ledd bokstav b og c og annet ledd beregnes med utgangspunkt i den justerte prisen.*

#### **5.4 Konsekvenser dersom det gjøres en ulovlig vesentlig endring**

Dersom det skjer en ulovlig vesentlig endring så vil dette kunne utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Hvis en slik sak bringes inn for domstolene og det konkluderes med at kontrakten utgjør en ulovlig direkte anskaffelse så vil domstolen kunne kjenne kontrakten uten virkning (del III anskaffelser<sup>218</sup>), avkorte kontrakten og/eller ilegge overtredelsesgebyr. De potensielle konsekvensene dersom oppdragsgiver trår feil i anvendelsen av et unntak kan derfor potensielt sett være store.

En mulighet for å redusere risikoen for å bli ilagt sanksjoner dersom kontrakten blir ansett som en ulovlig direkte anskaffelse er å publisere en såkalt intensjonskunngjøring. Oppdragsgiver kan da avskjære muligheten for å bli ilagt sanksjonene (uten virkning, avkortning og overtredelsesgebyr) hvis det tidligst inngås kontrakt 10 dager etter at intensjonskunngjøringen er publisert. Oppdragsgiver må gi en begrunnelse for hvorfor endringen i kontrakten ikke er vesentlig, for eksempel fordi endringen skjer i henhold til en fastsatt endringsklausul i avtalen.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> Forskrift om offentlige anskaffelser er delt inn i tre deler der prosedyrekravene øker jo lenger ut i forskriftene man kommer. Forskriften del III (del III anskaffelser) gjelder for anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdiene.

<sup>219</sup> Vilkårene for bruk av intensjonskunngjøring er nærmere regulert i forskriften § 9-1A og § 18-3a.

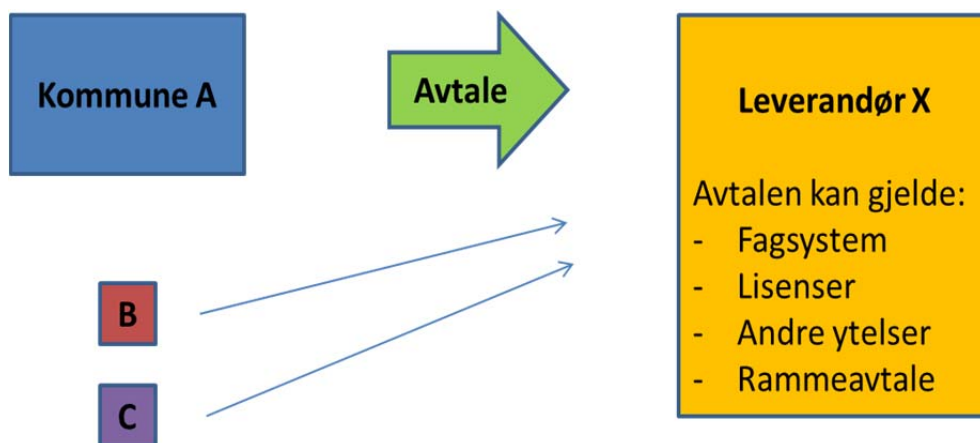
Selv om det ikke fremgår eksplisitt av forskriften så må det trolig også innfortolkes et krav til aktsomhet ved bruk av intensjonskunngjøringer.<sup>220</sup> At det gis en god begrunnelse i intensjonskunngjøringen for hvorfor endringen ikke er vesentlig vil her stå sentralt.

## 5.5 Særlige problemstillinger dersom kommune(r) i et IKT-samarbeid ønsker å innlemmes i en eksisterende avtale

### 5.5.1 Innledning

Dersom det inngås et IKT-samarbeid så kan kommunene ha ønske om å gå over til én felles avtale. Dette kan gjelde en felles avtale for fagsystem, lisenser, andre ytelser eller en felles rammeavtale. Dette er tema for dette kapitlet.

Følgende scenario kan i så fall tenkes; Kommune A, B og C ønsker å inngå et IKT-samarbeid. Kommune A og C har fagsystem X mens kommune B har fagsystem Y. For å oppnå stordriftsfordeler på drift og vedlikehold, samt for at det skal bli enklere å gi felles brukerstøttetjenester til de tre kommunene ønsker samarbeidet å gå over til ett felles fagsystem. Tilsvarende kan tenkes dersom det er snakk om en avtale om lisenser, andre ytelser eller en rammeavtale. Situasjonen kan illustreres av følgende figur:



Situasjonen reiser en rekke problemstillinger;

- Må hele det nye samarbeidet gå ut på ny konkurranse – eller kan en velge blant de avtalene som er i bruk i samarbeidet og endre en av avtalene slik at den dekker hele samarbeidet?  
Herunder;
  - Hvilke muligheter har andre kommuner til å bruke/innlemmes i eksisterende avtaler?
  - Har det noen betydning dersom kommunene fra før av har avtale med samme leverandør?
  - Hvilke muligheter har kommunene til å avslutte eksisterende avtaler?

<sup>220</sup> Jf. EU-domstolens avgjørelse i C-19/13 (Fastweb).

Disse problemstillingene vil vi forsøke å belyse i det følgende. Foruten å redegjøre for hvilket handlingsrom kommunene har så vil vi også forsøke å gi noen anbefalinger for hvilke «grep» kommunene kan gjøre for å øke mulighetene for at andre kommuner kan innlemmes i eksisterende avtaler, enten avtalen gjelder fagsystemer, lisenser eller det er snakk om en rammeavtale.

### 5.5.2 Særlig om rammeavtaler

Ved vurderingen av mulighetene for å innlemme nye kommuner i eksisterende avtaler så må det gjøres en særskilt vurdering av rammeavtaler. Dette skyldes at det i forskrift om offentlige anskaffelser § 15-1 tredje ledd er en egen bestemmelse som legger begrensninger for hvilke parter som kan gjøre avrop på rammeavtaler. Bestemmelsen lyder:

*«(3) Kontrakter innenfor en rammeavtale kan bare inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen, og uten at det gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene.»*

Bestemmelsen bruker ordlyden «mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen». En naturlig språklig fortolkning av ordlyden er at dersom det er inngått en rammeavtale mellom partene kommune A og leverandør X så kan ikke kommune B bruke eller innlemmes i rammeavtalen på et senere tidspunkt dersom B ikke var en opprinnelig part i avtalen. Bestemmelsen må derfor trolig anses å stenge for at andre enn de opprinnelige partene i rammeavtalen kan gjøre avrop.

Tidligere inneholdt forskrift om offentlige anskaffelser § 6-1 tredje ledd også denne bestemmelsen (bestemmelsen står i forskriften del II og kommer til anvendelse for «nasjonale» anskaffelser under EØS-terskelverdi), men bestemmelsen ble nylig endret. Endringene skyldes at det såkalte Forenklingsutvalget mente at dagens regler om rammeavtaler i forskrift om offentlige anskaffelser del II var for omfattende og detaljert utformet.<sup>221</sup> Departementet var enige i dette. Fra og med 1. juli 2015 inneholder derfor ikke § 6-1 noen begrensninger på hvilke parter som kan gjøre avrop på en rammeavtale. Departementet nevner ikke eksplisitt om endringen betyr at begrensningen i § 15-1 tredje ledd ikke lenger gjelder for rammeavtaler som følger forskriften del II. Vi mener imidlertid at det er gode grunner for at endringen må tolkes slik. Hvis ikke kunne § 6-1 tredje ledd (slik bestemmelsen lød før 1. juli 2015) blitt stående. Vi understreker imidlertid at spørsmålet må betraktes som usikkert.<sup>222</sup>

Vurderingen i det følgende gjelder derfor § 15-1 tredje ledd, altså rammeavtaler som overstiger EØS-terskelverdi og følger forskriften del III.

Ved tolkningen av § 15-1 tredje ledd vil et sentralt spørsmål være å få klarhet i hvem som skal anses som de «opprinnelige partene» i rammeavtalen.

I EU-kommisjonens veileder om rammeavtaler fremgår det at navnene på oppdragsgiverne som skal brukes en rammeavtale enten må fremgå direkte av kunngjøringen, eller gjennom referanse til andre dokumenter som for eksempel i konkurransegrunnlaget eller en liste som er tilgjengelig hos en av

---

<sup>221</sup> Jf. NOU 2014: 4 kapittel 15.4.

<sup>222</sup> Se også drøftelsen i kapittel 5.5.3 som også har relevans for drøftelsen av rammeavtaler som kun følger forskriften del II

oppdragsgiverne.<sup>223</sup> Kunngjøringen må altså gjøre det mulig å identifisere hvilke oppdragsgivere som skal inngå i rammeavtalen.<sup>224</sup>

Det er to gamle saker fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) som omhandler dette spørsmålet; KOFA-sak 2005/240 (Bergen kommune) og 2004/220 (Sametinget). Nemnda la seg da på en streng linje og mente at alle oppdragsgivernes navn (dersom de var selvstendige rettssubjekter) måtte være nevnt i kunngjøringen for at oppdragsgiverne skulle kunne gjøre avrop på rammeavtalen.

Klagenemnda har også behandlet dette spørsmålet i en nyere sak i KOFA-sak 2012/195. Saken gjaldt inngåelse av en rammeavtale med en leverandør om levering av bedriftshelsetjenester til en kommune. Klagenemnda fant at kommunen hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å gi private bedrifter i Modum kommune rett til å slutte seg til avtalen om levering av bedriftshelsetjenester uten å angi tilstrekkelig klart hvem dette gjaldt, og gi opplysninger som gjorde det mulig å beregne kontraktens størrelse.

For å forstå bestemmelsen i forskriften om rammeavtaler siterer nemnda et sitat fra forfatteren Sue Arrowsmith<sup>225</sup> som omhandler spørsmålet om alle oppdragsgivere som skal benytte en rammeavtale må navngis i kunngjøringen, og de hensyn som gjør seg gjeldende ved avgjørelsen av dette spørsmålet:

*«One view is that a particular framework awarded under the regulations/directives can be used only by a procuring entity that has agreed to become party to the framework at the time of the award procedure. (Such a rule is arguable expressly applied by the new directive, as discussed later). If this is the case, the names of the user entities must probably be given in the notice or contract documents. The notice must probably also give sufficient information on the intended users to allow interested providers to judge the size of the project, and to establish whether particular entities that they are interested in supplying might be covered.*

*A more flexible view is that frameworks can in principle be used by entities that are not party at the outset and are not identified by name in either the notice or documents. If that is the case, however, transparency requires that the description in the notice must still be sufficient for interested parties to judge the likely size of the project. For example, it is probably not sufficient to indicate that there are three defined entities intending to use the framework but that it may also be extended to other public sector bodies in general. Further, when a sufficient indication of the size is given, further work (including by adding new entities) cannot be attached if this results in a material change to the scope (that is, one that would have been likely to affect the decision of some firms on whether or not to participate).»*

---

<sup>223</sup> Kommissionens "Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive", CC/2005/03\_rev 1 of 14.7.2005 er tilgjengelig her:

<http://www.kfst.dk/~media/KFST/Offentlig%20konkurrence/Regler%20og%20vejledninger/classicdirframework%20en1.pdf>

<sup>224</sup> Jf. også departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) side 122. Se også en veiledende uttalelse fra danske Konkurrencestyrelsen om anvendelsen av rammeavtaler, 4/0420-8901-0267/KBN. Uttalelsen er tilgjengelig her: <http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/Regler-og-vejledninger-mm/Vejledende-udtalelser/Klager-og-vejledende-udtalelser-2009/Vejledende-udtalelse-Anvendelsen-af-rammeaftaler>

<sup>225</sup> Arrowsmith, Sue: «The rules of public and utilities procurement» (2. utgave fra 2005) side 690-691.

Arrowsmith fremhever her at uansett om det må kreves at alle oppdragsgivernes navn angis spesifikt eller kun ved en mer upresis angivelse, så må minstekravet til de opplysningene som skal gis settes slik at leverandørene er i stand til å «judge the likely size of the project». Tilsvarende synes også å være lagt til grunn av EU-Kommisjonen. Det heter i Kommisjonens veileder om rammeavtaler at navnene på oppdragsgiverne enten må fremgå direkte av kunngjøringen, eller gjennom referanse til andre dokumenter som for eksempel i konkurransegrunnlaget eller en liste som er tilgjengelig hos en av oppdragsgiverne.<sup>226</sup> Kunngjøringen må altså gjøre det mulig å identifisere hvilke oppdragsgivere som skal inngå i rammeavtalen, men det er ikke et eksplisitt krav at oppdragsgiverne er nevnt i selve kunngjøringen. Det er tilstrekkelig at de er nevnt andre steder i konkurransedokumentene.

## Konklusjon

Det må bety at dersom andre kommuner ønsker å benytte en rammeavtale så må dette være angitt i kunngjøringen eller i noen av de andre konkurransedokumentene. En kommune som ikke på noen måte har vært nevnt i konkurransedokumentene da rammeavtalen ble utlyst vil ikke kunne gjøre avrop på avtalen, jf. forskriften § 15-1 tredje ledd.

Forskriften del II, som gjelder for «nasjonale» anskaffelser under EØS-terskelverdi, inneholder ingen tilsvarende bestemmelse om rammeavtaler som i § 15-1 tredje ledd. Hva som er situasjonen for slike rammeavtaler er mer usikkert, men vi mener at gode grunner tilsier at begrensningene i § 15-1 tredje ledd ikke gjelder for rammeavtaler som kun følger forskriften del II.

### 5.5.3 Gjelder begrensningene i FOA § 15-1 tredje ledd analogisk også for ordinære avtaler?

Vi har i punktet over drøftet innholdet i forskrift om offentlige anskaffelser § 15-1 tredje ledd. Som nevnt gjelder bestemmelsen eksplisitt for rammeavtaler. Spørsmålet er om bestemmelsen må gjelde *analogisk*<sup>227</sup> også for *andre typer avtaler*? Eller må det forhold at det ikke finnes noen tilsvarende bestemmelse i regelverket for avtaler generelt tilsi at begrensningene i § 15-1 tredje ledd skal tolkes *antitetisk*<sup>228</sup>, altså slik at de kun gjelder for rammeavtaler og ikke for ordinære avtaler?

Vi har funnet begrenset med veiledning om dette fra rettspraksis og litteratur. Sakene som omhandler innlemmelse av nye oppdragsgivere i eksisterende avtaler ser først og fremst ut til å komme på spissen for *rammeavtaler*.

Det kan imidlertid også tenkes situasjoner der nye parter ønsker å kunne benytte en eksisterende *avtale*. Det kan for eksempel være snakk om en avtale om fagsystemer eller lisenser. Kanskje har en kommune kjøpt rettigheter til å bruke 200 lisenser. Etter inngåelse av lisensavtalen ser kommunen at de kun trenger 180 lisenser. Kan da nabokommunen ta i bruk de siste 20 mot at nabokommunen også innlemmes i avtalen? Eller medfører analogi fra bestemmelsene om rammeavtaler at en slik endring/utvidelse uansett vil være ulovlig fordi det introduseres en ny part i avtalen?

---

<sup>226</sup> Kommisjonens “Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive”, CC/2005/03\_rev 1 of 14.7.2005 er tilgjengelig her: <http://www.kfst.dk/~media/KFST/Offentlig%20konkurrence/Regler%20og%20veiledninger/classicdirframework%20en1.pdf>

<sup>227</sup> At en bestemmelse gjelder analogisk betyr at rettsregelen blir anvendt på et beslektet tilfelle som ikke faller direkte inn under vedkommende bestemmelse.

<sup>228</sup> Å tolke en bestemmelse antitetisk betyr at forhold som ikke dekkes av ordlyden, behandles annerledes (og ofte motsatt) av forhold som dekkes av ordlyden.

Forskrift om offentlige anskaffelser § 15-1 *fjerde ledd* inneholder en bestemmelse om at rammeavtaler som hovedregel ikke kan inngås for mer enn fire år. Denne regelen er forstått dit hen at begrensningen ikke gjelder for avtaler generelt, kun for rammeavtaler. Det må anses som sikker rett.<sup>229</sup> Dette innebærer at det ikke er gjelder noen eksplisitt bestemmelse om varighet for ordinære kontrakter.

At begrensningen på fire års varighet i fjerde ledd *kun* gjelder rammeavtaler kan tilsa at tilsvarende må gjelde også for begrensningen i samme bestemmelse tredje ledd om at kontrakter bare kan inngås mellom de opprinnelige partene.

Hvorvidt en kommune som ikke var en opprinnelig part i avtalen får bruke/innlemmes i avtalen vil for alle tilfeller måtte vurderes etter læren om vesentlig endring (forslag til ny forskrift §§ 23-1 til 23-3). En eventuell innlemmelse av nye kommuner i en eksisterende avtale vil derfor uansett måtte bestå «vesentlighetstesten». Det kan derfor argumenteres for at potensielle leverandører til avtalen uansett vil være «vernet». For eksempel så vil en endring som ville ført til at andre leverandører potensielt sett kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiver kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør, være å anse som en vesentlig endring og dermed anses som ulovlig, jf. ny § 23-2 annet ledd bokstav a.

Som nevnt er det begrenset med rettskilder som drøfter endringer på oppdragsgiversiden. For endringer på leverandørsiden er det imidlertid noe praksis. Det vil etter vårt syn kunne være relevant å se hen til praksis om endringer på leverandørsiden også når endringer på oppdragsgiversiden skal vurderes.

Praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er imidlertid ikke helt entydig. I KOFA sak 2003/163 hadde leverandøren som fikk kontrakten gått konkurs og kontrakten ble overdratt til morselskapet, for siden å bli overdratt til et nytt datterselskap. Nemnda kom her til at skifte av kontraktspart utløste en plikt til å gjennomføre ny anskaffelsesprosess fordi det nystiftede selskapet var et forskjellig rettssubjekt i forhold til selskapet det opprinnelig var inngått kontrakt med. Avgjørelsen kan tolkes i retning av at juridiske enheter som ikke selv har deltatt i konkurransen ikke kan innlemmes eller overta kontrakten på et senere tidspunkt.<sup>230</sup>

KOFA sakene 2011/259 og 2012/235 gjaldt også endringer på leverandørsiden. Her ble overdragelse av en kontrakt om nødnettutbygging til en underleverandør *ikke* ansett å utgjøre en vesentlig endring. Det var imidlertid en rekke særlige omstendigheter i saken.<sup>231</sup> Blant annet hadde leverandøren misligholdt sine kontraktsforpliktelser overfor både oppdragsgiver og underleverandøren. Dersom underleverandøren hadde hevet kontrakten, ville ikke leverandøren kunne ha gjennomført kontrakten for oppdragsgiver. Dette ville blant annet ført til økt risiko for tap

---

<sup>229</sup> Jf. bl.a. at forskriften i § 2-3 tiende ledd inneholder en bestemmelse om beregning av anskaffelsens verdi for «tidsubegrensede tjenestekontrakter». Også EU-domstolen i C-454/06 *Pressetext* premiss 74 har fastslått at det ikke gjelder noe forbud mot tidsubegrensede kontrakter.

<sup>230</sup> Det kan diskuteres om nemnda ville kommet til samme konklusjon dersom spørsmålet hadde kommet opp etter at den nye bestemmelsen i § 23-3 trår i kraft. I forslaget til ny forskrift § 23-3 første ledd bokstav d så er en konkurssituasjon nettopp trukket frem som eksempel på en endring på leverandørsiden som gir mulighet for en ny leverandør å tre helt eller delvis trer inn i den eksisterende leverandørens rettigheter og plikter. Dette gjelder imidlertid bare når den nye leverandøren oppfyller de opprinnelige kvalifikasjonskravene, det ikke foretas andre vesentlige endringer i kontrakten og skiftet av leverandør ikke skjer for å omgå forskriften.

<sup>231</sup> Se også omtale i departementets veileder (2013) side 178.



av menneskeliv. Nemnda la også vekt på at kontrakten var langvarig og innebar betydelige investeringer. Kontrakten ble dessuten videreført på samme vilkår som tidligere, og oppdragsgivers sikkerhet for oppfyllelse var tilstrekkelig ivaretatt.

På grunn av de særlige omstendighetene i saken må nok avgjørelsen anses som spesiell. Det er derfor vanskelig å si hvor stor overføringsverdi avgjørelsen har til andre saker.

Viktigere enn klagenemndas saker i 2011/259 og 2012/235 er nok EU-domstolens prinsipielle avgjørelse i C-454/06 *Pressetext*.<sup>232</sup> Deler av avtalen ble her overført til et 100 prosent eid datterselskap. Tjenestene som skulle leveres ble ikke endret. EU-domstolen mente at dette reelt sett var en omstrukturering som ikke endret de opprinnelige kontraktsvilkårene. Endringen på leverandørsiden ble derfor akseptert av domstolen. Domstolen påpekte også at endringer i eierkretsen i et aksjeselskap eller deltakerne i et andelsselskap vil i prinsippet heller ikke utgjøre vesentlige endringer.<sup>233</sup>

Dersom man ser nærmere på føringene fra praksis så er det særlig to omstendigheter som vil være relevante å se nærmere på ved vurderingen av endringer på leverandørsiden. Det er for det første at endringen *ikke må anses som en omgåelse* av regelverket. Videre at oppdragsgiver *ikke må kunne bebreides* for situasjonen som har oppstått.<sup>234</sup> Dette vil sannsynligvis være relevante momenter også ved en vurdering av endringer av kontraktspart på *oppdragsgiversiden*.

I juridisk litteratur er det hevdet at en endring av kontraktsparten på leverandørsiden kan skje uten konkurranse dersom det er tilstrekkelig identifikasjon mellom ny og gammel kontraktspart til at kontrakten i realiteten kan anses å bestå mellom de samme partene. Videre er det pekt på at så lenge den formelle kontraktsparten består, så er det som hovedregel ingen ny kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand.<sup>235</sup>

I departementets forslag til ny forskrift § 23-3 første ledd bokstav d heter det også at endring ikke vil være vesentlig dersom det;

*«d) gjelder skifte av leverandør ved at en ny leverandør helt eller delvis trer inn i den eksisterende leverandørens rettigheter og plikter som følge av en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller konkurs. Dette gjelder bare når den nye leverandøren oppfyller de opprinnelige kvalifikasjonskravene, det ikke foretas andre vesentlige endringer i kontrakten og skiftet av leverandør ikke skjer for å omgå denne forskriften.»*

Vi mener at mange av de samme hensynene som begrunner mulighetene for endringer på leverandørsiden også kan begrunne hvorfor det må være noe handlingsrom for endringer på oppdragsgiversiden. Dersom man for eksempel tenker seg en kommunesammenslåing eller et interkommunalt samarbeid som blir «tvunget igjennom» fra statlig hold, så kan det argumenteres for at dette er en sammenlignbar situasjon som ved omstruktureringer hos en leverandør.

---

<sup>232</sup> Se premiss 39 flg.

<sup>233</sup> Jf. C-454/06 *Pressetext* premiss 51-52.

<sup>234</sup> Blant annet uttalt i KOFA sak 2011/259 og 2012/235 premiss 57.

<sup>235</sup> Dragsten, Marianne: «Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger» (2013) side 747.

Samtidig er det grunn til å understreke at disse hensynene i mindre grad gjøre seg gjeldende dersom situasjonen er en kommunes frivillige inntreden i et IKT-samarbeid.

## Konklusjon

Vi mener at gode grunner tilsier at begrensningene i § 15-1 tredje ledd om at avtaler bare kan inngås mellom de opprinnelige partene, er en regel som kun gjelder for rammeavtaler og ikke avtaler generelt.

Dersom dette legges til grunn vil det innebære at forskriften prinsipielt sett ikke stenger for et scenario der en kommune har en avtale med en leverandør om kjøp av 200 lisenser, men kun bruker 180 av dem, så kan en annen kommune inngå avtale med leverandøren om kjøp av de siste 20. Verken volum eller de opprinnelige kontraktsvilkår blir endret, kun det forhold at leverandøren vil levere lisenser til to kommuner istedenfor én.

Hensynet til effektiv ressursbruk tilsier også at en slik endring bør være lovlig.

Vi understreker imidlertid at det er usikkerhet knyttet til dette spørsmålet og at vi verken har funnet rettspraksis eller litteratur som tar eksplisitt stilling til dette. Videre vil det ofte være slik at dersom en ny oppdragsgiver innlemmes i en eksisterende avtale så vil det i de fleste tilfeller medføre endringer i for eksempel avtalens volum som i seg selv kan utgjøre en ulovlig vesentlig endring. Dette vil drøftes nærmere i neste delkapittel.

Det kan også være særlige grunner i den enkelte sak som fører til at en innlemmelse av en kommune i en eksisterende avtale *i seg selv* vil bli ansett som vesentlig. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom det er knyttet prestisje i å ha oppdrag for den aktuelle kommunen. At denne kommunen innlemmes i avtalen vil derfor kunne ha som effekt at andre leverandører ville valgt å delta i konkurransen, på tross av at avtalens volum ville vært det samme. I et slikt tilfelle vil endringene av kontraktspart på oppdragsgiversiden kunne anses som en vesentlig endring.

Vårt poeng er imidlertid at vi mener at det ikke kan være slik at *enhver* innlemmelse av en ny part i en eksisterende avtale *alltid* vil være ulovlig.

### 5.5.4 Momenter i vurderingen av om en innlemmelse av andre kommuner i en eksisterende avtale vil være ulovlig på grunn av læren om vesentlig endring?

#### 5.5.4.1 Innledning

I punktet over mener vi at gode grunner tilsier at § 15-1 tredje ledd ikke må tolkes analogisk til å også gjelde ordinære avtaler.<sup>236</sup> Dette innebærer i så fall at det ikke er noe *absolutt forbud* mot å innlemme kommuner i en eksisterende avtale. Innlemmelse av andre kommuner i en eksisterende avtale vil imidlertid likevel kunne være ulovlig på grunn av forbudet mot å gjøre vesentlige endringer i kontrakter.

Dersom en kommune innlemmes i en eksisterende avtale som gjelder for eksempel et fagsystem eller lisenser så vil dette i de fleste tilfeller medføre en endring i avtalens volum, pris, kontraktsperiode eller endring av andre kontraktsvilkår.

---

<sup>236</sup> Merk imidlertid vårt forbehold om at spørsmålet må anses som usikkert.

Hvorvidt endringene vil være å anse som vesentlige må bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Den redegjørelsen som gjøres her vil derfor kun bli en generell gjennomgang av hvilke momenter som er relevante å ta i betraktning i en slik vurdering.

Departementet har som nevnt i sitt forslag til ny anskaffelsesforskrift foreslått at læren om forbud mot vesentlig endring kodifiseres, altså forskriftsfestes, i §§ 23-1 til 23-3. Når disse reglene er trådt i kraft vil bestemmelsene danne et utgangspunkt for vurderingen. Ettersom bestemmelsene langt på vei er en kodifisering av gjeldende rett vil bestemmelsene imidlertid også kunne ses hen til for hva som utgjør en vesentlig endring i dag.

Ved vurderingen av om en endring er å anse som vesentlig så vil det være naturlig å starte med å se på konkurransedokumentene slik de forelå på kunngjøringstidspunktet og sammenholde dette med avtalen slik den har utviklet seg, eller er tenkt utviklet (hva som er levert, til hvem, til hvilken pris og på hvilke kontraktsvilkår).

Merk her at det er uten betydning hvordan endringene i kontrakten gjøres. Enten dette skjer ved at det inngås en ny fullstendig kontrakt som erstatter den opprinnelige, det inngås en tilleggskontrakt (for den nye kommunen for eksempel) eller det inngås en muntlig avtale om å endre kontrakten til å gjelde flere kommuner. Det avgjørende er å se på sluttresultatet når anskaffelsen er ferdig.

Ved innlemmelse av en ny kommune i en eksisterende kontrakt så vil den nye parten i avtalen utgjøre en endring i seg selv som må tas i betraktning under vesentlighetsvurderingen. Videre vil eventuelle endringer i volum, pris, kontraktsperiode, ytelser etc. måtte vurderes.

#### 5.5.4.2 Betydningen av en eventuell endringsklausul

Ved vurderingen av om en endring vil være vesentlig vil det være naturlig å starte med å se på den opprinnelige kontraktens innhold. Et grep som vil utvide handlingsrommet for lovlige endringer er dersom det er tatt inn en endringsklausul eller en opsjon i den opprinnelige avtalen om at andre kommuner kan innlemmes i avtalen. Dette følger av rettspraksis fra EU-domstolen og er nå også foreslått forskriftsfestet i departementets forslag til ny forskrift at endringer som er gjort i henhold til en klar endringsklausul som utgangspunkt vil være tillatt, jf. §§ 23-3 første ledd bokstav a, jf. 23-1.

Det følger av forslaget § 23-1 at «*Det skal fremgå klart av klausulen hvilke endringer som kan foretas, i hvilket omfang og på hvilke vilkår*». En endring som gjøres i medhold av en endringsbestemmelse som oppfyller de nevnte krav, vil som utgangspunkt ikke anses som vesentlig.

En endringsklausul eller opsjon i avtalen om at andre kommuner kan innlemmes i avtalen kan for eksempel formuleres slik:

*«Kommune B og C gis rett til å innlemmes i avtalen dersom kommunene senere inngår et IKT-samarbeid med kommune A. Kommunene skal tre inn i avtalen på tilsvarende vilkår som kommune A.»*

For å gi forutberegnelighet til leverandørene om hvordan avtalen kan utvikle seg må imidlertid også eventuelle endringer i avtalens *omfang* fremgå. Avhengig av hva avtalen gjelder vil det for eksempel kunne være relevant å opplyse om de nevnte kommuners innbyggertall og antall kommunalt ansatte, hvor mange som kan tenkes å bruke den aktuelle ytelsen, etc.

På tross av kravene til klarhet i en eventuell endringsklausul så vil sannsynligvis også en endringsbestemmelse som *ikke* oppfyller forskriftens krav til presisjon måtte tas i betraktning i vesentlighetsvurderingen fordi endringsbestemmelsen uansett har gitt et signal til markedet om at endringer vil kunne være aktuelt i denne anskaffelsen.<sup>237</sup>

En generell endringsbestemmelse om at for eksempel kontrakten kan utvides til å gjelde *andre kommuner* (uten å spesifisere dette nærmere) vil imidlertid etter all sannsynlighet være for upresis da den trolig ikke oppfyller de grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet og klarhet for leverandørene.<sup>238</sup>

Hvor den nedre grensen går for hvilke endringsklausuler som vil «stå seg» dersom de blir prøvd rettslig er ikke klart, men på generelt grunnlag må man kunne legge til grunn at jo mer presis, utvetydig og uttømmende en endringsbestemmelse er, desto mer sannsynlig er det at en endring som er gjort i henhold til bestemmelsen vil anses som en lovlig endring av kontrakten.

#### 5.5.4.3 Mulig for andre leverandører å delta eller vinne kontrakten

Dersom det ikke er tatt inn noen endringsklausul i avtalen eller klausulen ikke er tilstrekkelig klar så vil en innlemmelse av nye kommuner i en eksisterende avtale måtte vurderes etter vesentlighetslæren. Et sentralt moment i vurderingen vil i så fall være om endringen(e) introduserer vilkår som medfører at andre leverandører kunne deltatt, eller vunnet, konkurransen dersom vilkårene hadde vært del av den opprinnelige utlysningen, jf. EU-domstolens avgjørelse i *Presstext* og departementets forslag til forskrift § 23-2 annet ledd bokstav a.

Mange endringer vil sannsynligvis kunne bli ansett som vesentlige på dette grunnlag. Hvis en eller flere kommuner som ikke var oppdragsgiver i den opprinnelige utlysningen gis anledning til å innlemmes i en eksisterende avtale så kan dette gjøre avtalen mer attraktiv for leverandørmarkedet. Hvis avtalen for eksempel gjelder utvikling av et fagsystem så kan det være mer interessant for en leverandør å utvikle et fagsystem for fem kommuner istedenfor én. Og videre, dersom avtalen opprinnelig gjaldt levering av 200 lisenser til én kommune, men utvides til å gjelde 1000 lisenser fordelt på fem kommuner, så vil dette både kunne medføre at andre leverandører kunne deltatt, samt at en annen leverandør kunne vunnet konkurransen.

Hvis derimot situasjonen er at den opprinnelige avtalen gjaldt levering av 200 lisenser til én kommune A, men endres til at en annen kommune B kan kjøpe 20 av disse lisensene fordi kommune A uansett ikke brukte disse, så vil dette kunne være en endring som trolig ikke ville medført at andre leverandører ville deltatt eller vunnet konkurransen (fordi avtalens volum er det samme).

Dette vil imidlertid kunne stille seg annerledes dersom avtalen blir mer *attraktiv* for leverandørmarkedet når den nye kommunen innlemmes. I så fall kan selve endringen på oppdragsgiversiden *i seg selv* bli ansett som en ulovlig vesentlig endring.

---

<sup>237</sup> Se også slik; Thue, Anders, Buan, Anne og Brun, Kristine Røed: «Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer» (2013) side 156.

<sup>238</sup> Se blant annet EU-domstolens avgjørelse C-91/08 (*Wall*) der endringsklausulen ikke ble ansett tilstrekkelig til å unngå at det ble konstatert vesentlig endring.

#### 5.5.4.4 Vil avtalen utvides til å gjelde flere eller andre ytelser

En annen faktor det må ses hen til i vesentlighetsvurderingen er dersom kontrakten i betydelig grad utvides til å gjelde flere, eller andre, arbeider, varer eller tjenester enn det som opprinnelig var omfattet av kontrakten. Dette vil typisk kunne gjelde et tilfelle der antall lisenser økes eller der den opprinnelige kontrakten utvides til også å gjelde support-tjenester.

Tvilstilfeller kan oppstå ved for eksempel oppgradering av IKT-produkter med bedre og flere funksjonaliteter enn den versjonen som forelå på tidspunktet for kontraktsinngåelsen. KOFA behandlet spørsmålet om endringer i en eksisterende IKT-kontrakt i sak 2004/16. Nemnda uttalte her i premiss 131-132:

*«131 Reforhandlinger som har rimelig kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den først inngåtte avtale, må i utgangspunktet godtas. Dette må stilles på linje med f eks utøvelse av endrings- og tilleggsarbeider («Change order») i entreprise- og tilvirkningsforhold. Dette stiller seg EØS-rettslig og i forhold til direktivene annerledes når det er tale om å reforhandle «essential terms of the contract».*

*132 At det er teknologiske og prismessige forskjeller mellom den reforhandlede avtalen og den opprinnelige avtalen vil således ikke i alle tilfeller være tilstrekkelig til at det må regnes som inngåelse av en ny avtale i strid med regelverket. Endringer som følge av den teknologiske utviklingen på punkter som er av marginal betydning, og endringer som følge av inflasjon eller prisjusteringsbestemmelser i kontrakten, må etter omstendighetene aksepteres.»*

Det er med andre ord noe rom for å reforhandle en avtale såfremt reforhandlingene har rimelig kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den eksisterende avtalen.

#### 5.5.4.5 «De-minimis» unntaket

I forslaget til ny forskrift er det videre i § 23-3 annet ledd foreslått et unntak som innebærer at visse mindre endringer alltid vil være tillatt. Dette omtales som «de minimis» unntaket og vil trolig bli svært praktisk når forskriftsbestemmelsen trer i kraft. Bestemmelsen lyder:

*«(2) Uavhengig av om en endring er vesentlig etter § 23-2, kan oppdragsgiver foreta endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten å gjennomføre en ny konkurranse etter reglene i denne forskriften dersom prisøkningen som følge av endringen ikke overstiger*

*a) terskelverdiene i § 4-2 og*

*b) 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for vare- og tjenestekontrakter eller 15 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for bygge- og anleggskontrakter.*

*Dette gjelder bare når anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret. Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, skal prisøkningen beregnes på grunnlag av den samlede prisøkningen som følge av alle endringene.»*

Denne «de minimis-regelen» betyr at endringer som ikke overstiger EØS-terskelverdiene og samtidig ikke overstiger hhv. 10 prosent av den opprinnelige vare- eller tjenestekontrakten (eller 15 prosent

av den opprinnelige bygge- og anleggskontrakten), ikke vil anses som vesentlige. Denne bestemmelsen kan derfor være praktisk ved mindre endringer.

Dersom situasjonen gjelder innlemmelse av ny kommune i eksisterende avtale, *pluss* endringer i avtalens volum, så må dette vurderes samlet. Selv om en endring prismessig kan ligge innenfor «de-minimis» grensen i § 23-3 annet ledd så vil prisøkningen og innlemmelsen av kommunen, samlet sett, kunne medføre at endringene likevel må anses som vesentlige.

#### 5.5.4.6 Økonomisk balanse i kontrakten

Også en endring av den økonomiske balansen i kontraktsforholdet i leverandørens favør vil medføre at endringen anses som vesentlig, jf. forslag til ny forskrift § 23-2 annet ledd bokstav b. Prisen vil her stå sentralt. Dersom leverandøren kan heve sine priser etter at kommunen(e) innlemmes i avtalen så vil dette normalt måtte medføre at endringen er vesentlig.

#### 5.5.4.7 Omgåelseshensyn

Dersom endringen i en eksisterende kontrakt er motivert ut fra et ønske om å omgå anskaffelsesreglene så vil dette kunne bli brukt som moment mot at endringen skal være tillatt. Omgåelseshensyn ble blant annet trukket frem som et relevant moment i vesentlighetsvurderingen i EU-domstolens avgjørelse i *Presstext*.<sup>239</sup>

Det er ikke gitt hvordan KOFA eller domstolene vil vurdere et tilfelle der kommuner som ikke var en del av de opprinnelige partene innlemmes i en eksisterende avtale. På den ene siden vil det ofte ligge forretningsmessige hensyn bak ønsket om å innlemme andre kommuner i et IKT-samarbeid til en eksisterende avtale. Det kan være stordriftsfordeler å oppnå og det kan være gunstig at alle kommunene i samarbeidet for eksempel benytter samme fagsystem. Dette kan gjøre det enklere å ha felles brukerstøttetjenester i samarbeidet. Kanskje er det den største kommunens avtale som ønskes videreført. Ved å fortsette den største avtalen vil man kunne begrense eventuelle byttekostnader i samarbeidet, sammenlignet med dersom hele samarbeidet må bytte fagsystem. Dette kan trekkes inn som momenter *mot* at innlemmelsen av nye kommuner i avtalen er gjort ut fra et ønske om å omgå regelverket.

På den annen side så vil trolig alternativet til å innlemme kommunene i en eksisterende avtale være at det utlyses en helt ny konkurranse for hele samarbeidet. Også her kan man oppnå stordriftsfordeler ved at alle kommunene går over til samme system, men byttekostnadene kan bli noe større.

Det kan også tenkes konkrete forhold i den enkelte sak som medfører at en innlemmelse av nye kommuner i en eksisterende avtale vil kunne ha preg av omgåelse. Kanskje ser man at leverandøren eller systemet kommunene ønsker å benytte trolig ikke vil være det økonomisk mest fordelaktige i en konkurranse, og at man derfor vil forsøke å innlemmes i en eksisterende avtale med leverandøren fordi dette medfører at de andre kommunene også kan velge denne leverandøren uten å gjennomføre en ny konkurranse.

Dette viser at momentet omgåelse kan slå begge veier ved en innlemmelse av kommuner i en eksisterende avtale. Her må det med andre ord gjøres en konkret vurdering.

---

<sup>239</sup> C-454/06 (*Presstext*).

#### 5.5.4.8 Årsakene til endringen

Videre vil det også være relevant å se hen til årsakene til endringen. Dette følger nå også av departementets forslag til ny § 23-3 første ledd bokstav c der det heter at en endring vil være tillatt dersom den «er nødvendig som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Dette gjelder bare når anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret».

Årsaken til endringen vil særlig kunne være relevant å ta i betraktning ved langvarige, sammensatte og komplekse kontraktsforhold, hvor det kan være vanskelig å forutse ethvert endringsbehov før kontraktsinngåelsen.<sup>240</sup>

Det kan også hevdes at leverandørene i langvarige kontrakter i større grad enn ellers vil måtte påregne senere endringer i kontrakten.<sup>241</sup> Dette vil typisk kunne være tilfelle i IKT-kontrakter.

#### 5.5.4.9 Konsekvensene av å gjennomføre en ny konkurranse

Når det skal vurderes om endringer i en kontrakt er vesentlige må det gjøres en konkret helhetsvurdering. I denne vurderingen vil det også være naturlig å se hen til konsekvensene av å gjennomføre en ny konkurranse.

Som nevnt vil det som utgangspunkt være et større rom for endringer i komplekse og langvarige kontrakter, jf. også KOFA's uttalelser i KOFA-sak 2011/259 og 2012/235 (Nødnett). IKT-kontrakter om for eksempel fagsystemer må trolig anses å falle inn under en slik kategori.

At en kommune bytter fagsystem vil i mange tilfeller være tid- og ressurskrevende, både økonomisk og menneskelig. Det må trolig brukes mye ressurser på opplæring av de ansatte i et nytt system. Det kan også være krevende å få det nye fagsystemet på plass og gjøre de nødvendige tilpasninger, for eksempel slik at systemet kan kommunisere med kommunens øvrige fagsystemer (i den grad dette er nødvendig). Byttekostnadene ved å endre et fagsystem kan derfor være store. Dette må kunne tas i betraktning i vesentlighetsvurderingen.

Når det er sagt så vil byttekostnader kunne tas i betraktning ved evalueringen av tildelingskriteriene ved utlysning av en ny kontrakt. Det er derfor på ingen måte noen automatikk i at høye byttekostnader vil føre til at en endring ikke vil anses som vesentlig. Det kan imidlertid spille inn som et moment i vesentlighetsvurderingen.

#### 5.5.4.10 Oppsummering

Ved vurdering av om det har skjedd en vesentlig endring av avtalen vil man måtte se på endringene *samlet sett*, altså både endringer av kontraktspart på oppdragsgiversiden, endringer i ytelse og volum og eventuelle endringer i kontraktsvilkår. Selv om selve innlemmelsen av en ny kommune i en eksisterende avtale ikke *i seg selv* er å anse som en vesentlig endring, så kan avtalen bli ansett å være vesentlig endret når dette ses i sammenheng med for eksempel endringer i avtalens pris og volum.

Ved en vurdering av om det har skjedd vesentlige endringer i avtalen vil det være naturlig å starte med å tolke konkurransedokumentene og den opprinnelige avtalen opp mot avtalen slik den har, eller vil, utvikle seg. Neste steg i vurderingen vil være å undersøke om det er tatt inn en

<sup>240</sup> Arrowsmith, Sue: "The Law of Public and Utilities Procurement" (2005) side 288-289.

<sup>241</sup> Se for eksempel KOFA-sak 2005/68 der nemnda uttalte at det «[i] en kontrakt av denne typen er (...) påregnelig for leverandørene at det vil skje endringer av spesifikasjonene (...). Nemnda kom derfor til i premiss 34 at «under en viss tvil» ikke var tale om en ny kontrakt.

endringsklausul eller en opsjon på at andre kommuner kan innlemmes i avtalen. Dersom dette er gjort så vil endringer som er gjort i henhold til dette som utgangspunkt ikke anses som vesentlige. Dette forutsetter imidlertid at klausulen eller opsjonen er tilstrekkelig klar. Jo mer presis og uttømmende en endringsklausul er formulert, desto større sannsynlighet er det for at endringer gjort i medhold av klausulen vil være lovlige.

Dersom endringene ikke er varslet i en endringsklausul/opsjon så vil man måtte se nærmere på:

- Om endringen har gjort det mulig for andre leverandører å delta eller vinne konkurransen?
- Hvorvidt avtalen er utvidet til å gjelde flere eller andre ytelser?
- Om den økonomiske balansen i avtalen vil endres i leverandørens favør (typisk endringer i pris)?
- Har endringen preg av omgåelse?
- Hva er årsakene til endringen?
- Hva vil konsekvensene være ved å gjennomføre en ny konkurranse?

Vi understreker at endringer av kontraktspart på oppdragsgiversiden er en ganske stor endring som i seg selv kan bli ansett som vesentlig. Sammenholdt med eventuelle endringer i pris og volum så skal det trolig lite til før vesentlighetsterskelen er overskredet. Handlingsrommet for hvilke endringer som er lovlige når en ny kommune innlemmes i en eksisterende avtale vil derfor trolig være forholdsvis snevert.

Dersom situasjonen er at det er en liten kommune som innlemmes i kontrakten til en stor kommune og det kun gjøres minimale endringer (eventuelt ingen) i kontraktsbetingelser og volum, så vil dette kanskje være et tilfelle der innlemmelsen av den lille kommunen ikke vil bli ansett som en vesentlig endring av avtalen. Den nye «de-minimis» regelen som er foreslått i departementets forslag til forskrift § 23-3 annet ledd vil også kunne gi en pekepinn på hvilke endringer som kan aksepteres.

Dersom situasjonen er at kommunene som ønsker å gå over til en felles avtale i dag har avtale med *samme leverandør* så vil dette være et bedre utgangspunkt enn dersom kommunene har avtale med *ulike leverandører*. Alle avtalene vil da opprinnelig ha vært kunngjort og leverandøren vil være den samme. Dette til forskjell fra dersom en ny kommune innlemmes i en eksisterende avtale med en ny leverandør. Også i førstnevnte tilfelle vil det imidlertid kunne tenkes at endringene som gjøres (for eksempel at avtalene reforhandles til én felles avtale) er så omfattende at de likevel må anses som en ulovlig vesentlig endring.

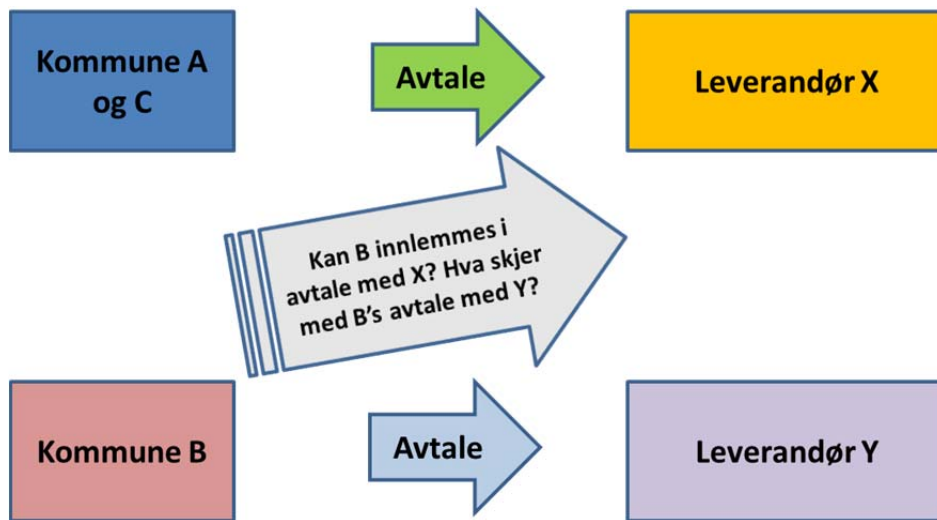
Dersom konklusjonen er at innlemmelse av kommune(r) i en eksisterende avtale vil anses som en ulovlig vesentlig endring så er alternativet at kommunene eller samarbeidet utlyser en helt ny felles konkurranse i overensstemmelse med anskaffelsesregelverket. Eventuelt at kommunene viderefører avtalene de har, men da som konsekvens at kommunene ikke får fått over til et felles fagsystem, felles lisensavtaler etc.

#### **5.5.5 Hvilke muligheter har kommunene til å avslutte eksisterende avtaler?**

I eksemplet nevnt innledningsvis så hadde kommune B fagsystem Y. Fordi kommune A og C hadde fagsystem X ønsker også kommune B å gå over til dette fagsystemet. Den eksisterende avtalen kommune B har om å benytte fagsystem Y har imidlertid ikke utløpt ennå. Kommune B lurder derfor



på hvilke muligheter kommunen har til å avslutte avtaleforholdet før kontraktperioden er utløpt. Problemstillingen kan illustreres med følgende figur:



Avslutning av en kontrakt vil normalt skje i henhold til kontraktens bestemmelser for når avtaleforholdet opphører. Å avslutte en kontrakt før kontraktperioden er utløpt avhenger i all hovedsak på hva slags avtale kommune B har med leverandøren av fagsystem Y. Kanskje inneholder avtalen en klausul om at avtalen kan sies opp av kunden med tre måneders varsel. I så fall vil det å avslutte avtaleforholdet være forholdsvis kurant. Dersom avtalen derimot har en varighet på fire år og det fortsatt er to år igjen av avtaleperioden er situasjonen vanskeligere.

Dersom avtalen ikke inneholder bestemmelser om å avslutte avtaleforholdet så vil leverandøren i mange tilfeller kunne kreve vederlag for resten av kontraktperioden. Hvordan dette oppgjøret eventuelt skal skje beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Å bringe en kontrakt til opphør uten at det kan forankres i noen bestemmelse som gir kommunen mulighet til å terminere kontrakten vil i mange tilfeller kunne bli svært kostbart, og kan «spise opp» gevinsten ved å gå over til én felles avtale med de andre kommunene i et IKT-samarbeid.

Av den grunn vil det ofte være hensiktsmessig når det inngås nye avtaler å legge inn en klausul i avtalene som gir kommunen anledning til å si opp/terminere kontrakten før kontraktperioden er utløpt. Hvilke situasjoner som skal gi kommunen en slik mulighet bør være nærmere beskrevet, eksempelvis at inngåelse av et interkommunalt samarbeid innenfor IKT, eller en kommunesammenslåing, vil gi kommunen rett til å si opp kontrakten.

### 5.5.6 Anbefalinger

For at en kommune skal være best mulig forberedt på et mulig IKT-samarbeid så har vi tre anbefalinger:

1. Første anbefaling temaet er å **kartlegge kommunens kontraktportefølje**. Gjør en «due diligence», slik som private aktører gjør når de vurderer å kjøpe et selskap. Sjekk hvilke

kontrakter kommunen har inngått, når de løper ut og hvilke oppsigelses- og reforhandlingsmuligheter som eventuelt finnes i kontrakten.

2. Andre anbefaling er at kommunen **legger inn endringsklausuler i fremtidige kontrakter**. Dette gjelder både klausuler som gir mulighet for å utvide og videreføre kontrakten ved et eventuelt IKT-samarbeid, men også klausuler som gir kommunen mulighet til å si opp/terminere kontrakten dersom kommunen inngår et IKT-samarbeid.
3. Tredje anbefaling er at det publiseres en **intensjonskunngjøring** dersom man er usikker på om en innlemmelse av andre kommuner i en eksisterende kontrakt vil anses som en lovlig endring av kontrakten.

Avslutningsvis vil vi også minne om at det ofte kan være fordeler ved å bryte opp eksisterende leverandørrelasjoner og utlyse nye konkurranser. Konkurransen om kontrakter vil i mange tilfeller kunne gi bedre og rimeligere leveranser. Dersom det inngås et IKT-samarbeid vil samarbeides forhandlings situasjon ofte være langt sterkere enn dersom én kommune forhandler alene. I så måte kan det ofte være gode grunner for å utlyse en ny konkurranse ved inngåelse av et IKT-samarbeid, selv i tilfeller der anskaffelsesreglene skulle åpne opp for at samarbeidet viderefører én av avtalene.

Vi understreker også at å ha langvarige/tidsubegrensede kontrakter uansett kan være ulovlig, da de kan etablere et leverandørmonopol i strid med forutsetningene om at offentlige oppdrag skal være gjenstand for konkurranse.

## 5.6 Særlige problemstillinger knyttet til kommuners bruk av kommunale felleskomponenter uten konkurranse

### 5.6.1 Innledning

I dette delkapitlet skal det vurderes problemstillinger ved anskaffelse av kommunale felleskomponenter og andre typer IKT-løsninger som er utviklet av én eller flere kommuner og som ønskes spredt til andre kommuner.

Særlige spørsmål er:

- Er det uproblematisk for kommuner og fylkeskommuner å ta i bruk kommunale felleskomponenter eller andre IKT-løsninger utviklet av én eller flere kommuner (kommunale fellesløsninger) uten konkurranse?
- Hvis det ikke er uproblematisk, hva skal til for at kommunesektoren kan ta i bruk kommunale felleskomponenter eller fellesløsninger?
- Dersom det er et interkommunalt samarbeidsorgan som har utviklet felleskomponenten eller fellesløsningen; har det noen betydning hvilken samarbeidsmodell (organisasjonsform) som er valgt?
- Dersom det er et interkommunalt samarbeidsorgan som ønsker å ta i bruk felleskomponenten eller fellesløsningen; har det noen betydning hvilken samarbeidsmodell (organisasjonsform) som er valgt?

Når problemstillingene over kan være aktuelle kan illustreres gjennom følgende eksempel:

Kommune A har utviklet en felleskomponent for hjemmetjenesten i kommunen. Denne er til god hjelp for både ansatte og brukerne av hjemmehjelptjenester. Felleskomponenten er vellykket og nå ønsker også nabokommunene B, C og D å ta systemet i bruk i sine kommuner. Spørsmålene over kan da melde seg; Kan kommunene kjøpe rettigheter til å bruke felleskomponenten fra kommune A direkte uten å følge anskaffelsesregelverket? Har det noen betydning dersom nabokommunene samarbeider med kommune A om å utvikle felleskomponenten videre og hver kommune for eksempel bidrar med nødvendig utstyr og personell? Bli situasjonen annerledes dersom kommune A overfører rettighetene til felleskomponenten til et eget samarbeidsorgan der alle fire kommuner er deltakere? Har i så fall valget av organisasjonsmodell noen betydning for kommunens mulighet til å bruke felleskomponenten uten å følge anskaffelsesregelverket?

Utgangspunktet er at kommuner er ulike rettssubjekter og at anskaffelser dem imellom vil anses som gjensidig bebyrdende kontrakter som er omfattet av anskaffelsesregelverket. Ved bruk av felleskomponenter eller andre IKT-løsninger som er utviklet av én eller flere kommuner er det særlig to unntak som kan medføre at anskaffelsen kan skje uten konkurranse; unntakene for *horisontalt* og *vertikalt* samarbeid. Forskjellen mellom disse to unntakene er at for horisontalt samarbeid så etableres det ingen organisatorisk overbygning, mens dette er tilfelle for vertikalt samarbeid. Den organisatoriske overbygningen kan være et samarbeidsorgan som for eksempel være et aksjeselskap eller et interkommunalt selskap etter IKS-loven.

I dette kapitlet vil vi gjøre en særskilt drøftelse av unntakene for horisontalt og vertikalt samarbeid ved bruk av felleskomponenter/IKT-systemer.

For en generell gjennomgang av unntakene for horisontalt og vertikalt samarbeid i vises det til kapittel 4.3.

### 5.6.2 Aktuelle unntak

Foruten unntakene for horisontalt og vertikalt samarbeid så vil også unntakene som er beskrevet i kapittel 4.2 kunne være aktuelle ved bruk av en felleskomponent/IKT-system; herunder enerett, FoU, anskaffelsen kan bare foretas hos én leverandør etc. Det vises derfor også til gjennomgangen av disse unntakene.

Som nevnt er det en forutsetning for at anskaffelsesregelverket skal komme til anvendelse at det er tale om en gjensidig bebyrdende kontrakt. Ensidige tildelinger av støtte eller gaver faller derfor utenfor kontraktsbegrepet. I så måte kan en måte å komme utenom regelverket om offentlige anskaffelser være at kommunen(e) som har utviklet felleskomponenten eller IKT-løsninger tilbyr denne vederlagsfritt til andre kommuner og fylkeskommuner. Altså, at kommunen(e) ikke tar betalt for at andre kommuner eller fylkeskommuner bruker felleskomponenten eller IKT-løsningen de har utviklet. Dette omtales også noen ganger som fri programvare.<sup>242</sup>

---

<sup>242</sup> Merk imidlertid at slik begrepet «fri programvare» benyttes så siktes det ikke nødvendigvis alltid til gratis programvare. Ifølge Free Software Foundation, som har utarbeidet de tre frie lisensene GPL, LGPL og GFDL, må fri programvare gi brukeren følgende fire friheter:

- Frihet 0: Friheten til å kjøre programmet uansett hensikt

Når det ikke utveksles noe vederlag vil det heller ikke være noen *gjensidig* bebyrdende avtale. I så måte er det vår vurdering at dersom utvikleren av en felleskomponent eller IKT-løsning tilbyr andre kommuner eller fylkeskommuner å bruke denne uten å måtte yte noe vederlag tilbake, så vil ikke anskaffelsesregelverket komme til anvendelse fordi det ikke er noen gjensidig bebyrdende avtale.

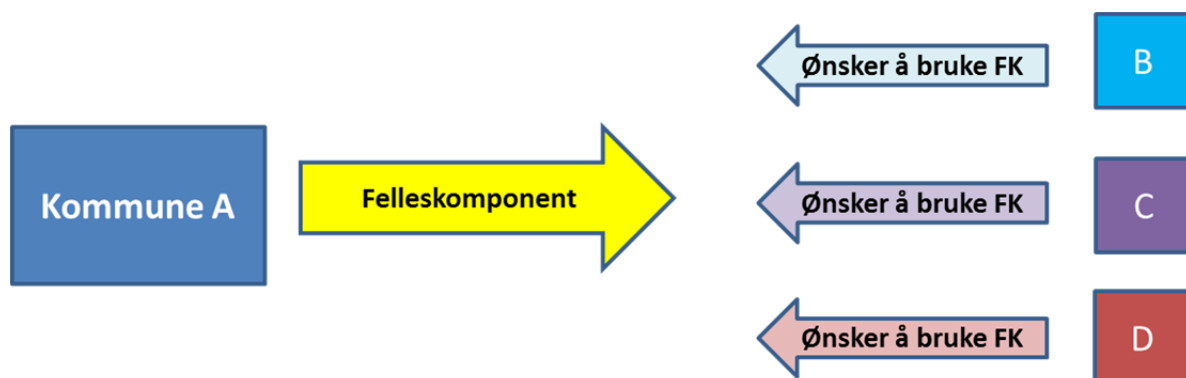
En annen sak er at dersom en kommune som har utviklet en felleskomponent eller en IKT-løsning tilbyr denne vederlagsfritt ut til markedet så kan dette reiser spørsmål om forholdet til reglene om offentlig støtte. Vi går imidlertid ikke inn på denne problematikken her. For en gjennomgang av aktuelle problemstillinger knyttet til IKT-samarbeid og offentlig støtte vises det til kapittel 10.

### 5.6.3 Kan kommuner ta i bruk felleskomponenter eller andre IKT-løsninger utviklet av én/flere kommuner med hjemmel i unntaket for *horisontalt samarbeid*?

#### 5.6.3.1 Innledning

Scenarioet som vurderes her er at en eller flere kommuner har utviklet en kommunal felleskomponent eller andre IKT-løsninger som andre kommuner og fylkeskommuner også ønsker å bruke.

Problemstillingen kan illustreres gjennom følgende figur:



Kommune A har utviklet en felleskomponent som kommunene B, C og D også ønsker å bruke. Spørsmålet blir om kommunene B, C og D kan benytte felleskomponenten direkte, uten å utlyse noen konkurranse i henhold til anskaffelsesregelverket?

Ved et samarbeid der det ikke opprettes noen egen organisatorisk enhet så vil det være unntaket for unntaket for *horisontalt samarbeid* som kan være aktuelt. Situasjonen kan for eksempel være et vertskommunesamarbeid etter kommunelovens kapittel 5A, et samarbeid etter kommuneloven § 27 (der samarbeidet ikke utgjør et eget rettssubjekt) eller et løsere avtalebasert samarbeid utenfor kommuneloven.

- Frihet 1: Friheten til å studere hvordan programmet virker og tilpasse det til sine behov
- Frihet 2: Friheten til å distribuere kopier for å hjelpe andre
- Frihet 3: Friheten til å utgi sine forbedringer til offentlig eie, slik at hele samfunnet kan få utbytte

Vurderingene som må gjøres for å oppfylle kravene for unntaket for horisontalt samarbeid er imidlertid overlappende for de ulike organisasjonsmodellene og de vil derfor behandles under ett i det følgende. For mer informasjon om særtrekk ved de ulike organisasjonsmodellene vises det til de særskilte vurderingene om dette i kapittel 4.

Vi forutsetter i denne vurderingen at det er kommune A som har utviklet og har rettighetene til felleskomponenten eller IKT-løsningen, og A og som fremdeles sitter med rettighetene til felleskomponenten og ikke en privat leverandør. I sistnevnte tilfelle vil unntaket for horisontalt samarbeid ikke kunne benyttes fordi unntaket for horisontalt samarbeid bare kan benyttes mellom offentlige myndigheter og offentligrettslige organer, ikke dersom en privat leverandør er en av partene. Dersom kommunene ønsker å bruke en felleskomponent som en privat leverandør eier så vil dette som utgangspunkt være et ordinært kjøp som er omfattet av anskaffelsesregelverket.

Som det fremgår av gjennomgangen i kapittel 4 og departementets forslag til ny anskaffelsesforskrift § 2-10 er det tre vilkår som må være oppfylt for at unntaket for horisontalt samarbeid skal være oppfylt. Det må være et samarbeid:

*«(a) som har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå felles mål,*

*(b) som blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser, og*

*(c) der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne.»*

#### **5.6.3.2 Formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå felles mål**

Når det gjelder det første vilkåret om et felles mål så må det legges til grunn en vid fortolkning av hvilke oppgaver samarbeidet kan dreie seg om. Dersom samarbeidet skjer med mål om å bedre den elektroniske saksbehandlingen for barnehageopptak eller for å gi borgerne et bedre tilbud når de skal planlegges kollektivreiser, så må dette som utgangspunkt klart falle inn under vilkåret i § 2-10 bokstav a. Å oppfylle dette vilkåret vil i de fleste tilfeller derfor være forholdsvis kurant.

Den virkelige begrensningen i bokstav a ligger imidlertid i at det i vilkåret må innfortolkes et element av *gjensidighet* mellom partene. Det må foreligge et *reelt samarbeid*.

Hvor strengt dette kravet til gjensidighet eller reelt samarbeid skal tolkes er ikke helt klart. Som redegjort for i kapittel 4 har advokatfirmaet Hjort tolket kravet dit hen at alle samarbeidspartene må bidra aktivt for å få oppgavene utført.<sup>243</sup> Vi mener at ordlyden i anskaffelsesdirektivet (som forslaget til den norske forskriftsbestemmelsen er basert på) ikke gir holdepunkter for at kravet må tolkes så strengt som Hjort legger til grunn.

Departementet skriver til sammenligning i veilederen til reglene om offentlige anskaffelser at;

*«Etter departementets mening er det ikke påkrevd at alle samarbeidsdeltakere faktisk utfører oppgaver så lenge alle har avgjørende innflytelse på utøvelsen.»<sup>244</sup>*

---

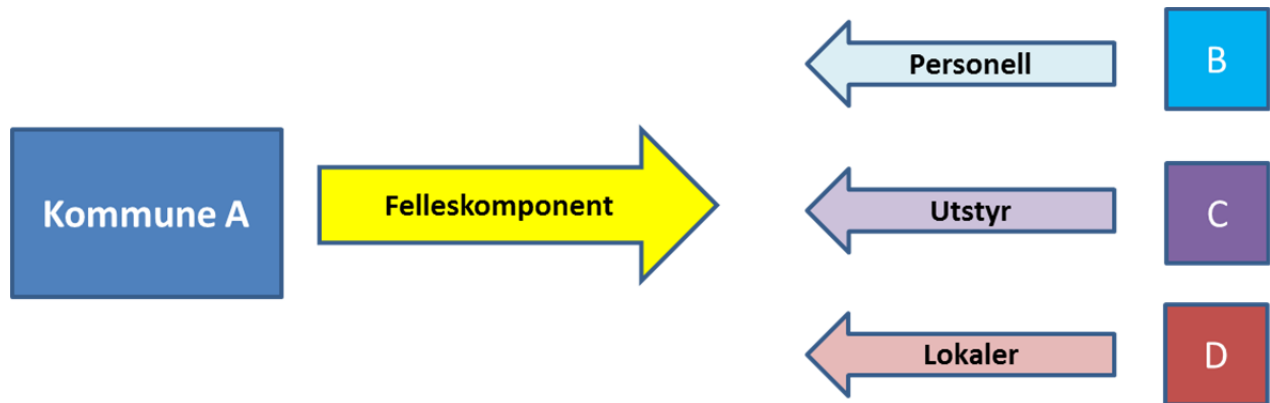
<sup>243</sup> Se Hjort-rapporten side 53.

<sup>244</sup> Se Departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) punkt 3.1.3. Veilederen er tilgjengelig her:

Riktignok skrev departementet dette før det nye anskaffelsesdirektivet formelt ble vedtatt. Vi mener imidlertid at det er gode grunner for at synet som departementet kommer med i veilederen, fortsatt kan legges til grunn. Vi understreker imidlertid at det vil være opp til domstolene å fastsette den nedre grensen for hva som kreves for at kravet til gjensidighet skal være oppfylt.

For tilfellet at en eller flere kommuner, har utviklet en felleskomponent eller IKT-løsning som andre kommuner også ønsker å bruke, så må man se nærmere på hvordan de andre kommunene kan bidra til at kravet til gjensidighet oppfylles. Dette må naturligvis bero på en konkret vurdering. Måter de andre kommunene kan bidra inn i samarbeidet på kan for eksempel være med personell som skal vedlikeholde og videreutvikle felleskomponenten eller IKT-løsningen, med nødvendig utstyr, med lokaler (for eksempel til oppbevaring av servere) etc. Kanskje vil samarbeidet også opprette et eget styre som også kan gi samarbeidskommunene innflytelse. Sistnevnte vil kunne være et moment, men vil trolig ikke være avgjørende.

Hvordan samarbeidskommunene kan bidra inn i samarbeidet slik at krevet til gjensidighet oppfylles kan illustreres av følgende figur:



Figuren illustrerer her at kommune A bidrar inn i samarbeidet med felleskomponenten de har utviklet, mens kommune B, C og D bidrar med henholdsvis personell, utstyr og lokaler.

Som nevnt under den generelle gjennomgangen av unntaket for horisontalt samarbeid i kapittel 4.3 så legger anskaffelsesdirektivet trolig noen begrensninger for hva en kommune kan bidra med for å oppfylle kravet til gjensidighet og reelt samarbeid. Det må trolig utledes et krav til at bidraget har en viss saklig sammenheng med det som samarbeidet gjelder. Her gir verken direktivet eller andre rettskilder mye veiledning og det er derfor vanskelig å gi noe godt svar på hvor grensen går. Direktivteksten tilsier imidlertid at hver av partene i samarbeidet ikke trenger å utføre samme oppgave, så lenge det bidrar til den aktuelle offentlige tjenesteytelsen blir utført.<sup>245</sup> Vi mener også at hvordan samarbeidet er definert vil kunne gi noen føringer for hvilke bidrag som vil være relevante.

Ved vurderingen av om unntakene for horisontalt samarbeid kommer til anvendelse eller ikke vil det viktigste være hvorvidt de faktiske forhold i det enkelte samarbeid tilsier at vilkårene er oppfylt. Selve

[https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilederer\\_2013.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilederer_2013.pdf)

<sup>245</sup> Jf. direktivets fortale punkt 33 siste avsnitt.

valget av organisasjonsmodell vil ha mer begrenset betydning. Noen organisasjonsformer vil imidlertid i større grad enn andre *legge til rette for* at vilkårene kan oppfylles.

Som det fremgår av drøftelsene i kapittel 4 mener vi på generelt grunnlag at samarbeid etter kommuneloven § 27 (der samarbeidet ikke utgjør et eget rettssubjekt) har større potensial for å oppfylle vilkårene for unntaket for horisontalt samarbeid sammenlignet med vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kapittel 5A. En av årsakene til dette er at for samarbeid etter kommuneloven § 27 så har loven, i sterkere grad enn for vertskommunesamarbeid, sikret samarbeidskommunene viktige funksjoner som gir dem innflytelse på utøvelsen av oppgavene i § 27 samarbeidet. Dette kan i så fall være et moment i vurderingen av om kravet til gjensidighet og reelt samarbeid er oppfylt.

Vi understreker imidlertid at selv om et § 27 samarbeid som utgangspunkt legger opp til en sterkere involvering av samarbeidskommunene enn det vertskommunemodellen legger opp til, så vil det alltid måtte gjøres en konkret vurdering.

Et tiltak som kan bidra til sterkere involvering og til at kravet til gjensidighet/reelt samarbeid oppfylles, uavhengig av hvilken organisasjonsform som er valgt, er å sørge for en aktiv deltakelse fra alle samarbeidskommunene i utøvelsen av oppgavene i samarbeidet.

#### 5.6.3.3 Utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser

Etter forslag til forskrift § 2-10 bokstav b skal samarbeidet utføres utelukkende av hensyn til offentlige interesser. Dette kravet må forstås dit hen at samarbeidet må ha som formål å utføre offentlige oppgaver, snarere enn å drive kommersiell virksomhet. Vilåret retter seg sannsynligvis først og fremst til de økonomiske transaksjonene mellom partene.<sup>246</sup>

Hjort-rapporten har tolkes dette kravet dit hen at transaksjonene i samarbeidet må begrenses til å utgjøre kostnadsdekning.<sup>247</sup> Vi er enige i at kravet om at samarbeidet utelukkende er utført av hensyn til offentlige interesser trolig må tolkes slik.

Brukt på typetilfellet vårt om felleskomponenter så betyr dette at dersom kommune A krever mer i vederlag (enten dette er i penger og/eller «naturaloppfyllelse») fra de andre kommunene enn det som er nødvendig for å oppnå kostnadsdekning, så vil dette være problematisk for å oppfylle kravet i forslag til forskrift § 2-10 bokstav b om at samarbeidet må være utført utelukkende av offentlige interesser. Det må derfor være allmenne hensyn og ikke kommersielle som må være styrende for samarbeidet. Dersom en kommune ønsker å tjene penger på felleskomponenten eller IKT-løsningen vil dette trolig stenge for bruk av unntaket for horisontalt samarbeid.

#### 5.6.3.4 Aktivitetskriteriet

Det følger av departementets forslag til forskrift § 2-10 bokstav c<sup>248</sup> at for at unntaket for horisontalt samarbeid skal komme til anvendelse må aktiviteter som samarbeidet gjelder som blir utført for andre enn oppdragsgiverne (altså aktiviteter på markedet) ikke overstige 20 prosent av oppdragsgivernes aktivitet – for så vidt gjelder den type aktivitet samarbeidet gjelder.

<sup>246</sup> Jf. fortalen til direktivet punkt 33.

<sup>247</sup> Se Hjort-rapporten (2014) side 54.

<sup>248</sup> Tilsvarende i direktivet artikkel 12 nr. 4 bokstav c.

Det vil for eksempel bety at dersom kommunen som har utviklet felleskomponenten eller IKT-løsningen også gir private eller kommuner utenfor samarbeidet tillatelse til å bruke komponenten eller løsningen, og denne andelen overstiger 20 prosent av omsetningen, så vil ikke aktivitetskriteriet være oppfylt.

#### 5.6.3.5 Oppsummering/konklusjon

Innledningsvis stilte vi spørsmål om det er uproblematisk for kommuner og fylkeskommuner å ta i bruk kommunale felleskomponenter eller andre IKT-løsninger utviklet av én eller flere kommuner (kommunale fellesløsninger) uten konkurranse. Utgangspunktet er at dette er problematisk fordi det normalt vil være tale om gjensidig bebyrdende avtaler mellom ulike rettssubjekter. Slike avtaler vil som hovedregel være omfattet av anskaffelsesregelverket og det er derfor ikke anledning til å tildele kontrakter direkte uten konkurranse.

Unntaket for horisontalt samarbeid kan imidlertid gi hjemmel for at dette likevel kan skje uten konkurranse dersom det etableres et samarbeid og vilkårene for bruk av unntaket er oppfylt.

Vilkåret som det som regel vil være størst utfordringer med å oppfylle er kravet om gjensidighet og at det må foreligge et reelt samarbeid mellom samarbeidspartene. Hvor den nedre grensen går for at dette vilkåret skal være oppfylt er ikke avklart, men rene kjøp av tjenester vil ikke omfattes av unntaket. Tiltak som fører til at kravet til et reelt samarbeid skal være oppfylt er dersom kommunene/fylkeskommunene som ønsker å bruke felleskomponenten eller IKT-løsningen bidrar for å få oppgavene utført. Jo mer aktivt deltakerkommunene bidrar inn i samarbeidet, desto mer sannsynlig er det at vilkåret om gjensidighet og reelt samarbeid er oppfylt.

Videre vil det også være et vilkår for at unntaket for horisontalt samarbeid skal være oppfylt at transaksjonene i samarbeidet trolig må begrenses til å utgjøre kostnadsdekning. Idet en eller flere av partene oppnår profitt, er det ikke lenger bare allmenne hensyn, men også kommersielle, som er styrende for samarbeidet.<sup>249</sup>

Endelig må aktiviteter som samarbeidet gjelder som blir utført for andre enn samarbeidskommunene (altså aktiviteter på markedet) ikke overstige 20 prosent. Dersom kommunen(e) som har utviklet en felleskomponent eller IKT-løsning tilbyr denne til private eller kommuner/fylkeskommuner utenfor samarbeidet og denne andelen overstiger 20 prosent, så vil dette utelukke bruk av unntaket for horisontalt samarbeid.

#### 5.6.4 Kan kommuner ta i bruk felleskomponenter fra et interkommunalt samarbeidsorgan med hjemmel i unntaket for *vertikalt* samarbeid?

##### 5.6.4.1 Innledning

Problemstillingene som vil vurderes i det følgende er om deltakerkommunene kan bruke felleskomponenten direkte uten å følge anskaffelsesregelverket med hjemmel i unntaket for *vertikalt* samarbeid? Har det i så fall noen betydning hvilken samarbeidsmodell som er valgt?

---

<sup>249</sup> Se Hjort-rapporten (2014) side 54.



Problemstillingene kan illustreres av følgende figur:



Som det fremgår av figuren har samarbeidet her opprettet en egen organisatorisk enhet. Dette kan være et samarbeid etter kommuneloven § 27, et interkommunalt selskap etter IKS-loven, et aksjeselskap eller et samvirkeforetak. I et slikt tilfelle vil det være unntaket for vertikalt samarbeid som er aktuelt å vurdere.

I figuren over er det lagt til grunn at kommune A har utviklet en felleskomponent som kommunen overfører til samarbeidsorganet X. Det kan stilles spørsmål ved om denne overføringen av felleskomponenten til samarbeidsorganet *i seg selv* kan være en anskaffelse som medfører at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse. Vi avgrensner mot en detaljert drøftelse av dette spørsmålet, men nevner at overføringen av felleskomponenten vil kunne overføres direkte med hjemmel i unntaket for såkalt «omvendt vertikalt samarbeid», dersom vilkårene for dette er oppfylt. For en nærmere beskrivelse av vilkårene for omvendt vertikalt samarbeid vises det til kapittel 4.3.2.5.

Selv om det i figuren over er lagt til grunn at felleskomponenten er utviklet av kommune A og deretter overføres til samarbeidsorganet X, så vil vurderingene av unntaket for vertikalt samarbeid i det følgende være de samme selv om det er samarbeidsorganet selv som har utviklet felleskomponenten.

Ved vurderingen av om unntaket for vertikalt samarbeid så er oppfylt er det tre sentrale vilkår som må være oppfylt; kontrollkriteriet, aktivitetskriteriet og krav om at det ikke er noen direkte privat kapital i samarbeidsorganet. Disse kriteriene vil bli vurdert i det følgende.

Ved vurderingen av om unntakene for vertikalt samarbeid kommer til anvendelse eller ikke vil det viktigste være hvorvidt de faktiske forhold i det enkelte samarbeid tilsier at vilkårene er oppfylt. Selve valget av organisasjonsmodell vil ha mer begrenset betydning. Noen organisasjonsformer vil imidlertid i større grad enn andre *legge til rette for* at vilkårene kan oppfylles. Vi vil derfor også knytte noen særskilte kommentarer til betydningen av valg av organisasjonsmodell.

For en mer utførlig gjennomgang av de enkelte organisasjonsformene og hvordan de forholder seg til unntaket for vertikalt samarbeid, så vises det til kapittel 4.

#### 5.6.4.2 Kontrollkriteriet

For å oppfylle kravet til unntak for vertikalt samarbeid så må oppdragsgiver utøve en tilsvarende kontroll over leverandørorganet som over egen virksomhet. Dette omtales ofte som kontrollkriteriet og er foreslått forskriftsfestet i ny anskaffelsesforskrift § 2-8 første ledd bokstav a.

Ved vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt vil det være sentralt å vurdere i hvilken grad samarbeidsorganet kan opptre selvstendig og forfølge andre interesser enn samarbeidskommunen.

Dersom det er opprettet et eget samarbeidsorgan som har utviklet eller forvalter en felleskomponent så vil det i kontrollvurderingen være av betydning å se nærmere på hvor stor eierandel de ulike kommunene har i samarbeidsorganet. At det er få eiere med noenlunde lik eierandel vil som et utgangspunkt medføre at det er lettere å oppfylle kontrollkriteriet sammenlignet med dersom det er mange eiere og at en av eierne eier en betydelig større andel enn de øvrige. Dette trenger ikke være avgjørende for om kontrollkriteriet er oppfylt, men alle kommunene må ha et minimum av innflytelse over samarbeidsorganet. Dersom noen av kommunene sitter med en svært liten eierandel kan det derfor være fornuftig å gjøre noen «grep» som sikrer disse kommunene større innflytelse (eksempelvis ved å endre vedtektene eller selskapsavtalen).

Hvordan kommunene er representert i samarbeidsorganet vil også kunne være relevant. Dersom alle kommunene er representert i et styre eller representantskap i samarbeidsorganet så vil dette være positivt for kontrollvurderingen. Tilsvarende dersom kommunens representant i tillegg er en sentral person i kommunen, eksempelvis rådmann eller ordfører.

Dersom kommunene bestemmer over viktige operasjonelle beføyelser til samarbeidsorganet, for eksempel hvilken pris samarbeidskommunene skal betale for bruk av felleskomponenten samt strategi for hvordan felleskomponenten skal utvikles, så vil dette være viktige faktorer som styrker at kontrollkriteriet er oppfylt.

Hvis derimot kommunene har gitt vide fullmakter til samarbeidsorganet om forvaltningen av felleskomponenten uten å sikre seg kontrollbeføyelser, så vil dette kunne være et moment i disfavør at kontrollkriteriet er oppfylt.

Valget av organisasjonsmodell vil i seg selv ikke være avgjørende for om kontrollkriteriet er oppfylt, men dersom det er valgt en organisasjonsmodell som ligger nærmere forvaltningshierarkiets styringsform (eksempelvis samarbeid etter kommuneloven § 27), så kan dette være et moment i favør av kontroll.

På den annen side kan valg av en organisasjonsform som ligger nærmere den privatrettslige styringsformen (eksempelvis aksjeselskap etter aksjeloven) være en indikasjon på at samarbeidet skal organiseres i mer «armlengdes avstand» fra eierkommunene. Dette taler isolert sett mot at kontrollkriteriet er oppfylt.

Dette vil imidlertid ikke i seg selv være avgjørende for kontrollvurderingen. Det må alltid gjøres en konkret vurdering. Dersom et samarbeid for eksempel har valgt å organisere seg som et aksjeselskap, men har bygget inn styringsmuligheter som går utover «normalmodellen» i aksjeloven (eksempelvis at vedtektene er endret slik at det kreves enstemmighet ved endring av vedtektene, at alle eierkommunene skal være representert i styret etc.), at generalforsamlingen bestemmer pris og

vilkår for bruk av felleskomponenten, så kan dette være momenter som bidrar til at samarbeidsorganet i liten grad kan opptre selvstendig og forfølge andre interesser enn samarbeidskommunen. Med andre ord at kontrollkriteriet kan være oppfylt.

På tross av at enkelte organisasjonsformer har mer *potensial* for å oppfylle kontrollkriteriet enn andre, så mener vi at både samarbeid etter kommuneloven § 27, samvirkeforetak, interkommunalt selskap etter IKS-loven og aksjeselskap *legger til rette* for at kontrollkriteriet kan oppfylles. Vi understreker imidlertid at det alltid må gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.

For en nærmere drøftelse av forskjellene mellom de ulike organisasjonsformene vises det til gjennomgangen om dette i kapittel 4.

#### 5.6.4.3 Aktivitetskriteriet

Foruten kontrollkriteriet er det også et krav for å oppfylle unntaket for vertikalt samarbeid at den vesentlige delen av aktiviteten til leverandøren må være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiver. Dette omtales ofte som aktivitetskriteriet.

Det er nå presisert at minst 80 prosent av samarbeidsorganets aktivitet må være rettet mot oppdragsgiver eller andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer, jf. forslag til ny anskaffelsesforskrift § 2-8 første ledd bokstav b. Det betyr at dersom samarbeidsorganet for eksempel tilbyr felleskomponenten til private aktører eller kommuner som ikke er en av eierne, og denne andelen overstiger 20 prosent, så vil ikke aktivitetskriteriet være oppfylt, og dermed heller ikke unntaket for vertikalt samarbeid.

I praksis betyr nok dette at de kommunene som ønsker å benytte felleskomponenten til samarbeidsorganet også må være eier av samarbeidsorganet. Dersom de ikke er en av eierne så må samarbeidsorganet passe på at andelen tjenester som ytes til andre enn eierne (eller organer som er kontrollert av eierne) ikke overstiger 20 prosent.

#### 5.6.4.4 Ingen privat kapital

Dersom det er direkte privat kapital i den kontrollerte virksomheten, er det utelukket å bruke unntaket for vertikalt samarbeid. Dette følger av tidligere rettspraksis og er nå kodifisert i forslaget til ny anskaffelsesforskrift § 2-8 første ledd bokstav c.

Å for eksempel la en privat leverandør som har bidratt i utviklingen av felleskomponenten få ta del som en av eierne i samarbeidsorganet vil derfor utelukke bruk av unntaket for vertikalt samarbeid.

#### 5.6.4.5 Oppsummering/konklusjon

Innledningsvis stilte vi spørsmål om det er uproblematisk for kommuner og fylkeskommuner å ta i bruk kommunale felleskomponenter eller andre IKT-løsninger utviklet av én eller flere kommuner (kommunale fellesløsninger) uten konkurranse. Utgangspunktet er at dette er problematisk fordi det normalt vil være tale om gjensidig bebyrdende avtaler mellom ulike rettssubjekter. Slike avtaler vil som hovedregel være omfattet av anskaffelsesregelverket og det er derfor ikke anledning til å tildele kontrakter direkte uten konkurranse.

Unntaket for vertikalt samarbeid kan imidlertid gi hjemmel for at dette likevel kan skje uten konkurranse dersom det etableres et eget samarbeidsorgan og vilkårene for bruk av unntaket er oppfylt.

Vi mener at både samarbeid etter kommuneloven § 27, samvirkeforetak, interkommunalt selskap etter IKS-loven og aksjeselskap *legger til rette* for at unntaket for vertikalt samarbeid kan oppfylles.

Kravet som det i mange tilfeller vil være mest utfordrende å oppfylle er kontrollkriteriet. Det må her vurderes om kommunene utøver bestemmende innflytelse over strategiske mål og viktige beslutninger i samarbeidsorganet. Et relevant sammenligningsgrunnlag vil være om kommunene har tilsvarende kontroll over samarbeidsorganet som over egen virksomhet. Dersom samarbeidsorganet har begrenset autonomi (hvis det for eksempel ikke kan bestemme vederlaget og vilkårene for bruk av felleskomponenten) så er dette sterke momenter i favør av at kontrollkriteriet er oppfylt.

Videre så må aktivitetskriteriet være oppfylt. Det innebærer at minst 80 prosent av aktivitetene til samarbeidsorganet må utføres for eierkommunene eller organer som eierkommunene kontrollerer. Hvis for eksempel mer enn 20 prosent av felleskomponenten tilbys til andre enn eierkommunene så vil dette som utgangspunkt medføre at aktivitetskriteriet ikke er oppfylt.

Endelig så vil direkte privat eierskap i samarbeidsorganet utelukke bruk av unntaket vertikalt samarbeid.

På tross av alle organisasjonsmodellene *legger til rette* for at unntaket for vertikalt samarbeid kan oppfylles dersom kommuner bruker en felleskomponent til et samarbeidsorgan eier, så er det enkelte organisasjonsmodeller som på generell basis har et større potensial til å oppfylle unntaket enn andre. Vi nevner her at organisasjonsmodeller som ligger nærmere forvaltningshierarkiets styringsform (eksempelvis samarbeid etter kommuneloven § 27) som utgangspunkt lettere vil kunne oppfylle unntaket for vertikalt samarbeid enn organisasjonsmodeller som ligger nærmere den privatrettslige styringsformen (eksempelvis aksjeselskaper). Vi understreker imidlertid at det alltid må gjøres en konkret vurdering.

For en nærmere drøftelse av forskjellene mellom de ulike organisasjonsformene vises det til gjennomgangen om dette i kapittel 4.

**Matrise med oversikt over de ulike organisasjonsmodellene og forholdet til unntaket for vertikalt og horisontalt samarbeid:**

Type samarbeid:	Verts-kommune-samarbeid	Samarbeid etter kompl. § 27	Samarbeid i tråd med IKS-loven	Aksjeselskap	Samvirkeforetak
<b>Vertikalt samarbeid</b>	NEI Ikke relevant pga. mangelen på organisatorisk overbygning	JA Org. formen legger til rette for at samarbeidet kan underlegges den nødvendige kontroll fra deltakerkommunene	JA Org. formen legger til rette for at IKS'et kan underlegges den nødvendige kontroll fra deltakerkommunene	JA Aksjeloven er ikke i seg selv til hinder for at unntaket kan oppfylles, men det kan være nødvendig å gjøre visse «grep» i vedtekter etc. for at kontrollkriteriet skal være oppfylt.	JA Org. formen legger til rette for at samvirkeforetaket kan underlegges den nødvendige kontroll fra medlemmene
<b>Horisontalt samarbeid</b>	TJA Mulig å oppfylle, men kravet til gjensidighet/reelt samarbeid kan være vanskelig å oppfylle	JA Så lenge samarbeidet ikke utgjør et selvstendig rettssubjekt vil vilkårene kunne være oppfylt	NEI Ikke relevant	NEI Ikke relevant	NEI Ikke relevant

## 6 Noen utvalgte kontraktsrettslige spørsmål i IKT-samarbeid

### 6.1 Innledning

#### 6.1.1 Hva ligger i begrepet interkommunalt IKT-samarbeid?

Det vises til kap 2.1 og kap 4.2, hvor det er gitt en del beskrivelser og eksempler på hva et IKT-samarbeid kan bestå av.

Når formålet er å beskrive en del kontraktsrettslige spørsmål, er det viktig å peke på at ressursdeling er et grunnleggende formål med IKT-samarbeid mellom kommuner. Man kan dele lokaler, personell, programvare, maskinvare, nettverksutstyr mv. I praksis finnes det en rekke varianter eller grader av samarbeid, fra det å ha et felles fagforum for IKT-personellet i en del nabokommuner, via samarbeid på avgrensede områder, til etablering av et eget felles IKT-senter som drifter alle datasystemene i deltakerkommunene, forestår innkjøp og forvaltning av programvare og utstyr, utfører brukerservice osv.

I dette kapitlet er det de mer omfattende IKT-samarbeidene vi har i tankene først og fremst, men de kontraktsrettslige spørsmålene er stort sett de samme også i begrensede samarbeid.

#### 6.1.2 Graden av måloppnåelse kan avhenge av den organisasjons- og styringsmodellen som velges, og av de anskaffelsesavtalene som inngås i markedet

IKT-samarbeid inngås fordi ressursdeling gir mulighet til bedre utnyttelse av felles dataressurser enn hva den enkelte kommune kan make alene. Et annet viktig formål med å samarbeide er at man får et bredere fagmiljø og med det høyere IT-kompetanse. Sagt på en annen måte får man ved IKT-samarbeid bedre ressursutnyttelse, noe som i et normalt tilfelle vil føre til økonomisk besparelse selv om enhetsprisene ligger fast. Og man får gjennom kompetanseheving økt kvalitet på IKT-tjenestene i de samarbeidende kommunene.

For å oppfylle disse grunnleggende formålene må for det første samarbeidet være organisert på en måte som gjør det i stand til å arbeide hensiktsmessig, men samtidig innenfor klare rammer. Dette stiller krav til den avtalen mellom deltakerkommunene som etablerer samarbeidet. Samarbeidet må gis handlingsrom og selvstendighet til å kunne arbeide effektivt og ubyråkratisk, men samtidig være underlagt deltakerkommunenes styring og kontroll. Det vises til gjennomgangen i kapittel 3 av de ulike organisasjonsmodellene som kan være aktuelle. Hvilken organisasjonsmodell som bør velges vil variere, og må vurderes konkret. Det er ikke grunnlag for å anbefale en bestemt modell som den mest hensiktsmessige. Det sentrale er at man ved etablering av et samarbeid gjør en grundig analyse ut fra de oppgavene som tenkes lagt til samarbeidet og hvilken grad av styring deltakerkommunene vil ha.

Det som her er sagt gjelder avtaleforholdet mellom deltakerkommunene (eller eierkommunene) og den enheten som skal gjennomføre samarbeidet. Når samarbeidet er etablert, flyttes fokus til de anskaffelses- og tjenesteavtalene på IT-området som inngås i markedet – av samarbeidet selv eller av en eller flere av deltakerkommunene, alt etter hvordan samarbeidet er organisert og hvilken styringsmodell som er valgt. Det er dette som er temaet i det følgende.

Ved slike avtaleinngåelser er det viktig at den enheten som forestår forhandlingene kjenner egen forhandlingstygde, eller prøver den ut for å bli kjent med den. Kommunene står ikke lenger alene, og vil ha en sterkere forhandlingsposisjon samlet. Man bør også ha samarbeidets grunnleggende formål i tankene, og spørre seg hvordan formålene best kan oppnås gjennom den enkelte avtale. Sikres f eks nødvendig fleksibilitet og ressursutnyttelse hvis leverandøren krever at en avtale om kjøp av lisenser forutsetter at det tegnes vedlikeholdsavtale på lisensene også etter at kjøpesummen er nedbetalt? Og vil en lisensavtale hvor vederlaget beregnes på grunnlag av antall brukere være like velegnet for samarbeidet som vederlagsberegning på grunnlag av antall klienter (maskiner) programvaren skal være tilgjengelig på? Det reiser seg i praksis en rekke slike spørsmål, og de kan stille store krav til kunnskap og kompetanse hos forhandlerne.

### 6.1.3 Fremstillingen videre

I kap 6.2 sies det litt generelt om IT-kontrakter og hva som karakteriserer dem, og i kap 6.3 presenteres Statens Standardavtaler og bruken av dem. I kap 6.4 drøftes hvem som kan og bør inngå avtaler på vegne av interkommunale IKT-samarbeid, og i den forbindelse ser vi noe nærmere på valg av organisasjons- og styringsmodeller ut fra et kontraktsrettslig perspektiv. Ulike spørsmål knyttet til lisensavtaler behandles i kap 6.5, mens det i kap 6.6, er beskrevet hvordan et mer omfattende IKT-samarbeid kan organiseres. Til slutt, i kap 6.7, omtales fremveksten av skytjenester og begrensninger i offentlig sektors mulighet for å benytte slike tjenester i dag.

## 6.2 Generelt om IT-kontrakter

Rettslig karakteriseres IT-kontrakter gjerne som sammensatte kontrakter, fordi de ofte både vil omfatte kjøp av maskinvare og utstyr, disposisjonsrett til programvare, og kjøp av ulike typer tjenester, dvs komplette dataløsninger. Men mange avtaler er av enklere karakter, og gjelder f eks kun anskaffelse av et visst antall pc'er eller annen maskinvare, eller de gjelder kun lisenser.

Det går et hovedskille mellom maskinvare og annet teknisk utstyr på den ene siden, og programvare. Maskinvare er fysiske gjenstander og derfor enklere å forholde seg til tankemessig og ved utforming av avtaler. Dataprogrammer er åndsverk som er opphavsrettslig beskyttet. Avtale om kjøp eller leie av programvare (lisensavtaler) gir kunden en disposisjonsrett over et «eksemplar» av åndsverket, med et vilkårssett som regulerer og avgrenser kundens bruk av programmet, herunder hvem andre enn kunden selv som skal eller ikke skal kunne bruke programmet. Det er lisensavtaler for programvare som skaper de største utfordringene for kommunesamarbeid kontraktsrettslig sett.

Det kan også trekkes et skille mellom kontrakter om anskaffelse av standard programvare eller «hylleware» (Microsoft-produkter er her det soleklare eksemplet), og anskaffelser som krever utvikling eller tilpasning av programvare, slik det kan være tilfellet med f eks et økonomisystem eller et turnussystem, eller andre fagsystemer.

Ved anskaffelse av maskinvare, nettverksutstyr mv, og standard programvarelisenser, benyttes ofte rammeavtaler. En rammeavtale defineres gjerne som en avtale som fastlegger priser og andre leveringsvilkår for kjøp av varer og tjenester innenfor gitte produktgrupper i et avtalt tidsrom. Leveranser innenfor en rammeavtale skjer på grunnlag av avrop (bestilling) fra virksomheten. Se for øvrig kap 5.5.2 om rammeavtaler og forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser. En rammeavtale medfører vanligvis ingen kjøpsplikt for kunden, i motsetning til en kjøpsavtale.

For anskaffelser som krever tilpasninger eller utvikling av dataprogrammer, er rammeavtaler ikke egnet. For slike anskaffelser benyttes regulære kjøpsavtaler.

## 6.3 Leverandørvilkår og Statens standardavtaler

### 6.3.1 Leverandørens standardvilkår

Med standardvilkår forstås vilkår som er utarbeidet med sikte på å bli benyttet i alle fremtidige avtaleforhold av en bestemt type. De er med andre ord ikke utformet med en bestemt kunde eller et bestemt avtaleforhold for øye, og får ofte et generelt preg og et høyt abstraksjonsnivå.

Standardvilkår som er utarbeidet av bare den ene siden i avtaleforholdet vil sjelden være balanserte i alle henseender. Det tas ofte inn klausuler om ansvarsdeling og ansvarsbegrensning som gir den annen part en urimelig svak stilling ved mislighold og i erstatningsoppgjør. De standardvilkårene som er utarbeidet ensidig av større IT-leverandører eller -produsenter må derfor vurderes kritisk. Ved inngåelse av større avtaler bør det benyttes juridisk bistand. Dette gjelder selv om avtalen er inngått gjennom eller med bistand fra en autorisert forhandler, slik tilfellet ofte er ved IT-anskaffelser. Man må være bevisst at leverandørens autoriserte forhandlere ikke bare skal tjene kundens interesser, men også sin egen posisjon som forhandler.

### 6.3.2 Statens standardavtaler

Direktoratet for forvaltning og IKT (DIFI) har utarbeidet følgende standardavtaler som primært er innrettet på IT-anskaffelser:

- Kjøpsavtalen (SSA-K)  
Mal for kjøp av standard maskinvare og programvare i henhold til kravsspesifikasjon, kan også omfatte nødvendige tilpasninger, konfigurering, datakonvertering, installasjon og opplæring.
- Utviklings- og tilpasningsavtalen (SSA-T)  
Mal for kjøp av IT-løsninger som i større grad krever individuelle kundetilpasninger av programvaren, og eventuell programvareutvikling. Skiller seg fra SSA-K ved at gjennomføringen av leveransen forutsetter akseptansetesting og en etterfølgende godkjenningssperiode før levering anses gjennomført.
- Vedlikeholdsavtalen (SSA-V)  
Mal for kjøp av vedlikeholdstjenester, inklusive nye programvareversjoner. Fungerer for så vidt som en SLA (Service Level Agreement).
- Smidigavtalen (SSA-S)  
Mal for anskaffelser hvor systemutvikling er en sentral del av leveransen.
- Driftsavtalen (SSA-D)  
Mal for kjøp av driftstjenester eller komplett forvaltning av IT-systemer
- Bistandsavtalene (SSA-B og SSA-B enkel)



Mal for kjøp av konsulenttimer under ledelse av kunden, uten bestemt resultatansvar for konsulenten.

- Oppdragsavtalen (SSA-O)  
Mal for kjøp av et beskrevet konsulentoppdrag med resultatansvar for konsulenten
- Rammeavtalen (SSA-R)  
Mal for rammeavtale, med utgangspunkt 4 års varighet. Avrop gjøres på de valgte SSA'er som vil ligge som bilag til rammeavtalen, det kan f eks være SSA-K for lisenser og maskinvare og SSA B for konsulentbistand.

Som man ser dekker SSA-porteføljen i dag de fleste avtalevarianter som kan være aktuelle på IT-området, også rammeavtalekonstruksjoner. Disse anbefales som hovedregel, da de anses å være mer balansert enn leverandørvilkår, og gjennomgående stiller kunden i en sterkere stilling enn ulike leverandørvilkår.

En viktig fordel som oppnås ved å benytte Statens standardavtaler, er at behovet for å gjøre unntak fra eller endringer i standardvilkårene i stor grad flyttes fra kunden til leverandøren. SSA'ene stiller krav om presis dokumentasjon i særskilte bilag hvis det skal gjøres endringer i den generelle avtaleteksten, og de gir kundens kravspesifikasjon høyere rang enn andre avtalebilag ved tolking av hva som er avtalt.

Et annet poeng er at flere av standardavtalene regulerer en del sider ved kundens disposisjonsrett til programvare. Dette gir kunden en tryggere utgangsposisjon ved inngåelse av lisensavtaler enn ved bruk av leverandørens standardvilkår, som kan være svært kompliserte og krevende å sette seg inn i. De foreligger i mange tilfeller også bare på engelsk. Vi kommer nærmere tilbake til standardavtalenes regulering av programvarelisenser i kap 6.5.

Valg av kontraktsvilkår vil kunne være et forhandlingsspørsmål, og overfor store produsenter kan leveringsvilkår i praksis være gitt. Det har likevel etter vår vurdering en egenverdi å basere avtalen på en SSA, fordi kravene til dokumentasjon av endringer synliggjør hvilke begrensninger som er viktige for leverandøren. Det kan være krevende å se hvilke konsekvenser endringer kan få. Faglig bistand kan være nødvendig.

Vår generelle anbefaling er at SSA-porteføljen benyttes. I alle fall bør så vel enkeltkommuner som kommunesamarbeid foreta en sammenligning mellom leverandørens vilkår og SSA-vilkårene for angjeldende avtaletype.

## **6.4 Nærmere om det kontraktsrettslige forholdet mellom et interkommunalt IKT-samarbeid og leverandører i markedet**

### **6.4.1 Problembeskrivelse**

For å oppnå stordriftsfordeler er det en forutsetning at kommunene i samarbeidet så langt som mulig benytter seg av de samme systemene og har felles eller likelydende avtaler med leverandøren. Det

gjelder avtaler om kjøp maskiner og nettverksutstyr mv, om vedlikehold, og avtaler om lisenser for bruk av de ulike programvarene.

Kompleksiteten i kommunenes virksomhet innebærer at en enkelt kommune kan ha opptil 300 ulike datasystemer, i tillegg kommer datamaskiner til den enkelte ansatte, nettverk og servere. Å ha oversikten over alle løpende avtaler, følge disse opp og sikre at nye kontrakter som inngås fremmer kommunens IKT strategi er derfor krevende.

For et kommunesamarbeid blir dette ytterligere utfordrende. IT-systemer er helt grunnleggende for den daglige administrative driften av en kommune, og også for produksjonen av tjenester til innbyggerne. Det vil ofte være en meget tett sammenheng mellom IT-systemet som en tjenesteproduksjon er basert på, og selve tjenesteproduksjonen. At det som er gjenstand for selve kommunesamarbeidet er så tett inkorporert i den enkelte kommune vil derfor bety særlige utfordringer også på den kontraktsrettslige siden – for å kunne veilede brukerne av systemet og vurdere endringsbehov, og for å kunne stille de riktige krav i en kravspesifikasjon eller i kontraktsforhandlinger, må man forstå den tjenesten eller funksjonen vedkommende IT-system skal drive.

Disse forholdene tilsier at det sett fra en kontraktsrettslig synsvinkel ikke bør være for stor avstand mellom den enheten som driver IKT-samarbeidet og deltakerkommunene. Det kan oppstilles som en generell anbefaling at man ved utforming av organisasjons- og styringsmodell for IKT-samarbeider er bevisst på dette.

#### **6.4.2 Betydningen av kommunesamarbeidets rettslige status**

Et rettssubjekt kan defineres som en enhet som kan erverve rettigheter og pådra seg forpliktelser i henhold til rettsreglene. Alle fysiske personer er rettssubjekter. Også ulike sammenslutninger kan være egne rettssubjekter, såfremt de har en viss juridisk selvstendighet.

Hvorvidt et kommunesamarbeid er et eget rettssubjekt som kan stå som part i avtaler på selvstendig grunnlag, vil avheng av hvilken organisasjonsmodell som er valgt og i hvilken grad samarbeidet rent faktisk er fristilt fra deltakerkommunene.

Det går et grunnleggende skille mellom samarbeider som er organisert som eget rettssubjekt og de mer løse former for samarbeid.

Dersom IKT-samarbeidet er et eget rettssubjekt vil samarbeidet som sådan kunne stå som part i avtaler med leverandører om IT-anskaffelser til deltakerkommunene.

Et samarbeid som ikke er et eget rettssubjekt har ikke partsevne og vil ikke kunne opptre som part i en avtale. Utgangspunktet vil da være at samarbeidet som sådan ikke kan inngå kontrakt. Ved en slik type samarbeid vil deltakerkommunene stå rettslig og økonomisk ansvarlig for – og på den måten måtte tre inn i – alle disposisjoner som samarbeidet foretar seg.

### 6.4.3 Betydningen av valg av organisasjonsmodell

Et vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kap 5 A er ikke et eget rettssubjekt. Et § 27 samarbeid kan være et eget rettssubjekt men trenger ikke være det. De øvrige lovfestede samarbeidsmodellene kommunene kan benytte – interkommunalt selskap etter IKS-loven, aksjeselskap etter aksjeloven og samvirkeforetak etter samvirkeloven – er egne rettssubjekt. Det vises til kap 3 for en nærmere redegjørelse om de ulike organisasjonsmodellene.

Om et § 27 samarbeid er et eget rettssubjekt eller ikke vil etter gjeldende rett måtte vurderes konkret. I henhold til Høyesterettsdom inntatt i RT 1997 s. 623 vil vurderingstemaet være bredt – og omfatte flere ulike momenter. Sentrale momenter er hvilken grad av selvstendighet styret i samarbeidet har i forhold til deltakerkommunen og det økonomiske fundamentet for samarbeidet.

I mange tilfelle vil det fremstå som nokså åpenbart om samarbeidet er et eget rettssubjekt eller ikke – og det vil kunne fremgå direkte av vedtektene for samarbeidet.

Andre ganger kan spørsmålet være vanskelig å avklare. I ovennevnte Høyesterettsdom kom Høyesterett etter en konkret vurderingen til at samarbeidet var et eget rettssubjekt. I vurderingen la Høyesterett blant annet vekt på at samarbeidet opptrådte utad i eget navn, at samarbeidets styre inngikk egne kontrakter, og at styret var tilsettingsmyndighet for ansatte i samarbeidet. Det ble også lagt vekt på at samarbeidet disponerte egne midler som var overført fra deltakerne, at styret hadde kompetanse til å vedta eget budsjett, samt at samarbeidet gjaldt relativt mange kommuner. Selv om vurderingsgrunnlaget var ganske bredt, vil en konsekvens av dommen være at ganske mange interkommunale samarbeidsordninger etter kommuneloven § 27 på IKT-området i dag vil måtte anses som egne rettssubjekter. At det i vedtektene uttrykkelig er bestemt at samarbeidet ikke skal være et eget rettssubjekt vil ikke nødvendigvis være avgjørende.

Dersom IKT-samarbeidet skal utføre oppgaver som omfatter en viss grad av utadrettet virksomhet, synes det etter vår mening mest hensiktsmessig at det gis status som eget rettssubjekt. Det vil kunne skape uryddige avtalekonstruksjoner og uklare ansvarsforhold dersom et samarbeid som er ment å spille en rolle i anskaffelsesprosesser og som skal ha kontakt med ulike leverandører og vurdere behov for innkjøp eller ekstern bistand, ikke skulle kunne inngå avtaler. Det antas derfor etter vår mening å være mest hensiktsmessig at bare samarbeider som er av rent intern karakter, f eks et felles driftsmiljø bemannet med datafaglig personell, organiseres som et § 27-samarbeid uten rettssubjektivitet. Et annet eksempel på dette kan være interkommunale innkjøpssamarbeid som har i oppgave å forvalte inngåtte rammeavtaler og rådgje om behovet for nye avtaler ol, men som ikke selv er avtalepart. Heller ikke et slikt samarbeid vil ha behov for å kunne opptre utad og binde seg ved avtale.

Som nevnt foran bør et IKT-samarbeid organiseres på en måte som sikrer nærhet mellom samarbeidet og deltakerkommunene. Det er imidlertid ingen motsetning mellom dette og det å gi samarbeidet en slik selvstendighet at det vil være et eget rettssubjekt. Behovet for nærhet, og for at deltakerkommunene kan utøve kontroll og styring med samarbeidet, kan ivaretas med andre virkemidler. Det kan reguleres i stiftelsesdokumentene for samarbeidet, hva enten de formaliseres i vedtekter eller i en samarbeidsavtale. Videre vil valg av styringsmodell være av stor betydning i avveiningen mellom selvstendighet og styring.

#### 6.4.5 Hvem kan og bør inngå kontrakt med leverandørene?

Der hvor samarbeidet er et eget rettssubjekt, synes det etter vår mening som hovedregel mest hensiktsmessig at IT-kontrakter signeres av samarbeidet selv - og ikke av den enkelte kommune. Samarbeidet blir da direkte part i avtalen og kan utøve partsrettigheter og se deltakerkommunenes interesser samlet overfor leverandøren.

For et vertskommunesamarbeid vil kontrakten måtte signeres av vertskommunen. I vertskommunemodellen ligger at de deltakende kommunene gjennom avtale overlater til vertskommunen å utføre visse oppgaver og treffe avgjørelser etter delegert myndighet. Det opprettes følgelig ikke noe nytt rettssubjekt.

Når det gjelder et samarbeid etter kommuneloven § 27 som ikke er et eget rettssubjekt bør den klare hovedregel være at deltakerkommunene samlet, eller en av dem med fullmakt fra de andre, står som kontraktspart. I prinsippet kan det også tenkes at styret i et slikt samarbeid gis fullmakt til å inngå avtale på vegne av deltakerkommunene – da uten selv å få noen formell rolle i avtalen. Dette anbefales imidlertid ikke da dette lett vil kunne skape uklare ansvarsforhold.

#### 6.4.6 Forholdet mellom deltakerkommunene som bestillere og samarbeidet som leverandør – betydningen av styringsmodell

I et kommunesamarbeid vil deltakerkommunene ha rollen som eier/deltager. Kommunene kan imidlertid også betraktes som «kunder» av samarbeidet når de «kjøper» varer eller tjenester fra samarbeidet. Det vil si at det mellom deltakerkommunene og samarbeidet også etableres avtaler eller avtalelignende forhold.

Rollene som eier/deltager og som kunde vil lett gli over i hverandre. Det er likevel et prinsipielt spørsmål hvilket regelverk som regulerer disse avtalemessige relasjonene mellom kommunene og samarbeidet, eksempelvis dersom samarbeidet ikke leverer den tjenesten som kommunen har bestilt.

I enkelte typer interkommunale samarbeid kan det være hensiktsmessig å ha fokus på kommunenes rolle som kontraktspartner overfor samarbeidet. Dette vil være når det er behov for at «leveransen» blir regulert gjennom mest mulig reelle kontrakter og dette forholdsvis enkelt lar seg gjøre, f.eks. hvor en deltakerkommune kjøper et antall sengeplasser fra et omsorgshjem som drives av et kommunesamarbeid.

I andre typer samarbeid vil det imidlertid være vanskelig og uhensiktsmessig å skille de to rollene fra hverandre. Dette vil være typisk for IKT-samarbeider hvor samarbeidet inngår kontrakter med leverandører i markedet om bruk av fellessystemer for deltakerkommunene, samtidig som det drifter de samme systemene i nært samarbeid med kommunene. Det vil da kunne virke anstrengt å bruke kjøpsrettslige regler på forholdet mellom samarbeidet og deltakerkommunene. Det er mer nærliggende å se det slik at samarbeidet opptre på vegne av deltakerkommunene, både ved gjennomføring av inngåtte avtaler og ved andre tjenesteytelser til kommunene.

Det er likevel viktig å være bevisst på at forholdet mellom samarbeidet og deltakerkommunene er sammensatt, slik at man ikke organiserer samarbeidet på en måte som kan føre til unødige

konflikter. Det viktigste i den forbindelse vil være å påse at det etableres strukturer og systemer for det løpende samarbeidsforholdet, f eks for hvordan den enkelte kommunens behov skal avklares, hvordan det skal gjøres avrop på rammeavtaler, treffes beslutning om oppgradering av en programvare og hvordan misligholdssituasjoner skal fanges opp og håndteres. Som nevnt tidligere forutsetter en slik aktiv oppfølging overfor deltakerkommunene og av leverandørkontraktene at det er nærhet mellom deltakerkommunene og samarbeidet og at det er korte beslutningsveier.

Ansvar og oppgaver må følgelig beskrives nærmere. Hvem som har ansvaret for hva blir viktig å avklare. Valg av styringsmodell vil følgelig være vesentlig for å få ut potensialet av samarbeidet.

I kap 6.6 beskrives en modell for et interkommunalt IKT-samarbeid som etter vår vurdering ivaretar balansen mellom styring og kontroll på den enes siden (nærhetsaspektet), og samarbeidets behov for selvstendighet og operasjonalitet på den andre.

#### **6.4.7 Forholdet til eksisterende kontrakter ved inngåelse av IKT-samarbeid, og behovet for fleksibilitet i de avtaler samarbeidet inngår**

Ved etablering av et kommunesamarbeid vil deltakerkommunene ha forskjellige IT-systemer og en rekke IT-avtaler av forskjellig karakter. Kommunenes tekniske plattformer og IT-avtaler må gjennomgås og analyseres som ledd i forberedelsene av et IKT-samarbeid. Kostnader ved terminering av kontrakter må klarlegges, og det må tas tilling til hva som skal videreføres. Hvis terminering av kontrakter vil medføre store kostnader, vil det være fornuftig å planlegge slik at overgang til felles dataløsninger samkjøres med oppsigelsesperioden i de dyreste avtalene.

Det kan skje endringer i sammensetningen av et IKT-samarbeid. Det kan bli aktuelt å innlemme flere kommuner i samarbeidet, kommuner kan tre ut av samarbeidet, og det kan tenkes kommunesammenslåinger som endrer deltakerstrukturen. Ved inngåelse av IT-avtaler som skal dekke alle deltakerkommunene bør man også tenke gjennom slike mulige fremtidige endringer.

Det kan være fornuftig å få inn en bestemmelse i den enkelte avtale mellom et interkommunalt samarbeid og en leverandør i markedet, om at kommuner som slutter seg til IKT-samarbeidet skal kunne tre inn i avtalen med like rettigheter og plikter som de øvrige kommunene. Og tilsvarende en bestemmelse om at avtalens vilkår skal stå fast selv kommuner trer ut av samarbeidet. I begge tilfeller naturligvis med en presisering av at bestemmelsene ikke gjelder pris- og vilkårsendringer som er en direkte følge av volumendringen.

Fra et anskaffelsesrettslig perspektiv kan det by på utfordringer å innlemme kommuner i en eksisterende avtale. Å legge inn en endringsklausul i avtalen vil imidlertid kunne øke handlingsrommet for hvilke endringer som er mulige. Se nærmere om denne problemstillingen i kapittel 5.5 der denne problematikken er drøftet nærmere.

## 6.5 Særlig om lisensavtaler i interkommunale IKT-samarbeid

### 6.5.1 Hva en programvarelisens er og hovedtypene av lisensieringsformer

En programvarelisens gir lisenshaver disposisjonsrett til et eksemplar av et åndsverk, hvor opphavsmannens interesse er å hindre at åndsverket spres til og brukes av andre uten at det betales for dette. En sentral del av lisensavtalene gjelder reguleringen av slike spørsmål.

En programvarelisens kan kjøpes, dvs at man erverver en varig (dvs tidsubegrenset) disposisjonsrett til programvaren, eller den kan leies (abonnementsavtaler). Utviklingen synes å gå i retning av at flere og flere leverandører baseres seg på abonnementsavtaler. For øvrig kan man gjøre følgende grovinndeling av lisensieringsformer:

- Device-lisens /maskin-lisens  
Disposisjonsretten er her knyttet til en eller flere bestemte maskiner, og vederlaget beregnes ut fra antall maskiner programmet kan benyttes på.
- User-lisens / bruker-lisens  
Disposisjonsretten er her knyttet til en eller flere bestemte brukere (personer), og her beregnes vederlaget ut fra antall brukere som kan benytte programmet.
- Site-lisens / lokasjons-lisens.  
Denne typen lisens gir alle ansatte på en eller flere bestemte arbeidsplasser disposisjonsrett til programmet. Vederlaget er fastsatt ut fra antall ansatte som skal ha disposisjonsrett ved avtaleinngåelsen har gjerne bestemmelser om endring av vederlaget ved økning eller reduksjon av antall brukere ut over en viss grense.
- Enterprise-lisens / foretaks-lisens  
Samme lisenstype som site-lisenser, men avgrensninger er her knyttet til foretaket, som kan bestå av flere selskaper med felles eierskap.

Det finnes flere varianter innenfor hver av disse lisenstypene, og ulike kombinasjonsmodeller. Det kan gi kunden stor valgfrihet, men krever samtidig innsikt og evne til å vurdere alternativene mot hverandre.

### 6.5.2 Fellesressurser og klientressurser

Et IKT-samarbeid vil normalt innebære at kommunene i samarbeidet deler server- og nettverksressurser. Klientressurser, dvs maskinvare og programvare for den enkelte bruker, kan ikke deles på annen måte i et IKT-samarbeid enn de kan innenfor en enkeltstående kommune. På lisenssiden er potensialet for besparelser i et IKT-samarbeid derfor primært knyttet til den programvaren som styrer fellesressursene. Serverprogramvare lisensieres gjerne basert på prosessorkraften i serveren.

### 6.5.3 Hovedutfordringer ved inngåelse av lisensavtaler som skal dekke flere kommuner

Lisensiering representerer en særlig utfordring. Det kan være lite forhandlingsgrunnlag overfor store leverandører eller programvareprodusenter, forskjellige lisensstrukturer og ulik regulering av adgangen til og vilkårene for å la andre rettssubjekter enn avtalepartene disponere lisensene.

Den sentrale problemstillingen ved inngåelse av lisensavtaler som skal dekke flere kommuner, og dermed vanligvis også andre enn avtalepartens egne ansatte eller egen organisasjon, gjelder reguleringen av deltakerkommunenes disposisjonsrett. Det er derfor særlig viktig, hva enten det er samarbeidet eller en av deltakerkommunene som står som avtalepart, at det fremgår uttrykkelig, ved navns nevning, hvilke kommuner som omfattes av avtalen og gis disposisjonsrett til programvaren. Det bør også være klargjort i avtalen at samtlige kommuner i samarbeidet har like rettigheter til nye versjoner. Ved kjøp av lisenser bør det være klart at samtlige kommuner i samarbeidet har fri disposisjonsrett til programvaren når lisensene er betalt, og det bør være klart om videre fri disposisjonsrett er betinget av en vedlikeholdsavtale (SLA) som gir rett til oppgradering til nye versjoner av programvaren. Dersom et kommunesamarbeid planlegger å arbeide på eksisterende versjon av et dataprogram i flere år fremover, vil det kunne bli rimeligere å droppe SLA og i stedet kjøpe ny programvare når man senere skal oppgradere.

Det ville bli svært omfattende å skulle gå dypere inn i forskjellige leverandørers lisensvilkår. Bildet er uoversiktlig. Det synes å være grunnlag for å trekke et skille mellom norskprodusert og nordisk programvare på den ene siden, og programvare fra de store utenlandske produsentene på den andre. Lisensvilkårene for norsk og nordisk programvare er gjennomgående betydelig enklere å forholde seg til, og de kan nok også fravikes eller tilpasses i en viss grad gjennom forhandlinger i det enkelte tilfelle. Slik er det ikke for programvare fra de store utenlandske produsentene. Her er lisensvilkårene kompliserte og vil i liten grad være gjenstand for forhandlinger.

Som nevnt i kap 6.3.2 gir Statens Standardavtaler en viss regulering av forholdet til standard lisens- og avtalevilkår. Etter SSA'ene er det et krav at dersom en leveranse skjer på standard lisensvilkår, skal dette fremgå særskilt av bilag til avtalen, og et sett av lisensvilkårene som legges ved avtalen. Leverandøren er pålagt ansvar for at standardvilkårene er dekkende for SSA'ens bestemmelser om disposisjonsrett, og skal ellers i eget bilag til avtalen beskrive tydelig hva som er avviket mellom de standard lisensvilkårene som skal gis anvendelse, og SSA'ens bestemmelser om disposisjonsrett. Samlet er disse kravene av stor betydning ved at de ansvarliggjør leverandøren og gir kunden innsikt og forståelse, og dermed et bedre grunnlag for å vurdere leverandørens tilbud.

For å gi et visst inntrykk av bildet, gis i det følgende noen eksempler på lisensvilkår for en del større leverandører av programvare til kommunesektoren. Det understrekes at beskrivelsen av eksemplene ikke er kvalitetssikret og ikke kan brukes til annet enn illustrasjon av en del hovedtrekk.

*Microsofts* lisensvilkår er globale standardvilkår. De er ikke tilpasset et norsk kommunesamarbeid. Lisensvilkårene gir i utgangspunktet kun rettigheter til brukere som tilhører den juridiske enheten som inngår avtalen. Ved et kommunesamarbeid vil serverressursene brukes av flere kommuner (flere juridiske enheter). *Microsofts* lisensvilkår krever at andre juridiske enheter enn avtaleparten som er lisensiert gjennom avtalen, tegner SLA også for tiden etter at lisensene er fullt betalt. For kommunesamarbeid som planlegger å kjøre på samme programvareversjon i flere år vil dette kunne være lite gunstig. Det vises i denne sammenheng til betydningen av å bruke Statens Standardavtaler slik at denne type begrensninger avklares før kontraktsinngåelse.

*Ephorte* er et norskutviklet sak/arkivsystem til bruk for offentlig sektor. I henhold til lisensvilkårene kan sluttbrukeren disponere programvaren for det antall autorisasjoner som er angitt i avtalen. Sluttbrukeren kan ikke viderelisensiere programmet. Lisensvilkårene er de samme for en

enkeltkommune som for et kommunesamarbeid. Det vil si at det ikke vil være særskilte utfordringer knyttet til en avtale som dekker flere kommuner.

Programvareselskapet *Bluegarden* har sitt utspring i Statens Driftssentral for databehandling. Selskapet leverer programvare innen lønn og HR og brukes også i offentlig sektor. Ved lisensiering av programvaren gis kunden disposisjonsrett til programvaren i avtaleperioden. Programmet lisensieres ut fra antall brukere. Det er ikke tillat for brukere å dele en brukeradgang.

*Agresso Økonomi* og *Agresso HR* er norskutviklet programvare som benyttes også i kommunal sektor. Programvaren lisensieres normalt som site-lisenser eller foretaks-lisenser. Det synes ikke å være bestemmelser i lisensvilkårene som hindrer eller i vesentlig grad vanskeliggjør avtaler som skal dekke flere kommuner.

*Software Innovation* er et norsk programvareselskap som bl.a. har utviklet arkiv- og saksbehandlingssystemet 360. Programmet lisensieres normalt som bruker-lisenser innenfor en definert juridisk enhet. Ved kommunesamarbeid vil avtale kunne inngås med flere juridiske enheter på like vilkår, basert på antall navngitte brukere innenfor hver enhet.

## 6.6 Eksempel på et mer omfattende IKT-samarbeid

I dette kapitlet beskrives en skisse for hvordan et IKT-samarbeid kan innrettes – stiftelsesgrunnlag, organisasjons- og styringsmodell, oppgavefordeling og myndigheten til å inngå avtaler i markedet.

Samarbeidet inngås som et «§ 27-samarbeid», dvs et interkommunalt samarbeid hjemlet i kommuneloven § 27, se nærmere om denne modellen i kap 3.3.

Vedtak om etablering av et § 27-samarbeid må treffes av kommunestyrene i deltakerkommunene. I saksframlegg om etablering av § 27-samarbeid vil det alltid inngå forslag til vedtekter for samarbeidet.

I vårt eksempel inneholder vedtektene bl.a. følgende bestemmelser:

- Samarbeidet skal ledes av et styre bestående av rådmennene i deltakerkommunene.
- Styrets ansvar og oppgaver, beskrivelse
- Samarbeidet skal være et eget rettssubjekt
- Samarbeidets formål, beskrivelse
- Samarbeidet kan ha egne ansatte, arbeidsgiveransvaret ligger hos styret
- Samarbeidet skal ha en daglig leder, oppgavebeskrivelse
- Eierandel i samarbeidets aktiva og ansvarsandel for samarbeidets forpliktelser fordeles pro rata basert på kommunenes innbyggertall.
- Samarbeidet skal kunne foreta låneopptak innen en angitt ramme

Det fastsettes i vedtektene at styret har det overordnede ansvaret for at virksomheten drives i samsvar med formålet, og innenfor budsjett. Videre fastsettes at styret tillegges avgjørelsesmyndighet i alle saker som strekker seg ut over det som regnes som daglig ledelse i IKS-loven<sup>250</sup> § 14, og skal ha minimum 4 møter pr år. Når styret består av kommunenes øverste

---

<sup>250</sup> Lov om interkommunale selskaper av 29. januar 1999 nr 6



administrative ledere som ansvarliggjøres som her beskrevet, og det vedtekstfestes et minimum antall møter pr år, legges en viktig forutsetning for et tett samarbeid mellom deltakerkommunene og samarbeidet. Og det gir nødvendig grunnlag for at deltakerkommunene kan styre virksomheten og korrigere kursen hvis de ser behov for det.

Samtidig medfører de skisserte vedtektsbestemmelsene at samarbeidet gis den selvstendige stillingen som er nødvendig for å kunne opptre utad og raskt og ubyråkratisk treffe beslutninger om den løpende virksomheten, dvs arbeide effektivt.

I dette eksemplet vil samarbeidet kunne stå som kontraktspart i alle avtaler. Ansatte og daglig leder i samarbeidet vil kunne fremforhandle avtaler, som signeres av styret eller styrets leder. En slik måte å organisere samarbeidet på vil etter vår mening legge til rette for at de kontraktsrettslige utfordringene vi har pekt på ovenfor vil kunne bli ivaretatt på en god måte.

I kapittel 4.4.1 konkluderes det med at et samarbeid etter kommuneloven § 27 (som utgjør et eget rettssubjekt) som utgangspunkt legger godt til rette for at unntaket for vertikalt samarbeid kan oppfylles. Altså, at anskaffelser mellom samarbeidet og eierne ikke behøver å følge anskaffelsesregelverket. Dette er imidlertid kun en vurdering på generelt grunnlag. Om samarbeidet beskrevet over vil oppfylle kontrollkriteriet og aktivitetskriteriet må derfor alltid vurderes konkret ut fra de faktiske forhold i saken.

## 6.7 Skytjenester

Skytjenester («cloud computing») er i følge Datatilsynets definisjon

*«---en samlebetegnelse på alt fra dataprosessering og datalagring til programvare på servere som er tilgjengelig fra eksterne serverparker tilknyttet internett.*

*Serverparkene kjennetegnes ved at de er laget for dynamisk skalering. Det betyr at datakraft kan tilpasses kapasitetsbehov, og kunden kan betale for det den faktisk bruker.*

*Mange eksterne serverparker står utenfor Norges grenser. En stor utfordring for virksomhetene som bruker slike tjenester er å sørge for at avtalen med skytjeneste-leverandøren er i samsvar med norsk lovgivning.»*

Ved bruk av nettskytjenester vil kundens data ofte bli lagret på serverparker utenfor Norges grenser, og kundens data kan bli flyttet mellom serverparker i ulike land for optimal ressursutnyttelse til enhver tid. Det reiser derfor en rekke juridiske spørsmål når man flytter informasjon fra egne bedriftsservere til eksterne leverandører. Det gjelder særlig forholdet til regler om personvern, taushetsplikt, datasikkerhet og til arkivlovgivningen. Det kan oppstå kompliserte jurisdiksjonsspørsmål, og det kan være vanskelig å få til en effektiv og kontrollerbar avtaleregulering.

Det er likevel ikke tvilsomt at nettskytjenester også vil påvirke IT-tjenestene i offentlig sektor i årene fremover. De har den store fordelen at en kommune eller et kommunesamarbeid slipper å kjøpe inn egne servere, men i stedet kan leie kapasitet i skyen.

I dag anses arkivloven<sup>251</sup> § 9, som bestemmer at arkivmateriale ikke kan føres ut av landet, å være til hinder for at arkivmateriale lagres på servere utenfor Norges grenser. Det vil også kunne være

---

<sup>251</sup> Lov om arkiv av 12. april 1992 nr 126

utfordrende å ivareta datasikkerhet og konfidensialitet for informasjon som er underlagt lovbestemt taushetsplikt, enten det dreier seg om sensitive personopplysninger, bedriftshemmeligheter eller annet.

Vår vurdering er at skytjenester bare i liten grad kan og bør benyttes av offentlige myndigheter. Det krever i alle fall et grundig forarbeid og kontrollerbare avtaler, f.eks. garanti mot at data lagres utenfor Norges grenser. Det kan ikke anbefales å inngå avtale om bruk av skytjenester uten juridisk og datakyndig bistand.

En annen side ved skytjenester er at programvare som gjøres tilgjengelig i skybaserte dataløsninger, lisensieres etter andre modeller enn beskrevet foran. Skybaserte løsninger er ikke basert på at man kan kjøpe en varig disposisjonsrett til en gitt versjon av et dataprogram, men på at man abonnerer på en tjeneste som til enhver tid gir siste versjon av den aktuelle programvaren. En kunde som ønsker å arbeide i en tidligere versjon av programvaren må i en skybasert løsning normalt betale ekstra for det.

Det pågår utredningsarbeid i dag for å klargjøre grenser og vilkår for bruk av skytjenester i offentlig sektor. En interdepartemental arbeidsgruppe avga 13. mai 2015 en rapport til Kommunal- og moderniseringsdepartementet. Arbeidsgruppen foreslår at det foretas en samlet gjennomgang av lov- og regelverk med sikte på en harmonisering som muliggjør bruk av skytjenester under ivaretagelse av de krav som må stilles til datasikkerhet, personvern og forvaltning av offentlige arkiv<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> Problemstillinger ved bruk av nettskytjenester er også behandlet i Advokatfirma Føyen-Torkildsens rapport til KS, «Utredning av juridiske forhold ved bruk av nettsky i kommunal sektor – en mulighetsstudie» (april 2015).

## 7 Nokre skatte- og avgiftsrettslege spørsmål ved etablering av IKT-samarbeid

Ved etablering av ikt-samarbeid som eget juridisk subjekt, så oppstår spørsmål om skatteplikt og merverdiavgift. Feilvurderinger her kan ha store økonomiske følger.

Kommuner/fylkeskommuner er i utgangspunktet unntatt fra skatteplikt i henhold til skatteloven § 2-30, første ledd bokstav d. Videre er kommuner og fylkeskommuner i utgangspunktet ikke merverdiavgiftspliktige for sin virksomhet, men vil få kompensert inngående merverdiavgift i den utstrekning dette følger av lov om kompensasjon av merverdiavgift.

Både skatt og merverdiavgift reiser en rekke kompliserte spørsmål som det ikke er rom for å gå inn på denne rapporten. Vi vil her bare påpeke enkelte utgangspunkter som kommunene må være klar over før de foretar et valg av samarbeidsform.

Vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kap 5A eller felles interkommunalt styre etter kommuneloven § 27 som ikke er eget rettssubjekt vil i utgangspunktet ikke drive skattepliktig virksomhet. Disse organenes virksomhet må vurderes på samme måte som den enkelte kommunes skatteplikt.

Interkommunale selskaper (IKS), aksjeselskaper, samvirkeforetak og stiftelser er i utgangspunktet skattepliktige subjekter i henhold til skatteloven § 2-2. Virksomheten som drives bør vurderes opp mot skatteloven § 2-32, som gir fritak for skatteplikt for institusjon eller organisasjon som ikke har erverv til formål.

Vedrørende merverdiavgift så må det vurderes om virksomheten er avgiftspliktig eller ikke. Avgiftsplikt oppstår ved salg av varer og tjenester. Drives det avgiftspliktig virksomhet, plikter subjektet å registrere seg i merverdiavgiftsregisteret. Dersom virksomheten ikke er avgiftspliktig, kan det likevel gitt visse forhold være økonomisk gunstig å foreta frivillig registrering for å oppnå fordelene ved fradrag.

Dersom IKT-samarbeidet skal drive fra leide lokaler vil spørsmålet om merverdiavgift ha betydning for størrelsen på leien. Også her kan det være grunn til å foreta økonomiske vurderinger av om det er gunstig å legge samarbeidet inn under merverdiavgiftsreglene eller ikke.

Vi anbefaler at kommunene søker juridisk bistand før en beslutning om dette fattes.

Kommunerevisjonen vil også kunne svare på mange av disse spørsmålene.

## 8 Arbeidsrettslege problemstillingar ved etablering av IKT-samarbeid

### 8.1 Arbeidsmiljølova kapittel 16 og reglane om verksemdsoverdraging

#### 8.1.1 Innleiing

Dersom fleire kommunar går saman i eit IKT-samarbeid oppstår spørsmålet om reglane i arbeidsmiljølova kapittel 16 om verksemdsoverdraging vil gjelda.

Når desse reglane gjeld, er fastsett i aml § 16-1:

*(1) Dette kapittel kommer til anvendelse ved overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen.*

*(2) §§ 16-2 og 16-4 får ikke anvendelse ved overdragelse fra et konkursbo.*

Reglane kan også vera aktuelle i dei tilfelle der det skjer endringar i eksisterande samarbeid.

Så kan ein merka seg om den kuriøse situasjonen skulle oppstå, at eit kommunalt IKT-samarbeid skulle gå konkurs, så vil overføringa av arbeidsstokken til eit nytt IKT-samarbeid ikkje bli rekna som ei verksemdsoverdraging.

#### 8.1.2 Kort gjennomgang av regelverket

##### 8.1.2.1 Innleiing

Denne rapporten er bygd opp kring fem forskjellige organisasjonsformer:

- 1) Interkommunalt samarbeid etter kommunelova § 27
- 2) Vertskommunesamarbeid etter kommunelova kapittel 5A
- 3) Interkommunalt selskap etter lov om interkommunale selskap
- 4) Aksjeselskap etter aksjeselskapslova
- 5) Samvirkeføretak etter samvirkelova

For at reglane om verksemdsoverdraging skal gjelda, må det skje ei overdraging «til en annen arbeidsgiver». Ein arbeidsgjevar er ei sjølvstendig juridisk eining, eit eige rettssubjekt.

##### 8.1.2.2 Vilkåret om overdraging «til en annen arbeidsgiver»

*Interkommunalt samarbeid etter kommunelova § 27*

Når det gjeld interkommunalt samarbeid etter kommunelova § 27, må det vurderast konkret om dette samarbeidet er eit eige rettssubjekt eller ikkje. I NOU 1995:17 kapittel 4.4.2.3 er det sagt at følgjande kriterier er relevante i denne vurderingar:

*«Loven regulerer ikke uttrykkelig spørsmålet om det interkommunale styret er et eget rettssubjekt eller ikke. Dette må avgjøres helt konkret for den enkelte virksomhet. Momenter i vurderingen vil foruten virksomhetens formuesmasse være den grad av selvstendighet styret*

*har i forhold til deltakerne. I den vurderingen vil det være av sentral betydning om styret er tildelt budsjettmyndighet, myndighet til å ta opp lån, til å fatte vedtak i personalsaker, og eventuelt til å binde virksomheten utad uten å måtte innhente samtykke fra deltakerne. Slik var rettstilstanden etter kommunestyreloven, og den nye kommuneloven synes ikke å ta sikte på å endre dette.»*

Høgsterett har hatt til førehaving ei slik konkret sak, sjå Rt-1997-623. Her var spørsmålet om Pedagogisk-psykologisk Distriktssenter for Vest-Telemark var eit eige rettssubjekt eller ikkje. Spørsmålet oppstod som følgje av at buavdelinga ved distriktssenteret vart lagd ned og dei tilsette vart oppsagde. Dei tilsette meinte dei hadde krav på passande stillingar i eigarkommunane. Fleirtalet (4-1) i Høgsterett kom til at distriktssenteret var eit eige rettssubjekt og at eigarkommunane ikkje hadde plikt til å tilby dei tilsette passande stillingar i kommunane.

Høgsterett la vekt på at distriktssenteret gjorde avtalar med andre utan å henta inn samtykke frå eigarkommunane til dette. Tilsetjingar skjedde også med distriktssenteret som arbeidsgjevar. Styret tilsette dagleg leiar.

Deltakarkommunane hadde overfor kvarandre forplikta seg til at i saker som skulle avgjerast i kommunestyra, så skulle det gjelda som fleirtalet av kommunane vedtok.

Distriktssenteret hadde råderett over eigne økonomiske middel og var underlagt rekneskaps- og revisjonsplikt. Styret fastsette budsjettet for verksemda noko eigarkommunane hadde plikt til å følgja opp i sine budsjett.

Det var ein av eigarkommunane som sytte for lønsutbetaling og skattetrekk. Dette såg Høgsterett på som ei praktisk ordning gjort på vegner av distriktssenteret.

Det sentrale ved dommen er at dersom samarbeidet ikkje vert vurdert å vera eit eige rettssubjekt, så vil arbeidsgjevaransvaret liggja att i samarbeidskommunane. Det skjer difor ikkje noko verksemdsoverdraging til samarbeidet. Det beste for alle partar er at eigarkommunane og dei tilsette avklarar om samarbeidet er eit eige rettssubjekt eller ikkje. Denne avklaringa bør gå fram av vedtektene. Så vil det vera slik at det som er fastsett i vedtektene vert følgt opp i praksis. Ein domstol vil uavhengig av kva som står i vedtektene, ta stilling til om samarbeidet er eit eige rettssubjekt eller ikkje. Det vil sjølvsagt bli lagt vekt på kva som står i vedtektene, men korleis det heile er forvalta vil lett bli avgjerande, jf. høgsterettsdommen det er referert til over.

#### *Vertskommunesamarbeid etter kommunelova kapittel 5A*

Eit vertskommunesamarbeid er ikkje eit eige rettssubjekt. Vertskommunesamarbeidet er ein del av den juridiske personen vertskommunen er. For tilsette i deltakarkommunar kan overdraginga komma inn under reglane i arbeidsmiljølova, men ikkje for dei som allereie er tilsette i vertskommunen. Dei held fram med den same arbeidsgjevaren som før.

#### *Dei andre samarbeidsformene*

Interkommunale selskap, aksjeselskap og samvirkeføretak er eigne rettssubjekt. Ei overføring av itilsette i eigarkommunane til denne type selskap kan vera verksemdsoverdraging. Om det er det, kjem an på om dei andre vilkåra er oppfylt.

### 8.1.2.3 Andre vilkår for verksemdsoverdraging

Dei andre vilkåra for verksemdsoverdraging er:

1. «overføring»
2. «av en selvstendig enhet»
3. «som beholder sin identitet etter overføringen»

Vilkåret «overføring» er etter rettspraksis svært omfattande. Det vil i praksis gjelda alle tenkelege overføringer, med unntak for konkurstilfella. Det treng ikkje ligga noko økonomisk oppgjer bak overføringa. Det er tilstrekkeleg at dei samarbeidande kommunane har vedtatt at IKT-avdelingane skal overførast til ei ny samla eining.

Vilkåret om at det som skal overførast må vera «en selvstendig enhet» er meir avgrensa. Dersom alle eigarkommunane overfører heile ikt-avdelinga si til det nye ikt-samarbeidet vil det tvillaust vera verksemdsoverdraging. Motsett vil det ikkje vera verksemdsoverdraging dersom ikt-avdelinga blir splitta opp på den måten at nokre blir overført medan andre blir igjen i kommunen. Går ein gjennom rettspraksis på dette området, ser ein at spørsmålet blir avgjort etter konkrete vurderingar.

Vilkåret om at den overførte eininga må behalda «sin identitet etter overføringa» er også eit avgrensande vilkår. Dersom det nye samarbeidet skal driva med andre ting enn kva som vart gjort i eigarkommunane, kan det vera at overføringa ikkje vert rekna som ei verksemdsoverdraging. I ein dom frå Høgsterett som er å finna i Rt-1997-1954, var spørsmålet om ei kommunal overtaking av eit fritidstilbod vidareført som SFO var å rekna som ei verksemdsoverdraging. Høgsterett kom til at innhaldet i SFO-tilbodet var «et noe annet» enn kva som hadde vore i det føregåande fritidstilbodet. Det var difor ikkje ei verksemdsoverdraging.

I og med at overføringa skjer mellom kommunar eller kommunalt eigde selskap, er eit nærliggjande spørsmål om det er så viktig å avklara om det rettsleg sett er ei verksemdsoverdraging eller ikkje. Kan ein ikkje berre utan vidare velja å følgja reglane om verksemdsoverdraging?

Rådet er at eigarkommunane bør ta stilling til om reglane for verksemdsoverdraging gjeld. Om overføringa er det eine eller det andre, har konsekvensar for mange. Av omsyn til korrekt behandling av alle involverte, bør riktig regelverk leggjast til grunn.

## 8.2 Korleis praktisk gjennomføra ei verksemdsoverdraging

Aktørane i ein prosess om verksemdsoverdraging er avgjevande arbeidsgjevar, mottakande arbeidsgjevar og arbeidstakaren sjølv. Fagforeiningane er viktige å ha med seg i slike prosessar. Uorganiserte bør få høve til å samla seg om ein representant til å ivareta sine interesser.

Arbeidsgjevarane skal så tidleg som mogleg informera tillitsvalde og arbeidstakarane om overdraginga. Dette kan godt gjerast i fellesmøte. Tilsette som av ein eller annan grunn ikkje kan møte, må få informasjon på annan måte.

Reglane om informasjon er å finna i aml §§16-5 og 16-6. Informasjonen skal omfatta:

- a) grunnen til overdragelsen,
- b) fastsatt eller foreslått dato for overdragelsen,

- c) de rettslige, økonomiske og sosiale følger av overdragelsen for arbeidstakerne,
- d) endringer i tariffavtaleforhold,
- e) planlagte tiltak overfor arbeidstakerne,
- f) reservasjons- og fortrinnsrett, og fristen til å utøve slike rettigheter.

Grunnen til overdraginga – og tidsperspektivet – er ofte å finna i eit politisk dokument.

Dei rettslege, økonomiske og sosiale følgjene er først og fremst at den tilsette får ein ny arbeidsgjevar. Det skal inngåast ein ny arbeidsavtale. Denne bør liggja føre før overdraginga skjer.

Hovudaktørane må avklara kva rettar og plikter som gjeld i arbeidsforholdet og kor mange av desse som er omfatta av verksemdsoverdraginga. Det er viktig at dei tilsette er med på denne prosessen, slik at avklaringar kan skje så tidleg som mogleg.

Rettar som er omfatta er løn, feriepengar, feriefritid, godtgjering for telefon og breiband, reise og diett. Ansiennitet skal også overførast.

Rettar som er einsidig etablert av arbeidsgjevar er ikkje omfatta. Døme kan vera gode som lønslån, firmahytte eller bruk av ressursar tilhøyrande arbeidsgjevar (t.d. bil). Om retten er ein del av arbeidsavtalen eller einsidig gitt av arbeidsgjevar må avklarast etter ei konkret tolking.

Styringsretten set grenser for kva endringar som kan gjerast i ein arbeidsavtale i samband med overføringa av arbeidsforholdet. Omplassing kan i ei viss utstrekning skje innanfor rammene av styringsretten. Endringsoppseiing krev at arbeidstakar samtykker.

Verksemdsoverdraging gir ikkje heimel for oppseiing. Fører prosessen til overflødige, må dette løysast på vanleg måte. Her bør eigarkommunane ha ei sentral rolle.

Pensjonsspørsmål er sentralt. Dersom alle er kundar hjå den same pensjonsleverandøren løyser det meste seg sjølv. Dersom det er fleire pensjonsleverandørar på overdragingssida og/eller i samarbeidet, så må eigarane og samarbeidet bestemma korleis framtidig pensjonsopptening skal skje. Eigarane må også ta stilling til kva som skal skje med oppsette pensjonar og pensjonistar. Det enklaste er nok at desse blir liggjande igjen hjå tidlegare arbeidsgjevar.

Økonomiske følgjer kan oppstå dersom nokon får ny arbeidsstad. Dette kan også vera ei sosial følgje. Korleis dette vil slå ut økonomisk, har også ei personskatterettsleg side.

I og med at dei fleste er medlemmer av tariffavtalen i KS-området, vil samarbeidet ikkje ha tariffmessige følgjer. Tariffmessige følgjer kan oppstå dersom samarbeidet ikkje er medlem i KS-området. Eigarane bør ta stilling til om samarbeidet skal vera innmeldt i KS-området eller ikkje. Eit ikt-samarbeidet står fritt med omsyn til tariffavtale. Ikt-samarbeidet kan også velja tariffavtale frå eit anna tariffområde.

Dersom det er planlagt særskilte tiltak overfor arbeidstakarane, må arbeidsgjevar gje informasjon om dette.

Etter aml § 16-3 kan ein arbeidstakar reservera seg mot at arbeidsavtalen blir overdratt til ny arbeidsgjevar. Dette vil medføre at arbeidstakar står utan arbeidsforhold når tidspunktet for overdraging kjem. Arbeidsgjevar må vera svært tydeleg i å informera om denne konsekvensen.

Ein arbeidstakar som har nytta reservasjonsretten sin, kan ha fortrinnsrett til anna stilling hjå tidlegare arbeidsgjevar.

I visse tilfelle har arbeidstakar valrett. Det vil sei at arbeidsforholdet til tidlegare arbeidsgjevar vert oppretthalde. Vilkåret er at arbeidsforholda vert vesentleg forringa hjå ny arbeidsgjevar. Konsekvensen av valrett er at det er opphavelig arbeidsgjevar som må avklara arbeidssituasjonen til vedkommande.

### **8.3 Avtalar om fortrinnsrett til stilling hjå tidlegare arbeidsgjevar**

Det oppstår av og til spørsmål om det skal gjerast særlege avtalar om fortrinnsrett for tilsette som blir omfatta av ei verksemdsoverdraging. Typisk vil dette vera fortrinnsrett til stillingar hjå tidlegare arbeidsgjevar.

Dette er problematiske avtalar av fleire grunnar. Det eine gjeld kva rang denne fortrinnsretten skal ha overfor andre med fortrinnsrett. Etter lov og avtaleverk er det fleire fortrinnsrettsordningar, t.d. tilsette som er sagt opp grunna arbeidsgjevars forhold eller tilsette som har krav på utvida stilling. Det er nærliggjande å tenkja at desse må gå føre avtalt fortrinnsrett. Det andre gjeld det ulovfesta kvalifikasjonsprinsippet ved offentlege tilsetjingar. Dersom det er ei ledig stilling som ingen med lov- eller avtalefesta fortrinnsrett melder seg til, men det er ordinære søkjarar som er betre kvalifisert enn den som hevdar avtalt fortrinnsrett, så talar mykje for at kvalifikasjonsprinsippet vert utslagsgjevande.

Ein avtale om fortrinnsrett vil i realiteten har liten verdi. Rådet må difor vera at det ikkje blir gjort slike avtalar.

### **8.4 Innehav og utøving av arbeidsgjevaransvar**

Kven som formelt skal ha arbeidsgjevaransvaret og korleis dette skal utøvast må fastsetjast i selskapsgrunnlaget.

Den fornuftige tilnærminga er at styret har ansvar for dagleg leiar, medan dagleg leiar har ansvar for alle andre tilsette i selskapet. Dagleg leiar svarer overfor styret for sin måte å forvalta arbeidsgjevaransvaret på. Styret svarer tilsvarende overfor eigarane.

I arbeidsgjevaransvaret ligg å gjennomføra tilsetjingar og utøva styringsrett. Det ligg også til arbeidsgjevaransvaret å vedta arbeidsrettslege sanksjonar som tilrettevisingar og åtvaringar. Den som har arbeidsgjevaransvaret må også kunna setja i verk suspensjon og også bestemma at arbeidsforhold skal avsluttast.

Det å inngå sluttavtalar, må også liggja til arbeidsgjevaransvaret. Sluttavtalar har eit økonomisk element som kan krevja avklaringar. Dette er vanskeleg å regulera på førehand og må som regel handterast etter kvart som sakene oppstår.



## 9 Arkivrettslege problemstillingar ved etablering av IKT-samarbeid

### Arkivrettslege problemstillingar ved etablering av IKT-samarbeid

Etter arkivlova har offentlege organ plikt til å føra arkiv. I førearbeida til arkivlova er det sagt dette om kva som skal reknast som offentlege organ, sjå Ot.prp. nr 77 (1991-1992) kapittel 4:

*«Etter dei definisjonane som er lagde til grunn i lovutkastet her, har offentlege forvaltningsorgan, institusjonar og forvaltningsbedrifter offentlege arkiv. Arkivet i føretak organiserte etter lova om statsføretak, eller reine næringsverksemdar organiserte som aksjeselskap eller lutlag vert etter lovutkastet her derimot å definera som privat, jamvel om offentlege instansar eig alle aksjane eller lutane.»*

I og med at forvaltningsverksemdar vert rekna som offentlege organ, så kan me gå ut frå at samarbeid etter kommunelova § 27, vertskommunesamarbeid og IKS-lova er offentlege organ.

Aksjeselskap og samvirke er ikkje offentlege organ og har som utgangspunkt ikkje plikt til å føra arkiv. Der desse selskapa har som hovudføremål å levera støttetjenester til offentlege organ og det på eit framtidig tidspunkt kan vera aktuelt å tilbakeføra dette til kommunen, så vil det vera hensiktsmessig at selskapet fører arkiv som om det var eit offentleg organ. På den måten sikrar ein kontinuitet i arkivføringa.

For ein del ikt-samarbeid vil det vera mest aktuelt at ein av eigarkommunane ivaretar behovet samarbeidet har for arkiv. Dette bør i tilfelle regulerast i samarbeidsavtalen.

Arkivlova med forskrifter har reglar om overføring av arkiv frå eitt offentleg organ til eit anna. Desse reglane blir aktuelle dersom ikt-samarbeidet skal overta arkiv frå eigarane. Personalarkiv kan vera aktuelt å overføra. Riksarkivaren er i arkivlova tillagt mynde til å avgjera korleis overføring av arkiv skal skje. Dersom det er aktuelt å overføra arkiv i samband med etablering av ikt-samarbeid, bør Riksarkivaren kontaktast for rettleiing.

Dokument som er arkiverte kan ikkje kasserast utan etter løyve frå Riksarkivaren eller slik som Riksarkivaren har fastsett i forskrift.

Dersom ikt-samarbeidet skal ha personalarkiv, må også krava i personopplysingslova tilfredsstillast. I og med at ikt-samarbeidet er fullt ut kommunalt eigde, må ein kunna gå ut frå at dei reglane som gjeld for kommunane også vil gjelda for ikt-samarbeidet.

## 10 IKT-samarbeid og reglene om offentlig støtte

### 10.1 Innledning – oversikt over reglene

I dette kapitlet gis en kortfattet oversikt over reglene om offentlig støtte.

Hovedregelen er at offentlig støtte er forbudt. Forbudet følger av EØS-avtalen art. 61(1), som lyder:

*«Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.»*

I praksis sier man gjerne at støtten er ulovlig når følgende seks kriterier er oppfylt:

- 1) Støtten innebærer en økonomisk fordel for mottakeren (fordelsbegrepet).
- 2) Støtten kommer fra offentlige midler.
- 3) Mottakeren er et foretak som driver økonomisk virksomhet (foretaksbegrepet).
- 4) Støtten begunstiger enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (selektivitetskriteriet).
- 5) Støtten vrir eller truer med å vri konkurransen (konkurransesvridningskriteriet).
- 6) Støtten er egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene (samhandlingskriteriet).

Dersom disse seks kriteriene er oppfylt, er støtten i utgangspunktet ulovlig. Alle kriteriene må være oppfylt; dersom ett av kriteriene ikke er oppfylt, foreligger det ikke ulovlig offentlig støtte.

Dersom alle kriteriene er oppfylt, kan støtten ikke iverksettes før den eventuelt er meldt til og godkjent av ESA, eller den faller inn under noen av unntakene fra notifikasjonsplikten nevnt nedenfor.

Støtten kan bli lovlig etter notifikasjon (melding) til, og godkjenning av ESA. ESA har anledning til å godkjenne at støtte gis innen visse grenser og for å oppnå visse (EU)-mål (art. 61 nr. 2 og 3). ESA har utarbeidet egne retningslinjer som gir anvisning på hvordan ESA vil tolke EØS-avtalen art. 61 på enkelte former for offentlig støtte. Disse retningslinjene kan derfor gi en indikasjon på hva slags støtte ESA vil godkjenne i tråd med EØS-avtalen.

Visse former for støtte er unntatt fra plikten til notifikasjon. Det gjelder blant annet et eget unntak for støtte som innebærer relativt små beløp. Dette unntaket blir gjerne betegnet som det såkalte «bagatellunntaket» - («de minimis»). På visse vilkår kan støtte på inntil 200 000 EURO over en treårsperiode gis uten notifikasjon. Det gjelder videre egne unntak for «tjenester av allmenn økonomisk betydning» - («Services og General Economic Interest», SGEI). Endelig er støtte til en rekke formål «forhåndsgodkjent» i det alminnelige «gruppeunntaket» (GBER - General Block Exemption Regulation).

Dersom det er tale om såkalt «ny støtte» - det vil si støtte iverksatt etter at EØS-avtalen trådte i kraft – kan konsekvensene av at det blir tildelt ulovlig offentlig støtte i strid med iverksettelsesforbudet, og støtten heller ikke faller inn under noen av unntakene fra notifikasjonsplikt, bli at ESA etter klage eller av eget tiltak gjør vedtak om at støtten skal tilbakebetales fra støttemottaker til støttegiver med renter og rentes rente. Siktemålet med dette er å gjenopprette markedssituasjonen fra tidspunktet før støtten ble gitt. Et støttetiltak som er iverksatt før EØS-avtalen trådte i kraft kan kreves endret av ESA.

## 10.2 Nærmere om de enkelte kriteriene

### *Støttebegrepet*

Støttebegrepet/fordelsbegrepet forstås vidt, og omfatter alle økonomiske fordeler som foretaket får, uavhengig av hvilken form det kommer. Det er den faktiske effekten som er avgjørende, ikke hva som er hensikten med tiltaket. Det sentrale er om foretaket mottar en økonomisk fordel som det ikke ville fått på normale markedsmessige vilkår.

### *Støtten må komme fra offentlige midler*

Det er et vilkår at støtten kommer fra statlige eller kommunale/fylkeskommunale midler. Også støtte gitt av andre offentlige organer kan være omfattet. Det samme gjelder midler som kommer fra foretak som er eid av eller kontrollert av offentlige myndigheter kan også være omfattet. Det følger av EU-domstolens praksis at det aktuelle tiltaket – direkte eller indirekte – potensielt må belaste offentlig budsjetter i form av utgifter eller reduserte inntekter.

### *Særlig om foretakskriteriet*

Som det fremgår av avsnitt 10.1 må støttemottaker være et «foretak» for at EØS-avtalens regler om offentlig støtte skal komme til anvendelse (kriterium 3). Foretakskriteriet omfatter enhver virksomhet som driver en «økonomisk aktivitet».

Begrepet har ingen legaldefinisjon i EØS-avtalen. Det nærmere innholdet av begrepet vil bero på rettspraksis i EU og EFTA-domstolen. Det fremgår blant annet av sentral dom på området, *Höfner*<sup>253</sup> at begrepet har en funksjonell betydning, i den forstand at det er uavhengig av virksomhetens juridiske status og hvordan den er organisert. Det er derfor uten betydning om virksomheten er organisert som et eget rettssubjekt, i form av et aksjeselskap, interkommunalt selskap e.l., eller om den er en del av kommunen som juridisk person. Det er virksomhetens art som er avgjørende.

Av en annen sentral dom, *Pavlov*<sup>254</sup>, framgår at begrepet omfatter (dansk oversettelse) «*enhver virksomhed, der består i at utdbyde varer og tjenesteydelser på markedet*». Det avgjørende er altså om virksomheten går ut på å tilby varer eller tjenester i et marked. Dersom en interkommunal IKT-virksomhet i tillegg til å yte tjenester til deltakerkommunene i egenregi, delvis også yter tjenester i markedet i konkurranse med andre aktører, vil denne delen av virksomheten være en økonomisk aktivitet. Denne delen av virksomheten må derfor innrettes slik at den ikke mottar ulovlig offentlig støtte.

<sup>253</sup> Sak c-41/90, *Höfner and Elser v Macrotron*.

<sup>254</sup> C-180-184/98 *Pavlov*

Der en interkommunal IKT-tjeneste leveres i egenregi (se kap. 4), vil det kunne oppstå spørsmål om hvilken betydning dette har for vurderingen av om virksomheten utgjør en økonomisk aktivitet (foretakskriteriet). Spørsmålet om betydningen av at en virksomhet drives i egenregi er drøftet på generelt grunnlag i en utredning fra ALT advokatfirma AS på oppdrag fra Kommunal- og regionaldepartementet: «*Kommunal virksomhet i lys av EØS-avtalens statsstøtteregler*». (2013).

Her heter det følgende om spørsmålet:

*«I vurderingen av om noe utgjør en økonomisk aktivitet kan det noen ganger være uklart om det at tjenesten leveres i egenregi vil ha betydning for vurderingen. (Av foretaksbegrepet)<sup>255</sup> Når kommunen selv produserer en tjeneste som den selv forbruker, kunne man hevde at den konkrete tjenesten ikke leveres i et marked. EU-kommisjonens klare utgangspunkt er at det ikke har betydning om tjenesten leveres i egenregi. Det avgjørende synes å være om andre leverandører både kan levere tjenesten og er villig til å levere den i markedet, ikke om den konkrete kommunen velge å «lukke» markedet ved å levere tjenesten til seg selv. EU-kommisjonen har blant annet uttalt at:*

*«More generally, the fact that a particular service is provided in-house has no relevance for the economic nature of the activity.»*

*EU-kommisjonene viser til en rekke forordninger, uttalelser fra generaladvokaten i EU-domstolen og sin egen forvaltningspraksis som støtte for sitt syn.»*

Utredningen fra ALT advokatfirma AS peker deretter på at ESAs praksis i noen grad synes å stå i motstrid til dette. Om dette heter det:

*«ESAs praksis synes imidlertid i noen avgjørelser å stå i motstrid til EU-kommisjonens syn. I blant annet avgjørelsene om Mesta, renovasjonsselskapene, Analysesenteret og Akasia/Bergen Kirkelige fellesråd har ESA lagt stor, og muligens avgjørende vekt på at tjenesten leveres i egenregi ved tolkningen av om tjenesten utgjør økonomisk aktivitet.*

*EU-kommisjonens syn harmonerer godt med hvordan begrepet ellers er forstått av EU-domstolen, selv om kommisjonsuttalelsen sitert ovenfor muligens er for absolutt. Til en viss grad vil jo levering av tjenester internt fjerne karakteren av at tjenesten er en markedstjeneste. På den annen side er det vanskelig å se at ESAs syn fullt ut har støtte i rettspraksis. Som et utgangspunkt vil det, etter vår oppfatning, derfor ikke være avgjørende ved vurderingen av foretaksbegrepet om en enkelt kommune velge å levere tjenesten i egenregi fremfor å kjøpe den i markedet. Hvis myndighetene i Norge har valgt å lukke markedet i hele landet, slik at det rent faktisk ikke finnes noe marked for tjenesten, vil imidlertid dette kunne være relevant ved vurderingen.»*

Spørsmålet er også berørt i Kommunal- og moderniseringsdepartementets høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper med bakgrunn i statsstøttereglene.<sup>256</sup> I høringsnotatet

---

<sup>255</sup> Vår anmerkning.

<sup>256</sup> Høring - Forslag til endringer i lov om interkommunale selskaper – høringsbrev med høringsnotat av 05.11.2014. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/Forslag-til-endringer-i-lov-om-interkommunale-selskaper/id2351284/>

pkt. 4.2.5. (s. 20) heter det om dette (under henvisning til vurderingen fra ALT advokatfirma sin rapport nevnt ovenfor):

*«Det at oppgavene er pålagt det interkommunale selskapet av eierne, og/eller består i at selskapene kun utøver oppgaver for sine eierkommuner og ikke til andre i markedet, betyr i følge rapporten ikke nødvendigvis at aktiviteten er ikke-økonomisk.»*

Se også høringsnotatet pkt. 3.3.2 (s. 12) hvor det heter:

*«Ved vurderingen av om en aktivitet omfattes av foretaksbegrepet, har det i følge rapporten mindre betydning hvordan tjenesten er organisert. For eksempel har det mindre betydning hvorvidt kommunen velger å utføre tjenesten i egenregi eller i et selskap.»*

Etter dette synes det å være en viss usikkerhet knyttet til hvilken betydning det har for foretaksbegrepet om virksomheten drives i egenregi eller ikke. Ytterligere avklaring av dette spørsmålet vil bero på framtidig rettspraksis i EU-domstolen og EFTA-domstolen, samt kommisjonens og ESAs praksis. Denne problemstillingen gjelder ikke bare samarbeid på IKT-området, men har generell betydning for virksomhet som i anskaffelsesrettslig forstand drives i egenregi, enten virksomheten er en del av kommunen selv i egenregi, eller drives av en interkommunal virksomhet i egenregi. Dette understreker betydningen av å gjøre en konkret vurdering av hvert enkelt samarbeidstiltak, ikke bare i forhold til de anskaffelsesrettslige spørsmålene om egenregi, men også for problemstillinger knyttet til regelverket om offentlig støtte.

#### *Selektivitetskriteriet*

Forbudet mot offentlig støtte gjelder bare tiltak som favoriserer enkelte foretak eller enkelte vare- eller tjenestegrener. Generelle tiltak faller utenfor.

#### *Konkurransesvridningskriteriet*

Det er bare støtte som kan påvirke konkurransen i markedet som rammes av forbudet. Det skal imidlertid lite til før dette kriteriet er oppfylt. Det er nok at tiltaket truer med å vri konkurransen, det er ikke et vilkår at det må påvises at konkurransen faktisk er påvirket.

#### *Samhandlingskriteriet*

Det er bare tiltak som påvirker samhandelen i EØS-området som påvirkes. Dette kriteriet ses i praksis gjerne i sammenheng med konkurransevidningskriteriet. Også her skal det lite til for at vilkåret er oppfylt. Det er ikke bare varer eller tjenester som er gjenstand for handel over landegrensene som rammes. Det er imidlertid ikke et vilkår at det konkrete foretak som får støtten driver omsetning over landegrensene. Vilåret kan også være oppfylt dersom foretaket bare opererer på det norske markedet, hvis støtten potensielt kan gjøre det tyngre for konkurrenter fra andre EØS-land å etablere seg på det norske markedet.

### **10.3 Betydningen for interkommunalt samarbeid om IKT**

Samarbeid mellom kommuner om IKT reiser i utgangspunktet ikke spesielle spørsmål som stiller samarbeid på dette området i en annen stilling enn interkommunalt samarbeid på andre områder. Dersom virksomheten går ut på å drive en økonomisk aktivitet, vil den i utgangspunktet være omfattet av statsstøttereglene. Dersom også de andre kriteriene nevnt under pkt. 10.1 er oppfylt, vil

i så fall økonomiske fordeler som virksomheten får fra det offentlige på ikke-markedsmessige vilkår i utgangspunktet være forbudt. For å bli lovlig må virksomheten i slike tilfeller enten godkjennes av ESA etter en notifikasjon, eller tilpasses ett av de forskjellige unntak som foreligger.

Ettersom mange interkommunale IKT-samarbeid dreier seg om tjenester som det også finnes et marked for, vil en særlig praktisk problemstilling oppstå dersom deler av den interkommunale IKT-enhetens virksomhet går ut på å tilby varer eller tjenester i markedet i konkurranse med andre. I så fall kan det oppstå risiko for kryss-subsidiering mellom den skjermede og den konkurranseutsatte delen av virksomheten. Slik kryss-subsidiering vil kunne innebære ulovlig offentlig støtte. Det er virksomheten selv som har bevisbyrden for at det ikke skjer slik ulovlig kryss-subsidiering.

For å unngå kryss-subsidiering vil det sentrale være at den konkurranseutsatte delen av virksomheten må bære alle kostnader ved virksomheten, inkludert en forholdsmessig andel av felleskostnader. Det må videre betales en rimelig avkastning på den kapital som er lagt i denne delen av virksomheten, og virksomheten må betale skatt. Der det etableres en korrekt allokering av inntekter og kostnader mellom to separate regnskaper på denne måten, har ESA i noen tilfeller akseptert at dette er tilstrekkelig til å unngå kryss-subsidiering. En slik modell kan imidlertid være krevende å praktisere.

Alternativt kan den konkurranseutsatte virksomheten skilles ut i eget aksjeselskap. En slik modell vil gjøre det enklere å påvise at ulovlig kryss-subsidiering ikke skjer. Eierkommunene må likevel i sin relasjon til selskapet overholde «markedsinvestorprinsippet». Det vil si at kommunen – eller andre offentlige instanser - ikke kan gi selskapet mer gunstige betingelser enn det en sammenlignbar privat markedsinvestor ville gjort.

Disse forhold tilsier at det på samme måte som det ved oppretting av interkommunalt samarbeid om IKT bør gjøres en vurdering av det enkelte samarbeid i forhold til anskaffelsesregelverkets unntak for egenregi, så bør det også gjøres en nærmere vurdering av forholdet til statsstøttereglene før samarbeid etableres.

## 11 Prosessuelle problemstillingar ved etablering av IKT-samarbeid

Dersom IKT-samarbeidet blir part i ein rettsprosess, er det øvste leiar i samarbeidet som formelt representerer samarbeidet i denne prosessen. I ein kommune er dette ordførar. I selskap er det styreleiar. Det bør gå fram av selskapsgrunnlaget kven som er formell part i rettsprosessar.

Rettsprosessar kan vera kostbare. For IKT-samarbeid vil prosessar nærliggjande vera knytte til kontraktar eller personalsaker. I og med kostnadene er det legitimt at eigarane har synspunkt på rettslege prosessar ikt-samarbeidet er involvert i. Fordi utøving av arbeidsgjevaransvaret skal liggja i selskapet, bør eigarane vera tilbakehaldne med å gripa styrande inn i rettslege prosessar på personalområdet. Gjeld prosessen kontraktar, er det som regel tilrådeleg at selskapet innhentiar synspunkt frå eigarane.

Ei utfordring ved etablering av interkommunale samarbeid er at uløyste personalsaker kan bli overført til samarbeidet. Slike saker er det viktig at eigarane er opne om og avklarar kven som skal ha ansvaret for å løysa desse. Dette ansvaret omfattar ikkje berre arbeidet med sjølve saka, men også dei økonomiske kostnadene som saka representerer. Eigarane må avklara om det er tidlegare arbeidsgjevar eller samarbeidet som skal ha saka. Dersom samarbeidet overtar saka, oppstår spørsmålet om tidlegare arbeidsgjevar bør kompensera samarbeidet særskilt for dette.

Når det gjeld tvistar mellom eigarane, typisk kva plikter som følgjer av samarbeidet, vil slike ofte vera eigna for mekling. Eigarane bør difor vurderer om det skal skrivast inn i samarbeidsavtalen at tvistar først skal søkjast løyst gjennom mekling. I og med at tema for tvisten ofte vil ha rettslege implikasjonar, er det eit godt råd at eigarane får tak i ein jurist til å mekla saka. Dommarar har som regel god erfaring med mekling. Det har også mange advokatar.

Dersom tvisten ikkje blir løyst gjennom mekling, oppstår spørsmålet om saka skal leggjast fram for voldgift eller ordinær domstol. Fordelane med voldgift er at partane kan velja kven som skal vera dommarar og avgjera tvisten. Då kan ein velja spesialistkompetanse. Ei ulempe er at ei avgjerd frå voldgift ikkje kan ankast, slik som ved det ordinære domstolsapparatet. Dersom offentlege eigarar ikkje blir samde om korleis ein tvist i eit interkommunalt samarbeid skal løysast, bør eigarane av omsyn til den offentlege interessa slike saker har, vurderer å bruka dei ordinære domstolane.

## Litteraturliste:

### Veiledere:

Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013)

Kommunal og regionaldepartementets veileder - «*Vertskommunemodellen i kommuneloven § 28 a flg.*» Publikasjonskode: H-2258 (udatert)

### Artikler:

Høivik, Lov og Rett 2005 nr. 9 - «*Interkommunalt selskap eller aksjeselskap*»

### Bøker:

Aarbakke m.fl. - «*Aksjeloven og allmennaksjeloven – kommentarutgave*» (2004)

Andenæs - «*Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*» (1998)

Arrowsmith, Sue – «*The Law of Public and Utilities Procurement*» 2. utgave (2005)

Bjella, Knudsen, Aarbakke - «*Kommunale selskaper og foretak*» (2001)

Dragsten: «*Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*» (2013)

Fjørtoft og Gjems-Onstad - «*Samvirkeforetak – reglene om økonomiforhold, skatt og avgift*» (2009)

Goller, Morten m.fl. - «*Anskaffelsesrett i et nøtteskall*» (2014)

«*Knoph's oversikt over Norges rett*» 14. utgave (2014)

Overå: «*Kommuneloven med kommentarer*» (2011)

Thue, Buan og Røed Brun: «*Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*» (2013)

### Rapporter:

Advokatfirma Føyen - «*Utredning av juridiske forhold ved bruk av nettsky i kommunal sektor – en mulighetsstudie*» (april 2015)

Advokatfirmaet Hjort – «*Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid – Forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger*» (2014)

Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) - «*Nasjonale felleskomponenter i offentlig sektor*» (2010)



Kommit - «*Visjon, ambisjon og strategi for felles kommunal IKT-arkitektur*»

KS Advokatene – «*Samvirkeforetak for kommuner – En vurdering av om samvirkeforetak kan være en aktuell organisasjonsform når kommuner skal drive en virksomhet i samarbeid med andre*» (2014)

NIBR-rapport 2015 - «*Kommunale selskap og folkevalgt styring gjennom kommunalt eierskap*»

Norsk utvalg for eierstyrings og selskapsledelse (NUES 2012) - «*Norsk anbefaling om eierstyring og selskapsledelse*»

OECD – «*OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises*»

Rapport IRIS – 2013/008: «*Interkommunalt samarbeid – Konsekvenser, muligheter og utfordringer*»