

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)¹. 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 interkommunalt 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.

¹ 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 valgtrett.

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. Arbeidsrettssaker bør eier avstå fra å intervensere 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.

