

Til: Sogn- og Fjordane Fylkeskommune

Fra: Gaute Andreas Tyberø og Christian Kaisen

Ansvarlig advokat: Gro Amdal

Vår ref.: 306020-026\2017821\v1\gaty

Dato: Stavanger, 2. august 2018

SAKEN GJELDER: Valg av organisasjonform for fremtidig interkommunal arkivordning

1 BAKGRUNN OG MANDAT

Den eksisterende Kommunearchivordningen i Sogn og Fjordane er et samarbeid mellom Fylkeskommunen og de underliggende kommunene. Fylkesarkivet har kontor på fylkeshuset, og det er fylkeskommunen som har personalansvar for de ansatte. Medlemskommunene betaler et årlig tilskudd til Fylkeskommunen for å delta i ordningen, som går til dekning av kostnadene med drift av ordningen.

Ordnningen bistår kommunene i arbeidet med å sikre at de kommunale arkivene blir organisert og oppbevart i samsvar med arkivloven. Fylkesarkivet tilbyr i tillegg rettleiding, depottjenester, kurs og konferanser for medlemmene i ordningen.

Flere av deltakerkommunene har ytret et ønske om at kommunearchivordningen i tillegg skal utføre ordnings- og digitaliseringsarbeid mot betaling. I den forbindelse ble det stilt spørsmål ved om denne typen tjenester må konkurransesettes ihht. lov- og forskrift om offentlige anskaffelser.

Kluge Advokatfirma AS ble da bedt om å vurdere lovligheten av den eksisterende kommunearchivordningen opp mot anskaffelsesregelverket. Etter Kluges oppfatning er den eksisterende kommunearchivordning, slik den er etablert og organisert i dag, ikke et interkommunalt samarbeid ihht. kommuneloven § 27 slik man hittil har antatt. Fylkesarkivets levering av arkivtjenester til deltakerkommunene mot tilskudd/betaling representerer derfor tjenestekontrakter som (avhengig av kontraktens verdi) må konkurransesettes i samsvar med anskaffelsesregelverket.

På denne bakgrunn er Kluge blitt bedt om å gi en vurdering og anbefaling for hvordan en felles arkivordning bør organiseres slik at deltakerne i ordningen lovlig kan samarbeide om en felles faglig sterk enhet som kan levere de nødvendige arkivrelaterte tjenestene til kostpris, uten å komme i strid med anskaffelsesregelverket.

I vurderingen er vi bedt om å ta høyde for den planlagte regionsammenslåingen mellom Sogn- og Fjordane og Hordaland Fylkeskommune, som etter planen skal gjennomføres 1. januar 2020.

Det ligger utenfor rammene for en forsvarlig ressursbruk å oppstille og utbrodere alle potensielle organisasjonsformer og juridiske problemstillinger som organiseringen av en arkivordning aktualiserer. Dette notatet er ment som et beslutningsgrunnlag, slik at Fylkeskommunen og de øvrige deltakerne i ordningen kan treffe en beslutning om hvilken organisasjonsform man ønsker å benytte. Vi har derfor

fokusert på de organisasjonsformer og anskaffelsesrettslige unntaksregler som vi anser mest aktuelle. Dersom det er ønskelig at vi gir en begrunnelse for at andre modeller ikke presenteres, herunder dersom det er et ønske om at vi utbroderer noen av de juridiske vurderingene som ligger til grunn for vår anbefaling vil vi selvsagt være behjelpelige med et oppfølgende notat.

2 ANBEFALING

Som nærmere begrunnet i dette notatet anbefaler vi at kommunearkivordningen organiseres som et *interkommunalt selskap* (IKS), hvor samtlige deltakere i ordningen inngår som eiere.

Forutsatt at eierne gjennom selskapets vedtekter mm. sikres tilstrekkelig kontroll over driften av selskapet, vil eierkommunene kunne kjøpe tjenester direkte fra selskapet uten konkurranseutsetting, i medhold av unntaket i anskaffelsesforskriften § 3-1 jf. § 3-2 om *utvidet egenregi*.

Ta gjerne kontakt dersom Fylkeskommunen ønsker bistand i forbindelse med en eventuell opprettelse av et slikt selskap, herunder i forbindelse med vurderinger rundt eventuell overflytting av de ansatte i den eksisterende kommunearkivordning mm.

3 NOTATETS OPPBYGNING

I notatets kapittel 4 gjennomgår vi de anskaffelsesrettslige rammene av betydning for organiseringen av kommunearkivordningen. Her presenterer vi også de to unntaksreglene fra anskaffelsesregelverket som vi mener kan være aktuelle; unntaket for utvidet egenregi (kapittel 3.1) og unntaket for horisontalt offentlig-offentlig samarbeid (kapittel 3.2).

I kapittel 5 knytter vi noen kommentarer og tanker til den forestående regionsammenslåingen, før vi i kapittel 6 vurderer ulike potensielle organisasjonsformer for kommunearkivordningen.

4 ANSKAFFELSESRETSLIGE RAMMER

Etter anskaffelsesregelverket¹ står offentlige oppdragsgivere² fritt til å velge om han vil dekke sitt behov ved å ta i bruk egne ressurser, eller ved hjelp av eksterne leverandører. Dersom oppdragsgiver benytter egne ressurser sier man gjerne at leveransen utføres i egenregi. Slik arbeidsfordeling internt hos oppdragsgiver aktualiserer ingen anskaffelsesrettslige problemstillinger.

For alle gjensidig bebyrdende avtaler med en verdi på minimum 100 000 kroner som en offentlig oppdragsgiver inngår med en ekstern leverandør, må anskaffelsesregelverkets prosedyreregler følges ved valget av leverandør. Dette innebærer at den offentlige oppdragsgiveren har plikt til å påse at det er konkurranse om kontrakten som skal inngås, jf. lov om offentlige anskaffelser § 4. Avhengig av anskaffelsens verdi og hva som skal anskaffes, vil også de detaljerte prosedyrereglene i forskrift om offentlig anskaffelser kapittel II – V komme til anvendelse³.

Det er enkelte forskjeller i hvilke tjenester de ulike deltakerne i den eksisterende kommunearkivordningen mottar fra ordningen, og hvilken verdi disse kontraktene har. Gjennomgående fremstår det likevel klart at de aller fleste kontraktene har en verdi på minimum 100 000 kroner. I tillegg er det enkeltkontrakter med betydelig høyere verdi.

¹ Relevant for kommunearkivordningen er Lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 («LOA») og forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 («FOA»).

² Samtlige fylkeskommuner og kommuner er omfattet av regelverket, jf. FOA § 1-2 (1) b.

³ Tjenestene som leveres fra dagens kommunearkivordning er i hovedsak «*særlige tjenester*», jf. FOA §§ 5-1 og 5-3, jf. vedlegg 2, som blant annet lister opp «*Arkiveringstjenester*» og «*Katalogisering*».

Dersom kommunene skal fortsette å kjøpe tjenester direkte og uten konkurranse fra en felles arkivordning, må en felles arkivordning derfor organiseres på en måte som gjør at disse kjøpene kan unntas anskaffelsesregelverket, etter en av de særskilte unntaksreglene i anskaffelsesforskriften.

For en felles kommunearkivordning er det unntakene for hhv. *utvidet egenregi*, jf. FOA § 3-1, og *offentlig-offentlig samarbeid*, jf. FOA § 3-3, som vi anser som aktuelle unntaksregler. Hvilken av disse unntaksreglene som skal benyttes avhenger langt på vei av hvilken organisasjonsmodell man velger å benytte for kommunearkivordningen. Nedenfor gis derfor en overordnet presentasjon av vilkårene for begge disse unntaksbestemmelsene.

For ordens skyld nevnes kort at det tidvis kan være aktuelt å bruke unntaket i anskaffelsesforskriften § 2-3 for denne typen offentlig samarbeidsordning. Dette unntaket gjelder tjenstekontrakter som en oppdragsgiver inngår med en annen offentlig oppdragsgiver «*som har en enerett til å utføre tjenesten*». Dette gjelder bare når eneretten er «*tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenlig med EØS-avtalen*». For de tjenester som kommunearkivordningen tilbyr er det for tiden ikke tildelt noen slik enerett. Særlig fordi det er en gradvis utvikling av hvilke tjenester en felles arkivordning tilbyr fremstår det videre som lite praktisk å utrede muligheten for å tildele enerett ved forvaltningsvedtak. Dette unntaket fremstår derfor ikke som aktuelt, og nevnes ikke senere i notatet.

4.1 Unntaket for utvidet egenregi, FOA § 3-1 jf. § 3-2

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser gjelder ikke der anskaffelsen gjennomføres ved såkalt *utvidet egenregi*, jf. FOA § 3-1 (1). Det vil si når oppdragsgiveren inngår kontrakt med et annet rettssubjekt

«a) som oppdragsgiveren utøver en kontroll over som svarer til den kontrollen han utøver over sin egen virksomhet,

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

c) som det ikke er direkte private eierandeler i.»

Samtlige vilkår må være oppfylt for at anskaffelsen skal omfattes av unntaksregelen.

Det er ingen private eierandeler i dagens kommunearkivordning. Det er heller ikke tenkt å være noen private eierandeler i en fremtidig felles arkivordning, uavhengig av hvordan denne formelt organiseres. For en fremtidig felles arkivordning vil det derfor være uproblematisk å oppfylle vilkåret om at det ikke skal være private eierandeler i ordningen (bokstav c). Dette vilkåret omtales derfor ikke nærmere.

Verken Fylkeskommunen eller noen av deltakerkommunene vil imidlertid alene kontrollere en felles arkivordning, og det er heller ikke forventet at en felles arkivordningen vil utføre mer enn 80 prosent av sin aktivitet for én av deltakerne i samarbeidet. Etter FOA § 3-2 (1) bokstav a og b vil disse vilkårene likevel være oppfylt dersom flere offentlige oppdragsgivere «*i fellesskap*» utøver den nødvendige kontrollen, og mer enn 80 % av arkivordningens aktivitet utføres for «*de kontrollerende oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer*».

En felles arkivordning er kun tiltenkt å yte tjenester til fylkeskommunen og de øvrige deltakerkommunene. Aktivitetsvilkåret vil derfor være oppfylt. Det er likevel viktig å være oppmerksom på at dersom dette unntaket benyttes, og arkivordningen i fremtiden begynner å yte tjenester til lag, foreninger, selskaper eller andre som ikke er offentlige oppdragsgivere i anskaffelsesregelverkets forstand (og som heller ikke kontrolleres av en offentlig oppdragsgiver), så må det påses at denne delen av virksomheten ikke blir så omfattende at aktivitetsvilkåret ikke lenger er oppfylt.

Det siste vilkåret – kontrollvilkåret – er nærmere presisert i FOA § 3-2 (2). Her fremgår det at kravet til felles kontroll er oppfylt når:

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

b) de kontrollerende 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 de kontrollerende oppdragsgivernes interesser.»

De styrende organer i arkivordningen må altså være sammensatt av representanter for oppdragsgiverne som utøver kontrollen (deltakerkommunene). Merk samtidig at kontrollen må utøves i fellesskap, og at det må trolig stilles et krav til at det er en viss realitet i samarbeidet mellom oppdragsgiverne, jf. EU domstolens saker C-182/11 og C-183-11 (Econord), avsnitt 30-32, hvor domstolen uttalte at dersom det anses tilstrekkelig med formell tilknytning uten en reell mulighet til å påvirke kontrollen ville dette åpne for omgåelser av anskaffelsesregelverket.

Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at deltakerkommunene har en eier- eller deltakerposisjon i ordningen, selv om dette inngår som et viktig moment i vurderingen. Hver av kommunene må (i fellesskap) kunne påvirke organets beslutninger for at kontrollvilkåret skal være oppfylt.

Dette er synliggjort i bokstav b, hvor forskriften uttrykkelig angir at de kontrollerende oppdragsgiverne må utøve bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet. Kontrollen må med andre ord gjelde den operative driften. Det er for eksempel ikke tilstrekkelig å ha flertallet av stemmene på generalforsamling dersom selskapets styre og daglige ledelse har vide fullmakter i sin styring av virksomheten.

I vurderingen av leverandørens (oppdragstakerens) selvstendighet, har EU-domstolen særlig sett på eierens (oppdragsgiverens) mulighet til å utøve innflytelse gjennom:

- deltakelse i styret, representantskap eller andre lignende organer
- fastsettelsen av virksomhetens formål og
- kontroll og tilsyn med økonomiske og kommersielle disposisjoner mv og annen daglig ledelse.

Til illustrasjon nevnes EU-domstolens sak C-458/03 (Parking Brixen), som gjaldt et italiensk aksjeselskap som var eid av en kommune. EU-domstolen gikk konkret inn i selskapets vedtekter og kommenterte at en beføyelse for styret til å stille garanti på inntil 5 millioner euro eller gjennomføre andre tilsvarende forretningstransaksjoner uten forutgående godkjenning fra generalforsamlingen, var et tegn på at selskapet hadde en høy grad av selvstendighet overfor aksjonærene. Vedtektene krevde at kommunen skulle eie en absolutt majoritet av aksjene og utpeke flertallet i styret. Kommunen skulle også utpeke to av tre representanter i et tilsynsorgan. EF-domstolen kom til at egenregi var utelukket i dette tilfellet.

I vurderingen skal det også tas hensyn til graden av interesselikhhet mellom oppdragsgiver og oppdragstaker. Dersom oppdragstakeren forfølger andre eller motstridende interesser enn oppdragsgiver, vil det klart trekke i retning av at kontrollvilkåret ikke er oppfylt.

Kontrollkriteriet innebærer at fylkeskommunen og de øvrige deltakerkommunene, dersom det tas sikte på å benytte dette unntaket, må påse at vedtektene, organisasjonen, formålet mm. til arkivordningen opprettes på en måte som gir deltakerne tilstrekkelig kontroll. Dette legger begrensninger på hvor selvstendig arkivordningen vil kunne operere, men forutsatt at oppdragsgiver er oppmerksom på dette

ved etableringen av ordningen er det rent praktisk ikke noe problem å etablere en felles arkivordning hvor deltakerne har tilstrekkelig styring til at kontrollvilkåret vil være oppfylt.

Dette unntaket er derfor egnet for bruk på en felles arkivordning, forutsatt at man ved stiftelsen av organisasjonen er tilstrekkelig oppmerksom på at de styringsmessige rammene for virksomheten innebærer at deltakerkommunene har tilstrekkelig kontroll over virksomheten.

4.2 Unntaket for offentlig-offentlig samarbeid, FOA § 3-3

Lov og forskrift om offentlig anskaffelser gjelder ikke der kontrakt:

«inngås utelukkende mellom to eller flere offentlige oppdragsgivere, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid

a) som har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et 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.»

De tiltenkte deltakerne i en felles arkivordning vil være Sogn- og Fjordane Fylkeskommune og alle kommunene som deltar i den eksisterende kommunearkivordning. Samtlige deltakere er derfor «*offentlige oppdragsgivere*», som kan inngå offentlig-offentlig samarbeid ihht. § 3-3.

Alle deltakerne har videre et «*felles mål*» for samarbeidet, i form av å få tilgang på faglig sterke og tilgjengelige arkivrelaterte tjenester (rådgivning, depottjenester, digitalisering mv.) på gunstige økonomiske vilkår. Dette er ikke en direkte del av den lovpålagte forvaltningsvirksomheten hos deltakerkommunene. Etter vår oppfatning har likevel samarbeidet til formål å sikre at «*offentlige oppgaver*» blir utført. Dette begrunner vi særlig med at tjenestene som en felles arkivordning skal levere er nødvendige for at deltakerne i samarbeidet skal kunne oppfylle sine lovpålagte plikter til arkivføring. Dette er igjen nødvendig for at deltakerne skal kunne utføre sine forvaltningsoppgaver, og for å kunne overholde eksempelvis offentlighetslovens regler som skal skape gjennomsiktighet i forvaltningen. Støtte for dette finnes i Departementet sin veileder til anskaffelsesregelverket, hvor det med henvisning til at fortalen i direktivet presiserer at begrepet ikke kun omfatter lovpålagte, men også frivillig påtatte oppgaver, fremgår at Departementet mener begrepet «*offentlige oppgaver*» også må omfatte støttetjenester som for eksempel regnskaps-, IKT-, og kantinetjenester.

Det er ingen av deltakerne i samarbeidet som har interesser i samarbeidet ut over formålet som angitt ovenfor. Allmenheten har derimot en klar interesse av at kommunene oppnår gode løsninger for sine arkiv. Vilkåret om at samarbeidet utelukkende skal utføres «*av hensyn til offentlige interesser*» vil derfor være oppfylt for en felles arkivløsning.

Etter hva vi forstår vil en felles arkivløsning utelukkende levere sine tjenester til oppdragsgiverne som inngår i samarbeidet. Aktivitetsvilkåret i bokstav c vil derfor også være oppfylt.

Merk likevel at dersom arkivordningen videreutvikles i retning av å bli en mer markedsorientert økonomisk virksomhet, så vil disse vurderingen raskt endre seg. Dersom dette unntaket benyttes må arkivordningen derfor gjøre løpende vurderinger av betydningen av at ordningen på sikt eventuelt tilbyr tjenester til lag, foreninger mm.

At unntaket kun gjelder for kontrakter som etablerer eller gjennomfører et «*samarbeid*» innebærer en avgrensning mot alminnelige kjøp. For å bli karakterisert som et samarbeid er det nødvendig at samtlige

parter bidrar med en ytelse (ut over dekning av kostnader)⁴. Det er likevel ikke nødvendig at deltakerne yter samme type bidrag, eller at alle deltakerne bidrar i like stor grad⁵. I motsetning til kontrollvilkåret som gjelder ved utvidet egenregi, jf. punkt 3.1 ovenfor, stiller samarbeidsvilkåret krav om at samtlige deltakere bidrar praktisk til arbeidet med å nå det felles målet.

Departementet har i sin veileder til anskaffelsesregelverket tatt til orde for at vilkåret om samarbeid kan være oppfylt der enkelte deltagere deltar aktivt i samarbeidets styrende organer uten å delta i den faktiske utførelsen av den aktuelle tjenesteytelsen som er gjenstand for samarbeidet. Styrende organer må i denne forbindelse forstås som organer aktive i den daglige driften av samarbeidet. En stilling i et overordnet representantskap eller lignende er sannsynligvis ikke tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret.

Dagens kommunearkivordning fungerer slik at deltakerne betaler et fast årlig økonomisk bidrag, med tillegg av avtalt godtgjørelse for tilleggstjenester som digitalisering og depot. Kommunearkivordningen ved Fylkeskommunen/Fylkesarkivet har egne ansatte, og står selv for organiseringen og driften av ordningen. Så vidt forstås er det ingen av deltakerkommunene som bidrar med noen ikke-økonomiske ytelser i dagens kommunearkivordning. Kommunearkivordningens øverste nivå er en styringsgruppe med kun fem representanter, som møtes et par ganger hvert år.

Slik vi oppfatter Fylkeskommunens og de øvrige deltakernes ønsker/behov, skal også en fremtidig felles arkivløsning fungere som en selvstendig tjenesteleverandør, uten at deltakerne skal bidra i den praktiske driften, ut over eventuelt å bemanne en stilling i et overordnet styringsorgan.

Som påpekt ovenfor stilles det krav om deltakelse fra samtlige kommuner (og fylkeskommunen) for at en felles arkivløsning skal bli ansett som et «samarbeid». I motsatt fall er kontrakten mellom partene reelt sett et ordinært kjøp, som enten må konkurranseutsettes eller unntas etter en av de andre unntaksreglene i anskaffelsesregelverket.

En forutsetning for at dette unntaket skal kunne benyttes er derfor at hver av deltakerne i samarbeidet aktivt bidrar inn i samarbeidet med noe mer enn penger. Sett hen til antallet deltakere, hvordan kommunearkivordningen har fungert frem til i dag, og det faktum at kommunearkivordningen ble etablert nettopp fordi kommunene manglet egen faglig kompetanse, er vi usikre på hvor ønskelig det er for deltakerkommunene å skulle bidra med praktisk-faglig kompetanse inn i samarbeidet. Sett hen til antallet deltakerkommuner, og den forestående regionssammenslåingen, vil det også kunne stilles spørsmål ved om deltakelse i en felles styringsgruppe vil innebære tilstrekkelig deltakelse/bidrag til samarbeidet til at vilkåret er oppfylt.

På denne bakgrunn mener vi at unntaket for offentlig-offentlig samarbeid anskaffelsesrettslig kan benyttes for en felles arkivordning. Kravet til at hver av deltakerne skal bidra inn i samarbeidet innebærer likevel at vi er usikre på hvor ønskelig det er å organisere arkivløsningen på en måte som vil omfattes av dette unntaket, da det gjerne vil innebære at det stilles strengere krav til hver av deltakernes praktiske bidrag enn hva deltakerne selv ønsker.

Slik dagens kommunearkivordning er etablert antar vi at en organisasjonsform som åpner for bruk av unntaket for utvidet egenregi, jf. punkt 3.1 ovenfor, er mer hensiktsmessig.

5 BETYDNINGEN AV DEN FORESTÅENDE FYLKESAMMENSLÅINGEN

Sogn og Fjordane og Hordaland fylkeskommuner skal slås sammen med virkning fra 1. januar 2020.

⁴ Se KOFA sak 2017/107 premiss 47.

⁵ I fortalen til direktiv 2014/4/EU nr. 33 kommer dette til uttrykk slik: «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.»

På tidspunktet for dette notatet har 32 kommuner i Hordaland valgt å organisere sin interkommunale arkivordning i form av et interkommunalt selskap; Interkommunalt arkiv i Hordaland IKS («IKAH»).

Selskapet er organisert med et representantskap med deltakere fra hver eierkommune som øverste styrende organ. Under representantskapet finnes et styre, og under styret er en daglig leder (arkivsjeff). Basert på selskapsavtalen ser det ut til at IKAH langt på vei tilbyr de samme tjenester, og opererer på samme måte, som den eksisterende kommunearkivordningen i Sogn- og Fjordane, med unntak av at IKAH formelt er organisert som et eget rettssubjekt i form av et interkommunalt selskap. Så vidt vi har kunnet avdekke er ikke Hordaland Fylkeskommune eier i IKAH, og vi forstår det slik at Fylkeskommunen selv ivaretar sitt behov for arkivtjenester mm. i egenregi gjennom Fylkesarkivet.

En konsekvens av dette er at Fylkeskommunen ikke uten videre har anledning til å kjøpe tjenester fra IKAH, uten å følge prosedyrene i anskaffelsesregelverket. Verken unntaket for offentlig-offentlig samarbeid eller utvidet egenregi vil i utgangspunktet være oppfylt i tilfellet hvor Fylkeskommunen ønsker å foreta en direkte anskaffelse fra et interkommunalt selskap hvor Fylkeskommunen ikke har eierinteresser.

Etter hva vi forstår har arkivløsningene foreløpig ikke blitt diskutert i forbindelse med regionsammenslåingen. Vi antar videre at dette ikke vil være en prioritert oppgave den første tiden, da det er andre mer presserende aspekter ved sammenslåingen som må håndteres. På sikt vil vi likevel anta at det kan bli aktuelt å samordne de to arkivordningene i den nye regionen, for å bygge videre på tanken om stordriftsfordeler som dagens løsning er basert på.

Muligheten for fleksibilitet både i relasjon til tjenesteyting og deltakere bør derfor vektlegges i valget av organisasjonsmodell.

6 AKTUELLE ORGANISASJONSFORMER

Det følger uttrykkelig av fortalen til direktiv 2014/24/EU, nr. 33 at

«Ordregivende myndigheter bør kunne velge at levere deres offentlige tjenesteydelser i fællesskab i et samarbejde, der ikke forpligter dem til at anvende nogen bestemt retlig form»

Uttalelsen er gitt i tilknytning til unntaksregelen for offentlig-offentlig samarbeid, men viser generelt at anskaffelsesregelverket ikke er ment å innebære noen begrensninger på hvordan det offentlige kan organisere seg.

I prinsippet kan derfor en felles arkivordning organiseres på et utall ulike vis. Av de selskapsrettslige organisasjonsformene er det særlig aksjeselskap etter lov om aksjeselskaper og interkommunalt selskap etter lov om interkommunale selskaper som fremstår som aktuelle for arkivordningen. Av de mer spesielle organisasjonsformene har vi særlig vurdert vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kapittel 5A og interkommunalt samarbeid ihht. kommuneloven § 27.

Ettersom både fylkeskommunen og kommunene er tiltenkt å delta i den felles arkivordningen, er imidlertid vertskommunesamarbeid utelukket, ettersom et slikt samarbeid ikke kan inngås mellom fylkeskommuner og kommuner⁶. Denne organisasjonsmodellen nevnes derfor ikke i det følgende.

6.1 Interkommunalt samarbeid ihht. kommuneloven § 27

Kommuneloven § 27 åpner for at kommuner og/eller fylkeskommuner kan opprette et styre til «*løsning av felles oppgaver*».

⁶ Norsk lovkommentar note 383 til kommuneloven § 28-1 A, av Jan Fridthjof Bernt, med henvisning til at de to forvaltningsnivåene har ulike oppgaver, jf. Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 136 – Til framlegg til ny § 28 a

Denne organisasjonsformen har historisk vært mye brukt for interkommunale samarbeid, men særlig for de varige og mer forretningsmessige virksomhetene som kommuner samarbeider om har det i senere tid vært en utvikling hvor slike oppgaver i stedet håndteres gjennom aksjeselskaper eller interkommunale selskaper. Av den grunn har det vært diskutert om ordningen med interkommunale styrer etter § 27 skal oppheves.

Regjeringen la frem forslag til ny kommunelov 16. mars 2018. I forslaget blir ordningen med interkommunalt styre etter kommunelova § 27 foreslått opphevet, men samtidig blir det innført egne bestemmelser om regionråd, og en ny ordning som gis navnet «*kommunalt oppgavefellesskap*». For interkommunale samarbeid ihht. någjeldende kommunelov § 27 ser det ut til at den nye kommunelovens overgangsbestemmelser vil innebære at § 27-samarbeid må være omdannet til et interkommunalt politisk råd etter § 18-1 eller et kommunalt oppgavefellesskap etter § 19-1 senest fire år etter at henholdsvis kapittel 18 og 19 i loven her trer i kraft. Dette innebærer blant annet at deltakerne uttrykkelig må ta stilling til om samarbeidet skal være et eget rettssubjekt eller ikke. Merk samtidig at det ikke kan utelukkes at det vil skje endringer i lovforslaget frem til vedtakelsen av den nye loven.

Fordelen med denne organisasjonsmodellen er primært at samarbeidet har en mer uformell og enklere overbygning enn de formelle selskapsformene som er mer detaljregulert både rundt stiftelse, drift, regnskapsføring mm. Denne organisasjonsmodellen er derfor godt egnet for kortvarige og løse interkommunale samarbeid, eksempelvis om utførelsen av konkrete prosjekter.

Selv for denne organisasjonsmodellen gjelder det likevel krav til vedtekter, samarbeidsavtale, vedtak om tiltredelse fra kommunestyre/fylkesting mm. I lys av antallet deltakere i arkivordningen kan dessuten fraværet av bakgrunnsrett som regulerer de formelle sider av samarbeidet/virksomheten i seg selv være en ulempe.

Det er også en begrensning for denne organisasjonsmodellen at samarbeidet kun skal eksistere for å oppnå felles mål. Dersom det oppstår variasjoner i hvilke tjenester de ulike deltakerne ønsker at samarbeidet skal tilby – slik som vi allerede ser for digitaliseringstjenestene – vil det skape uklarheter rundt rammene for samarbeidet, herunder spørsmål om hvorvidt det reelt sett må etableres flere parallelle samarbeid med ulike deltakere avhengig av hva partene samarbeider om.

Anskaffelsesrettslig vil et interkommunalt styre, avhengig av hvordan det nærmere organiseres, kunne omfattes både av unntaket for utvidet egenregi og offentlig-offentlig samarbeid. Hvilket unntak som er aktuelt å benytte vil særlig avhenge av om styret organiseres slik at det utgjør et eget rettssubjekt og graden av deltakelse i den praktiske driften som hver av deltakerne skal bidra med. De strenge vilkårene i anskaffelsesregelverket innebærer imidlertid at et slikt styre bør reguleres såpass detaljert, gjennom samarbeidsavtalen, vedtekter mm, at mye av fordelen med denne organisasjonsmodellen elimineres.

Etter vår samlede vurdering fremstår det derfor både anskaffelses- og selskapsrettslig som lite hensiktsmessig å organisere arkivordningen i form av et interkommunalt styre etter kommuneloven § 27.

6.2 Aksjeselskap og interkommunalt selskap (IKS)

Både aksjeselskaper og interkommunale selskaper er tungt regulert i hhv. aksjeloven og lov om interkommunale selskap.

Fordelen med et aksjeselskap sammenlignet med et interkommunalt selskap er primært at aksjeselskaper har begrenset ansvar for eierne, og at styret har en videre handlingsfrihet når det kommer til den løpende driften av selskapet. Dette innebærer at selskapsformen er godt egnet for risikoutsatte kommersielle virksomheter.

Dersom deltaker(eier)kommunene skal kunne gjøre anskaffelser direkte fra arkivordningen, vil likevel deler av denne friheten måtte begrenses gjennom selskapets vedtekter mm, for å sikre at kontrollvilkåret i unntaksregelen om utvidet egenregi er oppfylt, jf. anskaffelsesforskriften § 3-1.

Det er videre vanskelig å se noe behov for det begrensede ansvaret som et aksjeselskap innebærer. Arkivordningen skal ikke drive noen konkurransemessig utsatt virksomhet, og karakteren av ytelsene som ordningen skal levere til kommunene innebærer gjør det vanskelig å se for seg at kommunene vil kunne tillate at selskapet går konkurs/opphører.

Etter vår oppfatning er det derfor ingen grunn til å benytte aksjeselskapsformen. Det fremstår i stedet som at kommunearkivordningen er best egnet for å organiseres som et interkommunalt selskap (IKS).

De formelle rammene som eksisterer for denne selskapsformen vil sikre en tydelighet rundt rammene for selskapets virksomhet, og er velegnet for senere endringer både internt blant deltakerne og i etterkant av regionsammenslåingen. Sett hen til arkivordningens karakter av et varig samarbeid, og størrelsen på den økonomiske virksomheten, er etter vår oppfatning sterke argumenter for å organisere virksomheten med slike tydelige formelle rammer.

Den generelle bakgrunnsretten for interkommunale selskap er dessuten velegnet for at selskapet kan organiseres slik at eierkommunene kan anskaffe tjenester direkte fra selskapet uten konkurranseutsetting gjennom unntaket for utvidet egenregi i anskaffelsesloven § 3-1. Et interkommunalt selskap vil være et eget rettssubjekt, og selv ha arbeidsgiveransvar for de ansatte. Det viktigste ved opprettelsen av et slikt selskap er å påse at eierkommunene sikres tilstrekkelig kontroll over driften til at kontrollvilkåret i anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav a, jf. § 3-2 (1) bokstav a.

Kluge Advokatfirma AS

Gaute Andreas Tyberø og Christian Kaisen
Advokat