



DET KONGELIGE KOMMUNAL- OG MODERNISERINGSDEPARTEMENT

Kommunesektorens organisasjon
Postboks 1378 Vika
0114 OSLO

Deres ref
17/01372-1

Vår ref
17/4296-2

Dato
28.02.18

Kontrakts- og anskaffelsesrettslige spørsmål i forbindelse med kommunesammenslåing

Vi viser til brev 20.09.17 fra KS-advokatene, med spørsmål knyttet til videreføring av kontrakter kommuner har inngått når kommuner eller fylkeskommuner slås sammen.

KS-advokatene stiller for det første spørsmål ved om det i en kommunesammenslåing er krav om samtykke fra medkontrahenten (leverandøren) for å overføre kontrakter kommunene som skal slås sammen har inngått til den nye, sammenslåtte kommunen, eller om det kan legges til grunn et ulovfestet kontinuitetsprinsipp.

Videre spør KS-advokatene om en endring på oppdragsgiversiden ved kommunesammenslåing "i seg selv" (altså uten at det gjøres endringer i avtalens volum e.l.) vil innebære et hinder etter anskaffelsesreglene for å videreføre kontrakten uten å gjennomføre ny konkurranse. Bakgrunnen for spørsmålet er det anskaffelsesrettslige prinsippet om at en oppdragsgiver skal være identifisert i den opprinnelige kunngjøringen.

Spørsmålene er av kontraktsrettslig/obligasjonsrettslig og anskaffelsesrettslig art. Det er ikke mye praksis på området siden det har vært et begrenset antall kommunesammenslåinger, og Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD) har heller ikke funnet at spørsmålene er behandlet direkte i rettspraksis eller i andre rettskilder. Det er dermed knyttet noe rettslig usikkerhet til departementets konklusjoner.

KMD viser innledningsvis til at det er domstolene som har kompetanse til å tolke regelverk med bindende virkning, og at de relevante regelverkene forvaltes av Justis- og beredskapsdepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet. Siden mange kommuner nå

Postadresse
Postboks 8112 Dep
0032 Oslo
postmottak@kmd.dep.no

Kontoradresse
Akersg. 59
www.kmd.dep.no

Telefon*
22 24 90 90
Org no.
972 417 858

Avdeling

Saksbehandler
Tonje Areng
Skaara
22 24 72 58

skal slås sammen i kommunereformen og spørsmålene aktualisere, vil KMD i veiledningsøyemed likevel gi uttrykk for sitt syn på spørsmålene fra KS.

Spørsmål 1 – vil overføring av rettigheter og plikter etter kontrakter kunne overføres til den nye, sammenslåtte kommunene, eller krever det samtykke fra medkontrahenten (leverandøren)?

Denne problemstillingen aktualiseres der kommune A og kommune B slår seg sammen til kommune C. Det kan da reises spørsmål om rettigheter og plikter som kommunene A og B har i henhold til inngåtte kontrakter, automatisk overføres til kommune C uten samtykke fra medkontrahenten.

I obligasjonsretten er den alminnelige, ulovfestede hovedregelen at et kreditorskifte kan skje uten debtors samtykke, mens debtorskifte krever samtykke fra kreditor.¹ Overført til en kommunesammenslåing skulle et slikt utgangspunkt tilsi at kommunen skulle måtte innhente samtykke fra enhver kontraktspart før kontrakten kan overføres til den nye kommunen. Det er imidlertid flere forhold som gjør at det obligasjonsrettslige utgangspunktet ikke passer for en kommunesammenslåing.

De kommunene som slås sammen til en ny kommune, slutter formelt sett å eksistere. Ved sammenslåingen overføres de opphørende kommunenes eiendeler, gjeld og egenkapital til den nye, sammenslåtte kommunen, og den nye kommunen overtar automatisk ansvaret for de tidligere kommunenes oppgaver overfor innbyggerne. Dette følger av systematikken i inndelingsloven,² som er prosessloven for kommunesammenslåinger og andre endringer av kommune- og fylkeskommunale grenser, selv om det ikke er sagt eksplisitt i loven.

Departementet viser til at det er store likhetstrekk mellom selskapsrettslig fusjon og kommunesammenslåing. En selskapsrettslig fusjon innebærer at et overtakende selskap overtar de(t) overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet. Ved en kommunesammenslåing etableres det en ny kommune, som overtar de sammenslåtte kommunenes eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet. Utgangspunktet ved selskapsrettslig fusjon er at det gjelder et *kontinuitetsprinsipp* som innebærer at det overdragende selskapet anses for å fortsette i det fusjonerte selskapet, og det finner ikke sted noe identitetsskifte overfor det overdragende selskapets medkontrahenter.

Dette kontinuitetsprinsippet er i konkrete sammenhenger også lovfestet i inndelingsloven. Vi viser til regelen om at når aksjer skifter eier fra en kommune til en annen kommune som følge av en kommunesammenslåing, utløser det ikke forkjøpsrett hos de andre eierne og det er ikke krav om samtykke fra selskapet. Dette følger av inndelingsloven § 16 b, som slår fast at reglene knyttet til eierskifte i aksjeloven § 4-15 andre og tredje ledd og § 4 -19 første ledd ikke gjelder i slike tilfeller. Bestemmelsen ble tatt inn i inndelingsloven i 2016, men

¹ Se bl.a. Hov/Høgberg, *Obligasjonsrett* (2016) s.377, og Bergsåker, *Pengekravsrett* (2015) s.121.

² Lov 15. juni 2001 nr. 70 om fastsetjing og endring av kommune- og fylkesgrenser (inndelingslova). Loven gir regler for prosessen ved endring av kommune- og fylkeskommunegrenser.

departementet la da til grunn at bestemmelsen bare innebar en klargjøring av gjeldende rett.³ Begrunnelsen for at aksjelovens regler ikke gjelder, er at eierskifte til aksjer i forbindelse med kommunesammenslåing har klare likhetstrekk med en selskapsrettslig fusjon, og at det må legges et kontinuitetsprinsipp til grunn siden den kommunale virksomheten skal fortsette i den sammenlåtte kommunen.

Etter departementets vurdering må et generelt, ulovfestet kontinuitetsprinsipp legges til grunn ved kommunesammenslåinger, slik at det heller ikke er krav om samtykke fra medkontrahenten for å overføre kontrakter til den nye, sammenslåtte kommunen.

Spørsmål 2 - Vil en endring på oppdragsgiversiden ved kommunesammenslåing «i seg selv» (altså uten av det gjøres endringer i avtalens volum) være et hinder for å videreføre en avtale?

Bakgrunnen for spørsmålet er det anskaffelsesrettslige prinsippet om at en oppdragsgiver skal være identifisert i den opprinnelige kunngjøringen. Ved en kommunesammenslåing skjer det en endring på oppdragsgiversiden. Foruten flere innbyggere og et større geografisk område, vil den nye kommunen i mange tilfeller også få nytt kommunenavn og organisasjonsnummer.

Også her mener KMD at skifte av kommunenavn i seg selv ikke betyr at konkurranse om kontrakten må kunngjøres på nytt. Reglene om hvilke endringer i en kontrakt det er tillatt å gjennomføre og hvilke endringer som krever at det gjennomføres ny konkurranse, er utviklet gjennom rettspraksis og er nå kodifisert i anskaffelsesdirektivene og i anskaffelsesforskriften. Det er disse generelle reglene som er aktuelle også når endringer i kontrakten skyldes kommunesammenslåing. For kontrakter over EØS-terskelverdi angir anskaffelsesforskriften § 28-1 hvilke endringer det er tillatt å foreta i en eksisterende kontrakt, mens § 28-2 angir hva som skal anses som vesentlige endringer og som dermed ikke er tillatt i henhold til anskaffelsesregelverket.

For det første viser departementet til at Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) i sin avgjørelse 8. august 2017 (sak 2017/56) konkluderer med at sammenslåing med Tjøme kommune i 2018 var en omstendighet Nøtterøy kommune ikke kunne forutse da de kunngjorde konkurranse om kvalitetssikringssystem i 2008. Det følger nå av § 28-1 bokstav d) at oppdragsgiveren kan foreta endringer i en kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse når endringen er nødvendig som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse, forutsatt at anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret og prisøkningen ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.

Også i tilfeller der anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav b ikke kommer til anvendelse, mener departementet at skifte av kommunenavn i forbindelse med kommunesammenslåing ikke uten videre tilsier at kontrakten må lyses ut på nytt, og at det må legges et

³ Jf. Prop. 76 L (2015–2016) Endringer i inndelingslova og kommunelova (behandling av kommunesamanslåingar mv.), <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-76-l-20152016/id2480122/>

"kontinuitetsprinsipp" til grunn. Pressetext-dommen fra EU-domstolen, C-454/06, er sentral i utviklingen av reglene for når det foreligger vesentlige endringer i en kontrakt. I dommen slås det fast at vesentlige endringer kan foreligge blant annet dersom endringene betyr at andre leverandører hadde hatt mulighet til å delta i konkurransen, at avtalens økonomiske balanse endres til fordel for leverandøren på en måte som ikke var fastsatt i konkurransegrunnlaget og at endringene hadde gjort det mulig å akseptere et annet tilbud enn det som ble antatt. Disse forholdene er i stor grad uttrykk for ivaretagelse av de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet som følger av anskaffelsesloven § 4. Vi kan ikke se at en videreføring av kontrakten i ny kommune nødvendigvis fører til mindre konkurranse, mindre forutberegnelighet eller brudd på kravet om likebehandling av leverandørene. Etter KMDs syn oppstiller ikke Pressetext-dommen og de anskaffelsesrettslige grunnprinsippene noe forbud mot videreføring av kontrakter ved endring i kommunestrukturen og skifte av kommunenavn ved sammenslåinger.

KS viser til at endringer på leverandørsiden er regulert i §§ 28-1 første ledd bokstav e og 28 – 2 første ledd bokstav d. Det følger av disse bestemmelsene at et skifte av leverandør kan gjennomføres uten at konkurranse om kontrakten må lyses ut på nytt når skiftet skjer 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. Departementet er enig med KS i at regelen må gjelde analogisk ved endring som følge av omstruktureringer, som for eksempel en kommunesammenslåing, på oppdragsgiversiden. Departementet mener en slik tolkning blant annet vil være i tråd med anskaffelseslovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Med hilsen

Siri Halvorsen (e.f.)
avdelingsdirektør

Tonje Areng Skaara
utredningsleder

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer