



VIRKE

**En guide til deg som konkurrerer
med det offentlige**

Når du søker informasjon og dialog, og din egen innsats ikke fører fram, er det en fordel å ta kontakt med Virke-advokatene eller en annen rådgiver, som kan hjelpe deg med å forberede og formulere en eventuell klagesak.

Ring Virke-advokatene på 22 54 17 00

Du kan også sende din forespørsel til arbeidsrett@virke.no eller forretningsjuridisk@virke.no

Som medlem av Virke står du aldri alene. Vi har noen av Norges ledende advokater på arbeidsrett og forretningsjus som står klare til å hjelpe deg. I forretningsjuridiske spørsmål får du en førstehåndsvurdering inkludert i kontingenten. Du får også 40 prosent rabatt på andre forretningsjuridiske oppdrag.

I tillegg har vi et sterkt prosessjuridisk fagmiljø som tilbyr deg rettssaksbistand til en svært gunstig pris. Hvis du trenger faglig påfyll, holder vi ukentlige kurs innen flere juridiske områder – og kan skreddersy kurs for virksomheten din. Virke leverer også alt det faglige innholdet i våre digitale tilleggstjenester, som Arbeidsgiverguiden, digitale håndbøker og oppfølgingsverktøy.

Innhold

En guide til deg som konkurrerer med det offentlige

Hvilke røde flagg skal du se etter.....	4
Hva er tegn på en konkurransefordel eller -hindring	4
Hvis du ser noen av de røde flaggene på listen, bør du reagere.....	5
Slik følger du opp hvis du mener at det offentlige har en konkurransefordel.....	6
Eksempel på en henvendelse til en kommune	6
Slik kommer du i dialog	7
Slik får du innsyn	7
Slik finner du den som har opplysningene du er på jakt etter	7
Slik går du frem	7
Hva slags dokumentasjon ber du om i forbindelse med en anskaffelse.....	7
Klage til KOFA.....	8
Hvordan vinne fram når kommunen ønsker å produsere i egen regi.....	8
Klage til ESA.....	9
Privat håndhevelse.....	9

Eksempler på konkurranseflater mellom privat og offentlig virksomhet

10

Regelverket du bør kjenne til

Statsstøtteregelverket	12
Støtteprosessloven	13
Anskaffelsesregelverket.....	13
Egenregi	13
Utvidet egenregi.....	13
Nærmere om aktivitetsvilkåret	14

Forklaring ord og uttrykk

15



Anita Sundal
Leder konkurransevilkår,
Virke
anita.sundal@virke.no
Mobil 473 25 821



Frode Hogstad
Senior Manager
Rådgivning, BDO
frode.hogstad@bdo.no
Mobil 911 86 922



Morten Thuve
Leder for rådgivning og
bærekraftstjenester, BDO
morten.thuve@bdo.no
Mobil 916 47 115



Bendik Rød Karlsson
Manager Rådgivning, BDO
bendik.rod.karlsson@bdo.no
Mobil 932 57 242

En guide til deg som konkurrerer med det offentlige

Hvis du opplever konkurranse fra kommuner eller andre i offentlig sektor, er denne brosjyren for deg. Dette er også brosjyren for deg om du har private konkurrenter som mottar rettigheter eller støtte som du ikke får.

Her får du praktiske råd og en introduksjon til regelverket og som kan hjelpe deg i møte med konkurrenter som har det offentlige i ryggen:

Hvilke røde flagg skal du se etter?

Hva er tegn på en konkurransefordel eller konkurransehindring?

Hvordan ber du om innsyn i viktig informasjon?

Hvordan følger du opp hvis du mener at det offentlige påvirker konkurransen?

Konkurranse oppstår ikke bare i anbudsprosesser (offentlige innkjøp). Det er også konkurranse når det offentlige vil fortsette å utføre tjenesten selv og når det offentlige leverer tjenesten til andre aktører uten at du inviteres til å gi tilbud.

Det offentlige har lov til å produsere tjenester selv og til å tilby tjenester til et marked. Det offentlige har ikke lov til å gi seg selv eller andre kunstige konkurransefortrinn.

Det kan også oppstå kunstige konkurransefortrinn når det offentlige gir private aktører en fordel, med eller

uten tilskudd. Fordelen tilfaller den aktuelle aktøren og ikke det offentlige. Konkurransen blir påvirket, og det offentlige er medvirkende til at det oppstår et kunstig konkurransefortrinn.

Du skal kunne konkurrere på like vilkår. Det vil si at du som privat aktør skal kunne forvente at det offentlige følger særskilte prosedyrer og retningslinjer som gjør at du kan konkurrere på like vilkår.

Hva er tegn på en konkurransefordel eller -hindring?

Det er særlig tre situasjoner du skal være ekstra oppmerksom på:

1. En kommunal virksomhet eller et kommunalt eid selskap vinner frem i konkurranse mot deg.
2. En virksomhet som er hel- eller deleid av det offentlige begynner å levere varer eller tjenester i konkurranse med deg (tar markedsandeler fra deg), med eller uten forutgående anbudskonkurranse.
3. En privat eller ideell virksomhet som enten har en rettighet gitt fra det offentlige, mottar tilskudd fra det offentlige, eller begge deler, leverer varer og tjenester i konkurranse med deg, med eller uten at det har vært anbudskonkurranse i forkant.

Ingen av disse situasjonene er nødvendigvis ulovlige. Det er ikke forbudt å være konkurransedyktig så lenge konkurransen skjer på like vilkår, uansett om virksomheten er offentlig, har det offentlige i ryggen eller er en privat aktør. Samtidig er det ulovlig hvis den du konkurrerer med har en særskilt fordel på grunn av denne situasjonen.

Det kan derfor være verdt å gjøre noen undersøkelser for å sikre at konkurransen har vært på like vilkår. Uansett om konkurransen skjer på like vilkår, kan du få informasjon som gir deg muligheten til å styrke egen virksomhet og stille sterkere i fremtidige konkurranser.



Hvis du ser noen av de **røde flaggene** på listen, bør du reagere!

Tegn på at konkurransen ikke finner sted på like vilkår kan være:

- ▶ Det er vanskelig å forstå hvordan det er mulig å dekke alle kostnadene og samtidig få en fortjeneste med vilkårene i kontrakten.
- ▶ Uvanlige kontraktsvilkår, for eksempel at kontrakten har lenger varighet enn det som er vanlig i bransjen.
- ▶ Kommunale tjenester har et omfang som gir stordriftsfordeler, og som brukes til å styrke konkurransekraften overfor private.
- ▶ Tjenesten skal leveres av en kommunal virksomhet som også driver annen virksomhet som ikke er konkurranseutsatt, og det er vanskelig å se hvordan den konkurranseutsatte virksomheten er organisatorisk og økonomisk adskilt fra den øvrige virksomheten
- ▶ Kommunal virksomhet har eksklusivitet i offentlige kontrakter, samtidig som de konkurrerer i det private markedet i større omfang.
- ▶ Den kommunale virksomheten får offentlig støtte eller overføring som du ikke ville ha fått.
- ▶ En kommunal virksomhet konkurrerer om kontrakter utenfor egen kommune, eller et interkommunalt selskap leverer tjenester til andre enn egne eierkommuner.



Første steg bør alltid være å søke dialog med kommunen eller annet offentlige organ

Hva er tegn på en konkurransefordel eller -hindring?

Det er særlig tre situasjoner du skal være ekstra oppmerksom på:

En kommunal virksomhet eller et kommunalt eid selskap vinner frem i konkurranse mot deg.

En virksomhet som er hel- eller deleid av det offentlige begynner å levere varer eller tjenester i konkurranse med deg, med eller uten forutgående anbudskonkurranse.

En privat eller ideell virksomhet som enten har en rettighet gitt fra det offentlige, mottar tilskudd fra det offentlige, eller begge deler, leverer varer og tjenester i konkurranse med deg, med eller uten at det har vært anbudskonkurranse i forkant.

Ingen av disse situasjonene er nødvendigvis ulovlige. Det er ikke forbudt å være konkurransedyktig så lenge konkurransen skjer på like vilkår, uansett om virksomheten er offentlig, har det offentlige i ryggen eller er en privat aktør. Samtidig er det ulovlig hvis den du konkurrerer med har en særskilt fordel på grunn av denne situasjonen.

Det kan derfor være verdt å gjøre noen undersøkelser for å sikre at konkurransen har vært på like vilkår. Uansett om konkurransen skjer på like vilkår, kan du få informasjon som gir deg muligheten til å styrke egen virksomhet og stille sterkere i fremtidige konkurranser.

Slik følger du opp hvis du mener at det offentlige har en konkurransefordel

Du har flere muligheter til å undersøke saken nærmere, blant annet be om innsyn i dokumenter og eventuelt klage på avgjørelsen til rette myndigheter.

Eksempel på en henvendelse til en kommune:

Vi ser at «Kommunekonsulent AS» profilerer seg og leverer konsulenttjenester til andre kommuner og private virksomheter innenfor utvikling av bærekraftstrategier. Vi ser blant annet at de annonserer etter prosjektleder for denne typen oppdrag og vi ser at de har levert tjenester til andre kommuner.

Vi er også kjent med at «Kommunekonsulent AS» er eid og mottar tilskudd fra kommunen for å utføre oppdrag i egen kommune. Vi har derfor spørsmål om hvorfor «Kommunekonsulent AS» profilerer seg i et marked hvor det er konkurranse med private konsulenter. Er dette vurdert med tanke på statsstøtteregelverket? Hvis dette er vurdert, ønsker vi informasjon om hvilke tiltak dere har for å sikre at «Kommunekonsulent AS» konkurrerer på like vilkår. For eksempel hvordan økonomien holdes adskilt og hvordan de kan vise at de ikke subsidierer den konkurranseutsatte delen av virksomheten med det oppdraget de har for egen kommune.

Det lønner seg å gjøre forundersøkelser selv, før du eventuelt tar saken videre i samarbeid med advokat. Du kan søke innsyn i saksdokumenter og om mulig gå i dialog med det offentlige. Dersom du velger å klage, forventer klageinstansene at du redegjør for hva du mener er galt med konkurransesituasjonen.

Det kan være vanskelig å påvise at konkurrenten faktisk har en konkurransefordel, og konkurrenten vil oftest hevde at de ikke har det. **Det er viktig å huske på at bevisbyrden i disse tilfellene ligger hos det offentlige. Det er det offentlige eller den offentlige virksomheten som må dokumentere at de har gjort de riktige grepene for å sikre at de etterlever regelverket.**

Slik kommer du i dialog

Første steg bør alltid være å søke dialog med kommunen eller annet offentlige organ som har ansvar for virksomheten du konkurrerer mot. Administrasjonen og saksbehandlerne skal kunne gi deg svar på hvordan virksomheten er organisert og hvilke økonomiske vurderinger som er gjort på forhånd. Du kan ringe sentralbordet hos kommunen eller det offentlige organet for å finne rett kontaktperson.

Politikere kan påvirke beslutninger om hvordan virksomheten er organisert og finansiert, og de kan påvirke hvilke tilskudd som gis. På kommunalt og fylkeskommunalt nivå kan toneangivende partiers toppolitikere være naturlige kontaktpunkt. Vanligvis finnes det også egne politiske komiteer innenfor ulike fagområder der du kan kontakte folkevalgte medlemmer. Du finner kontaklinformasjon til folkevalgte på hjemmesiden til kommunen eller fylkeskommunen.

Å starte en uformell dialog kan være så enkelt som å sende en e-post eller ringe til den du vil kontakte. Det går som regel an å be om et møte for å legge frem saken din. Se eksempel foran.

Når du søker informasjon og dialog, og din egen innsats ikke fører fram, er det en fordel å ta kontakt med Virke,

advokat eller en annen rådgiver, som kan hjelpe deg med å forberede og formulere en eventuell klagesak.

Slik får du innsyn

Det finnes flere lover som gir deg rett til innsyn i opplysninger og dokumenter både fra offentlige myndigheter, domstoler og private. Utgangspunktet er at dokumenter i forvaltningen er offentlige.

Det vil si at det er de som nektet innsyn som skal begrunne hvorfor du ikke får innsyn. Dette gjelder først og fremst offentlige myndigheter og selskaper og stiftelser med offentlig eierskap eller tilskudd.

Slik finner du den som har opplysningene du er på jakt etter

Tidligere beskrev vi hvordan du kan gjennomføre forundersøkelser. Dersom du ønsker å klage, enten fordi du er nektet innsyn eller fordi du ønsker å klage på konkurransen, skal du henvende deg mer formelt korrekt. Offentlig forvaltning har en plikt til å veilede deg til å gjøre dette riktig. Når du spør om det, skal de gi veiledning om lover, forskrifter og vanlig praksis, samt regler for saksbehandlingen. Om du henvender deg til feil myndighet, har de plikt til å veilede deg videre til rett organ. Det betyr at du for eksempel kan henvende deg til kommunens innbyggertorg eller sentralbord. Hit kan du også henvende deg etter at du har tatt kontakt for å høre om hvem som har ansvaret for behandlingen av saken din. Det vil oftest også komme fram av sakspapirene.

Slik går du fram

Be om innsyn hos den som har opplysningene du er på jakt etter før du eventuelt klager. Dette kan være generelle opplysninger om et tema, eller en konkret sak. Du trenger verken oppgi saksnummer eller navnet på dokumentet. Det holder at du spesifiserer på en måte som gjør det mulig å forstå hva du er på jakt etter.

Du kan også søke etter dokumen-

ter selv. De fleste kommuner har en form for elektronisk journal som er tilgjengelige på deres hjemmesider. For innsyn i dokumenter fra statlige virksomheter kan du bruke eInnsyn, som er utviklet i samarbeid mellom Digitaliseringsdirektoratet og Oslo kommune. Løsningen er også tilrettelagt for at kommuner og fylkeskommuner skal kunne ta den i bruk, men det er foreløpig et mindretall som har gjort dette.

Bli du nektet innsyn bør du alltid kreve å få svar på hvilken lovhjemmel som er brukt for avslaget. Du har alltid klagerett. Klagen sendes til den som har avslått, som igjen sender videre til overordnet klageinstans dersom de fastholder avslaget.

Hva slags dokumentasjon ber du om i forbindelse med en anskaffelse?

Dersom du har levert tilbud i en offentlig konkurranse, skal du motta en skriftlig meddelelse om hvem som har fått tildelt kontrakten. Den skal inneholde en begrunnelse for valget av leverandør og sette deg i stand til å vurdere om konkurransen har foregått i samsvar med reglene. Selv om begrunnelsen oppfyller minstekravene, bør du be om en mer utdypende individuell begrunnelse. **I denne fasen er det lurt å ikke være anklagende og heller legge vekt på at du ønsker å forstå bedre evalueringen av eget tilbud. I samme henvendelse kan du også be om en tilbakemelding på hvordan ditt tilbud ble vurdert opp mot det tilbudet som vant, dersom du ikke allerede har fått en slik begrunnelse uoppfordret fra kommunen.**



Anskaffelsesprotokoll, som inneholder vurderinger og dokumentasjon av betydning for gjennomføringen av konkurransen, skal foreligge skriftlig for alle anskaffelser med en verdi som er lik eller overstiger kr 100 000 ekskl. mva.

Det er også mulig å be om innsyn i tilbudene som er levert. Da vil du som regel få en sladdet versjon, siden tilbudet vil inneholde forretningshemmeligheter som kan unntas offentlighet. Ofte sladdes for mye, også informasjon som ikke nødvendigvis er sensitiv eller forretningskritisk. Du kan klage på dette, og eventuelt be om nærmere begrunnelse for sladdingen.

Klage til KOFA

I motsetning til dialog med kommunen og innsyn i offentlige dokumenter, er det formelle krav til hvordan en klage skal utformes. Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har laget et klageskjema som hjelper deg. Det finner du på KOFAs hjemmesider.

I en konkurranse kan du klage direkte til oppdragsgiver med oppfordring om å omgjøre beslutningen. Du er likevel ikke forpliktet til å klage til oppdragsgiver, men kan gå direkte til KOFA.

For å klage til KOFA kreves det at du har «saklig interesse». Leverandører som har deltatt i en konkurranse og deres representanter har som regel dette.

Ved påstander om ulovlig direkte anskaffelse kreves ikke saklig interesse, og det er åpent for alle å klage.

Om du skal klage til KOFA, må du betale et klagegebyr for klagebehandlingen. Gebyret er per september 2022 kr 8 000 for klager i rådgivende saker og kr 1 000 for klager på ulovlige direkte anskaffelser. Klagegebyret må betales inn før Klagenemndssekretariatet, som er de som utreder saken for KOFA, kan begynne klagebehandlingen (<https://www.klagenemndssekretariatet.no/>).

Hvordan vinne fram når kommunen ønsker å produsere i egen regi

Når det offentlige bestemmer seg for å produsere tjenesten selv, kalles det egenregi. Det har de lov til, selv om det ikke alltid er det mest effektive. Om du leverer tjenester som kunne konkurrert med egenregi, finnes det ingen formelle klageinstanser. Du må forsøke å påvirke politisk gjennom dialog.

Utvidet egenregi er når det offentlige gir oppdraget til en virksomhet de eier selv eller sammen med andre offentlige instanser. I disse tilfellene finnes det en terskel på at mindre enn 20 prosent av aktiviteten kan være rettet mot andre enn de offentlige eierne.

I slike tilfeller bør du be om dokumentasjon på at mer enn 80 prosent av aktiviteten i virksomheten er rettet mot de offentlige eierne. Vær oppmerksom på at lovteksten bruker begrepet aktivitet og ikke omsetning. Det er vanlig å bruke omsetning som et mål på aktiviteten, men det er ikke alltid passende. Eksempelvis kan kontrakter med parkeringselskap være utformet på forskjellige måter som gir store forskjeller i bokført omsetning, selv om aktiviteten er omtrent den samme.

Et annet rødt flagg er om du mistenker at det er private eierinteresser i enheten som driver egenregivirksomheten.

Om annen aktivitet overstiger 20 prosent eller det er private eiere i

selskapet, kan ikke utvidet egenregi benyttes. Oppdraget må i så fall tildeles etter en tilbudskonkurranse.

For utvidet egenregi er det også klagemuligheter til KOFA. Du kan klage til KOFA på ulovlig direkte anskaffelse om det tildeles kontrakt uten anbuds-konkurranse til en virksomhet som kommunen eier selv eller sammen med andre som har mer enn 20 prosent annen virksomhet. (Eksempelvis mer enn 20 prosent omsetning til andre enn eierkommunene).

Hva slags dokumentasjon ber du om i forbindelse med en statsstøttesak?

Alle typer kalkyler og rapporter som ligger til grunn for beslutninger om igangsettelse og finansiering av virksomheten er av interesse. Du bør minst forvente at følgende foreligger:

Om offentlig virksomhet konkurrerer i markedet, skal de ha en forhåndskalkyle (tilsvarende en forretningsplan eller et business case) som dokumenterer forventet positiv avkastning på investeringen. Det er ikke et absolutt krav at de til enhver tid skal være lønnsomme, men det er et krav at virksomhetene på forhånd har hatt en forventning om at de blir lønnsomme i løpet av rimelig tid. Dette kalles ofte en markedsinvestortest.

Dokumentasjon på at det minst finnes et regnskapsmessig skille mellom den kommersielle og den offentlige virksomheten. Her er det også viktig å få med grunnlaget for prising av eventuelle fellestjenester. Prisingen bør forventes å dekke alle relevante kostnader, inkludert kostnaden ved kommunens egen ressursbruk, for eksempel felles system eller økonomifunksjon). Du skal forvente at det foreligger avtaler for fordeling av felleskostnader og betaling for fellestjenester, og at det offentlige kan redegjøre for prinsippene som ligger til grunn for kostnadsfordelingen og prisingen av eventuelle tjenester som er levert fra kommunens administrasjon til den virksomheten som du konkurrerer med. Et sentralt prinsipp, kalt armlengdes avstand-prinsippet,





Det er kommunen eller den kommunale virksomheten som må vise at de har gjort de riktige grepene for å sikre at de etterlever regelverket

innebærer at prisingen skal være markedsmessig. Dersom ikke armlengdes avstand-prinsippet er brukt, kan det foreligge underprising og ulovlig kryssubsidiering av den økonomiske virksomheten.

Klage til ESA

Du kan også klage til de europeiske konkurransemyndighetene; ESA (EFTA Surveillance Authority).

Du kan klage til ESA på ulovlig offentlig støtte om du mener å kunne dokumentere at den konkurranseut-satte aktiviteten kryssubsidieres eller får en annen fordel av å være en del det offentlige eller ha det offentlige i ryggen (har en tildelt rettighet eller får tilskudd).

Det er enkelt å klage til EFTAs over-

våkingsorgan ESA, men det er noen formelle krav som må følges.

Klage til ESA skal sendes inn på et eget skjema som finnes på deres hjemmesider (www.eftasurv.int).

I en statsstøttesak kan du også klage direkte til det offentlige med oppfordring om å omgjøre beslutningen. Du er imidlertid ikke forpliktet til å klage til det offentlige, du kan også gå direkte til ESA.

ESA kan pålegge norske myndigheter, også kommuner, å rette situasjonen. Er det gitt tilskudd til en privat eller ideell aktør, kan ESA også pålegge kommunen å kreve tilbakebetaling av ulovlig tildelte midler fra støttemottaker. ESA kan ikke tilkjenne erstatning til eventuelle konkurrenter eller andre, eller tilkjenne saksomkostninger i sa-

ken. De kan derfor ikke tildele oppdraget til deg, mens KOFA, derimot, kan pålegge en kommune å gjennomføre en fornyet konkurranse.

Det er ikke nødvendig at du har rettslig interesse i saken for å kunne klage inn for ESA, slik kravet er for å klage til norske kommuner og KOFA. Enhver person eller foretak kan sende en klage til ESA. Det er også gratis å klage til ESA.

Privat håndhevelse

Du kan også forfølge dine rettigheter ved domstolen. Det har vært flere saker for tingeretten rundt omkring i Norge. Husk at du kan be om midlertidig forføyning som innebærer midlertidig stans. I disse tilfellene anbefaler vi bruk av advokat.

Eksempler på konkurranseflater mellom privat og offentlig virksomhet

Parkeringsvirksomhet

Kommuner har en forskriftsfestet enerett til å håndheve parkeringsbestemmelser for gateparkering langs offentlig vei.

I tillegg er det flere kommuner som eier parkeringsanlegg, enten på kommunal tomt eller egne parkeringshus. Anleggene kan være knyttet til for eksempel rådhus, skoler eller andre institusjoner, eller de kan være rent kommersielle anlegg. Det er ingen lover som sier at kommunene må drive disse parkeringsanleggene selv, men flere kommuner har valgt å opprette egne parkeringsselskaper som har fått i oppdrag å drive parkeringsvirksomheten på vegne av kommunen.

Vi ser at disse kommunalt eide parkeringsselskapene ofte også konkurrerer med de private parkeringsselskapene om også å drive parkeringsplasser for private eller andre offentlige eiere enn kommunen selv. Det er også eksempler på at de kommunale parkeringsselskaper deltar i konkurranse om å drive parkeringsplasser utenfor egen kommune.

Det er i disse tilfellene viktig at økonomien i de kommunale parkeringsselskapene er innrettet slik at det ikke forekommer krysssubsidiering av konkurranseutsatt parkeringsvirksomhet. Om mer enn 20 prosent av aktiviteten i det kommunale parkeringsselskapet er for andre oppdragsgivere enn

kommunen selv, må også driften av de kommunalt eide parkeringsplassene tildeles etter en åpen anbudskonkurranse.

Kultur- og konserthus

Mange kommuner eier kulturhus, som i tillegg til utleie til lag og foreninger i kommunen kan brukes til konserter og andre arrangementer med et betalende publikum som målgruppe.

Konkurranseflaten mot private er todelt. For det første vil kommunen som kulturarrangør konkurrere med private arrangører. For det andre vil det kommunale kulturhuset konkurrere med privat eide lokaler om utleie til private arrangører.

Idretts- og treningsanlegg

Idrettshaller, svømmehaller og treningsanlegg kan være tilpasset flere aktiviteter. Det er ikke lovpålagt, men det er en relativt vanlig kommunal aktivitet å legge til rette for treningsaktiviteter i kommunen.

Spesielt idretts- og svømmehaller kan ha flere konkurranseflater mot kommersiell virksomhet som kan være problematiske. Det forekommer at kommuner driver egne treningsentre, blant annet i tilknytning til svømmehaller. Sentrene kommer i konkurranse med private treningsentre i kommunen.

På lik linje med kultur- og konserthus, kan idrettshaller komme i konkurranse med eiere av private lokaler i den utstrekning hallen leies ut til private arrangører av konserter og andre arrangementer

Rådgivningsvirksomhet

Enkelte kommuner og andre i offentlig sektor har eierskap i rådgivningsselskaper. Disse kan for eksempel jobbe med lokal samfunns- og næringsutvikling på vegne av det offentlige og samtidig arbeide med andre typer rådgivning for kunder i både offentlig og privat sektor i konkurranse med private rådgivere.

Når en vesentlig del av aktiviteten er rettet mot andre enn eierne, må også oppdragene som utføres for eierne tildeles etter åpne anbudskonkurranser. I konkurransen med private rådgivere må det offentlige som eiere også kreve en avkastning på linje med det private eiere av rådgivningsselskap krever.

Renholdsvirksomhet

Private renholdsbedrifter er potensielle konkurrenter til offentlige renholdere når det gjelder renholdet i offentlige bygg. Renhold er en tjeneste som på de fleste steder kan kjøpes i markedet, men det er ikke uvanlig at kommuner velger å utføre tjenesten i egen regi.

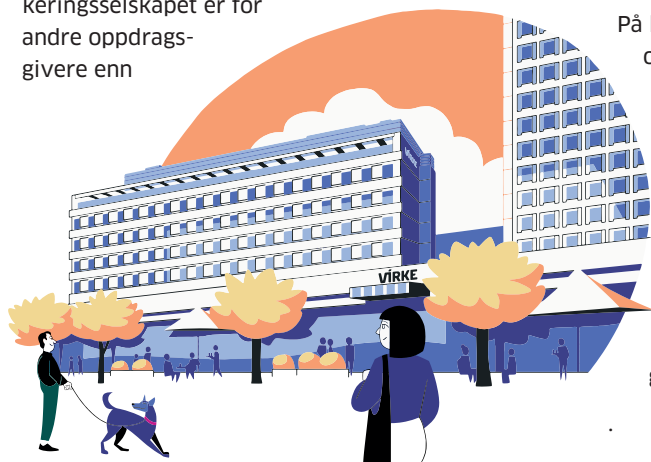
Når kommunene velger å kjøpe i markedet, kan intern renholdsenhet få anledning til å være med i konkurransen. I slike tilfeller gjelder de samme reglene for hvordan det offentlige innretter virksomheten som om de tilbyr tjenester til eksterne.

Laboratorievirksomhet

Det har forekommet at det kommunale laboratoriet som har ansvar for blant annet analyser av vannkvaliteten, også har solgt overskuddskapasitet til private eller andre offentlige aktører, da i konkurranse med private leverandører.

Kantine og catering

Kantine- og cateringbedrifter er mulige konkurrenter til kommunale





Å starte en uformell dialog kan være så enkelt som å sende en e-post eller å ta en telefon

kjøkken, både kjøkken som ligger i tilknytning til ulike institusjoner og drift av eventuelle kantiner beregnet til kommunalt ansatte.

Det forekommer også kafedrift og lignende i tilknytning til publikumsrettede kommunale tilbud, som kan ha en konkurranseflate mot kommersielle tilbud. Så lenge aktiviteten er

av relativt begrenset omfang, åpner statsstøttereglene for det. Det er likevel mulig for kommunene å sette bort kafedriften til private som betaler leie til kommunen på vanlige vilkår.

Slik må det offentlige innrette seg når de velger å konkurrere i et marked

Om det offentlige velger å konkurrere i markedet, er det viktig å dokumentere at virksomheten belastes for husleie og administrative tjenester gjennom fordeling av felles kostnader, at det foreligger et regnskapsmessig skille som gjør det mulig å dokumentere at det ikke forekommer krysssubsidierting og at det foreligger en kalkyle som viser at kommunen forventer at virksomheten i en normalsituasjon vil kunne driftes med økonomisk overskudd, gitt et avkastningskrav på linje med det private eiere av tilsvarende virksomheter forventer.


Dersom tjenester rettet mot markedet utføres helt eller delvis av de samme ansatte som også utfører tjenestene for den offentlige delen av virksomheten, er det videre nødvendig med et system som sikrer en relevant fordeling av lønns- og personalkostnader mellom de ulike aktivitetene.

Om tjenestene utføres av et eget selskap som det offentlige eier, vil høy aktivitet rettet mot eksterne utløse krav om at også tjenestene som utføres for det offentlige tildeles etter offentlige anbudskonkurranser.

Brann, alarm og sikkerhet

Kommunene har et lovfestet ansvar for etablering og drift av brannvesen for å ivareta forebyggende og beredskapsmessige oppgaver. Brannvesenet kan tillegges andre oppgaver så langt dette ikke svekker gjennomføringen av primæroppgavene.

Flere kommuner har valgt å utnytte restkapasiteten som ligger i brannvesenets beredskapsoppgaver til å selge alarm- og vektertjenester i konkurranse med private leverandører av de samme tjenestene. Det har vært en utfordring at tjenestene har vært priset på en måte som ikke gir bidrag til dekning av de faste kostnadene i brannvesenet.



Offentlig støtte anses for å vri konkurranse dersom støtten bidrar til å forbedre den mottakerens konkurransesituasjon i forhold til konkurrentene.

Regelverket du bør kjenne til

Det er spesielt to sett med regelverk du bør kjenne til som skal sikre deg konkurranse på like vilkår:

- **Anskaffelsesregelverket** legger rammene for hvordan det offentlige skal forholde seg ved kjøp av varer og tjenester.
- **EØS-avtalens bestemmelser** om offentlig støtte legger blant annet rammene for hvordan det offentlige skal forholde seg i konkurranser med private aktører.

EØS-avtalens bestemmelser om offentlig støtte legger også rammer for hvordan det offentlige kan tildele rettigheter og tilskudd til private og ideelle aktører.

Vi gir her en kort oppsummering av

de aktuelle reglene. Om du vil fordype deg ytterligere, anbefaler vi regjeringens veiledere til henholdsvis offentlig støtte og offentlige anskaffelser, som er tilgjengelige på regjeringens nettsider.

Statsstøtteregeverket

Reglene om offentlig støtte er ment å forhindre at nasjonale eller lokale myndigheter gir fordeler til enkelte foretak eller næringer fremfor andre på en måte som påvirker samhandelen mellom landene. Regelverket skal hindre at en aktør får offentlig støtte, og dermed kunstige fordeler, i konkurranse med andre markedsaktører.

Definisjonen inneholder seks nøkkelord, som hver svarer til et vilkår som

skal være oppfylt for at noe skal være offentlig støtte.

Offentlig

Offentlig støtte vil si at støtten er finansiert av offentlige midler.

Fordel

Offentlig støtte innebærer en fordel for den som får støtten. Alle former for tilskudd og subsidier fra det offentlige er en fordel. Det er også en fordel å slippe økonomiske byrder. For eksempel kan det regnes som en fordel at kommunale selskaper er fritatt for skatteplikt. Det kan også være en fordel for kommunale selskaper om de har tilgang til gratis tjenester som andre selskaper må betale for.

Det som vanligvis ikke regnes som en fordel er når det offentlige kjøper varer eller tjenester på vilkår som er vanlige i markedet eller bidrar med kapital på samme måte som private investorer ville ha gjort.

Det hender at en offentlig kontrakt har et omfang som gjør at leverandøren kan få en stordriftsfordel gjennom forholdet til det offentlige. Så lenge kontrakten har markedsmessige vilkår, for eksempel at det har vært konkurranse om den, regnes det likevel ikke som en kunstig fordel for mottakeren. Da er det ikke ulovlig offentlig støtte, men vi anbefaler likevel at offentlige innkjøpere vurderer å splitte kontrakten i mindre deler for å bidra til et godt fungerende marked.

Én

Offentlig støtte er støtte til én mottaker eller en liten gruppe utvalgte mottakere.

Generelle støtteordninger som er åpne for alle, er ikke omfattet av forbudet mot offentlig støtte.

Virksomhet

Offentlig støtte kommer økonomisk virksomhet til gode. Om en virksomhet er en økonomisk virksomhet eller ikke, er uavhengig av organisasjonsform og finansieringsmåte. Det avgjørende spørsmålet er om virksomheten tilbyr varer eller tjenester i et marked hvor de også konkurrerer med andre virksomheter.

Det betyr at det offentlige selv, eller deler av det offentlige, defineres som en økonomisk virksomhet når de er i konkurranse med andre virksomheter.

Dette er likevel ikke alltid tilfelle for en del tjenester som det offentlige gjør tilgjengelig og finansierer helt eller delvis for innbyggerne. For eksempel blir ikke offentlig eide skoler og barnehager regnet for økonomisk virksomhet, selv om det forekommer private leverandører.

Vri konkurranse

Offentlig støtte anses for å vri konkurranse dersom støtten bidrar til å

forbedre mottakerens konkurranse-situasjon i forhold til konkurrentene. Generelt anses vilkåret å være oppfylt dersom tiltaket gir en økonomisk fordel til en virksomhet i et marked hvor det er, eller kunne ha vært, konkurranse.

Handel mellom landene

Støtteforbudet i EØS-avtalen gjelder bare dersom støtten påvirker, eller kan påvirke samhandelen innenfor EØS-området. Dersom støtten kun har virkninger internt i en medlemsstat, gjelder ikke forbudet.

Terskelen har tradisjonelt vært lav for å si at støtte kan påvirke handelen mellom landene i EØS-området, men praksis har til en viss grad vært endret i de siste årene. En virksomhet som hovedsakelig selger varer og tjenester til et lokalt publikum, og har liten etterspørsel fra kunder i andre land vil normalt anses å falle utenfor statsstøtteregele.

Det kan tenkes flere tilfeller hvor norske kommuner med sin økonomiske virksomhet ikke har noen innvirkning på samhandelen mellom landene, stort sett fordi det dreier seg om virksomhet som har et rent lokalt omfang. Selv om EØS-reglene kanskje ikke gjelder for i disse tilfellene, er det ikke mindre grunn til at kommunene bør konkurrere på like vilkår. Lokale tiltak kan likevel påvirke det lokale næringslivet negativt.

Støtteprosessloven

Ny lov om nasjonale saksbehandlingsregler i saker om offentlig støtte (støtteprosessloven) ble kunngjort 4. mars 2022, men loven har ikke tredd i kraft ennå. Loven har som formål å sikre etterlevelse av Norges EØS-rettslige forpliktelser på området for offentlig støtte. Den skal også bidra til effektiv og betryggende behandling av saker om offentlig støtte.

Loven inneholder bestemmelser om godkjenning av nye støtteordninger. Hovedregelen er at støtteordningene ikke kan iverksettes før ESA har godkjent dem.

Videre inneholder loven bestemmelser om tilbakebetaling. Den som har fått tildelt ulovlig offentlig støtte, plikter å betale støtten tilbake til det offentlige. Det skal også betales renter av beløpet som tilbakebetales.

Anskaffelsesregelverket

Anskaffelsesregelverket har til formål å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det skal også bidra til at det offentlige opptre med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Hovedregelen er at alle offentlige anskaffelser med en verdi over 100 000 kroner skal tildeles etter en tilbuds-konkurranse.

Egenregi

Det offentlige har lov til å produsere tjenester til eget bruk eller til bruk for innbyggerne, selv om det kan hevdes at det ikke alltid er den økonomisk mest fordelaktige løsningen å produsere selv. Manglende konkurranseutsetting av velferdstjenester eller andre tjenester som kommunen yter, er ikke forbudt, og det er lite du som tilbyder kan gjøre om politikere eller administrasjonen vil produsere i egenregi, selv om tjenesten kanskje kan leveres bedre og billigere av markedet. Det er for eksempel ingen regler som pålegger kommunen å innhente tilbud fra private renholdsbedrifter i konkurranse med kommunens egne renholdere når det gjelder renholdet av kommunens egne lokaler.

Utvidet egenregi

Adgangen til å produsere tjenester i egenregi gjelder også om kommunen har valgt å organisere virksomheten i et kommunalt foretak eller et aksjeselskap. Det kalles utvidet egenregi.

Det er tre vilkår må være oppfylt for at kommunen skal kunne bruke utvidet egenregi:

- **Kontrollvilkåret:** oppdragsgiver må ha en kontroll med tilbyder som tilsvarer kontrollen som oppdragsgiver har med egen virksomhet.

Kravet til kontroll anses for å være oppfylt når oppdragsgiver utøver bestemmende kontroll over både strategiske mål og viktige beslutninger i den kontrollerte virksomheten. Dette gjelder også i tilfeller der flere oppdragsgivere sammen utøver kontroll over leverandøren.

- **Kapitalvilkåret:** det kan ikke være private eierandeler i selskapet som er tilbyder.
- **Aktivitetsvilkåret:** det kreves at tilbyder utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiver eller andre virksomheter som oppdragsgiver kontrollerer. Det vil si at tilbyderen primært tjener oppdragsgivers behov og ikke andres. Der flere kommuner eier en virksomhet i fellesskap, gjelder aktivitetsvilkåret for eierne samlet slik at det ikke er til hinder for utvidet egenregi at mer enn 20 prosent av aktiviteten er for andre eierkommuner.

Nærmere om aktivitetsvilkåret:

Ved vurderingen av aktivitetskriteriet, skal leverandørens samlede aktivitet tas i betraktning. All aktivitet skal medregnes. Det vil si at det ikke bare skal tas hensyn til den typen aktivitet som utføres i egenregi dersom leverandøren også driver annen type aktivitet.

Det er tilstrekkelig å foreta en kvantitativ vurdering under aktivitetskriteriet. Hvordan aktiviteten skal beregnes fremgår av anskaffelsesforskriften § 3-4. Beregningen av den prosentvise aktiviteten skal baseres på enten en gjennomsnittlig omsetning eller en annen egnet aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til ytelsene. En annen metode kan for eksempel være å sammenligne leverandørens fortjeneste fra oppdrag for oppdragsgiveren og fortjeneste fra oppdrag for andre. Oppdragsgiveren står fritt til å velge beregningsmetode, forutsatt

at valget er foretatt på en forsvarlig vurdering. Oppdragsgivers valg av beregningsmetode kan likevel ikke være motivert av et ønske om å unnta kontrakten fra regelverket.

Beregningen skal baseres på virksomhetens aktiviteter de siste tre årene før kontrakten blir inngått. 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, vil det være tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er troverdig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling.

Dersom utvidet egenregi er brukt uten at vilkårene er oppfylt, kan det dreie seg om en ulovlig direktetildeling. Om kompensasjonen for det offentlige oppdraget benyttes til å subsidiere konkurransen, kan det også være at virksomheten ikke drives i henhold til reglene om offentlig støtte.





Forklaring på ord og uttrykk

Anbud – et tilbud som blir gitt i en anbuds-konkurranse.

Armlengdes avstand – betyr at en avtale mellom parter som står hverandre nær, for eksempel mellom en kommune og et selskap som kommunen eier, skal være inngått på tilsvarende vilkår som om den var inngått mellom to uavhengige parter.

Egenregi – når det offentlige velger å produsere en tjeneste selv, enten til eget bruk eller for å levere til innbyggerne.

Fellestjenester – tjenester som leveres av en sentral enhet til alle virksomheter som inngår i en større organisasjon. Typisk vil administrative funksjoner som lønn og regnskap være organisert som fellestjenester, og det er også vanlig med felles sentralbord og resepsjon.

Kryssubsidiering – der det skjer overføring av midler fra en offentlig virksomhet til en konkurranseutsatt virksomhet

Kunstige konkurransefortrinn – når konkurranter i samme marked har ulik skattemessig eller regulatorisk behandling, eller at enkelte aktører nyter godt av indirekte eller direkte subsidiering.

Markedsinvestorprinsippet – når det offentlige investerer i eller driver en virksomhet som konkurrerer i markedet, skal det offentlige agere på samme måte som vi kan forutsette at en rasjonell privat investor ville ha gjort.

Markedsinvestortest – det forutsettes at en rasjonell privat investor vil basere sine investeringsbeslutninger på en kalkyle som viser en sannsynlighet for at investeringen vil gi en tilstrekkelig avkastning, og markedsinvestortesten dokumenterer at det offentlige har gjort det samme.

Midlertidig forføyning – er en midlertidig rettsavgjørelse som betyr at den avgjørelsen retter seg mot må unnlate/eller gjøre noe i påvente av en mer omfattende rettsak.

Offentlig støtte – når det offentlige gir en kunstig fordel til én virksomhet, som vrir konkurransen med andre virksomheter, og dette påvirker handelen mellom landene.

Regnskapsmessig skille – krav om å skille virksomhetens økonomi i to eller flere separate regnskaper.

Utvidet egenregi – når det offentlige gir en virksomhet man har kontroll over gjennom eierskap, i oppdrag å utføre tjenester på vegne av det offentlige.



Hovedorganisasjonen Virke
Henrik Ibsens gate 90, 0255 Oslo
www.virke.no



BDO
Postboks 1704 Vika, 0250 Oslo
www.bdo.no