

Anne Mette Ødegård og Sondre Thorbjørnsen

**EØS-avtalen og handlingsrommet
i norske kommuner**



EØS-avtalen og handlingsrommet i norske kommuner

EØS-avtalen bidrar til at skillet mellom utenrikspolitikk og innenrikspolitikk er blitt mer uklart. Hva som reguleres i EU, og på hvilken måte, blir avgjørende for utviklingen av norsk rett på mange områder. Uttrykket «handlingsrom» har derfor vært brukt om nasjonale tilpasninger i tråd med EØS-avtalen.

I dette notatet ser vi nærmere på hvordan noen representanter for kommune-Norge har erfart og vurdert rammene for offentlige anskaffelser, statsstøttereguleringen og forholdet mellom ideelle og kommersielle aktører i anbudskonkurranser.

Innhold

Forord	3
1 Innledning og bakgrunn	4
1.1 Bakgrunn.....	5
2 Data og metode	8
3 Offentlige anskaffelser	9
3.1 Mangel på kompetanse.....	10
3.2 Anskaffelsesstrategier.....	11
3.3 Prioritering av lokale leverandører.....	12
3.4 Oppfølging av kontraktene.....	14
4 Offentlig støtte	16
4.1 Bagatellmessig støtte.....	20
4.2 Erfaringer fra kommune-Norge.....	20
4.3 Hvordan kommunene organiserer tjenestene sine.....	24
4.4 Forholdet mellom ideelle og kommersielle aktører.....	25
5 Oppsummering	29
5.1 Offentlige anskaffelser.....	29
5.2 Offentlig støtte og konkurranseregler.....	29
5.3 Organisering av kommunale tjenester.....	30
6 Referanser	31

Forord

Dette prosjektet er gjennomført på oppdrag fra LO, og har inngått i LOs arbeid med Brexit-analyse og annen EØS-utredning med vekt på arbeid og offentlig sektor. Dette notatet er konsentrert om hvordan kommunesektoren forholder seg til EØS-avtalen i det daglige. De to aktuelle regelområdene er det om offentlige anskaffelser og det om offentlig støtte.

EØS-avtalen kan påvirke det politiske arbeidet i kommunene til tross for at det indre markedet og EØS-avtalen i utgangspunktet overlater innretningen av offentlig sektor til nasjonalstaten. Det er imidlertid lite forskning knyttet til det kommunale handlingsrommet innenfor rammene av EØS-avtalen.

Grenseflaten mellom offentlig og privat virksomhet er stikkord. Sentrale spørsmål er: Hvilke grenser setter EØS-regelverket? Er denne problemstillingen noe det er bevissthet om? Hvordan praktiseres det offentlige innkjøpsregelverket og statsstøtteregelverket? Hva slags kompetanse har kommunene på dette området?

Kontaktpersoner hos oppdragsgiver LO er tidligere sjeføkonom Stein Reegård og i sluttfasen Øystein Nilsen, og jeg vil takke for gode samtaler, nyttige innspill og tålmodighet. Videre må det sendes en stor takk til hver og en av de som har stilt opp til intervju i en travel hverdag. Ved Fafo skal Sissel C. Trygstad og Jon S. Lahlum ha takk for kvalitets-sikring og ferdigstilling av notatet.

Oslo, februar 2024
Anne Mette Ødegård,
prosjektleder

1 Innledning og bakgrunn

Kommunesektoren har ansvar for at innbyggerne får grunnleggende velferdsgoder som skolegang, barnehage, sosialhjelp, barnevern, legehjelp og sykehjem. Velferdspolitikken er i utgangspunktet et nasjonalt anliggende, og norske kommuner bestemmer derfor selv hvordan de skal levere og organisere velferdstjenester til innbyggerne sine. Dette er et politisk spørsmål.

Formålet med EØS-avtalen (Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde) er å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser, med fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital (EØS-avtalens artikkel 1). EØS-avtalen trådte i kraft i 1994, og har blant annet betydning for hva kommunene kan gjøre i forbindelse med offentlig støtte til næringsvirksomhet og innkjøp av varer og tjenester, noe som er tema i dette notatet. En viktig del av EØS-avtalen er at bedrifter skal kunne konkurrere om oppdrag til det offentlige, uavhengig av landbakgrunn. Dermed blir også reglene for statsstøtte og offentlige anskaffelser sentrale.¹

Etter tilslutningen til EØS-avtalen har skillet mellom utenrikspolitikk og innenrikspolitikk blitt mer uklart. Hva som reguleres i EU, og på hvilken måte, blir avgjørende for utviklingen av norsk rett på mange områder. Uttrykket «handlingsrom» har derfor vært brukt om nasjonale tilpasninger i tråd med EØS-avtalen. Det vil si hvilke muligheter Norge har til å videreføre egen samfunnsorganisering, utøve offentlig styring, og å innføre regelverk og tiltak uten at disse kommer i konflikt med bestemmelsene for det indre markedet i EU. EØS-retten stiller for eksempel ikke krav om at private aktører skal kunne levere velferdstjenester. Samtidig er det slik at når en kommune åpnet for private aktører, for eksempel anbud på å drive et sykehjem, kan EØS-retten få betydning.

I kommuner og fylkeskommuner forekommer det også samtidig løsning av oppgaver, som på den ene siden helt klart er et offentlig ansvar og på den andre siden er tjenester som det helt eller delvis tas betalt for, som idrettsanlegg og musikkskoler. Uklare grensedragninger gjør at det av og til er vanskelig for kommunene å avgjøre om tiltakene er i tråd med rammeverket i EØS-avtalen.

Et spørsmål som danner utgangspunktet for dette prosjektet, er hvordan representanter for kommune-Norge har erfart eller vurdert begrensninger og handlingsrom i EØS-avtalen.

En problemstilling som har vært oppe i den offentlige debatten er i hvilken grad det er mulig for en kommune som har bestemt seg for å konkurranseutsette deler av sin virksomhet, å prioritere ideelle aktører på bekostning av kommersielle.

¹ Anskaffelsesregelverket skiller mellom nasjonale terskelverdier og EØS-terskelverdier, som angir når det er plikt til å kunngjøre nasjonalt eller når det er plikt til å kunngjøre i hele EØS-området.

Følgende spørsmål forsøkes besvart i dette notatet:

- Hvordan praktiseres det offentlige innkjøpsregelverket, og hva slags kompetanse har kommuner med ulike størrelse?
- Hvilket handlingsrom oppfatter kommunene at de har når det gjelder kommunale tilbud og velferdstjenester?
- Hvor stor bevissthet er det om disse problemstillingene? Grenseflaten mellom offentlig og privat virksomhet er stikkord i denne sammenhengen.

1.1 Bakgrunn

EØS-avtalen er en dynamisk avtale, som er basert på et prinsipp om ensartethet. Det betyr at lover og regler bestemt av EU på områder som EØS-avtalen omfatter, også skal omfatte de tre EFTA-landene Norge, Liechtenstein og Island. EØS-avtalen innebærer en myndighetsavståelse fra det nasjonale til det europeiske nivået. Samtidig har Norge bare indirekte tilgang til de sentrale beslutningsarenaene. Dette gjør EØS-avtalen til en meget spesiell internasjonal avtale, som av noen karakteriseres som en ren forvaltningsavtale mellom Norge og EU via EFTA (Grindheim, 2019).

Norge har på de fleste områder forpliktet seg til å følge EU-lovgivningen og respektere tilsyn og kontroll med etterlevelsen. Ved en konflikt mellom interne regler som stammer fra EØS-avtalens forpliktelser og annen norsk rett har EØS-forpliktelsene forrang, forutsatt at de er inntatt i norsk rett (EØS-loven § 2).

EØS-komiteen² vurderer løpende om nytt regelverk fra EU er relevant for EØS-avtalens virkeområde og akseptabelt for innlemmelse i EØS-avtalen. Det finnes regelverk som ikke anses som såkalt EØS-relevant. Et ferskt eksempel på dette er EUs minstelønnsdirektiv, som ble vedtatt høsten 2022, hvor regjeringens standpunkt så langt er at dette ikke er EØS-relevant (Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 2022) EØS-landene har også reservasjonsrett mot nye regelverk, også omtalt som vetoett.

EFTAs overvåkningsorgan ESA (EFTA Surveillance Agency) har ansvaret for å føre tilsyn med at EØS-avtalen blir gjennomført og etterlevd i EFTA-landene. Dette er en liknende funksjon som EU-kommisjonen har overfor EU-landene. Kommisjonen kombinerer imidlertid denne tilsynsrollen med å ha en sentral rolle i utviklingen av EU s politikk.

Enhetsakten, som danner grunnlaget for det indre markedet, hadde som mål å avvikle konkurransehennende monopolordninger og nasjonale særordninger som hindret fri flyt over landegrensene. Det indre markedet omfatter også fri etableringsrett for virksomheter og mulighet for alle til å delta i anbudskonkurranser om offentlige oppdrag og anskaffelser. EUs konkurranseregler forbyr misbruk av markedsrett og pålegger landene å sørge for at monopoler av kommersiell karakter ikke hindrer handel mellom og innen landene (Dølvik & Ødegård, 2004).

² I henhold til EØS-avtalens artikkel 93 skal EØS-komiteen bestå av representanter for avtalepartene. Fra EØS/Efta-landene møter EU-delegasjonenes ambassadører (de samme som møter i Eftas faste komité), mens tjenestemenn fra Kommisjonens generalsekretariat representerer EU-siden. Eftas overvåkningsorgan (ESA) deltar som observatør og kan ta ordet dersom det kommer opp spørsmål som berører organets ansvarsområde (Utenriksdepartementet, 2022).

Det er fullt mulig å stille krav i det indre markedet. Kravene må imidlertid være ikke-diskriminerende når det gjelder nasjonalitet, nødvendige og proporsjonale, det vil si ikke strengere enn det som skal til for å oppfylle målsettingen med kravet. Kommunene står for eksempel fritt til å kreve at det søkes om tillatelse til forskjellige former for virksomhet, særlig næringsvirksomhet, og til å gi de nødvendige tillatelser, bevilninger, løyver, dispensasjoner og annet, samt fastsette nærmere vilkår for drift, som for eksempel kvalifikasjonskrav eller stengetider. Poenget er at kravene må være like for alle og ikke utformes eller praktiseres på en måte som direkte eller indirekte forskjellsbehandler borgere eller bedrifter fra andre EU/EØS-stater. (NOU 2012: 2).

Det er i utgangspunktet opp til norske politikere å avgjøre hvordan de offentlige tjenestene skal organiseres, altså om de skal settes ut i markedet eller ikke. Om EØS-retten kommer til anvendelse beror blant annet på om det er et grenseoverskridende element, altså om det påvirker samhandelen på tvers av land. Hvordan man tolker skillet mellom stat og markedsorganisering (økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet) har betydning for hva som kan reguleres av nasjonal politikk (BDO, 2020).

Offentlige aktører kan ikke gå konkurs og betaler heller ikke skatt av overskudd. Hvorvidt dette regnes som offentlig næringsstøtte er et uavklart spørsmål (Hambro, 2022, s. 173). Dersom det offentlige driver virksomhet i konkurranse med private, kan det medføre at private konkurrenter har andre rammebetingelser enn de offentlige aktørene.

Samspeillet mellom forretningsaktivitet i offentlig regi og i privat sektor reiste problemstillinger som dannet grunnlaget for en arbeidsgruppe som ble nedsatt av regjeringen i 2016. Mandatet var å gi norske myndigheter grunnlag for å iverksette tiltak for at reguleringen av økonomisk aktivitet fra det offentlige er i tråd med EØS-avtalen. ESA hadde i årene forut behandlet flere klagesaker fra private som mente at offentlige aktører nøt godt av flere konkurransefordeler i kraft av å være offentlige. Blant klagesakene var kommuners avfallshåndtering som utøves i konkurranse med private aktører og helseforetakenes utsalg av apotekvarer i konkurranse med private apotek Skattefritak og krysssubsidiering av aktiviteter var nevnt som problemområder (Nærings- og fiskeridepartementet, 2018).

I 2018 foreslo flertallet i arbeidsgruppa følgende tiltak: i) atskilte regnskap for økonomisk- og ikke-økonomisk aktivitet ii) skatteplikt på økonomisk aktivitet iii) etterlevelse av markedsaktørprinsipp ved økonomisk aktivitet og eget organ for å føre tilsyn ved etterlevelsen. Mindretallet i utvalget etterspurte større synliggjøring av offentlige myndigheters handlingsrom for å ivareta velferdspolitiske hensyn.

I en rapport fra BDO (2018) ble det foretatt en konsekvensanalyse av disse forslagene. Konklusjonene var, for det første at det ville være samfunnsøkonomisk lite fornuftig å innføre overskuddsskatt og et markedsaktørprinsipp for offentlig virksomhet. Det ville, for det andre, innebære en administrativ byrde. En samlet vurdering var at forslagene kunne ramme tjenestetilbudet i små og mellomstore kommuner. Og at eventuelle problemsaker var for beskjedne til å ha samhandelsvirkning som rammes av EØS-avtalens begrensinger.

Siden gjorde Oslo Economics en samfunnsøkonomisk analyse av de foreslåtte tiltakene. Konklusjonen var også der at tiltakene ikke var samfunnsøkonomisk lønnsomme. De ville være uforholdsmessige for små aktiviteter, og medføre unødvendige administrative kostnader. I stedet anbefalte Oslo Economics at det ble innført krav om utskilling av enheter med økonomisk omfang over en viss terskelverdi på basis av årlig omsetning (Oslo Economics, 2020a). Konklusjonen ble imidlertid at ingen av disse forslagene ble funnet aktuelle for oppfølging fra regjeringens side.

Det er imidlertid offentlige anskaffelser som er høyest på dagsordenen i den kommunale hverdagen. Da EØS-avtalen ble utformet tidlig på 1990-tallet, forelå det et omfattende og detaljert EU-regelverk om offentlige anskaffelser, og dette ble inntatt i sin helhet i EØS-avtalen (NOU 2012: 2). Utviklingen av dette regelverket har pågått løpende siden EØS-avtalen ble inngått.

Formålet med reglene om offentlige innkjøp er effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser gjennom lik behandling av tilbydere på tvers av land. Bruk av anbuds konkurranse er da det grunnleggende virkemiddelet. Samtidig skal oppdragsgiverne, for eksempel kommunene, kunne ta samfunnshensyn uten at anskaffelsene blir uforholdsmessig kompliserte og kostbare for leverandører og oppdragsgivere. For å kunne ta samfunnshensyn på en god måte, kreves en profesjonalisering av innkjøpsfunksjonen (Meld.St.22 (2018-2019)).

2 Data og metode

Dette notatet baseres seg på utredninger, offentlige dokumenter og kvalitative intervjuer. Det er gjennomført intervjuer i sju kommuner og en fylkeskommune, samt med to juridiske eksperter, til sammen ti kvalitative intervjuer av en drøy times varighet. Intervjuene ble gjennomført på Teams, over en lengre periode i 2021 og 2022. Sitatene i notatet er hentet fra disse intervjuene dersom ikke noe annet er markert. Av anonymitets-hensyn har vi valgt å ikke angi nærmere stilling under sitatene. I kommunene er det rådmann/kommunalsjef/kommunaldirektør/finansdirektør som er intervjuet. I en av fylkeskommunene er det innkjøpssjef som er intervjuet.

Kommunene er av ulike størrelse, og representerer til sammen drøyt én million innbyggere. Det politiske flertallet i kommunene varierer.

Informantene ble spurt om følgende temaer:

- Type tjenester som kommunen kjøper regelmessig fra private leverandører
- System og rutiner for offentlige innkjøp og kontroll med leverandørene, for eksempel lønns- og arbeidsvilkår for ansatte
- Konkurransetsetting av kommunale tjenester? For eksempel drift av sykehjem
- Om problemstillinger knyttet til fri konkurranse i forbindelse med offentlige innkjøp er gjenstand for politisk diskusjon i kommunen.
- Vurdering av handlingsrommet til kommunene når det gjelder saker som kan ha berøring med bestemmelser i EØS-avtalen
- Vurdering av hvilken kompetanse kommuneadministrasjonen har når det gjelder regelverket om fri konkurranse og/eller offentlige anbudsregler, med basis i EØS-avtalen.

3 Offentlige anskaffelser

Tror det er viktig at offentlig innkjøp blir et eget fagfelt nettopp for å bedre vite hva slags handlingsrom man har. [...] Det kan bli store gevinster av å oppsøke handlingsrommet.

Det er risiko som veies opp mot hverandre. Men, vi er nødt til å være litt spenstige. Vi skal ikke ha noe å gå på, og har brukt det juridiske handlingsrommet for alt det det er verd.

De to sitatene som innleder dette kapittelet synliggjør at dette er et komplisert område, men hvis det brukes riktig så kan det gi store gevinster. I 2021 var innkjøpsutgiftene i kommunesektoren på 265 milliarder kroner, hvor bygg- og anleggsvirksomhet utgjorde den største posten (DFØ, 2023). Det store omfanget illustrerer viktigheten av å ha regler som sikrer at offentlige midler brukes på en mest mulig effektiv måte.

Om lag 70 prosent av landets kommuner deltar i til sammen 36 formaliserte innkjøps-samarbeid. Mesteparten av disse samarbeidene er mellom kommuner med felles bo- og arbeidsmarkedsområder. Det anslås at innkjøpssamarbeid sparer kommunesektoren for administrasjonskostnader på mellom 400 til 700 millioner kroner årlig. Bruk av formaliserte, helhetlige samarbeid gir særlig små kommuner tilgang til kompetanse. En mulig negativ konsekvens er at små og mellomstore virksomheter har dårligere muligheter til å delta i konkurranser, fordi innkjøpssamarbeidet gjør det mulig å øke størrelsen på kontraktene (Oslo Economics, 2021).

Anskaffelser som nevnes blant våre informanter er bygg, renhold, brøyting, IKT-tjenester, barnehageplasser, sykehjemsplasser, behandling av rus og psykiatri, konsulenttjenester, juridiske tjenester, medisin, tannhelse, skolebøker og kontormøbler.

I 2017 kom en ny lov om offentlige anskaffelser, med tilhørende forskrifter.³ I det nye regelverket stilles det krav om:

- Miljøhensyn
- Bruk av lærlinger
- Begrensninger i antall ledd i leverandørkjeden

Bakgrunnen for den nye loven er at EU vedtok tre nye direktiver om offentlige anskaffelser i 2014. Hensikten med disse, sammenliknet med de foregående, er å forenkle, øke fleksibiliteten og ikke minst utvide mulighetene til å ta samfunnshensyn ved offentlige anskaffelser.

Ifølge anskaffelsesforskriften (§ 8-13) skal oppdragsgiver stille krav om at leverandørene kan ha maksimalt to ledd i leverandørkjeden under seg når leverandøren skal utføre bygge- og anleggsarbeider av verdi over 1,3 millioner kroner ekskl. mva. for statlige oppdragsgivere og 2,05 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgivere.

³ LOV-2016-06-17-73

Oppdragsgiveren kan godta flere ledd i leverandørkjeden dersom det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse.⁴

Arbeidstakere som utfører tjenester og bygge- og anleggsarbeider for offentlige oppdragsgivere skal, ifølge forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, ikke ha dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av gjeldende allmenngjøringsforskrifter eller landsomfattende tariffavtaler.⁵ Oppdragsgiver skal stille krav om at ansatte hos leverandører og eventuelt underleverandører, har lønn etter disse bestemmelsene, og skal gjennomføre nødvendig kontroll av om kravene til lønns- og arbeidsvilkår overholdes.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) ble etablert i 2003, og er et uavhengig statlig organ som er sammensatt av en nemnd med ti medlemmer (Klagenemndssekretariatet, u.å.) KOFA behandler klager som gjelder brudd på regelverket for offentlige anskaffelser fra leverandører eller andre.

3.1 Mangel på kompetanse

Anskaffelsesregelverket er vanskelig til å begynne med. Men så tror jeg det går seg til for de fleste. Man må vite hvordan man skal innrette seg.

Da jeg begynte her, ble jeg positivt overrasket over kompetansen i kommuneadministrasjon. Hadde fordommer om et tungrodd system.

For å sikre gode og effektive anskaffelser trengs det profesjonelle oppdragsgivere. I Norge er det flere tusen offentlige oppdragsgivere med svært varierende forutsetninger. De som har ansvaret for innkjøp i kommunesektoren, trenger blant annet kompetanse på regelverket. Men også *hvor* i en virksomhet arbeidet med innkjøp er plassert, og *hvordan* innkjøpene organiseres er viktige spørsmål (Meld.St.22 (2018-2019)).

Små og store kommuner inngår tilnærmet like mange avtaler. For små kommuner, som mangler tilgang på innkjøpsfaglige miljøer, kan det innebære uforholdsmessig høye administrative kostnader å skulle gjøre anskaffelser alene. Offentlige innkjøp krever kompetanse om en lang rekke temaer, for eksempel i forbindelse med at anskaffelsene skal bidra til å bekjempe arbeidslivskriminalitet og/eller være mest mulig klimavennlige. Innkjøpskompetansen viser seg å bli bedre gjennom formaliserte innkjøpssamarbeid (Oslo Economics 2021).

Blant våre informanter er det enighet om at de minste kommunene ikke har den kompetansen som er nødvendig for å gjøre innkjøp av varer og tjenester «etter boka». De er også sjeldnere involvert i anskaffelsesprosesser, og får dermed mindre erfaring. Det kan også være vanskelig å prioritere å oppdatere seg på slike problemstillinger i det daglige. Hvis kommunen ikke deltar i et innkjøpssamarbeid, hyres det ofte inn konsulenter i forbindelse med anskaffelser. I større kommuner, med stor aktivitet i etatene, understrekes

⁴ FOR-2016-08-12-974

⁵ FOR-2008-02-08-112

viktigheten av å konferere og koordinere. Det kan skje gjennom rapporteringsplikt og egne anskaffelsesforum.

Hvilke kriterier man har lov til å legge inn i anbudene, altså at en reell konkurranse stenges som følge av for spesifikke krav, trekkes fram som komplisert av enkelte informanter. Risikoen er at skjønnet som utøves blir overprøvd. Ifølge en informant, vokser risikoen for å trå feil når man vil stille krav i anbudene som går utover det som er kjente rammer i samfunnet, som bestemmelsene i arbeidsmiljøloven. Det er for eksempel ikke lov til å stille krav om at virksomheten skal være omfattet av en tariffavtale. Samtidig skal man kreve at lønns- og arbeidsvilkårene er i tråd med gjeldende tariffavtale eller eventuelt med bestemmelsene i en allmenngjort tariffavtale.⁶

Undersøkelser viser også at tid og ressurser er en hindring når det gjelder å gjennomføre anskaffelsene på en god måte. I Anskaffelsesundersøkelsen for 2022 var det bare 14 prosent av respondentene fra kommuner og fylkeskommuner som svarte at de hadde tilstrekkelig tid og ressurser til å utvikle innkjøpsfunksjonen i henhold til strategiske mål (DFØ, 2022).

En av kommunene som har bistått med informasjon i dette prosjektet, er vertskommune for innkjøpssamarbeid, hvor et titalls mindre kommuner i området deltar. Da er det mulig for dette felleskontoret å ansette både økonomer og jurister, og i tillegg leies det inn konsulenter i forbindelse med større bygge- og anleggsprosjekter. Bakgrunnen for fellesordningen er at «dette er veldig spesialisert kunnskap». Gjennomtrekk av ansatte er derfor også en stadig utfordring. Det er med andre ord stor risiko for å bli sårbar når det gjelder å forvalte et så komplisert regelverk.

En annen informant mener at offentlig innkjøp etter hvert vil bli et eget fagfelt, fordi det er så sammensatt og regelverket kan framstå som uklart. Ikke nødvendigvis at reglene er vanskelige, men når de er åpne for tolkning, skaper det usikkerhet. Kompetanse er en forutsetning for å kunne bruke det handlingsrommet som tross alt finnes, ifølge denne informanten. Hen mener derfor at innkjøpsansvarlige burde løftes fram som viktige aktører, og ikke bare få kjeften dersom det trås feil og kommunen havner i en klagesak. Frykt for å gjøre feil er noe som hemmer viljen til å teste grenser. Da ender man opp med å være mest opptatt av å ha ryggen fri, og å velge anbudet med laveste pris blir det tryggeste alternativet.

De som sitter med ansvaret i mindre kommuner, får følgende råd fra en av våre informanter:

Det er smart å opparbeide seg et nettverk med folk som sitter med tilsvarende oppgaver i andre kommuner. Da blir det enklere å ta kontakt ved behov.

3.2 Anskaffelsesstrategier

Anskaffelsesundersøkelsen, som ble gjennomført av Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) i 2022 viser at 73 prosent av kommuner og fylkeskommuner har en anskaffelsesstrategi. De ligger godt foran statlige virksomheter, hvor 48 prosent har en

⁶ Jf. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter (FOR-2008-02-08-112).

slik strategi. Blant temaene i anskaffelsesstrategiene er klima og miljø, lønns- og arbeidsvilkår, kontraktsoppfølging, etikk og antikorrupsjon, effektivisering, menneskerettigheter, digitalisering, innovasjon, kompetanseutvikling og risikostyring, og internkontroll (DFØ, 2022).

3.3 Prioritering av lokale leverandører

Vi prøver å tilpasse, bryte opp anskaffelsene for å åpne for lokale leverandører. Altså, ikke jukse, men tilpasse.

Da vi innførte rammeavtaler ble noen av hoffleverandørene sure fordi de mistet avtaler som de hadde hatt i mange år. Samtidig er stort sett alle leverandører enten lokale eller har lokal tilstedeværelse.

Kommunene kan være en viktig kunde for lokale leverandører. I undersøkelsen i kommune-Norge, som ble gjennomført av Oslo Economics, var det en overvekt av respondentene som mente at innkjøpssamarbeid har en negativ virkning for små og mellomstore bedrifter og utvikling av lokalt næringsliv (Oslo Economics, 2021). Forklaringen er at det ved innkjøpssamarbeid ofte blir inngått store kontrakter som flertallet av lokale leverandører ikke har sjanse til å oppfylle. Dette er trolig en mer aktuell problemstilling i gravgrendte deler av landet enn i de største byene.

For bedre å sikre små og mellomstore bedrifter kan anskaffelsene deles opp. Ifølge forskrift om offentlige anskaffelser §19-4)⁷ kan oppdragsgiver velge å dele opp anskaffelsen i delkontrakter. Dersom man *ikke* deler opp, må dette begrunnes. Dette prinsippet ble endret med EU-direktivet om offentlige anskaffelser fra 2014 (2014/24/EU). I tidligere regelverket var det en eventuell oppdeling som måtte begrunnes.

Oppdeling av anskaffelser forekommer imidlertid i liten grad blant offentlige innkjøpere. Det kan ha sammenheng med hvilke oppgaver som skal løses, hvilket omfang anskaffelsen har og økonomiske hensyn (Oslo Economics, 2020b). «Det kan være komplisert å dele opp et anbud, og det kan bli en høyere totalpris.»

Både kommunepolitikere og kommuneadministrasjonen har imidlertid interesse av å sikre jobber og oppdrag til lokalt næringsliv. I noen tilfeller er det slik at hvis ikke kommunen handler lokalt, så er grunnlaget for driften borte. Det kan utvikle seg til å bli et hett politisk tema og ende med ulovlig praksis: «Når det gjøres feil, så er det ofte på grunn av press fra politikerne».

Flere av våre informanter omtaler denne spenningen mellom lokal handlefrihet og mulig konkurransevidning i strid med EØS-avtalen. Tilknytningen til EØS fungerer som en god vaktbikkje, men reduserer samtidig handlefriheten og fleksibiliteten. En av de vi intervjuet sa det på denne måten:

⁷ FOR-2016-08-12-974

Man kan se på det fra to vinkler: Den ene at dette er noe herk, bare byråkrati, den andre at dette sikrer reell konkurranse i markedet og bedre priser. Det blir mer byråkrati, men jeg ser ikke noe alternativ.

En annen sa det slik:

Det hadde vært kjekt om de lokale kunne ha vunnet noen anbud, men samtidig er det vanskelig å argumentere imot at man skal drive mest mulig økonomisk. Jeg kunne tenke meg litt mer proteksjonisme, samtidig er det ingen som vil rokke ved EØS-avtalen.

Det er litt ulik praksis med oppdeling av kontrakter blant våre informanter. Noen er også redde for at oppdeling kan bryte med regelverket, og/eller at det blir dyrere. Dersom denne muligheten ble utnyttet mer systematisk, kunne det trolig bidra til å gi flere oppgaver til lokalt næringsliv. Mindre oppdrag er ofte spesialtilpasset lokale leverandører. Eksempel på dette er å stille krav hvor man vet at lokale tilbydere har muligheter til å delta i konkurransen.

Noen av de vi intervjuet påpekte at lokale leverandører burde bli mer bevisste og bedre på å levere varer og tjenester til det offentlige – altså bli «lært opp» til i større grad å legge inn tilbud.

I hvilken grad offentlige anskaffelser er et politisk spørsmål i kommunene varierer. Blant våre informanter er det i stor grad enighet om at politikerne er blitt mer proffe på dette området, de er blitt mer bevisst på rollefordelingen og holder seg i hovedsak unna gjennomføringen. Det fortelles at arbeidet med innkjøp i en kommune ble profesjonalisert, nettopp som følge av politisk innblanding når det gjaldt prioritering av lokale leverandører. Og som en av informantene sa det:

Vår jobb er å forklare politikerne hvor langt de kan gå, og politikerne har tatt dette innover seg.

Samtidig legger politikerne de overordnede føringene, som hvordan ulike krav skal vektes i utlysningene. I løpet av de siste årene har for eksempel flere kommuner og fylker utviklet egne modeller for offentlige anskaffelser for å bekjempe sosial dumping og arbeidslivskriminalitet. Eksempler på dette er Skienmodellen og Osломodellen.

Nå er de første delene en Norgesmodell, hvor målet er å få til mer enhetlige krav til leverandørene, på tvers av kommunegrenser vedtatt (Nærings- og fiskeridepartementet & Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 2022) Kravene innføres for bygge- og anleggsnæringen og renholdsbransjen. Det skal blant annet stilles kontraktsvilkår om betaling av lønn og annen godtgjørelse via bank eller annet foretak med rett til å drive betalingsformidling. Oppdragsgiver skal videre stille krav om etterlevelse av obligatorisk tjenestetpensjon og HMS-kort. I byggherreforskriften kommer nye krav om språkferdigheter og informasjonsplikt for å ivareta HMS og sikkerhetshensyn. Endringene trådte i kraft 1. januar 2024.

Flere av våre informanter påpeker at det viktigste er at kravene til leverandørene er relevante og realistiske, uavhengig av modell.

De norske reglene om begrensninger av leverandørkjeden kan være i strid med EØS-avtalen:

ESA (EFTAs overvåkningsorgan) innledet sommeren 2020 en formell saksbehandling av lovligheten av den norske bestemmelsen om maksimalt to ledd i underleverandørkjeden (anskaffelsesforskriften § 19-3). Bestemmelsen gjelder for bygg, anlegg og renhold, og flere ledd kan godtas for å sikre nødvendig konkurranse. Det hevdes at denne begrensningen er i strid med EØS-avtalens prinsipp om fri bevegelse av tjenester. Det vil si at den kan hindre både norske og utenlandske leverandører fra å delta i konkurransen om oppdraget. Bakgrunnen for ESAs reaksjon var en dom fra EU-domstolen (C-63/18), hvor det ble konstatert at en begrensning av underleverandører i italiensk lovgivning var ulovlig (Sædal mfl., 2022). Nærings- og fiskeridepartementet mener at denne bestemmelsen er nødvendig for å kunne bekjempe arbeidslivskriminalitet.

3.4 Oppfølging av kontraktene

Når det gjelder oppfølging av leverandørene våre, kan vi helt sikkert bli bedre. Nå tar vi stikkprøver innenfor bygg.

Vi har ikke ressurser til å være ute på byggeplassene og telle lærlinger. Men vi har stikkprøvekontroller der vi henter ut lønnsopplysninger og arbeidskontrakter.

I en undersøkelse fra 2016 kom det fram at kommunene vektlegger kompetanse om regelverk og å velge riktig leverandør, og at det skorter på oppfølging av kravene i anbudene. Forklaringen på manglende kontroll var blant annet at det krevde mye tid, ressurser og kompetanse. Ressurser til kontrollarbeid ble ofte veid opp mot andre presserende oppgaver i kommunen (Andersen mfl., 2017).

Intervjuene som er gjort i dette prosjektet bekrefter i stor grad inntrykket av at innsatsen legges på utforming av kontrakter og ikke på kontroll. Gjennom kontraktene skal leverandørene garantere for underleverandørene. Mer direkte former for oppfølging og kontroll omtales som krevende, blant annet når det gjelder å få tak i dokumentasjon. Noen av kommunene har imidlertid inngått samarbeid med Skatteetaten og Arbeidstilsynet, noe som gjør dette lettere. En informant forteller at lønns- og arbeidsvilkår hos leverandørene blir sjekket ved kontraktsinngåelse, og deretter hvert annet eller hvert fjerde år. Kontrollarbeidet blir av andre informanter omtalt som fragmentert, og at det er behov for bedring.

Det legges imidlertid ned stor innsats i utformingen av anbud, og at alt som gjøres blir dokumentert. I forbindelse med byggeprosjekter hyres det ofte inn spesialistkompetanse, med målsetting om at konkurransegrunnlaget skal bli best mulig. Som en informant sa:

Det er blitt større politisk bevissthet om disse spørsmålene de seinere årene. Og det gjøres færre feil på grunn av økt kompetanse. Jeg tror også pris spiller en mindre rolle enn tidligere.

Prioriteringen av utformingen av anbud bekreftes i Anskaffelsesundersøkelsen fra 2022. Her kommer det fram at 39 prosent av tidsbruken går med til å avklare behov og forberede konkurranse, 41 prosent til å gjennomføre den og 20 prosent til kontraktsoppfølging. Kontroll av lønns- og arbeidsvilkår der det er relevant, gjennomføres for eksempel bare av 26 prosent (ofte eller alltid) av kommuner og fylkeskommuner. Etterlevelse av lønns- arbeidsvilkår, miljø og menneskerettigheter er de tre oppgavene som i minst grad ivaretas i kontraktsoppfølgingen. I tillegg er trenden fra 2020 synkende (DFØ, 2022).

Eksempel på kontrolltiltak

HMSREG ble utviklet sammen med Oslo kommune fra 2016 og lansert i februar 2017. Det er et felles system for elektroniske mannskapslistene som skal benyttes på alle oppdrag innenfor bygg, anlegg og vedlikehold der Oslo kommune er oppdragsgiver. HMSREG vil motta, lagre, kontrollere og analysere mannskapsdata og data om leverandørenes og underleverandørenes ivaretagelse av økonomiske forpliktelser. Arbeidstakernes HMS-kort benyttes for inn- og utregistrering. Åtte av de største kommunene i Norge bruker HMSREG sammen med Rogaland, Vestland og Trøndelag fylkeskommuner. I tillegg brukes det av en rekke private byggherrer, entreprenører og renholdsselskaper

4 Offentlig støtte

En kommune på vår størrelse er ikke rigget på kompetanse om konkurransereglene. Men det viste seg at vi kunne like mye som den svindyre advokaten vi brukte.

Det indre markedet er blitt stadig mer regulert, og målet er at markedet skal fungere bedre nettopp som et felles marked. Lokale og nasjonale regler kan være en hindring på veien, altså hindre konkurranse.

Uklare grenser mellom næringsvirksomhet og offentlige tjenester er en viktig årsak til at det oppstår usikkerhet og konflikter. Det er blant annet her det mye omtalte handlingsrommet blir aktuelt. I korte trekk vil det si hvilke muligheter Norge har til å videreføre offentlig styring uten å komme i konflikt med reglene for EUs indre marked. Uklarheter og mangel på avgrensning av hvor regelverket skal brukes, kan imidlertid være formålstjenlig for de som gjerne vil ha mer konkurranse (Agenda, 2021).

Også på dette området er kompetanse et nøkkelord. Regelverket for offentlig støtte er, ifølge våre informanter, ikke like godt kjent i kommunene som regelverket for offentlige anskaffelser. En av de vi intervjuet sa det på denne måten:

Kommunene forstår at de ikke kan selge eiendom under markedspris til næringslivet og at de er bundet av innkjøpsregelverket. Problemene oppstår først og fremst i skjæringspunktet mellom velferdstjenester og kommersielle tjenester, og for tjenester knyttet til infrastruktur.

Ved inngåelsen av EØS-avtalen kom reglene om offentlig støtte inn som et nytt rettsområde i Norge. Tidligere sto nasjonale bevilgende myndigheter i hovedsak helt fritt til å gi økonomisk støtte til bedrifter og næringer (Prop.212L 2020-2021).⁸

I grove trekk er alle former for offentlig støtte som forstyrrer konkurransen gjennom å favorisere enkeltforetak eller produkttyper, i utgangspunktet forbudt. Offentlig støtte kan, etter EU-kommisjonens definisjon, være subsidier, skatte- og avgiftslettelser, fordelaktige lånegarantier eller at staten har eierandeler i selskapet (Hyllseth, 2003). Den regionalt differensierte arbeidsgiveravgiften i Norge er et eksempel. Hvem som eier virksomheten, har ingen betydning.

EØS-avtalens konkurranseregler har til formål å hindre at næringslivet gjennom avtaler eller disposisjoner reduserer konkurransen i det indre markedet til skade for økonomien og forbrukerne. Det er ikke nødvendigvis klare skiller mellom de ulike regelverkene. Helle (2016) mener det er nødvendig å se på samspillet mellom konkurransereglene og regelverket for innkjøp og offentlig støtte.

⁸ Offentlig støtte har i EØS-avtalen betegnelsen statsstøtte. Bestemmelsen gjelder imidlertid alle former for offentlig støtte. I dette notatet brukes betegnelsene derfor om hverandre.

Regler om statsstøtte (offentlig støtte) er, sammen med konkurransereglene, nedfelt i EØS-avtalens artikkel 59 og 61.

Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene (artikkel 61 (1)).

Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning, eller som har karakter av et fiskalt monopol, skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem. Utviklingen av samhandelen må ikke påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser (art. 59 (2)).

Det er seks vilkår som alle må være oppfylt for at et tiltak skal anses som offentlig støtte i henhold til EØS-avtalens artikkel 61 (1):

1. Mottaker av støtte er et foretak som utøver en økonomisk aktivitet (foretaksvilkåret).
2. Støtten må være gitt av staten eller av statsmidler i enhver form
3. Støtten må innebære en økonomisk fordel for mottakeren
4. Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjon (selektivitet)
5. Støtten kan virke konkurransevridende
6. Støtten kan påvirke samhandelen mellom EØS-land. (Innovasjon Norge u.å.)⁹

Pkt. 6, om samhandel gjelder bare dersom støtten kan påvirke samhandelen innenfor EØS-området, altså det omfatter ikke virkninger internt i en medlemsstat eller for samhandel med tredjeland (land utenfor EØS-området) (Nærings og fiskeridepartementet u.å.)

Den norske loven om offentlig støtte ble vedtatt i forbindelse med inngåelsen av EØS-avtalen i 1992, og trådte i kraft i 1994. Den ble i mars 2022 erstattet med Lov om nasjonale saksbehandlingsregler i saker om offentlig støtte (støtteprosessloven).¹⁰ Formålet med lovverket er å sikre etterlevelse av forpliktelsene. Det skal også bidra til en effektiv og betryggende behandling av saker om offentlig støtte (§ 1). Loven inneholder regler om melde- og opplysningsplikt. Det vil si at reglene skal sikre at ESA får de opplysninger som trengs for å behandle saker om offentlig støtte. Reglene er supplert med sekundærrett i form av forordninger, kommisjonsbeslutninger og retningslinjer fra EU-kommisjonen (Prop 212 L).

⁹ https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/nfd/dokumenter/veiledninger/veileder_offentlig-stotte.pdf

¹⁰ LOV-2022-03-04-7

Kontrollen med etterlevelse er lagt til EFTAs overvåkningsorgan (ESA). Det skal sikre likebehandling og forutsigbarhet i markedene, fremme integrasjon, motvirke kameraderi og korrupsjon, bidra til samfunnsøkonomisk effektivitet og forsvarlig styring og unngå ødeleggende subsidiekonkurranse mellom stater (Nærings- og fiskeridepartementet, 2020)

Offentlig ressursbruk utenfor markedet (ikke økonomisk aktivitet, se også nedenfor) faller utenfor definisjonen i artikkel 61 (Hambro, 2022). Dette omfatter blant annet helsevesen, trygdesystem, utdanning og samferdsel. Videre er det mulig å støtte allmenne formål, som for eksempel miljøvern, forskning og utvikling. Det åpnes også for støtte til tiltak av sosial karakter, fremme økonomisk utvikling i områder hvor levestandarden er unormalt lav, eller der det er alvorlig underbeskjeftigelse.

Helle (2016) viser til at det gjennom praksis er etablert noen områder hvor konkurranse-reglene ikke gjelder. Det er lovpålagte sosialforsikringsordninger som bygger på solidaritetsprinsippet, utdanningstilbud innenfor det offentlige undervisningssystemet og velferdstjenester som involverer maktutøving som barnevern, tvungen rusomsorg og tvungent psykisk helsevern.

Tjenesteproduksjon til fellesskapet er en sentral del av kommunenes virksomhet og samfunnsoppdrag. Slike tjenester, som ofte kalles «tjenester av allmenn interesse» er i stor grad unntatt fra avtalen. Det skilles mellom:

- Tjenester av allmenn interesse. Tjenester som det offentlige er pliktig til å yte alle borgere (som trygd og pensjoner) og andre nødvendige tjenester til sårbare grupper. Disse tjenestene kan være både økonomiske og ikke-økonomiske.
- Tjenester av allmenn *økonomisk* interesse er tjenester som myndighetene anser som særlig viktige for innbyggerne og som ikke vil bli levert på en tilfredsstillende måte av markedet alene. Dette er særlig aktuelt innenfor områder som elektrisitets- og vannforsyning, posttjenester og transporttjenester (Nærings- og fiskeridepartementet, 2018)

Skillet mellom de to typene tjenester av allmenn betydning er hovedsakelig *økonomisk aktivitet*. Problemet handler i hovedsak om hvordan grensen mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet skal trekkes. Ved økonomisk aktivitet gjelder markedsreglene (Helle, 2016).

Dersom det er snakk om kompensasjon, kommer ikke reglene om offentlig støtte i bruk. Det vil si at kompensasjonen brukes for å oppfylle en offentlig tjenesteplikt. Testen for å skille mellom støtte og kompensasjon er kjent som Altmark-kriteriene (Helle, 2016).

Altmark-kriteriene

EØS-avtalen åpner for at forbudet mot offentlig støtte kan fravikes dersom det er nødvendig for å få utført oppgaver av allmenn økonomisk betydning. En sak som det ofte henvises til (Altmark-saken) dreide seg om tilskudd til drift av busstjenester i Tyskland. De såkalte Altmark-kriteriene (EU-domstolens sak C-280/00) er som følger:

- i) Foretaket må være pålagt å utføre klart definerte tjenester av allmenn økonomisk betydning.
- ii) Beregningsmåten for kompensasjonen må være fastlagt på forhånd, på en objektiv og gjennomiktig måte.
- iii) Kompensasjonen må ikke overstige utgiftene til å utføre tjenestene.
- iv) Størrelsen på kompensasjonen må enten være fastlagt gjennom anbud eller analyse av typiske omkostninger for et veldrevet foretak.

Det er opp til landene selv å avgjøre hvilke ytelser som skal organiseres som tjenester av allmenn økonomisk interesse.

Offentlige institusjoner som også driver virksomhet i markedet, er pliktige til å føre regnskap som kan vise at den markedsbaserte virksomheten ikke blir subsidiert av offentlige midler (2005/111/EF). Om det drives aktivitet i et marked eller ikke, er ikke alltid helt klart. I tillegg kommer spørsmål om støtten vil føre til mindre økonomisk aktivitet over landegrensene, nå eller i tiden framover (samhandelskriteriet).

Hvorvidt en oppgave blir løst i eller utenfor markedet, beror på en konkret vurdering, der ESA og EFTA-domstolen har siste ord (Hambro. 2022, s. 155).

Dersom det offentlig har bestemt at en oppgave skal løses i markedet, kommer reglene om næringsstøtte til anvendelse. Det innebærer at private og offentlige aktører må likestilles med hensyn til næringsstøtte. Kommunalt eide selskaper vil, som markedsaktører, bli underlagt EØS-avtalens konkurranseregler for virksomheter på linje med privat eide selskaper. Dette innebærer blant annet at de bli overvåket med hensyn til utnyttning av dominerende stilling i markedet og forekomsten av skjult offentlig støtte. (Statskonsult, 2006). Vare- og tjenestetilbud med forretningspolitiske formål blir lagt til egne selskaper som betaler skatt og kan gå konkurs. Tilbud knyttet til sektorpolitiske målsettinger er som hovedregel i etat eller kommunalt foretak.

Regelverket gjelder aktivitet som er egnet til å påvirke samhandel i det indre markedet og til å vri konkurransen. For å si det enkelt: har offentlig finansiering av idrettsanlegg, kulturhus, svømmehaller og vegbelysning negativ effekt på samhandelen og konkurransen i EØS-området? Når kan man subsidiere uten å ta hensyn til statsstøtteregelverket? En slags hovedregel er at norske myndigheter står fritt til å yte kompensasjon for offentlig tjenesteytelse, så lenge kompensasjonen ikke har noen påvirkning på handelen mellom EØS-statene (NOU 2020:13).

4.1 Bagatellmessig støtte

Det finnes muligheter for det offentlige til å gi støtte til næringslivet, blant annet gjennom såkalt bagatellmessig støtte. Forordningen om bagatellmessig støtte (1407/2013) er begrenset til 200 000 euro per foretak over tre år (Hambro, 2022). Europakommisjonen har foreslått å øke det maksimale støttebeløpet fra 200 000 til 275 000 euro fra 2024 (Nærings- og fiskeridepartementet, 2022). For støtte til veitransportsektorene er støttetaket 100 000 euro over tre år.

Disse reglene er begrunnet med at det er lite behov for å kontrollere små støttebeløp, fordi de antas å ha liten virkning på samhandelen innad i EØS. Det er imidlertid ikke anledning til å gi eksportstøtte, støtte for å fremme innenlandske produkter på bekostning av importerte produkter eller til innkjøp av kjøretøy.

Det er ikke nødvendig å melde fra til ESA om tildeling av bagatellmessig støtte. Den som gir støtte, må imidlertid innhente og oppbevare informasjon om støttetildelingen i ti år (Nærings- og fiskeridepartementet, 2021).

Kommuner og fylkeskommuner kan gi støtte med hjemmel i forordningen om gruppeunntaksordningen (651/2014). Denne ordningen tar sikte på å korrigere for markedssvikt og må forhåndsgodkjennes. Meldingen til ESA må gå gjennom Nærings- og fiskeridepartementet. Gruppeunntaksordningen er tillatt når kompensasjonen over en treårsperiode er mindre enn 500 000 euro, og omfatter små og mellomstore bedrifter, opplæringstiltak, sysselsettingstiltak, miljøstøtte, samt forskning og innovasjon (KS, 2021).

4.2 Erfaringer fra kommune-Norge

Har vi kompetanse til å håndtere saker som dreier seg om ulovlig offentlig støtte? Både og. Vi har egne advokater og vi bruker private lokale advokatkontorer ved behov. En sak kostet oss millioner. Og, det er saker som er skrinlagt på grunn av at vi fryktet brudd på EØS-avtalen.

Regler om bagatellmessig støtte var sannelig ikke lett å sette seg inn i. Poenget er at om kommunen skal inn med støtte, så må vi være sikre på at vi ikke bryter regelverket. Vi sjekket så godt vi kunne, og endte uten indikasjoner på at vi gjorde noe galt.

Men sikre var vi ikke. Fylkeskommunens folk resignerte faktisk når det gjaldt å finne ut av det.

Blant våre informanter er det begrensede erfaringer med saker som omhandler ulovlig offentlig støtte og brudd på konkurransereglene. EØS-avtalens grenser er ikke tema i det daglige, og diskuteres sjelden. Det er imidlertid noen som forteller om dyrekjøpte erfaringer og bratt læringskurve. I noen kommuner har dette ført til høyere bevissthet og økt EØS-kompetanse blant politikerne. Det gjøres færre feil fordi både administrasjon og politikere har mer oppmerksomhet og bedre kunnskap om problemstillingene.

Når det gjelder tannhelsetjenester fra fylkeskommunen, har det kommet klager fra private tannleger på at det offentlige hadde et konkurransefortrinn. Det resulterte i at det

offentlige tilbudet bare skal gå til de som har rett til gratis tannlegetjenester og at det skal føres eget regnskap for private kunder.

Hvis kommunene leier ut gategrunn, for eksempel til julemarkeder, kan det også danne grunnlag for klager. Det dreier seg om riktig prising, slik at andre handelsområder ikke blir utkonkurrert som følge av lav leie.

Noen vil huske saken om oppgradering av Finnmarkshallen fra 2015. Spørsmålet dreide seg om utleie av Finnmarkshallen var i konkurranse med andre utleiere, og kunne utkonkurrere disse som følge av offentlig tilskudd. Saken endte med et mildt inngrep. ESA fant, etter litt brevveksling med de innleide advokatene, å la utbyggingen av idrettshallen gå som planlagt. Man hadde sett litt på bruken av hallen tilbake i tid, og fant lite som var stort nok til å kunne ha grensekryssende virkning og «påvirke» det ESA kaller samhandelen med EU-land (Reegård, 2020). Det ble likevel påpekt fra ESAs side at framtidig bruk av hallen skulle overvåkes for å unngå ulovlig statsstøtte (ESA, 2013).

Denne problemstillingen er det svært sjelden våre informanter kommer opp i:

Det er ikke så ofte det er konkurranse på tvers av landegrensene. Det er nok mer aktuelt i for eksempel Nederland og Belgia.

Det er sjelden at det oppstår samhandlingseffekt i mindre kommuner. De har ikke store bedrifter og store eiendommer. Markedene er så små at de sjelden er interessante og medfører sjelden klager fra kommersielle aktører.

Selv om grensekryssende samhandel ikke er særlig aktuelt, skal det legges til rette for dette. Derfor kan det være problematisk å stille krav om norsk språk. Det må i så fall være saklig begrunnet, som at det er behov for å kommunisere om sikkerhet eller at man har brukere som gjør det nødvendig å kunne norsk.

Ifølge Reegård (2020) innebærer ESAs logikk i mange av sakene, at offentlige anlegg som involverer billettsalg eller annet salg, leieinntekter eller andre gebyrer, har finansieringselementer kan hevdes å være i strid med forbudet mot offentlig støtte. Klagene kommer ofte fra private konkurrenter uten at man får vite noe mer om hvem. ESA holder klagers identitet anonymt. En av våre informanter mener at slike problemstillinger innebærer irriterende mye arbeid i forhold til hvor mye penger som er involvert.

En måte å løse disse sakene på er omorganisering. I boksen nedenfor omtales en sak fra 2013, om Analysesenteret i Trondheim kommune.

Kommunalt lab-senter i konkurranse med private

Trondheim kommune hadde i en årrekke drevet et laboratorium, kjent som Analyse-senteret, for å kontrollere vannforsyningen og skjellproduksjon på vegne av Mattilsynet. I tillegg tilbød Analysetsenteret laboratorietjenester til andre, i konkurranse med flere private aktører. Kommunen sørget for finansiering, lokaler og administrative tjenester. ESA mente det var en risiko for at den kommunale subsidieringen og at kommunen ikke betalte skatt på inntektene, gjorde at Analysetsenteret kunne tilby sine tjenester under kostpris. Dette brøt med statsstøtteregelverket i EØS-avtalen fordi det kunne påvirke konkurranse og samhandel i EØS-området.

Det ble stilt krav om egne regnskaper for å unngå krysssubsidiering og at den delen som drev kommersiell virksomhet betalte husleie til markedspris. I tillegg var det krav om markedspris for fellestjenester som revisjon, regnskapsføring og IT- og arkivtjenester. Senterets kommersielle virksomhet måtte skattlegges på linje med annen forretningsvirksomhet.

Norske myndigheter aksepterte kravene. Fra 2015 ble det opprettet et separat selskap, LabTjenester AS, som skulle stå for salgs- og markedsføringsaktiviteter og som fikk alminnelig skatteplikt. Nye retningslinjer ble innført for å unngå krysssubsidiering mellom Analysetsenteret og LabTjenester AS. Prisene skulle være basert på full kostnadsdekning. LabTjenester AS måtte betale markedspris for lokalene og dekke alle kostnader for fellestjenestene (Nærings- og fiskeridepartementet, 2018).

Trondheim kommune hadde i en årrekke drevet et laboratorium, kjent som Analyse-senteret, for å kontrollere vannforsyningen og skjellproduksjon på vegne av Mattilsynet. I tillegg tilbød Analysetsenteret laboratorietjenester til andre, i konkurranse med flere private aktører. Kommunen sørget for finansiering, lokaler og administrative tjenester. ESA mente det var en risiko for at den kommunale subsidieringen og at kommunen ikke betalte skatt på inntektene, gjorde at Analysetsenteret kunne tilby sine tjenester under kostpris. Dette brøt med statsstøtteregelverket i EØS-avtalen fordi det kunne påvirke konkurranse og samhandel i EØS-området.

Det ble stilt krav om egne regnskaper for å unngå krysssubsidiering og at den delen som drev kommersiell virksomhet betalte husleie til markedspris. I tillegg var det krav om markedspris for fellestjenester som revisjon, regnskapsføring og IT- og arkivtjenester. Senterets kommersielle virksomhet måtte skattlegges på linje med annen forretningsvirksomhet.

Norske myndigheter aksepterte kravene. Fra 2015 ble det opprettet et separat selskap, LabTjenester AS, som skulle stå for salgs- og markedsføringsaktiviteter og som fikk alminnelig skatteplikt. Nye retningslinjer ble innført for å unngå krysssubsidiering mellom Analysetsenteret og LabTjenester AS. Prisene skulle være basert på full kostnadsdekning. LabTjenester AS måtte betale markedspris for lokalene og dekke alle kostnader for fellestjenestene.

Det er også eksempler på at velvillige politikere gir bort tomter, eller over bordet bevilger penger til en organisasjon som driver økonomisk aktivitet, uten å tenke seg om. Da kan man komme i konflikt med regelverket om offentlig støtte:

En gang i året må vi gjennomføre en slags opplysningskampanje for å minne politikere på hva slags regelverk vi må forholde oss til. Vi må forklare handlingsrommet og når vi beveger oss på grensen. Det kan dreie seg om offentlig støtte, lånefasiliteter og garantier.

Generelt skal det være større handlingsrom for idrett og kultur. En historie som er kjent for flere er at Vålerenga fikk kjøpt tomt til bygging av nytt fotballstadion av Oslo kommune for én krone. Høyre, som gikk imot vedtaket fra bystyret, mente tomtegaven kunne være i strid med EØS-reglene om ulovlig offentlig støtte (Magnus, 2008). Tomtegaven ble godkjent av ESA i juni 2015. Begrunnelsen var at anlegget ikke kunne oppføres uten støtte fra kommunen og at det ville fremme klubbens sosiale aktiviteter. Støtten vil heller ikke innebære utilbørlig konkurransevridning til fordel for Vålerengas profesjonelle fotballag (ESA, 2015).

En informant sier at denne stadionsaken er en av de sakene som er blitt brukt for å sette seg inn i hva som er innenfor og hva som er utenfor EØS-regelverket. Målet er, ifølge denne informanten, å gjøre handlingsrommet så stort som mulig. Men at administrasjonen av og til opplever å måtte dempe entusiasmen og innskrenke retorikken blant politikerne.

Inntrykket er at ESA har redusert sin aktivitet på dette området i løpet av de siste årene. Det vil si at man unngår å ta opp små saker uten reell betydning for handel på tvers av landegrensene. Sagt på en annen måte: Det finnes viktigere spørsmål for det europeiske markedet enn hvordan svømmehallen i en mellomstor norsk kommune drives (Agenda, 2021).

Dette henger trolig sammen med økt oppmerksomhet om medlemslandene suverenitet. I EU-domstolens rettspraksis er det utviklet et prinsipp om «tilbakeholdne kompetanser» (retained powers). Dette er saker hvor det har vært et behov for å balansere markedsintegrasjon mot respekten for medlemsstatens regulerings- og organiseringsbehov på sensitive områder, som for eksempel velferdstjenesteområdet. Dette grunnprinsippet suppleres av andre ikke-markedsprinsipper som subsidiaritetsprinsippet (beslutninger skal tas på så lavt nivå som mulig) og prinsippet om respekt for den nasjonale identiteten (NOU 2020: 13).

Større tilbakeholdenhet fra ESAs side påpekes også av flere av våre informanter. En del av årsaken til at det fremmes færre saker kan også være at kommunene har blitt bedre på å holde seg innenfor regelverket.

Ulovlig boikott?

Kommunene kan også komme i konflikt med andre deler av EØS-retten. En slik sak gjaldt forbud mot restriksjoner på etableringsretten og adgangen til å yte tjenester i EØS-området.

ESA mottok i desember 2020 klage på en påstått boikott av flyselskapet Wizz Air fra flere norske kommuner og fylkeskommuner, samt ett statlig selskap (Statnett). ESA ber Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) om informasjon. Dette kan nemlig være i strid med forbudet mot restriksjoner på etableringsretten og forbudet mot restriksjoner på adgangen til å yte tjenester) i EØS-avtalen, og forordning 1008/2008 om felles regler for utøvelse av lufttransporttjenester.

Bakgrunnen for saken var manglende arbeidstakerrettigheter i Wizz Air, blant annet retten til å organisere seg. Departementet skrev at det ikke finner tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at handlingene utgjør en begrensning i etablerings- eller tjenestefriheten. Ifølge departementet kan restriksjonene være berettiget av hensyn til viktige offentlige interesser, og de trekker fram at beskyttelse av arbeidstakers rettigheter, og spesielt retten til kollektive forhandlinger, er blant de grunnleggende rettighetene i EØS-retten. Wizz Air gikk til sak mot Agder fylkeskommune for ulovlig boikott. Søksmålet ble avvist fra Agder tingrett i oktober 2021.

4.3 Hvordan kommunene organiserer tjenestene sine

I dag leveres 80 prosent av velferdstjenestene i offentlig egenregi. Den siste femdelen leveres av private basert på avtaler eller tilsagn om tilskudd.

Velferdspolitikken er et område hvor medlemslandene har hovedansvaret, men hvor EU har fått en koordinerende og initierende rolle (Meld. St. 5 (2012-2013)). Gjennom rettspraksis har EU-domstolen anerkjent et handlingsrom for nasjonale, regionale og lokale valg i organiseringen av velferdstjenester, herunder adgangen til offentlig-privat samarbeid og til å fremme ideelle leverandører (NOU 2020: 13).

Det kommunale handlingsrommet ligger i at kommunene selv i hovedsak kan velge hvordan de organiserer tjenestene til befolkningen. EØS-retten stiller for eksempel ikke krav om at private aktører skal brukes for å produsere velferdstjenester.¹¹ Men der private brukes, kan EØS-retten få betydning. Reglene skal blant annet hindre at leverandøren blir overkompensert og at det forekommer kryssubsidiering av øvrig kommersiell virksomhet.

I de kommunene vi har foretatt intervjuer, er det varierende erfaringer med utsetting av velferdstjenester. Dette er i hovedsak et politisk spørsmål, hvor rød-grønne flertall er mer skeptiske til bruk av private løsninger på velferdsområdet enn i kommuner med blått politisk flertall: «Da kommunen var blå, var det et større jag etter private løsninger», ifølge en

¹¹ Offentlige velferdstjenester kjennetegnes ved at tre betingelser foreligger samtidig: i) regulering av hvem som har rett til å motta tjenesten, ii) regulering av tjenestens innhold iii) regulering av hvordan tjenesten skal finansieres (NOU 2020: 13).

av våre informanter. Sykehjem og omsorgsplasser er det som skaper størst politisk debatt hvis det er snakk om konkurranseutsetting, ifølge våre informanter.

Samtidig fortelles det om tegn på at befolkningen i større grad enn tidligere etterspør private tjenester fordi det offentlige ikke har tilfredsstillende tilbud: «folk har god råd, stiller krav og kan velge, mens offentlig sektor sliter», er det en som sier. Ifølge Helsepolitisk barometer utført av Kantar var det i 2022 mindre tro på at det offentlige ville være i stand til å løse utfordringene på helseområdet. 30 prosent av befolkningen mente at det offentlige helsevesenet vil være i stand til å dekke samfunnets framtidige behov for helse- og omsorgstjenester uten hjelp fra private helseaktører. I 2020 var tilsvarende andel 43 prosent. Over halvparten, 51 prosent, mente at det er positivt at det er mulig å kjøpe private helsetjenester i Norge. 74 prosent mente at de som bruker private helsetjenester avlaster det offentlige helsevesenet og bidrar til å redusere helsekostene (Livgård 2022).

Selv om det er større skepsis til at det offentlige vil klare å dekke samfunnets behov for helsetjenester, viser en annen befolkningsundersøkelse redusert støtte til konkurranseutsetting av offentlige tjenester. I 2012, 2016, 2018 og 2022 har et utvalg av den norske befolkningen blitt spurt om de på generelt grunnlag er positive eller negative til konkurranseutsetting. Resultatene vises i tabell 1.

Tabell 1 Andel som er positiv til konkurranseutsetting. Prosent. Kilde: Trygstad/Fafo/Respons Analyse (Bergsli, 2022).

2012	2016	2018	2022
45	36	34	34

I 2012 var 45 prosent av befolkningen på generelt grunnlag positive til konkurranseutsetting, mens den tilsvarende andelen i 2018 og 2022 var 34 prosent. På spørsmål om hvilke områder som egner seg godt for konkurranseutsetting, var det i den siste undersøkelsen (fra 2022) kollektivtransport, renhold og renovasjon som kom på topplista. Barnevern og grunnskole var det befolkningen mente egnet seg dårligst for konkurranseutsetting. Rødgrønne velgere viste seg å være langt mer skeptiske til konkurranseutsetting i 2022 enn i 2018.

I kommune-Norge varierer andelen private aktører sterkt mellom de ulike tjenestene, fra å være høyest for arbeidsmarkedstiltak og barnehager, til lavest for grunnskole og i omsorgstjenestene for eldre og personer med nedsatt funksjonsevne (Agenda, 2021).

4.4 Forholdet mellom ideelle og kommersielle aktører

Hva slags handlingsrom finnes for å prioritere ideelle aktører i en anbudskonkurranse? Ifølge Velferdstjenesteutvalget kan kommunene under gitte vilkår reservere konkurranser for ideelle organisasjoner. I åpne konkurranser er det også mulig å vektlegge merverdier som ideelle aktører har, og som tradisjonelt er viktige for brukeren (NOU 2020: 13).

Nærings- og fiskeridepartementet kom i februar 2020 med forskriftsbestemmelser som gir adgang til å reservere konkurranser om kjøp av helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner. Dette gjelder dersom reservasjonen bidrar til å oppnå sosiale mål,

fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet.¹² Dette er likevel ikke en opplagt sak (se boks nedenfor). Bakgrunnen er at det manglet rettspraksis fra EU- eller EFTA-domstolen der dette handlingsrommet er blitt belyst i lys av anskaffelsesbestemmelsene (NOU 2020: 13).

Har det offentlige lov til å prioritere ideell sektor foran kommersielle tilbydere?

Oslo tingrett ba EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse i en sak mellom Stendi AS, Norlandia Care Norge AS og Oslo kommune. Bakgrunnen er Oslo kommunes anskaffelse av langtidsplasser i sykehjem i 2020, som ble reservert ideelle organisasjoner. Dette hindret de kommersielle aktørene Stendi og Norlandia i å delta i anbudskonkurransen. Oslo kommune hadde i sin utlysning vist til anskaffelsesforskriften § 30-2a. Kommunen hadde som politisk mål å øke bruke av ideelle aktører til utførelse av slike tjenester. Partene var uenige om EØS-landet Norge har adgang til å innføre nasjonal lovgivning som fastsetter at offentlige oppdragsgivere kan reservere anskaffelser av kontrakter om helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner (EFTA-domstolen, 2022). Efta-domstolen kom med sin dom i mars 2023 (EFTA-domstolen, 2023). Den fastslo at sykehjem er tjenester som ikke kan skjermes for ideelle i konkurranser begrunnet med myndighetsutøvelse. På spørsmålet om nasjonal lovgivning kan reservere retten til å delta i en konkurranse til ideelle aktører, så kan det tillates på visse vilkår. For det første må de ideelle organisasjonenes virksomhet være forankret i en nødvendig del av et velferdssystem. For det andre må prinsippet om innsyn overholdes. Oslo tingrett har siden gitt Stendi AS og Norlandia medhold. I dommen heter det at hvis det offentlige velger å kjøpe inn tjenester så må det være like konkurransevilkår. Oslo kommune har anket dommen.

En utfordring er at det så langt ikke finnes en enhetlig rettslig definisjon av hva som er en ideell aktør. Ulike regelverk, som anskaffelsesforskriften, skatteloven, merverdiavgiftsloven og lov om register for frivillig virksomhet, har bestemmelser med relevans for ideell virksomhet, uten at det foreligger en nasjonal definisjon (Avkommersialiseringsutvalget, u.å.).

En nasjonal domstol som er i tvil om hvordan EØS-retten skal tolkes kan framlegge spørsmålet for EFTA-domstolen (prejudisielle spørsmål). Tolkningen av det prinsipielle spørsmålet vil så brukes av domstolen til å avgjøre den konkrete saken (NOU 2020: 13).

Det er glidende overganger, for eksempel ved at ideelle aktører kan ha kommersiell aktivitet i andre deler av virksomheten. Også for de ideelle kan offentlige bevilgninger ende opp med å finansiere andre deler av virksomheten.

Innenfor EU og EØS er likebehandling av aktører grunnleggende. Det kan ha betydning for handlingsrommet til å prioritere ideelle aktører på bekostning av kommersielle. EU-domstolens rettsavgjørelser på dette området er forankret i særlige karakteristika ved ytelse og ved non-profit-leverandører. Det kan være at helse- og sosialtjenestene

¹² FOR-2020-02-13-159

dekker innbyggernes grunnleggende behov og at virksomheten tilbakefører eventuelle overskudd til utførelsen av tjenestene. ESA har også kommet til at særskilte hensyn ved helse- og sosialtjenester gjør at konkurranser kan reserveres for ideelle leverandører (Fløistad, 2017).

En av oppgavene til Avkommersialiseringsutvalget, som ble nedsatt av regjeringen i august 2022, er å foreslå en juridisk definisjon for ideelle driftsformer. Hovedhensikten med utvalget er imidlertid å vurdere utfasing av kommersiell drift i ulike tjenestekområder. I januar 2024 kom utvalget med et forslag til definisjon av ideelle aktører i offentlig finansierte velferdstjenester (NOU 2024:1):

«(1) Som ideell velferdsaktør forstås en sammenslutning, stiftelse eller annen juridisk person registrert i Enhetsregisteret og som etter vedtektene eller liknende dokument

a. har et ideelt formål. Med ideelt formål forstås et sosialt formål til fellesskapets beste. Økonomisk fortjeneste for en sammenslutnings deltakere eller eiere anses ikke som ideelt formål.

b. bare kan bruke direkte eller indirekte overskudd fra virksomheten som ledd i egen virksomhet eller på en måte som samsvarer med det ideelle formålet.

c. ved omdanning, salg eller nedleggelse bare kan bruke kapitalen på en måte som samsvarer med det ideelle formålet.

(2) Dersom den ideelle velferdsaktøren tilhører en gruppe aktører under felles ledelse eller eierskap, må den øverste aktøren være en forening eller stiftelse, med et ideelt formål. Ingen aktører i en slik gruppe kan ha kommersielle eiere.

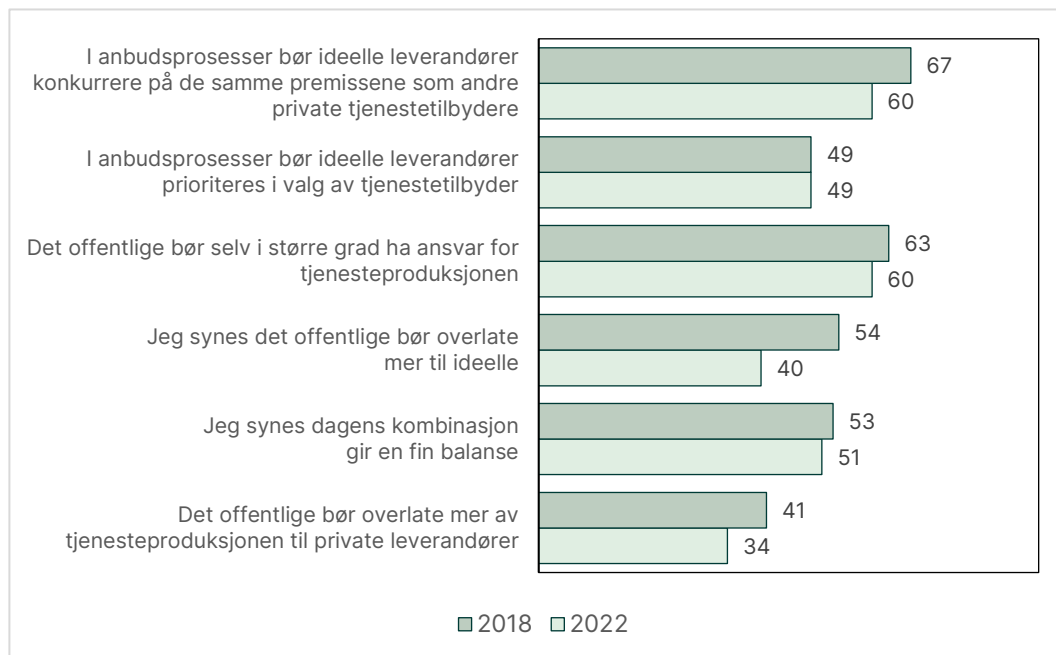
(3) Offentlige myndigheter kan ikke ha bestemmende innflytelse i den ideelle velferdsaktørens styrende organer.»

I Sverige kom det en ny lov om ideelle aktører, gjeldende fra 2023. Den innebærer at ideelle organisasjoner med aktivitet i offentlig finansiert virksomhet skal registrere seg i et særskilt register. Myndighetene kan deretter reservere retten til å delta i anbud av visse velferdstjenester til ideelle organisasjoner med et allmennyttig formål. En forutsetning er at det offentlige ikke har beslutningsmyndighet overfor den ideelle organisasjonen. Det skal også være en kobling mellom organisasjonens formål og den aktuelle tjenesten. Som del av forarbeidet ble det laget en definisjon av ideelle aktører som driver offentlig finansiert virksomhet innenfor velferdsområdet. Utredningen (SOU 2019: 56) sammenfattet dette på følgende vis: en juridisk person som a) ikke er direkte eller indirekte eide av staten, en kommune eller en region, b) har et allmennyttig formål, c) driver eller har til hensikt å drive offentlig finansiert velfersvirksomhet og d) ikke overfører verdier til en annen ideell organisasjon eller til forskning.

Blant private aktører har det skjedd en forskyvning fra mindre norske foretak til større norskeide konsern og noen helt eller delvis utenlandske eide konsern. Det gjelder i spesielt stor grad barnevern og i helse- og omsorgssektoren (NOU 2020: 13).

I den tidligere nevnte befolkningsundersøkelsen fra Fafo ble det, i tillegg til spørsmål om konkurranseutsetting, bedt om synspunkter på utbytte og om ideelle aktører bør prioriteres i anbudene (Bergsli, 2022). På spørsmål om blandingsforholdet mellom private, ideelle og offentlige tjenesteleverandører, var det litt uklare tendenser (se figur 1). For eksempel mente 49 prosent at ideelle burde prioriteres i anbudene, mens 60 prosent mente de bør konkurrere på like vilkår som kommersielle selskaper. På begge måletidspunkter (2018 og 2022) var drøyt halvparten enige i at dagens kombinasjon ga en fin balanse.

Figur 1 Andel som er enige i påstander om offentlige anbudsprosesser. 2018 og 2022 n = 1000 og 1177.
Kilde: Trygstad/Fafo/Respons Analyse



5 Oppsummering

Inntrykket fra intervjuene som er gjennomført i forbindelse med dette prosjektet er at rammene som settes av EØS-avtalen i liten grad er gjenstand for diskusjon i kommuner i Norge. Det såkalte handlingsrommet er generelt sett ikke noe tema. Det må i så fall oppstå en konflikt om en konkret sak eller at en anskaffelse klages inn til KOFA.

5.1 Offentlige anskaffelser

Problemstillinger rundt offentlige anskaffelser er det som kommunene oftest jobber med, og på dette området er man tydelige på å bli mer profesjonelle. Innkjøp av varer og tjenester er det da også et område som alle kommuner befatter seg med, og hvor bevisstheten om rammeverket er størst.

Om lag 70 prosent av landets kommuner deltar i et formalisert innkjøpssamarbeid. Dette gir særlig de minste kommunene tilgang til nødvendig kompetanse. Det kan være vanskelig å prioritere og oppdatere seg på aktuelle problemstillinger i forbindelse med offentlige anskaffelser når man har lite erfaring.

Manglende kunnskap fører også til frykt for å gjøre feil, og at anbudsprosessen ender opp med at pris blir det viktigste kriteriet for valg av tilbyder. Kompetanse er en forutsetning for å kunne bruke det handlingsrommet som finnes. At ansatte som er spesialisert på området finner seg andre jobber, nevnes også som en problemstilling – altså gjennomtrekk av kompetanse.

De mindre kommunene som ikke deltar i et innkjøpssamarbeid, leier ofte inn eksterne konsulenter i forbindelse med anskaffelser. I større kommuner kan utfordringene være knyttet til manglende koordinering mellom etatene.

Regelverket kan ha en negativ virkning for lokalt næringsliv. Årsaken er at det ved innkjøpssamarbeid ofte blir inngått større kontrakter som lokale leverandører ikke har mulighet til å oppfylle. Det oppstår en spenning mellom å sikre lokale leverandører og holde seg innenfor regelverket. EØS-avtalen beskrives som en god vaktbikkje, men som samtidig reduserer handlefriheten og fleksibiliteten i kommunene.

I likhet med tidligere undersøkelser, kommer det fram i våre intervjuer at innsatsen legges på utforming av kontrakter og ikke på kontroll av om vilkårene blir oppfylt. Oppfølging og kontroll av kontraktene omtales som krevende, og at det er behov for forbedring.

5.2 Offentlig støtte og konkurranseregler

Like konkurransevilkår må veies opp mot hensynet til kommunalt selvstyre, tjenestetilbudet til innbyggerne og kommunenes evne til å løse oppgaver på en god og effektiv måte.

Når det oppstår uklare grenser mellom næringsvirksomhet og offentlige tjenester kan det være en årsak til konflikt. Regelverket for offentlig støtte og konkurransereglene er ikke like godt kjent i kommunene som regelverket for offentlige anskaffelser. En slags hovedregel er at norske myndigheter står fritt til å yte kompensasjon for offentlig

tjenesteytelse, så lenge kompensasjonen ikke har noen påvirkning på handelen mellom EØS-statene (NOU 2020: 13).

Blant våre informanter er det begrensede erfaringer med saker som omhandler ulovlig offentlig støtte. EØS-avtalens grenser er ikke tema i det daglige, og diskuteres sjelden. I dette notatet er noen av sakene som er kjent fra kommune-Norge beskrevet. Disse historiene har ført til større bevissthet og bedre kunnskap om både aktuelle problemstillinger og om regelverket, ifølge våre informanter. Eksempelene har dreid seg om organisatorisk og regnskapsmessig skille mellom kommunal og kommersiell virksomhet, spørsmål om en virksomhet har grensekryssende effekt, og billigsalg av tomter eller eiendom.

Inntrykket er at EFTAs overvåkningsorgan har redusert sin aktivitet på dette området i løpet av de siste årene. Det vil si at man unngår å ta opp små saker uten reell betydning for handel på tvers av landegrensene.

5.3 Organisering av kommunale tjenester

80 prosent av velferdstjenestene leveres i offentlig egenregi. Kommunene kan selv velge hvordan de organiserer tjenestene til befolkningen. Konkurransetsetting av velferdstjenester er et politisk spørsmål.

Sykehjem og omsorgsplasser er det som skaper størst politisk debatt når det er snakk om konkurransetsetting, ifølge våre informanter. Samtidig fortelles det om tegn på at befolkningen i større grad enn tidligere etterspør private tjenester fordi det offentlige ikke har tilfredsstillende tilbud.

Imidlertid viser befolkningsundersøkelser i perioden fra 2012 til 2022 at andelen som er positive til konkurransetsetting er dalende. I kommune-Norge varierer andelen private aktører sterkt mellom de ulike tjenestene, fra å være høyest for arbeidsmarkedstiltak og barnehager, til lavest for grunnskole og i omsorgstjenestene for eldre og personer med nedsatt funksjonsevne.

Et annet aktuelt spørsmål er i hvilken grad en kommune kan prioritere en ideell aktør på bekostning av en kommersiell aktør, for eksempel til å drifte et sykehjem. Nærings- og fiskeridepartementet kom i februar 2020 med forskriftsbestemmelser som gir adgang til å reservere konkurranser om kjøp av helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner. Dette gjelder dersom reservasjonen bidrar til å oppnå sosiale mål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet.

En utfordring er at det så langt ikke finnes en enhetlig rettslig definisjon av hva som er en ideell aktør. Det er glidende overganger, for eksempel ved at ideelle aktører kan ha kommersiell aktivitet i andre deler av virksomheten. Også for de ideelle kan offentlige bevilgninger ende opp med å finansiere andre deler av virksomheten.

6 Referanser

- Agenda (2021). *Hvem skal lage velferd? Hvor nyttig er markedslogikk i velferdsstatens førstelinje?* Notat 06/2021.
- Andersen, R. K., Bjøru, E. C., Tofteng, M. & Øistad, B. S. (2017). *Hva gjør kommunene for å bekjempe arbeidslivskriminalitet?* Fafo-rapport 2017:08. <https://www.fafo.no/images/pub/2017/20616.pdf>
- Anskaffelsesforskriften (2024.) *Forskrift om offentlige anskaffelser*. (FOR-2016-08-12-974) Lovdata. <https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-974>
- Anskaffelsesloven (2016). *Lov om offentlige anskaffelser*. (LOV-2016-06-17-73). Lovdata. <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2016-06-17-73>
- Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022, 25. oktober). *Minstelønnsdirektivet i EU er ikke EØS-relevant*. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Minstelønnsdirektivet-i-EU-er-ikke-EOS-relevant/id2940167/>
- Avkommersialiseringsutvalget (u.å). Mandat. <https://avkommersialiseringsutvalget.no/mandat/>
- BDO (2018). *Konkurranse på like vilkår – hvilke samfunnsøkonomiske konsekvenser har dette for kommunesektoren?* Rapport. <https://www.ks.no/contentassets/41df3d726dad4199aa23ba101af0f52b/ks-fou----rapport-konkurranse-pa-like-vilkar---en-samfunnsokonomisk-konsekvensanalyse-endelig.pdf>
- BDO (2020). *Sammenligning av rapporter om samfunnsøkonomiske effekter av tiltak for å fremme like konkurransevilkår*. Notat. <https://www.ks.no/contentassets/0b49458b05ca4a4785d96138a6f1849b/Notat-Sammenligning-av-BDOs-og-OEs-rapporter.pdf>
- Bergsli, A. T. (2022, 21. desember). *Mindre støtte til velferd på anbud – særlig på venstresida*. Arbeidslivet.no. <https://www.arbeidslivet.no/item/mindre-stotte-til-velferd-pa-anbud-saerlig-pa-venstresida#ges:searchword%3Dvelferd%2520p%25C3%25A5%2520anbud%26orderby%3Drelevance%26page%3D1>
- DFØ (2022). *Hovedrapport: Anskaffelsesundersøkelsen*. Direktoratet for forvaltning og økonomistyring. https://anskaffelser.no/sites/default/files/2022-06/Anskaffelsesundersokelsen_hovedrapport_2022.pdf
- DFØ (2023, 21. juni). *Utgifter til offentlige innkjøp*. Direktoratet for forvaltning og økonomistyring. <https://dfo.no/nokkeltall-og-statistikk/innkjop-i-offentlig-sektor/utgifter-til-offentlige-innkjop#ac9431fe658ac95c3777572a028328d00>
- Direktivet om offentlige anskaffelser fra 2014 (2014/24/EU)
- Dølvik, J.E. & Ødegård, A.M. (2004). *Ti år med EØS-avtalen: konsekvenser for norsk arbeidsliv og fagbevegelse*. Fafo-rapport 455. <https://www.fafo.no/images/pub/2004/455.pdf>
- EFTA-domstolen (2022). *Rettsmøterapport i sak E-4/22*. <https://eftacourt.int/download/4-22-report-for-the-hearing-2/?wpdmml=8155>
- EFTA-domstolen (2023). *EFTA-domstolens dom*. 28. mars 2023*https://eftacourt.int/wp-content/uploads/2023/03/4_22-Judgment_NO.pdf?x78751
- ESA (2015). *Letter concluding pre-notification contacts regarding "Finnmarkshallen"*. EFTA Surveillance Authority. <https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/Finnmarkshallen.pdf>
- EØS-avtalen (1992). *Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde*. (AVT-1992-05-02-1). Lovdata. <https://lovdata.no/dokument/NLX2/avtale/avt-1992-05-02-1>
- EØS-loven (1992). *Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.* (LOV-1992-11-27-109) Lovdata. <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1992-11-27-109>
- Fløistad, K. (2017). *Utredning av handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester*. Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig. AS.

- Forskrift om endring i anskaffelsesforskriften, forsyningsforskriften, konsesjonskontraktforskriften (2020). (FOR-2020-02-13-159) Lovdata. <https://lovdata.no/dokument/LTI/forskrift/2020-02-13-159>
- Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter mv. (2008). (FOR-2008-02-08-112) Lovdata. <https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2008-02-08-112>
- Grindheim, J.E. (2019). *25 år med EØS: Hvordan påvirkes det norske arbeidsmarkedet?* Civita-notat nr. 5. 2019. <https://openarchive.usn.no/usn-xmlui/bitstream/handle/11250/2640299/Grindheim%2b2019.%2b25%2b%25C3%25A5r%2bmed%2bE%25C3%2598S.%2bHvordan%2bp%25C3%25A5virkes%2bdet%2bnorske%2barbeidsmarkedet%253F.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Hambro, C. (2022). *EØS-avtalens praktiske betydning*. Gyldendal Norsk Forlag.
- Helle, H. (2016). Konkurransereglane i EU- og EØS-retten som skranke for nasjonale styresmakter. Norwegian Law Monographs #1, 16 January 2016.
- Hyllseth, E. (2003). *Lovlig skatt eller ulovlig statsstøtte?*
- Klagenemndssekretariatet (u.å.) *Kva er Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)?* Klagenemnda for offentlige anskaffelser. <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/om-kofa>
- KS (2021, 21. mai). *Hva er offentlig støtte?* <https://www.ks.no/fagomrader/okonomi/offentlig-stotte/hva-er-offentlig-stotte/>
- Livgård, E. F. (2022) *Helsepolitisk barometer 2022*. Kantar. <https://kantar.no/kantar-tns-innsikt/helsepolitisk-barometer-2022/>
- Magnus, G. 2008, 21. August). *Fotball- tomt opp i ESA*. Aftenposten. <https://www.aftenposten.no/norge/i/O3z21/fotball-tomt-opp-i-esa>
- Meld. St. 22 (2018-2019). *Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser*. Nærings- og fiskeridepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld.-st.-22-20182019/id2641507/?ch=1>
- Meld. St. 5 (2012-2013). *EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU*, Utenriksdepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld-st-5--20122013/id704518/?ch=1>
- NOU 2012: 2. (2012). *Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU*. Utenriksdepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2012-2/id669368/?ch=1>
- NOU 2020: 13. (2020). *Private aktører i velferdsstaten — Velferdstjenesteutvalgets delutredning I og II om offentlig finansierte velferdstjenester*. Nærings- og fiskeridepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2020-13/id2788017/?ch=1>
- NOU 2024:1 (2024). *Definisjon og registrering av ideelle velferdsaktører*. Avgitt til Digitaliserings- og forvaltningsdepartementet 31. januar 2024.
- Nærings- og fiskeridepartementet & Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2022, 5. november). *Nå kommer Norgesmodellen med nye seriositetskrav i bygg, anlegg og renhold*. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/na-kommer-norgesmodellen-med-nye-seriositetskrav-i-bygg-anlegg-og-renhold/id2945873/>
- Nærings- og fiskeridepartementet (2013, 20. mars). *Støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning (SGEI)*. <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/regler-om-offentlig-stotte-listeside/offentlig-stotte-tjenester-av-allmenn-ok/id430123/>
- Nærings- og fiskeridepartementet (2018, 23. januar). *Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører Rapport fra arbeidsgruppe*. <https://www.regjeringen.no/contentassets/0c36c9f9c1ca4ececbecc7142b2420511/rapprt-like-konkurransevilkar-for-offentlige-og-private-aktorer.pdf>
- Nærings- og fiskeridepartementet (2020, 24. juni). *Høringsnotat. Forslag til ny lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte (støtteloven)*. <https://www.regjeringen.no/contentassets/086ac85b085149f4bd20fe1e910392fb/horingsnotat---forslag-til-ny-lov-om-nasjonale-prosedyrer-i-saker-om-offentlig-stotte.pdf>

- Nærings- og fiskeridepartementet (2021, 11. oktober). *Bagatellmessig støtte*. <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/regler-om-offentlig-stotte-listeside/bagatellmessig-stotte/id2412660/>
- Nærings- og fiskeridepartementet (2022, 1. desember). *Åpen EU-høring om ny forordning for bagatellmessig støtte*. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/apen-eu-horing-om-ny-forordning-for-bagatellmessig-stotte/id2949370/>
- Oslo Economics (2020a). *Samfunnsøkonomiske effekter av tiltak for å fremme like konkurransevilkår for offentlige og private aktører i markedet*. Utarbeidet på oppdrag for Nærings- og fiskeridepartementet. <https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/nfd/dokumenter/rapporter/oe-rapport-2020-2---analyse-av-tiltak-konkurranse-off-privat.pdf>
- Oslo Economics (2020b). *Virkninger av store offentlige kontrakter*. <https://www.regjeringen.no/contentassets/6d87f66a52eb41aa837c3ee9d446565e/endelig-rapport.-virkninger-av-store-offentlige-kontrakter.pdf>
- Oslo Economics (2021). *Innkjøps samarbeid i kommunesektoren*. Rapport utarbeidet for Nærings- og fiskeridepartementet. Med Inventura og NIVI analyse. <https://www.regjeringen.no/contentassets/d1d16e57ad4b433d9c14cfc246f44269/innkjopssamarbeid-i-kommunesektoren.pdf>
- Prp. 212 L (2020-2021). Lov om nasjonale saksbehandlingsregler i saker om offentlig støtte. Nærings- og fiskeridepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-212-l-20202021/id2860327/?ch=1>
- Reegård, S. (2020). Stort og smått; rødt og blått. Eksempler på hvordan en regjering tilpasser seg internasjonaliseringens utfordringer. I N. Veggeland (Red). *Den solbergske staten. Noen fagkritiske vurderinger om nyliberalismens makt i Norge*. Svein Sandnes bokforl.
- SOU 2019:56. (2019). Idéburen välfärd. Finansdepartementet. <https://www.regeringen.se/contentassets/978c3f825a704a9696e10dbb5ce40086/ideburen-valfard-sou-201956.pdf>
- Statskonsult (2006). EØS-avtalen og norsk kommunalt handlingsrom. Rapport 2006:13. <https://www.ks.no/contentassets/191e61c0068c4385ae14850519cfd1a3/rapport-1.pdf>
- Støtteprosessloven (2022) Lov om nasjonale saksbehandlingsregler i saker om offentlig støtte. LOV-2022-03-04-7) Lovdata. <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2022-03-04-7>
- Sædal, W., Rieber-Mohn, Å. & Afzal, K. (2022, 2. november). *Er seriositetskrav i strid med EU/EØS-retten?* Thommesen. <https://www.thommessen.no/aktuelt/er-seriositetskrav-i-strid-med-eu-eos-retten>
- Utenriksdepartementet (2022, 3. August). *EØS-komiteen*. <https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/eos1/eos-komiteen/id685091/>

Fafo

Institutt for arbeidslivs- og velferdsforskning

Borggata 2B, Oslo

Postboks 2947 Tøyen, 0608 Oslo

Sentralbord: 22 08 85 00

E-post: fafo@fafo.no

fafo.no

