

# Rapport

Konkurransen på like vilkår

Oslo, 10. november 2016



Rapporten er utarbeidet for oppdragsgiver, og dekker kun de formål som med denne er avtalt. All annen bruk og distribusjon skjer for oppdragsgivers regning og risiko. BDO vil ikke kunne gjøres ansvarlig overfor en tredjepart.

## Innholdsfortegnelse

1.	Innledning .....	2
2.	Sammendrag .....	3
3.	Prosjektets metode .....	4
4.	Konkurransen på like vilkår .....	5
4.1.	Innledning .....	5
4.2.	Offentlig sektors oppgaver .....	5
4.3.	Typer av konkurransehindre og konkurransevridende forhold .....	7
4.4.	Innledende eksempler .....	10
5.	Omfanget av konkurransevridende og konkurransehindre forhold .....	13
5.1.	Innledning og overordnede observasjoner fra våre undersøkelser .....	13
5.2.	Nærmere om undersøkelsen blant NHOs medlemsbedrifter .....	13
6.	Forklaringer på årsaker til konkurransehindre og konkurransevridende forhold .....	16
6.1.	Politiske, ideelle og kulturelle forhold .....	16
6.2.	Virksomhetsspesifikke .....	16
6.3.	Lovmessige forhold .....	18
6.4.	Økonomiske forhold .....	21
6.5.	Oppsummering .....	23
7.	Utdypende eksempler fra virksomhetene .....	24
8.	Veien videre og anbefalinger til videre prosess .....	27
8.1.	Pågående prosesser som kan bidra til at offentlige og private aktører i større grad kan konkurrere på like vilkår .....	27
8.2.	Tiltak rundt konkurranse i Finland .....	28
8.3.	Anbefalinger fra en nylig publisert rapport i Danmark .....	29
8.4.	Hvilke muligheter har man dersom en konkurranse ikke skjer på like vilkår .....	29
8.5.	Konkurransen på like vilkår - 10 forslag til tiltak .....	30
8.6.	Andre, ikke anbefalte løsninger .....	33
9.	Avsluttende kommentarer .....	34

## 1. Innledning

BDO AS har på oppdrag for NHO gjennomført en utredning der formålet har vært å gjennomføre en uhildet kartlegging av hvilke hindringer og ulemper private virksomheter som konkurrer om oppdrag opplever i møtet med den offentlige forvaltningen og i offentlige virksomheter, samt å foreslå tiltak som kan motvirke disse hindringene og ulempene. Utredningen er gjennomført med basis i kunnskap om konkurranseregler og organisering av konkurranser i offentlig sektor. Utredningen skal være et grunnlag for NHOs videre arbeid med utredning av temaet konkurranse på like vilkår.

Utredningen tar ikke politiske hensyn, og er kun ment å være en angivelse av typetilfeller som illustrerer forhold som er egnet til å påvirke at konkurransen mellom private og offentlige tilbydere ikke skjer på like vilkår. Typetilfellene er også illustrert ved henvisning til relevante case.

Oppdraget er utført av BDOs rådgivingsavdeling i samarbeid med Advokatselskapet Kluge AS (fusjonert med tidligere ALT-advokatene AS). Utredningen er basert på en analyse av innrapporterte case fra NHOs egne medlemmer, observerte case av BDO/Kluge og gjennomgang av sammenlignbare studier. Metodisk vil ett case være tilstrekkelig til å påpeke et hinder for konkurranse på like vilkår. Utredningen er derfor ikke en fullstendig kartlegging av alle typetilfeller, og den beskriver heller ikke case der konkurransen har skjedd på like vilkår.

BDO finner det riktig å presisere at vi ikke kan påta oss ansvar for fullstendigheten eller riktigheten i det grunnlagsmaterialet som har vært utgangspunkt for våre vurderinger. Dersom vi har mottatt uriktig eller ufullstendige opplysninger, har vi ikke hatt anledning til å avdekke dette ut over overordnede rimelighetsvurderinger.

Vi håper med dette at vår rapport vil være egnet til å bidra i en debatt om hvilke tiltak som kan settes inn for å sikre konkurranse på like vilkår mellom offentlige og private tilbydere, der konkurranse er politisk ønsket.

Oslo 10. november 2016

BDO AS

Morten Thuve  
Partner

Frank Olstad  
Prosjektleder

Øistein Harsem  
Senior analytiker

Bjørnar Alterskjær  
Advokat, Kluge AS

## 2. Sammendrag

I de senere årene har det vokst frem en rekke markeder der det private er gitt anledning til å tilby varer og tjenester til innbyggere og brukere som tradisjonelt kun har vært levert av det offentlige selv. Samtidig ser vi også en utvikling der det offentlige benytter sin kapasitet og kompetanse til å tilby tjenester som tradisjonelt har vært forbeholdt private leverandører. Resultatet er at offentlige og private virksomheter stadig oftere møtes i konkurranse. Formålet med denne rapporten er i hovedsak å kartlegge hvilke hindringer og ulemper private virksomheter opplever i møtet med den offentlige forvaltningen og i offentlige virksomheter, samt å foreslå tiltak som kan motvirke disse. Det er for denne kartleggingen benyttet en kategorisering i henholdsvis *konkurransevidende* og *konkurransehindrende* observasjoner.

Kartleggingen har vært gjennomført basert på innhentet informasjon fra flere kilder, herunder erfaringer fra media, direkte kontakt med bedrifter, dokumentstudier, casestudier og spørreundersøkelse blant et utvalg av medlemsbedrifter i NHO.

Tradisjonelt tenker man på konkurransehindre som barrierer for private til å tilby tjenester til offentlig sektor. Ofte og oftere, observeres en utvikling der det offentlige benytter sin kapasitet og kompetanse til å tilby tjenester til det private markedet; et marked som tradisjonelt har vært forbeholdt private leverandører. I utgangspunktet er det ingen rettslige begrensninger knyttet til offentlige aktørers mulighet til å tilby varer eller tjenester i markedet, og resultatet er at det offentlige og private stadig oftere møtes i konkurranse. I slike møter er det viktig at konkurranse mellom offentlig og privat virksomhet gjennomføres på like vilkår. Medieoppslag og erfaringer innhentet direkte fra relevante virksomheter, tyder på at det ikke alltid er likeverdighet mellom de offentlige og private aktørene i en konkurranse. Den gjennomførte spørreundersøkelsen blant NHO sine medlemmer bekrefter også denne hypotesen.

Av de private bedriftene som har produkter/tjenester som også offentlige virksomheter produserer (basert på spørreundersøkelsen tilsier dette 26 % prosent av virksomhetene), opplever 50 % å møte offentlige virksomheter i konkurransen om oppdrag for både private og offentlige kunder, mens 66 % har opplevd at de på et eller annet tidspunkt har blitt utelukket fra å delta i konkurranse om leveranse til det offentlige. Våre analyser betyr at flere tusen norske bedrifter er i konkurranse med offentlige virksomheter, og enda flere bedrifter har opplevd en eller flere ganger at de har blitt utelukket fra å kunne gi tilbud hvor de mener at de er kvalifisert.

Av de 50 % som møter konkurranse fra offentlige virksomheter, opplever mange av bedriftene at de taper i anbudskonkurransen mot offentlige virksomheter. En av de påstandene som oftest fremmes er at offentlige virksomheter priser tilbudene sine svært lavt. Dette gjør det rimelig å stille spørsmål ved om konkurransen skjer på like vilkår, herunder om offentlige virksomheter ikke hensyntar alle relevante kostnader i sine tilbud og om det forekommer ressursmessig eller økonomisk kryssubsidiering. Våre analyser viser også at det foreligger flere andre forhold som kan være egnet til å hindre at konkurranse skjer på like vilkår, som f.eks. ulik informasjonstilgang, fravær av krav om fortjeneste og monopollignende situasjoner som gir direkte eller indirekte fordeler for den offentlige tilbydereren.

Avslutningsvis i denne rapporten fremmer vi en 10-punktsliste over mulige tiltak for å sikre at konkurranse skjer på like vilkår. Tiltakene som foreslås kan kombineres eller anvendes hver for seg. De foreslåtte tiltakene inkluderer også tiltak som er diskutert i Sverige, Danmark og Finland, samt OECDs retningslinjer<sup>1</sup> for offentlig eide selskap som opererer i et marked.

---

<sup>1</sup> OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises (2015, OECD)

### 3. Prosjektets metode

Dette prosjektet har basert seg på medieoppslag, dokumentstudier, casestudier og gjennomføring av en spørreundersøkelse blant et utvalg av NHOs medlemsbedrifter. Dokumentstudiene ble basert på et utvalg av tidligere rapporter og analyser som kan relateres til formålet med denne utredningen. Hensikten med dette var blant annet å få tilstrekkelig bakgrunnsinformasjon som grunnlag for å utforme spørreundersøkelsen.

Spørreundersøkelsen ble utarbeidet for å kartlegge omfanget og arten av utfordringer som privat næringsliv opplever i konkurranse med offentlige virksomheter. Resultatene av spørreundersøkelsen må således tolkes innen rammene av å være et utvalg av medlemsbedriftenes opplevde effekter av å konkurrere med offentlige aktører.

For å sikre at spørsmålene ble formulert på en slik måte at flest mulig bedrifter kan relatere seg til disse, ble det først gjennomført en pilotundersøkelse mot 10 bedrifter. På basis av erfaringene fra disse og tilsendte kommentarer, ble en endelig undersøkelse sendt ut til et tilfeldig utvalg på i overkant av 3 000 av NHOs 24 000 medlemsbedrifter, hvorav 362 av medlemsbedriftene besvarte undersøkelsen. Størrelsen er statistisk signifikant. Feilmarginen i undersøkelsen er på litt over 5 prosent. Kort fortalt innebærer dette at dersom alle NHOs medlemsbedrifter (hele populasjonen) hadde svart, så ville også disse svarene med stor sannsynlighet falle innenfor +/- 5% av svarene i denne undersøkelsen. Ytterligere er undersøkelsen utformet slik at en virksomhet kan oppleve å både møte offentlige aktører i konkurranser (konkurransevridding), og samtidig oppleve at de i andre konkurranser utelukkes fra å delta (konkurransehindring). Disse grupperingene er derved ikke gjensidig utelukkende, og en virksomhet kan falle i begge kategorier.

Det er foretatt en klassifisering av svarene i typetilfeller, slik at oppsummeringen er egnet til å diskutere generiske tiltak. Klassifiseringen er foretatt av BDO og Kluge.

## 4. Konkurransen på like vilkår

### 4.1. Innledning

I de senere årene har det vokst frem en rekke markeder der det private er gitt anledning til å tilby varer og tjenester til innbyggere og brukere som tradisjonelt kun har vært levert av det offentlige selv. Samtidig ser vi også en utvikling der det offentlige benytter sin kapasitet og kompetanse til å tilby tjenester som tradisjonelt har vært forbeholdt private leverandører. Resultatet er at offentlige og private virksomheter stadig oftere møtes i konkurranse. Som utgangspunkt er det ingen rettslige begrensninger knyttet til det offentliges mulighet til å tilby varer eller tjenester i konkurranse med private virksomheter. Samtidig har det offentlige også en rett, innenfor visse rammer, til å levere varer og tjenester til seg selv uten forutgående konkurranse. De prinsipielle utfordringene oppstår der det offentlige har bygget opp en stor organisasjon, ved bruk av offentlige midler, som tilbyr tjenester i tillegg til sine enerettstjenester i et konkurranseutsatt marked. Det oppstår da utfordringer som er egnet til å reise tvil om konkurransen skjer på like vilkår. Eksempelvis kan det stilles spørsmål om:

Alle kostnader er innkalkulert i tilbudet fra den offentlige aktøren, herunder f.eks. en kommunes indirekte kostnader i administrasjon og ledelse.

Alle forpliktelser som private har, men som det offentlige ikke har; herunder f.eks. i de fleste tilfeller inntektsskatt, er hensyntatt på en måte som gir likeverd i konkurransen.

Alle kostnader knyttet til kapasitet, know-how o.l. som private vil måtte ha for å bygge opp tilsvarende konkurransekraft som den offentlige virksomheten er hensyntatt på en måte som gir likeverd i konkurransen. Herunder f.eks. tilgang på forskningsdata som forskningsinstitusjoner i sitt «statsoppdrag» har utviklet med midler fra statsbudsjettet, og som gir en konkurransefordel i en konkurranse om kommersielle oppdrag.

Alle kostnader til finansiering av virksomheten som private har er hensyntatt på en måte som gir likeverd i konkurransen. For eksempel indirekte finansieringskostnader som følge av konkursrisiko som medfører dårligere kredittvilkår mv. enn hva en offentlig virksomhet har.

Ovennevnte forhold er på ingen måte ukjente for myndighetene. Blant annet har EØS sitt overvåkingsorgan for konkurransesaker; ESA, tatt opp en rekke saker der det blant annet kreves at offentlig virksomhet som driver i konkurranse med private må skille den konkurranseutsatte virksomheten ut i et eget regnskap og/eller selskap. Vi har sett en stadig økende oppfølgingsaktivitet på dette området fra ESA, noe som over tid trolig vil være med på å klargjøre konkurranseforholdene mellom private og offentlige virksomheter. Videre ser vi en økende tendens til at det settes strengere krav til at det offentlige blir underlagt krav om å opptre på tilsvarende rammebetingelser som sine private konkurrenter. Blant annet ser vi bevegelse i utformingen av selskapslovgivningen, momslovgivningen og skattelovgivningen som vil påvirke dette.

### 4.2. Offentlig sektors oppgaver

Det følger av EØS-avtalen at det offentlige kan investere og opptre som aktør i kommersielle markeder uten at dette er i strid med avtalen. EØS-avtalen stadfester et likebehandlingsprinsipp, hvor det offentlige som markedsaktør kan verken straffes eller begunstiges sammenlignet med private aktører<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Det at det offentlige bruker ressurser på investeringer som medfører økt konkurranse og lavere marginer for private foretak, innebærer dermed ikke i seg selv at det ytes statsstøtte til foretaket det investeres i. Like klart er det at heller ikke offentlige foretak kan motta statsstøtte som er i strid med EØS-avtalens statsstøtteregler.

I forlengelsen av dette kan man drøfte hvorvidt det offentlige har rett til å hindre konkurranse, også innenfor dagens regelverk, når det offentlige tilbyr tjenester til privatpersoner eller bedrifter utenfor hva som kan benevnes som det offentliges kjerneoppgave. La oss illustrere dette ved et eksempel:

En kommune drifter en analysetjeneste med basis i sitt ansvar for å følge opp blant annet vannkvaliteten i kommunen. Dette kan antas å være en offentlig kjerneoppgave. Deretter kan kommunen også velge å bemanne opp virksomheten til også å sikre en beredskap i tilfelle sabotasje, terror mv. mot vanntilførselen i kommunen, og videre kan kommunen velge å også tilby f.eks. soppkontroll i kommunale bygg. Hvor går da grensen for hva som må kunne sies å være en kommunal kjerneoppgave og hva som ikke lenger er dette?

Å definere offentlig sektors kjerneoppgaver objektivt er svært utfordrende. Dette er fordi omfanget av hva offentlig sektor skal tilrettelegge kontra selv levere av tjenester vil i stor grad være et spørsmål som springer ut fra politisk ståsted. Et utgangspunkt for å drøfte omfanget av offentlig sektors aktivitet kan være EUs tjenstedirektiv. Her skilles det blant annet mellom «ikke økonomiske tjenester av allmenn interesse» og «tjenester av allmenn økonomisk interesse». Ikke økonomisk aktiviteter referer til tjenester som ikke utføres for en økonomisk motpart. I en utredning på oppdrag fra (den gang) Nærings- og handelsdepartementet i 2008 ga Bjarne Jensen, professor ved Universitet i Hedmark, et forsøk på en begrepsdefinisjon<sup>3</sup>, hvor fellesgodene kan deles i tre hovedgrupper:

1. Primære offentlige oppgaver
2. Sekundære offentlige oppgaver
3. Tertiære offentlige oppgaver

Med de primære offentlige oppgavene menes myndighetsutøvelse og offentlig administrasjon. Dette inkluderer reguleringer, styring, utvikling samt planlegging av samfunnsutvikling. I tillegg inkluderes goder som ikke kan selges på individuell basis i et marked. Eksempler på dette er forsvar, rettsvesen osv.

De sekundære offentlige oppgavene, ifølge Jensen, er knyttet til nødvendig regulering av markedsøkonomien for at den skal kunne fungere<sup>4</sup>. Dette omfatter konkurransepolitikk, herunder naturlige monopoler, samt miljøpolitikk og eksterne virkninger.

De tertiære offentlige oppgavene omhandler fordelings- og velferdspolitik for å kunne sikre gode og likeverdig tilgang på tjenester. Dette vil blant annet inkludere påvirkning av inntektsfordeling gjennom skatte- og trygdepolitikk. Det inkluderer også individuelle velferdstjenester innenfor oppvekst, utdanning, helse og sosialomsorgen og kultur. Følgende tjenester vil i en slik fremstilling omfattes:

1. Barnehager og undervisning
2. Helsetjenester
3. Sosiale tjenester
4. Omsorgstjenester
5. Kulturtjenester
6. Sports- og fritidsaktiviteter

---

<sup>3</sup> Jensen, B. 2008. Oppgaver i offentlig regi og tjenstedirektivet. Høyskolen i Hedmark. 2008

<sup>4</sup> Jensen, B. 2008. Oppgaver i offentlig regi og tjenstedirektivet. Høyskolen i Hedmark. 2008

For slike tjenester påpekes det at det kan benyttes betalingsordninger for brukere som er finansielt begrunnet, men som ikke nødvendigvis dekker hele finansieringer. Det er denne kategorien som er mest nærliggende å tenke at kunne vært tilbudt av både privat og offentlig sektor, på like vilkår.

En annen inndeling, med samme formål om å skille det offentliges kjerneoppgaver fra andre oppgaver, kan være å skille mellom hva det offentlige selv må levere og hva det offentlige i stedet kan tilrettelegge for at blir levert gjennom tjenester. F.eks. vil man kunne mene at det offentlige må sørge for individuell rettighetssikring og samfunnskritisk infrastruktur, men at tilgang på infrastruktur og tjenester kan skje gjennom private leverandører. Oftest påvirket av politisk ståsted vil noen sågar hevde at infrastruktur kan bygges med privat kapital. Man kunne, satt på spissen, tenke seg at det offentlige kunne vært en tilrettelegger og innkjøpsorganisasjon på vegne av innbyggerne; en «garantist» for at individuelle rettigheter sikres og at samfunnskritisk infrastruktur er installert og oppdatert, mens leveransene i større grad skjer gjennom private leverandører.

Vi skal ikke forsøke oss på en definisjon av offentlige kjerneoppgaver, men nøyer oss med å antyde at en offentlig, tverrpolitisk drøftelse av dette temaet ville vært nyttig for å avklare konkurransevilkårene der private leverandører møter det offentlige.

I forlengelsen av drøftelsen om det offentliges kjerneoppgaver, kan det også drøftes i hvilken grad en offentlig virksomhet skal kunne tilby og levere tjenester også i et konkurranseutsatt marked, og om dette stiller seg annerledes om det er innenfor eller utenfor hva man definerer som det offentliges kjernekompetanse. Vi vil ikke gå nærmere inn på dette her, men mener det uavhengig av denne diskusjonen bør defineres et prinsipp der det kreves at den delen av en offentlig virksomhet<sup>5</sup> som leverer tjenester i konkurranse med private leverandører må innrettes slik at den er tydelig avgrenset fra den øvrige offentlige virksomheten, herunder med en selvstendig økonomi og regnskap. Dette må da gjelde uavhengig av om tjenesten tilbys som en *tilleggstjeneste* til de offentlige tjenestene, f.eks. brannstasjonen som leverer tjenester for trygghetsalarm til eldre, eller man tilbyr tjenesten som en *forlengelse* av de offentlige tjenestene, herunder for å kunne utnytte overskuddskapasitet i en tjeneste. Eksempler på det siste er mange, f.eks. der laboratorietjenesten benytter overskuddskapasitet til å ta soppkontroll i boliger eller vannprøver av brønner i hyttefelt, vann- og avløpsetaten som utfører lekkasjekontroller i private nett, teknisk etats driftsavdeling som utfører mindre gravearbeid for privatpersoner, renovasjonsetaten som samler inn og kjører bort hageavfall, parkeringsvakten som utfører kontroll på den private parkeringsplassen ved siden av den kommunale, mv.

Det er viktig at det iverksettes tiltak fra myndighetene som sikrer at det offentlige og private konkurrerer på like vilkår når de møtes i det samme markedet. Et regelverk må kombineres med kontrolltiltak som er egnet til å avdekke og som gir muligheter for å sanksjonere eventuelle brudd på et slikt regelverk. Formålet med slike kontrolltiltak bør være å disiplinere det offentliges konkurranseaktivitet og øke troverdigheten og åpenheten for allmennheten til at konkurranse skjer på like vilkår.

### 4.3. Typer av konkurransehindrende og konkurransevidende forhold

I en analyse av hva som bidrar til at konkurransen mellom private og offentlige virksomheter ikke skjer på like vilkår er det viktig å gjøre et skille mellom *konkurransevidende* og *konkurransehindrende* forhold.

---

<sup>5</sup> Med offentlig virksomhet menes både virksomhet som drives som del av den ordinære forvaltningen, i direktorat/etat eller i offentlig eiet selskap.



Med *konkurransesvridende* forhold menes at private aktører har tilgang til å konkurrere om oppdrag, men at det vektlegges rammer og forhold i konkurransen som favoriserer den offentlige tilbyderen.

Med *konkurranshindrende* forhold menes at en gruppe private aktører ikke får anledning til å konkurrere om oppdraget, f.eks. ved at det offentlige ikke vil lyse ut en konkurranse, velger å løse oppdraget i utvidet egenregi eller favoriserer det lokale næringslivet (dvs. i samarbeid med andre offentlige aktører).

Under har vi sammenstilt de som, etter vår vurdering og klassifisering, er de mest vanlige kategoriene av konkurransesvridende og konkurranshindrende tilfeller:

#### 4.3.1. *Eksempler på konkurransesvridende forhold:*

- a. **Ideelle og kulturelle forhold**, dvs. at det offentlige ønsker at ideelle eller frivillige organisasjoner skal utføre oppgaven, fremfor private selskap med kommersielle formål.
- b. **Virksomhetsspesifikke forhold**, dvs. at den offentlige virksomheten fastsetter krav eller spesifikasjoner som favoriserer visse typer leverandører eller produsenter, f.eks. at:
  - i. Det settes kriterier som private ikke oppfyller og heller ikke kan tilpasse seg til å oppfylle.
  - ii. Det kreves skreddersydde IT-systemer fremfor å kunne utnytte og tilpasse allerede eksisterende løsninger.
  - iii. Det prefereres andre offentlige leverandører framfor private, f.eks. med argumentasjon om leveransesikkerhet og manglende konkurrisiko.
  - iv. Egenskaper ved å være offentlig aktør blir vektlagt og gir konkurransefortrinn; f.eks. erfaring fra samme type virksomhet.
  - v. Tilgang på know-how eller infrastruktur fra den offentlige virksomheten for øvrig blir ikke belastet tilbudet som en kostnad, og blir derfor tillagt positiv vekt uten å ha en konsekvens for prisingen.
  - vi. Det er manglende kompetanse om hva som finnes tilgjengelig av varer og tjenester i det private markedet, f.eks. knyttet til kompetanse tjenester som tradisjonelt har vært levert i offentlig sektor, men som nå også er utviklet i privat sektor.
  - vii. Det foreligger en informasjonsasymmetri mellom den interne og de eksterne tilbyderne i en konkurranse der det tillates at det også leveres såkalt egenanbud (den offentlige virksomheten, f.eks. en organisering av de ansatte på sykehjemmet, får delta i konkurransen der kommunen skal konkurranseutsette sine tjenester ved sykehjemmet).
- c. **Legale eller regulatoriske forhold**, dvs. at det fastsettes regulatoriske vilkår i konkurransegrunnlaget som favoriserer en offentlig tilbyder, f.eks. at det ikke er anledning for å ta ut utbytte til eiere eller foreligger kun begrenset rett til å etablere et overskudd på leveransen.
- d. **Økonomiske forhold**, eksempelvis at:
  - i. Det offentlige benytter priskalkyler som ikke inkluderer alle kostnader som påløper ved produksjon av en vare eller tjeneste.
  - ii. Det forekommer ressursmessig eller økonomisk kryssubsidiering mellom konkurranseutsatt og ikke-konkurranseutsatte aktiviteter hos den offentlige aktøren.

- iii. Det offentlige inkluderer ikke alle relevante kostnader når tilbudene sammenlignes, herunder indirekte kostnader relatert til tilgang på know how, infrastruktur o.l.
- iv. Det foreligger økonomiske incentiver for å holde tjenestene internt i den offentlige virksomheten, f.eks. at ubenyttet restkapasitet kan utnyttes.
- v. Det offentlige har en særstilling eller monopol, gjennom f.eks. tilgang på infrastruktur, som gjør at det enklere kan gå inn i andre tilgrensende markeder, som f.eks. at monopol på husholdningsavfall gjør det enkelt å konkurrere om avfallsbehandling fra næringslivet.
- vi. Det er en fordel å ha tilgang til databaser eller informasjonskilder som kun det offentlige eller offentlig finansierte aktører har tilgang til.

#### 4.3.2. Eksempler på konkurransehindrende forhold:

- a. **Ideelle og kulturelle forhold**, eksempelvis at:
  - i. Den offentlige enheten er påvirket av politisk ståsted der det prinsipielt ikke vil benyttes leveranser eller tjenester fra private.
  - ii. (Fag)foreninger sterkt motsetter seg bruk av private leverandører.
  - iii. Det offentlige krever lokal tilstedeværelse eller har preferanser for å benytte lokale bedrifter.
- b. **Virksomhetsspesifikke forhold**, eksempelvis at:
  - i. Det foreligger forpliktelser ovenfor de ansatte som gjør at en konkurranseutsetting indirekte eller direkte vil medføre ekstra kostnader for det offentlige, i hvert fall i en overgangsperiode.
  - ii. Det er mangelfull kompetanse om hva som finnes av varer og tjenester i markedet; den offentlige aktøren antar at det ikke er mulig å kjøpe varen/tjenesten og setter seg ikke tilstrekkelig inn i fordelene som private leverandører kan tilføre.
- c. **Lovmessige forhold** som hindrer konkurranse, eksempelvis at:
  - i. Det benyttes bruk av et utvidet egenregiunntak mellom offentlige aktører, dette både i samarbeidsprosjekter, men også i andre tilfeller.
  - ii. Det settes krav som private ikke kan oppfylle, f.eks. krav til spesiell egenutdanning i regi av det offentlige, krav til en særskilt systemerfaring mv.
- d. **Økonomiske eller andre former for regulatoriske**, eksempelvis at:
  - i. Det oppfattes å være gunstig for den offentlige aktøren å utnytte sin overskuddskapasitet. Eksempler på dette er avfallsforbrenning for avfall fra næringslivet, hvor kommunene har enerett på husholdningsavfall og kan ha investert i overskuddskapasitet for fremtidig vekst.

Normalt vil man tenke at konkurransehindrende forhold er politisk bestemt, og således ikke er i fokus for denne utredningen. Eksemplene over viser at også konkurransehindrende forhold kan være på tross av, ikke bare på grunn av, politiske målsettinger. Det er derfor viktig at eventuelle tiltak må sikre at det ikke oppstår verken forskjellsbehandling (konkurranservedridning) eller konkurransehindringer.

#### 4.4. Innledende eksempler

Innledningsvis i dette prosjektet fikk BDO oversendt et utvalg av eksempler på forhold hvor det fremkommer at det offentlige ikke konkurrerer på like vilkår med de private. Dette omfatter både at de private møter de offentlige aktørene i konkurransen om leveranser til det offentlige, og at de private møter de offentlige aktørene som konkurrenter ved leveranser til private virksomheter. Vi har i tabellen under samlet disse eksemplene og supplert dem med både egen erfaring og erfaringer fra utvalgte oppdragscase og medieoppslag.

For eksemplene har vi valgt å dele disse inn i følgende overskrifter:

1. Det offentlige leverer varer og tjenester til privat sektor (i konkurranse med private).
2. Det offentlige leverer varer og tjenester til offentlig sektor i konkurranse med private (eller som antatt ulovlig egenregi).

##### 4.4.1. Eksempler der det offentlige konkurrerer på ulike vilkår med private i privat sektor:

Området som virksomheten opererer innenfor	Kort beskrivelse av eksempel på konkurransehindring/vridning
<b>Eiendomsinformasjon</b>	Statens kartverk har monopol på data i Grunnboken og Matrikkelen og tilbyr tjenester til sluttbrukermarkedet i konkurranse med profesjonelle aktører, men beregner ifølge brev fra Ambita AS til Kommunal og Moderniseringsdepartementet ikke inn en anskaffelseskostnad i sin pris på samme måte som de private aktørene må, fordi disse kjøper informasjonen fra Kartverket.
<b>Teknologiutvikling</b>	Statsat AS utvikler satellitter som er finansiert av staten. Dette begrenser konkurranse og vekstmuligheter for private aktører ved at Statsat AS er fortrukket leverandør knyttet til nasjonale referanseprosjekter som igjen danner grunnlaget for internasjonal konkurranse.
<b>Utdanning</b>	Private høyskoler som mottar statsstøtte tilbyr konsulenttjenester og private lederutviklingsprogrammer i konkurranse med private leverandører som ikke mottar statsstøtte. Det er ikke krav til at denne delen av virksomheten skal holdes organisatorisk adskilt fra den statsstøttede virksomheten, og forskningsdata som benyttes (utviklet med statsstøtte) stilles ikke til disposisjon for private tilbydere.
<b>Avfall</b>	Kommunene har monopol på innsamling og behandling av husholdningsavfall. Disse driver også kommersiell virksomhet, eksempelvis innen næringsavfall, hvor det benyttes den samme infrastrukturen som er finansiert via monopolområdet.
<b>Meteorologiske tjenester</b>	Meteorologisk institutt er en offentlig finansiert institusjon som også tilbyr tilleggstjenester, som f.eks. spesialtilpassede dataleveranser mot betaling, og konkurrerer om forskningsoppdrag.
<b>Analysetjenester</b>	Analysesenteret i Trondheim kommune benyttet frem til 2015 sin overskuddskapasitet til å tilby analysetjenester i det kommersielle markedet for analysetjenester i sitt nærområde.

<b>Alarmtjenester</b>	Flere brannvesen tilbyr kommersielle alarmtjenester. Asker og Bærum brannvesen har for eksempel nærmere 2800 privatkunder (2016) med brann- og innbruddsalarm. Tjenesten startet i 1993. Brannvesenet benytter restkapasitet i beredskapsavdelingen og 110-sentralen til alarmtjenesten. (Problemstillingen har tidligere vært klaget inn for ESA, men ESA valgte å ikke gå videre med saken.).
<b>Transporttjenester</b>	Offentlige selskap tilbyr eller subsidierer transporttjenester i konkurranse med private leverandører, f.eks. gjennom sitt heleide selskap NSB AS.
<b>Entreprenørtjenester</b>	Asker drift, som er en kommunal driftsavdeling, har i flere år tilbudt tjenester til private husstander i Asker, som f.eks. mindre gravearbeider.
<b>Tannhelsetjenester</b>	Flere fylkeskommuner selger tjenester ved bruk av overskuddskapasitet til privatpersoner som ikke er en del av den lovpålagte tannhelsetjenesten.
<b>Treningssentre</b>	Kommuner og andre offentlige institusjoner driver treningsentre i konkurranse med private treningsentre, ofte i tilknytning til idrettshaller, svømmehaller eller flerbrukshaller. Anleggene er ofte bygget ved hjelp av offentlige midler.
<b>Bygg/anlegg</b>	Forsvarsbygg Futura tilbyr konsulenttjenester knyttet til f.eks. sikkerhetstjenester i bygg. Tjenesten tilbys til statlige organer (antatt egenregi), men også til f.eks. kommuner (konkurranseutsatt) og private organisasjoner.
<b>Sikkerhetstjenester</b>	Nasjonale sikkerhetsmyndigheter (NSM) tilbyr IT-overvåkingstjenester (CERT) og rådgivingstjenester til private som gjør konkurranse vanskelig.

Tabell 1: Eksempler for konkurransevridende forhold fra NHOs medlemsbedrifter, intervjuede bedrifter og medieoppslag

#### 4.4.2. Eksempler der det offentlige konkurrerer på ulike vilkår med private i offentlig sektor:

Området som virksomheten opererer innenfor	Kort beskrivelse av eksempel på konkurransehindring/vridning
<b>Offentlige forskningsinstitutter</b>	Offentlige forskningsinstitutter tilbyr konsulenttjenester til offentlig sektor hvor de har fordel av å ha tilgang til forskningsdata og know-how som er bygget opp gjennom statsstøtte og som ikke tilgjengeliggjøres for private tilbydere.
<b>IT-tjenester</b>	Helseportalen (statlig) utvikler IT-tjenester som vil inneholde funksjoner og tjenester som allerede finnes på det private markedet, men hvor private leverandører ikke får mulighet til å konkurrere om å levere slike tjenester i konkurransen med Helseportalen.
<b>Helse- og omsorgstjenester</b>	Offentlige sykehus, sykehjem og helseinstitusjoner leverer i enkelte tilfeller tjenester til private eller til andre offentlige institusjoner. F.eks.

	er ambulansetjenester og annen transport av pasienter dels anbudsutsatt og blir dels utført av det offentlige.
<b>Skolebøker</b>	Stokmarknes Aktietrykkeri tapte en anbudskonkurranse om å levere skolebøker til de videregående skolene i Vesterålen. Anbudskonkurransen ble vunnet av BS Undervisning, en del av BS Konsernet, som Biblioteksentralen (BS) står bak. Sentralen er et samvirkeforetak med norske kommuner og fylkeskommuner som medlemmer og eiere, og har vedtektsfestet i formålsparagrafen (§ 2) at «Biblioteksentralen har ikke økonomisk fortjeneste i seg selv som formål for virksomheten».

Tabell 1: Eksempler for konkurransevidende forhold fra NHOs medlemsbedrifter, intervjuede bedrifter og medieoppslag

Som tabellene over viser, er det forskjellige typer virksomheter som i en eller annen form påvirkes av konkurransen fra det offentlige. Eksempelene i 4.3. viser også at det er ulike årsaker til hvorfor private virksomheter opplever at konkurransen ikke skjer på like vilkår.

En særlig utfordring som påvirker fremveksten av konkurranse fra det offentlige, er det stadig presset på den offentlige virksomhetens budsjetter. Fremfor å gå inn i omstillingsprosesser, vil de ansatte og ledelsen kunne tendere til å se etter muligheter for å øke sine inntekter, og dermed tilpasse seg innenfor de reduserte budsjetttrammene uten å måtte redusere bemanningen. Overinvesteringer og periodisk overskuddskapasitet i beredskapsorganisasjoner (f.eks. brannvesenet) er en annen årsak; den offentlige virksomheten vil tendere til å finne muligheter for å utnytte overskuddskapasiteten. En tredje årsak er ønsket om å tilby de ansatte utviklingsmuligheter og å være en attraktiv arbeidsgiver som igjen medfører at ansatte og ledelsen ser etter muligheter for ekstraoppdrag i privat sektor.

Når det offentlige konkurrerer, skal dette skje på like vilkår med de private. Eksempelene i 4.3. og 4.4. viser at dette ikke alltid er tilfellet. Årsakene som er presentert i 4.3. viser etter vår vurdering at årsaken sjelden skyldes «bevisst uvilje», men oftere en villet politikk eller mangelfull kunnskap og/eller kompetanse. I noen tilfeller kan det fremdeles være mangelfullt harmoniserte rammebetingelser, men dette er sjelden, og langt sjeldnere i dag enn bare for få år siden. Eksempelvis er det skjedd endringer i momslovgivningen, innført momskompensasjon, innført nye pensjonsordninger, innført skatteplikt for behandling av næringsavfall mm. som har hatt en klar påvirkning i forhold til å nøytralisere rammebetingelsene for privat og offentlig sektor i konkurransen. Dette medfører etter vårt syn at tiltak som skal sikre konkurranse på like vilkår i fremtiden i mindre grad bør fokusere på regelendringer og i større grad bør fokusere på å hjelpe og veilede offentlig sektor til en ønsket adferd. Dette bør først og fremst skje gjennom å utforme retningslinjer, men også til en viss grad ved å øke kontrollen med at konkurransen skjer på like vilkår.

## 5. Omfanget av konkurransevridende og konkurransehindrende forhold

### 5.1. Innledning og overordnede observasjoner fra våre undersøkelser

Eksempelene på oppfattet konkurransevridning eller konkurransehindring favner alt fra små kommunale avdelinger, foretak og virksomheter, til større interkommunale selskaper og statlige virksomheter som f.eks. Statens Kartverk, Nasjonalsikkerhetsmyndighet (NSM) og Forsvarsbygg. Videre ser vi at eksemplene favner mange sektorer, f.eks. IKT, renovasjon, eiendomsdrift, rådgivningstjenester og service. Det er således grunn til å anta at en vesentlig del av privat sektor opplever konkurranse fra offentlige virksomheter.

Våre analyser og funn understøtter at et stort mangfold av virksomheter i privat sektor opplever konkurransevridende eller konkurransehindrende forhold i sin konkurranse med offentlig sektor, og at dette skjer både i konkurransen om oppdrag i det private markedet og i det offentlige markedet. Der konkurranse er politisk villet, vil det derfor være behov for tiltak for å sikre at konkurransen oppleves å være på like vilkår.

I vår spørreundersøkelse blant NHO sine medlemmer sier 26 % prosent av virksomhetene at de har produkter/tjenester som også offentlige virksomheter produserer. Videre svarer 50 % av disse igjen, at de møter offentlige virksomheter i konkurransen om oppdrag for både private og offentlige kunder. Blant de samme bedriftene har hele 66 % opplevd at de på ett eller annet tidspunkt har blitt utelukket fra å delta i konkurranse om leveranse til det offentlige.

Etter vår vurdering kan vi ikke benytte de 66 % til å konkludere direkte i relasjon til konkurransevridende eller konkurransehindrende forhold. Flere av respondentene synes å ha svart basert på at de *ønsker seg økt konkurranse om offentlige oppdrag der offentlig sektor i flere av disse tilfellene kan ha valgt å drive tjenesten som en lovlig enerettstjeneste*. I det videre fokuserer vi derfor i hovedsak på de 50 % av respondentene som bekrefter å ha vært i direkte konkurranse med offentlig sektor.

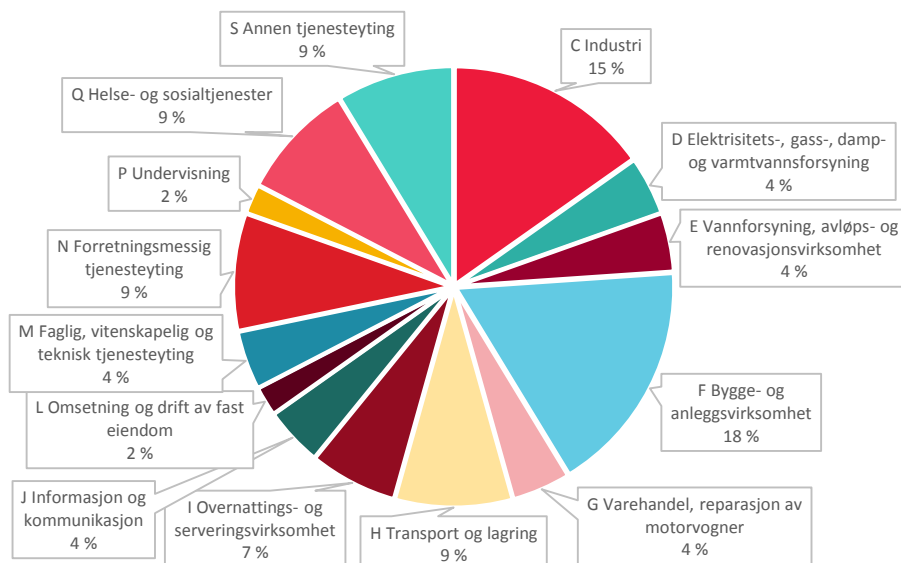
### 5.2. Nærmere om undersøkelsen blant NHOs medlemsbedrifter

Vår undersøkelse av NHOs medlemsbedrifter er sammenstilt i figurene nedenfor.

Som det fremgår av figur 1, er de aller fleste bransjegruppene<sup>6</sup> representert i oversikten over virksomheter som er i konkurranse med offentlige aktører. Den bransjen som hyppigst er i konkurranse med offentlige aktører er bygg- og anleggsvirksomhet. I tillegg utgjør aktører innenfor industrien, helse- og sosialtjenester, transport og lagring, samt forretningsmessig tjenesteyting nær 10 % hver av virksomhetene som svarer at de har møtt konkurranse fra det offentlige.

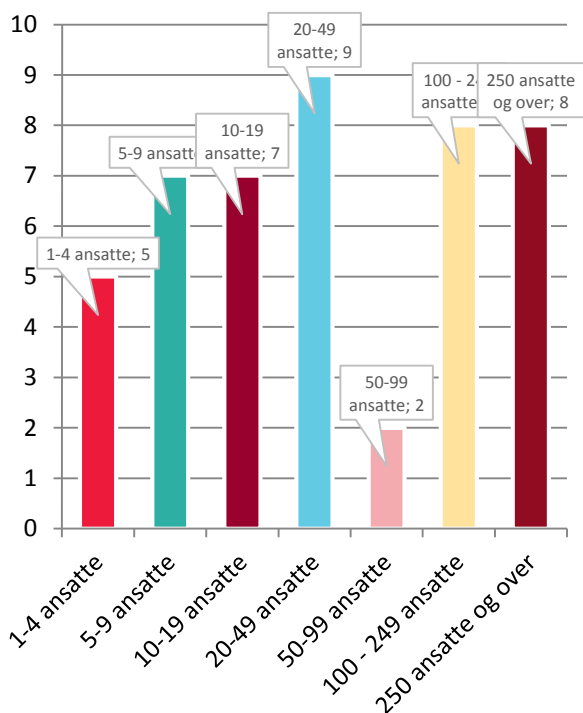
---

<sup>6</sup> Basert på SSB sine definisjoner.

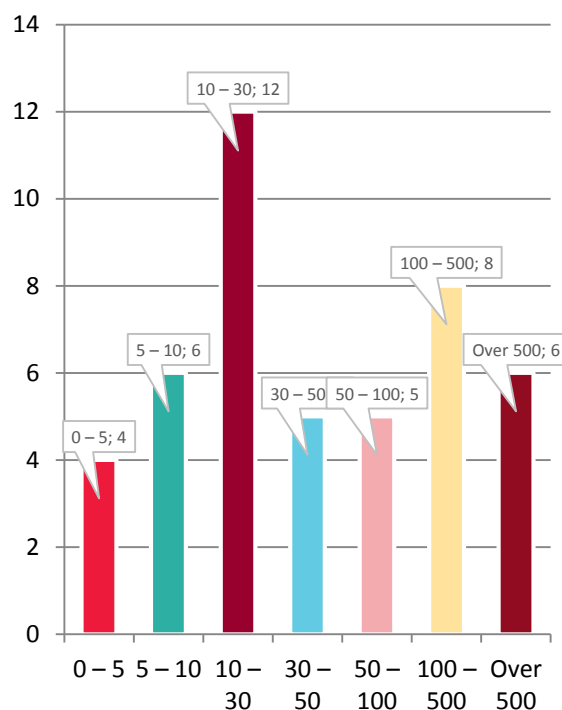


Figur 1: Oversikt over virksomheter som er i konkurranse med offentlige aktører fordelt på bransjekategorier, Kilde: Spørreundersøkelsen til NHOs medlemsbedrifter, BDO 2016

Dersom vi ser på virksomhetsspesifikke forhold som eksempelvis antall ansatte og omsetning, så ser vi at alle typer av virksomheter er representert. Alt fra virksomheter med 1-4 ansatte med lav årlig omsetning, til større virksomheter som omsetter for over 500 millioner kroner årlig og har mer enn 250 ansatte. Dette viser med andre ord at et stort omfang av ulike virksomheter er i konkurranse med offentlige virksomheter.



Figur 2: Oversikt over virksomheter som er i konkurranse med offentlige aktører fordelt på antall ansatte  
Kilde: Spørreundersøkelsen til NHOs medlemsbedrifter, BDO 2016



Figur 3: Oversikt over virksomheter som er i konkurranse med offentlige aktører fordelt på omsetning i millioner kroner.  
Kilde: Spørreundersøkelsen til NHOs medlemsbedrifter, BDO 2016

Vi har også sett nærmere på hvilke produkter/tjenester disse virksomhetene leverer, og ser at også dette favner bredt (direkte gjengitt):

1. Attføring og rehabilitering av mennesker. Avklaring og få personer med ervervsvansker tilbake i arbeid.
2. Bedriftshelsetjenester - til dels i konkurranse med arbeidslivssenteret (NAV)
3. Egnethetsvurderinger av individer, grupper, og organisasjoner
4. Logistikk & Transport
5. Maskinerte deler
6. Produksjon og salg av blomster og planter
7. Sykehjem
8. Utdanning forskning innovasjon
9. Rådgivningstjenester
10. Avfall og gjenvinning
11. Bygg- og anlegg

Oppsummert innebærer dette at en rekke bedrifter møter utfordringen både i forhold til at de ikke får levere varer eller tjenester til offentlig sektor, selv om de ønsker dette, og samtidig møter de samme bransjene det offentlige som en direkte konkurrent i konkurransen i «sitt eget» private markedet. Dette er en interessant observasjon og bør kunne være egnet for å konkludere med at det vil være nødvendig med tiltak for å sikre at konkurranse skjer på like vilkår.



## 6. Forklaringer på årsaker til konkurransehindrende og konkurransevridende forhold

Basert på spørreundersøkelsen blant NHO sine medlemsbedrifter kan det etableres en nærmere beskrivelse av hva de private virksomhetene erfarer av hindringer i konkurranse med offentlige virksomheter. I den sammenheng vil vi i dette kapitlet se nærmere på de tidligere nevnte kategorier av konkurransevridninger og konkurransehindreninger.

Det er viktig å understreke at en respondent kan ha forklart situasjonen ved hjelp av flere av kategoriene samtidig, og prosenter som oppgis nedenfor er derfor ikke kumulative.

Formålet med denne gjennomgangen er å i etterkant kunne si noe om mulige tiltak for å sikre konkurranse på like vilkår i fremtiden.

### 6.1. Politiske, ideelle og kulturelle forhold

Av de bedrifter som ikke får konkurrere med offentlige virksomheter og som produserer varer/tjenester som det offentlig også produserer, svarer over 30 prosent på en slik måte at vi relaterer årsaken til at den offentlige enheten/virksomheten produserer dette selv /leverer i egen regi. Dette er et politisk eller kulturelt valg i den enkelte kommune, fylkeskommune eller statlige virksomhet. Vår rapport skal være politisk nøytral, og vi går derfor ikke nærmere inn på disse forholdene, annet enn å påpeke at det utfra våre undersøkelser ser ut som at potensialet for å øke konkurransen om å levere varer og tjenester til offentlig sektor er betydelig dersom det er politisk vilje til dette.

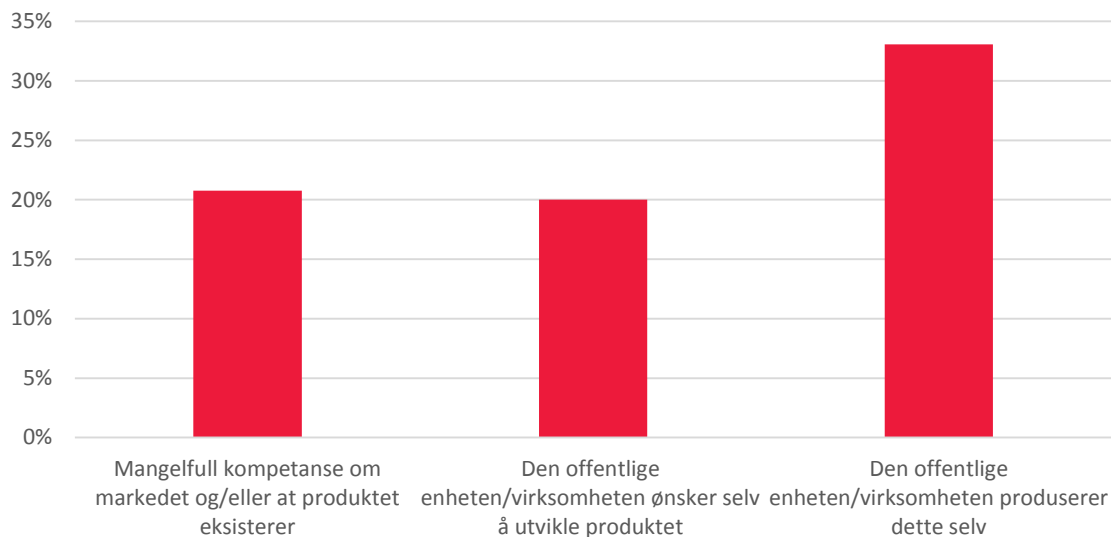
### 6.2. Virksomhetsspesifikke

Virksomhetsspesifikke årsaker til eventuelle konkurransevridende eller konkurransehindrende forhold omhandler typisk interne forhold som f.eks. særskilte trekk/karakterer ved organisasjonen. Dette kan eksempelvis være at innkjøpsfunksjonen eller andre i den offentlige virksomheten mangler innsikt om markedet og leverandører som potensielt kan levere hva den offentlige virksomheten ønsker, eller at man er uvant med å kjøpe tjenester fra det private. Det kan også være virksomhetsinterne regnskapsmessige og budsjettmessige forhold som påvirker preferansene til en beslutningstaker. Vi har sett eksempler der, spesielt kommuner, preferer lokale leverandører for å bidra til opprettholdelse av det lokale næringslivet eller for å sikre en høy grad av tilgjengelighet.

Videre ser vi at offentlige virksomheter også har et konkurransefortrinn i det private markedet av ulike årsaker. Ikke sjelden er dette relatert til et uformelt kvalitetsstempel. Det er f.eks. antatt tryggere å ha alarm direkte levert fra brannvesenet som garanterer direkte utrykning ved behov, enn via private vaktelskaper. Det offentlige kan også oppfattes som en mer solid leverandør der man kan være tryggere på at reklamasjoner vil kunne gjennomføres, i motsetning til private leverandører, f.eks. entreprenører, som kan gå konkurs, opphøre, selges mv.

#### 6.2.1. Konkurrensehindrende forhold

Virksomhetsspesifikke forhold utgjør den oftest nevnte forklaringen til hvorfor private virksomheter ikke får konkurrere med offentlige finansiert aktører. Over 70 % av forklaringene på hvorfor man ikke får konkurrere med offentlige eide virksomheter er knyttet til virksomhetsspesifikke forhold.



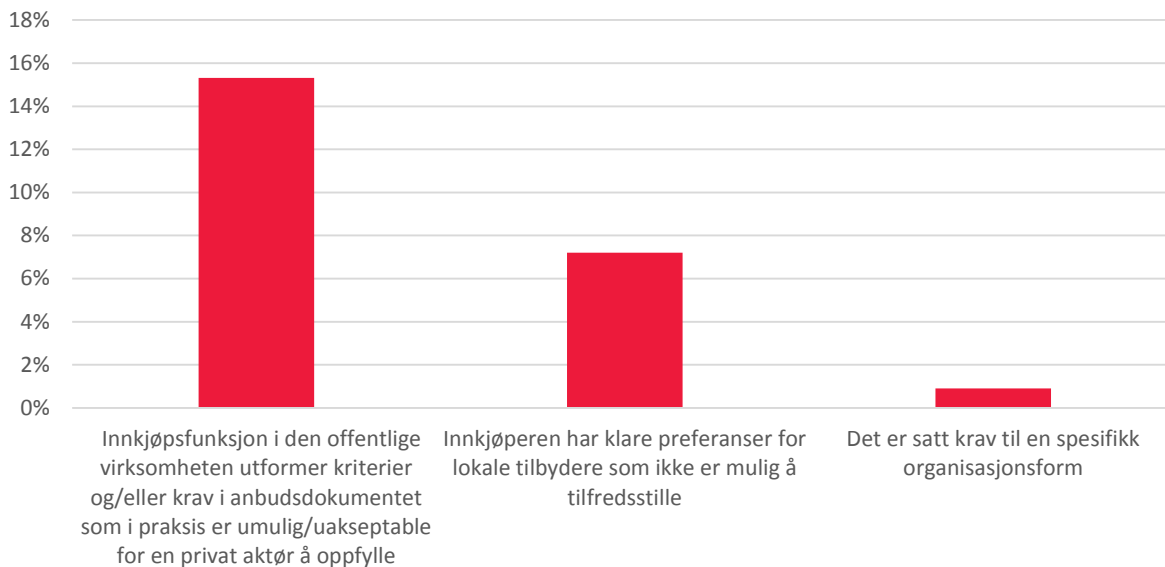
Figur 4: Årsaker til konkurransehindrende forhold, Kilde Spørreundersøkelsen til NHOs medlemsbedrifter, BDO 2016 (N=96)

Figuren over viser de svarene innenfor konkurransehindrende forhold som tar for seg virksomhetsspesifikke forhold. Den første stolpen viser at litt over 20 prosent av de som mener at de ikke får konkurrere med offentlige aktører, mener at dette skyldes at offentlige innkjøper ikke har den nødvendige kunnskapen om de private leverandører i markedet. Dette viser behovet private virksomheter har for å synliggjøre sin kompetanse, produkter og tjenester ovenfor eksempelvis kommuner og regioner. De to andre stolpene viser at nær 50 prosent av respondentene som ikke får konkurrere med offentlige aktører, mener at dette skyldes at offentlige aktører selv ønsker å utvikle eller produsere varer og tjenester som det private markedet også kan levere.

Vi kan ikke her utelukke at det finnes politiske og/eller ideelle forklaring til at det offentlige selv ønsker å utvikle produkter og tjenester. Et eksempel på dette kan være at den politiske ledelsen i en kommune ikke ønsker å konkurranseutsette (outsource) visse tjenester, herunder f.eks. at kommunen ikke ønsker at levering av mat til kommunalt eide virksomheter blir lagt ut på anbud. Vi ser eksempler der kommunen benytter f.eks. eget kjøkken eller etablerer et kjøkken i deleierskap med regionens sykehus.

### 6.2.2. Konkurransevridende forhold

Av de respondentene som forteller at de har vært i konkurranse med offentlig aktører viser de samlede tallene i figuren under at om lag 23 % av svarene er knyttet til virksomhetsspesifikke forhold.



Figur 5: Årsaker til konkurransevridende forhold, Kilde Spørreundersøkelsen til NHOs medlemsbedrifter, BDO 2016 (N=26)

Den første stolpen viser at rundt 15 prosent av bedriftene i vår undersøkelse som har konkurrert med offentlige aktører, mener at urettmessige krav i anbudsdokumentet gjør det umulig å konkurrere på like vilkår med det offentlige. I tillegg viser også vår spørreundersøkelse at lokale preferanser medføre at man ikke oppnår konkurranse på like vilkår (stolpe nummer 2).

### 6.3. Lovmessige forhold

Som utgangspunkt er det ingen EØS-rettslige begrensninger knyttet til offentlige aktørers mulighet til å tilby varer eller tjenester i markedet. Slik virksomhet kan drives gjennom selvstendige enheter eller som en integrert del av det offentliges øvrige virksomhet.

Dersom det offentlige først opererer i markedet side om side med private aktører, er det slik at det offentlige vil være underlagt tilsvarende rammebetingelser som sine konkurrenter. Kort sagt skal offentlige og private aktører konkurrere på like vilkår. Vi har de siste årene sett en økende interesse knyttet til problematikken som oppstår når det offentlige tilbyr sine tjenester i konkurranse med private, uten at dette er organisert som selvstendig juridisk og økonomisk virksomhet. Dersom manglende selvstendig organisering av slik virksomhet medfører indirekte eller direkte at konkurransen ikke skjer på like vilkår, har det oftere enn før vært iverksatt tiltak som skal sikre at ulikheter utlignes; f.eks. gjennom krav satt i konkurransevilkår eller satt av EØS sitt overvåkingsorgan ESA i klagesaker. Også i lover og forskrifter har det blitt inkludert krav til organisatoriske og / eller regnskapsmessige tiltak av samme hensyn. F.eks. ved innføring av skatt på behandling av næringsavfall i kommuner og krav om regnskapsmessig skille for beregning av selvkost for husholdningene ved avfallsanlegg eiet av kommuner.

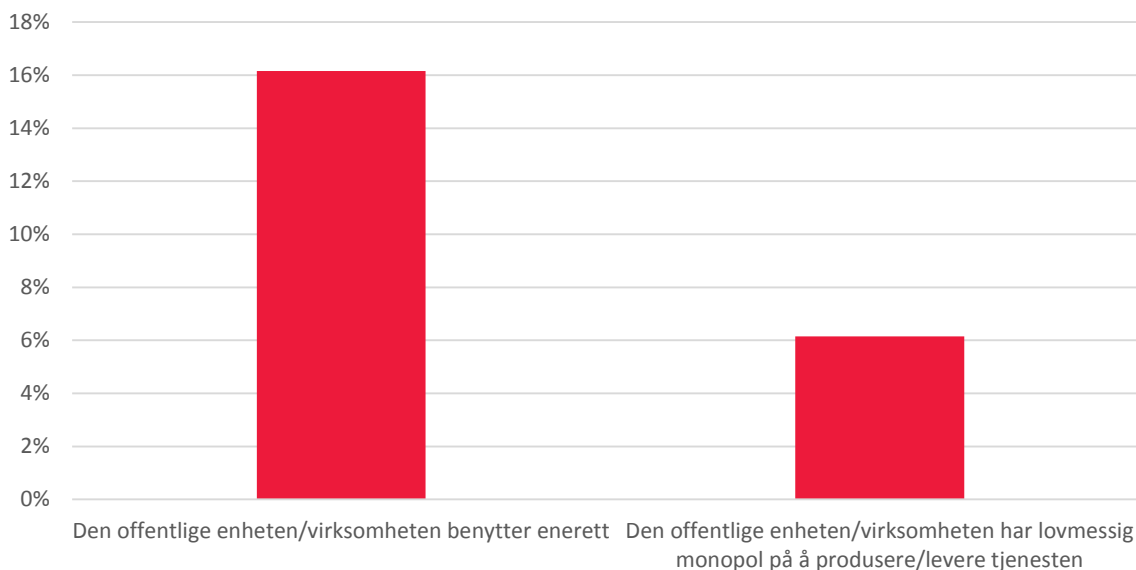
Det er også satt krav til at offentlige virksomheter med en vesentlig andel av sin omsetning i et privat marked ikke kan levere tjenester til det offentlige i egenregi, men må konkurrere på like

vilkår med private om oppdrag hos sin egen eier. I likhet med private aktører må offentlige aktører videre forholde seg til alminnelige konkurranseregler, og kan ikke utilbørlig utnytte en dominerende stilling i markedet eller inngå avtaler som kan begrense konkurransen.

I denne delen av rapporten er det primært statsstøtteregele og kryssubsidieringsproblematikk som vil kommenteres nærmere fra et juridisk ståsted. Det er først og fremst dette regelverket som utfordres når det private næringsliv møter konkurranse fra offentlige aktører i markedet.

### 6.3.1. Konkurranseshindrende forhold

BDOs analyser av konkurranseshindrende forhold viser at lovmessige årsaker er nevnt i over 20 % av svarene som er relatert til hvorfor man ikke får konkurrere med offentlige eide virksomheter.



Figur 6: Årsaker til konkurranseshindrende forhold, Kilde Spørreundersøkelsen til NHOs medlemsbedrifter, BDO 2016 (N=29)

Vi ser av figuren over, i den første stolpen, at det særlig er offentlige aktører som er gitt enerett til å levere visse typer tjenester som hindrer konkurranse. Dette forekommer i både statlig og kommunal sektor, men de underliggende analysene viser at det i størst grad gjelder i statlig sektor.

En annen konkurranseshindrende faktor er at det i enkelte markeder er et offentlig lovbestemt monopol eller at det er tildelt enerett på å utføre visse typer tjenester. Eksempelvis kan det bestemmes en begrensning for andre aktørers mulighet til å selge de aktuelle varene eller yte de aktuelle tjenestene i det relevante markedet generelt.

Monopolvirksomhet innebærer en begrensning i private aktørers mulighet til å drive den aktuelle virksomheten. For at det offentlige skal ha adgang til lovlig å opprette monopoler eller tildele eneretter, må det derfor være objektivt begrunnet i et såkalt tvingende allment hensyn, samt være proporsjonalt til dette hensynet. Dette følger av EØS-avtalen. Eksempler på slike hensyn kan være miljø og offentlig sikkerhet. EFTAs overvåkningsorgan (ESA) og EU-kommisjonen har på flere viktige områder vurdert og funnet at tildeling av eneretter og opprettelse av monopoler er i samsvar med EU- og EØS-reglene.

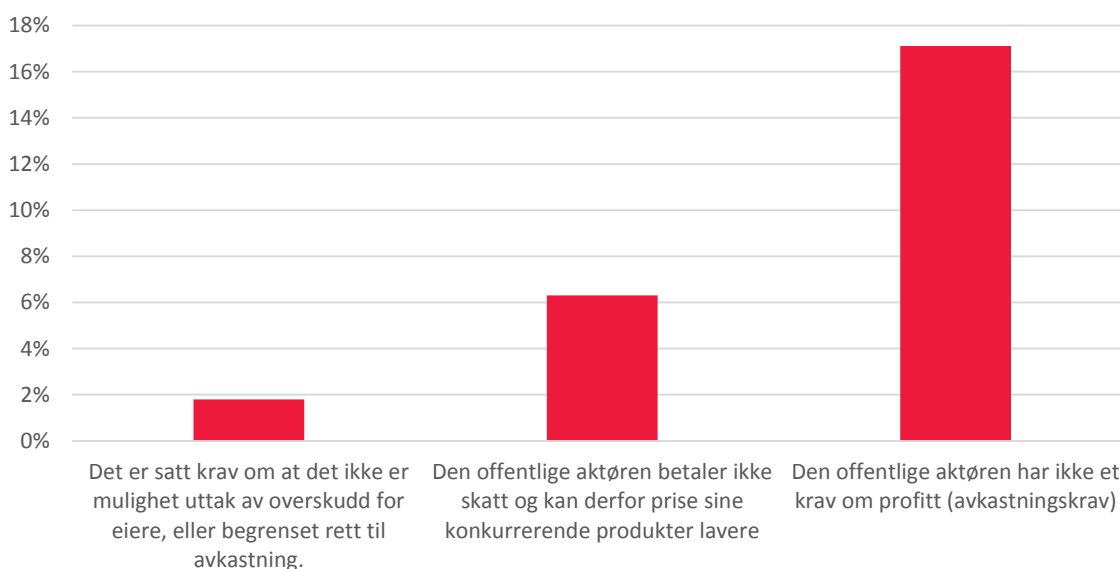
At et foretak er tildelt en enerett medfører imidlertid ikke at foretaket generelt kan operere uavhengig av annen tvingende lovgivning som konkurranse- og statsstøtteregele. Eksempelvis må foretaket forholde seg til både konkurranseloven og EØS-avtalens forbud mot misbruk av dominerende stilling. For det tilfellet at foretaket er tildelt en enerett samtidig som det konkurrerer

i andre markedssegmenter, må det videre sørges for at det ikke skjer ulovlig kryssubsidiering, dvs. at offentlige midler tiltenkt for skjermet virksomhet ikke tilflyter konkurranseutsatt virksomhet. Slik kryssubsidiering kan være både statsstøtte- og konkurranserettslig problematisk.

Vi går ikke nærmere inn på monopol og tildeling av enerett som konkurransehinder da dette er politiske bestemte forhold. Det er imidlertid viktig at det offentlige vurderer å kreve at slik virksomhet organisatorisk holdes adskilt fra eventuell annen virksomhet som drives i samme organisasjon, slik at det ikke kan oppstå ulovlig kryssubsidiering. Uten et slikt krav, er monopol- og enerettsbasert virksomhet indirekte en risiko for at det også er konkurransevridende forhold relatert til samme virksomhet, som neppe er politisk villet.

### 6.3.2. Konkurransesvridende forhold

Over 25 % av svarene nevner at lovmessige forhold er årsaker til konkurransevridning. Som figuren under viser, er dette særlig rettet mot mangel på avkastningskrav blant offentlige eide virksomheter.



Figur 7: Årsaker til konkurransevridende forhold, Kilde Spørreundersøkelsen til NHOs medlemsbedrifter, BDO 2016 (N=28)

Den siste stolpen i figuren over viser at over 16 prosent av de som svarte at de ikke får konkurrere med offentlige aktører, mener at det skyldes at offentlige aktører ikke har et avkastningskrav.

Medlemsbedriftene som har angitt dette som årsak til konkurransevridning befinner seg i svært ulike bransjer.

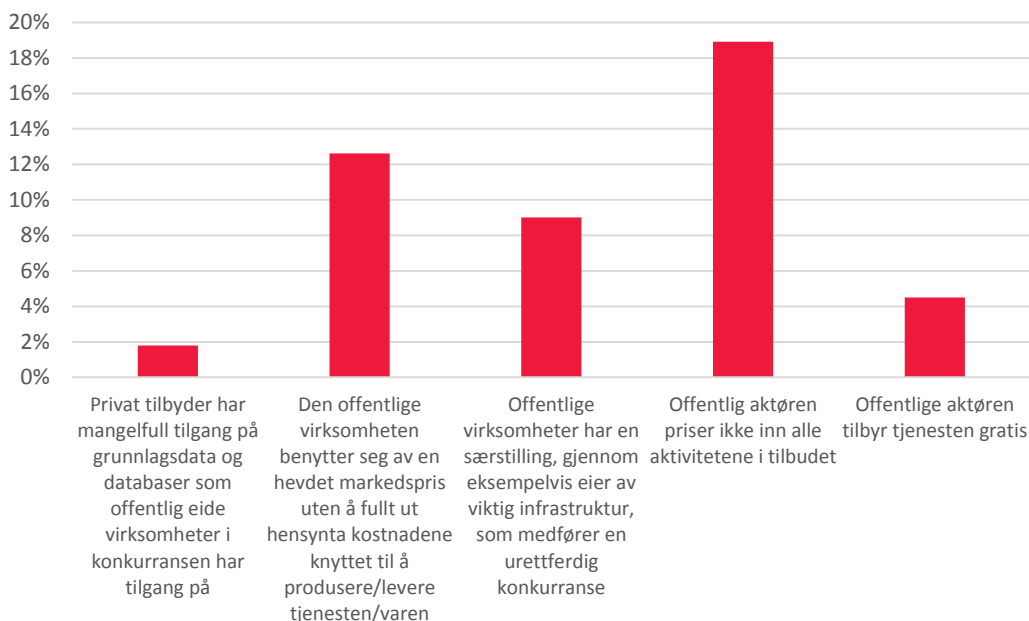
## 6.4. Økonomiske forhold

### 6.4.1. Konkurranshindrende forhold

Økonomiske forhold er ikke antatt å være av konkurranshindrende karakter.

### 6.4.2. Konkurransvridende forhold

Innenfor kategorien av årsaker til konkurransvridning, som innebærer at private aktører ikke når opp i konkurranse med offentlige eide virksomheter, er økonomiske forhold den hyppigst nevnte årsaken til mangel på konkurranse på like vilkår blant NHOs medlemsbedrifter.



Figur 8: Konkurransvridende forhold, Kilde Spørreundersøkelsen til NHOs medlemsbedrifter, BDO 2016 (N=52)

Vi ser av figuren over, i stolpe nummer 1-4, at mange av NHOs medlemmer mener at mangel på korrekt prising av aktiviteter og infrastruktur er den vanligste årsaken til hvorfor private ikke får konkurrere på like vilkår med offentlige aktører.

Medlemsbedriftene forteller at det er svært vanskelig å konkurrere med det offentlige på pris. Det poengteres fra respondentene at dette er vanskelig å bevise. Særlig pekes det på manglende transparens om hvordan det offentlige kalkulerer sine priser. Det er særlig grunn til å stille spørsmål om kostnadene som den offentlige aktøren har lagt til grunn for prissettingen i sitt tilbud er fullstendige.

Videre foreligger det utfordringer rundt tilgang til know-how og infrastruktur, f.eks. offentlige databaser og offentlige finansierte databaser, der det offentlige benytter dette i sin leveranse, men hvor dette ikke inkluderes i prisingen.

På dette området foreligger det allerede rammer i statsstøttereglene for det offentliges opptreden ved utøvelse av næringsaktivitet i konkurranse med private aktører. EØS-avtalens statsstøtteregler fastsetter et likebehandlingsprinsipp. Dette innebærer at der offentlige aktører utøver næringsaktivitet i konkurranse med private aktører, må aktørene underlegges de samme rammebetingelsene i den forstand at det ikke skal være fordelaktig å ha en offentlig eier. Det offentlige må dermed forholde seg til det såkalte markedsinvestorprinsippet.

Markedsinvestorprinsippet betyr i korte trekk at det må forventes at de kommersielle valg som en offentlig aktør tar (f.eks. prising) må være basert på markedsmessige forutsetninger; dvs. at de er

basert på de samme vurderinger som en kommersiell aktør ville valgt. Hvis mottakeren - her den offentlige aktøren - har fått en fordel som den ikke ville oppnådd under normale markedsmessige omstendigheter, vil det normalt være tale om støtte.

I praksis vil dette si at en offentlig aktør i konkurranse med en privat ikke skal ha noen fordeler utelukkende som følge av å ha offentlige eiere. Eksempelvis skal den offentlige eieren på samme måte som en hypotetisk privat eier kreve avkastning på investeringer og kreve markedsmessig rente på eventuelle lån. Markedsinvestorprinsippet har ikke bare relevans ved investeringer, men ved alle typer tiltak der det offentlige opptrer i markedet. Uten å gi opphav til støtterettslige problemstillinger kan den offentlige eier dermed ikke betale overpris for varer eller tjenester, gi gunstige leiebetingelser eller for øvrig gi tilgang på økonomiske goder som ikke ville vært ytet under normale markedsmessige forhold. Tilsvarende vil det heller ikke være adgang til å gi fritak for byrder som vanligvis skulle vært betalt, som f.eks. skatte- og avgiftslettelser.

Et annet eksempel som ofte gir opphav til støtteproblematikk, er kryssubsidiering. Dette kan forekomme der en offentlig aktør både driver skjermet og konkurranseutsatt virksomhet, og det ikke er sørget for tilstrekkelig organisatorisk og regnskapsmessig skille for å forhindre at offentlige midler tilflyter den konkurranseutsatte delen av virksomheten. Et klassisk eksempel på dette er der den konkurranseutsatte delen av en virksomhet får fordelaktige vilkår med hensyn til kjøp og leie av fellestjenester som uansett er tilgjengelig for den skjermede delen av virksomheten, f.eks. fri bruk av lokaler som begge deler av virksomheten bruker. For at det ikke skal oppstå støtteproblematikk i slike tilfeller, må det betales forholdsmessig leie for den bruken av slike tjenester som tilfaller den konkurranseutsatte enheten.

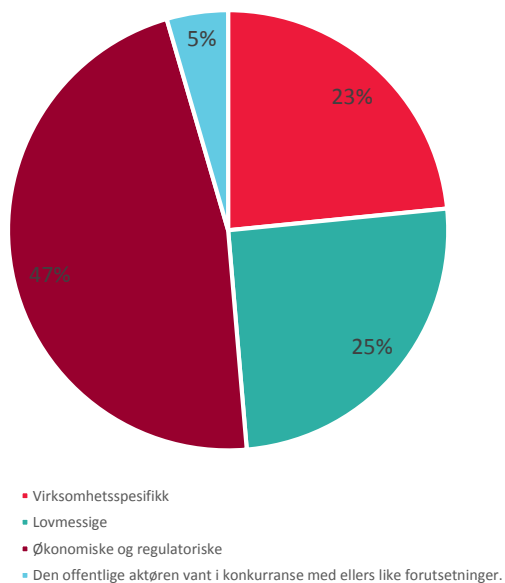
#### ***Nærmere om krav til avkastning for offentlige eiere***

En privat eier vil under normale omstendigheter stille krav til avkastning på sine investeringer. Hvor høy avkastning som kan forventes, vil avhenge av typen investering og i hvilket marked den aktuelle virksomheten er aktiv. For å unngå støtterettslige problemstillinger, må det ses hen til markedsinvestorprinsippet også ved investeringer og kapitaltilførsler foretatt av offentlige eiere. For å sikre samsvar med støttereglene, kan det være hensiktsmessig å foreta eksterne og uavhengige vurderinger når det offentlige gjør slike investeringer av en viss størrelse. Kun investeringer som - hensyntatt markedet og virksomheten for øvrig - vil gi «normal» markedsmessig avkastning, vil være på trygg støtterettslig grunn.

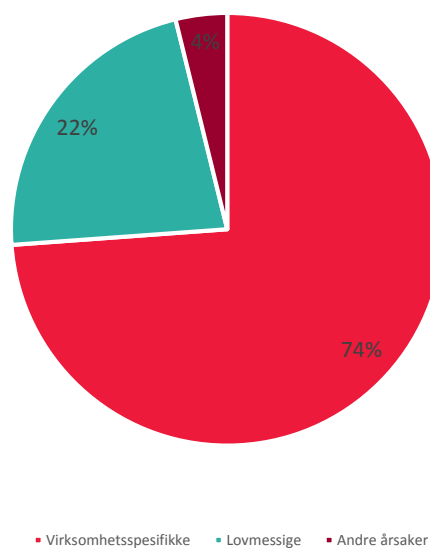
## 6.5. Oppsummering

Vår spørreundersøkelse til NHOs medlemsbedrifter viser at økonomiske forhold er den viktigste opplevde årsaken til hvorfor private selskaper ikke får konkurrere på like vilkår med offentlige aktører (se figur 9). Kun en liten del av medlemsbedriftene som har vært i konkurranse med offentlige aktører svarer at de har konkurrert på ellers like vilkår.

Samtidig viser vår undersøkelse at virksomhetsspesifikke og lovmessige årsaker er de viktigste opplevde årsakene til at NHOs medlemsbedrifter ikke får mulighet til å konkurrere med offentlige aktører. Virksomhetsspesifikke er den desidert viktigste årsaken.



Figur 9: Årsaker til konkurransevidende forhold, Kilde Spørreundersøkelse til NHOs medlemsbedrifter, BDO 2016



Figur 10: Årsaker til konkurransehindrende forhold, Kilde Spørreundersøkelse til NHOs medlemsbedrifter, BDO 2016



## 7. Utdypende eksempler fra virksomhetene

Nedenfor fremkommer konkrete og utdypende eksempler på forhold hvor bedrifter opplever å ikke bli likebehandlet med offentlige virksomheter for forskjellige typer sektorer/bransjer. Eksempelene er i stor grad anonymisert etter ønske fra respondentene. Påstander og vurderinger som fremkommer i teksten er skrevet av respondenten selv. Uttrykket «etter vår mening» eller uttrykk som inkluderer «vi» er da eksempler på uttrykket hvor respondentens selv beskriver saken.

### 1. Barnehagesektoren

*En privat virksomhet som driver barnehagetjenester har ikke fått mulighet til å konkurrere. Dette forklares av aktøren med at fagforbundet er svært sterke i regionen, og i samarbeid med kommuner har det medført en økt politisering etter det siste kommunevalget. I en spesifikk kommunene i regionen medførte dette at et barnehageprosjekt ble stoppet, og tomten ble solgt tilbake til kommunen etter valget.*

### 2. Annen tjenesteyting

*En privat virksomhet som leverer parkeringstjenester har utfordringer med å konkurrere med offentlige aktører. En norsk kommune kjøper inn applikasjoner til mobiltelefon, som de tilbyr som sitt eget til publikum, og derved bruker sin egen posisjon for å fremme sine kommunale produkter. I et annet tilsvarende tilfelle blir den private leverandøren av parkeringsløsningen (som) kommunen benytter nektet å informere om sin tjeneste/leveranser på parkeringsautomatene, ettersom kommunen selv kun vil profilere dette som deres egen løsning.*

### 3. Bygg- og anleggsvirksomhet

*En norsk kommune utlyste en konkurranse om elektriske installasjoner. Alle installatører som gir tilbud har ansatte som jobber fra (kl.) 7 til 15, minus matpause, altså 7.5 timer arbeidstid. Offentlig finansiert tilbyder har arbeidstid fra (kl.) 7.30 til 15.00 minus matpause, dvs. i praksis kun 7 timers effektiv arbeidstid til kommunen. Denne forskjellen med at antall timer som leveres er forskjellig har blitt påpekt, men kommunen tar ikke hensyn til denne forskjellen i sin vurdering.*

*En privat virksomhet påpeker at en norsk kommunene utfører elektrikerarbeid i egenregi uten at de er godkjent / registrert for slike jobber. Kommunen legger opp datapunkter og har også overtatt kontroller og endrer styresystemene sine. Ansatte i kommunen skriver heller ikke reelle timer benyttet - så det ser billigere ut enn å bruke private.*

*For en norsk privat virksomhet som leverer tjenester innenfor vedlikehold, bygging og drift i strømmettet er det utfordringer knyttet til å kunne konkurrere på pris. Den private aktøren forteller at dette er svært vanskelig å bevise, men det er grunn til å stille spørsmål ved om kostnadsbilde er riktig for den offentlig finansierte aktøren som kan selge overskuddskapasitet innenfor selvkost området.*

#### 4. Omsorgstjenester

*En privat virksomhet som leverer tjenester innenfor attføring og rehabilitering av mennesker konkurrerer med offentlig finansierte aktører. Den offentlige aktøren vant opplæringsanbud i fylket. Dette skyldes ifølge den private virksomheten at den offentlige aktøren ikke hadde inkludert alle kostnader til f.eks. lokaler, strøm, avgifter i sitt anbud. Den offentlige aktøren ble derfor valgt fordi de hadde laveste pris.*

#### 5. IT-utvikling

*KS har anskaffet egen open source læringsportal (uten anbud) og tilbyr kommuner bruk av denne løsningen vederlagsfritt (dekkes av KS medlemskapet). Dette gjør at kommunemarkedet er helt dødt for kommersielle aktører. Tilsvarende har DIFI nå lansert en felles statlig læringsportal. Løsningen basert på open source, anskaffelse uten anbud. DIFI har et flerfaset mål ift. å tilby statlige aktører vederlagsfri bruk av DIFIs LMS. DIFI bruker nå mye ressurser på å bygge intern kompetanse og ansetter egne ressurser. Igjen vanskelig å konkurrere med offentlige konkurrenter som «gir bort» løsningene sine. Vi er av de siste norske LMS-systemleverandørene og det gjør det ikke lettere å drive innovasjon og nyskaping når det offentlige kanalisere sine ressurser i egne løsninger som de selv skal forvalte og videreutvikle.*

#### 6. Opplæring og undervisning

*Bodø Industri AS tapte mot Opus Nordland vedrørende kurs for flyktninger. Den private virksomheten tapte på pris. I følge den private aktøren var de faktiske husleiekostnadene tatt med. Konkurrenten har derimot fylkeskommunale lokaler og driver annen fylkeskommunal undervisning med det personalet vi tror de tenkte å benytte i oppdraget.*

#### 7. Forretningsmessig tjenesteyting

*Advance Business Partner AS tapte mot Innovasjon Norge innenfor området konsulentvirksomhet innen internasjonal forretningsutvikling til Norad. I følge den private virksomheten brukte staten argumentet med «utvidet egenregi» for å unngå å sette oppdragene ut på anbud og gi de direkte til Innovasjon Norge. Dette til tross for at dette etter vår mening ikke er i samsvar med anskaffelsesregelverket da kriteriene for «utvidet egenregi» etter vår mening ikke er tilstede. IN eies 51 % av Nærings- og fiskeridepartementet og 49 % av fylkeskommunene. Norad er under UD. Verken kontrollkriteriet og heller ikke omsetningskriteriet er oppfylt for at utvidet egenregi skal kunne benyttes. Videre heter det i INs egne vedtekter at de ikke skal konkurrere mot norsk næringsliv der det finnes et etablert marked. Det var Advance Business Partner AS som i 1993 startet og utviklet disse programmene sammen med Norad. Etter hvert ble alle, unntatt det for Sri Lanka, overført til Eksportrådet og senere Innovasjon Norge uten konkurranseutsetting. I rapporten for BMMP Sri Lanka fremkommer det at våre leveranser har hatt betydelig høyere resultateffekt og lavere kostnader enn de programmene IN fikk overført uten konkurranse. Vi har bedt om å få lov til å være med på å gi tilbud på dagens program som er rettet mot Øst-Afrika, men dette ble bare tildelt Innovasjon Norge.*

*Det offentlige finansierer utvikling av bedrifter og forretningsmodeller for egne virksomheter med offentlige midler. Private blir ikke tilbudt de samme finansieringsmulighetene.*

## **8. Industri**

*En privat virksomhet konkurrerer med en skjermet virksomhet, som kan ta lavere priser fordi den er støttet fra det offentlige. Denne virksomheten leverer maskinerte deler på lik linje med private aktører. Konkurransen foregår derfor ikke på like vilkår.*

## 8. Veien videre og anbefalinger til videre prosess

Våre analyser som er presentert i denne rapporten viser at det foreligger en rekke forskjellige eksempler på og årsaker til at konkurranse mellom det offentlige og private ikke skjer på like vilkår. Dette gjelder både konkurransehindrende og konkurransevridende forhold. I dette ligger det også at det ikke finnes en eller noen få enkle løsninger for å nøytralisere konkurransevridende eller konkurransehindrende årsaker.

Nedenfor vil vi gjennomgå våre overordnede vurderinger av mulige tiltak og vurderinger av hvilke tiltak som vil gi størst effekt. Vi har også vurdert dette opp mot pågående prosesser i Norge og i våre naboland.

### 8.1. Pågående prosesser som kan bidra til at offentlige og private aktører i større grad kan konkurrere på like vilkår

For tiden er det flere pågående prosesser som forventes å ville ha effekt i forhold til konkurransesituasjonen mellom offentlige og private aktører. I hovedsak synes det imidlertid slik at de fleste av disse prosessene er utsatt i påvente av at det offentlige nedsatte utvalget har fremmet sine innspill, ref. 8.1.4.

#### 8.1.1. Endring i lov om interkommunale selskap

Lov om interkommunale selskaper (IKS-loven) gjelder foretak som eies av kommuner, fylkeskommuner eller interkommunale selskaper. Et interkommunalt selskap er et selvstendig rettssubjekt, med avtalekompetanse, partsstilling og egne rettigheter og plikter. Slik IKS-loven i dag er formulert, kan et IKS ikke gå konkurs i henhold til alminnelige konkursrettslige regler. Lovens garantiregler innebærer i realiteten at deltakerne (dvs. det offentlige) må dekke alle forpliktelsene som påhviler et interkommunalt selskap ved betalingsmislighold og eventuell fremtidig oppløsning. Dette gjør at det er lite risiko knyttet til å gi lån til et interkommunalt selskap, hvilket igjen gjør det enklere for dette selskapet å få tilsagn om lån til gunstige betingelser.

Det har over lenger tid vært reist spørsmål - blant annet fra ESA - om IKS-lovens forhold til statsstøttereglene. Hovedproblemstillingen er om lovens ubegrensede ansvarsform i kombinasjon med konkurrsforbudet i realiteten gir interkommunale selskaper en fordel i strid med statsstøttereglene. Etter nærmere utredninger har norske myndigheter kommet frem til at det er sannsynlig at IKS-lovens ansvarsregler er støtterettslig problematisk, og på denne bakgrunn er loven nå under revisjon. Når det gjelder ansvarsreglene, er det blant annet foreslått å endre ansvarsform fra dagens ubegrensede ansvar til et begrenset deltakeransvar etter mønster fra bestemmelser i aksjeloven.

Ettersom interkommunale selskaper utgjør en del av de offentlige aktører som driver økonomisk aktivitet, vil ikrafttredelsen av en IKS-lov som fullt samsvarer med statsstøttereglene kunne bøte på noen av de utfordringer som private aktører i dag møter på i konkurranse med det offentlige.

#### 8.1.2. Utkast til ny kommunelov

Kommunal og moderniseringsdepartementet har fortiden utkast til ny kommunelov (NOU 2016:4) ute på høring. Frist for tilbakemeldinger på høringsrunden er satt til 6. oktober 2016<sup>7</sup>. Utredningen tar i kapittel 22 for seg forholdet hvor kommunene opererer som markedsaktør, men fremmer ikke konkrete innspill til dette forholdet i utkastet til ny lov. Lovutredningen viser til at kommunene har et betydelig omfang av eierinteresser i aksjeselskap og interkommunale selskap, og at kommunene

<sup>7</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---nou-20164-ny-kommunelov/id2481627/>

driver forretningsmessig aktivitet. Lovutredningen påpeker også at en regulering har mer vidtrekkende konsekvenser enn kun for kommuneloven, og at dette inkluderer bla. skatteloven og IKS-loven. Det vises til at regjeringen har startet et eget arbeid for dette området, og det henvises til at det her må foreligge en helhetlig tilnærming. Det fremmes derfor intet eget forslag.

Utredningen peker derimot på at en eventuell regulering av kommunenes adgang til å kunne tilby tjenester i et marked, ikke må være så begrensende at en kommune ikke kan selge ubenyttet overskuddskapasitet der hvor dette er mulig. Årsaken oppgis å være at dette er samfunnsøkonomisk uheldig, uten at utredningen samtidig stiller spørsmålet om kommunen da heller burde vurdere om det er mulig å selv kjøpe tjenesten i markedet.

Utredning har som anbefaling at det gjennomføres en kartlegging av den økonomiske aktiviteten i kommunene, for å vurdere om den kan være i strid med regelverket.

Vi mener lovutvalget her burde prioritere annerledes. Denne type beslutninger bør etter vår oppfatning baseres på en vurdering av tilgangen på tjenesten eller varen i markedet og prising/økonomi, og ikke at en kommune selv skal produsere noe som kan selges i et marked som den ikke har fullt ut behov for i egen regi.

### **8.1.3. Pågående ESA-spørsmål om skattelovens generelle fritak for kommuner/fylkeskommuner av 15 desember 2015**

Kommuner er i utgangspunktet fritatt fra skatteplikt. Dette følger av skatteloven § 2-30 (1) bokstav c. hvor dette unntaket er generelt formulert. Dette gjelder da ikke bare når kommunene driver med tradisjonell forvaltningsmyndighet, men også når kommunene driver ren forretningsvirksomhet (økonomisk aktivitet). Efta Surveillance Authority (ESA) fokuserte i 2013 spesifikt på kommunenes fritak for beskatning av overskudd knyttet til aktivitet de hadde innen håndtering av næringsavfall, og dette medførte at skatteloven ble endret, og skatteplikt for dette spesifikke området ble innført pr. 01.01.2014. (Skattelovens § 2-5, bokstav c.)

ESA anser at dagens ordlyd i skatteloven også omfatter en generell problemstilling rundt den økonomiske aktiviteten i kommunene og skattefritak, utover avfallssektoren, og viderefører derfor dialogen med norske myndigheter vedørende om all økonomisk aktivitet i kommunene bør bli skattepliktig. Videre arbeide med denne saken avventer innspillene fra arbeidsgruppen omtalt i punkt 8.1.4.

**8.1.4. Offentlig nedsatt arbeidsgruppe for å foreslå tiltak som kan styrke konkurransen**  
Nærings- og fiskeridepartementet informerte i en pressemelding i juni 2016 at regjeringen har bestemt å nedsette en ekstern arbeidsgruppe som skal utrede og vurdere konkurranseforholdene mellom offentlig og privat virksomhet.

*«Regjeringen er opptatt av at det skal være like konkurransevilkår for private og offentlige aktører når de er i samme marked. Når konkurransevilkårene er ulike, kan det føre til at gode og effektive bedrifter presses ut av markedet, sier næringsminister Monica Mæland.»<sup>8</sup>*

## **8.2. Tiltak rundt konkurranse i Finland**

Finland endret sin kommunelov i 2013 etter et vedtak i EU-kommisjonen om at den daværende finske modellen med konkursbeskyttelse og skattefritak for kommunale virksomheter var i strid med EUs regler om statsstøtte.

<sup>8</sup> <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/vil-bedre-konkurransen/id2503853/>

Finland valgte å innføre krav i lovens kapitel 15, herunder at kommunene må skille ut oppgaver som blir utført i et marked og i en konkurransesituasjon i egne rettssubjekt, men etablerte samtidig en rekke unntak.

Den finske kommunelovens § 126 inneholder en plikt til å skille ut økonomisk aktivitet i et marked, og definerer samtidig opp unntakene sammen med § 127, herunder at aktivitet som følger av lovpålegg ikke skal anses som økonomisk aktivitet.

### 8.3. Anbefalinger fra en nylig publisert rapport i Danmark

Konkurranserådet i Danmark publiserte nylig en rapport om «Offentlige aktiviteter på kommersielle markeder»<sup>9</sup>. Rapporten påpeker blant annet at danske konkurranseregler ikke lever opp til OECDs anbefalinger. På bakgrunn av en kartlegging av blant annet statlige aktørers inntektsdekkende virksomhet, kom Konkurranserådet i Danmark til følgende anbefalinger for å sikre at konkurransevridende forhold ikke finner sted:

1. At det som hovedregel alltid skal beregnes fortjeneste ved salg når en offentlig aktør selger sine varer eller tjenester i et marked.
2. At det utarbeides bindende regler om prisfastsettelse etter konkurransenøytralitetsprinsipper for økonomisk virksomhet. Herunder bør man implementere OECDs anbefalinger på området, som inkluderer blant annet:
  - Skattenøytralitet (offentlig virksomheter skal inkludere skatt som kostnad)
  - Reguleringsnøytralitet
  - Inkludering av en rimelig kommersiell fortjeneste
3. Det skal sikres at de administrative omkostninger ved etterlevelsen av reglene står i forhold til omfanget av den økonomiske aktiviteten og risikoen for konkurransevridning, herunder skal det vurderes om det skal fastsettes en bagatellmessig grense for kommersielle aktiviteter som kan unntas fra reglene.
4. Reglene om prisfastsettelse for offentlig kommersiell aktivitet bør gjelde på alle områder hvor det er hensiktsmessig med like konkurransevilkår, herunder offentlig kontrollbud<sup>10</sup>.
  - Dette bør innføres i relevant lovverk, for å skape like konkurransevilkår

### 8.4. Hvilke muligheter har man dersom en konkurranse ikke skjer på like vilkår

Ved mistanke om at en offentlig aktør opererer på mer fordelaktige vilkår enn øvrige aktører i et marked, vil et første skritt kunne være å ta direkte kontakt med den aktuelle offentlige aktøren og be om at støtten opphører, og tidligere gitt støtte kreves tilbakebetalt. Støtte som springer ut av et vedtak, vil ofte kunne påklages forvaltningsrettslig.

Videre kan enkelte brudd på statsstøttereglene håndheves ved å anlegge sak for norske domstoler. Dette er imidlertid en lite kjent og lite benyttet fremgangsmåte. Vi antar at denne muligheten vil bli benyttet hyppigere når det blir mer kjent i markedet at det er mulig å håndheve slike brudd på et nasjonalt plan.

---

<sup>9</sup> Konkurranserådet 2016. «Offentlige aktiviteter på kommersielle markeder». Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Online ISBN 978-87-7029-634-2

<sup>10</sup> Kontrollbud er ikke tilbud i juridisk forstand, men derimot en øvelse som det forutsettes at kommunen gjennomfører før den eventuelt konkurranseutsetter en oppgave. Kontrollbud skal lages på samme vilkår som de eksterne tilbudene. Alle omkostninger, både indirekte og direkte, skal med i kontrollbudet, som skal benyttes i sammenlikning med innkomne tilbud i konkurransen.

Ettersom vi i Norge ikke har noe særskilt administrativt håndhevingsorgan for statsstøttesaker, er det i praksis klage til ESA som har vært benyttet ved mistanke om brudd på støttereglene. Selv om en prosess for ESA kan være noe tidkrevende, vil en klage til ESA ofte være den mest praktiske løsningen der offentlige organer ikke endrer adferd av eget tiltak.

Da støttereglene kan være noe kompliserte, kan det være hensiktsmessig å be om råd og bistand fra næringslivsorganisasjoner eller andre medlemsorganisasjoner i slike saker. Videre har Nærings- og fiskeridepartementet, som ansvarlig departement for statsstøttereglene, en veiledningsplikt. Departementet vil ofte kunne være behjelpelige i å finne frem i regelverket. En kan også kontakte ESA for veiledning om hvordan regelverket skal forstås.

Det kan også tenkes en rekke andre strategier for å få endret konkurranse som finner sted på ulike vilkår. Mediene vil kunne være interessert i slike saker, og en kan ofte søke å løse sakene på politisk plan uavhengig av om støtten skulle være lovlig eller ikke.

### **8.5. Konkurransen på like vilkår - 10 forslag til tiltak**

BDO/Kluge foreslår nedenfor en 10-punktsliste over tiltak som kan bidra til å styrke at konkurranse skjer på like vilkår.

#### **1. Sette krav til at offentlig eiet virksomhet som skal levere tilbud i et privat marked må gjøre dette gjennom en selvstendig økonomisk og juridisk enhet i form av et aksjeselskap eller liknende**

Det vil si et krav om selskapsmessig utskillelse av kommersiell virksomhet der det offentlige deltar i markedet. Offentlig eiet virksomhet som skal levere tilbud i et privat marked må gjøre dette gjennom en selvstendig økonomisk og juridisk enhet i form av et aksjeselskap eller liknende. Som alternativ modell kan eventuelt modellen som er valgt for Analysesenteret i Trondheim benyttes, der det er etablert et eget salgsselskap som leier ressurser fra kommunen.

Dette tiltaket anses som det aller viktigste, og harmonerer også med andre lands reguleringer og uttalelser fra ESA. Tiltaket kan ikke anses å være komplekst å gjennomføre da det offentlige allerede i dag er godt kjent med og løpende benytter selskapsorganisering. Samfunnsøkonomisk vurdert er det ikke kostbart å etablere eller drive aksjeselskap, mens effekten av klare rammer, transparens og kontrollmuligheter, bl.a. krav om offentlige regnskap og revisjon. Dette er også i tråd med OECD sine anbefalinger på området<sup>11</sup> for offentlig eide selskap som opererer i et marked.

#### **2. Gi Konkurransetilsynet hjemmel til å gripe inn og gi pålegg til offentlige virksomheter som opptrer i markedet**

Det kan ofte være tidkrevende og kostbart å oppnå like konkurransevilkår. Konkurransetilsynet vil være velegnet til å kunne vurdere hvilke tiltak som eventuelt bør iverksettes overfor offentlige virksomheter som opptrer i konkurranse med private. Finland har gitt finske konkurransemyndigheter en slik hjemmel, og ved utarbeidelse av en norsk hjemmel kan man hente inspirasjon fra denne.

Dette tiltaket kan ikke anses å være komplekst å gjennomføre da konkurransetilsynet allerede i dag er etablert og mottar en rekke klager vedrørende denne type forhold, men har ikke prioritert å behandle dette per i dag. Samfunnsøkonomisk vurdert anses det ikke kostbart å utvide tilsynet, mens effekten av tilsyn og kontrollmuligheter innebærer etter vår vurdering muligheter for en

---

<sup>11</sup> OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises (2015, OECD)

betydelig samfunnsøkonomisk gevinst. Tiltaket vil være spesifikt rettet mot en viss type aktivitet i det offentlige, og bør kombineres med andre tiltak, som minimum regnskapsmessig skille og rapporteringsplikt, for å sikre at tilsynet kan gjøre en effektiv jobb. Dette vil også være relativt treffsikkert for virksomheter som allerede er etablert som aksjeselskap og som utfører kombinasjon av offentlige oppgaver og kommersiell aktivitet.

**3. Sette krav til at private virksomheter, stiftelser, foreninger mv. som mottar tilskudd og som samtidig skal levere tilbud for tilleggstjenester / andre tjenester i et privat konkurranseutsatt marked må gjøre dette gjennom en selvstendig avgrenset økonomisk og juridisk enhet i form av et aksjeselskap eller liknende**

Alternativt, som minimum, kreve at det må kunne vises til et fullstendig regnskapsmessig skille for resultatregnskap og balanseregnskap.

Dette tiltaket kan ikke anses å være komplekst å gjennomføre da aksjeselskap o.l. er utbredte organiseringsformer per i dag. Samfunnsøkonomisk vurdert er det ikke kostbart å etablere eller drive aksjeselskap e.l., mens effekten av klare rammer, transparens og kontrollmuligheter innebærer etter vår vurdering muligheter for en betydelig samfunnsøkonomisk gevinst. Alternativet med regnskapsmessig skille anses å ha svært lave kostnader da de fleste virksomheter i dag har krav om et regnskap, og at innføring av et regnskapsmessig skille kan la seg gjøre i de aller fleste situasjoner med svært begrensede administrative kostnader, mens nytte ved høy grad av transparens og derigjennom reduserte kostnader for tilsyn vurderes å gi en betydelig samfunnsøkonomisk gevinst. Ved regnskapsmessig skille bør det etableres et krav om at segmentregnskapene bør fremkomme i notene til regnskapet, dvs. separate regnskap for hvert aktivitetsområde delt mellom offentlig finansierte oppgaver og kommersiell aktivitet. Dette vil gi de som opplever urettferdig konkurranse innsyn til å kunne fremme en klar sak for f.eks. konkurransetilsynet eller ESA.

**4. Sette krav til at offentlige virksomheter og forskningsinstitusjoner mv. må prise bruk av know-how og datamateriale som er utviklet gjennom offentlig finansiering. Herunder krav om prising av høy forskerkompetanse, professorerfaring, mv.**

Alternativt at dette ikke kan vektlegges som tildelingskriterium og/eller at private tilbydere må tilbys fri tilgang.

Dette tiltaket kan ikke anses å være komplekst å gjennomføre da krysssubsidiering ikke er tillatt per i dag, og virksomhetene allerede er pålagt å innrette seg etter dette. For dette området antas det å måtte utarbeides informasjonsmaterieell rundt regelverk og etterlevelse. Kontroll og tilsyn av denne type problematikk vil være krevende, da det vil være utfordringer ifht. prisingsmodeller og gjennomgang av disse, inkl. hva er den økonomiske effekten eller gevinsten av f.eks. know-how. Videre må det kreves timebudsjetter og timelister, noe man i stor grad ikke er vant med i denne sektoren. Ytterligere bør det også vurderes om kunnskap og databaser som utelukkende er utviklet eller etablert ved bruk av offentlige midler, bør avtalesfestes å skulle offentliggjøres eller tilgjengeliggjøres for alle i en tilbudskonkurranse.

**5. Sikre at private tilbydere også får tilgang på nødvendig infrastruktur**

Dette innebærer eksempelvis at private vaktsselskaper får tilgang til å benytte direkte linje til varslingsmottaket på brannstasjonen. Dette blir lik Telenor-modellen, der Telenor har vært forpliktet til å tilby tilgang for andre tjenesteleverandører via Telenors infrastruktur.

Dette tiltaket vil kunne variere i kompleksitet avhengig av bransje og type infrastruktur, men har lenge vært en kjent modell innenfor Telecom. Den samfunnsøkonomiske nytten avhenger av kostnadene som oppstår og hvor effektiv reguleringen vil være. Man har gode erfaringer fra



telecom-sektoren, og erfaringene viser at det er relativ god treffsikkerhet av tiltaket. Løsningen krever dog oppfølging og tilsyn for å sikre at prisingen og tilgangen til infrastrukturen som kreves er rettferdig og reell.

#### **6. Stramme inn på retten til å drive utvidet egenregi**

Dette tiltaket kan ikke anses å være komplekst å gjennomføre da anskaffelsesregelverket allerede i dag pålegger en rekke vurderinger og dokumentasjonskrav for å kunne effektivere egenregi innenfor regelverket. Samfunnsøkonomisk vurdert anses det ikke kostbart å endre vurderingene til å tilpasses en mer restriktiv tilnærming som forventes å innebære økt konkurranseutsetting. Den samfunnsmessige gevinsten vil avhenge av at innstrammingen medfører at det offentlige kan kjøpe tjenestene mer effektivt i et marked. Konkurransetilsynet peker i sin europeiske rapport i februar 2016<sup>12</sup> på at kommunenes samarbeid på avfallssektoren bidrar til fravær av konkurranse og derved bl.a. høye kostnader. Klageorganet for offentlige anskaffelser (KOFA) vil da være det organet som formelt sett vil følge opp denne problemstillingen. De har allerede gode rutiner på klagebehandling.

#### **7. Endre skattereglene, slik at all kommersiell/økonomisk aktivitet i offentlige virksomheter på generelt grunnlag blir skattepliktig på lik linje med private virksomheter**

Dette tiltaket kan ikke anses å være komplekst å gjennomføre da det i 2014 ble innført skatt på kommunal behandling av næringsavfall. Dette kom da i tillegg til at det allerede forelå skatteplikt på andre spesifikke områder i kommunene/fylkeskommunene som f.eks. for kraft. Samfunnsøkonomisk vurdert anses det ikke å være en vesentlig kostnad knyttet til å utvide skatteplikten, og det offentlige vil også kunne tilpasse seg et evt. merarbeid ved skatteplikt ved å utvikle den økonomiske aktiviteten. Effekten av like vilkår, samt tilsyn og kontrollmuligheter innebærer på den annen side etter vår vurdering muligheter for betydelig samfunnsøkonomisk gevinst. Videre vil økt skatteproveny til staten vil kunne gi en mer samfunnsøkonomisk effektiv bruk av disse midlene. En generell skatteplikt vil etter vår vurdering være et treffsikkert tiltak, og vil innlemmes i Skatteetatens effektive regime rundt kontroll og tilsyn av skatteplikten.

#### **8. Endre lov om offentlige anskaffelser / forskrift om offentlige anskaffelser til å i større grad hindre bruk av tildelingskriterier som favoriserer offentlige tilbydere**

Alternativt at det innarbeides regler som klart fastsetter hvilke faktorer og forhold som ikke kan benyttes som kriterier i en anskaffelse. Videre kan det også utformes en veileder til anskaffelseslovgivningen som presiserer hvilke særskilte hensyn som skal tas for å sikre konkurranse på like vilkår.

Dette tiltaket kan ikke anses å være komplekst å gjennomføre da anskaffelsesregelverket allerede i dag pålegger det offentlige en rekke vurderinger og dokumentasjonskrav for å sikre at anskaffelsene er innenfor regelverket. Samfunnsøkonomisk vurdert anses det ikke kostbart å endre vurderingene til å tilpasses en mer restriktiv tilnærming. Det foreligger allerede flere veiledere på området i dag. Det vil følge naturlig av en lov og forskriftsendring at disse bør oppdateres. Den samfunnsmessige gevinsten vil avhenge av at innstrammingen medfører at det offentlige kan kjøpe tjenestene mer effektivt i et marked.

#### **9. Arbeide for å utvikle en tverrpolitisk enighet om å avklare på hvilke områder og under hvilke forutsetninger det bør oppfordres til å vurdere private tilbydere som alternativ til offentlig organisering**

Dette tiltaket vil kunne ha noen politiske utfordringer, men kan ikke anses å være svært komplekst å etablere. Se vår drøftelse av dette temaet under 4.2.

---

<sup>12</sup> <http://www.konkurransetilsynet.no/nb-NO/aktuelt/nyheter/2016/avfallsrapport/>

Dette tiltaket kan også kombineres med å utvikle veiledningsmateriell som beskriver forutsetningene for egenregi, viktige anskaffelsesfaglige temaer (f.eks. hvordan man sikrer nøytrale tildelingskriterier), fallgruver ved konkurranse der både det private og offentlige gir tilbud, forholdet til statsstøtteregele og andre viktige temaer som bidrar til å sikre kunnskapen om hva som er lovlig og ikke-lovlig offentlig organisering av kommersiell virksomhet.

## 10. Sikre transparens

Ved å f.eks. kreve at en offentlig virksomhet som tilbyr tjenester i et kommersielt marked må utvikle et fullstendig regnskap etter ordinære regnskapsregler for privat sektor, som videre er underlagt særskilt revisjon og innsynsrett, vil det kunne være lettere for private aktører, media mv. å skaffe seg innsyn i hvorvidt konkurransen har skjedd på like vilkår.

Det kan også innføres et notekrav der det må oppgis hvilke inntekter den offentlige virksomheten har som er opptjent basert på en tilbudskonkurranse i offentlig sektor og de totale inntektene som den offentlige virksomheten har mot kunder i privat sektor eller andre offentlige virksomheter.

Det vil være noe krevende å sette opp et slikt regnskap, men ikke særlig ressurskrevende. Den samfunnsmessige nytten vil kunne oppleves å være stor dersom kravet medfører at det blir en mer samfunnsøkonomisk effektiv konkurranse. Tiltaket vil forventes å ha en middels treffsikkerhet ifht. å sikre konkurranse på like vilkår.

### 8.6. Andre, ikke anbefalte løsninger

#### Det kan også diskuteres å åpne for utfordringsrett

Utfordringsretten innebærer at private gis en rett til å levere inn tilbud på oppgaver som utføres av det offentlige, og på den måten initiere en plikt for det offentlige til å realitetsbehandle tilbudet, og vurdere det opp mot kostnadene ved å fortsette å utføre oppgaven i egenregi. Utfordringsrett har tidligere vært debattert i Norge og avvist. Dette vil i så fall måtte være en løsning som må vurderes tilpasset og spisset i større grad enn tidligere forslag. Vi tror imidlertid et slikt tiltak er lite treffsikkert og kan være samfunnsøkonomisk kostbart da det vil kreve økt direkte ressursbruk i både privat og offentlig sektor og økt indirekte ressursbruk for tilsyn og kontroll.

#### Innføre forbud mot at offentlige virksomheter etablerer økonomisk aktivitet og selger varer eller tjenester i et marked

For enkelte sektorer eller typer virksomheter kan det vurderes å innføre et slikt forbud, gjennom regulering i lov, forskrift eller vedtekter til den enkelte virksomhet. Det vil uansett være behov for å kunne gjøre unntak eller avgrensninger, spesielt i de deler av Norge hvor det muligens ikke vil foreligge et tilbud uten offentlig aktivitet, som f.eks. innsamling av næringsavfall i deler av Finnmark, eller for salg av resirkuleringsprodukter fra VAR-sektoren.

Dette tiltaket kan ikke anses å være komplekst å gjennomføre, og det har til vår kunnskap allerede vært diskutert forbud i KMD i tilknytning til høringsrunden for endringene i IKS-loven. Samfunnsøkonomisk er det vanskelig å vurdere en effekt av dette i forhold til man må avvikle eksisterende økonomisk aktivitet, men gitt en overgangsperiode antas det at virksomheten f.eks. kan selges til private. Tiltaket forventes å være svært effektiv og treffsikkert, men kan ha lavere treffsikkerhet der hvor aktiviteten organiseres i f.eks. et aksjeselskap eiet/deleiet av det offentlige.

## 9. Avsluttende kommentarer

Denne rapporten peker på forhold som påvirker konkurransen mellom private og offentlige tilbydere der disse møtes i konkurranse, de facto. Ofte vil en diskusjon om konkurransemessige forhold mellom private virksomheter og det offentlige bli politisk. BDO har i dette arbeidet lagt stor vekt på å skille mellom hvilke forhold som skyldes en villet politikk og hvilke forhold som mer synes å være en utilsiktet effekt. Utilsiktede effekter oppstår når det blant annet skjer en tilpasning over tid til et mangelfullt regelverk, fordi regelverk ikke er kjent eller av andre årsaker, f.eks. kulturelle og historiske forhold. Vår rapport er ment å kunne fasilitere en debatt der det kan diskuteres om disse forholdene bør endres og i så fall hvilke virkemidler som vil gi best effekt, uten at vi griper inn i politiske valg.

Vi har foreslått 10 konkrete tiltak. Disse vil kunne implementeres samlet dersom det innføres et eget regelsett og tilhørende veiledningsmateriell for konkurranse på like vilkår i offentlig sektor. Samtidig vil det, dersom det skal ha full effekt, også måtte gjennomføres endringer innenfor relevante lover og regler.

Vi håper med dette at rapporten er til inspirasjon og diskusjon for interesseorganisasjoner, myndigheter og samfunnsengasjerte lesere for øvrig, og at den er egnet til å skille diskusjonen fra politiske ståsted.