

Memo

Dato:	10. november 2025
Til:	Kinn kommune
Fra:	Deloitte Spinco AS v/ forretningsjuridisk rådgiver Marthe Eikeskog
Emne:	Kjøp av tjenester fra kommunalt foretak

1. Innledning

Kinn kommune har et kommunalt foretak, Bordgleder Kinn Kommune KF («Bordgleder»). Bordgleder leverer ferdigretter til kommunale institusjoner, og har tidligere også solgt til eksterne kunder. For å utnytte kapasiteten og bidra til økonomisk overskudd, ønsker Bordgleder noe salg til eksterne.

Kommunen har bedt om en juridisk vurdering av hvilke regler som gjelder når et kommunalt foretak (KF) selger varer eller tjenester til private. Særlig ønskes det vurdert:

- Regler for pris og fordeling av kostnader
- Forholdet mellom kommunen og foretaket
- Regler om konkurranse og statsstøtte.

I tillegg ønsker kommunen en redegjørelse av juridiske fordeler og ulemper ved organisering av virksomheten som et KF vs. at tjenesten tilbys direkte fra kommunen. Andre organisasjonsformer (eks. AS og IKS) drøftes ikke i dette notatet.

Notatet peker på sentrale problemstillinger som kommunen må være oppmerksom på, men går ikke i dybden på hva løsningen må bli for kommunen. Redegjørelsen er ment å gi kommunen en oversikt over problemstillinger og et grunnlag for å vurdere hva som eventuelt krever nærmere avklaringer eller vurderinger.

2. Bordgleders salg i privatmarkedet

2.1. Statsstøtteregelverket setter begrensninger

Statsstøtteregelverket gjelder når det offentlige driver markedsorientert aktivitet. Dette gjelder både KF og kommuner. Det er særlig viktig å være oppmerksom på problemstillinger knyttet til ulovlig krysssubsidisering, skattefritak og konkursimmunitet.

Når en kommune, enten selv eller gjennom et kommunalt foretak, tilbyr tjenester både til kommunen selv og i privatmarkedet, oppstår flere viktige problemstillinger knyttet til statsstøtteretten. Disse problemstillingene springer ut av EØS-avtalens regler om forbud mot ulovlig statsstøtte.¹

EØS-avtalen forbyr støtte som gis av offentlige midler og som kan vri konkurransen ved å gi enkelte foretak en fordel som ikke er tilgjengelig for andre aktører i markedet. For at en støtte skal anses som ulovlig statsstøtte, må flere vilkår være oppfylt samtidig, blant annet at støtten gis til en enhet som driver økonomisk aktivitet, at den påvirker konkurransen, og at den påvirker samhandelen mellom EØS-land.

¹ særlig artikkel 61 første ledd.

Deloitte AS and Deloitte Advokatfirma AS are the Norwegian affiliates of Deloitte NSE LLP, a member firm of Deloitte Touche Tohmatsu Limited, a UK private company limited by guarantee ("DTTL"). DTTL and each of its member firms are legally separate and independent entities. DTTL and Deloitte NSE LLP do not provide services to clients. Please see www.deloitte.com/about to learn more about our global network of member firms.

Deloitte Norway conducts business through two legally separate and independent limited liability companies; Deloitte AS, providing audit, consulting, financial advisory and risk management services, and Deloitte Advokatfirma AS, providing tax and legal services.

Deloitte SpinCo AS is a subsidiary of Deloitte AS providing audit, accounting and advisory services in Florø, Førde, Sogndal, Knarvik, Haugesund, Lyngdal, Kristiansand, Grimstad, Tønsberg, Grenland, Drammen, Gran and Gjøvik. On 7 August 2025 Deloitte AS entered into an agreement to sell Deloitte SpinCo AS to Cedra Group Norge AS (the "Transaction"). The Transaction is inter alia subject to approval by the competition authorities and is expected to be completed in the fourth quarter of 2025.

Det at kommunen er et offentlig organ, utelukker ikke at kommunen også driver med økonomisk aktivitet. Dette vil for eksempel være tilfelle der kommunen som i utgangspunktet ikke utøver en økonomisk aktivitet, selger overskuddskapasitet i markedet.²

2.2. Kommunen i konkurranse med private

I motsetning til private aktører, kan kommuner ikke gå konkurs, og de har skattefritak. Et spørsmål etter statsstøtteregelverket har derfor vært om kommunen har en iboende konkurransefordel sammenlignet med private aktører, og om dette begrenser adgangen til å drive næringsvirksomhet.

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) startet i 2013 en sak mot Norge, og mente i utgangspunktet at kommunene fikk ulovlig næringsstøtte til sin virksomhet i markedet på grunn av deres konkursimmunitet og skattefritak. Norge ble da bedt om å vurdere å innføre en plikt til å skille ut denne type økonomisk aktivitet i selskaper som betaler skatt og kan gå konkurs.

Norge har inntatt et standpunkt om at det ikke er nødvendig med et generelt forbud eller særskilt regulering av kommunal næringsvirksomhet. I stedet varslet norske myndigheter en sektorvis gjennomgang for å regulere de aktivitetene der det var behov for nye reguleringer for å sikre at kommunene konkurrerte på like vilkår som private når de driver næringsvirksomhet.

Spørsmålet om kommuners konkursimmunitet innebærer ulovlig statsstøtte har også vært tema i domstolene, uten at det har blitt noen avklaringer.

Dermed er statsstøtteregelverket i utgangspunktet ikke generelt til hinder for at kommunen eller kommunale foretak kan drive markedsaktivitet i konkurranse med private. Det er likevel et område hvor det kan komme nye reguleringer eller domstolspraksis som legger føringer for om og hvordan kommuner kan opptre, eller hvor det legges begrensninger på enkelte sektorer eller aktiviteter.

2.3. Pris og kostnadsallokering

Når kommunen driver økonomisk aktivitet i privatmarkedet, må denne virksomheten skje på markedsmessige vilkår. Det innebærer at Bordgleder må prise sine tjenester til eksterne kunder på en måte som tilsvarer prisingen til en privat, profittorientert aktør under sammenlignbare forhold – inkludert alle relevante kostnader og en rimelig fortjeneste. Bordgleder er altså ikke bundet til den samme prisen som kommunen selv betaler.

For å kunne fastsette hvilken pris Bordgleder skal ta for sine tjenester til eksterne kunder, må foretaket ha oversikt over hvilke kostnader som knytter seg til den kommersielle aktiviteten. Bordgleder må derfor gjøre en konkret vurdering hvilke kostnader som er relevante for den kommersielle aktiviteten, og for felles eller faste kostnader må det bestemmes hvordan disse skal fordeles mellom kommersiell og ikke-kommersiell virksomhet. Dette er nødvendig for å ha et grunnlag for å beregne en markedsmessig pris. Hvor stor andel av kostnadene som knytter seg til de ulike delene av virksomheten vil kunne variere basert på omsetning og konkrete forhold, men grunnlaget for vurderingen må være basert på objektive forhold og regnskapsregler.

Når kommunen driver både økonomisk aktivitet (privatmarkedet) og ikke-økonomisk aktivitet (tjenester til kommunen eller andre offentlige oppgaver), kalles dette blandet virksomhet. En sentral utfordring ved blandet virksomhet er risikoen for ulovlig krysssubsidiering. Dette er tilfellet dersom inntekter eller midler fra den ikke-økonomiske virksomheten brukes til å støtte den kommersielle delen av virksomheten, slik at kommunens kommersielle aktivitet får en fordel som andre aktører i markedet ikke har.

² [veileder_offentlig-stotte.pdf](#) s. 36

For å unngå ulovlig kryssubsidiering krever EØS-regelverket at det føres separate regnskap for den økonomiske og den ikke-økonomiske virksomheten.³ Separate regnskap skal sikre et klart og transparent skille mellom kostnader og inntekter knyttet til de ulike aktivitetene. Et slikt skille er også nødvendig for å sikre at prisingen av den kommersielle aktiviteten er markedsmessig.

Regnskapene må baseres på faktiske kostnader og inntekter, ikke hypotetiske eller skjønnsmessige beregninger. Manglende separate regnskap fører ofte til en presumsjon om at det foreligger ulovlig støtte.

2.4. Hvor mye ekstern virksomhet kan Bordgleder ha?

Når en offentlig aktør kjøper tjenester, vil regelverket for offentlige anskaffelser ofte sette begrensninger for kjøper. Utgangspunktet er at kontrakter med det offentlige skal konkurranseutsettes, men det finnes flere unntak fra denne hovedregelen

Andelen ekstern omsetning er relevant for ett slikt unntak – unntaket for såkalt utvidet egenregi.⁴ Utvidet egenregi gir offentlige oppdragsgivere adgang til å inngå kontrakter direkte med andre offentlige aktører under visse vilkår. Ett av vilkårene er at leverandøren må utføre minst 80 prosent av sin samlede aktivitet for oppdragsgiveren eller andre enheter eiet eller kontrollert av denne. Dersom leverandøren har minst 20 prosent ekstern aktivitet, faller unntaket bort.

Ekstern omsetning over 20 prosent er uansett ikke forbudt, men påvirker kommunens mulighet til å kjøpe tjenester direkte av en leverandør uten konkurranseutsetting.

Dersom Bordgleder kan utføre tjenestene for kommunen på et annet lovlig grunnlag, gjelder ikke grensen på 20 prosent.

Anskaffelsesreglene gjelder for «kontrakter» som inngås av det offentlige.⁵ I anskaffelsesregelverket defineres en «kontrakt» som en «gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører».⁶

En «kontrakt» etter anskaffelsesregelverket forutsetter at avtalen inngås mellom to eller flere selvstendige juridiske enheter.⁷ En avtale inngått mellom avdelinger i samme rettssubjekt regnes derfor i utgangspunktet ikke som en kontrakt mellom to parter.

Kommunen og et kommunalt foretak det eier er samme juridiske person, altså samme rettssubjekt. Det inngås derfor i utgangspunktet ingen anskaffelsesrettslig kontrakt når kommunen kjøper tjenester fra Bordgleder. Kommunen utfører i det tilfellet bare tjenester til seg selv.

Det kan likevel tenkes unntak når enheten som leverer tjenesten har en betydelig grad av selvstendighet overfor oppdragsgiveren. Likevel legges det til grunn at for eksempel ulike statlige departementer og etater kan inngå avtaler med hverandre uten krav om konkurranseutsetting. Det er få konkrete kilder som angir hvor grensen går for når avtale mellom to enheter innen samme rettssubjekt omfattes av anskaffelsesregelverket. I juridisk teori er det forutsatt at en avtale mellom en kommune og et kommunalt foretak (KF) ikke skal anses som en «kontrakt» når kommunen har beholdt instruksjonsmyndigheten over det kommunale foretaket.⁸

³ Se for eksempel ESAs avgjørelse i **Norske sykehusapotek**, der ESA uttaler at «[...] , the Authority is of the opinion that the principles of carrying out economic activities on commercial terms with separate accounts, and a clear establishment of the cost accounting principles according to which separate accounts are maintained, still apply. The Authority also refers to its decisional practice on cost-allocation and separation of accounts.» (vår understreking)

⁴ Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1

⁵ Forskrift om offentlige anskaffelser § 1-1

⁶ Forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 a

⁷ EU-domstolens sak C-107/98 (Teckal) avsnitt 49

⁸ Marianne H. Dragsten, *Anskaffelsesforskriften. Lovkommentar*, § 4-1. Kontraktstyper

Så lenge KFet er underlagt kommunestyrets instruksjonsmyndighet, slik kommuneloven legger opp til, er vår vurdering at kommunens avtale med Bordgleder KF ikke omfattes av anskaffelsesregelverket. Det er dermed heller ikke til hinder for direkte kjøp av tjenester fra Bordgleder at Bordgleder har ekstern omsetning, heller ikke hvis den eksterne aktiviteten overstiger 20 prosent.

Dersom kommunestyret ikke har instruksjonsmyndighet overfor Bordgleder KF, bør det foretas en nærmere vurdering. I så fall kan ekstern omsetning over 20 prosent medføre krav om konkurranseutsetting ved kommunens kjøp av tjenester fra Bordgleder.

3. Organisering av salget i KF eller i kommunen?

3.1. Økonomi

Kommunale foretak er en del av kommunen som rettssubjekt.⁹ Et KF er derfor rettslig og økonomisk sett allerede en del av kommunen. Et kommunalt foretak kan, i motsetning til et aksjeselskap, ikke gå konkurs. En omgjøring av Bordgleder fra et KF til en del av kommunens øvrige drift vil derfor ikke medføre et større eller mindre økonomisk ansvar for kommunen.

Et kommunalt foretak kan ikke gå konkurs slik for eksempel et aksjeselskap kan. Kommunen bærer derfor den hele den økonomiske risikoen ved virksomheten uansett om de velger å drifte det som et KF eller i kommunen.

I et KF må styret vedta et årsbudsjett for foretaket (§ 9-8), og dette inngår som en del av kommunens årsbudsjett.

3.2. Politisk og administrativ styring

Kommunen som helhet styres politisk gjennom kommunestyret, som har det overordnede ansvaret for alle kommunale tjenester og oppgaver. KF har et eget styre som er ansvarlig for den daglige driften, men styret er underlagt kommunestyrets myndighet, og kommunen har full kontroll over KF gjennom politiske vedtak og økonomistyring. Det er kommunestyret som velger styret til et KF.

Et KF har dessuten en daglig leder, som rapporterer til styret. Daglig leder er ikke underlagt kommunedirektøren eller kommuneadministrasjonen for øvrig. Ved å ha et eget styre og daglig leder er et KF mer fristilt fra den ordinære kommuneadministrasjonen, som gir styret større økonomisk og forretningsmessig handlefrihet. Muligheten til å legge virksomhet i et kommunalt foretak er ment å være et tilbud for organisering av mer forretningspreget virksomhet.¹⁰

Dersom kommunen oppløser KFet og driver virksomheten i kommunedirektørens ordinære linjeorganisasjon, vil det ikke være et styre for virksomheten. Uavhengig av organisasjonsform må kommunen skille mellom eksternt salg (kommersiell aktivitet) og ikke-kommersiell aktivitet på en slik måte at kommunen klarer å sikre at det ikke skjer kryssubsidiering. Det kan derfor ofte være hensiktsmessig å ha kommersiell aktivitet i et KF for å sikre et større skille mellom forretningsdrift og forvaltning.

3.3. Rettigheter og plikter

Ettersom et KF ikke er en egen juridisk enhet, men en del av kommunen, har det som hovedregel ikke egne rettigheter og plikter. Kommunen er ansvarlig for alle KFets avtaler og lovpålagte plikter, uansett om

⁹ jf. kommuneloven § 9-1 (2)

¹⁰ jf. Ot.prp. nr. 53 (1997–98) s. 119.

virksomheten drives som et KF eller integrert i kommunen. Kommunen hefter altså uansett fullt ut for KFets forpliktelser.

Statsstøtteregelverket vil også uansett gjelde for kommunens kommersielle virksomhet.

3.4. Saksbehandling

Kommuneloven gjelder i utgangspunktet for kommunale foretak så langt den passer, inkludert saksbehandlingsreglene i kapittel 11. For styrer i kommunale foretak er det likevel unntak fra en del av saksbehandlingsreglene.

3.5. Valg av organisasjonsform

KF er en organisasjonsform innenfor kommunen, og forskjellen mellom KF og kommunens ordinære virksomhet er mindre enn forskjellen mellom KF og andre selskapsformer som AS eller IKS. Virksomheten i et KF drives under kommunens ansvar og kontroll. Kommunen som helhet er én juridisk enhet med politisk styring gjennom kommunestyret. KF er derfor en integrert del av kommunen både økonomisk og juridisk. Graden av selvstendighet for et KF avhenger primært av instruksjonsmyndigheten og rammer fastsatt av kommunestyret.

En fordel med å organisere kommersiell virksomhet i et KF kan være at det blir tydeligere for innbyggere, politikere og kunder at denne delen av virksomheten skiller seg fra kommunens ordinære forvaltningsoppgaver.