



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Flybåten AS
Moloveien 4
1628 ENGELSVIKEN
Norge

Deres ref.: Vår ref.: 2020/0239-10 Saksbehandler: Tor Martin Joramo Sikkeland Dato: 01.03.2021

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 10. mars 2020 på offentlig anskaffelse av rutebåttjenester til øygruppen Bolærne. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Nøtterøy kommune kunngjorde 18. oktober 2016 en åpen anbudskonkurranse om rutebåttjenester til øygruppen Bolærne. Avtalens varighet ble oppgitt til fem sesonger, fra 2017-2021 med mulighet for forlengelse inntil to år. Tilbudsfrist var 28. november 2016.
- (2) I kunngjøringen var det angitt at partene etter hver sesong hadde «rett til å forhandle om endringer av rutetilbudet basert på erfaring fra avsluttet sesong og eiers planer og ambisjonsnivå for året som kommer. Slike endringer kan innebære endringer av sesonglengde, rutetider, antall avganger, anløpssteder og båtmateriell. Oppdragsgiver vil vektlegge endringer som kan bidra til kvalitetsmessige og markedsmessige forbedringer. Dersom Leverandøren krever at endringene innebærer grunnlag for justering av godtgjørelsen, skal dette dokumenteres av Leverandøren. Oppdragsgiver kan i enkelte tilfeller godkjenne at godtgjørelsen justeres i forhold til den reelle forholdsmessige konsekvens som endringen medfører.»
- (3) Det var i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget angitt at leverandøren ville få et samlet tilskudd fra oppdragsgiver for sesongene 2017-2021, på 2 000 000 kroner ekskl. mva. per sesong. Tilskuddet ville indeksreguleres. Det var videre angitt at tilskuddet ikke ville økes eller reduseres, uansett passasjerantall og uansett størrelsen på billettinntektene. Billettinntektene ville beholdes uavkortet av leverandøren.

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 3.5 følgende, var det satt minimumskrav til rutetilbudet og ulike ruteplaner.
- (5) Nøtterøy kommune inngikk kontrakt med Skaarungen AS (heretter *valgte leverandør*) 22. desember 2016.
- (6) Klagenemndas sekretariat har fått fremlagt valgte leverandørs ruteplaner for sesongene 2017 til 2020.
- (7) Kontrakten ble overtatt av Færder kommune (heretter *innklagede*) fra 1. januar 2018, da Nøtterøy kommune og Tjøme kommune slo seg sammen.
- (8) Vestfold og Telemark fylkeskommune utlyste i januar 2020 en tilskuddspott for transport i skjærgården rettet mot turisme og fritidsreiser. Tilskuddspotten var på 1 000 000 kroner for 2020. Det fremgikk av utlysningen at det var to prioriterte strekninger: Helgeroa-Langesund og Tønsberg-Verdens Ende. Som eneste søker for ruten Tønsberg-Verdens Ende søkte Bolærnebåten AS om tilskudd, med to alternative ruteopplegg. Bolærnebåten AS eies av valgte leverandør for rutestrekningen Tønsberg-Bolærne, og et av alternativene la opp til korrespondanse med Bolærneruten.
- (9) Ved brev av 3. februar 2020 fikk Bolærnebåten AS innvilget en tilskuddsramme på 550 000 kroner. Bolærnebåten AS kunne selv velge hvilken av de to omsøkte rutealternativene som skulle gjennomføres.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage 10. mars 2020. I klagen ble både rutene Tønsberg – Verdens Ende (2020) og Tønsberg – Østre Bolærne (2017-2021) påklaget.
- (11) Klagenemndas sekretariat avviste klagen på tildeling av tilskudd for etablering av en båtrute mellom Tønsberg og Verdens Ende i sak 2020/238. Klagenemndas leder opprettholdt avvisningsvedtaket 11. januar 2021.

Sekretariatets vurdering:

- (12) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått.
- (13) Innklagede har anført at klagenemnda ikke har kompetanse til å behandle klagen. Innklagede har vist til at anskaffelsen var gjenstand for behandling i klagenemnda ved sak 2016/182. Klagenemnda kom da til at kontrakten var en tjenestekonsesjonskontrakt, som på kunngjøringstidspunktet for anskaffelsen, 18. oktober 2016, ikke var underlagt regelverket for offentlige anskaffelser, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402, § 1-3 (2) bokstav j). Klagenemnda hadde derfor ikke myndighet til å behandle klagen.
- (14) I denne saken anfører klager at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved at kontrakten er vesentlig endret slik at den skal likestilles med en ny kontrakt som skulle vært kunngjort. Ved påstand vesentlig endring i inngått kontrakt, er det tidspunktet for endringen som legges til grunn for når anskaffelsen anses iverksatt, se eksempelvis klagenemndas sak 2020/506, avsnitt 25 til 37, og sak 2019/61, avsnitt 25.

- (15) Lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr.73 (anskaffelsesloven) og forskrift om konsesjonskontrakter 12. august 2016. nr. 976 (konsesjonskontraktforskriften) trådte i kraft 1. januar 2017. De anførte endringene i denne saken, må nødvendigvis ha blitt iverksatt etter at 2016-regelverket hadde trådt i kraft og saken må derfor vurderes ut fra gjeldende anskaffelsesregelverk.
- (16) Klagen ble brakt inn for klagenemnda 10. mars 2020. Nemnda har derfor kompetanse til å ta stilling til om endringene som ble avtalt etter 10. mars 2018, representerer en ulovlig direkte anskaffelse, jf. både forskrift om overgangsregler for lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser § 1 og den særskilte klagefristen på to år nedfelt i klagenemndsforordningen § 13a.

Ulovlig direkte anskaffelse – vesentlig endring av kontrakten

- (17) En ulovlig direkte anskaffelse er «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). Når en kontrakt er inngått etter en kunngjort konkurranse, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette er dersom avtalen endres på en slik måte at man reelt sett står overfor en ny kontrakt som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket, se eksempelvis klagenemndas sak 2017/344, avsnitt 32 med videre henvisning til EU-domstolens sak C-454/06 *Pressetext*.
- (18) For at det skal foreligge kunngjøringsplikt må anskaffelsen ha en verdi som overstiger terskelverdi. Det følger av konsesjonskontraktforskriften at terskelverdi for kunngjøringsplikt var 44 millioner kroner ekskl. mva. frem til 1. april 2018 da terskelverdien økte til 51 millioner kroner ekskl. mva. Fra 12. februar 2020 ble terskelverdien økt 51,5 millioner kroner ekskl. mva., jf. § 5-1 (2), jf. § 9-2.
- (19) På tidspunktet anskaffelsen ble gjennomført var den ikke underlagt verdiberegningsreglene i forskriften, og det er derfor ikke opplyst noe estimat basert på leverandørens forventede samlede omsetning i konsesjonskontraktens varighet, jf. konsesjonskontraktforskriften § 5-2 (1). Driftstilskuddet er imidlertid opplyst å være to millioner per år i maksimalt syv år, og sammenholdt med beskrivelsen av oppdraget i konkurransedokumentene, samt opplysningene om verdien av tilskuddsrammen for ruten Tønsberg – Verdens ende, legger sekretariatet til grunn at anskaffelsens verdi ligger klart under terskelverdi for kunngjøringsplikt. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse kan derfor klart ikke føre frem.
- (20) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Tora Holm
Seniorrådgiver

Tor Martin Joramo Sikkeland
Førstekonsulent

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker
Flybåten AS

Postadresse
Moloveien 4

Poststed
1628 ENGELSVIKEN
Norge

Kontakt/e-post
arne@flybaten.no

Kopi til:

Færder kommune

Postboks 250

3163 NØTTERØY
Norge

postmottak@faerder.ko
mmune.no

Færder kommune

Postboks 250

3163 NØTTERØY
Norge

Cicilie Sørum Gregoire
cicilie.sorum.gregoire@f
aerder.kommune.no