



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Mottaker
Flybåten AS
Moloveien 4
1628 ENGELSVIKEN
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2020/0238-13

Saksbehandler: Lisa Margrethe Nes

Dato: 12.01.2021

Avgjørelse - klage over avvisningsvedtak

Flybåten AS (heretter *klager*) innga 10. mars 2020 klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser på Vestfold og Telemark fylkeskommune (heretter *innklagede*). Klagen gjaldt det forhold at innklagede, etter offentlig kunngjøring av tilskudd for transport i skjærgården rettet mot turisme og fritidsreiser, hadde tildelt Bolærnebåten AS på visse vilkår en tilskuddsramme på 550 000 kroner.

Klagen var begrunnet med at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndssekretariatet avviste klagen 16. desember 2020 med den begrunnelse at klagen var uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda siden klagen, etter sekretariatets oppfatning, klart ikke kunne føre frem, jf. § 9 i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (heretter *klagenemndsforskriften*). Det ble i den forbindelse lagt avgjørende vekt på at innklagedes tildeling av tilskuddsmidler ikke utgjorde en kontrakt som er underlagt anskaffelsesregelverket.

Avvisningsvedtaket ble påklaget av klager ved e-post av 21. desember 2020. Klagen er inngitt i rett tid.

Klagen over avvisningsvedtaket er sendt i kopi til innklagede.

Klager har i korthet anført:

I klagen av 21. desember 2020 er det særlig anført at den aktiviteten innklagede ønsker å støtte, klart nok omfattes av yrkestransportloven og yrkestransportforskriften og at innklagede har valgt å se bort fra dette. Alle som driver persontransport i rute med visse fartøy, må ha ruteløyve, jf. yrkestransportloven § 7. Ingen fergeoperatør hadde ruteløyve til noen av de aktuelle rutestrekningene. Det følger av yrkestransportloven at fylkeskommunen har frihet til å velge kontraktsform og retningslinjer når det blir gitt «godtgjersle», men det skal benyttes konkurranse etter anskaffelsesloven med tilhørende forskrifter. Ved innklagedes tildeling av kontrakt med løyve og tilskudd til tjenesteyter, foreligger det en gjensidig bebyrdende kontrakt, og tilskuddet blir et kontraktsrettslig vederlag. Det er ikke riktig at det ikke

Postadresse:

Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00

post@knse.no

www.klagenemndssekretariatet.no

foreligger en kontrakt mellom innklagede og fergeoperatøren. Etter kunngjøringsteksten kunne ikke tilskudd gis til allerede subsidierte ruter. Innklagedes fremgangsmåte har hindret konkurranse og bidrar ikke til tillit hos allmennheten eller aktørene i fergebransjen.

Bemerkninger fra klagenemndas leder:

Avvisningsvedtaket er påklaget i rett tid i samsvar med klagenemndsforordningen § 9 første ledd.

Nemndsleder har gått gjennom sakens dokumenter og vurdert klagers anførsler i klagen, men er kommet til samme resultat som sekretariatet om at klagen til klagenemnda klart ikke kan føre frem. Nemndsleder mener den saksfremstilling sekretariatet har gitt i vedtaket er relevant og riktig, og tiltrer den begrunnelsen som er gitt for avvisningsvedtaket.

Det presiseres for ordens skyld at klagen kun er vurdert i forhold til spørsmålet om det foreligger en direkte ulovlig anskaffelse iht. anskaffelsesloven med tilhørende forskrifter. Klagenemnda har etter klagenemndsforordningen §§ 1 og 6 kun hjemmel til å behandle klager om brudd anskaffelsesloven og forskrifter gitt i medhold av denne, og kan ikke vurdere forholdet til andre lover.

Et avgjørende spørsmål for om den aktuelle tilskuddsordningen omfattes av anskaffelsesloven er, som det fremgår av sekretariatets avvisningsvedtak, hvorvidt tilskuddsordningen skulle vært kunngjort. Det fremgår av anskaffelsesloven § 2 at loven gjelder når det inngås nærmere angitte typer kontrakter.

Etter anskaffelsesforordningen § 4-1 bokstav a er en «kontrakt» en «gjensidig bebyrdende avtale» som en oppdragsgiver inngår skriftlig med en leverandør. Som det fremgår av premiss 12 og 13 i sekretariatets vedtak, må en ved avgjørelsen om det foreligger en «gjensidig bebyrdende avtale» i relasjon til anskaffelsesregelverket, ta utgangspunkt i en formålsrettet tolkning av rettsforholdet, og at det går et skille mellom ensidig støtte og anskaffelser.

Nemndsleder peker særlig på at utlysningen viser at tilskuddet ikke skulle gis som en del av en «gjensidig bebyrdende avtale», men som et tilskudd rettet mot «rutegående turisme og fritidsreiser», slik det også ble markedsført. De vilkår som ble stilt, er knyttet til oppfyllelsen av tilskuddets overordnede formål; dvs. å gi økonomisk støtte til etablering av en ny transportrute i skjærgården for en konkret angitt målgruppe. Det ble ikke stilt spesifikke krav til ytelsen, f.eks. til hvordan ruten skulle utformes. Tvert om fremgikk det av kunngjøringsteksten at det var opp til søker å vurdere «rute, anløpssted og kapasitet». Det fremgikk heller ingen direkte misligholdsbeføyelser, men det ble satt ensidige vilkår for utbetalingen av tilskuddet og eventuell refusjon av det, knyttet til tilskuddets formål. Nemndsleder kan, som sekretariatet, ikke se at innklagede har fått noen direkte økonomisk fordel av det gitte tilskuddet. Det forhold at tilskuddsmottaker kunne tilpasse den nye ruten til en allerede eksisterende rute basert på kontrakt med en kommune i fylket, endrer ikke den rettslige karakteristikken av tilskuddet.

Klagen over avvisningsvedtaket tas etter dette ikke til følge, jf. klagenemndsforordningen § 9 første ledd.

Konklusjon:

Klagen tas ikke til følge, og avvisningsvedtaket blir å opprettholde.

Denne avgjørelse sendes klager via e-post. Kopi sendes innklagede til orientering.

Sverre Nyhus
Klagenemndas leder

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker
Flybåten AS

Postadresse
Moloveien 4

Poststed
1628 ENGELSVIKEN
Norge

Kontakt/e-post
arne@flybaten.no

Kopi til:

Vestfold og Telemark fylkeskommune Postboks 2844

3702 SKIEN
Norge

post@vtfk.no



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Adresseinformasjon fylles inn ved ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Deres ref.:

Vår ref.: 2020/0238-10

Saksbehandler: Lisa Margrethe Nes

Dato: 16.12.2020

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 10. mars 2020 på tildeling av tilskudd for etablering av en båt rute mellom Tønsberg og Verdens Ende. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen til dette er at tildeling av tilskuddet ikke utgjør en kontrakt som er underlagt anskaffelsesregelverket. Klagenemnda har dermed ikke kompetanse til å behandle klagen.

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

Bakgrunn:

- (1) Vestfold og Telemark fylkeskommune (heretter *innklagede*) 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. Dersom tilskuddspotten tillot det, ville det bli vurdert søknader ut over de to angitte strekningene. Tilskuddsordningen gjaldt «*ikke båtruter som allerede kjøres på oppdrag fra offentlig virksomhet*». Interessenter var bedt om å levere søknad innen 21. januar 2020.
- (2) Innklagede hadde oppstilt følgende kriterier/vilkår for potensielle søkere:
 - «*Private og/eller offentlige aktører kan søke*
 - *Det er opp til søker å vurdere rute, anløpssteder og kapasitet*
 - *Det kan gis et grunntilskudd på inntil 60% samlet offentlig støtte*
 - *Støtte gis etter regler om bagatellmessig støtte, jfr. Kommisjonsforordning nr. 1407/2013. Maksimalt offentlig tilskudd kan ikke overstige regler for bagatellmessig støtte*
 - *Billettinntekter tilfaller søker i sin helhet*

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- *Nødvendige avtaler med anløpssteder, parkering ol. Må dokumenteres*
 - *Persontransport med fartøy i rute mot vederlag, er løyvepliktig i henhold til Yrkestransportloven §7 og Yrkestransportforskriften §24 - §36. Fylkeskommunen er løyvemyndighet*
 - *Det må dokumenteres at nødvendige passasjersertifikater, registreringer, godkjenninger og forsikringer for å drive persontransport er i orden*
 - *Det er søkers ansvar å sørge for markedsføring av tilbudet»*
- (3) Som eneste søker for ruten Tønsberg-Verdens Ende søkte Bolærnebåten AS om tilskudd, med to alternative ruteopplegg. Et av alternativene la opp til korrespondanse med Bolærneruten; en båtrute Bolærnebåten AS driftet på kontrakt med Færder kommune (tidligere Nøtterøy kommune).
- (4) 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. Av det samme brevet fremgikk følgende om utbetaling av midler og rapportering:
- *«Det kan gis delutbetaling med inntil 75 % av innvilget tilskudd, forutsatt at tilsvarende fremdrift blir dokumentert. Utbetaling skjer etter anmodning til Vestfold og Telemarks fylkeskommune med henvisning til saksnummer. Før utbetaling, skal det dokumenteres i henhold til vilkårene for tilskuddsordningen.*
 - *Sluttrapporten skal beskrive om tiltaket er gjennomført i tråd med søknaden. Eventuelle avvik skal beskrives og begrunnes. Passasjerstatistikk skal være med i sluttrapporten.*
 - *Sluttutbetaling blir gitt på bakgrunn av godkjent sluttrapport og regnskap attestert av regnskapsfører for beløp inntil 100 000. For beløp over 100 000 skal regnskapet være godkjent av statsautorisert eller registrert revisor. For ikke revisjonspliktige foretak skal autorisert regnskapsfører attestere regnskapet. Kravene gjelder ikke tilskuddsmottaker som blir revidert av riksrevisjonen.*
 - *Regnskapet skal være satt opp slik at det er sammenlignbart med budsjettet.*
 - *Tilskuddsmottaker plikter i minst to hele kalenderår etter sluttutbetaling å oppbevare regnskapsdata og dokumentasjon av faktiske opplysninger (eks. timelister for bruk av egeninnsats), som ligger til grunn for søknaden».*
- (5) Det var også angitt retningslinjer for tilbakebetaling av utbetalt tilskudd:
- «[...] [Innklagede] kan trekke tilbake hele eller deler av tilsagn dersom prosjektet har blitt rimeligere enn antatt. Tilsagnet er gyldig i året det gis og det påfølgende budsjettåret, så sant annet ikke er angitt i tilsagnet. Etter dette vil tilsagn som ikke er benyttet bli helt eller delvis trukket tilbake. Et prosjekt kan støttes over maksimalt tre år. Dersom prosjektansvarlig ikke opptrer i samsvar med forutsetninger gitt i tilsagnsbrev og godkjent prosjektplan, kan fylkeskommunen etter skriftlig varsel inndra hele eller deler av tilsagnet og kreve utbetalte tilskudd tilbakebetalt. Etter Stortingets bevilgningsreglement § 10 har Kommunal- og regionaldepartementet og Riksrevisjonen adgang til å iverksette kontroll med at tilskudd nyttes etter forutsetningene. Fylkesrevisor har innsynsrett i regnskap som omfatter bruk av fylkeskommunale midler».*
- (6) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. mars 2020.

Sekretariatets vurdering:

- (7) 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 (klagenemndsforskriften) § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. I vår sak fikk Bolærnebåten AS tilsagn på midler 3. februar 2020, og klagen er derfor rettidig.
- (8) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gi tilsagn på midler til Bolærnebåten AS, og samtidig åpne for at selskapet seiler ruten Tønsberg-Verdens Ende i korrespondanse med Bolærneruten.
- (9) 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).
- (10) Det følger av anskaffelsesloven § 2 at regelverket gjelder når oppdragsgivere inngår *«vare-, tjeneste eller bygge- og anleggskontrakter, herunder konsesjonskontrakter [...]»* med en estimert verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. mva.
- (11) Kontraktbegrepet er nærmere definert i lovens tilhørende forskrifter, se eksempelvis forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) § 4-1 bokstav a, hvor det fremgår at en *«kontrakt»* er en *«gjensidig bebyrdende avtale»* som en oppdragsgiver inngår skriftlig med en leverandør. I dette ligger et krav om at begge parter må være forpliktet til å yte noe overfor motparten.
- (12) Slik det kommer til uttrykk i EU-domstolens avgjørelse i sak C-399/98 *La Scala*, må det tas utgangspunkt i en formålsrettet tolkning av rettsforholdet mellom partene, se her avsnitt 51. Det avgjørende er om rettsforholdet mellom innklagede og Bolærnebåten AS må karakteriseres som en *«kontrakt»* i anskaffelsesrettslig forstand, jf. eksempelvis anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a.
- (13) For at det skal foreligge en *«gjensidig bebyrdende avtale»* mellom partene, har EU-domstolen i sak C-451/08 *Helmut Müller* uttalt at motpartens ytelser må gi oppdragsgiver en *«direct economic benefit»*, jf. avsnitt 49. Som klagenemnda flere ganger tidligere har uttalt, går det et skille mellom ensidig støtte og anskaffelser, se eksempelvis sak 2008/221, avsnitt 29.
- (14) Sekretariatet kan ikke se at innklagede i vår sak har fått en direkte økonomisk fordel ved å gi tilskudd til Bolærnebåten AS for etableringen av en båt rute mellom Tønsberg og Verdens Ende. Bolærnebåten AS står fritt til å benytte seg av tildelte midler, og selskapet er heller ikke forpliktet overfor innklagede annet enn at ubenyttede midler må tilbakebetales. Tilskuddet er ikke et vederlag for en ytelse som innklagede mottar, men tvert imot økonomisk støtte for etablering av en ønsket næringsaktivitet.
- (15) Innklagedes tildeling av tilskuddsmidler til Bolærnebåten AS utgjør etter dette ikke en kontrakt som er underlagt anskaffelsesregelverket, jf. anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a.
- (16) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse kan etter dette klart ikke føre frem.
- (17) Saken avvises derfor fra behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 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.

Peter Aadland
Seniorrådgiver

Lisa Margrethe Nes
Førstekonsulent

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Flybåten AS	Moloveien 4	1628 ENGELSVIKEN	arne@flybaten.no
Vestfold og Telemark fylkeskommune	Postboks 2844	Norge 3702 SKIEN Norge	post@vtfk.no