



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av meglertjenester i forbindelse med salg av båten M/S Gjerøy. Klagenemnda kom til at Fylkesbåtene AS hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Nemnda ila et gebyr på 98 000 kroner, som utgjorde åtte prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 17. desember 2024 i sak 2024/0331

Klager: Fjordcharter Norway AS

Innklaget: Fylkesbåtene AS

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Hallgrim Fagervold og Sverre Nyhus

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og illeggelse av overtredelsesgebyr

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Fjordcharter Norway AS (heretter kalt *klager*) mottatt 8. mars 2024. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med anskaffelse av meglertjenester.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 98 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Fylkesbåtene AS (heretter *innklagede*) engasjerte Norsk Megling & Auksjon AS (heretter *valgte leverandør*) i forbindelse med femårssertifiseringen av båten M/S Gjerøy. Innklagede og valgte leverandør inngikk en muntlig avtale om salg av båten med en provisjon på ti prosent av kjøpesummen.
- (4) Valgte leverandør sendte 13. juni 2023 en e-post til innklagede med forslag til prospekt.
- (5) Etter annonsering av båten fremmet innklagede sak for styret om salg av båten. Av saksfremlegg september 2023 fremgikk det at:

«Når det gjelder forventet salgsverdi kan dette være vanskelig å si noe sikkert om. Vi har valgt å benytte profesjonell megler for å forestå salg av fartøyet.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

Selger mener at fartøyet fremstår som et fint eksemplar og, alder tatt i betraktning, i god stand. Vinduer og seter i salong er noe slitt. Selger opplyser at ved å skifte vinduer samt oppgradere salongen vil fartøyet fremstå som et meget fint eksemplar. Imidlertid vil kostnader knyttet til en slik oppgradering være relativt betydelig, anslagsvis opp mot 600 000 kr. Det anbefales derfor å forsøke å få salg på fartøyet før en eventuell oppgradering gjennomføres.

Ifølge selger kan en forvente en salgsspris mellom 12 og 14 millioner, uten at dette kan garanteres.»

- (6) Fjordcharter AS (heretter *klager*) kjøpte båten. I kjøpskontrakt datert 17. oktober 2023 avtalte innklagede og klager en kjøpesum på 12,5 millioner kroner.
- (7) I forbindelse med levering ble partene enige om å endre kjøpesummen til 12 250 000 kroner.
- (8) Valgte leverandør sendte faktura til innklagede 16. januar 2024 på 1 225 000 kroner som tilsvarte ti prosent av endelig salgssum.
- (9) Klager sendte en henvendelse til innklagede 7. februar 2024 med krav om innsyn i øvrige bud og kommisjonen til megleren. I samme henvendelse påpekte klager en rekke mangler med båten og salgsprosessen.
- (10) Innklagede svarte på henvendelsen 9. februar 2024. Det fremgikk av svaret at innklagede ikke hadde dokumentasjon på øvrige bud. Klager fikk innsyn i faktura sendt av valgte leverandør.
- (11) Klager sendte en ny henvendelse 9. februar 2024 hvor klager blant annet ba om innsyn i avtalen som var inngått mellom innklagede og valgte leverandør.
- (12) Innklagede svarte på henvendelsen 16. februar 2024. Det fremgikk av svaret at innklagede ikke hadde inngått en «*skriftlig avtale med meglerselskapet*» og at innklagede ikke hadde «*bestilt takst av fartøyet*».
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. august 2024.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av meglertjenester, og skal ilegges et overtredelsesgebyr, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12. Kontrakten var kunngjøringspliktig da den var over nasjonal terskelverdi. Anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring og uten noen form for konkurranse.
- (15) Kontrakten inngått mellom innklagede og valgte leverandør er omfattet av anskaffelsesregelverket. Innklagede kan ikke omgå regelverket ved å inngå muntlige kontrakter.

- (16) Innklagede har brutt anskaffelsesforskriften del I ved ikke å gjennomføre konkurranse for kjøpet av meglertjenester.

Innklagedes anførsler:

- (17) Innklagede har ikke gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Engasjementet om å selge M/S Gjerøy utgjør ikke en «kontrakt» etter anskaffelsesregelverket. Anskaffelsesregelverket kommer bare til anvendelse på skriftlige avtaler. Valgte leverandør ble engasjert gjennom muntlig kommunikasjon, og det foreligger ingen skriftlig nedtegnelse av de vesentlige vilkår for partenes hovedforpliktelser. Det er heller ikke utstedt noen tilbud, ordrebekreftelser eller lignende.
- (18) Innklagede har ikke gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse da kontraktsverdien er under kunngjøringspliktig verdi. Innklagede hadde ikke foretatt en vurdering av anskaffelsens verdi på tidspunktet hvor valgte leverandør ble engasjert til oppdraget. Provisjonen for salget av båten utgjorde 1 225 000 kroner og er under både nasjonal terskelverdi og EØS-terskelverdi.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke et krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften) § 13a første ledd.
- (20) Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Innklagede inngikk en muntlig avtale om salg av båten våren 2023. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt innfor klagenemnda 8. mars 2024. Klagen er dermed rettidig.

Hvorvidt anskaffelsen er omfattet av regelverket

- (21) Klagenemnda skal først ta stilling til om avtalen inngått mellom innklagede og valgte leverandør er omfattet av anskaffelsesregelverket.
- (22) Det følger av lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) § 2 og forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 (anskaffelsesforskriften) § 1-1 at loven og forskriften gjelder for «vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter» som oppdragsgivere inngår med en anslått verdi som overstiger 100 000 kroner.
- (23) Begrepet «kontrakt» er definert i anskaffelsesforskriften § 4-1 som «gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører».
- (24) Kontraktbegrepet er et EU-rettslig begrep og skal tolkes slik at anskaffelsesregelverkets effektive virkning sikres og dermed ut fra formålsbetraktninger, jf. C-399/98 (Ordine degli Architetti) avsnitt 52.

- (25) I klagenemndas avgjørelse i de forente sakene 2011/112, 2011/119 og 2011/207 kom klagenemnda til at kravet til skriftlighet var oppfylt selv om oppdragene om juridisk bistand ikke var dokumentert på annen måte enn at innklagede hadde betalt skriftlige fakturaer. Nemnda la vekt på at det var tale om kjøp som vanligvis inngås skriftlig og at det skulle vært inngått skriftlige kontrakter. Når det gjelder hvilke avtaler som er omfattet av regelverket viser praksis at skriftlighetskravet ikke er «*tolket som en reell begrensning*», se Marianne Dragsten, Anskaffelsesforskriften. Lovkommentar, § 4-1 Kontraktstyper punkt 1.4, Juridika (sist sett 16. desember 2024).
- (26) Den muntlige avtalen mellom innklagede og valgte leverandør er en gjensidig bebyrdende avtale inngått mellom en oppdragsgiver og en leverandør. Når de øvrige vilkårene er oppfylt, tilsier formåls- og omgåelsesbetraktninger at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse selv når det ikke foreligger en fullstendig skriftlig kontrakt. I likhet med de forente sakene har innklagede i denne saken betalt den skriftlige fakturaen og det foreligger dermed skriftlighet rundt vederlaget. Klagenemnda er etter dette kommet til at avtalen innklagede har inngått med valgte leverandør er omfattet av anskaffelsesregelverket jf. § 4-1.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (27) 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).
- (28) Utgangspunktet for anskaffelser over nasjonal terskelverdi er at de skal kunngjøres i Doffin, jf. anskaffelsesforskriften § 5-1 (2) og § 8-17 (1). Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen, jf. § 21-1. På tidspunktet avtalen ble inngått, var den nasjonale terskelverdien 1,3 millioner kroner eks. mva. og EØS-terskelverdien 2,2 millioner kroner eks. mva.
- (29) Det følger av forskriften § 5-4 (1) at oppdragsgiver skal «*beregne kontraktens verdi på grunnlag av et anslag over den samlede betalingen ekskl. mva.*». Beregningen skal ta høyde for alle potensielle opsjoner og premier. Der oppdragsgivers antatte betaling kan kvantifiseres til et intervall eller innenfor en ramme, skal kontraktsverdien beregnes som om potensialet for denne rammen realiseres fullt ut, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2008/27 avsnitt 42. flg.
- (30) Det følger videre av forskriften § 5-4 (4) at oppdragsgiver ikke skal velge beregningsmåte med det formål å unnta kontrakten fra kunngjøring. Av dette kan det utledes et forsiktighetsprinsipp, ved at ikke ubetydelig tvil om terskelverdiene er overskredet, skal lede til kunngjøringsplikt. Dette er også lagt til grunn av Klagenævnet for Udbud jf. Jesper Fabricius, «*Offentlige indkøb i praksis*», 4. utg. s. 161 flg. med videre henvisninger.
- (31) Det følger av forskriften § 5-4 (2) at beregningen av kontraktens verdi skal være «*forsvarlig på det tidspunktet oppdragsgiveren innleder anskaffelsesprosessen*».

- (32) Innklagede beregnet ikke kontraktens verdi før de inngikk avtale om salg med megler. Det ble dermed ikke foretatt noen vurdering av kontraktsverdi og kunngjøringsplikt overhodet. Dette er i seg selv i strid med forskriften § 5-4. Når denne vurderingen mangler, må nemnda selv ta stilling til hva som ville ha vært en forsvarlig anslått kontraktsverdi, jf. klagenemndas sak 2020/407 avsnitt 33 og 34 i samme retning.
- (33) Nemnda legger til grunn at innklagede, forut for at kontrakt med valgte leverandør ble inngått, skulle ha innhentet de nødvendige opplysninger for å foreta en forsvarlig vurdering av kontraktens verdi. I praksis vil dette si at innklagede skulle ha brakt antatt salgsverdi for båten på det rene, all den tid meglerhonoraret ble avtalt til 10 % av denne verdien.
- (34) Opplysningene om båtens antatte salgsverdi ble brakt på det rene noen måneder etter kontraktsinngåelsen. Det fremgår av innklagedes saksfremlegg til styret av september 2023, som gjengitt i avsnitt 3 foran, at innklagede forventet en salgsverdi på mellom 12-14 millioner kroner basert på valgte leverandørs vurdering. Det bemerkes for ordens skyld at meglers prisvurdering hensyntok båtens faktiske tilstand, alder og bruksslitasje mv. Det må legges til grunn at innklagede ville ha fått de samme opplysninger om de hadde blitt etterspurt forut for kontraktsinngåelse. Dette danner dermed grunnlag for forsvarlighetsvurderingen.
- (35) Meglers anslåtte salgsverdi for båten ga en forventet kontraktsverdi for meglertjenestene på mellom 1,2-1,4 millioner kroner. Slik nemnda har fastslått ovenfor, skulle innklagede da ha lagt til grunn det høyeste prispotensialet innenfor denne rammen. En forsvarlig vurdering ville dermed ha ledet til en kontraktsverdi på 1,4 millioner kroner, hvorefter anskaffelsen skulle ha vært kunngjort i Doffin jf. forskriften §§ 5-4, § 5-1 (2) og § 8-17 (1).
- (36) Kontraktens endelige verdi var 1 225 000 kroner eks. mva., og dermed under nasjonal terskelverdi. Dette er uten betydning for vurderingen av kunngjøringsplikt, som ifølge forskriften skal bygge på anslaget på det tidspunktet oppdragsgiveren innleder anskaffelsesprosessen. Forskriftens system er som allerede nevnt, at vurderingen av om det foreligger kunngjøringsplikt, skal bygge på anslagets makspotensial. Kunngjøringsplikten faller ikke bort selv om det fulle potensialet ikke blir realisert i den etterfølgende prosessen.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (37) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning at klagenemnda «skal» ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse». Av annet punktum fremgår det at klagenemnda «kan» ilegge gebyr dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse».
- (38) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på

side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov, jf. også klagenemndas avgjørelse 2017/147 avsnitt 55 flg. I Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) s. 26 uttalte man videre følgende om terskelen for grov uaktsomhet:

«Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvitenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og -innsikt. Det presiseres for øvrig at det ikke er et krav om at en enkelt person har handlet forsettlig eller grovt uaktsomt, men at det også kan være feil begått på forskjellige plan i oppdragsgiverens organisasjon, og som hver for seg ikke kan karakteriseres som grovt uaktsomme, men som samlet sett gjør at oppdragsgiveren må sies å ha opptrådt grovt uaktsomt.»

- (39) Klagenemnda vil samtidig vise til klagenemndas avgjørelse 2017/147, der man uttaler at plikten til å ilegge overtredelsesgebyr i et tilfelle hvor den ulovlige direkte anskaffelsen skyldes en rettsvillfarelse, forutsetter at rettsvillfarelsen kan karakteriseres som grovt uaktsom. Videre uttaler nemnda at det ikke er opplagt at presiseringen fra Ot.prp.nr. 26 (2005–2006) s. 26 om at det *«ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvitenhet som grovt uaktsom»* bør være retningsgivende også for tolkningen av dagens lov. Nemnda uttalte at det kan argumenteres for at den skjønnsmessige adgangen til å ilegge gebyr også i tilfelle av simpel uaktsomhet som nå fremgår av lovens § 12 første ledd annet punktum, *«tilsier at terskelen for grov uaktsomhet kan og bør heves noe, blant annet for å bringe den anskaffelsesrettslige forståelsen av dette skyldkravet bedre i overensstemmelse med hva som kan karakteriseres som grovt uaktsomt på andre rettsområder.»* Nemnda i gjeldende sak er enig i dette, og viser også til at dette er et moment som kan vektlegges ved vurderingen av medlemsstaters ansvar for brudd på EU-lovgivningen, jf. de forente saker C-46/93 og C-48/93 avsnitt 56 (Brasserie du Pêcheur og Factortame).
- (40) Innklagede mener at skyldkravet ikke er oppfylt da de ikke forstod eller burde forstått at kontrakten var underlagt kunngjøringsplikt. Innklagede viser til at de ikke hadde grunnlag for å anta at skriftlighetsvilkåret i § 2 var oppfylt. Videre vises det til at båtens bokførte verdi og kontraktens endelige verdi var under kunngjøringspliktig verdi.
- (41) Klagenemnda har ovenfor kommet til at en forsvarlig beregning av kontraktens verdi ville vist at kontrakten var kunngjøringspliktig. Valgte leverandørs anslag på forventet kontraktsverdi var gitt i et intervall. Gitt båtens regnskapsmessige verdi, vurderer nemnda at det ville det vært uaktsomt – men ikke grovt uaktsomt – å legge til grunn en verdi i nedre sjikt av prisestimatet.
- (42) Klagenemnda finner samlet sett at innklagede ved å inngå avtalen med valgte leverandør har handlet på en måte som må karakteriseres som uaktsom. Nemnda *«kan»* derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første

setning. I en sak som dette hvor innklagede ikke har gjennomført noen form konkurranse, mener nemnda det er riktig at det skal ilegges et overtredelsesgebyr.

Gebyrets størrelse

- (43) I tråd med tidligere praksis legger klagenemnda til grunn at gebyret skal fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2021/344, avsnitt 35.
- (44) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 tredje ledd at det ved utmålingen av gebyret særlig skal legges vekt på «*bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen*», jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (45) En gjennomgang av nemndspraksis viser at gebyret normalt settes til 10 prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpende omstendigheter, se senest klagenemndas avgjørelse i sak 2019/102, avsnitt 41.
- (46) Klagenemnda mener at innklagedes handlemåte, ved ikke å foreta en vurdering av anskaffelsens verdi og deretter unnta kontrakten fra konkurranse, er kritikkverdig. I formildende retning legger klagenemnda vekt på at størrelsen på anskaffelsen. Både båtens regnskapsmessige verdi og kontraktens endelige verdi er under kunngjøringspliktig verdi.
- (47) Basert på en samlet vurdering, finner klagenemnda det passende at gebyret settes til åtte prosent av gebyrgrunnlaget på 1 225 000 kroner. Gebyret blir etter dette 98 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Fylkesbåtene AS ilegges et overtredelsesgebyr på 98 000

- nittåttetusen - kroner.

Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12 sjette ledd. Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tarjei Bekkedal

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur