

Ref.nr. 29 /2011-2012

Tilråding

Klage fra Danish Air Transport A/S (DAT) over Samferdselsdepartementets vedtak av 23. mars 2012 om å avvise DATs tilbud på ruteområde 4 – 7 og klage over vedtak av 19. januar 2012 om å tildele kontrakt for ruteområde 13 til Widerøe's Flyveselskap AS. Klageren gis ikke medhold i noen av klagene.

Godkjent i statsråd 15. juni 2012.

Statsråd:
Magnhild Meltveit Kleppa

Ref.nr.: 29 /2011-2012

Dato: 15. juni 2012

**AVGJØRELSE AV KLAGE OVER BESLUTNINGER TATT
AV SAMFERDSELSDEPARTEMENTET I TILKNYTNING
TIL ANBUDSKONKURRANSE OM FLYRUTER MED
OFFENLTIG TILSKUDD MED PLANLAGT OPPSTART 1.
APRIL 2012**

1. Bakgrunn

Høsten 2011 avholdt Samferdselsdepartementet (heretter "departementet") anbudskonkurranse om tildeling av kontrakter for betjening av 19 flyruter med offentlig støtte og med planlagt oppstart 1. april 2012.

19. januar 2012 avgjorde departementet at Danish Air Transport A/S (heretter "DAT") skulle tildeles kontrakt for ruteområde 4 (Svolvær – Bodø v.v.), ruteområde 5 (Leknes – Bodø v.v.), ruteområde 6 (Røst – Bodø v.v.) og ruteområde 7 (Narvik (Framnes) – Bodø v.v.).

Samtidig ble Widerøe's Flyveselskap AS (heretter "Widerøe") tildelt kontrakt for ruteområde 13 (Florø – Oslo v.v., Florø – Bergen v.v.).

I brev av 6. mars 2012 (fristavbrudd var foretatt tidligere) klagde Widerøe på beslutningen om å tildele ruteområdene 4 – 7 til DAT. Grunnlaget for klagen var blant annet at DAT sitt tilbud skulle ha vært avvist fordi (1) det var et krav at det flyselskapet som betjener ruteområde 4 (Svolvær – Bodø v.v.) er i stand til å benytte det satellittbaserte innflygingssystemet SCAT-I allerede fra 1. april 2012 (noe DAT ikke er), (2) DAT planla å benytte seg av wet-leaset fly (leie av både fly og mannskap) i strid med konkurransegrunnlaget punkt 5.9 og fordi (3) DAT trolig ikke ville være i stand til å starte opp fra 1. april 2012 som foreskrevet (manglende regularitet, setekapasitet og kompassystem).

Ved brev av 23. mars 2012 ga departementet Widerøe medhold i klagen. DAT sitt tilbud ble avvist for ruteområdene 4 – 7 og tildelingsbeslutningen ble omgjort.

2. Klagen fra DAT og behandlingen av denne

Ved brev av 28. mars 2012 har DAT klagd på to forhold:

- a) Vedtaket av 23. mars 2012 om å avvise tilbudet fra DAT og å omgjøre tildelingsbeslutningen av 19. januar 2012 for så vidt gjelder ruteområdene 4 – 7.

DAT anfører at vedtaket om å avvise selskapets tilbud bygger på forutsetninger som ikke går tilstrekkelig klart frem av konkurransegrunnlaget og at det er mangler ved saksbehandlingen som ligger til grunn for vedtaket av 23. mars 2012.

- b) Vedtaket av 19. januar 2012 om å tildele ruteområde 13 til Widerøe.

DAT mener Widerøes tilbud må avvises fordi kompensasjonskravet er unormalt lavt. Subsidiært blir det anført at Widerøes tilbud må undersøkes nærmere i samsvar med prosedyrekravene i § 21 i forskrift 12. august 2011 nr. 833 om lufttransporttjenester i EØS (heretter "anbudsforskriften").

- c) I tillegg til de to egentlige klagepunktene har DAT bedt om at departementet avlyser konkurransen både for ruteområdene 4 – 7 og for ruteområde 13.

For å unngå gjentakelser gjengir vi detaljene i klagerens argumenter sammen med departementets vurderinger (se punkt 3).

Widerøe har som motpart fått anledning til å kommentere klagen fra DAT i brev av 13. april 2012 til departementet.

DAT har i brev av 20. april 2012 til departementet fått anledning til å kommentere enkelte påstander om kompassystem i brevet fra Widerøe.

Luffartstilsynet har kommentert de brevene som er nevnt ovenfor i brev av 26. april 2012 og 4. mai 2012 til departementet.

DAT anmoder om at departementet ikke inngår kontrakt med Widerøe før det har gått 10 dager etter at klagen er avgjort. Denne delen av saken er håndtert i en parallell prosess og omtales ikke i det følgende.

3. Departementets vurderinger

Departementet er enig med klageren i at departementets avgjørelse av 23. mars 2012 er et enkeltvedtak som kan påklages og at klageren har rettslig klageinteresse.

Den delen av klagen som gjelder vedtaket av 23. mars 2012 er rettidig fremsatt. Den delen av klagen som gjelder tildelingsvedtaket av 19. januar 2012 er ikke rettidig fremsatt. Likevel har departementet kommet til at saken ligger slik an at det er rimelig at klagen blir prøvd, jf. forvaltningsloven § 31 første ledd bokstav b. Det legges vekt på at behandlingen av avvisningsspørsmålet for ruteområdet 4 – 7 har tatt lang tid, og at sammenhengen mellom konkurransen for ruteområdene er av en slik karakter at den må tillegges vesentlig vekt.

3.1 Ruteområdene 4 – 7

3.1.1 Nærmere om klagerens argumenter

Samferdselsdepartementet legger i vedtaket av 23. mars 2012 vekt på vurderinger Luffartstilsynet har foretatt i den rapporten det sendte departementet ved brev av 14. mars 2012 (heretter ofte omtalt som "rapporten").

DAT hevder *for det første* at Luffartstilsynets rapport bygger på forutsetninger som ikke er "inntatt som del av eller er relevant i forhold til konkurransegrunnlaget". Herunder nevnes blant annet:

1. Luffartstilsynets vurdering av at det må brukes bestemte kompassystemer.

2. At det kan se ut til at Luftfartstilsynet har lagt til grunn at det er et "de-facto" krav om bruk av SCAT-I på ruteområdene 4-7.

Slik departementet forstår klagen mener DAT – i relasjon til begge de nevnte kravene – at det er et brudd på det grunnleggende kravet om likebehandling av tilbyderne at disse kravene ikke fremgår klart av konkurransegrunnlaget. Dersom selskapet hadde forstått (kunnet forstå) dette ville det ikke ha budt på de aktuelle ruteområdene.

For det andre anfører DAT at departementet burde ha gitt DAT en anledning til å kommentere Luftfartstilsynets rapport før departementet avgjorde klagen fra Widerøe. DAT hadde fått seg forelagt klagen fra Widerøe, men DAT legger til grunn at rapporten fra Luftfartstilsynet har vært viktigere. Klageren viser i denne forbindelse til forvaltningsloven §§ 17 og 18.

3.1.2 Departementets vurdering av det første grunnlaget

Departementet er enig med klageren i at det i en avvisningsvurdering bare kan legges vekt på krav som fremgår av konkurransegrunnlaget.

For så vidt gjelder SCAT-1 er departementet enig med klageren i at ordbruken i Luftfartstilsynets rapport (punkt 1) trekker i retning av at tilsynet har oppfattet bestemmelsen i konkurransegrunnlaget punkt 4.2 annet avsnitt andre setning som et krav om å kunne benytte et satellittbasert innflygningssystem allerede fra oppstartsdatoen 1. april 2012. Departementet understreker likevel at denne tolkningen av rapporten ikke er opplagt.

Departementet finner uansett ikke grunn til å klarlegge hva Luftfartstilsynet har ment. Av det påklagede vedtaket fremgår det at departementet mente det ikke var nødvendig å ta stilling til om bestemmelsen om SCAT-1 innebar et krav. Dette skyldes at rapporten redegjør for flere andre krav som DAT ikke tilfredsstilte på vedtakstidspunktet og som uansett ga grunnlag for å avvise DATs tilbud.

Følgelig er det ikke lagt vekt på forhold som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget.

For så vidt gjelder kompassystem ønsker departementet innledningsvis å presisere at det er listet opp andre forhold i Luftfartstilsynets rapport som gir grunnlag for å avvise tilbudet fra DAT, selv om en ser bort fra det tilsynet sier om SCAT-1. Se rapportens punkt 2 om vinteroperasjoner, punkt 4 om ytelsesberegninger på våt rullebane og punkt 5 om modifikasjon av fly.

DAT har selv ikke gått inn på disse andre grunnlagene, og har derfor heller ikke bestridt at det finnes andre grunnlag for å avvise tilbudet fra DAT. Klageren ser med andre ord ikke ut til å mene at det er begått feil som har hatt avgjørende betydning for selve avvisningsbeslutningen.

Siden departementet har nevnt kompasskravet som ett av flere forhold som er nevnt i rapporten fra Luftfartstilsynet, vil anførselen likevel bli drøftet i det følgende.

DAT viser til at det ikke sies noen om kompassystem i konkurransegrunnlaget punkt 3.9 bokstav n (krav til dokumentasjon for utstyrskrav). På grunnlag av dette slutter DAT seg tilsynelatende til at det ikke er riktig at det følger et slikt krav av konkurransegrunnlaget. Dersom det alternativt følger et slikt krav av konkurransegrunnlaget, mener DAT at konkurransegrunnlaget er så uklart at grunnleggende krav til forutberegnelighet ikke er ivaretatt.

I sin rapport av 14. april 2012 legger Luftfartstilsynet til grunn at DAT har basert sitt tilbud for ruteområdene 4 – 7 på bruk av tre fly. Videre legger tilsynet til grunn at det for operasjoner på de breddegradene ruteområdene omfatter (med stort magnetisk avvik) er nødvendig å bruke kompassystemet APIRS. Kompassystemet AHRS er ikke godt nok. Bare ett av de tre flyene DAT tok sikte på å bruke ville i følge Luftfartstilsynet ha APIRS-systemet fra 1. april 2012.

Det har vært en viss uenighet mellom DAT og Widerøe om det ene flyet virkelig *har* APIRS, eller om det bare har *supplement* for APIRS. I det sistnevnte tilfellet vil DAT bare kunne benytte APIRS dersom det er installert. I brevet av 20. april 2012 har DAT bekreftet at de opplysningene Widerøe har gitt om flyets beskaffenhet er korrekte. Dette ser ut til å være en bekreftelse av at flyet ikke har APIRS installert og at det vil ta noe tid å få det installert (på brevtidspunktet).

Uansett faktum anfører DAT i brevet av 20. april 2012 at Luftfartstilsynet ikke har "kunnet påvise hvor og når tilsynet har kunngjort eller bekjentgjort det påståtte ufravelige kravet til APIRS eller på annen måte kunnet spesifisere hvor kravet er nedfelt". Dette kan synes noe underlig siden DAT senere i samme brev sier at "Luftfartstilsynets henvising til EU OPS 1.630, etter DATs syn, ikke er holdbar som argumentasjon for at APIRS er et ufravelig krav for å kunne operere på de aktuelle rutene i Norge".

Det kan ikke være tvilsomt at Luftfartstilsynet i punkt 3 i sin rapport av 14. mars 2012 har ment at kompasskravet følger av det som der benevnes som OPS 1.630 (a) (2). Med dette menes punkt 1.630 i vedlegg III til forordning (EØF) nr. 3922/91 av 16. desember 1991 om harmonisering av tekniske krav og administrative fremgangsmåter i sivil luftfart med tilleggsbestemmelser om arbeidstid for besetningsmedlemmer.

Denne forordningen er gjort til norsk rett ved forskrift av 21. februar 2008 nr. 189 om gjennomføring av forordning (EØF) nr. 3922/91 om harmonisering av tekniske krav og administrative fremgangsmåter i sivil luftfart med tilleggsbestemmelser om arbeidstid for besetningsmedlemmer.

Det er for så vidt en selvfølge at flyvirksomhet i Norge må følge norsk rett, men for klarhets skyld er dette også presisert på et generelt nivå i konkurransegrunnlaget punkt 3.2 og spesielt for den aktuelle forskriften/forordningens del i punkt 3.3.

Det er svært viktig for den rettslige vurderingen av saken at de aller fleste kravene som gjelder for driften av de aktuelle rutene

ikke fremgår i detalj av konkurransegrunnlaget, og heller ikke skal eller kan fremgå av konkurransegrunnlaget. En tenker da på alle de generelle kravene som knytter seg til bestemte typer virksomhet – uavhengig av om de blir drevet som ordinær kommersiell virksomhet eller innenfor rammen av avtale med staten om kostnadskompensasjon. Kvantitativt sett inneholder disse en langt større andel av flyselskapenes samlede forpliktelser enn de (tilleggs)forpliktelsene som følger av konkurransegrunnlaget.

DATs anførsler kan også forstås som en bestridelse av at plikten til å benytte en annen type kompassystem (enn de DAT i dag har installert/har mulighet til å benytte) følger av OPS 1.630 (a) (2). Tanken må da være at ordlyden er for generell, og at det ikke følger av de utfyllende dokumentene DAT viser til i klagen at det kompassystemet DAT i dag benytter seg av ikke er godt nok.

Departementet er enig i at ordlyden i OPS 1.630 er generell, og at det ikke følger direkte av ordlyden at AHRS-systemet er godt nok for den konkrete bruken. Men det er uansett ikke avgjørende.

OPS-regelverket gjelder for et meget stort antall ulike former for bruk som innbyrdes er meget forskjellig. Selv om regelverkets omfang er omfattende har det i stor grad vært nødvendig å utforme det som relativt generelt formulerte funksjonskrav.

Samtidig er det slik at det enkelte flyselskaps Air Operator's Certificate (AOC) ikke inneholder detaljerte krav til hvordan alle deler av selskapets virksomheter skal utøves. I stedet forutsetter den at driften skjer i overensstemmelse med de krav som følger av de regelverkene som kommer til anvendelse – i dette tilfellet OPS-regelverket. For å bygge denne broen mellom generelle regler og konkrete operasjoner kreves det at bestemte personer i flyselskapet ("nominated postholders") er ansvarlige for å sette seg inn i regelverket.

Endelig er det slik at funksjonskravene i OPS-regelverket i mange tilfeller må utfylles med de kravene som følger den godkjennelsen som er gitt til den enkelte flytype og det enkelte flyindivid. Innholdet i disse beror igjen på hva sertifiserings-

myndigheten (her kanadiske myndigheter) har bestemt i nær dialog med produsenten. Sertifiseringen kan være betinget av at bestemte former for bruk, som typisk er mer krevende enn "basisbruken", skjer på måter som er fastlagt i såkalte supplementer. Det er dette som er tilfellet i den konkrete saken.

Erfaringer fra operasjoner i Nord-Norge har gjort at produsenten av de flyene saken gjelder har erkjent at AHRS-systemet har svakheter som skyldes de spesielle magnetiske forholdene så langt nord (de Havilland Dash 8 All Operators Message No. 622). Etter det departementet forstår er denne i sin tur bakgrunnen for Supplement 67 som nevnes av DAT.

Det er korrekt at produsenten ikke har oppstilt bruk av APIRS som en absolutt betingelse ved bestemte former for bruk. Årsaken er trolig at det selskapet som selv bruker det enkelte flyet er nærmest til å knytte produsentens anbefalinger til den konkrete bruken. Det må som et minimum forventes at de flyselskapene som benytter de aktuelle kompassystemene på nordlige breddegrader har et bevisst forhold til de påviste svakhetene ved AHRS-systemet. Denne aktivitetsplikten kan utledes direkte av ordlyden i innledningen til bestemmelsene i OPS-regelverket – her OPS 1.630 ("An operator shall ensure...").

Argumentasjonen til DAT viser at selskapet ikke har vært klar over den faglige diskusjonen som har vært knyttet til forståelsen av kravene i OPS-regelverket anvendt på flygninger i det nordlige Norge. Dersom DAT hadde utøvd tilstrekkelig aktivitet ville det norske Luftfartstilsynet kunnet gitt den veiledningen som hadde vært nødvendig. Når det ikke var dokumentert på det tidspunktet da Luftfartstilsynet ga sitt endelige råd til Samferdselsdepartementet (14. mars 2012) var det ikke mulig for departementet å legge til grunn at kravene i konkurransegrunnlaget punkt 3.2 og 3.3 var tilfredsstillt.

Departementet nevner for ordens skyld at det også finnes andre bestemmelser i OPS-regelverket som vil kunne underbygge samme konklusjon. OPS 1.240 sier for eksempel at "An operator shall ensure that operations are only conducted along such routes or within such areas, for which 3. The equipment of

the aeroplane intended to be used meets the minimum requirements for the planned operation”.

Endelig kan DATs anførsler forstås som en påstand om at, selv om den rettslige plikten til å kunne benytte APIRS på de aktuelle flyene skulle være på det rene, så er disse rettslige forpliktelsenes innhold så vanskelig tilgjengelige at de anskaffelsesrettslige grunnkravene om transparens og likebehandling (lov om offentlige anskaffelser per analogi) ikke er tilfredsstillende.

Departementet er enig i at disse kravene følger av EØS-avtalen selv om de aktuelle anskaffelsene ikke er underlagt lov om offentlige anskaffelser (men spesialregler hjemlet i luftfartsloven). Departementet er likevel ikke enig i at grunnkravene innebærer det DAT påstår.

Forpliktelsen til å benytte et bestemt kompassystem er som nevnt en konsekvens av generelle regler. Luftfartstilsynet legger til grunn at de gjelder generelt for flygninger med den aktuelle flytypen på de aktuelle landingsplassene. Det spiller ingen rolle om det er DAT, Widerøe eller et hvilket som helst annet flyselskap som flyr. At det muligens bare er Widerøe som har praktisk erfaring med disse spørsmålene i Norge gjør ikke at den regelforståelsen som legges til grunn ikke er generell.

Det er et stort antall krav som følger av tilsvarende skjønnsmessige bestemmelser i det aktuelle OPS-regelverket, som DAT har innrettet seg etter og som DAT neppe vil bestride at de må rette seg etter og har plikt til å kjenne til. Forutsetningsvis har DAT derfor anerkjent det systemet som er forklart ovenfor og den risikofordelingen det innebærer.

Kort fortalt innebærer dette at en tilbyder selv har risikoen for konsekvensene av ikke å gjøre seg kjent med innholdet i generelle lov- og forskriftsbestemmelser som gjelder for en anbudsyttelse. Luftfartslovgivningen innebærer at de personene som til daglig forvalter OPS-reglene hos en tilbyder aktivt må søke å avklare eventuell tvil. Når det – som her – er snakk om å

starte opp operasjoner som kvalitativt sett skiller seg fra alle andre operasjoner tilbyderen har drevet tidligere vil aktivitetsplikten være særlig klar.

Dersom systemet *ikke* var slik ville det i denne saken kunne tvinge departementet til å godkjenne et tilbud som Luftfartstilsynet ikke kan stå bak rent sikkerhetsfaglig. Den regelforståelsen departementet legger til grunn er derfor også nødvendig for å gi et tilstrekkelig vern av liv og helse.

I forlengelsen av dette gjentar vi også fra det påklagede vedtaket at rollefordelingen mellom Samferdselsdepartementet og Luftfartstilsynet innebærer at departementet bør være tilbakeholdende med å overprøve kjernen i de sikkerhetsfaglige vurderingene tilsynet foretar. Dersom departementet prøver disse vurderingene i sin fulle dybde – og trår feil – vil det kunne utgjøre et sikkerhetsproblem.

Konklusjon: Departementet legger til grunn at det finnes andre grunnlag for å avvise tilbudet fra DAT enn kravet til kompassystemet. Dette kravet har derfor uansett ikke vært avgjørende for utfallet av saken.

Subsidiært legges det til grunn at DAT har hatt plikt til å benytte seg av et annet kompassystem enn det selskapet var i stand til. Det er ikke et brudd på de generelle anskaffelsesrettslige kravene om transparens og likebehandling at det ikke finnes en rettsregel som i detalj lister opp de kravene som stilles til kompassystem for de flyene DAT benytter i den konkrete saken.

3.1.3 Departementets vurdering av det andre grunnlaget

DAT hevder at departementet burde ha gitt selskapet mulighet til å kommentere Luftfartstilsynets rapport før vedtaket av 23. mars 2012 ble tatt.

Departementet kan ikke se at det gir et dekkende bilde av saksbehandlingen å stille betydningen av klagen fra Widerøe (som DAT har fått seg forelagt) opp mot betydningen av rapporten fra Luftfartstilsynet.

Grunnen til at DAT fikk seg forelagt klagen fra Widerøe er den rettigheten DAT har i medhold av forvaltningsloven § 33.

Luffartstilsynets rolle i saken er blant annet å være departementets rådgiver i anbudssaken, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.1. Når tilsynet opptrer i denne rollen driver det reelt sett forberedelse av departementets endelige beslutning.

Utgangspunktet er derfor at kommunikasjonen mellom Luffartstilsynet og departementet har et internt preg.

Minst like viktig er det at rapporten fra Luffartstilsynet av 14. mars 2012 var sluttresultatet av en omfattende utredningsprosess rettet spesielt mot DAT. Departementet var opptatt av at DAT skulle få en reell mulighet til å dokumentere sin evne til å yte tjenester i tråd med konkurransegrunnlaget. Den 29. mars 2012 ble det derfor avholdt et møte i departementet der både DAT, Luffartstilsynet og den danske tilsynsmyndigheten var til stede i tillegg til departementet selv.

I tiden etter dette møtet var det en meget omfattende kontakt mellom DAT og Luffartstilsynet. Siden det først og fremst dreide seg om dokumentasjon foregikk det meste på e-post. Departementet ba tidvis om daglige rapporter fra Luffartstilsynet for å påse at tilsynet og DAT holdt kontakt, og at nødvendig progresjon ble sikret.

Endelig er det grunn til å nevne at innholdet i klagen fra Widerøe var kjent for DAT, og at denne ga DAT klar oppfordring til å forsøke å dokumentere sin evne til å innfri kravene i konkurransegrunnlaget.

Det kan derfor ikke være tvil om at DAT hadde god mulighet til å legge frem sitt syn på saken i de to første ukene av mars 2012.

Det følger ikke av informasjonsplikten etter § 17 at en part skal ha rett til å uttale seg om et *utkast til vedtak*.

Departementet hadde grunn til å tro at eventuell uenighet ikke ville gjelde faktiske forhold, men de juridiske vurderingene av

disse faktiske forholdene. Slik det påklagede vedtaket er skrevet (punkt 4.2 og 4.3) er det knapt mulig å skille mellom departementets og Luftfartstilsynets vurderinger.

Fremstillingen ovenfor kan knyttes til to uttrykkelige unntaksbestemmelser i § 17 som innbyrdes er nært beslektet:

Hovedregelen om informasjonsplikt gjelder for det første ikke når en rask avgjørelse i saken er påkrevd av hensyn til offentlige interesser. Det var helt avgjørende for departementet å avgjøre klagen fra Widerøe før oppstart av de aktuelle rutene 1. april 2012. Derfor var det helt nødvendig å sette en sluttstrek for saksforberedelsene og begynne utformingen av det endelige vedtak. Foreleggelse for DAT ville ha ført til ytterligere forsinkelser av klagevedtaket. Høyst sannsynlig ville det da ikke ha vært praktisk mulig å sikre kontinuerlig drift på de aktuelle rutene.

Det andre unntaket følger av henvisningen til § 17 til § 18b. § 18b inneholder et unntak fra innsynsrett/informasjonsplikt når det er "nødvendig for å sikre forsvarlig interne avgjørelsesprosesser". I slike tilfeller er det ikke plikt til å forelegge dokumenter som et organ har innhentet fra et underordnet organ til bruk i sin interne saksforberedelse.

Klageren har også anført at det foreligger brudd på forvaltningsloven § 18. Departementet har problemer med å forstå hvilken relevans § 18 har, fordi denne dreier seg om DATs rett til å få tilgang til sakens dokumenter. Uansett er § 18b i realiteten et unntak fra hovedregelen i § 18, og drøftelsen ovenfor er derfor også en imøtegåelse av argumentet knyttet til § 18.

Dersom DAT egentlig har ment å vise til forvaltningsloven § 16, mener departementet at drøftelsen av § 17 ovenfor viser at kravene i § 16 også er innfridd. DAT var fullt ut kjent med at det skulle treffes et (klage)vedtak og DAT hadde klar oppfordring til å legge frem alle dokumenter og argumenter som underbygget selskapets evne til å levere i tråd med konkurransegrunnlaget, jf. forvaltningsloven § 16 tredje ledd bokstav c.

Konklusjon: Etter dette kommer departementet til at det ikke var brudd på forvaltningsloven §§ 16, 17 eller 18 ikke å forelegge Luftfartstilsynets rapport av 14. mars 2012 for DAT før departementet fattet sitt klagevedtak.

3.1.4 Oppsummering for ruteområdene 4 – 7

Departementet har kommet til at det ikke er gjort feil som tilsier at tildelingsbeslutningen av 19. januar 2012 må eller kan omgjøres.

3.2 Ruteområde 13

3.2.1 Nærmere om klagerens argumenter

Klageren begjærer prinsipalt at Widerøes tilbud på ruteområde 13 må avvises på grunnlag av bestemmelsen i konkurransegrunnlaget punkt 6.5 annet ledd nr. 4. Subsidiært begjæres det at departementet iverksetter den prosedyren som er beskrevet i anbudsforskriften § 21.

For så vidt gjelder den førstnevnte påstanden erkjenner DAT at konkurransegrunnlaget gir anledning til å inngi nullanbud, slik Widerøe har. Men departementet har i følge klageren en plikt til å vurdere alle sider av anbudet, herunder om det foreligger grunnlag for å avvise det fordi det "verket unormalt lågt i forhold til tjenestene som er tilbydde", jf. konkurransegrunnlaget punkt 6.5 annet ledd nr. 4.

DAT hevder at selskapet ikke kan forstå hvordan Widerøe kan oppnå kostnadsdekning på ruteområde 13 uten noen statlig kompensasjon. Påstanden begrunnes dels med selskapets egne erfaringer med drift på ruten de siste årene, og dels med at det synes inkonsistent at Widerøe på de omkringliggende ruteområdene 14 – 17 har bedt om økt kompensasjon sammenlignet med den forutgående kontraktsperioden. Videre anfører DAT at Widerøe ba om 37,2 millioner kroner i kompensasjon per år i sitt anbud på Florø-ruten for kontraktsperioden 2009 – 2012. Dette synes å stemme overens med at TØI i rapport 1116/2010 har dokumentert at "Widerøe har ca. 11 % høyere driftskostnader per fly og 25 % høyere kostnader per sete enn Danish Air Transport på sammenliknbare distanser".

Samlet mener derfor DAT at "det er stor sannsynlighet for at Widerøe har planlagt eller lagt til grunn at det vil subsidiere driften på Florø-Oslo, Florø-Bergen med tilskudd fra andre ruter, dvs. fra ruter hvor Widerøe har hatt enerett i lang tid allerede". Et annet sted heter det at Widerøes nullanbud oppleves som et forsøk på å "eliminere DAT som aktør fra det norske markedet, gjennom å selektivt dumpe kompensasjonskravet på den ruten DAT eksisterer som alternativ tilbyder. Etter DATs vurdering kan det videre stilles spørsmålsteget ved om dette er ledd i en plan om å eliminere DAT fra det norske markedet".

3.2.2 Departementets vurdering av anførselen knyttet til konkurransegrunnlaget punkt 6.5

Bestemmelsen i konkurransegrunnlaget punkt 6.5 annet ledd nr. 4 gir departementet rett, men ikke plikt, til å avvise et anbud. Utgangspunktet må derfor være at denne bestemmelsen ikke kan gi DAT noe krav på at Widerøes anbud skal avvises på grunnlag av denne bestemmelsen. Når DAT selv skriver "hvorvidt det foreligger grunnlag for avvisning" kan dette forstås som en erkjennelse av samme rettsoppfatning.

Drøftelsen nedenfor vil etter dette være en vurdering av om departementet har rett til å avvise budet fra Widerøe. Rettslig sett er det ikke nødvendig å foreta denne vurderingen for å ta stilling til klagen, men departementet mener en del av de problemstillingene saken reiser er så viktige at det er ønskelig å benytte anledningen til å belyse dem.

DAT formulerer seg stedvis på måter som vanskelig kan forstås som annet enn referanser til den alminnelige konkurranserettens forbud mot misbruk av en dominerende stilling i et marked (konkurranseloven § 11). DAT forklarer imidlertid ikke hva det mener samspillet mellom de generelle konkurransereglene og anskaffelsesreglene innebærer.

Konkurransereglene forbyr *flyselskapene* å opptre på bestemte måter. Samferdselsdepartementet er som arrangør av anbudskonkurransen ikke forpliktet til å håndheve disse

bestemmelsene. Konkurransemyndighetene vil kunne undersøke forholdet på grunnlag av konkurranseloven.

Departementet er på den annen side helt enig i at de hensynene og argumentene DAT tar opp er viktige å være seg bevisst for at de marginale markedene anbudskonkurransen omfatter skal være underlagt så mye konkurranse som mulig – både i den aktuelle anbudskonkurransen og i fremtidige.

Selv om bestemmelsen i konkurransegrunnlaget punkt 6.5 annet ledd nr. 4 uansett ikke innebærer en *plikt* til å avvise er det grunn til å drøfte hvilke tilfeller bestemmelsen kommer til anvendelse på.

Av konkurransegrunnlaget punkt 7.2.1 følger det at kontrakt skal tildeles det selskapet som har det laveste kompensasjonskravet. Unntaket for like krav i punkt 7.2.2 er ikke aktuelt i denne saken.

Etter dette er det klart at departementet plikter å tildele kontrakten til Widerøe dersom det ikke er grunnlag for å avlyse konkurransen (se punkt 3.3) *eller* det er hjemmel for å avvise Widerøes bud basert på konkurransegrunnlaget punkt 6.5 annet ledd nr. 4 og den underliggende bestemmelsen i anbudsforskriften § 20 annet ledd bokstav d.

Det fremgår ikke av ordlyden, verken i konkurransegrunnlaget eller i anbudsforskriften, hva som skal til for at vilkåret om at anbudet må være urimelig lavt skal være tilfredsstillt. Likevel synes det å være bred enighet om at det helt sentrale vurderingskriteriet er hvorvidt det lave kompensasjonskravet innebærer risiko for at tjenesten ikke vil bli ytt i tråd med den inngåtte kontrakten.

Konkurransegrunnlaget punkt 5.6 legger opp til at resultatet av en konkurranse kan bli en ren enerett til å betjene en rute uten at det avtales offentlig kompensasjon. Dette kan synes paradoksalt når en tar i betraktning at fri konkurranse er det klare utgangspunktet. Forklaringen er at staten har behov for å vite at kontinuerlig drift opprettholdes kombinert med at det ikke er

mulig for staten å vite med tilstrekkelig sikkerhet om ruten vil bli drevet kommersielt dersom den tas ut av anbudsregimet.

”Nullanbud” er etter dette en ordinær del av anbudssystemet, og ikke noe som i seg selv tilsier at budet er unormalt lavt. Det finnes da også flere eksempler på at departementet har inngått enerettsavtaler uten kompensasjonskrav.

Dernest fremgår det av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder om offentlige anskaffelser (som har relevans også for tjenestekonsesjoner som i den aktuelle saken) at til og med et bud som innebærer tap for anbyderen ikke i seg selv må føre til avvisning av et bud. Veilederen illustrerer godt at det skal mye til før avvisning er tillatt.

For ordens skyld gjengir vi at Widerøe i brevet av 13. april 2012 har presisert følgende: Selskapet ”har full dekning av alle kostnader knyttet til operasjonen på Florø, og i tillegg er det et betydelig bidrag til faste kostnader og resultatmargin på ruten”.

I juridisk teori fremheves det at avvisning på grunn av unormalt lavt bud må bygge på objektive kriterier. Dette utgangspunktet er også reflektert i anbudsforskriften § 21 som er behandlet i punkt 3.2.3. Normalt vil en plausibel forklaring på hvorfor selskapet har lave kostnader kunne utgjøre en slik objektiv grunn.

I den aktuelle saken viser anbudsbudsjettene (ikke-offentlig del av anbudet) at Widerøe faktisk har *høyere* kostnader enn DAT på det aktuelle ruteområdet. Avviket er riktig nok mindre enn det generelle avviket TØI har påvist i sin rapport, men det kan muligens forklares et stykke på veg av medieoppslag som tilsier at Widerøe har gjennomført et kostnadsprogram som ikke ble avsluttet før godt ut i 2011.

Selv om risikoen for at Widerøe ikke får dekket sine kostnader skulle være noe høyere enn for DAT (det er ikke sikkert grunnlag for å mene dette) legger departementet til grunn at denne forskjellen uansett ikke er så stor at det har vært naturlig å forta ytterligere undersøkelser. Det legges også en viss vekt på at

omsetningen på den aktuelle ruten bare utgjør en begrenset del av Widerøes samlede virksomhet og at departementet aldri har opplevd at Widerøe ikke har vært praktisk eller økonomisk i stand til å yte de tjenestene de er avtalerettslig forpliktet til å yte.

Etter dette er det vanskelig å se at departementet hadde grunn til å frykte at Widerøe ikke skulle kunne yte tjenestene i tråd med den inngåtte kontrakten.

Dersom det er på det rene at et lavt bud skyldes at anbyderen har mottatt ulovlig offentlig støtte kan tilbudet avvises. Alle de tilskuddsmidlene Widerøe mottar fra staten er avtalebestemte rettigheter selskaper har ervervet i ordinære anbudskonkurranser. Det er derfor ikke grunnlag for å hevde at noen av disse midlene utgjør ulovlig offentlig støtte.

Til tross for dette standpunktet kan man spørre seg om det er *tillatt* å legge vekt på noen av de hensynene som normalt skal ivaretas ved hjelp av de generelle konkurransereglene innenfor det særlige anskaffelsesregimet for ulønnsomme flyruter. Uten å ta et generelt standpunkt til dette spørsmålet har departementet vurdert noen enkle kostnads- og inntektssammenhenger i forlengelsen av de vurderingstemaene klageren selv peker på. Det dreier seg *ikke* om vurderinger som tar utgangspunkt i de domstolsbestemte vurderingstemaene for misbruk av dominerende stilling, men kan muligens være nyttige som en antydning av den økonomiske kompleksiteten i saker om kompensasjon for tjenestekonsesjoner.

Grunnlaget for beregningene er de kostnadene Widerøe selv har oppgitt på de enkelte rutene. Tanken har vært å finne ut om kostnadene på Florø-ruten skiller seg ut fra andre ruteområder.

Når man dividerer de samlede driftskostnadene med antall passasjerer varierer tallene kraftig mellom ruteområdene. Dette skyldes først og fremst at passasjergrunnlaget varierer mye mellom ruteområdene. Fordi mange av kostnadene ikke påvirkes av passasjertallet er dette forholdstallet lite egnet som grunnlag for en slik vurdering klagen legger opp til.

Samme type problem oppstår når man regner ut forholdstallet mellom totalkostnadene og flyerutenes lengde. Heller ikke dette tallet anses som særlig egnet.

Dersom man sammenligner de enkelte delpostene i kostnadsbudsjettet er det store forskjeller mellom DAT og Widerøe, men heller ikke disse tallene antas å være særlig interessante. Når de samlede kostnadene uansett er nærmest sammenfallende tyder forskjeller for delpostene på at det like gjerne kan skyldes uenighet eller usikkerhet om hva som er riktige posteringer eller ulike regnskapsrutiner mellom selskapene, som reelle forskjeller.

Kvantitativt sett kan det se ut til at inntektsanslagene er en viktigere forklaring på Widerøes lave kompensasjonskrav enn kostnadene. De eksakte tallene er taushetsbelagte, men det må være tillatt å gjengi at differansen mellom inntektsanslagene for de to berørte selskapene er flere ganger større enn differansen mellom kostnadsanslagene.

Forskjeller i inntektsanslagene kan skyldes ulike vurderinger av hva den gjennomsnittlige billettprisen vil være og hvor mange passasjerer selskapet vil transportere. Departementet har ikke bedt om å få oppgitt hvilke tall anbyderne legger til grunn på disse to punktene, og har derfor heller ikke grunnlag for å mene noe om riktighetene eller holdbarhetene.

Konklusjon: Som sagt innledningsvis i dette punktet kan DAT uansett ikke kreve at departementet skal avvise Widerøes bud på grunnlag av konkurransegrunnlaget punkt 6.5 andre ledd nr. 4 fordi denne bestemmelsen aldri gir departementet en plikt til å avvise. Departementet har likevel (overskuddsargument) undersøkt om det har en slik rett/et slikt grunnlag for å avvise, men har kommet til at det ikke har det fordi Widerøes bud ikke kan anses som unormalt lavt i rettslig forstand.

3.2.3 Departementets vurdering av anførselen knyttet til § 21 i anbudsforskriften

Departementet er i tvil om hva klageren mener med denne anførselen. Bestemmelsen gjelder en situasjon der oppdrags-

giveren avviser, eller i alle fall vurderer å avvise, et tilbud. For ruteområde 13 er situasjonen at ingen tilbud er avvist, og derfor er det vanskelig å se at bestemmelsen er relevant.

Siden anførselen i seg selv ikke gir grunnlag for å påstå at vedtaket er galt er det kanskje mest nærliggende å forstå den som et støtteargument til hovedanførselen knyttet til konkurransegrunnlaget punkt 6.5 andre ledd nr. 4. Det vises til drøftelsen i punkt 3.2.2.

Så lenge departementet har kommet til at det verken har plikt eller rett til å avvise Widerøes anbud på grunnlag av konkurransegrunnlaget punkt 6.5 andre ledd nr. 4 er det ikke naturlig å drøfte anbudsforordningen § 21 som et selvstendig avvisningsgrunnlag.

Et stykke på vei kan en si at anbudsforordningen § 21 står som en indirekte bekreftelse på den klare hovedregelen om at avvisning er ekstraordinært og at det derfor bare kan skje når den som vurderes avvist har fått anledning til å ivareta sine interesser.

3.2.4 Oppsummering for ruteområde 13

Departementet kan ikke se at det er grunnlag for å avvise Widerøes tilbud på ruteområde 13.

3.3 Begjæringen om at konkurransen avlyses

3.3.1 Nærmere om klagerens argumenter

Klageren ønsker at departementet skal avlyse konkurransen på grunnlag av konkurransegrunnlaget punkt 7.1 og anbudsforordningen § 24. I tillegg viser klageren til en parallell klage for ruteområde 13 som en privatperson har levert til EFTAs overvåkingsorgan om liknende problemstillinger.

DAT mener de svakhetene ved prosessen som DAT selv har anført i klagen samlet sett gir grunnlag for å avlyse konkurransen.

3.3.2 Departementets vurdering

Konkurransesgrunnlaget punkt 7.1 og anbudsforskriften § 24 har tilnærmet samme innhold, og krever begge at det må foreligge saklig grunn for at avlysning skal kunne foretas. Hva som utgjør saklig grunn beror på et konkret skjønn, men i teori og praksis har det etter hvert nedfelt seg en del relativt sikre momenter og prinsipper.

Anmodningen om å avlyse konkurransen bygger på forutsetninger som departementet *ikke* har sagt seg enig i drøftelsene ovenfor.

Uansett følger det ikke av noen av de to bestemmelsene klageren viser til at departementet har *plikt* til å avlyse konkurransen ("rett til å avlyse"/"kan avlyse"). Saklighetsskjønnet gjelder kun vilkårene for at en rett skal foreligge.

Etter dette mener departementet at det ligger utenfor temaet for klagesaken å ta stilling til om konkurransen skal avlyses eller ikke. Det er viktig å presisere at dette standpunktet ikke skal tolkes som et standpunkt til realiteten i avlysningsspørsmålet – verket dit hen at departementet har bestemt seg for ikke å avlyse konkurransen eller at det vil bestemme seg for å avlyse den (uavhengig av klagesaken).

4. Oppsummering

For de tre klagepunktene som er listet opp i punkt 2 har departementet kommet til følgende konklusjoner:

- a) Det hefter ikke mangler ved vedtaket, eller forberedelsen av vedtaket, av 23. mars 2012 som tilsier at det kan eller må omgjøres. Klagen gis ikke medhold for ruteområdene 4 - 7.
- b) Det er ikke grunnlag for å avvise tilbudet fra Widerøe fordi kompensasjonskravet er unormalt lavt. Klagen gis ikke medhold for ruteområde 13.
- c) Departementet tar ikke stilling til om konkurransen skal avlyses som en del av klagesaken – uten at dette skal tolkes som et signal i den ene eller andre retning.

Samferdselsdepartementet

tilrår:

Klage fra Danish Air Transport A/S (DAT) over Samferdselsdepartementets vedtak av 23. mars 2012 om å avvise DATs tilbud på ruteområde 4 – 7 og klage over vedtak av 19. januar 2012 om å tildele kontrakt for ruteområde 13 til Widerøe's Flyveselskap AS. Klageren gis ikke medhold i noen av klagene.

Godkjent i statsråd 15. juni 2012.