



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Danish Air Transport
Lufthavnsvej 7A
6580 Vamdrup

Deres ref.

Vår ref.
12/424

Dato
23.03.2012

Vedtak om avvisning av anbud fra Danish Air Transport A/S (DAT) og om omgjøring av beslutning om å tildele ruteområdene 4 - 7 til DAT i konkurranse om regionale flyruter

Ved beslutning av 19. januar 2012 ble Danish Air Transport A/S ("DAT") tildelt ruteområde 4 - 7 (Svolvær – Bodø, Leknes – Bodø, Røst – Bodø, Narvik – Bodø) i en anbudskonkurranse om regionale ruteflyginger i Norge. Widerøe's Flyveselskap AS ("Widerøe") har påklaget avgjørelsen i brev av 6. mars 2012. DAT har gitt merknader til klagen i brev av 14. mars 2012.

Samferdselsdepartementet har kommet til at Widerøe må gis medhold i klagen.

1. Sakens bakgrunn

Samferdselsdepartementet kunngjorde 25. august 2011 anbudskonkurranse om regionale ruteflyginger i Norge. I brev av 19. januar 2012 fra Samferdselsdepartementet ble anbyderne i konkurransen meddelt tildelingsbeslutninger for de aktuelle ruteområdene. Ruteområdene 4 - 7 ble tildelt DAT.

I perioden etter tildelingsbeslutningen har det blitt avholdt avklaringsmøter mellom DAT, Samferdselsdepartementet, det norske Luftfartstilsynet og det danske Luftfartsvæsenet. Særlig har det vært omfattende kontakt mellom DAT og det norske Luftfartstilsynet om selskapets evne til å starte opp flygningene på de aktuelle ruteområdene fra 1. april 2012 slik konkurransegrunnlaget krever.

Postadresse
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo

<http://www.sd.dep.no/>

Kontoradresse
Akersg. 59

postmottak@sd.dep.no

Luft- post- og teleavdelingen

Sentral: 22 24 90 90

Saksbehandler
Morten Foss
22 24 82 50

Org. nr. 972 417 904

Den 6. mars 2012 mottok Samferdselsdepartementet klage fra Widerøe på beslutningen om å tildele ruteområde 4 - 7 til DAT. 9. mars 2012 begjærte Widerøe midlertidig forføyning ved Oslo byfogdembete med påstand om at kontrakt ikke skulle signeres før 10 dager etter eventuelt negativt klagevedtak. Begjæringen ble trukket etter at departementet avga erklæring om at kontraktssignering ikke ville skje før tre dager etter et eventuelt negativt klagevedtak.

Kontrakt er ennå ikke inngått for de fire ruteområdene klagen gjelder.

DAT avga merknader til klagen i brev 14. mars 2012. Samme dag mottok departementet et notat fra Luftfartstilsynet med vurdering av DATs evne til å starte operasjon på rutene 4 - 7 fra 1. april 2014 i tråd med vilkårene i konkurransegrunnlaget.

Notatet fra Luftfartstilsynet følger vedlagt.

2. Innholdet i Widerøes klage

Widerøe anfører at SCAT-1 eller tilsvarende er et *ufravikelig kvalifikasjonskrav* i anbudskonkurransen, og at DAT skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av dette kravet.

Widerøe anfører videre at DAT må avvises som følge av at deres anbud er basert på "wet-lease" (leie av både fly og mannskap) i strid med forbudet i konkurransegrunnlagets punkt 5.9.

Endelig peket Widerøe på at DAT vil mangle operasjonelle supplement som er nødvendige for å betjene rutene ved såkalte kontaminerte rullebaner, og at kravene til regularitet, setekapasitet og kompassystem heller ikke er oppfylt.

3. DATs merknader til klagen

DAT anfører at det ikke foreligger grunnlag for avvising.

DAT mener at SCAT-1 eller tilsvarende innflygingssystem ikke er ment å være et kvalifikasjonskrav, og at DAT uansett oppfyller forutsetningene i konkurransegrunnlagets punkt 4.2.

DAT anfører videre at deres anbud ikke er *basert på* "wet-lease", og viser i den forbindelse til at selskapet skal bruke egne fly og eget mannskap. Det er riktig at det er leid inn ett ekstra fly med mannskap for en periode på 6 måneder, men dette skal bare

benyttes som et reservefly. Dette flyet skal ikke brukes som en del av den ordinære oppfyllelsen av kontraktsforpliktelsen.

DAT anfører videre at de vil starte opp som forutsatt i konkurransegrunnlaget, og at kravene om regularitet, setekrav og kompassystem er oppfylt.

Hva gjelder regularitet mener DAT at eventuelle problemer med kontaminerte rullebaner vil være marginale, og at det derfor ikke vil medføre problemer eller få negative følger i relasjon til kravet om regularitet på de aktuelle rutene.

Hva angår setekrav er DAT av den oppfatning at det er et kommersielt og ikke operasjonelt anliggende, og at DAT ikke har tatt noen forbehold til konkurransegrunnlaget på dette punktet.

For så vidt gjelder kompassystem anfører DAT at det ikke er stilt krav om et forbedret system. DAT viser til at deres fly er utstyrt med kompassystemer i tråd med gjeldende krav og konkurransegrunnlaget.

4. Samferdselsdepartementets vurderinger

4.1 Krav til anbudene og Luftfartstilsynets gjennomgang som forutsetning for kontraktsinngåelse

Det følger av punkt 3.2 i konkurransegrunnlaget at anbyderne plikter å utføre driften i samsvar med den norske luftfartsloven, tilhørende forskrifter, andre regler på området og eventuelle pålegg fra offentlige myndigheter i medhold av slike regler.

Det følger videre av punkt 3.3 at det er et krav om drift i samsvar med EU-OPS, jf. 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 tilleggbestemmelser om arbeidstid for besetningsmedlemmer.

De nærmere dokumentasjonskravene følger av punkt 3.9.

Av anbudsinnbydelsens punkt 3.1 fremgår det endelig at anbud skal legges frem for Luftfartstilsynet for gjennomgang av tekniske og operative forhold før en anbyder blir valgt.

4.2 Nærmere om Luftfartstilsynets funn og konklusjoner

Luftfartstilsynets notat av 14. mars 2012 baserer seg på dokumentasjon vedlagt anbudet og senere avklaringer med DAT som omtalt i punkt 1. Notatet inneholder vurderinger

av DATs evne til å starte opp driften i tråd med kravene i konkurransegrunnlaget fra 1. april 2012 fordelt på følgende emner: SCAT-1 eller tilsvarende innflygingssystem (punkt 1), vinteroperasjoner (punkt 2), kompassproblemer (punkt 3), ytelsesberegninger for operasjoner på tørre/våte baner (punkt 4), modifikasjon av fly (punkt 5) og besetningskvalifikasjoner og trening (punkt 6). Notatets punkt 7 inneholder Luftfartstilsynets helhetlige vurdering og konklusjon.

Det følger av punkt 2 i notatet fra Luftfartstilsynet at det kreves NCAA Supplement 37 og NCAA Supplement 48 for henholdsvis å kunne beregne landingsdistanse og som en forutsetning for å få tilstrekkelig stoppdistanse ved kortbaneoperasjoner. Standardprosedyrene for innflyging og avvik fra standard står beskrevet i EU OPS 1.515 (a) 3 og Appendix 1 til 1.515. Disse supplementene må i følge Luftfartstilsynet være på plass for å utføre vinteroperasjoner.

Luftfartstilsynet anser det som utenkelig at DAT får på plass nødvendige supplementer for noen av modellene sine innen oppstart 1. april. Det er videre stor usikkerhet knyttet til muligheten for DAT å få supplementene implementert innen oppstart av vintersesongen høsten 2012 (september/oktober).

For punkt 3 om kompass er formalkravene angitt i OPS1.630 (a). Luftfartstilsynet konkluderer med at DATs tilbudte kompasssystem AHRS ikke tilfredsstiller kravene oppstilt i EU-OPS med tanke på driftssikkerhet og pålitelighet i det aktuelle operasjonsområdet. Luftfartstilsynet anser det videre usannsynlig at DAT får på plass et nytt kompasssystem i to av sine fly, men legger til grunn at kravene til kompass er tilfredsstilt for det siste av de tre flyene selskapet skal kunne disponere.

Når det gjelder punkt 4 om ytelsesberegninger for operasjoner på tørre/våte baner, fremgår det av Appendix 1 til EU-OPS 1.1045 pkt. 8.1.2 at GMC (Gross Mass Charts) skal fremlegges Luftfartstilsynet før operasjoner på flyplasser av kategori C kan godkjennes.

Luftfartstilsynet finner at påkrevde godkjenninger mangler, og at frem til disse foreligger må selskapet forholde seg til standardprosedyrer som fører til store vektbegrensninger for avgang selv på tørr bane og ellers ideelle forhold.

Endelig følger det av punkt 5 i notatet at DAT må modifisere de to flyene som har lavest ytelse (fra modell 8-102 til modell 8-103). Luftfartstilsynet mener at flyene uten denne oppgraderingen vil ha utfordringer med å få tilstrekkelig antall passasjerer til å tilfredsstille kravene til antall seter i flyene. I følge Luftfartstilsynet er det stor usikkerhet knyttet til når modifikasjon og godkjenning av denne kan komme på plass.

Luftfartstilsynet oppsummerer situasjonen slik at det på tidspunktet 14 dager før forutsatt oppstart var mange uavklarte elementer. Noen av disse er så alvorlige at hele

operasjonen er avhengig av dem. På denne bakgrunn vurderer Luftfartstilsynet det dit hen at det er usannsynlig at DAT kan drive rutene i tråd med konkurransegrunnlaget fra oppstartsdatoen 1. april 2012.

4.3 Departementets vurdering i lys av avvisningsbestemmelsene i forskrift og konkurransegrunnlag

Departementet finner innledningsvis grunn til å presisere at det gjennom hele anbudsprosessen har hatt som en hovedmålsetning å skape mest mulig konkurranse i det meget spesielle markedet for flyruter på norske kortbaneflyplasser. Hovedformålene med det underliggende regelverket (se nedenfor) – å sikre et best mulig tjenestetilbud til en lavest mulig kostnad for staten – tilsier at det er meget viktig med konkurranse. Tildelingsbeslutningen av 19. januar 2012 må sees i lys av dette.

Departementet vil fremheve at saken reiser vanskelig spørsmål av både faktisk og juridisk art. I vurderingen nedenfor er det lagt til grunn at departementet som utgangspunkt har rett og plikt til å vurdere alle sider av både faktum og juss. Likevel tilsier rollefordelingen mellom Samferdselsdepartementet og Luftfartstilsynet at førstnevnte bør være tilbakeholdende med å prøve kjernen i de sikkerhetsfaglige vurderingene som saken reiser. Dersom departementet prøver de sikkerhetsfaglige problemstillingene i sin fulle dybde – og trår feil – vil det kunne utgjøre et sikkerhetsproblem.

Regler og prosedyrer for tildeling av tilskuddskontrakter på flyruter er gitt i europa-parlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1008/2008 av 24. september 2008 om felles regler for drift av lufttrafikk i Fellesskapet. Denne er gjennomført i norsk rett ved forskrift av 12. august 2011 nr. 833 om lufttransporttjenester i EØS ("**forskriften**").

Forskriften regulerer gjennomføringen av den aktuelle anbudskonkurransen, herunder de krav som stilles til tilbyderne og de kriterier som skal legges til grunn for valg av tilbyder. I tillegg inneholder konkurransegrunnlagets punkt 6.4 og 6.5 tilsvarende bestemmelser om avvisning av anbydere og anbud fra konkurransen.

Punkt 6.5 i konkurransegrunnlaget regulerer avvisning på grunnlag av forhold ved anbudet. Reguleringene er i all hovedsak sammenfallende med § 20 i forskriften. Første avsnitt i punkt 6.5 angir forhold som innebærer at departementet *plikter å avvise* et anbud. Punkt 6.5 annet avsnitt angir de omstendigheter som bare gir departementet *adgang (rett) til å avvise* anbud.

Etter departementets vurdering kan opplysningene som fremkommer i Luftfartstilsynet innebære at Samferdselsdepartementet har en *plikt* til å avvise DATs anbud i henhold til punkt 6.5 første avsnitt nummer 3, jf. forskriften § 20 første ledd bokstav b.

Departementet velger imidlertid ikke å ta stilling til denne problemstillingen siden det under enhver omstendighet er *adgang* for departementet til å avvise anbudet fra DAT. Det vises til konkurransegrunnlaget punkt 6.5 andre avsnitt nummer 3, jf. forskriften § 20 andre ledd bokstav c. Av disse følger det at anbud kan avvises dersom anbyderen ikke er i stand til å starte opp som forutsatt innen den frist som er fastsatt i konkurransegrunnlaget.

Samferdselsdepartementet har merket seg at Widerøe og DAT har ulike oppfatninger om hvorvidt SCAT-1 eller tilsvarende system var et absolutt krav i konkurransen, og om DAT eventuelt oppfyller dette kravet. Departementet finner på bakgrunn av det som fremgår nedenfor ikke grunn til å gå nærmere inn på disse problemstillingene.

Som vist ovenfor anser Luftfartstilsynet det av andre grunner som usannsynlig at DAT kan starte opp operasjonen som forutsatt i konkurransegrunnlaget. Det vises særlig til punktene 2 - 5 i notatet. Departementet har ikke holdepunkter for å hevde at Luftfartstilsynets konklusjoner er gale.

Departementet finner etter dette å måtte legge til grunn at DAT ikke vil kunne starte opp som forutsatt 1. april 2012. De reisende på de aktuelle rutene vil derfor ha et tilbud som ikke er akseptabelt i lys av de krav departementet har innarbeidet i konkurransegrunnlaget. Denne mangelen kan departementet ikke ta ansvar for overfor de reisende.

Departementet har vurdert DATs merknader til klagepunktene i Widerøes klage. Flere av de forholdene som omtales i Luftfartstilsynets notat stod sentralt i kontakten mellom DAT og Luftfartstilsynet de siste ukene før ferdigstillingen av notatet.

Widerøe omhandler disse i sin klage, og DAT har fått seg forelagt denne klagen.

DAT har omtalt forholdene i punkt 3.3 i sitt brev. Argumentasjonen der er kortfattet, og departementet kan ikke se at den har et innhold og en form som er egnet til å rokke ved hovedkonklusjonen til Luftfartstilsynet. Departementet kan for eksempel ikke se at det er grunnlag for å hevde at "eventuelle problemer med kontaminerte rullebaner [vil] bli marginale".

Flere av de forholdene som til slutt har vært avgjørende ble departementet gjort foreløpig oppmerksom på 21.2.12. Da opplyste Luftfartstilsynet departementet om at de hadde blitt kjent med utfordringene som ledd i sin behandling av det som kalles Compliance Scheme.

Fremstillingen ovenfor innebærer at departementet etter tildelingsbrevet av 19. januar 2012 har fått tilgang til viktige nye opplysninger om DATs manglende evne til å yte de

tjenestene som er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Avvisningsspørsmålet stiller seg derfor annerledes på vesentlige punkter enn før tildelingen.

På denne bakgrunn finner Samferdselsdepartementet å måtte avvise anbudet fra DAT fra konkurransen om regionale ruteflygninger i Norge for så vidt gjelder ruteområde 4 – 7.

4.4 Omgjøring av vedtak

Departementet anser beslutningen om tildeling av ruterområder av 19. januar som et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.

Etter forvaltningsloven § 33 kan departementet oppheve eller endre et vedtak dersom en fremsatt klage anses å være *begrunnet*. Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at Widerøes klage, sett i sammenheng med Luftfartstilsynets notat, er begrunnet. De forholdene som beskrives i notatet var ikke kjent for Samferdselsdepartementet på tidspunktet for tildelingsbeslutningen. Avvisningsspørsmålet stiller seg annerledes enn før tildelingen, og det opprinnelige vedtaket av 19. januar 2012 oppheves for så vidt gjelder ruteområde 4-7. Klagen fra Widerøe tas således til følge.

Departementet bemerker avslutningsvis at man, gitt de nye opplysningene og vurderingene fra Luftfartstilsynet, også ville hatt grunnlag for å omgjøre tildelingen av eget tiltak, jf. forvaltningsloven § 35. All den tid det foreligger en klage, fremstår det likevel mer nærliggende å knytte omgjøringen til klagen.

5. Vedtak

Danish Air Transport A/S sitt anbud avvises for så vidt gjelder ruteområde 4 - 7. Samferdselsdepartementet opphever tildelingsbeslutning av 19. januar 2012 for så vidt gjelder ruteområde 4 – 7. Klagen fra Widerøe's Flyveselskap AS tas til følge.

6. Saksomkostninger

Det opprinnelige vedtaket har blitt endret. Departementet legger, som nevnt i punkt 4.4, til grunn at vedtaket kunne ha vært omgjort selv om det ikke hadde blitt påklaget, jf. forvaltningsloven § 35. Det fremstår som noe tvilsomt om klageren har krav på dekning av saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36.

Vi gjør uansett oppmerksom på at klageren har krav på å få vurdert sin eventuelle rett til saksomkostninger dersom det fremsettes krav om det innen tre uker etter at vedtaket er mottatt.

Med hilsen


Ottar Ostnes (e.f.)
ekspedisjonssjef


Morten Foss
fagdirektør

Vedlegg: Luftfartstilsynets notat av 14. mars 2012