

Statssekretær Tom Cato Karlsen
Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo
postmottak@sd.dep.no

Haugesund, 14.02.17

Overgangsordning fram til innføring av tjenestekonsesjonsmodell for Haugesund lufthavn, Karmøy

Vi takker for et positivt møte med Statsråden og Statssekretæren i Oslo i går. Det var betryggende å få en så tydelig tilbakemelding fra Statsråden om departementets intensjon av å få på plass en overgangsordning for Haugesund Lufthavn innen mai 2017.

Vi forstår også at dette område er komplisert og legger derfor ved et notat utarbeidet av advokat Stephen L. Jervell fra advokatfirmaet Wiersholm AS, med fokus på å undersøke muligheten for en overgangsordning. Vi håper at vedlagte vurdering kan bidra positivt i prosessen og hvor vurderingen tilsier stor fleksibilitet innenfor regelverket til å få til en overgangsordning. Det enkleste synes å være en kontraktsendring innenfor anskaffelses-regelverket hvorpå man forlenger kontraktsperioden.

Vi ser videre fram til publisering av en pressemelding fra Statsråden som ble foreslått på møte i går om å få til en overgangsordning. Regionen og lokale media er ikke overraskende opptatt av status i saken og vi imøteser at departementet slipper denne positive nyheten.

sign.
Jarle Nilsen
Regionrådsleder


K. Tormod Karlsen
Adm.dir.

Vedlegg: notat av 13.02.17 fra advokat Stephan L. Jerwll, advokatfirmaet Wiersholm AS

Notat

Til: Haugaland Vekst v/ Caroline Stensland

Fra: Stephan L. Jervell

Tema: Haugesund lufthavn

Ansv. advokat: Stephan L. Jervell

Dato: 13. februar 2017

Haugesund lufthavn: Muligheten for en overgangsordning

1. BAKGRUNN - PROBLEMSTILLING

25. november 2016 la Samferdselsdepartementet frem forslag om at driften på Haugesund lufthavn skal skje etter en tjenestekonsesjonsmodell hvoretter Avinor eier lufthavnen mens hele driften settes ut til andre aktører enn Avinor etter en anbudskonkurranse (konsesjonskonkurranse).¹ Departementet starter opp arbeidet med en slik konkurranse i 2017, men det er lagt til grunn at en tildeling av en konsesjonskontrakt ikke vil skje før i 2019.

Dette reiser spørsmålet om hvordan kan man etablere en overgangsordning som sikrer driften på flyplassen frem til en konsesjonskontrakt er tildelt og i kraft.

Pr i dag foreligger det en kontrakt datert 3. mars 2004 mellom Lufthavnutbygging AS og Avinor som regulerer bl.a. merinntekter på grunnlag av utenlands avganger knyttet til Haugesund lufthavn. Som følge av dette har Lufthavnutbygging AS gjennom sitt 100 % eide datterselskap Haugesund Travel AS drevet betydelig markedsarbeid for å iverksette og beholde utenlandsruter fra flyplassen. Haugesund Travel AS har således pr i dag 10 årsverk med 11 ansatte. Man driver bl.a. reisebyrå, servicedesk for Ryanair og har eget "goto-fly" til London som går hver helg (fredag-mandag) denne vinteren. Selskapets hovedformål er å stimulere til bruk av de direkte utenlandsrutene ved Haugesund lufthavn. Arbeidet har vært vellykket og man har i dag følgende ruter:

- Rutefly: Gdansk (Wizzair), Alicante og Malaga (Ryanair), København (Widerøe) og London (Goto flyet)
- Charter: Gran Canaria, Kreta, Bulgaria, Tyrkia (Ving/Tui)

Det er et klart uttalt ønske fra Flyplassutvalget i regionen at det etableres en overgangsordning for å sikre den eksisterende utenlands trafikken, eventuelt at konsesjonskontrakten gjennomføres så vidt raskt at det ikke blir behov for noen overgangsordning. Dette fordi flyplassen og en eventuell konkurranse vil bli adskillig mindre attraktiv dersom man mister utenlandsruter i forkant av en konkurranse.

¹ Se Prop. 31 S (2016-2017) s. 2.

Dette notat behandler hvilke rettslige muligheter man har for å etablere en overgangsordning.

2. FORLENGELSE INNENFOR KONTRAKTEN

I slike tilfeller vil den første mulighet man ser etter være om kontrakten mellom partene (her Lufthavnutbygging og Avinor) åpner for noen form for forlengelse. Dette vil typisk være tilfellet der partenes avtale har en klausul om at partene kan forlenge avtalen med en forhåndsdefinert tidsperiode eventuelt en opsjon på kreve en slik forlengelsesperiode.

Den aktuelle kontrakt av 3. mars 2004 med tilleggsavtaler har ingen slike avtalte forlengelsesmekanismer.

Det kan dog reises spørsmål om hvor lang avtaleperiode partene egentlig har blitt enige om. Dette skyldes at partenes kontrakt er uklar på dette punkt. Av avtalens punkt 1.2 fremgår at avtalen løper fra 15 år fra dato for siste underskrift (som antas å være 3. mars 2004). Dette betyr at avtaleperioden i så fall løper til 3. mars 2019. Av punkt 1.2 følger imidlertid at noe annet kan følge av avtalens bestemmelser. I avtalens punkt 14.1 heter det således at vederlag opptjenes allerede fra "dato når ny utenlands trafikk ble etablert 30. april 2003" og at avtalen "bortfaller senest 15 år deretter". Dette tyder på at avtalen bortfaller 30. april 2018.

Det følger imidlertid i en egen bestemmelse i punkt 14.2 at annuitetsbetalingen skal løpe i 15 år med MNOK 13,8 "årlig i totalt 15 år".

Ordlyden er således tvetydig. Et mulig avgjørende element vil være på hvilket tidspunkt man betalte den første annuiteten på MNOK 13,8 etter avtalens punkt 14.2. Skjedde dette i 2003 eller 2004? Dersom annuiteten ble betalt f.o.m. 30. april 2003 gir det en klar indikasjon på at hele avtalen løper ut 30. april 2018, mens dersom dette først skjedde fra mars 2004 tyder det på at avtalen minus trafikkavtalevederlaget løper til mars 2019.

I det sistnevnte tilfellet taler således ordlyden for at avtalen løper frem til mars 2019 dog slik at man fra 30. april 2018 kun oppbærer den årlige annuiteten. Dette igjen kan bety at man ikke trenger å forlenge avtalen hvis partene er enige om en slik tolkning, og Lufthavnutbygging vil opprettholde markedsaktiviteten det siste året selv om man bare får annuiteten i vederlag.

3. ENDRING AV KONTRAKTEN INNENFOR ANSKAFFELSESGREGLENE

Hvis man forutsetter at partenes kontrakt løper ut 30. april 2018, oppstår spørsmålet om det innenfor anskaffelsesregelverket finnes muligheter for en overgangsordning. Spørsmålet er mer konkret om en forlengelse av kontrakten kan være en lovlig endring etter forsyningsforskriften av 2016 §§ 24-1 eller 24-2.

Som et utgangspunkt kan det reises spørsmål om dette skal vurderes etter den opphevede eller den nye forsyningsforskriften av 2016. Tidligere var spørsmålet om endringer av kontrakt basert på rettspraksis og ikke regulert i forsyningsforskriften, mens de nye reglene i §§ 24-1 og 24-2 lang på vei er en kodifisering av den ulovfestede retten. Det er derfor naturlig å legge 2016-forskriften til grunn.

Spørsmålet er derfor om man etter §§ 24-1 eller 24-2 kan forlenge kontrakten mellom Lufthavnutbygging AS og Avinor for en begrenset periode etter 30. april 2018 til en konsesjonskontrakt er inngått.

Etter vår oppfatning er det to ulike regler som åpner for dette. For det første kan man benytte bestemmelsen i § 24-1(1) bokstav d). Av denne følger at man kan endre en kontrakt dersom det er nødvendig som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse, og dette ikke endrer anskaffelses overordnede karakter.

I denne forbindelse skal påpekes at Samferdselsdepartementets beslutning om å arrangere en konsesjonskontraktkonkurranse ble besluttet så vidt sent som i slutten av november 2016, og dette kom så vidt vi vet overraskende på de involverte inklusive Avinor. Dette medførte at en overgangsordning i form av en forlengelse ble aktualisert.

Det underliggende poeng er således at ettersom Samferdselsdepartementet ser for seg at konsesjonskontraktkonkurransen fullføres i 2019, så vil det være helt avgjørende at utenlands trafikken opprettholdes. Denne utgjør 200 000 av totalt 650 000 passasjerer i 2015, og er avgjørende for at man skal kunne gjennomføre en attraktiv konsesjonskonkurranse. Dersom kontrakten mellom Lufthavnutbygging AS og Avinor avsluttes 30. april 2018, vil man således ikke klare å opprettholde utenlandsrutene, og dette vil innebære en betydelig forspillelse av ressurser og vil medføre at konsesjonskontraktkonkurransen blir betydelig mindre attraktiv. Dersom utenlandsrutene først legges ned, vil det være svært krevende, om mulig i det hele tatt, å gjenopprette disse. Det må i så måte være mulig innenfor regelverket å forlenge den eksisterende kontrakt med en begrenset periode for å opprettholde utenlandsrutene.

Etter vår oppfatning må man også kunne benytte bestemmelsen i § 24-1(1) bokstav f) jfr. § 24-2. Av disse bestemmelsene følger at partene kan gjennomføre endringer av kontrakten dersom disse ikke er vesentlig.

Spørsmålet er derfor om en forlengelse av kontraktperioden i dette tilfellet vil regnes som en uvesentlig endring.

Det rettslige utgangspunktet er at forlengelse av kontrakter utover den avtalefestede kontraktstid, som hovedregel anses som en vesentlig endring. Det er dog kun en hovedregel, og det er alminnelig antatt at man ut fra proporsjonalitetsprinsippet kan tenke seg at visse forlengelse ikke er vesentlige endringer, jfr. Dragsten, *Offentlige Anskaffelser*, s. 741. Dragsten peker således på der man snakker om ubetydelige forlengelser hvor det vil være lite effektiv ressursbruk å gjennomføre en ny konkurranse. KOFA på sin side har pekt på at "[e]n betydelig forlengelse av en kontrakts varighet, og dermed også en økning av kontraktens verdi, kan i det konkrete tilfellet innebære at avtalen er vesentlig endret".²

I dette tilfellet må man se forlengelsen opp mot den avtalte kontraktperioden. Denne var som nevnt ovenfor 15 år. En forlengelse på f.eks. 1 år innebærer således ikke mer enn 6,67 % av den opprinnelige kontraktstidslengden. Motsatt har KOFA funnet at en forlengelse fra 3 til 4 år utgjør en vesentlig endring.³ Den relativt sett korte forlengelsesperioden på 1 år sett i forhold til en kontraktperiode på 15 år, taler for at endringen ikke er vesentlig.

Til dette kommer at det etter vår oppfatning vil være lite effektiv ressursbruk å arrangere en anbuds- eller konsesjonskontraktkonkurranse som skal dekke den relativt sett korte perioden mellom någjeldende avtale går ut 30 april 2018 til en ny total konsesjonskontrakt er tildelt.

4. GJENNOMFØRING AV NY KONKURRANSE

Dersom man finner at kontrakten ikke inneholder mulighet for en forlengelse til mars 2019 samt at en forlengelse vil være en vesentlig endring jfr. punkt 3 ovenfor, oppstår spørsmålet om hvordan man på en relativt sett enkel måte kan gjennomføre en enkel konkurranse. Man kan her tenke seg to muligheter: (i) markedsarbeidet i forbindelse med utenlandsrutene utlyses som en tjenestekonsesjonskontrakt etter konsesjonskontraktsforskriften eller (ii) som en tjenestekontrakt etter forsyningsforskriften.

Så vidt gjelder alternativ (i) kan konsesjonskontrakter benyttes av Avinor, jfr. konsesjonskontraktsforskriften § 1-1(2). For at markedsarbeidet i forhold til utenlandsruter skal anses som en konsesjonskontrakt er det imidlertid nødvendig at leverandøren tar det vesentligste

² KOFA sak 2011/209 premiss 65.

³ KOFA sak 2011/8 premiss 28.

av driftsrisikoen knyttet til tjenesten, jfr. forskriften § 1-2. Etter vår oppfatning vil dette være tilfellet der leverandøren driver for egen regning og risiko, og der vederlaget består av de inntekter arbeidet genererer i form av inntekter fra utenlandsrutene, eller en andel(provisjon) av slike inntekter. Konkurransen kan således bestå av hvem som kan tilby tjenesten for lavest mulig andel av den totale inntekt som oppebæres. Dette kan også kombineres med at leverandøren må garantere for en minsteinntekt fra utenlands trafikk før han oppebærer sin andel(provisjon) av inntekten.

En slik konkurranse kan gjennomføres relativt formløst ettersom en slik konsesjonskontrakt med stor grad av sannsynlighet vil ha en verdi under 44 MNOK, og da er det bare del I av forskriften som gjelder. Dette betyr at kravene til gjennomføringen av anskaffelsen følger hovedsakelig av de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4. Dette betyr at det må foretas en form for konkurranse, men dette er relativt formløs og må kun skje i henhold til krav om forholdsmessighet, likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarhet. En slik konkurranse kan således gjennomføres rimelig raskt.

Så vidt gjelder alternativ (ii), er formkravene etter forsyningsforskriften strengere ettersom en kontrakt om markedsførings- og oppfølgingstjenester vil overstige terskelverdien på MNOK 3.5, jfr. forskriften § 5-2. Man må derfor følge bestemmelsene i forskriftens del II. Det er likevel flere ulike konkurranseformer som kan benyttes, f.eks. åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling, jfr. forsyningsforskriften § 9-1. Det er likevel slik at konkurranseformene etter forsyningsforskriften er mer detaljregulert enn en konsesjonskontrakt som nevnt ovenfor.

5. OPPSUMMERT

Etter vår oppfatning har man i dette tilfellet stor fleksibilitet innenfor regelverket til å få til en overgangsordning. Det enkleste synes å være en kontrakts endring innenfor anskaffelses-regelverket hvorpå man forlenger kontraktsperioden, jfr. punkt 3 ovenfor. En annen nokså enkel løsning er at det gjennomføres en konkurranse om en konsesjonskontrakt for overgangsperioden.