



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Statsråden

Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité
Stortinget
Karl Johans gate 22
0026 OSLO

Deres ref

Vår ref

Dato

15/748

30.01.2015

Redegjørelse om grunnlaget for tildeling/forlengelse av leiekontrakt mellom Avinor og Travel Retail Norway (TRN)

Jeg viser til komiteens brev datert 7. januar 2015, samt mitt svarbrev datert 17. desember 2014 der jeg viser til at jeg har bedt styret i Avinor om en fullstendig redegjørelse av hvordan styret har vurdert forholdet til EØS-retten i denne saken. Jeg mottok svar fra styret 13. januar 2015. Jeg vil først redegjøre for styrets beskrivelse og vurderinger av saken.

Styret viser i sitt svar til at forlengelse av kontraktene med Travel Retail Norway (TRN) var til styrebehandling to ganger, i oktober 2012 og i februar 2013, i henholdsvis selskapsstyret i Oslo lufthavn AS (OSL) og i konsernstyret i Avinor AS. Årsaken til at saken ble behandlet både i styret i OSL og i konsernstyret, er at det foreligger en egen kontrakt med Oslo lufthavn som er organisert som et eget selskap, og én kontrakt som gjelder øvrige lufthavner i Avinor.

Ved første gangs behandling i oktober 2012 var det i saksfremleggene vedlagt en juridisk vurdering fra advokatfirmaet Kluge. Det var her vurdert om OSLs eksisterende utleiekontrakt med TRN kunne forlenges i ytterligere 5 år (fra 2017) uten å gjennomføre en forutgående konkurranse/offentliggjøring av kontrakten. Kluge la til grunn at en forlengelse av avtalen med TRN ikke er en offentlig anskaffelse og dermed at lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter ikke kommer til anvendelse. I notatet legges det videre til grunn at en forlengelse heller ikke er i strid med konkurranseloven §§ 10 og 11.

Styret har gjengitt Kluges oppsummering vedrørende forholdet til EØS-/ EU-retten slik:
”Problemstillingen er om dette må anses som utleie av areal, eller en tjenestekonsesjon. Hvis dette er tjenestekonsesjon, gjelder det pr. i dag som utgangspunkt enkelte krav til offentlighet rundt kontraktsinngåelsen m.m., basert på EU-rettens alminnelige regler om likebehandling, etc. Hvis det ikke er en tjenestekonsesjon, men ren utleie, er den rettslige situasjonen noe mer uklar. Også ved utleie gjelder det trolig enkelte krav til offentlighet, med mer. Også disse kravene er basert på EU-rettens alminnelige likebehandlingskrav m.m. Enten kontrakten må

anses som en tjenestekonsesjon eller utleie gjelder det derfor pr i dag i utgangspunktet de samme regler for offentliggjøring, m.m. Hva som er det nærmere innholdet i disse kravene er imidlertid mindre utpenslet i rettspraksis ved utleie enn ved inngåelse av tjenestekonsesjonskontrakter. Oslo lufthavn må derfor trolig anses for å ha et noe videre handlingsrom for å gå i direkte forhandlinger med TRN dersom kontrakten må anses som en utleiekontrakt.

Spørsmålet om kontrakten er en ren utleiekontrakt eller en tjenestekonsesjonskontrakt drøftes i pkt 5 nedenfor. Vår vurdering er at dette trolig er en utleiekontrakt. Det hefter imidlertid en viss tvil ved konklusjonen.”

Slik saken sto for konsernstyret i oktober 2012, forelå det en juridisk vurdering som styret vurderte gav handlingsrom for å forlenge kontraktene med TRN. Styret la til grunn at kontraktene med TRN var utleiekontrakter, hvilket de også er benevnt som. Forut for konsernstyrets behandling var det også innhentet informasjon om at flere andre europeiske lufthavner hadde forlenget kontrakter med dutyfree-operatører uten tilbudskonkurranse.

Konsernstyret la videre vekt på at en forlengelse av avtalen etter Kluges vurdering ikke ville være i strid med særnorsk lovgiving, samtidig som det fremsto som tvilsomt om EØS-avtalen/EØS-retten var til hinder for en forlengelse av utleieavtalene. Det ble samtidig vektlagt at det i notatet fra Kluge verken var angitt praksis eller dommer fra ESA, Kommisjonen, EFTA-domstolen eller EU-domstolen som omhandler forlengelse av kontrakter med dutyfree-operatører. Styret konkluderte derfor at en forlengelse kunne gjøres.

Konsernstyret vurderte deretter de praktiske og økonomiske utfordringer ved leieforholdet med TRN i forbindelse med utbyggingen av ny terminaler på lufthavnene i Oslo og Bergen. Det var berettiget grunn for styret til å anta at en fremforhandlet løsning om forlengelse av kontrakten med TRN ville gi merinntekter for konsernet sammenlignet med om konsernet skulle konkurranseutsette dette i samme periode som det pågikk to komplekse byggeprosjekter i selskapet. Konsernstyret fattet på bakgrunn av disse vurderingene et vedtak som ga administrasjonen fullmakt til å fremforhandle forlengelse av kontrakten med TRN.

Saken ble behandlet for andre gang i februar 2013 etter at administrasjonen hadde fremforhandlet vilkår med TRN. Den økonomiske effekten av en forlengelse ble beregnet til 1,2 mrd kr i netto merinntekter frem til 2017, sammenlignet med en konkurranseutsetting.

I forkant av styrebehandlingene i februar 2013 var det innhentet en ”second opinion” fra advokatfirmaet Wikborg Rein om det juridiske grunnlaget for en eventuell forlengelse av kontrakten med TRN. Wikborg Rein konkluderer i likhet med Kluge med at tildeling/forlengelse av denne typen kontrakter ikke kan anses som en offentlig anskaffelse og heller ikke vil være i strid med konkurranseloven §§ 10 og 11.

Når det gjelder forholdet til EØS-/EU-retten, gjengir styret følgende:

”Med det utgangspunkt at det gjelder EØS-rettslige krav til tildeling av en kontrakt om duty-free, blir så spørsmålet hvilke krav som gjelder. Nærmere bestemt blir spørsmålet om kontrakten er en tjenestekonsesjon (hvor det etter EU-domstolens praksis gjelder krav til

offentlig konkurranse) eller utleie av lokaler (der rettstilstanden er mer usikker, og kravene trolig mer begrenset.”

Advokatfirmaet Wikborg Rein konkluderer i motsetning til advokatfirmaet Kluge med at kontraktene må anses å være tjenestekonsesjonskontrakter, og ikke utleiekontrakter.

Forut for styrebehandlingene i februar 2013 ble det også innhentet flere opplysninger om andre europeiske lufthavner som hadde forlenget avtaler med dutyfree-operatører uten konkurranseutsetting. Det vises til at lufthavner i Stockholm, Frankfurt, Hamburg, Brussel, Amsterdam, Paris, samt flere andre franske lufthavner hadde forlenget avtaler med dutyfree-operatører. Både styret i Oslo lufthavn og konsernstyret i Avinor konkluderte med at Avinor var på trygg grunn når vedtaket om å forlenge kontraktene med TRN ble opprettholdt.

Avslutningsvis viser konsernstyret til at Avinor i den senere tid har fått opplyst at både London Heathrow lufthavn og Wien lufthavn har forlenget sine kontrakter i direkte forhandlinger høsten 2014. Samtidig erkjenner styret at spørsmålet om forlengelse av dutyfree-kontraktene har vært krevende. Når styret konkluderte med at konsernet kunne forlenge utleiekontraktene, ble de vesentlige økonomiske aspekter i saken avgjørende.

Min vurdering

Jeg viser til at Avinor innhentet to eksterne juridiske vurderinger før beslutning om tildeling/forlengelse av kontrakten. Disse vurderingene konkluderte ulikt i spørsmålet om kontrakten er å anse som en utleiekontrakt eller en tjenestekonsesjonskontrakt. Samtidig har Avinor opplyst at tilsvarende kontrakter er forlenget uten konkurranse ved andre europeiske lufthavner i Sverige, Tyskland, Frankrike, Belgia, Nederland og Storbritannia. Avinors praksis synes å være lik den ved andre europeiske lufthavner, men dette er ikke dokumentert skriftlig. Avinor har vist til at opplysningene om praksis ved andre europeiske lufthavner er innhentet gjennom kontakt med den europeiske lufthavnorganisasjonen ACI og Travel Retail Norway AS.

De juridiske vurderingene knyttet til anvendelsen av EU/EØS-regelverket fremstår som så vidt krevende at jeg vil sende brev til EFTAs overvåkingsorgan (ESA) for å be om deres vurdering av saken. Jeg mener at dette er nødvendig for å avklare tvil om det juridiske grunnlaget for forlengelsen av kontrakten.

Som komiteen ber om, videresender jeg også kontraktsdokumentene slik departementet har mottatt dem fra Avinor. Dette omfatter kontrakten for Oslo lufthavn samt kontrakten for Avinors øvrige lufthavner. Jeg gjør oppmerksom på at dokumentene inneholder opplysninger som er underlagt taushetsplikt.

Med hilsen



Ketil Solvik-Olsen

Vedlegg: Kontrakten mellom Avinor og Travel Retail Norway
Kopi: Avinor AS