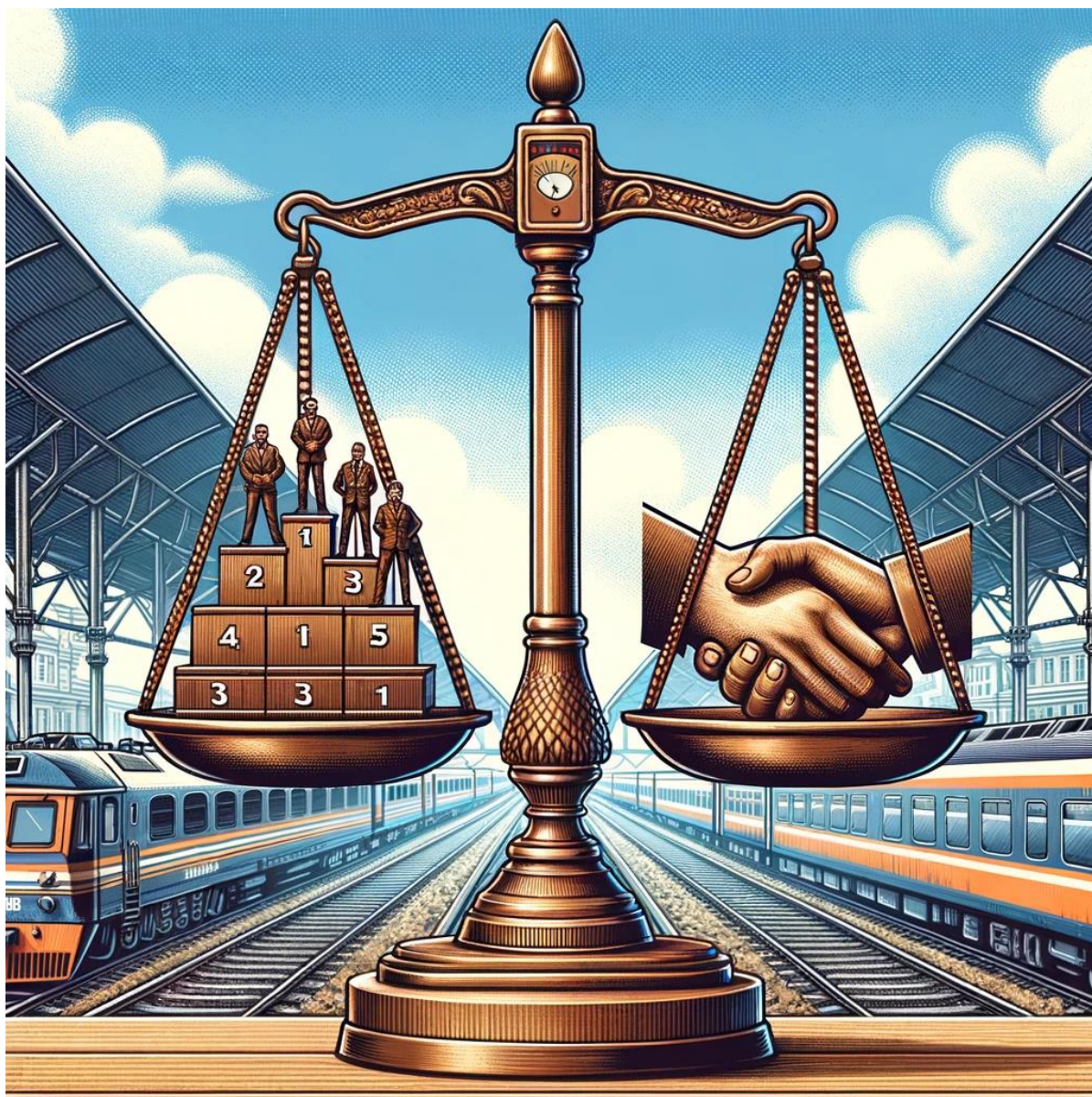


RAPPORT

METODE FOR EVALUERING AV DIREKTETILDELINGER INNEN JERNBANESEKTOREN



MENON-PUBLIKASJON NR. 132/2023

Av Kristoffer Midttømme, Petter Krogh Nilsen, Christoffer Thalberg Hammes og Katrine Holm Reiso

FORSIDEBILDE: MENON ECONOMICS/DALL-E 3



Forord

På oppdrag for Statens Jernbanetilsyn har Menon Economics utformet en metode for å vurdere om Jernbanedirektoratets fremtidige direktetildelinger av kontrakter om offentlig tjenesteyting av persontransport med jernbane oppfyller de kumulative vilkårene i kollektivtransportforordningen artikkel 5 nr. 4a.

Kristoffer Midttømme har vært prosjekteier og ansvarlig for prosjektet hos Menon. Petter Krogh Nilsen har fungert som prosjektleder og Christoffer Thalberg Hamnes har vært prosjektmedarbeider. Katrine Holm Reiso har vært kvalitetssikrer for prosjektet.

Menon Economics er et forskningsbasert analyse- og rådgivningsselskap i skjæringspunktet mellom foretaksøkonomi, samfunnsøkonomi og næringspolitikk. Vi tilbyr analyse- og rådgivningstjenester til bedrifter, organisasjoner, kommuner, fylker og departementer. Vårt hovedfokus ligger på empiriske analyser av økonomisk politikk, og våre medarbeidere har økonomisk kompetanse på et høyt vitenskapelig nivå.

Vi takker Statens Jernbanetilsyn for et spennende oppdrag. Forfatterne står ansvarlig for alt innhold i rapporten.

November 2023

Kristoffer Midttømme
Partner
Menon Economics

Innhold

SAMMENDRAG OG ANBEFALINGER	3
1 INNLEDNING OG BAKGRUNN	5
2 DET RELEVANTE JURIDISKE RAMMEVERKET	6
2.1 Forskriften	6
2.2 Kommisjonens veiledning	7
3 DEN RELEVANTE KONTEKSTEN REGELVERKET MÅ TOLKES I	8
3.1 Særlige forhold i den norske verdikjeden for jernbanetjenester	8
3.1.1 Organiseringen av norsk Jernbane	8
3.1.2 Den tekniske innretningen av det norske jernbanenettet	9
3.2 Handlingsrommet i de ulike kontraktsformene	10
4 KRITERIUM A	12
4.1 Operasjonalisering og tolkning av kriteriet	12
4.2 Kort om eventuell utforming av pakkene	12
4.3 Stilisert eksempel på utfallsmulighetene av konkurranse versus direktetildeling	13
4.4 Mulige forhold som kan lede til at særtrekk gir grunnlag for direktetildeling	14
4.4.1 Dersom det ikke eksisterer tilstrekkelig antall tilbydere for å sikre virksom konkurranse	14
4.4.2 Transaksjonskostnader	15
4.4.3 Dersom en aktør kontrollerer vesentlige innsatsfaktorer	15
4.4.4 Dersom en aktør har et særlig fortrinn i leveransen av tjenesten	15
4.4.5 Asymmetrisk informasjon	16
4.4.6 Strategisk verdi	17
4.4.7 Konklusjon	18
5 KRITERIUM B	19
5.1 Operasjonalisering og tolkning av kriteriet	19
5.2 Avgrensning mot forbedringer som ikke er operatørspesifikke	20
5.3 Evalueringsmål	21
5.3.1 Vederlag	21
5.3.2 Nivå på tjenesten	21
5.3.3 Kvalitet	22
5.4 Evalueringsmål	22
5.4.1 Indeksering av vederlaget	23
5.4.2 Ekstraordinære forhold	23
5.5 Vesentlighetskravet	24
6 FREMGANGSMÅTE VED STATENS JERNBANETILSYNS SAKSBEHANDLING AV DIREKTETILDELINGER	25
6.1 Kriterium A	25
6.2 Kriterium B	27
BIBLIOGRAFI	29
VEDLEGG A: BESKRIVELSE AV EXCEL-MODELL	31
VEDLEGG B	32

Sammendrag og anbefalinger

Norske myndigheter kan benytte direktetildeling fremfor anbudskonkurranse ved tildeling av trafikkpakker for jernbanetrafikk, under unntaket i kollektivtransportforordningen artikkel 5 nr 4 a, dersom *de anser at direkte tildeling er berettiget ut fra de relevante strukturelle og geografiske særtrekkene i det aktuelle markedet og jernbanenettet og en slik kontrakt vil føre til bedre kvalitet på tjenestene eller større kostnadseffektivitet, eller begge deler, sammenlignet med tidligere tildelte kontrakter om offentlig tjenesteyting.*

Statens Jernbanetilsyn skal føre tilsyn med Jernbanedirektoratets behandling og således undersøke om disse kriteriene er tilstrekkelig oppfylt. Denne rapporten gjennomgår de sentrale bestemmelsene og vurderingstemaene som må belyses i en slik vurdering. Det foreslås en helhetlig modell for hvordan denne vurderingen bør gjøres.

Den norske jernbaneinfrastrukturen er kompatibel med landene rundt oss. Norge har organisert jernbanen slik at operatøransvaret er relativt avgrenset – operatørene overtar personell gjennom virksomhetsoverdragelse og må leie rullende materiell fra Norske Tog. Dette bidrar til å begrense tilfellene der artikkel 5 nr. 4a kan komme til anvendelse. En gjennomgang av tidligere kontrakter og økonomisk teori, indikerer at det kontraktuelle handlingsrommet innenfor hver av de to anskaffelsesformene er relativt likt, og vi finner ikke at det er noen spesifikke karakteristikk ved de to metodene for tildelinger av kontrakter, identifisert på forhånd, som gir grunnlag for direktetildeling.

Vi har ikke identifisert spesielle særtrekk som legitimerer bruk av direktetildeling. Ettersom det er uklart om og i så fall hvilken særegenhet som er egnet til å legitimere bruk av direktetildeling gjennomgår vi forhold som basert på økonomisk teori *kan* bidra til at direktetildeling er berettiget.

Vi foreslår en trinnvis prosess for å vurdere om kriterium A er oppfylt. Tildelende myndighet har en begrunnelsesplikt dersom de velger å avvike fra hovedregelen om konkurranseutsetting. For det første må det vurderes om det er en relevant særegenhet som påberopes. For det andre må det vises hvordan denne særegenheten gjør at direktetildeling er antatt å gi et bedre resultat enn konkurranse. For det tredje må det begrunnes at ikke mindre inngripende tiltak enn direktetildeling er tilstrekkelig. For det fjerde må det vurderes om det å avvike fra hovedregelen er forholdsmessig sett opp mot hvor stor del av kontrakten det dekker.

Kriterium B sier at dersom tildelende myndighet skal kunne inngå en kontrakt gjennom direktetildeling må vilkårene i kontrakten forbedres sammenlignet med tidligere tildeling. Dette gir tildelende myndighet større forhandlingsmakt ovenfor operatøren det forhandles med i en direktetildeling.

Når en slik vurdering gjøres må det tas høyde for at deler av forholdene som påvirker kvalitet og kostnadseffektivitet er utenfor operatørens kontroll. Videre må det settes konkrete mål for å kunne avveie reduksjon i vederlag, økt tilbud til passasjerer og kvaliteten på tjenestene som leveres, opp mot hverandre. Kostnadene må indekseres for å kompensere for generell prisstigning i samfunnet

og innsatsfaktorene operatøren benytter. Til sist må det sikres at forbedringen er meningsfull og således ikke er en omgåelse av kravet om forbedring.

I kapittel 6 presenteres en konkret fremgangsmåte ved behandling av klage på en direktetildeling. Det er sentralt for Statens Jernbanetilsyns vurdering at tildelende myndighet har oppfylt sin begrunnelses og informasjonsplikt. Det hviler på tildelende myndighet å begrunne hvorfor de mener at vilkårene er oppfylt og at saken er tilstrekkelig opplyst, og dermed gjøre Jernbanetilsynet i stand til å gjennomføre sin vurdering. Det settes klare kumulative vilkår som må være oppfylt for at kriterium A skal være oppfylt. Det gjennomgås også sentrale evalueringsmål for å vurdere om kontrakten innebærer en forbedring av kostnadseffektivitet og dermed oppfyller kriterium B.

Jernbanedirektoratet bør være kjent med hvilke begrunnelser som må gjennomføres, beviskravet Statens Jernbanetilsyn setter og hvilken informasjon Statens Jernbanetilsyn forventer at inngår i deres vedtak eller som forventes overlevert ved en eventuell klage. Det anbefales derfor at det inngås dialog med Jernbanedirektoratet for å ha avklart på forhånd hvilken standard man setter for begrunnelsesplikten og hva som forventes inkludert i Jernbanedirektoratets vedtak.

Ettersom Statens Jernbanetilsyn er underlagt korte frister ved behandlingen, bør det også opprettes dialog mellom Statens Jernbanetilsyn og Jernbanedirektoratet dersom Jernbanedirektoratet starter en prosess for direkte tildeling av kontrakter om offentlig tjenesteyting. På den måten sikrer man at tilsynet har anledning til å stille spørsmål og innhente relevant informasjon før formell klage foreligger, og samtidig vil Jernbanedirektoratet kunne få råd om hvordan tilsynet vil vurdere sentrale temaer ved en eventuell klage. Da det tidligere har vært en rekke interessenter ved utlysning av trafikkpakker antas det at det vil være flere aktører som vil ha rettslig og økonomisk interesse av å prøve tildelingene, og en klage vil derfor kunne forventes.

Det foreligger per i dag ingen relevant rettspraksis knyttet til tolkningen av bestemmelsene. Dersom EU-kommisjonen eller ESA anlegger sak eller kommer med foreløpige vurderinger bør modellen foreslått i denne rapporten oppdateres på bakgrunn av eventuell ny informasjon som kommer frem i deres behandling.

1 Innledning og bakgrunn

Fra 25. desember 2023 endres kollektivtransportforordningen og begrenser bruken av direkte tildeling for å tildele kontrakter om offentlig tjenesteyting om offentlig persontransport transport med jernbane. Det er likevel noen unntak fra hovedregelen om at disse kontraktene skal konkurranseutsettes. I artikkel 5 nr. 4a åpnes det for direktetildeling dersom dette er berettiget ut ifra gitte strukturelle forhold og tjenesten som tilbys i kontrakten er bedre enn foregående kontrakt.

Myndigheten som tildeler en kontrakt (Jernbanedirektoratet) om offentlig tjenesteyting for offentlig persontransport med jernbane direkte etter forordning (EF) 1370/2007 artikkel 5 nr. 4a, må straks offentliggjøre sin begrunnede beslutning. Dette følger av den norske forskriften om offentlig persontransport med jernbane m.m. § 1a første ledd.

Den som har eller har hatt interesse av å få en bestemt kontrakt og som har lidd skade eller risikerer å lide skade som følge av en uriktig beslutning om å tildele en kontrakt om offentlig tjenesteyting direkte, kan innen tre uker etter offentliggjøring av tildelingsbeslutningen anmode Statens jernbanetilsyn (SJT) om en vurdering av beslutningen. Dette følger av den norske forskriften om offentlig persontransport med jernbane m.m. § 1a annet ledd.

SJT vurderer Jernbanedirektoratets beslutninger om å tildele kontrakt om offentlig tjenesteyting direkte i medhold av forordning (EF) 1370/2007 artikkel 5 nr. 4a. Dette følger av jernbaneforskriften § 1-3 annet ledd.

SJTs vurdering må foreligge innen en måned etter at anmodningen er innkommet og alle relevante opplysninger er mottatt, og skal straks offentliggjøres. Dette følger av den norske forskriften om offentlig persontransport med jernbane m.m. § 1a tredje ledd.

For å vurdere om Jernbanedirektoratets beslutning om direkte tildeling oppfyller de kumulative vilkårene i artikkel 5 nr. 4a bokstav a) og b) behøver Markedsovervåkningsorganet i SJT en metode for å vurdere Jernbanedirektoratets beslutning.

2 Det relevante juridiske rammeverket

I det følgende gjennomgås de sentrale relevante bestemmelsene for bruk av direktetildeling under artikkel 5 nr. 4 a. I tillegg til lovteksten har EU-kommisjonen gitt veiledning i hvordan de vil tolke de ulike bestemmelsene. Det er forventet at ESA vil legge kommisjonens veiledning til grunn for sin eventuelle behandling. Ettersom forskriften trer i kraft 25.12.23 er det ikke enda noen rettspraksis knyttet til anvendelsen av unntaket.

2.1 Forskriften

Norge er forpliktet til å følge kollektivtransportforordningen artikkel 5 nr. 4 a. Denne fremsetter to kumulative vilkår som må oppfylles for at en kontrakt om offentlig tjenesteyting («PSO-kontrakt») av persontransport med jernbane kan tildeles gjennom direkte forhandlinger fremfor åpen konkurranse:

«Med mindre det er forbudt i henhold til nasjonal rett, kan vedkommende myndighet beslutte å tildele kontrakter om offentlig tjenesteyting for offentlig persontransport med jernbane direkte

(a) dersom den anser at direkte tildeling er berettiget ut fra de relevante strukturelle og geografiske særtrekkene i det aktuelle markedet og jernbanenettet, særlig med hensyn til størrelse, særtrekk ved etterspørselen, jernbanenettets kompleksitet, teknisk og geografisk isolasjon og de tjenestene som omfattes av kontrakten, og

(b) dersom en slik kontrakt vil føre til bedre kvalitet på tjenestene eller større kostnadseffektivitet, eller begge deler, sammenlignet med tidligere tildelte kontrakter om offentlig tjenesteyting.

[...]

Dersom vedkommende myndighet beslutter å tildele en kontrakt om offentlig tjenesteyting direkte, skal den fastsette målbare, åpne og kontrollerbare ytelseskraav. Slike krav skal inngå i kontrakten.

Ytelseskraavene skal særlig omfatte rutenes punktlighet, antall avganger, kvaliteten på rullende materiell og kapasiteten for persontransport.

Kontrakten skal inneholde særlige ytelsesindikatorer som gjør det mulig for vedkommende myndighet å foreta periodiske vurderinger. Kontrakten skal også omfatte effektive og avskrekkende tiltak som skal pålegges dersom jernbaneforetaket ikke oppfyller ytelseskraavene. Vedkommende myndighet skal jevnlig vurdere om jernbaneforetaket har nådd sine mål for å oppfylle ytelseskraavene som angitt i kontrakten, og skal offentliggjøre resultatene. Slike periodiske vurderinger skal finne sted minst hvert femte år. Vedkommende myndighet skal treffe hensiktsmessige tiltak til rett tid, herunder pålegge effektive og avskrekkende kontraktsregulerte sanksjoner dersom forbedringene i kvalitet og/eller kostnadseffektivitet ikke oppnås. Vedkommende myndighet kan når som helst helt eller delvis oppheve midlertidig eller heve kontrakten som er tildelt i henhold til denne bestemmelse, dersom operatøren ikke oppfyller ytelseskraavene.»¹

¹ EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EU) 2016/2338 av 14. desember 2016 om endring av forordning (EF) nr. 1370/2007

2.2 Kommisjonens veiledning

EU-kommisjonen har publisert retningslinjer for hvordan bestemmelsene i kollektivtransportforordningen skal tolkes.² For den første presiseres det at opprøpningen under vilkår A ikke er uttømmende, men at myndighetene som velger å direkte tildele har bevisbyrden:

“The list of the specific characteristics is not exhaustive. The competent authority can therefore consider the need for direct award also with reference to other characteristics than the ones listed in the text. The conclusion of a competent authority that the market and network characteristics justify the direct award should be based on objective grounds. It is settled case-law that the burden of proving the actual existence of circumstances justifying derogation lies on the person seeking to rely on those circumstances. For that reason, in its substantiated decision to award a contract under Article 5(4a), the competent authority must bring sufficient evidence proving that the conditions specified in that provision of Regulation (EC) No 1370/2007 are fulfilled.”³

Videre presiseres det at det ikke er tilstedeværelsen av gitte forhold som er avgjørende for om vilkåret er oppfylt, men at disse er tilstrekkelig til å legitimere bruk av direkte tildeling:

“Taking into account the rationale for Article 5(4a), i.e. that in certain cases, the objectives of the Regulation, i.e. the provision of high-quality and cost-efficient services cannot be achieved by competitive tendering, due to certain market and network characteristics, what is essential is not so much the number and nature of the characteristics invoked by the Member State but the demonstration that in the specific case at hand, these characteristics objectively justify the use of a direct award instead of competitive tendering.”⁴

Kommisjonen gir videre en konkretisering av noen av definisjoner:

“Without prejudice to the assessment of each individual case, the Commission’s understanding of the meaning and measurement of the relevant characteristics is the following: market size should be measured in train-kilometres whereas network size in track-kilometres. Network complexity could be characterised, for instance, by the presence of many intermodal hubs, typically in local or suburban networks. Technical isolation could e.g. refer to a situation where major network constituents deviate from EU standards such as Technical Specifications of Interoperability. Geographical isolation could mean networks that have no physical links to neighbouring networks, when for instance they are situated on an island. The term ‘services covered by the contract’ could refer for instance to a ‘strategic value’ of the services.”⁵

For at vilkår B skal oppfylles kreves det en meningsfull forbedring av kvalitet og eller kostnadseffektivitet:

“The second condition to be satisfied to justify a direct award under Article 5(4a) is that the contract must result in an improvement in quality of services or cost-efficiency compared to the previously awarded public service contract. Regulation (EC) No 1370/2007 does not specify the margin of the improvement, so it is up to the competent authority to decide on this. However, in order to prevent the circumvention of the obligation of Regulation (EC) No 1370/2007 and to ensure its useful effect, the improvement of services should be meaningful.”⁶

² Commission notice (2023/C 222/01) on interpretative guidelines concerning Regulation (EC) No 1370/2007

³ Ibid

⁴ Ibid

⁵ Ibid

⁶ Ibid

3 Den relevante konteksten regelverket må tolkes i

Den norske jernbaneinfrastrukturen er kompatibel med landene rundt oss. Vi har organisert jernbanen slik at operatøransvaret er relativt avgrenset – når operatørene overtar personell gjennom virksomhetsoverdragelse og må leie rullende materiell fra Norske Tog. Dette bidrar til å begrense tilfellene der artikkel 5 nr. 4a kan komme til anvendelse. En gjennomgang av tidligere kontrakter og økonomisk teori, indikerer at det kontraktuelle handlingsrommet innenfor hver av de to anskaffelsesformene er relativt likt, og vi finner ikke at det er noen spesifikke karakteristikk ved de to metodene for tildeling av kontrakter, identifisert på forhånd, som gir grunnlag for direktetildeling.

3.1 Særlige forhold i den norske verdikjeden for jernbanetjenester

Organiseringen av den norske jernbanen gjør at det i tildeling av kontrakter om offentlig tjenesteyting kun vil være operatøransvaret som tildeles i kontrakten. Operatør må forholde seg til Bane Nor som er ansvarlig for trafikkstyring og er videre pålagt å benytte materiell fra Norske Tog. Dersom en ny aktør overtar operatøransvaret for en trafikkpakke vil ny leverandør måtte følge regler for virksomhetsoverdragelse, og overtar dermed nødvendig personell. Som følge av jernbanens organisering i Norge begrenses potensielt tilfellene hvor artikkel 5 nr. 4a kan komme til anvendelse sammenlignet med land hvor eksempelvis rullende materiell eller annen infrastruktur eies av operatørene selv. Den norske sporvidden på 1 435 mm er kompatibelt med store deler av det internasjonale jernbanenettverket, og utenlandske tog kan i all hovedsak benyttes på norske skinner.

Organiseringen av Jernbanesektoren kan ha betydning for hvordan man vil forvente at anbudprosesser og direktetildeling fungerer. Omfanget av tjenesteleveransen som etterspørres i kontraktene, behov for investeringer og potensielle leverandørers eierskap eller kontroll over viktige innsatsfaktorer er faktorer som har betydning for om forholdene ligger til rette for virksom konkurranse om operatøransvaret. I det følgende vil det derfor kort gjøres rede for organiseringen av jernbanen i Norge og andre vesentlige særnorske forhold.

3.1.1 Organiseringen av norsk Jernbane

Fordeling av ansvar innen dagens jernbanesektor kan oppsummeres slik:⁷

Stortinget fastsetter rammer gjennom lovgivning og vedtak. Innenfor disse rammene skal **Samferdselsdepartementet** opprettholde sitt hovedansvar ved å fastsette langsiktige mål, strategisk retning, rammevilkår, og overordnede forskrifter. **Bane NOR** er eid av staten ved Samferdselsdepartementet og forvalter infrastrukturen til det nasjonale jernbanenettet. Dette inkluderer drift, trafikkstyring, vedlikehold, utbygging av jernbanen og forvaltning av all jernbaneeiendom.

Som fagorgan har **Jernbanedirektoratet** nasjonalt ansvar for faglig ledelse og koordinering av jernbanesektoren. Direktoratet inngår avtaler som sikrer velfungerende drift av jernbanesystemet, samt innkjøp av infrastrukturtjenester fra Bane NOR og persontogtjenester fra togselskapene. **Statens jernbanetilsyn** innehar rollen som sikkerhetsmyndighet, lisensutstedende myndighet og organ for overvåking av jernbanemarkedet.

⁷ Samferdselsdepartementet, 2023

Tilsynet kontrollerer om jernbanevirksomheten oppfyller sine forpliktelser i henhold til gjeldende jernbanelovgivning.

Vy, Flytoget, Go Ahead Nordic, SJ Norge, CargoNet, OnRail, og andre operatører står ansvarlig for transport av person- og godstog på jernbanen.

Entur AS er et statseid selskap med ansvar for essensielle digitale tjenester som dekker all kollektivtransport i Norge. Entur administrerer salg av togbilletter og leverer reiseplanleggingsverktøy, samt integrerte billettløsninger for kollektivtransportsektoren. **Norske tog AS**, som også er statseid, eier statens persontogmateriell og har ansvaret for utleie av dette til togselskaper som kjører på oppdrag fra staten.

Organiseringen av norsk jernbane omhandler også selskaper som utfører vedlikehold og fornyelse av jernbanenettet på oppdrag fra Bane NOR, hvorav statseide **Baneservice AS** er et eksempel. Tilsvarende er det flere selskaper som vedlikeholder togsettene etter avtale med togselskapene. Statseide **Mantena AS** er et slikt selskap.

Organiseringen av den norske jernbanen gjør at det i tildeling av kontrakter om offentlig tjenesteyting kun vil være operatøransvaret som tildeles i kontrakten. Operatør må forholde seg til Bane Nor som er ansvarlig for trafikkstyring og kjøper kraft fra Bane NOR, de er videre pålagt å benytte materiell fra Norske Tog. Dersom en ny aktør overtar operatøransvaret for en trafikkpakke vil ny leverandør måtte følge regler for virksomhetsoverdragelse, og overtar dermed nødvendig personell.⁸ Som følge av jernbanens organisering i Norge begrenses potensielt tilfellene hvor artikkel 5 nr. 4a kan komme til anvendelse sammenlignet med land hvor eksempelvis rullende materiell eller annen infrastruktur eies av operatørene selv.

3.1.2 Den tekniske innretningen av det norske jernbanenettet

Per 1. januar 2021 var det norske offentlige jernbanenettet på 4 200 km, hvorav 3 910 km var normalspor (1 435 mm) og 290 km dobbeltspor.⁹ En sporvidde på 1 435 mm er kompatibelt med store deler av det internasjonale jernbanenettverket, inkludert det svenske nettverket. Det norske jernbanenettet består av 2 618 broer, 724 tunneler, 3 432 planoverganger, og 334 stasjoner. Det norske jernbanenettet er fullintegrert med unntak av Ofofbanen som er geografisk isolert, men tilkoblet det svenske nettverket. Videre er rundt 60 prosent av nettverket elektrifisert.

Per 10. august 2023 oppfyller det norske jernbanenettverket TSI Infrastruktur-kravene satt av EU ifølge Bane NORs tekniske regelverk (Bane NOR). Profilen¹⁰ som benyttes i Norge (NO1) er noe bredere en standard profil som blir brukt i resten av Europa (UIC) (NSB).¹¹ Dette betyr at norske tog hovedsakelig kun kan brukes i Norge og Sverige. Det betyr imidlertid ikke at profilbredden forhindrer utenlandske tog i å operere på det norske jernbanenettet.

Potensielle operatører av PSO-kontrakter vil derfor møte færre geografiske og strukturelle særtrekk hva gjelder teknisk og geografisk isolasjon enn land med lavere grad av teknisk integrasjon.

⁸ Jernbaneloven § 8d

⁹ Jernbanedirektoratet. (2022). *Jernbanen i Norge i tall*.

¹⁰ Profilen (togprofilen) refererer til de ytre dimensjonene og formen til et tog. Dette inkluderer høyde, bredde, lengde, nedre kant, avrundede eller kuttete hjørner, samt eventuelle spesielle utstikkende deler.

¹¹ NSB, Toetasjerstog i Norge? En studie av mulighetsrommet.

3.2 Handlingsrommet i de ulike kontraktstypene

Grunnleggende økonomisk teori og en gjennomgang av tre tidligere kontrakter tilsier at det ikke er noen spesifikke karakteristikk ved direktetildeling eller konkurranse, identifisert på forhånd, som gir grunnlag for at direktetildeling er å foretrekke i konkrete tilfeller. I det tilfellet det anføres av tildelende myndighet at et spesielt sett med kontraktsvilkår kun kan oppnås ved en direktetildeling, må dette underbygges og dokumenteres.

Sammenligner man en fri forhandlingsmodell med de enkleste modellene for gjennomføring av anbud, eksempelvis helt åpne konkurranser med all vekt på tilbudt pris, vil det trolig være en rekke tilfeller der forhandlinger gir et mer effektivt utfall enn anbudsutsetting, fordi man da har flere handlings- og utfallsvariabler å forhandle om. I en forhandling vil man kunne komme frem til mer effektive løsninger ved at tilbyderer kan være med å spesifisere opp kontraktsparemetere. Man kan for eksempel komme frem til tillegg til avtalen som oppdragsgiver og samfunnet har høy betalingsvillighet for, og som operatøren kan ha lave kostnader ved å oppfylle.

Ved mer sofistikerte anbudsparesser blir det likevel mer sannsynlig at også anbudskonkurransene kan komme frem til slike gode utfall. Ved å benytte anbud med forhandlinger, og tillate et bredt spekter av kvalitetsparemetere og belønningssystemer, er forskjellen mellom hva som kan vektlegges eller forhandles om i en anbudskonkurranse sammenlignet med direkte forhandling, liten.

Basert på gjennomgang av trafikkavtalene for både de direktetildelte avtalene Østlandet 1 og Østlandet 2 og den konkurranseutsatte avtalen for Sørlandet, finner vi at det er vesentlige likheter i de ulike avtalenes omfang av vilkår. Begge de to avtalene inneholder elementer av:

- Bonusordninger for velferds- og strategimål slik som punktlighet, andel/antall reisende med tog og kundeopplevelse.
- Risikodeling ved forhold utenfor leverandørens kontroll.

Bonusordningene er noe ulikt utformet, men dette er ikke unaturlig med tanke på at i) kontraktene omfatter ulike togtilbud og ii) kontraktene er tildelt på ulike tidspunkt.

En vesentlig forskjell er at de direktetildelte kontraktene inneholder en klausul om regulering av maksimal avkastning på anvendt kapital, hvor meravkastning tilfaller oppdragsgiver etter forhåndsdefinerte regler. Beregningen av disse tersklene gjøres ex-post. Denne kontraktsbestemmelsen er begrunnet med henvisning til transportforordningens 4a, som setter begrensinger for kompensasjonen som kan gis under direktetildeling av PSO-kontrakter.¹² Er kontrakten gitt i konkurranse er man ikke juridisk forpliktet til å inkludere denne, og en slik inkludering er i teorien unødvendig ettersom konkurransen om den gitte kontrakten nettopp vil føre til at oppnådd pris på kontrakten gir den rimelige avkastningen.

Konkurranse med forhandlinger eller konkurransepreget dialog, eventuelt i kombinasjon med forutgående markedsdialog, vil kunne gi leverandørene samme mulighet til å tilpasse sine tilbud underveis i prosessen og produsere samfunnsøkonomisk optimale løsninger. Ved konkurransepreget dialog har tilbyderne stor frihet til å utforme egen foreslåtte løsning. Det er også mulighet å gi vederlag for å delta i prosessene, slik at eventuelt bortfall av tilbydere som konsekvens av kompliserte og kostnadskrevende anskaffelsesparesser kan avbøtes.

¹² EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EF) nr. 1370/2007 2013/EØS/73/17 av 23. oktober 2007

Bruk av ulike anbudsløsninger kan kreve høy kompetanse hos innkjøper. Effektiv forhandling om direktetildelinger krever likevel også relativt høy kompetanse og markedskunnskap hos innkjøper ettersom innkjøper bør ha innsikt i kostnader og priser ved den underliggende tjenesten som anskaffes for å hindre overkompensasjon. Det vises for øvrig til KPMGs *Kartlegging av organisatoriske og utfordringer i jernbanesektoren* som fant at konkurranseutsettingen av jernbanen ledet til en betydelig profesjonalisering og økt bestillerkompetanse knyttet til persontransport med jernbane.¹³

Basert på det overnevnte finner vi ikke at det er noen spesifikke karakteristikk ved de to metodene for tildelinger av kontrakter, identifisert på forhånd, som gir grunnlag for direktetildeling. I det tilfellet det anføres av tildelende myndighet at et spesielt sett med kontraktsvilkår kun kan oppnås ved en direktetildeling, må dette underbygges og dokumenteres.

¹³ KPMG. (2023). Kartlegging av organisatoriske og styringsmessige utfordringer i jernbanesektoren.

4 Kriterium A

Det foreslås en trinnvis prosess for å vurdere om kriterium A er oppfylt. Tildelende myndighet har en begrunnelsesplikt dersom de velger å avvike fra hovedregelen om konkurranseutsetting. For det første må det vurderes om det er en relevant særegenhet som påberopes. For det andre må det vises hvordan denne særegenheten gjør at direktetildeling er antatt å gi et bedre resultat enn konkurranse. For det tredje må det begrunnes at ikke mindre inngripende tiltak enn direktetildeling er nødvendig. For det fjerde må det vurderes om det å avvike fra hovedregelen er forholdsmessig.

Vi har ikke identifisert spesielle særtrekk som legitimerer bruk av direktetildeling og er heller ikke kjent med at andre aktører har gjort dette. Basert på økonomisk teori gjennomgås spesielle forhold som kan bidra til at direktetildeling er berettiget.

4.1 Operasjonalisering og tolkning av kriteriet

Det som skal vurderes under kriterium A er om *direkte tildeling er berettiget ut fra de relevante strukturelle og geografiske særtrekkene i det aktuelle markedet og jernbanenettet, særlig med hensyn til størrelse, særtrekk ved etterspørselen, jernbanenettets kompleksitet, teknisk og geografisk isolasjon og de tjenestene som omfattes av kontrakten.*

Av kommisjonens veiledning kommer det klart frem at det ikke er spesielle strukturelle og geografiske særtrekk i seg selv som gir grunnlag for direktetildeling, men hvordan disse særtrekkene er egnet til å påvirke det forventede resultatet man vil kunne oppnå ved bruk av de to ulike anskaffelsesmetodene. Særtrekkene må altså tilsi at en direktetildeling gir et bedre resultat enn en hypotetisk anbudskonkurranse.

Ettersom konkurranseutsetting er hovedregelen i direktivet, vil tildelende myndighet dermed måtte begrunne hvordan et gitt særtrekk er egnet til å påvirke resultatet man kan forvente å oppnå ved de to tildelingsformenene.

Ettersom det er særegenhetenes effekt på utfallet som kan oppnås, ikke særegenhetene i seg selv, som er relevant, fokuserer vi i det videre på hvorvidt, og hvordan, en slik særegenhet kan påvirke om direktetildeling er egnet til å gi et bedre utfall for oppdragsgiver og/eller passasjerer, og dermed være berettiget. Hovedvekten av argumentasjonen er basert på økonomisk teori.

4.2 Kort om eventuell utforming av pakkene

Vurdering av pakkens utforming er ikke en del av vurderingene under artikkel 5, nr. 4a. Pakkens utforming er likevel egnet til å påvirke om vilkårene er til stede eller ikke. Statens Jernbanetilsyn bør derfor være obs på dette i sin behandling av eventuelle klager. Dersom spesielle forhold tilsier at direktetildeling lett kunne vært unngått ved å utforme pakkene på en mer hensiktsmessig måte, vil dette trolig bli tolket av ESA og EFTA-domstolen som en unngåelse av regelverket.

For å vurdere om ulike strekninger bør inngå i samme pakke vil det være relevant å se på om:

- Det er naturlig å benytte samme infrastruktur
- Der er naturlig å benytte samme personell
- Det er stor etterspørsel etter gjennomgående reiser

Det vises for øvrig til kommisjonens veiledning:

Article 2a(1) of Regulation (EC) No 1370/2007 provides that competent authorities may group cost-covering and non-covering services. This text must be read jointly with the general definition of public service obligation set out in point (e) of Article 2 of Regulation (EC) No 1370/2007, according to which services under public service obligation are services that an operator, if it were considering its own commercial interests, would not assume or would not assume to the same extent. Accordingly, competent authorities can group cost covering and non-cost covering services only in duly justified cases.

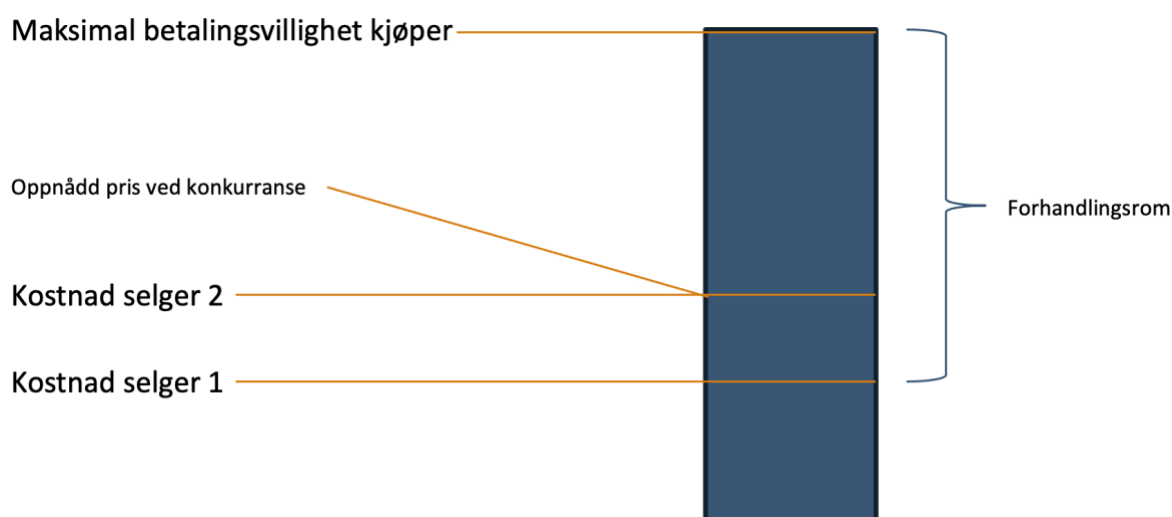
Recital 8 of Regulation (EU) 2016/2338 which motivates this provision, provides that 'specifications of public service obligations in public passenger transport should, where possible, generate positive network effects'. Accordingly, the Commission considers that the decision to include cost-covering services in the scope of the public service obligations should also reflect the objective of ensuring a coherent transport system, notably at a geographical level, and of reaping the benefits of positive network effects, rather than only limiting the amount of the compensation.

When specifying public service obligations and defining their geographical scope, the competent authorities are bound by the principle of proportionality, in accordance with Union law, as recalled in Article 2a(1) of Regulation (EC) No 1370/2007. The grouping of cost-covering and non-covering services must be necessary and proportionate.¹⁴

4.3 Stilisert eksempel på utfallsmulighetene av konkurranse versus direktetildeling

I Figur 1 vises et stilisert eksempel på forskjellen mellom anbudskonkurranse og direktetildeling med forhandlinger. Vi forutsetter at tilbyderne har perfekt informasjon om hverandres kostnader. I en anbudskonkurranse vil da selger 1 by marginalt under selger 2s kostnad og vinne konkurransen.

Figur 1 Utfallsmuligheter ved direktetildeling og forhandlinger



Ved direktetildeling vil utfallet ligge i intervallet mellom kjøpers maksimale betalingsvillighet og kostnad for den som kjøper velger å direktetildele til (vi har her antatt selger 1). Hvilken pris som oppnås avhenger av de to

¹⁴ Commission notice (2023/C 222/01) on interpretative guidelines concerning Regulation (EC) No 1370/2007

aktørenes forhandlingsstyrke. Dersom kjøper har liten forhandlingsmakt forventes det at pris vil ligge tett opp mot kjøpers betalingsvillighet og vil dermed være høyere enn ved en anbudskonkurranse.

4.4 Mulige forhold som kan lede til at særtrekk gir grunnlag for direktetildeling

Det er per i dag ikke fremført spesielle særtrekk ved det norske jernbanenettet som berettiger bruk av direktetildeling av kontrakter for offentlig tjenesteyting. Det må gjøres en individuell vurdering i hver sak, og det spesielle særtrekket må bidra til at direktetildeling er forventet å gi et bedre utfall en konkurranseutsetting. Vi går derfor gjennom hvordan et særtrekk er egnet til å påvirke utfallet av konkurranse og direktetildeling, basert på økonomisk teori.

Transportøkonomisk institutt har publisert to studier som berører unntaket. I den første løfter de problemstillingen om de identifiserte svakhetene ved organiseringen av jernbanen i Norge i seg selv kan være et relevant unntak, men underbygger ikke hvilke utfordringer og eventuelt hvordan dette skal gi grunnlag for direktetildeling, utover at det er et «særtrekk».¹⁵ I den andre studien viser de til at Norge tidligere ikke har påberopt seg et unntak under artikkel 4, og at dette gjør det vanskeligere å benytte dette unntaket nå.¹⁶ Tas det utgangspunkt i politiske forhandlinger kan denne påstanden være korrekt. Sett fra et faglig ståsted synes denne påstanden å være upresis. Eventuelle negative erfaringer med konkurranseutsetting, som taler til fordel for direktetildeling vil naturligvis kunne tillegges vekt i vurdering av om direktetildeling eller konkurranseutsetting er egnet til å gi det beste utfallet.

4.4.1 Dersom det ikke eksisterer tilstrekkelig antall tilbydere for å sikre virksom konkurranse

Manglende interesse fra potensielle kvalifiserte tilbydere vil kunne legitimere bruk av direktetildeling. For det første vil trolig en direktetildeling gi lavest transaksjonskostnader i fravær av andre reelle tilbydere. For det andre vil oppdragsgiver trolig ha større forhandlingsmakt ved direktetildeling dersom det også er klart for den reelle tilbyderen at de ikke møter konkurranse i et eventuelt anbud. I Figur 1 over, vil dette representere en situasjon der selger 2 enten ikke eksisterer, eller har kostnader som ligger langt over kostnadene til selger 1. Da vil ikke konkurransen disiplinere budet fra selger 1, og man må regne med å betale mye for tjenesten. Dette fordi oppdragsgiver i større grad kan velge å redusere omfanget av anskaffelsen som respons på høye priser i en direktetildeling.

I forordningens artikkel 7 er det spesifisert at både intensjon om å gjennomføre anbudskonkurranse og intensjon om å tildele direkte må annonseres et år i forveien. Gjennom saksbehandlingen bør det derfor være mulig å identifisere om det finnes alternative kvalifiserte tilbydere.

En direktetildeling som resultat av manglende interesse etter opprinnelig utlysning av konkurranse er legitimert under 3b, og det er dermed ikke klart at et slik unntak vil være mulig å påberope seg uten en forutgående utlysning av konkurranse ved å vise til 4b.

¹⁵ Krohn, C., & Olsen, S. J. (2022).

¹⁶ Olsen, Silvia J. (2023)

4.4.2 Transaksjonskostnader

Omfattende anbudsprosesser kan lede til betydelige transaksjonskostnader. Ved å begrense antallet aktører i løpet av prosessen gjennom kvalifisering og innledende forhandlingsrunder kan direkte kostnader og tidsbruk knyttet til selve forhandlingene reduseres, ved at færre aktører deltar i avsluttende forhandlinger.

Ved forhandlinger av direktetildelte kontrakter vil det også påløpe betydelige transaksjonskostnader, både som et resultat av at tildelende myndighet må ha betydelig kunnskap og markedsundersøkelser for å kunne forhandle effektivt uten alternative tilbud, og videre vil det måtte innarbeides klausuler om overskuddsdeling som hindrer overkompensasjon.

Sett i lys av størrelsen på vederlaget som typisk kreves i kontraktene og kontraktens varighet er transaksjonskostnadene trolig ikke betydelige. For mindre kontrakter vil det være mulig å benytte unntaket i Art. 5 nr. 4 for å tildele direkte fremfor å gjennomføre konkurranse.

4.4.3 Dersom en aktør kontrollerer vesentlige innsatsfaktorer

Dersom en aktør besitter vesentlig infrastruktur, materiell, personell eller immaterielle rettigheter som kreves for å levere den offentlige tjenesten kan direktekjøp kunne legitimeres. Det vesentlige vil være at ingen andre tilbydere har, eller har mulighet, til å fremskaffe en sentral innsatsfaktor for den aktuelle leveransen.

Videre må det dokumenteres at denne innsatsfaktoren faktisk er strengt nødvendig for å kunne gjennomføre kontrakten, og at kontrakten er spesifisert på en forholdsmessig måte sett opp mot hvilket behov tjenesten er ment å dekke.

Som diskutert i kapittel 3.1.1 er den norske jernbanen i utgangspunktet organisert på en måte som gjør at dette ikke vil være en relevant problemstilling.

4.4.4 Dersom en aktør har et særlig fortrinn i leveransen av tjenesten

En leverandør kan i visse tilfeller ha et særlig fortrinn i leveransen av en tjeneste, eller tjenesten kan ha en særlig stor verdi for en gitt leverandør. Eksempler på dette er:¹⁷

- Stordriftsfordeler
- Nettverkseffekter
- Konglomerateffekter

Ved **stordriftsfordeler** menes at aktøren kan ta i bruk sin eksisterende infrastruktur, organisasjon, ansatte eller andre ressurser på en måte som gjør at de har lavere kostnader i produksjonen av den offentlige tjenestekontrakten. Ettersom kontrakten er en leveranse, vil typisk hele kostnaden ved produksjonen av kontrakten kunne anses som en marginalkostnad og dermed både være relevant for leverandørens prising av kontrakten og den samfunnsøkonomisk relevante kostnaden for å vurdere hvilken leverandør som burde levere tjenesten. Dersom en av leverandørene har betydelige kostnadsfordeler vil det typisk være denne som er forventet å vinne konkurransen. Med full informasjon er det et generelt resultat fra auksjonsteori at prisen vil tilsvare den nest høyeste betalingsvilligheten. I det tilfellet hvor en aktør kan levere tjenesten til en betydelig lavere kostnad enn konkurrentene vil det derfor potensielt være betydelig forskjell på den nest mest effektive

¹⁷ Merk at dette er stiliserte, generelle, ikke gjensidig utelukkende kategorier. Stordriftsfordeler kan til en viss grad komme av nettverkseffekter og konglomerateffekter kan ses på som en intermodal nettverkseffekt.

aktørens reservasjonspris og den mest effektive aktørens reservasjonspris. Dette kan illustreres ved at avstanden mellom kostnadene for selger 1 og 2 økes i Figur 1. Dersom oppdragsgiver har forhandlingsmakt er det altså en teoretisk mulighet for at man gjennom forhandlinger kan oppnå et bedre resultat enn ved en konkurranse, ettersom man kan forhandle seg til et utfall mellom kjøpers og selgers reservasjonspris. Et slikt resultat avhenger likevel at en aktør har en betydelig kostnadsfordel, at oppdragsgiver har forhandlingsmakt og at oppdragsgiver har indikasjon på at den nest mest effektive aktørens reservasjonspris er vesentlig høyere som følge av stordriftsfordelene.

Med **nettverkseffekter** menes effekter av å drifte flere linjer samtidig. Dette kan skyldes nettverkseffekter på etterspørselssiden, hvor samhandling mellom de ulike linjene gir gevinster til de reisende, eller på driftssiden hvor nettverkseffekter gir muligheter til å benytte ressurser på tvers av nettverket som muliggjør et bedre tilbud eller bedre utnyttelse av ressurser. Årsaken til at et slikt tilfelle vil kunne gi et bedre utfall er at to separate operatører ikke vil kunne klare å realisere disse gevinstene gjennom en ensidig tilpasning. Det er likevel flere måter å tilpasse seg nettverkseffekter på. Som diskutert i 4.2 kan oppdragsgiver gjennom utformingen av pakker sikre at strekninger med relevante nettverkseffekter inngår i samme pakke, eller gjennom rollen som bestiller/koordinator sikre en optimal utforming av eksempelvis rutetider.

Med **konglomerateffekter** menes effekter som går på tvers av ulike tjenester eller reiseformer. Dette kan være at togtjenestene inngår i et større nettverk av kollektivtransporttjenester, slik at koordinering på tvers av disse vil kunne gi en merverdi for kundene eller gjøre tilbudet av kollektivtjenester mer effektivt. Det kan også være andre tjenester slik som overnatting eller pakkereiser hvor integrasjon med togtjenester gir økt effektivitet eller betalingsvillighet for den samlede tjenesten som tilbys. Om slike effekter skal kunne vektlegges bør det begrunnes hvorfor eventuelle effektive løsninger ikke kan finne sted gjennom forhandlinger mellom operatøren av den gitte jernbanestrekningen og de øvrige tjenestene. Videre er det viktig å vurdere om disse konglomerateffektene faktisk skyldes komplementære tjenestetilbud eller konkurrerende. At en operatør kan integrere eksisterende tilbud med buss, for å legge til rette for flere reisemål o.l. kan anses å være et komplementær tjeneste. Samtidig kan buss og jernbane være substitutter, og således kan tildeling av jernbanen til en operatør av et konkurrerende busstilbud svekke konkurransen mellom buss og jernbane som trolig vil gi et redusert tilbud, lavere kvalitet eller høyere priser.

Felles for effektene er at størrelsen, og konsekvensen av disse effektene, må veies opp mot konsekvensen av bortfall av konkurranse om PSO-kontrakten. Hovedregelen i regelverket er konkurranseutsetting, og tidligere studier har vist positiv effekt av konkurranseutsetting på priser/vederlag. Dersom nettverkseffekter, stordriftsfordeler eller konglomerateffekter kun er til stede på en mindre del av pakken, eller dersom de har en liten innvirkning på det totale tjenestetilbudet, vil det trolig ikke legitimere direktetildeling på bakgrunn av disse. Hvilke tiltak som kan gjennomføres for å oppnå noen av disse effektene selv under anbudsutlysning, må også vurderes. Et eksempel på et slik motvirkende tiltak er de felles billetterings- og ruteopplysningstjenestene Entur leverer. Ettersom forbrukerne kan kjøpe billetter og planlegge reiser på tvers av operatører gjennom Entur utnyttes allerede de potensielle positive nettverkseffektene ved at forbruker kan planlegge og kjøpe billetter for en gjennomgående reise.

4.4.5 Asymmetrisk informasjon

Eksisterende operatør på en strekning kan ha særlig informasjon om drifts- og etterspørselsforhold. I teorien kan denne kunnskapen benyttes til å uforme avtalevilkår som gir økt verdi for begge parter i kontrakten. Dette ved at operatøren har kunnskap om endringer i avtalevilkårene som kunne gitt en bedre måloppnåelse sett utfra

oppdragivers ønsker. Operatøren kan da foreslå endringer i avtalevilkårene i en forhandling, noe som kan gi en mer effektiv avtalestruktur.

Dette fordrer da at eksisterende operatør besitter vesentlig informasjon som verken andre potensielle tilbydere eller oppdragsgiver besitter (Oppdragsgiver kan enten selv tilpasse vilkårene eller dele informasjon med andre potensielle tilbydere), samtidig bør oppdragsgiver ha tilstrekkelig informasjon om andre vesentlige forhold og om kostnader og priser for å effektivt kunne forhandle en direktetildelt kontrakt.

Som vist i kapittel 3.2 er det betydelige friheter i hvordan en anbudskonkurranse kan gjennomføres, som gir leverandørene mulighet til å komme med egne løsninger. Gjennom Bane NOR, Entur og eget arbeid besitter Jernbanedirektoratet betydelig kunnskap om relevante forhold for kontraktene som kan inngis til leverandører i forbindelse med en anbudsprosess. Ved bruk av nettokontrakter vil oppdragstaker også ha insentiv til å gjøre endringer som øker antall passasjerer, eller betalingsvilligheten hos passasjerene.¹⁸

Ettersom det er et forhandlingselement i konkurransene, og aktørene kan vurderes på andre parametere enn pris i tilbudsevalueringen, vil en leverandør med asymmetrisk informasjon likevel ha insentiv til å tilby optimale løsninger, som øvrige aktører i en konkurranse ikke nødvendigvis er klar over at eksisterer, da dette vil gi dem uttelling i evalueringen. Det er derfor forventet at eksisterende operatør vil foreslå mer effektive avtalevilkår selv om tildelingen gjøres gjennom konkurranse.

Det presiseres at asymmetrisk informasjon også kan påvirke budgivningen til aktørene. Aktører med mindre informasjon vil kunne by mer forsiktig ettersom det er større risiko involvert. I den grad det er øvrige interessenter enn den eksisterende operatøren vil dette i utgangspunktet ikke føre til at direktetildeling er berettiget, men det vil være viktig å sørge for at mest mulig informasjon er tilgjengelig for budgiverne gjennom konkurransegrunnlaget. Dette er også grunnlaget for at operatører er pålagt å inngi relevant informasjon som påpekt i artikkel 4 nr. 8 i kollektivtransportforordningen.

4.4.6 Strategisk verdi

Strategisk verdi er ikke klart definert i kommisjonens veiledning, men en naturlig tolkning vil være at dette er kontrakter som er ment å oppfylle hensyn utover fordringens mål om å sikre kostnadseffektive transporttjenester av høy kvalitet og således tar andre hensyn enn de reisendes behov.

4.4.6.1 Utviklingskontrakter

Utover kostnadseffektive tjenester av høy kvalitet kan det tenkes at oppdragsgiver ønsker å bidra til teknologiutvikling eller innovasjon for å eksempelvis redusere klimagassutslipp eller utvikling av nye typer tjenester. Dette i seg selv er trolig ikke tilstrekkelig til å legitimere direktetildeling ettersom det finnes måter å utvikle innovative løsninger på gjennom konkurranse. Eksempelvis har det blant annet blitt benyttet konkurransepreget dialog for å utvikle elektriske fergesamband og for utbyggingskontrakter med svært usikre grunnforhold.¹⁹

¹⁸ Bestemte billettyper er prisregulert, men det kan gjøres endringer i øvrige billettyper og tilleggstjenester.

¹⁹ Se DFØ (2023) og (Statens vegvesen) Statens vegvesen. (u.d.).

4.4.6.2 Sikkerhet og beredskap

Sikkerhet og beredskap kan være et strategisk hensyn staten ønsker å hensynta. Staten har ex-ante vide hjemler blant annet i sikkerhetsloven for å ivareta hensynet til sikkerhet og beredskap. Ved anbudsutlysninger kan Jernbanedirektoratet også, gjennom minstekrav, sette kriterier for deltagelse i konkurransen. Videre kan departementet i krisesituasjoner pålegge operatørene plikter jf. Jernbaneloven §6b.

Skal dette benyttes som en begrunnelse fra tildelende myndighet for at direktetildeling er mest hensiktsmessig, må det klart underbygges at eventuelle restriksjoner er forholdsmessige. En slik vurdering bør underbygges av risikovurderinger fra sikkerhetsmyndighetene.

4.4.7 Konklusjon

Samlet finner vi ingen særlige særtrekk som isolert tilsier at unntaket i artikkel 5 nr 4a er relevant for det norske markedet. Det er oss bekjent så langt ingen aktører, myndigheter eller fageksperter som har pekt på konkrete relevante unntak som vil komme til anvendelse. Det er dermed ingen forhold som taler for at direktetildeling etter artikkel 5 nr 4a er eller vil bli mulig å gjøre basert på generelle særtrekk for det norske jernbanenettet i sin helhet.

Dette utelukker ikke at slike forhold vil kunne bli anført i fremtiden, for en gitt jernbanepakke. Dersom særtrekk påpekes må disse vurderes ut ifra effektene ovenfor for å vurdere om disse er egnet til å føre til at en direktetildeling vil kunne gi et bedre resultat enn en hypotetisk anbudskonkurranse.

Ettersom de ulike jernbanepakkene er skiftende over tid, omfatter togtilbud som er svært ulike og effektene kan være gjeldende for en svært liten del av en jernbanepakke, er det ikke mulig å ex-ante klarere eller diskvalifisere bruk av unntaket. Det vil derfor kreve en konkret vurdering av den spesifikke kontrakten.

Det er enda ikke gjennomført en omfattende evaluering av jernbanereformen og påfølgende konkurranseutsetting. Ettersom reformen inneholdt en rekke samtidige endringer i kostnadsfordeling og organisering, samt at pandemien sterkt påvirket operatørene, er det ikke rett frem å isolere effekten av anbudskonkurransene i seg selv. Dersom det blir gjennomført en evaluering av reformen, bør gevinsten ved anbudskonkurransene identifisert i evalueringen benyttes som benchmark for hvilket resultat man kunne oppnådd i en hypotetisk anbudskonkurranse. Her må det likevel tas hensyn til i hvilken grad særegenheten er egnet til å påvirke den gitte kontrakter som direktetildeles.

5 Kriterium B

Kriterium B sier at dersom tildelende myndighet skal kunne inngå en kontrakt gjennom direktetildeling må vilkårene i kontrakten forbedres sammenlignet med tidligere tildeling. Dette gir tildelende myndighet større forhandlingsmakt ovenfor operatøren det forhandles med i en direktetildeling.

Når en slik vurdering gjøres må det tas høyde for at deler av forholdene som påvirker kvalitet og kostnadseffektivitet er utenfor operatørens kontroll. Videre må det settes konkrete mål for å kunne avveie reduksjon i vederlag, økt tilbud til passasjerer og kvaliteten på tjenestene som leveres opp mot hverandre. Ettersom de ulike trafikkpakkene er forskjellige, og det kan forekomme endringer i pakkens omfang både som resultat av endrede pakker og operatørens nye tilbud bør operatørens nye tilbud evalueres langs flere ulike mål. Det må åpnes for at operatør kompenseres for generell prisstigning i samfunnet og innsatsfaktorene operatøren benytter. Vi foreslår derfor en modell for indeksering av vederlaget. I denne vurderingen må det også tas hensyn til eventuelle ekstraordinære forhold som inntreffer. Til sist må det sikres at forbedringen er meningsfull og således ikke er en omgåelse av kravet om forbedring.

5.1 Operasjonalisering og tolkning av kriteriet

Det som skal vurderes under kriterium B er om *en slik kontrakt vil føre til bedre kvalitet på tjenestene eller større kostnadseffektivitet, eller begge deler, sammenlignet med tidligere tildelte kontrakter om offentlig tjenesteyting.*

Kvalitet synes å være et vidt begrep i bestemmelsen. Kommisjonen skriver i sin veiledning følgende om hvilke krav som skal inkluderes i direktetildelte avtaler under artikkel 5 nr. 4a:

«Ytelseskravene skal særlig omfatte rutenes punktlighet, antall avganger, kvaliteten på rullende materiell og kapasiteten for persontransport.»²⁰

Kommisjonen presiserer likevel i sin retningslinje at denne listen ikke er uttømmende *«This list is an open one, meaning that the enumerated quality requirements must be included in the public service contract as a minimum; competent authorities can use additional requirements.»²¹*

Vår tolkning er likevel at de opplistede minstekravene representerer særlig relevante kvalitetskriterier, og dermed de mest relevante kvalitetskriteriene for å vurdere om det er tilbudt bedre kvalitet under bokstav b.

I fortalen til transportdirektivet kommer det frem at *“Når en vedkommende myndighet planlegger å tildele en kontrakt om offentlig tjenesteyting uten anbudsprosedyre, bør den også overholde de nærmere reglene som sikrer et passende godtgjøringsbeløp og gjenspeiler et ønske om effektive tjenester av høy kvalitet.”²²*

²⁰ EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EU) 2016/2338 av 14. desember 2016 om endring av forordning (EF) nr. 1370/2007 med hensyn til åpning av markedet for innenlands persontransport med jernbane

²¹ Commission notice (2023/C 222/01) on interpretative guidelines concerning Regulation (EC) No 1370/2007, 2.5.3.3.

²² EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EF) nr. 1370/2007 av 23. oktober 2007 om offentlig persontransport med jernbane og på vei og om oppheving av rådsforordning (EØF) nr. 1191/69 og 1107/70, avsnitt 27.

Vår tolkning er derfor at eventuelle tilbudte kvalitetsforbedringer må ha en klar verdi for kundene, oppdragsgiver eller samfunnet som helhet. Det må altså dokumenteres at en eventuell kvalitetsforbedring fyller et reelt behov, og at kvalitetsnivået er på et samfunnsøkonomisk effektivt nivå.

Videre presiserer kommisjonen sin veiledning at *“Efficiency should be understood as the relation between the quality (or level) of the public services and the resources employed. Incentives can thus be designed to reduce costs and/or increase the quality/level of service. However, cost reductions that are achieved at the expense of service quality/level do not count as efficiency improvements.”*²³

Basert på ordlyden i forordningen og veilederen må kvalitet og kostnadseffektivitet ses i sammenheng. Nivået på den offentlige tjenesten, målt i avganger og passasjerkapasitet er også relevante kriterier under vurderingen av om kvaliteten har blitt forbedret. Vilåret åpner dermed for at det er mulig å utvide antallet avganger, gitt at det totale forholdet mellom kostnad og kvalitet ikke forringes. Samtidig vil en avtale som reduserer vederlaget, men som samtidig reduserer tilbudet til de reisende, ikke være tilstrekkelig til å etablere at kostnadseffektiviteten har økt.

I tråd med prinsippet om at godtgjøringsbeløpet skal være passende og gjenspeile ønsket om effektive tjenester av høy kvalitet, legges det til grunn at eventuelle kvalitetsforbedringer skal være av verdi for kundene, og bidra til samfunnsøkonomisk effektivitet. En proformaforbedring av subjektive kvalitetskriterier uten at det gir dokumentert verdi for passasjerene eller samfunnet for øvrig bør derfor ikke aksepteres. Dette har også en side mot kvalitetsjustert kostnad og vesentlighetskravet omtalt i 5.5.

Vi finner det derfor hensiktsmessig å gjøre en distinksjon mellom tre ulike evalueringsmål for om vilåret er oppfylt: Vederlag, nivå på tjenestene og kvalitet.

Vi legger videre til grunn en konsumentvelferdsstandard, slik at det er forbedringer som kommer passasjerer eller tildelende myndighet til gode som vektlegges. Dette er i tråd med EU-kommisjonens praksis i anvendelse av konkurransereglene (Albæk). Vi ser dermed bort fra gevinster som ikke kommer passasjerene eller myndighetene til gode.

5.2 Avgrensning mot forbedringer som ikke er operatørspesifikke

Forbedringer som skal kunne begrunne økt kostnadseffektivitet eller kvalitet må relateres til forhold operatøren selv råder over. Eksempelvis er rullende materiell eid av Norske Tog AS, og forbedringer av rullende materiell er dermed ikke relevant i forbedringen operatøren råder over.²⁴ Det samme vil være gjeldende for bedret punktlighet eller andre forbedringer som relaterer seg til kvaliteten på infrastruktur som leveres av Bane NOR.

Ved forbedringer av infrastruktur som gir en reduksjon i reisetid eller andre relevante parametere som har vesentlig betydning for effektiviteten eller kvaliteten på tjenesten bør dette også hensyntas så langt det lar seg gjøre. Dersom myndighetene investerer i infrastruktur som reduserer operatørs kostnader skal dette ikke bidra til at operatøren anses å ha blitt mer kostnadseffektiv. Dette kan for eksempel bli relevant når det nye digitale signalsystemet (ERTMS) implementeres på det norske jernbanenettet.

²³ Commission notice (2023/C 222/01) on interpretative guidelines concerning Regulation (EC) No 1370/2007, 2.6.6.

²⁴ Med unntak av dersom det foreligger eksplisitte individuelle avtaler mellom Operatør og Norske Tog om forbedring av rullende materiell utover det som er initiert av Norske Tog unilateralt.

5.3 Evalueringsmål

5.3.1 Vederlag

Med vederlag menes beløpet oppdragsgiver enten betaler eller blir betalt fra operatøren som tildeles kontrakten. Dette er således det enkleste målet på kostnadseffektivitet. Reduserte utgifter for oppdragsgiver regnes da som forbedret kostnadseffektivitet. Ved lik utforming av pakkene over tid vil det da være rett frem å vurdere om kostnadseffektiviteten er forbedret.

5.3.2 Nivå på tjenesten

Med nivå på tjenesten menes antallet avganger eller kapasiteten på avgangene. En økning av nivået må ses på som en forbedring av tilbudet til passasjerene. Dette økte nivået på tjenestene kan sies å oppfylle kriteriet om forbedring dersom total kompensasjon ligger fast. Dersom det er betydelige endringer i nivå kan det være nødvendig å tillate en økning i det totale vederlaget gitt at forbedringen i nivå er tilstrekkelig stor.

Dette kan gjøres ved å konstruere et kostnads mål per togkilometer, passasjerkilometer eller kapasitetskilometer. Togkilometer vil være det mest hensiktsmessige å benytte dersom det skjer endringer i pakkene. Ideelt sett bør det da beregnes per strekning, hvor det så lages en helhetlig pris per togkilometer, før og etter, for den nye pakken.

Dersom det er en nettokontrakt, vil kapasitetskilometer være mest hensiktsmessig. Ettersom operatør kompenseres gjennom billettinntekter, vil en eventuell belønning per fraktete passasjer i kontraktene kunne gi operatør en dobbel betaling. Samtidig bør det være et reelt behov for eventuelle forbedringer i kapasitet. Økt kapasitet per avgang på avganger som det ikke er kapasitetsbegrensninger på for reisende gir ikke nødvendigvis noen merverdi og bidrar således ikke til mer kostnadseffektive tjenester.²⁵

Trafikkavtalene er typisk utformet ved en kombinasjon av lønnsomme og ulønnsomme strekninger. Operatøren har dermed et eget incentiv til å utvide nivået på tjenestene utover minstenivået i kontrakten for potensielt lønnsomme ruter/rutetider. Dette vil også være samfunnsøkonomisk effektivt. Vederlaget skal være en betaling for gjennomføring av en tjeneste som ellers ikke ville funnet sted. For økning i nivå som legitimerer økt kompensasjon kreves det derfor en insentiveffekt - at økningen ikke ville funnet sted uten kravet i avtalen.

For å hindre at operatør overkompenseres for lønnsomme ruter bør derfor eventuelle nye ruter eller avganger som operatøren selv har initiert i kontraktsperioden ikke medregnes når det vurderes om leverandøren tilbyr et høyere nivå på tjenesten. For å hindre at operatøren tilpasser seg kravet om insentiveffekt, ved å eksempelvis redusere tilbudet før ny direktetildeling, bør tilbudet fra leverandøren over hele perioden vurderes.²⁶

²⁵ Dette vil avhenge av trengselen ombord på de gitte avgangene. En økning som gir sitteplass til passasjerer vil ha en stor verdi, mens en kapasitetsøkning på en strekning hvor det er en tilgjengelig to-seter per passasjer vil ha tilnærmet null verdi for reisende.

²⁶ Merk at tidligere lønnsomme ruter kan ha blitt ulønnsomme, eller operatør kan ha utprøvd en rute som ikke viste seg å være lønnsom. Dersom operatør mener at dette er bakgrunnen for eventuell reduksjon av tilbudet før ny tildeling bør det dokumenteres.

5.3.3 Kvalitet

Med kvalitet menes da forbedringer som ikke er relatert til kapasitet, og som operatøren selv råder over. I tidligere kontrakter er særlig operatørvhengig punktlighet og kundetilfredshet benyttet som kvalitetsparametere. Ettersom det er mulig å insentivere forbedringer i kvalitet gjennom egne bonusklausuler i kontraktene bør disse i utgangspunktet holdes utenfor vurderingen for å forhindre dobbel kompensasjon. Ved å benytte slike bonusordninger er man også sikret fra å betale for kvalitetsforbedringer som ikke oppnås. Ved at utbetalingene settes basert på oppnåelse sikrer man i større grad kostnadseffektivitet i tjenesteleveransen ved at operatøren vil investere i kvalitetsforbedringer opp til det lønnsomme nivået, satt ut ifra oppdragsgivers forhåndssatte betalingsvillighet for et hvert kvalitetsnivå. Selv om bonusordninger holdes utenfor vurderingen av vederlaget bør det gjøres en kontroll av om disse medfører en betydelig økning i forventet utbetaling.

Dersom det skal hensyntas andre kvalitetsforbedringer som ikke belønnes gjennom bonusordninger må det sikres at kvalitetsforbedringene faktisk bidrar til mer kostnadseffektive tjenester. En påberopt kvalitetsforbedring bør derfor underbygges med markedsundersøkelser eller lignende som viser at det faktisk er etterspørsel/betalingsvillighet for den gitte kvalitetsforbedringen – altså at den gir passasjerer eller tildelende myndighet en verdi.

Samtidig bør det vises en klar insentiveffekt mellom avtalen, og gjennomføringen av kvalitetsforbedringen. En rekke kvalitetsforbedringer vil kunne være ensidig lønnsomt for operatøren. Dette kan være kvalitetsøkende tjenester operatøren har anledning til å ta betalt for, som vil medføre økt etterspørsel.

Endringer i kvalitet som tilfaller reisende bør evalueres basert på passasjerkilometer.

Dersom det skulle vektlegges øvrige kvalitetsparametere slik som reduksjon i CO2-utslipp eller redusert støyforurensing bør det benyttes tilsvarende kvantitative mål som reflekterer mengden konsumenter som drar nytte av forbedringen og deres betalingsvillighet for denne forbedringen.

5.4 Evalueringsmål

Hvor komplisert det er å evaluere tidligere og tilbudte pakke mot hverandre, vil avhenge av graden av endringer som foreslås i pakken. Ideelt bør det hentes inn mest mulig data for de ulike målene for å kunne sammenligne helheten i pakkene. Det bør derfor hentes inn informasjon om:

- Vederlag for gammel og ny kontrakt
- Togkilometer for gammel og ny kontrakt
- Setekapasitet for gammel og ny kontrakt
- Faktisk passasjertrafikk for gammel kontrakt og estimert passasjertrafikk for ny kontrakt
- Verdssettelse av kvalitetsforbedringer for passasjerer eller andre berørte parter

Som vil gi evalueringsmålene:

- Vederlag
- Pris per togkilometer
- Pris per setekilometer
- Pris per passasjerkilometer
- Kvalitetsforbedring per passasjerkilometer

Som nevnt vil det være nivået på tjenestene levert under gammel kontrakt som skal sammenlignes med minstenivået tilbudt i ny kontrakt. Dette ettersom det er det minstekravene i ny kontrakt tildelende myndighet har anledning til å holde operatøren til, og for å hindre kompensering av lønnsomme ruter.

Dersom tildelende myndighet finner det hensiktsmessig, grunnet eksempelvis stor forskjell i reiste kilometer for ulike passasjerer/strekninger, kan det være nødvendig å konstruere disse målene per type reisende eller per strekning. Tilsvarende vil det potensielt være nødvendig å basere disse på tid på døgnet, ettersom verdien av kapasitetsforbedringer vil variere ut ifra når på døgnet kapasitetsøkningen vil finne sted.

En alternativ metode for evaluering av kostnadseffektivitet dersom det er store endringer i tilbudet vil være å evaluere endringene i tilbudt kontrakt opp mot endringene i vederlag. Man kan da evaluere kostnaden ved endringene og videre beregne kostnad per togkilometer, kapasitetskilometer og passasjerkilometer opp mot kostnadene i gammel kontrakt for øvrig.

5.4.1 Indeksering av vederlaget

Jernbanedirektoratet har per i dag indeksjustering av sine avtaler. Ettersom vederlag betales ut årlig, vil det være naturlig å benytte siste periode før kontrakten iverksettes som sammenligningsgrunnlag for den nye avtalens kostnadseffektivitet, for å minimere effekten av prisstigning. Man vil da også ta hensyn til eventuelle ekstraordinære justeringer. Det bør likevel gjøres en sjekk av om ekstraordinær justering er relevant i perioden for den aktuelle tildelingen. For indeksering foreslår vi å benytte samme indeks som Jernbanedirektoratet bruker i sine avtaler, som tar hensyn til KPI-JAE (kjerneinflasjon) og økninger i arbeidskraftkostnader innen «transport og lagring» generelt:

$$I_{pt} = 0,5 \times \left(\frac{\text{indeks KPI} - JAE_{t-1}}{\text{indeks KPI} - JAE_{t_0}} \right) + 0,5 \times \left(\frac{\text{indeks akr}_{t-1}}{\text{indeks akr}_{t_0}} \right)$$

Hvor:

t = Avtaleåret for direktetildelingen

Indeks KPI-JAE = Konsumprisindeksen justert for avgiftsendringer og uten energivarer M09 (Kjerneinflasjon)

t-1 = Foregående år av direktetildelingen

t₀ = Året for vederlaget det evalueres mot

I_{pt} = Indeks for prisjustering

Indeks akr = Indeks for totale arbeidskraftkostnader for «transport og lagring»

Vedlagt som vedlegg B er en Excel-modell som kan benyttes for indeksering av vederlag og beregning av sentrale evalueringsparametere. I vedlegg A beskrives sentrale variabler i modellen.

5.4.2 Ekstraordinære forhold

Ved ekstraordinære forhold vil det være naturlig å ta hensyn til dette i evalueringen. Dette kan knytte seg til sjokk i etterspørselen, sjokk i prisen på særlige innsatsfaktorer som ikke er fanget opp av indekseringen og vesentlig endringer i tariffmodell.

Videre kan det ved omlegging av ruter, eksempelvis økt eller redusert kjøretid som konsekvens av endring i infrastruktur, være behov for å gjøre tilpasninger.

Det bør ligge en begrunnelsesplikt for tildelende myndighet dersom man mener det bør avvikes vesentlig grunnet ekstraordinære forhold. Tildelende myndighet bør også bekrefte at det ikke er vesentlige relevante avvik som ikke er hensyntatt.

5.5 Vesentlighetskravet

I henhold til kommisjonens veiledning må forbedringen fra tidligere kontrakt være meningsfull. Det er ikke satt en gitt grense, og tildelende myndighet har derfor en viss frihet i å vurdere hva som vil være en meningsfull forbedring. En tolkning vil være at forbedringen må være av et slik omfang at det ikke medfører en omgåelse av regelverket, og at forbedringen således må være ikke ubetydelig.

Ved en streng tolkning og dokumentasjon av kostnadseffektiviteten langs alle evalueringsmålene i kapittel 5.4 vil det gi et godt grunnlag for å dokumentere en meningsfull forbedring, som gir enten tildelende myndighet eller passasjerene en merverdi sammenlignet med tidligere kontrakt.

For å forhindre en omgåelse av regelverket bør man være forsiktig med å legge for mye vekt på lite dokumenterte forbedringer. Redusert vederlag representerer en klar forbedring som med høy sannsynlighet vil inntreffe. Utvidelse av minstenivået på avganger vil tilsvarende ha en klar effekt, men det bør her tas hensyn til om det er en faktisk dokumentert etterspørsel etter utvidelsen. Kvalitetsforbedringer utover nivået på tjenesten bør vurderes restriktivt for å forhindre unngåelse.

Tildelende myndighet bør bes inngi en begrunnelse for at vesentlighetskravet er nådd, og at det er i tråd med hva man kan forvente basert på utviklingen i øvrige kontrakter og utviklingen i næringen for øvrig.

6 Fremgangsmåte ved Statens Jernbanetilsyns saksbehandling av direktetildelinger

Hovedregelen er at anbudskonkurranser skal benyttes, og avvik fra dette må derfor eksplisitt begrunnes, som stadfestet i gjennomføringsforskriftens § 1a første ledd.²⁷ Dette kravet til. Begrunnelse er også påpekt i kommisjonens veiledning.²⁸ Jf. andre ledd skal Statens Jernbanetilsyns vurdering av tildeling foreligge innen tre uker etter at anmodning er innkommet og alle relevante opplysninger er mottatt. Tildelende myndighet er dermed ansvarlig for at saken er tilstrekkelig opplyst til at Statens Jernbanetilsyn kan gjøre en vurdering og fristen begynner således ikke å løpe før tildelende myndighet har inngitt all relevant informasjon for å gjøre en vurdering av beslutningen.

Statens Jernbanetilsyn må derfor umiddelbart innhente Jernbanedirektoratets begrunnede beslutning, med tilhørende underlag som er benyttet i beslutningen. Beslutningen bør inneholde relevant fakta beslutningen hviler på, Jernbanedirektoratets vurdering av de faktiske forholdene og hvilke forhold som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn. Dersom tildelende myndighets beslutning ikke er tilstrekkelig opplyst og begrunnet bør dette påpekes av Statens Jernbanetilsyn.

Ved behandling av klage bør det også innhentes informasjon fra klager, og øvrige interessenter. Tildelende myndighet bør ha anledning til å imøtekomme eventuelle påstander fra klager.

Jernbanetilsynet må så gjøre en vurdering av tildelende myndighets beslutning, med tilhørende begrunnelse særlig i lys av klagers anførsler.

6.1 Kriterium A

For å evaluere om kriteriet er tilfredsstillt bør det gjennomføres en trinnvis prosess der tildelende myndighet er pliktig å begrunne hvorfor hvert av de fire kriteriene er oppfylt. Ettersom det er en forvaltningsbeslutning legger vi videre til grunn at sannsynlighetsovervekt er en tilstrekkelig terskel for beviskrav.

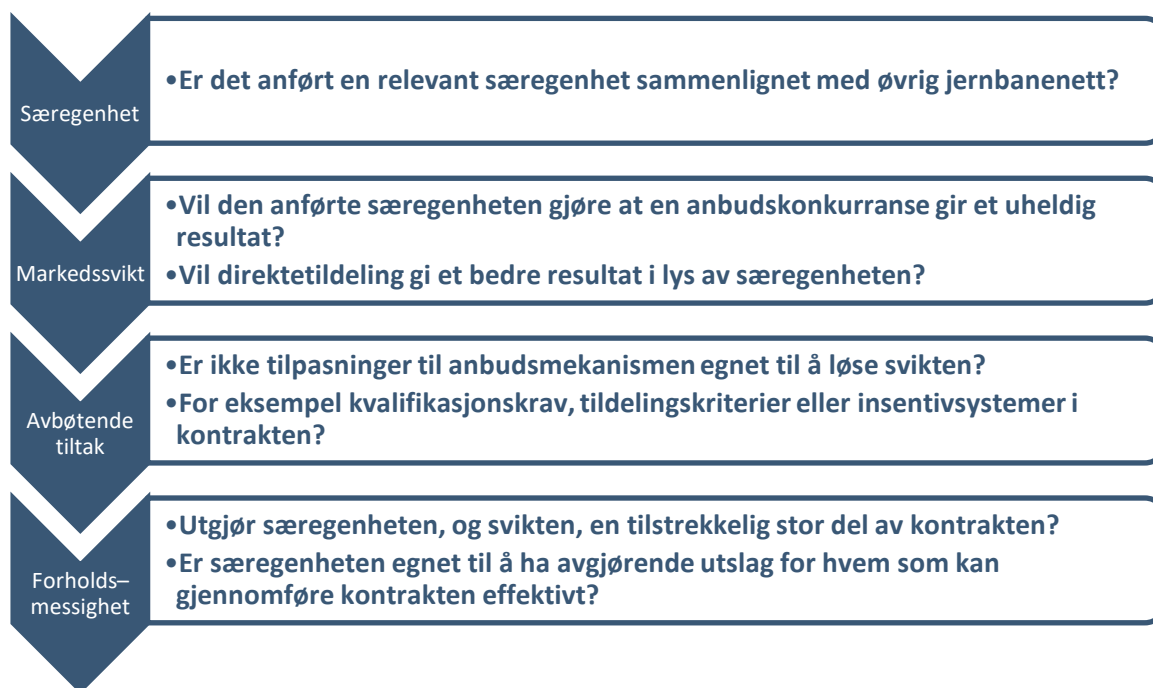
For det første må det avklares om det er anført en relevant særegenhet ved den gitte kontrakten, sammenlignet med det europeiske jernbanenett og norske konkurranseutsatte strekninger for øvrig. Det er tildelende myndighet som i utgangspunktet er ansvarlig for at regelen etterleves. Det er dermed tildelende myndighet som er ansvarlig for at det fremføres et relevant særtrekk. Jernbanetilsynet må undersøke om særtrekket faktisk er et særtrekk sammenlignet med øvrige jernbanepakker og øvrig jernbanenett i EU for øvrig, hvor hovedregelen er gjeldende.

Da det er hvordan særegenheten påvirker resultatet av tildelingen som er avgjørende, og lovtekstens eksempler på særegenheter ikke er uttømmende, bør denne særegenheten likevel være tilstrekkelig konkret definert til at det er mulig å gjøre en vurdering av hvordan den påvirker utfallet av de ulike tildelingsformene.

²⁷ Forskrift om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalen vedlegg XIII nr. 4a (forordning (EF) nr. 1370/2007) om offentlig persontransport med jernbane og på vei og om oppheving av rådsforordning (EØF) nr. 1191/69 og nr. 1107/70

²⁸ Commission notice (2023/C 222/01) on interpretative guidelines concerning Regulation (EC) No 1370/2007, 2.5.3.3.

Figur 2 Trinnvis vurdering av om kriterium A er oppfylt



For det andre må tildelende myndighet ha begrunnet hvordan denne særegenheten er egnet til å påvirke utfallet av en konkurranseutsetting. Det bør her kunne vises til en klar og forventet svikt som kan oppstå som resultat av anbudskonkurransen. Sentralt i denne vurderingen bør også være hvordan direktetildeling er egnet til å rette markedssvikten som kan oppstå som en konsekvens av konkurransen, eller hvorfor det kun er én leverandør av den potensielle løsningen. I 4.4 er det gjennomgått mulige forhold som kan lede til en markedssvikt. At det refereres til disse i vedtaket er ikke tilstrekkelig. Tildelende myndighet må kunne begrunne at disse er reelle og hvordan en direktetildeling er egnet til å kunne gi et bedre resultat enn ved en anbudskonkurranse.

For det tredje bør det underbygges hvorfor konkurranseutsettingsmodellen eller andre mindre inngripende tiltak ikke er egnet til å bøte på den relevante svikten. Særlig om dette kan løses gjennom tilpasning i konkurranseform, minstekrav til tilbydere, inkludering av særlige tildelingskriterier i anbudsprosessen eller insentivsystemer i endelig kontrakt. Dersom eksempelvis asymmetrisk informasjon benyttes som begrunnelse må det kunne dokumenteres at Jernbanedirektoratet ikke praktisk eller lovlig kan tilgjengeliggjøre den nødvendige informasjonen for deltagerne i en anbudskonkurranse.

For det fjerde bør det gjøres en vesentlighets- og forholdsmessighetsvurdering av den anførte svikten opp mot kontraktens helhetlige verdi og kompleksitet. Den relevante begrunnelsen bør omfatte en vesentlig del av kontrakten, eller medføre en tilstrekkelig stor mulig negativ konsekvens dersom begrunnelsen skal kunne legitimere å avvike fra hovedregelen i sin helhet. Dersom det eksempelvis påberopes nettverkseffekter må disse utgjøre en tilstrekkelig stor del av de tjenestene som inngår i den offentlige tjenestekontrakten til at de er egnet til å ha vesentlig betydning for kontrakten som helhet.

Disse vilkårene for beslutningen er å anse som kumulative for at det skal være tilstrekkelig begrunnet at direktetildeling skal kunne gi et bedre utfall enn en hypotetisk anbudskonkurranse.

Ettersom det er en rekke ulike særtrekk som kan påberopes, en rekke ulike effekter de kan virke igjennom samt at utforming av pakkene og den norske organiseringen av jernbanen ikke ligger fast er det ikke mulig å sette opp en presis ensartet metode.

6.2 Kriterium B

For å evaluere om en direktetildeling gir bedre kvalitet på tjenesten eller større kostnadseffektivitet, eller begge deler, bør evalueringsmålene presentert i kapittel 5.4 sammenlignes mellom gammel og ny kontrakt. Ettersom konkurranseutsetting er hovedregelen i forordningen legges det til grunn at tildelende myndighet som velger å avvike fra hovedregelen har en begrunnelsesplikt, i tråd med kommisjonens veiledning.²⁹

Jernbanedirektoratet skal altså selv ha påsett at den nye kontrakten er mer kostnadseffektiv og ha begrunnet dette. Dersom dette ikke kommer tilstrekkelig godt frem og er begrunnet bør dette påpekes av Statens Jernbanetilsyn, og vedtaket kan ikke sies å være i tråd med rammene for unntaket.

Graden av undersøkelser som må gjøres vil avhenge av i hvor stor en kontrakt er endret fra en periode til en annen.

Dersom omfanget i kontrakten er likt som forrige kontrakt, vil det være tilstrekkelig å kun sammenligne samlet vederlag med indeksjustert vederlag fra forrige kontrakt for å vurdere om den nye kontrakten gir en økning i kostnadseffektivitet. Jernbanetilsynet bør innhente vederlagene for gammel og ny kontrakt. De bør også ha mulighet til å innhente kostnadene som omfatter avtalen om leie av materiell ved signering av den forrige og nye kontrakten. Det samme gjelder kostnadene som omfatter avtalen om sportilgang og tjenester ved signering av den forrige og nye kontrakten. All informasjon Jernbanetilsynet innhenter bør være sammenlignbar innad og på tvers av kontraktene.

Ved innhenting av vederlagene og kostnadene vil Jernbanetilsynet kunne kontrollere om vederlagene for den nye kontrakten er justert korrekt ved bruk av indekseringen presentert i Kapittel 5.4.1. Om nytt vederlag er lavere enn det indeksjustering av forrige kontrakt tilsier, kan det brukes som et argument for økt kostnadseffektivitet og dermed at en direktetildeling er tillatt. Om vederlaget er høyere enn det indeksjustering av forrige kontrakt tilsier, bør tildelende myndighet begrunne grunnlaget for dette. Vederlag som er justert for høyt og mangler tilstrekkelig begrunnelse er å anse som redusert kostnadseffektivitet og dermed at direktetildeling ikke er tillatt. Om vederlaget tilsvarer indeksjustert beløp fra forrige kontrakt, er dette ikke et argument for større kostnadseffektivitet og bør derfor ikke brukes som et argument for direktetildeling. Jernbanetilsynet bør bruke kontrolleringen av vederlaget samt eventuell begrunnelse fra Jernbanedirektoratet inn i sin evaluering av direktetildelingen.

Dersom omfanget av kontrakten er endret, må man korrigere for omfanget før man kan vurdere om kostnadseffektiviteten har økt eller falt. Økt vederlag kan være kostnadseffektivt, så lenge omfanget har økt mer enn vederlaget. Derfor bør Jernbanetilsynet sammenligne vederlag per togkilometer, per setekilometer og per passasjerkilometer. Dette er informasjon man kan forvente at tildelende myndighet allerede har beregnet. Dersom dette ikke er gjort bør Jernbanetilsynet kreve disse tallene fremlagt.

Jernbanetilsynet bør innhente togkilometer og setekilometer for gammel og ny kontrakt, samt faktisk passasjertrafikk for gammel kontrakt og estimert passasjertrafikk for ny kontrakt. All informasjon Jernbanetilsynet innhenter bør være sammenlignbar innad og på tvers av kontraktene. Ved innhenting av denne informasjonen vil Jernbanetilsynet kunne kontrollere om det er eventuelle endringer i pris per togkilometer, pris per setekilometer og pris per passasjerkilometer ved å benytte ordinært prisjustert vederlag og indekseringen

²⁹ Commission notice (2023/C 222/01) on interpretative guidelines concerning Regulation (EC) No 1370/2007, 2.5.3.3.

presentert i kapittel 5.4.1. En reduksjon i nevnte nøkkeltall fra gammel til ny kontrakt, etter at vederlaget er indeksjustert, tilsier større kostnadseffektivitet og dermed at kan direktetildeling være tillatt.

En økning i nevnte nøkkeltall fra gammel til ny kontrakt etter at indekseringen er kontrollert for bør Jernbanedirektoratet begrunne. Om det er en økning i et nøkkeltall og begrunnelsen ikke er tilstrekkelig er dette å anse som redusert kostnadseffektivitet og dermed er direktetildeling ikke tillatt. Om den faktiske verdien i den nye kontrakten er lik den kontrollerte verdien er dette ikke et argument for større kostnadseffektivitet og bør derfor ikke brukes som et argument for direktetildeling. Jernbanetilsynet bør bruke kontrolleringen av nøkkeltallene samt eventuell begrunnelse fra Jernbanedirektoratet inn i sin evaluering av direktetildelingen.

Dersom tildelende myndighet argumenterer for kvalitetsendringer, må kvalitetsendringene evalueres opp mot kostnadseffektiviteten i kontrakten for øvrig. Det bør være en høy terskel for å konkludere med at en tildeling med økt vederlag per togkilometer likevel innebærer økt kostnadseffektivitet, med begrunnelse i økt kvalitet for reisende. Dette for å unngå omgåelse av regelverket og for å unngå at operatøren i realiteten får betalt for forbedringer som også gir en økonomisk gevinst for operatøren gjennom økt betalingsvilje, nye produkter eller økt trafikk.

Tildelende myndighet bør ha gjennomført en verdsettelse av kvalitetsforbedringer for passasjerer eller andre berørte parter, dersom dette skal være avgjørende for at kontrakten kan tildeles. Ved innhenting av denne informasjonen vil Jernbanetilsynet kunne evaluere om direktetildelingen gir bedre kvalitet på tjenesten, og som eventuelt motsvarer økning i vederlaget. Dette må være kvalitetsforbedringer som både er innenfor operatørens egen kontroll og som har faktisk verdi for passasjerer eller samfunnet. Det må derfor begrunnes med betalingsvillighet fra kundene eller at andre samfunns mål oppnås til en kostnad eller verdsetting som er sammenlignbar med tiltakene staten eller andre gjennomfører. Eksempelvis må reduksjon i CO2-utslipp verdsettes likt som i statsforvaltningen for øvrig, og forbedringer for passasjerer bør kunne underbygges med verdsettelsesstudier som viser at passasjene har nytte av forbedringer, og at forbedringen ikke vil finne sted uten kravet i kontrakten. Ettersom det er en forvaltningsbeslutning legger vi videre til grunn at sannsynlighetsovervekt for oppfyllelse av kvalitetsmålene er en tilstrekkelig terskel.

I evalueringen av direktetildelingen bør Jernbanetilsynet gjøre en totalvurdering av evalueringsmålene for så å konkludere om Kriterium B er oppfylt. Tildelende myndighet bør ha begrunnet eventuelle avvik i form av redusert kostnadseffektivitet på gitte mål og hvorfor pakken samlet representerer en mer kostnadseffektiv kontrakt.

Ettersom det kan skje forbedringer og eventuelt forverringer langs flere måleindikatorer er det ikke mulig å sette en gitt prosentgrense for at vesentlighetskravet er oppnådd, og dette er heller ikke satt i kommisjonens veiledning, da det krever en helhetsvurdering av de ulike måleindikatorene.

Det anbefales at pris per togkilometer og passasjerkilometer tillegges særlig vekt, da dette best reflekterer offentlige tjenestekontraktens formål. Som nevnt må dette være relevante tog- og passasjerkilometer som naturlig inngår i PSO-kontrakten og ikke ytterligere bedriftsøkonomisk lønnsomme ruter som operatøren har insentiv til og/eller har gjennomført ved utførelsen av den forrige kontrakten i fravær av en konkret forpliktelse.

Bibliografi

- Albæk, S. (2013). Consumer Welfare in EU Competition Policy. European Commission. Hentet fra https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-09/consumer_welfare_2013_en.pdf
- Bane NOR. (u.d.). Felles bestemmelser/Generelle bestemmelser/Vedlegg/Samsvar mellom Teknisk regelverk og TSI Infrastruktur. Hentet fra https://trv.banenor.no/wiki/Felles_bestemmelser/Generelle_bestemmelser/Vedlegg/Samsvar_mellom_Teknisk_regelverk_og_TSI_Infrastruktur
- Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ). (2023). Konkurranspreget dialog. Hentet fra <https://anskaffelser.no/avtaler-og-regelverk/anskaffelsesprosedyrer/konkurranspreget-dialog>
- EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EF) nr. 1370/2007 av 23. oktober 2007 om offentlig persontransport med jernbane og på vei og om oppheving av rådsforordning (EØF) nr. 1191/69 og 1107/70(*). Hentet fra: <https://lovdata.no/static/NLX3/32007r1370.pdf>
- EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EU) 2016/2338 av 14. desember 2016 om endring av forordning (EF) nr. 1370/2007 med hensyn til åpning av markedet for innenlands persontransport med jernbane. Hentet fra: <https://lovdata.no/static/NLX3/32016r2338.pdf>
- European Commission, Directorate-General for Mobility and Transport. (2023). Commission notice on interpretative guidelines concerning Regulation (EC) No 1370/2007 on public passenger transport services by rail and by road 2023/C 222/01. Hentet fra https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ%3AJOC_2023_222_R_0001
- Forskrift om offentlig persontransport. (2010). Forskrift om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalen vedlegg XIII nr. 4a (forordning (EF) nr. 1370/2007) om offentlig persontransport med jernbane og på vei og om oppheving av rådsforordning (EØF) nr. 1191/69 og nr. 1107/70 (FOR-2010-12-17-1673). Hentet fra <https://lovdata.no/dokument/LTI/forskrift/2010-12-17-1673>
- Hensher A., D., & Stanley, J. (2008). Transacting under a performance-based contract: The role of negotiation and competitive tendering. *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, ss. Volume 42, Issue 9, November 2008, Pages 1143-1151.
- Holmes, George. (1995). To tender or to negotiate: the buyer's dilemma. *Journal of Marketing Practice: Applied Marketing Science*, Vol. 1 No. 3, 1995, pp. 7-17. MCB University Press, 1355-2538
- Herweg, F., & Schmidt, K. M. (2017). Auctions versus negotiations: the effects of inefficient renegotiation. *The RAND Journal of Economics*, 48(3), 647–672. <http://www.jstor.org/stable/26305457>
- Jernbanedirektoratet. (2022). Jernbanen i Norge i tall. Hentet fra <https://www.jernbanedirektoratet.no/no/jernbanesektoren/jernbanenettet-i-norge/jernbanen-i-norge-i-tall/>
- Jernbaneforskriften. (2021). Forskrift om jernbanevirksomhet, serviceanlegg, avgifter og fordeling av infrastrukturkapasitet mv. (jernbaneforskriften). Hentet fra <https://lovdata.no/LTI/forskrift/2021-06-30-2315>

Jernbaneloven (1993), Lov om anlegg og drift av jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. (Jernbaneloven) (LOV-1993-06-11-100). Hentet fra: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1993-06-11-100>

KPMG. (2023). Kartlegging av organisatoriske og styringsmessige utfordringer i jernbanesektoren. Samferdselsdepartementet. Hentet fra https://www.regjeringen.no/contentassets/a953aa9643a94bd38572decd8bc86fda/kartlegging-av-utfordringer-i-jernbanesektoren_kpmg-pdf.pdf

Krohn, C., & Olsen, S. J. (2022). Organisering av jernbanen i Norge. TØI. Tilgjengelig fra: <https://www.toi.no/getfile.php?mmfileid=73193>

Muñoz-García, F. (2012). An Introduction to Auction Theory for Undergraduate Students. School of Economic Sciences, Washington State University.

NSB. (u.d.). Toetasjerstog i Norge? En studie av mulighetsrommet. Hentet fra <https://www.norsketog.no/assets/files/ToetasjersTog-rapport.pdf>

Olsen, Silvia J. (2023). Beslutningsgrunnlaget for jernbanereformen. TØI. Hentet fra: <https://www.toi.no/getfile.php?mmfileid=74763>

Samferdselsdepartementet. (2023). Slik er norsk jernbane organisert. Hentet fra https://www.regjeringen.no/no/tema/transport-og-kommunikasjon/jernbane_og_jernbanetransport/jernbaneorganisering/id2344653/

Statens vegvesen. (u.d.). Konkurransepreget dialog. Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ). Hentet fra <https://anskaffelser.no/sites/default/files/Statens%20vegvesens%20erfaringer%20med%20bruk%20av%20konkurransepreget%20dialog.pdf>

Tadelis, Steven & Bajari, Patrick. (2006). Incentives and Award Procedures: Competitive Tendering vs. Negotiations in Procurement. Handbook of Procurement.

Vedlegg A: Beskrivelse av Excel-modell

Vedlagt som vedlegg B er en Excel fil med fire formål:

- 1) Sjekke om vederlaget er justert riktig fra år til år innad i en kontrakt
- 2) Sjekke at relevante nøkkelverdier er justert riktig fra år til år innad i en kontrakt
- 3) Sjekke at vederlaget i inngåelse av en ny kontrakt er justert riktig sammenlignet med forrige kontrakt
- 4) Sjekke at relevante nøkkelverdier i inngåelsen av en ny kontrakt er justert riktig sammenlignet med forrige kontrakt

Verdiene som trengs for å gjøre sjekkene er beskrevet i Excel filen, og i tabellen under. Det er kun oransje felt i Excel filen som skal fylles ut. Under følger en beskrivelse av de ulike variablene i modellen:

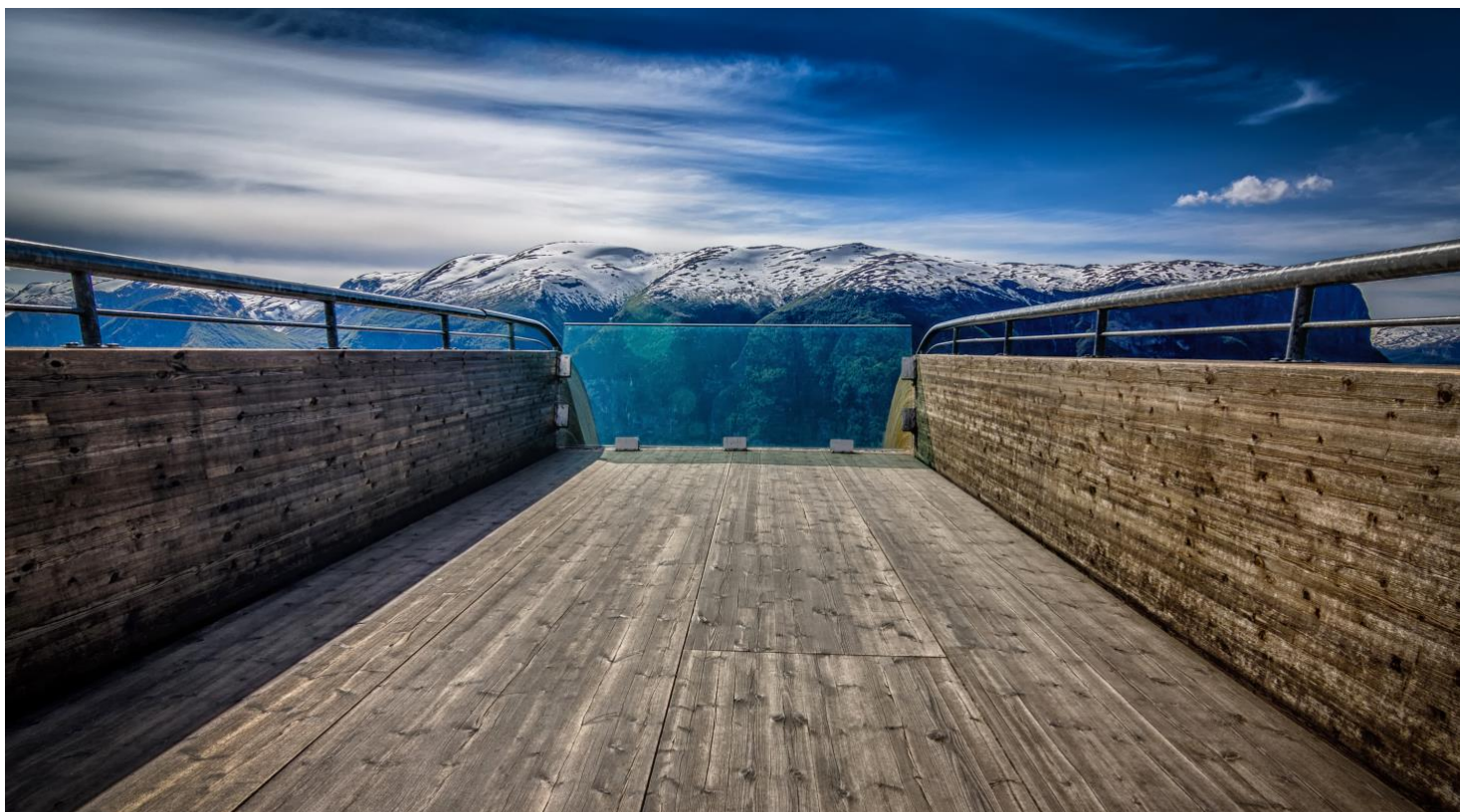
Tabell 1 Forklaring av variabler i modellen

Verdier (notasjon)	Beskrivelse for sjekk 1 og 2	Beskrivelse for sjekk 3 og 4
$AFV_{t_0}^t$	Det er det faste vederlaget i kontrakten da den ble signert, for det året som skal sjekkes.	Det er det faste vederlaget ved signering av den forrige kontrakten.
$KL_{t_0}^t$	Det er kostnadene som omfattet avtalen om leie og materiell da avtalen ble signert, for året som skal sjekkes.	Det er kostnadene som omfattet avtalen om leie og materiell ved signering av den forrige kontrakten.
$IA_{t_0}^t$	Det er kostnadene som omfattet avtalen om sportilgang og tjenester da avtalen ble signert, for året som skal sjekkes.	Det er kostnadene som omfattet avtalen om sportilgang og tjenester ved signering av den forrige kontrakten.
KL_t^t	Det er kostnadene som omfatter avtalen om leie og materiell i det året som skal sjekkes.	Det er kostnadene som omfatter avtalen om leie og materiell i den nye kontrakten.
IA_t^t	Det er kostnaden som omfatter avtalen om sportilgang og tjenester i det året som skal sjekkes.	Det er kostnaden som omfatter avtalen om sportilgang og tjenester i den nye kontrakten.
Togkilometer	Antall togkilometer for avtaleåret og året som skal sjekkes.	Antall togkilometer ved signering av den forrige kontrakten, og den nye kontrakten.
Kapasitet (setekilometer)	Kapasitet i avtaleåret og året som skal sjekkes.	Kapasitet ved signering av den forrige kontrakten, og den nye kontrakten.
Passasjerkilometer	Antall passasjerkilometer i avtaleåret og året som skal sjekkes.	Antall passasjerkilometer ved signering av den forrige kontrakten, og den nye kontrakten.

Den indekserte prisjusteringen i Excel filen blir regnet ut ved bruk av formelen i avsnitt 5.5.1. Da indeksverdiene ikke er tilgjengelig før på slutten av året må disse oppdateres årlig. Vi anbefaler også å oppdatere indeksene før bruk da disse blir revidert bakover i tid.

Vedlegg B

[VEDLAGT I .XLS FORMAT]



Menon Economics analyserer økonomiske problemstillinger og gir råd til bedrifter, organisasjoner og myndigheter.

Vi er et medarbeidereiet konsultentselskap som opererer i grenseflatene mellom økonomi, politikk og marked.

Menon kombinerer samfunns- og bedriftsøkonomisk kompetanse innenfor fagfelt som samfunnsøkonomisk lønnsomhet, verdsetting, nærings- og konkurranseøkonomi, strategi, finans og organisasjonsdesign. Vi benytter forskningsbaserte metoder i våre analyser og jobber tett med ledende akademiske miljøer innenfor de fleste fagfelt. Alle offentlige rapporter fra Menon er tilgjengelige på vår hjemmeside www.menon.no.

+47 909 90 102 | post@menon.no | Sørkedalsveien 10 B, 0369 Oslo | menon.no