

16. februar 2015

KONCERNSTYRING

Center for Beredskabskom-
munikation

Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalg

Afgivelse af indlæg i EU-Domstolens sag C-549/14, Finn Frogne mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation

Indledning

Højesteret har ved kendelse af 27. november 2014 på parternes begæring forelagt et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen om fortolkningen af det udbudsretlige ligebehandlingsprincip. Hovedsagen er opstået i forbindelse med en klagesag for Klagenævnet for Udbud i forbindelse med en forligsaftale mellem Rigspolitiet og virksomheden Terma.

Hovedspørgsmålet i sagen er således, hvilke muligheder ordregivende myndigheder har for at indgå forligsaftaler med henblik på at undgå anvendelsen af misligholdelsesbeføjelser og en efterfølgende retslig tvist med en leverandør, jf. artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter ("udbudsdirektivet") sammenholdt med EU-Domstolens domme i sag C-454/06, Priesetext, og sag C-91/08, Wall AG.

Sagens omstændigheder

I 2007 indgik Økonomistyrelsen (nu Moderniseringsstyrelsen) efter gennemførelsen af et EU-udbud aftale med den private leverandør Terma om levering af såkaldt kontrolrumssoftware til brug for styring af radiokommunikation mellem forskellige danske beredskabsmyndigheder.

Under udførelsen af opgaverne i henhold til kontrakten opstod der problemer, og Rigspolitiet (der havde overtaget myndighedsansvaret) og Terma var uenige om, hvem der var ansvarlig for, at kontrakten ikke kunne gennemføres efter sit indhold.



Uenighederne førte til, at Rigspolitiet og Moderniseringsstyrelsen indgik en forligsaftale med Terma, der især indebar en betydelig omfangsmæssig begrænsning af de ydelser, som Terma skulle levere til Staten.

Forligets nærmere indhold gik ud på, at kontraktgenstanden blev begrænset, således at den ikke længere vedrørte levering af såkaldt kontrolrumssoftware til det danske beredskab (central løsning) med en kontraktsum på op mod ca. kr. 500 mio., men alene levering af en radiodispatch (stand alone-løsning) til de enkelte politikredse inkl. 3 års vedligeholdelse. Værdien af ydelserne under denne kontrakt var på ca. kr. 35 mio.

Derudover skulle Staten overtage to centrale serverfarme, som Terma allerede havde installeret og indkøbt til brug for opfyldelse af kontrolrumssoftwarekontrakten. I den oprindelige kontrolrumssoftwarekontrakt var det ikke meningen, at Rigspolitiet skulle eje disse serverfarme, men de skulle anvendes af Terma under kontrakten. Rigspolitiet betalte som led i det samlede forlig kr. 50 mio. for serverfarmene samt for kapitalisering af den procesrisiko og de positive omkostninger, der ville være forbundet med at gennemføre voldgiftssag mod Terma. Samtidig fik Rigspolitiet ejendomsretten til de to serverfarme.

Ved forligsaftalen frafaldt parterne gensidigt deres respektive misligholdelsesbeholdninger, hvorved parterne undgik en ressourcekrævende voldgiftssag om fordelingen af ansvar for det forhold, at kontrakten var blevet nødlidende.

I forbindelse med indgåelsen af forligsaftalen fulgte Rigspolitiet fremgangsmåden i håndhævelseslovens § 4 og indrykkede derfor en bekendtgørelse om den forventede indgåelse af forligsaftalen (en såkaldt profylaxe-bekendtgørelse). Formålet med denne bekendtgørelse var loyalt at orientere om forligsaftalens indgåelse og at beskytte mod en efterfølgende tilsidesættelse af forligsaftalen.

Finn Frogne A/S, der ikke havde deltaget i udbuddet vedrørende levering af kontrolrumssoftware, blev opmærksom på forligsaftalen som følge af profylaxe-bekendtgørelsen og indgav en klage til Klagenævnet for Udbud.

Ved kendelse af 3. november 2011 fastslog Klagenævnet for Udbud, at den del af forligsaftalen, der omhandlede radiodispatchen, måtte anses som et surrogat for en hel eller delvis ophævelse af kontrolrumssoftwarekontrakten, hvorfor det ikke udgjorde en væsentlig ændring af kontrakten i den forstand, som dette kriterium er anvendt i bl.a. Pressetext-dommen, jf. nedenfor.

Den del af kontrakten, der vedrørte serverfarmene, var imidlertid efter Klagenævnets opfattelse ikke et surrogat, hvorfor denne del af forligsaftalen udgjorde en væsentlig ændring af kontrakten, som i sig selv forudsatte nyt udbud. Østre Landsret har ved dom af 20. december 2013 i alt væsentligt stadfæstet Klagenævnets kendelse. Finn Frogne har anket landsrettens dom til Højesteret,



og i den forbindelse har parterne været enige om, at der var grundlag for at forelægge et eller flere præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen.

Side 3

Højesteret har på den baggrund forelagt EU-Domstolen følgende spørgsmål:

”Skal artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter sammenholdt med EU-Domstolens domme i sag C-454/06, Presstext og sag C-91/08, Wall AG fortolkes således, at en forligsaftale, der indebærer indskrænkninger og ændringer af parternes oprindeligt aftalte ydelser under en tidligere udbudt kontrakt samt et gensidigt afkald på udøvelse af misligholdelsesbeføjelser med henblik på at undgå en efterfølgende retslig tvist, udgør en kontrakt, der i sig selv er udbudspligtig, hvis det må lægges til grund, at den oprindelige kontrakt er blevet nødlidende?”

Regeringens interesse i sagen

Et centralt spørgsmål i sagen er, om forligsaftalen mellem Rigspolitiet og Terma A/S indebar en væsentlig ændring af den oprindelige kontrakt og dermed en særskilt indgåelse af en udbudspligtig kontrakt i udbudsdirektivets forstand.

Spørgsmålet er ikke afklaret i retspraksis fra EU's domstole. EU-Domstolens domme i sag C-454/06, Presstext, og sag C-91/08, Wall, tager således ikke direkte stilling til ordregivende myndigheders adgang til at indgå forligsaftaler med henblik på at undgå efterfølgende konfliktoptrapning ved domstolene eller voldgift.

Danske ordregivende myndigheder har generelt - og Rigspolitiet også konkret - en væsentlig interesse i under omstændigheder som de foreliggende at kunne indgå forligsaftaler uden derved at udløse en ny udbudspligt. Behovet for at kunne indgå forligsaftaler uden at udløse en selvstændig udbudspligt er navnlig relevant i forbindelse med store og meget komplekse it-anskaffelser, hvor risikoen for hævebegrundende misligholdelse erfaringsmæssigt er betydelig.

På baggrund af ovenstående vil regeringen afgive indlæg i sagen, hvori der argumenteres for at udbudsdirektivets artikel 2 ikke er til hinder for, at ordregivende myndigheder, der er involveret i et nødlidende kontraktforhold, indgår forligsaftaler, der begrænser de tidligere udbudte ydelser, med henblik på at undgå en retstvist mellem aftaleparterne.

