

## Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Suzanne Helsteen og Knud Erik Busk)

J.nr.: 2010-0023028

3. november 2011

### K E N D E L S E

Finn Frogne A/S  
(advokat Camilla Bonde, København)

mod

Rigspolitiet, SINE-sekretariatet  
(Kammeradvokaten ved advokat Morten Uhrskov Christensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2006/S 109-116975 af 8. juni 2006 iværksatte Økonomistyrelsen et EU-udbud om tilslutning til og brug af et landsdækkende, radiobaseret telekommunikationsnet, kaldet SINE (SikkerhedsNettet).

I tilknytning til SINE udbuddet bekendtgjorde Økonomistyrelsen ved udbudsbekendtgørelse nr. 2007/S 81-099317 af 24. april 2007, at styrelsen ved konkurrencepræget dialog efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) havde til hensigt at tildele en kontrakt om anskaffelse af såkaldt kontrolrumssoftware med dertil knyttede ydelser og eventuelt udstyr. Økonomistyrelsen iværksatte den konkurrenceprægede dialog på vegne af staten, regionerne og kommunerne. De ydelser, der skulle leveres i henhold til kontrakten, skulle »understøtte, at beredskaberne er i stand til at anvende [SINE], så der kan opnås den bedst mulige indsats og den kortest mulige responstid, særlig ved større hændelser, og så beredskaberne kan styre ressourcerne så effektivt, som muligt«. Klageren, Finn Frogne A/S, ansøgte ikke om adgang til at deltage i den konkurrenceprægede dialog.

Den 29. juni 2007 indgik Økonomistyrelsen kontrakt med Dansk Beredskabskommunikation A/S vedrørende udbuddet i 2006, anskaffelsen af SINE (Netkontrakten).

Den 22. januar 2008 besluttede Økonomistyrelsen at indgå kontrakt med Terma A/S vedrørende udbuddet i 2007, anskaffelsen af kontrolrumssoftware m.v. (Kontrolrumskontrakten). Kontrolrumskontrakten blev herefter indgået den 4. februar 2008. Varigheden af kontrakten var i udbudsbekendtgørelsen fastsat til 5 år. Kontraktens værdi er ca. 300 mio. kr., hvortil kommer værdien af optioner på op til ca. 227 mio. kr.

Den 1. september 2008 overdrog Økonomistyrelsen begge kontrakter til indklagede, Rigspolitiet, SINE-sekretariatet.

Efter længere tids problemer med at opfylde Kontrolrumskontrakten påbød SINE-sekretariatet sig, at der forelå hævebegrundende misligholdelse fra Termas side, hvilket Terma bestred. Efter forhandlinger med Terma besluttede SINE-sekretariatet den 14. oktober 2010 at indgå en tillægsaftale/forligsaftale med virksomheden (Forligsaftalen). Beslutningen blev den 19. oktober 2010 offentliggjort ved »Bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed« nr. 2010/S 203-309277, afsendt den 14. oktober 2010. Kontrakt er herefter indgået den 17. december 2010.

Forligsaftalen - som denne klagesag vedrører - er i bekendtgørelsen betegnet som en »Tillægsaftale om begrænsning af kontrakt om samordning af nød- og beredskabskommunikation m.v. (radiodispatch, vedligeholdelse, CSF m.v.)«. Parterne i aftalen er alene Terma A/S og Rigspolitiet, og de ydelser, der skal leveres i henhold til aftalen, skal udelukkende aftages af politiet.

Den 29. oktober 2010 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 10. december 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på møder den 7. marts og 27. juni 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets arti-

kel 2 ved uden forudgående udbudsprocedure at have truffet beslutning, jf. bekendtgørelse af 19. oktober 2010, om tildeling af tillægsaftale vedrørende pkt. II.1.4) »en radiodispatch, som skal installeres på et antal lokaliteter hos politiet. ... Tjenesteyderen vil i den forbindelse skulle vedligeholde radiodispatchen i 3 år efter udrulning heraf, idet radiodispatchen midlertidigt vil skulle anvendes af politiet, indtil en anden løsning måtte være implementeret« og ved efterfølgende at have indgået kontrakt med Terma A/S.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal erklære kontrakten med Terma A/S, bekendtgjort i bekendtgørelse af 19. oktober 2010, for uden virkning, idet indklagede i strid med de fællesskabsretlige udbudsregler har indgået kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Det Europæiske Unions Tidende.

Indklagede har principalt påstået klagen afvist og har subsidiært nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Der har under sagens behandling fra klagerens side været rejst spørgsmål om præjudiciel forelæggelse af visse spørgsmål for EU-Domstolen. Klagenævnet har besluttet ikke at foretage en sådan forelæggelse.

Terma er underrettet om, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 5. Ved brev af 24. marts 2011 har Terma meddelt, at virksomheden ikke ønsker at intervenere.

#### Sagens nærmere omstændigheder:

Udbudsbekendtgørelsen af 24. april 2007 indeholder følgende beskrivelse af Kontrolrumskontrakten:

»Som led i den danske regerings arbejde med samordning af Nød- og beredskabskommunikation m.v., der blev indledt med Økonomistyrelsens igangværende udbud om tilslutning til og brug af et landsdækkende radiobaseret telekommunikationsnet (EU-udbudsbekendtgørelse nr. 2006/S 109-116975 – i det følgende kaldet »netudbuddet» og »nettet»), ønsker Økonomistyrelsen, på

vegne af staten, og under forudsætning af opnåelse af fornødent mandat, ligeledes på vegne af landets regioner og kommuner, at indgå kontrakt om anskaffelse af kontrolrumssoftware med dertil knyttede ydelser og eventuelt udstyr.

Formålet med ydelserne er at understøtte, at beredskaberne er i stand til at anvende nettet, så der kan opnås den bedst mulige indsats og den kortest mulige responstid, særlig ved større hændelser, og så beredskaberne kan styre ressourcerne så effektivt, som muligt.

Ydelserne skal benyttes af nød- og beredskabsmyndigheder inden for stat, regioner og kommuner, samt af retssubjekter (herunder private), der har eller måtte indgå aftale om løsning af beredskabspligter. Desuden skal ydelserne kunne benyttes af myndigheder samt af retssubjekter (herunder private), som leverer kritisk infrastruktur inden for eksempelvis energi- og transportområdet, og som er eller kan blive vigtige for det danske beredskab. Det er ydermere tanken, at kommunerne skal kunne vælge at anvende ydelserne ved udførelsen af andre kommunale opgaver, herunder eksempelvis hjemmepleje og hjemmehjælp.

De efterspurgte hovedydelser omfatter i væsentligste træk følgende:

#### 1. Kontrolrumssoftware:

Det er hensigten, at der erhverves en tidsubegrænset (fra tjenesteyderens side uopsigelig), ikke-eksklusiv brugsret til kontrolrumssoftwaren, der stilles til rådighed som led i vedligeholdelsen, jf. nedenfor under 4).

Erhvervelsen er opdelt i en del til radiokommunikation, der i det følgende betegnes som ”minimumsløsningen”, og som obligatorisk skal anvendes af de myndigheder og retssubjekter, der udfører nød- og beredskabsopgaver, for at beredskaberne bl.a. via nettet kan kommunikere inden for det enkelte beredskab og på tværs af beredskaberne, herunder etablere såvel faste som dynamiske samtalegrupper.

Herudover omfatter erhvervelsen en række yderligere funktionaliteter, der i det følgende betegnes ”tilvalgsfunktionaliteter”, som skal kunne integreres og anvendes sammen med minimumsløsningen, og som brugerkredsen, jf. punkt II.2.2, individuelt skal kunne tilvælge. Tilvalgsfunktionaliteterne skal som minimum omfatte: Samtalelogging, automatisk alarmering, opgave- og ressourcestyring, fall-back og viderestilling mellem kontrolrum, videoovervågning, overvågning af tekniske anlæg o.lign., styring af eksterne systemer, opslag i eksterne databaser samt rapporterings- og dataudtrækningsmuligheder. Såvel minimumsløsningen som tilvalgsfunktionaliteterne skal samtidig understøtte fælles services, der sikrer opsamling og videregivelse af data via veldefinerede og tilgængelige grænseflader, herunder til produkter leveret af tredjepart. Dette navnlig med sigte på at beredskaberne i større

indsatssituationer fx kan etablere ressourceoverblik på tværs af beredskaberne.

Desuden skal minimumsløsningen og tilvalgsfunktionaliteterne kunne integreres med og fungere sammen med nettet samt med almindeligt udbredte analoge og digitale radio- og telefonsystemer.

#### 2) Eventuelt betjeningsudstyr:

Radioterminaler og udstyr til disse er en del af netudbuddet, mens pc'er, skærme og tilsvarende standardudstyr, som brugerne skal benytte til at afvikle kontrolrumssoftwaren, anskaffes af beredskaberne selv. Sådant udstyr er derfor ikke en del af dette udbud. Såfremt tjenesteyderens løsning derudover forudsætter særligt betjeningsudstyr til hensigtsmæssig anvendelse af kontrolrumssoftwaren, skal tjenesteyderen levere og installere dette udstyr hos de enkelte beredskaber.

#### 3) Driftsydelser:

Tjenesteyderen skal forestå driften af kontrolrumssoftwaren, herunder evt. dele af kontrolrumssoftwaren, der er placeret decentralt hos det enkelte beredskab m.v. i tilknytning til dettes kontrolrum. Såfremt tjenesteyderens løsning forudsætter særligt betjeningsudstyr til hensigtsmæssig anvendelse af kontrolrumssoftwaren, skal tjenesteyderen også forestå driften af sådant udstyr, der leveres under kontrakten. Tjenesteyderens drift af centralt placerede dele af kontrolrumssoftwaren skal foregå i eget eller underleverandørens driftsmiljø. Som en del af driften af kontrolrumssoftwaren skal tjenesteyderen stille nødvendige kommunikationslinjer mellem kontrolrumssoftware i driftsmiljøet og brugernes lokale udstyr til afvikling af kontrolrumssoftwaren til rådighed. Driftsydelserne skal opfylde en række krav om sikkerhed, herunder redundans. Desuden skal tjenesteyderen forestå den nødvendige brugersupport.

Det af tjenesteyder anvendte driftsmiljø skal kunne skales op og ned, således at servicemål fortsat kan overholdes, fx når brugerkredsen måtte tilvælge tilvalgsfunktionalitet, hvis der sker midlertidige eller permanente organisatoriske ændringer hos beredskaberne m.v., eller hvis der tilføjes ny funktionalitet.

#### 4) Vedligeholdelse:

Tjenesteyderen skal vedligeholde kontrolrumssoftwaren, herunder med nye versioner, opdateringer, fejlretning m.v. under hensyn til softwarens missionskritiske karakter. Endvidere skal tjenesteyderen udføre vedligeholdelse af eventuelt betjeningsudstyr, som leveres under kontrakten til brugerkredsen.

De dele af kontrolrumssoftwaren, som er en del af minimumsløsningen, jf. ovenfor under 1), skal være tilgængelig til anvendelse af en del af brugerkredsen i pilotdrift af nettet i en mindre del af en region primo 2008. Kontrolrumssoftwaren skal i øvrigt gøres tilgængelig for brugerkredsen i takt med udrulningen af nettet, der

sker i etaper nogenlunde svarende til landets regioner. Tjenesteyderen skal dog være villig til at lade enkelte brugere, der måtte ønske det, ibrugtage kontrolrumssoftwaren på et tidligere tidspunkt.

Udbuddet gennemføres som en konkurrencepræget dialog, hvor Økonomistyrelsen særligt ønsker en drøftelse af a) bestemmelser i kontrakten vedrørende force majeure, b) opbygningen af systemarkitekturen, c) spørgsmål om løsningen af den centrale drift, med fokus på sikkerhed og redundans d) prissætning af ydelserne, e) samspillet mellem at gøre kontrolrumssoftwaren tilgængelig og udrulningen af nettet, f) andre særlige vilkår i kontrakten, jf. pkt. III.1.4.«

Kontrolrumskontrakten indeholder efter det oplyste ingen opsigelsesadgang. Derimod indeholder kontrakten bestemmelser om forhandling med hensyn til ændringer i de aftalte ydelser og om forhandling og mægling i tilfælde af tvist.

Den 25. november 2009 afgav SINE sekretariatet påkrav over for Terma. I påkravet krævede sekretariatet, at der skulle ske afhjælpning af forsinkelse, ligesom sekretariatet påberåbte sig anteciperet misligholdelse og varslede ophævelse af kontrakten. Af brevet fremgår også, at en forligsmæssig løsning kunne være en mulighed. Det er anført i brevet, at Termas oplæg til justeret tidsplan ville indebære en yderligere forsinkelse på op til 18 måneder.

Terma var uenig i, at der forelå hævebegrundende misligholdelse, hvilket selskabet tilkendegav ved breve af 27. november 2009 og 21. december 2009.

Herefter forhandlede parterne om en forligsmæssig løsning. Forhandlingerne resulterede i et dokument om en tillægsaftale/forligsaftale. Dokumentet er dateret 30. september 2010.

I bekendtgørelsen afsendt den 14. oktober 2010 står bl.a.:

»Bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigthed

...

II.1.1) Ordregiverens beskrivelse af kontrakten

Tillægsaftale om begrænsning af kontrakt om samordning af nød- og beredskabskommunikation m.v. (radiodispatch, vedligeholdelse og CSF m.v.).

...

Økonomistyrelsen underskrev den 4.2.2008 kontrakt med Terma A/S (herefter benævnt tjenesteyderen) om samordning af nød- og beredskabskommunikation m.v. (kontrolrumssoftware og drift m.v.) i henhold til forudgående EU-udbud.

Kontrakten blev efterfølgende overdraget fra Økonomistyrelsen til Rigspolitiet v/SINE-sekretariatet. Kontrakten omfattede i hovedsagen leverance og drift af kontrolrumssoftware til brug for beredskaberne i Danmark, herunder også radiodispatchfunktionalitet. Kontrolrumsløsningen skulle i henhold til kontrakten drives på to centrale serverfarme, etableret af tjenesteyderen på særligt sikrede lokaliteter.

De kontraherede ydelser har ikke kunnet leveres rettidigt, og SINE-sekretariatet har i konsekvens heraf nu forhandlet en forligsaftale (herefter benævnt tillægsaftalen) om begrænsning og afslutning af projektet, som SINE-sekretariatet agter at indgå med tjenesteyderen.

Som led i begrænsningen og afslutningen af projektet vil tjenesteyderen i henhold til tillægsaftalen skulle levere en radiodispatch i 3 år efter udrulning heraf, idet radiodispatchen midlertidigt vil skulle anvendes af politiet, indtil en anden løsning måtte være implementeret. Der påregnes iværksat selvstændigt EU-udbud om en sådan fremtidig løsning. De øvrige beredskaber fritstilles med tillægsaftalens indgåelse i forhold til tjenesteyderen.

Tjenesteyderen vil endvidere skulle overdrage dele af de centrale serverfarme til SINE-sekretariatet til mulig fremtidig anvendelse indenfor staten.

...

#### IV.1.1) Type procedure

Med forhandling (uden udbud)

Begrundelse for anvendelse af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i Det Europæiske Unionstidende i henhold til hhv. direktiv 2004/18/EF eller direktiv 2004/17/EF

Anden begrundelse for tildeling af kontrakten uden forudgående udbudsbekendtgørelse i Det Europæiske Unionstidende

m) Kontrakten er ikke omfattet af det relevante direktiv.

Den oprindelige kontrakt blev indgået i henhold til et EU-udbud i overensstemmelse med udbudsdirektivets bestemmelser, jf. udbudsbekendtgørelse nr. 2007/S 081-099317. Den tillægsaftale, der nu påtænkes indgået udgør for SINE-sekretariatet at se et alternativ til en ophævelse af den eksisterende kontrakt i henhold til denne kontrakts bestemmelser, i hvilken forbindelse SINE-sekretariatet samtidig søger at begrænse statens tab. Der er ved tillægsaftalen herved taget hensyn til den usikkerhed om parternes retsstilling, der vil være forbundet med en ensidig ophævelse. Det er vurderingen, at tillægsaftalen, der i meget væsentligt omfang indskrænker tjenesteyderens leverancer, herved respekterer de EU-retlige rammer for ændringshåndtering, så-

ledes som disse rammer er blevet præciseret i EU-Domstolens praksis, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 19.6.2008 i sag C-454/06 (Presstext).

...

#### V.4) OPLYSNINGER OM KONTRAKTENS VÆRDI

...

Kontraktens endelige samlede værdi

Værdi 85 000 000,00 DKK

#### V.5) KONTRAKTEN FORVENTES AT VILLE BLIVE GIVET I UNDERENTREPRISE

Ja

Værdi eller andel af kontrakten, der sandsynligvis vil blive givet i underentreprise til tredjemand

Vides ikke

#### VI.2 YDERLIGERE OPLYSNINGER

Tillægsaftalen påtænkes indgået efter udløb af standstill-perioden på 10 kalenderdage, regnet fra dagen efter dagen for offentliggørelse af bekendtgørelsen med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed.

...«

Kontrolrumskontrakten er i revideret form en del af Forligsaftalen, jf. aftalens bilag A. I Forligsaftalen hedder det bl.a.:

#### »1. INDLEDNING (PRÆAMBEL)

Den 4. februar 2008 indgik Økonomistyrelsen kontrakt med tjenesteyderen om samordning af nød- og beredskabskommunikation m.v. (kontrolrumssoftware og drift m.v.).

Kontrakten blev den 1. september 2008 overdraget fra Økonomistyrelsen til Rigspolitiet v/SINE-sekretariatet.

I henhold til kontrakten skulle tjenesteyderen etablere løsningen, således at denne kunne være tilgængelig for beredskaberne i 2010.

De i kontrakten aftalte ydelser har ikke kunnet leveres rettidigt. På den baggrund har Rigspolitiet fremsendt påkrav af 25. november 2009 til tjenesteyderen, som denne dog skriftligt har afvist berettigelsen af.

En fortsættelse af kontrakten vil indebære yderligere, betydelig forsinkelse, ligesom der fortsat består væsentlige projektrisici, som gør det betænkeligt at fortsætte projektet i dets oprindeligt fastlagte omfang. I lyset heraf er parterne derfor nået til enighed om, at det vil være til fælles gavn at begrænse og på sigt afslutte projektet, således at tjenesteyderen i hovedsagen leverer og tidsbegrænset vedligeholder decentralt installeret radiodispatch til midlertidig



brug for politiet, idet Rigspolitiet i modsat fald ville se sig nødsaget til at skride til ophævelse af kontrakten med den usikkerhed om parternes retsstilling, dette nødvendigvis ville indebære.

Tjenesteyderen har som led i opfyldelsen af kontrakten etableret to centrale serverfarme (CSF), som tjenesteyderen har oplyst ikke ville kunne nyttiggøres af tjenesteyderen efter begrænsning af projektet. Da dele af CSF eventuelt kunne finde anvendelse i statsligt regi, og disse netop er blevet etableret under kontrakten med henblik på bl.a. at tilgodese kundens behov, er parterne nået til enighed om, at kunden overtager dele af CSF i forbindelse med begrænsningen af kontrakten på de vilkår, der fremgår af den reviderede kontrakt.

Forligsaftalen har navnlig til formål at begrænse kontraktens indhold og omfang, således at denne efter forligsaftalens indgåelsen i hovedsagen omfatter leverance m.v. af radiodispatch til midlertidig brug for politiet og overdragelse af dele af CSF på de vilkår, der fremgår af den reviderede kontrakt.

Den danske stat er i øvrigt berettiget til at træffe enhver disposition af relevans for politiets og beredskabernes brug m.v. af SINE-nettet, herunder eksempelvis ved at konkurreudsætte kontrakt om fællesoffentlige faciliteter til brug for tilslutning til og anvendelse af SINE-nettet, ligesom tjenesteyderen kan deltage i sådanne udbud m.v. på lige vilkår med andre potentielle leverandører.

...

### 3. BEGRÆNSNING AF KONTRAKTOPFYLDDELSE

Efter indgåelse af forligsaftalen ophører tjenesteyderens forpligtelser til at levere løsningen og øvrige ydelser, i den udstrækning andet ikke følger af den reviderede kontrakt.

...

### 6. INDGÅELSE AF FORLIGSAFTALEN TIL FULD OG ENDELIG AFGØRELSE SAMT UAFHÆNGIGHED

Indgåelse af forligsaftalen indebærer, at parterne har gjort endeligt op med alle krav mellem parterne, der måtte udspringe af forhold vedrørende kontrakten forud for indgåelse af forligsaftalen eller måtte udspringe af, at kontraktens indhold og omfang begrænses som sket ved indgåelse af forligsaftalen.

Parternes indebyrdes forhold er herefter alene reguleret af forligsaftalen.

...«

Det er oplyst, at værdien af Forligsaftalen er 85 mio. kr., og at aftalen vedrører følgende ydelser:

| <u>Ydelse</u>                                                             | <u>Leveringstidspunkt</u> | <u>Vederlag</u> |
|---------------------------------------------------------------------------|---------------------------|-----------------|
| 1. Levering af 12 decentrale radiodispatcher til politiet                 | 21. december 2012         | 30 mio. kr.     |
| 2. Vedligeholdelse af radiodispatcherne indtil ophør af kontrakten i 2015 | 2013-2015                 | 5 mio. kr.      |
| 3. Overdragelse af centrale serverfarme (CSF)                             | 1. januar 2011            | 50 mio. kr.     |

Det er endvidere oplyst, at de centrale serverfarme *ikke* skal anvendes til driften af radiodispatcherne.

Det er også oplyst, at de radiodispatchfunktioner, herunder navnlig muligheden for »opkald og kommunikation« og »tekst meddelelser (SDS)«, der er indeholdt i Forligsaftalen, også var blandt de ydelser, der indgik i Kontrolrumskontrakten.

I den reviderede Kontrolrumskontrakt, der er en del af Forligsaftalen, står bl.a., at radiodispatcherne »skal integreres med og af brugerne kunne anvendes sammen med det radiobaserede telekommunikationsnetværk (SINE-nettet), som skal stilles til rådighed for brugerne ... i henhold til den overfor angivne SINE-netkontrakt«.

Der er i øvrigt fremlagt en række oplysninger om klagerens virksomhed, virksomhedens produkter, markedsføring og aktiviteter i øvrigt, herunder i forbindelse med offentlige udbud.

#### Forklaringer og erklæringer

Direktør Kaare Frogne har dels under mødet i klagenævnet den 7. marts 2011 afgivet forklaring, dels afgivet følgende erklæring af 6. marts 2011:

»...

### Baggrund

Vores virksomhed var sammen med Nethleas B.V. (en hollandsk TETRA-netværksoperatør) en af de første virksomheder i Danmark som betjente beredskabskunder på TETRA-teknologien. Finn Frogne A/S var med Gentofte kommunes køb af TETRA-beredskabskommunikationssystem af Rohill TETRA-netværk ... så vidt vides, den første virksomhed i Danmark, som hjalp med radiodispatch til beredskabet i det EU harmoniseret frekvensbånd 380-400 MHz.

...

Finn Frogne afstod med at deltage i det oprindelige udbud, trods direkte opfordring af daværende projektleder fra Gartner group Henrik Zangenberg, på grund af, at man vidste at Motorola og ikke Nethleas B.V. ville få opgaven på netværket på grund af Motorolas frekvensadgang til det EU-harmoniseret frekvensbånd til nød- og beredskabet. Motorola havde allerede indgået et samarbejde med Terma A/S om levering af kontrolrumssoftware og Teleplan rapporten af 2006 foreskrev til Økonomistyrelsen, at man ville få tekniske problemer, hvis man valgte en anden leverandør til opgaven, end den leverandør som bestod af netværksleverandøren. ... Vi mente derfor, at resultatet på denne kontrolrumskontrakt var givet på forhånd.

...

Endelig bemærkes det, at Professor, Ole Mørk Lauritsen, hos Terma A/S og den nu afskedigede udviklingschef Peter Dichmann hos Terma A/S, som var projektledere på den oprindelige kontrakt på kontrolrumssoftware besøgte Finn Frogne A/S forud for kontrolrumssoftwareudbuddet med henblik på eventuelt samarbejde i forhold til kontrolrumssoftwarekontrakten, men Finn Frogne ønskede ikke at samarbejde med Terma, der ikke havde erfaring inden for området og af ovennævnte grunde.

### Finn Frogne A/S kompetence

Finn Frogne har siden 1976 leveret radiodispatch løsninger, og radio-dispatcher via vores systemer mellem 15.000 og 25.000 kørsler i hele Danmark pr døgn, samt et lignende antal i både Norge, Sverige og Tyskland, inden for forskellige mobile brancher, såsom taxi, busser, handikapbusser og beredskab. Omsætningen via "vore kunder" pr. år er over 5 milliarder kr., som Finn Frogne A/S fejlfrit handler via forskellige protokoller mod Visa, Mastercard, NETS (PBS) m.fl. Finn Frogne A/S har kunnet sende nærmeste vogn til en adresse ... i 20 år.

...

Finn Frogne vurderer at skulle man dispatche kørselsopgaver til og for politiet, ville [det] være en enklere opgave for Frogne, end den nuværende taxa-dispatching, idet der vil være færre transaktioner pr. døgn og med en mere simpel kompleksitet i selve dispatching-situationen,

hvilke vi har fået indgående kendskab til, i forbindelse med møder med Politiets IT afdeling.

...

På den baggrund virker det helt grundløst, når Kammeradvokaten anfører, at SINE-sekretariatet ikke kunne identificere Finn Frogne A/S som relevant, når daværende projektleder Henrik Zangenberg var meget ihærdig med at få Finn Frogne A/S til at deltage i udbuddet, enten på egne vegne eller sammen med andre, og når Finn Frogne A/S oveni købet blev anmodet om at være en del af Terma A/S og lave selveste radiodispatching systemet for den kommende vinder af kontrolrums-kontrakt.

...«

På klagerens foranledning er der endvidere fremkommet oplysninger fra ingeniør Gert Vestergaard.

### Parternes anbringender

#### Ad afvisningspåstanden

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har retlig interesse i at klage. Indklagede har nærmere anført, at klageren ikke under udbuddet af Kontrolrumskontrakten ansøgte om at blive prækvalificeret. Klageren har også undladt at vise interesse for andre lignende udbud. Det gælder f.eks. det udbud, Beredskabsstyrelsen iværksatte ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 131-200934 af 7. juli 2010 om bl.a. en radiodispatch. Hverken det forhold, at klageren udvikler og sælger trafiksystemer, eller den omstændighed, at klageren i et meget begrænset omfang har leveret ydelser til et beredskab, indikerer, at klageren ville have været interesseret i at afgive tilbud, hvis indklagede havde iværksat et udbud i stedet for at indgå Forligsaftalen. Klagen skal derfor afvises, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 1, nr. 1.

Klageren har gjort gældende, at klageren har retlig interesse i at klage. Klageren har nærmere anført, at klageren undlod at ansøge om prækvalifikation under udbuddet af Kontrolrumskontrakten, fordi det ikke var forretningsmæssigt fornuftigt for klageren at deltage i udbuddet. Klageren ville derimod, eventuelt med bistand fra samarbejdspartnere, have haft kapacitet til at afgive tilbud på en mindre kontrakt. Da en sådan mindre kontrakt ikke blev udbudt, kan klageren ikke dokumentere, at klageren

kunne have opfyldt kravene for deltagelse i et sådant udbud. Kravet om retlige interesse i at indbringe en klage med påstand om, at den mindre kontrakt skulle have været udbudt, må være begrænset til et krav om, at kontrakten mere generelt falder inden for klagerens aktivitetsområde, hvilket utvivlsomt er tilfældet. Klagerens virksomhed har interesse i at erhverve markedsandele på markedet for radiodispatch for beredskaber og ville også have haft mulighed herfor, hvis indklagede i stedet for den direkte tildeling havde udbudt kontrakten.

#### Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved at indgå Forligsaftalen har foretaget en så væsentlig ændring af Kontrolrumskontrakten, at indklagede efter udbudsdirektivet og EU-Domstolens praksis var forpligtet til at iværksætte udbud på ny, jf. EU-Domstolens domme af henholdsvis 19. juni 2008 i sag C-454/06 (Presstext) og 13. april 2010 i sag C-91/08 (Wall). Klageren har nærmere anført, at Forligsaftalens værdi på 85 mio. kr. er væsentligt mindre end Kontrolrumskontraktens værdi på 527 mio. kr. Overdragelsen i Forligsaftalen af de centrale serverfarme (CSF) til en værdi af 50 mio. kr. er anskaffelser, som ikke var indeholdt i Kontrolrumskontrakten. Omfanget af Forligsaftalens øvrige ydelser er desuden - i overensstemmelse med forskellen på de to kontrakters værdi - væsentligt mindre end ydelserne i Kontrolrumskontrakten. Hvis indklagede i stedet for at tildele Forligsaftalen direkte havde udbudt en kontrakt om de pågældende ydelser, ville også andre virksomheder end Terma have haft mulighed for at afgive tilbud på den væsentligt mindre kontrakt. Således ville klageren have afgivet tilbud, idet klageren havde tilstrækkelig kapacitet og kompetence.

Indklagede har gjort gældende, at Forligsaftalen ikke er en udbudspligtig aftale. Indklagede har nærmere anført, at der ikke i udbudsdirektivet eller EU-Domstolens praksis er holdepunkter for at antage, at indklagede i den foreliggende situation var forpligtet til at iværksætte et nyt udbud. Der forelå betydelig forsinkelse fra Termas side, og der var mellem parterne tvist om, hvorvidt forsinkelsen udgjorde væsentlig misligholdelse. Efter Forligsaftalen skal der i det væsentlige blot leveres færre ydelser til en mindre værdi og over en kortere periode end efter Kontrolrumskontrakten. Hertil kommer, at parterne efter Kontrolrumskontrakten var forpligtet til at forhandle i tilfælde af tvist, og at Terma ikke har opnået en berigelse på forløbet. Det kan ikke antages, at en ordregivende myndighed i en sådan situation er af-

skåret fra at indgå en forligsaftale. En sådan retsstilling ville tvinge myndigheden til at ophæve kontrakten i stedet for at indgå forlig, f.eks. om ændret leveringstid. Ophævelse af kontrakten fra indklagedes side ville have medført en væsentlig procesrisiko for indklagede. Konsekvensen af en sådan retsstilling ville dernæst samlet set være markant øgede omkostninger for myndigheder og virksomheder og et væsentligt samfundsmæssigt værdispild.

### Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at ændringen af Kontrolrumskontrakten er så væsentlig, at indklagede skulle have iværksat et nyt udbud, og at indklagede derfor har overtrådt lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1. Klageren har nærmere anført, at den eneste mulighed for at sikre konkurrence om de pågældende ydelser er, at kontrakten erklæres for uden virkning. Dette skyldes, at indklagede ved den direkte tildeling til Terma har afskåret alle andre potentielle tilbudsgivere fra at konkurrere om kontrakten. Der er endvidere ikke mulighed for økonomisk kompensation i form af erstatning, da hverken klageren eller andre virksomheder vil kunne opfylde betingelserne herfor. Hvis kontrakten ikke erklæres for uden virkning, får overtrædelsen reelt ingen betydning. De »direktiv sikrede EU retlige hensyn«, der ligger til grund for den danske håndhævelseslov, vil dermed være sat ud af kraft.

Indklagede har gjort gældende, at retsvirkningen »uden virkning« ikke kan anvendes, da indklagede har opfyldt betingelserne for den beskyttelse, der følger af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, jf. § 4, stk. 1 og 2. Indklagede har nærmere anført, at de nævnte bestemmelser implementerer direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007. Af direktivets præambel 26 fremgår, at medlemsstaterne bør indføre en regel om, at retsvirkningen uden virkning under visse betingelser ikke finder anvendelse. En af betingelserne er, at den ordregivende myndighed har iagttaget en standstill periode. Indholdet af lovens § 4 er i overensstemmelse med direktivet, og indklagede har opfyldt betingelserne i § 4. Indklagede vurderede således, at kontrakten lovligt kunne indgås uden iværksættelse af udbud. Indklagedes vurdering var korrekt. Endvidere indgik indklagede først kontrakt efter, at klagenævnet havde truffet afgørelse om, at klagen ikke blev tillagt opsættende virkning. Kontraktindgåelsen afventede således som foreskrevet i § 4

også offentliggørelsen af bekendtgørelsen af 14. oktober 2010 og udløbet af en stand-still periode.

### Klagenævnet udtaler:

#### Ad afvisningspåstanden

Som redegjort for i klagenævnets kendelse af 15. januar 1998 er det i artikel 1, stk. 3, i det 1. kontroldirektiv (direktiv 89/665/EØF) fastsat, at klageadgang i det mindste skal tilkomme »personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse«. I Rådets fælles holdning til direktivforslaget er præciseret, at der med formuleringen er tænkt på, at »enhver berørt person« skal kunne indlede klageprocedure.

På baggrund heraf blev i § 4, stk. 1, i lov nr. 344 af 6. juni 1991 om Klagenævnet for Udbud fastsat, at »enhver, der har retlig interesse heri« kan klage. I forarbejderne til § 4 står:

»...

Enhver, der har retlig interesse, vil kunne indbringe en klage for nævnet.

Når personkredsen er defineret som enhver, der har en retlig interesse, skyldes det, at Kommissionen vurderer, at den typiske overtrædelse af direktiverne vil bestå i, at ordregivere ikke har offentliggjort et udbud overhovedet.

...«

Det 2. kontroldirektiv (direktiv 92/13/EØF) indeholder en regel, der svarer til det 1. kontroldirektivs artikel 1, stk. 3.

Retlig interesse var også i den nu ophævede lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud en betingelse for klageadgang, jf. lovens § 4, stk. 1.

Efterfølgende er afgrænsningen af kredsen af klageberettigede i det 2. kontroldirektiv videreført uændret med direktiv 2007/66/EF om ændring af kontroldirektiverne.

Retlig interesse er fortsat en betingelse for klageadgang, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 1, nr. 1. I forarbejderne hertil står:

»...

Efter kontroldirektiverne skal medlemsstaterne sikre, at i det mindste personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse, skal have klageadgang. Klageberettigede i forhold til Klagenævnet er således enhver, der har retlige interesse heri ... .«

På denne baggrund kan § 6, stk. 1, nr. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. ikke fortolkes sådan, at kredsen af klageberettigede virksomheder afgrænses snævert. Dette gælder navnlig i en situation som den foreliggende, hvor den ordregivende myndighed ikke har iværksat udbud, men har tildelt kontrakten direkte.

Under et udbud af en kontrakt vedrørende ydelserne i Forligsaftalen ville klageren også have haft mulighed for at samarbejde med andre virksomheder. Herefter og efter det oplyste om klagerens virksomhed og virksomhedens interesse i et udbud af kontrakten har klageren retlig interesse i at kunne klage.

Afvisningspåstanden tages ikke til følge.

#### Ad påstand 1

EU-Domstolen tog ved sin dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH) stilling til spørgsmålet, hvornår ændring af en kontrakt skal anses for en ny kontrakt, der skal konkurrenceudsættes ved udbud. Dommen vedrører et præjudicielt spørgsmål om overførsel af kontrakten til en anden juridisk enhed end ordregiveren og om ændring af kontrakten med hensyn til vederlaget og retten til at opsige kontrakten. I dommen står:

»...

- 34 Med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når



de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer (jf. i denne retning dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 44 og 46).

- 35 En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.
- 36 Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri. Sidstnævnte fortolkning bekræftes af artikel 11, stk. 3, litra e) og f), i direktiv 92/50, ifølge hvilken der for offentlige tjenesteydelsesaftaler, der udelukkende eller for størstedelens vedkommende vedrører de i bilag I A opførte tjenesteydelser, pålægges begrænsninger i relation til det omfang, hvori ordregivende myndigheder kan benytte forhandling med henblik på tildeling af tjenesteydelser, som supplerer dem, der var genstand for den oprindelige aftale.
- 37 En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.

...«

EU-Domstolen tog i sin dom af 13. april 2010 i sag C-91/08 (Wall AG) stilling til et præjudicielt spørgsmål om adgangen til at udskifte en underleverandør uden nyt udbud. I dommen står:

»...

- 37 Med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere vil væsentlige ændringer i de vigtigste bestemmelser i en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i visse tilfælde nødvendiggøre, at der tildeles en ny koncessionskontrakt, når ændringerne udgør afgørende forskelle fra bestemmelserne i den oprindelige koncessionskontrakt, og dermed viser, at parterne er villige til at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer (jf. analogt vedrørende offentlige kontrakter Domstolens dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 44 og 46, og af 19.6.2008,

sag C-454/06, presstekst Nachrichtenagentur, Sml. I, s. 4401, præmis 34).

- 38 En ændring i en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de var fremgået af den oprindelige tildelingsprocedure, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, der oprindeligt blev antaget (jf. analogt presstekst Nachrichtenagentur-dommen, præmis 35).
- 39 Udskiftning af en underleverandør, selv når muligheden herfor er fastsat i kontrakten, kan i særlige tilfælde udgøre en sådan ændring af et af de grundlæggende elementer i koncessionskontrakten, når anvendelsen af én underleverandør i stedet for en anden – under hensyntagen til de særlige kendetegn ved den pågældende ydelse – har været et afgørende element for indgåelsen af kontrakten, hvilket det under alle omstændigheder tilkommer den forelæggende ret at afgøre.

...«

I den foreliggende sag har indklagede indgået en forligsaftale uden udbud i en situation, hvor der forelå langvarige og omfattende leveringsvanskeligheder. Efter ordregiverens opfattelse havde den virksomhed, der skulle levere ydelserne, væsentligt misligholdt kontrakten. Virksomheden bestred dog at have misligholdt kontrakten. Forligsaftalen tog overordnet sigte på ekstraordinært at bringe Kontrolrumskontrakten til ophør og vedrørte således en *ophørende nødlidende kontrakt*.

Sådanne omstændigheder forelå ikke i de to nævnte domme. Disse domme angår derimod spørgsmålet om ændring af en *fortsættende ikke nødlidende kontrakt* med det sigte, at kontrakten skal løbe videre blot med et ændret indhold.

I den foreliggende sag er situationen nærmere, at den oprindelige kontrakt, Kontrolrumskontrakten, i 2007 blev udbudt som konkurrencepræget dialog. Kontrakten er meget omfattende og teknisk kompliceret. Kontraktens værdi er i alt ca. 527 mio. kr.

Som følge af leveringsvanskelighederne var det relevant for parterne at ophæve kontrakten eller alternativt at lade Kontrolrumskontrakten ophøre ved aftale.

Parterne har hver for sig valgt ikke at ophæve kontrakten med den standpunktsrisiko, som dette ville indebære. I stedet har parterne valgt at indgå en forligsaftale.

Efter Forligsaftalen er omfanget af Kontrolrumskontraktens ydelser reduceret væsentligt. Reduktionen betyder bl.a., at der alene skal leveres *radiodispatch* til politiet og ikke - som fastsat i Kontrolrumskontrakten - til en lang række forskellige myndigheder, herunder beredskabsmyndigheder. Også vederlaget for radiodispatch er reduceret væsentligt, nemlig til 35 mio. kr.

Efter Kontrolrumskontrakten skulle indklagede *ikke bliver ejer af de centrale serverfarme*. På trods heraf indgår det i Forligsaftalen, at serverne overdrages til indklagede. Værdien af dette - nye - element i aftaleforholdet mellem parterne udgør ifølge aftalen 50 mio. kr. af Forligsaftalens samlede værdi på 85 mio. kr. Det er oplyst for klagenævnet, at serverne ikke skal anvendes i forbindelse med leveringen af radiodispatchydelserne i Forligsaftalen.

Klagenævnet bemærker, at udbudsretten ikke regulerer parternes retsstilling i relation til kontraktretlige spørgsmål. Dette gælder også spørgsmålet om misligholdelsesbeføjelser, herunder spørgsmålet om hævebeføjelse og et dertil knyttet hæveopgør. Disse spørgsmål reguleres derimod dels af almindelige obligationsretlige regler, dvs. aftaleretten og kontraktretten, dels af selve den indgåede kontrakt.

En ordregivende myndighed kan - når en kontrakt er nødlidende og muligvis væsentligt misligholdt - forligsmæssigt og med henblik på at bringe kontrakten til ophør aftale, at ydelserne i kontrakten skal leveres i mindre omfang og over en kortere periode end oprindeligt aftalt, og at det oprindelige vederlag følgelig også reduceres. Tilsvarende kan en ordregiver uden at overtræde udbudsreglerne indgå sådanne accessoriske aftaler med virksomheden, som har til formål at bringe kontrakten til ophør inden for en passende kort periode. På den ene side er sådanne aftaler et relevant alternativ - et surrogat - i forhold til at bringe kontrakten til ophør ved

ophævelse. På den anden side ville det savne mening at pålægge ordregiveren at udbyde aftaler som de nævnte, som er uløseligt knyttet både til den oprindelige aftale og til denne aftales parter, og som derfor ikke eller kun med uforholdsmæssigt værdispild vil kunne opfyldes af andre virksomheder.

Ad den del af Forligsaftalen, der angår køb af servere for 50 mio. kr.:

Indklagedes køb hos Terma af nye ydelser i form af servere for 50 mio. kr. kan ikke anses for et surrogat for hel eller delvis ophævelse af kontrakten. Tværtimod er der tale om køb af nye ydelser, som også efter væsentlighedskriteriet i EU-domstolens praksis, jf. Pressetext-sagen præmis 35-37 og Wall-sagen præmis 37-39, forudsætter et nyt udbud.

Ad den del af Forligsaftalen, der angår køb af radiodispatch for 35 mio. kr.:

Aftalen om leveringen af radiodispatch mv. til et vederlag på 35 mio. kr. falder inden for de nævnte - lovlige - grænser for en forligsaftale.

Klagenævnet har foretaget en samlet vurdering og har herved navnlig lagt vægt på Kontrolrumskontraktens indhold, omfang, kompleksitet og betydning. Vurderingen fører til, at den del af Forligsaftalen, der vedrører radiodispatchen, må anses som surrogat for hel eller delvis ophævelse af den oprindelige, nødlidende kontrakt og derfor ikke som en væsentlig ændring af kontrakten i den forstand, hvori dette kriterium er anvendt i EU-domstolens praksis, jf. Pressetext-sagen præmis 35-37 og Wall-sagen præmis 37-39. Indklagede har derfor ikke tilsidesat de udbudsretlige regler med hensyn til radiodispatchydelserne.

Påstanden tages herefter til følge som nedenfor bestemt.

### Ad påstand 2

En kontrakt, der ulovligt er indgået uden udbud, skal erklæres for uden virkning, medmindre ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse, der opfylder kravene i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 4, jf. lovens § 17, stk. 1, nr. 1.

Efter § 4, stk. 1, nr. 3, er det et krav, at »ordregiveren finder, at indgåelsen af kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende er tilladt i henhold til de fællesskabsretlige udbudsregler«.

Michael Ellehauge og Suzanne Helsteen udtaler herefter:

Det lægges til grund, at indklagede vurderede, at Forligsaftalen lovligt kunne indgås uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Med henvisning hertil og til indholdet af bekendtgørelsen afsendt den 14. oktober og offentliggjort den 19. oktober 2010 sammenholdt med, at indklagede har overholdt den fastsatte stand-still periode, er betingelserne i lovens § 4 opfyldt.

Der er herefter ikke grundlag for at erklære Forligsaftalen for uden virkning efter § 17, stk. 1, nr. 1.

Vi stemmer derfor for, at påstanden ikke tages til følge.

Knud Erik Busk udtaler:

Da indklagede ikke har opfyldt alle 3 betingelser i lovens § 4, stk. 1, og ikke har iværksat nyt udbud ved indkøb af serverfarme for 50 mio. kr., stemmer jeg for at tage påstanden til følge.

Der afsiges kendelse efter stemmeflertallet.

Påstanden tages ikke til følge.

Herefter bestemmes:

#### Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved uden forudgående udbudsprocedure at have truffet beslutning, jf. bekendtgørelse af 19. oktober 2010, om tildeling af tillægsaftale vedrørende pkt. II.1.4) »en radiodispatch, som skal installeres på et antal lokaliteter hos politiet. ... Tjenesteyderen vil i den forbindelse skulle vedligeholde radiodispatchen i 3 år efter udrulning

heraf, idet radiodispatchen midlertidigt vil skulle anvendes af politiet, indtil en anden løsning måtte være implementeret« og ved efterfølgende at have indgået kontrakt (Forligsaftalen) med Terma A/S.

Klagen tages ikke til følge med hensyn til påstand 2.

Klagegebyret tilbagetales.

Indklagede, Rigspolitiet, SINE-sekretariatet, skal inden 14 dage betale 60.000 kr. i sagsomkostninger til klageren, Finn Frogne A/S.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach  
kontorfuldmægtig