

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Kaj Kjærsgaard, Suzanne Helsteen)

J.nr.: 2010-0021019

7. juni 2010

K E N D E L S E

PlayTech Limited

(advokat Martin André Dittmer, København)

mod

Danske Spil A/S

(advokat Jens Munk Plum, København)

Skatteministeriet offentliggjorde den 21. april 2009 en pressemeddelelse, hvorefter regeringen havde truffet beslutning om delvis liberalisering af det danske spillemarked. På denne baggrund opfordrede Danske Spil A/S den 14. oktober 2009 en række virksomheder til at deltage i en procedure, hvorved Danske Spil A/S uden at iagttage Udbudsdirektivet indhentede tilbud på en kontrakt om udvikling af en online spille-plattform for poker- og kasinospil for det danske marked. Af betingelserne for proceduren fremgår, at Danske Spil A/S forventede at deltage i det liberaliserede spillemarked ved et endnu ikke stiftet datterselskab, og at datterselskabet skulle være kontraktpart.

Danske Spil A/S opfordrede følgende virksomheder til at deltage i proceduren:

1. Boss Media AB (Gtech G2)
2. Microgaming Software Systems Ltd
3. PlayTech Limited
4. PartyGaming Plc

Den 10. december 2009 besluttede Danske Spil A/S at opfordre virksomhederne 3. og 4. til at afgive tilbud. Den 14. og 15. december 2009 gav Danske Spil A/S virksomhederne lejlighed til at præsentere og demonstrere de løsninger, som virksomhederne tilbød. Den 18. december 2009 besluttede indklagede at fortsætte processen alene med 4. PartyGaming Plc. I en pres-

semeddelelse af 11. januar 2010 hedder det, at »Danske Spil har valgt PartyGaming Plc som leverandør af online poker og casino«.

Den 14. januar 2010 indgav klageren, PlayTech Limited, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Danske Spil A/S. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 15. februar 2010 besluttede Klagenævnet at tillægge klagen opsættende virkning. I Klagenævnets afgørelse herom hedder det bl.a.:

»Klagenævnets begrundelse:

I lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, står der:

»Stk. 2. En klage har kun opsættende virkning, i det omfang dette er fastsat i lovgivningen. Hvor særlige grunde taler derfor, kan nævnet eller formanden på nævnets vegne dog tillægge klagen opsættende virkning.«

De nærmere betingelser for at tillægge en klage opsættende virkning er gengivet i Klagenævnets kendelse af 16. oktober 2007, Kuwait Petroleum A/S mod Sønderborg Kommune, således:

»Klagenævnet skal ... på det foreliggende, foreløbige grundlag vurdere, om

1. »klagen har noget på sig« eller umiddelbart synes håbløs for klageren (»Fumus boni juris«), og
2. om der foreligger uopsættelighed, det vil sige, om det er nødvendigt at tillægge klagen opsættende virkning for at afværge et uopretteligt tab for klageren.
3. Desuden skal Klagenævnet foretage en interesseafvejning.

Såfremt én af de 3 betingelser svigter, vil der ikke kunne træffes bestemmelse om opsættende virkning. Afgørelsen om opsættende virkning eller ej præjudicerer ikke den endelige afgørelse.«

Det er på det foreliggende, foreløbige grundlag Klagenævnets vurdering, at klageren har sandsynliggjort, at betingelse nr. 1 er opfyldt, idet indklagede har undladt at udbyde kontrakten om poker og casino ydelser efter Udbudsdirektivet. Det bemærkes herved, at indklagede endnu ikke har stiftet det datterselskab, der - ifølge

indklagede - vil blive kontraktpart, men ikke »ordregiver i udbuds-direktivernes forstand«.

Det er endvidere Klagenævnets vurdering, at betingelse nr. 2, hvorefter der skal foreligge uopsættelighed, ligeledes er opfyldt. Klagenævnet har navnlig lagt vægt på, at der endnu ikke er indgået kontrakt, og at kontrakten vedrørende poker og casino ydelser tænkes indgået på baggrund af ny lovgivning om en delvis liberalisering af spillemarkedet i Danmark. Det må under disse omstændigheder anses for meget tvivlsomt, om muligheden for at få erstatning udgør et tilstrækkeligt værn mod, at klageren lider tab.

En interesseafvejning medfører efter det anførte, at klagerens interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, vejer tungere end indklagedes interesse i at kunne fortsætte den proces, indklagede har iværksat med henblik på, at der indgås kontrakt. Betingelse nr. 3 er derfor også opfyldt.«

Klagen har været behandlet på et møde den 21. maj 2010.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbuds-direktivet ved, at indklagede har indledt forhandlinger med fire virksomheder og den 18. december 2009 besluttet, at der mellem virksomheden PartyGaming Plc, og et datterselskab, som indklagede har til hensigt at stifte, skal indgås kontrakt om udviklingen af en online spille-plattform for poker- og kasinospil for det danske marked, uanset indklagede havde pligt til at udbyde kontrakten efter Udbudsdirektivet.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om, at der skal indgås kontrakt mellem et datterselskab, som indklagede har til hensigt at stifte, og PartyGaming Plc.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

I Skatteministeriets pressemeddelelse af 21. april 2009 hedder det bl.a.:

»Regeringen vil modernisere og liberalisere spillelovgivningen

Regeringen har besluttet at gennemføre en reguleret, delvis liberalisering af det danske spillemarked. Målsætningen med en delvis liberalisering af spillemarkedet er at sikre en bedre beskyttelse af spillere, undgå økonomisk kriminalitet gennem spil samt sikre et fortsat provenu til udlodning til almennyttige formål.

En reguleret, delvis liberalisering betyder at:

- regeringen vil liberalisere muligheden for at udbyde spil inden for sportsspil, kasinospil og poker på internettet
- det bliver muligt for udenlandske spilleudbydere at tilbyde ovennævnte spil på lige fod med Danske Spil, således at der gives et friere valg mellem spilleselskaber
- alle spilleudbydere, som ønsker en licens til at udbyde spil på det danske marked, skal følge de gældende danske regler og underlægges dansk kontrol
- at spillemarkedet afskærmes mod spilleudbydere uden dansk licens
- der fortsat vil være fokus på beskyttelse af spillere – herunder i forhold til bekæmpelse af ludomani
- det forudsættes, at de nuværende overskudsmodtagere og staten sikres en langsigtet løsning på de indtægter som kommer fra spillemarkedet.

Regeringen har sat gang i det nødvendige lovgivningsarbejde med henblik på at fremsætte lovforslag i den kommende folketingssamling.«

Den 14. oktober 2009 udsendte indklagede til virksomhederne 1. – 4. betingelserne for virksomhedernes deltagelse i processen. Materialet består af

- »Invitation to tender«
- »Specifications of tender process«
- »Request for Information (RFI)«
- »Form for solemn declaration on debt to the Government«

I »Invitation to tender« står der bl.a.:

»Based on the presentations by a variety of poker and casino suppliers and on in depth research of the poker and casino market place, Danske Spil has on behalf of its future subsidiary responsible for the poker and casino products decided to invite the following four enterprises to participate in the poker and casino tender«

I »Specifications of tender process« står der bl.a.:

»1. About this tender

Background

In June 2009 the Danish Ministry of taxation put forward a proposal for a new legislation to regulate the Danish Gaming market. The purpose is to establish one common law governing the whole gaming sector and to ensure a liberal, regulated and controlled supply of bets and online games.

The proposed legislation divides the gaming market into three categories with different market structures:

- Lotteries which will be governed by a state monopoly
- Combination games – a combination of skill and chance – which will be liberalised by enabling operators to acquire a licence to supply games
- Bets which will be liberalised by enabling operators to acquire a license to supply games

...

The proposed legislation is expected to enable Danske Spil A/S (hereinafter referred to as "DS") through an affiliated company to supply bets and online poker and online casino to the Danish market under the same conditions as other operators. It is expected that the legislation will require DS to form a subsidiary or another affiliated company that will supply the games of the liberalised market.

The precise content of the Danish gaming regulation is still uncertain. The Danish state has just received a range of comments concerning the law draft and will assess amendments to the proposal. DS still expects that the legislation will be approved in the Danish Parliament before July 1, 2010 and will come into force January 1, 2011.

Despite the uncertainty about the precise content of the legislation DS has decided to carry out a process of preparing to launch online poker and casino through a dedicated affiliated company. The plan is to be ready with an online and casino offer to the market on the day that the new legislation comes into force.

The affiliated company has not yet been established due to the fact that the legislation is still under preparation by the Danish authorities. DS will, therefore, during the tender process, but only until the affiliated company has been established, take care of the initial part of the process on behalf of its future affiliated company with responsibility for the poker and casino products. However, as

soon as the affiliated company has been established the process will be continued solely by the affiliated company and on the sole responsibility of such company, and the affiliated company will be the future contract partner for the chosen supplier. This means, that wherever DS is mentioned in the documents, it shall mean the future affiliated company of DS.

Due to the uncertainty about the legislation and its content, the whole process, including the signing of a letter of intent and a contract, is subject to the following further provisos:

...

- That the new gaming legislation allows DS to make an affiliated company that can offer Poker and Casino online
- *That there is a risk that the new affiliated company is obliged to follow the rules of an EU tendering process, or that anyone contests the validity of the tender process*

Scope and objectives

The objective of the process that DS carries out on behalf of its future affiliated company with respect to online poker and casino is initially to decide upon the supplier of online poker and casino and sign a letter of intent by January 1, 2010 and sign a contract between the DS affiliated company and the supplier by Februar 1, 2010.

Subsequently DS will during the remains of 2010 integrate the supplier's solution in to danskespil.dk both from a technical and business point of view. The objective is to have a solution ready for the Danish market by January 1, 2011. The solution will contain an offer of online poker and casino for money based on the supplier's product and service offering adapted to DS's affiliated company to the extent possible.

The partnership will not include the Bets games category.

DS has decided to enter into partnership with only one supplier – i.e. we will partner up with the same supplier for both online poker and casino.

We expect that DS's affiliated company through the partnership will have access to all the games, products and services provided by the partner. DS's affiliated company will have the option, but shall not be obliged, to offer our customers to play against and with the online poker and casino players of the supplier's network.

Furthermore, DS's affiliated company will have access to all

backend services and functionalities of the supplier. As part of the contractual agreement we will decide upon which tasks and responsibilities that DS's affiliated company will carry out and which tasks and responsibilities that the supplier will carry out. Thus, DS's affiliated company naturally will establish the required organisation to support the product and service offering.

2. Contact information of the contract authority

Danske Spil A/S

...

3. Time schedule

October 13, Invitation to participate in tender and RFI sent to
2009 selected bidders

...

December 7, Proposals received by DS
2009

...

December 14 & Presentation and demonstration by 2 bidders
15, 2009

December 18, Preferred bidder selected by DS
2009

January 2, 2010 Letter of intent signed by Bidder and the
customer
Project start up

February 1, Contract signed by bidder and the customer
2010

...

3.5 Selection of preferred bidder and contract negotiation

3.5.1 Award Criteria

...

Quality of the Poker and Casino Solutions (30%)

...

Price and Price Structure (20%)

...

Time Schedule for Implementation Project (20 %)

...

Integration Competences and System Interfaces (20 %)

...

Quality of the Offered Services (10 %)

...

3.5.2. Binding effect and acceptance period

...

Bids shall be open for acceptance by the Customer until June 1, 2010.

...

3.5.4. Evaluation

Based on the selection criteria informed of in the request for proposal, DS will evaluate the received proposals and select one bidder to continue with contract negotiations by December 17, 2009. The contract negotiations are expected to be terminated no later than January 31, 2010.

...

3.5.6. Letter of intent and project start up

In order to commence the implementation of the solution as soon as possible and in due time to be able to go live by January 1, 2011, the future affiliated company of DS and the chosen bidder will sign a letter of intent by January 2, 2010.« (Klagenævnets fremhævelser).

I et referat fra et møde den 30. oktober 2009 mellem indklagede og Finansministeriet hedder det bl.a.:

»...

- Poker og Kasino – [direktør H. C. Madsen, indklagede] oplyste, at vi har behov for at indgå en aftale med en kommende Poker- og Kasinoleverandør. Endvidere oplyste H. C., at vi p.t. har dialog med forskellige leverandører, og at vi har bedt dem om at komme med en tilbagemelding, om de ønsker at give et tilbud på levering af Poker- og Kasinospil. H. C. oplyste, at Danske Spil på grund af udbudsreglerne ikke vil være kontraktpart, men at det derfor er nødvendigt, at anden juridisk enhed indgår aftalen.
- Endvidere oplyste H. C., at Danske Spil forudsætter, at nyt selskab ikke vil være underlagt udbudsreglerne. H. C. forespurgte, om det var muligt at danne et selskab under stiftelse hurtigst muligt. [Underdirektør Pernille Sonne, indklagede] oplyste, at situationen er akut for så vidt angår Poker og Kasino, men at der vil være en lang række andre aftaler, der vil være behov for at indgå, inden loven er vedtaget.

- Finansministeriet vil se nærmere på selskabsdannelse samt udbud for så vidt angår Poker og Kasino og vende tilbage hurtigst muligt.«

I indklagedes brev af 19. januar 2010 til Finansministeriet hedder det:

»På vegne af Danske Spils bestyrelsesformand Niels Oluf Kyed skal jeg hermed anmode om Finansministeriets godkendelse af, at Danske Spil hurtigst muligt etablerer et selskab, der på sigt – forventelig pr. 1. januar 2011 – skal udbyde de spil, der vil være omfattet af det liberaliserede spillemarked. Selskabet vil allerede nu skulle afholde de omkostninger, der vedrører aktiviteter, der relaterer sig til forberedelsen til det liberaliserede marked. Ud over disse driftsmæssige forhold er der ligeledes behov for, at der etableres et selskab, idet Danske Spil – for ikke at handle i strid med EU's udbudsregler – ikke uden at følge de formelle udbudsregler selv kan indgå de fornødne aftaler til at sikre, at selskabet kan udbyde kommercielle spil den 1. januar 2011.

På vores møde den 30. oktober 2009 orienterede jeg om, at det er nødvendigt at forhandle vilkårene for en aftale mellem selskabet og den kommende Poker- og Kasinoleverandør, hvis det nye selskab skal være klar pr. 1. januar 2011. Endvidere oplyste jeg, at vi havde indledt en dialog med forskellige leverandører, som ville blive anmodet om at give et tilbud på levering af Poker- og Kasinospil. Formelt og reelt er disse skridt foretaget på vegne af det nye selskab og med forbehold for dettes etablering. Med henblik på at undgå tvivl om overholdelsen af udbudsreglerne oplyste jeg derfor på vores møde, at vi havde behov for at få etableret et nyt selskab hurtigst muligt. Denne udbudsretlige udfordring henviste jeg endvidere til i min mail den 26. november 2009.

Denne udbudsretlige problemstilling er nu blevet aktualiseret af, at vi i fredags modtog en klage fra en af de tilbudsgivere, der har været med i processen, Playtech Ltd. Klagen er indgivet til Klagenævnet for Udbud ved brev af den 14. januar 2010, og Playtech Ltd. påstår klagen tillagt opsættende virkning. Playtech Ltd.'s påstand er primært, at Danske Spil har handlet i strid med Udbudsdirektivet. Jeg vedlægger klagen til din orientering.

Hvis det skal være muligt for det nye selskab i koncernen at udbyde Poker- og Kasinospil fra den 1. januar 2011, er det særdeles vigtigt, at vores implementering af Poker- og Kasinospil ikke hæmmes eller forsinkes af ovenstående klage, som er rettet mod Danske Spil. Vi vil derfor anmode Finansministeriet om at imødekomme vores

ønske om at etablere et nyt selskab, der som forudsat i udbudsprocessen kan indgå aftale med den valgte leverandør. Vi forudsætter i den forbindelse, at det nye selskab, der skal operere på det liberaliserede marked, ikke vil være underlagt EU's udbudsregler. Da det vil være et selskab, der vil skulle operere på et liberaliseret marked, er det vores vurdering, at selskabet ikke vil skulle være underlagt EU's udbudsregler. Selskabet er oprettet med henblik på at imødekomme behov af kommerciel karakter og kan derfor ikke anses som en ordregivende myndighed. Såfremt det nye selskab ville være underlagt EU's udbudsregler, ville dette stille selskabet væsentligt dårligere end de øvrige licenshavere på den liberaliserede del af spillemarkedet.«

I en e-mail af 18. marts 2010 fra Finansministeriet til indklagede står der:

»I forlængelse af tidligere korrespondance og drøftelser, herunder den af Danske Spil fremsatte anmodning, skal Finansministeriet hermed meddele, at Finansministeriet ikke har bemærkninger til Danske Spils ønske om at etablere et datterselskab med henblik på at forberede udbud af bl.a. internetkasino.

Finansministeriet har i den forbindelse navnlig lagt vægt på, at Danske Spil allerede i dag under den eksisterende spillelovgivning har ret til at udbyde de pågældende typer af spil.«

Den delvise liberalisering af spillemarkedet er foreslået gennemført med følgende lovforslag fremsat den 26. marts 2010:

- L 191 (2009-10) Forslag til lov om Danske Spil A/S.
- L 193 (2009-10) Forslag til lov om udlodning af overskud fra lotteri og heste- og hundevæddeløb.
- L 202 (2009-10) Forslag til lov om spil.
- L 203 (2009-10) Forslag til lov om afgifter af spil.

I de almindelige bemærkninger til L 191 (2009-10) Forslag til lov om Danske Spil A/S hedder det bl.a.:

»1. Indledning

...

Gældende regler

Staten har siden stiftelsen af Danske Spil A/S (tidligere Dansk Tipstjeneste) i 1948 ejet 80 pct. af aktiekapitalen, mens medstifterne Danmarks Idrætsforbund (DIF) og Danske

Gymnastik- & Idrætsforeninger (DGI) hver ejer 10 %.

Bestyrelsessammensætningen i Danske Spil er i dag reguleret i tips- og lottolovens § 3, stk. 2. Heri fastsættes det, at selskabet skal ledes af en bestyrelse med en formand og indtil 14 medlemmer, hvoraf indtil fem udpeges af selskabets medarbejdere. Retten til at udvælge/vælge de generalforsamlingsvalgte medlemmer tilfalder i dag fire ministre og seks organisationer, jf. tabel 1.

...

I dag har staten dermed ikke kompetence til at vælge et flertal af medlemmerne i bestyrelsen, på trods af at dette normalt anses for at udgøre en væsentlig ejerskabskompetence for en flertalsaktionær.

...

3. Lovforslagets indhold

Med lovforslaget foreslås det at ændre selskabsledelsesstrukturen i Danske Spil A/S til en mere moderniseret form, således at rammerne for ledelsen af Danske Spil A/S i højere grad kan medvirke til at håndtere den ændrede konkurrencesituation på spillemarkedet efter en delvis liberalisering.

Det foreslås, at bestyrelsen frem for at blive udpeget på baggrund af interesserepræsentation vælges af generalforsamlingen ud fra ejernes overvejelser om kompetencer og erfaringer, der er relevante for Danske Spil A/S. Endvidere skal bestyrelsen som kollektiv så vidt muligt dække selskabets behov for strategisk og overordnet ledelse. Idet Danmarks Idræts-Forbund og Danske Gymnastik- og Idrætsforeninger i dag ejer hver 10 pct. af aktierne i Danske Spil A/S foreslås det, at de har ret til at indstille hver én kandidat til valg af bestyrelsen på generalforsamlingen. Indstillingsretten gælder så længe Danmarks Idræts-Forbund og Danske Gymnastik- og Idrætsforeninger er aktionærer i Danske Spil A/S.

Den nuværende tips- og lottolov indebærer en række afvigelser fra lovgivningen om aktieselskaber, herunder reglerne for udpegning af bestyrelsen, godkendelse af vedtægter og bestyrelsesmedlemmernes vederlag. Med lovforslaget gælder lovgivningen om aktieselskaber for Danske Spil A/S uden de tidligere afvigelser herfra. Selskabet vil fortsat være underlagt reglerne om statslige aktieselskaber i såvel selskabslovgivningen som regnskabslovgivningen.

Vedtægterne for Danske Spil A/S og eventuelle ændringer heraf skal godkendes af generalforsamlingen, jf. de sædvanlige selskabsretlige bestemmelser.

...

4. Økonomiske konsekvenser for stat, regioner og kommuner

...

Endvidere følger det af nærværende lovforslag, at det overskud, der herudover fremkommer efter udredelsen af selskabsskat, statsafgiften, gevinsterne og udgifterne til administration, afskrivning, henlæggelser mv., dividende samt i licensvilkår nærmere fastsatte vilkår, tilfalder staten. Det skønnes med stor usikkerhed, at overskuddet herfra før skat isoleret set vil udgøre ca. 175 mio. kr. årligt, når især online kasinospillene er fuldt implementerede.«

Lovforslagets § 1 lyder således:

»§ 1. Danske Spil A/S' formål er at foranstalte lotterier, væddemål og øvrige spil samt anden virksomhed i forbindelse hermed.

Stk. 2. Ved Danske Spil A/S forstås i denne lov selskabet og af selskabet oprettede datterselskaber.

Stk. 3. Danske Spil A/S skal drives på et forretningsmæssigt grundlag.« (Klagenævnets fremhævelse).

I lovforslagets bemærkninger til § 1 hedder det bl.a.:

»I forslaget til § 1, stk. 1, er angivet formålsbeskrivelse for Danske Spil A/S. Danske Spil A/S udbyder i dag lotterier, væddemål på heste- og hundevæddemål og væddemål samt gennem datterselskabet Dansk Automatspil A/S spil på gevinstgivende spilleautomater. Med formålsbeskrivelsen foreslås det, at Danske Spil A/S, evt. gennem datterselskaber, kan foranstalte lotterier, væddemål og spil generelt, herunder online kasino. ...

I bestemmelsens stk. 2 er det anført, at ved Danske Spil A/S forstås selskabet og af selskabet oprettede datterselskaber. Der kan oprettes datterselskaber til overtagelse af opgaver, som det vurderes hensigtsmæssigt at udskille. Efter en delvis liberalisering vil der skulle ske en selskabsmæssig adskillelse mellem udbud af monopolomfattede spil, og spil der udbydes på et liberaliseret marked.

I bestemmelsens stk. 3 er det anført, at Danske Spil A/S skal drives på et forretningsmæssigt grundlag. Det medfører, at Danske Spil A/S skal drives på egne præmisser, ud fra hvad der tjener selskabet bedst i forhold til forretningsmæssig drift og værdiskabelse, jf. de almindelige bemærkninger«

Forklaringer:

H. C. Madsen, administrerende direktør hos indklagede, har til brug for behandlingen af sagen afgivet følgende erklæring af 11. maj 2010:

»...

Skatteministeren meldte allerede ud i foråret 2008, at ministeriet ville se på mulighederne for en delvis liberalisering af sportsspil og online kasino og poker. Danske Spil blev tidligt i foråret 2009 klar over, at der var seriøse overvejelser på vej vedrørende en ny lovgivning på spilleområdet, og at det gik i retning af en liberalisering af spillemarkedet.

Den 21. april 2009 udsendte Skatteministeriet en pressemeddelelse, der angav at spillemarkedet ville blive delvist liberaliseret, hvilket blandt andet ville muliggøre at alle med en licens ville kunne udbyde online kasino og poker. Det var samtidig klart, at den model myndighederne arbejdede efter også indebar, at Danske Spil ville fastholde sit spillemonopol på en del af spillene, herunder Lotto og skrabespil. Denne liberaliseringsmodel svarer i øvrigt til, hvad man har set i en række andre europæiske lande. Første forslag til Lov om spil blev i sommeren 2009 sendt til høring hos Kommissionen, som også i en kort periode (i midten af juli 2009) nåede at gøre forslaget offentligt tilgængeligt på sin hjemmeside.

Forslaget indeholdt - ligesom det forslag der nu er fremsat i Folketinget - et krav om en opsplittning af Danske Spil, således at de liberaliserede spilaktiviteter skulle varetages i en selvstændig juridisk enhed, som skulle være direkte ansvarlig for dens forhold, herunder over for Spillemyndigheden vedrørende licensforhold mv.

Det har under hele processen stået klart, at Danske Spil A/S ikke selv ville kunne søge om tilladelse til at udbyde online kasino og poker på det liberaliserede marked. Det er rigtigt, at Danske Spil principielt kan udbyde disse spil i dag, men da statsafgiften for Danske Spil ville være 16 % af indskuddene, og "tilbagebetalingsprocenten" til spillerne dermed ville udgøre mindre end 84 % af indskuddene, har Danske Spil - da spillene ikke ville være konkurrencedygtige - opgivet at udbyde disse spil. Andre udbydere opererer med tilbagebetalingsprocenter på mere end 95 % på denne type spil, og det ville Danske Spil ikke konkurrere med. Danske Spil har derfor ikke i dag en teknisk platform, hvorfra selskabet kan udbyde poker- og kasino. Det ville kræve en betydelig udviklingsindsats at etablere en sådan platform.

I eftersommeren 2009 var konturerne af den fremtidige organisering af spillemarkedet så klare, at der blev iværksat aktiviteter med henblik på at forberede den fremtidige koncernstruktur, som var baseret på, at poker- og kasinoaktiviteterne skulle varetages separat i et nyetableret datterselskab. Selve stiftelsen af datterselskabet skete ikke på dette tidspunkt, fordi Danske Spil afventede sin ejers formelle godkendelse heraf.

Den udbudsproces, som blev iværksat, fulgte ikke Udbudsdirektivet. For det første var det efter vores opfattelse ikke noget krav, fordi en eventuel kontrakt som resultat af udbudsprocessen ikke skulle indgås af Danske Spil, men af en juridisk enhed, som ikke var udbudspligtig. For det andet blev processen også valgt, fordi den var mere fleksibel, der var færre formkrav, og ikke mindst fordi der var mulighed for at operere med relativt korte frister. Konkurrencen forventes at blive meget hård på det liberaliserede marked, og det har derfor været - og er fortsat - vigtigt for datterselskabet, at det kan være klar til at udbyde bl.a. poker og kasino pr. 1. januar 2011. Da Danske Spil på forhånd kendte navnene på en række mulige leverandører, valgte man af tidsmæssige grunde en relativt målrettet proces, hvor man tog direkte kontakt til fire mulige leverandører og bad om Request for Proposals.

Det blev fra starten af gjort klart for de mulige tilbudsgivere, at den kontrakt, som kunne opnås som resultat af forløbet, ikke ville være med Danske Spil, men med datterselskabet, og at hele processen blev gennemført på vegne af datterselskabet. Det fremgik klart af udbudsmaterialet, at Danske Spil agerede på vegne af det kommende datterselskab, hvilket både juridisk og forretningsmæssigt giver mening, fordi Danske Spil ikke fremover vil kunne udbyde poker- og kasinospil. Danske Spil har ingen selvstændig brug for en kontrakt om poker- og kasino, og Danske Spil har ikke forsøgt at omgå udbudsreglerne, som man vurderede ikke fandt anvendelse, da en anskaffelse ikke var til Danske Spil, og ikke ville blive foretaget af Danske Spil.

Det var udtrykkeligt angivet i udbudsmaterialet, at det var Danske Spils datterselskab, der ville blive kontraktpart, at kontrakten var betinget af, at markedet for online kasino og poker blev liberaliseret, samt at Danske Spil fik tilladelse til at etablere et datterselskab. Indarbejdelsen af disse forhold i udbudsmaterialet skulle netop gøre det klart for tilbudsgiverne, at Danske Spil ikke var ude i eget ærinde, men agerede på vegne af det kommende datterselskab, og at aftalen med datterselskabet kun vil blive indgået under forudsætning af, at lovforslagene blev vedtaget.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede som ordregivende myndighed havde pligt til at fortage EU-udbud af kontrakten om udviklingen af en on-line spille-platform for poker- og kasinospil for det danske marked. Selvom det ikke kunne fastslås, om det datterselskab, som indklagede havde til hensigt at stifte, ville være omfattet af Udbudsdirektivet, indledte indklagede forhandlinger med fire virksomheder og traf beslutning om at tildele Party-Gaming Plc kontrakten. Indklagede kunne ikke handle på vegne af et endnu ikke stiftet datterselskab. Det er fortsat usikkert, om datterselskabet, når det er stiftet, vil være omfattet af Udbudsdirektivet eller ej. Under disse omstændigheder var indklagede forpligtet til at udbyde kontrakten efter direktivet.

Indklagede, der ikke har bestridt som ordregivende myndighed at være omfattet af Udbudsdirektivet, har gjort gældende, at indklagede ikke på egne vegne, men på vegne af et endnu ikke stiftet datterselskab har indledt forhandlinger med de pågældende virksomheder og udpeget den virksomhed, som datterselskabet, når det er stiftet, vil indgå kontrakt med. Da det endvidere må lægges til grund, at datterselskabet ikke vil være omfattet af Udbudsdirektivet, har indklagede ikke handlet i strid med direktivet. Indklagede kan ikke anses for at have foretaget en anskaffelse med henblik på efterfølgende at overdrage denne til datterselskabet. Indklagede har således ikke indgået kontrakt, men har udtrykkeligt tilkendegivet, at kontrakten vil blive indgået af det endnu ikke stiftede datterselskab.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet efter karakteren af overtrædelsen i påstand 1 skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har gjort gældende, at påstanden ikke skal tages til følge, da indklagede ikke har handlet i strid med Udbudsdirektivet som anført i påstand 1.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Det lægges til grund, at indklagede iværksatte den omhandlede procedure med henblik på, at der skulle indgås kontrakt mellem den tilbudsgiver, som indklagede havde tildelt kontrakten, og et datterselskab, som indklagede forventede at stifte. Indklagede forudsatte og vurderede, at datterselskabet ikke ville være en ordregivende myndighed omfattet af Udbudsdirektivet, og at indklagede derfor ikke var forpligtet til at udbyde kontrakten efter direktivet.

Da indklagede i oktober 2009 iværksatte proceduren, var lovforslagene vedrørende liberalisering af spillemarkedet, herunder L 191 om Danske Spil A/S, hverken vedtaget eller fremsat. Det nævnte datterselskab var hverken stiftet eller under stiftelse. Først den 18. marts 2010 meddelte Finansministeriet, at ministeriet ikke havde bemærkninger til selskabsstiftelsen, og at Danske Spil A/S selv lovligt kunne udbyde de typer af spil, som selskabet ønskede at udbyde gennem et datterselskab.

Som anført i Klagenævnets kendelse af 27. juli 2009 i sagen Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S (ad påstand 1) følger det af Udbudsdirektivet, at en ikke ubetydelig grad af usikkerhed med hensyn til, om en kontrakt skal udbydes efter direktivet, som udgangspunkt skal medføre, at der foretages EU-udbud. Da indklagede iværksatte proceduren, var der ikke tilstrækkelige holdepunkter for at antage, at datterselskabet, når det var blevet stiftet, *ikke* ville være omfattet af Udbudsdirektivet, jf. herved også EF-domstolens dom af 15. januar 1998 i sag C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mod Strohal Rotationsdruck GesmbH. Derimod må det lægges til grund, at der – således som indklagede også tilkendegav over for tilbudsgiverne – var betydelig tvivl med hensyn til dette spørgsmål. I konsekvens heraf skulle indklagede have udbudt kontrakten efter Udbudsdirektivet.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 2

Den procedure, som indklagede iværksatte den 14. oktober 2009, kan efter karakteren af overtrædelsen i påstand 1 ikke danne grundlag for en tildelingsbeslutning.

Klagenævnet tager påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved, at indklagede har indledt forhandlinger med fire virksomheder og den 18. december 2009 besluttet, at der mellem virksomheden PartyGaming Plc, og et datterselskab, som indklagede har til hensigt at stifte, skal indgås kontrakt om udviklingen af en online spille-plattform for poker- og kasinospil for det danske marked, uanset indklagede havde pligt til at udbyde kontrakten efter Udbudsdirektivet.

Indklagedes beslutning om, at der skal indgås kontrakt mellem et datterselskab, som indklagede har til hensigt at stifte, og PartyGaming Plc, annulleres.

Indklagede, Danske Spil A/S, skal i sagsomkostninger til klageren, PlayTech Limited, betale 60.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig