

K E N D E L S E

SDI Media A/S
(advokat Jesper Fabricius, Hellerup)

mod

Danmarks Radio
(selv)

Danmarks Radios (DR, indklagede) tidligere rammeaftaler om tekstning og oversættelse af DR's TV-programmer udløb den 30. juni 2012, og DR iværksatte i begyndelsen af maj en »*frivillig konkurrenceudsættelse*« i form af en forhandlingsprocedure. Forhandlingsproceduren blev hverken afholdt i henhold til reglerne i udbudsdirektivet eller tilbudsloven. Konkurrenceudsættelsen angik en rammeaftale om tekstning af DR's programmer de kommende fire år med mulighed for to års forlængelse. Ordren blev opdelt i to delaftaler vedrørende henholdsvis fremmedsprogstekstning og TTV-tekstning. DR har skønnet, at den årlige volumen kan udgøre op imod 16 mio. kr. i alt for begge delaftaler.

Indklagede valgte at invitere de nedenfor anførte tekstervirksomheder til at deltage i konkurrenceudsættelsen:

- Dansk Video Tekst (DVT)
- Nordisk Undertext
- PrimaVista/Subline
- SDI Media Denmark (klageren)
- Svensk Medietext (Medietekst Danmark)

Indklagede offentliggjorde efter det oplyste den 3. maj 2012 forhandlingsmaterialet for de inviterede via indklagedes elektroniske udbudssystem.

Ved tilbudsfristens udløb den 21. maj 2012 havde samtlige inviterede afgivet tilbud.

Indklagede underrettede den 20. juni 2012 tilbudsgiverne om resultatet via www.eu-supply.com. DR oplyste, at man agtede at tildele delaftalerne til virksomhederne Dansk Video Tekst (TTV-tekstning) og Subline (Fremmedsprogstekstning).

Den 3. juli 2012 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud. Klageren anmodede samtidig om, at klagenævnet skulle tillægge klagen opsættende virkning. Ved kendelse af 22. august 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, fordi betingelsen om »uopsættelighed« ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt tilbudslovens § 15 c ved at have truffet beslutning om tildeling af delaftale 1 (fremmedsprogstekstning) og delaftale 2 (TTV-tekstning) til Dansk Video Tekst og Subline uden forudgående offentliggørelse enten af en annonce på www.udbud.dk eller af en udbudsbekendtgørelse i supplement til Den Europæiske Unions Tidende.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1):

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EUF-traktatens grundlæggende principper, herunder principperne om fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, ved at have truffet beslutning om tildeling af delaftale 1 (Fremmedsprogstekstning) og delaftale 2 (TTV-tekstning) til Dansk Video Tekst og Subline uden forudgående offentliggørelse af indkøbet.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed og tilbudslovens § 15 d, subsidiært med EUF-traktatens grundlæggende principper, ved at have afvist klagerens tilbud som unormalt lavt uden forinden at have gennemført den fornødne kontradiktoriske procedure.

Påstand 3 a (subsidiær til påstand 3):

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-retlige principper om ligebehandling og Tilbudslovens § 15 d, subsidiært med EUF-traktatens grundlæggende principper, ved at have afvist klagerens tilbud med henvisning til, at klagerens priser var »urealistisk lave« uden forinden at have gennemført den fornødne kontradiktoriske procedure.

Påstand 4:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed og tilbudslovens § 15 d, subsidiært med EUF-traktatens grundlæggende principper, ved ikke at have gennemført forhandlingerne, der ledte til beslutningen om tildeling af delaftale 1 (Fremmedsprogstekstning) og delaftale 2 (TTV-tekstning) til henholdsvis Dansk Video Tekst og Subline, på en saglig og gennemsigtig måde.

Påstand 5:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed og tilbudslovens § 15 d, subsidiært med EUF-traktatens grundlæggende principper, ved uden fornøden grund at have afvist klagerens tilbud som unormalt lavt.

Påstand 5a (subsidiær til påstand 5):

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed og tilbudslovens § 15 d, subsidiært med EUF-traktatens grundlæggende principper, ved uden fornøden grund at have afvist klagerens priser var »urealistisk lave«.

Påstand 6:

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutninger af 20. juni 2012 om at indgå delaftale 1 med Dansk Video Tekst og delaftale 2 med Subline.

Klageren har endvidere taget forbehold for senere at rejse krav om erstatning.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens oplysninger:

Forud for konkurrenceudsættelsen undersøgte indklagede, hvilke tekstervirksomheder der havde indgået en kollektiv aftale med Forum for Billedmedieoversættere (herefter FBO), der er en underafdeling under Dansk Journalistforbund. Indklagede indbød samtlige af disse virksomheder på nær DR og TV2 til at deltage i konkurrenceudsættelsen.

I indklagedes dokument »*Forhandlingsoplæg – konkurrenceudsættelse af Tekstningsydelser til DR*«, der var en del af konkurrencebetingelserne, hedder det blandt andet om den udbudte ydelse:

»Dette forhandlingsoplæg vedrører konkurrenceudsættelse af *Tekstningsydelser til DR*. DRs nuværende aftale udløber 30. juni 2012, hvorfor DR har iværksat denne konkurrenceudsættelse med henblik på indgåelse af nye aftalegrundlag. DR ønsker således at indgå nye aftaler med start 1. juli 2012.

...

Tekstning for DR omfatter indkøbte tekstning af programmer (spillefilm, serier, dokumentar-, musik-, og børneprogrammer), samt TTV-tekstning af dansksprogede programmer.

DR har valgt at dele rammeaftalen op i to delaftaler, således at tilbudsgiver kan afgive tilbud på hhv. fremmedsprogstekstning og TTV-tekstning.«

I forhandlingsoplæggets punkt 4.1 om »*Processen*« står der blandt andet:

»Konkurrenceudsættelsen kommer til at forløbe som følger:

...

Efter tilbudsfristens udløb vurderer og evaluerer Ordregiver de indkomne tilbud. Herefter gennemføres en forhandlingsrunde, hvor relevante Tilbudsgivere inviteres til forhandling. Forhandlingsrunderne sker med udgangspunkt i det skriftligt afgivne tilbud. Efter forhandlingerne fremsender Tilbudsgivere et revideret tilbud, der afspejler resultaterne af forhandlingerne.

Ordregiver forventer at gennemføre forhandlingrunder i uge 22-23, jf. tidsplanen ovenfor i punkt 5.

Efter endt forhandlingsrunde gennemfører Ordregiver kontrakttildeling på baggrund af Ordregivers endelige evaluering af de afgivne tilbud, i forhold til det valgte tildelingskriterium og underkriterier, hvor-

efter Tilbudsgiverne orienteres om det endelige resultat. Fra Ordregivers orientering om udbudsforretningens resultat går der minimum 10 kalenderdage, før Rammeaftalen kan underskrives (frivillig stand still periode).«

Endvidere står der i forhandlingsoplægget punkt 7.1 om »*Tilbudsevaluering*«:

»7.1.1 Indledende evaluering (før forhandlinger)

Ordregiver foretager en indledende evaluering af de indkomne tilbud, med henblik på at afgøre hvilke Tilbudsgivere, det er relevant at indkalde til forhandlinger. Manglende opfyldelse af et mindstekrav betyder ikke nødvendigvis, at man udelukkes fra forhandlinger, men det vil blive tillagt afgørende vægt i vurderingen af om det er relevant at indkalde den pågældende Tilbudsgiver til forhandling.

7.1.2 Evaluering (efter forhandlinger)

Efter forhandlingerne fremsender tilbageværende Tilbudsgivere deres reviderede tilbud, indeholdende forhandlingsresultaterne. Konditionsmæssige, forskriftsmæssige og antagelige tilbud vil blive gjort til genstand for Ordregivers evaluering.«

Tildelingskriteriet var i henhold til forhandlingsoplæggets pkt. 7.2 fastsat til »*det økonomisk mest fordelagtige tilbud*«. Om underkriterierne var der blandt andet fastsat følgende:

For delaftale 1 (Fremmedsprogttekstning):

Pris (60 %)

Kvalitet (30 %)

Leveringssikkerhed (10 %)

For delaftale 2 (TTV tekstning):

Pris (60 %)

Leveringssikkerhed (30 %)

Kvalitet (10 %)

Af tilbuddet fra klageren fremgik blandt andet vedrørende fremmedsprogs-tekstning:

4.2 Leverandøren skal kunne levere en fejlfri og entydig oversættelse fra originalsprog til flydende og korrekt dansk.
--

SDI Media stiller høje krav til sine medarbejdere, der før ansættelsen nøje testes i deres sproglige kompetencer og efter ansættelsen gennemgår en
--

grundig oplæring. Alle tekster undergår som en del af finaltjek-processen en kontinuerlig kvalitetskontrol og modtager feedback på deres opgaver for at sikre et konstant højt niveau.

Vores tekster har en professionel tilgang til det danske sprog og evner at oversætte til letlæseligt og flydende dansk. SDI Medias medarbejdere har alle indgående kendskab til og erfaring fra tekstningsbranchen. Alle har sproglige uddannelser fra universitetet eller tilsvarende højere læreranstalter.

Et lignende afsnit var anført i klagerens tilbud vedrørende TTV-tekstning.

I klagerens tilbud vedrørende begge delaftaler var det endvidere under beskrivelsen af klagerens kvalitetssikring anført:

»... Vi bruger erfarne oversættere og vores editorer udfører efterfølgende kvalitetskontrol for at sikre, at vore tekster holder den høje standard...«

Efter tilbudsfristens udløb foretog indklagede som nævnt i konkurrencebetingelsernes pkt. 4.1, jf. pkt. 7.1.1 i perioden 7. – 12. juni 2012 forhandlinger med de tre tilbudsgivere, som indklagede efter en indledende evaluering af de modtagne tilbud fandt økonomisk mest fordelagtige.

Forhandlingerne med klageren fandt sted den 12. juni 2012. Af DR's invitation til mødet fremgik blandt andet, at klageren måtte forvente, at DR ville spørge ind til »De afgivne priser« og »Tidsnorm pr. tekstning for hhv. fremmedsprog og TTV-tekstning«. Tilsvarende punkter var tillige anført i invitationerne til de to øvrige tilbudsgivere.

Af DR's interne referat fra mødet med klageren fremgår blandt andet:

»Forretningsmodel: Generelt faldende priser i markedet. Centraliserede processer. Vil udvide med flere ressourcer, som også bruges i andre sammenhænge.

...

Øget kvalitetssikring på TTV-tekstning i forhold til tidligere, hvor der kun er foretaget egenkorrektur, fremadrettet foretages der både korrekturlæsning (af anden tekster, kun tekstside) og finaltjek af editor (tekstuddannet).

...

Modellen er baseret på ren fastansættelser, lavere minutpris end freelancere. Outputforventninger 25-30 min. dagligt. Primært nyere folk til tekstningen og de mere erfarne som korrekturlæsere og editorer.

Forskellen i kvaliteten ligger i korrektur og finaltjek.«

Indklagede har om forhandlingerne endvidere oplyst:

»...

Ved den indledende gennemgang af klagers tilbud konstaterede indklagede, at klager tilbød priser, der lå langt under priserne i resten af markedet. I forhold til de øvrige tilbud lå priserne mere end 30 % under det næstbilligste tilbud og ca. 45 % under de gennemsnitlige priser for alle tilbud. Forskellen var så stor, at det gav anledning til bekymring hos indklagede om, hvorvidt klager rent faktisk ville være i stand til at opfylde kravene i indklagedes udbudsmateriale og løfterne i klagers løsningsbeskrivelse.

Under forhandlingerne tilkendegav indklagede denne bekymring over for klager ... Klager blev således bedt om at redegøre for, hvordan klager kunne tilbyde priser, der lå væsentlig under resten af markedet, og samtidig levere den forudsatte kvalitet m.v.

Klager forklarede sig indledningsvis med, at man generelt havde faldende priser i markedet, samt at klager havde centraliseret flere administrative funktioner i billigere lande ... Mod slutningen af forhandlingerne - og efter gentagne spørgsmål fra indklagede - løftede klager imidlertid sløret for de nærmere detaljer i den bagvedliggende forretningsmodel. Her kom det frem, at klagers tilbud bygger på en forretningsmodel, som er baseret på fastansættelser, der er billigere end freelance tekstere, som anvendes i den nuværende aftale mellem indklagede og klager og i markedet i almindelighed. Derudover oplyste klager, at man primært ville anvende nyere uerfarne tekstere til selve tekstningen og så bruge erfarne tekstere som korrekturlæsere og editorer...

...«

»...Klager forklarede ..., at de personer, hvis CV'er var vedlagt som bilag til klagers tilbud, var tiltænkt en rolle som korrekturlæsere og editorer, og ikke som egentlige tekstere ...

... det [blev] på mødet ikke direkte ... tilkendegivet, at man ikke troede på forretningsmodellen, da indklagede på daværende tidspunkt ikke havde haft mulighed for at forholde sig til og evaluere de nye oplysninger, som kom frem under forhandlingerne ...«

Klageren har herom blandt andet anført:

»... Indklagede bemærkede under forhandlingerne, at klagerens priser var meget lave og spurgte nærmere til kalkulationen af priserne. Klageren - der opfattede tilkendegivelsen om en lav pris som positiv henvendt til, at prisen vægtede 60 % i evalueringen - redegjorde herefter for nogle af de centrale årsager til, at klageren kunne afgive så billigt et tilbud, herunder at klageren arbejdede ud fra en ny forretningsmodel, som ikke er almindeligt anvendt endnu på det danske marked, men som er almindeligt anvendt i flere andre lande. Det var klagerens opfattelse, at indklagede på mødet tog redegørelsen til efterretning ... Hvis indklagede på nogen måde havde tilkendegivet, at indklagede fandt redegørelsen for priserne og forretningsmodellen utilfredsstillende, eller at indklagede fandt klagerens priser unormalt lave, ville klageren have haft mulighed for at redegøre mere detaljeret for klagerens kalkulationer og for forretningsmodellen og klagerens internationale erfaringer med modellen.

Det er korrekt, at klageren tilbud bygger på en ny forretningsmodel. Denne nye forretningsmodel går ud på, at det er billigere at fastansætte sprogmedarbejdere end at benytte freelance sprogmedarbejdere, og at oversættelses- og tekstningsarbejde kan systematiseres med strømlinede arbejdsgange og procedurer, som sikrer en særdeles høj effektivitet i arbejdets udførelse samtidig med et minimum af administrativ belastning - uden at der gås på kompromis med kvaliteten. Klageren ... har med stor succes anvendt denne model i andre lande.«

Af indklagedes afslagsbrev til klageren af 20. juni 2012 fremgår følgende om vurderingen af klagerens tilbud:

»...

På baggrund af den indledende evaluering af de indkomne tilbud, var I blandt de tilbudsgivere, som blev indkaldt til forhandlinger. Dette var til trods for, at DR var meget bekymrede for jeres priser, der lå væsentlig under markedsprisen og det DR tidligere har betalt.

DR er efter forhandlingerne fortsat ikke overbevist om, at SDI Media kan sikre DR det høje kvalitative niveau og den fornødne leverance-sikkerhed med den fremlagte forretningsmodel og til de angivne priser. Efter DR's vurdering, er de tilbudte priser urealistisk lave, og DR har derfor valgt ikke at tage jeres tilbud i betragtning, både i forhold til delaftale 1 og 2.

...«

Om stand still-perioden anførte DR i brevet endvidere følgende:

»...

Kontrakterne vil blive indgået umiddelbart efter udløbet af stand-still perioden, der iht. ”Lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.” løber 10 kalenderdage fra dagen efter afsendelsen af denne meddelelse. Kontrakten vil således tidligst blive indgået d. 30. juni 2012

...«.

Ligeledes den 20. juni 2012 fremsendte indklagede en bekendtgørelse (2012/S 119-196692) med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed, hvor indklagede oplyste, at man havde til hensigt at indgå rammeaftaler med Dansk Video Tekst og Subline efter udløbet af den frivillige stand still periode. Bekendtgørelsen blev optrykt i TED den 23. juni 2012. Det hedder heri blandt andet:

»Type Procedure

Tildeling af kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse...

...

Kontrakten er ikke omfattet af direktivet

Tekstnysydeler er omfattet af Udbudsdirektivets art. 16 (b) om radio- og tv-selskabers indkøb, udvikling, produktion eller samproduktion af programmateriale, der er beregnet til udsendelse og er derfor undtaget for procedurerne i Udbudsdirektivet.

...

Yderligere oplysninger:

...

DR inviterede en række leverandører til at afgive tilbud og har evalueret de indkomne tilbud på baggrund af på forhånd fastsatte kriterier...«

I et brev til klagerens advokat af 26. juni 2012 har DR endvidere blandt andet oplyst følgende om grundlaget for afslaget til klageren:

»DR har - til internt brug - fortaget nogle overordnede skønsmæssige beregninger på SDI Medias tilbud og det af SDI Media ønskede scenarie, som er gengivet nedenfor. Det understreges, at beregningerne udelukkende er lavet med henblik på internt brug i evalueringen og således ikke har været forelagt SDI Media.

...

DR er under forhandlingerne ikke blevet overbevist om, at økonomien i den fremlagte forretningsmodel er realistisk og at modellen, som er helt ny for SDI Media A/S, kan sikre DR det ønskede kvalitetsniveau og den fornødne leveringssikkerhed. DR har på den baggrund valgt ikke at tage tilbuddet fra SDI Media i betragtning«.

Særligt om Danmarks Radios praksis vedrørende offentliggørelse af oplysninger om udbud mv. (påstand 2)

Danmarks Radio har vedrørende DR's praksis om offentliggørelse af udbud m.v. samt om offentliggørelsen af oplysninger om den konkrete konkurrenceudsættelse blandt andet oplyst følgende:

»Indklagedes generelle praksis vedr. offentliggørelse af udbud mv.

...

Indklagede arbejder målrettet med at skabe åbenhed, gennemsigtighed og offentlighed omkring indkøb og kontraktindgåelser i DR og har siden 2007 haft en særlig side for virksomheder på www.dr.dk, hvor nuværende og potentielle leverandører kan finde relevante oplysninger og rette henvendelse direkte til indklagedes indkøbsafdeling (DR Koncernindkøb). Siden er meget velbesøgt at indklagede modtager ofte henvendelser fra potentielle leverandører, på baggrund af de tilgængelige oplysninger, både telefonisk og via kontaktformularen på hjemmesiden. Hjemmesiden er løbende under videreudvikling.

På "DR for virksomheder" kan nuværende og potentielle leverandører finde oplysninger om gældende kontrakter og deres udløb i Kontraktoversigten. Derudover findes en oversigt over kommende udbud i Udbudsplanen og bekendtgørelser vedrørende igangværende udbud findes under Aktuelle EU-udbud/annonceringer.

Kontraktoversigt

I kontraktoversigten findes en oversigt over alle indklagedes kontrakter vedr. indkøb af varer og tjenesteydelser med angivelse af kontraktudløb, dog undtaget kontrakter vedr. indkøb af programindhold og produktioner ...

Kontraktoversigten genereres automatisk fra indklagedes "Contract Management System" og afspejler således til enhver tid de gældende kontrakter, både inden og uden for Udbudsdirektivets og Tilbudslovens anvendelsesområde. Kontraktoversigten på www.dr.dk synkroniseres hver nat med indklagedes "Contract Management System", som også løbende opdateres med nye stamdata vedr. DRs kontrakter, og der er således ingen manuelle arbejdsgange forbundet hermed.

Det er muligt at søge i oversigten ud fra produktområder.

Udbudsplanen.

På "DR for virksomheder" har indklagede endvidere offentliggjort en udbudsplan, med en oversigt over alle kendte og besluttede kommen-

de udbud. Oversigten indeholder dog det lille forbehold, at der kan forekomme ændringer i tidsplaner mv., og dette er også angivet på selve udbudsplanen, således at interesserede virksomheder kan gøre sig bekendt hermed.

Udbudsplanen opdateres månedligt, jf. den interne forretningsgang herfor Dette sker ved, at teamlederne modtager en påmindelse om opdatering fra en ind-købscontroller og herefter, via et link, klikker ind i udbudsplanen, der ligger som et excel-ark på drevet, og opdaterer oversigten for sit team. Herefter opdateres oversigten på hjemmesiden ”DR for virksomheder”.

Forretningsgangen og udbudsplanen omfatter alle former for konkurrenceudsættelser, som kræver offentliggørelse, herunder EU-udbud, annonceringer og øvrige konkurrenceudsættelser.

Aktuelle udbud.

Under aktuelle udbud findes links til bekendtgørelser for alle igangværende EU-udbud og annonceringer, hvor der iht. gældende ret skal ske offentliggørelse enten på i supplement til Den Europæiske Unions Tidende eller på www.udbud.dk.

Alle udbud, uanset type, gennemføres via indklagedes elektroniske udbudssystem eu-supply. Efter udbuddet er offentliggjort i det elektroniske udbudssystem, lægges et link til udbuds-/annonceringsbekendtgørelsen på ”DR for virksomheder”. Udbuddet fjernes fra oversigten, på den forventede dato for tildeling.

Indklagede arbejder således struktureret og rutinemæssigt med at sikre åbenhed og offentlighed omkring alle indkøb og kontraktindgåelser.

Offentliggørelse af den konkrete konkurrenceudsættelse af tekstningsydelser

...

Som anført ... har udløbet af de tidligere aftaler vedr. tekstningsydelser fremgået af kontraktoversigten på indklagedes hjemmeside ”DR for virksomheder”. Og som ... redegjort for ovenfor, genereres kontraktoversigten automatisk fra indklagedes ”Contract Management System”.

De tidligere aftaler om tekstningsydelser og deres udløb har derfor fremgået af kontraktoversigten siden denne blev lanceret i 2007 - ligesom de nye aftaler vedrørende tekstningsydelser allerede nu fremgår af oversigten ...

Der har været og er således fuld transparens omkring udløbet af alle indklagedes kontrakter, herunder rammeaftalerne vedrørende tekstning, og potentielle leverandører kan til enhver tid gøre sig bekendt med relevante aftaleudløb. ...

Derudover har konkurrenceudsættelsen af tekstningsydelser ... fremgået af indklagedes udbudsplan på ”DR for virksomheder”. Men som anført ... kan indklagede ... ikke dokumentere tidligere indhold af udbudsplanen. Det skyldes, at indklagede løbende har overskrevet ældre versioner af udbudsplanen i CMS-systemet. Ifølge indklagedes IT-afdeling vil en dokumentation af, hvad der har ligget på www.dr.dk/OmDR/For_virksomheder på et givet tidspunkt kræve en restore af hele www.dr.dk, hvilket er praktisk umuligt. Set i bagklogskabens klare lys ærgrer det naturligvis indklagede, at man ikke har været opmærksom på denne problemstilling i forretningsgangen og de rutiner, der arbejdes efter. Indklagede har nu ændret sin praksis med henblik på at undgå lignende situationer i fremtiden.

For at underbygge indklagedes påstand omkring offentliggørelse på udbudsplanen, har indklagede bilagt den seneste version af udbudsplanen ..., forretningsgangen for opdatering af udbudsplanen ... og påmindelser vedr. opdatering af udbudsplanen fra de seneste 9 måneder ..., iht. forretningsgangens pkt. 1, som dokumentation for, at forretningsgangen følges.«

Af en række vedlagte bilag fremgik blandt andet, at DR's udbudsplan for hvert af de planlagte udbud mv. blandt andet indeholdt en kort beskrivelse af den pågældende ydelse, en angivelse af udbudsformen, det kvartalsvise tidspunkt for forventet offentliggørelse, den forventede løbetid samt oplysning om navn på en kontaktperson.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

SDI Media A/S har navnlig gjort gældende, at de udbudte ydelser er omfattet af udbudsdirektivets Bilag II B, og at DR skulle have annonceret sit indkøb af disse ydelser enten ved en annonce på www.udbud.dk eller ved en udbudsbekendtgørelse i supplement til Den Europæiske Unions Tidende, jf. tilbudslovens § 15 c med tilhørende bekendtgørelse nr. 280 af 23. marts 2012 om ordregivers annoncering af offentlige vare- og tjenesteydelseskontrakter på den centrale udbudsplatform. De udbudte ydelser kan ikke anses for omfattet af undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 16, litra

b, da det følger af EU-domstolens praksis, at undtagelser til udbudsdirektivet skal fortolkes indskrænkende, og da det har formodningen imod sig, at tekstningsydelser, som der dokumenterbart eksisterer et internationalt marked for, skulle være omfattet af denne undtagelse. Bestemmelsen er åbenlyst alene begrundet i den kulturelle og samfundsmæssige interesse i, at radio- og tv-selskaber har frihed til at skaffe programmateriale fra en hvilken som helst kilde og på den måde, som de måtte ønske jf. præambelbetragtning nr. 25. Undtagelsen i udbudsdirektivets artikel 16, litra b, gælder jf. præambelbetragtning nr. 25, også for forberedende tjenester, f.eks. vedrørende *»manuskripter eller kunstneroptræden, der er nødvendig for programmets tilblivelse«*. Det bestrides, at de udbudte tekstningsydelser udgør en sådan nødvendig forberedende tjenesteydelse, som derfor er omfattet af artikel 16, litra b. Udbudsdirektivets artikel 16, litra b, skal f.eks. sikre, at DR kan lave programmer af national, kulturel karakter, hvilket ikke harmonerer med, at udarbejdelsen af manuskripterne eller kontrakterne med deltagerne skulle i udbud. Det må omvendt være klart, at bestemmelsen derimod ikke indebærer, at DR kan undlade at udbyde oversættelserne (tekstningen) af f.eks. udenlandske film og serier, som DR måtte vælge at indkøbe.

Danmarks Radio har navnlig bestridt, at indkøbet er omfattet af tilbudsloven og derfor skulle være offentliggjort enten på www.udbud.dk eller ved en udbudsbekendtgørelse, jf. tilbudslovens § 15 c med tilhørende bekendtgørelse om ordregivers annoncering af offentlige vare- og tjenesteydelseskontrakter på den centrale udbudsplatform. DR har herved nærmere henvist til, at tekstningsydelser er omfattet af den såkaldte *»broadcast-undtagelse«* i udbudsdirektivets artikel 16, litra b, og dermed ikke er annonceringspligtige, jf. tilbudslovens § 15 a, stk. 3. Undtagelsen i artikel 16, litra b, omfatter efter betragtning 25 i præambelen til udbudsdirektivet *»offentlige kontrakter om visse audiovisuelle tjenesteydelser«*, hvilket underteksterne netop er. Efter den nævnte betragtning er baggrunden for undtagelsen, at disse ydelser har en kulturel og samfundsmæssig betydning, der gør det uhensigtsmæssigt at lade udbudsreglerne finde anvendelse. Sproget, som underteksterne er en skriftlig formidling af, har i henhold til DR's servicekontrakt en særlig tungtvejende betydning i indklagedes programvirksomhed, og indklagede har en særlig kulturel og samfundsmæssig opgave i denne henseende, som begrundet, at tekstning også har kulturel og samfundsmæssig betydning. Underteksterne formidler programmernes budskab for dem, som ikke umiddelbart kan få adgang til indholdet udelukkende via lydsiden. Indkøb

af tekstningsydelser for indklagede som public service-virksomhed understøtter således direkte indklagedes rolle som formidler og bærer af anerkendte kulturelle og samfundsmæssige værdier som fællesskab, mangfoldighed, almen oplysning osv. Undtagelsen omfatter endvidere ikke kun selve programmateriale, men også andre forberedende tjenester, f.eks. vedrørende manuskripter eller kunstneroptræden, der er nødvendige for programmets tilblivelse i henhold til den nævnte betragtning 25, 2. pkt. Indklagede er efter sin public service-kontrakt forpligtet til at tekste alt udenlandsk programmateriale og er endvidere forpligtet til at gøre sine public service-tilbud tilgængelige for handicappede i form af tekstning (TTV-tekstning), synstolkning og tegnsprogstolkning. Tekstningsydelser må betragtes som forberedende audiovisuelle tjenester, der er nødvendige for, at indklagede kan sikre programmernes tilblivelse og færdiggørelse ud fra de politiske og juridiske forpligtelser, som indklagede er underlagt. Subsidiært må tekstningsydelserne betragtes som selvstændigt programmateriale, idet tekstning har en redaktionel funktion som formidler af programmets indhold og budskab, og idet tekstning fremkommer direkte på sendefladen. Det forhold, at der findes et internationalt marked for tekstningsydelser, er uden betydning for, om ydelserne er omfattet af undtagelsen i udbudsdirektivets artikel 16, litra b, og indklagede ved positivt, via sit netværk i European Broadcasting Union (EBU), at fortolkningen af, at tekstningsydelser er omfattet af undtagelsen i udbudsdirektivets artikel 16, litra b, er på linje med, hvordan andre Europæiske TV-stationer fortolker undtagelsen, herunder SVT, NRK, France Télévisions, ZDF og BBC.

De tjenesteydelseskontrakter, der er omfattet af udbudsdirektivets artikel 16, falder helt uden for direktivets anvendelsesområde, uanset hvordan de omhandlede tjenesteydelser isoleret set kategoriseres i forhold til direktivets Bilag II B. Indklagedes kategorisering i bekendtgørelsen med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed skyldes, at det ved brug af sådanne bekendtgørelser er pålagt ordregiver at beskrive kontraktens genstand, jf. direktiv 2009/81/EF artikel 64 og vejledningen øverst i formularen til bekendtgørelsen, hvilket omfatter angivelse af kontrakttypen, herunder tjenesteydelseskategori, hvis kontrakten vedrører tjenesteydelser. Indklagede kunne derfor ikke udfylde bekendtgørelsen uden at angive en tjenesteydelseskategori.

Ad påstand 2

SDI Media A/S har navnlig gjort gældende, at selv hvis indkøb af tekstningsydelser er undtaget fra udbudsdirektivet i medfør af artikel 16, litra b, vil DR ikke være berettiget til helt at undlade enhver form for forudgående offentliggørelse af indkøbet. Ordregivende myndigheder i EU's medlemsstater har nemlig direkte på grundlag af EUF-traktaten en pligt til at sikre en passende grad af offentliggørelse af deres hensigt om at indgå en kontrakt, også uden for det område, hvor udbudsdirektivet foreskriver, at der skal offentliggøres en udbudsbekendtgørelse. Dette er bl.a. fastslået ved EU-Domstolens afgørelse i sag C-324/98, *Telaustria*, hvor EU-domstolen udtaler følgende: *»denne gennemsigthedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske.«* De ydelser, som er omfattet af delaftale 1 og delaftale 2, har en sådan karakter og er af en sådan beløbsmæssig størrelse, at de klart har grænseoverskridende interesse og derfor skulle have været offentliggjort på forhånd. Det bestrides, at DR har overholdt EUF-traktatens krav til offentlighed. DR har ikke løftet bevisbyrden for, at disse krav er opfyldt.

Danmarks Radio har navnlig bestridt at have handlet i strid med EUF-traktatens grundlæggende principper, herunder principperne om fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser. DR har i første række gjort gældende, at ydelserne ikke er omfattet af den traktatbestemte pligt til at sikre offentlighed. De samme grunde, som ligger bag undtagelsen i artikel 16, litra b, gør, at der ikke gælder en pligt til annoncering af sådanne kontrakter i medfør af traktatens almindelige principper. DR har herved henvist til udbudsdirektivets betragtning 25. Disse almene hensyn gør sig også gældende i forhold til en traktatbestemt offentliggørelsespligt. Hensynene er samtidig også baggrunden for, at disse kontrakter er eksplicit undtaget fra udbudsdirektivets bilag II B (kategori 27). De udbudte tekstningsydelser har endvidere ikke den grænseoverskridende interesse, der er et krav for, at de grundlæggende EU-regler finder anvendelse. Der foreligger ikke praksis fra EU-domstolen, der fastslår, at anskaffelser omfattet af udbudsdirektivets artikel 16, litra b, skal offentliggøres på forhånd. Den praksis, som EU-domstolen indledte med *Telaustria*-dommen (sag C-324/98), angår således navnlig kontrakter om *»rene«* Bilag II B-tjenesteydelser, tjenesteydelseskoncessioner og anskaffelser under tærskelværdierne, men ikke kontrakter omfattet af de særlige undtagelser i udbudsdirektivets artikel 16. DR har i anden række gjort gældende, at man faktisk offentliggjorde sin hensigt om

tildeling af rammeaftalerne i passende grad. På indklagedes hjemmeside er det til enhver tid muligt for potentielle tilbudsgivere at holde sig orienteret om kommende aftaleudløb (DR's kontraktoversigt) og kommende udbud (DR's udbudsplan), hvilket også har været gældende for konkurrenceudsættelsen af tekstningsydelser, hvor det både fremgår af kontraktoversigten, at aftalerne udløb den 30. juni 2012, og det fremgik tidligere af udbudsplanen, at indklagede ville gennemføre en konkurrenceudsættelse. Der er dermed sket den fornødne offentliggørelse af indkøbet. I Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne (2006/C 179/02), angives ordregivers egen hjemmeside som et tilstrækkeligt medie ved annoncering af kontrakter om bilag II B-tjenesteydelser. DR har i øvrigt afsøgt markedet gennem kontakt til Forum for Billedmedie Oversættere (FBO) og har inviteret alle potentielle tilbudsgivere i form af alle tekstervirksomheder, som har aftale med FBO. Der var flere ikke-danske tekstervirksomheder blandt de inviterede.

Ad påstand 3 og påstand 3 a

SDI Media A/S har navnlig gjort gældende, at EU-domstolen i sag C-147/06, *SECAP*, har fastslået, at en udbyder ikke i et udbud som det, klagen angår, kan afvise et tilbud som unormalt lavt uden at have gennemført en kontradiktorisk procedure. Det er i den forbindelse en forudsætning, at det er gjort klart for tilbudsgiveren, at konsekvensen af at afgive et tilbud, der i DR's øjne er »*urealistisk lavt*«, er, at tilbuddet afvises. Det gælder navnlig, da prisen vægtede med 60 %. DR har ikke på tilstrækkelig måde klargjort over for klageren, at klagerens tilbud ville blive afvist, hvis prisen efter DR's opfattelse var »*for lav*«. DR har heller ikke i tilstrækkelig grad sikret sig sådanne fuldstændige oplysninger om klagerens tilbud, at DR kunne foretage en saglig vurdering af, om prisen var unormalt lav. DR har i sit brev af 26. juni 2012 gengivet en »*overordnet, skønsmæssig*« beregning, som tilsyneladende er lagt til grund for indklagedes afvisning af klagerens tilbud. Som det fremgår af brevet, er denne beregning imidlertid aldrig forelagt klageren. DR har således ikke gennemført den fornødne kontradiktoriske procedure for at kunne afvise klagers tilbud som unormalt lavt. Påstand 3 a er alene nedlagt for at imødegå et eventuelt rent formelt synspunkt fra indklagede om, at der i udtrykket »*unormalt lavt*«, der anvendes i påstand 3, lægges en anderledes forståelse end det udtryk, DR selv har anvendt (»*urealistisk lave*«).

Danmarks Radio har navnlig anført, at indklagede faktisk har gennemført en kontradiktorisk procedure forud for beslutningen om ikke at tage klagerens tilbud i betragtning. De relevante tilbudsgivere blev – i overensstemmelse med forhandlingsoplægget – indkaldt til forhandling. Klageren blev under forhandlingerne anmodet om at forklare, hvordan man kunne tilbyde priser, der lå væsentlig lavere end resten af markedets, og samtidig opfylde rammeaftalernes krav til kvalitet mv. De oplysninger, som klageren i den anledning fremkom med om tilbuddets sammensætning og den bagvedliggende forretningsmodel, indgik i indklagedes beslutningsgrundlag, og proceduren var således kontradiktorisk. Der er endvidere ikke grundlag for at kritisere beslutningsgrundlaget. Beslutningen om ikke at tage tilbuddet fra klageren i betragtning blev truffet på baggrund af det afgivne tilbud, sammenholdt med de yderligere oplysninger, som kom frem under forhandlingerne. I tillæg hertil foretog indklagede beregninger, som bekræftede indklagedes vurdering af, at forretningsmodellen og økonomien i klagerens tilbud ikke hang sammen på en måde, der kunne sikre indklagede det krævede kvalitetsniveau og den nødvendige leveringssikkerhed. Klageren kan endvidere ikke have haft nogen rimelig tvivl om, at man risikerede at få tilbuddet forkastet, da det under forhandlingerne blev klart tilkendegivet, at indklagede grundlæggende var meget skeptisk over for de lave priser. Klageren tilkendegav også selv, at man havde overvejet at hæve prisniveauet for at blive taget seriøst. Da prisen vægtede med 60 %, har DR i konkurrencematerialet gjort meget ud af at præcisere, at den nuværende kvalitet på DR's sendeflade skulle opretholdes, da prisen ikke måtte sænkes på bekostning af kvaliteten. Afvisningen skal ikke sidestilles med afvisning af unormalt lave tilbud som beskrevet i udbudsdirektivets artikel 55, og indklagede var ikke forpligtet af den procedure, der er beskrevet denne bestemmelse, jf. klagenævnets kendelse af 23. januar 2012 Proffice A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S. Af ovennævnte grunde kan der heller ikke siges at være tale om et forhold, der er sammenligneligt med EU-domstolens dom i sag C-147/06, *SECAP*, der angik en national regel om »*automatisk*« udelukkelse af tilbud på baggrund af en på forhånd fastsat matematisk formel uden mulighed for konkrete skøn og kontradiktion. Af denne dom følger i øvrigt blot, at ordregiver - når en kontrakt frembyder en klar grænseoverskridende interesse - skal have mulighed for at efterprøve et tilbuds sammensætning ved at anmode tilbudsgiveren om nærmere oplysningerne herom, inden tilbuddet afvises som unormalt lavt. I det omfang disse prin-

cipper måtte finde anvendelse på nærværende situation, er de åbenbart overholdt.

Ad påstand 4

SDI Media A/S har navnlig gjort gældende, at forhandlingerne ikke er gennemført på en saglig og gennemsigtig måde. Såfremt DR var af den opfattelse, at der skulle tilbydes en given »mindstepris« for, at et tilbud kunne tages i betragtning, burde DR have oplyst dette under forhandlingerne.

Danmarks Radio har navnlig gjort gældende, at forhandlingerne under indklagedes konkurrenceudsættelse blev gennemført på en saglig og gennemsigtig måde. Klageren har ikke påvist nogen overtrædelse som omhandlet i den nedlagte påstand 4. Det er endvidere uklart, hvilke anbringender klageren gør gældende til støtte for påstanden. Hverken reglerne i udbudsdirektivet eller noget udbudsretligt princip indeholder en forudsætning om, at ordregiver skal fastsætte mindstepriser, hvis ordregiver skal have mulighed for at efterprøve (og om nødvendigt afvise) tilbud, der er unormalt/urealistisk lave eller på anden vis uantagelige. Indklagede indkaldte netop klageren til forhandlinger, selvom priserne lå væsentlig under de øvrige tilbud, for at undersøge prisernes sammensætning og den bagvedliggende forretningsmodel nærmere. Indklagedes forhandlingsproces har været klart beskrevet i forhandlingsoplægget, der bl.a. havde til formål at sikre ligebehandling og gennemsigtighed i processen. Af forhandlingsoplæggets pkt. 4.1 og 7.1 fremgik tydeligt, at der ville blive gennemført forhandlinger med relevante tilbudsgivere, og at invitation til forhandlinger ville ske på baggrund af en indledende evaluering af tilbuddene. Indklagede har fulgt den proces, som var beskrevet i forhandlingsoplægget.

Ad påstand 5 og påstand 5 a

SDI Media A/S har navnlig gjort gældende, at det forudsætningsvis følger af EU-domstolens dom i sag C-147/06, *SECAP* – og i øvrigt af generelle EU-retlige og danske udbudsretlige principper – at en ordregivende myndighed ikke er berettiget til at afvise et tilbud som unormalt lavt, uden at en sådan beslutning er sagligt begrundet. DR havde intet rimeligt grundlag for at antage, at de priser, som klageren tilbød, var for lave. Klageren er en stor, professionel og international aktør på området, som i mange år har fungeret som en anerkendt og stabil leverandør til DR af tekstningsydelser. Klage-

rens kundekreds omfatter i øvrigt en række af verdens største og mest anerkendte medievirksomheder, herunder f.eks. BBC. Det er ubegrundet, når DR antager, at klageren ikke med de tilbudte priser vil kunne sikre DR »*det høje kvalitetsniveau og den fornødne leverancesikkerhed*«. For det første evalueres der under udbuddet særskilt på kvalitet og leverancesikkerhed, og disse forhold kan derfor ikke inddrages som begrundelse for at afvise klagerens tilbud på grund af for lave priser. For det andet ville den udbudte rammeaftale sikre, at såvel kvalitet som leverancesikkerhed blev opretholdt. Endelig, for det tredje, er de tilbudte priser ikke på nogen måde usædvanlige eller abnorme i forhold til det prisniveau, som klageren kender fra de internationale markeder. Det forhold, som DR har anført i brevet af 26. juni 2012, at klagerens tilbud var mere end 30 % billigere end næstlaveste tilbud, og 45 % billigere end den gennemsnitlige pris i de øvrige tilbud, er ikke tilstrækkeligt til, at tilbuddet kan afvises som unormalt lavt, jf. klagenævnets kendelse af 4. april 2007. Beslutningen var derfor ikke sagligt begrundet og dermed i strid med udbudsreglerne. Påstand 5 a er alene nedlagt for at imødegå et eventuelt rent formelt synspunkt fra indklagede om, at der i udtrykket »*unormalt lavt*«, der anvendes i påstand 3, lægges en anderledes forståelse end det udtryk, DR selv har anvendt (»*urealistisk lave*«).

Danmarks Radio har navnlig anført, at DR's beslutning om ikke at tage klagerens tilbud i betragtning i den endelige evaluering var sagligt begrundet, og at det ikke er påvist, at den skønsmæssige vurdering skulle være behæftet med fejl. Indklagede havde grund til at betvivle, hvordan klagerens uprøvede forretningsmodel, som i hvert fald med de konkret afgivne priser åbenbart ikke var egnet til at sikre det krævede kvalitetsniveau, alligevel skulle føre til en korrekt opfyldelse af kontrakten. Det gælder, uanset at klageren måske med succes har drevet forretning med tekstningsydelser i andre lande, da der således er tale om helt andre tekster, og teksterne er netop omdrejningspunktet for de ydelser, der skal leveres. Klageren har ved på den ene side at foreskrive en sædvanlig og relativt robust forretningsmodel i sit tilbud til indklagede og på den anden side basere sine priser på en alternativ, uprøvet og ganske tvivlsom forretningsmodel afgivet et usammenhængende tilbud. Klagerens tilbud blev ikke afvist alene på grund af urealistisk lave priser, men ud fra en helhedsvurdering af den tilbudte løsning sammenholdt med de afgivne priser. Da udbudsdirektivet ikke finder anvendelse, var DR berettiget til at fravælge et tilbud med andre saglige begrundelser end »*Unormalt lave priser*« som anført i udbudsdirektivets artikel 55. Indklagede har således været berettiget til at afvise klagerens tilbud

ud fra en helhedsbetragtning. Klageren havde ikke sandsynliggjort at være i stand til at opfylde indklagedes mindstekrav til kvalitet og leveringssikkerhed med den tilbudte forretningsmodel og til den tilbudte pris. Det er netop en del af baggrunden for, at ydelserne er undtaget i udbudsdirektivets artikel 16, litra b, idet ydelsernes kulturelle og samfundsmæssige betydning gør det uhensigtsmæssigt at lade udbudsreglerne finde anvendelse. Der er ikke noget udbudsretligt problem i, at kvalitet og leverancesikkerhed udgjorde selvstændige underkriterier, idet ordregiver er berettiget til at efterprøve en tilbudsgivers kalkulationer og forretningsmodel for at undersøge, om det er sandsynligt, at en tilbudsgiver vil kunne levere kontraktmæssigt til den afgivne pris. En sådan efterprøvelse har ikke noget at gøre med problemstillingen omkring overlappende underkriterier, således som klager antyder. Heller ikke det forhold, at tilbudsgiver vil være kontraktuelt forpligtet til at levere i henhold til sit tilbud, afskærer ordregiver fra at foretage en sådan efterprøvelse af, om tilbuddet i økonomisk og teknisk henseende er antageligt.

Ad påstand 6:

SDI Media A/S har navnlig anført, at DR groft har overtrådt væsentlige regler og principper i udbudsdirektivet. Disse overtrædelser har utvivlsomt haft indflydelse på DR's tildelingsbeslutninger af 20. juni 2012, der derfor skal annulleres.

Danmarks Radio har navnlig anført, at DR ikke har overtrådt udbudsretlige regler eller principper, og at der derfor ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningerne.

Klagenævnets resultat og begrundelse

Ad påstand 1

I klagenævnets kendelse om opsættende virkning skrev klagenævnet blandt andet følgende:

» ... de konkurrenceudsatte aftaler vedrører undertekstning af tv-programmer, der udsendes af DR. Det følger af udbudsdirektivets artikel 16, litra b, at direktivet ikke finder anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter om »radio- og tv-selskabers indkøb, udvikling, produktion eller samproduktion af programmateriale, der er beregnet

til udsendelse, og aftaler om sendetid«. Der er ikke af de grunde, som klageren har anført, grundlag for ikke at anse undertekstning af tv-programmer for omfattet af undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 16, litra b. Det følger heraf, at udbudsdirektivet ikke finder anvendelse på kontrakten, og at bestemmelserne i tilbudslovens afsnit 2 heller finder ikke anvendelse, jf. denne lovs § 15 a, stk. 3.

Der er således allerede derfor ikke på det foreliggende grundlag udsigt til, at klagerens påstande i relation hertil vil blive taget til følge...«

De særlige og strenge procedurer, der er fastsat i de EU-retlige direktiver om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse offentlige kontrakter, finder kun anvendelse, hvis de pågældende kontrakter udtrykkeligt omfattes af de konkrete udbudsregler. Bestemmelserne i udbudsdirektivet kan således ikke udstrækkes til at gælde for kontrakter, der udtrykkeligt er undtaget for disse regler. Der henvises i den forbindelse til Domstolens dom af 15. maj 2008 i sagerne C-147/06 og C-148/06, SECAP og Santorso, præmis 19.

Herefter og af de grunde, der er anført i kendelsen om opsættende virkning, finder hverken udbudsdirektivet eller tilbudsloven anvendelse på DR's indgåelse af de omtvistede delaftaler.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

EUF-traktaten indeholder ikke bestemmelser om fremgangsmåden ved indgåelse af kontrakter om tjenesteydelser, der ikke er omfattet af de specifikke EU-udbudsdirektiver.

EU-domstolen har imidlertid i en række afgørelser fastslået, at offentlige myndigheder også ved indgåelse af aftaler, der er undtaget fra udbudsdirektivets regler, er forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende bestemmelser om blandt andet den frie etableringsret og retten til tjenesteydernes frie bevægelighed, jf. TEUF artikel 49 og 56 (tidligere EF-traktatens artikel 43 og 49), samt de deraf udledte principper om ligebehandling af tilbudsgivere, forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og gennemsigtighed. Der kan i den forbindelse henvises til Domstolens dom af 7. december 2000 i sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, præmis 60 og 61, dom af 21. juli 2005 i sag C-231/03, Coname,

præmis 16-19 og dom af 13. oktober 2005 i sag C-458/03, Parking Brixen, præmis 46-49. Efter Domstolens faste praksis ved indgåelse af aftaler, som på grund af deres værdi ikke er omfattet af de procedurer, som er fastsat i udbudsdirektivet, jf. artikel 7, forudsætter dette, at de pågældende kontrakter har en klar eller en vis grænseoverskridende interesse. Der kan herved blandt andet henvises til Domstolens dom af 15. maj 2008 i sagerne C-147/06 og C-148/06, SECAP og Santorso, præmis 21, samt sag C-159/11 af 19. december 2012 Azienda Sanitaria Locale di Lecce og Università del Salento mod Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 23 med yderligere henvisninger. Tilsvarende gælder for kontrakter omfattet af udbudsdirektivets bilag II B, jf. Domstolens dom af 13. november 2007 i sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, præmis 29- 32.

Som anført i blandt andet sidstnævnte dom, præmis 30-31, kan tildeling af en kontrakt, der kan have interesse for virksomheder uden for det medlemsland, hvori kontrakten skal udføres, uden gennemsigtighed udgøre en indirekte forskelsbehandling af virksomheder fra andre medlemslande. En sådan forskelsbehandling, som ved at udelukke alle virksomheder, der ligger i en anden medlemsstat, er til skade for disse virksomheder, er i henhold til dommen udtryk for indirekte forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, hvilket er forbudt i henhold til TEUF artikel 49 og 56, medmindre den er begrundet ud fra objektive omstændigheder.

Uden at det nødvendigvis indebærer en forpligtelse til at iværksætte et udbud, følger det således af kravet om gennemsigtighed, at den udstedende myndighed skal sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet vedrørende tjenesteydelser for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske. Der kan i den forbindelse henvises til Domstolens dom i Telaustris og Telefonadress-dommen, præmis 60-62, Parking Brixen-dommen, præmis 46-49, og Domstolens dom af 6. april 2006 i sag C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV), præmis 21, dom af 13. november 2007, Kommissionen mod Irland i sag C-507/03, præmis 30-32, Rettens dom af 20. maj 2010 i sag T-258/06, Tyskland mod Kommissionen, præmis 69-99, Rettens dom af 20. september 2011 i sag T-461/08, Evropaiki Dynamiki, samt dommen i sagerne C-72/10 og C-77/10 af 16. februar 2012 Marcello Costa og Ugo Cifone, præmis 55.

Indklagede har oplyst, at der blandt de inviterede virksomheder var flere ikke-danske tekstervirksomheder, og disse virksomheder afgav efter det oplyste også tilbud på de to delaftaler. På den baggrund og henset til det oplyste

om den økonomiske værdi af de to delaftaler samt deres karakter af tekstning af TV-programmer, der ikke nødvendigvis skal udføres i Danmark, finder klagenævnet, at delaftalerne frembød en sådan interesse for tjenesteydere i andre EU-lande, at DR ved indgåelsen af disse var forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler om den frie etableringsret og tjenesteydernes frie bevægelighed, jf. TEUF artikel 49 og 56. Det forhold, at en sådan tekstning forudsætter kendskab til det danske sprog, kan ikke i sig selv føre til en anden vurdering.

Indklagede har påberåbt sig, at det traktatbaserede gennemsigtighedskrav om en passende grad af offentlighed ikke finder anvendelse på de omtvistede delaftaler på grund af de hensyn, der i henhold til udbudsdirektivets 25. præambulære betragtning ligger bag undtagelsen i direktivets artikel 16. Af den nævnte præambelbetragtning fremgår, at der ved *»indgåelse af offentlige kontrakter om visse audiovisuelle tjenesteydelser på TV- og radiospredningsområdet bør tages hensyn til forhold af en sådan kulturel og samfundsmæssig betydning, at det er uhensigtsmæssigt at lade udbudsreglerne finde anvendelse på dem.«*

Uanset om disse hensyn ved indgåelse af andre kontrakter om audiovisuelle tjenesteydelser på TV- og radiospredningsområdet i henhold til traktatens regler om etableringsfrihed og fri bevægelighed af tjenesteydelser efter omstændighederne måtte kunne begrunde fravigelse af kravet om en passende grad af offentlighed, kan det fastslås, at dette ikke er tilfældet i denne sag. Det skyldes, at DR har oplyst, at der er sket offentliggørelse af DR's hensigt om at indgå de pågældende aftaler. Der er endvidere ikke oplyst omstændigheder, der på baggrund af de nævnte hensyn af kulturel og samfundsmæssig betydning skulle have gjort det nødvendigt ikke at åbne markedet for eventuelle tilbudsgivere i de andre medlemslande.

DR var således forpligtet til at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gjorde det muligt at åbne markedet vedrørende tjenesteydelsesaftalerne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne var upartiske.

Ved vurderingen af, om DR har levet op til dette krav, lægges det til grund, at DR gennem en årrække generelt på sin hjemmeside har offentliggjort oplysninger om indgåede kontrakter og herunder om, hvornår disse udløber.

DR har endvidere løbende offentliggjort kortfattede oplysninger om indholdet og tidspunktet for planlagte udbud og tilbudsindhentninger mv. samt angivelse af en kontaktperson under hjemmesidens særlige menupunkt DR's »*udbudsplan*«. DR har anført, at sådanne oplysninger også har været offentliggjort på hjemmesiden vedrørende udløbet af de tidligere aftaler om TV-tekstning samt om den planlagte konkurrenceudsættelse af de omtvistede aftaler. Uanset at DR ikke ved udskrifter eller lignende har været i stand til at dokumentere, at sådanne oplysninger faktisk har været offentliggjort vedrørende disse delaftaler, finder klagenævnet på baggrund af de generelle procedurer, og da det ikke er sandsynliggjort, at disse konkret skulle være fraveget i denne sag, at det må lægges til grund, at de pågældende oplysninger har været offentliggjort. Enhver potentiel tilbudsgiver har således haft en reel mulighed for at få adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende de omhandlede delaftaler, før disse blev tildelt, således at de ville have været i stand til at tilkendegive deres eventuelle interesse i at deltage i konkurrenceudsættelsen.

Kravet om en passende grad af offentlighed må på den baggrund anses for opfyldt i tilstrækkelig grad.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstandene 3, 3 a, 5 og 5 a

Af de grunde, der er anført vedrørende påstand 1, finder hverken udbudsdirektivet eller tilbudsloven anvendelse på DR's indgåelse af de omtvistede delaftaler. De principale led i påstandene tages derfor ikke til følge.

Påstandenes subsidiære led skal herefter afgøres på grundlag af EUF-traktatens bestemmelser om tjenesteydelsernes frie bevægelighed og den frie etableringsret og de deraf afledte principper.

Domstolens dom af 15. maj 2008 i sagerne C-147/06 og C-148/06, SECAP og Santorso, som klageren har henvist til, angik en generel italiensk lovbestemmelse, hvorefter den ordregivende myndighed var forpligtet til ved indgåelse af kontrakter under tærskelværdien automatisk at udelukke bud, når de ifølge et matematisk kriterium, der var fastsat i lovgivningen, ansås for unormalt lave i forhold til den ydelse, der skulle præsteres. Dette gjaldt dog ikke, hvis der var afgivet mindre end fem gyldige bud. Domstolen fandt

i den forbindelse, at en sådan regel ville kunne udgøre en indirekte forskelsbehandling af tilbudsgivere fra andre medlemsstater ved i praksis at stille erhvervsdrivende fra andre medlemsstater ringere, som ellers kunne afgive et såvel konkurrencedygtigt som seriøst og pålideligt bud, fordi disse

»26. ... har en anden omkostningsstruktur og dermed kan udnytte vigtige stordriftsfordele, eller som ønsker at begrænse deres avancer for at kunne trænge mere effektivt ind på det pågældende marked, men hvis bud den ordregivende myndighed ikke har mulighed for at tage hensyn til på grund af denne ordning.

...

28. En anvendelse af reglen om automatisk udelukkelse af unormalt lave bud på kontrakter med en klar grænseoverskridende interesse vil således kunne fratage erhvervsdrivende fra andre medlemsstater muligheden for at konkurrere mere effektivt med erhvervsdrivende, som er etableret i den pågældende medlemsstat, og derved begrænse deres adgang til markedet i denne stat og hæmme udøvelsen af den frie etableringsret og den frie udveksling af tjenesteydelser, hvilket udgør en restriktion for disse friheder ...

29. Såfremt de ordregivende myndigheder anvender en sådan ordning på kontrakter med en klar grænseoverskridende interesse, afskæres de fra at kunne vurdere soliditeten og pålideligheden af bud, som er unormalt lave. De er dermed ikke i stand til at opfylde den forpligtelse til at overholde traktatens grundlæggende regler om fri bevægelighed og det generelle forbud mod forskelsbehandling, som påhviler dem ifølge Domstolens praksis ...«

Det lægges til grund, at indklagede i overensstemmelse med konkurrencebetingelsernes pkt. 4.1 og 7.1 gennemførte forhandlinger med de indbudte tilbudsgivere. Under forhandlingerne med klageren oplyste indklagede, at klagerens priser var meget lave og anmodede om oplysninger om grundlaget for de tilbudte priser. Klageren redegjorde herfor, først ved henvisning til faldende markedspriser og dernæst, da indklagede atter spurgte ind til baggrunden for de tilbudte priser, tillige ved henvisning til en særlig forretningsmodel.

Det burde på den baggrund have stået klageren klart, at indklagede på grund af den meget lave pris ønskede at vurdere det økonomiske grundlag for klagerens tilbud. Klageren havde således mulighed for at redegøre for baggrunden for de tilbudte priser. Det forhold, at indklagede ikke udtrykkeligt

anførte, at indklagede var i tvivl om, hvorvidt priserne var unormalt/urealistisk lave, kan ikke føre til en anden vurdering.

Indklagede var herefter – i modsætning til, hvad der var tilfældet efter den særlige lovregel, som Domstolen behandlede i SECAP-sagen – ikke afskåret fra at foretage en konkret vurdering af soliditeten og pålideligheden af klagerens tilbud, jf. dommens præmis 29. Det bemærkes i den forbindelse, at risikoen for eventuelle mangler ved klagerens forklaring på de tilbudte priser – i lighed med, hvad der generelt gælder andre oplysninger i en tilbudsgivers tilbud – må påhvile klageren.

Der er allerede på den baggrund ikke grundlag for at anse afvisningen af klagerens tilbud efter den anførte fremgangsmåde for at være i strid med EUF-traktatens bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser eller den frie etableringsret eller de deraf udledte principper, jf. påstand 3 og 3 a.

Der er efter det foreliggende heller ikke grundlag for, at fastslå, at DR's afvisning af klagerens tilbud var usaglig, og at indklagede ved denne beslutning skulle have tilsidesat EUF-traktatens bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser eller den frie etableringsret eller de deraf udledte principper, jf. påstand 5 og 5a.

Påstandene tages ikke til følge.

Ad påstand 4

Af de grunde, der er anført vedrørende påstand 1, finder hverken udbudsdirektivet eller tilbudsloven anvendelse på DR's indgåelse af de omtvistede delaftaler. Det principale led i påstanden tages derfor ikke til følge.

Kravet om gennemsigtighed af den forudgående procedure, der som nævnt udledes af EUF-traktatens grundlæggende regler om blandt andet tjenesteydernes frie bevægelighed og den frie etableringsret, kan ikke udstrækkes til at indeholde et krav om, at ordregiveren i konkurrencebetingelserne på forhånd skal oplyse tilbudsgiverne om, at tilbud, der er urealistisk lave, vil blive afvist. Et sådant krav ville gå ud over, hvad der følger af bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 55. Indklagede havde endvidere ikke

fastsat en mindstepris. Forhandlingsprocessen blev ikke gennemført usagligt.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 6

Da påstand 1-5a ikke er taget til følge, er der heller ikke grundlag for at tage annullationspåstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig