

HØJESTERETS KENDELSE

afsagt torsdag den 27. november 2014

Sag 2/2014

A A/S

(advokat Søren Stenderup Jensen)

mod

Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation

(kammeradvokaten ved advokat Kasper Mortensen)

Højesteretsdommerne Thomas Rørdam, Vibeke Rønne og Jens Peter Christensen har i henhold til artikel 267 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde besluttet at anmode EU-Domstolen om en præjudiciel afgørelse vedrørende kriterierne for en ordregivende myndigheds adgang til i nødlidende kontraktforhold at indgå forligsaftaler med henblik på at undgå anvendelsen af misligholdelsesbeføjelser og en efterfølgende retlig tvist, jf. artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter sammenholdt med EU-Domstolens domme i sag C-454/06, Presstext og sag C-91/08, Wall AG.

1. Sagens omstændigheder og hidtidige forløb

- 1.1. I 2007 udbød den danske stat som et EU-udbud en aftale om levering af kontrolrumssoftware mv. ("Kontrolrumskontrakten") som en del af etableringen af et fælles, tværsektorielt radiokommunikationssystem baseret på Tetra-teknologien for det samlede beredskab. Indstævnte i hovedsagen, Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation ("CFB"), fik efterfølgende myndighedsansvaret for Kontrolrumskontrakten.
- 1.2. Appellanten i hovedsagen, A A/S ("A"), er beskæftiget inden for højteknologi og innovation og har i en længere årrække udviklet og leveret analoge og digitale kom-

unikationssystemer. A ansøgte ikke om prækvalifikation med henblik på deltagelse i udbuddet af Kontrolrumskontrakten.

- 1.3. Udbuddet af Kontrolrumskontrakten blev vundet af virksomheden B A/S ("B"). Den endelige Kontrolrumskontrakt af 4. februar 2008 med B havde en samlet værdi på 527.000.000 kr., hvoraf 299.854.699 kr. vedrørte den minimumsløsning, der var beskrevet i udbudsmaterialet. Det resterende beløb vedrørte optioner og øvrige ydelser, der ikke nødvendigvis ville blive tilkøbt.
- 1.4. Under udførelsen af opgaverne i henhold til kontrakten opstod der problemer med rettidig levering. CFB og B var uenige om, hvilken part der var ansvarlig for, at kontrakten ikke kunne gennemføres efter sit indhold, og der blev optaget forhandlinger mellem parterne.
- 1.5. Uenighederne førte i slutningen af 2010 til et forlig. CFB offentliggjorde den 19. oktober 2010 bekendtgørelse (EUT 2010/S 203-309277) med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed af den forligsaftale, der påtænktes indgået. Den 17. december 2010 blev en hertil svarende forligsaftale ("Forligsaftalen") indgået mellem CFB og B.
- 1.6. Forligsaftalen indebar en betydelig ændring af Kontrolrumskontrakten. Kontraktgenstanden blev ændret fra at vedrøre kontrolrumssoftware til hele det danske beredskab til nu alene at vedrøre levering af en stand-alone radiodispatch løsning inklusiv tre års vedligeholdelse til de enkelte politikredse. Værdien af ydelserne under denne del af Forligsaftalen var ca. 35.000.000 kr. Herudover skulle CFB af B købe to centrale serverfarme, som B havde indkøbt med henblik på udlejning til CFB som en del af ydelserne i henhold til Kontrolrumskontrakten. De to centrale serverfarme skulle ikke anvendes til driften af radiodispatcherne. Værdien af den del af forliget, som omfattede overdragelse af serverfarmene, var ca. 50.000.000 kr.
- 1.7. Forligsaftalen indebar også, at CFB og B frafaldt deres respektive misligholdelsesbeføjelser og gjorde endeligt op med de krav mellem parterne, der måtte udspringe af Kontrolrumskontrakten forud for indgåelsen af forliget, eller som måtte udspringe af, at Kontrolrumskontraktens indhold og omfang blev begrænset som sket ved indgæ-

sen af forliget. CFBs og B's indbyrdes forhold var herefter alene reguleret af Forligsaftalen.

- 1.8. Hovedsagen vedrører navnlig, om indgåelsen af forliget mellem CFB og B var i strid med udbudsreglerne som følge af, at den oprindelige kontrakt mellem CFB og B ved Forligsaftalen blev ændret væsentligt. Dette spørgsmål indbragte A i første række for Klagenævnet for Udbud, der traf afgørelse den 3. november 2011. Klagenævnet fandt, at CFB ved at indgå Forligsaftalen uden forudgående udbudsprocedure havde handlet i strid med artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 (Udbudsdirektivet). Da CFB imidlertid forinden indgåelsen af Forligsaftalen havde fulgt fremgangsmåden i § 4 i lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne (håndhævelsesloven) og herunder offentliggjort en bekendtgørelse om, at CFB agtede at indgå Forligsaftalen, fandt klagenævnet ikke grundlag for i medfør af håndhævelseslovens § 17, stk. 1, at erklære Forligsaftalen uden virkning.
- 1.9. A indbragte herefter sagen for domstolene og Østre Landsret afsagde den 20. december 2013 dom i sagen. Landsretten nåede til samme resultat som Klagenævnet for Udbud med følgende begrundelse:

”1.

Landsretten lægger efter bevisførelsen ... til grund, at A forud for 2010 var etableret på markedet for trafikstyringssystemer ved elektronisk dataoverførsel, såkaldt flådestyring, samt tilhørende kontrolrumssoftware under anvendelse af den digitale Tetra-teknologi. A var en væsentlig leverandør til taxa og udviklede endvidere en elektronisk betjeningsenhed, en såkaldt ”RescueBoss”, til beredskabsbrug. A var interesseret i og søgte at udvide selskabets aktiviteter til beredskabsområdet, herunder anvendte bl.a. brandvæsenet i Middelfart A's RescueBoss i en periode. A har forestået opstilling og drift af særligt sikrede servere i Sverige.

CFB har hverken godtgjort eller sandsynliggjort, at A ikke havde faglig baggrund, markedsmæssig placering eller kapacitet i øvrigt for at kunne indgå en aftale om levering af en radiodispatch til politiet og udføre vedligeholdelse heraf i 3 år samt levere to serverfarme svarende til den Forligsaftale, som CFB indgik med B A/S den 17. december 2010. Det forhold, at A ikke søgte at blive prækvalificeret til det oprindelige udbud af kontrolrumssoftware og drift m.v. i 2007, jf. udbudsbekendtgørelse af 26. april 2007, ... findes ikke at føre til en anden vurdering. ...

3.

Udbudsdirektivets artikel 2 fastlægger principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, der gælder ved indgåelse af offentlige kontrakter, jf. håndhævelseslovens § 1.

A har overordnet gjort gældende, at Forligsaftalen indeholdt så væsentlige ændringer i både karakteren og omfanget af den oprindelige Kontrolrumskontrakt, at Forligsaftalens indhold var udbudspligtigt. A har om ændringerne henvist til navnlig Forligsaftalens stærkt reducerede krav, reduktionen af aftalens værdi til 85 mio. kr., aftalens forlængede løbetid og overdragelsen af to serverfarme, der ikke var oprindeligt aftalt.

CFB har overordnet gjort gældende, at udbudsreglerne og deres formål ikke forhindrer en tilpasning af den oprindelige aftale, når dette er nødvendiggjort af uforudsete forhold. Forligsaftalen var led i en samlet forligsmæssig løsning af kontraktparternes mellemværender. Samfundsøkonomiske hensyn talte herfor, og B A/S realiserede et økonomisk tab ved Forligsaftalen, der endvidere ikke giver B A/S nogen fortrinsstilling i forhold til fremtidige udbud.

A har henvist navnlig til EU-domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH) samt dom af 13. april 2010 i sag C-91/08 (Wall AG).

Landsretten bemærker, at begge domme ubestridt angår fortsættende, ikke nødlidende kontraktforhold. Det fremgår af dommene (navnlig henholdsvis præmis 34-37 og præmis 37-39, som også klagenævnet henviser til), at der ved vurdering af, om principperne for gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere er iagttaget, skal lægges vægt på, om der i aftaleperioden er sket ændringer, der er afgørende forskellige fra den oprindelige aftale, og som derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer. Det fremgår endvidere, at en ændring må anses for væsentlig, såfremt den ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage i udbuddet, eller ville have gjort det muligt for tilbudsgiver at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.

Landsretten lægger dette til grund ved vurderingen af Forligsaftalens indhold i forhold til Kontrolrumskontrakten.

Som anført under sagsfremstillingen adskilte Forligsaftalens indhold sig fra Kontrolrumskontrakten ved væsentlige begrænsninger i aftalens formål, genstand, brugere og pris. Endvidere var varigheden ændret.

Kontrolrumskontraktens formål var at etablere et samlet kommunikationssystem for beredskaberne, herunder politiet, således at kommunikation kunne finde sted via SINE-nettet, og beredskaberne kunne samordne og styre deres ressourcer effektivt. Kontrolrumskontrakten omfattede en minimumsløsning, som alle beredskaber havde pligt til at anvende, samt en række individuelle tilvalgsfunktioner. Brugere var således myndigheder inden for stat, regioner og kommuner, men også private, der udfører nød- eller beredskabsopgaver for det offentlige. Kontrolrumskontraktens varighed var 60 måneder og udløb efter sit indhold i februar

2013. B A/S' samlede pris var opgjort til 527 mio. kr., hvoraf ca. 300 mio. kr. angik minimumsløsningen.

Forligsaftalens formål var at afslutte Kontrolrumskontrakten med en forligsløsning, der indebar navnlig, at en procesrisiko ved en voldgiftssag blev imødegået, og at politiet fik nyt radiokommunikationsudstyr som en midlertidig løsning af et påtrængende behov herfor Forligsaftalen angik 12 radiodispatcher til politiet og vedligehold heraf. Aftalen omfattede endvidere overdragelse af to serverfarme. Brugere af radiodispatcherne var alene politiet. Vedligeholdelsesperioden for de opstillede radiodispatcher blev aftalt til udløb ultimo 2015, og B A/S' samlede pris blev reduceret til 85 mio. kr.

Landsretten finder, at Forligsaftalen indebar væsentlige ændringer i Kontrolrumskontrakten, der ville have gjort det muligt for A at afgive tilbud i et udbud af indholdet i Forligsaftalen, om et sådant udbud havde fundet sted. Dette gælder såvel et udbud af radiodispatch-delen som et udbud af to serverfarme opstillet under sikrede forhold.

Landsretten lægger imidlertid vægt på, at Forligsaftalen ikke var et resultat af B A/S' og CFBs vilje til at genforhandle Kontrolrumskontraktens grundlæggende elementer med henblik på at optimere et fortsat samarbejde under væsentligt ændrede vilkår, men et alternativ til CFBs ophævelse af Kontrolrumskontrakten grundet B A/S' vedvarende vanskeligheder med at opfylde kontrakten. Forligsaftalen indebar en væsentlig reduktion af betalingen, og B A/S blev påført tab. B A/S fik fremadrettet ingen fortrinsstilling ved et nyt udbud. CFB opgav på sin side den samlede kommunikations- og ressourcestyring for beredskaberne m.v., som var Kontrolrumskontraktens formål, men sikrede politiet en nødvendig forbedring af radiokommunikationen som en midlertidig løsning og begrænsede statens tab eller risiko herfor.

Landsretten finder – ligesom klagenævnet – at udbudsreglernes princip om ligebehandling og gennemsigtighed ikke udelukker, at CFB og B A/S i den opståede situation, hvor disse parter måtte konstatere, at det aftalte omfattende og udviklingsprægede projekt ikke kunne gennemføres, inden for Kontrolrumskontraktens rammer kunne videreføre en begrænset del heraf som led i en forligsmæssig løsning. Udbudsreglerne findes ikke i en sådan situation at nødvendiggøre en fuldstændig ophævelse af Kontrolrumskontrakten med en omkostningstung konflikt mellem CFB og B A/S og et uforholdsmæssigt værdispild vedrørende afholdte investeringer som sandsynlig følge. Landsretten har herved lagt vægt på, at der ikke er grundlag for at antage, at det i hændelsesforløbet hverken under Kontrolrumskontrakten eller i forbindelse med Forligsaftalen har været hensigten hos CFB eller B A/S at søge at omgå udbudsreglerne.

Landsretten finder, at hensynet til udbudsreglernes effektivitet tilsiger, at der i forbindelse med den væsentlige ændring af Kontrolrumskontraktens indhold, som Forligsaftalen indebar, må være en nær sammenhæng mellem den oprindelige og den fortsættende del af aftaleforholdet. Et krav om en sådan sammenhæng findes ikke at være til hinder for en tilpasning eller en vis udvikling af det fortsættende element i aftaleforholdet. Landsretten lægger efter bevisførelsen ... til grund, at den radiodispatch, som B A/S installerede hos politiet som led i Forligsaftalen, i

alt væsentligt svarede til den radiodispatch, som B A/S havde udviklet og opstillet som pilotprojekt hos politiet i Næstved forud for indgåelsen af Forligsaftalen. De ændringer i radiodispatchen, der skete, lå i alt væsentligt inden for Kontrolrumskontraktens rammer og var primært en følge af, at den radiodispatch, der blev opstillet hos politiet, alene var til politiets brug som decentrale systemer. Landsretten finder derfor, at Forligsaftalens bestemmelser om radiodispatch-delen isoleret set ikke krævede nyt udbud.

Derimod var det aftalte i Forligsaftalen om overdragelse af to serverfarme prissat til 50 mio. kr. nyt i forhold til Kontrolrumskontrakten. Efter bevisførelsen må det endvidere anses for klarlagt, at overdragelsen af serverfarmene til staten, som var en væsentlig del af Forligsaftalen, ikke havde sammenhæng med den installering af radiodispatchene hos politiet, som B A/S skulle foretage efter Forligsaftalen, eller med politiets brug af de installerede radiodispatcher. Da landsretten finder, at det ville have været muligt for andre tilbudsgivere i markedet, herunder A, at afgive tilbud på to serverfarme opstillet under sikrede forhold, såfremt der havde været et sådant udbud, og da hensyn til udbudsreglernes effektivitet må tillægges vægt, finder landsretten herefter som klagenævnet, at beslutningen om og indgåelsen af Forligsaftalen som sket var stridende mod ligebehandlings- og gennemsigthedsprincippet artikel 2 i udbudsdirektivet. Landsretten har ikke fundet, at det fører til en anden vurdering, at det i forligsforhandlingerne var en betingelse fra B A/S' side, at staten mod betaling overtog serverfarmene, og at prissætningen herfor til 50 mio. kr. skete også under hensyn til CFBs afdækning af en anslået ikke ubetydelig procesrisiko, såfremt forlig ikke kunne opnås.

...

4.

Efter håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1, skal en kontrakt, der er omfattet af udbudsdirektivet, erklæres for uden virkning, hvis en ordregiver i strid med EU-udbudsreglerne har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, jf. dog § 4.

Efter § 4 i loven har en ordregiver i en sådan situation mulighed for at sikre, at en kontrakt ikke erklæres for uden virkning, såfremt bestemmelsens tre kumulative betingelser er iagttaget.

Det fremgår herom af sagen, at CFB ... den 19. oktober 2010 i EU-Tidende offentliggjorde en "Bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigthed" vedrørende baggrunden for indgåelse af en tillægsaftale til Kontrolrumsaftalen, dvs. den efterfølgende Forligsaftale, at CFB iagttog den foreskrevne standstill-periode på 10 kalenderdage, at CFB yderligere afventede klagenævnets afgørelse af 10. december 2010, hvorefter A's klage til nævnet ikke blev tillagt opsættende virkning, og at CFB som anført herefter den 17. december 2010 indgik Forligsaftalen med B A/S.

Landsretten lægger efter bevisførelsen ... til grund, at CFBs vurdering af, at indgåelse af Forligsaftalen med B A/S var tilladt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i henhold til EU-udbudsreglerne, ikke var en åbenbart urigtig vurdering.

...

5.

Det følger af det anførte, at der endvidere ikke findes grundlag for at statuere annullation. ...”

1.10. Landsrettens dom er indbragt for Højesteret af A.

1.11. A og CFB er for Højesteret enige om, at der er behov for at stille EU-Domstolen præjudicielt spørgsmål til afklaring af en ordregivende myndigheds adgang til i nødlidende kontraktforhold at indgå forligsaftaler med henblik på at undgå anvendelsen af misligholdelsesbeføjelser og en efterfølgende retlig tvist. Parternes anbringender vedrørende dette tvivlsspørgsmål er gengivet i punkt 5 nedenfor.

2. Nationale bestemmelser

2.1. På det for hovedsagen relevante tidspunkt var Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 (Udbudsdirektivet) implementeret i dansk ret ved bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved bekendtgørelse nr. 326 af 11. april 2006, bekendtgørelse nr. 588 af 12. juni 2006 og bekendtgørelse nr. 597 af 7. juni 2007. Bekendtgørelsens § 1 havde følgende ordlyd:

”§ 1. Ordregivere skal overholde bestemmelserne i udbudsdirektivet.

Stk. 2. Ved udbudsdirektivet forstås Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Stk. 3. Udbudsdirektivet er medtaget som bilag 1 til bekendtgørelsen.”

2.2. Ved lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. (håndhævelsesloven), der trådte i kraft den 1. juli 2010, blev de ændringer til kontroldirektiverne 89/665/EØF og 92/13/EØF, som fulgte af direktiv nr. 2007/66/EF, implementeret i dansk ret. Håndhævelseslovens § 4 og § 17 har følgende ordlyd:

”§ 4. En ordregiver har mulighed for at sikre, at en kontrakt i de tilfælde, der er nævnt i § 17, stk. 1, nr. 1, ikke erklæres for uden virkning, hvis

- 1) ordregiveren forud for kontraktindgåelsen i Den Europæiske Unions Tidende har offentliggjort en bekendtgørelse, hvoraf det fremgår, at ordregiveren agter at indgå kontrakten,
 - 2) kontrakten ikke er indgået inden udløbet af 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort, og
 - 3) ordregiveren finder, at indgåelsen af kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende er tilfaldt i henhold til EU-udbudsreglerne.
- Stk. 2. ...*

og

”§ 17. En kontrakt, der er omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal erklæres for uden virkning, hvis

- 1) en ordregiver i strid med EU-udbudsreglerne har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, jf. dog § 4,

...

Stk. 3. En kontrakt, der skal erklæres for uden virkning efter stk. 1, og som ikke er undtaget efter § 4 eller stk. 2, kan opretholdes, hvis det på baggrund af en undersøgelse af alle relevante aspekter må konstateres, at væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning.

Stk. 4 ...

3. De EU-retlige regler

- 3.1. Af præamblen i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 (Udbudsdirektivet) fremgår bl.a.:

”2) Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. For offentlige kontrakter over en vis værdi er det dog tilrådeligt at udarbejde bestemmelser om fællesskabssamordning af nationale procedurer for indgåelse af sådanne kontrakter, der bygger på disse principper, for at sikre deres virkninger og garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter. Disse samordningsbestemmelser bør derfor fortolkes i overensstemmelse med såvel ovennævnte regler og principper - som traktatens øvrige bestemmelser.

3) Disse samordningsbestemmelser bør, så vidt det er muligt, tilpasses til de fremgangsmåder og sædvaner, der er gældende i de enkelte medlemsstater.

...

36) Udviklingen af effektive konkurrenceforhold inden for offentlige indkøb nødvendiggør offentliggørelse på fællesskabsplan af de udbudsbekendtgørelser, som medlemsstaternes ordregivende myndigheder udsteder. De oplysninger, som indeholdes i disse bekendtgørelser, skal gøre det muligt for Fællesskabets økonomiske aktører at vurdere, om de udbudte indkøb er af interesse for dem. Der bør med henblik herpå gives dem tilstrækkeligt kendskab til kontraktens genstand og til de betingelser, der er knyttet til den. ...”

3.2. Udbudsdirektivets art. 2 er sålydende:

”Principper for indgåelse af kontrakter

Artikel 2

De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.”

- 3.3. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 (Udbudsdirektivet) afløses af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF. Implementeringsfristen for direktiv 2014/24/EU er den 18. april 2016, jf. artikel 90, og direktiv 2004/18/EF ophæves pr. samme dato, jf. artikel 91.
- 3.4. Direktiv 2014/24/EU indeholder i art. 72 en regulering af adgangen til at ændre kontrakter i deres løbetid uden en ny udbudsprocedure. Baggrunden for bestemmelsen fremgår af punkt 107-111 i direktivets præambel.

4. EU-Domstolens praksis

- 4.1. Spørgsmålet om, hvorvidt en ændring af en tidligere udbudt kontrakt udløser fornyet udbudspligt, er behandlet i EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06 (Presetext).
- 4.2. Presetext-dommen vedrørte fortolkningen af begrebet "indgåelse" i det nu ophævede direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter. Konkret vedrørte den præjudicielle sag overførsel af kontrakt til en anden juridisk enhed end ordregiveren, samt ændring af kontrakten i forhold til vederlag og retten til at opsiges kontrakten. Den omhandlede kontrakt var ikke nødlidende, og der var ikke tale om, at parterne i forbindelse med

ændringen af kontrakten frafaldt eller undlod at anvende allerede aftalte misligholdelsesbeføjelser.

- 4.3. Domstolen fastslog, at der er tale om indgåelse af en ny og udbudspligtig aftale, hvis de nye bestemmelser er ”*afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer*” (præmis 34).
- 4.4. En ændring ”*i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget*” (præmis 35). En aftaleændring kan også være væsentlig og udtryk for en ny aftaleindgåelse, hvis aftalen i betydeligt omfang udvides til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var forudsat heri, jf. præmis 36, eller hvis den økonomiske balance ændres til fordel for tilbudsgiveren på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser, jf. præmis 37.
- 4.5. EU-Domstolen har endvidere i dom af 13. april 2010 i sag C-91/08 (Wall AG) anvendt kriterierne fra Presstext-dommen på en situation, hvor der var tale om udskiftning af en underleverandør i et fortsættende kontraktforhold.

5. Parternes argumenter

- 5.1. A gør gældende, at Forligsaftalen indebærer så væsentlige ændringer i Kontrolrumskontraktens bestemmelser og de ydelser, der skulle leveres i henhold til Kontrolrumskontrakten, at indgåelsen af Forligsaftalen med B uden forudgående udbud af denne kontrakt, udgør en krænkelse af det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincip, jf. EU-Domstolens domme i sag C-454/06 (Presstext) og sag C-91/08 (Wall AG).
- 5.2. Til støtte herfor har A navnlig henvist til, at A ville have haft mulighed for at afgive tilbud på ydelserne i henhold til Forligsaftalen. Den væsentlige reduktion af kontraktværdien (fra 527 mio. kr. til 85 mio. kr.) og det tilsvarende lavere krav til sikkerheds-

stillelse ville have gjort det muligt for mindre virksomheder at byde på Forligsaftalen, og reduktionen i kontraktværdien er så væsentlig, at dette i sig selv må give anledning til en streng håndhævelse af udbudsreglerne. Det var også efter de udbudsretlige regler udelukket at forlænge tidsplanen, som det skete ved Forligsaftalen, idet den oprindelige kontrakt ikke indeholdt en udtrykkelig hjemmel hertil.

Hensynet til at undgå tvister om berettigelsen af en kontraktophævelse og dermed økonomiske hensyn og værdispildsbetragtninger kan heller ikke indgå som et lovligt kriterium ved vurderingen af, om udbudsrettens ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip er overholdt, jf. C-503/04 (Kommissionen mod Tyskland). En ordregivende myndighed er således hverken berettiget eller forpligtet til at holde hånden over en kontraktpart, der har vundet et udbud, men som efterfølgende ikke evner at levere den tilbudte løsning.

A gør ikke gældende, at udbudsdirektivet eller anden afledt EU-ret harmoniserer eller regulerer aftaleretten eller obligationsretten i medlemsstaterne for så vidt angår ordregivende myndigheders udøvelse eller frafald af misligholdelsesbeføjelser. Om en forligsaftale omfattes af udbudspligten, afhænger alene af, om indholdet i form af ændringer af den oprindelige aftale, som forligsaftalen går ud på, er af en sådan karakter, at den er selvstændigt udbudspligtig efter udbudsdirektivet.

- 5.3. CFB gør gældende, at Forligsaftalen kunne indgås med B uden afholdelse af udbud, fordi Forligsaftalen indebar en betydelig begrænsning af de ydelser, som B skulle levere. Der var således ikke tale om indgåelse af en ny aftale i udbudsdirektivets forstand.
- 5.4. Til støtte herfor har CFB navnlig henvist til, at der ikke i retspraksis eller i udbudsdirektivet er holdepunkter for, at forligsaftaler, der begrænser allerede udbudte ydelser, er genstand for en særskilt udbudspligt. En ordregiver, der skal håndtere en nødlidende kontrakt med sin leverandør, må indrømmes et ganske stort spillerum for at finde en løsning, der også ud fra en samfundsøkonomisk betragtning er fornuftig. Navnlig i sager om udviklingsprægede anskaffelser, det være sig store byggerier, IT-systemer, skibe eller lignende, er det ikke usædvanligt, at det viser sig under afviklin-

gen af kontrakten, at tingene ikke former sig, som man forudså ved det oprindelige udbud, som måske også ligger flere år tilbage. Udbudsreglerne må give ordregiverne mulighed for at manøvrere i denne type af kontrakter på en sådan måde, at der kan laves smidige og holdbare løsninger, der tilgodeser både ordregiveren og leverandøren. En meget streng forståelse af de udbudsretlige krav i forbindelse med ændringshåndtering i denne type af kontrakter ville indebære, at ordregivende myndigheder enten ville være forpligtet til undlade rimelige og fornuftige tilpasninger eller til at afbryde igangværende kontrakter for at "genudbyde" ydelsen i den ændrede udformning, hvilket typisk ville indebære et betydeligt værdispild for både ordregiveren og leverandøren.

Det forhold, at de centrale serverfarme blev overdraget til eje i stedet for leje i henhold til kontrakten, indebærer ikke i sig selv, at Forligsaftalen blev udbudspligtig.

Hverken udbudsdirektivet eller anden afledt EU-ret harmoniserer eller regulerer aftaleretten eller obligationsretten i medlemsstaterne for så vidt angår ordregivende myndigheders udøvelse eller frafald af misligholdelsesbeføjelser. Såfremt forligsaftaler uden videre omfattes af udbudspligten, vil det i realiteten afskære ordregivende myndigheder fra at begrænse og tilpasse ydelse som led i forligsmæssige løsninger, hvor myndighederne samtidig frafalder anvendelsen af misligholdelsesbeføjelser. En sådan indirekte regulering af myndighedernes aftale- og obligationsretlige rettigheder er ikke hjemlet i traktaterne og er som sådan i strid med legalitetsprincippet.

6. Højesterets grundlag for spørgsmålet

- 6.1. Højesteret finder, at der består fortolkningstvivl vedrørende udbudsdirektivets artikel 2 i relation til spørgsmålet om adgangen for en ordregivende myndighed til at indgå forligsaftaler i nødlidende kontraktforhold uden derved at udløse en ny udbudspligt for så vidt angår forligsaftalen.
- 6.2. EU-Domstolens afgørelser i sag C-454/06 (Pressetext) og sag C-91/08 (Wall AG) vedrørte fortsættende, ikke-nødlidende kontrakter, hvor spørgsmålet om anvendelse af misligholdelsesbeføjelser ikke var relevant. EU-Domstolen har således i Pressetext- og Wall-dommene alene taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt og i hvilket omfang ændringer i et løbende, fortsættende retsforhold kan foretages, uden at der er tale om

indgåelse af en ny kontrakt, der skal udbydes ved en særskilt og efterfølgende udbudsforretning.

- 6.3. Der ses ikke i den foreliggende retspraksis fra EU-Domstolen at være taget stilling til en situation, hvor en kontrakt er nødlidende, uden at der er enighed mellem kontraktparterne om, hvem der bærer ansvaret for dette, og hvor parterne som led i en forligsmæssig løsning vælger at foretage en ændring af parternes respektive rettigheder og forpligtelser, herunder misligholdelsesbeføjelser. Spørgsmålet er ikke direkte reguleret i det hidtil gældende udbudsdirektiv (2004/18/EF), ligesom det nye udbudsdirektiv (2014/24/EU) heller ikke ses at indeholde en regulering, der specifikt angår situationer svarende til en situation som den nævnte.
- 6.4. Højesteret finder derfor, at det er nødvendigt at anmode EU-Domstolen om at fastslå de relevante kriterier og fortolkningselementer, der under de givne omstændigheder skal anvendes ved vurderingen af, om en aftale svarende til Forligsaftalen udgør en kontrakt, der i sig selv er udbudspligtig. Højesteret vil herefter på baggrund af EU-Domstolens fortolkningsbidrag kunne foretage den konkrete retsanvendelse i hovedsagen.

7. Spørgsmålet

- 7.1. På denne baggrund anmoder Højesteret EU-Domstolen om at besvare det spørgsmål, der er anført nedenfor.

Thi bestemmes:

Højesteret anmoder EU-Domstolen om at besvare følgende spørgsmål:

Spørgsmål 1

Skal artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter sammenholdt med EU-Domstolens domme i sag C-454/06, Presstext og sag C-91/08, Wall AG fortolkes således, at en forligsaftale, der indebærer indskrænkninger og ændringer af parternes oprindeligt

aftalte ydelser under en tidligere udbudt kontrakt samt et gensidigt afkald på udøvelse af misligholdelsesbeføjelser med henblik på at undgå en efterfølgende retslig tvist, udgør en kontrakt, der i sig selv er udbudspligtig, hvis det må lægges til grund, at den oprindelige kontrakt er blevet nødlidende.