

Notat om udbud af programtilladelse til digital public service-radiokanal

1. INDLEDNING OG KONKLUSIONER

Ifølge radio- og fjernsynsloven har Radio- og tv-nævnet til opgave på grundlag af tilladelse eller registrering at træffe afgørelse om tilladelse til programvirksomhed, udstede sådanne tilladelser og føre tilsyn med programvirksomheden, jf. §§ 42 og 45.

Efter § 45, stk. 5, kan kulturministeren fastsætte regler om sådanne udbudsforretninger og tilladelser. Kulturministeren kan endvidere fastsætte, at Radio- og tv-nævnet i forbindelse med udstedelse af tilladelser til programvirksomhed - efter regler fastsat af kulturministeren - kan fastsætte vilkår for programvirksomheden m.v.

Med hjemmel i radio- og fjernsynslovens § 45, stk. 5, har Kulturministeriet udstedt bekendtgørelse nr. 719 af 9. juli 2019 om udbud af digital public service-radiokanal med fokus på kultur. Af bekendtgørelsens § 1 fremgår, at Radio- og tv-nævnet skal udbyde den omhandlede radiokanal. Med henvisning til denne bekendtgørelse offentliggjorde Radio og tv-nævnet den 26. juli 2019 udbudsmateriale vedrørende *"Radio- og tv-nævnets udbud af digital public service-radiokanal med fokus på kultur"*.

Ansøgningsfristen for udbuddet var af Radio- og tv-nævnet fastsat til den 20. september 2019. Nævnet modtog inden fristens udløb tre ansøgninger. På baggrund af en evaluering af de indkomne ansøgninger har Radio- og tv-nævnet meddelt den ene af ansøgerne, at denne har vundet udbuddet, og på den baggrund udstedt programtilladelsen til den pågældende vindende ansøger.

Kulturministeriet har anmodet om en overordnet redegørelse for, under hvilke omstændigheder Radio- og tv-nævnet er forpligtet eller berettiget til at tilbagekalde eller annullere programtilladelsen og dermed enten foretage en ny evaluering af de indkomne tilbud eller alternativt annullere udbuddet og lade det gå om, og hvilke reaktionsmuligheder ansøgerne har overfor nævnet.

Sammenfattende er det vores vurdering, at den omhandlede udbudsproces vedrørende programtilladelsen først og fremmest er reguleret af den ovennævnte bekendtgørelse og udbudsmaterialet (afsnit 2 nedenfor). Udbudsprocessen er ikke omfattet af EU's udbudsdirektiver eller af reglerne i udbudsloven, idet der ikke er tale om en offentlig indkøbskontrakt, men derimod om udstedelse af en forvaltningsafgørelse i form af tildeling af en programtilladelse omfattet af den særlige regulering i radio- og fjernsynsloven.

Radio- og tv-nævnets gennemførelse af udbudsprocessen er dog underlagt EUF-traktatens grundlæggende bestemmelser om fri bevægelighed (afsnit 3). Det indebærer i overensstemmelse med EU-Domstolens faste retspraksis bl.a., at tildelingen (udbudsprocessen) skal overholde de EU-retlige principper om gennemsigtighed og proportionalitet samt forbuddet mod diskrimination (ligebehandlingsprincippet). Derudover skal nævnet overholde dansk rets almindelige forvaltningsretlige principper (afsnit 4).

Det er i lyset af ovenstående retlige ramme vores vurdering, at Radio- og tv-nævnet ikke kan tilbagekalde den meddelte programtilladelse, medmindre der foreligger væsentlige fejl i forbindelse med gennemførelsen af udbudsprocessen og/eller evalueringen af de indkomne bud, som medfører en risiko for, at den ansøger, der har fået tildelt programtilladelsen, ikke burde have fået den tildelt. Det bemærkes i den sammenhæng, at det er Radio- og tv-nævnet, der som kompetent myndighed vil skulle vurdere, om udbuddet er forbundet med sådanne fejl, at programtilladelsen skal tilbagekaldes.

Nævnet kan efter omstændighederne ifalde erstatningsansvar over for ansøgerne i anledning af gennemførelsen af udbudsprocessen, ligesom nævnet kan ifalde ansvar, hvis tilladelsen tilbagekaldes og nævnet aflyser udbuddet (afsnit 6).

Klager over Radio- og tv-nævnets udbud af programtilladelse vil skulle indbringes for de almindelige domstole. Tilsvarende vil en evt. klage over tilbagekaldelse af den udstedte programtilladelse og eventuelle erstatningskrav skulle indbringes for de almindelige domstole (afsnit 7).

I det følgende redegør vi nærmere for baggrunden for disse vurderinger. Henset til de snævre tidsmæssige rammer for udarbejdelsen af notatet er vores beskrivelse af de retlige rammer for udbuddet og for retspraksis ikke udtømmende.

2. BEKENDTGØRELSEN OG UDBUDSMATERIALET

De retlige rammer for udbuddet er i første række fastsat i Kulturministeriets bekendtgørelse og i udbudsmaterialet.

Kulturministeriets bekendtgørelse indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

”§ 19 Radio- og tv-nævnet er berettiget til inden udløbet af fristen for indgivelse af ansøgninger at aflyse udbuddet.

Stk. 2. Radio- og tv-nævnet er berettiget til at aflyse udbuddet, hvis der ikke fremkommer egnede ansøgninger, eller der i øvrigt foreligger en saglig grund hertil.

Stk. 3. Radio- og tv-nævnet er berettiget til at foretage ændringer i de i udbudsmaterialet angivne vilkår for tilladelsen eller udbudsmaterialet i øvrigt inden udløbet af fristen for indgivelse af ansøgninger.

(...)

§ 31. *Tilladelsen udstedes af Radio- og tv-nævnet og gælder fra den i ansøgningen anførte dato for programvirksomhedens start, jf. dog § 2, stk. 3, og fire år frem.”*

I bekendtgørelsens § 50 henvises til muligheden for, at tilladelsen kan inddrages midlertidigt eller endeligt, hvis tilladelseshaveren overtræder lovgivningen eller tilsidesætter vilkår m.v., som nærmere bestemt i bestemmelsen. Endvidere anføres det bl.a. i bestemmelsen, at tilladelsen kan inddrages (midlertidigt eller endeligt), hvis tilladelseshaveren har afgivet urigtige oplysninger i forbindelse med udbuddet.

Af Radio- og tv-nævnets udbudsmateriale fremgår bl.a. følgende:

Side 1:

”Radio- og tv-nævnet tager forbehold for eventuelle ændringer af udbudsmaterialet, herunder i tidsplanen, og for ændringer som følge af ændringer af bekendtgørelsen. Nævnet tager ligeledes forbehold for en eventuel aflysning af udbuddet, hvis der ikke fremkommer egnede ansøgninger eller der i øvrigt foreligger en saglig grund hertil, jf. bekendtgørelsens § 19, stk. 2. Endelig tages forbehold for fejl i udbudsmaterialet.”

Side 28:

”Ansørgernes omkostninger i forbindelse med udformning af udbuddet er Nævnet uvedkommende – der kan ikke ydes kompensation herfor, heller ikke hvis Nævnet aflyser udbuddet.”

Side 41:

”Umiddelbart efter offentliggørelse, jf. ovenfor, vil tilladelse blive udstedt til vinderen. Tilladelsens ikrafttræden vil være den i ansøgningen anførte startdato, som skal være mellem den 1. november 2019 og 1. juli 2020, jf. § 2, stk. 3, i bekendtgørelsen. Tilladelsen gælder fire år frem beregnet fra den i ansøgningen anførte startdato.”

3. GENERELLE EU- OG UDBUDSRETTLIGE PRINCIPPER

3.1 Indledning

Radio- og tv-nævnets udbudsproces vedrørende programtilladelsen er ikke omfattet af de almindelige udbudsregler i udbudsloven (lov nr. 1564 af 15. december 2015) eller af EU-udbudsreglerne i udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU), forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU), koncessionsdirektivet (direktiv 2014/23/EU) og forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF), idet der ikke er tale om en offentlig indkøbskontrakt, men derimod om udstedelse af en forvaltningsafgørelse i form af tildeling af en programtilladelse omfattet af den særlige regulering i radio- og fjernsynsloven.

Radio- og tv-nævnet er dog underlagt TEUF's grundlæggende bestemmelser om fri bevægelighed. Det indebærer i overensstemmelse med EU-Domstolens faste retspraksis bl.a., at tildelingen (udbudsprocessen) skal overholde de EU-retlige principper om gennemsigtighed og proportionalitet samt forbuddet mod diskrimination (ligebehandlingsprincippet), ligesom dansk rets almindelige forvaltningsretlige principper finder anvendelse (jf. om sidstnævnte nedenfor i afsnit 4).

Der findes så vidt ses ikke relevant praksis om, hvorledes TEUF's regler om fri bevægelighed skal fortolkes i relation til tilbagekaldelse af en radioprogramtilladelse, som den omhandlede. Selv om udbudsreglerne ikke finder direkte anvendelse, må det antages, at grundlæggende udbudsretlige principper ikke desto mindre i vidt omfang finder analog anvendelse på dette udbud, suppleret med dansk rets almindelige principper for tilbagekaldelse af forvaltningsakter. Det er dog vigtigt at bemærke, at EU-udbudsreglerne indeholder en mere vidtgående og detaljeret regulering end, hvad der i udgangspunktet vil gælde efter reglerne om fri bevægelighed og dansk rets almindelige forvaltningsretlige principper, og som derfor ikke vil gælde for det konkrete udbud. De udbudsretlige regler, der umiddelbart vurderes relevante i nærværende sammenhæng, beskrives i det følgende.

3.2 Aflysning af udbudsprocessen

I lovbemærkningerne til udbudslovens § 2 er bl.a. anført følgende i forhold til en ordregivers mulighed for at undlade at indgå en kontrakt, men i stedet at aflyse udbudsprocessen:

*"EU-Domstolen har fastslået, at iværksættelse af et offentligt udbud ikke indebærer en kontraheringspligt, og at ordregiveren derfor som udgangspunkt har ret til at aflyse et udbud.
[...]*

Dansk retspraksis følger EU-Domstolens praksis på området. Højesteret har således udtalt, at en ordregiver som udgangspunkt må anses for berettiget til at aflyse et udbud, hvis ikke

andet følger af udbudsbetingelserne eller af omstændighederne i øvrigt. En annullation af udbuddet må dog ikke forfølge et formål, som er i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, eller som i øvrigt må anses for usagligt, jf. Højesterets dom af 18. august 2011, optrykt i Ugeskrift for Retsvæsen 2011 side 3129 (Silkeborg Kommune)."

Der kan være forskellige saglige grunde til, at en ordregiver ønsker at aflyse en udbudsproces, inden kontrakten er tildelt.

Hvis en ordregiver, f.eks. bliver opmærksom på en grundlæggende fejl/uhensigtsmæssighed ved den evalueringsmodel, der måtte være beskrevet i udbudsmaterialet, kan ordregiver være nødt til at aflyse udbuddet og igangsætte et nyt udbud, hvor der er rettet op på den pågældende fejl/uhensigtsmæssighed.

Det er illustreret ved Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. februar 2018, Sigmax Law Enforcement B.V. mod Rejsekort A/S. Kendelsen omhandler et udbud, hvor ordregiver anvendte en anden måde at evaluere og pointgive nogle underpunkter til et kvalitativt delkriterie på, end det var beskrevet i udbudsmaterialet, da den beskrevne metode efter ordregivers opfattelse viste sig konkret uegnet i forhold til de indkomne tilbud. Klagenævnet udtalte dog, at en sådan *"ændring af evalueringsmetoden har karakter af en ændring af et grundlæggende element, som ikke kunne foretages uden et fornyet udbud"*.

Ifølge Klagenævnet for Udbud kan eksempelvis en ændret politisk opfattelse hos ordregiver også udgøre en saglig grund til at aflyse et udbud, forinden kontrakten er tildelt, jf. kendelse af 5. april 2019, Dansk Erhverv mod Holstebro, Lemvig og Struer Kommune, hvor klagenævnet bl.a. udtalte,

"[...] at der i relation til annullation af udbuddet ville have kunnet været mange andre saglige begrundelser; f.eks. ville det have været sagligt, hvis kommunerne havde ændret politisk opfattelse, således at man på den baggrund i stedet ønskede at hjemtage opgaven til egen drift."

Det vil dog omvendt ikke være en saglig grund til at aflyse et udbud, hvis ordregiver blot foretrækker en anden leverandør end den leverandør, der ellers står til at vinde udbuddet, og i øvrigt opfylder samtlige krav og betingelser i udbudsmaterialet.

3.3 Tilbagekaldelse af tildelingsbeslutning med henblik på fornyet tilbudsevaluering

Udbudslovens § 170 bestemmer endvidere om den situation, hvor tildelingsbeslutningen er truffet, men hvor ordregiver ønsker at tilbagekalde beslutningen, følgende:

”En ordregiver kan tilbagekalde en tildelingsbeslutning og genoptage tilbudsevalueringen, 1) når der er begået fejl ved den oprindelige vurdering af tilbuddene, 2) kontrakten endnu ikke er indgået, 3) den fastsatte vedståelsesperiode er ikke udløbet og 4) samtlige tilbudsgivere underrettes om, at tildelingsbeslutningen tilbagekaldes, og om, at vurderingen af tilbuddene genoptages. Stk. 2. Tilbagekalder ordregiveren en tildelingsbeslutning, skal ordregiveren træffe en ny tildelingsbeslutning på grundlag af en fornyet vurdering af de samme tilbud, som lå til grund for den oprindelige tildelingsbeslutning, med anvendelse af den i udbudsmaterialet beskrevne fremgangsmåde.”

Som det fremgår, er det bl.a. en betingelse for bestemmelsens anvendelse, at ordregiver har begået fejl, og at kontrakten endnu ikke er indgået.

Ifølge lovbemærkningerne til § 170 forudsætter en tilbagekaldelse af tildelingsbeslutningen, *”at ordregiverens beslutning medfører en risiko for, at den pågældende tilbudsgiver, der har fået tildelt kontrakten, ikke burde have fået den tildelt...”*. Som et eksempel på en begået fejl nævnes, at *”kontrakten er tildelt på baggrund af en forkert sammentælling af point”*.

3.4 Efter kontraktindgåelsen

Når en udbudt kontrakt er indgået, er ordregiver derimod forpligtet af kontrakten i overensstemmelse med almindelige aftaleretlige principper, og kontrakten vil således, som udgangspunkt, kun kunne bringes til ophør i overensstemmelse med kontraktens bestemmelser herom.

Udbudslovens § 185 indeholder dog en bestemmelse, ifølge hvilken ordregiver kan (eller – afhængig af omstændighederne – skal) bringe en kontrakt til ophør i tilfælde af visse nærmere bestemte væsentlige udbudsretlige overtrædelser. En fornyet indgåelse af kontrakten vil herefter kræve et nyt udbud.

4. TILBAGEKALDELSE

Som det fremgår af afsnit 3.2 kan et udbud på visse betingelser aflyses, indtil kontrakten er indgået. Det fremgår af afsnit 3.3, at tilbagekaldelse af en tildelingsbeslutning med henblik på en fornyet tilbudsevaluering (uden aflysning af hele udbuddet) kun kan ske på visse betingelser. Er kontrakten allerede indgået, kan den som udgangspunkt kun bringes til ophør i overensstemmelse med kontraktens bestemmelser, jf. afsnit 3.4.

Udbuddet vedrørende den konkrete digitale public service-radiokanal tildeles ikke – som sædvanlige udbud – ved indgåelse af en kontrakt mellem den ordregivende myndighed og vinderen. I stedet udsteder Radio- og tv-nævnet en programtilladelse, der, som nævnt, i denne sag allerede er udstedt til vinderen af udbuddet. Da den programtilladelse, som er udstedt til vinderen af udbuddet i denne sag, er en begunstigende forvaltningsafgørelse, vil de ovennævnte udbudsretlige principper formentlig skulle tilpasses i lyset af dansk rets almindelige forvaltningsretlige regler om tilbagekaldelse af begunstigende forvaltningsakter.

Efter radio- og fjernsynslovens § 50, stk. 1, kan en programtilladelse efter § 45 inddrages midlertidigt eller endeligt, hvis indehaveren 1) overtræder loven eller bestemmelser fastsat efter loven, såfremt en overtrædelse er grov eller overtrædelser er ofte gentagne, eller 2) tilsidesætter § 87 i loven eller pålæg, der er meddelt efter denne bestemmelse, eller 3) tilsidesætter de vilkår, som programtilladelsen er meddelt på, eller 4) tilsidesætter pålæg meddelt efter § 88.

Den omstændighed, at radio- og fjernsynslovens § 50, stk. 1, regulerer tilbagekaldelse i nærmere angivne situationer, indebærer efter vores opfattelse næppe, at der er tale om en udtømmende regulering af mulighederne for tilbagekaldelse, således at tilbagekaldelse ikke kan ske efter de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger i andre situationer.

Tilbagekaldelse på ulovbestemt grundlag kræver, at der foreligger en lovlig, relevant og saglig tilbagekaldelsesgrund.

Tilbagekaldelsens virkning for afgørelsens adressat – tilbagekaldelsesindgrebets intensitet – har betydning for, hvor stærkt et tilbagekaldelsesgrundlag, der kræves (Gammeltoft-Hansen, Forvaltningsret, 2. udg., s. 949f). Hvis tilbagekaldelsen indebærer et indgreb i udøvelsen af erhverv, skærpes kravene til vægten af tilbagekaldelsesgrunden, og hvor tilbagekaldelsen har som konsekvens, at adressaten ikke kan fortsætte sit hidtidige erhverv, kræves som altovervejende hovedregel lovhjemmel (Revsbech m.fl., Forvaltningsret – Almindelige emner, 6. udg., s. 530).

Det er herudover af afgørende betydning for spørgsmålet om tilbagekaldelse, om de hensyn, der begrunder tilbagekaldelsen, vejer tungere end hensynet til adressaten, der har indrettet sig i tillid til sine berettigede forventninger. Når der er tale om tilbagekaldelse af begunstigende forvaltningsakter, herunder tilladelser, stilles der større krav til vægten af de interesser, der taler for tilbagekaldelse. Det tidsmæssige perspektiv kan endvidere have en betydning for vurderingen, herunder om en evt. tilladelse rent faktisk er udnyttet endnu.

Det følger endvidere af det almindelige forvaltningsretlige princip om proportionalitet, at afgørelsesmyndigheden er forpligtet til at overveje, om det indgreb, som en tilbagekaldelse udgør, er nødvendigt, og om

mindre indgribende midler end en fuldstændig tilbagekaldelse vil være tilstrækkeligt til at tilgodese de hensyn, som taler for tilbagekaldelse.

Endeligt har det betydning for vurderingen af tilbagekaldesspørgsmålet, om tilbagekaldelsesgrunden beror på oprindelige (dvs. oplysninger som forelå allerede på tidspunktet for afgørelsen) eller nye oplysninger (dvs. oplysninger som ikke forelå på afgørelsestidspunktet). Hvis der er tale om en tilbagekaldelse baseret på oplysninger som forelå allerede på tidspunktet for afgørelsen (en såkaldt oprindelig tilbagekaldelsesgrund), vil det, som udgangspunkt, følge af det såkaldte officialprincip, at risikoen for, at en oprindelig tilbagekaldelsesgrund ikke er indgået i den oprindelige afgørelse, påhviler myndigheden.

Såfremt en afgørelse er behæftet med så væsentlige fejl, at den må anses for ugyldig (hvis der f.eks. har været væsentlige fejl i grundlaget for tildelingen af programtilladelsen), kan afgørelsen annulleres, hvilket i praksis vil svare til en tilbagekaldelse. Ugyldighed forudsætter, at der foreligger en væsentlig retlig mangel, som har påvirket afgørelsens indhold, og at der ikke foreligger forhold, som afgørende taler mod ugyldighed, herunder eksempelvis berettigede forventninger.

Tilbagekaldelse på ulovbestemt grundlag, som det i givet fald vil være tilfældet her, underlægges sædvanligvis en særdeles intensiv domstolsprøvelse (Christensen, Forvaltningsret – Prøvelse, s. 201, Andersen, Dansk Forvaltningsret, s. 484 og Revsbech m.fl., Forvaltningsret – Almindelige emner, 6. udg., s. 521).

5. OM DEN KONKRETE ADGANG TIL AT TILBAGEKALDE PROGRAMTILLADELSEN OG GENEVALUERE DE INDKOMNE UDBUD ELLER ANNULLERE OG GENUDBYDE PROGRAMTILLADELSEN

Som det fremgår af afsnit 2 ovenfor, har Radio- og tv-nævnet en særskilt adgang til at aflyse udbuddet, hvis der foreligger en saglig grund, jf. bekendtgørelsens § 19, stk. 2. Det fremgår forudsætningsvis af bekendtgørelsens § 19, at den deri anførte aflysningsadgang vedrører perioden forud for tilladelsens meddelelse til den vindende ansøger.

Det må på grundlag af bekendtgørelsen og udbudsmaterialet modsætningsvist antages, at nævnet ikke efter denne bestemmelse frit kan annullere udbuddet *efter*, at programtilladelsen er udstedt, selv om nævnet måtte have en saglig grund hertil, herunder hvis der er opstået en ændret politisk opfattelse af behovet for udbuddet.

Det er efter vores vurdering nærliggende at antage, at nævnets mulighed for at tilbagekalde den udstedte programtilladelse er begrænset af almindelige udbudsretlige principper, jf. ovenfor afsnit 3.2 – 3.4.

Ved fastlæggelsen af, hvilke begrænsninger disse principper indebærer, er det efter vores vurdering nærliggende at sidestille nævnets meddelelse af programtilladelsen med indgåelse af en kontrakt, selv om programtilladelsen ikke træder i kraft, før end den i tilladelsen fastsatte dato.

Nævnets mulighed for at annullere udbuddet efter almindelige udbudsretlige principper må derfor efter vores vurdering antages at være begrænset af principperne i udbudslovens § 185 om visse væsentlige fejl i udbudsgrundlaget (afsnit 3.4). I givet fald skal der gennemføres et nyt udbud, idet det ikke er muligt blot at genoptage evalueringen af de allerede indkomne ansøgninger.

Selv hvis nævnet – også efter meddelelse af programtilladelsen – måtte have mulighed for at tilbagekalde tilladelsen efter principperne i udbudslovens § 170, hvilket vi som nævnt finder mindre sandsynligt, er det også efter disse principper et krav, at der er begået fejl ved vurderingen af tilbuddene. Fejlen skal endvidere medføre en risiko for, at den pågældende tilbudsgiver, der har fået meddelt tilladelsen, ikke burde have fået den tildelt. En evt. efterfølgende konstatering af, at de fastsatte udbudsbetingelser ikke har været hensigtsmæssige, er ikke efter udbudsretlige principper en tilstrækkelig begrundelse for at annullere udbuddet og tilbagekalde tilladelsen.

Såfremt principperne i § 170 må antages at finde anvendelse, har nævnet mulighed for at genoptage evalueringen. En fornyet evaluering af de indkomne ansøgninger vil skulle ske på baggrund af de foreliggende ansøgninger og efter den i udbudsmaterialet beskrevne fremgangsmåde. En ændring af udbudsgrundlaget efter tilbudsfristens udløb vil derimod kræve en fornyet udbudsproces.

De almindelige forvaltningsretlige grundsætninger om tilbagekaldelse, jf. afsnit 4 ovenfor, peger i samme retning, dvs. at nævnet – i en situation som den foreliggende – kun kan tilbagekalde den meddelte tilladelse, hvis der er sket væsentlige fejl i vurderingen. Det kan ikke af de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger udledes, under hvilke omstændigheder der kan ske genoptagelse af tilbudsevalueringen, eller om udbuddet skal gå helt om. Henset til den særlige proces for tildeling af programtilladelsen, synes det dog mest nærliggende, at de forvaltningsretlige grundsætninger ikke kan føre til en øget adgang til at genoptage tilbudsevalueringen, end hvad der følger af de udbudsretlige principper, der er beskrevet ovenfor. Også af forvaltningsretlige grundsætninger følger derfor formentlig, at der ved tilbagekaldelse af en udstedt programtilladelse skal foretages et helt nyt udbud, hvis programtilladelsen skal tildeles på ny.

Sammenfattende er det således vores vurdering, at det ikke er muligt at tilbagekalde den meddelte programtilladelse, medmindre der foreligger væsentlige fejl i forbindelse med gennemførelsen af udbudsprocessen og/eller evalueringen af de indkomne bud, som medfører en risiko for, at den ansøger, der har fået tildelt programtilladelsen, ikke burde have fået den tildelt. Det bemærkes i den sammenhæng, at det er

Radio- og tv-nævnet, der som kompetent myndighed vil skulle vurdere, om udbuddet er forbundet med sådanne fejl.

6. OM ERSTATNING

Nævnet kan efter omstændighederne ifalde erstatningsansvar over for ansøgerne i udbudsprocessen, hvis nævnet har overtrådt udbudsretlige principper eller almindelige forvaltningsretlige grundsætninger, og hvis ansøgerne har lidt tab som følge af overtrædelsen. Såfremt Radio- og tv-nævnet tilbagekalder tilladelsen og aflyser udbuddet i strid med de ovennævnte retsregler, risikerer nævnet tilsvarende at pådrage sig erstatningsansvar efter dansk rets almindelige erstatningsregel.

Sådanne erstatningskrav vil typisk være opgjort som enten den negative kontraktinteresse (de forgæves afholdte omkostninger ved at deltage i udbuddet) eller den positive opfyldelsesinteresse for den vindende tilbudsgiver (tabet ved ikke at få tildelt den udbudte kontrakt/tilladelse m.v.). Positiv opfyldelsesinteresse kan efter omstændighederne komme på tale til en forbigået tilbudsgiver, der kan påvise, at den skulle have vundet, hvis evalueringen havde været korrekt.

En udbudsretlig overtrædelse, der vil kunne udløse et erstatningsansvar, vil f.eks. kunne være fejl begået under tilbudsevalueringen, eller accept af et tilbud, som faktisk ikke overholder kravene i udbudsmaterialet og derfor burde have været afvist som ukonditionsmæssigt.

Bestemmelsen i udbudsmaterialets side 28 om, at omkostningerne ved udbuddet er Radio- og tv-nævnet uvedkommende kan i den forbindelse næppe udelukke et ansvar for negativ kontraktinteresse, hvis der er handlet ansvarspådragende.

Tilsvarende vil en ansøger, som har fået udstedt en tilladelse efter et udbud kunne kræve erstatning efter samme principper, hvis myndigheden tilbagekalder en udstedt tilladelse, uden at der er konkret hjemmel hertil.

7. KLAGEADGANG

Klager over udbud af kontrakter efter udbudsloven m.v. kan indgives til Klagenævnet for Udbud. Dette klagenævn har imidlertid ikke kompetence til at behandle klager efter udbud i henhold til Radio- og fjernsynslovgivning.

Lov om Klagenævnet for Udbud, § 1, har følgende ordlyd:

”Loven gælder for ordregivere ved indgåelsen af kontrakter inden for forsyningsvirksomhed.

Stk. 2. Loven finder endvidere anvendelse ved håndhævelsen af

- 1) udbudsloven og regler udstedt i medfør af denne lov, jf. dog stk. 4,*
- 2) EU-retten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter og kontrakter inden for forsyningsvirksomhed (EU-udbudsreglerne) og*
- 3) lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.*


Stk. 3. Loven finder endvidere anvendelse, når der i lov eller i henhold til lov er fastsat bestemmelser om klageadgang i Klagenævnet for Udbud.

Stk. 4. Loven gælder ikke for klager over overtrædelse af udbudslovens § 1 og § 193.”

Klager over Radio- og tv-nævnets udbud af programtilladelse vil således skulle indbringes for de almindelige domstole. Tilsvarende vil en evt. klage over tilbagekaldelse af den udstedte programtilladelse skulle indbringes for de almindelige domstole.



Rass Holdgaard
Partner, Advokat



Jacob Pinborg
Partner, Advokat