

Boxer TV A/S
Langebrogade 6E, 1
Postbox 118
1004 København K

Radio- og tv-nævnet

8. marts 2011

Søren F. Jensen
Juridisk konsulent

sfj@bibliotekogmedier.dk
Direkte tlf.: 33 73 33 27

Anmodning om udskydelse af lancering af mobil-tv via DVB-H på MUX 6

Boxer TV A/S (herefter benævnt Boxer) har ved brev af 16. april 2010 ansøgt Radio- og tv-nævnet om udskydelse af Boxers forpligtigelse til at lancere mobil-tv via DVB-H på MUX 6 inden 30. september 2011. Fristen ønskes udskudt til 30. september 2013.

Boxer begrundet anmodningen om udskydelsen af sin forpligtigelse med:

- Andre teknologier er ved at overhale DVB-H
- Teleselskaberne ikke ønsker at være en del af DVB-H, som det ellers var forudsat i Boxers ansøgning
- Der p.t. kun er ganske få mobiltelefoner med indbygget DVB-H på markedet, hvor en forudsætning i Boxers ansøgning var en bred vifte af modeller i alle prisklasser
- Samtlige lande i Europa - på nær ét - enten har udskudt eller opgivet lancering af DVB-H eller haft fiasko med deres lancering
- Forbrugerefterspørgslen hidtil stort set har været ikke-eksisterende overalt i EU
- Indholdsleverandører ikke efterspørger mobil-tv som indholdsdistributionsplatform

Det er derfor Boxers opfattelse, at der med de beskrevne udfordringer tegner sig et negativt billede for mobil-tv via DVB-H standarden såvel i Danmark som i Europa.

Imidlertid finder Boxer, at det endnu er for tidligt helt at afskrive DVB-H, da der i hvert fald i Italien og til dels i Rusland har vist sig visse positive indikationer, hvilket er baggrunden for, at Boxer ønsker at se udviklingen an, inden Boxer eventuelt måtte anmode om at drøfte en alternativ anvendelse af MUX 6.

Boxer har til støtte for anmodningen vedlagt kopi af en - efter det oplyste - uafhængig rapport udarbejdet af Strand Consult. Rapporten indeholder bl.a. et opdateret studie af DVB-H standarden.

Endvidere finder Boxer, at lanceringen af mobil-tv via DVB-H på MUX 6 kan udskydes uden, at der indtræder en forpligtigelse til at afholde nyt udbud

som gatekeeper rollen til DTT og uden det i øvrigt giver anledning til udbudsretlige problemer. I den forbindelse anfører Boxer, at det ved vurderingen af, om en udskydelse af lanceringen af DVB-H kræver et nyt udbud, er afgørende, om der er tale om en væsentlig ændring af tilladelsen. Væsentligheden skal efter Boxers opfattelse vurderes i forhold til tidspunktet for tildelingen.

Boxer er videre af den opfattelse, at ændringen ikke ville have haft betydning for, hvem Radio- og tv-nævnet tildelte tilladelsen. Ændringen udvider ikke i betydeligt omfang aftalen til kvantitativt eller kvalitativt at omfatte ydelser, der ikke oprindeligt var fastsat i kontrakten, og endelig forskyder ændringen ikke aftalens økonomiske balance til fordel for Boxer på en måde, som ikke var forudsat i de oprindelige udbudsbetingelser.

Endvidere finder Boxer, at markedsudviklingen i øvrigt viser, at DVB-H standarden på nuværende tidspunkt ikke er konkurrencedygtig.

Radio- og tv-nævnets vurdering

Radio- og tv-nævnet har behandlet Boxers ansøgning på sit møde den 3. marts 2011 og skal herefter udtale:

Det fremgår af distributionstilladelsen af 4. april 2008 udstedt til Boxer til distribution af lyd- og billedprogrammer ved hjælp af jordbaserede digitale tv-sendemuligheder, at Boxer senest 30. september 2011 skal distribuere mobil-tv via DVB-H på MUX 6 med en indendørs dækning til håndholdt modtager med en antenne i 1,5 m højde og 95 procent stedsandsynlighed på minimum 37 procent. Det er således én af betingelserne i tilladelsen, at Boxer skal distribuere mobil-tv via DVB-H på MUX 6 med den nærmere angivne dækningsprocent senest 30. september 2011 med et indhold svarende til det i ansøgningen beskrevne.

Det kan udledes af EU-domstolens praksis i relation til udbudsdirektiverne, at ordregiver som udgangspunkt også efter kontraktindgåelse som udgangspunkt er bundet af de betingelser, der blev fastsat i udbudsmaterialet, og at der ikke må ændres i disse. Væsentlige ændringer i en udbudt kontrakt kan således udløse krav om et nyt udbud, medmindre der i det oprindelige udbud er taget højde for ændrede forudsætninger på en sådan måde, at kontraktændringerne kan ske uden at forrykke konkurrencegrundlaget.

Selv om EU-Domstolens praksis alene er udviklet i relation til kontrakter indgået i forbindelse med udbud omfattet af udbudsdirektivet, henviser Domstolens praksis til de generelle principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Det må på den baggrund kunne forventes, at stort set

samme retningslinjer vil være vejledende for, hvornår en ændring af en tilladelse udstedt efter et offentligt udbud, der ikke er omfattet af udbudsdirektivet, er så væsentlig, at ændringen af hensyn til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ikke kan gennemføres uden en fornyet konkurrenceudsættelse.

Af præmisserne i EU-Domstolens dom af 19. juni i sag C-454/06 (presstext) fremhæves tre generelle kriterier, der skal indgå i vurderingen af, hvorvidt en kontraktændring må anses for så væsentlig, at den ændrede kontrakt skal udbydes på ny.

For det første betragtes en ændring som væsentlig, hvis denne indebærer, at andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne kunne tænkes at ville have deltaget i tilbudsgivningen, såfremt de betingelser, som ændringen medfører, havde været en del af det oprindelige udbudsmateriale, eller hvis ændringen ville have gjort det muligt at antage et andet tilbud end det, som oprindeligt blev antaget.

For det andet kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, hvis denne i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri, hvilket må formodes at gælde både kvantitative og kvalitative ændringer i kontrakten. Hvis udvidelsen i forhold til kontraktens værdi er ubetydelig, taler dette for, at ændringen ikke er væsentlig, selv om udvidelsen isoleret set er betydelig.

For det tredje anses en ændring for væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for den vindende tilbudsgiver på en måde, som ikke er fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.

Det er Radio- og tv-nævnets opfattelse, at det ud fra EU domstolens praksis kan konkluderes, at der er lidt større råderum for ændringer, som er motiveret af ændrede ydre omstændigheder, samt at det må antages, at der ved vurderingen af, om en ændring medfører krav om genudbud tillige kan lægges vægt på, om aftaleforholdet vedrører en kompleks ydelse, hvor det har været forbundet med vanskelighed fra starten at forudse behovet for ændringer.

Radio- og tv-nævnet skal i øvrigt bemærke, at det ikke af EU praksis klart fremgår, hvorvidt bedømmelsen af, om udskydelsen af tidsfristen udgør en væsentlig ændring af den økonomiske balance, skal foretages ud fra forholdene på det tidspunkt, hvor forpligtelsen påtages, eller ud fra det tidspunkt, hvor ansøgningen om ændring indsendes. Det er imidlertid Radio- og tv-nævnets opfattelse, at bedømmelsen bør foretages ud fra forholdene på udbudstidspunktet.

På baggrund af ovennævnte finder Radio- og tv-nævnet samlet set, at det ikke vil være i strid med EU-Domstolens praksis at imødekomme Boxers anmodning om udsættelse af tidsfristen for distribution til mobil-tv via DVB-H på MUX 6.

Radio- og tv-nævnet skal i den forbindelse bemærke, at ét af hensynene bag udbudsreglerne netop er, at reglerne skal sikre en samfundsmæssigt rationel anvendelse af det offentliges ressourcer. Det vil derfor ikke være i overensstemmelse med dette grundlæggende formål, hvis en forpligtigelse til at levere en ydelse på en bestemt teknologi opretholdes, når markedet ikke anvender fra den pågældende teknologi.

Radio- og tv-nævnet skal endvidere bemærke, at den økonomiske fordel for Boxer ved en udsættelse for forpligtigelsen til at lancere mobil-tv via DVB-H på MUX 6½ desuden som udgangspunkt maksimalt vil udgøre forrentningen i udsættelsesperioden af den kapital, der efter tidsplanen skulle investeres i opbygningen af nettet mv. Efter de foreliggende regnskabsoplysninger fremsendt af Boxer, er beløbet set i forhold til de samlede omkostninger forbundet med opfyldelse af tilladelsen uvæsentligt.

AFGØRELSE:

Radio- og tv-nævnet imødekommer Boxers ansøgning om udskydelse af forpligtelsen til at lancere mobil-tv via DVB-H på MUX 6, således at fristen til at have en dækning på minimum 37 procent fastsættes til 30. september 2013.

Christian Scherfig
formand

/ Søren F. Jensen
nævnsssekretær