

DA

DA

DA



KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER

Bruxelles, den 05.02.2008
C(2007)6661

KOMMISSIONENS FORTOLKNINGSMEDDELELSE

om anvendelsen af fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner på institutionelle offentlig-private partnerskaber (IOPP'er)

(EØS-relevant tekst)

KOMMISSIONENS FORTOLKNINGSMEDDELELSE

om anvendelsen af fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner på institutionelle offentlig-private partnerskaber (IOPP'er)

1. INDLEDNING

I de senere år er der opstået offentlig-private partnerskaber (OPP'er) på mange forskellige områder. Dette samarbejde, der som oftest er langsigtet, er kendetegnet ved, at den private part, der deltager i forskellige faser af det pågældende projekt (tilrettelæggelse, udførelse og drift), får tildelt en rolle og påtager sig risici, der traditionelt påhviler det offentlige, og ofte medvirker til finansieringen af projektet.

Efter fællesskabsretten står det myndighederne frit for enten selv at udøve en økonomisk aktivitet eller at overdrage den til tredjeparter, f.eks. enheder med deltagelse af både offentlig og privat kapital, oprettet som led i et offentlig-privat partnerskab. Men beslutter offentlige organer sig for at inddrage tredjeparter i økonomiske aktiviteter under forhold, der har karakter af offentlige kontrakter eller koncessioner, så skal gældende fællesskabsret på det pågældende område overholdes. Formålet med disse bestemmelser er at gøre det muligt for alle interesserede økonomiske aktører at afgive tilbud på de offentlige aftaler og koncessioner på et retfærdigt og gennemskeligt grundlag, som det er formålet med det indre marked i EU, for således at hæve kvaliteten af denne type projekter og mindske deres omkostninger i kraft af skærpet konkurrence¹.

Den offentlige høring om grønbogen om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner² har vist³, at der var et reelt behov for at tydeliggøre anvendelsen af disse regler over for de såkaldte institutionelle offentlig-private partnerskaber (IOPP'er). Ved et IOPP forstår Kommissionen et samarbejde mellem offentlige og private parter, som danner en enhed med både offentlig og privat kapitaldeltagelse, og som gennemfører offentlige kontrakter eller udnytter koncessioner⁴. Udover bidraget med kapital eller andre aktiver består det private bidrag til et IOPP i aktiv deltagelse i udførelsen af de opgaver, der tillægges den offentlig-private enhed, og/eller ledelsen af den offentlig-private enhed. Hvis en privat bidrager derimod nøjes med at indskyde kapital i en offentlig virksomhed, bliver der ikke tale om et IOPP. Den situation handler denne meddelelse altså ikke om.

¹ Europa-Parlamentet har i denne forbindelse fastslået, at overholdelsen af disse regler "kan være et effektivt instrument til at undgå uhensigtsmæssige konkurrencebegrænsninger, som samtidig giver det offentlige mulighed for selv at definere og kontrollere betingelserne med hensyn til kvalitet, tilgængelighed, sociale standarder og miljømæssige forpligtelser" (Europa-Parlamentets beslutning om grønbogen om forsyningspligtigheder [P5_TA(2004)0018], punkt 32).

² KOM(2004) 327 af 30.4.2004.

³ "Meddelelse om partnerskaber mellem den offentlige og private sektor og om fællesskabsretten om offentlige kontrakter og koncessioner" - KOM(2005) 569 endelig af 15.11.2005, side 9.

⁴ I medlemsstaterne anvendes der i den forbindelse forskellige terminologier og modeller (f.eks. Kooperationsmodell, og joint ventures og halvoffentlige selskaber).

Det, der opfattes som en juridiske uklarhed omkring private parters deltagelse i IOPP'er, kan blive en hindring for denne måde at organisere sig på. Hvis der er risiko for, at en kontrakt om at oprette en organisation senere viser sig at stride mod fællesskabsretten, kan både myndigheder og private miste lysten til at danne IOPP'er.

Europa-Parlamentet har i en resolution af 26. oktober 2006⁵ om offentlig-private partnerskaber noteret sig, at aktørerne ønsker klarhed om, hvordan lovgivningen om offentlige kontrakter anvendes på oprettelse af offentlig-private virksomheder i forbindelse med tildeling af en kontrakt eller en koncession, og opfordret Kommissionen til hurtigst muligt at tilvejebringe den fornødne afklaring.

I denne meddelelse kaster Kommissionen lys over, hvad der efter dens opfattelse må lægges til grund, når Fællesskabets bestemmelser om offentlige kontrakter og koncessioner⁶ skal anvendes på dannelsen og driften af IOPP'er⁷. Meddelelsens formål er at øge retssikkerheden og særlig at imødegå de jævnligt opdukkende betænkeligheder med hensyn til, hvordan fællesskabsretten anvendes over for private parters deltagelse i IOPP'er, idet nogle er bange for, at de gør sådanne ordninger lidet tiltrækkende, eller endda umulige. Denne meddelelse er et led i den vejledning, Kommissionen har påtaget sig at tilvejebringe på området tjenesteydelser af almen interesse, jf. meddelelsen om tjenesteydelser af almen interesse, herunder sociale ydelser af almen interesse⁸ af 20. november 2007.

Denne meddelelse skaber ingen nye regler. Den afspejler Kommissionens forståelse af EF-traktaten, direktiverne om offentlige kontrakter og domspraksis fra De Europæiske Fællesskabers Domstol (EF-Domstolen). Det bør bemærkes, at det under alle omstændigheder i sidste instans er EF-Domstolen, der skal fortolke fællesskabsretten.

2. DANNELSE AF ET IOPP

2.1. *Principperne*

På fællesskabsplan er der ingen særlige regler om dannelse af IOPP'er. Men ligebehandlingsprincippet og de særlige udtryk herfor, nemlig forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet samt artikel 43 EF om etable-

⁵ P6_TA(2006)0462, afsnit 35.

⁶ Ved "koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder" forstås en kontrakt med samme karakteristika som offentlige bygge- og anlægskontrakter bortset fra, at vederlaget for det arbejde, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris. Ved "koncessionskontrakt om tjenesteydelser" forstås en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris. Se direktiv 2004/18/EF, artikel 1, stk. 3 og 4, EUT L 134 af 30.4.2004, s 114.

⁷ Denne meddelelse dækker ikke offentlige tjenesteydelsesaftaler og -koncessioner, som er omfattet af artikel 5, stk. 2 til 7, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1370/2007 af 23. oktober 2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 (EUT L 315 af 3.12.2007).

⁸ KOM(2007) 725 af 20.11.2007. Se også arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene: "Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest", SEC(2007) 1514, ledsagedokument til meddelelsen af 20.11.2007.

ringsfrihed og artikel 49 EF om fri udveksling af tjenesteydelser, finder anvendelse på offentlige kontrakter og koncessioner, når en myndighed overdrager varetagelsen af en økonomisk aktivitet til en tredjepart⁹. De principper, der kan udledes af artikel 43 og 49 EF, handler ikke kun om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling, men mere specifikt også om gennemskuethed, gensidig anerkendelse og proportionalitet¹⁰. I de tilfælde, hvor direktiverne om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter¹¹ ("direktiverne om offentlige kontrakter") finder anvendelse, gælder der præcise bestemmelser.

Den omstændighed, at en privat enhed og en ordregiver¹² samarbejder i en offentlig-privat enhed, kan ikke begrunde nogen afvigelse fra reglerne om offentlige kontrakter og om koncessioner, når der tildeles offentlige kontrakter eller koncessioner til denne private eller offentlig-private enhed. EF-Domstolen har konstateret¹³, at den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, under alle omstændigheder udelukker, at der kan foreligge en "intern" (in-house-) relation (som bestemmelserne om offentlige kontrakter principielt ikke gælder for) mellem den ordregivende myndighed og dette selskab¹⁴, også selv om den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel.

2.2. *Oprettelse*

I praksis etableres et IOPP sædvanligvis på en af følgende måder:

- Der oprettes en ny virksomhed, hvis kapital ejes i fællesskab af ordregiveren og den private part - eller i visse tilfælde af flere ordregivere og/eller private parter - og en offentlig kontrakt eller koncession tildeles denne nyoprettede offentlig-private enhed.
- En privat part indskyder kapital i en offentlig virksomhed, der findes i forvejen, og som gennemfører offentlige kontrakter eller udnytter koncessioner, der er opnået tidligere, mens forholdet mellem ordregiver og virksomhed var virksomhedsinternt.

Uanset hvordan IOPP'et er oprettet, forpligter fællesskabsrettens bestemmelser om offentlige kontrakter og koncessioner ordregiveren til at følge en retfærdig og

⁹ Sag C-458/03, Parking Brixen, Sml., s. I-8612, præmis 61.

¹⁰ Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen, 2000/C 121/02, EFT C af 29.4.2000, s. 6.

¹¹ Direktiv 2004/18/EF (se fodnote 6) og direktiv 2004/17/EF, EUT L 134 af 30.4.2004, s. 1.

¹² I denne meddelelse forstås ved "ordregiver" både ordregivende myndigheder som omhandlet i artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18/EF og ordregivere som omhandlet i artikel 2 i direktiv 2004/17/EF.

¹³ Sag C-26/03, Stadt Halle, Sml. 2005, s. I-1, præmis 49.

¹⁴ Ifølge Domstolen (sag C-410/04, ANAV, Sml. 2006, p. I-3303, præmis 30 ff.) er det ikke kun en tredjeparts faktiske deltagelse med kapital i en offentlig virksomhed, som kan udelukke at virksomheden betragtes som intern, men allerede en ordregivende enheds vilje til på et senere tidspunkt at give den private sektor adgang til at indskyde kapital i et datterselskab. Mao. er intern tildeling af en offentlig kontrakt eller en koncession til en offentlig virksomhed forbudt, hvis der foreligger en hensigt om at åbne dennes kapital for private enheder i den periode, hvor aftalen skal gennemføres. Derimod mener Kommissionen ikke, at den blotte teoretiske mulighed af, at en privat enhed kan indskyde kapital i en ordregivende myndigheds datterselskab, giver grund til at sætte spørgsmålstegn ved den interne karakter af forholdet mellem ordregiver og datterselskab.

gennemskuelig fremgangsmåde, når den udvælger en privat part, der som led i sin deltagelse i den offentlig-private enhed yder leverancer, bygge-/anlægsarbejder eller tjenesteydelser¹⁵, og når den tildeler en offentlig kontrakt eller en koncession til en offentlig-privat enhed¹⁶. Hvorom alting er, må ordregiverne ikke "gennemføre foranstaltninger til sløring af tildelingen af offentlige tjenesteydelseskontrakter til halvoffentlige virksomheder".¹⁷

I denne forbindelse mener Kommissionen, at det er upraktisk at gennemføre en udvælgelsesprocedure to gange (først for at udvælge den private part til IOPP'et, og dernæst en til for at tildele den offentlige kontrakt eller koncessionen til den offentlig-private enhed).

En mulighed for at oprette et IOPP i overensstemmelse med principperne i fællesskabsretten uden at få problemer med dobbeltprocedurer er at gå frem på følgende måde: Den private part udvælges ved en gennemskuelig procedure med konkurrence, hvis genstand er både den offentlige kontrakt eller den koncession¹⁸, der skal tildeles den offentlig-private enhed, såvel som det driftsmæssige bidrag, den private part skal yde til udførelsen af disse opgaver, og/eller dennes administrative bidrag til forvaltningen af den offentlig-private enhed. Udvalget af den private part ledsages af dannelsen af IOPP'et og tildelingen af den offentlige kontrakt eller koncessionen til den offentlig-private enhed.

2.3. Udvalgelse af private parter til IOPP'er

2.3.1. Retsgrundlag

Hvis den opgave, der tildeles en offentlig-privat enhed, er en offentlig kontrakt, der fuldt ud er underlagt direktiverne om offentlige kontrakter, skal proceduren for udvælgelse af den private part følge disse direktivers bestemmelser. Hvis der er en koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejder eller en offentlig kontrakt, der delvis er omfattet af direktiverne, gælder de grundlæggende regler og principper, der kan udledes af EF-traktaten, ved siden af de relevante direktivbestemmelser. Hvor der er tale om tjenesteydelser, som optræder i direktiv 2004/18/EF, bilag II B, finder EF-traktatens grundlæggende principper efter artikel 43 og 49 anvendelse, såfremt kontrakterne kan anses for at have en vis interesse for virksomheder i en anden medlemsstat end den pågældende ordregivers¹⁹. Er der endelig tale om en tjenesteydelseskoncession eller en offentlig kontrakt, der ikke henhører under

¹⁵ En retfærdig og gennemskuelig procedure for den private part i et IOPP sikrer, at målet om fri og fair konkurrence holdes for øje, og at ligebehandlingsprincippet respekteres, bl.a. ved at forhindre, at den private virksomhed, der har kapital indskudt i IOPP'et, får utilbørlige fordele frem for sine konkurrenter. Hvis et IOPP oprettes efter en retfærdig og gennemskuelig procedure for udvælgelse af den private part i denne offentlig-private enhed, opfyldes de krav, EF-Domstolen har stillet i Stadt Halle-sagen, præmis 51, se fodnote 13.

¹⁶ Ordregiverne kan tildele offentlige kontrakter, der er omfattet af direktiv 2004/17/EF, uden udbud, hvis de går til ordregiverens egne "tilknyttede virksomheder", jf. definitionen i dette direktivs artikel 23.

¹⁷ Sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. 2005, s. I-9705, præmis 42.

¹⁸ Hvis det pågældende IOPP etableres ved den private parts deltagelse i en eksisterende offentlig virksomhed, kan genstanden for proceduren for udvælgelse af den private part være at overdrage gennemførelsen af de offentlige kontrakter eller udnyttelsen af de koncessioner, som den offentlige virksomhed hidtil har taget sig af alene.

¹⁹ Sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, [2007], præmis 32, endnu ikke offentliggjort i Samlingen.

direktiverne om offentlige kontrakter, skal den private part udvælges under overholdelse af EF-traktatens principper.

En del af den retspraksis, der henvises til i dette dokument, vedrører offentlige kontrakter, der er omfattet af alle direktivernes bestemmelser. Men da denne retspraksis ofte bygger på EF-traktatens principper, kan den også være relevant for anvendelsen af fællesskabsretten i andre situationer, som f.eks. koncessioner eller kontrakter, der ikke eller kun delvis er omfattet af de nærmere bestemmelser i direktiverne om offentlige kontrakter²⁰.

2.3.2. Udbudsprocedure

Når dannelse af et IOPP indebærer, at der skal indgås en offentlig kontrakt, der fuldt ud er underlagt direktiv 2004/18/EF, med en offentlig-privat enhed, kan det forekomme, at de procedurer for offentlige og begrænsede udbud, direktivet fastlægger, ikke er fleksible nok til at rumme sådanne konstruktioners finansielle og juridiske kompleksitet. Med henblik på sådanne situationer er der i direktiv 2004/18/EF indført en ny fremgangsmåde - den 'konkurrenceprægede dialog'²¹ - hvis mål er på en gang at sikre konkurrencen mellem økonomiske aktører og at tage hensyn til ordregivernes behov for at drøfte alle aspekter af kontrakten med hver ansøger²².

Offentlige kontrakter, der fuldt ud er underlagt direktiv 2004/18/EF kan kun undtagelsesvis indgås ved udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse²³. Til gengæld kan ordregiverne altid benytte udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse, når de udsteder koncessioner eller indgår offentlige kontrakter, der ikke er fuldt ud underlagt direktiv 2004/18/EF.

2.3.3. Oplysninger om projektet

Når den opgave, der skal løses ved dannelse af et IOPP, er omfattet af direktiverne om offentlige kontrakter eller af EF-regler om enkeltsektorer med bestemmelser om offentlige kontrakter²⁴, er der særlige regler om offentliggørelse af oplysninger²⁵. Hvad angår andre kontrakter og koncessioner på tjenesteydelser, medfører EF-traktatens principper om gennemskuelighed og ligebehandling²⁶, at de potentielle tilbudsgivere skal have adgang til relevante oplysninger om ordregiverens plan om at oprette en offentlig-privat enhed og overdrage den en offentlig kontrakt eller en koncession. Denne adgang til relevante oplysninger kan bedst sikres ved offentliggørelse af en meddelelse, som potentielt interesserede parter har tilstrækkelig adgang til, inden den private part udvælges.

²⁰ Retningslinjer for tildeling af sådanne kontrakter findes i Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne, EUT C 179 af 1.8.2006, s. 2. Nogle medlemsstater og Europa-Parlamentet har anlagt sag ved Førsteinstansretten for at få denne meddelelse annulleret. Ved udsendelsen af denne meddelelse var sagen stadig under behandling.

²¹ Artikel 29 i direktiv 2004/18/EF.

²² Betragtning 31 i direktiv 2004/18/EF.

²³ Artikel 30 og 31 i direktiv 2004/18/EF.

²⁴ F.eks. Rådets forordning (EØF) nr. 2408/92 af 23. juli 1992 om EF-luftfartsselskabers adgang til lufruter inden for Fællesskabet (EFT L 15 af 23.1.1993, s. 33).

²⁵ Artikel 41 ff. i direktiv 2004/18/EF og artikel 35, 36 og 58 i direktiv 2004/17/EF.

²⁶ Sag C-324/98, Telaustria, Sml. 2000 I-10745, præmis 60 og 61.

2.3.4. Tilladte udvælgelses- og tildelingskriterier og krav om deres gennemskuellighed

Kommissionen er af den opfattelse, at fællesskabsretten forpligter ordregiveren til at offentliggøre de udvælgelses- og tildelingskriterier, der afgør, hvem der bliver den private part i IOPP'et. Der må ikke anvendes diskriminerende kriterier. Det gælder efter Kommissionens opfattelse ikke kun for de offentlige kontrakter, der fuldt ud er underlagt direktiverne om offentlige kontrakter²⁷, men også for andre offentlige kontrakter og koncessioner. Udvælgelsen af bydende eller kandidater til deltagelse i proceduren og udvælgelsen af tilbud skal ske på grundlag af disse kriterier, og ordregiveren skal følge procedurereglerne og de fundamentale krav, som er fastsat fra starten²⁸.

Direktiverne om offentlige kontrakter fastsætter særlige forpligtelser, hvad angår den private parts personlige forhold, f.eks. ansøgerens personlige situation, økonomiske og finansielle formåen, ret til at udøve det pågældende erhverv samt tekniske og/eller faglige formåen²⁹. Disse kriterier kan også anvendes ved koncessioner og offentlige kontrakter, som ikke fuldt ud er underlagt direktiverne om offentlige kontrakter.

Hvad angår sociale tjenesteydelser af almen interesse, indeholder Kommissionens tjenestegrenes arbejdsdokument "Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest"³⁰ en række præciseringer af, hvilke udvælgelses- og tildelingskriterier der kan benyttes.

2.3.5. Særlige forhold med hensyn til vedtægter og aktionæraftale og med hensyn til den offentlige kontrakt eller koncessionen

Principperne om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling indebærer en gennemskuellighedsforpligtelse, der består i at sikre, at enhver potentiel tilbudsgiver kan drage fordel af en passende grad af offentlighed, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence³¹. Når der skal oprettes et IOPP, betyder denne forpligtelse efter Kommissionens opfattelse, at ordregiveren skal anføre de grundlæggende oplysninger om følgende i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne: Den offentlige kontrakt og/eller den koncession, der skal tildeles den kommende offentlig-private enhed, dennes vedtægter, aktionæraftalen og alle de andre forhold, der styrer på den ene side kontraktforholdet mellem ordregiveren og den private part og på den anden side forholdet mellem ordregiveren og den kommende offentlig-private enhed. Hvis ordregiveren anvender konkurrencepræget dialog eller udbud med forhandling, kan det forekomme, at en del af disse oplysninger ikke skal fastlægges på forhånd. Disse elementer kan identificeres under dialogen eller forhandlingerne med ansøgerevirksomhederne. Indkaldelsen af tilbud bør indeholde oplysninger om den forventede varighed af den

²⁷ Sag C-19/00, SIAC Constructions, Sml. 2001., s. I-7725, præmis 41-45. Sag C-31/87, Bentjees, Sml. 1988, s. 4635, præmis 29 ff.

²⁸ Selvom udbudsbetingelserne giver kandidaterne mulighed for at tilføje de af ordregiveren foreslåede løsninger tekniske forbedringer (hvad der tit vil være tilfældet for IOPP'er), skal disse ændringer være af begrænset omfang, og de må ikke berøre projektets fundamentale krav.

²⁹ Artikel 45 til 48 i direktiv 2004/18/EF og artikel 54 i direktiv 2004/17/EF.

³⁰ Se fodnote 8.

³¹ Sag C-324/98 Telaustria (jf. fodnote 26), præmis 62. Sag C-458/03 Parking Brixen (jf. fodnote 9), præmis 49.

offentlige kontrakt, der skal gennemføres, eller den koncession, der skal udnyttes af den offentlig-private enhed.

Efter Kommissionens opfattelse kræver gennemskuelighedsprincippet, at udbudsmaterialet tydeligt angiver mulighederne for fornyelse eller ændring af den offentlige kontrakt eller af den koncession, som den offentlig-private enhed får tildelt, og mulighederne for tildeling af nye opgaver. Det bør i udbudsmaterialet mindst oplyses, hvor mange af disse muligheder der er, og hvilke betingelser der gælder for dem. Disse oplysninger skal være tilstrækkelig detaljerede til, at der kan opstå en fair og effektiv konkurrence.

Kontrakten mellem ordregiveren og den private part bør straks fra begyndelsen definere, hvilken fremgangsmåde der skal følges, hvis den offentlig-private enhed ikke får tildelt nogen yderligere opgave, og/eller hvis de opgaver, at den skal varetage, ikke fornyes. Efter Kommissionens opfattelse bør vedtægterne udformes sådan, at den private part senere kan skiftes ud. Da den private part ikke på forhånd kan udelukkes fra en ny udbudsrunde, skal ordregiveren i så fald være særlig opmærksom på pligten til gennemskuelighed og til ligebehandling af alle tilbudsgivere.

3. EFTER DANNELSEN AF ET IOPP

EF-Domstolen har konstateret, at selskaber, der åbnes for privat kapital, selvom det kun er delvis, ikke kan betragtes som "interne" forvaltningsstrukturer i de lokale eller regionale myndigheder, der ejer dem³². Heraf følger, at de regler, der gælder for offentlige kontrakter og koncessioner, hvad enten de følger af EF-traktaten eller af direktiverne om offentlige kontrakter, skal overholdes, når offentlig-private enheder får tildelt andre offentlige kontrakter eller koncessioner end dem, der er udbudt i konkurrence inden for rammerne af den procedure, der er gået forud for dannelsen af det pågældende IOPP. IOPP'erne bevarer med andre ord deres oprindelige aktivitetsområde og kan principielt ikke opnå nye offentlige kontrakter eller koncessioner uden gennem en udbudsrunde, i overensstemmelse med fællesskabsretten om offentlige kontrakter og koncessioner.

Da IOPP'et normalt er dannet med henblik på at præstere en tjenesteydelse gennem en forholdsvis lang periode, bør der være mulighed for at tilpasse sig ændringer i den økonomiske, juridiske eller tekniske omverden. Fællesskabets bestemmelser om offentlige kontrakter og koncessioner hindrer ikke, at der tages hensyn til en sådan udvikling, når blot principperne om ligebehandling³³ og gennemskuelighed³⁴ overholdes. Når den ordregivende myndighed af bestemte grunde ønsker, at visse betingelser i tildelingen skal kunne justeres, efter at tilbudsgiveren er valgt, er han således forpligtet til, at anføre udtrykkeligt i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet, at der er en sådan tilpasningsmulighed, og hvordan den bringes i anvendelse, og til at

³² Sag C-231/03, Coname, Sml. 2005, s. I-7287, præmis 26. Sag C-410/0 ANAV (jf. fodnote 14), præmis 32.

³³ Jf. bl.a. de forenede sager C-285/99 og C-286/99, Lombardini et Mantovani, Sml. 2001, I-9233, præmis 37, og sag C-315/01, GAT, Sml. 2003, I-6351, præmis 73.

³⁴ Jf. bl.a. sag C-92/00, HI, Sml. 2002, I-5553, præmis 45, og sag C-470/99, Universale-Bau et autres, Sml. 2002, I-11617, præmis 91.

skitsere, inden for hvilke rammer procedurene skal forløbe, således at alle de virksomheder, der er interesserede i at deltage i udbuddet, har kendskab til det fra starten og dermed står på lige fod i det øjeblik, de udformer deres tilbud³⁵.

Enhver ændring af grundlæggende kontraktbestemmelser, der ikke er forudset i udbudsmaterialet, kræver en ny udbudsrunde³⁶. Efter EF-Domstolens opfattelse er en kontraktbestemmelse navnlig grundlæggende, når den ville have gjort det muligt for tilbudsgiverne at afgive et væsentligt anderledes tilbud, hvis den havde været annonceret i udbudsmaterialet eller udbudsbekendtgørelsen³⁷. Som eksempler på grundlæggende kontraktbestemmelser kan nævnes bestemmelser om, hvad det er for et bygge-/anlægsprojekt eller en tjenesteydelse tilbudsgiverne skal levere, eller om, hvilke afgifter brugerne af den leverede ydelse skal betale.

Der mindes om, at for så vidt angår offentlige kontrakter, der fuldt ud er underlagt direktiverne, og koncessioner på bygge-/anlægsarbejder, er der i den afledte ret anført nærmere bestemte exceptionelle situationer, hvor supplerende arbejder eller tjenesteydelser, der ikke er nævnt i det oprindelige projekt, kan tildeles direkte uden udbud i konkurrence³⁸.

Efter fællesskabsretten har en offentlig-privat enhed samme ret som enhver anden økonomisk aktør til at deltage i offentlige udbud³⁹. Det gælder også for udbud, der er nødvendiggjort af en større ændring eller forlængelse af offentlige kontrakter eller koncessioner, der i forvejen er tildelt en offentlig-privat enhed af den ordregiver, som har oprettet enheden. I sådanne tilfælde skal ordregiveren være særlig opmærksom på pligten til gennemskuelighed og ligebehandling af alle tilbudsgivere. Der skal træffes særlige foranstaltninger for at sikre et skarpt skel mellem de personer hos ordregiveren, der tilrettelægger udbuddet og afgør, hvem opgaven skal overdrages til, og dem, der administrerer IOPP'et, og for at hindre enhver videregivelse af fortrolige oplysninger fra ordregiveren til den offentlig-private enhed.

³⁵ Sag C-496/99 P, Commission c. CAS Succhi di Frutta SpA, Sml. 2004, I-3801, præmis 118.

³⁶ Sag C-337/98, Commission c. France, Sml. 2000, s. I-8377, præmis 50.

³⁷ Sag C-496/99 P, Commission c. CAS Succhi di Frutta SpA (se fodnote 35), præmis 116.

³⁸ Artikel 31 og 61 i direktiv 2004/18/EF og artikel 40, stk. 3, litra f) og g), i direktiv 2004/17/EF. Efter Kommissionens opfattelse kan de her omhandlede undtagelser også finde anvendelse på kontrakter, der ikke er omfattet af direktiverne, herunder tjenesteydelseskoncessioner (se konklusionerne fra generaladvokaten Jacobs i sag C 525/03, Kommissionen/Italien, præmis 46 til 48). Principielt mener kommissionen, at ændringer af de grundlæggende bestemmelser i en tjenesteydelseskoncession, der ikke er nævnt i udbudsbetingelserne, kun kan accepteres, når de er nødvendige pga. en uforudset begivenhed, der ikke kan tilregnes nogen af kontraktsparterne, eller når de er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed (artikel 46 EF).

³⁹ Betragtning 4 i direktiv 2004/18/EF opfordrer medlemsstaterne til at sørge for, at det forhold, at et offentligtretligt organ afgiver tilbud i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke forårsager konkurrenceforvridning i forhold til private tilbudsgivere.