

## 32000Y0429(01)

### Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen

EF-Tidende nr. C 121 af 29/04/2000 s. 0002 - 0013

Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen  
(2000/C 121/02)

Den 24. februar 1999 vedtog og offentliggjorde Kommissionen "Udkast til fortolkningsmeddelelse om koncessioner i fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter"(1), der blev forelagt til bred høring. Kommissionen har under hensyntagen til de mange kommentarer(2), den modtog som følge af offentliggørelsen af dette udkast i EF-Tidende, vedtaget nærværende fortolkningsmeddelelse.

#### 1. INDLEDNING

1. Koncessioner er et middel, der i nogle medlemsstater har været anvendt længe, især til gennemførelse og finansiering af store infrastrukturprojekter såsom jernbaneforbindelser og store dele af vejnettet. Den private sektors medvirken aftog i begyndelsen af det 20. århundrede, da statsmyndighederne selv foretrak at etablere og forvalte anlæg og tjenesteydelser bestemt for offentligheden.

2. Budgetstramninger og viljen til at begrænse de offentlige myndigheders medvirken og lade den offentlige sektor nyde godt af den private sektors erfaringer og metoder har i de senere år skabt ny interesse for koncessioner.

3. Det er indledningsvis på sin plads at påpege, at Fællesskabet ikke begunstiger nogen ejendomsform - offentlig eller privat - frem for en anden; traktatens artikel 295 (tidl. artikel 222) sikrer da også neutralitet i forhold til virksomhedernes offentlige eller private status.

4. Eftersom denne form for associeringsaftaler med virksomhederne bliver stadig hyppigere, især i forbindelse med store infrastrukturprojekter og visse tjenesteydelser, finder Kommissionen det nødvendigt ved nærværende fortolkningsmeddelelse at informere de berørte aktører og de offentlige myndigheder om de bestemmelser, der efter dens opfattelse finder anvendelse på koncessioner i henhold til gældende EU-ret. I forbindelse med komplekse transaktioner, hvor de offentlige myndigheder har ønsket at benytte de økonomiske aktørers knowhow og kapital, er Kommissionen nemlig blevet stillet over for klager over manglende overholdelse af EU-lovgivningen om koncessioner. Den ser sig derfor nødsaget til at præcisere begrebet "koncession" og til at klarlægge de retningslinjer, som den hidtil har fulgt ved behandlingen af disse sager. Denne fortolkningsmeddelelse er således nødvendig for gennemsigtigheden og har til formål at præcisere det nuværende juridiske grundlag i lyset af den erfaring, Kommissionen har erhvervet i forbindelse med de hidtil undersøgte sager.

5. I udkastet til denne fortolkningsmeddelelse(3) tilkendegav Kommissionen, at den også agtede at behandle de andre former for partnerskaber, der anvendes til at tilvejebringe privat finansiering og knowhow. Kommissionen ønsker ikke længere at beskæftige sig med partnerskaber, hvis karakteristika ikke ligner dem, der kendetegner koncessioner som omhandlet i denne fortolkningsmeddelelse. Det er i øvrigt en fremgangsmåde, som der er tilslutning til i de kommentarer, den har modtaget. De mange mulige former for associeringer, der er blevet påpeget i forbindelse med reaktionerne på udkastet til fortolkningsmeddelelse, og disses konstante udvikling gør det nødvendigt med en tilbundsående gennemtænkning af deres fælles karakteristika. Den debat, der blev igangsat om disse forhold ved offentliggørelsen af udkastet til fortolkningsmeddelelse, bør derfor fortsætte.

6. Kommentarerne vedrørende koncessioner har gjort det muligt for Kommissionen at forbedre sin analyse og indkredse, hvad der kendetegner koncessioner, og dermed udskille dem fra offentlige kontrakter, især på grundlag af den overdragelse af tjenesteydelser af almindelig interesse, der finder sted ved denne form for partnerskab.

7. Kommissionen gør opmærksom på, at denne meddelelse ikke har til formål at fortolke de specifikke regler, der følger af direktiver, som er vedtaget i bestemte sektorer, f.eks. energi og transport.

Nærværende fortolkningsmeddelelse (herefter "meddelelsen") omhandler dels traktatens

regler og principper, der gælder for alle former for koncessioner, dels de særlige regler, der er fastsat i direktiv 93/37/EØF om offentlige bygge- og anlægskontrakter(4) (herefter "bygge- og anlægsdirektivet"), for koncessioner på bygge- og anlægsarbejder.

## 2. KONCESSIONER - DEFINITION OG GENEREL PROBLEMSTILLING

Koncessioner er ikke defineret i traktaten. Den eneste definition i den afledte fællesskabsret er den, der findes i bygge- og anlægsdirektivet(5), som indeholder særlige regler for koncessioner på bygge- og anlægsarbejder. De andre former for koncessioner er derimod ikke omfattet af direktiverne om offentlige kontrakter(6).

Det betyder imidlertid ikke, at koncessionskontrakter ikke er underkastet reglerne og principperne i traktaten. For så vidt de pågældende koncessioner er statslige akter vedrørende udførelse af økonomiske aktiviteter eller leverance af varer, er de underkastet de relevante bestemmelser i traktaten og de principper, der er udledt af Domstolens retspraksis på området.

For at kunne afgrænse denne meddelelses anvendelsesområde - og inden de regler, der gælder for koncessioner, præciseres - er det nødvendigt at fremhæve, hvad der karakteriserer disse. I den forbindelse er det hensigtsmæssigt at minde om begrebet koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejder, således som det fremgår af bygge- og anlægsdirektivet.

### 2.1. KONCESSIONSKONTRAKTER OM BYGGE- OG ANLÆGSARBEJDER

#### 2.1.1. Definitionen i direktiv 93/37/EØF

I EU-lovgivningen er begrebet koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejder defineret på grundlag af begrebet offentlig bygge- og anlægskontrakt.

I bygge- og anlægsdirektivet er det nemlig fastsat, at offentlige bygge- og anlægskontrakter er "gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed (...) på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed eller bygge- og anlægsarbejde (...) eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov" (artikel 1, litra a)).

I samme direktivs artikel 1, litra d), er en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder defineret som "en kontrakt med samme karakteristika som (offentlige bygge- og anlægskontrakter) bortset fra, at vederlaget for det arbejde, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet, eller i denne ret sammen med betaling af en pris".

Det fremgår af denne definition, at det vigtigste særkende ved begrebet koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejder består i retten til at udnytte det færdige bygge- og anlægsarbejde som vederlag for dets opførelse; til denne udnyttelsesret kan der desuden være knyttet en pris.

#### 2.1.2. Afgrænsning af begreberne "offentlig bygge- og anlægskontrakt" og "koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejdet"

Kommissionen mener, at der af udnyttelseskriteriet kan udledes visse elementer, som gør det muligt at skelne mellem en koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejder og en offentlig bygge- og anlægskontrakt.

Udnyttelsesretten gør det således muligt for koncessionshaveren at pålægge brugerne af bygge- og anlægsarbejdet afgifter (f.eks. i form af "bompenge" eller gebyrer) i en vis periode. Koncessionskontraktens varighed er derfor et vigtigt element i forbindelse med koncessionshaverens aflønning. Det vil sige, at koncessionshaveren ikke aflønnes direkte af den ordregivende myndighed, men af denne overdrages retten til at opkræve de indtægter, der er forbundet med anvendelsen af det færdige bygge- og anlægsarbejde(7).

Med retten til udnyttelsen overdrages også ansvaret for udnyttelsen. Dette ansvar omfatter både de tekniske, finansielle og forvaltningsmæssige aspekter af bygge- og anlægsarbejdet. Det påhviler for eksempel koncessionshaveren at foretage de nødvendige investeringer, for at hans bygge- og anlægsarbejde kan stilles til rådighed for brugerne på en hensigtsmæssig måde. Han må også påtage sig afskrivningen på bygge- og anlægsarbejdet. I øvrigt bærer koncessionshaveren ikke blot den risiko, der er forbundet med byggeriet, men også den risiko, der er uløseligt forbundet med driften og benyttelsen af dette(8).

I forbindelse med en koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejder overdrages den risiko,

der er forbundet med udnyttelsen, til koncessionshaveren, således som det fremgår af ovenstående betragtninger(9).

Kommissionen har bemærket, at der er stadig flere tilfælde af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som er genstand for en kompliceret juridisk konstruktion(10). Det kan derfor undertiden være vanskeligt at skelne mellem disse konstruktioner og koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder.

For Kommissionen er der tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt som omhandlet i EU-lovgivningen, når størstedelen af omkostningerne ved arbejdet afholdes af den ordregivende myndighed, og entreprenøren ikke får sit vederlag i form af afgifter, der direkte pålægges brugerne af bygge- og anlægsarbejdet.

At direktivet åbner mulighed for, at der til udnyttelsesretten kan være knyttet en pris, ændrer ikke noget i analysen. Det er en mulighed, der forekommer i praksis. I nogle tilfælde afholder staten en vis del af udgifterne til udnyttelse af koncessionen, således at brugeren derved kommer til at betale en lavere pris (dvs. en "social pris")(11). Statens bidrag kan antage flere former (et garanteret fast beløb, et fast beløb, som udbetales i forhold til antallet af brugere, mv.), men dette ændrer ikke nødvendigvis kontraktens art, hvis det udbetalte beløb blot dækker en del af udgifterne til udførelsen af arbejdet og dets udnyttelse.

Det kan hermed fastslås, at begrebet koncession omfatter de tilfælde, hvor staten betaler et vederlag for det udførte arbejde, forudsat at dette vederlag ikke fjerner den risiko, der er forbundet med driften. Det forhold, at det i bygge- og anlægsdirektivet præciseres, at der til retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet kan være knyttet en pris, betyder, at størstedelen af koncessionshaverens vederlag skal hidrøre fra udnyttelsen.

Selv om kilden til indtægten - der afkræves brugeren af bygge- og anlægsarbejdet - i de fleste tilfælde er et væsentligt element, er det dog risikoen ved udnyttelsen i tilknytning til de foretagne investeringer eller den investerede kapital, der er det afgørende element, især når der betales en pris af den koncessionsgivende myndighed.

Der kan ganske vist også i forbindelse med offentlige kontrakter være tilfælde, hvor en del af risikoen påhviler entreprenøren(12). Imidlertid er de risici, der er forbundet med transaktionens finansiering, dvs. den "økonomiske risiko", karakteristiske for koncessioner. Denne form for risiko, der i høj grad hænger sammen med de indtægter, koncessionshaveren kan opnå ved udnyttelsen af bygge- og anlægsarbejdet(13), er således et vigtigt element til sondring mellem koncessionskontrakter og offentlige kontrakter.

Koncessionshaveren overtager således sammen med udnyttelsesretten de risici, der er forbundet med udnyttelsen; fordelingen af risiciene mellem koncessionsgiveren og koncessionshaveren i hver enkelt tilfælde afhænger af, hvilken part der er i stand til at forvalte de pågældende risici bedst.

Hvis de offentlige myndigheder påtager sig de risici, der er forbundet med forvaltningen af bygge- og anlægsarbejdet, ved f.eks. at tilbagebetale finansieringsudgifterne, bortfalder risikoelementet. I så fald er der efter Kommissionens opfattelse tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt og ikke om en koncessionskontrakt(14).

## 2.2. KONCESSIONSKONTRAKTER OM TJENESTEYDELSER

Direktiv 92/50/EØF om offentlige tjenesteydelsesaftaler (herefter "tjenesteydelsesdirektivet") finder i henhold til artikel 1 anvendelse på "offentlige tjenesteydelsesaftaler", der er defineret som "gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed med undtagelse af (...)".

I modsætning til bygge- og anlægsdirektivet indeholder tjenesteydelsesdirektivet ingen definition af begrebet koncessionskontrakt om tjenesteydelser(15).

For at kunne skelne mellem det økonomiske begreb koncessionskontrakt om tjenesteydelser og begrebet offentlig tjenesteydelsesaftale og dermed afgrænse denne meddelelses anvendelsesområde er det nødvendigt at afdække væsentlige kendetegn ved førstnævnte begreb.

Med henblik herpå synes det hensigtsmæssigt at basere sig på elementer, der tager udgangspunkt i det ovenfor omhandlede begreb koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejder, og som tager hensyn både til Domstolens retspraksis på området(16) og til opinio juris(17).

Det forudsættes, at genstanden for koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejder

adskiller sig fra genstanden for koncessionskontrakter om tjenesteydelser. Der kan følgelig være forskelle i investeringer og varighed mellem de to former for koncessioner. Almindeligvis er det dog - under hensyntagen til ovennævnte kriterier - de samme karakteristika, der kendetegner en koncessionskontrakt, uanset genstanden.

Ligesom for koncessioner på bygge- og anlægsarbejder er udnyttelseskriteriet nemlig væsentligt med henblik på at fastslå, om der er tale om en koncession på tjenesteydelser(18). Efter dette kriterium er der tale om en koncession, når operatøren påtager sig risikoen ved tjenesteydelsen (etablering og udnyttelse), og en betydelig del af vederlaget herfor betales af brugeren, især ved opkrævning af en eller anden form for gebyr. Den måde, hvorpå operatøren aflønnes, er ligesom for koncessioner på bygge- og anlægsarbejder et element, der gør det muligt at fastslå, hvem der påtager sig risikoen ved udnyttelsen.

Koncessioner på tjenesteydelser er ligesom koncessioner på bygge- og anlægsarbejder karakteriseret ved overdragelsen af ansvaret for udnyttelsen.

I øvrigt vedrører en koncessionskontrakt om tjenesteydelser normalt aktiviteter af en sådan art, og som er underlagt sådanne bestemmelser, at de kan henregnes til statens ansvarsområde og gøres til genstand for eksklusive eller særlige rettigheder(19).

Herudover skal det bemærkes, at Domstolen i ovennævnte Lottomatica-dom faktisk skelnede mellem overdragelsen af ansvaret for opgaverne i forbindelse med lottospillet- der kan betragtes som aktiviteter henhørende under statens ansvarsområde i ovennævnte forstand - til koncessionshaveren og selve leveringen af edb-systemer til den offentlige forvaltning. Domstolen konkluderede, at da der i denne sag ikke var foretaget en sådan overdragelse, var der tale om en offentlig kontrakt.

### 2.3. SONDERING MELLEML KONCESSIONER PÅ HENHOLDSVIS BYGGE- OG ANLÆGSARBEJDER OG TJENESTEYDELSER

Da det kun er i direktiv 93/37/EØF, at der er fastsat særlige regler for de procedurer, der skal følges ved tildeling af en koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejder, er det hensigtsmæssigt at fastslå, hvornår der foreligger en sådan koncession, især hvis der er tale om en blandet kontrakt, som også indeholder et element af tjenesteydelser, hvilket i praksis næsten altid er tilfældet, eftersom indehavere af koncessioner på bygge- og anlægsarbejder ofte leverer brugeren tjenesteydelser på grundlag af de udførte arbejder.

For så vidt angår afgrænsningen af anvendelsesområdet for bestemmelserne i bygge- og anlægsdirektivet og tjenesteydelsesdirektivet, præciseres det i sidstnævntes betragtning 16, at hvis bygge- og anlægsarbejderne er accessoriske og ikke udgør kontraktens genstand, rubriceres kontrakten ikke som offentlig bygge- og anlægskontrakt. Disse bestemmelser er blevet fortolket af Domstolen i sagen Gestión Hotelera Internacional, hvor Domstolen erklærede, at når bygge- og anlægsarbejderne "kun er accessoriske i forhold til selve genstanden for det offentlige udbud, kan dette ikke betegnes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt"(20). Problemet med de blandede kontrakter er også blevet taget op af Domstolen i en anden sag(21), hvoraf det fremgår, at når en kontrakt indeholder to elementer, der kan adskilles fra hinanden (f.eks. levering af varer og tjenesteydelser), bør de behandles særskilt efter de specifikke bestemmelser, der gælder for hver af dem.

Selv om disse principper der udviklet i forbindelse med offentlige kontrakter, er det Kommissionens opfattelse, at der bør anvendes en lignende fremgangsmåde, når det drejer sig om at fastslå, hvorvidt en koncession falder ind under bygge- og anlægsdirektivet. Dette direktivs anvendelsesområde ratione materiae er nemlig det samme, uanset om der er tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt eller en koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejder(22).

Ifølge Kommissionen må man derfor først og fremmest slå fast, om kontraktens hovedgenstand er udførelse af bygge- og anlægsarbejder for koncessionsgiverens regning, eller om de pågældende bygge- og anlægsarbejder kun er accessoriske i forhold til kontraktens hovedgenstand.

Hvis kontrakten hovedsagelig vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder for koncessionshaverens regning, er der ifølge Kommissionen tale om en koncession på bygge- og anlægsarbejder.

I så fald finder reglerne i bygge- og anlægsdirektivet anvendelse, for så vidt beløbsgrænsen i dette direktiv er nået (5 mio. EUR), selv om kontrakten indeholder elementer af tjenesteydelser. At arbejdet udføres af tredjemand, ændrer ikke arten af den oprindelige

kontrakt. Dens genstand forbliver uændret.

En koncessionskontrakt, der kun accessorisk indebærer byggearbejder, eller som udelukkende vedrører drift af et færdigt bygge- og anlægsarbejde, betragtes derimod som en koncession på tjenesteydelser.

Der forekommer i praksis også transaktioner, som omfatter både bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser. Således kan der i tilknytning til en koncession på bygge- og anlægsarbejder være indgået koncessionskontrakter om tjenesteydelser vedrørende aktiviteter, som supplerer, men er uafhængige af udnyttelsen af koncessionen på bygge- og anlægsarbejderne.

Eksempelvis kan tjenesteydelser i form af restaurationsvirksomhed langs en motorvej gøres til genstand for en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, som er adskilt fra koncessionen på anlæggelsen eller driften af motorvejen. Det er Kommissionens opfattelse, at når genstandene for kontrakterne kan adskilles fra hinanden, finder de bestemmelser, der gælder for de respektive kontrakttyper, anvendelse særskilt.

#### 2.4. ANVENDELSESOMRÅDE FOR DENNE FORTOLKNINGSMEDDELELSE

Som anført ovenfor er koncessionskontrakter - selv om de ikke er omfattet af direktiverne vedrørende offentlige kontrakter - underkastet traktatens regler og principper, for så vidt de tildeles ved akter, der kan tilregnes staten, og vedrører udøvelse af økonomiske aktiviteter.

Enhver statslig akt(23) - uanset om den er ensidig eller i form af en kontrakt - der fastsætter de betingelser, som gælder for udøvelse af økonomiske aktiviteter, er underkastet traktatens regler og principper, navnlig bestemmelserne i artikel 43-55 (tidl. 52-66)(24).

Denne meddelelse omfatter således akter, der kan tilregnes staten - enten i form af en kontrakt eller en ensidig akt, som tredjemand har givet sit samtykke til - hvorved en offentlig myndighed til tredjemand helt eller delvist overdrager forvaltningen af tjenesteydelser, som myndigheden normalt har ansvaret for, og for hvilke tredjemand påtager sig risikoen. Disse tjenesteydelser er kun omfattet af meddelelsen, hvis der tale om udøvelse af økonomiske aktiviteter som omhandlet i artikel 43-55 (tidl. 52-66) i traktaten.

Disse statslige akter benævnes i det følgende "koncessioner", uagtet hvilken juridisk betegnelse der anvendes i den nationale lovgivning.

På baggrund af ovenstående og medmindre andet er fastsat i EU-lovgivningen, omfatter nærværende meddelelse ikke:

- tilfælde, hvor en offentlig myndighed udsteder en bemyndigelse eller en tilladelse til at udøve en økonomisk aktivitet, selv om disse i visse medlemsstater betragtes som koncessioner(25)
- tilfælde, der vedrører ikke-økonomiske aktiviteter, såsom lovpligtig undervisning eller social sikring.

Det skal dog bemærkes, at en koncessionskontrakt, der fornyes, er at betragte som en ny koncessionskontrakt, hvilket betyder, at den er omfattet af meddelelsen.

Der består et særligt problem, når der mellem koncessionshaveren og koncessionsgiveren foreligger en form for delegation mellem organer, der ikke går uden for den ordregivende myndigheds forvaltningssfære(26). Hvorvidt EU-lovgivningen finder anvendelse på forhold af denne type, er blevet behandlet af Domstolen(27). Imidlertid vil andre sager, der for tiden verserer for Domstolen, kunne tilføje yderligere elementer i denne forbindelse(28).

Derimod er forbindelserne mellem offentlige myndigheder og offentlige virksomheder, der har fået overdraget at udføre opgaver af almindelig økonomisk interesse, i princippet omfattet af denne meddelelse(29). Ganske vist er det ifølge Domstolens faste retspraksis(30) ikke i strid med traktaten, at medlemsstaterne under hensyntagen til almindelige ikke-økonomiske interesser unddrager en række tjenesteydelser fra konkurrencen ved at overdrage enerettigheder til en eller flere virksomheder(31). Men Domstolen tilføjer, at den måde, hvorpå et sådant monopol er opbygget og udøves, ikke må gribe ind i traktatens bestemmelser om frie varebevægelser, fri udveksling af tjenesteydelser og konkurrencereglerne(32). Desuden er den måde, hvorpå disse enerettigheder tildeles, underkastet traktatens bestemmelser og kan dermed falde ind under denne meddelelses anvendelsesområde.

#### 3. REGLER FOR KONCESSIONER

Som nævnt ovenfor er det kun koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejder, hvis værdi når op på den i direktiv 93/37/EØF fastsatte grænse (5 mio. EUR), der er omfattet af særlige regler.

Koncessionskontrakter er imidlertid, ligesom enhver statslig akt, der fastsætter betingelserne

for udøvelse af økonomiske aktiviteter, underkastet bestemmelserne i traktatens artikel 28-30 (tidl. 30, 34 og 36) og 43-55 (tidl. 52-66) og de principper, der er udledt af Domstolens retspraksis på området(33). Det drejer sig især om principperne om ikke-forskelsbehandling, ligebehandling og proportionalitet(34).

Traktaten begrænser ikke en medlemsstats frihed til at benytte koncessioner, når blot tildelingen sker efter fremgangsmåder, som er forenelige med fællesskabsretten.

Det fremgår således af Domstolens retspraksis, at selv om medlemsstaterne i henhold til traktaten frit kan fastsætte materielle bestemmelser og forskrifter om fremgangsmåden i forbindelse med indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, skal de herved iagttage alle de relevante fællesskabsretlige bestemmelser og navnlig de begrænsninger, der følger af de i traktaten omhandlede principper om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser(35). Domstolen understreger i øvrigt betydningen af de principper og regler, der kan udledes af traktaten, og præciserer i den forbindelse bl.a. at direktiverne om offentlige kontrakter dels har til formål at "lette den faktiske gennemførelse inden for Fællesskabet af etableringsfriheden og den fri udveksling af tjenesteydelser", dels at "sikre, at de traktatfæstede rettigheder i sektoren for offentlige bygge- og anlægskontrakter og offentlige indkøbskontrakter bliver virksomme"(36).

I nogle tilfælde har medlemsstaterne haft den opfattelse, at tildelingen af en koncession var undtaget fra traktatens regler, fordi der var tale om en overdragelse af en tjenesteydelse til offentligheden, hvilket kun kunne ske på grundlag af gensidig tillid (intuitu personæ). Det fremgår af traktaten og af Domstolens faste retspraksis, at de eneste grunde, som giver mulighed for, at statslige akter, der betragtes som en overtrædelse af traktatens artikel 43 og 49 (tidl. 52 og 59), kan undtages fra forbuddet i disse artikler, er grundene i artikel 45 og 55 (tidl. 55 og 66), hvis meget begrænsede anvendelse som fastslået af Domstolen præciseres i det følgende(37). Hverken i traktaten eller i Domstolens retspraksis er der belæg for, at dette ikke skulle gælde for koncessioner.

Kommissionen opsummerer herefter de regler i traktaten og de af Domstolens retspraksis udledte principper, der finder anvendelse på koncessioner, som er omfattet af denne meddelelse.

### 3.1. REGLER OG PRINCIPPER FASTLAGT I TRAKTATEN ELLER UDLEDT AF DOMSTOLEN

Som allerede nævnt henviser traktaten ikke direkte til hverken offentlige kontrakter eller koncessioner. Flere af bestemmelserne heri der dog relevante. Det gælder de af traktatens bestemmelser, der etablerer og garanterer det indre markedes virkemåde, nemlig:

- de regler, som forbyder al forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (artikel 12, stk. 1, tidl. artikel 6, stk. 1)
- reglerne om fri bevægelighed for varer (artikel 28, tidl. 30 ff.), etableringsfrihed (artikel 43, tidl. 52 ff.) og fri udveksling af tjenesteydelser (artikel 49, tidl. 59 ff.) samt undtagelserne fra disse regler i artikel 30, 45 og 46 (tidl. 36, 55 og 56)(38)
- reglerne i traktatens artikel 86 (tidl. 90), der ligeledes kan vejlede ved afgørelsen af, om tildelingen af særlige eller eksklusive rettigheder er legitim.

Der gøres i det følgende rede for disse regler og for de principper, som Domstolen har fastlagt. En del af den omtalte retspraksis vedrører ganske vist offentlige kontrakter. Men de principper, der kan udledes heraf, har ofte betydning i en bredere sammenhæng. De kan således også anvendes på andre forhold som f.eks. koncessioner.

#### 3.1.1. Ligebehandling

Som fastslået af Domstolen er "det generelle lighedsprincip, som forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet blot er en speciel udformning af et grundlæggende princip i fællesskabsretten. Efter dette princip må ensartede situationer ikke behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet"(39) .

Domstolen præciserer endvidere, at ligebehandlingsgrundsætningen, som traktatens artikel 43 (tidl. 52) og 49 (tidl. 59) er en speciel udformning af, "forbyder ikke blot åbenlys forskelsbehandling begrundet i nationalitet, men desuden enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelsen af andre kriterier reelt fører til samme resultat"(40).

Ligebehandlingsprincippet indebærer bl.a., at spillets regler skal være kendt af alle potentielle koncessionshavere, ligesom de skal være ens for alle. Det fremgår af Domstolens retspraksis, især af dommen Raulin(41) og dommen Parlamentet/Rådet(42), at overholdelse af

ligebehandlingsprincippet ikke blot indebærer ikke-diskriminatorisk adgang til en økonomisk aktivitet, men ligeledes at de offentlige myndigheder træffer alle nødvendige foranstaltninger med henblik på udøvelse af denne aktivitet.

Efter Kommissionens opfattelse følger det af denne retspraksis, at princippet om fri konkurrence skal overholdes.

I dommene om Storebælt og Bus Wallons præciserede Domstolen rækkevidden af ligebehandlingsprincippet inden for offentlige kontrakter, idet den fastslog, at det følger af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne for at sikre muligheden for en objektiv sammenligning af de bud, der afgives af de enkelte tilbudsgivere(43), og når en ordregivende myndighed tager hensyn til ændringer i de oprindelige tilbud fra en enkelt tilbudsgiver, begunstiges denne i forhold til konkurrenterne, hvilket er i strid med princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne og skader procedurens gennemsigtighed. Endvidere fastslår Domstolen, at "fremgangsmåden ved sammenligning af tilbud skal således på alle stadier overholde såvel princippet om ligebehandling af tilbudsgivere som princippet om gennemsigtighed, således at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud"(44).

Domstolen har således i denne retspraksis vedrørende anvendelsen af direktiverne fastslået, at princippet om ligebehandling af tilbudsgivere ikke afhænger af en eventuel forskelsbehandling på grund af nationalitet eller af andre grunde.

Anvender man dette princip på koncessioner (hvilket naturligvis kun er muligt, når den ordregivende myndighed forhandler med flere potentielle koncessionshavere), kan koncessionsgiveren frit vælge en passende procedure for tildelingen, især under hensyn til den pågældende sektors karakteristika, og fastsætte de krav, som ansøgerne skal opfylde i procedurens forskellige faser(45). Det indebærer imidlertid, at valget mellem ansøgerne skal ske på grundlag af objektive kriterier, og at proceduren skal afvikles i overensstemmelse med de regler og fundamentale krav, som er fastsat fra starten(46). Hvis sådanne regler ikke er blevet fastsat, kræver princippet om ligebehandling under alle omstændigheder, at ansøgerne udvælges på et objektivt grundlag.

Således må man betragte følgende tilfælde som stridende ovennævnte regler i traktaten og mod ligebehandlingsprincippet: bestemmelser, hvorved offentlige kontrakter forbeholdes selskaber, som staten direkte eller indirekte ejer helt eller hovedparten af(47), praksis, som består i at acceptere tilbud, som ikke er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, eller som ændres efter åbningen, og hensyntagen til alternative løsninger, når denne mulighed ikke var anført i det oprindelige projekt. Ej heller kan det oprindelige projekt ændres under forhandlingerne i forhold til de kriterier og krav, som blev fastsat ved procedurens start.

I nogle tilfælde har koncessionsgiveren ikke mulighed for at give en tilstrækkelig præcis teknisk beskrivelse af sine behov. Han indhenter derfor alternative tilbud for at få forskellige løsninger på et problem, som er beskrevet meget generelt. I disse tilfælde skal udbudsbetingelserne for at sikre en sund og effektiv konkurrence altid indeholde en ikke-diskriminatorisk og objektiv beskrivelse af de krav, der stilles til ansøgerne, og af de retningslinjer, de skal følge ved udarbejdelsen af tilbud. Derved er alle ansøgere på forhånd klar over, at der er mulighed for at foreslå alternative tekniske løsninger. Mere generelt formuleret må udbudsbetingelserne ikke indeholde elementer, som er i strid med ovennævnte regler og principper i traktaten. Koncessionsgiverens behov kan også fastlægges i samarbejde med virksomheder inden for branchen, såfremt dette ikke begrænser konkurrencen.

### 3.1.2. Gennemsigtighed

Kommissionen minder om, at Domstolen i sin retspraksis har understreget sammenhængen mellem princippet om gennemsigtighed og ligebehandlingsprincippet, som gennemsigtigheden skal fremme virkningen af ved at sikre, at konkurrencevilkårene(48) ikke forvrides.

Kommissionen konstaterer, at der i næsten samtlige medlemsstater findes regler eller administrativ praksis, der følges i forbindelse med koncessioner, og som indebærer, at myndigheder, der ønsker at overdrage forvaltningen af en økonomisk aktivitet til tredjemand, skal offentliggøre deres hensigt på en passende måde for at sikre et minimum af gennemsigtighed.

Som Domstolen har bekræftet i sin nyeste retspraksis, indebærer princippet om ikke-forskelsbehandling på grundlag af nationalitet en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan fastslå, at princippet overholdes(49).

Gennemsigtighed kan sikres ved ethvert passende middel, herunder offentliggørelse, som funktion af og under hensyn til de berørte sektors specifikke karakter(50). Hvordan det skal ske, overlades til de koncessionsgivende myndigheder. Disse former for offentliggørelse indeholder almindeligvis tilstrækkelige oplysninger til, at potentielle koncessionshavere kan afgøre, om de er interesserede i at deltage i proceduren (f.eks. udvælgelses- og tildelingskriterier mv.). Herudover anføres emnet for koncessionen samt arten og omfanget af de ydelser, der forventes af koncessionshaveren.

Under sådanne omstændigheder anser Kommissionens gennemsigtighedspligten for overholdt.

### 3.1.3. Proportionalitet

Efter Domstolens faste retspraksis "hører proportionalitetsprincippet til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger"(51); også de nationale myndigheder er undergivet proportionalitetsprincippet, når de skal anvende fællesskabsretten(52), selv om de i vidt omfang har et frit skøn(53).

Proportionalitetsprincippet kræver, at enhver foranstaltning både skal være nødvendig og passende i forhold til det fastsatte mål(54). En medlemsstat må derfor vælge foranstaltninger, der griber mindst muligt forstyrrende ind i en økonomisk aktivitet(55).

Anvender man dette princip på koncessioner, kan det fastslås, at selv om de koncessionsgivende organisationer kan fastsætte det mål, der skal nås, navnlig hvad angår ydeevne og tekniske specifikationer, skal hver enkelt foranstaltning være både nødvendig og passende i forhold til det fastsatte mål.

En medlemsstat kan således ikke ved udvælgelsen af ansøgere stille krav til teknisk, faglig eller finansiell formåen, som ikke står i et rimeligt forhold til genstanden for koncessionen.

Proportionalitetsprincippet kræver også, at man forener konkurrence og finansiell bæredygtighed; koncessionens varighed skal derfor fastsættes på en sådan måde, at den ikke indskrænker den frie konkurrence mere end nødvendigt for at sikre afskrivningen på investeringerne og et rimeligt afkast af den investerede kapital(56), under bibeholdelse af en med driften forbundet risiko for koncessionshaveren.

### 3.1.4. Gensidig anerkendelse

Princippet om gensidig anerkendelse er blevet fastslået af Domstolen og efterfølgende præciseret i en omfattende retspraksis om fri bevægelighed for varer, personer og tjenesteydelser. Efter dette princip er en medlemsstat forpligtet til at godtage produkter og tjenesteydelser, som leveres af økonomiske aktører fra andre medlemsstater, hvis disse produkter og tjenesteydelser kan sidestilles med dem, der leveres af dens egne økonomiske aktører, og dermed lever op til de legitime mål, som er fastsat af den medlemsstat, som skal have leveret produkterne eller tjenesteydelserne(57).

Anvendelsen af dette princip på koncessioner indebærer bl.a., at medlemsstaten, hvor ydelsen præsteres, skal godtage de tekniske specifikationer, kontrolforanstaltninger samt beviser, attester og kvalifikationer, som kræves i en anden medlemsstat, hvis disse kan sidestilles med dem, der kræves i den medlemsstat, hvor ydelsen skal præsteres(58).

### 3.1.5. Undtagelserne i traktaten

Indskrænkninger i den frie bevægelighed for varer, den frie etableringsret og den frie udveksling af tjenesteydelser kan kun accepteres, hvis en af de i artikel 30, 45, 46 og 55 (tidl. 36, 55, 56 og 66) i traktaten anførte grunde kan gøres gældende.

Hvad angår især artikel 45 (tidl. 55) (som giver mulighed for indskrænkninger i den frie etableringsret og den frie udveksling af tjenesteydelser for virksomhed, som varigt eller lejlighedsvis er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed), har Domstolen gentagne gange understreget(59): "at traktatens artikel 45 (tidl. 55), som hjemler fragivelse af den grundlæggende regel om fri etableringsret, fortolkes på en sådan måde, at dens rækkevidde begrænses til det, som er strengt nødvendigt for at tilgodese de interesser, som denne bestemmelse giver medlemsstaterne mulighed for at beskytte". En sådan undtagelse skal være begrænset til de aktiviteter i artikel 43 og 49 (tidl. 52 og 59), som i sig selv er direkte og specifikt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed(60).

Følgelig skal rækkevidden af undtagelsen i artikel 45 (tidl. 55) være begrænset til de tilfælde, hvor koncessionshaveren deltager direkte og specifikt i udøvelsen af offentlig myndighed.

Visse former for virksomhed, der varetages i medfør af en forpligtelse eller en lovbestemt eneret, eller som af de nationale myndigheder betragtes som offentlige tjenesteydelser, falder



ikke automatisk ind under denne undtagelse(61). Selv om der til alle former for virksomhed, der uddelegeres af offentlige myndigheder, almindeligvis implicit er knyttet et almennyttigt aspekt, er dette ikke nødvendigvis ensbetydende med, at de er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed.

Eksempelvis har Domstolen afvist, at anvendelse af artikel 45 (tidl. 55) kan påberåbes i tilfælde, hvor:

- den offentlige myndighed bevarede kontrollen over de overdragne aktiviteter og fortsat kunne beskytte de interesser, som den var forpligtet til at varetage(62)
- de overdragne aktiviteter var af teknisk art og derfor ikke forbundet med udøvelse af offentlig myndighed(63).

Som nævnt ovenfor kræver proportionalitetsprincippet, at enhver foranstaltning, der indskrænker udøvelsen af de i artikel 43 og 49 (tidl. 52 og 59) omhandlede rettigheder, både er nødvendige og passende i forhold til de fastsatte mål(64). Dette indebærer, at en medlemsstat ved valget af foranstaltninger, som skal sikre realiseringen af det fastsatte mål, skal vælge dem, som medfører de mindste hindringer i udøvelsen af disse rettigheder(65).

I forbindelse med fri udveksling af tjenesteydelser skal den medlemsstat, hvor tjenesteydelserne skal præsteres, undersøge, om den interesse, der skal varetages, ikke allerede er omfattet af de regler, som ansøgeren er underkastet i den medlemsstat, hvor han normalt udøver sin virksomhed.

### 3.1.6. Beskyttelse af enkeltpersoners rettigheder

I Domstolens faste retspraksis vedrørende traktatens grundlæggende frihedsrettigheder fastslås det, at afgørelser om afslag skal være begrundede og skal kunne indbringes for domstolene af enkeltpersoner, som bliver gjort til genstand for sådanne beslutninger(66).

Disse krav er almindeligt gældende, fordi de, som Domstolen præciserer, følger af forfatningsmæssige traditioner, som er rodfæstet i alle medlemsstater og hjemlet i den europæiske menneskerettighedskonvention(67).

De gælder dermed også for enkeltpersoner, som mener at være påført skade ved tildeling af en koncession som omhandlet i denne meddelelse.

## 3.2. REGLERNE I DIREKTIV 93/37/EØF FOR KONCESSIONSKONTRAKTER OM BYGGE- OG ANLÆGSARBEJDER

Kommissionen finder det hensigtsmæssigt at minde om, at de regler og principper, den har præciseret ovenfor, gælder for koncessioner på bygge- og anlægsarbejder. Herudover er der for disse fastsat særlige regler i direktiv 93/37/EØF, herunder navnlig regler om offentliggørelse.

Det siger sig selv, at for koncessionskontrakter, hvis værdi ligger under den i direktiv 93/37/EØF nævnte beløbsgrænse, gælder kun traktatens regler og principper.

### 3.2.1. Den indledende fase: udvælgelse af koncessionshavere

#### 3.2.1.1. Regler om offentliggørelse og gennemsigtighed

For koncessioner på bygge- og anlægsarbejder er de ordregivende myndigheder forpligtet til i EF-Tidende at offentliggøre en bekendtgørelse efter modellen i direktiv 93/37/EØF med henblik på at udbyde den pågældende kontrakt i hele Fællesskabet(68) .

Et af de problemer, som Kommissionen kommer ud for, drejer sig om tildeling af koncessioner mellem offentligretlige personer. Nogle medlemsstater synes at have den opfattelse, at bestemmelserne i direktiv 93/37/EØF om koncessioner på bygge- og anlægsarbejder ikke finder anvendelse på kontrakter, som indgås mellem en offentlig enhed og en offentligretlig, juridisk person.

Direktiv 93/37/EØF kræver imidlertid, at der ved tildeling af koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægskontrakter skal ske forudgående offentliggørelse, uanset om den potentielle koncessionehaver er privat eller offentlig. Det er i øvrigt udtrykkeligt anført i artikel 3, stk. 3, i direktiv 93/37/EØF, at koncessionshaveren kan være en af de ordregivende myndigheder, der er omhandlet i direktivet, hvilket indebærer, at denne form for samarbejde forinden underkastets offentliggørelse i overensstemmelse med artikel 3, stk. 1, i samme direktiv.

#### 3.2.1.2. Valg af procedureform

I forbindelse med koncessioner på bygge- og anlægsarbejder kan koncessionsgiveren frit

vælge, hvilken procedure der skal anvendes, og således evt. anvende et udbud efter forhandling.

### 3.2.2. Den senere fase: kontrakter, som indgås af koncessionshavere(69)

Direktiv 93/37/EØF indeholder bestemmelser om kontrakter, som indgås af koncessionshavere med henblik på offentlige bygge- og anlægsarbejder, hvis værdi andrager 5 mio. EUR eller derover. Bestemmelserne varierer imidlertid efter, hvilken type koncessionshaver der er tale om.

Hvis koncessionshaveren selv er en ordregivende myndighed i direktivets forstand, skal kontrakter om udførelse af sådanne arbejder tildeles under overholdelse af alle direktivets bestemmelser om offentlige bygge- og anlægskontrakter(70).

Hvis koncessionshaveren ikke selv er en ordregivende myndighed, foreskriver direktivet kun visse regler om offentliggørelse. Disse regler finder dog ikke anvendelse, hvis koncessionshaveren indgår offentlige bygge- og anlægskontrakter med tilknyttede virksomheder som defineret i direktivets artikel 3, stk. 4. Direktivet foreskriver endvidere, at en udtømmende liste over sådanne virksomheder vedlægges koncessionsansøgningen og ajourføres i takt med de ændringer, der senere måtte ske i relationerne mellem virksomhederne. Da listen er udtømmende, kan koncessionshaveren ikke henvise til, at offentliggørelsesreglerne ikke er gældende for bygge- og anlægskontrakter, der indgås med en virksomhed, som ikke er opført på listen.

Uanset om koncessionshaveren selv er en ordregivende myndighed som omhandlet i direktivet, er han altid forpligtet til over for Fællesskabet at tilkendegive sin hensigt om at indgå en offentlig bygge- og anlægskontrakt med tredjemand.

Kommissionen finder endvidere, at en medlemsstat tilsidesætter bestemmelserne i direktiv 93/37/EØF om arbejder, der udføres af tredjemand, når der som mellemled benyttes en tilknyttet virksomhed til at tildele kontrakter om bygge- og anlægsarbejder til tredjemand uden indkaldelse af tilbud.

### 3.2.3. Bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurer

Artikel 1 i direktiv 89/665/EØF fastslår, at "Medlemsstaterne træffer (...) de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger" på de betingelser, der er anført i direktivet "med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret".

Hvis der er tale om en koncession på bygge- og anlægsarbejder, er det bestemmelserne i direktiv 89/665/EØF om klageprocedurer, der finder anvendelse(71).

Kommissionen henviser endvidere til kravene i artikel 2, stk. 7, i direktiv 89/665/EØF, ifølge hvilke "medlemsstaterne påser, at de afgørelser, der træffes af de for klageprocedurerne ansvarlige instanser, kan gennemføres effektivt".

Heraf følger, at medlemsstaterne skal afholde sig fra at træffe materielle eller proceduremæssige foranstaltninger, som kan gøre dette direktivs mekanismer virkningsløse.

For offentlige kontrakter, der er tildelt koncessionshavere, som er ordregivende myndigheder, gælder forpligtelsen om begrundelse - der er nævnt i artikel 8 i direktiv 93/37/EØF, som foreskriver, at den ordregivende myndighed begrunder sin beslutning inden 15 dage - ud over de allerede nævnte forpligtelser, som finder anvendelse i forbindelse med offentlige kontrakter, ligesom de er omfattet af de klageprocedurer, der er fastsat i direktiv 89/665/EØF.

## 3.3. KONCESSIONER INDEN FOR SÆRLIGE SEKTORER

Direktiv 93/38/EØF om kontrakter indgået af enheder inden for vandforsyning, energi, transport og telekommunikation (herefter "forsyningsvirksomhedsdirektivet") indeholder ikke særlige regler om hverken koncessioner på bygge- og anlægsarbejder eller koncessioner på tjenesteydelser.

For at kunne fastslå, hvilke regler der finder anvendelse, er koncessionsgiverens juridiske natur og hans virksomhed det afgørende. Følgende tilfælde kan komme på tale.

For det første kan staten eller en anden offentlig enhed, som ikke er aktiv i en af de fire sektorer, der er omhandlet i forsyningsvirksomhedsdirektivet, tildele en koncession vedrørende en økonomisk aktivitet inden for en af disse sektorer. I dette tilfælde gælder traktatens regler og principper som omhandlet ovenfor, ligesom bygge- og anlægsgvidetivet gælder, hvis der er tale om en koncession på bygge- og anlægsarbejder.

For det andet kan en offentlig enhed, der er aktiv i en af de i forsyningsvirksomhedsdirektivet omhandlede sektorer tildele en koncession. Når koncessionsgiveren er en offentlig enhed, finder traktatens regler og principper anvendelse, og selv om der er tale om en koncession på bygge- og anlægsarbejder, gælder kun traktatens regler og principper. Bygge- og anlægsdirektivet finder nemlig ikke anvendelse på koncessioner, som tildeles af en enhed, hvis aktiviteter henhører under de særlige sektorer, der er omfattet af direktiv 93/38/EØF.

Hvis koncessionsgiveren er en privat enhed, er han ikke omfattet af de ovenfor beskrevne regler og principper(72).

Kommissionen er overbevist om, at offentliggørelsen af denne meddelelse kan være med til at klarlægge spillereglerne på koncessionsmarkederne og åbne disse for konkurrence.

Kommissionen ønsker desuden at understrege, at offentliggørelsen af denne meddelelse, der er et led i bestræbelserne på gennemsigtighed, ikke udelukker et eventuelt lovforslag om koncessioner, hvis et sådant viser sig påkrævet for at styrke retssikkerheden.

Endvidere er det muligt, at de elementer, der i dag kan udledes af bestemmelserne i traktaten, direktiverne og Domstolens retspraksis, vil blive yderligere præciseret af Domstolen, som i øjeblikket behandler præjudicielle spørgsmål på området(73). Man vil derfor på et givet tidspunkt kunne supplere nærværende meddelelse under hensyntagen til nye aspekter.

(1) EFT C 94 af 7.4.1999, s. 4.

(2) Kommissionen ønsker at takke de økonomiske aktører, repræsentanter for kollektive interesser, offentlige myndigheder og privatpersoner, hvis bidrag har gjort det muligt at forbedre denne meddelelse.

(3) Se også punkt 2.1.2.4 i Kommissionens meddelelse om offentlige indkøb i Den Europæiske Union, KOM(98) 143, der blev vedtaget den 11.3.1998.

(4) Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199 af 9.8.1993, s. 54).

(5) Ovennævnte direktiv 93/37/EØF.

(6) Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209 af 24.7.1992, s. 1), Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199 af 9.8.1993, s. 1) og Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199 af 9.8.1993, s. 84).

(7) Det mest kendte eksempel på koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder er en kontrakt, hvorved en stat overdrager et selskab retten til at anlægge og drive en motorvej og til, at det som betaling herfor opkræver en brugerafgift.

(8) Kontrollen heraf må foretages for hvert enkelt tilfælde under hensyntagen til flere forhold, såsom kontraktens genstand, varighed og beløb, koncessionshaverens økonomiske og finansielle formåen samt ethvert andet relevant forhold, der gør det muligt at påvise at koncessionshaveren faktisk bærer en risiko.

(9) Hvis finansieringsudgifterne tilbagebetales af den ordregivende myndighed, uden at der er nogen risiko forbundet med driften af bygge- og anlægsarbejdet, bortfalder risikoelementet, og kontrakten vil derfor være en kontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder og ikke en koncessionskontrakt. Såfremt koncessionshaveren ud over det til driften knyttede vederlag direkte eller indirekte modtager et vederlag (i form af en godtgørelse, dækning af underskud osv.) under kontraktperioden eller eventuelt efter dennes udløb, vil kontrakten ikke længere kunne betragtes som en koncessionskontrakt. I denne situation må den yderligere finansieringsoverensstemmelse med fællesskabsretten bedømmes i lyset af dennes relevante bestemmelser.

(10) Eksempelvis har Kommissionen måttet træffe afgørelse i sager, hvor et konsortium af entreprenører og banker forpligtede sig til at gennemføre bygge- og anlægsarbejder for en ordregivende myndighed, mod at denne tilbagebetalte et lån, som entreprenørerne havde optaget hos bankerne, med tillæg af fortjeneste til de private partnere. Kommissionen nåede i sin analyse frem til, at der her var tale om offentlige bygge- og anlægskontrakter, eftersom konsortiet ikke påtog sig at udnytte bygge- og anlægsarbejdet og derfor ikke løb nogen risiko i forbindelse hermed.

Kommissionen drog samme konklusion i et andet tilfælde, hvor den private partner, der udførte

arbejdet, tilsyneladende påtog sig udnyttelsen, men hvor denne af den offentlige myndighed var blevet garanteret skadesløsholdelse under sådanne forhold, at myndigheden i realiteten overtog risikoen ved udnyttelsen.

(11) F.eks. når den af staten fastsatte motorvejsafgift ikke dækker omkostningerne ved udnyttelsen.

(12) F.eks. den risiko, der er forbundet med ændringer i lovgivningsgrundlaget under opfyldelsen af kontrakten (såsom ændringer på miljøbeskyttelsesområdet, der gør det nødvendigt at ændre bygge- og anlægsarbejdet, eller skatte- og afgiftsmæssige ændringer, der forrykker kontraktens finansielle ligevægt), eller risikoen for teknisk forældelse. I øvrigt er det mere sandsynligt, at disse risici gør sig gældende i forbindelse med en koncession, i betragtning af, at denne normalt strækker sig over en relativt lang periode (for så vidt angår koncessionens varighed se punkt 3.1.3).

(13) Det skal bemærkes, at selv om der er tale om en fiktiv brugerafgift, dvs. en afgift, der betales af koncessionsgiveren, foreligger der alligevel en økonomisk risiko, hvis vederlaget afhænger af antallet af brugere.

(14) I et tilfælde, som Kommissionen undersøgte, var den private partner, der tilsyneladende påtog sig udnyttelsen, af de offentlige myndigheder blevet garanteret skadesløsholdelse under sådanne forhold, at myndighederne i realiteten overtog risikoen ved udnyttelsen.

(15) Den manglende omtale af koncessioner på tjenesteydelser i tjenesteydelsesdirektivet foranlediger nogle kommentarer. Kommissionen havde i direktivets forberedende fase foreslået, at der skulle fastsættes regler for denne form for koncessioner i lighed med de regler, der gælder for koncessioner på bygge- og anlægsarbejder, men dette kunne Rådet ikke tilslutte sig. Spørgsmålet er dermed, om ikke koncessioner på tjenesteydelser helt og fuldt henhører under reglerne i tjenesteydelsesdirektivet. Dette direktiv gælder som anført ovenfor for "alle gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed", dog med visse undtagelser, som er nævnt i direktivet, men hvoriblandt koncessionskontrakter ikke optræder.

En bogstavelig fortolkning af denne definition, som nogle henholder sig til, kunne medføre, at koncessionskontrakter henregnes til anvendelsesområdet for tjenesteydelsesdirektivet, eftersom de er gensidigt bebyrdende og skriftlige. Dette ville betyde, at koncessioner på tjenesteydelser ville være omfattet af reglerne i dette direktiv og dermed underkastet mere komplicerede regler end koncessioner på bygge- og anlægsarbejder.

Da der ikke foreligger nogen retspraksis fra Domstolen på dette punkt, har Kommissionen ikke lagt denne fortolkning til grund i de konkrete sager, som den har skullet behandle. Et præjudicielt spørgsmål, der er forelagt Domstolen, rejser spørgsmålet om definitionen af koncessionskontrakter om tjenesteydelser og de juridiske regler, der gælder for disse (sag C-324/98, *Telaustria Verlags Gesellschaft mbH/Post & Telekom Austria (Telaustria)*).

(16) Jf. Domstolens dom af 26. april 1994, sag C-272/91, *Kommissionen/Italien (Lottomatica)*, Sml. I-1409.

(17) Generaladvokat La Pergolas konklusioner i sag C-360/96, *Arnhem*. Generaladvokat Albers konklusioner i sag C-108/98, *RI.SAN Srl/Commune d'Ischia*.

(18) I sin dom af 10. november 1998 i sag C-360/96, *Arnhem*, præmis 25, fandt Domstolen, at der ikke var tale om en koncession på tjenesteydelser, fordi det betalte vederlag alene bestod i en pris betalt af den offentlige myndighed og ikke i retten til at udnytte tjenesteydelsen.

(19) Generaladvokatens konklusioner i *Arnhem-sagen* (jf. ovenfor); generaladvokatens konklusioner i *RI.SAN Srl-sagen* (jf. ovenfor).

(20) Jf. Domstolens dom af 19. april 1994 i sag C-331/92, *Gestion Hotelière*, Sml. I-1329.

(21) Jf. Domstolens dom af 5. december 1989 i sag 3/88, *Offentlige indkøb inden for edb-området*, Sml. S. 4035.

(22) Domstolen har i øvrigt anvendt det samme princip til sondring mellem kontrakter om levering af varer og kontrakter om tjenesteydelser i sin dom af 18. november 1999 i sag C-107/98, *Teckal Srl/Commune di Viano og AGAC di Reggio Emilia (Teckal)*.

(23) I begrebets videste forstand, dvs. akter, der vedtages af offentlige organer, der er en del af statens organisering (lokale myndigheder, regioner, amter, autonome fællesskaber, kommuner), samt akter, der vedtages af andre organer, der, om end de har selvstændig juridisk karakter, er så tæt knyttet til staten, at de må anses for en del af denne. Begrebet

"statslige akter" omfatter ligeledes akter, der kan tilregnes staten, dvs. akter, der - selv om de ikke vedtages af offentlige organer - alligevel må tilregnes disse under hensyn til, at de har mulighed for at gribe ind for at hindre vedtagelsen af dem eller forlange ændringer heri.

(24) Et lignende ræsonnement følges for koncessionskontrakter om levering af varer, der er underkastet bestemmelserne i traktatens artikel 28-30 (tidl. 30-36).

(25) F.eks. taxakoncessioner eller tilladelser til at benytte offentlig vej (aviskiosker, fortovskafeer) og til at drive apotek eller tankstationer.

(26) Disse forhold ligner dem, der undertiden betegnes som "in-house"-forhold. Disse er blevet analyseret af generaladvokat La Pergola (ovennævnte Arnhem-sag), generaladvokat Cosmas (ovennævnte Teckal-sag) samt generaladvokat Alber (ovennævnte RI.SAN-sag).

(27) Domstolen har i sin dom i Teckal-sagen præciseret, at for at direktiv 93/36/EØF finder anvendelse, er det "principielt tilstrækkeligt, at aftalen er blevet indgået mellem på den ene side en lokal myndighed og på den anden side en fra denne myndighed juridisk forskellig person", og tilføjet: "Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af."

(28) Sag C-94/99 (ARGE) og ovennævnte sag C-324/98 (Telaustria).

(29) Inden for det audiovisuelle område må der tages hensyn til protokollen om offentlig radio- og tv-virksomhed i medlemsstaterne, der er bilagt Amsterdam-traktaten, hvorved traktaten om den Europæiske Union ændres (trådt i kraft 1.5.1999).

(30) Jf. dom af 30. april 1974 i sag 155/73 og dom af 18. juni 1991 i sag C-260/89 (hvv. Sacchi og Elliniki Radiophonia).

(31) Jf. dom i ovennævnte Elliniki Radiophonia-sag, præmis 10.

(32) Jf. dom i ovennævnte Elliniki Radiophonia-sag, præmis 12.

(33) For transportsektorens vedkommende må det bemærkes, at de relevante bestemmelser vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser er traktatens artikel 70-80 (tidl. 74-84) (som følge af henvisningen i artikel 51 (tidl. 61)). Dette berører ikke den omstændighed, at fællesskabsrettens generelle principper finder anvendelse på dette område i henhold til Domstolens faste domspraksis (jf. dom af 4. april 1974 i sag C-167/73, Kommissionen/Frankrig, dom af 30. april 1986 i de forenede sager 209/84-213/84, Ministère Public/ASJES et al, dom af 17. maj 1994 i sag C-18/93, Corsica ferries, og dom af 1. oktober 1998 i sag C-38/97, Autotrasporti Librandi snc/Cuttica).

Tjenesteydelser i forbindelse med transport med jernbane, ad landevej og sejlbare vandveje er desuden omfattet af forordning (EØF) nr. 1191/69, som ændret ved forordning (EØF) nr. 1893/91, der vedrører mekanismer og procedurer, som de offentlige myndigheder kan anvende for at sikre, at målene for offentlig transport opnås.

(34) Det er klart, at koncessionshaverens akter og adfærd er underkastet ovennævnte regler og principper, i det omfang staten i henhold til Domstolens retspraksis kan gøres ansvarlig herfor.

(35) Jf. dom af 9. juli 1987 i de forenede sager 27/86, 28/86 og 29/86, Bellini.

(36) Jf. dom af 10. marts 1987, sag 199/85, Kommissionen/Italien, og dom af 17. november 1993, sag C-71/92, Kommissionen/Spanien.

(37) Jf. ovennævnte dom i Lottomatica-sagen. I denne dom fastslog Domstolen på grundlag af de foreliggende kendsgerninger, at koncessionshaverens opgaver var begrænset til aktiviteter af teknisk art og derfor underkastet traktatens bestemmelser.

(38) Kommissionen minder om, at foranstaltninger, som er restriktive, men som ikke virker diskriminerende, er i strid med artikel 43 (tidl. 52) og 49 (tidl. 59), hvis de ikke træffes af grunde, som er absolut nødvendige af hensyn til almenheden. Dette er tilfældet, hvis foranstaltningerne ikke er passende eller nødvendige for at nå det fastsatte mål.

(39) Jf. dom af 8. oktober 1980, sag C-810/79, Überschär.

(40) Jf. dom af 13. juli 1993, sag C-330/91, Commerzbank; jf. også dom af 3. februar 1982, de forenede sager 62/81 og 63/81, Seco og Desquenue.

(41) Jf. dom af 26. februar 1992, sag C-357/89.

(42) Jf. dom af 7. juli 1992, sag C-295/90.

- (43) Jf. dom af 22. juni 1993, sag C-243/89, Storebaelt, præmis 37.
- (44) Jf. dom af 25. april 1996, sag C-870/94, Bus Wallons. Jf. også dom afsagt af Retten i Første Instans den 17. december 1998, T-203/96, Embassy Limousines & Services.
- (45) I denne forbindelse må det understreges, at denne meddelelse ikke berører fortolkningen af specialbestemmelser om transport i traktaten eller i specifikke, gældende eller kommende, forordninger.
- (46) Selv om udbudsbetingelserne f.eks. åbner mulighed for, at ansøgerne foreslår tekniske forbedringer af den af koncessionsgiveren foreslåede løsning (det vil ofte være tilfældet, når der er tale om store infrastrukturprojekter), kan disse forbedringer ikke komme til at berøre et projekts fundamentale krav og skal være nærmere afgrænset.
- (47) Jf. dom i ovennævnte sag om Offentlige indkøb inden for edb-området, præmis 30.
- (48) Præmis 54 i ovennævnte Bus Wallons-sag.
- (49) Jf. dom af 18. november 1999 i sag C-275/98, Unitron Scandinavia SA, præmis 31.
- (50) Gennemsigthed kan sikres ved, bl.a. offentliggørelse af en bekendtgørelse eller en forhåndsmeddelelse i dagblade, fagblade eller ved opslag.
- (51) Jf. dom af 11. juli 1989, sag 265/87, Schräder, præmis 21.
- (52) Jf. dom af 27. oktober 1993, sag 127/92, præmis 27.
- (53) Jf. dom af 19. juni 1980, de forenede sager 41/79, 121/79 og 796/79, Testa et al., præmis 21.
- (54) Dette vil f.eks. være tilfældet i forbindelse med en pligt til at opnå en høj grad af miljøbeskyttelse og med hensyn til anvendelsen af forsigtighedsprincippet.
- (55) Se f.eks. dom af 17. maj 1984, sag 15/83, Denkvit Nederland eller Retten i Første Instans' dom af 19. juni 1997, sag T-260/94, Air Inter SA, præmis 14.
- (56) Jf. i den forbindelse nyere retspraksis fra Retten i Første Instans, i henhold til hvilken traktaten finder anvendelse "når en foranstaltning, der er truffet af en medlemsstat, udgør en restriktion for den frie etableringsret for en anden medlemsstats statsborgere på medlemsstatens område, og der ved forvaltningen samtidig tillægges en virksomhed fordele i form af, at der indrømmes en eksklusiv rettighed, medmindre den statslige foranstaltning har et lovligt formål, som er foreneligt med traktaten og til stadighed er begrundet i tvingende almene hensyn (...)". Retten i Første Instans tilføjer, at i sådanne tilfælde "må det også kræves, at den statslige foranstaltning er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det påkrævede mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål" (dom af 8. juli 1999, sag T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV, præmis 108).
- (57) Dette kan udledes af retspraksis vedrørende etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser (jf. især dommene Vlassopoulou (af 7. maj 1991, sag C-340/89) og Dennemeyer (af 25. juli 1991, sag C-76/90). I den første dom fastslog Domstolen, at "selv om nationale regler om bestemte kvalifikationer anvendes uden forskelsbehandling med hensyn til nationalitet, kan de have til følge, at statsborgere i andre medlemsstater hindres i at udøve etableringsretten, der er sikret i traktatens artikel 43 (tidl. 52). Dette kan være tilfældet, såfremt der ved de pågældende nationale regler ikke tages hensyn til kundskaber og kvalifikationer, som vedkommende allerede har erhvervet i en anden medlemsstat." I dommen Dennemeyer understregede Domstolen bl.a.: "en medlemsstat kan navnlig ikke betinge levering af tjenesteydelser på det pågældende lands område af, at samtlige betingelser for etablering i landet er opfyldt, idet de bestemmelser i traktaten, som netop skal sikre den frie udveksling af tjenesteydelser, herved ville blive virkningsløse." Endelig tilføjede Domstolen i sagen Webb (sag 279/80 af 17. december 1981), at fri udveksling af tjenesteydelser kræver, at "(...) den stat, hvor ydelsen præsteres (...), tager hensyn til de krav om dokumentation og sikkerhed, som tjenesteyderen allerede må opfylde i udførelsen af sin virksomhed i den medlemsstat, hvor han er etableret".
- (58) F.eks. er den medlemsstat, hvor ydelsen skal præsteres, forpligtet til at acceptere de kvalifikationer vedrørende faglig, teknisk og finansiel formåen, som den pågældende har erhvervet i en anden medlemsstat. I forbindelse med f.eks. kvalifikation af virksomheder kan bevis for ligestilling - foruden fra anvendelsen af direktiverne om teknisk harmonisering - også stamme fra aftaler om gensidig anerkendelse af frivillige certifikationsystemer. Sådanne aftaler kan støtte sig til en anerkendelse, der beviser, at de undersøgende organer er kompetente.

- (59) Jf. især dom af 15. marts 1988, sag 147/86, Kommissionen/Hellenske Republik.
- (60) Jf. dom af 21. juni 1974, sag 2/74, Reyners.
- (61) Jf. generaladvokat Mischos konklusioner i ovennævnte sag C-3/88, Offentlige indkøb inden for edb-området.
- (62) Jf. dom af 15. marts 1988 i ovennævnte sag 147/86.
- (63) Jf. ovennævnte sag C-3/88 og C-272/91, hhv. Offentlige indkøb inden for edb-området og Lottomatica.
- (64) Jf. ovennævnte sag T-260/94, Air Inter SA. F.eks. afviste Domstolen at anvende undtagelsesbestemmelsen vedrørende den offentlige orden, eftersom der ikke var tilstrækkelig begrundelse herfor, og det fastsatte mål kunne realiseres med andre midler, der ikke krævede begrænsning af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser (jf. præmis 15 i ovennævnte dom C-3/88, Offentlige indkøb inden for edb-området).
- (65) Jf. dom af 28. marts 1996, sag C-272/94, Guiot/Climatec.
- (66) Jf. dom af 7. maj 1991, sag C-340/89, Vlassopoulou, præmis 22.
- (67) Jf. dom af 15. oktober 1987, sag 222/86, Heylens, præmis 14.
- (68) "Med henblik på at opfylde direktivets formål, nemlig at sikre udviklingen af en effektiv konkurrence på udbudsområdet, skal de kriterier og betingelser, der gælder for hvert udbud, endelig offentliggøres på passende måde af de ordregivende myndigheder" (jf. dom af 20. september 1988, sag 31/87, Beentjes, præmis 21).
- (69) Der gøres opmærksom på, at den ordregivende myndighed i henhold til direktivets artikel 3, stk. 2, kan pålægge indehavere af koncessionskontrakter at overdrage kontrakter, der udgør en minimumsprocentdel af arbejdernes samlede værdi, til tredjemand. Den ordregivende myndighed kan også opfordre ansøgerne til selv at anføre denne minimumsprocent i deres tilbud.
- (70) Det samme gælder for indehavere af koncessioner på tjenesteydelser, som er ordregivende myndigheder i direktivernes forstand. Bestemmelserne heri gælder for procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, som iværksættes i forbindelse med koncessionen.
- (71) I sag C-433/93, Kommissionen/Tyskland, fastslog generaladvokat Elmer, at i henhold til Domstolens retspraksis (jf. dom af 20. september 1988, sag 31/87, Beentjes, og dom af 22. juni 1989 i sag 103/88, Constanzo) giver "direktiverne vedrørende offentlige kontrakter den enkelte rettigheder, som i visse tilfælde ved domstole kan gøres gældende over for staten og de ordregivende myndigheder". Generaladvokaten understregede endvidere, at direktiv 89/665/EØF, som tidsmæssigt ligger efter denne retspraksis, ikke havde til formål at begrænse de rettigheder, som gældende retspraksis tilkender den enkelte over for de offentlige myndigheder. Tværtimod havde direktivet til formål at forstærke "de nuværende mekanismer på såvel nationalt plan som på fællesskabsplan, (...) især på et stadium, hvor overtrædelserne, endnu kan bringes til ophør" (jf. betragtning 2 i direktiv 89/665/EØF).
- (72) Men hvis koncessionshaveren har eksklusive eller særlige rettigheder vedrørende de aktiviteter, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal han i forbindelse med disse offentlige kontrakter overholde bestemmelserne i dette direktiv.
- (73) For eksempel ovennævnte Telaustria-sag.