



## Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Ottende Afdeling)

7. september 2016\*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige kontrakter — direktiv 2004/18/EF — artikel 2 — ligebehandlingsprincippet — gennemsigtighedsforpligtelsen — kontrakt vedrørende levering af et komplekst kommunikationssystem — gennemførelsesvanskeligheder — uenighed mellem parterne hvad angår ansvar — forlig — reduktion af kontraktens omfang — ændring fra udlejning af hardware til et salg — væsentlig ændring af kontrakten — begrundet i den objektive mulighed for at finde en mindelig løsning«

I sag C-549/14,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Højesteret (Danmark) ved afgørelse af 27. november 2014, indgået til Domstolen den 2. december 2014, i sagen:

**Finn Frogne A/S**

mod

**Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation**

har

DOMSTOLEN (Ottende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, D. Šváby (refererende dommer), og dommerne J. Malenovský og M. Vilaras,

generaladvokat: Sharpston

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Finn Frogne A/S ved advokaterne K. Dyekjær, C. Bonde, P. Gjørtler, H.B. Andersen og S. Stenderup Jensen, samt ved solicitor J. Grayston
- den danske regering ved C. Thorning, som befuldmægtiget, bistået af advokat P. Hedegaard Madsen
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato P. Grasso

\* Processprog: dansk.

- den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget
- Europa-Kommissionen ved L. Grønfeldt og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

### Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet under en sag mellem Finn Frogne A/S (herefter »Frogne«) og Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (Danmark) (herefter »CFB«) vedrørende lovligheden af en forligsaftale, der i forbindelse med gennemførelsen af en offentlig kontrakt blev indgået af CFB i egenskab af ordregivende myndighed og Terma A/S, der fik tildelt denne offentlige kontrakt.

### Retsforskrifter

#### *EU-retten*

- 3 Anden betragtning til direktiv 2004/18 har følgende ordlyd:

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

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«
- 5 Direktivets artikel 28 bestemmer:

»For at indgå offentlige kontrakter anvender de ordregivende myndigheder de nationale procedurer, der er tilpasset til brug i forbindelse med dette direktiv.

De indgår disse offentlige kontrakter ved anvendelse af offentlige eller begrænsede udbud. [...] I de tilfælde og under de omstændigheder, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 30 og 31, kan de anvende udbud med forhandling, med eller uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.«

6 Samme direktivs artikel 31 har følgende ordlyd:

»De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

- 1) For så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter:

[...]

- c) såfremt det er strengt nødvendigt, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de tidsfrister, der gælder ved offentlige eller begrænsede udbud eller ved udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse i henhold til artikel 30. De omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives de ordregivende myndigheder.

[...]

- 4) For så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter:
  - a) ved supplerende arbejder eller tjenesteydelser, som ikke er omfattet af de oprindelige udbud eller den oprindelige kontrakt, og som på grund af uforudsete forhold er blevet nødvendige for udførelsen af tjenesteydelserne eller bygge- og anlægsarbejderne som deri beskrevet, forudsat at kontrakten tildes den økonomiske aktør, som udfører disse bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser:

- når disse supplerende bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser ikke teknisk eller økonomisk kan adskilles fra den oprindelige kontrakt uden væsentlige ulemper for de ordregivende myndigheder

eller

- når disse bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, til trods for at de kan adskilles fra den oprindelige kontrakt, er absolut nødvendige af hensyn til dennes fuldstændige gennemførelse.

Den samlede værdi af kontrakter, som indgås om supplerende bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, må dog ikke overstige 50% af værdien af den oprindelige kontrakt

[...]«

7 Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 1989, L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT 2007, L 335, s. 31, herefter »direktiv 89/665«), indeholder en artikel 2d med overskriften »Retsvirkningen »uden virkning««. Denne artikel har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne påser, at en klageinstans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, betragter en kontrakt som værende uden virkning, eller at en klageinstans beslutter, at den er uden virkning i hvert af følgende tilfælde:

- a) hvis den ordregivende myndighed har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, selv om dette ikke er tilladt i henhold til direktiv 2004/18/EF

[...]

4. Medlemsstaterne fastsætter, at denne artikels stk. 1, litra a), ikke finder anvendelse, hvis
- den ordregivende myndighed finder, at tildeling af en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende* er tilladt i henhold til direktiv 2004/18/EF
  - den ordregivende myndighed i *Den Europæiske Unions Tidende* har offentliggjort en bekendtgørelse, som beskrevet i dette direktivs artikel 3a, hvoraf det fremgår, at myndigheden agter at indgå kontrakten, og
  - kontrakten ikke er indgået inden udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.

[...]«

### **Twisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål**

- 8 I 2007 iværksatte den danske stat en offentlig udbudsprocedure i form af konkurrencepræget dialog om levering af et samlet og fælles kommunikationssystem til det samlede beredskab og vedligeholdelse af dette system i flere år. CFB fik efterfølgende myndighedsansvaret for denne kontrakt.
- 9 Nævnte kontrakt blev tildelt Terma. Den kontrakt, der den 4. februar 2008 blev indgået med denne virksomhed, havde en samlet værdi på 527 mio. danske kroner (ca. 70 629 800 EUR), hvoraf 299 854 699 kr. vedrørte den minimumsløsning, der var beskrevet i udbudsmaterialet, og resten vedrørte optioner og ydelser, der ikke nødvendigvis ville blive gennemført.
- 10 Under gennemførelsen af nævnte kontrakt opstod der vanskeligheder med hensyn til overholdelse af leveringsfristerne, hvor CFB og Terma begge afviste at være ansvarlige for den omstændighed, at det var umuligt at gennemføre kontrakten efter sit indhold.
- 11 Efter forhandlinger nåede parterne til enighed om et forlig, hvorefter kontrakten blev begrænset til at omhandle levering af et radiokommunikationssystem til de enkelte politikredse med en værdi på ca. 35 mio. danske kroner (ca. 4 690 000 EUR), mens CFB købte to centrale serverfarme til en værdi af ca. 50 mio. danske kroner, som Terma selv havde indkøbt med det formål at udleje dem til CFB til opfyldelse af den oprindelige kontrakt. I forbindelse med dette forlig frafaldt hver part deres krav i henhold til den oprindelige aftale med undtagelse af de krav, der fulgte af forliget.
- 12 Inden afslutningen af dette forlig offentliggjorde CFB den 19. oktober 2010 en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed af den forligsaftale, som myndigheden påtænkte at indgå med Terma, i *Den Europæiske Unions Tidende* i overensstemmelse med artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665.
- 13 Frogne, der ikke havde anmodet om prækvalifikation med henblik på deltagelse i udbudsproceduren vedrørende den oprindelige kontrakt, klagede til Klagenævnet for Udbud (herefter »Klagenævnte«). Inden Klagenævnet tog stilling til realiteten afslog det ved afgørelse af 10. december 2010 at tillægge klagen opsættende virkning.
- 14 Det nævnte forlig blev indgået den 17. december 2010.
- 15 Frognes klage til Klagenævnet blev forkastet ved afgørelse af 3. november 2011.

- 16 Det søgsmål, som Frogne anlagde efter denne afgørelse, blev ligeledes forkastet af Østre Landsret den 20. december 2013.
- 17 Østre Landsret fastslog indledningsvis, at den ændring af den oprindelige kontrakt, der blev foretaget ved det forlig, der blev indgået mellem CFB og Terma, udgjorde en væsentlig ændring af denne kontrakt som omhandlet i Domstolens retspraksis.
- 18 Dernæst fastslog Østre Landsret imidlertid for det første, at dette forlig ikke var resultatet af Termas og CFB's vilje til at genforhandle den oprindelige kontrakts grundlæggende elementer med henblik på at optimere et fortsat samarbejde under væsentligt ændrede vilkår, men havde udgjort en alternativ metode til bilæggelse af den tvist, der var opstået mellem parterne, i stedet for en ophævelse af denne kontrakt under omstændigheder, hvor gennemførelsen heraf havde vist sig at være umulig, og at denne metode indebar, at hver part havde givet vigtige indrømmelser med henblik på at nå frem til en acceptabel løsning med en betydelig reduktion af nævnte kontrakts omfang, samtidigt med at enhver risiko for tab, der sandsynligvis ville være uforholdsmæssige, blev undgået. For det andet var der intet grundlag for at antage, at CFB og Terma havde intentioner om at omgå udbudsreglerne.
- 19 Under disse omstændigheder fastslog Østre Landsret, at ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed ikke var til hinder for indgåelsen af dette forlig, for så vidt som der er en nær sammenhæng mellem den oprindelige kontrakt og de ydelser, der skulle leveres i forbindelse med forliget. Dette var tilfældet for leveringen af et radiokommunikationssystem til de enkelte politikredse, men ikke for salget af to centrale serverfarme. Med hensyn til det sidstnævnte forhold fastslog Østre Landsret, at CFB's beslutning om at anvende og indgå den i hovedsagen omhandlede forligsaftale var i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen. Den omstændighed, at nævnte aftaleindgåelse satte den ordregivende myndighed i stand til at afdække de risici, der er forbundet med en konfliktsituation, blev anset for at være uden betydning for lovligheden af denne aftaleindgåelse.
- 20 Østre Landsret lagde imidlertid til grund, at CFB's vurdering af, at indgåelse af forligsaftalen med Terma var tilladt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i henhold til EU-udbudsreglerne, ikke var en åbenbart urigtig vurdering. Idet Østre Landsret tog hensyn til den bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed, som den ordregivende myndighed i henhold til artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 havde offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*, vedrørende det forlig, der påtænkte indgået, og den omstændighed, at den ordregivende myndighed, inden indgåelsen af forliget, ikke blot havde afventet udløbet af den frist på ti dage, der er fastsat i denne bestemmelse, men også, at Klagenævnet traf afgørelse om eventuel opsættende virkning af den klage, som Frogne havde indgivet til dette nævn, var det nævnte rets opfattelse, at denne forligsaftale ikke kunne erklæres uden virkning, hvorfor det søgsmål, som nævnte ret var forelagt, måtte anses for at være uden genstand.
- 21 Frogne har indbragt sagen for Højesteret og anført, at spørgsmålet om, hvorvidt en offentlig kontrakt, der påtænkes indgået i forbindelse med et forlig vedrørende en oprindelig offentlig kontrakt, skal være genstand for en udbudsprocedure, alene afhænger af, om de ændringer, der foretages i den oprindelige kontrakt, er væsentlige. I det foreliggende tilfælde er ændringen væsentlig både i forhold til kontraktens genstand, som ændret, og til den betydelige reduktion af kontraktens værdi, idet den ændrede kontrakt ville kunne være af interesse for mindre virksomheder. Desuden kan hverken betragtninger af økonomisk karakter eller beskyttelsen af den valgte tilbudsgivers situation påberåbes som begrundelse for en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen.
- 22 CFB har fokuseret på forligets to aspekter. Hvad angår for det første begrænsningen af kontrakten til levering af et radiokommunikationssystem alene til de enkelte politikredse, har CFB fremhævet den betydning, der skal tillægges den omstændighed, at ændringen består i en betydelig reduktion af ydelserne, hvilket er en situation, der ikke reguleres af EU-retten. Hvad for det andet angår købet af

centrale serverfarme, som i henhold til den oprindelige kontrakt kun skulle lejes, er det i det væsentlige CFB's opfattelse, at den omstændighed, at dette hardware ejes i stedet for lejes, ikke udgør en væsentlig ændring af denne kontrakt.

- 23 Det er mere generelt CFB's opfattelse, at når gennemførelsen af en kontrakt giver anledning til vanskeligheder – hvilket ikke er usædvanligt i visse typer af kontrakter, såsom kontrakter vedrørende udvikling af it-systemer – skal den ordregivende myndighed indrømmes en bred skønsmargen med henblik på at kunne opnå en rimelig løsning i tilfælde af gennemførelsesvanskeligheder. I modsat fald vil den ordregivende myndighed være forpligtet til enten at afstå fra fornuftige tilpasninger eller at bryde kontrakten med den risiko for tab, som dette indebærer. En fortolkning af direktiv 2004/18, hvorefter det skulle kræve afholdelse af en ny udbudsprocedure i et sådant tilfælde, ville i praksis forhindre indgåelse af forlig, hvilket ville udgøre et indgreb i obligationsretten, som ikke er tilladt i henhold til traktaterne.
- 24 Højesteret ønsker oplysning om rækkevidden af artikel 2 i direktiv 2004/18 navnlig hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen indebærer, at en ordregivende myndighed ikke kan planlægge at indgå et forlig for at løse de vanskeligheder, der følger af gennemførelsen af en offentlig kontrakt, uden at der automatisk opstår en forpligtelse til at afholde en ny udbudsprocedure vedrørende forligsaftalens elementer.
- 25 Ifølge Højesteret består det nye element i forhold til de situationer, som Domstolen tidligere har undersøgt, i de nævnte gennemførelsesvanskeligheder, hvor det er omtvistet, om de skal tilregnes den ene eller den anden part, og det relevante spørgsmål er i sidste ende, om der består en mulighed for at indgå et forlig for at bringe disse vanskeligheder til ophør uden at skulle afholde en ny udbudsprocedure.
- 26 Højesteret har på denne baggrund besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 2 i [...] direktiv [...] 2004/18[...] sammenholdt med EU-Domstolens dom [af 19. juni 2008], presstext [Nachrichtenagentur] [(sag C-454/06, EU:C:2008:351)], og [af 13. april 2010], Wall AG [(C-91/08, EU:C:2010:182)], fortolkes således, at en forligsaftale, der indebærer indskrænkninger og ændringer af parternes oprindeligt aftalte ydelser under en tidligere udbudt kontrakt samt et gensidigt afkald på udøvelse af misligholdelsesbeføjelser med henblik på at undgå en efterfølgende retslig tvist, udgør en kontrakt, der i sig selv er udbudspligtig, hvis det må lægges til grund, at den oprindelige kontrakt er blevet nødlidende.«

### **Om det præjudicielle spørgsmål**

- 27 Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 2 i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at der efter tildelingen af en offentlig kontrakt ikke må foretages en væsentlig ændring heri uden indledning af en ny udbudsprocedure, selv når denne ændring objektivt set udgør en forligsmæssig løsning, der indebærer gensidige afkald på krav fra begge parter side med henblik på at bringe en tvist til ophør, hvis udfald er uvist, og som skyldes, at denne kontrakt er blevet nødlidende.
- 28 Det følger af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, er til hinder for, at den ordregivende myndighed og den valgte tilbudsgiver efter tildelingen af en offentlig kontrakt foretager ændringer i bestemmelserne i denne kontrakt, således at disse bestemmelser bliver afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt. Dette er tilfældet, når de påtænkte ændringer enten udvider kontrakten i betydeligt omfang til at omfatte elementer, der ikke var fastsat heri, eller ændrer kontraktens økonomiske balance til fordel for den valgte tilbudsgiver, eller hvis disse ændringer kan rejse tvivl om tildelingen af kontrakten, forstået på

den måde, at såfremt de nævnte ændringer havde været indeholdt i det materiale, der lå til grund for indgåelsen af den oprindelige kontrakt, ville et andet tilbud kunne være blevet antaget, eller andre tilbudsgivere ville have kunnet deltage (jf. i denne retning dom af 19.6.2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, præmis 34-37).

- 29 Hvad angår det sidstnævnte tilfælde skal det bemærkes, at en ændring af elementerne i en kontrakt, der består i en reduktion af omfanget af kontraktens genstand, kan have den virkning, at et større antal erhvervsdrivende vil være i stand til at fremsætte tilbud. For så vidt som denne kontrakts oprindelige omfang bevirkede, at alene visse virksomheder var i stand til at melde sig som ansøgere eller fremsætte et tilbud, vil en reduktion af nævnte kontrakts omfang således ligeledes kunne gøre den interessant for mindre erhvervsdrivende. Eftersom de minimumskriterier for egnethed, der kræves i forbindelse med en bestemt kontrakt, i henhold til artikel 44, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/18 skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand, vil en reduktion af denne genstand desuden efter sin art medføre en forholdsmæssig reduktion af de krav til egnethed, der kræves af ansøgere og tilbudsgivere.
- 30 En væsentlig ændring af en offentlig kontrakt efter tildelingen heraf kan principielt ikke foretages efter fælles overenskomst mellem den ordregivende myndighed og den valgte tilbudsgiver, men skal give anledning til en ny udbudsprocedure vedrørende den således ændrede kontrakt (jf. analogt dom af 13.4.2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, præmis 42). Det forholder sig kun anderledes, hvis denne ændring var omhandlet i den oprindelige kontrakts bestemmelser (jf. i denne retning dom af 19.6.2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, præmis 37, 40, 60, 68 og 69).
- 31 Det følger imidlertid af forelæggelsesafgørelsen, at ifølge Østre Landsrets analyse, som Højesteret har henvist til, beror det særlige ved den i hovedsagen omhandlede situation på den omstændighed, at ændringen af kontrakten, der kvalificeres som væsentlig, ikke skyldes parternes vilje til at genforhandle grundlæggende elementer i den oprindelige kontrakt, de havde indgået, som omhandlet i Domstolens praksis nævnt ovenfor, men objektive vanskeligheder og uforudsigelige følger, som er opstået i forbindelse med kontraktens gennemførelse, og disse vanskeligheder er af visse af de procesdeltagere, der har afgivet indlæg for Domstolen, også blevet fremhævet som uforudsigelige, når der er tale om komplekse kontrakter, såsom kontrakter, der indebærer udvikling af informationssystemer som i det foreliggende tilfælde.
- 32 Det må imidlertid fastslås, at hverken det forhold, at en væsentlig ændring af en offentlig kontrakts elementer ikke skyldes en bevidst vilje hos den ordregivende myndighed og den valgte tilbudsgiver om at genforhandle denne kontrakts indhold, men deres vilje til at finde en forligsmæssig løsning på objektive vanskeligheder, som er opstået i forbindelse med gennemførelsen af nævnte kontrakt, eller visse projekters objektivt usikre karakter, kan begrunde, at der træffes afgørelse om en sådan ændring uden overholdelse af ligebehandlingsprincippet, som skal komme enhver erhvervsdrivende, der er potentielt interesseret i en offentlig kontrakt, til gode.
- 33 Hvad for det første angår de grunde, der kan foranledige den ordregivende myndighed og den tilbudsgiver, der har fået tildelt en kontrakt, til at overveje en væsentlig ændring heraf, der indebærer indledning af en ny udbudsprocedure, skal det bemærkes, at henvisningen til parternes bevidste vilje til at genforhandle denne kontrakts bestemmelser ikke er en afgørende faktor. En sådan vilje er ganske vist omtalt i præmis 44 i dom af 5. oktober 2000, Kommissionen mod Frankrig (C-337/98, EU:C:2000:543), som er den første dom, hvor Domstolen undersøgte denne problematik. Som det imidlertid fremgår af nævnte doms præmis 42-44, var denne formulering relevant under de omstændigheder, der indgik i den specifikke faktuelle sammenhæng i den sag, som gav anledning til nævnte dom. Derimod skal spørgsmålet, om en ændring skal kvalificeres som væsentlig, afgøres objektivt på grundlag af de kriterier, der er nævnt i nærværende doms præmis 28.

- 34 Dernæst bemærkes, at det følger af præmis 40 i dom af 14. november 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736), at der ikke kan ses bort fra ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling samt den deraf følgende gennemsigtighedsforpligtelse, som følger af EUF-traktaten, når det påtænkes at foretage en væsentlig ændring af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser eller tildeling af eksklusive rettigheder med det formål at finde en rimelig løsning, der er egnet til at afslutte en tvist, som helt uden deres vilje er opstået mellem de offentlige enheder og en erhvervsdrivende vedrørende rækkevidden af den kontrakt, de har indgået. Eftersom disse principper og denne forpligtelse udgør grundlaget for artikel 2 i direktiv 2004/18, således som det fremgår af anden betragtning til dette direktiv, gælder dette også i forbindelse med anvendelsen af nævnte direktiv.
- 35 Hvad for det andet angår den objektivt usikre karakter af visse projekter, der kan være genstand for en offentlig kontrakt, skal det ganske vist bemærkes, at i overensstemmelse med artikel 31 i direktiv 2004/18 kan de ordregivende myndigheder indgå en kontrakt efter fælles overenskomst, dvs. ved at forhandle kontraktens elementer med en udvalgt erhvervsdrivende uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, i en række tilfælde, hvoraf flere er karakteriseret ved, at visse omstændigheder er uforudsigelige. Som det imidlertid følger af sidste punktum i artikel 28, andet afsnit, i dette direktiv, er det kun i de tilfælde og under de omstændigheder, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 31, at artikel 28 kan finde anvendelse, således at opregningen af de omhandlede undtagelser skal anses for udtømmende. Det fremgår imidlertid ikke, at den i hovedsagen omhandlede situation, svarer til en af disse situationer.
- 36 Desuden bemærkes, at selve den omstændighed, at visse offentlige kontrakter som følge af deres genstand på forhånd kan anses for at have en usikker karakter, gør det muligt at forudse risikoen for, at der kan opstå vanskeligheder på gennemførelsesstadiet. Det påhviler i forbindelse med en sådan kontrakt følgelig den ordregivende myndighed ikke blot at anvende de bedst tilpassede udbudsprocedurer, men også at definere kontraktens genstand med omhu. Hertil kommer, som det fremgår af nærværende doms præmis 30, at den ordregivende myndighed kan forbeholde sig muligheden for at foretage visse ændringer, endog væsentlige, i kontrakten efter tildelingen heraf, ved at fastsætte dette i det udbudsmateriale, der ligger til grund for tildelingsproceduren.
- 37 Selv om overholdelsen af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen skal sikres også med hensyn til særlige offentlige kontrakter, er dette ikke til hinder for, at disse kontrakters særlige kendetegn tages i betragtning. Balancen mellem dette juridiske krav og dette konkrete behov opnås for det første ved en streng overholdelse af udbudsbetingelserne, således som de er fastsat i udbudsmaterialet, frem til afslutningen af fasen for kontraktens gennemførelse, men for det andet også ved muligheden for i dette materiale udtrykkeligt at fastsætte en beføjelse for den ordregivende myndighed til at tilpasse visse betingelser, endog væsentlige, i nævnte kontrakt efter tildelingen heraf. Ved udtrykkeligt at fastsætte denne mulighed og de nærmere rammer herfor i det nævnte materiale sikrer den ordregivende myndighed, at alle erhvervsdrivende, der er interesseret i at deltage i udbuddet, har kendskab hertil fra starten og således er ligestillet, når de udformer deres tilbud (jf. analogt dom af 29.4.2004, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, præmis 112, 115, 117 og 118).
- 38 Såfremt der derimod ikke er fastsat en sådan mulighed i udbudsmaterialet, kræver hensynet til i forbindelse med en given offentlig kontrakt at anvende de samme betingelser på alle erhvervsdrivende, at der i tilfælde af en væsentlig ændring af kontrakten indledes en ny udbudsprocedure (jf. analogt dom af 29.4.2004, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, præmis 127).
- 39 Det skal endelig præciseres, at alle disse overvejelser ikke berører de potentielle følger af bekendtgørelsen med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed, der blev offentliggjort i forbindelse med den i hovedsagen omhandlede kontrakt.



- 40 Henset til det ovenstående skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 2 i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at der efter tildelingen af en offentlig kontrakt ikke må foretages en væsentlig ændring heri uden indledning af en ny udbudsprocedure, selv når denne ændring objektivt set udgør en forligsmæssig løsning, der indebærer gensidige afkald på krav fra begge parter side med henblik på at bringe en tvist til ophør, hvis udfald er uvist, og som skyldes, at denne kontrakt er blevet nødlidende. Det forholder sig kun anderledes, hvis udbudsmaterialet indeholder bestemmelse om muligheden for at tilpasse visse betingelser, endog væsentlige, i nævnte kontrakt efter tildelingen heraf og de nærmere rammer herfor.

### **Sagens omkostninger**

- 41 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parter udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Ottende Afdeling) for ret:

**Artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at der efter tildelingen af en offentlig kontrakt ikke må foretages en væsentlig ændring heri uden indledning af en ny udbudsprocedure, selv når denne ændring objektivt set udgør en forligsmæssig løsning, der indebærer gensidige afkald på krav fra begge parter side med henblik på at bringe en tvist til ophør, hvis udfald er uvist, og som skyldes, at denne kontrakt er blevet nødlidende. Det forholder sig kun anderledes, hvis udbudsmaterialet indeholder bestemmelse om muligheden for at tilpasse visse betingelser, endog væsentlige, i nævnte kontrakt efter tildelingen heraf og de nærmere rammer herfor.**

Underskrifter