

Työ- ja elinkeinoministeriö

E-KIRJE

TEM2011-00410

TMO Pekkala Elise(TEM), Ukkola
Markus(TEM)

25.08.2011

JULKINEN

Eduskunta
Suuri valiokunta

Viite

Asia

Euroopan komission vihreä kirja EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta, Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita

U/E-tunnus:

EUTORI-numero: EU/2011/0660

Ohessa lähetetään perustuslain 97§:n mukaisesti selvitys komission vihreästä kirjasta koskien EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamista.

Hallitusneuvos

Elise Pekkala

Ylijohtaja

Raimo Luoma

LIITTEET Perusmuistio, KOM (2011) 15 lopullinen

Asiasanat	julkiset hankinnat
Hoitaa	TEM
Tiedoksi	ALR, EUE, LVM, MMM, OKM, OM, PLM, SM, STM, UM, VM, VNEUS, VNK, YM

TMO Pekkala Elise(TEM)

11.08.2011
JULKINEN

Asia

Euroopan komission vihreä kirja EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta, kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita

Kokous

Liitteet

Viite

EUTORI/Eurodoc nro:

EU/2011/0660

U-tunnus / E-tunnus:

Käsittelyn tarkoitus ja käsittelyvaihe:

Eduskunnan informointi

Asiakirjat:

KOM (2011) 15

EU:n oikeuden mukainen oikeusperusta/päätöksentekomenettely:

Sopimus Euroopan unionista 17 artikla

Käsittelijä(t):

Työ- ja elinkeinoministeriö
Hallitusneuvos Elise Pekkala, puh. 010 606 3731, vars. valmistelija
Ylitarkastaja Markus Ukkola, puh. 010 604 7018

Suomen kanta/ohje:

Suomi pitää tervetulleena komission aloitetta EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta. Useat vihreässä kirjassa esitetyistä kysymyksistä ovat ajankohtaisia Suomessa. Kunnissa on tarve saada selvemmat säännöt eri yhteistyömuotojen sallittavuudesta julkisten hankintojen lainsäädännössä. Julkisyhteisöiltä rahoitusta saavat yksityiset toimijat kaipaavat puolestaan yksinkertaisempia ohjeita hankintayksikköasemansa selvittämiseen. Hankintamenettelyn joustavuutta ja nykyistä selkeämpää neuvottelujen käymisen mahdollisuutta on pidetty tärkeinä erityisesti monimutkaisissa ja laajoissa hankkeissa kuten IT-hankinnoissa.

Suomi katsoo, että sosiaali- ja terveyspalveluihin liittyvät erityispiirteet tulee ottaa tulevaisuudessakin huomioon julkisia hankintoja toteutettaessa. Samalla tulee huomioda, että unionin hankintadirektiivit ovat edellyttäneet syrjimättömyyttä tarjouspyynnön laadinnassa myös sosiaali- ja terveyspalveluja koskien jo vuodesta 1992. Esimerkiksi hankintadirektiivin erottelu ns. A- ja B-palvelujen välillä on syytä säilyttää ainakin sosiaali- ja terveyspalveluissa.

Suomi katsoo, että mahdollisuus hankintadirektiivien kynnysarvojen nostamiseen tulee selvittää. Kynnysarvotarkastelussa tulee samalla ottaa huomioon sekä Euroopan unionin kansainväliset sitoumukset kuten maailman kauppajärjestön GPA-sopimus että eurooppalaisten yritysten mahdollisuudet osallistua unionin hankintamarkkinoille.

Suomi katsoo, että toimittajaan liittyvien ja tarjousten vertailussa huomioitavien tekijöiden erottelun ei tulisi olla automaattista, vaan hankinnan kontekstista ja sisällöstä riippuen esimerkiksi kokemusta ja henkilöstön pätevyyttä tulisi voida huomioida - silloin kun tekijöillä arvioidaan hankinnan kohteen laatua - asteittaisesti myös tarjousvertailussa. Erityisesti asiantuntemusta edellyttävissä palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa tarjoajaan liittyvät seikat kuten kokemus ja henkilöstön pätevyys ovat tärkeitä tekijöitä itse hankinnan kohteena olevan palvelun tai urakan laadun arvioimisessa.

Suomi katsoo, että neuvottelumenettelyn käyttömahdollisuutta tulisi laajentaa nykyisestä. Samalla neuvottelumenettelyn kulkua koskevia sääntöjä voitaisiin selkeyttää ja tarkentaa esimerkiksi neuvotteluvaiheen ja tarjousten vertailuvaiheen suhteen osalta. Neuvottelumenettelyn menettelysääntöjä tarkentamalla voidaan samalla minimoida riskejä syrjinnästä tai väärinkäytöksistä.

Suomi katsoo, että julkisen sektorin konsernirakenteen ja yhteistyömuotojen kehittämisen on oltava mahdollista ja näiden järjestelyjen aseman selkeämmin säänneltyä julkisten hankintojen lainsäädännössä. Tärkeää on myös huolehtia siitä, että hankintasääntöjen tavoitteet toteutuvat, eikä niitä voida keinotekoisesti sivuuttaa tiettyjä yhteistyömuotoja käyttämällä.

Suomi pitää tärkeänä, että direktiivien kynnysarvot alittavissa hankinnoissa säilytetään joustavuus ja mahdollisuus kansalliseen sääntelyyn molempien direktiivien osalta. Hankinnan laatuun ja laajuuteen nähden riittävän avoimuuden turvaaminen on näissäkin hankinnoissa keskeistä.

Suomi katsoo, että pienten ja keskisuurten yritysten asema huomioon ottaen tulee pyrkiä mahdollisimman selkeään ja yksiselitteiseen sääntelyyn Pakolliset liikevaihtorajat tai hankintaan nähden tarpeettoman korkeat vaatimukset voivat muodostua merkittäviksi esteiksi pk-yrityksille. Toisaalta jollekin ryhmälle annettu erityiskohtelu voi aiheuttaa eriarvoisuutta sekä monimutkaistaa tarpeettomasti hankintamenettelyjä. Pienten ja keskisuurten yritysten aseman huomioon ottamista koskevan ohjeistuksen laatiminen olisi Suomen näkemysten mukaan perusteltua.

On tärkeää ettei julkisten hankintojen sääntelyn hallinnollinen taakka kuormita liikaa hankintayksiköitä eikä yrityksiä. Hallinnollista taakkaa voidaan keventää esimerkiksi lisäämällä sähköistä asiointia julkisissa hankinnoissa. Esimerkiksi tarjousprosessissa vaadittavien kelpoisuus- ja soveltuvuustodistusten toimittaminen tulisi voida tapahtua sähköisesti ja yksinkertaisesti.

Koska hankintalainsäädännön velvoitteet ja välineet on osoitettu hankintayksiköille eikä markkinatoimijoille, ovat useat hankintayksiköt kaivanneet apua tilanteisiin, joissa kilpailu- ja sisämarkkinalainsäädännön vastainen toimittajien yhteistyö tai muu menettely ehkäisee markkinoiden tehokasta hyödyntämistä tarjouskilpailuissa.

Suomi tukee innovaatioiden edistämistä julkisten hankintojen avulla.

Laajamittainen innovaatioiden hankinta ja käyttöönotto julkisella sektorilla edellyttää monenlaisia muutoksia, toimenpiteitä ja kannusteita. Tärkeä ensimmäinen askel on, että julkinen sektori johdonmukaisesti ja aktiivisesti haluaa kehittää toimintaansa sekä hyödyntää ja ostaa uusia, innovatiivisia ratkaisuja. Tämän toteuttaminen käytännössä edellyttää strategista lähestymistapaa hankintatoimintaan sekä organisaation poliittisen ja virkamiesjohdon tukea. Johdon sitoutuminen hankintojen hyödyntämiseen uusien ratkaisujen käyttöönottamiseksi sekä on välttämätön edellytys, jotta innovaatiohankintojen edistäminen toteutuu käytännössä. Lisäksi tarvitaan ammattimaista hankintaosaamista sekä resursseja hankintatoimen kehittämiseksi.

Suomi pitää toivottavana, että SGEI-järjestelyiden ja hankintasäännösten välistä suhdetta (konsession määritelmä ja käyttöehdot) tarkennettaisiin ainakin ohjeistuksella. Komissio on parhaillaan valmistelemassa tiedonantoa erityisesti sosiaali- ja terveystalouselämyksen SGEI-järjestelystä.

Suomi pitää tärkeänä ja tarpeellisenä, että komission vihreässä kirjassa esiin tuoduista aiheista keskustellaan avoimesti ja laajamittaisesti.

Pääasiallinen sisältö:

Julkisia hankintoja koskevia menettelyjä säännellään Euroopan unionissa näistä hankinnoista annetuissa direktiiveissä 2004/17/EY (erityisalojen kuten vesi- ja energiahuollon alojen julkiset hankkijat) ja 2004/18/EY (muut julkiset hankkijat; puolustus- ja turvallisuushankinnoista on säädetty oma direktiivinsä 2009/81/EY). Euroopan komissio on käynnistänyt 27.1.2011 julkisia hankintoja käsittelevään vihreään kirjaan liittyvän kaikille avoimen julkisen kuulemisen. Eri osapuolten välillä käytävässä keskustelussa keskitytään julkisia hankintoja koskevien sääntöjen, välineiden ja menetelmien uudistamiseen. Pyrkimyksenä on helpottaa julkisten varojen tehokasta käyttöä, kasvun tukemista ja työpaikkojen luomista koskevien tavoitteiden saavuttamista.

Hankintadirektiiveissä asetetaan julkisyhteisöille ja muille hankintayksiköiksi määritellyille yksiköille velvollisuus ilmoittaa avoimesti käynnistytävästä hankinnastaan ja kilpailuttaa hankintasopimus direktiiveissä säädetyillä menettelytavoilla.

Vihreän kirjan ohella komissio suorittaa parhaillaan laajamittaista jälkiarviointia, jossa arvioidaan julkisia hankintoja koskevien nykyisten EU-sääntöjen toimivuutta ja kustannustehokkuutta. Näiden toimien sekä kesällä ja syksyllä 2011 käytyjen keskustelujen tulokset otetaan huomioon mahdollisissa lakiehdotuksissa. Komissio on ilmoittanut sisämarkkinoiden toimenpidepaketissa ("Single Market Act") aikovansa järjestää laajoja kuulemisia ja esittävänsä niiden pohjalta viimeistään vuoden 2012 alussa lainsäädäntöaloitteita, joiden tavoitteena on yksinkertaistaa ja uudistaa julkisia hankintoja koskevaa EU:n lainsäädäntöä.

E-kirjeen valmistelun yhteydessä on kuultu kilpailu- ja valtiontukiasioita käsittelevän EU 12-jaoston jäseniä. Sidosryhmiltä ja muilta jäseniltä saatujen monimuotoisten

kommenttien johdosta on laadittu yleisiä kantoja unionin hankintalainsäädännön kehittämisestä.

Taustaa

Vihreän kirjan mukaan julkisilla hankinnoilla on keskeinen ns. Eurooppa 2020 – strategiassa yhtenä niistä markkinalähtöisistä välineistä, joita on tarkoitus käyttää kyseisen strategian tavoitteiden saavuttamiseksi. Eurooppa 2020 – strategian mukaan julkisilla hankinnoilla on erityisesti pyrittävä

- parantamaan yritysten innovoinnin reunaehdoja ja hyödyntämään kysyntäpuolen toimia täysimääräisesti,
- tukemaan siirtymistä resurssitehokkaaseen ja vähähiiliseen talouteen muun muassa edistämällä vihreiden hankintojen laajempaa käyttöä sekä
- parantamaan erityisesti innovatiivisten pk-yritysten liiketoimintaympäristöä.

Vihreän kirjan mukaan hankintadirektiivien päätavoitteena on taata läpinäkyvät ja syrjimättömät menettelyt ja sitä kautta varmistaa, että talouden toimijat hyötyvät täysimääräisesti julkisten hankintojen alalla. Direktiivit sisältävät myös tavoitteita muiden politiikanalojen ottamiseksi huomioon julkisten hankintojen yhteydessä. Tällaisia aloja ovat esimerkiksi ympäristönsuojelu, sosiaaliset näkökohdat ja korruption torjunta. Komission mukaan lainsäädännön uudelleentarkastelu tarjoaa myös tilaisuuden pohtia, tulisiko tiettyjä peruslähtökohtia ja määritelmiä hienosäätää paremman oikeusvarmuuden takaamiseksi hankintayksiköille ja toimittajille. Tässä yhteydessä olisi myös mahdollista tarkastella hankintalainsäädännön suhdetta EU:n valtiontuki- ja kilpailusääntöihin.

Vihreässä kirjassa käsitellyt aihealueet voidaan jakaa seuraaviin pääkohtiin:

- Hankintadirektiivien soveltamisala, keskeiset käsitteet ja rakenne. Näissä kysymyksissä pohditaan sitä, mitkä järjestelyt katsotaan julkisiksi hankinnoiksi ja mitkä hankkijat puolestaan hankintayksiköiksi.
- Hankintamenettelyn säännökset. Näissä kysymyksissä pohditaan sitä, ovatko nykyisten hankintadirektiivien kilpailuttamistavat riittävän tehokkaita ja tarkoituksenmukaisia eri hankintayksiköille ja tarjoajille.
- Julkiset hankinnat politiikan välineinä. Näissä kysymyksissä pohditaan sitä, miten julkisten hankintojen sääntelyllä voitaisiin tehostaa esimerkiksi ympäristönsuojelun tai sosiaalisen osallisuuden tavoitteiden saavuttamista.
- Julkiset hankinnat ja markkinat. Näissä kysymyksissä tarkastellaan sitä, miten hankintalainsäädännössä voitaisiin paremmin ottaa huomioon hankintamarkkinoiden mahdolliset häiriöt kuten toimittajien kielletyn yhteistyön tai markkinoiden keskittymisen sekä mahdolliset eturistiriita- tai korruptiotilanteet.
- Unionin ulkopuolisten maiden toimittajien pääsy hankintamarkkinoille. Tässä kysymyksessä pohditaan sitä, tulisiko EU:n sääntöjä koskien EU:n ulkopuolisten maiden toimittajien kohtelusta jäsenvaltioiden hankintamenettelyissä selventää tai muuttaa.

Unionin hankintalainsäädännön soveltamisala

EU:n hankintadirektiivien soveltamisalaa ei ole nimenomaisesti rajattu hankintoihin, joilla tyydytetään hankintayksiköiden omia tarpeita. Tämä on komission mukaan synnyttänyt keskustelua direktiivien sovellettavuudesta tilanteissa, joissa hankintayksiköiden sopimukset sisältävät sellaisia oikeudellisesti sitovia velvoitteita, joiden tarkoitukset eivät liity niiden omiin hankintatarpeisiin. Tämä koskee esimerkiksi tapauksia, joissa viranomaisen myöntämän tuen mukaisessa avustussopimuksessa asetetaan saajalle oikeudellisesti sitova velvoite tarjota erityisiä palveluita. Tällaisilla velvoitteilla on yleensä tarkoitus varmistaa julkisten varojen asianmukainen käyttö; niitä

ei ole sen sijaan tarkoitettu tuen myöntämisen viranomaisen hankintatarpeiden täyttämiseen. Komissio tiedustelee tältä osin muun muassa sitä, pitäisikö julkisia palveluja koskevien direktiivien soveltamisala rajoittaa hankintatoimintaan.

Julkiset hankintasopimukset

Vihreän kirjan mukaan se, että julkiset hankintasopimukset on nykyisten direktiivien mukaan luokiteltava alusta lähtien joko tavaraa, palvelua tai urakkaa koskeviksi sopimuksiksi, voi aiheuttaa hankaluuksia esimerkiksi tapauksissa, joissa sopimus tehdään ohjelmistosovellusten hankinnassa. Komission mukaan tällaisia ongelmia tai epäselvyyksiä voitaisiin välttää yksinkertaistamalla direktiivin nykyistä rakennetta. Voitaisiin esimerkiksi harkita mahdollisuutta, että hankintadirektiivissä tunnistettaisiin vain tavara- ja palveluhankintasopimukset, jolloin rakennusurakat katsottaisiin vain yhdeksi palvelumuodoksi. Komissio tiedustelee, onko direktiivien soveltamisalan nykyinen rakenne, joka on jaettu tavara- ja palveluhankintoihin sekä rakennusurakoihin, tarkoituksenmukainen.

Komissio toteaa, että rakenteen uudistamisen ohella voi olla tarpeen uudistaa ja yksinkertaistaa eri sopimustyyppien nykyisiä määritelmiä. Tulisiko edelleen pitää voimassa esimerkiksi hankintadirektiivien ero ns. A-palvelujen ja B-palvelujen välillä. Nykyisissä direktiiveissä ensisijaisiin A-palveluihin sovelletaan kaikkia direktiivin mukaisia menettelyjä, mutta B-palveluissa tarvitsee noudattaa ainoastaan säännöksiä teknisistä eritelmistä ja jälki-ilmoituksesta. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan B-palvelujakin koskevat tosin unionin perustamissopimuksen perustavanlaatuiset oikeussäännöt (avoimuus ja syrjimättömyys), mikä merkitsee mm. velvoitetta huolehtia riittävän laajasta julkistamisesta. Suomessa edellä mainittuihin B-palveluihin sovelletaan edellä mainittuja teknisiä eritelmiä ja jälki-ilmoittamista koskevia poikkeuksia lukuun ottamatta EU-kynnysarvon alittavia hankintoja koskevia hankintalain säännöksiä (lähinnä lain III osa).

Kynnysarvot

Komission mukaan jotkin sidosryhmistä pitävät hankintadirektiiveissä määriteltyjä kynnysarvoja liian matalina ja pyytävät niiden nostamista. Perusteena on se, että rajat ylittävä intressi katsotaan liian vähäiseksi, jotta sillä voitaisiin perustella hankintamenettelyyn liittyvää hallinnollista taakkaa suhteellisen vähäarvoisten sopimusten osalta. Komissio tuo esiin, että kynnysarvojen nostaminen kuitenkin vapauttaisi nykyistä enemmän sopimuksia EU-laajuisesta hankintailmoitusvelvollisuudesta, mikä vaikeuttaisi yritysten mahdollisuuksia saada tietoa hankinnoista ja kaventaisi siten yritysten liiketoimintamahdollisuuksia kaikkialla Euroopassa. Komission mukaan on lisäksi huomattava, että kaikki EU:n kansainvälisten sitoumusten sisältämät kynnysarvot ovat täsmälleen samat kuin nykyisissä direktiiveissä lukuun ottamatta B-palveluja. Mahdollisuudet päästä markkinoille määräytyvät näiden kynnysarvojen pohjalta, minkä vuoksi ne ovat yksi tärkeimmistä osatekijöistä kansainvälisissä sopimuksissa. Kynnysarvojen nostaminen voisi johtaa kompensatiovaatimuksiin EU:n kumppaneiden taholta. Suomen hankintalain EU-kynnysarvot perustuvat direktiivien kynnysarvoihin.

Komissio tiedustelee, ovatko nykyiset poikkeukset hankintadirektiivien soveltamisalasta (esimerkiksi puolustushankinnat, kiinteistön hankkiminen tai työ sopimukset) tarkoituksenmukaisia. Komissio toteaa, että poikkeusten uudelleentarkastelua harkittaessa on otettava huomioon EU:n kansainväliset sitoumukset (esimerkiksi maailman kauppajärjestön julkisia hankintoja koskeva GPA-sopimus), jotka nykyisellään

käsittävät direktiiveihin sisältyvät poikkeukset ja vapautukset. Mahdollisten uusien poikkeusten käyttöönotto olisi vihreän kirjan mukaan ongelmallista tästä näkökulmasta.

Julkiset hankkijat

Komission mukaan nykyisten direktiivien hankintayksikön määritelmien osalta valtion ja paikallisviranomaisten käsitteet ovat suhteellisen yksiselitteisiä, mutta ns. julkisoikeudellisen laitoksen käsite sen sijaan monimutkaisempi. Sen sisältämien edellytysten soveltaminen edellyttää direktiivin määräysten ja unionin tuomioistuimen linjausten johdosta tapauskohtaista ja yksityiskohtaista analyysiä. Komissio tiedustelee, pidetäänkö julkisten hankkijoiden määrittelyyn käytettävää nykyistä lähestymistapaa tarkoituksenmukaisena vai olisiko erityisesti julkisoikeudellisen laitoksen käsitettä selvennettävä ja päivitettävä.

Erityisalojen hankkijat

Vihreän kirjan mukaan ns. erityisaloille (kuten vesi- ja energiahuollon alat) on ominaista se, että niiden toimintoja toteuttavat viranomaisten ohella myös kaupalliset yritykset, jotka voivat olla valtionyhtiöitä tai erityis- tai yksinoikeuksilla toimivia yksityisiä yrityksiä. Kansalliset viranomaiset voivat vaikuttaa näiden yksiköiden toimintaan monin eri tavoin kuten myöntämällä niille erityis- tai yksinoikeuksia tai omistuksen taikka muun määräysvallan kautta. Koska kyseisillä aloilla ei ollut olemassa riittävää kilpailua, pidettiin tarpeellista tehdä erityisalojen direktiivin soveltaminen pakolliseksi sen varmistamiseksi, että alojen toimintoihin liittyvät hankinnat toteutettaisiin läpinäkyvällä ja syrjimättömällä tavalla.

Sittemmin markkinoiden vapauttamista on viety eteenpäin joko EU:n tai kansallisella tasolla useilla näistä aloista. Komission mukaa kokemus on kuitenkin osoittanut, että vapauttaminen ei välttämättä tai automaattisesti johda vahvaan kilpailuun: vakiintuneilla toimijoilla on monesti edelleen suuret markkinaosuudet, ja joissain jäsenvaltioissa myös valtio-omisteisten yritysten markkinoillaolo voi vääristää markkinoiden toimintaa.

Komissio tiedustelee, tarvitaanko julkisia hankintoja koskevia EU:n sääntöjä edelleen näillä sektoreilla vai pitäisikö tiettyjä sääntöjen piiriin kuuluvia aloja vapauttaa säännöistä tai päinvastoin sisällyttää myös muita aloja niiden piiriin.

Hankintayksiköiden välinevalikoiman parantaminen

Vihreän kirjan mukaan hankintaviranomaisilta tulleen palautteen mukaan EU-sääntöjen sääntelyvälineet eivät kaikilta osin sovellu niiden tarpeisiin. Koko direktiivien säännösten soveltaminen ei ole aina käytännöllistä. Tarvittaisiin erityisesti kevyempiä tai joustavampia menettelyjä.

Komission mukaan EU:n sääntöjen karsimisessa tuleva kuitenkin vastaan unionin kansainvälisten sitoumusten asettamat rajat. Osa me nettelysäännöistä on suoraan peräisin GPA-sopimuksesta ja unionin kahdenvälisistä sopimuksista (esimerkiksi eri menettelyjen määrääjat, suora hankintaperusteet, ilmoittamisen julkaisuehdot). Lisäksi unionin sääntöjä täydentävät kansalliset normit, jolloin unionin tasolla kumotut säännöt saatetaan korvata muilla tasoilla. Tämä voi komission mukaan luoda riskin kansallisen lainsäädännön eriytymisestä ja ylimääräisten vaatimusten lisääntymisestä kansallisella tasolla.

Vihreässä kirjassa kysytään, ovatko julkisia hankintoja koskevat EU:n säännöt nykyisellään sopivan yksityiskohtaisia vai tulisiko niitä muuttaa. Komission mukaan on

myös tarkasteltava, muodostavatko nykyisten direktiivien menettelyt edelleen parhaan välinevalikoiman tehokkaalle hankintatoiminnalle myös kun otetaan huomioon julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuksien kasvava merkitys. Vihreässä kirjassa tiedustellaan, miten menettelyjä pitäisi parantaa, jotta voidaan vähentää hallinnollisia rasitteita tai kustannuksia ja lyhentää menettelyjen kestoja varmistaen samalla, että hankintayksiköt saavat parhaan vastineen rahalle ja olisiko ajateltavissa uusia menettelymuotoja, jotka voisivat lisätä julkisten hankintamenettelyjen kustannustehokkuutta. Komissio kysyy myös, kannatetaanko neuvottelun entistä laajempaa käyttämistä julkisissa hankintamenettelyissä.

Valinta ja sopimuksenteko

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella toimittajaan liittyvät soveltuvuus- tai kelpoisuusehdot tulee erottaa hankinnan kohteeseen liittyvistä vertailuperusteista. Tarjouksen valinta tulee perustua ainoastaan tarjottuja tuotteita ja palveluja koskeviin tekijöihin. Huomioon ei siis saa ottaa seikkoja, jotka liittyvät tarjouksen tekijän valmiuksiin toteuttaa sopimus, kuten hänen kokemukseensa, työvoimaansa ja kalustoonsa. Tämä periaate on kirjattu myös hankintadirektiiveihin sekä kansalliseen hankintalakiin (52 §).

Vihreässä kirjassa tiedustellaan, kannatetaanko joustavampaa lähestymistapaa siihen, miten ja missä järjestyksessä soveltuvuus- ja vertailuperusteita tarkastellaan menettelyjen puitteissa ja tulisiko poikkeustapauksissa hankintayksiköille sallia tarjouksen tekijään itseensä liittyvien perusteiden huomioiminen tarjousten vertailuvaiheessa. Samoin kysytään sitä, tulisiko direktiivissä nimenomaisesti sallia, että yhdestä tai useammasta tarjoajasta saatu hankintayksikön aiempi kokemus voidaan ottaa huomioon hankintamenettelyssä.

Erityiset instrumentit erityisaloja ja pieniä hankintayksiköjä koskien

Erityisalojen hankintadirektiivin 2004/17/EY menettelysäännöt sisältävät monilta osin lievennyksiä direktiiviin 2004/18/EY nähden. Erityisalojen hankintayksiköt voivat esimerkiksi vapaasti valita neuvottelumenettelyn, ja niillä on käytössään erityisiä instrumentteja hankintamenettelyissä kuten toimittajarekisterit sekä kausi-ilmoitukset. Vihreässä kirjassa tiedustellaan sitä, tarvitaanko erityisalojen hankintoihin erityisiä sääntöjä ja otetaanko erityisalojen hankintoihin sovellettavissa säännöissä riittävästi huomioon niiden erityisluonne.

Komission mukaan voisi olla perustelua ottaa käyttöön kevyemmät menettelyt myös paikallisia ja alueellisia hankintaviranomaisia varten, jotta voidaan hyödyntää täysin GPA-sopimuksen keskushallintoa alemmalla tasolla toimiville viranomaisille sallimat joustomahdollisuudet. Direktiiveissä nämä joustomahdollisuudet sallitaan tällä hetkellä ainoastaan erityisalojen hankintayksiköille. Järjestelmän eriyttäminen antaisi komission mukaan paikallisille viranomaisille enemmän vapautta hankintatoimeen ja vähentäisi hallinnollisia rasitteita. Toisaalta eritasoisten menettelysääntöjen luominen saattaisi monimutkaistaa yleistä oikeudellista kehystä ja hankaloittaa sen siirtoa kansalliseen lainsäädäntöön. Mahdollinen kevennys ei saisi myöskään rajoittaa valtioneuvoston päätösten soveltamista. Komissio tiedustelee, kannatetaanko yksinkertaisempaa järjestelmää suhteellisen pieniä paikallisten ja alueellisten viranomaisten tekemiä hankintasopimuksia varten.

Yksi kevennyksistä voisi olla ilmoittamisvelvoitteen väljentäminen. GPA-sopimuksen mukaan keskushallintoa alemmalla tasolla toimiva hankintayksikkö voi tehdä

sopimuksen hankintailmoitusta julkaisematta, jos se on julkistanut aikomuksensa ja julkaissut erityiset tiedot ohjeellisessa kausi-ilmoituksessa tai ilmoituksessa toimittajarekisteristä. Tämä mahdollisuus voisi vähentää merkittävästi hankintayksiköille aiheutuvia hallinnollisia rasitteita. Haittana voisi olla se, että sopimukset olisivat aiempaa harvempien talouden toimijoiden ulottuvilla.

Toinen mahdollisuus olisi laajentaa neuvottelumenettelyn käyttöalaa paikallisille ja alueellisille hankintayksiköille. Toisaalta ei ole varmaa, että pienillä hankintayksiköillä on aina riittävä ostajan markkinavoima ja tekninen asiantuntemus neuvottelujen käymiseksi tasa-arvoisesti tarjoajien kanssa.

Julkisen sektorin sisäinen yhteistyö

Hankintadirektiivien soveltamisalan osalta vihreässä kirjassa pohditaan sitä, tulisiko direktiivien määräyksiä soveltaa julkisyhteisöjen välillä tehtäviin sopimuksiin. Oikeuskäytännön mukaan julkisyhteisöjen väliset sopimukset eivät jää automaattisesti direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle. Komission mukaan näitä sääntöjä ei ole kuitenkaan tarkoituksenmukaista soveltaa sellaisiin julkisyhteisöjen välisen yhteistyön muotoihin, joita unionin tuomioistuin ei pidä julkisina hankintoina.

Tällainen yhteistyön muoto on vihreän kirjan mukaan ensinnäkin ns. sidosyksikköhankinta (in house – hankinta) eli hankinta sellaiselta hankintayksikön määräysvallassa olevalta yksiköltä, joka harjoittaa liiketoimintaa vain vähäisissä määrin muiden kuin siihen määräysvaltaa käyttävän hankintayksikön kanssa. Muuna kuin julkisena hankintana voidaan pitää myös hankintayksikköjen välistä ns. horisontaalista yhteistyötä. Tuoreessa ratkaisussaan asiassa C-480/06, komissio v. Saksa unionin tuomioistuin katsoi, että sidosyksikön käyttäminen ei ole ainoa tapa harjoittaa julkisen sektorin sisäistä yhteistyötä, vaan tällainen yhteistyö voi olla myös puhtaasti sopimus pohjaista (horisontaalinen/ei-institutionalisoitu yhteistyö). Tämän tyyppinen järjestely ei kuulu hankintasääntöjen piiriin tapauksissa, joissa ainoastaan julkiset yksiköt hoitavat yhdessä julkisen palvelun tehtäviään omilla voimavaroillaan yhteiseen päämäärään pyrkien ja joissa niiden keskinäiset oikeuden ja velvoitteet ylittävät tehtävän suorittamisen korvausta vastaan pyrittäessä yleisen edun mukaisiin tavoitteisiin.

Komissio mainitsee edellä mainittujen järjestelyjen lisäksi myös sellaiset tapaukset, jotka eivät tiukasti katsoen ole useamman hankintayksikön välistä yhteistyötä vaan julkisen palvelun tehtävään liittyvän toimivallan siirtoa viranomaiselta toiselle. Toimivallan siirto jää komission mukaan hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle, jos sen järjestämisvastuu siirretään kokonaisuudessaan sen sijaan, että vain sen käytännön toteutus uskottaisiin toiselle viranomaiselle.

Komissio toteaa, että se aikoo antaa ohjeistusta yksityisen sektorin sisäiseen yhteistyöhön liittyvästä oikeuskäytännöstä vuonna 2011 julkaistavassa komission yksiköiden valmisteluasiakirjassa.

Vihreässä kirjassa tiedustellaan, pidetäänkö hyödyllisenä ottaa käyttöön EU:n tasolla sääntöjä julkisen sektorin sisäisen yhteistyön laajuudesta ja perusteista ja pitäisikö tietyin yhteisin perustein laatia poikkeusten piiriin sisällytettävien julkisen sektorin sisäisten yhteistyömuotojen käsite.

Hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyviin ongelmiin puuttuminen

Nykyisissä hankintadirektiiveissä edellytetään ennakkotietoja sopimuksen toteuttamista koskevista lausekkeista (hankintailmoituksessa ja tarjouspyyntöasiakirjoissa), mutta niillä ei muuten säännellä sopimuksen toteuttamista. Sopimuksen toteuttamisvaiheen ongelmista voi komission mukaan kuitenkin koitua vakavia seurauksia tarjoajien välisen syrjimättömyyden ja julkisten hankintojen säännönmukaisuuden kannalta. Tämän vuoksi vihreässä kirjassa kysytään, tulisiko hankintadirektiiveillä säännellä kysymystä sopimukseen sen voimassaoloaikana tehtävistä olennaisista muutoksista ja niiden vaikutuksesta kilpailuttamiseen.

Alihankinta

Nykyinen hankintalainsäädäntö sisältää vain vähän sääntöjä alihankinnasta. Komission mukaan jotkin sidosryhmät vaativat tiukempia rajoituksia alihankinnalle, jotta hankintayksiköt voisivat vaikuttaa enemmän sopimuksen toteuttamiseen. Ne kannattavat esimerkiksi mahdollisuutta kieltää alihankinta kokonaan tai ainakin sopimuksen olennaisissa osissa rajoitta se tiettyyn prosenttiosuuteen tai antaa hankintayksikölle yleinen oikeus hylätä ehdotetut alihankkijat. Vihreässä kirjassa kysytään, pitäisikö hankintayksiköillä olla enemmän mahdollisuuksia vaikuttaa tarjouskilpailun voittaneen tarjoajan alihankintaan.

Helpompi pääsy Euroopan hankintamarkkinoille

Komission mukaan unionin hankintalainsäädännössä on vielä parantamisen varaa, jotta voidaan luoda todelliset eurooppalaiset hankintamarkkinat, joille kaikilla Euroopan yrityksillä on esteetön pääsy. Tämä edellyttää, että erityisesti pk-yritysten pääsyä näille markkinoille parannetaan ja että kilpailua lisätään hankintamarkkinoilla yleisesti.

Tuore komission teettämä tutkimus (Evaluation of SMEs' access to public procurement markets in the EU (2009) update, syyskuu 2010) osoittaa, että vuosina 2006–2008 pk-yritysten osuus yrityksistä, jotka voittivat julkisia hankintasopimuksia EU-kynnysarvojen yläpuolella, oli 58–61 prosenttia EU27:ssä. Kun otetaan huomioon kaikkien sopimusten arvioitu arvo, pk-yritysten osuus oli 31–38 prosenttia julkisista hankinnoista, kun pk-yritysten osuus koko taloudesta on niiden yhteenlaskettuna liikevaihtona laskien 52 prosenttia.

Pk-yrityksiltä saatu palaute viittaa komission mukaan siihen, että suurimmat esteet niiden osallistumiselle tarjouskilpailuihin liittyvät soveltuvuuden tarkistamisen vaiheeseen. Yhtäältä esteet liittyvät esitettäviin todisteisiin: soveltuvuutta arvioitaessa usein vaadittava suuri määrä todistuksia aiheuttaa hallinnollisen taakan, joka voi tuottaa vaikeuksia pk-yrityksille erityisesti rajat ylittävissä tarjouskilpailuissa, kun todistukset joudutaan jopa kääntämään. Toisaalta itse soveltuvuusehdot (kuten liikevaihtoa koskevat vaatimukset ja vaadittujen aiempien sopimusten määrä) ovat niin korkeita, että pk-yritysten on käytännössä mahdotonta täyttää niitä.

Komissio tiedustelee, ovatko julkisia hankintoja koskevat EU-säännöt ja –politiikka riittävän suopeita pk-yrityksille vai katsotaanko, että tiettyjä direktiivien sääntöjä pitäisi tarkastella uudelleen tai ottaa käyttöön lisätoimenpiteitä, joilla voidaan edistää pk-yritysten osallistumista julkisiin hankintoihin.

Tasapuolisten ja tehokkaiden kilpailuedellytysten varmistaminen

Vihreän kirjan mukaan julkiset hankkijat tekevät usein hankintoja markkinoilla, joiden markkinarakente on kilpailunvastainen (esimerkiksi määräävän markkina-aseman

johdosta). Tällaisilla markkinoilla on vaikea saavuttaa hankintalainsäädännön tavoitteena olevaa avointa ja tehokasta kilpailua pelkästään soveltamalla nykyisten direktiivien menettelysääntöjä.

Komissio kysyy tältä osin, olisiko EU:n hankintasäännöstössä ja – politiikassa tarjottava mahdollisuus välineisiin, joilla voidaan edesauttaa kilpailua edistäviä hankintastrategioita ja tarvitaanko tässä yhteydessä tarkempia välineitä tai aloitteita, joilla kannustetaan muista jäsenvaltioista tulevien tarjoajien osallistumista. Samoin tiedustellaan, mitä välineitä julkisten hankintojen säännöissä voitaisiin ottaa käyttöön jotta voidaan estää toimittajien määräävän aseman kehittyminen tai toimittajien kilpailunvastainen toiminta.

Julkisten hankintojen strateginen käyttö uusiin haasteisiin vastaamiseksi

Vihreän kirjan mukaan ympäristönsuojelun, sosiaaliseen osallisuuden ja innovoinnin edistämisen näkökohdat voivat niiden luonteesta riippuen liittyä hankintamenettelyn eri vaiheisiin. Kaikkia poliittisiin tavoitteisiin liittyviä eri näkökohtia ei voida ottaa huomioon kaikissa vaiheissa. Vihreässä kirjassa tiedustellaan, miten hankintamenettelyn eri vaiheissa voitaisiin selvemmin ja tehokkaammin säännellä ympäristö- ja sosiaalisten näkökohtien huomioimisesta. Samoin kysytään, pitäisikö julkisten hankintojen EU-kehyksessä tarjota nimenomaisia ratkaisuja siihen, miten esimerkiksi ympäristönsuojeluun liittyvät vaatimukset voidaan todentaa koko toimitusketjussa.

Vihreän kirjan mukaan politiikkatavoitteet kuten ympäristönsuojelu olisi mahdollista saavuttaa julkisten hankintojen kautta myös asettamalla hankintayksiköille hankinnan sisältöön liittyviä velvoitteita. Tämä voitaisiin toteuttaa esimerkiksi asettamalla pakollisia vaatimuksia tai kriteereitä hankinnan kohteena olevien tavaroiden tai palvelujen ominaisuuksille (esimerkiksi energian- tai resurssienkäytön enimmäistasot) tai vaihtoehtoisesti tavoitteita (esimerkiksi 60 prosenttia julkisista hankinnoista olisi oltava ympäristöystävällisiä).

Vihreässä kirjassa tiedustellaan, ovatko hankinnan sisältöön liittyvät EU-tason velvoitteet hyvä keino saavuttaa muiden politiikanalojen kuten ympäristönsuojelun tavoitteet ja tulisiko tällaiset velvoitteet asettaa sektorikohtaisessa lainsäädännössä vai unionin yleisessä julkisia hankintoja koskevassa lainsäädännössä.

Suomessa julkisia hankintoja on pidetty tärkeinä välineinä ympäristönsuojelun tai vastaavien poliittisten tavoitteiden saavuttamisessa. Valtioneuvosto on hyväksynyt 8.4.2009 Kestävien hankintojen periaatepäätöksen, jossa valtioneuvosto edellyttää muun muassa, että omissa hankinnoissaan valtion keskushallinto vuonna 2010 ottaa vähintään 70 %:ssa ympäristönäkökulman huomioon ja vuonna 2015 kaikissa hankinnoissaan. Valtioneuvosto suosittelee, että kuntien ja valtion paikallishallinnon hankinnoissa vuonna 2010 vähintään 25 %:ssa ympäristönäkökulma otetaan huomioon ja vuonna 2015 vähintään 50 %:ssa.

Sosiaalipalvelut

Sosiaalipalvelut sisältyvät hankintadirektiivin 2008/18/EY liitteeseen II B, joten niihin sovelletaan vain muutamia direktiivin sääntöjä sekä unionin oikeuden peruseriaatteita (syrjimättömyys ja avoimuus), mikäli kyseisiin sopimuksiin liittyy rajat ylittävä intressi. Suomessa sosiaalipalvelut kuuluvat julkisista hankinnoista annetun lain soveltamisalaan, mutta niihin sovelletaan pääosin hankintalain III osan velvoitteita, jotka eivät ole yhtä korkealle asetettuja kuin hankintadirektiivin velvoitteet.

Komission mukaan jotkin sidosryhmät esittävät nykyisten sääntöjen muuttamista, jotta sosiaalipalvelujen erityispiirteet voitaisiin ottaa paremmin huomio. Erityisesti vaaditaan korkeampia kynnysarvoja näille palveluille.

Vihreässä kirjassa tiedustellaan, tulisiko sosiaalipalvelujen erityispiirteet ottaa kattavammin huomioon julkisia hankintoja koskevassa EU:n lainsäädännössä ja kuinka tämä olisi tehtävä. Samoin kysytään, pitäisikö tiettyjä sosiaalipalvelujen hankintaan liittyviä näkökohtia säännellä nykyistä laajemmin EU:n tasolla näiden palvelujen laadun parantamiseksi ja tulisiko direktiiveissä sallia esimerkiksi se mahdollisuus, että sosiaalipalvelujen sopimuksia varataan voittoa tavoittelemattomille organisaatioille.

Asianmukaisten menettelyjen varmistaminen

Vihreässä kirjassa todetaan, että julkiset hankinnat ovat alttiita sääntöjenvastaisille liiketoimintakäytännöille kuten eturistiriidoille, suosinnalle ja korruptiolle, koska niihin liittyy taloudellisia riskejä sekä julkisen ja yksityisen sektorin välinen tiivis vuorovaikutussuhde. Direktiivit sisältävät jo nykyisellään vaatimuksia menettelyn läpinäkyvyydestä, jotta voidaan varmistaa tarjoajien tasapuolinen kohtelu ja minimoida sääntöjenvastaisten käytäntöjen riskit. Nykyiset direktiivit eivät kuitenkaan sisällä erityisiä sääntöjä eturistiriitojen estämisestä ja sanktioimisesta, ja niissä on vain vähän sääntöjä, joilla nimenomaan torjutaan suosintaa ja korruptiota julkisissa hankinnoissa. Näihin kysymyksiin puututaan yksityiskohtaisemmin kansallisessa lainsäädännössä, mutta sen tarjoamat takeet vaihtelevat komission mukaan paljon jäsenvaltioittain.

Vihreässä kirjan mukaan on syytä keskustella siitä, tarvitaanko EU:n tasolla perussääntöjä, kuten yhteinen määritelmä eturistiriitatilanteista, joita ei voida hyväksyä, ja takeita tällaisten tilanteiden välttämiseksi tai ratkaisemiseksi. Takeina voitaisiin vaatia lausuntoja siitä, ettei eturistiriitoja ole, sekä myös tietyntäsoista avoimuutta ja vastuuta hankintavirkamiehiltä liittyen heidän henkilökohtaiseen tilanteeseensa (kuitenkin huomioiden tietosuojasäännöt). EU-säännöissä voitaisiin esimerkiksi velvoittaa hankintayksiköt ilmoittamaan arviointilautakunnan jäsenten nimet valvontaelimelle tai vaatia niitä tarkistamaan arviointilautakunnan perustamisen yhteydessä, ettei eturistiriitoja ole.

Komission mukaan voitaisiin kaavailla myös erityisten välineiden kuten maksuttomiin puhelinnumeroihin tai internetiin perustuvien ilmoitusjärjestelmien kehittämistä, joiden kautta osallistujat tai muut tahot voivat antaa tietoja mahdollisista väärinkäytöksistä tai sääntöjenvastaisuuksista. Hankintailmoituksessa, hankintayksiköiden verkkosivuilla ja muissa julkaisuvälineissä voitaisiin viitata tällaiseen järjestelmään, jonka kautta hankintayksikkö tai valvontaviranomainen voi saada tietoa nimettömistä tai identifioiduista lähteistä.

Tarjoajien ja ehdokkaiden poissulkeminen

Vihreässä kirjassa todetaan, että korruption tai yleisemmin väärinkäyttöksiin ammattitoiminnassaan syyllistyneiden tarjoajien poissulkeminen on voimakas keino rangaista sääntöjenvastaisista liiketoimintakäytännöistä ja tietyssä määrin myös ehkäistä niitä. Direktiivi velvoittaa jo nykyään sulkemaan hankintamenettelystä tietyistä rikkomuksista tuomitut tarjoajat ja antaa mahdollisuuden sulkea tarjouskilpailusta myös joihinkin muihin kiellettyihin liiketoimintatapoihin syyllistyneet tarjoajat.

Komission mukaan olisi kuitenkin tarkasteltava, ovatko direktiivissä säädetyt poissulkemisperusteet tarkoituksenmukaisia, riittävän selkeitä ja tarpeeksi kattavia vai

pitäisikö ottaa käyttöön muita poissulkemisperusteita. Hankintayksiköt kohtaavat myös käytännön vaikeuksia yrittäessään hankkia kaikki tarvittavat tiedot muista jäsenvaltioista tulevien toimittajien tilanteesta.

Lisäksi nousee esille kysymys siitä, tulisiko EU:n nimenomaisesti määrätä sanktioita yrityksistä heikentää hankintamenettelyn läpinäkyvyyttä ja puolueettomuutta (esimerkiksi ehdokkaiden tai tarjoajien yritykset saada käyttöönsä luottamuksellisia tietoja tai vaikuttaa epäasianmukaisesti hankintayksikön toimintaan hankintamenettelyssä). Seuraamuksena voisi olla esimerkiksi ehdokkaan tai tarjouksen hylkääminen, kunhan tämä päätös on asianmukaisesti perusteltu.

Kohtuuttomien etujen välttäminen

Vihreässä kirjassa todetaan, että joissain tilanteissa hankintamenettelyn tasapuolisuus voi vaarantua, koska tietyt tarjoajat ovat muita edullisemmassa asemassa, vaikkei kyse olisikaan eturistiriidasta tai sääntöjenvastaisista käytännöistä. Esimerkiksi ehdokkaan tai tarjoajan aikaisempi osallistuminen toimiin, jotka liittyvät hankinnan kohteena olevan palvelun kehittämiseen (kuten tutkimuksiin ja/tai suunnitteluun) voi antaa sille merkittävän edun sisäpiiritiedon muodossa ja siksi johtaa ongelmiin tasapuolisen kohtelun noudattamisessa.

Vihreässä kirjassa tiedustellaan, tulisiko EU:n tasolla antaa erityiset säännöt sen ongelman ratkaisemiseksi, että tietyille tarjoajille aiheutuu etuja niiden aikaisemmasta osallistumisesta tarjouskilpailun kohteena olevan hankkeen suunnitteluun.

Kolmansien maiden toimittajien pääsy EU:n markkinoille

Julkisiin hankintoihin liittyvät EU:n kansainväliset sitoumukset otetaan huomioon direktiivien monessa eri säännöksessä. Monet sidosryhmät ovat vihreän kirjan mukaan tuoneet viime aikoina esille, että EU:n hankintamarkkinat ovat avoimemmat kuin EU:n kansainvälisten kumppaneiden hankintamarkkinat. Tästä johtuen EU:n yritykset eivät aina voi kilpailla tasapuolisin edellytyksin ulkomaisten yritysten kanssa. Tilanne vaikuttaa kielteisesti EU:n neuvotteluasemaan markkinoille pääsyn laajentamisesta käytävissä kansainvälisissä neuvotteluissa.

Nykyiset hankintadirektiivit tai kansallinen hankintalainsäädäntö eivät ota kantaa muun muassa kolmansien maiden toimittajien kohteluun tarjouskilpailuissa tai näiden oikeutta hakea muutosta suomalaisten hankintayksiköiden tarjouskilpailuissa. Vihreässä kirjassa tiedustellaan, mitä mekanismeja voitaisiin ottaa käyttöön vastavuoroisen pääsyn varmistamiseksi hankintamarkkinoille.

Kansallinen käsittely:

Asiassa on pyydetty lausunnot Kilpailu-, valtiontuki- ja hankintajaoston (EU-12) laajalta kokoonpanolta sekä järjestetty asiaa koskeva keskustelutilaisuus 17.3.2011.

Eduskuntakäsittely:

-

Käsittely Euroopan parlamentissa:

-

Kansallinen lainsäädäntö, ml. Ahvenanmaan asema:

Laki julkisista hankinnoista (348/2007)

Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (349/2007)

Laki sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä (698/2011)

Valtioneuvoston asetus julkisista hankinnoista (614/2007)

Ahvenanmaalla em. säädökset saatettu voimaan osittain lailla (ÅFS 1994/43). Maakuntaa kuultu jaostokuulemisen yhteydessä.

Taloudelliset vaikutukset:

-

Muut mahdolliset asiaan vaikuttavat tekijät:

-

Asiasanat
Hoitaa

Tiedoksi

FI

FI

FI



EUROOPAN KOMISSIO

Bryssel 27.1.2011
KOM(2011) 15 lopullinen

VIHREÄ KIRJA

**EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta
Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita**

SISÄLLYSLUETTELO

1.	Mikä on julkisten hankintojen sääntöjen tarkoitus?	6
1.1.	Hankintatoiminta	6
1.2.	Julkiset hankintasopimukset	7
1.3.	Julkiset hankkijat	10
2.	Hankintaviranomaisten välinevalikoiman parantaminen	12
2.1.	Menettelyjen uudistaminen	13
2.2.	Erityiset välineet pieniä hankintaviranomaisia varten	19
2.3.	Julkisen sektorin sisäinen yhteistyö	21
2.4.	Tarkoituksenmukaiset välineet kysynnän kokoamista / yhteishankintoja varten	24
2.5.	Hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyviin ongelmiin puuttuminen	25
3.	Helpompi pääsy Euroopan hankintamarkkinoille	28
3.1.	Pk-yritysten ja uusyritysten markkinoillepääsyn parantaminen	28
3.2.	Tasapuolisten ja tehokkaiden kilpailuedellytysten varmistaminen	31
3.3.	Hankintatoiminta ei-kilpailluissa tapauksissa / yksinoikeuksien tapauksissa	33
4.	Julkisten hankintojen strateginen käyttö uusiin haasteisiin vastaamiseksi	34
4.1.	Hankintatavat Eurooppa 2020 -tavoitteiden saavuttamiseksi	36
4.2.	Hankintakohteet Eurooppa 2020 -tavoitteiden tukena	42
4.3.	Innovointi	46
4.4.	Sosiaalipalvelut	48
5.	Asianmukaisten menettelyjen varmistaminen	49
5.1.	Eturistiriitojen välttäminen	50
5.2.	Suosinnan ja korruption torjunta	51
5.3.	Tarjoajien poissulkeminen	52
5.4.	Kohtuuttomien etujen välttäminen	54
6.	Kolmansien maiden toimittajien pääsy EU:n markkinoille	55

VIHREÄ KIRJA

EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita

Älykkään, kestävän ja osallistavan kasvun Eurooppa 2020 -strategiassa¹ esitetään kuluvalle vuosikymmenelle Euroopan kilpailukykyistä sosiaalista markkinataloutta koskeva visio, jossa tukeudutaan kolmeen toisiinsa liittyvään ja toisiaan vahvistavaan painopistealueeseen: osaamiseen ja innovointiin perustuvan talouden kehittämiseen, vähähiilisen, resursseja tehokkaasti käyttävän ja kilpailukykyisen talouden edistämiseen sekä sosiaalista ja alueellista yhteenkuuluvuutta lisäävän korkean työllisyyden talouden edistämiseen.

Julkisilla hankinnoilla on Eurooppa 2020 -strategiassa keskeinen merkitys yhtenä niistä markkinalähtöisistä välineistä, joita on tarkoitus käyttää näiden tavoitteiden saavuttamiseksi. Eurooppa 2020 strategian mukaan julkisilla hankinnoilla on erityisesti pyrittävä

- ° parantamaan yritysten innovoinnin reunaehdoja ja hyödyntämään kysyntäpuolen toimia täysimääräisesti²,
- ° tukemaan siirtymistä resurssitehokkaaseen ja vähähiiliseen talouteen muun muassa edistämällä vihreiden hankintojen laajempaa käyttöä sekä
- ° parantamaan erityisesti innovatiivisten pk-yritysten liiketoimintaympäristöä.

Eurooppa 2020 -strategiassa painotetaan myös, että julkisissa hankinnoissa on varmistettava julkisten varojen mahdollisimman tehokas käyttö ja että julkisten hankintojen markkinat tulee pitää avoimina EU:n laajuisesti. Useissa EU:n jäsenvaltioissa vallitsevien budjettirajoitusten ja taloudellisten vaikeuksien vuoksi on olennaisen tärkeää huolehtia julkisten hankintojen parhaasta mahdollisesta tuloksesta soveltamalla tehokkaita hankintamenettelyjä. Näiden haasteiden edessä Euroopassa on aiempaa suurempi tarve toimiville ja tehokkaille eurooppalaisille hankintamarkkinoille, jotka tarjoavat edellytykset saavuttaa asetetut kunnianhimoiset tavoitteet.

Useat sidosryhmät ovat peräänkuuluttaneet EU:n julkisten hankintojen järjestelmän uudelleentarkastelua sen tehokkuuden ja tuloksekkuuden lisäämiseksi. Komissio on siksi ilmoittanut sisämarkkinoiden toimenpidepaketissa ("Single Market Act")³ aikovansa järjestää laajoja kuulemisia ja esittävänsä niiden pohjalta viimeistään vuoden 2012 alussa lainsäädäntöaloitteita, joiden tavoitteena on yksinkertaistaa ja uudistaa julkisia hankintoja koskevaa EU:n lainsäädäntöä joustavoittamalla hankintasopimusten tekemistä ja luomalla parempia edellytyksiä hankintasopimusten hyödyntämiselle muiden politiikanalojen tukena.

¹ Ks. komission tiedonanto KOM(2010) 2020, 3.3.2010.

² Tätä kysymystä käsitellään myös Eurooppa 2020 -lippulaivahankkeisiin kuuluvaa Innovaatiounionia koskevassa komission tiedonannossa SEC(2010) 1161, jossa tarkastellaan julkisten hankintojen strategista käyttöä tutkimuksen ja innovoinnin edistäjänä. Tiedonannossa kehoitetaan jäsenvaltioita varaamaan osa julkisten hankintojen budjetistaan tutkimukseen ja innovointiin ja ilmoitetaan, että komissio aikoo tarjota ohjausta ja tukimekanismeja hankintaviranomaisille.

³ Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, talous- ja sosiaalikomitealle sekä alueiden komitealle *Sisämarkkinoiden toimenpidepaketti – Kohti kilpailukykyistä sosiaalista markkinataloutta*, KOM(2010) 608, 27.10.2010.

Nykyiset julkisia hankintoja koskevat direktiivit eli direktiivit 2004/17/EY⁴ ja 2004/18/EY⁵ ovat viimeisin vaihe pitkässä kehityksessä, joka pantiin alulle vuonna 1971 antamalla direktiivi 71/305/EY⁶. Direktiivien päätavoitteena on taata läpinäkyvät ja syrjimättömät menettelyt ja sitä kautta varmistaa, että talouden toimijat hyötyvät täysimääräisesti perusvapauksista julkisten hankintojen alalla. Nykyiset direktiivit sisältävät myös tavoitteita muiden politiikanalojen ottamiseksi huomioon julkisten hankintojen yhteydessä. Tällaisia aloja ovat esimerkiksi ympäristönsuojelu ja sosiaalilainsäädäntö⁷ tai korruption torjunta⁸.

Koska julkisilla hankinnoilla on keskeinen merkitys nykypäivän haasteisiin vastaamisessa, nykyisiä välineitä ja menetelmiä olisi uudistettava, jotta niitä voitaisiin käyttää paremmin muuttuvassa poliittisessa, yhteiskunnallisessa ja taloudellisessa tilanteessa. Tällä uudistamisella on seuraavat toisiaan täydentävät päämäärät:

Ensimmäisenä päämääränä on lisätä julkisten varojen käytön tehokkuutta. Tämä merkitsee yhtäältä sitä, että hankinnoissa on pyrittävä parhaaseen mahdolliseen tulokseen (parhaaseen vastineeseen rahalle). Tavoitteeseen pääsemiseksi on tärkeää saada aikaan mahdollisimman vahva kilpailu julkisista sopimuksista sisämarkkinoilla. Tarjoajilla on oltava tasapuoliset kilpailuedellytykset, ja kilpailuvääristymät on estettävä. Toisaalta on tärkeää lisätä itse hankintamenettelyjen tehokkuutta. Sujuvoitetut hankintamenettelyt, joihin liittyy pienten hankintaviranomaisten erityistarpeisiin kohdennettuja yksinkertaistamistoimenpiteitä, voisivat auttaa julkisia hankkijoita saavuttamaan parhaat mahdolliset hankintatulokset mahdollisimman vähäisellä ajan ja julkisten varojen käytöllä. Tehokkaammat menettelyt hyödyttävät kaikkia talouden toimijoita ja helpottavat pk-yritysten osallistumista sekä tarjousten tekemistä rajojen yli. Osallistuminen EU:n julkisten hankintojen menettelyihin rajojen yli on edelleen vähäistä⁹. Vertailu yksityiseen sektoriin, jolla rajatylittävä kaupankäynti on paljon laajempaa, osoittaa käyttämättömiä mahdollisuuksia olevan edelleen runsaasti. Tähän julkisten hankintojen tehostamistavoitteeseen liittyviä kysymyksiä

⁴ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta (EUVL L 134, 30.4.2004, s. 1), direktiivi sellaisena kuin se on viimeksi muutettuna komission asetuksella (EY) N:o 1177/2009, annettu 30 päivänä marraskuuta 2009, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 2004/17/EY, 2004/18/EY ja 2009/81/EY muuttamisesta hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin sovellettavien kynnysarvojen osalta (EUVL L 314, 1.12.2009, s. 64).

⁵ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (EUVL L 134, 30.4.2004, s. 114), direktiivi sellaisena kuin se on viimeksi muutettuna komission asetuksella (EY) N:o 1177/2009. Tämän vihreän kirjan tekstin lähtökohdaksi on otettu direktiivin 2004/18/EY säännökset; tekstin voidaan kuitenkin tulkita viittaavan soveltuvien osin myös direktiivin 2004/17/EY vastaaviin säännöksiin, ellei nimenomaisesti toisin mainita. Termin 'hankintaviranomainen' voidaan siis katsoa viittaavan sekä niihin viranomaisiin, joiden suorittamiin hankintoihin sovelletaan direktiiviä 2004/18/EY, että direktiivissä 2004/17/EY tarkoitettuihin 'hankintayksiköihin'.

⁶ Neuvoston direktiivi 71/305/EY, annettu 26 päivänä heinäkuuta 1971, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (EYVL L 185, 16.8.1971, s. 5).

⁷ Ks. direktiivin 2004/18/EY johdanto-osan 5 ja 46 kappale sekä direktiivin 2004/17/EY johdanto-osan 12 ja 55 kappale.

⁸ Ks. direktiivin 2004/18/EY johdanto-osan 43 kappale ja direktiivin 2004/17/EY johdanto-osan 40 kappale.

⁹ Tuoreiden selvitysten mukaan vain 1,6 prosenttia julkisista hankintasopimuksista tehdään muista jäsenvaltioista tulevien toimijoiden kanssa. Välillinen osallistuminen rajojen yli – hankintaviranomaisen jäsenvaltiossa toimivien sisäyhtiöiden tai kumppanien kautta – on yleisempää. Tosin myös tämä välillinen osallistumisaste jää suhteellisen alhaiseksi (11 %).

tarkastellaan tämän vihreän kirjan osissa 2 (hankintaviranomaisten välinevalikoiman parantaminen) ja 3 (helpompi pääsy Euroopan hankintamarkkinoille).

Toisena päämääränä on luoda hankkijoille paremmat edellytykset hyödyntää julkisia hankintoja yhteisten yhteiskunnallisten tavoitteiden tukemisessa. Näitä tavoitteita ovat ympäristönsuojelu, resurssi- ja energiatehokkuuden lisääminen, ilmastonmuutoksen torjuminen, innovoinnin ja sosiaalisen osallisuuden edistäminen sekä parhaiden mahdollisten olosuhteiden takaaminen korkealaatuisten julkisten palvelujen tarjoamiselle. Tähän päämäärään pyrkiminen voi pitkällä aikavälillä tukea myös ensimmäistä päämäärää julkisen rahoituksen käytön tehostamisesta – esimerkiksi siirtämällä painopistettä alimmasta alkuperäishinnasta alhaisimpiin elinkaarikustannuksiin¹⁰. Tähän toiseen päämäärään liittyviä kysymyksiä tarkastellaan tämän vihreän kirjan osassa 4 (julkisten hankintojen strateginen käyttö).

Julkisia hankintoja koskevan EU:n lainsäädännön lisäkehittämisessä voitaisiin myös puuttua toistaiseksi riittämättömälle huomiolle jääneisiin tärkeisiin kysymyksiin, kuten korruption ja suosinnan torjuntaan (osa 5) ja kysymykseen siitä, miten Euroopan yritysten pääsyä kolmansien maiden markkinoille voidaan parantaa (osa 6). Lisäksi lainsäädännön uudelleentarkastelu tarjoaa myös tilaisuuden tarkastella, tulisiko tiettyjä peruslähtökohtia ja konsepteja hienosäätää paremman oikeusvarmuuden takaamiseksi hankintaviranomaisille ja yrityksille (osa 1). Tässä yhteydessä uudelleentarkastelu voi tarjota mahdollisuuksia lähentää toisiinsa EU:n julkisten hankintojen sääntöjen soveltamista ja valtiontukisääntöjen soveltamista.

Vihreässä kirjassa on otettu huomioon useita ideoita siitä, miten nämä eri tavoitteet voitaisiin parhaiten saavuttaa. On kuitenkin huomioitava, että eri tavoitteet saattavat olla keskenään ristiriitaisia (esim. menettelyjen yksinkertaistaminen voi olla ristiriidassa sen kanssa, että julkisissa hankinnoissa otetaan huomioon muiden politiikanalojen tavoitteita). Erilaiset tavoitteet johtavat joskus erisuuntaisiin toimintavaihtoehtoihin, jotka edellyttävät perusteltua valintaa myöhemmässä vaiheessa.

Lisäksi lainsäädännön muuttamisessa tulevat vastaan tietyt rajat. Lainsäädännön muutosten on oltava sopusoinnussa EU:n kansainvälisten sitoumusten kanssa, tai ne voivat edellyttää tarvittavien neuvottelujen käynnistämistä kaikkien asianomaisten kumppanien kanssa mahdollisista kompensatiovaatimuksista. Nämä sitoumukset, sellaisina kuin ne määritellään yhdessä useammankeskisessä¹¹ ja seitsemässä kahdenvälisessä sopimuksessa¹², voivat siksi vaikuttaa rajoittavasti lainsäädännön mukautuksiin. Tämä koskee erityisesti EU:n julkisten hankintojen sääntöjen soveltamisen kynnysarvoja, hankintatoiminnan ja julkisten hankkijoiden määritelmiä sekä eräitä menettelyllisiä kysymyksiä, kuten teknisten eritelmien ja määräaikojen asettamista.

Käyttöoikeussopimukset eivät kuulu tällä vihreällä kirjalla käynnistettävän kuulemisen piiriin, vaan niistä on järjestetty erilliset sidosryhmäkuulemiset ja laadittu erillinen vaikutusten arviointi. Komissio aikoo ehdottaa lainsäädäntöä, jolla on määrä varmistaa

¹⁰ Klassinen esimerkki on kannattavien energiatehokkuusinvestointien jääminen tekemättä siitä syystä, että investointeja ja toimintamenoja hallinnoidaan eri budjettiprosesseissa.

¹¹ Julkisia hankintoja koskeva WTO:n sopimus (GPA-sopimus), ks. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/international_en.htm.

¹² Kahdenvälisten kauppasopimusten osalta ks. <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/>.

suurempi oikeusvarmuus alueellisille ja paikallisille viranomaisille ja talouden toimijoille kaikkialla Euroopassa sekä helpottaa julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuksien luomista. Sähköiseen hankintaan liittyvistä kysymyksistä julkaistiin erillinen vihreä kirja 18. lokakuuta 2010¹³.

Samanaikaisesti tämän vihreän kirjan kanssa komissio tekee perusteellista arviointia julkisia hankintoja koskevan EU-politiikan vaikutuksista ja kustannustehokkuudesta. Arvioinnissa kootaan markkinapohjaista näyttöä tämänhetkisen hankintalainsäädännön toiminnasta, jotta saataisiin empiirinen käsitys parannuksia kaipaavista osa-alueista. Selvityksen tulokset julkaistaan kesällä 2011.

Vihreään kirjaan esitetyt sidosryhmien kannanotot antavat arvioinnin tulosten ohella aineksia pohdintaan julkisia hankintojen koskevien EU:n sääntöjen tulevasta uudistamisesta. Tältä pohjalta laaditaan myöhemmin ehdotus lainsäädännön uudistamiseksi.

1. MIKÄ ON JULKISTEN HANKINTOJEN SÄÄNTÖJEN TARKOITUS?

Julkisia varoja käyttäviin julkisiin hankkijoihin kohdistuvat erilaiset kannusteet kuin yksityisyrityksen johtoon, johon kohdistuu riski tappioista ja viime kädessä konkurssista ja jota markkinavoimat ohjaavat suoraan.

Julkisten hankintojen säännöissä vahvistetaan sen vuoksi erityiset sopimuksentekomenettelyt, jotta julkiset hankinnat voitaisiin tehdä mahdollisimman rationaalisella, läpinäkyvällä ja oikeudenmukaisella tavalla. Käytössä on suojatoimenpiteitä sen varalta, että julkisten hankintojen kaupankäynnin kurinalaisuudessa esiintyy puutteita ja että niissä turvaudutaan kalliiksi tulevaan etuuskohteluun kansallisten tai paikallisten talouden toimijoiden hyödyksi.

Julkisia hankintoja koskevia EU:n sääntöjä sovelletaan sen vuoksi kaikkiin julkisiin hankintasopimuksiin, jotka potentiaalisesti kiinnostavat toimijoita sisämarkkinoilla. Säännöillä varmistetaan, että kaikilla toimijoilla on tasapuoliset edellytykset kilpailla julkisista hankintasopimuksista Euroopan hankintamarkkinoilla.

1.1. Hankintatoiminta

Julkisia hankintoja koskevien sääntöjen päätarkoituksena on säännellä hankintaviranomaisten hankintatoimintaa. Julkisia hankintoja koskevien EU:n direktiivien soveltamisalaa ei kuitenkaan ole nimenomaisesti rajoitettu hankintoihin, joilla tyydytetään hankintaviranomaisten omia tarpeita¹⁴. Tämä on synnyttänyt keskustelua direktiivien sovellettavuudesta tilanteissa, joissa viranomaisten tekemät sopimukset sisältävät sellaisia oikeudellisesti sitovia velvoitteita, joiden tarkoitukset eivät liity niiden omiin hankintatarpeisiin.

Tämä koskee esimerkiksi tapauksia, joissa tuen myöntämiseksi tehdyssä avustussopimuksessa asetetaan saajalle oikeudellisesti sitova velvoite tarjota erityisiä palveluja. Tällaisilla velvoitteilla on yleensä tarkoitus varmistaa julkisten varojen asianmukainen käyttö; niitä ei ole tarkoitettu tuen myöntävän viranomaisen hankintatarpeiden täyttämiseen.

¹³ Vihreä kirja sähköisen hankinnan käytön laajentamisesta EU:ssa, SEC(2010) 1214, 18.10.2010.

¹⁴ Ks. asia C-126/03 *komissio v. Saksa*, tuomio 18.11.2004, kohta 18.

Jäsenvaltioiden viranomaiset ja muut sidosryhmät ovat valittaneet oikeusvarmuuden puutteesta, joka julkisten hankintojen sääntöjen soveltamisalaan liittyy näissä tilanteissa, ja peräänkuuluttaneet sääntöjen tarkoituksen selventämistä. Unionin tuomioistuimien on uusimmassa oikeuskäytännössään katsonut julkisten hankintasopimusten käsitteen edellyttävän, että hankintasopimuksen kohteena olevien rakennusurakoiden tai tavara- tai palvelutoimitusten tarkoituksena on oltava hankintaviranomaisen *välittömän taloudellisen intressin* toteuttaminen¹⁵.

Kysymys:

1. Pitäisikö julkisia palveluja koskevien direktiivien soveltamisala mielestänne rajoittaa hankintatoimintaan? Tulisiko rajoituksessa yksinkertaisesti kodifoida unionin tuomioistuimen esittämä välittömän taloudellisen intressin käsite vai tulisiko siihen liittää ylimääräisiä/vaihtoehtoisia ehtoja ja käsitteitä?

1.2. Julkiset hankintasopimukset

Julkisten hankintasopimusten – rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten – nykyinen määritelmä on osittain seurausta historiallisesta kehityksestä. Se, että julkiset hankintasopimukset on luokiteltava alusta lähtien johonkin näistä kategorioista, voi aiheuttaa hankaluuksia esimerkiksi tapauksissa, joissa sopimus tehdään ohjelmistosovellusten hankinnasta, jolloin kyseessä voi olla olosuhteista riippuen joko tavarantoimitus- tai palvelutoimitus. Direktiivi 2004/18/EY sisältää erityisiä sääntöjä ns. yhdistetyistä sopimuksista (mixed contracts), joiden tulkintaa on tarkennettu oikeuskäytännössä. Unionin tuomioistuimen kanta on se, että kun sopimus käsittää eri tyyppisiin liittyviä elementtejä, siihen sovellettavat säännöt on määritettävä yksilöimällä sopimuksen päätarkoitus.

Jotkin näistä ongelmista voitaisiin välttää yksinkertaistamalla nykyistä rakennetta. Voitaisiin harkita esimerkiksi sitä mahdollisuutta, että käytössä olisi vain kahdentyyppisiä julkisia hankintasopimuksia, kuten julkisia hankintoja koskevan sopimuksen (jäljempänä ”GPA-sopimus”) järjestelmässä, jossa ero tehdään pelkästään tavarantoimitus- ja palvelutoimitusten välillä ja rakennusurakat katsotaan yhdeksi palvelumuodoksi (ns. rakennuspalvelusopimus). Samoin voitaisiin harkita mahdollisuutta käyttää yhtä yhtenäistä julkisen palvelusopimuksen käsitettä, jolloin ero tehtäisiin sopimuksen kohteen mukaan vain niiltä osin kuin se on välttämätöntä (esim. kynnysarvoja koskevissa säännöksissä).

Kysymys:

2. Onko asiallisen soveltamisalan nykyinen rakenne, joka on jaettu rakennusurakoita sekä tavarantoimitus- ja palvelutoimituksia koskeviin sopimuksiin, mielestänne tarkoituksenmukainen? Jos ei ole, mitä vaihtoehtoja rakennetta ehdottaisitte?

Sopimustyyppien rakenteen uudistamisen ohella voi olla tarpeen tarkastella uudelleen ja yksinkertaistaa eri sopimustyyppien nykyisiä määritelmiä.

Tämä koskee etenkin direktiivin 2004/18/EY 1 artiklan 2 kohdan b alakohdan määritelmää ”julkisia rakennusurakoita koskevista sopimuksista”, sillä siinä asetetaan kolme keskenään

¹⁵ Asia C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, tuomio 25.3.2010, kohdat 47–54, ja *komissio v. Saksa*, tuomio 15.7.2010, kohta 75.

vaihtoehtoista edellytystä, jotka ovat monimutkaisia ja osittain päällekkäisiä. Julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen käsite sisältää direktiivin liitteessä I lueteltujen rakennusurakkatyyppien toteutuksen tai sekä suunnittelun että toteutuksen, direktiivin 1 artiklan 2 kohdan b alakohdassa määritellyn rakennusurakan toteutuksen tai sekä suunnittelun että toteutuksen sekä näiden lisäksi ”hankintaviranomaisen asettamia vaatimuksia vastaavan rakennusurakan toteuttamisen millä tahansa tavalla”. Viimeksi mainittu edellytys lisättiin sen varmistamiseksi, että määritelmä käsittää myös tapaukset, joissa rakennusurakkaa ei toteuta urakoitsija itse vaan urakoitsijan puolesta toimivat kolmannet osapuolet.

Määritelmää voitaisiin yksinkertaistaa korvaamalla nykyinen rakenne huomattavasti yksinkertaisemmilla ja selkeämmillä ehdoilla, jotka kattavat kaikki rakennustoimet niiden luonteesta ja tarkoituksesta riippumatta, myös yksittäisten rakennusurakoiden toteuttamiseen liittyvät toiminnot, joista saattavat huolehtia kolmannet osapuolet.

Kysymys:

3. Tulisiko ”rakennusurakkaa koskevan sopimuksen” määritelmää tarkastella uudelleen ja yksinkertaistaa? Jos tulisi, olisiko viittaus direktiivin liitteenä olevaa erityiseen luetteloon jätettävä pois? Mitkä olisivat ehdottamanne määritelmän osatekijät?

A- ja B-palvelut

Vielä tärkeämpi asia on kattavuusaste palvelusopimuksissa.

Nykyisellään direktiiveissä tehdään ero ns. A-palvelujen¹⁶ ja B-palvelujen¹⁷ välillä. A-palveluihin sovelletaan kaikkia direktiivien mukaisia menettelyjä, mutta B-palveluja koskevassa sopimuksenteossa tarvitsee noudattaa ainoastaan säännöksiä teknisistä eritelmistä ja ilmoituksesta, joka on lähetettävä hankintamenettelyn tuloksista¹⁸. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan pätee kuitenkin, että B-palveluista sopimuksia tekevien hankintaviranomaisten on noudatettava EU:n primaarilainsäädännön perussääntöjä, erityisesti syrjimättömyyden, yhtäläisen kohtelun ja läpinäkyvyyden periaatteita, mikäli kyseessä oleviin sopimuksiin liittyy varma rajat ylittävä intressi¹⁹. Tämä merkitsee velvoitetta huolehtia riittävän laajasta julkistamisesta, jotta muista jäsenvaltioista tulevilla kiinnostuneilla talouden toimijoilla olisi mahdollisuus päättää, ilmaisevatko ne intressinsä sopimukseen.

Alun perin lainsäätäjän aikomuksena oli rajoittaa direktiivin täysimääräinen soveltaminen siirtymäkauden ajaksi tietyn tyyppisiin palvelusopimuksiin, joiden katsottiin tarjoavan mahdollisuuksia lisätä rajat ylittävää kauppaa²⁰. On pidettävä mielessä, että B-palvelujen luettelon avoimen luonteen vuoksi (ks. ryhmä 27: ”Muut palvelut”) direktiivien täysimääräinen soveltaminen palveluihin on itse asiassa poikkeus, kun taas niiden kohtelu B-palveluina on sääntö.

On epäselvää, onko tämä tilanne edelleen tarkoituksenmukainen sisämarkkinoiden taloudellisen ja oikeudellisen kehityksen vuoksi. Joidenkin B-luettelossa nimenomaisesti mainittujen palvelujen, kuten vesikuljetuspalvelujen, hotellipalvelujen, työnvälitys- ja

¹⁶ Direktiivin 2004/18/EY liitteessä II A tai direktiivin 2004/17/EY liitteessä XVII A luetellut palvelut.

¹⁷ Direktiivin 2004/18/EY liitteessä II B tai direktiivin 2004/17/EY liitteessä XVII B luetellut palvelut.

¹⁸ Ks. direktiivin 2004/18/EY 20 ja 21 artikla sekä direktiivin 2004/17/EY 31 ja 32 artikla.

¹⁹ Ks. asia C-507/03 *komissio v. Irlanti*, tuomio 13.11.2007, kohta 24–31.

²⁰ Ks. direktiivin 2004/18/EY johdanto-osan 19 kappale.

henkilöstönhallintapalvelujen sekä turvallisuuspalvelujen osalta on vaikea olettaa, että niihin liittyisi vähäisempi rajat ylittävä intressi kuin A-luettelon palveluihin.

Lisäksi A- ja B-palvelujen välillä tehtävä ero johtaa hankaluuksiin ja mahdollisiin virheisiin sääntöjen soveltamisessa. Samoin kuin sopimusten luokittelunkin tapauksessa, ongelmia aiheuttavat myös rajatapaukset ja yhdistetyt sopimukset²¹. Lisäksi useimpien EU:n kauppakumppaneiden järjestelmissä ei tehdä tällaista eroa. Nykyinen oikeudellinen tilanne vaikeuttaa sen vuoksi markkinoille pääsyä koskevien lisäsitoumusten saamista kauppakumppaneilta, koska EU ei pysty vastaamaan niihin, erityisesti mitä tulee palveluihin, joista on tullut relevantteja sisämarkkinoiden ja rajat ylittävän kaupan kannalta.

Johdonmukaisin ratkaisu olisi lopettaa nykyinen erottelu B- ja A-palveluihin ja soveltaa vakiosääntöjä kaikkiin palvelusopimuksiin²². Tämä yksinkertaistaisi nykyisiä sääntöjä. Jos kuuleminen osoittaa, että yleistä järjestelmää on tarpeen yksinkertaistaa, tällainen yksinkertaistaminen voisi myös helpottaa B-palvelujen nykyisen erityiskohtelun poistamista.

Kysymykset:

4. Tulisiko A- ja B-palvelujen erottamista toisistaan tarkastella uudelleen?
5. Katsotteko, että julkisia hankintoja koskevia direktiivejä pitäisi soveltaa kaikkiin palveluihin, mahdollisesti siirtymällä joustavampiin vakiosääntöihin? Jos ette, mihin palveluihin tulisi edelleen soveltaa nykyisiä B-palvelujen sääntöjä ja miksi?

Kynnysarvot

Jotkin sidosryhmät pitävät direktiivissä määriteltyjä kynnysarvoja nykyisellään liian matalina ja pyytävät niiden nostamista. Perusteena on, että rajat ylittävä intressi katsotaan liian vähäiseksi, jotta sillä voitaisiin perustella sopimuksentekomenettelyyn liittyvää hallinnollista taakkaa direktiivien soveltamisalaan tällä hetkellä kuuluvien suhteellisen vähäarvoisten sopimusten osalta.

Kynnysarvojen nostaminen kuitenkin vapauttaisi nykyistä enemmän sopimuksia siitä vaatimuksesta, että hankintailmoitus on julkaistava EU:n laajuisesti, mikä kaventaisi yritysten liiketoimintamahdollisuuksia kaikkialla Euroopassa.

Joka tapauksessa on huomattava, että kaikki EU:n kansainvälisten sitoumusten sisältämät kynnysarvot ovat täsmälleen samat kuin nykyisissä direktiiveissä, paitsi ns. B-palvelujen (ja erityisesti sosiaalipalvelujen) osalta²³. Mahdollisuudet päästä markkinoille määräytyvät näiden kynnysarvojen pohjalta, minkä vuoksi ne ovat yksi tärkeimmistä osatekijöistä kaikissa näissä kansainvälisissä sopimuksissa. Sovellettavien kynnysarvojen nostaminen EU:ssa johtaisi automaattisesti vastaavaan lisäykseen kaikissa EU:n tekemissä sopimuksissa (GPA-sopimuksen lisäksi myös kaikissa muissa kansainvälisissä sopimuksissa). Tämä tilanne voisi puolestaan johtaa kompensatiovaatimuksiin EU:n kumppaneiden taholta. Nämä vaatimukset voisivat olla hyvin merkittäviä.

Kysymys:

²¹ Ks. direktiivin 2004/18/EY 22 artikla.

²² Sosiaalipalvelujen osalta ks. jakso 4.4.

²³ Sosiaalipalvelujen osalta ks. jakso 4.4.

- | | |
|----|---|
| 6. | Kannattaisitteko EU:n direktiivien soveltamisessa noudatettavien kynnysarvojen nostamista huolimatta siitä, että tämä johtaisi kansainvälisellä tasolla edellä kuvattuihin seurauksiin? |
|----|---|

Soveltamisalan ulkopuolelle jättäminen

Soveltamisalaan kuulumattomia hankintasopimuksia koskeva direktiivin 2004/18/EY jakso²⁴ on hyvin heterogeeninen: osa poikkeuksista perustuu EU:n perussopimuksen soveltamisalan rajoituksiin/poikkeuksiin (14 artikla) tai siihen, että säännösten on oltava sopusoinnussa kansainvälisen oikeuden (15 artikla) tai muiden oikeusalojen (16 artiklan c ja e alakohta) kanssa, kun taas osa johtuu poliittisista valinnoista (16 artiklan a, b, d ja f alakohta sekä 17 artikla). Tämän vuoksi on vaikea soveltaa kokonaisvaltaista kriteeriä arvioitaessa tarvetta näiden säännösten uudelleentarkasteluun. Poikkeusten uudelleentarkastelua harkittaessa on joka tapauksessa otettava huomioon EU:n kansainväliset sitoumukset, jotka nykyisellään käsittävät direktiiveihin sisältyvät poikkeukset ja vapautukset. Mahdollisten uusien poikkeusten käyttöönotto olisi epäilemättä ongelmallista tästä näkökulmasta. Kansainväliset sitoumukset jättävät kuitenkin tilaa poikkeusten sisällön ja esitystavan päivittämiseksi tai selventämiseksi. Lisäksi voitaisiin harkita sellaisten poikkeusten kumoamista, jotka ovat oikeudellisen, poliittisen tai taloudellisen kehityksen vuoksi käyneet tarpeettomiksi.

Kysymykset:

- | | |
|----|--|
| 7. | Ovatko nykyiset direktiivin soveltamisalaan kuulumattomia hankintasopimuksia koskevat säännökset mielestänne tarkoituksenmukaisia? Tulisiko kyseisen jakson rakennetta uudistaa tai kaipaavatko yksittäiset poikkeukset selventämistä? |
| 8. | Olisiko yksittäisiä poikkeuksia kumottava, tarkasteltava uudelleen tai päivitettävä? Jos olisi, mitä niistä? Mitä ehdottaisitte? |

1.3. Julkiset hankkijat

Valtion hankintayksiköiden hankinnat

Direktiiviä 2004/18/EY sovelletaan hankintasopimuksiin, jotka myöntää valtio (ml. kaikki sen elimet), alueellinen tai paikallinen viranomainen, julkisoikeudellinen laitos taikka yhden tai useamman edellä mainitun hankintayksikön muodostama yhteenliittymä²⁵.

Valtion ja alueellisen ja paikallisen viranomaisen käsitteet ovat suhteellisen yksiselitteisiä, mutta julkisoikeudellisten laitosten käsite on monimutkaisempi. Sen on määrä kattaa oikeudellisesti itsenäiset organisaatiot, joilla on läheiset kytkökset valtioon ja jotka toimivat periaatteessa kuin valtion laitokset. Esimerkkeinä voidaan mainita yleisradioyhtiöt, yliopistot, sairausvakuutusrahastot ja kunnallisyhtiöt.

Direktiivissä 2004/18/EY annettuun määritelmään liittyy joukko unionin tuomioistuimen päätöksiä. Oikeuskäytännön perusteella ehdot voidaan tiivistää seuraavasti:

- (1) Laitoksen nimenomaisena tarkoituksena on tyydyttää yleisen edun mukaiset tarpeet, jotka eivät ole luonteeltaan teollisia tai kaupallisia.

²⁴ Direktiivin 2004/18/EY 12–18 artikla.

²⁵ Direktiivin 2004/17/EY soveltamisalaan kuuluvien hankintayksiköiden osalta katso jäljempänä kohta 7.

- (2) Sillä on oma (yksityis- tai julkisoikeudellinen) oikeushenkilöllisyys.
- (3) Se on rahoituksensa, johtonsa tai valvontansa suhteen läheisesti riippuvainen valtiosta, alueellisista tai paikallisista viranomaisista tai muista julkisoikeudellisista laitoksista (ks. tarkat ehdot 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan c alakohdassa).

Näiden ehtojen asianmukainen soveltaminen edellyttää kussakin tapauksessa yksityiskohtaista analyysia, jossa otetaan huomioon sellaiset tekijät kuin kilpailuaste markkinoilla sekä se, toimiiko laitos voittoa tavoitellen ja vastaako se itse toimintaansa liittyvistä tappioista ja riskeistä.

Kysymys:

9. Pidätkö julkisten hankkijoiden määrittelyyn käytettävää nykyistä lähestymistapaa tarkoituksenmukaisena? Olisiko erityisesti julkisoikeudellisen laitoksen käsitettä mielestänne selvennettävä ja päivitettävä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella? Jos olisi, millaista päivittämistä pidätte tarkoituksenmukaisena?

Yleishyödylliset palvelut

Julkisia hankintoja koskevat nykyiset säännöt on järjestetty siten, että vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alan hankintoja koskee oma direktiivi (2004/17/EY). Näitä aloja yhdistävät tietyt tekijät: ne ovat kaikki verkkosektoreita, koska ne perustuvat fyysisen tai virtuaalisen verkon (esim. putkistojen, sähköverkkojen, postiverkoston tai rataverkon) käyttöön tai hyödyntävät maantieteellisiä alueita, tavallisesti yksinoikeudella, palvelujen tarjoamiseksi loppukäyttäjille tai mineraalien (öljyn, kaasun, kivihiilen jne.) etsimiseksi ja talteenottamiseksi.

Näille aloille on ominaista myös se, että niiden toimintoja toteuttavat viranomaisten ohella myös kaupalliset yritykset (tämä pätee erityisesti muutamiin jäsenvaltioihin), jotka voivat olla valtionyhtiöitä tai erityis- tai yksinoikeuksilla toimivia yksityisyhtiöitä. Yksi suurimmista syistä siihen, miksi näillä sektoreilla otettiin käyttöön julkisia hankintoja koskevat säännöt, oli niiden markkinoiden suljettu luonne. Markkinoiden toimijoilla oli jäsenvaltioiden myöntämät erityis- tai yksinoikeudet verkkojen toimituksiin, rakentamiseen tai käyttöön kyseessä olevan palvelun tarjoamiseksi. Julkisia hankintoja koskevien sääntöjen pakollinen soveltaminen julkisiin ja yksityisiin (kaupallisiin) yleishyödyllisiä palveluja tarjoaviin yrityksiin katsottiin tarpeelliseksi, koska kansalliset viranomaiset voivat vaikuttaa näiden yksiköiden käyttäytymiseen monin eri tavoin, kuten myöntämällä niille (tai epäämällä niiltä) erityis- tai yksinoikeudet, pitämällä hallussaan osuuksia niiden pääomasta ja olemalla edustettuina niiden hallinto-, johto- tai valvontaelimissä.

Toisin sanoen koska näillä aloilla ei vallinnut riittävää kilpailupainetta, pidettiin tarpeellisena tehdä yleishyödyllisiä palveluja koskevan direktiivin menettelysääntöjen soveltaminen pakolliseksi sen varmistamiseksi, että alojen toimintoihin liittyvät hankinnat toteutettaisiin läpinäkyvällä ja syrjimättömällä tavalla. Näitä aloja koskevien sääntöjen puuttuessa oli olemassa vaara siitä, että yleishyödyllisiä palveluja tarjoavien yritysten hankintapäätöksiin vaikuttaisi suosinta, etusijan antaminen paikallisille yrityksille tai muut tekijät.

Sittemmin markkinoiden vapauttamista on viety eteenpäin joko EU:n tai kansallisella tasolla useilla näistä aloista (esim. sähkö ja kaasu, hiilivetyjen etsintä ja hyödyntäminen, postipalvelut jne.). Kokemus on kuitenkin osoittanut, että vapauttaminen eli toiminnan vapaan

harjoittamisen takaamiseen tähtäävä prosessi ei välttämättä tai automaattisesti johda vahvaan kilpailuun. Vakiintuneilla toimijoilla on monesti edelleen suuret markkinaosuudet, ja joissain jäsenvaltioissa myös valtionomisteisten yritysten markkinoillaolo voi vääristää markkinoiden toimintaa.

Direktiivin 30 artikla sisältää nykyisellään säännöksen, jonka nojalla komissio voi vapauttaa tietyt hankinnat direktiivin soveltamisesta, mikäli kilpailuaste (markkinoilla, joille pääsyä ei ole rajoitettu) on riittävä varmistukseen tarpeellisen läpinäkyvyyden ja syrjimättömyyden kyseisten toimintojen harjoittamisessa. Komissio on toistaiseksi tehnyt tällaisista vapautuksista kuusitoista päätöstä, jotka koskevat yhdeksää eri jäsenvaltiota. Yksi hakemus on peruutettu. Päätökset ovat toistaiseksi koskeneet sähkösektoria (tuotanto ja myynti), kaasusektoria (myynti), öljy- ja (maa)kaasusektoreita sekä postisektorin eri osia (varsinkin logistiikka, postipaketit ja rahoituspalvelut).

Lisäksi yhä useammat yksityisyrietykset ovat saaneet oikeudet toimia näillä markkinoilla läpikäytyään avoimet ja läpinäkyvät menettelyt, eli niillä ei ole erityis- tai yksinoikeuksia direktiivin merkityksessä.

Yleishyödyllisiä palveluja koskevan direktiivin koko laajuus on vahvistettu myös kansainvälisesti, joko GPA-sopimuksessa tai kahdenvälisissä sopimuksissa. Direktiivin kattavuuden rajoittaminen voisi edellyttää EU:n kansainvälisten sitoumusten muuttamista, mikä voisi puolestaan johtaa kompensatiovaatimuksiin.

Kysymykset:

10. Katsotteko, että julkisia hankintoja koskevia EU:n sääntöjä edelleen tarvitaan näillä sektoreilla? Perustelkaa.
- 10.1. Jos vastauksenne on kyllä: Pitäisikö tiettyjä sääntöjen piiriin kuuluvia aloja vapauttaa säännöistä tai päinvastoin sisällyttää myös muita aloja niiden piiriin? Mitä nämä muut alat ovat? Perustelkaa.
11. Direktiivin soveltamisala määräytyy nykyisellään sen perusteella, mitä toimintoja yksiköt harjoittavat, mikä on niiden oikeudellinen asema (julkinen vai yksityinen) ja, jos ne ovat yksityisyrietyksiä, onko niille myönnetty erityis- tai yksinoikeudet. Ovatko nämä perusteet tarkoituksenmukaisia vai pitäisikö käyttää muita perusteita? Perustelkaa.
12. Voidaanko yksityisyrietysten voitontavoitteluun tähtäävää tai kaupallista ajattelutapaa pitää riittävänä varmistamaan, että yksiköiden hankinnat suoritetaan objektiivisesti ja tasapuolisesti (silloinkin, kun ne toimivat erityis- tai yksinoikeuksin)?
13. Onko direktiivin nykyinen 30 artiklan säännös toimiva keino mukauttaa direktiivin soveltamisalaa muuttuviin sääntely- ja kilpailuolosuhteisiin kyseisillä (kansallisilla ja sektorikohtaisilla) markkinoilla?

2. HANKINTAVIRANOMAISTEN VÄLINEVALIKOIMAN PARANTAMINEN

Hankintaviranomaiset valittavat joskus, että EU-sääntöjen mukaiset sääntelyvälineet eivät kaikilta osin sovellu niiden hankintatarpeisiin. Ne esittävät erityisesti, että tarvitaan kevyempiä ja/tai joustavampia menettelyjä ja ettei ole aina käytännöllistä soveltaa koko

säännöstöä (varsinkaan, kun on kyse hyvin pienten hankintaviranomaisten suorittamista hankinnoista). Eräät muut tilanteet (tietyt julkisen sektorin sisäisen yhteistyön muodot) tulisi niiden mielestä kokonaan vapauttaa näiden sääntöjen soveltamisesta. Toisaalta joillakin julkisten hankintojen osa-alueilla EU:n sääntöjen sisältämät välineet eivät ehkä ole riittäviä (yhteishankinnat ja sopimuksenteon jälkeiset erityisongelmat).

Näitä kysymyksiä tarkastellaan seuraavassa jaksossa. Talouden toimijoiden palautteesta käy selväksi, että jotkin perusvaatimukset on vahvistettava EU:n sääntöinä, jotta voidaan varmistaa tasapuoliset toimintaedellytykset Euroopan laajuisesti, kun taas joitain yksityiskohtaisempia nykyisten direktiivien sääntöjä voitaisiin tarkastella uudelleen. On kuitenkin huomattava, että EU:n sääntöjen karsimisessa tulevat vastaan tietyt rajat. Osa menettelysäännöistä on peräisin suoraan GPA-sopimuksesta ja EU:n allekirjoittamista kahdenvälisistä sopimuksista: esimerkiksi eri menettelyjen määraajat, ehdot käytettäessä neuvottelumenettelyä ilman julkistamista tai tehtyjä sopimuksia koskevien ilmoitusten julkaisuehdot. Näiden vaatimusten hylkääminen ja muuttaminen ei olisi mahdollista ilman EU:n kansainvälisten sitoumusten uudelleenneuvottelemista. On myös pidettävä mielessä, että EU:n sääntöjä täydentää suuri määrä sääntöjä kansallisella tai alueellisella tasolla. EU:n tasolla kumotut säännökset saatetaan korvata muilla tasoilla, mikä voi luoda riskin kansallisen lainsäädännön eriytymisestä ja ylimääräisten vaatimusten lisääntymisestä kansallisella tasolla²⁶. Menettelysääntöjen uudelleentarkastelussa on myös pidettävä tavoitteena sitä, että varmistetaan mahdollisimman suuri johdonmukaisuus julkisia hankintojen koskevan oikeuden ja muun EU-oikeuden (mm. valtiontuen valvonta) välillä.

Kysymykset:

14. Ovatko julkisia hankintoja koskevat EU:n säännöt nykyisellään sopivan yksityiskohtaisia? Jos eivät, ovatko ne liian yksityiskohtaisia vai kaipaavatko ne yksityiskohtaistamista?

2.1. Menettelyjen uudistaminen

Yksi julkisen keskustelun pääaiheista on se, ovatko direktiiveissä säädetyt menettelyt edelleen kaikilta osin soveltuvia hankintaviranomaisten ja talouden toimijoiden tarpeisiin vai pitäisikö niitä mukauttaa – ja jos niin miten – etenkin monimutkaisuuden ja hallinnollisten rasitteiden karsimiseksi – huolehtien kuitenkin siitä, että julkisista hankintasopimuksista voidaan kilpailla tasapuolisin edellytyksin ja että hankintatulokset ovat optimaalisia.

Yleiset menettelyt

Nykyiset direktiivit sisältävät useita välineitä ja menettelyjä. Sekä direktiivin 2004/17/EY että direktiivin 2004/18/EY mukaan hankkijat voivat valita vapaasti avoimen²⁷ ja rajoitetun²⁸

²⁶ Ylimääräisten vaatimusten lisääntymisellä tarkoitetaan sitä, että kansallisessa lainsäädännössä lisätään sääntöjä tai vaatimuksia EU-sääntöjen edellyttämiin normeihin nähden (ns. gold-plating).

²⁷ Avoimessa menettelyssä hankintaviranomaiset ja -yksiköt julkaisevat hankintailmoituksen, jonka perusteella kaikki kiinnostuneet osapuolet voivat esittää tarjouksensa. Hankintaviranomainen valitsee laadulliset valintaperusteet täyttävien tarjousten joukosta sen, joka täyttää hankintailmoituksessa mainitun sopimuksentekoperusteen (alhaisin hinta tai kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous). Tämän menettelyn osuus on kolme neljäsosaa kaikista direktiivien soveltamisalaan kuuluvista menettelyistä.

²⁸ Rajoitetussa menettelyssä kaikki talouden toimijat voivat vastata hankintailmoitukseen ilmaisemalla osallistumiskiinnostuksensa, mutta vain hankintailmoituksessa esitettyjen perusteiden mukaisesti valittuja ehdokkaita pyydetään esittämään varsinainen tarjous.

menettelyn välillä. Tilanne on jonkin verran erilainen, kun noudatetaan neuvottelumenettelyä julkaisemalla ennalta hankintailmoitus²⁹. Yleishyödyllisiä palveluja koskevassa direktiivissä sallitaan suurempi joustavuus³⁰, sillä yleishyödyllisiä palveluja tarjoavat yritykset voivat vapaasti päättää tehdä sopimuksen neuvottelumenettelyssä, edellyttäen että ne ovat julkaisseet tarjouskilpailuilmoituksen. Direktiivin 2004/18/EY mukaan neuvottelumenettelyä, jossa julkaistaan ennalta hankintailmoitus, voidaan sen sijaan käyttää yksinomaan 30 artiklan erityistapauksissa. Tapaukset, joissa neuvottelumenettelyä voidaan noudattaa julkaisematta hankintailmoitusta, rajataan kummassakin direktiivissä poikkeustapauksiin, jotka luetellaan tyhjentävästi³¹ ja joita tulkitaan suppeasti.

Palveluja hankkiessaan hankkijat voivat käyttää myös suunnittelukilpailuja³². Vuoden 2004 direktiiveissä otettiin käyttöön useita erityisiä menettelyvaihtoehtoja ja välineitä, kuten kilpailullinen neuvottelumenettely³³, dynaaminen hankintajärjestelmä³⁴ tai sähköiset huutokaupat³⁵. Vuonna 2004 käyttöön otettujen menettelyjen joustavuutta lisää myös mahdollisuus keskittää hankinnat suorittamalla ne yhteishankintaviranomaista³⁶ käyttäen tai tekemällä puitejärjestelyjä³⁷. Talouskriisin yhteydessä komissio katsoi nopeutetun menettelyn³⁸ käytön perustelluksi merkittävien julkisten investointihankkeiden toteuttamiseksi vuosina 2009 ja 2010.

Tätä laajennettua menettelyvaihtoehtojen kirjoa on nyt tarkasteltava sen selvittämiseksi, muodostavatko nykyisen direktiivin mukaiset menettelyt edelleen parhaan mahdollisen välinevalikoiman tehokkaalle hankintatoiminnalle, myös kun otetaan huomioon julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuksien kasvava merkitys. Sekä erityyppisten menettelyjen rakennetta sinänsä että direktiivien eri menettelyvaihteita koskevia vaatimuksiakin³⁹ on

²⁹ Neuvottelumenettelyssä hankintaviranomaiset ja -yksiköt kuulevat valitsemiaan talouden toimijoita ja neuvottelevat sen jälkeen sopimuksen ehdoista yhden tai useamman talouden toimijan kanssa. Tällainen tarjouksen ehdoista neuvotteleminen ei ole mahdollista avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä.

³⁰ Suurempi joustavuus sallitaan, koska kyseistä direktiiviä sovelletaan viranomaisten lisäksi myös kaupallisiin yrityksiin, olivatpa ne valtionyhtiöitä tai erityis- tai yksinoikeuksilla toimivia yksityisyrittäjiä. Tässä yhteydessä noudatettavien menettelyjen on siksi oltava lähellä kaupallisia käytäntöjä, mutta niissä noudatetaan läpinäkyvyyteen ja tasapuoliseen kohteluun liittyviä vähimmäisvaatimuksia.

³¹ Direktiivin 2004/18/EY 31 artikla ja direktiivin 2004/17/EY 40 artiklan 3 kohta.

³² Suunnittelukilpailu on menettely, jolla hankintaviranomainen tai hankintayksikkö voi hakea suunnitelmaa tai hanketta, jonka valintalautakunta valitsee kilpailulla. Kilpailulla voidaan esimerkiksi hakea ideoita kaupunginosaan monitoimitalon suunnittelemiseksi osana kaupunkialueen elvytystä. Suunnittelukilpailuja voidaan käyttää myös muilla aloilla, esimerkiksi suunnitelmien hankkimiseksi eri hallintotasojen välisen viestintäverkon mahdollisesta tulevasta rakenteesta.

³³ Tässä erityisen monimutkaisia sopimuksia varten tarkoitettua menettelyä yksityiskohtaiset sopimusehdot voidaan määrittää hankintaviranomaisen ja ehdokkaiden välisellä neuvottelulla, ks. direktiivin 2004/18/EY 29 artikla (ainoastaan direktiivissä 2004/18/EY). Viimeaikaisten tilastojen mukaan kilpailullista neuvottelumenettelyä on käytetty vain alle 0,4 prosentissa kaikista menettelyistä.

³⁴ Direktiivin 2004/18/EY 33 artikla.

³⁵ Direktiivin 2004/18/EY 54 artikla.

³⁶ Direktiivin 2004/18/EY 11 artikla.

³⁷ Tältä osin direktiivissä 2004/18/EY (ks. 32 artikla) sallitaan enemmän joustavuutta, koska yleishyödyllisiä palveluja koskevan direktiivin (14 artiklan) jo voimassa olleet (ja erilaiset) säännökset katsottiin tyydyttäväksi yleishyödyllisiin palveluihin liittyvien hankintojen yhteydessä.

³⁸ Tästä menettelystä säädetään direktiivin 2004/18/EY 38 artiklan 8 kohdassa sellaisia tapauksia varten, joissa tavanomaisten määräaikojen noudattaminen on kiireen vuoksi käytännössä mahdotonta. Ks. lehdistötiedote IP/08/2040, 19.12.2008.

³⁹ Esimerkiksi sääntöjä, jotka koskevat ilmoitusten julkaisemista, tarjousasiakirjojen sisältöä, menettelyn määräaikoja, todisteita valintaperusteiden täyttämisestä, dokumentaatiota sekä viestintää tarjousten tekijöiden kanssa.

tarkasteltava huolellisesti sen kannalta, miten tehokkaasti niiden avulla voidaan varmistaa optimaaliset hankintatulokset mahdollisimman vähäisin hallinnollisin rasittein⁴⁰.

Kysymykset:

15. Katsotteko, että hankintaviranomaiset voivat saada parhaat mahdolliset hankintatulokset nykyisissä direktiiveissä säädettyjen menettelyjen avulla? Jos ette katso, miten menettelyjä pitäisi parantaa, jotta voidaan vähentää hallinnollisia rasitteita / transaktiomenoja ja lyhentää menettelyjen kestoa varmistaen samalla, että hankintaviranomaiset saavat parhaan vastineen rahalle?
16. Onko ajateltavissa muuntotyypisiä menettelyjä, joihin nykyiset direktiivit eivät anna mahdollisuuksia ja jotka mielestänne voisivat lisätä julkisten hankintamenettelyjen kustannustehokkuutta?
17. Tulisiko direktiivissä säädetty menettelyt, jotka on tarkoitettu erityistarpeisiin ja joilla helpotetaan yksityistä osallistumista julkisiin investointeihin julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuksien kautta (esim. dynaaminen hankintajärjestelmä, kilpailullinen neuvottelumenettely, sähköiset huutokaupat ja suunnittelukilpailut), säilyttää nykyisen muotoisina, olisiko niitä muutettava (jos olisi, millä tavoin) vai olisiko ne poistettava kokonaan?
18. Kannattaisitteko nopeutetun menettelyn käytöstä vuosina 2009 ja 2010 saamienne kokemusten pohjalta sitä, että kyseinen mahdollisuus lyhentää määräaikoja tietyissä olosuhteissa otetaan käyttöön yleisemmin? Olisiko tämä mahdollista vaarantamatta tarjousten laatua?

Neuvottelun lisääminen

Sidosryhmät esittävät usein, että hankintamenettelyjä olisi joustavoitettava ja erityisesti hankintaviranomaisten olisi voitava neuvotella sopimuksen ehdoista potentiaalisten tarjoajien kanssa.

Neuvottelun käyttö sallitaan GPA-sopimuksessa sillä edellytyksellä, että siitä ilmoitetaan hankintailmoituksessa. Tällainen mahdollisuus voitaisiin näin ollen avata myös julkisia hankintoja koskevassa yleisessä EU:n lainsäädännössä, edellyttäen että syrjimättömyyden ja tasapuolisen menettelyn periaatteita noudatetaan. Näin hankintaviranomaisille voitaisiin tarjota lisää joustavuutta aikaansaada hankintatuloksia, jotka todella vastaavat niiden tarpeita.

Tästä vaihtoehdosta on keskusteltava perusteellisesti kaikkien asianomaisten sidosryhmien, hankintaviranomaisten ja talouden toimijoiden kanssa. Joustavuuden lisäämisen ja siihen liittyvien yksinkertaistamismahdollisuuksien etuja on punnittava suhteessa suurempaan riskiin suosinnasta ja ylipäänsä liian subjektiivisista päätöksistä hankintaviranomaisten käyttäessä suurempaa harkintavaltaa neuvottelumenettelyssä. Tällaisen subjektiivisuuden vuoksi olisi myöskin vaikeampi osoittaa, ettei sopimukseen liity valtiontukea. Lisäksi suuremman jouston

⁴⁰

Uudenaikaiset tieto- ja viestintätekniikat tarjoavat merkittäviä mahdollisuuksia tehostaa menettelyjä kaikkien osapuolten kannalta ja vähentää turhaa byrokratiaa varsinkin todistusten keräämisessä ja toimittamisessa. Tätä uudistamisnäkökohtaa ei kuitenkaan käsitellä tässä vihreässä kirjassa, koska siitä on käynnistetty erillinen kuuleminen vihreällä kirjalla sähköisen hankinnan käytön laajentamisesta EU:ssa, SEC(2010) 1214, 18.10.2010.

salliminen hankintaviranomaisille johtaa hyödyllisiin tuloksiin vain siinä tapauksessa, että niillä on tarvittava tekninen asiantuntemus, tietämys markkinoista ja taidot neuvotella hyvä sopimus toimittajien kanssa.

On myös arvioitava huolellisesti, minkätyyppisissä ja -laajuisissa sopimuksissa neuvottelu olisi järkevä vaihtoehto. Sidosryhmät väittävät usein, että neuvottelu olisi erityisen tarkoituksenmukaista suppeampia sopimuksia tehtäessä. Toisaalta siitä voisi olla hyötyä myös – tai siitä voisi olla hyötyä pikemminkin – laajamittaisempien hankkeiden tarjouskilpailuissa, erityisesti kun on kyse julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuksista. Tällaisista hankkeista tehtävien sopimusten monimutkaisuuden vuoksi niissä saattaa olla jopa suurempi tarve erityisen joustaville menettelyille ja suuremmalle neuvotteluvaramalle. Neuvottelujen käyminen voi edellyttää niissä hankintaviranomaisilta laajempaa teknistä asiantuntemusta.

Kysymykset:

19. Kannattaisitteko neuvottelun entistä laajempaa käyttämistä julkisissa hankintamenettelyissä ja/tai yleisempää mahdollisuutta käyttää neuvottelumenettelyä, jossa julkaistaan ennalta hankintailmoitus?
20. Tulisiko neuvottelumenettely sallia kaikissa sopimustyypeissä ja kaikenlaisille hankintaviranomaisille vaiko vain määrätyissä olosuhteissa?
21. Oletteko yhtä mieltä siitä, että neuvottelumenettelyn yleisempi käyttö voisi johtaa riskeihin väärinkäytöksistä/syrjinnästä? Tarvitaanko suuremman harkintavallan vastapainoksi lisätakeita läpinäkyvyydestä ja syrjimättömyydestä – niiden takeiden lisäksi, jotka direktiiveihin jo sisältyvät neuvottelumenettelyn osalta? Jos kyllä, mitä nämä lisätakeet voisivat olla?

Kaupalliset tavarat ja palvelut

GPA-sopimus sisältää joitain erityissääntöjä ”tavaroista tai palveluista, joita yleensä myydään tai tarjotaan myytäväksi kaupallisilla markkinoilla julkishallinnon ulkopuolisille ostajille julkishallinnon ulkopuolisiin tarkoituksiin ja joita tavanomaisesti ostavat tällaiset asiakkaat”. Kaupallisten tavaroiden ja palvelujen katsotaan olevan saatavilla markkinoilla vakiomuodossa, minkä vuoksi niiden hankintaa yksinkertaistaa se, että hinta, laatu ja ehdot määräytyvät laajalti markkinoilla. Tällaisten tavaroiden ja palvelujen hankintaa varten voi olla perusteltua ottaa käyttöön yksinkertaistettuja menettelyjä (esim. kevennettyjä menettelyjä, joissa määrääjat ovat lyhyemmät).

Kysymys:

22. Oletteko sitä mieltä, että kaupallisten tavaroiden ja palvelujen hankintaa varten olisi tarkoituksenmukaista ottaa käyttöön yksinkertaistettuja menettelyjä? Jos olette, millaista yksinkertaistamista ehdottaisitte?

Valinta ja sopimuksenteko

Nykyisten direktiivien mukaan tarjouskilpailu ratkaistaan kahdessa vaiheessa. Valintavaiheessa hankintaviranomainen arvioi talouden toimijoiden valmiudet ja soveltuvuuden soveltaen poissulkemisperusteita, taloudellista ja rahoitustilannetta koskevia perusteita sekä ammatillista ja teknistä tietämystä tai pätevyyttä koskevia perusteita.

Sopimuksentekovaiheessa hankintaviranomainen tutkii tarjoukset ja valitsee niistä parhaan soveltaen objektiivisia perusteita, jotka koskevat ehdotettujen tuotteiden ja palvelujen laatua.

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön⁴¹ mukaan hankintaviranomaisten on pidettävä valinta- ja sopimuksentekoperusteet erillään toisistaan. Sopimuspäätös saa perustua ainoastaan tarjottuja tuotteita ja palveluja koskeviin perusteisiin. Huomioon ei saa ottaa seikkoja, jotka liittyvät tarjouksen tekijän valmiuksiin toteuttaa sopimus, kuten hänen kokemukseensa, työvoimaansa ja kalustoonsa.

Myös GPA-sopimuksessa tehdään ero valinnan ja sopimuspäätöksen välillä. Tämä ero ei kuitenkaan ole yhtä tiukka kuin edellä mainitussa oikeuskäytännössä, sillä GPA-sopimuksessa ei nimenomaisesti kielletä ottamasta huomioon sopimuksentekovaiheessa perusteita, jotka eivät liity tarjottuihin tavaroihin ja palveluihin, ja näin ollen sallitaan tarjouksen tekijään liittyvien perusteiden huomioonottaminen.

Hankintaviranomaiset valittavat joskus hallinnollisista rasitteista, joita aiheutuu tarpeesta tarkistaa ensiksi valintaperusteet kaikkien ehdokkaiden ja tarjoajien osalta ennen sopimuksentekoperusteiden tarkastelua. Ne esittävät, että jos niillä olisi joissain olosuhteissa mahdollisuus arvioida tarjous ensin sopimuksentekoperusteita vasten, tämä helpottaisi prosessin nopeampaa etenemistä, koska valintaperusteita tarvitsisi tarkastella vain voittavan tarjouksen osalta.

Voisikin olla perusteltua harkita uudelleen sitä, miten ja missä järjestyksessä valinta- ja sopimuksentekoperusteita tulisi tarkastella menettelyjen puitteissa. Tähän viitataan unionin tuomioistuimen hiljattaisessa oikeuskäytännössä, jonka mukaan julkisten hankintojen direktiivien ”vastaista ei teoriassa ole, että tarjoajien soveltuvuuden tarkistaminen ja tarjouskilpailun ratkaiseminen voisi tapahtua samanaikaisesti”, kunhan ”nämä kaksi toimenpidettä ovat [...] kaksi erillistä toimenpidettä, joihin sovelletaan eri oikeussääntöjä”⁴². Tämä viittaa siihen, ettei merkitystä ole niinkään menettelyvaiheiden järjestyksellä vaan valinta- ja sopimuksentekoperusteiden periaatteellisella erottamisella toisistaan.

Tällaisen mahdollisuuden tarkoituksenmukaisuutta olisi kuitenkin analysoitava huolellisesti. Hallinnollisten rasitteiden aito keveneminen on kuviteltavissa vain tietyissä olosuhteissa. Valintaperusteiden tarkastelu sopimuksentekoperusteiden jälkeen olisi järkevää vain siinä tapauksessa, että sopimuksentekoperusteet voidaan arvioida helposti ja nopeasti kaikkien tarjoajien osalta. Näin voisi olla erityisesti sopimuksenteossa, joka koskee vakiotavaroiden hankintaa alimpaan hintaan. Tätä lähestymistapaa olisi kuitenkin hankala noudattaa rajoitetussa tai neuvottelumenettelyssä – joissa tarjousten tekemiseen tai neuvotteluun kutsuttavat ehdokkaat valitaan tavanomaisesti laadullisten valintaperusteiden pohjalta – sekä käytettäessä kelpuuttamisjärjestelmiä.

Jotkin sidosryhmät esittävät pitemmälle meneviä ehdotuksia, jotka kyseenalaistaisivat valinta- ja sopimuksentekoperusteiden välisen periaatteellisen eron. Ne väittävät, että mahdollisuus ottaa huomioon sopimuksentekoperusteina tarjouksen tekijään liittyvät perusteet, kuten kokemus ja pätevyys, voisi osaltaan johtaa parempiin hankintatuloksiin.

⁴¹ Ks. asia 31/87 *Beentjes*, tuomio 20.9.1988, kohdat 15–19, asia C-532/06 *Lianakis*, tuomio 24.1.2008, kohta 30, ja asia C-199/07 *komissio v. Kreikka*, tuomio 12.11.2009, kohdat 51–55.

⁴² Ks. tuomiot asioissa *Lianakis*, kohta 27, ja *komissio v. Kreikka*, kohta 51.

On kuitenkin huomattava, että tällaisen mahdollisuuden tarjoaminen johtaisi merkittäviin muutoksiin julkisia hankintoja koskevilla direktiiveillä luodussa menettelyjärjestelmässä. Valinta- ja sopimuksetekoperusteiden erottaminen toisistaan takaa tasapuolisuuden ja objektiivisuuden tarjousten vertailussa. Tarjouksen tekijään liittyvien perusteiden, kuten kokemuksen ja pätevyyden, hyväksyminen sopimuksetekoperusteiksi voisi heikentää huomioonotettavien tekijöiden vertailukelpoisuutta ja viime kädessä olla vastoin yhtäläisen kohtelun periaatetta. Tarjouksen tekijään liittyviin perusteisiin nojautuminen saattaa siksi johtaa myös kilpailun vääristymiseen. Jos tähän suuntaan tähtääviä ehdotuksia ylipäättään esitetään, niitä tulisi harkita vain rajatuissa olosuhteissa, esimerkiksi tietyn tyyppisissä sopimuksissa, joissa käytettävissä olevan henkilöstön pätevyydellä ja ansioilla on erityinen merkitys.

Joka tapauksessa olisi tarkasteltava hyvin varovasti kaikkia muutoksia, jotka vaikuttavat valinta- ja sopimuksetekoperusteiden erillisyyden periaatteeseen. Voidaan tarvita lisätakeita menettelyjen tasapuolisuuden ja objektiivisuuden varmistamiseksi.

Kysymykset:

23. Kannattaisitteko joustavampaa lähestymistapaa siihen, miten ja missä järjestyksessä valinta- ja sopimuksetekoperusteita tarkastellaan menettelyjen puitteissa. Jos kannattaisitte, olisiko sopimuksetekoperusteita voitava tarkastella ennen valintaperusteita?
24. Katsotteko, että poikkeustapauksissa hankintaviranomaiset saisivat ottaa huomioon tarjouksen tekijään itseensä liittyvät perusteet sopimuksetekovaiheessa? Jos katsotte, missä tapauksissa? Mitä lisätakeita tällöin tarvittaisiin sopimuspäätöksen tasapuolisuuden ja objektiivisuuden varmistamiseksi?

Aiempien suoritusten ottaminen huomioon

Sidosryhmät tuovat myös esille, että direktiivit eivät nykyisellään sisällä sopivia välineitä ottaa huomioon aiempia kokemuksia, joita hankintaviranomaisella voi olla tarjoajien suorituksista. On totta, että tällaisen kokemuksen huomioonotto voisi antaa hyödyllisiä viitteitä tarjoajan ja hänen tulevan työnsä laadusta. Tähän mahdollisuuteen liittyisi kuitenkin riskejä syrjinnästä tarjoajien välillä, minkä vuoksi olisi tarpeen ottaa käyttöön asianmukaiset takeet tarjoajien yhtäläisestä kohtelusta, läpinäkyvyydestä ja tasapuolisesta menettelystä.

Kysymys:

25. Tulisiko direktiivissä nimenomaisesti sallia, että yhdestä tai useammasta tarjoajasta saatu aiempi kokemus voidaan ottaa huomioon? Jos tulisi, mitä takeita tarvittaisiin syrjivien käytäntöjen estämiseksi?

Erityiset välineet yleishyödyllisiä palveluja varten

Yleishyödyllisiä palveluja koskevan direktiivin sisältämät menettelylliset välineet poikkeavat monilta kohdilta merkittävästi direktiivin 2004/18/EY sisältämisestä. Ne tarjoavat muun muassa suuremman menettelyllisen joustavuuden hankintaviranomaisille. Sen lisäksi, että yleishyödyllisiä palveluja tarjoavat laitokset voivat vapaasti valita neuvottelumenettelyn, jonka yhteydessä julkaistaan tarjouskilpailuilmoitus, niillä on käytettävissään kaksi

erityisvälinettä hankintojen järjestämiseksi: kelpuuttamisjärjestelmät⁴³ ja ohjeelliset kausi-ilmoitukset⁴⁴.

Yleishyödyllisiä palveluja koskevan direktiivin mukaan ilmoituksia kelpuuttamisjärjestelmän olemassaolosta voidaan käyttää keinona järjestää tarjouskilpailu kaikenlaisista järjestelmän keston aikana hankittavista rakennusurakoista tai tavara- tai palvelutoimituksista riippumatta tarkoitukseen käytettävien yksittäisten hankintamenettelyjen määrästä. Kun tarjouskilpailuun päätetään kutsua ilmoituksella kelpuuttamisjärjestelmän olemassaolosta, kyseinen sopimus tai sopimukset voidaan tehdä ainoastaan rajoitetussa menettelyssä tai neuvottelumenettelyssä, jossa osallistujat valitaan pelkästään niistä, jotka on jo kelpuutettu kyseisen järjestelmän sääntöjen mukaisesti. Kelpuuttamisjärjestelmät voivat olla hyödyllisiä teknisesti vaativien rakennusurakoiden tai tavara- tai palvelutoimitusten⁴⁵ hankinnoissa, joissa talouden toimijoiden kelpuuttaminen vaatii niin pitkällistä menettelyä⁴⁶, että on kaikille hyödyksi käyttää samaa kelpuuttamisprosessia useita hankintamenettelyjä varten sen sijaan, että kelpuuttamisprosessi toistettaisiin kunkin yksittäisen hankintamenettelyn osalta.

Ohjeellisia kausi-ilmoituksia voidaan käyttää keinona järjestää tarjouskilpailu kaikenlaisista 12 kuukauden ajanjakson kuluessa hankittavista rakennusurakoista tai tavara- tai palvelutoimituksista riippumatta tarkoitukseen käytettävien yksittäisten hankintamenettelyjen määrästä. Kun tarjouskilpailuun päätetään kutsua ohjeellisella kausi-ilmoituksella, kyseistä sopimusta tai sopimuksia ei voida tehdä avoimessa menettelyssä vaan ainoastaan rajoitetussa menettelyssä tai neuvottelumenettelyssä, jossa osallistujat valitaan pelkästään niistä, jotka ovat ilmaisseet kiinnostuksensa vastaamalla ohjeelliseen kausi-ilmoitukseen. Ohjeellisia kausi-ilmoituksia käytetään usein keinona järjestää tarjouskilpailu toistuvista samankaltaisten standardimuotoisten tavaroiden, palvelujen ja rakennusurakoiden hankinnoista, minkä vuoksi ne voivat helpottaa yleishyödyllisiä palveluja tarjoavien laitosten päivittäistä liiketoimintaa.

Kysymys:

26. Katsotteko, että tarvitaan erityiset säännöt yleishyödyllisiä palveluja tarjoavien laitosten suorittamia hankintoja varten? Otetaanko yleishyödyllisiä palveluja tarjoaviin laitoksiin ja valtionyhtiöihin sovellettavissa eri säännöissä riittävästi huomioon yleishyödyllisiin palveluihin liittyvien hankintojen erityisluonne?

2.2. Erityiset välineet pieniä hankintaviranomaisia varten

Erityisesti pienet hankintaviranomaiset valittavat usein, että menettelysääntöjen ja takeiden täysimittainen soveltaminen suhteellisten pienten sopimuksen tekoon vaatii kohtuuttoman määrän aikaa ja vaivaa. Direktiivien kynnysarvot alittavien suppeiden sopimusten osalta ne valittavat myös oikeusvarmuuden puutteesta liittyen siihen, onko primaarilainsäädännöstä johtuvia vaatimuksia noudatettava vai ei. Näitä kahta ongelmaa voidaan tarkastella seuraavasti:

Kevyemmät menettelypuitteet paikallisille ja alueellisille hankintaviranomaisille direktiivien kynnysarvot alittavien sopimusten tekoa varten

⁴³ Ks. erityisesti 53 artikla.

⁴⁴ Ks. 42 artiklan 3 kohta.

⁴⁵ Esim. rautateiden liikkuva kalusto, suurpaineiset kaasuputket jne.

⁴⁶ Joissain tapauksissa yli kuusi kuukautta.

Voisi olla perusteltua ottaa käyttöön kevyemmät menettelypuitteet paikallisia ja alueellisia hankintaviranomaisia varten, jotta voidaan hyödyntää täysin joustomahdollisuudet, jotka GPA-sopimus sallii keskushallintoa alemmalla tasolla toimiville viranomaisille ja yleishyödyllisiä palveluja tarjoaville laitoksille – tinkimättä kuitenkaan läpinäkyvyyden tarpeesta. Direktiiveissä nämä joustomahdollisuudet sallitaan tällä hetkellä vain yleishyödyllisiä palveluja tarjoaville laitoksille, mutta ei paikallisille ja alueellisille hankintaviranomaisille. Järjestelmän eriyttäminen antaisi paikallisille viranomaisille enemmän vapautta hankintatoimintaan ja vähentäisi hallinnollisia rasitteita nimenomaan niiltä osin kuin ne voivat olla kohtuuttomia. Toisaalta eritasoisten menettelysääntöjen luominen saattaisi monimutkaistaa yleistä oikeudellista kehystä ja hankaloittaa sen siirtoa kansalliseen lainsäädäntöön ja käytännön soveltamista, erityisesti kun on kyse valtioneuvoston päätösten soveltamisesta⁴⁷.

Yksi menettelypuitteita keventävä tekijä voisi olla julkaisuvaatimusten väljentäminen. GPA-sopimuksen mukaan keskushallintoa alemmalla tasolla toimiva hankintaviranomainen voi tehdä sopimuksen hankintailmoitusta julkaisematta, jos se on julkistanut aikomuksensa ja julkaissut erityiset tiedot ohjeellisessa kausi-ilmoituksessa tai ilmoituksessa kelpuuttamisjärjestelmän olemassaolosta⁴⁸. Tämä mahdollisuus voisi vähentää merkittävästi hankintaviranomaisille aiheutuvia hallinnollisia rasitteita. Haittana voisi olla se, että sopimukset olisivat aiempaa harvempien talouden toimijoiden ulottuvilla, mikä vähentäisi kilpailua yksittäisistä sopimuksista.

Toinen mahdollisuus olisi se, että otetaan yleisempään käyttöön neuvottelumenettely, jossa julkaistaan ennalta hankintailmoitus. Neuvottelujen yleistä sallimista käsitellään edellä (jakso 2.1). Mahdollisuuden soveltuvuutta erityisesti paikallisille ja alueellisille hankintaviranomaisille olisi analysoitava huolellisesti. Se voi olla hyvä keino mukauttaa sopimuksia kyseisten viranomaisten erityisongelmien ja -tarpeiden huomioonottamiseksi. Toisaalta ei ole varmaa, että pienillä hankintaviranomaisilla on aina riittävä ostajan markkinavoima ja tekninen asiantuntemus neuvottelujen käymiseksi tasa-arvoisesti tarjoajien kanssa.

Kysymykset:

27. Oletteko sitä mieltä, että julkisten hankintojen säännöstöä on tarkoituksenmukaista soveltaa täysimääräisesti? Vai katsotteko, ettei tämä sovellu pienempien hankintaviranomaisten tarpeisiin? Perustelkaa.
28. Kannattaisitteko yksinkertaisempaa järjestelmää suhteellisen pieniä paikallisten ja alueellisten viranomaisten tekemiä hankintasopimuksia varten? Mitkä osatekijät tällaiseen yksinkertaistettuun järjestelmään pitäisi mielestänne sisällyttää?

Suurempi oikeusvarmuus direktiivien kynnysarvot alittaville sopimuksille

Monet pienten paikallisten ja alueellisten hankintaviranomaisten tekemät sopimukset alittavat arvoltaan direktiivien kynnysarvot. Tällaistenkin sopimuksen teossa on kuitenkin unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan noudatettava EU-oikeuden peruseräitä, kuten

⁴⁷ Valtioneuvoston päätökset keskittyvät myönnettyyn korvaukseen eivätkä hankintaviranomaiseen kokoon. Mahdollinen tarkistus kohti kevyempiä menettelypuitteita ei saa rajoittaa valtioneuvoston päätösten soveltamista.

⁴⁸ Näitä välineitä selostetaan tarkemmin jaksossa 2.1.

syrjimättömyyttä ja läpinäkyvyyttä, mikäli sopimuksiin liittyy rajat ylittävä intressi. Komissio on ilmaissut kantansa tuomioistuimen oikeuskäytännöstä johtuviin vaatimuksiin *selittävässä tiedonannossaan yhteisön lainsäädännöstä siltä osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan*⁴⁹.

Monet hankintaviranomaiset väittävät kuitenkin, ettei tiedonanto käytännössä aina anna riittävää selvennystä etenkin määritettäessä, liittyykö sopimukseen rajat ylittävä intressi. Epävarmuus siitä, onko peruseriaatteiden normeja noudatettava erityistapauksissa, hankaloittaisi erityisesti pienempien hankintaviranomaisten toimintaa. Tämän kysymyksen merkitys näkyy myös toimenpiteissä, joihin jäsenvaltiot ovat tältä osin ryhtyneet talouskriisin yhteydessä.

Vaikka kynnysarvojen alle jäävät hankintasopimukset eivät todennäköisesti kuuluisi tulevan lainsäädäntöehdotuksen piiriin, voitaisiin harkita lisäohjeistusta, joka auttaisi hankintaviranomaisia arvioimaan yksittäisissä tapauksissa, liittyykö sopimukseen rajat ylittävä intressi.

Kysymys:

29. Katsotteko, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö, sellaisena kuin se on selitetty komission selittävässä tiedonannossa, tarjoaa riittävän oikeusvarmuuden direktiivien kynnysarvot alittavien sopimuksen teossa? Vai tarvitaanko lisäohjeistusta esimerkiksi seikoista, jotka viittaavat mahdolliseen rajat ylittävään intressiin, tai jotain muuta EU:n aloitetta? Miltä osin katsoisitte tämän relevantiksi tai tarpeelliseksi?

2.3. Julkisen sektorin sisäinen yhteistyö

Toinen kysymys, josta on kiistelty viimeksi kuluneina vuosikymmeninä, on se, tulisiko julkisia hankintoja koskevia sääntöjä soveltaa julkisyhteisöjen välillä tehtäviin sopimuksiin ja missä määrin.

Tasapuolisen ja avoimen kilpailun periaate estää sen, että julkisyhteisöjen väliset sopimukset jätettäisiin *automaattisesti* julkisia hankintoja koskevien EU:n direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle. On kuitenkin totta, että näitä sääntöjä ei ole tarkoituksenmukaista soveltaa julkisyhteisöjen välisen yhteistyön tiettyihin muotoihin, joita unionin tuomioistuin ei näin ollen pidä julkisina hankintoina.

Olenaisesti kyse on siitä, että on erotettava toisistaan yhtäältä hankintaviranomaisten keskinäiset järjestelyt niiden itseorganisaatio-oikeuden piiriin kuuluvien tehtävien suorittamiseksi ja toisaalta hankintatoiminta, jonka tulisi olla avoinna talouden toimijoiden väliselle kilpailulle. Unionin tuomioistuin on erottanut toisistaan varsinkin seuraavat kaksi julkisen sektorin sisäisen yhteistyön muotoa, jotka eivät kuulu julkisia hankintoja koskevien EU:n direktiivien soveltamisalaan:

⁴⁹ Komission selittävä tiedonanto yhteisön lainsäädännöstä siltä osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan (EUVL C 179, 1.8.2006, s. 2). Ks. myös unionin yleisen tuomioistuimen päätös asiassa T-258/06, *Saksa v. komissio*, 20.5.2010.

Sisäinen yhteistyö (in-house): Julkisessa omistuksessa olevan yksikön kanssa tehtyjä hankintasopimuksia ei katsota julkisiksi hankinnoiksi, kun hankintaviranomaisille on tähän yksikköön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä ja kun se harjoittaa pääosaa toiminnastaan kyseisten hankintaviranomaisten kanssa⁵⁰. Useat hankintaviranomaiset voivat käyttää yhtä yhteistä sisäistä yksikköä, johon niillä on yhteinen määräysvalta (vertikaalinen/institutionalisoitu yhteistyö). Tämä oikeuskäytäntö jättää kuitenkin monia kysymyksiä avoimiksi – kuten mitä tarkalleen tarkoitetaan ”vastaavalla määräysvallalla” tai miten suhtaudutaan tilanteisiin, joissa määräysvallassa oleva yksikkö myöntää sopimuksen emoyksikö(i)lleen tai saman emoyksikön sisäiselle (sen määräysvallassa olevalle) sisaryksikölle.

”Horisontaalinen yhteistyö”: Tuoreemmassa päätöksessään⁵¹ tuomioistuin katsoo, että yhteisessä määräysvallassa olevien sisäisten yksiköiden käyttäminen ei ole ainoa tapa harjoittaa julkisen sektorin sisäistä yhteistyötä, vaan tällainen yhteistyö voi olla myös puhtaasti sopimusperusteista (horisontaalinen/ei-institutionalisoitu yhteistyö). Tämän tyyppinen järjestely ei kuulu julkisia hankintoja koskevien EU:n sääntöjen piiriin tapauksissa, joissa ainoastaan julkiset yksiköt hoitavat yhdessä julkisen palvelun tehtäviä omilla voimavaroillaan yhteiseen päämäärään pyrkien ja joissa niiden keskinäiset oikeudet ja velvoitteet ylittävät ”tehtävän suorittamisen korvausta vastaan” pyrittäessä yleisen edun mukaisiin tavoitteisiin.

Näiden kahden yhteistyömuodon ohella on tarpeen mainita vielä yksi tapaus, joka ei tiukasti katsoen ole useamman hankintaviranomaisen välistä ”yhteistyötä” vaan julkisen palvelun tehtävään liittyvän toimivallan siirto viranomaiselta toiselle. Toimivallan siirto jää julkisia hankintoja koskevien EU:n direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle, jos varsinainen vastuu tehtävästä siirretään kokonaisuudessaan (sen sijaan, että vain sen käytännön toteutus uskottaisiin toiselle viranomaiselle).

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön kehitys on johtanut siihen, että julkisen sektorin sisäiseen yhteistyöhön liittyvät poikkeukset muodostavat varsin monisyisen kokonaisuuden. Kokemus on osoittanut, etteivät hankintaviranomaiset ole aina selvillä siitä, kuuluvatko niiden väliset suhteet julkisia hankintoja koskevan EU-oikeuden alaan ja millä ehdoin. Vastatakseen tähän selvitystarpeeseen lyhyellä aikavälillä komission yksiköt aikovat antaa ohjeistusta oikeuskäytännön tulkinnasta vuonna 2011 julkaistavassa komission yksiköiden valmisteluasiakirjassa.

Pääkysymyksenä on kuitenkin, pitäisikö tätä asiaa käsitellä ja miten sitä pitäisi käsitellä lainsäädännön säännöissä, joissa määritellään selkeästi varsinkin julkisia hankintoja koskevien EU:n direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävät yhteistyömuodot.

Voitaisiin tarkastella, olisiko aihetta ottaa tietyin yhteisin perustein käyttöön poikkeusten piiriin kuuluvien julkisen sektorin sisäisten yhteistyömuotojen konsepti. Tällainen konsepti tulisi laatia siten, että siinä erotetaan selkeästi toisistaan yhtäältä nykyaikaiset tavat järjestää hankintaviranomaisten (yhteinen) julkisen palvelun tehtävien hoitaminen, jota säätelevät ainoastaan yleisen edun mukaisten päämäärien tavoittelulle ominaiset seikat (ja joka ei kuulu julkisia hankintoja koskevien sääntöjen piiriin), sekä toisaalta tavaroiden ja palvelujen pelkkä (kaupallinen) myynti ja osto markkinoilla (joka kuuluu sääntöjen piiriin). On analysoitava huolellisesti, miten tämä ero voidaan toteuttaa käytännössä, ottaen myös huomioon unionin

⁵⁰ Ks. esim. asiat C-107/98, *Teckal*, C-324/07, *Coditel*, ja C-573/07, *Sea*.

⁵¹ Asia C-480/06, *komissio v. Saksa*.

tuomioistuimen viimeaikaiset tuomiot. Seuraavassa tarkastellaan seikkoja, joita pidetään tässä yhteydessä erityisen tärkeitä.

Ensinnäkin tuomioistuimen oikeuskäytännön⁵² perusteella näyttää selvältä, että mahdollinen julkisia hankintoja koskevien EU:n sääntöjen soveltamisesta vapautettava julkisen sektorin sisäinen yhteistyö saa olla ainoastaan julkista. Yksityisen pääoman osallistuminen johonkin yhteistyöyksikköön merkitsee näin ollen sitä, ettei yhteistyötä voida sellaisenaan vapauttaa julkisia hankintoja koskevista säännöistä.

Toinen tärkeäksi katsottava elementti on unionin tuomioistuimen hiljattain esittämä peruste yksiköiden ”rajallisesta markkinasuuntautuneisuudesta”⁵³. Jos yksiköt ovat markkinasuuntautuneita, ne toimivat aktiivisesti markkinoilla ja kilpailevat suoraan yksityisten toimijoiden kanssa pyrkien samoihin tai samankaltaisiin kaupallisiin tavoitteisiin ja käyttäen samoja välineitä. Julkisia palveluja koskevista säännöistä vapautettu yhteistyö, jonka tavoitteena on julkisen palvelun tehtävän hoitaminen, ei saisi periaatteessa käsittää tällaisia yksiköitä. Sisäiset markkinasuuntautuneet yksiköt voivat myös olla ongelmallisia kilpailun ja valtiontuen näkökulmasta.

Lisäksi on tarkasteltava yhteistyöyksiköiden välisen kytköksen tyyppiä. Institutionalisoitussa yhteistyössä (yhteisen) sisäisen määräysvallan olemassaolo on se tekijä, joka voi johtaa sopimuksen vapauttamiseen julkisia hankintoja koskevien sääntöjen soveltamisesta siinäkin tapauksessa, että se tavanomaisesti kuuluisi niiden piiriin. Kun tällaista määräysvaltaa ei ole, tärkeä peruste ei-institutionalisoidun yhteistyön erottamiseksi tavanomaisesta julkisesta hankintasopimuksesta näyttäisi olevan se, että ei-institutionalisoituun yhteistyöhön on liityttävä keskinäisiä oikeuksia ja velvoitteita, jotka ylittävät ”tehtävän suorittamisen korvausta vastaan”, ja että yhteistyön pääasiallinen tarkoitus ei saa olla luonteeltaan kaupallinen.

Kysymykset:

30. Pidätekö edellä esitetyn perusteella hyödyllisenä ottaa käyttöön EU:n tasolla lainsäädännön säännöt julkisen sektorin sisäisen yhteistyön laajuudesta ja perusteista?
31. Pitäisikö tietyin yhteisin perustein laatia poikkeusten piiriin sisällytettävien julkisen sektorin sisäisten yhteistyömuotojen konsepti? Mitkä olisivat mielestänne tällaisen konseptin tärkeimmät osatekijät?
32. Vai kannattaisitteko mieluummin sitä, että laaditaan erityiset säännöt yhteistyön eri muodoille unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä seuraten (esim. sisäinen ja horisontaalinen yhteistyö)? Jos kannattaisitte, selittäkää miksi. Millaisia näiden sääntöjen tulisi olla?
33. Tulisiko EU:n sääntöjen kattaa myös toimivaltuuksien siirto? Perustelkaa miksi.

⁵² Asia C-26/03, *Stadt Halle*.

⁵³ Asia C-573/07, *SEA*, kohta 73. Samaan suuntaan viittaavat asiassa C-480/06 annetun tuomion vaatimukset siitä, että yhteistyön toteuttamista ”säätelevät ainoastaan yleisen edun mukaisten päämäärien tavoittelulle ominaiset seikat ja vaatimukset” ja että ”asianomaisten yhdenvertaisen kohtelun periaate taataan”.

2.4. Tarkoituksenmukaiset välineet kysynnän kokoamista / yhteishankintoja varten

Yksi niistä kysymyksistä, joiden osalta sidosryhmät usein pitävät EU-tason välineitä riittämättöminä, on kysymys hankintaviranomaisten välisestä kysynnän kokoamisesta / julkisten hankintojen koordinoinnista.

Kysynnän kokoamista puoltavat korostavat siitä toimittajille ja hankintaviranomaisille koituvia merkittäviä myönteisiä vaikutuksia, joihin kuuluvat mittakaavaedut, yrityksiä ja Euroopan veronmaksajia hyödyttävät alemmat tuotantokustannukset, viranomaisten suurempi ostajan markkinavoima ja niiden mahdollisuus yhdistää taitoja ja asiantuntemusta sekä jakaa hankintoihin liittyvät kustannukset ja riskit. Erityisesti kustannusten ja riskien jakaminen helpottaisi myös uusien innovatiivisten tuotteiden ja palvelujen strategista hankintaa ja tukisi sitä kautta uusien tuotteiden ja markkinoiden kehitystä⁵⁴.

Etenkin eri jäsenvaltioista tulevien hankintaviranomaisten rajatylittävä yhteistyö voisi edistää hankintamarkkinoiden yhdentymistä, mikä auttaisi korjaamaan Euroopan markkinoiden hajanaisuutta kansallisten rajojen yli ja luomaan sitä kautta toimivaa, kansainvälisesti kilpailukykyistä eurooppalaista teollista perustaa.

Direktiiveihin sisältyy jo välineitä kysynnän kokoamiseksi, esimerkiksi yhteishankintaviranomaiset⁵⁵. On myös muita välineitä, joita ei ole suunniteltu nimenomaisesti kysynnän kokoamiseen mutta joita voidaan käyttää tähän tarkoitukseen, kuten mahdollisuus tehdä puitesopimuksia, joihin osallistuu useita hankintaviranomaisia. Lisäksi hankintaviranomaiset voivat tietysti koordinoida hankintatoimintaansa yksinkertaisesti vaihtamalla kokemuksiaan tai koordinoimalla tiettyjä hankintamenettelyn vaiheita.

On kuitenkin tarpeen keskustella siitä usein toistetusta pyynnöstä, että EU:n tasolla olisi käytettävissä spesifisempiä välineitä kysynnän kokoamiseksi varsinkin rajat ylittävissä yhteishankinnoissa. Tällaisissa välineissä ja mekanismeissa olisi löydettävä oikea tasapaino siten, että mahdollistetaan laajempi kysynnän kokoaminen strategisilla sektoreilla mutta estetään kilpailun rajoittuminen hankintamarkkinoilla (varsinkin pk-yritysten vahingoksi) esimerkiksi jakamalla sopimuksia eriin.

Rajat ylittävien yhteisten julkisten hankintojen osalta voidaan joutua tarkastelemaan joitain oikeudellisia lisäkysymyksiä. On muun muassa yksilöitävä, mitä kansallista lainsäädäntöä sovelletaan julkiseen hankintaprosessiin ja sopimukseen, voivatko hankintaviranomaiset käyttää muuta kansallista lainsäädäntöä kuin omaansa, mikä on toimivaltainen elin ja sovellettavat säännöt hankintapäätösten muutoksenhaussa jne.

Kysymykset:

34. Kannatatteko ylipäänsä laajempaa kysynnän kokoamista / yhteishankinnan lisäämistä? Mitkä ovat mielestänne sen edut ja/tai haitat?
35. Onko tehokkaalle kysynnän kokoamiselle / yhteishankinnoille nähdäksenne esteitä? Ovatko direktiivien välineet kysynnän kokoamiseksi (yhteishankintaviranomaiset,

⁵⁴ Tämän vuoksi Innovaatiounioni-lippulaivahankkeessa (SEC(2010) 1161), jolla on tarkoitus käynnistää uudelleen Euroopan innovaatio- ja tutkimuspolitiikat osana Eurooppa 2020 -strategiaa, peräänkuulutetaan myös yhteisiin hankintoihin liittyvää EU-aloitetta.

⁵⁵ Ks. direktiivin 2004/18/EY 1 artiklan 10 kohta.

	puitesopimukset) toimivia ja riittäviä? Jos eivät, miten näitä välineitä pitäisi muuttaa? Mitä muita välineitä tai säännöksiä mielestänne tarvitaan?
36.	Voisiko laajempi kysynnän kokoaminen / yhteishankinta tuoda mukanaan riskejä rajoittamalla kilpailua ja vaikeuttamalla pk-yritysten mahdollisuuksia saada julkisia sopimuksia? Jos voisi, miten mahdollisia riskejä voitaisiin pienentää?
37.	Soveltuisivatko yhteiset julkiset hankinnat tuotteiden hankintaan joillain erityisaloilla paremmin kuin muilla? Jos soveltuisivat, mainitkaa tällaisia aloja ja perustelkaa.
38.	Näettekö erityisiä ongelmia rajat ylittävissä yhteisissä hankinnoissa (esim. sovellettavan lainsäädännön ja muutoksenhakumenettelyjen osalta)? Katsotteko maanne kansallisen lainsäädännön sallivan, että hankintaviranomaisen päätökseen voidaan hakea muutosta toisessa jäsenvaltiossa?

2.5. Hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyviin ongelmiin puuttuminen

Nykyisissä direktiiveissä edellytetään ennakotietoja sopimuksen toteuttamista koskevista lausekkeista (hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjassa), mutta niillä ei muuten säännellä sopimuksen toteuttamista. Sopimuksen toteuttamisvaiheessa esiintyvistä tietyistä ongelmista voi kuitenkin koitua vakavia seurauksia tarjoajien välisen syrjimättömyyden ja ylipäänsä julkisten hankintojen säännönmukaisuuden kannalta. On nostettu esiin kysymys siitä, pitäisikö EU:n sääntöihin sisällyttää erityisiä sääntelyvälineitä, jotta näihin ongelmiin voitaisiin puuttua hankinnoissa tehokkaammin.

Olennaiset muutokset

Erityisen monimutkaisen ongelman muodostavat myöhemmät muutokset, jotka vaikuttavat joko itse hankintasopimukseen tai sen toteuttamiseen.

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan julkisen hankintasopimuksen määräysten muuttaminen sen voimassaoloaikana edellyttää uutta sopimuksentekomenettelyä, jos uudet määräykset ovat olennaisesti erilaisia kuin alkuperäisen sopimuksen määräykset⁵⁶.

Unionin tuomioistuin on jo antanut viitteitä siitä, milloin muutoksia tulisi pitää olennaisina: erityisesti silloin, kun muutoksen sisältämät ehdot olisivat mahdollistaneet muidenkin tarjoajien osallistumisen tai tulemisen valituksi, kun muutoksella laajennetaan merkittävässä määrin sopimuksen alaa tai kun muutoksella muutetaan sopimuksen taloudellista tasapainoa⁵⁷. Hankintaviranomaiset ovat kuitenkin tuoneet esiin, että tietyn tyyppisten muutosten yhteydessä ei oikeuskäytännön perusteella näytetä voitavan määrittää riittävän selkeästi, tarvitaanko uusi tarjousmenettely.

Kuulemisessa on tarkoitus selvittää, onko EU:n tasolla selvennettävä oikeudellisesti olosuhteita, joissa sopimuksen muuttaminen edellyttää uutta tarjousmenettelyä. Tällaisen selventämisen yhteydessä voitaisiin puuttua myös muutosten mahdollisiin seurauksiin (esim.

⁵⁶ Ks. asia C-337/98, *komissio v. Ranska*, tuomio 5.10.2000, kohdat 44 ja 46, asia C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, tuomio 19.6.2008, kohdat 34–37, ja asia C-91/08, *Wall AG*, tuomio 13.4.2010, kohta 37.

⁵⁷ Ks. tuomio asiassa *pressetext Nachrichtenagentur*, kohdat 35–37.

sallimalla kevyempi hankintamenettely muutetusta sopimuksesta järjestettävää tarjouskilpailua varten)⁵⁸.

Kysymykset:

39. Tulisiko julkisia hankintoja koskevilla direktiiveillä säännellä kysymystä sopimukseen sen voimassaoloaikana tehtävistä olennaisista muutoksista? Jos tulisi, millaista selventämistä ehdottaisitte?
40. Jos yhden tai useamman olennaisen ehdon muuttamisen vuoksi on järjestettävä uusi kilpailumenettely, olisiko perusteltua soveltaa joustavampaa menettelyä? Millainen tämä menettely voisi olla?

Valittua sopimusosapuolta ja sopimuksen irtisanomista koskevat muutokset

Monimutkaisia kysymyksiä aiheuttavat myös valittua sopimusosapuolta itseään koskevat muutokset. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan sen sopimusosapuolen, jolle hankintaviranomainen oli alun perin sopimuksen myöntänyt, vaihtamista uuteen sopimusosapuoleen pidetään olennaisena muutoksena, joka edellyttää näin ollen uutta sopimuksentekoa, paitsi jos alkuperäisen sopimuksen ehdoissa määrätään tällaisesta muutoksesta esimerkiksi alihankinnan puitteissa. Tämä ei kuitenkaan päde tapauksiin, joissa sopimus siirretään samaan konserniin kuuluvalla toiselle sopimusosapuolelle osana sisäistä uudelleenjärjestelyä⁵⁹. Toisaalta alihankkijan vaihtumista voidaan poikkeustapauksissa pitää olennaisena muutoksena sopimukseen, vaikka muutoksen mahdollisuudesta määrättäisiinkin sopimusehdoissa⁶⁰.

Sidosryhmien kokemus viittaa myös siihen, että sopimuksen tasapainoon tai asianmukaiseen toteutukseen voi vaikuttaa merkittävästi paitsi se, että sopimusosapuoli korvataan toisella oikeussubjektilla, myös sopimusosapuolen aseman muuttuminen (esim. tapahtumat, jotka vaikuttavat valmiuksiin toteuttaa sopimus, kuten konkurssi, ratkaisevien asiantuntijoiden poistuminen yhtiöstä jne.).

Tältäkin osin olisi keskusteltava, tarvitaanko EU-tason välineitä, joilla hankintaviranomaiset voivat puuttua näihin tilanteisiin asianmukaisesti, kuten hankintaviranomaisille annettava oikeus irtisanoa sopimus valittua sopimusosapuolta koskevien merkittävien muutosten vuoksi ja/tai uusi yksinkertaistettu menettely alkuperäisen sopimusosapuolen vaihtamiseksi tällaisissa tapauksissa⁶¹.

Hankintaviranomaisten nimenomaista mahdollisuutta irtisanoa sopimus saatetaan tarvita myös tapauksissa, joissa unionin tuomioistuin katsoo, että tietty sopimus on myönnetty julkisia hankintoja koskevien EU:n sääntöjen vastaisesti. Vaikka jäsenvaltiot ovat velvollisia

⁵⁸ Joidenkin erityisten muutosten osalta ratkaisu sisältyy direktiivin 2004/18/EY 31 artiklan 4 kohtaan, jossa sallitaan neuvottelumenettelyn käyttö julkaisematta hankintailmoitusta, kun kyse on lisäurakoiden tai -palvelujen toteuttamisesta tietyin ehdoin.

⁵⁹ Tuomio asiassa *pressetext Nachrichtenagentur*, kohta 40.

⁶⁰ Ks. tuomio asiassa *Wall AG*, kohta 39.

⁶¹ Menettely voisi sisältää myös välivaiheen ratkaisuja, kuten mahdollisuuden valita alkuperäisen tarjousmenettelyn toiseksi paras tarjoaja tai avata kilpailu uudelleen vain alkuperäiseen menettelyyn osallistuneiden tarjoajien kesken, edellyttäen että aikaisemmasta menettelystä ei ole kulunut liian pitkä aika.

irtisanomaan EU:n sääntöjen vastaisesti myönnettyt sopimukset⁶², joidenkin jäsenvaltioiden kansallisessa lainsäädännössä ei anneta oikeutta peruuttaa tällaisia sopimuksia, minkä vuoksi hankintaviranomaisten on vaikeaa – ellei käytännössä mahdotonta – toteuttaa asianmukaisia toimenpiteitä unionin tuomioistuimen päätösten noudattamiseksi rikkomistapauksissa.

Kysymykset:

41. Saataisiinko lisäarvoa, jos otettaisiin käyttöön EU:n säännöt sopimuksen toteuttamisen yhteydessä tapahtuvia muutoksia varten? Jos saataisiin, mikä olisi EU-tason sääntöjen lisäarvo? Pitäisikö EU:n säännöissä hankintaviranomaiset nimenomaisesti velvoittaa tai oikeuttaa vaihtamaan toimittaja / irtisanomaan sopimus tietyissä olosuhteissa? Jos pitäisi, missä olosuhteissa? Tulisiko EU:n vahvistaa myös erityisiä menettelyjä sille, miten uusi toimittaja valitaan tai voidaan valita?
42. Katsotteko, että julkisia hankintoja koskevissa EU:n direktiiveissä tulisi vaatia jäsenvaltioita säätämään kansallisessa lainsäädännössään oikeudesta peruuttaa sopimukset, jotka on myönnetty julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön vastaisesti?

Yleisemmin tarkastellen voidaan todeta, että hankintasopimusten toteutus on hyvin yksityiskohtaista monissa jäsenvaltioissa ja voi johtaa hallinnollisiin rasitteisiin (esim. toimitustakeet ja -ehdot, viiveet, muutoshinnoittelu jne.) Kansallisten sääntöjen määrää tällä alalla voisi olla mahdollista vähentää ottamalla käyttöön yhteiset normit tietyistä näkökohdista EU:n tasolla.

Kysymys:

43. Katsotteko, että joitain sopimusten toteuttamiseen liittyviä näkökohtia tulisi säännellä EU:n tasolla ja mitä nämä näkökohdat olisivat? Perustelkaa.

Alihankinta

Nykyinen lainsäädäntö sisältää vain vähän sääntöjä alihankinnasta. Direktiivin 2004/18/EY 25 artiklan mukaan hankintaviranomaiset voivat velvoittaa tarjouksen tekijän ilmoittamaan suunnittelemaansa alihankinnasta. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan tarjoajalla on kuitenkin periaatteessa oikeus käyttää alihankkijoita sopimuksen toteuttamisessa, vaikka tämä merkitsisi sitä, että suuri osa sopimuksesta tai koko sopimus toteutetaan alihankintoina. Sopimuksen olennaisten osien toteuttamista alihankintoina voidaan rajoittaa tai se voidaan kieltää tapauksissa, joissa hankintaviranomaisella ei ole mahdollisuutta tarkistaa alihankkijoiden teknisiä ja taloudellisia valmiuksia.

Jotkin sidosryhmät vaativat tiukempia rajoituksia alihankinnalle, jotta hankintaviranomaiset voisivat vaikuttaa enemmän sopimuksen toteuttamiseen. Ne kannattavat esimerkiksi mahdollisuutta kieltää alihankinta kokonaan tai ainakin sopimuksen olennaisissa osissa, rajoittaa se tiettyyn prosenttiosuuteen sopimuksesta tai antaa hankintaviranomaiselle yleinen oikeus hylätä ehdotetut alihankkijat.

⁶² Ks. asia C-503/04, *komissio v. Saksa*.

Kysymys:

44. Pitäisikö hankintaviranomaisilla olla enemmän mahdollisuuksia vaikuttaa tarjouskilpailun voittaneen tarjoajan alihankintaan? Jos pitäisi, mitä välineitä ehdottaisitte?

3. HELPOMPI PÄÄSY EUROOPAN HANKINTAMARKKINOILLE

Yksi julkisia hankintoja koskevan EU-lainsäädännön tärkeimmistä tavoitteista on luoda talouden toimijoille edellytykset kilpailla tehokkaasti julkisista hankintasopimuksista muissa jäsenvaltioissa. Tässä on edistytty merkittävästi sen jälkeen, kun ensimmäiset julkisia hankintoja koskevat direktiivit annettiin 1970-luvulla. Parantamisen varaa on kuitenkin edelleen, jotta voidaan luoda todelliset eurooppalaiset hankintamarkkinat, joille kaikilla Euroopan yrityksillä on esteetön pääsy. Tämä edellyttää, että erityisesti pk-yritysten pääsyä näille markkinoille parannetaan ja että kilpailua lisätään hankintamarkkinoilla yleisesti.

Kysymys:

45. Katsotteko, että talouden toimijat voivat nykyisten direktiivien ansiosta hyötyä täysin julkisten hankintojen tarjoamista mahdollisuuksista sisämarkkinoilla? Jos ette katso, mitkä säännökset eivät mielestänne asianmukaisesti vastaa talouden toimijoiden tarpeita ja miksi?

3.1. Pk-yritysten ja uusyritysten markkinoillepääsyn parantaminen

Julkisia hankintoja koskevien direktiivien tavoitteena on avata julkisten hankintojen markkinat kaikille talouden toimijoille niiden koosta riippumatta. Erityistä huomiota on kuitenkin kiinnitettävä pienten ja keskisuurten yritysten (pk-yritysten) pääsyyn näille markkinoille⁶³.

Pk-yrityksiä pidetään EU:n talouden selkärankana, ja ne tarjoavat mittavia mahdollisuuksia luoda työpaikkoja, kasvua ja innovaatioita. Helppo pääsy hankintamarkkinoille voi auttaa vapauttamaan tämän kasvu- ja innovointipotentiaalin myönteisin seurauksin Euroopan taloudelle. Lisäksi pk-yritysten vahva osallistuminen julkisiin hankintoihin antaa hankintaviranomaisille mahdollisuuden laajentaa tuntuvasti potentiaalista toimittajakantaa. Myös tällä on myönteisiä vaikutuksia, kun julkisista hankintasopimuksista käytävä kilpailu lisääntyy ja määräävässä asemassa oleville markkinoiden toimijoille saadaan vastapainoa.

Kaikenkokoisten julkisten hankintojen saattamiseksi mahdollisimman hyvin pk-yritysten saataville komissio julkaisi vuonna 2008 eurooppalaiset julkisia hankintoja koskevat käytännesäännöt, jotka parantavat pk-yritysten mahdollisuuksia saada julkisia hankintasopimuksia⁶⁴. Käytännesäännöissä tuodaan esille ja käsitellään EU:n sääntelykehikseen sisältyviä käytäntöjä, joiden avulla voidaan optimoida tarjouskilpailut pk-yritysten osallistumista silmällä pitäen ja varmistaa tasapuoliset mahdollisuudet tälle osallistujaryhmälle.

⁶³ Ks. myös julkisten hankintojen uusia kehityssuuntia koskeva Euroopan parlamentin mietintö (2009/2175(INI)), jossa parlamentti pyytää komissiota lisäämään toimia pk-yritysten pääsyn helpottamiseksi hankintamarkkinoille.

⁶⁴ Komission yksiköiden valmisteluasiakirja SEC(2008) 2193.

Tuore Euroopan komissio teettämä tutkimus⁶⁵ osoittaa, että vuosina 2006–2008 pk-yritysten osuus yrityksistä, jotka voittivat julkisia hankintasopimuksia *EU:n kynnysarvojen yläpuolella*, oli 58–61 prosenttia EU27:ssä. Kun otetaan huomioon kaikkien sopimusten arvioitu arvo, pk-yritysten osuus oli 31–38 prosenttia julkisista hankinnoista, kun pk-yritysten osuus koko taloudesta on niiden yhteenlaskettuna liikevaihtona laskien 52 prosenttia.

Tätä taustaa vasten kannattaa analysoida, onko tarpeen kaavoilla lainsäädäntötoimenpiteitä EU:n tasolla sen varmistamiseksi, että hankintaviranomaiset hyödyntävät täysin pk-yritysten taloudellista ja innovaatiopotentiaalia hankintatoiminnassaan.

Hallinnollisten rasitteiden vähentäminen valintavaiheessa

Pieniltä ja keskisuurilta yrityksiltä saatu palaute viittaa siihen, että suurimmat esteet pk-yritysten osallistumiselle julkisiin tarjouskilpailuihin liittyvät valintavaiheeseen. Yhtäältä esteet liittyvät esitettäviin todisteisiin. Valintavaiheessa usein vaadittava suuri määrä todistuksia aiheuttaa hallinnollisen taakan, joka saattaa tuottaa vaikeuksia pk-yrityksille erityisesti rajat ylittävissä tarjouskilpailuissa, kun todistukset joudutaan jopa kääntämään. Toisaalta itse valintaperusteet ovat usein niin korkeita (esim. liikevaihtoa koskevat vaatimukset ja vaadittujen referenssisopimusten määrä), että pk-yritysten on käytännössä mahdotonta täyttää niitä.

Usein ehdotettu ratkaisu ensimmäiseen ongelmaan (todisteet valintaperusteiden täyttämisestä) olisi sallia yleisesti, että yrityksiltä vaaditaan ensi alkuun vain yhteenveto olennaisista tiedoista valintaa varten ja/tai yrityksen oma lausunto valintaperusteiden täyttämisestä. Varsinaiset asiakirjat (todistukset) vaadittaisiin periaatteessa vain tarjouskilpailun voittaneelta tarjoajalta tai ratkaisuvaiheeseen hyväksytyiltä tarjoajilta. Hankintaviranomaisella olisi kuitenkin mahdollisuus pyytää asiakirjoja milloin tahansa hankintamenettelyn aikana tai myös sen jälkeen petosten estämiseksi. Tämä vähentäisi erityisesti pienten ja keskisuurten yritysten hallinnollista taakkaa heikentämättä takeita siitä, että valinnat ovat asianmukaisia.

Toisen ongelman (kohtuuttoman vaativat valintaperusteet) ratkaisemiseksi saattaa olla perusteltua sisällyttää EU:n sääntöihin rajat tiettyjen vaatimusten soveltamiselle laadullisissa valintaperusteissa, erityisesti taloudelliseen asemaan liittyen. Näin voitaisiin välttää se, että hankintaviranomaiset asettavat kohtuuttoman vaativia valintaperusteita (esim. liikevaihdosta), jotka väistämättä sulkevat pois pk-yritykset. Tämä tukisi jo käytössä olevaa velvoitetta soveltaa oikeasuhteisia valintaperusteita. Toisaalta se rajoittaisi hankintaviranomaisten vapautta määrittää, mitä normeja ne pitävät tarpeellisina sopimuksen asianmukaisen toteutuksen varmistamiseksi.

Muut ehdotukset

Sidosryhmät ovat myös joskus ehdottaneet positiivisen syrjinnän toimenpiteitä pk-yritysten hyödyksi, kuten yksinomaan pk-yrityksille ennalta varattuja hankintakiintiöitä. Toisin kuin jotkin EU:n kauppakumppanit, jotka ovat ottaneet käyttöön tällaisia toimenpiteitä, EU ei kannata markkinoiden varaamista tietyille yrityksille. Tällaiset toimet olisivat myös vastoin tarjoajien tasapuolisen kohtelun periaatetta, joka muodostaa erään peruspilarin julkisia hankintoja koskevassa EU:n säännöstössä ja joka unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan nojautuu perussopimuksen vapauksiin.

⁶⁵ *Evaluation of SMEs' access to public procurement markets in the EU (2009 update)*, syyskuu 2010. Yritys- ja teollisuustoiminnan pääosaston tilaama. Konsultti: GHK.

Toteutuskelpoisen mahdollisuuden voisivat kuitenkin tarjota sisäiset hallinnolliset toimenpiteet, jotka kannustavat hankintaviranomaisia kaikin tavoin parantamaan pk-yritysten mahdollisuuksia saada julkisia hankintasopimuksia. Yhtenä ideana voisi olla esimerkiksi se, että pk-yrityksille asetetaan tavoiteosuudet kaikista hankinnoista. Tällainen järjestelmä ei merkitsisi tiettyjen sopimusten varaamista pk-yrityksille, vaan se yksinkertaisesti tarjoaisi kannusteen hankintaviranomaisille hyödyntää käytössä olevia välineitä parhaalla mahdollisella tavalla pk-yrityksystävällisiä hankintoja varten.

Toisena vaihtoehtona olisi sallia, että hankintaviranomaiset vaativat voittanutta tarjoajaa teettämään määrätyn osuuden sopimuksen arvosta alihankintana kolmansilla osapuolilla. Tällainen velvoite sisältyy jo direktiiviin 2004/18/EY julkisia käyttöoikeusurakoita koskevien sopimusten osalta (60 artikla) sekä puolustus- ja turvallisuusalan hankintoja koskevaan direktiiviin 2009/81/EY (21 artikla).

Kysymykset:

46. Ovatko julkisia hankintoja koskevat EU-säännöt ja -politiikka riittävän pk-yrityksystävällisiä? Vai katsotteko, että tiettyjä direktiivien sääntöjä pitäisi tarkastella uudelleen tai ottaa käyttöön lisätoimenpiteitä, joilla voidaan edistää pk-yritysten osallistumista julkisiin hankintoihin? Perustelkaa.
47. Oletteko sitä mieltä, että jotkin käytännesäännöissä esitetyt toimenpiteet, kuten jakaminen eriin, pitäisi tehdä pakollisiksi hankintaviranomaisille (tietyin varauksin)?
48. Aiheuttavatko tarjoajan valintaan liittyvät säännöt kohtuuttomia hallinnollisia rasitteita pk-yrityksille? Jos aiheuttavat, miten näitä sääntöjä voitaisiin keventää heikentämättä takeita läpinäkyvyydestä, syrjimättömyydestä ja sopimusten korkealaatuisesta toteuttamisesta?
49. Kannattaisitteko ratkaisua, jossa todisteiden esittämistä ja tarkistamista vaaditaan vain ratkaisuvaiheeseen valituilta / voittaneelta tarjoajalta?
50. Katsotteko, että omat lausunnot ovat asianmukainen tapa keventää valintaperusteiden todistamiseen liittyviä hallinnollisia rasitteita vai ovatko ne liian epäluotettavia todistusten korvaamiseksi? Missä tapauksissa voitaisiin käyttää omia lausuntoja (erityisesti yrityksen omaan piiriin kuuluvat tosiseikat) ja missä ei?
51. Oletteko yhtä mieltä siitä, että taloudellisten valmiuksien todistamiseen käytettävät kohtuuttoman tiukat liikevaihtovaatimukset ovat ongelmallisia pk-yrityksille? Tulisiko EU-lainsäädännössä määrätä enimmäissuhde valintaperusteiden oikeasuhteisuuden varmistamiseksi (esimerkki: edellytetty enimmäisliikevaihto ei saa ylittää tiettyä sopimusarvon kerrannaista)? Ehdottaisitteko muita välineitä sen varmistamiseksi, että valintaperusteet ovat oikeassa suhteessa sopimuksen arvoon ja kohteeseen?
52. Mitkä olisivat edut ja haitat, jos jäsenvaltioilla olisi mahdollisuus sallia tai edellyttää, että niiden hankintaviranomaiset velvoittavat voittaneen tarjoajan teettämään tietyn osuuden varsinaisesta sopimuksesta alihankintana kolmansilla osapuolilla?

3.2. Tasapuolisten ja tehokkaiden kilpailuedellytysten varmistaminen

Julkiset hankkijat tekevät usein hankintoja markkinoilla, joiden markkinarakenne on kilpailunvastainen⁶⁶. Tällaisilla markkinoilla voi olla vaikea saavuttaa julkisten hankintojen sääntöjen tavoitetta – avointa ja tehokasta kilpailua – pelkästään soveltamalla nykyisten direktiivien menettelysääntöjä. Hankintapäätökset, jotka tehdään ottamatta huomioon markkinarakenteita, saattavat vaikuttaa kilpailunvastaisia rakenteita vakiinnuttavasti tai jopa pahentavasti, vaikka ne tehtäisiin täysin direktiivin sääntöjen mukaisesti. Tämä pätee erityisesti tapauksiin, joissa sopimusten arvo on suuri, sekä sektoreilla, joilla pääasialliset asiakkaat ovat julkisyhteisöjä eikä yksityinen kysyntä ole tarpeeksi suurta, jotta se kompensoisi julkisyhteisöjen hankintojen vaikutusta markkinoilla.

Älykäs hankintatoiminta, jonka pyrkimyksenä on maksimoida kilpailu tällaisilla markkinoilla, edellyttäisi ensinnäkin sitä, että hankkijat ovat tietoisia markkinoiden rakenteesta. Lisäksi niiden tulisi mukauttaa hankintastrategioitaan (sopimussuunnittelua ja menettelyvalintoja) vastaavasti. Hankintaviranomaisten pitäisi esimerkiksi välttää tarjouskilpailujen järjestämistä sopimuksista, jotka voi toteuttaa vain yksi markkinatoimija tai vain pieni määrä markkinatoimijoita, koska tämä lujittaisi oligopolistisia rakenteita ja tekisi uusien toimijoiden markkinoilletulon lähes mahdottomaksi. Pahimmassa tapauksessa hankintaviranomainen päätyisi tilanteeseen, jossa yksi määräävässä asemassa oleva toimittaja pystyisi sanelemaan sopimusehdot ja -hinnat.

On ilmeistä, että sopimusten oikea muoto riippuu markkinoiden rakenteesta. Jos markkinoilla toimivat pienemmät kilpailijat kykenevät toimittamaan kyseisen palvelun tai tuotteet pienemmässä mittakaavassa, tehokkaasiin tapoihin maksimoida kilpailu voisi sisältyä sopimuksen volyymin/keston supistaminen. Tehokkaaseen kilpailuun voisi olla mahdollista päästä myös jakamalla sopimukset eriin, mihin mahdollisesti liittyisi yhdelle tarjoajalle myönnettävien erien enimmäismäärä. Jos pienempien yhtiöiden joukossa ei ole tarpeeksi kilpailijoita, voitaisiin vaihtoehtoisesti ryhmittää useita hankintoja samaan sopimukseen potentiaalisten kilpailijoiden houkuttelemiseksi muista jäsenvaltioista.

Myös muita välineitä mainitaan usein takeina tehokkaalle kilpailulle hankintamarkkinoilla. Niitä voitaisiin ottaa käyttöön EU:n tasolla vaihtoehtoisina valintoina jäsenvaltioille tai hankintaviranomaisille. Kuten edellä mainitaan, valintaperusteiden väljentäminen lisää tavallisesti kelpoisten tarjousten määrää⁶⁷. Tilanteet, joissa määräävässä asemassa oleville toimittajille joudutaan myöntämään sopimuksia epäedullisin ehdoin, voidaan välttää määrittämällä etukäteen enimmäishinta, jonka yläpuolella sopimusta ei myönnetä, tai varaamalla mahdollisuus peruuttaa menettely, jos vain yhden tarjoajan tarjous tai tarjoukset läpäisevät valintavaiheen.

Tulisi myös harkita mahdollisuuksien mukaan toimenpiteitä, joilla helpotetaan muista jäsenvaltioista tulevien tarjoajien osallistumista. Kuten edellä selostetaan, tarjolla on runsaasti hyödyntämättömiä mahdollisuuksia lisätä Euroopan sisäistä kauppaa julkisissa hankinnoissa

⁶⁶ Jätehuoltomarkkinoita hallitsee monissa jäsenvaltioissa yksi tai kaksi suurta toimijaa. Rakennusala on ainakin suurissa infrastruktuurihankkeissa oligopolistinen ja kartelleille altis. Muita esimerkkejä ovat IT-toimitukset, sähkömarkkinat joissain jäsenvaltioissa, kuten osoittavat 30 artiklan mukaiset päätökset sähkömarkkinoista Tšekissä, Espanjassa ja Italiassa, sekä tiettyjen postipalvelujen markkinat joissain jäsenvaltioissa, kuten osoittavat 30 artiklan mukaiset päätökset postisektorista Ruotsissa, Suomessa ja Itävallassa.

⁶⁷ Liikevaihtoa koskevien vaatimusten väljentäminen helpottaa pienempien yhtiöiden osallistumista, aiempaan kokemukseen liittyvien vaatimusten väljentäminen suosii uusia markkinatulokkaita jne.

todellisten eurooppalaisten hankintamarkkinoiden luomiseksi. Tämä lisäisi moninkertaisesti Euroopan yritysten liiketoimintamahdollisuuksia ja samalla laajentaisi hankintaviranomaisten potentiaalista toimittajakantaa. Rajatylittävää osallistumista voitaisiin helpottaa parantamalla todistusten vastavuoroista tunnustamista (tai jopa luomalla yhteinen eurooppalainen esivalintajärjestelmä). Jotkin sidosryhmät ehdottavat jopa, että tiettyjen suuriarvoisten hankintasopimusten tapauksessa voisi olla hyödyllistä laatia tarjouseritelmät myös toisella kielellä tai hyväksyä tarjousten laatiminen vierailla kielillä. Myös automaattikäännojen käyttämistä voitaisiin harkita menettelyn joissain vaiheissa, ainakin alustaviin informaatiotarkoituksiin.

Kaikki toimet kilpailun lisäämiseksi hankintamarkkinoilla edellyttävät hankintaviranomaisilta hyvää tietämystä markkinoista, joilla hankinnat tehdään (esim. ennen varsinaista hankintaa tehtävillä selvityksillä kohdemarkkinoiden rakenteesta ja muodosta). Näiden selvitysten (tai muiden takeiden) käytännön toteutus vaatisi hankintaviranomaisilta lisätoimia, jotka olisivat perusteluja todennäköisesti vain laajoissa sopimuksissa, joilla on huomattava potentiaalinen vaikutus markkinarakenteeseen.

Kysymykset:

53. Oletteko sitä mieltä, että julkisilla hankinnoilla voi olla merkittävä vaikutus markkinarakenteeseen ja että hankkijoiden tulisi mahdollisuuksien mukaan pyrkiä mukauttamaan hankintastrategioitaan kilpailunvastaisten markkinarakenteiden torjumiseksi?
54. Olisiko julkisia hankintoja koskevassa EU-säännöstössä ja -politiikassa tarjottava mahdollisuus (vaihtoehtoisin) välineisiin, joilla voidaan edesauttaa tällaisia kilpailua edistäviä hankintastrategioita? Jos olisi, mitä välineitä ehdottaisitte?
55. Tarvitaanko tässä yhteydessä spesifisempiä välineitä tai aloitteita, joilla kannustetaan muista jäsenvaltioista tulevien tarjoajien osallistumista? Jos tarvitaan, millaisia?
56. Pitäisikö todistusten vastavuoroista tunnustamista mielestänne parantaa? Kannattaisitteko Euroopan laajuisen esivalintajärjestelmän luomista?
57. Miten ratkaisisitte kieliongelman? Oletteko sillä kannalla, että hankintaviranomaiset olisi velvoitettava laatimaan suuriarvoisten sopimusten tarjouseritelmät myös toisella kielellä tai hyväksymään tarjousten laatiminen vierailla kielillä?
58. Mitä välineitä julkisten hankintojen säännöissä voitaisiin ottaa käyttöön, jotta voidaan estää toimittajien määräävän aseman kehittyminen? Miten hankintaviranomaiset voitaisiin suojata paremmin määräävässä asemassa olevien toimittajien vallalta?

Kilpailunvastaisen toiminnan estäminen

Samaan yhteyteen liittyy hankintamarkkinoiden kilpailunvastaisen toiminnan ongelma. Hankintamarkkinat näyttävät olevan erityisen alttiita osallistujien väliselle kolluusiolle (tarjouskeinottelu, markkinoiden jakaminen jne.)⁶⁸, mihin ovat muiden seikkojen ohella syynä

⁶⁸ Ks. myös OECD:n laaja työ, kuten suuntaviivat tarjouskeinottelun torjumiseksi julkisissa hankinnoissa: http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_40381615_42230813_1_1_1_1,00.html

julkisen kysynnän vakaus ja ennustettavuus. Jotkin analysoijat katsovat myös, että prosessin läpinäkyvyys itse asiassa helpottaa kartellien muodostamista.

Vaikka julkisissa hankinnoissa esiintyvien kilpailuoikeuden rikkomusten määrä on kaikkea muuta kuin pieni⁶⁹, julkisia hankintoja koskevissa EU:n säännöissä ei nykyisellään puututa erityisesti tähän ongelmaan. Toistaiseksi ollaan oltu sillä kannalla, että ongelmaan voidaan puuttua tehokkaasti nykyisin säännöin esimerkiksi antamalla hankintojen tekijöille ohjeistusta siitä, miten kolluusio voidaan ehkäistä ja havaita.

Olisi kuitenkin keskusteltava siitä, riittääkö tällainen ohjeistus torjumaan tehokkaasti kolluusiota hankintamarkkinoilla vai tarvitaanko erityisiä lainsäädännöllisiä välineitä, kuten tiukempi poissulkeminen tarjouskeinottelun tapauksessa, mahdollisuus olla paljastamatta tiettyjä tietoja tai neuvottelumenettelyn pakollinen käyttö sektoreilla, joilla kartellien muodostus on todennäköistä, CIBD:ien (Certificate of Independent Bid Determination) käyttö, hankkijoiden velvoittaminen kuulemaan kilpailuviranomaisia epäilyttävistä tarjouksista jne.

Kokemus viittaa myös siihen, että voisi olla hyödyllistä tehdä sellaisista välineistä, joihin liittyy erityinen riski niiden väärinkäytöstä kolluusiossa, ”kolluusionkestäviä”. Esimerkiksi sopimuksen osien toteuttaminen alihankintana on suosittu tapa, jolla tarjouskilpailun voittanut tarjoaja voi palkita kartellin jäseniä kartellisopimuksen noudattamisesta. Ongelmaan voitaisiin puuttua esimerkiksi kieltämällä tietyissä olosuhteissa alihankintojen teettäminen yrityksillä, jotka itsekin osallistuivat tarjousmenettelyyn⁷⁰.

On selvää, että lisätakeet kilpailunvastaisen toiminnan torjumiseksi auttaisivat pitämään yllä tervettä kilpailua hankintamarkkinoilla. Tätäkin hyötyä on punnittava huolellisesti suhteessa hallinnollisiin lisärasitteisiin, joita tällaisista säännöistä aiheutuisi hankkijoille ja yrityksille.

Kysymys:

59. Pitäisikö julkisia hankintoja koskevissa EU:n säännöissä ottaa käyttöön vahvemmat takeet kilpailunvastaisen toiminnan torjumiseksi? Jos pitäisi, mitä uusia välineitä/säännöksiä ehdottaisitte?

3.3. Hankintatoiminta ei-kilpailluissa tapauksissa / yksinoikeuksien tapauksissa

Käytännössä hankintaviranomaisten on usein tehtävä hankinnat tietyltä talouden toimijalta, jolla on yksinoikeudet hankittavien tavaroiden tuotantoon tai palvelujen tarjontaan. Tällaisissa tapauksissa sopimuksista ei voida kilpailla tavanomaisella tavalla. Tämän vuoksi julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä sallitaan neuvottelumenettely julkaisematta ennakolta hankintailmoitusta, jos ”teknisistä tai taiteellisista taikka yksinoikeuden suojaamiseen liittyvistä syistä hankintasopimus voidaan tehdä ainoastaan tietyn taloudellisen toimijan kanssa”⁷¹.

⁶⁹ Tunnettuja kartellitapauksia julkisten hankintojen markkinoilla ovat olleet esimerkiksi Italian nk. lounaskuponkitapaus ja Ranskan ”Lycées de l’Île-de-France”-tapaus.

⁷⁰ Tarjoajien osallistumista voidaan kolluusionriskien vuoksi rajoittaa vain suhteellisen kapein ehdoin; ks. unionin tuomioistuimen 19.5.2009 antama tuomio asiassa C-538/07, *Assitur* (koskien tilapäisiä yritysryhmiä).

⁷¹ Direktiivin 2004/18/EY 31 artiklan 1 kohdan b alakohta.

Pitää paikkansa, että yksinoikeuden vuoksi tarjouskilpailu olisi pelkkä muodollisuus vailla käytännön arvoa. On kiistatonta, että kyseisissä tapauksissa julkisen hankintasopimuksen saanti on lyöty lukkoon ennalta myöntämällä yksinoikeus, mikä eliminoi kilpailun mahdollisuuden ennen kuin hankintaprosessi on edes käynnistynyt.

Kysymystä siitä, miten itse yksinoikeus on myönnetty ja onko yksinoikeuden (joka ratkaisee ennalta myöhemmän hankintapäätöksen) myöntämisvaiheessa vallinnut tasapuolinen kilpailu, ei käsitellä nykyisissä julkista hankintaa koskevissa direktiiveissä yksityisille toimijoille myönnettävien sopimusten osalta.

Tätä kysymystä käsitellään ainoastaan julkisen sektorin sisäisen yhteistyön yhteydessä: hankintaviranomaisten välillä tehtävät julkisia palveluhankintoja koskevat sopimukset on vapautettu direktiivin soveltamisesta, jos ne myönnetään yksinoikeuden perusteella – mutta vain sillä ehdolla, että kyseinen yksinoikeus on perussopimuksen periaatteiden mukainen⁷².

Tätä erityistä säännöstä ei todennäköisesti enää tarvita sen jälkeen, kun julkisen sektorin sisäiseen yhteistyöhön liittyviin kysymyksiin on löydetty yleinen ratkaisu. Olisi kuitenkin syytä tarkastella, pitäisikö artiklan taustalla olevaa perusajatusta soveltaa yleisemmin terveen kilpailun varmistamiseen hankintamarkkinoilla. Tämän periaatteen mukaan sopimuksia saisi myöntää ilman kilpailumenettelyä vain yksinoikeuksien perusteella ja vain, jos myös nämä yksinoikeudet on myönnetty kilpailumenettelyssä.

Kysymykset:

60. Katsotteko, että yksinoikeuksien myöntäminen voi vaarantaa tasapuolisen kilpailun hankintamarkkinoilla?
61. Jos vastauksenne on myönteinen, millä välineillä tällaisia riskejä voitaisiin lieventää / varmistaa tasapuolinen kilpailu? Pitäisikö julkisia hankintoja koskevissa EU:n säännöissä sallia sopimusten tekeminen ilman hankintamenettelyä yksinoikeuksien perusteella ainoastaan sillä ehdolla, että itse kyseinen yksinoikeuskin on myönnetty läpinäkyvässä, kilpailullisessa menettelyssä?

4. JULKISTEN HANKINTOJEN STRATEGINEN KÄYTTÖ UUSIIN HAASTEISIIN VASTAAMISEKSI

Julkisyhteisöt voivat tukea merkittävällä tavalla Eurooppa 2020 -strategian tavoitteiden⁷³ saavuttamista käyttämällä ostovoimaansa sellaisten tavaroiden ja palvelujen hankkimiseen, joihin liittyy suurempi yhteiskunnallinen arvo, koska ne edistävät innovointia, säästävät ympäristöä ja torjuvat ilmastonmuutosta, vähentävät energiankulutusta, parantavat työllisyyttä, kansanterveyttä⁷⁴ ja sosiaalisia olosuhteita ja edistävät tasa-arvoa parantamalla heikommassa asemassa olevien ryhmien osallisuutta⁷⁵. Julkisyhteisöjen taholta tuleva laaja kysyntä vihreämmistä, vähähiilisistä, innovatiivisemmista ja yhteiskunnallisesti vastuullisista tavaroista ja palveluista voi myös muovata tuotanto- ja kulutussuuntauksia vuosikausiksi

⁷² Direktiivin 2004/18/EY 18 artikla.

⁷³ Ks. komission tiedonanto KOM(2010) 2020, 3.3.2010.

⁷⁴ Ks. neuvoston päätelmät A/H1N1-pandemiasta saaduista kokemuksista, 13.9.2010.

⁷⁵ Tämä ajatus on linjassa Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 9 artiklan kanssa, jonka mukaan unionin on otettava huomioon korkean työllisyystason edistäminen, riittävän sosiaalisen suojelun takaaminen ja sosiaalisen syrjäytymisen torjuminen.

eteenpäin. Yhteiskunnan haasteisiin vastaaminen ei tietenkään saisi vähentää julkisten hankintojen tehokkuutta. Politiikkaan liittyvät näkökohdat olisi otettava huomioon julkisissa hankinnoissa siten, että vältetään aiheuttamasta kohtuuttomia hallinnollisia lisärasitteita hankintaviranomaisille tai vääristämistä kilpailua hankintamarkkinoilla.

Julkisia hankintoja voidaan hyödyntää kahdella tavalla Eurooppa 2020 -strategian tavoitteiden saavuttamiseksi:

- ° annetaan hankintaviranomaisille mahdollisuudet ottaa kyseiset tavoitteet huomioon julkisten hankintojen menettelysääntöissä (hankintatavat)
- ° asetetaan hankintaviranomaisille pakollisia vaatimuksia tai tarjotaan kannusteita, joilla ohjaillaan niiden päätöksiä siitä, mitä tavaroita ja palveluja tulisi hankkia (hankintakohteet).

Julkisia hankintoja koskevalla direktiiveillä luodaan julkisille hankinnoille yhteiset puitteet vahvistamalla menettelysäännöt hankintatavoista. Ne jättävät hankintaviranomaisille vapauden päättää varsinaisista hankintakohteista, määrittää tarpeisiinsa parhaiten soveltuvien rakennusurakoiden, tuotteiden tai palvelujen ominaisuudet ja laatia poliittisten tavoitteidensa kannalta sopivimmat tarjousehdot (kunhan ne ovat avoimia ja syrjimättömiä).

Julkisia hankintoja koskeva EU:n lainsäädäntö mahdollistaa myös sen, että hankintaviranomaisille tarjotaan kannusteita Eurooppa 2020 -tavoitteita tukeviin hankintoihin tai asetetaan hankintakohteisiin liittyviä velvoitteita joko Euroopan tai jäsenvaltioiden tasolla, jotta voidaan varmistaa julkisten hankintojen strategioiden sopusointuisuus yleisten poliittisten tavoitteiden kanssa.

Viime vuosina on jo käynnistetty useita politiikkakohtaisia aloitteita Euroopan ja kansallisella tasolla julkisten hankintojen käytön edistämiseksi siten, että se tukee edellä mainittuja poliittisia tavoitteita. Näihin aloitteisiin kuuluvat meneillään olevat toimet, jotka liittyvät ympäristöä säästäviin julkisiin hankintoihin (Green public procurement, GPP)⁷⁶, julkisten hankintojen sosiaalisiin näkökohtiin⁷⁷ sekä innovointiin⁷⁸.

Erityisesti ympäristöä säästäviä julkisia hankintoja on harjoitettu jäsenvaltioissa jo yli vuosikymmenen ajan. Suurin osa jäsenvaltioista on vahvistanut ympäristöä säästävien hankintojen kansalliset toimintasuunnitelmat, jotka sisältävät vapaaehtoisia tai pakollisia tavoitteita ja erityisiä toimenpiteitä ympäristöä säästävien hankintojen edistämiseksi ja toteuttamiseksi. EU on kehittänyt ympäristöä säästävien hankintojen kriteerit kahdeksatoista

⁷⁶ Ks. komission tiedonanto *Ympäristöä säästävät julkiset hankinnat* (KOM(2008) 400), jossa asetetaan tavoitteita ympäristöä säästäviin julkisiin hankintoihin siirtymiselle jäsenvaltioissa ja käynnistetään prosessi yhteisten vapaaehtoisten eurooppalaisten kriteerien kehittämiseksi tällaisia hankintoja varten. Ks. myös asiakirja *Ympäristöä säästäviä hankintoja: Käsikirja ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa*, http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm

⁷⁷ Ks. käsikirja *Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*, SEC(2010) 1258.

⁷⁸ ”Innovaatiunioni”-tiedonannon sitoumuksen nro 17 mukaisesti Euroopan komissio seuraa parhaillaan marraskuusta 2010 marraskuuhun 2011 kestävästä tutkimuksesta, jonka tavoitteena on kehittää uusi tukimekanismi innovointia edistäville hankinnoille. Tässä järjestelmässä tarjotaan ohjeistusta ja perustetaan (rahoitus)tukimekanismi auttamaan hankintaviranomaisia toteuttamaan näitä hankintoja syrjimättömällä ja avoimella tavalla, kokoamaan kysyntää, laatimaan yhteisiä eritelmiä ja edistämään pk-yritysten osallistumista. Esikaupallisiin hankintoihin liittyen ks. komission tiedonanto *Esikaupalliset hankinnat: innovoinnin edistäminen kestävien ja korkealaatuisten julkisten palvelujen varmistamiseksi Euroopassa*, KOM(2007) 799.

tuote- ja palveluryhmää varten⁷⁹. Tällaiset kriteerit tullaan jatkossa laatimaan useammille tuote- ja palveluryhmille.

Seuraavassa jaksossa tarkastellaan, onko julkisia hankintoja koskevia EU:n sääntöjä muutettava johdonmukaisuuden ja tarkoituksenmukaisuuden varmistamiseksi eri toimenpiteissä, joihin on ryhdytty tai joihin voitaisiin ryhtyä EU:n ja kansallisella tasolla, ja jos on, miten.

4.1. Hankintatavat Eurooppa 2020 -tavoitteiden saavuttamiseksi

Ympäristönsuojeluun, sosiaaliseen osallisuuteen ja innovoinnin edistämiseen liittyvät näkökohdat voivat niiden luonteesta riippuen liittyä hankintamenettelyn eri vaiheisiin. Kaikkia poliittisiin tavoitteisiin liittyviä eri näkökohtia ei voida ottaa huomioon kaikissa vaiheissa. Seuraavassa jaksossa tarkastellaan, miten yksittäiset poliittiset tavoitteet voitaisiin ottaa huomioon hankintamenettelyn eri vaiheissa.

Hankintasopimuksen kohteen kuvaaminen ja tekniset eritelmät

Julkisia hankintoja koskevien nykyisten EU-sääntöjen mukaan hankintaviranomaisten on varmistettava, että hankintasopimuksen kohde kuvataan selkeästi ja syrjimättömästi ja että tekniset eritelmät määritellään siten, etteivät ne suosi tiettyjä yrityksiä.

Prosessointi- ja tuotantomenetelmiä koskevien vaatimusten on liityttävä tuotteen valmistukseen ja vaikutettava sen ominaisuuksiin, vaikka ne eivät välttämättä ole näkyviä. Nykyisin säännöin ei ole mahdollista edellyttää prosessointi- ja tuotantomenetelmiä, jotka eivät liity tuotteen valmistukseen eivätkä vaikuta sen ominaisuuksiin.

Julkisyhteisöt ja sidosryhmät esittävät joskus, että tietyt tuotteet on ympäristöön ja terveyteen liittyvistä syistä hankittava tai ne pitäisi hankkia paikallisilta toimittajilta. Tähän liittyen on painotettava, että tällaiset vaatimukset rikkovat EU:n oikeutta, jos ne joko suoraan tai välillisesti johtavat perusteettomaan syrjintään toimittajien välillä. Ne voivat olla perusteltuja vain poikkeuksellisissa tapauksissa, joissa legitiimit ja objektiiviset tarpeet, jotka eivät liity puhtaasti taloudellisiin seikkoihin, voidaan tyydyttää ainoastaan tietyltä alueelta tulevilla tuotteilla.

Kysymykset:

62. Tarjoavatko teknisiä eritelmiä koskevat säännöt mielestänne riittävästi mahdollisuuksia ottaa huomioon muihin poliittisiin tavoitteisiin liittyviä näkökohtia?
63. Voisivatko hankintaviranomaiset saavuttaa poliittiset tavoitteensa paremmin, jos tekniset eritelmät määriteltäisiin suorituskyky- tai toiminnallisina vaatimuksina eikä yksityiskohtaisina teknisinä vaatimuksina? Jos voisivat, kannattaisitteko suorituskyky- tai toiminnallisten vaatimusten tekemistä pakollisiksi tietyissä olosuhteissa?

⁷⁹ Ks. komission tiedonanto *Ympäristöä säästävät julkiset hankinnat* (KOM(2008) 400), jossa asetetaan tavoitteita ympäristöä säästäviin julkisiin hankintoihin siirtymiselle jäsenvaltioissa ja käynnistetään prosessi yhteisten vapaaehtoisten eurooppalaisten kriteerien kehittämiseksi tällaisia hankintoja varten. Ks. myös asiakirja *Ympäristöä säästäviä hankintoja: Käsikirja ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa*, http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm

64. Hyödyntävätkö hankintaviranomaiset mielestänne tarpeeksi esimerkiksi direktiivin 2004/18/EY 23 artiklan tarjoamia mahdollisuuksia, jotka koskevat esteettömyyskriteerejä⁸⁰ vammaisia varten ja esteetöntä suunnittelua kaikille käyttäjille? Jos eivät hyödynnä, mitä asialle pitäisi tehdä?
65. Katsotteko, että jotkin direktiiveissä säädetty menettelyt⁸¹ (kuten kilpailullinen neuvottelumenettely ja suunnittelukilpailut) soveltuvat hyvin ympäristötavoitteiden, sosiaaliset tavoitteiden sekä esteettömyyteen ja innovointiin liittyvien poliittisten tavoitteiden huomioonottamiseen?
66. Mitä muutoksia ehdottaisitte direktiiveissä säädettyihin menettelyihin, jotta edellä mainitut poliittiset tavoitteet voitaisiin ottaa huomioon mahdollisimman hyvin ja samalla varmistaa, että syrjimättömyys- ja avoimuusperiaatteita noudatetaan tasavertaisten toimintaedellytysten takaamiseksi Euroopan yrityksille? Voisiko innovatiivisten tieto- ja viestintätekniologioiden käytöstä olla erityistä apua hankkijoille Eurooppa 2020 -tavoitteiden saavuttamisessa?
67. Onko mielestänne olemassa tapauksia, joissa rajoittuminen paikallisiin tai alueellisiin toimittajiin voisi olla perusteltua legitiimeistä ja objektiivisista syistä, jotka eivät liity puhtaasti taloudellisiin seikkoihin?
68. Katsotteko, että esimerkiksi ympäristö-, sosiaali- tai innovaatiopolitiikkaan liittyvät näkökohdat voitaisiin ottaa paremmin huomioon, jos neuvottelumenettely, jossa julkaistaan ennakolta hankintailmoitus, sallittaisiin vakiomenettelynä? Vai liittyisikö tähän liian suuri riski syrjinnästä ja kilpailun rajoittumisesta?

Vaatus soveltuvimmista valintaperusteista

Arvioidessaan ehdokkaiden valmiuksia sopimuksen toteuttamiseen hankintaviranomaiset voivat ottaa huomioon sosiaalisiin tai ympäristönäkökohtiin liittyvän erityiskokemuksen ja -pätevyyden, mikäli tällä on merkitystä sopimuksen kohteen kannalta.

Kysymys:

69. Mitä ehdottaisitte hyvinä esimerkkeinä tekniseen pätevyyteen liittyvistä ja muista valintaperusteista, jotka tukevat poliittisia tavoitteita, kuten ympäristösuojelua, sosiaalisen osallisuuden edistämistä, vammaisten esteettömyyden parantamista ja innovoinnin edistämistä?

Soveltuvimpien sopimuksentekoperusteiden käyttö

Tehokkaan kilpailun varmistamiseksi talouden toimijoiden välillä ja julkisyhteisöjen mielivaltaisten päätösten estämiseksi EU:n nykyisissä julkisia hankintoja koskevilla säännöissä edellytetään, että sopimuksentekoperusteet liittyvät sopimuksen kohteeseen, että ne eivät anna hankintaviranomaiselle rajatonta valinnan vapautta ja että ne nimenomaisesti mainitaan tarjousasiakirjoissa.

⁸⁰ Esteettömyydellä tarkoitetaan tässä yhteydessä toimintarajoitteisten henkilöiden (vammaisten) esteettömyyttä.

⁸¹ Menettelyt kuvataan edellä jaksossa 2.1.

Hankintaviranomaiset voivat vapaasti päättää, minkä suhteellisen painoarvon ne antavat kullekin kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinnassa käytettävälle perusteelle. Tällä tavoin ne voivat korostaa arvioinnissa merkitystä, jonka ne haluavat liittää ympäristö- tai sosiaalisiin perusteisiin verrattuna muihin perusteisiin, kuten hintaan.

Vakiotavaroiden ja -palvelujen osalta on jo useissa tapauksissa mahdollista asettaa korkeita ympäristö- tai sosiaalisia normeja teknisissä eritelmissä tai sopimuksen toteuttamishdoissa ja myöntää sopimus käyttäen perusteena alhaisinta hintaa. Tällä tavoin hankintaviranomaiset voivat hankkia korkeiden normien mukaisia tuotteita ja palveluja parhaaseen hintaan.

Ympäristö-, energiatehokkuus-, esteettömyys- tai innovaatioperusteiden käytöstä teknisten eritelmien tai sopimuksen toteuttamishdojen lisäksi myös sopimuksentekovaiheessa voi kuitenkin olla se hyöty, että yritykset saisivat kannusteen tehdä tarjouksia, jotka ylittävät teknisissä eritelmissä asetetun tason ja sitä kautta edistävät innovatiivisten tuotteiden tuloa markkinoille. Tällaisen perusteiden soveltaminen sopimuksentekovaiheessa voisi olla hyödyllistä myös tapauksissa, joissa markkinoilla saatavilla olevista tuotteista tai palveluista on epävarmuutta.

Kysymykset:

70. Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen peruste näyttäisi soveltuvan parhaiten tapauksiin, joissa hankintaan liittyy muiden politiikanalojen tavoitteita. Jotta tällaiset poliittiset tavoitteet voitaisiin ottaa parhaiten huomioon, olisiko nykyisiä sääntöjä mielestänne syytä muuttaa (tietäntyyppisten sopimusten osalta / joillain erityisillä sektoreilla / tietyissä olosuhteissa)
- 70.1.1. ainoastaan poistamalla käytöstä alhaisimman hinnan peruste,
- 70.1.2. rajoittamalla hintaperusteen käyttöä tai painoarvoa, jonka hankintaviranomaiset voivat antaa hinnalle,
- 70.1.3. ottamalla käyttöön kolmas sopimuksentekoperuste alhaisimman hinnan ja kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen rinnalle? Jos vastaatte kyllä, mitä vaihtoehtoista perustetta ehdottaisitte, jotta voitaisiin sekä pyrkiä tehokkaammin muiden politiikanalojen tavoitteisiin että taata tasapuoliset toiminta- ja kilpailuedellytykset Euroopan yrityksille?
71. Katsotteko, että esimerkiksi ympäristö-, sosiaali- tai innovaatioperusteen pohjalta määräytyvä pistemäärä tulisi joka tapauksessa rajoittaa tiettyyn enimmäismäärään, jotta perusteesta ei tulisi suoritus- ja kustannusperusteita tärkeämpi?
72. Katsotteko, että mahdollisuus sisällyttää sopimuksentekovaiheeseen ympäristö- tai sosiaaliperusteita ymmärretään ja että sitä käytetään? Pitäisikö sitä mielestänne selventää direktiivissä?
73. Katsotteko, että elinkaarikustannukset olisi otettava pakollisesti huomioon kokonaistaloudellisesti edullisinta tarjousta määritettäessä, erityisesti suurten hankkeiden tapauksessa? Pitäisittekö tällöin tarpeellisenä/tarkoituksenmukaisena, että komission yksiköt laativat tähän elinkaarikustannusmalliin sovellettavat menetelmät?

Asianmukaiset sopimuksen toteuttamista koskevat lausekkeet

Julkisia hankintoja koskevien EU:n sääntöjen mukaan sopimusten toteuttamista koskevien lausekkeiden on liityttävä tehtäviin, jotka ovat tarpeen hankinnan kohteena olevien tavaroiden tai palvelujen tuotannon ja tarjoamisen kannalta. Tällaisissa sopimuksen toteuttamiseen liittyvissä ehdoissa voidaan ottaa huomioon muiden politiikanalojen näkökohtia, kuten sosiaalisia ja ympäristökysymyksiä⁸². Viime mainitut voitaisiin ottaa huomioon esimerkiksi vaatimalla päästöjen kompensoimista sellaisten yksittäisten hankintojen osalta, joihin liittyy merkittävä hiilijalanjälki. Joillain jäsenvaltioilla on kokemusta taksipalvelujen tai muiden kuljetuspalvelujen hankkimisesta sillä ehdolla, että näihin palveluihin käytetään tehokkaimpiin luokkiin kuuluvia ajoneuvoja. Sopimuksen toteuttamista koskevilla lausekkeilla voitaisiin myös edistää innovointia sopimuksen toteuttamisen aikana esimerkiksi tarjoamalla kannusteita tuotteiden tai palvelujen edelleenkehittämiseen sopimusta toteutettaessa.

Tässä vaiheessa hankintaviranomaiset voivat asettaa tarjouskilpailun voittajalle tiettyjä velvoitteita, jotka liittyvät erilaisten ympäristö- tai sosiaalisten tavoitteiden saavuttamiseen ja joita ei voida ottaa huomioon hankintamenettelyn aikaisemmissa vaiheissa.

Kysymykset:

74. Oletteko yhtä mieltä siitä, että sopimuksen toteuttamista koskevat lausekkeet ovat sopivin väline ottaa huomioon sopimuksen toteuttamiseen osallistuvien työntekijöiden työsuhteen ehtoihin ja työoloihin liittyvät sosiaaliset näkökohdat? Jos ette, mikä olisi mielestänne paras vaihtoehtoinen ratkaisu?
75. Millaiset sopimuksen toteuttamista koskevat lausekkeet soveltuisivat mielestänne etenkin sosiaali-, ympäristö- ja energiatehokkuusnäkökohtien huomioonottamiseen?
76. Tulisiko tietyt yleiset sopimuksen toteuttamista koskevat ja erityisesti sopimuksen toteuttamiseen osallistuvien työntekijöiden työsuhteen ehtoihin ja työoloihin liittyvät lausekkeet määrittää jo EU:n tasolla?

Vaatimusten todentaminen

Hankintaviranomaiset voivat määrittää ympäristö- tai sosiaaliset vaatimukset laatiessaan teknisiä eritelmiä tai määrittäessään valinta-/sopimuksentekoperusteita tai sopimuksen toteuttamista koskevia lausekkeita. Tällöin ne laativat yleensä luettelon tiedoista (todistuksista/asiakirjoista tai erityisistä sitoumuksista), jotka ehdokkaiden tai tarjoajien on annettava osoittaakseen, että ne pystyvät täyttämään ympäristö- tai sosiaaliset vaatimukset. Nykyisten sääntöjen mukaan osoitukseksi voidaan hyväksyä erityiset sertifiointijärjestelmät (esim. metsäsertifiointi tai sosiaaliset sertifikaatit), mutta myös muut vastaavat tavat on hyväksyttävä. Yleinen julkisissa hankinnoissa esiin tuleva ongelma on näiden vaatimusten todentaminen toimitusketjussa. Todentamiskysymyksellä on erityinen merkitys tapauksissa, joissa osa toimitusketjusta sijaitsee jossain kolmannessa maassa.

Arvioidessaan osallistumishakemuksia ja tarjouksia hankintaviranomaiset tarkistavat, ovatko ehdokkaiden tai tarjoajien toimittamat tiedot ja asiakirjat vaatimustenmukaisia. Jos vaadittuja tietoja puuttuu tai jos toimitetut tiedot eivät tyydytä hankintaviranomaisia, ehdokas tai tarjoaja suljetaan pois menettelystä.

⁸²

Ks. direktiivin 2004/18/EY 26 artikla.

Kysymykset:

77. Katsotteko, että julkisten hankintojen nykyisessä EU-kehyksessä tulisi tarjota nimenomaisia ratkaisuja siihen, miten vaatimukset voidaan todentaa koko toimitusketjussa? Jos katsotte, millaisia ratkaisuja ehdottaisitte?
78. Miten hankintaviranomaisia voitaisiin parhaiten auttaa vaatimusten todentamisessa? Voitaasiinko hankintaviranomaisten työtä helpottaa kehittämällä ”standardimuotoisia” vaatimustenmukaisuuden arvioinnin järjestelmiä ja dokumentaatiota sekä merkintöjä? Jos tällainen lähestymistapa valitaan, miten hallinnolliset rasitteet voidaan minimoida?

Kytkös hankintasopimuksen kohteeseen/toteuttamiseen

Kuten edellä todetaan, julkisia hankintoja koskevassa EU:n nykyisessä oikeudellisessa kehyksessä kytkös hankintasopimuksen kohteeseen on perusehto, joka on otettava huomioon sisällytettäessä julkiseen hankintamenettelyyn mahdollisia muihin politiikanaloihin liittyviä näkökohtia. Tämä pätee koko hankintaprosessiin sen eri vaiheissa sekä sen eri osatekijöihin (teknisiin eritelmiin, valintaperusteisiin ja sopimuksentekoperusteisiin). Jos sopimukseen sisällytetään sen toteuttamista koskevia lausekkeitä, lausekkeiden on kytkeydyttävä niiden tehtävien suorittamiseen, jotka ovat tarpeen hankinnan kohteena olevien tavaroiden/palvelujen tuotannon/tarjoamisen kannalta.

Tämän vaatimuksen väljentäminen voisi lisätä julkisyhteisöjen mahdollisuuksia pyrkiä Eurooppa 2020 -tavoitteisiin julkisten hankintojen avulla. Hankintaviranomaiset voisivat tällöin muun muassa vaikuttaa yritysten käyttäytymiseen hankinnan kohteena olevasta tuotteesta tai palvelusta riippumatta – esimerkiksi kannustamalla niitä suurempaan ympäristövastuullisuuteen tai kiinnittämään enemmän huomiota yrityksen yhteiskuntavastuuseen. Tämä voisi olla tehokas väline tukea Eurooppa 2020 -tavoitteita.

Tällaista mahdollisuutta harkittaessa on kuitenkin arvioitava huolellisesti sen vaikutukset muun politiikan kannalta. Kytkös hankintasopimuksen kohteeseen takaa, että varsinainen hankinta pysyy keskeisenä prosessissa, jossa veronmaksajien rahoja käytetään. Tämä antaa tärkeät takeet siitä, että hankintaviranomaiset saavat parhaan mahdollisen tarjouksen ja että julkisia varoja käytetään tehokkaasti. Kuten edellä todetaan, kyseistä tavoitetta painotetaan myös Eurooppa 2020 -strategiassa, jonka mukaan julkisten hankintojen politiikassa tulee varmistaa julkisten varojen mahdollisimman tehokas käyttö. Samalla nämä takeet hankintojen toteuttamisesta parhaaseen hintaan varmistavat tietyn johdonmukaisuuden EU:n julkisten hankintojen politiikan ja valtiontukisääntöjen välillä, koska ne varmistavat, että talouden toimijat eivät saa perustelematonta taloudellista etua julkisten hankintasopimusten tekemisen kautta. Jos kytköstä hankintasopimuksen kohteeseen väljennettäisiin, EU:n julkisten hankintojen sääntöjen soveltaminen saattaisi etäännyä valtiontukisääntöjen soveltamisesta. Väljentäminen saattaisi myös olla vastoin tavoitetta valtiontukisääntöjen ja julkisen hankintojen sääntöjen lähentämisestä.

Kytkös hankintasopimuksen kohteeseen voi myös auttaa välttämään tilanteen, jossa jotkin tietystä maasta tulevat talouden toimijat saattavat olla suotuisammassa asemassa muista jäsenvaltioiden tuleviin verrattuna. Tällä on erityistä merkitystä tietäntyyppisille näkökohdille (mm. eräät sosiaaliset vaatimukset), jotka ovat todennäköisemmin sidoksissa kansallisiin, alueellisiin ja jopa paikallisiin olosuhteisiin, mutta se pätee myös muihin poliittisiin näkökohtiin, kuten ympäristökysymyksiin. Esimerkiksi tavaroiden hankinnoissa vaatimus

siitä, että tarjoajien käyttämät toimistorakennukset saavat olla yksinomaan aurinkolämmitteisiä, saattaa suosia sellaisista jäsenvaltioista tulevia yrityksiä, joissa vallitsevat aurinkoenergian käytön kannalta otolliset ilmasto-olosuhteet.

Politiikkanäkökohtien ja hankintasopimuksen kohteen välisen kytköksen tarkoituksena on myös taata varmuus ja ennustettavuus yrityksille. Jos tällaista kytköstä ei olisi (eikä EU:n tasolla yhdenmukaistettuja vaatimuksia), talouden toimijat voisivat joutua noudattamaan erilaisia vaatimuksia (liittyen naisten prosenttiosuuteen, työttömien palvelukseenottoon, työntekijöille tarjottaviin lastenhoitomahdollisuuksiin, ympäristö- tai jätehuoltotoimiin, ympäristömerkkeihin jne.) riippuen kulloisestakin hankinnasta tai hankintaviranomaisesta.

Hankintaviranomaisten asettamien erilaisten vaatimusten noudattaminen saattaa olla erityisen vaikeaa pk-yrityksille, koska niillä ei välttämättä ole tarvittavia taloudellisia ja henkilöresursseja, jotta ne voisivat täyttää tapauskohtaisesti hyvinkin vaihtelevat sosiaaliset vaatimukset.

Lisäksi hankinnan kohteena olevaan tuotteeseen tai palveluun liittymättömät vaatimukset voisivat olla vastoin Eurooppa 2020 -tavoitetta innovoinnin edistämisestä, koska yritysten välinen kilpailu ei enää perustuisi parhaan (mahdollisesti innovatiivisen) tuotteen tai palvelun kehittämiseen vaan yhtiöpolitiikkaan.

Kysymykset:

79. Jotkin sidosryhmät ehdottavat, että ehtoa tarjouspyynnössä esitettävien vaatimusten kytköksestä hankintasopimuksen kohteeseen voitaisiin väljentää tai siitä voitaisiin jopa luopua kokonaan (tällöin olisi mahdollista esimerkiksi vaatia, että tarjoajien on noudatettava sukupuolten tasa-arvon takaavaa työhönottopolitiikkaa tai työllistettävä tietty määrä erityisryhmiin kuuluvia henkilöitä, kuten työttömiä työnhakijoita, vammaisia jne.) Oletteko samaa mieltä? Mitä hyötyä tai haittaa mielestänne olisi siitä, että kytköstä hankintasopimuksen kohteeseen väljennetään tai se poistetaan?
80. Jos kytköstä hankintasopimuksen kohteeseen väljennetään, mitä mahdollisia korjaavia toimenpiteitä tulisi ottaa käyttöön, jotta voidaan vähentää syrjintäriskejä ja kilpailun merkittävään rajoittumiseen liittyviä riskejä?
81. Katsotteko, että pk-yritysten voi olla ongelmallista noudattaa kyseeseen tulevia erilaisia vaatimuksia? Jos katsotte, miten ongelmaan tulisi mielestänne puuttua?
82. Jos kytköstä hankintasopimuksen kohteeseen tulisi väljentää tai se tulisi poistaa, missä hankintamenettelyn vaiheessa tämä pitäisi toteuttaa?
- 82.1. Katsotteko, että teknisiä eritelmiä määriteltäessä olisi syytä väljentää vaatimusta siitä, että prosessointi- ja tuotantomenetelmiä koskevien eritelmien on liityttävä tuotteen ominaisuuksiin, jotta voitaisiin ottaa huomioon tekijöitä, jotka eivät vaikuta tuotteen ominaisuuksiin (vaatimalla esimerkiksi kahvin hankinnoissa, että toimittaja maksaa tuottajille preemion investoitavaksi paikallisyhteisöjen sosioekonomista kehitystä edistäviin toimiin)?
- 82.2. Pitäisikö julkisia hankintoja koskevassa EU:n lainsäädännössä sallia, että hankintaviranomaisten soveltamat valintaperusteet voivat perustua myös sellaisiin yritysten ominaisuuksiin, jotka eivät liity hankintasopimuksen kohteeseen (esim. vaatimalla, että tarjoajien on noudatettava sukupuolten tasa-arvon takaavaa

työhönottopolitiikkaa tai yleistä periaatetta työllistää tietyt kiintiöt erityisryhmiin kuuluvia henkilöitä, kuten työttömiä työnhakijoita, vammaisia jne.)?

- 82.3. Katsotteko, että kytköstä hankintasopimuksen kohteeseen tulisi väljentää tai siitä tulisi luopua kokonaan sopimuksentekovaiheessa, jotta voidaan ottaa huomioon muut poliittiset näkökohdat (esim. antamalla lisäpisteitä tarjoajille, jotka ottavat palvelukseen työttömiä työnhakijoita tai vammaisia)?
- 82.3.1. Jos ratkaisuperusteena käytetään muuta kuin alinta hintaa tai kokonaistaloudellisesti edullisinta tarjousta tai jos käytetään hankintasopimuksen kohteeseen liittymättömiä perusteita, EU:n julkisten hankintojen sääntöjen soveltaminen saattaa etäännyttää valtiontukisääntöjen soveltamisesta, koska muilla kuin taloudellisilla perusteilla tehtyihin hankintasopimuksiin voi liittyä valtiontuen käyttöä, mikä voisi olla ongelmallista EU:n valtiontukisääntöjen kannalta. Oletteko samaa mieltä? Jos olette, miten ongelmaan tulisi puuttua?
- 82.4. Tulisiko julkisia hankintoja koskevassa EU:n lainsäädännössä mielestänne sallia, että hankintaviranomaiset voivat määrätä sopimuksen toteuttamista koskevia lausekkeitä, jotka eivät suoranaisesti liity kyseisten tavaroiden ja palvelujen toimittamiseen (esim. vaatimalla, että tarjouskilpailun voittajat huolehtivat siitä, että niiden työntekijöiden käytössä on lastenhoitopalveluja, tai kohdentavat tietyn osan palkkiostaan sosiaalisiin hankkeisiin)?

4.2. Hankintakohteet Eurooppa 2020 -tavoitteiden tukena

Politiikkatavoitteet olisi mahdollista saavuttaa julkisten hankintojen kautta myös asettamalla hankintaviranomaisille hankintakohteisiin liittyviä velvoitteita. Tämä voitaisiin toteuttaa esimerkiksi asettamalla pakollisia vaatimuksia tai kriteerejä hankinnan kohteena olevien tavaroiden tai palvelujen ominaisuuksille (esim. energian- tai resurssienkäytön enimmäistasot, ympäristölle haitallisten aineiden enimmäistasot tai kierrätyksen vähimmäistasot) tai vaihtoehtoisesti tavoitteita (esim. 60 prosenttia julkisista hankinnoista olisi oltava ympäristöystävällisiä)⁸³.

Hiljattaisessa EU-tason alakohtaisessa lainsäädännössä on

- asetettu hankintaviranomaisille velvoitteita edellyttää hankintasopimuksissaan tiettyä energiatehokkuustasoa⁸⁴,
- asetettu hankintaviranomaisille velvoitteita ottaa energia- tai muut ympäristövaikutukset huomioon julkisia hankintoja koskevissa päätöksissään⁸⁵,
- kehoitettu julkista sektoria näyttämään esimerkkiä energiatehokkuuden alalla vahvistamalla vähimmäismäärä energiatehokkaisiin hankintoihin liittyviä toimenpiteitä⁸⁶ ja edistämällä

⁸³ Esimerkiksi ympäristöä säästävien julkisten hankintojen alalla useat jäsenvaltiot, kuten Alankomaat, Suomi, Slovenia, Itävalta ja Belgia, ovat asettaneet kunnianhimoisia tällaisiin hankintoihin liittyviä kansallisia tavoitteita.

⁸⁴ Asetus (EY) N:o 106/2008, EUVL L 39, 13.2.2008, s. 1 (ns. EU Energy Star -asetus).

⁸⁵ Direktiivi 2009/33/EY puhtaiden ja energiatehokkaiden tieliikenteen moottoriajoneuvojen edistämisestä.

⁸⁶ Direktiivi 2006/32/EY energian loppukäytön tehokkuudesta ja energiapalveluista.

resurssitehokkaita julkisia rakennuksia (esim. rakennuksia, joiden primaarienergiankulutus on alhainen tai nolla⁸⁷).

- kehotettu hankintaviranomaisia pyrkimään tekemään hankintansa ainoastaan parhaimpiin energiatehokkuusluokkiin kuuluvista tuotteista⁸⁸.

Tuoreessa tiedonannossaan *Energia 2020 – Strategia kilpailukykyisen, kestävän ja varman energiansaannin turvaamiseksi*⁸⁹ komissio toteaa, että energiakriteerejä (liittyen tehokkuuteen sekä uusiutuvien energiamuotojen ja älykkäiden energiaverkkojen käyttöön) olisi käytettävä kaikissa töiden, palvelujen tai tuotteiden julkisissa hankinnoissa.

Tuotteiden osalta voitaisiin myös käyttää laajemmin sellaista rahallisen arvon määrittämismenetelmää kuin puhtaita ajoneuvoja koskevassa direktiivissä⁹⁰. Velvoite siitä, että tuotteiden ja palvelujen hankintapäätöksessä on otettava huomioon elinkaarikustannukset (kuten jo vaaditaan ajoneuvojen osalta), voi johtaa kokonaiskustannusten alenemiseen. Tätä varten olisi kuitenkin määriteltävä yleiset menetelmät, joita voitaisiin käyttää kaikissa tuoteryhmissä.

Pakollisten vaatimusten sisällyttämistä julkisia hankintoja koskeviin EU-sääntöihin ns. delegoituihin säädöksiin perustuvan lainsäädännön avulla on suositeltu yleisellä tasolla lisäkeinona edistää innovointia ja muita politiikkatavoitteita Eurooppa 2020 -strategian puitteissa⁹¹.

Sosiaaliseen osallisuuteen liittyen Euroopan vammaisstrategiassa 2010–2020⁹² todetaan, että komissio aikoo selvittää, olisiko hyödyllistä hyväksyä sääntelytoimenpiteitä tuotteiden ja palvelujen saavutettavuuden varmistamiseksi, mihin sisältyisivät myös toimet julkisten hankintojen käytön tehostamiseksi.

Tällaisten velvoitteiden asettaminen voi olla hyvin toimiva keino Eurooppa 2020 -tavoitteiden saavuttamiseksi, sillä niiden avulla voidaan edistää sellaisten tavaroiden ja palvelujen tuloa markkinoille, joihin liittyy suuri yhteiskunnallinen arvo. Lisäksi hankintastrategioihin liittyvien päätösten keskittämällä voidaan välttää hankintapolitiikan hajanaisuutta ja lisätä ennustettavuutta talouden toimijoiden hyödyksi. Esimerkiksi jäsenvaltioiden erilaiset lähestymistavat ympäristöä säästäviin julkisiin hankintoihin voivat aiheuttaa ongelmia toimittajille, erityisesti pk-yrityksille, joiden on mukauduttava erilaisiin toimintapuitteisiin eri jäsenvaltioissa. Tämä monimutkaistaa ympäristöä säästävien tuotteiden ja palvelujen kehittämistä ja myyntiä.

⁸⁷ Direktiivi 2009/28/EY uusiutuvista lähteistä peräisin olevan energian käytön edistämisestä (EUVL L 140, 5.6.2009, s. 16) ja direktiivi 2002/31/EU rakennusten energiatehokkuudesta (EUVL L 153, 18.6.2010, s. 13).

⁸⁸ Direktiivi 2010/30/EU energiaan liittyvien tuotteiden energian ja muiden voimavarojen kulutuksen osoittamisesta merkinnöin ja yhdenmukaisin tuotetiedoin (EUVL L 153, 18.6.2010, s. 6).

⁸⁹ KOM(2010) 639.

⁹⁰ Direktiivissä asetetaan elinkaarikustannusten huomioonottamiseen liittyvä velvoite, jonka toteuttamisen tukemiseksi komissio on kehittänyt erityisen Puhtaan ajoneuvon portaalin, joka tarjoaa kaikki tarvittavat tiedot elinkaarikustannusten rahallisen arvon määrittämiseksi direktiivin mukaisesti: <http://www.cleanvehicle.eu/>; http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive_en.htm.

⁹¹ Mario Montin raportti Euroopan komission puheenjohtajalle 9. toukokuuta 2010, *Uusi sisämarkkinastrategia*, kohta 3.4 (s. 78).

⁹² KOM(2010) 636.

Hankintakohteita koskeviin velvoitteisiin liittyen on toisaalta tuotu esille myös joitain ongelmia.

Yksi tärkeä huomioon otettava näkökohta on riski siitä, että tällaisten velvoitteiden käyttöönotto johtaa syrjintään tai rajoittaa kilpailua hankintamarkkinoilla ja johtaa sitä kautta tarjoajien vähenemiseen ja korkeampiin hintoihin, mikä voi olla ongelmallista monissa jäsenvaltioissa vallitsevien talousvaikeuksien ja budjettirajoitusten aikana. Riskiä voidaan vähentää huolehtimalla siitä, että asetettavat vaatimukset ja kriteerit ovat objektiivisia ja syrjimättömiä ja että niitä käytetään vain silloin, kun markkinakehitys on EU:n mitassa tarpeeksi laajaa toimivan kilpailun varmistamiseksi. Olisi myös otettava huomioon, että jotkin ympäristönsuojelun tiukentamiseen liittyvät vaatimukset voivat johtaa keskipitkällä tai pitkällä aikavälillä taloudellisiin säästöihin (esim. energiatehokkuuden alalla).

Tietäntyyppisillä velvoitteilla voi olla muita suurempi vaikutus kilpailuun hankintamarkkinoilla.

- Suorituskykyvaatimuksina määriteltävät tekniset eritelvät vaikuttavat todennäköisesti vähemmän rajoittavasti kilpailuun kuin yksityiskohtaiset eritelvät hankinnan kohteena olevien tavaroiden teknisistä ominaisuuksista.
- Hankinnan kohteena olevien tavaroiden teknisiä ominaisuuksia koskevat pakolliset säännökset saattavat vähentää merkittävästi valikoimaa ja kilpailua hankintamarkkinoilla tai jopa eliminoida ne kokonaan; toisaalta pakolliset säännökset liittyen päätökseen siitä, mitkä eri sopimuksentekoperusteista tulee ottaa huomioon (esim. energiatehokkuus, elinkaarikustannukset tai esteetön suunnittelu), vaikuttaisivat todennäköisesti vähemmän rajoittavasti kilpailuun hankintamarkkinoilla.

Hankintakohteisiin liittyvien velvoitteiden asettaminen hankintaviranomaisille myös vähentää hankintaviranomaisten toimintavapautta hankintamenettelyissä. Tämä voi vaikuttaa niiden mahdollisuuksiin hankkia tavaroita ja palveluja, jotka soveltuvat kaikilta osin yksittäisten hankintaviranomaisten erityistarpeisiin. Tätä riskiä voisi olla mahdollista vähentää asettamalla velvoite asianmukaiselle tasolle.

On esitetty myös, että hankintakohteisiin liittyvät keskitetysti asetettavat velvoitteet loisivat ylimääräisen hallinnollisen rasitteen hankintaviranomaisille ja talouden toimijoille muun muassa lisäämällä työtaakkaa tarkistettaessa, että yritykset noudattavat vaatimuksia. Lisäohjeistus ja riittävä koulutus sekä varta vasten kehitetyt välineet⁹³ voisivat auttaa hankintaviranomaisia suoriutumaan tehokkaasti tästä työtaakasta. Lisäksi EU:n tasolla sovitut standardivaatimukset (esim. parhaisiin suorituskykyluokkiin kuuluvien ja merkinnöin varustettujen tuotteiden hankkiminen) voisi poistaa sen tarpeen, että hankintaviranomaisilla on oltava tekninen erityistietämys eritelmien laatimiseksi. Tämä yksinkertaistaisi joissain tapauksissa kyseisten kriteerien huomioonottoa paikallisella, alueellisella ja kansallisella tasolla.

Vähemmän pitkälle menevänä ratkaisuna olisi tarjota kannusteita tietäntyyppisten tavaroiden tai palvelujen hankintaan velvoittamatta siihen. Tällaisia kannusteita voisivat olla taloudelliset edut, joita hankintaviranomaiset saavat ympäristöä säästävien, sosiaalista osallisuutta edistävien tai innovatiivisten tavaroiden ja palvelujen hankinnasta, mekanismit parhaiden toimintatapojen vaihtamiseksi hankintaviranomaisten välillä tai muut tukimekanismit

⁹³ Kuten edellä mainittu Puhtaan ajoneuvon portaali.

hankintaviranomaisille, jotka haluavat edistää Eurooppa 2020 -tavoitteita hankintojensa kautta.

Kysymykset:

83. Ovatko hankintakohteisiin liittyvät EU-tason velvoitteet mielestänne hyvä keino saavuttaa muiden politiikanalojen tavoitteet? Mitkä olisivat tällaisen lähestymistavan pääasialliset edut ja haitat? Millä erityisillä tuote- tai palvelusektoreilla ja millä erityisillä politiikanaloilla hankintakohteisiin liittyvät velvoitteet olisivat mielestänne hyödyllisiä? Perustelkaa. Antakaa esimerkkejä jäsenvaltioiden hankintakäytänteistä, jotka voitaisiin ottaa käyttöön EU:n tasolla.
84. Katsotteko, että muita hankintakohteisiin liittyviä velvoitteita tulisi sisällyttää EU:n tasolla alakohtaiseen lainsäädäntöön (ympäristö, sosiaaliala, energia, esteettömyys jne.) vai tulisiko niitä sen sijaan vahvistaa osana yleistä julkisia hankintoja koskevaa EU-lainsäädäntöä?
85. Tulisiko hankintakohteisiin liittyvät velvoitteet asettaa kansallisella tasolla? Katsotteko, että nämä kansalliset velvoitteet voisivat johtaa sisämarkkinoiden fragmentaatioon? Jos katsotte, miten tätä riskiä voitaisiin parhaiten vähentää?
86. Tulisiko hankintakohteisiin liittyvien velvoitteiden velvoittaa hankintaviranomaisia määrällisesti (esim. ympäristöä säästäviin julkisiin hankintoihin siirtymisen laajuus), hankinnan kohteena olevien tavaroiden/palvelujen/urakoiden ominaisuuksien suhteen vaiko erityiskriteereinä, jotka on otettava huomioon yhtenä tarjouksen osatekijänä?
- 86.1. Mikä liikkumavara hankintaviranomaisille olisi jätettävä hankintapäätösten tekemisessä?
- 86.2. Tulisiko pakolliset vaatimukset asettaa vain vähimmäistasolle niin, että yksittäiset hankintaviranomaiset voivat halutessaan asettaa tiukempia vaatimuksia?
87. Miten teknologian kehitys voitaisiin ottaa parhaiten huomioon kehittyneimmän teknologian valitsemiseksi (esim. antamalla jonkin tahon tehtäväksi seurata, mikä teknologia on kehitetty pisimmälle, tai vaatimalla hankintaviranomaisia ottamaan kehittynein teknologia huomioon yhtenä sopimuksentekoperusteena taikka jollain muulla tavoin)?
88. Hankintakohteisiin liittyvien pakollisten perusteiden tai tavoitteiden käyttöönotto ei saisi johtaa kilpailun estymiseen hankintamarkkinoilla. Miten kilpailun estyminen voitaisiin ottaa huomioon ja välttää kyseisten perusteiden tai tavoitteiden asettamisessa?
89. Katsotteko, että hankintakohteisiin liittyvien velvoitteiden asettaminen lisäisi erityisesti pienten yritysten hallinnollista rasitetta? Jos katsotte, miten tätä riskiä voitaisiin vähentää? Millaisilla täytäntöönpanotoimenpiteillä ja/tai ohjeistuksella velvoitteita pitäisi tukea?
90. Jos ette kannata hankintakohteisiin liittyviä velvoitteita, pitäisittekö jotain muuta välinettä (esim. suosituksia tai muita kannusteita) tarkoituksenmukaisina?

4.3. Innovointi

Euroopassa on valtaiset käyttämättömät mahdollisuudet edistää innovointia julkisten hankintojen kautta ja samalla kannustaa rajatylittävää kilpailua, tukea vähähiilistä taloutta ja aikaansaada hankintaviranomaisten kannalta paras vastine rahalle. Julkisten hankintojen kohdistaminen innovatiivisiin tuotteisiin ja palveluihin on olennainen keino parantaa julkisten palvelujen laatua ja tehokkuutta budjettirajoitusten aikana.

Julkisia hankintoja koskevissa EU:n direktiiveissä on omaksuttu joustava lähestymistapa, joka antaa hankintaviranomaisille mahdollisuuden hyödyntää innovaatiohakuista hankintamallia ja sitä kautta kannustaa teollisuutta löytämään uusia pitkälle kehitettyjä ratkaisuja.

Suunnittelukilpailuilla⁹⁴ hankintaviranomaiset voivat hakea suunnitelmia tai hankkeita esimerkiksi arkkitehtuurin alalla, tekniikka- ja rakennusalailla tai tietojenkäsittelyn alalla. Tässä menettelyssä osallistujia pyydetään ehdottamaan hankkeita ilman tarkkaa tarjouseritelmää; osallistujat voivat vapaasti ehdottaa innovatiivisia ideoita, joita voidaan sen jälkeen käyttää tulevassa hankintamenettelyssä.

Hyvin monimutkaisille hankintasopimuksille, joita hankintaviranomaiset eivät katso voitavan myöntää avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä, direktiivi tarjoaa käyttöön toisen menettelyn, nimittäin kilpailullisen neuvottelumenettelyn⁹⁵. Siinä hankintaviranomaiset voivat neuvotella ehdokkaiden kanssa yksilöidäkseen ja määritelläkseen tarpeisiinsa parhaiten soveltuvat ratkaisut. Osallistujien edellytetään ehdottavan ideoita ja ratkaisuja, joista neuvotellaan hankintaviranomaisten kanssa.

Julkisia hankintoja koskevien nykyisten EU-sääntöjen tarkoituksena on taata suoja innovatiivisille ratkaisuille, vaikka ne eivät kuuluisi immateriaalioikeuksien piiriin. Hankintaviranomaiset eivät saa antaa ehdotettuja ratkaisuja eivätkä muita luottamuksellisia tietoja muiden osallistujien tietoon ilman tarjouksen tekijän suostumusta⁹⁶.

Ongelmana on kuitenkin tuotu esiin se, että erityisesti kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä saatetaan ottaa huomioon vain tietyt valikoidut immateriaalioikeudet tai ne otetaan huomioon vain joidenkin innovatiivisten ratkaisujen tapauksessa. Toisin sanoen jos osallistuja paljastaa ratkaisunsa ominaispiirteet, ne voivat päätyä muiden ehdokkaiden tietoon. Nykyiset säännöt edellyttävät näiden tietojen pitämistä luottamuksellisina, mutta hankintaviranomainen joutuu joka tapauksessa hankalien päätösten eteen joutuessaan yhtäältä noudattamaan velvoitetta suojata luottamukselliset tiedot ja toisaalta paljastamaan jotkin tiedot, jotta voitaisiin yksilöidä sen tarpeisiin parhaiten soveltuvat ratkaisut. Hankintaviranomaiset saattavat haluta painostaa tarjoajia suostumaan tietojen paljastamiseen. Lisäksi se, että paras (ts. hankintaviranomaisen valitsema) ratkaisu esitetään joka tapauksessa kaikille osallistujille, joita pyydetään sen jälkeen jättämään tarjouksia kyseisen ratkaisun perusteella, ei ehkä kannusta osallistujia esittämään erittäin innovatiivisia ratkaisuja, koska niillä ei ole takeita siitä, että ne ”palkittaisiin” kyseisen ratkaisun keksimisestä sillä, että ne saavat itse hankintasopimuksen.

⁹⁴ Ks. direktiivin 2004/18/EY 66–74 artikla.

⁹⁵ Ks. direktiivin 2004/18/EY 29 artikla ja johdanto-osan 31 kappale. Kilpailullisesta neuvottelumenettelystä ei säädetä direktiivissä 2004/17/EY. Mikään ei kuitenkaan estä hankintaviranomaista, joka on päättänyt noudattaa neuvottelumenettelyä julkaisemalla ennakolta tarjouskilpailuilmoituksen, määäämästä eritelmissä, että noudatettava menettely on direktiivin 2004/18/EY mukainen kilpailullinen neuvottelumenettely.

⁹⁶ Direktiivin 2004/18/EY 29 artiklan 3 kohta. Tämä tae tulee kyseisen direktiivin 6 artiklan luottamuksellisuuslausekkeen lisäksi.

Tarjouspyyntöä valmistellessaan hankintaviranomaiset voivat myös päättää sallia, että tarjoajat esittävät vaihtoehtoisia tarjouksia. Tällöin tarjoajat saattavat ehdottaa tavaroita tai palveluja, jotka eivät vastaa hankintaviranomaisen yksilöimiä mutta jotka täyttävät tarjousasiakirjoihin sisältyvät tekniset vähimmäisvaatimukset. Mahdollisuus esittää tarjouksia, jotka poikkeavat hankintaviranomaisten alun perin esittämistä teknisistä eritelmistä, kannustaa talouden toimijoita ehdottamaan innovatiivisempia palveluja tai tuotteita. Tämä voi stimuloida uusien teknologioiden tutkimusta ja antaa käyttäjille mahdollisuuksia hyötymään teknisestä kehityksestä.

Toinen tärkeä tapa edistää innovointia on se, että hankintaviranomaiset pyytävät kehittämään tuotteita ja palveluita, joita ei ole vielä saatavilla markkinoilla. Nykyisen lainsäädännön puitteissa tämä voidaan toteuttaa ns. esikaupallisina hankintoina⁹⁷, joissa on kyse tutkimus- ja kehittämispalvelujen hankkimisesta uusien ratkaisujen kehittämiseksi⁹⁸, minkä jälkeen lopullinen tuote tai palvelu on mahdollista hankkia myöhemmässä vaiheessa tavanomaisessa julkisessa hankintamenettelyssä. Tässä mallissa viranomaiset voivat jakaa tavarantoimittajien kanssa riskit ja hyödyt, joita uusien pienen volyymin tuotteiden ja palvelujen suunnitteluun, prototypointiin ja testaukseen liittyy, tarvitsematta turvautua valtion tukeen.

Esikaupallisilla hankinnoilla hankintaviranomaiset voivat lisätä tuntuvasti julkisten palvelujen laatua ja tehokkuutta, sillä niiden avulla voidaan luoda edelläkävijämarkkinoita ja saattaa kehitteille uusia läpimurtoratkaisuja julkisen sektorin haasteisiin, joiden ratkaisemiseksi ei ole vielä valmiita tuotteita ja palveluja markkinoilla.

Vaikka käytössä on tällaisia eri mahdollisuuksia edistää innovointia julkisten hankintojen kautta, sidosryhmät väittävät, että julkisilla hankinnoilla tavoitellaan Euroopassa liian harvoin innovointia. Tähän voi olla useita syitä, kuten väärät, vähäriskisiin ratkaisuihin johtavat kannusteet, uusien teknologioiden ja innovaatioiden onnistuneeseen hankintaan vaadittavan tietämyksen ja valmiuksien puuttuminen, julkisen hankintatoiminnan ja poliittisten tavoitteiden irrallisuus toisistaan sekä strategisen lähestymistavan puuttuminen. Esiin tullut ohjeistuksen tarve edellyttääkin keskustelua siitä, miten julkisia hankintoja koskevien sääntöjen soveltaminen ja mahdolliset muut toimenpiteet voisivat auttaa hankintaviranomaisia edistämään innovointia. Erityistä huomiota olisi kiinnitettävä suorituskyvyn mittaamiseen, koska tällä on keskeinen merkitys arvioitaessa vaikutusta, joka julkisilla hankinnoilla on innovointiin, suorituskyvyn parantamiseen ja innovaation varsinaisen tavoitteen saavuttamiseen.

Kysymykset:

91. Oletteko sitä mieltä, että innovointia on tarpeen edistää ja stimuloida julkisten hankintojen kautta? Mitkä kannusteet/toimenpiteet tukisivat ja vauhdittaisivat innovaatioiden käyttöönottoa julkisen sektorin elimissä?

⁹⁷ Esikaupallisia hankintoja tarkastellaan lähemmin komission tiedonannossa *Esikaupalliset hankinnat: innovoinnin edistäminen kestävien ja korkealaatuisten julkisten palvelujen varmistamiseksi Euroopassa*, KOM(2007) 799 ja siihen liittyvässä komission yksiköiden valmisteluasiakirjassa SEC(2007) 1668. Lisätietoa viimeisimmästä kehityksestä ja esikaupallisiin hankintoihin liittyvää uutismateriaalia saa verkko-osoitteesta http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home_en.html

⁹⁸ Nämä hankinnat eivät direktiivin 2004/18/EY 16 artiklan f alakohdan nojalla kuulu EU:n julkisten hankintojen direktiivien soveltamisalaan.

92.	Antaako kilpailullinen neuvottelumenettely mielestänne riittävän suojan immateriaalioikeuksille ja innovatiivisille ratkaisuille niin, että tarjoajat eivät menetä innovatiivisten ideoidensa tuomia hyötyjä?
93.	Voitaisiinko muilla menettelyillä täyttää paremmin vaatimus innovoinnin edistämisestä suojaamalla uudet ratkaisut? Jos voitaisiin, millaiset menettelyt soveltuisivat tähän parhaiten?
94.	Pidätekö sopivana tapana edistää innovointia esikaupallisilla hankinnoilla, joissa hankintaviranomaiset hankkivat t&k-palveluja sellaisten tuotteiden kehittämiseksi, joita ei ole vielä saatavilla markkinoilla? Tarvitaanko lisää jäsenvaltioiden t&k-hankintojen parhaiden toimintatapojen levittämistä ja/tai benchmarking-kehittämistä, jotta voidaan helpottaa laajempaa siirtymistä esikaupallisiin hankintoihin? Olisiko mitään muita keinoja, jotka eivät nimenomaisesti sisälly nykyiseen lainsäädäntöön mutta joiden avulla hankintaviranomaiset voisivat hakea sellaisten tuotteiden ja palvelujen kehittämistä, joita ei ole vielä saatavilla markkinoilla? Näettekö erityisiä tapoja, joilla hankintaviranomaiset voisivat kannustaa pk-yrityksiä ja uusyrityksiä osallistumaan esikaupallisiin hankintoihin?
95.	Tarvitaanko pk-yritysten innovointivalmiuksien edistämiseksi muita toimenpiteitä? Jos tarvitaan, millaisia toimenpiteitä ehdottaisitte?
96.	Minkälaisia suorituskykyä mittaavia toimenpiteitä ehdottaisitte, jotta voidaan seurata innovatiivisten julkisten hankintojen edistymistä ja vaikutusta? Mitä tietoja nämä toimenpiteet edellyttäisivät ja miten ne voidaan koota aiheuttamatta lisätaakkaa hankintaviranomaisille ja/tai talouden toimijoille?

4.4. Sosiaalipalvelut

Sosiaalipalvelut sisältyvät direktiivin 2004/18/EY liitteeseen II B. Näin ollen – kuten edellä selitetään – sosiaalipalvelujen hankintasopimuksiin, joiden arvo ylittää julkisia palveluja koskevien direktiivien kynnysarvot, sovelletaan vain joitain direktiivien sääntöjä (koskien teknisiä eritelmiä ja hankintamenettelyn tulosten julkaisemista) sekä EU-oikeuden perusperiaatteita, joihin kuuluvat syrjimättömyys ja avoimuus⁹⁹. Kuten edellä selitetään, kynnysarvojen alapuolelle jääviin hankintasopimuksiin sovelletaan ainoastaan EU-oikeuden perusperiaatteita – kuten syrjimättömyyttä ja avoimuutta –, jos kyseisiin sopimuksiin liittyy rajat ylittävä intressi.

Näistä syistä viranomaisilla on noudatettavissa menettelyissä jo merkittävä liikkumavara niiden ulkoistaessa sosiaalipalveluja julkisilla hankintasopimuksilla. Lisäksi julkisyhteisöt voivat asettaa vaatimuksia erityisesti kyseisen palvelun laadulle, kattavuudelle ja jatkuvuudelle sekä vaatimuksia, jotka koskevat käyttäjien mukanaoloa ja osallistumista palvelun tarjontaan ja arviointiin sekä sen varmistamista, että palvelun tarjoajat perehtyvät paikallisiin olosuhteisiin palvelua toteuttaessaan¹⁰⁰.

⁹⁹ Sosiaalipalvelut kuuluvat direktiivin 2004/18/EY liitteessä II B lueteltuihin palveluihin, joihin sovelletaan vain joitakin direktiivin sääntöjä (liitteessä II A ja liitteessä II B lueteltujen palvelujen välistä eroa selostetaan kyseisen direktiivin 20 ja 21 artiklassa).

¹⁰⁰ Julkisia hankintoja koskevien sääntöjen soveltamisesta sosiaalipalveluihin on – ottaen huomioon julkisten viranomaisten laaja liikkumavara tällä alalla – annettu erityistä ohjeistusta asiakirjassa *Guide to the application of the European Union rules on State aid, public procurement and the internal*

Jotkin sidosryhmät esittävät nykyisten sääntöjen muuttamista, jotta sosiaalipalvelujen erityispiirteet voitaisiin ottaa paremmin huomioon. Erityisesti vaaditaan korkeampia kynnysarvoja näille palveluille. On huomattava, että sosiaalipalvelujen tapauksessa kynnysarvojen nostaminen ei johtaisi kattavuuden rajoittamiseen ja mahdollisiin kompensatiovaatimuksiin GPA-sopimuksen ja muiden kansainvälisten sopimusten nojalla, koska B-palvelut eivät kuulu kyseisten sopimusten soveltamisalaan.

Kysymykset:

97. Katsotteko, että sosiaalipalvelujen erityispiirteet tulisi ottaa kattavammin huomioon julkisia hankintoja koskevassa EU:n lainsäädännössä? Kuinka tämä olisi tehtävä?
- 97.1. Katsotteko, että tiettyjä sosiaalipalvelujen hankintaan liittyviä näkökohtia olisi säänneltävä nykyistä laajemmin EU:n tasolla näiden palvelujen laadun parantamiseksi? Erityisesti:
 - 97.1.1. Tulisiko direktiiveissä kieltää alhaisimman hinnan käyttö sopimuksentekoperusteena / rajoittaa hintaperusteen käyttöä / rajoittaa painoarvoa, jonka hankintaviranomaiset voivat antaa hinnalle / ottaa käyttöön kolmas sopimuksentekoperuste alhaisimman hinnan ja kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen lisäksi?
 - 97.1.2. Tulisiko direktiiveissä sallia se mahdollisuus, että sosiaalipalvelujen sopimuksia varataan voittoa tavoittelemattomille organisaatioille? Pitäisikö tällaisille organisaatioille antaa muita etuoikeuksia sosiaalipalvelusopimusten teon yhteydessä?
 - 97.1.3. Sopimuksentekoperusteiden väljentäminen tai sopimusten varaaminen tietyn tyyppisille organisaatioille voisi vaarantaa hankintamenettelyjen tavoitteen taata tällaisten palvelujen hankinta ”vähimmin yhteisölle koituvien kustannuksien” ja aiheuttaa riskin siitä, että sopimuksiin liittyy valtiontukea? Oletteko samaa mieltä?
- 97.2. Katsotteko, että muita sosiaalipalvelujen hankinnan näkökohtia tulisi säännellä vähemmän (esim. nostamalla kynnysarvoja tai soveltamalla *de minimis* -sääntöjä tällaisten palvelujen osalta)? Millä tätä sosiaalipalvelujen erikoiskohtelua voitaisiin perustella?

5. ASIANMUKAISTEN MENETTELYJEN VARMISTAMINEN

Koska julkisiin hankintoihin liittyy taloudellisia riskejä sekä julkisen ja yksityisen sektorin välinen tiivis vuorovaikutus, ne ovat alttiita sääntöjenvastaisille liiketoimintakäytännöille, kuten eturistiriidoille, suosinnalle ja korruptiolle. Samasta syystä ns. Tukholman ohjelmassa¹⁰¹ mainitaan julkiset hankinnat erityishuomiota vaativana osa-alueena korruption torjunnassa.

market to services of general economic interest and, in particular, to social services of general interest (SEC(2010) 1545), jolla päivitetään komission yksiköiden valmisteluasiakirjaa *Frequently Asked Questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest*, SEC(2007) 1514, 20.11.2007.

¹⁰¹ Neuvoston asiakirja 17024/09, jonka Eurooppa-neuvosto hyväksyi 10. ja 11. joulukuuta 2009.

Sääntöjenvastaisten liiketoimintakäytäntöjen estämiseksi tarvitaan tehokkaita mekanismeja, jotka paitsi varmistavat tasapuolisen kilpailun ja veronmaksajien rahojen tehokkaan käytön myös voivat edistää merkittävästi yleistä talousrikollisuuden torjuntaa.

Direktiivit sisältävät jo vaatimuksia menettelyn läpinäkyvyydestä, jotta voidaan varmistaa kaikkien tarjoajien tasavertainen kohtelu ja minimoida sääntöjenvastaisten käytäntöjen riskit. Nykyiset direktiivit eivät kuitenkaan sisällä erityisiä sääntöjä eturistiriitojen estämisestä ja sanktioimisesta, ja niistä on vain vähän sääntöjä, joilla nimenomaan torjutaan suosintaa ja korruptiota julkisissa hankinnoissa. Näihin kysymyksiin puututaan yksityiskohtaisemmin kansallisessa lainsäädännössä, mutta sen tarjoamat takeet vaihtelevat paljon jäsenvaltioittain.

Menettelyllisten takeiden lisääminen EU:n tasolla sääntöjenvastaisten liiketoimintakäytäntöjen varalta voisi parantaa Euroopan yleistä suojautumista tällaisilta käytännöiltä, lisätä menettelyjen yleistä tasapuolisuutta ja vähentää hankintaprosessin alttiutta petoksille ja korruptiolle. Lisätakeet usein kuitenkin tuovat hallinnollisia rasitteita hankkijoille ja yrityksille, ja sääntöjenvastaisten liiketoimintakäytäntöjen torjunnasta saatavaa lisäarvoa onkin punnittava huolellisesti suhteessa kielteisiin vaikutuksiin, joita niillä voi olla yleiseen tavoitteeseen menettelyjen yksinkertaistamisesta.

5.1. Eturistiriitojen välttäminen

Eturistiriidalla tarkoitetaan tilannetta, jossa sopimus päätökseen osallistuvilla henkilöillä on keskenään ristiriitaisia ammatillisia tai henkilökohtaisia velvoitteita taikka henkilökohtaisia tai taloudellisia intressejä, jotka voivat vaikeuttaa heidän tehtäviensä tasapuolista ja puolueetonta hoitamista, tai jossa henkilöllä on mahdollisuus vaikuttaa hankintaviranomaisen päätöksentekoon omien etujensa ajamiseksi. Eturistiriidat eivät välttämättä johda korruptioon, mutta ne voivat johtaa vilpilliseen käyttäytymiseen. Eturistiriitojen havaitseminen ja ratkaiseminen on siksi edellytys petosten torjunnalle. Painotettakoon, että eturistiriita on itsessään ja objektiivisesti tarkasteltuna aina vakava toimintahäiriö, jonka oikeudellisessa luonnehdinnassa ole tarpeen ottaa huomioon kyseessä olevien henkilöiden aikomuksia tai vilpittömyyttä tai vilpillistä mieltä¹⁰².

On syytä keskustella siitä, tarvitaanko EU:n tasolla perussääntöjä, kuten yhteinen määritelmä eturistiriitatilanteista, joita ei voida hyväksyä, ja takeita tällaisten tilanteiden välttämiseksi tai ratkaisemiseksi¹⁰³. Takeina voitaisiin vaatia lausuntoja siitä, ettei eturistiriitoja ole, sekä myös tietyntäsoista avoimuutta ja vastuuvollisuutta hankintavirkamiehiltä liittyen heidän henkilökohtaiseen tilanteeseensa, noudattaen tietysti täysin tietosuojasääntöjä ja -normeja. EU-säännöissä voitaisiin esimerkiksi velvoittaa hankintaviranomaiset ilmoittamaan arviointilautakunnan jäsenten nimet valvontaelimelle tai vaatia niitä tarkistamaan arviointilautakunnan perustamisen yhteydessä, ettei eturistiriitoja ole.

Kysymykset:

¹⁰² Ks. asia T-277/97, *Iseri Europa Srl v. tilintarkastustuomioistuim*, 15.6.1999, kohta 123, koskien EU:n toimielimien hankintasääntöjä.

¹⁰³ Ks. esim. EU-toimielinten hankintasäännöt: Euroopan yhteisöjen yleiseen talousarvioon sovellettavasta varainhoitoasetuksesta annetun neuvoston asetuksen 52 artikla sekä asiaa koskeva oikeuskäytäntö, mm. asia T-21/01, *Zavvos v. komissio*, 9.7.2002, ja asia T-160/03, *AFCon Management Consultants v. komissio*, 17.3.2005.

- | | |
|-----|---|
| 98. | Kannattaisitteko EU:n yhteistä määritelmää julkisiin hankintoihin liittyvästä eturistiriidasta? Mitkä mahdollisesti eturistiriidan sisältävät toiminnot/tilanteet tämän määritelmän olisi katettava (henkilökohtaiset suhteet, liiketoimintaintressit (kuten osakkuudet), yhteensopimattomuus ulkoisten tehtävien kanssa jne.)? |
| 99. | Oletteko sitä mieltä, että tarvitaan takeet eturistiriitatilanteiden välttämiseksi, havaitsemiseksi ja ratkaisemiseksi tehokkaasti EU:n tasolla? Jos olette, millaisia takeita pitäisitte tarkoituksenmukaisena? |

5.2. Suosinnan ja korruption torjunta

Hankintamarkkinoita ja etenkin suuria rakennusurakoita pidetään usein otollisena lahjonnan kohteena. Prosessin eheys ei vaarannu pelkästään korruptiotapauksissa, mikä on ilmeistä, vaan myös yleisemmin kaikissa suosintatapauksissa, vaikka niihin ei välttämättä liittyisi vilpillistä käyttäytymistä. Tästä on esimerkkinä muun muassa paikallisen ehdokkaan suosinta. Yleisimmät julkisten hankintamenettelyjen korruptiotapaukset ovat ns. voitelu (lahjuksen maksaminen virkamiehelle palkkiona hankintaprosessiin vaikuttamisesta), tarjousasiakirjojen manipulointi tietyn tarjoajan suosimiseksi sekä pöytälaatikko-/välittäjäyritysten käyttö korruptoituneen virkamiehen laittoman toiminnan peittämiseksi.

Useiden jäsenvaltioiden hankintasäännöt sisältävät erityisesti korruption ja suosinnan estämiseen ja torjumiseen suunniteltuja mekanismeja. On syytä analysoida samaan tapaan kuin eturistiriitojen tapauksessa, tulisiko julkisia hankintoja koskevaan EU:n lainsäädäntöön sisällyttää tiettyjä erityisiä takeita sillä edellytyksellä, ettei tästä aiheudu kohtuuttomia hallinnollisia rasitteita. On kuitenkin pidettävä mielessä, että korruptio on arkaluontoinen kysymys jäsenvaltioille ja että siihen liittyvät tosiasialliset ongelmat ja myös mahdolliset ratkaisut riippuvat kansallisista hallinto- ja liiketoimintakulttuureista, jotka poikkeavat toisistaan suuresti. Siksi voi olla vaikeaa löytää EU:n tasolla käyttöön otettavia standardiratkaisuja.

Usein ehdotetaan, että julkisissa hankinnoissa esiintyvään korruptioon tulisi puuttua lisäämällä läpinäkyvyyttä erityisesti päätöksissä, jotka hankintavirkamiehet tekevät menettelyn aikana. Tällöin ehdokkaat ja mahdollisesti suuri yleisö voisivat seurata julkisten virkamiesten päätöksiä ja toimia sitä kautta tehokkaasti korruptiota vastaan. Tällaiseen suurempaan läpinäkyvyyteen voitaisiin siirtyä esimerkiksi tarjouksen avaamisessa tai hankintaprosessia dokumentoivien selvitysten pakollisessa julkaisemisessa. Tästä aiheutuva hallinnollinen lisärasite olisi melko vähäinen, koska hankintaviranomaisilla on jo velvollisuus laatia nämä selvitykset¹⁰⁴. Myös tehtyjen hankintasopimusten julkaiseminen (sen jälkeen, kun kaupallisesti arkaluontoiset tiedot on käsitelty toimituksellisesti) voisi tukea hankintapäätösten demokraattisempaa seurantaa.

Voitaisiin kaavalla myös erityisten välineiden, kuten maksuttomiin puhelinnumeroihin tai internetiin perustuvien ilmoitusjärjestelmien kehittämistä, joiden kautta osallistujat tai muut tahot voivat antaa tietoja mahdollisista väärinkäytöksistä tai sääntöjenvastaisuuksista. Hankintailmoituksessa, hankintaviranomaisen verkkosivustolla ja muissa julkaisuvälineissä voitaisiin viitata tällaiseen järjestelmään, jonka kautta hankintaviranomainen tai valvontaviranomainen voi saada tietoa nimettömistä tai identifioituista lähteistä.

¹⁰⁴ Direktiivin 2004/18/EY 43 artikla.

Olisi kannustettava käyttämään jo käytössä olevia välineitä, jotka tehostavat koko hankintasyklin hyvää ja läpinäkyvää hallintoa, sekä muita vastaavia käytäntöjä. Voisi olla hyödyllistä laatia hankintaviranomaisten käyttöön erityinen varoittavien merkkien (red flag indicators) tarkistuslista, vaikka tällä onkin rajoituksensa¹⁰⁵. Tehokkaampia ilmoituskäytäntöjä voitaisiin edistää pyrkimällä selkeisiin sääntöihin ilmoitusvaatimuksista ja ilmiantajien suojelusta. Ulkoisten seurantatahojen (hallintoasiantuntijoiden, kansalaisjärjestöjen jne.) käyttö voi tuoda lisäarvoa sisäisen seurannan välineille toimittajien ja urakoitsijoiden suoritusten arvioinnissa sekä myös epäilyttävien tapausten havaitsemisessa ja raportoisissa.

Samoin voitaisiin harkita jo käytössä olevien arviointimekanismien käyttöä seurattaessa kansainvälisten sopimusten noudattamista, jotka sisältävät määräyksiä korruption torjunnasta julkisissa hankinnoissa¹⁰⁶.

Lisäksi hankintaviranomaisten harkintavallan rajoittaminen tietyissä näkökohdissa (esim. menettelyjen mitätöimisessä) voisi hankaloittaa objektiivisesti perustelemattomien päätösten tekemistä ja niin muodoin estää suosinnan. Tällaiset toimenpiteet eivät saa tietenkään rajoittaa liikkumavaraa, jonka hankintaviranomaiset tarvitsevat omiin erityistarpeisiinsa soveltuvien tavaroiden ja palvelujen hankkimiseksi.

Kysymykset:

100. Oletteko yhtä mieltä siitä, että hankintamarkkinat ovat alttiita korruptiolle ja suosinnalle? Tarvitaanko tässä mielestänne EU:n toimintaa vai tulisiko asia jättää jäsenvaltioille?
101. Mitkä ovat mielestänne suurimmat prosessin eheyteen kohdistuvat riskit kussakin julkisen hankintamenettelyn vaiheessa (kohteen määrittely, tarjouskilpailun valmistelu, valintavaihe, sopimuksentekovaihe, sopimuksen toteutus)?
102. Mihin näistä riskeistä olisi puututtava ottamalla käyttöön spesifisempiä/uusia sääntöjä julkisia hankintoja koskevilla EU:n direktiiveillä ja miten (mitä sääntöjä/takeita)?
103. Mistä muista välineistä direktiiveillä voitaisiin säätää järjestäytyneen rikollisuuden torjumiseksi julkisissa hankinnoissa? Kannattaisitteko esimerkiksi alihankintaan kohdistuvaa etukäteistarkastusta?

5.3. Tarjoajien poissulkeminen

Korruptioon tai yleisemmin väärinkäytöksiin ammattitoiminnassaan syyllistyneiden tarjoajien poissulkeminen on voimakas keino rangaista sääntöjenvastaisista liiketoimintakäytännöistä ja tietyssä määrin myös ehkäistä niitä. Direktiivin 2004/18/EY 45 artikla velvoittaa jo sulkemaan pois hankintamenettelystä tietyistä rikkomuksista (mm. korruptiosta) tuomitut tarjoajat ja antaa mahdollisuuden sulkea pois myös joihinkin muihin sääntöjenvastaisiin liiketoimintakäytäntöihin (mm. ”vakavaan virheeseen ammattitoiminnassa”) syyllistyneet tarjoajat.

¹⁰⁵ World Bank Policy Research Paper nro 5243, 29.3.2010.

¹⁰⁶ Erityisesti kansainvälisissä liikesuhteissa tapahtuvan ulkomaisiin virkamiehiin kohdistuvan lahjonnan torjuntaa koskeva OECD:n yleissopimus ja YK:n korruption vastainen yleissopimus.

Kyseisen säännöksen soveltamisalaan, tulkintaan, saattamiseen osaksi kansallista lainsäädäntöä ja käytännön soveltamiseen liittyy kuitenkin avoimia kysymyksiä, joita jäsenvaltiot ja hankintaviranomaiset haluavat selvittää.

Erityisesti olisi tarkasteltava, ovatko 45 artiklassa säädetyt poissulkemisperusteet tarkoituksenmukaisia, riittävät selkeitä (varsinkin ”vakava virhe ammattitoiminnassa”) ja tarpeeksi kattavia vai pitäisikö ottaa käyttöön myös muita poissulkemisperusteita. Hankintaviranomaiset kohtaavat myös käytännön vaikeuksia yrittäessään hankkia kaikki tarvittavat tiedot muista jäsenvaltioista tulevien tarjoajien ja ehdokkaiden henkilökohtaisesta tilanteesta ja heidän kansallisen lainsäädäntönsä mukaisesta osallistumiskelpoisuudesta.

Lisäksi on todennäköisesti selvennettävä, mikä on liikkumavara kansallisen lainsäädännön soveltamisessa poissulkemistapauksissa. Poissulkemista koskevien lisäperusteiden ottaminen käyttöön kansallisessa lainsäädännössä voisi antaa jäsenvaltioille mahdollisuuden puuttua tehokkaammin sääntöjenvastaisten liiketoimintakäytäntöjen erityisongelmiin, jotka liittyvät niiden omiin kansallisiin olosuhteisiin. Toisaalta omiin kansallisiin poissulkemisperusteisiin liittyy aina riski ulkomaisten tarjoajien syrjinnästä, mikä voi vaarantaa periaatteen Euroopan laajuisista tasapuolisista toimintaedellytyksistä.

Tärkeä seikka, jota julkisia hankintoja koskevissa EU:n direktiiveissä ei nykyään käsitellä, ovat vapaaehtoiset toimenpiteet (ns. self-cleaning measures), joihin talouden toimija voi ryhtyä korjatakseen osallistumiskelpoisuuteensa kielteisesti vaikuttavan tilanteen. Niiden tuloksekkuus riippuu siitä, ovatko ne jäsenvaltioiden hyväksymiä. Vapaaehtoisten toimenpiteiden avulla voidaan löytää tasapaino yhtäältä poissulkemisperusteiden täytäntöönpanon ja toisaalta oikeasuhteisuuden ja tasavertaisen kohtelun välillä. Vapaaehtoisten toimenpiteiden huomioon ottaminen voi auttaa hankintaviranomaisia tekemään objektiivisen ja täydemmän arvioinnin yksittäisen ehdokkaan tai tarjoajan tilanteesta tehtäessä päätöstä siitä, suljetaanko se pois hankintamenettelystä.

Artikla 45 antaa jäsenvaltioille mahdollisuuden ottaa vapaaehtoiset toimenpiteet huomioon, jos nämä toimenpiteet osoittavat, että ehdokkaan tai tarjoajan ammatilliseen rehellisyyteen, vakavaraisuuteen ja luotettavuuteen liittyneet ongelmat on poistettu. Vapaaehtoisista toimenpiteistä ei ole annettu yhtenäisiä sääntöjä, mutta joissain jäsenvaltioissa hankintaviranomaiset ottavat joka tapauksessa huomioon toimenpiteet, joihin talouden toimija ryhtyy poissulkemistilanteen korjaamiseksi.

Lisäksi nousee esille kysymys siitä, tulisiko EU:n nimenomaisesti määrätä sanktioita yrityksistä heikentää hankintamenettelyn läpinäkyvyyttä ja puolueettomuutta (esim. ehdokkaiden tai tarjoajien yritykset saada käyttöönsä luottamuksellisia tietoja tai vaikuttaa epäasianmukaisesti hankintaviranomaisen toimintaan valinta- ja sopimuksentekovaiheissa). Seuraamuksena voisi olla esimerkiksi ehdokkaan tai tarjouksen hylkääminen, kunhan tämä päätös on asianmukaisesti perusteltu.

Eräistä vakavista laittoman toiminnan muodoista, kuten korruptiosta tai eturistiriitojen tarkoituksellisesta ilmoittamatta jättämisestä, tulisi myös määrätä vakavampia sanktioita, esimerkiksi rikosoikeudellisia seuraamuksia. Jäsenvaltioilla on jo velvollisuus määrätä rikosoikeudellisia seuraamuksia virkamiestensä korruption tapauksessa. Sitä, onko aiheellista

vahvistaa seuraamuksiin liittyvät vähimmäisnormit, on arvioitava rikoksen ulottuvuuden sekä välttämättömyys-, toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteiden kannalta¹⁰⁷.

Kysymykset:

104. Katsotteko, että tarjoajien poissulkemista koskeva direktiivin 2004/18/EY 45 artikla on hyvä sanktiosäännös sääntöjenvastaisista liiketoimintakäytännöistä? Mitä parannuksia ehdottaisitte tähän mekanismiin ja/tai mitä vaihtoehtoisia mekanismeja ehdottaisitte?
105. Miten voitaisiin tehostaa hankintaviranomaisten välistä yhteistyötä tarvittavien tietojen hankkimiseksi ehdokkaiden ja tarjoajien henkilökohtaisesta tilanteesta?
106. Tulisiko vapaaehtoisten toimenpiteiden (self-cleaning measures) kysymystä käsitellä 45 artiklassa vaiko säännellä vain kansallisella tasolla?
107. Onko perusteltu päätös tarjouksen tai hakemuksen hylkäämisestä sopiva seuraamus, joka parantaa tasavertaisen kohtelun periaatteen noudattamista?
108. Katsotteko, että rikosoikeudellisten seuraamusten vähimmäisnormit tulisi Lissabonin sopimus huomioon ottaen laatia joissain tapauksissa (esim. korruptio ja eturistiriitojen ilmoittamatta jättäminen) EU:n tasolla?

5.4. Kohtuuttomien etujen välttäminen

Joissakin tilanteissa menettelyn tasapuolisuus voi vaarantua, koska tietyt tarjoajat ovat muita edullisemmassa tilanteessa, vaikkei kyse olisikaan eturistiriidasta tai sääntöjenvastaisista käytännöistä. Esimerkiksi ehdokkaan tai tarjoajan aikaisempi osallistuminen toimiin, jotka liittyvät hankinnan kohteena olevan palvelun kehittämiseen (kuten tutkimuksiin ja/tai suunnitteluun) voi antaa sille merkittävän edun sisäpiiritiedon muodossa ja siksi johtaa ongelmiin tasapuolisen kohtelun noudattamisessa¹⁰⁸.

Kysymys kuuluu, missä määrin tällaisia etuja voidaan tasapainottaa ilman, että se johtaa kyseisen tarjoajan syrjintään. Hankkeen valmisteluun osallistuneiden tarjoajien suora poissulkeminen olisi todennäköisesti kohtuutonta eikä välttämättä edes toteutettavissa käytännössä, erityisesti jos markkinoilla on vain vähän päteviä kilpailijoita. Etujen järkevä tasapainotus voisi olla mahdollista esimerkiksi velvoittamalla tarjoaja paljastamaan kaikille kilpaileville tarjoajille sisäpiiritiedot, jotka se on voinut saada aikaisemmassa yhteydessä.

Vielä monimutkaisempi ongelma ovat vakiintuneille tarjoajille luonnostaan aiheutuvat edut, joita on vielä vaikeampi yksilöidä selvästi ja tasapainottaa. Tiettyjen sisäpiiritietojen pakollinen paljastaminen voi tässäkin tapauksessa olla tarkoituksenmukaista, jotta voidaan vähentää syrjintäriskejä – tietysti sillä ehdolla, että kaupallisesti arkaluontoiset tiedot suojataan riittävästi.

¹⁰⁷ EU:n toiminnallisen rikosoikeudellisen toimivallan osalta ks. asia C-440/05, *komissio v. neuvosto*, kohta 66.

¹⁰⁸ Ks. yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom*.

Kysymykset:

109. Tulisiko EU:n tasolla antaa erityiset säännöt sen ongelman ratkaisemiseksi, että tietyille tarjoajille aiheutuu etuja niiden aikaisemmasta osallistumisesta tarjouskilpailun kohteena olevan hankkeen suunnitteluun? Mitä takeita ehdottaisitte?
110. Katsotteko, että mahdollisiin vakiintuneiden tarjoajien etuihin liittyvään ongelmaan tulisi puuttua EU:n tasolla, ja jos katsotte, niin miten?

6. KOLMANSIEN MAIDEN TOIMITTAJIEN PÄÄSY EU:N MARKKINOILLE

Julkiseen hankintaan liittyvät EU:n kansainväliset sitoumukset otetaan huomioon direktiivien eri säännöksissä.

Direktiivin 2004/18/EY johdanto-osan 7 kappaleessa ja direktiivin 2004/17/EY johdanto-osan 14 kappaleessa viitataan nimenomaisesti neuvoston päätökseen 94/800/EY, jolla WTO:n GPA-sopimus hyväksyttiin. Sen mukaan *”kolmansien allekirjoittajamaiden tarjoajiin ja tuotteisiin sovellettavat järjestelyt on määritelty mainitussa sopimuksessa”*. Lisäksi GPA-sopimukseen liittyvät ehdot otetaan huomioon direktiivin 2004/18/EY 5 artiklassa ja direktiivin 2004/17/EY 12 artiklassa. Näin ollen GPA-sopimuksen allekirjoittajamaista tulevia talouden toimijoita on kohdeltava samalla tavoin kuin eurooppalaisia talouden toimijoita GPA-sopimuksen mukaisin ehdoin (erityisesti EU:n alaliite 1, joka sisältää kaikki sopimuksen mukaiset EU:n sitoumukset).

Lisäksi osa-alueilla, joilla EU ei ole antanut sitoumuksia, direktiivin 2004/17/EY 58 artiklalla otetaan käyttöön yhteisön etusijakohtelu tavaroiden hankinnassa ja saman direktiivin 59 artikla antaa mahdollisuuden rajoittaa pääsyä EU:n yleishyödyllisiä palveluja koskevien hankintojen markkinoille.

Monet sidosryhmät ovat viime aikoina tuoneet esille, että EU:n hankintamarkkinat ovat avoimemmat kuin EU:n kansainvälisten kumppaneiden hankintamarkkinat. Tästä johtuen EU:n yritykset eivät aina voi kilpailla tasapuolisin edellytyksin ulkomaisten yritysten kanssa. Tilanne vaikuttaa kielteisesti EU:n neuvotteluasemaan markkinoille pääsyn laajentamisesta käytävissä kansainvälisissä neuvotteluissa. Siksi on tarpeen pohtia EU:n julkisten hankintojen politiikkaa suhteessa kolmansiin maihin ja edellä mainittujen säännösten käyttöä samoin kuin mahdollisia parannuksia.

Parhaillaan käydään keskustelua mahdollisista tavoista vahvistaa EU:n neuvotteluasemaa kansainvälisissä neuvotteluissa, jotta voidaan varmistaa tasapainoisempi ja vastavuoroisempi pääsy EU:n ja ulkomaisille hankintamarkkinoille. Komissio tekee parhaillaan vaikutusten arviointia mahdollisista eri toimintavaihtoehdoista perustuen EU:n kansainvälisten sitoumusten, kuten GPA-sopimuksen, täytäntöönpanoon sekä suhteessa sellaisiin kolmansiin maihin, joiden kanssa EU:lla ei vielä ole tällaisia sopimuksia.

Kysymykset:

111. Mitkä ovat kokemuksenne ja/tai näkemyksenne direktiivin 2004/17/EY 58 ja 59 artiklan mekanismeista?

- 111.1. Tulisiko näitä säännöksiä parantaa? Jos tulisi, miten? Olisiko aiheellista laajentaa näiden säännösten soveltamisalaa yleishyödyllisiä palveluja koskevien hankintojen ulkopuolelle?
112. Mitä muita mekanismeja ehdottaisitte vastavuoroisen pääsyn varmistamiseksi hankintamarkkinoille?

Tässä vihreässä kirjassa käsitellään kysymyksiä, jotka komissio katsoo tärkeiksi EU:n julkisten hankintojen politiikan tulevan uudistamisen kannalta, mutta niiden lisäksi voi olla myös muita keskeisiä aiheita. Olisi myös kiinnostavaa kuulla sidosryhmiltä, mitä edellä käsitellyistä aiheista ne pitävät tärkeimpinä ja millä kysymyksillä on niille vähäisempi merkitys tulevan uudistuksen kannalta. Kaikkia sidosryhmiä pyydetään vastaamaan alla oleviin kysymyksiin.

Kysymykset:

113. Onko muita aiheita, joita mielestänne tulisi käsitellä julkisia hankintoja koskevien EU:n direktiivien tulevan uudistamisen yhteydessä? Mitä nämä kysymykset ovat, mitkä ovat mielestänne niihin liittyvät ongelmat ja millaisia olisivat niiden ratkaisut?
114. Asettakaa tärkeysjärjestykseen tässä vihreässä kirjassa esitetyt kysymykset ja muut tärkeinä pitämänne kysymykset. Mitkä olisivat kolme tärkeintä kysymystä, joihin olisi mielestänne puututtava ensin? Perustelkaa.

Komissio pyytää kaikkia asianomaisia vastaamaan tässä vihreässä kirjassa esitettyihin kysymyksiin ennen 18. huhtikuuta 2011 mieluiten sähköpostilla Word-muodossa osoitteeseen MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu.

Kaikkiin kysymyksiin ei tarvitse vastata, vaan voitte vastata vain omalta kannaltanne kiinnostaviin kysymyksiin. Ilmoittakaa selkeästi, mihin aiheeseen vastauksenne liittyvät.

Vastaukset julkaistaan internetissä nimellä, paitsi jos vastaaja vastustaa henkilötietojensa julkaisemista sillä perusteella, että julkaisu vahingoittaisi hänen oikeutettuja etujaan. Tällöin vastaus voidaan julkaista nimettömänä. Muussa tapauksessa kannanottoa ei julkaista eikä sen sisältöä periaatteessa oteta huomioon.

SV

SV

SV



EUROPEISKA KOMMISSIONEN

Bryssel den 27.1.2011
KOM(2011) 15 slutlig

GRÖNBOK

**om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling
med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad**

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1.	Vad handlar de offentliga upphandlingsreglerna om?	6
1.1.	Inköpsverksamhet	6
1.2.	Offentlig upphandling	7
1.3.	Offentliga upphandlare.....	10
2.	Att förbättra de upphandlande myndigheternas verktygslåda.....	13
2.1.	Att modernisera förfaranden	13
2.2.	Särskilda instrument för små upphandlande myndigheter	20
2.3.	Samarbete mellan offentliga myndigheter (offentlig-offentligt samarbete)	22
2.4.	Lämpliga verktyg för samlade inköp/gemensam upphandling	24
2.5.	Hantering av problem som rör fullgörande av kontrakt.....	25
3.	En mer tillgänglig Europeisk upphandlingsmarknad	28
3.1.	Bättre tillträde för små och medelstora företag och nystartade företag	28
3.2.	Säkrad effektiv konkurrens på lika villkor.....	31
3.3.	Upphandling när det inte förekommer någon konkurrens eller vid ensamrätt.....	34
4.	Strategisk användning av offentlig upphandling som svar på nya utmaningar	35
4.1.	”Hur man ska köpa in” för att Europa 2020-målen ska uppnås	36
4.2.	”Vad man ska köpa in” till stöd för Europa 2020-målen	42
4.3.	Innovation	45
4.4.	Sociala tjänster	48
5.	Garantera sunda förfaranden.....	49
5.1.	Förebyggande av intressekonflikter	50
5.2.	Insatser för att motverka favorisering och bestickning.....	51
5.3.	Uteslutning av ”oseriösa” anbudsgivare	52
5.4.	Undvika orättvisa fördelar.....	54
6.	Tillträde till EU-marknaden för leverantörer från tredjeländer.....	55

GRÖNBOK

om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad

I Europa 2020-strategi för smart och hållbar tillväxt för alla¹ uppställs en vision för en konkurrenskraftig social marknadsekonomi i Europa under nästa årtionde som vilar på följande tre sammankopplade och ömsesidigt förstärkande prioriteringar: utveckla en ekonomi baserad på kunskap och innovation, främja en koldioxidsnål, resurseffektiv och konkurrenskraftig ekonomi, stimulera en ekonomi med hög sysselsättning och med social och territoriell sammanhållning.

Offentlig upphandling spelar en nyckelroll i Europa 2020-strategin som en av de marknadsbaserade instrument som bör användas för att uppnå dessa mål. I Europa 2020-strategin anges särskilt att offentlig upphandling bör utnyttjas till att

- ° förbättra de grundläggande villkoren för företagens innovationskapacitet med fullt utnyttjande av ekonomisk-politiska åtgärder som avser ekonomins efterfrågesida²,
- ° stödja övergången till en resurssnål ekonomi med låga koldioxidutsläpp, bland annat genom att uppmuntra en mer utbredd användning av miljöanpassad offentlig upphandling, samt
- ° förbättra företagsklimatet, särskilt för innovativa små och medelstora företag.

Europa 2020-strategin betonar också att den offentliga upphandlingspolitiken måste säkerställa att offentliga medel används på effektivast möjliga sätt och att upphandlingsmarknader måste förbli öppna i hela EU. Inom ramen för de hårda budgetbegränsningarna och ekonomiska svårigheterna i många EU-medlemsstater är det ytterst viktigt att uppnå bästa möjliga upphandlingsresultat med hjälp av effektiva förfaranden. I ljuset av dessa utmaningar finns det större behov än någonsin av en fungerande och effektiv europeisk upphandlingsmarknad som kan leverera resultat för att nå dessa ambitiösa mål.

Många intressenter har uttryckt krav på en översyn av det offentliga upphandlingssystemet i EU för att göra det mer effektivt och verkkningsfullt. Kommissionen aviserade därför i inremarknadsakten³ att den kommer att genomföra breda samråd i syfte att lägga fram lagstiftningsförslag senast i början av 2012, i syfte att förenkla och uppdatera EU-lagstiftningen om offentlig upphandling för att göra kontraktstilldelningen mer flexibel och så

¹ Se grönbok från kommissionen till Europeiska rådet av den 3 mars 2010 – KOM(2010) 2020 slutlig.

² Detta behandlas också i kommissionens meddelande "Innovationsunionen" – SEK(2010) 1161-, ett av flaggskeppsinitiativen i Europa 2020-strategin, som behandlar den strategiska användningen av offentlig upphandling för att främja forskning och innovation. I initiativet uppmannas medlemsstaterna att öronmärka en del av deras upphandlingbudgetar för forskning och innovation och anges att kommissionen kommer att ge vägledning och tillhandahålla stödmekanismer för upphandlande myndigheter.

³ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén På väg mot en inremarknadsakt – Att skapa en verkligt konkurrenskraftig social marknadsekonomi från den 27 oktober 2010 KOM(2010) 608 slutlig.

att offentliga upphandlingskontrakt ska kunna användas bättre till stöd för politiken på andra områden.

De nu gällande upphandlingsdirektiven, dvs. direktiv 2004/17/EG⁴ och 2004/18/EG⁵ är det sista steget i en lång utveckling som inleddes 1971 med antagandet av direktiv 71/305/EEG⁶. Dessa direktiv syftar främst till att säkerställa att ekonomiska aktörer i full utsträckning kan dra nytta av de grundläggande friheterna på området för offentlig upphandling genom att garantera öppna, överblickbara och icke-diskriminerande förfaranden. I de gällande direktiven anges också en rad mål som rör integreringen av andra politikområden i denna ram, såsom skydd av miljön och social standard⁷ liksom bekämpning av korruption⁸.

Med tanke på den offentliga upphandlingens centrala roll när det gäller att klara dagens utmaningar bör de befintliga verktygen och metoderna moderniseras för att göra dem bättre lämpade att hantera den föränderliga politiska, sociala och ekonomiska miljön. Avsikten är att uppnå en rad kompletterande målsättningar:

Det första målet är att öka effektiviteten i de offentliga utgifterna. Detta inbegriper dels eftersträvandet av bästa möjliga upphandlingsresultat (mesta möjliga valuta för pengarna). För att nå detta mål är det helt avgörande att skapa största möjliga konkurrens om offentliga kontrakt på den inre marknaden. Anbudsgivare måste ges tillfälle att konkurrera på lika villkor och snedvridning av konkurrensen måste undvikas. Samtidigt är det ytterst viktigt att öka effektiviteten i själva upphandlingsförfarandena. Strömlinjeformade upphandlingsförfaranden med målinriktade förenklingsåtgärder som uppfyller små upphandlingsmyndigheters specifika behov skulle kunna göra det lättare för offentliga upphandlare att uppnå bästa möjliga upphandlingsresultat med minsta möjliga insats i termer av tid och offentliga medel. Effektivare förfaranden kommer att gynna alla ekonomiska aktörer och göra det lättare för både små och medelstora företag och anbudsgivare i andra medlemsländer att delta. Det gränsöverskridande deltagandet i offentliga upphandlingar i EU är i praktiken fortfarande lågt⁹. En jämförelse med den privata sektorn, där den gränsöverskridande handeln är mycket mer omfattande, visar att det fortfarande finns en betydande ökningspotential. Målet om en mer effektiv offentlig upphandling behandlas främst

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 30.4.2004, s. 1). Kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 av den 30 november 2009 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden, EUT L 314, 1.12.2009, s. 64.

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, EUT L 134, 30.4.2004, s. 114. Förordningen senast ändrad genom kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009. Nedanstående text kommer att utgå från bestämmelserna i direktiv 2004/18/EG. Såvida inget annat uttryckligen anges kan detta emellertid förstås även gälla motsvarande bestämmelser i direktiv 2004/17/EG. Uttrycket ”upphandlande myndighet” kan därför avse både organ vars upphandling omfattas av direktiv 2004/18/EG och ”upphandlande enheter” enligt direktiv 2004/17/EG.

⁶ Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 185, 16.8.1971, s. 5).

⁷ Se skäl 5 och 46 i direktiv 2004/18/EG och skäl 12 och 55 i direktiv 2004/17/EG.

⁸ Se skäl 43 i direktiv 2004/18/EG och motsvarande skäl 40 i direktiv 2004/17/EG.

⁹ Enligt aktuella undersökningar tilldelas endast 1,6 % av offentliga kontrakt till ekonomiska aktörer från andra medlemsstater. Indirekt gränsöverskridande deltagande – via närstående företag eller partners i den upphandlande myndighetens medlemsstat – är mer vanligt förekommande. Även graden av indirekta gränsöverskridande kontraktstilldelningar är likväl tämligen låg (11 %).

genom frågorna i grönbokens del 2 (att förbättra de upphandlande myndigheternas verktygslåda) och del 3 (en mer tillgänglig europeisk upphandlingsmarknad).

En annan kompletterande målsättning är att göra det möjligt för upphandlare att bättre använda offentlig upphandling för att nå gemensamma sociala mål: Dessa inbegriper skyddet av miljön, ett mer effektivt resurs- och energiutnyttjande och insatser för att motverka klimatförändringar, främjande av innovation och social delaktighet, samt säkerställande av bästa möjliga villkor för att tillhandahålla offentliga tjänster av hög kvalitet. Att söka uppnå denna målsättning kan även bidra till att uppnå den första målsättningen om mer långsiktigt verkningsfulla offentliga utgifter, exempelvis genom att ställa om fokus från lägsta grundpris till lägsta kostnad över livscykeln¹⁰. Frågeställningar i samband med denna målsättning diskuteras i del 4 i grönboken (strategisk användning av offentlig upphandling).

En ytterligare utveckling av EU-lagstiftningen på området för offentlig upphandling skulle också kunna övervägas för att hantera viktiga problemområden som hittills inte i tillräcklig utsträckning har beaktats, som exempelvis att förhindra och bekämpa korruption och favorisering (del 5) samt frågan om hur de europeiska företagens tillträde till tredjelandsmarknader kan förbättras (del 6). Vidare kommer översynen av det rättsliga ramverket också ge en möjlighet att undersöka om vissa grundläggande begrepp och koncept bör förfinas för att garantera ökad rättslig förutsebarhet för upphandlande myndigheter och företag (del 1). I detta sammanhang kan översynen öppna vissa möjligheter att öka konvergensen mellan tillämpningen av EU:s upphandlingsregler och regler om statligt stöd.

Grönboken avspeglar en rad idéer om hur de olika målen bättre skulle kunna uppnås. Man måste dock vara medveten om att det kan finnas målkonflikter (exempelvis kan målet att förenkla förfarandena stå i strid med målet att beakta målsättningar inom andra politikområden). Dessa olika mål omsätts ibland i politiska handlingsalternativ som kan peka i olika riktningar, och som kommer att kräva ett motiverat val på ett senare stadium.

Dessutom är utrymmet för möjliga lagstiftningsändringar inte obegränsat. Ändringar i lagstiftningen måste vara förenliga med EU:s internationella åtaganden eftersom de annars kan komma att kräva att lämpliga förhandlingar inleds med alla berörda parter om eventuella kompensationskrav. Dessa åtaganden, som de definieras i ett flerpartsavtal¹¹ och sju bilaterala avtal¹², kan därför komma att begränsa utrymmet för eventuella lagstiftningsändringar. Detta gäller särskilt tröskelvärdena för tillämpning av EU:s upphandlingsregler, definitionerna av upphandlingsverksamhet och offentliga uppköpare samt vissa procedurfrågor som exempelvis fastställande av tekniska specifikationer i förfrågningsunderlag och tidsfrister.

Koncessioner behandlas inte i detta meddelande. De har varit föremål för tidigare separata samrådsförfaranden och konsekvensbedömning. Kommissionen avser föreslå lagstiftning som syftar till att säkerställa större rättslig förutsebarhet för regionala och lokala myndigheter och ekonomiska aktörer i hela Europa och underlätta utvecklingen av offentlig-privata partnerskap. Elektronisk upphandling behandlades i en särskild grönbok som offentliggjordes den 18 oktober 2010¹³.

¹⁰ Ett klassiskt exempel är att lönsamma investeringar för att höja effektiviteten i energianvändningen inte genomförs eftersom investeringar och driftsutgifter sköts separat inom olika budgetförfaranden.

¹¹ WTO-avtalet om offentlig upphandling, se http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/international.en.htm.

¹² Se bilaterala handelsavtal: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/>.

¹³ Grönbok om utvidgad användning av e-upphandling i EU, SEK(2010) 1214 av den 18 oktober 2010.

Samtidigt med den aktuella grönboken företar kommissionen en genomgripande utvärdering av genomslaget för EU:s politik på området offentlig upphandling och hur kostnadseffektiv den varit. Utvärderingen kommer att samla in marknadsbaserade belägg för hur den gällande upphandlingslagstiftningen fungerar för att få empiriska faktaunderlag om de områden som behöver förbättras. Resultaten av denna nya forskning kommer att offentliggöras under sommaren 2011.

Bidrag från berörda parter i denna grönbok kommer tillsammans med resultaten av utvärderingen att ge underlag till övervägandena om den framtida reformen av EU:s offentliga upphandlingsregler, som kommer att ligga till grund för ett förslag till lagstiftningsreform.

1. VAD HANDLAR DE OFFENTLIGA UPPHANDLINGSREGLERNA OM?

När offentliga medel förbrukas måste offentliga uppköpare väga samman andra incitament än de som driver privata företag som står risken att drabbas av förluster och i slutänden att gå i konkurs, och direkt kontrolleras av marknadskrafter.

Av dessa skäl föreskriver offentliga upphandlingsregler specifika kontraktstilldelningsförfaranden för att offentliga inköp ska kunna göras på ett så rationellt, överblickbart och rättvist sätt som möjligt. Skyddsåtgärder har införts för att kompensera för den potentiella bristen på affärsmässig disciplin i offentlig upphandling, liksom för att förhindra kostsam särbehandling till förmån för nationella eller lokala ekonomiska aktörer.

De europeiska offentliga upphandlingsreglerna är därför tillämpliga på alla offentliga kontrakt som kan tänkas vara av intresse för ekonomiska aktörer på den inre marknaden och avser att garantera lika tillträde till och sunda konkurrensvillkor för offentliga kontrakt på den europeiska upphandlingsmarknaden.

1.1. Inköpsverksamhet

Offentliga upphandlingsregler avser i grunden att reglera upphandlande myndigheters inköpsverksamhet. Tillämpningsområdet för EU-direktiven om offentlig upphandling begränsas emellertid inte uttryckligen till inköp som täcker den upphandlande myndighetens specifika behov¹⁴. Detta har föranlett en diskussion om huruvida direktiven är tillämpliga i situationer där offentliga myndigheter ingår avtal som fastställer rättsligt bindande skyldigheter för ändamål som inte är direkt kopplade till deras egna inköpsbehov.

Detta rör exempelvis fall där bidragsöverenskommelser för beviljande av ett stöd inbegriper en rättsligt bindande skyldighet för bidragsmottagaren att tillhandahålla vissa tjänster. Sådana skyldigheter föreskrivs för det mesta för att säkerställa att offentliga medel används på lämpligt sätt och avser inte uppfylla upphandlingsbehov för den offentliga myndighet som beviljar stödet.

Myndigheter i medlemsstaterna och andra intressenter har beklagat bristen på rättslig förutsebarhet med avseende på tillämpningsområdet för offentliga upphandlingsregler i dessa situationer och har efterfrågat ett förtydligande av ändamålet med dessa regler. I sin aktuella rättspraxis slog domstolen fast att begreppet offentlig kontrakt kräver att de bygg- och

¹⁴ Se domstolens dom av den 18 november 2004 i mål C-126/03 kommissionen mot Tyskland, punkt 18.

anläggningsarbeten, varor eller tjänster som är föremål för kontraktet utförs för den upphandlande myndighetens *direkta ekonomiska intresse*¹⁵.

Fråga:

1. Anser ni att tillämpningsområdet för de offentliga upphandlingsdirektiven bör begränsas till inköpsverksamhet? Bör varje sådan begränsning helt enkelt kodifiera kriteriet om direkt ekonomiskt intresse som utvecklats av domstolen eller bör den fastställa ytterligare/alternativa villkor och begrepp?

1.2. Offentlig upphandling

Den nuvarande klassificeringen av offentliga kontrakt – i bygg- och anläggningskontrakt, varukontrakt och tjänstekontrakt – är delvis resultatet av den historiska utvecklingen. Behovet att klassificera offentliga kontrakt i en av dessa kategorier från allra första början kan innebära svårigheter, exempelvis när det gäller kontrakt för inköp av dataprogramvara som, beroende på omständigheterna, antingen kan betraktas som varu- eller tjänstekontrakt. Direktiv 2004/18/EG innehåller specifika bestämmelser, som har utvecklats ytterligare genom rättspraxis, om blandade kontrakt. I de fall ett kontrakt innehåller inslag som har samband med olika kontraktstyper, anser domstolen att man för att kunna avgöra vilka bestämmelser som ska gälla måste klarlägga huvudändamålet med kontraktet.

Vissa av dessa problem skulle kunna undvikas genom en förenkling av den nuvarande strukturen. Det vore exempelvis tänkbart att föreskriva endast två typer av offentliga kontrakt som i avtalet om offentlig upphandling inom WTO-systemet, där man enbart skiljer mellan varu- och tjänstekontrakt och där bygg- och anläggningsarbeten betraktas som en form av tjänsteleverans ("bygg- och anläggningstjänstekontrakt"). Möjligheten att använda ett enhetligt offentligt kontraktsbegrepp och endast göra åtskillnad med hänvisning till ändamålet när det är absolut nödvändigt (exempelvis vid fastställande av tröskelvärden) skulle även kunna övervägas.

Fråga:

2. Anser ni att den nuvarande strukturen i fråga om materiellt tillämpningsområde är lämplig, med uppdelningen på kontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster? Om inte, vilken alternativ struktur skulle ni föreslå?

Oberoende av en möjlig omstrukturering av kontraktstyperna, kan det vara nödvändigt att se över och förenkla de gällande definitionerna av de olika kontraktstyperna.

Detta gäller särskilt definitionen av "byggentreprenadkontrakt" i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18/EG, som innehåller tre alternativa villkor som är komplicerade och delvis överlappande. Begreppet offentliga byggentreprenadkontrakt inbegriper utförande, eller såväl projektering som utförande, av specifika byggentreprenader av de slag som förtecknats i en bilaga till direktivet, utförande, eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som definieras i artikel 1.2 b i direktivet samt, slutligen, "utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat". Det sistnämnda villkoret lades till för att säkerställa att

¹⁵ Domstolens dom av den 25 mars 2010 i mål C-451/08 Helmut Müller GmbH, punkterna 47–54, och av den 15 juli 2010 kommissionen mot Tyskland, punkt 75.

definitionen inbegriper fall där byggentreprenaderna inte utförs av entreprenören själv utan av en tredje part som agerar på entreprenörens vägnar.

Det skulle vara möjligt att förenkla definitionen genom att ersätta den nuvarande strukturen med en mycket enklare och tydligare uppsättning villkor som täcker all slags byggverksamhet, oberoende av deras karaktär och ändamål, inklusive verksamhet som är kopplade till utförande av specifika entreprenadarbeten, som kan tänkas vara utförda av tredje parter.

Fråga:

3. Anser ni att definitionen av "entreprenadkontrakt" bör ändras och förenklas? Skulle ni i så fall föreslå att hänvisningen till en särskild förteckning som bifogats direktivet stryks? Vad skulle ingå i er föreslagna definition?

A/B-tjänster

En ännu viktigare fråga gäller tillämpningsområdet i fråga om tjänstekontrakt.

I det nuvarande direktivet skiljer man mellan så kallade "A-tjänster"¹⁶ och "B-tjänster"¹⁷. Medan A-tjänsterna omfattas av direktivets fullständiga förfaranden behöver man vid tilldelning av kontrakt för B-tjänster endast följa bestämmelserna om tekniska specifikationer och om överföring av ett meddelande av resultaten av tilldelningsförfarandet¹⁸. Enligt EU-domstolens rättspraxis är emellertid upphandlande myndigheter som tilldelar kontrakt för "B-tjänster" skyldiga att följa de grundläggande bestämmelserna i EU:s primärrätt, särskilt principerna för icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet, om kontrakten i fråga har visst gränsoverskridande intresse¹⁹. Detta innebär en skyldighet att säkerställa en tillräcklig annonseringsnivå för att göra det möjligt för intresserade ekonomiska aktörer från andra medlemsstater att besluta huruvida de vill visa sitt intresse för upphandlingen.

Lagstiftarens ursprungliga avsikt var att under en övergångsperiod begränsa direktivets fullständiga tillämpning till vissa särskilda tjänstekontrakt som bedömdes ha större möjligheter att öka handeln över gränserna²⁰. Man måste, mot bakgrund av att förteckningen över "B-tjänster" är av öppen karaktär (se kategori 27: "övriga tjänster"), vara medveten om att direktivets fullständiga tillämpning på tjänster i själva verket utgör undantaget, medan behandling som "B-tjänst" utgör regeln.

Det föreligger vissa tvivel om huruvida denna situation fortfarande är lämplig mot bakgrund av den ekonomiska och rättsliga utvecklingen av den inre marknaden. För en del av de tjänster som uttryckligen anges i "B"-förteckningen, som exempelvis vattentransporttjänster, hotelltjänster, personalrekryterings- och urvalstjänster eller säkerhetstjänster, förefaller det faktiskt vara svårt att anta att de är av mindre gränsoverskridande intresse än tjänsterna i "A"-förteckningen.

¹⁶ Tjänster förtecknade i bilaga II i direktiv 2004/18/EG eller bilaga XVII i direktiv 2004/17/EG.

¹⁷ Tjänster förtecknade i bilaga II i direktiv 2004/18/EG eller bilaga XVII i direktiv 2004/17/EG.

¹⁸ Se artiklarna 20 och 21 i direktiv 2004/18/EG och artiklarna 31 och 32 i direktiv 2004/17/EG.

¹⁹ Se domstolens dom av den 13 november 2007 i mål C-507/03 kommissionen mot Irland, punkterna 24-31.

²⁰ Se skäl 19 i direktiv 2004/18/EG.

Vidare utgör uppdelningen på "A"- respektive "B"- tjänster en källa till problem och möjliga fel i tillämpningen av bestämmelserna. Liksom i fallet med klassificering av kontrakt finns det problem med gränsfall och blandade kontrakt²¹. Dessutom finns inte en sådan distinktion i flertalet av våra handelspartners system. Det rådande rättsläget gör det därför svårare att erhålla åtaganden om ökat marknadstillträde från handelspartner eftersom EU inte är i stånd att återgälda åtagandena, särskilt när det gäller tjänster som har blivit relevanta för den inre marknaden och gränsöverskridande handel.

Den mest konsekventa lösningen skulle bestå i att avskaffa åtskillnaden mellan de gällande "B"-tjänsterna respektive "A"-tjänsterna och tillämpa normalförfarandet på samtliga tjänstekontrakt²². Detta skulle kunna ha fördelen av att förenkla de gällande bestämmelserna. Om det aktuella samrådet visar att det normala förfarandet behöver förenklas skulle en sådan förenkling också göra det lättare att avskaffa den gällande särskilda modellen för "B-tjänster".

Frågor:

4. Anser ni att man bör se över åtskillnaden mellan "A - och B- tjänster"?
5. Anser ni att upphandlingsdirektiven bör omfatta alla tjänster, möjligen på grundval av ett mer flexibelt normalförfarande? Om inte, skulle ni vilja ange vilken tjänst eller vilka tjänster som även fortsättningsvis bör följa det förfarande som nu gäller för B-tjänster och ange av skälen till det.

Tröskelvärden

En del berörda parter anser i nuläget att de tröskelvärden som fastställts i direktiven är alltför låga och de begär följaktligen att de höjs med hänvisning till att det gränsöverskridande intresset anses vara alltför begränsat för att motivera de administrativa bördorna av ett förfarande för kontraktstilldelning i fråga om kontrakt på relativt låga belopp som för närvarande omfattas av direktivens tillämpningsområde. En höjning av tröskelvärdena skulle emellertid kunna medföra att fler kontrakt undantas från kravet på ett EU-omfattande offentliggörande av ett kontraktsmeddelande, vilket minskar affärsmöjligheter för företag över hela Europa.

I vilket fall som helst måste det konstateras att alla internationella åtaganden som EU har ingått inkluderar dock tröskelvärden som har fastställts till exakt samma värde som i de gällande direktiven, utom för så kallade B-tjänster (och särskilt sociala tjänster)²³. Dessa tröskelvärden avgör möjligheter till marknadstillträde och är en av de viktigaste inslagen i alla dessa avtal. Varje eventuell höjning av de tillämpliga tröskelvärdena i EU skulle automatiskt innebära en motsvarande ökning i alla avtal som ingåtts av EU (dvs. inte bara i avtal om offentlig upphandling utan även i alla andra internationella överenskommelser). Denna situation skulle kunna utlösa krav på kompensation från våra partner. Dessa krav skulle kunna bli mycket betydande.

Fråga:

²¹ Se artikel 22 i direktiv 2004/18/EG.

²² För sociala tjänster av allmänt intresse, jfr. avsnitt 4.4 nedan.

²³ För sociala tjänster av allmänt intresse, jfr. avsnitt 4.4 nedan.

- | | |
|----|---|
| 6. | Anser ni att tröskelvärdena för tillämpningen av EU-direktiven bör höjas, oaktat det faktum att detta på internationell nivå skulle medföra de ovan beskrivna konsekvenserna. |
|----|---|

Undantag

Avsnittet om ”kontrakt som skall undantas” i direktiv 2004/18/EG²⁴ är mycket brokigt. Vissa av undantagen grundas på undantag för eller begränsningar av fördragets tillämpningsområde (artikel 14) eller på överväganden som gäller förenligheten med internationella avtalsrättsliga regler (artikel 15) eller med regler på andra rättsområden (artikel 16 c och e), medan andra är resultatet av valda politiska lösningar (artikel 16 a, b, d och f samt artikel 17). Detta gör det svårt att tillämpa ett heltäckande synsätt när man bedömer behovet av att se över dessa bestämmelser. I varje fall måste en översyn av dessa undantag bedömas i ljuset av EU:s internationella åtaganden vilka i nuläget avspeglar de undantag och avvikelser som anges i direktiven. Införandet av eventuella nya undantag skulle mot denna bakgrund säkerligen skapa problem. De internationella åtagandena lämnar emellertid utrymme för att uppdatera eller förtydliga undantagens innehåll och utformning. Avskaffandet av undantag som eventuellt inte längre behövs till följd av den rättsliga, politiska eller ekonomiska utvecklingen skulle även kunna övervägas.

Frågor:

- | | |
|----|---|
| 7. | Anser ni att de gällande bestämmelserna om undantagna kontrakt är lämpliga? Anser ni att avsnittet i fråga bör omarbetas eller att enskilda undantag behöver förtydligas? |
| 8. | Anser ni att vissa undantag bör avskaffas, omprövas eller uppdateras? Om så är fallet, vilka? Vad skulle ni föreslå? |

1.3. Offentliga upphandlare

Upphandling som görs av statliga myndigheter

Direktiv 2004/18/EG är tillämpligt på kontrakt som tilldelas av staten (inklusive alla dess underavdelningar), enheter på regional eller lokal nivå och offentligrättsliga organ, samt sammanslutningar av en eller flera av dessa enheter²⁵.

Medan begreppen ”staten” och ”lokala och regionala myndigheter” är ganska okomplicerade, är begreppet ”offentligrättsliga organ” mer komplicerat. Det är avsett att täcka in juridiskt oberoende organisationer som har nära kopplingar till staten och i allt väsentligt agerar som statliga enheter. I begreppet ingår exempelvis radio- och TV-bolag, universitet, sjukförsäkringskassor och kommunala bolag.

Definitionen som ges i direktiv 2004/18/EG har blivit föremål för en lång rad domar i EU-domstolen. I ljuset av denna rättspraxis kan villkoren sammanfattas på följande sätt:

- (1) Ett organ som särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,

²⁴ Artiklarna 12–18 i direktiv 2004/18/EG.

²⁵ När det gäller de enheter som är skyldiga att tillämpa direktiv 2004/17/EG hänvisas till punkt 7 nedan.

- (2) Det är en egen juridisk person (privaträttslig eller offentligrättslig).
- (3) Det är för sin finansiering, förvaltning eller tillsyn nära avhängigt av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra offentligrättsliga organ (för de exakta villkoren hänvisas till artikel 1.9 andra stycket c).

Den korrekta tillämpningen av dessa komponenter kräver en detaljerad analys från fall till fall, som väger in faktorer som exempelvis graden av konkurrens på marknaden och frågan om huruvida organet bedriver sin verksamhet i vinstsyfte och står för de förluster och risker som är förenade med dess verksamhet.

Fråga:

9. Anser ni att det nuvarande sättet att definiera offentliga upphandlare är lämpligt? Anser ni särskilt att begreppet "offentligrättsliga organ" bör förtydligas och uppdateras i ljuset av EU-domstolens rättspraxis. Om så är fallet, vilken typ av uppdatering anser ni vara lämplig?

Allmännyttiga företag

Inom ramen för de gällande upphandlingsförfarandena regleras upphandlingar på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster av ett särskilt direktiv, 2004/17/EG. Dessa sektorer har vissa gemensamma särdrag: De är nätverksindustrier, dvs. de inbegriper användningen av fysiska eller "virtuella" nätverk (dvs. olje- och gasledningar, elnät, postal infrastruktur, järnvägsnät osv.), eller utnyttjar geografiska områden, normalt på grundval av ensamrätt, för att tillhandahålla terminalanläggningar eller för att prospektera för eller eventuellt utvinna mineraler (olja, gas, kol osv.).

Ett ytterligare särdrag för dessa sektorer är att verksamheten i fråga inte enbart utförs av offentliga myndigheter utan också – och i vissa medlemsstater framför allt – av kommersiella företag, vare sig de är offentliga företag eller privata företag som bedriver verksamhet som grundas på särskilda eller exklusiva rättigheter. Ett viktigt skäl för att införa offentliga upphandlingsregler för dessa sektorer var avsaknaden av konkurrens på dessa marknader där de ekonomiska aktörerna bedriver sina verksamheter med stöd av särskilda eller exklusiva rättigheter som de har beviljats av medlemsstaterna när det gäller leveranser till eller upprättande eller drift av nätverk för att tillhandahålla tjänsterna i fråga. Det ansågs nödvändigt att utvidga tillämpningsområdet för upphandlingsreglerna till att även omfatta offentliga och privata ekonomiska aktörer, eftersom nationella myndigheter på en lång rad sätt kan påverka dessa enheters beteende, bland annat genom att bevilja (eller inte bevilja) särskilda eller exklusiva rättigheter eller genom medverkan i enheternas eget kapital och genom företrädare i enheternas styrelser, lednings- eller tillsynsorgan.

Bristen på tillräckligt starkt konkurrenstryck gjorde med andra ord att den disciplin som skapades genom tillämpningen av procedurreglerna i försörjningsdirektivet ansågs vara nödvändig för att säkerställa att upphandling inom ramen för de berörda verksamhetssektorerna skulle kunna genomföras på ett öppet och icke-diskriminerande sätt. Utan ändamålsenliga regler fruktade man att allmännyttiga företags upphandlingsbeslut skulle kunna påverkas av favoritism, lokala preferenser eller andra faktorer.

Sedan dess har liberaliseringen fortskridit både på EU-nivå och nationell nivå inom många av dessa sektorer (till exempel när det gäller el- och gasförsörjning, prospektering och utvinning

av fossila bränslen, posttjänster osv.). Erfarenheten visar emellertid att "liberalisering", dvs. en process som syftar till att ge fritt tillträde till den berörda verksamhetssektorn, inte nödvändigtvis eller automatiskt leder till stark konkurrens – "etablerade ekonomiska aktörer" behåller ofta mycket betydande marknadsandelar och i vissa medlemsstater kan även närvaron av statsägda företag snedvrider konkurrensen.

De nuvarande direktivet innehåller en bestämmelse, artikel 30, som gör det möjligt för kommissionen att undanta vissa upphandlingar från direktivets tillämpningsområde om graden av konkurrens (på marknader som är direkt konkurrensutsatta) är sådan att konkurrenstrycket kommer att garantera nödvändig öppenhet och icke-diskriminering i upphandling inom sådan verksamhet. Hittills har kommissionen antagit 16 sådana beslut rörande nio olika medlemsstater, och en ansökan har återtagits. De hittills berörda sektorerna har varit elektricitetssektorn (produktion och försäljning), gassektorn (försäljning), olje- och (natur-)gassektorerna liksom olika delar av postsektorn (inom särskilda logistiksektorer, paket och finansiella tjänster).

En sista punkt att beakta är att allt fler privaträttsliga enheter vinner rätten att bedriva verksamhet efter att ha underställts öppna och genomblickbara förfaranden och därför inte har särskilda eller exklusiva rättigheter i den mening som avses i direktivet.

Det är också värt att notera att försörjningsdirektivets hela tillämpningsområde har förankrats internationellt, antingen i världshandelsorganisationens avtal om offentlig upphandling (GPA) eller i bilaterala avtal. Möjliga begränsningar av tillämpningsområdet skulle kunna resultera i en förändring av de internationella åtaganden som ingåtts av EU, vilket skulle kunna leda till kompensationskrav.

Frågor:

10. Anser ni att det fortfarande behövs upphandlingsregler på EU-nivå för dessa sektorer? Motivera era svar.
- 10.1. Om ja: Bör vissa sektorer som nu omfattas undantas eller, omvänt, bör bestämmelserna även omfatta andra sektorer? Vänligen förklara vilka sektorer som bör omfattas och motivera era svar.
11. Direktivets tillämpningsområde definieras för närvarande utifrån den verksamhet som de berörda enheterna utför, deras rättsliga ställning (offentliga eller privata) och om de är privata, förekomsten av särskilda eller exklusiva rättigheter. Anser ni att dessa kriterier är relevanta eller bör andra kriterier användas? Motivera ert svar.
12. Kan privata företags vinstsökande eller kommersiella grundsyn antas utgöra tillräckliga drivkrafter för att garantera att de genomför en objektiv och rättvis upphandling (också när de driver sin verksamhet på grundval av särskilda eller exklusiva rättigheter)?
13. Utgör de gällande bestämmelserna i direktivets artikel 30 ett effektivt sätt att anpassa direktivets tillämpningsområde till förändrade reglerings- och upphandlingsmönster på de relevanta (nationella och sektoriella) marknaderna?

2. ATT FÖRBÄTTRA DE UPPHANDLANDE MYNDIGHETERNAS VERKTYGSLÅDA

Upphandlande myndigheter klagar ibland på att den i EU-bestämmelserna föreskrivna regleringen inte är fullt ut anpassad till deras inköpsbehov. De anser att det i synnerhet behövs smidigare och mer flexibla förfaranden. De hävdar vidare att tillämpningen av hela regelverket i vissa fall inte är genomförbar (särskilt i fråga om upphandlingar som görs av mycket små upphandlande myndigheter), och att andra upphandlingssituationer (vissa samarbetsformer mellan offentliga myndigheter) helt bör undantas från tillämpningen av dessa regler. Det finns också offentliga inköpsområden där den i EU-bestämmelserna föreskrivna regleringen kan tänkas vara otillräcklig (gemensam upphandling, särskilda problem som uppstår efter det att kontraktet har tilldelats).

Dessa problem kommer att diskuteras i det följande avsnittet. Det framgår tydligt av återkopplingen från de ekonomiska aktörerna att EU-reglerna måste innehålla vissa grundläggande skyldigheter för att garantera likvärdiga upphandlingsvillkor i Europa, medan et antal mer detaljerade regler i de nuvarande direktiven skulle kunna ses över. Det måste dock noteras att försök att dra ned på EU-regelverket kommer att möta vissa hinder. En rad procedurkrav härrör direkt från WTO-avtalet om offentlig upphandling och de bilaterala avtal som EU har slutit, som exempelvis tidsfristerna för olika förfaranden, villkoren för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling eller offentliggörandet av ett kontraktstilldelningsmeddelande. Det skulle inte var möjligt att frånga eller ändra dessa krav utan att omförhandla EU:s internationella skyldigheter. Det är också värt att bära i minne att EU-reglerna kompletteras av en omfattande samling regler på nationell och regional nivå. Regler som upphävs på EU-nivå skulle kunna ersättas på andra nivåer, vilket skulle kunna riskera att skapa en mer diversifierad nationell lagstiftning och möjligen leda till ytterligare regler och krav i nationell lagstiftning, s.k. guldplätning²⁶. All eventuell översyn av procedurreglerna kommer även behöva stämmas av mot målet att säkerställa största möjliga samstämmighet mellan den offentliga upphandlingslagstiftningen och andra delar av EU-rätten, som exempelvis kontroll av statligt stöd.

Frågor:

14. Anser ni att den nuvarande detaljnivån i EU:s upphandlingsregler är lämplig? Om inte, är de alltför detaljerade eller inte tillräckligt detaljerade?

2.1. Att modernisera förfaranden

Ett viktigt tema i den allmänna debatten är om direktivens förfaranden fortfarande är helt lämpliga i förhållande till de upphandlande myndigheternas och de ekonomiska aktörernas behov, eller om de bör ändras – och i så fall på vilket sätt – särskilt med tanke på att göra dem mindre komplicerade och tungrodda samtidigt som sund konkurrens om offentliga kontrakt och optimala upphandlingsresultat garanteras.

Allmänna förfaranden

²⁶ Begreppet "Gold-plating" (guldplätning/förgyllning) beskriver att man i nationell lagstiftning inför ytterligare regler och krav i de standarder som föreskrivs av de relevanta EU-bestämmelserna.

I de nuvarande direktiven föreskrivs en rad verktyg och förfaranden. I både direktiv 2004/17/EG och direktiv 2004/18/EG ges upphandlare valfrihet mellan det öppna²⁷ och det selektiva²⁸ förfarandet. Situationen är något annorlunda när det gäller det förhandlade förfarandet med föregående meddelande²⁹ om upphandling. Försörjningsdirektivet medger ökad flexibilitet³⁰, vilket gör att försörjningsföretag fritt kan välja att tilldela kontrakt genom förhandlade förfaranden, förutsatt att de har offentliggjort en anbudsinfordran. Inom ramen för direktiv 2004/18/EG, å andra sidan, får förhandlade förfaranden med föregående meddelande om upphandling endast användas under de mycket specifika omständigheter som anges i artikel 30. I båda direktiven begränsas användningen av förhandlade förfaranden utan föregående meddelande om upphandling till exceptionella situationer, över vilka det ges en uttömmande förteckning³¹ och som tolkas restriktivt.

På tjänsteområdet kan upphandlare också använda sig av formgivningstävlingar³². Ett antal specifika valmöjligheter i fråga om förfaranden och verktyg infördes i direktiven 2004, som exempelvis konkurrenspräglad dialog³³, dynamiska inköpssystem³⁴ och elektroniska auktioner³⁵. I den ökade flexibilitet i valet av förfaranden som introducerades 2004 ingår möjligheten till centraliserad upphandling genom att handla upp från eller genom en inköpscentral³⁶ eller genom att tilldela ramavtal³⁷. Kommissionen ansåg vidare, till följd av

²⁷ Inom det öppna förfarandet offentliggör upphandlande myndigheter och enheter ett meddelande om upphandling, på grundval av vilket samtliga intresserade parter kan inkomma med sina anbud. Bland de anbudssökande som uppfyller kriterierna för kvalitativt urval, väljer de upphandlande myndigheterna det anbud som bäst uppfyller tilldelningskriterierna i meddelandet om upphandling (lägsta pris eller ekonomiskt mest fördelaktiga anbud). Detta förfarande står för närmare tre fjärdedelar av alla förfaranden inom direktivens tillämpningsområde.

²⁸ I det selektiva förfarandet kan samtliga ekonomiska aktörer svara på meddelandet om upphandling genom att anmäla sitt intresse att delta, men endast vissa anbudssökande, utvalda på grundval av de kriterier som anges i meddelandet om upphandling, inbjuds att lämna anbud.

²⁹ I det förhandlade förfarandet samråder upphandlande myndigheter och enheter med utvalda ekonomiska aktörer och förhandlar med en eller flera av dem om villkoren i det kontrakt som ska ingås. Sådan förhandling om anbudsvillkoren är inte möjlig i det öppna eller selektiva förfarandet.

³⁰ Den ökade flexibilitet som försörjningsdirektivet medger beror på att det inte enbart är tillämpligt på offentliga myndigheter, utan också på kommersiella bolag, vare sig de är offentliga företag eller privata bolag som bedriver sin verksamhet på grundval av särskilda eller exklusiva rättigheter. Dess förfaranden syftar därför till att efterlikna kommersiella förfaranden, om än sådana som tillförsäkrar en miniminivå av öppenhet och likabehandling.

³¹ Artikel 31 i direktiv 2004/18/EG och artikel 40.3 i direktiv 2004/17/EG.

³² Formgivningstävlingar är förfaranden som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten eller enheten att förvärva en plan eller utformning som valts ut av en jury efter att ha konkurrerats ut, till exempel en tävling för att få idéer beträffande utformningen av ett allaktivitetshus i ett kvarter som ingår i en plan för stadsförnyelse. Formgivningstävlingar kan också användas inom andra områden, exempelvis för att inskaffa planer på en möjlig framtida struktur för kommunikationsnät mellan förvaltningar på olika nivåer.

³³ Inom ramen för detta förfarande för särskilt komplexa kontrakt kan de detaljerade kontraktsvillkoren fastställas genom en dialog mellan den upphandlande myndigheten och de anbudssökande. Artikel 29 i direktiv 2004/18/EG (förekommer endast i direktiv 2004/18/EG). Enligt aktuell statistik användes emellertid konkurrenspräglad dialog för mindre än 0,4 % av förfarandena.

³⁴ Artikel 33 i direktiv 2004/18/EG.

³⁵ Artikel 54 i direktiv 2004/18/EG.

³⁶ Artikel 11 i direktiv 2004/18/EG.

³⁷ I detta hänseende introducerades ny flexibilitet endast i direktiv 2004/18/EG (se artikel 32), eftersom de befintliga (och annorlunda) bestämmelserna i försörjningsdirektivet (artikel 14) ansågs vara fullt tillräckliga för de särskilda sammanhang som karakteriserar upphandling inom försörjningssektorerna.

den finansiella krisen, att användningen av ett påskyndat förfarande³⁸ var berättigad för genomförandet av stora offentliga investeringsprojekt under 2009 och 2010.

Det ökade antalet valmöjligheter i fråga om förfaranden behöver nu undersökas för att säkerställa huruvida förfarandena inom ramen för det aktuella direktivet fortfarande utgör den bästa möjliga verktygslådan för att garantera en effektiv upphandling, bland annat mot bakgrund av offentlig-privata partnerskaps ökande betydelse. Det bör göras en grundlig genomlysning av såväl utformningen av de olika typerna av förfaranden i sig som de olika krav som ställs i direktivet för olika steg i förfarandet³⁹ för att kunna bedöma hur effektivt de med minsta möjliga administrativa bördor garanterar optimala upphandlingsresultat⁴⁰.

Frågor:

15. Anser ni att de förfaranden som föreskrivs i de nuvarande direktiven ger de upphandlande myndigheterna möjlighet att uppnå bästa möjliga upphandlingsresultat. Om inte: Hur bör förfarandena förbättras för att lätta administrativa bördor/minska transaktionskostnader och förfarandenas tidsutdräkt, men samtidigt garantera att upphandlande myndigheter får mesta möjliga valuta för pengarna.
16. Kan ni tänka er andra typer av förfaranden, som inte anges i de nuvarande direktiven men som, enligt er uppfattning, skulle kunna göra upphandlingsförfarandena mer kostnadseffektiva.
17. Bedömer ni att de förfaranden och redskap som föreskrivs i direktivet för att hantera särskilda behov och för att underlätta privata aktörers deltagande i offentliga investeringar genom offentlig-privata partnerskap (t.ex. dynamiska inköpsystem, konkurrenspräglad dialog, elektroniska auktioner, formgivningstävlingar) bör bibehållas i sin nuvarande form, ändras (och i så fall på vilket sätt) eller avskaffas?
18. Grundat på er erfarenhet av användningen av det påskyndade förfarandet under 2009 och 2010, skulle ni förorda en mer utbredd användning av denna möjlighet att under vissa omständigheter förkorta tidsfristerna? Anser ni att detta vore möjligt utan att äventyra anbudens kvalitet?

Mer förhandling

Berörda parter framför ofta att det behövs mer flexibla upphandlingsförfaranden och att i synnerhet upphandlande myndigheter bör tillåtas att förhandla om kontraktsvillkoren med potentiella anbudsgivare.

³⁸ Detta förfarande föreskrivs i artikel 38.8 i direktiv 2004/18/EG i brådskande fall där det är ogörligt att följa normala tidsfrister. Se pressmeddelande IP/08/2040 av den 19 december 2008.

³⁹ Exempelvis regler som rör offentliggörande av upphandlingsmeddelanden, innehåll i anbudsdokument, tidsfrister för förfarandet, underlag för urvalskriterier, dokumentation och kommunikation med anbudsgivare.

⁴⁰ Naturligtvis har den senaste informations- och kommunikationstekniken en stor potential att bidra till att förbättra förfarandena för alla parter och medverka till att minska byråkratin, framför allt när det gäller att samla in och inkomma med skriftliga bevis. Denna aspekt av moderniseringsdiskussionen tas emellertid inte upp i denna grönbok, eftersom den har varit föremål för ett tidigare samråd, grönboken om utvidgad användning av elektronisk upphandling i EU, SEK(2010) 1214, 18.10.2010.

Användningen av förhandlingar tillåts i WTO:s avtal om offentlig upphandling, förutsatt att det anges i meddelandet om upphandling. En sådan möjlighet skulle således kunna införas i EU:s allmänna upphandlingslagstiftning, under förutsättning att principerna om icke-diskriminering och rättvisa förfaranden efterlevs. Detta skulle faktiskt kunna ge upphandlande myndigheter större flexibilitet för att nå upphandlingsresultat som verkligen uppfyller deras behov.

Detta alternativ behöver diskuteras mer ingående med alla berörda parter, upphandlande myndigheter och ekonomiska aktörer. De tänkbara fördelarna med större flexibilitet och potentiell förenkling måste vägas mot de ökade riskerna för favorisering och, mer allmänt, alltför subjektiva beslut till följd av det större utrymme för egen fri bedömning som de upphandlande myndigheterna åtnjuter i det förhandlade förfarandet. En sådan subjektivitet skulle i sin tur göra det svårare att visa att det inte fanns inslag av statligt stöd i det resulterande kontraktet. Att de upphandlande myndigheterna ges mer fritt spelrum kommer vidare ge goda resultat endast om myndigheterna i fråga besitter det nödvändiga tekniska kunnandet, kunskapen om marknaden och förmågan att förhandla fram en gynnsam överenskommelse med leverantörerna.

Slutligen måste man noggrant bedöma för vilken typ av kontrakt eller kontraktsstorlek som förhandlade förfaranden skulle vara meningsfulla. Berörda parter hävdar ofta att förhandling skulle kunna vara särskilt lämpligt för tilldelningen av mindre kontrakt. Å andra sidan skulle det också kunna vara lämpligt – eller snarare – vara nyttigt för anbudsgivning gällande storskaliga projekt, särskilt genom offentlig-privata partnerskap. Med tanke på komplexiteten i sådana kontrakt kan det tänkas finnas ett ännu större behov av särskilt flexibla förfaranden och stora förhandlingsmarginaler, samt än mer teknisk expertis från den upphandlande myndighetens sida för att driva förhandlingarna.

Frågor:

19. Skulle ni förorda ett ökat förhandlingsinslag i förfaranden för offentlig upphandling och/eller en mer generell användning av det förhandlade förfarandet med föregående meddelande om upphandling?
20. I det sistnämnda fallet, anser ni att denna möjlighet bör medges för alla typer av kontrakt/alla typer av upphandlande myndigheter, eller bara tillåtas på vissa villkor?
21. Delar ni uppfattningen att en generaliserad användning av det förhandlade förfarandet skulle kunna medföra vissa risker för missbruk och/eller diskriminering? Utöver de skyddsåtgärder som redan föreskrivs i direktiven för det förhandlade förfarandet, skulle ytterligare skyddsåtgärder för öppenhet och överblickbarhet och icke-diskriminering vara nödvändiga för att uppväga den högre graden av fri bedömning? Vad skulle i så fall sådana ytterligare skyddsåtgärder kunna bestå av?

Handelsvaror och handelstjänster

I WTO-avtalet om offentlig upphandling föreskrivs vissa särskilda regler för ”varor eller tjänster av ett slag som i allmänhet säljs eller erbjuds på den kommersiella marknaden till, och som vanligen köps av, icke-statliga köpare för icke-statliga ändamål”. Handelsvaror och handelstjänster anses vara tillgängliga på marknaden i en standardiserad form och följaktligen förenklas upphandlingen av sådana varor och tjänster av det faktum att pris, kvalitet och villkor är allmänt etablerade på marknaderna. Det skulle kunna finnas argument för att införa

förenklade förfaranden för inköp av sådana varor och tjänster (exempelvis strömlinjeformade förfaranden med kortare tidsfrister).

Fråga:

22. Anser ni att det skulle vara lämpligt att föreskriva enklare förfaranden för inköpen av handelsvaror och -tjänster? Om så är fallet, vilka former av förenkling skulle ni föreslå.

Urval och tilldelning.

Enligt de gällande direktiven måste valet av vinnande anbudsgivare ske i två etapper. Under urvalsetappen bedömer den upphandlande myndigheten de ekonomiska aktörernas förmåga och lämplighet. Detta görs på grundval av uteslutningskriterier och kriterier rörande ekonomisk och finansiell ställning, yrkesmässigt och tekniskt kunnande och förmåga. Inom tilldelningsetappen granskar den upphandlande myndigheten anbudet och väljer det bästa anbudet. Detta görs på grundval av objektiva kriterier som sammanhänger med de föreslagna produkternas och tjänsternas kvalitet.

Enligt domstolens rättspraxis⁴¹ är upphandlande myndigheter skyldiga att strikt skilja mellan urvalskriterier och tilldelningskriterier. Kontraktstilldelningsbeslut måste helt och hållet grundas på kriterier som gäller de varor och tjänster som erbjuds. Överväganden som är kopplade till anbudsgivarens förmåga att utföra kontraktet, som exempelvis hans erfarenhet, personalresurser och utrustning, är inte tillåtna.

I WTO-avtalet om offentlig upphandling skiljer man också mellan urvals- och kontraktstilldelningsbeslutet. Denna distinktion är emellertid mindre strikt än i ovan citerade rättspraxis eftersom WTO-avtalet om offentlig upphandling inte uttryckligen förbjuder att man i tilldelningsetappen beaktar kriterier som inte sammanhänger med de varor och tjänster som erbjuds, och således medger att anbudsgivarrelaterade kriterier beaktas.

Upphandlande myndigheter beklagar sig ibland över de administrativa bördor som det medför att först behöva kontrollera urvalskriterierna för samtliga anbudssökande och anbudsgivare innan man granskar tilldelningskriterierna. De hävdar att det, i vissa fall, skulle snabba upp förfarandet om det vore tillåtet att först granska tilldelningskriterierna, eftersom urvalskriterierna i så fall endast behövde granskas med avseende på den vinnande anbudsgivaren.

Det skulle i det hänseendet kunna finnas skäl att ompröva hur granskningen av urvals- och tilldelningskriterier organiseras och i vilket ordning det sker inom ramen för förfarandet. En fingervisning om detta står att finna i senare tids rättspraxis från EU-domstolen där det anges att ”även om det enligt gemenskapsdirektiven teoretiskt sett inte är uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt, står det dock klart att det är fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser”⁴². Detta antyder att det avgörande inte så mycket är ordningsföljden i stegen av förfarandet, utan den principiella åtskillnaden mellan urvalskriterier och tilldelningskriterier.

⁴¹ Se domarna av den 20 september 1988 i mål 31/87 Beentjes, punkterna 15-19, den 24 januari 2008 i mål C-532/06 Lianakis, punkt 30, och den 12 november 2009 i mål C-199/07 kommissionen mot Grekland, punkterna 51-55.

⁴² Se domarna Lianakis, punkt 26, och kommissionen mot Grekland, punkt 51.

Det lämpliga i en sådan möjlighet skulle dock behöva analyseras noggrant. Man kan bara föreställa sig en faktisk lättnad av administrativa bördor under vissa särskilda omständigheter. Att granska urvalskriterierna efter tilldelningskriterierna skulle bara vara meningsfullt om tilldelningskriterierna kan bedömas snabbt och enkelt för alla anbud. Detta skulle kunna vara fallet särskilt för kontrakt som gäller inköp av standardvaror till lägsta pris. Modellen skulle vidare vara svår att tillämpa i ett selektivt eller förhandlat förfarande där de anbudssökande som inbjuds att lämna anbud eller förhandla i normalfallet väljs ut på grundval av de kvalitativa urvalskriterierna, liksom även när kvalificeringssystem används.

Vissa berörda parter lägger fram långtgående förslag som skulle kunna innebära att den principiella åtskillnaden mellan urvals- och tilldelningskriterier ifrågasätts. De hävdar att möjligheten att beakta anbudsgivarrelaterade kriterier, exempelvis erfarenhet och kvalifikationer, som tilldelningskriterier skulle kunna förbättra upphandlingsresultaten.

Man bör dock vara medveten om att införandet av en sådan möjlighet skulle medföra stora förändringar i de förfaranden som fastställs i upphandlingsdirektiven. Åtskillnaden mellan urvals- och tilldelningskriterier garanterar rättvisa och objektivitet när anbud ska jämföras. Att tillåta att anbudsgivarrelaterade kriterier som erfarenhet och kvalifikationer medtas i kontraktstilldelningskriterierna skulle kunna undergräva jämförbarheten mellan de faktorer som ska beaktas och i slutändan strida mot principen om likabehandling. Att förlita sig på anbudsgivarrelaterade kriterier skulle således potentiellt också leda till snedvridning av konkurrensen. Förslag i den riktningen bör därför övervägas endast, om än alls, i begränsade fall, t.ex. för särskilda slag av kontrakt där den tillgängliga personalens kvalifikationer och meritförteckningar är särskilt relevanta.

Alla eventuella ändringar som påverkar principen om åtskillnad mellan urval och tilldelning måste under alla förhållanden övervägas med allra största försiktighet. Det kan komma att bli nödvändigt att införa ytterligare skyddsåtgärder för att garantera rättvisa och objektivitet i förfarandena.

Frågor:

23. Skulle ni förordna en mer flexibel syn på hur granskningen av urvals- och tilldelningskriterier organiseras och i vilket ordning det sker inom ramen för förfarandet? Om så är fallet, bedömer ni att det bör vara möjligt att undersöka tilldelningskriterierna före urvalskriterierna?
24. Anser ni att det undantagsvis skulle kunna vara motiverat att tillåta upphandlande myndigheter att beakta kriterier som rör den anbudssökande själv i tilldelningsetappen? Om ni anser det, i vilka fall, och vilka ytterligare skyddsåtgärder skulle enligt er uppfattning krävas för att garantera rättvisa och objektiva tilldelningsbeslut i ett sådant system?

Att beakta tidigare resultat

Berörda parter antyder också att de nuvarande direktiven inte skulle innehålla lämpliga instrument för att beakta tidigare erfarenheter som den upphandlande myndigheten kan ha haft av anbudsgivarens prestationer. Det är riktigt att beaktande av sådana erfarenheter skulle kunna ge nyttiga fingervisningar om anbudsgivarens kvalitet och det framtida arbetet. Denna möjlighet skulle dock kunna medföra uppenbara risker för diskriminering mellan anbudsgivare. Det skulle därför vara nödvändigt att införa lämpliga skyddsåtgärder för att

säkerställa lika behandling av anbudsgivare, öppenhet och överblickbarhet samt ett rättvist förfarande.

Fråga:

25. Anser ni att direktivet uttryckligen bör göra det möjligt att beakta tidigare erfarenhet av en eller flera anbudsgivare? Om ni anser det, vilka skyddsåtgärder skulle då krävas för att förhindra diskriminering?

Särskilda verktyg för allmännyttiga företag

Verktygen i försörjningsdirektivets förfaranden skiljer sig på en rad punkter väsentligt från dem i direktiv 2004/18/EG. En aspekt är att de kännetecknas av större flexibilitet i förfarandena för upphandlande myndigheter. Utöver den ovan nämnda valfriheten att använda ett förhandlat förfarande med föregående meddelande om upphandling förfogar försörjningsföretagen också över två särskilda verktyg för att organisera upphandlingen, nämligen följande: kvalificeringssystem⁴³ och förhandsmeddelande om upphandling⁴⁴.

Enligt villkoren i det nuvarande försörjningsdirektivet kan meddelanden om förekomsten av kvalificeringssystem användas som ett sätt att infordra anbud i fråga om upphandlingar alla slag av bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster som kommer att upphandlas under kvalificeringssystemets löptid, oberoende av antalet enskilda upphandlingsförfaranden som kommer att användas för det ändamålet. I de fall ett meddelande om förekomsten av kvalificeringssystem är det valda sättet att infordra anbud så kan det specifika kontraktet i fråga endast tilldelas genom selektiva eller förhandlade förfaranden i vilka anbudslämnare väljs ut bland dem – och endast bland dem – som redan är kvalificerade i enlighet med de regler som styr det berörda systemet. Kvalificeringssystem kan vara användbara verktyg i samband med upphandling av tekniskt krävande bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster⁴⁵ som inbegriper ett så utdraget förfarande för ekonomiska aktörer att kvalificera sig⁴⁶ att det är till fördel för alla berörda parter att använda samma kvalificeringsförfarande för ett antal enskilda upphandlingsförfaranden, snarare än att behöva upprepa kvalificeringsförfarandet för varje enskilt upphandlingsförfarande.

Förhandsmeddelande om upphandling kan användas som ett sätt att infordra anbud som gäller upphandlingar av bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster av ett visst slag som ska upphandlas under en tolv månadersperiod, oberoende av antalet enskilda upphandlingsförfaranden som kommer att användas för detta ändamål. När ett förhandsmeddelande om upphandling väljs som det valda sättet att infordra anbud så får specifika kontraktet i fråga inte tilldelas genom öppna förfaranden, utan endast genom selektiva eller förhandlade förfaranden i vilka deltagarna väljs ut bland dem – och endast bland dem – som har anmält sitt intresse att svara på förhandsmeddelandet om upphandling. Förhandsmeddelande om upphandling används ofta som ett sätt att infordra anbud som gäller återkommande inköp av motsvarande likformiga varor, tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten och de kan därför underlätta försörjningsföretagens löpande verksamhet.

Fråga:

⁴³ Se särskilt artikel 53.

⁴⁴ Jfr. Artikel 42.3.

⁴⁵ T.ex. rullande järnvägsmaterial, högtrycksgasledning osv.

⁴⁶ I vissa fall mer än sex månader.

- | | |
|-----|---|
| 26. | Anser ni att det behövs särskilda regler för upphandling i försörjningsföretag? Avspeglar de olika regler som gäller för försörjningsföretag och offentliga företag i tillräcklig grad särdragen i upphandling inom försörjningssektorerna? |
|-----|---|

2.2. Särskilda instrument för små upphandlande myndigheter

I synnerhet små upphandlande myndigheter klagar ofta på att tillämpningen av det fullständiga systemet av förfaranderegler och skyddsåtgärder när de ska tilldela sina relativt små kontrakt kräver en oproportionerligt stor tidsåtgång och arbetsinsats. När det gäller små kontrakt under direktivets tröskelvärden klagar de även på rättslig oförutsebarhet om huruvida det är nödvändigt att iaktta de skyldigheter som följer av primärlagstiftningen. Båda invändningarna skulle kunna hanteras på följande sätt:

Ett förenklat förfaranderamverk för lokala och regionala upphandlande myndigheter för tilldelningen av kontrakt som överstiger direktivens tröskelvärden

Det skulle kunna finnas skäl att utforma ett förenklat förfaranderamverk för lokala och regionala upphandlande myndigheter för att i full utsträckning kunna utnyttja den flexibilitet som myndigheter och försörjningsföretag på lägre nivå än den statliga nivån beviljas i WTO-avtalet om offentlig upphandling utan att ifrågasätta kravet på öppenhet. I det nuvarande direktivet gäller dessa mer flexibla förfaranden endast för försörjningsföretag, men inte för lokala eller regionala upphandlande myndigheter. Ett sådant differentierat system skulle kunna ge lokala myndigheter ökad frihet i sin upphandlingsverksamhet och minska administrativa bördor just på de områden där de skulle kunna vara oproportionerliga. Å andra sidan skulle införandet av olika nivåer av procedurkrav kunna öka komplexiteten i det totala rättsliga ramverket och skulle kunna vara svårt att införliva och tillämpa i praktiken, särskilt när det är fråga om tillämpningen av reglerna om statligt stöd⁴⁷.

Ett inslag i ett sådant mindre tungrovt förfaranderamverk skulle kunna bestå i mindre strikta krav på offentliggörande: Enligt WTO-avtalet om offentlig upphandling kan en upphandlande myndighet på lägre nivå än den statliga tilldela ett kontrakt utan föregående enskilt meddelande om upphandling så länge den har tillkännagivit sin avsikt och har offentliggjort specifik information i ett förhandsmeddelande om upphandling eller ett meddelande om förekomsten av ett kvalificeringssystem⁴⁸. Denna möjlighet skulle kunna minska de administrativa bördorna betydligt för upphandlande myndigheter. En möjlig avigsida skulle kunna vara försämrad tillgång till kontrakt för ekonomiska aktörer, vilket resulterar i minskad konkurrens om de enskilda kontrakten.

En annan möjlighet skulle kunna bestå i att tillåta en generaliserad tillämpning av det förhandlade förfarandet med föregående meddelande om upphandling. Denna möjlighet att tillåta förhandlingar generellt har redan diskuterats ovan (avsnitt 2.1). Det lämpliga i denna möjlighet specifikt för lokala och regionala upphandlande myndigheter bör noggrant analyseras. Det kan vara ett bra sätt att anpassa kontraktet att beakta sådana myndigheters specifika problem och behov. Å andra sidan är det inte säkert att små upphandlande myndigheter alltid har den köparstyrka och tekniska expertis som krävs för att föra förhandlingar på lika villkor med anbudsgivarna.

⁴⁷ Regler om statligt stöd är inriktade på den kompensation som beviljats snarare än på den upphandlande myndighetens storlek. En eventuell förändring i riktning mot ett mindre tungrovt förfaranderamverk får inte påverka tillämpningen av reglerna om statligt stöd.

⁴⁸ För en närmare förklaring av dessa instrument hänvisas till avsnitt 2.1.

Frågor:

27. Anser ni att den fullständiga upphandlingsordningen är lämplig eller olämplig för mindre upphandlande myndigheters behov? Motivera ert svar.
28. Om ni anser det, skulle ni förorda en förenklad upphandlingsordning för lokala och regionala myndigheters tilldelning av relativt små kontrakt? Vad bör enligt er uppfattning känneteckna en sådan förenklad ordning?

Ökad rättslig förutsebarhet för tilldelning av kontrakt som överstiger direktivens tröskelvärden

För många av de mindre lokala och regionala upphandlande myndigheternas upphandlingar understiger kontraktsbeloppen direktivens tröskelvärden. Enligt EU-domstolens rättspraxis måste emellertid tilldelningen av sådana kontrakt följa de grundläggande principerna i EU-lagstiftningen, som exempelvis icke-diskriminering samt insyn (transparens), om de har ett gränsöverskridande intresse. Kommissionen har meddelat sin uppfattning om de krav som domstolens rättspraxis ställer i sitt *tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling*⁴⁹.

Många upphandlande myndigheter hävdar emellertid att förtydligandet i detta meddelande inte alltid räcker i praktiken, särskilt när det gäller att avgöra huruvida det föreligger ett gränsöverskridande intresse. Osäkerheten om huruvida normerna i de grundläggande principerna måste iaktas i särskilda fall skulle kunna innebära svårigheter för särskilt de mindre upphandlande myndigheterna. Denna frågeställnings betydelse framgår också tydligt av de åtgärder som medlemsstaterna har vidtagit i detta sammanhang inom ramen för den finansiella krisen.

Även om kontrakt under tröskelvärdena troligtvis inte kommer att omfattas av ett framtida lagstiftningsförslag skulle ytterligare ledning kunna ses som en hjälp för upphandlande myndigheter när de i specifika fall ska bedöma om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Fråga:

29. Anser ni att EU-domstolens rättspraxis som den förklaras i kommissionens tolkningsmeddelande ger tillräcklig rättslig förutsebarhet när det gäller tilldelning av kontrakt under direktivens tröskelvärden? Anser ni i stället att det kan behövas ytterligare vägledning eller något annat EU-initiativ, exempelvis om indikationer på ett möjligt gränsöverskridande intresse? På vilka punkter skulle ni bedöma detta vara relevant eller nödvändigt?

⁴⁹ Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling av den 1 augusti 2006, (EUT 2006 C 179.2006, s. 02). Jfr. även beslutet i tribunalen av den 20 maj 2010 i mål T-258/06, Tyskland mot kommissionen.

2.3. Samarbete mellan offentliga myndigheter (offentlig-offentligt samarbete)

En annan fråga som har varit föremål för kontroverser de senaste decennierna gäller huruvida, och i vilken utsträckning, upphandlingsregler bör gälla kontrakt som ingåtts mellan offentliga myndigheter.

Principen om sund och öppen konkurrens förhindrar att kontrakt som ingås mellan offentliga myndigheter *automatiskt* undantas från att omfattas av tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsdirektiv. Det stämmer dock att tillämpningen av dessa regler inte lämpar sig för vissa former av samarbete mellan offentliga myndigheter, och därför betraktar inte domstolen dem som offentlig upphandling.

En skiljelinje måste i själva verket dras mellan å ena sidan arrangemang mellan upphandlande myndigheter för att utföra deras offentliga uppdrag som ingår i deras rätt att själva organisera sitt arbete och å andra sidan upphandlingsverksamhet som bör dra nytta av öppen konkurrens mellan ekonomiska aktörer. Domstolen har gjort åtskillnad mellan särskilt två scenarier för samarbete mellan offentliga myndigheter som inte täcks av EU:s upphandlingsdirektiv.

Internt: Kontrakt som tilldelas en offentligägd enhet betraktas inte som offentlig upphandling om denna enhet kontrolleras av de upphandlande myndigheterna på ett sätt som motsvarar hur de kontrollerar sina egna avdelningar, och om de bedriver en väsentlig del av sin verksamhet med de upphandlande myndigheterna⁵⁰. Flera upphandlande myndigheter kan använda en enda gemensamt kontrollerad intern enhet (vertikalt/institutionaliserat samarbete). Denna domstolens rättspraxis lämnar dock en rad frågor obesvarade, som exempelvis vad som exakt menas med ”motsvarande kontroll”, tilldelningen av kontrakt från den kontrollerade enheten till moderorganisation/-organisationer eller till den systerorganisation (dvs. en enhet som kontrolleras av samma moderorganisation).

”Horisontellt samarbete”: I en mer aktuell dom⁵¹ konstaterade domstolen att utnyttjande av gemensamt kontrollerade interna enheter inte var det enda sättet att bedriva samarbete mellan offentliga myndigheter, och att sådant samarbete kan fortsatt bedrivas på en rent kontraktsmässig nivå (horisontellt/icke institutionaliserat samarbete). Denna typ av upplägg omfattas inte av EU:s upphandlingsregler om det är fråga om ett gemensamt utförande av ett allmännyttigt uppdrag av enbart offentliga enheter, med användning av egna resurser och i ett gemensamt syfte samt inbegripande ömsesidiga rättigheter och skyldigheter som går utöver ”utförande av ett arbete mot vederlag” för att uppnå mål av allmänt intresse.

Bortsett från dessa båda former av samarbete är det nödvändigt att nämna ett ytterligare fall som inte rör ”samarbete” i strikt mening mellan flera upphandlande myndigheter, utan snarare överföring av befogenheter för ett allmännyttigt uppdrag från en myndighet till en annan. En sådan överföring av befogenheter ligger utanför tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsdirektiv om ansvaret för arbetsuppgiften som sådan överförs i sin helhet (till skillnad från att bara lägga ut det faktiska utförandet av uppdraget på en annan myndighet).

EU-domstolens framväxande rättspraxis har givit upphov till en tämligen komplicerade bild av möjliga undantag för samarbete mellan offentliga myndigheter, och erfarenheten har visat att upphandlande myndigheter inte alltid är på det klara med huruvida och under vilka omständigheter deras förbindelser faller inom tillämpningsområdet för EU:s lagstiftning på

⁵⁰ Se t. ex. mål C-107/98, Teckal, C-324/07, Coditel och C-573/07, Sea.

⁵¹ Mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland.

området för offentlig upphandling. För att möta detta behov av klargörande i det korta perspektivet kommer kommissionen i ett arbetsdokument från kommissionens avdelningar, som kommer att offentliggöras under 2011, att ge vägledning om tolkningen av rättspraxis.

Huvudfrågan gäller emellertid om och hur denna problemställning bör hanteras av lagregler som särskilt skulle kunna ange en tydlig definition av de former av samarbete som ligger utanför tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsdirektiv.

Det skulle kunna vara nyttigt att utforska huruvida det finns anledning att införa ett begrepp med vissa gemensamma kriterier för att undanta samarbetsformer mellan offentliga myndigheter. Ett sådant begrepp bör utformas så att man tydligt skiljer mellan moderna sätt att organisera (gemensamt) upphandlande myndigheters utförande av allmännyttiga uppdrag, som enbart å ena sidan styrs av överväganden med hänvisning till allmänintresset (dvs. inte täcks av offentliga upphandlingsregler), och å andra sidan rent (affärsmässig) försäljning och inköp av varor och tjänster på marknaden (som täcks av reglerna). En noggrann analys måste göras av hur denna distinktion kan göras i praktiken, som även tar hänsyn till domstolens avgöranden i aktuella domslut. De nedan angivna aspekterna verkar vara särskilt viktiga i detta sammanhang.

För det första framgår det tydligt av domstolens rättspraxis⁵² att varje samarbete mellan offentliga myndigheter som undantas från tillämpningsområdet för EU:s offentliga upphandlingsregler måste förbli rent offentligt. Medverkan av privat kapital i en av de samarbetande enheterna kommer därför förhindra att samarbetet i sig undantas från reglerna om offentlig upphandling.

Andra inslag som förefaller viktiga är kriteriet om ”begränsad marknadsmässig inriktning” för enheten i fråga, som utvecklats av domstolen på senare tid⁵³. Om de berörda enheterna har marknadsmässig inriktning är de aktiva på marknaden i direkt konkurrens med privata aktörer och eftersträvar samma eller motsvarande kommersiella mål och använder samma styrmedel. Samarbete som undantas från upphandlingsreglerna och syftar till att uppfylla ett allmännyttigt uppdrag bör i princip inte inbegripa sådana enheter. Interna leverantörer med en marknadsmässig inriktning skulle även kunna ge upphov till konkurrensproblem och problem som sammanhänger med statligt stöd.

Slutligen är det nödvändigt att se till typen av koppling mellan samarbetande enheter. I institutionaliserat samarbete är det närvaron av en (gemensam) intern kontroll som kan komma att leda till att även ett avtal som i normala fall skulle omfattas av upphandlingsreglerna undantas från deras tillämpningsområde. I avsaknad av sådan kontroll, och för att skilja icke institutionaliserat samarbete från ett vanligt offentligt kontrakt förefaller det vara väsentligt att ett icke institutionaliserat samarbete bör inbegripa rättigheter och skyldigheter som går utöver ”utförande av ett arbete mot vederlag” och att det huvudsakliga syftet med samarbetet inte är av kommersiellt slag.

Frågor:

⁵² Mål C-26/03, Stadt Halle.

⁵³ Mål C-573/07, SEA, punkt 73. Kraven i dom C-480/06 att samarbetet uteslutande ska styras av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse och att principen om likabehandling av intresserade personer ska respekteras pekar i samma riktning.

- | | |
|-----|--|
| 30. | Mot bakgrund av det ovanstående, anser ni att det skulle vara meningsfullt att införa lagbestämmelser på EU-nivå rörande tillämpningsområdet och kriterierna för samarbete mellan offentliga myndigheter (offentlig-offentligt samarbete)? |
| 31. | Skulle ni instämma i att ett koncept med vissa gemensamma kriterier för samarbetsformer mellan offentliga myndigheter som är undantagna från upphandlingsreglerna bör utvecklas? Vilka anser ni bör vara de viktigaste komponenterna i ett sådant koncept? |
| 32. | Skulle ni i stället föredra särskilda regler för olika samarbetsformer, som följer av EU-domstolens rättspraxis (t.ex. internt och horisontellt samarbete)? Förklara i så fall varför och vilka reglerna bör vara. |
| 33. | Bör EU-regler även omfatta överföring av befogenheter? Förklara varför. |

2.4. Lämpliga verktyg för samlade inköp/gemensam upphandling

En av de frågeställningar där berörda parter ofta klagar på vad de upplever som bristande instrument på EU-nivå gäller frågan om samlade inköp/samordning av offentlig upphandling mellan upphandlande myndigheter.

De som förordar en sådana samlade inköp understryker de betydande positiva effekterna för leverantörer och upphandlande myndigheter, bland annat följande: Skalfördelar, lägre produktionskostnader till förmån för företagen och de europeiska skattebetalarna, ökad köpmakt för de offentliga myndigheternas del och en möjlighet för dem att lägga samman yrkeskompetens och sakkunskaper samt dela kostnader och risker i samband med upphandlingen. Möjligheten att dela på kostnader och risker i synnerhet skulle också underlätta strategisk upphandling av nya, innovativa produkter och tjänster och på så sätt främja utvecklingen av nya produkter och marknader⁵⁴.

I synnerhet skulle gränsöverskridande samarbete mellan upphandlande myndigheter från olika medlemsstater kunna bidra till att göra upphandlingsmarknaderna mer integrerade, uppmuntra sammansmältningen av europeiska marknader över nationsgränserna och på så sätt skapa en bärkraftig, internationellt konkurrenskraftig europeisk industriell bas.

De nuvarande direktiven erbjuder redan en rad verktyg för samlade inköp, bland annat genom inköpscentraler⁵⁵. Det finns andra instrument som inte är specifikt utformade för samlade inköp, men som kan användas för detta ändamål, exempelvis möjligheten att ingå ramavtal som ett flertal upphandlande myndigheter är parter i. Upphandlande myndigheter kan naturligtvis även samordna sin upphandlingsverksamhet genom att helt enkelt dela med sig av sina erfarenheter eller samordna vissa etapper i upphandlingsförfarandet.

Det finns emellertid behov av att diskutera de återkommande kraven på mer specifika instrument på EU-nivå för att samordna inköp, särskilt gränsöverskridande gemensam upphandling. I sådana instrument och mekanismer skulle det vara nödvändigt att göra en avvägning mellan att tillåta en ökad samordning av inköp inom strategiska sektorer och att

⁵⁴ Detta är skälet till att man i flaggskeppsinitiativet "inovationsunionen" (SEK(2010) 1161), som syftar till en nystart för den europeiska innovations- och forskningspolitiken inom ramen för Europa 2020-strategin, även efterlyser ett EU-initiativ om gemensam upphandling.

⁵⁵ Jfr. artikel 1.10 i direktiv 2004/18/EG.

inte begränsa konkurrensen på upphandlingsmarknaderna (särskilt till nackdel för små och medelstora företag), dvs. genom att dela upp kontrakt i mindre delkontrakt.

När det gäller gränsöverskridande gemensam offentlig upphandling kan det finnas ytterligare rättsliga frågeställningar att hantera, däribland följande: Att kartlägga vilken nationell lagstiftning som är tillämplig på det offentliga upphandlingsförfarandet och upphandlingskontraktet, de upphandlande myndigheternas förmåga att tillämpa annan nationell lagstiftning än deras egen, beslut om vilket organ som är behörigt och vilka regler som är tillämpliga för överprövning av upphandlingsbeslut, och så vidare.

Frågor:

34. Ställer ni er allmänt sett positiv till en starkare inköpssamordning/mer gemensam upphandling? Vilka är enligt er uppfattning för- respektive nackdelarna?
35. Finns det enligt er uppfattning hinder för en effektiv samordning av inköp/gemensam upphandling? Anser ni att de instrument som anges i dessa direktiv för samordning av inköp (inköpscentraler, ramavtal) fungerar väl och är tillräckliga? Om inte, hur bör dessa instrument förändras? Vilka andra instrument eller bestämmelser skulle enligt er uppfattning krävas?
36. Anser ni att en stark samordning av inköp/gemensam upphandling skulle kunna innebära risker för att konkurrensen begränsas och att små och medelstora företags tillträde till offentliga kontrakt hindras. Om så är fallet, hur kan man minska eventuella risker?
37. Anser ni att gemensam offentlig upphandling skulle passa vissa specifika produktområden bättre än andra? Om så är fallet, vänligen ange vissa av dessa områden och motivera varför ni anser att dessa områden är särskilt lämpliga.
38. Ser ni särskilda problem med gränsöverskridande gemensam upphandling (t.ex. när det gäller tillämplig lagstiftning och prövningsförfaranden)? Anser ni närmare bestämt att den nationella lagstiftningen i ert land skulle medge att en upphandlande myndighet skulle bli föremål för ett prövningsförfarande i en annan medlemsstat?

2.5. Hantering av problem som rör fullgörande av kontrakt

I de nuvarande direktiven regleras inte kontraktets fullgörande på annat sätt än genom att kräva förhandsöppenhet om klausuler som gäller fullgörande av kontrakt (uppgift i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget). En del problem som uppstår under etappen för kontraktets fullgörande kan emellertid få allvarliga konsekvenser när det gäller icke diskriminering mellan anbudsgivare och i fråga om sundheten i den offentliga upphandlingen generellt. Frågan uppstår om huruvida EU-reglerna bör föreskriva specifika regleringsinstrument som skulle kunna göra det möjligt för de upphandlande myndigheterna att hantera dessa problem mer effektivt.

Väsentliga förändringar

En särskilt komplicerad fråga är problemet med efterföljande händelser som har påverkar själva kontraktet eller dess fullgörande.

Enligt domstolens rättspraxis kräver ändringar av offentliga kontraktsbestämmelser under kontraktets löptid ett nytt förfarande för kontraktstilldelning om bestämmelserna i sak skiljer sig från dem i det ursprungliga kontraktet⁵⁶.

Domstolen har redan givit en viss fingervisning om när ändringar bör betraktas som väsentliga. Detta är bland annat fallet när de inför villkor som, om de betydligt utvidgar kontraktets omfattning eller om de ändrar den ekonomiska jämvikten i kontraktet skulle ha tillåtit deltagande av eller val av andra anbudsgivare⁵⁷. Upphandlande myndigheter har emellertid angivit att rättspraxis vad gäller vissa ändringar inte förefaller vara tillräckligt tydlig i fråga om att fastställa huruvida det krävs ett nytt upphandlingsförfarande.

Det aktuella samrådet söker klargöra huruvida det krävs ett rättsligt förtydligande på EU-nivå för att fastställa villkoren för att en kontraktsändring ska föranleda ett nytt upphandlingsförfarande. Ett sådant förtydligande skulle också kunna ta itu med de eventuella följderna av sådana ändringar (t.ex. föreskriva ett förenklat upphandlingsförfarande för att lämna anbud på det förändrade kontraktet)⁵⁸.

Frågor:

39. Bör upphandlingsdirektiven reglera frågan om väsentliga förändringar i ett kontrakt under dess löptid. Om så är fallet, vilka förtydliganden skulle ni föreslå?
40. Om det på grund av en ändring av en eller flera väsentliga villkor blir nödvändigt att anordna ett nytt anbuds-förfarande skulle det vara motiverat att tillämpa ett mer flexibelt förfarande? Vilket förfarande skulle det kunna vara?

Förändringar som rör den kontraktsslutande parten och hävande av kontrakt

Komplicerade frågor uppstår även till följd av förändringar som rör den utvalda leverantören själv. Enligt domstolens rättspraxis utgör utbyte av den leverantör som av den upphandlande myndigheten ursprungligen hade tilldelats kontraktet mot en ny leverantör en väsentlig förändring, och kräver därför en ny kontraktstilldelning, såvida inte det utbytet hade förutsetts i villkoren i det ursprungliga kontraktet, exempelvis genom införande av en bestämmelse om anlitande av underleverantörer. Detta gäller dock inte om ett kontrakt överförs till en annan leverantör inom samma koncern som en del av en intern omorganisation⁵⁹. Å andra sidan kan ett byte av underleverantör i undantagsfall betraktas som en väsentlig förändring av kontraktet, även om möjligheten att ändra har förutsetts i kontraktsvillkoren⁶⁰.

Erfarenheter från berörda parter ger vidare vid handen att inte bara utbytet av leverantör mot en annan juridisk person, utan även ändringar i dess rättsliga ställning, kan ha en betydande effekt på kontraktsjämvikt eller ett sunt kontraktsutförande (t.ex. oförutsedda händelser som

⁵⁶ Se domsluten av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98 kommissionen mot Frankrike, punkterna 44 och 46, av den 19 juni 2008 i mål C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, punkterna 34–37 och av den 13 april 2010 i mål C-91/08, Wall AG, punkt 37.

⁵⁷ Se dom i mål presstext Nachrichtenagentur, punkterna 35–37.

⁵⁸ En lösning för vissa specifika ändringar anges redan i artikel 31.4 i direktiv 2004/18/EG som tillåter att ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling på vissa villkor används för kompletterande byggtreprenader eller tjänster.

⁵⁹ Dom presstext Nachrichtenagentur, punkt 40.

⁶⁰ Se dom Walleg, punkt 39.

påverkar förmågan att utföra kontraktet, som exempelvis konkurs, medarbetare med specialkompetens som lämnar bolaget osv.).

Det bör här också föras en diskussion för att utröna om det krävs instrument på EU-nivå för att hjälpa upphandlande myndigheter att hantera dessa situationer på ett lämpligt sätt, t.ex. huruvida upphandlande myndigheter ska ges rätt att avsluta kontraktet i händelse av stora förändringar som rör leverantören, och/eller ett nytt förenklat förfarande för att ersätta den tidigare leverantören i sådana fall⁶¹.

En sådan uttrycklig möjlighet för upphandlande myndigheter att avsluta kontrakt skulle kunna behövas även i de fall där EU-domstolen förklarar att ett specifikt kontrakt har tilldelats i strid med EU:s regler för offentlig upphandling. Även om en medlemsstat är skyldig att häva kontrakt som tilldelats i strid med EU-regler⁶² saknas i vissa nationella lagstiftningar föreskrifter om rätten att häva sådana kontrakt, vilket gör det svårt – för att inte säga i praktiken omöjligt – för upphandlande myndigheter att vidta lämpliga åtgärder för att efterleva domstolens domar i fall av överträdelser.

Frågor:

41. Anser ni att skulle ligga ett mervärde i att införa EU-regler om förändringar inom ramen för genomförandet av kontraktet? Om så är fallet, vad skulle mervärdet av regler på EU-nivå bestå i? Bör EU-reglerna särskilt föreskriva om en uttrycklig skyldighet eller rättighet för de upphandlande myndigheterna att i vissa fall kunna byta leverantör/häva kontraktet? Om ja, under vilka omständigheter? Bör EU också fastställa specifika förfaranden för hur de nya leverantörerna måste/får väljas ut?
42. Håller ni med om att det i EU:s upphandlingsdirektiv bör krävas att medlemsstaterna i sina nationella lagstiftningar föreskriver om rätten att häva kontrakt som har tilldelats i strid med upphandlingslagstiftningen.

Generellt sett är nationella regelverk om genomförande av kontrakt i många medlemsstater ganska detaljerade och kan innebära stora administrativa bördor (t.ex. verkställighetsgarantier, leveransvillkor, förseningar, prisjusteringsklausuler osv.). Antalet nationella regler på detta område skulle möjligen minskas genom införande av gemensamma normer för vissa aspekter på EU-nivå.

Fråga:

43. Anser ni att vissa aspekter av kontraktsgenomförandet – och i så fall vilka aspekter – bör regleras på EU-nivå? Beskriv närmare.

Utläggande på entreprenad

Den befintliga lagstiftningen innehåller bara mycket begränsade regler om underentreprenader. I artikel 25 i direktiv 2004/18/EG föreskrivs att upphandlande

⁶¹ Ett sådant förfarande skulle också kunna erbjuda dellösningar som exempelvis möjligheten att ge uppdraget till den anbudsgivare som lämnade det näst bästa anbudet i det ursprungliga anbudsförfarandet eller att på nytt öppna anbudsförfarandet med deltagande av endast anbudsgivarna i det ursprungliga förfarandet, under förutsättning att det tidigare förfarandet inte ligger alltför långt tillbaka i tiden..

⁶² Se Mål C-503/04,- kommissionen mot Tyskland.

myndigheter får begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på underleverantörer. Enligt domstolens rättspraxis har emellertid en anbudsgivare i princip rätt att ta hjälp av underleverantörer för utförandet av kontraktet, även om detta innebär att en stor del av kontraktet eller hela kontraktet utförs av underleverantörer. Utnyttjande av underleverantörer för väsentliga delar av kontraktet kan endast begränsas eller förbjudas om den upphandlande myndigheten inte hade möjlighet att kontrollera underleverantörernas tekniska kapacitet och ekonomiska ställning.

Vissa berörda parter efterfrågar striktare begränsningar för underentreprenader för att ge upphandlande myndigheter möjlighet att utöva större inflytande över kontraktutförandet. De förespråkar exempelvis möjligheten att undanta underentreprenader helt eller åtminstone från väsentliga delar av kontraktet, eller att begränsa utnyttjandet av underleverantörer till en viss procentandel av kontraktet eller ge den upphandlande myndigheten en generell rätt att förkasta föreslagna underleverantörer.

Fråga:

44. Anser ni att upphandlande myndigheter bör ha större möjligheter att utöva inflytande över utvalda anbudsgivares användning av underentreprenader? Om så är fallet, vilka instrument skulle ni föreslå?

3. EN MER TILLGÄNGLIG EUROPEISK UPPHANDLINGSMARKNAD

Ett av de främsta syftena med EU:s lagstiftning om offentlig upphandling är att de ekonomiska aktörerna ska få möjlighet att konkurrera effektivt om offentliga kontrakt i andra medlemsstater. Sedan de första direktiven om offentlig upphandling infördes på 1970-talet har avsevärda framsteg uppnåtts. Det finns dock fortfarande utrymme för förbättringar så att en europeisk upphandlingsmarknad skapas som verkligen är tillgänglig för alla europeiska företag. Särskilt små och medelstora företag behöver kunna få bättre tillträde till marknaderna, och upphandlingsmarknaderna behöver bli mer konkurrensutsatta.

Fråga:

45. Anser ni att de ekonomiska aktörerna med de nuvarande direktiven fullt ut kan dra nytta av den upphandling som sker på den inre marknaden? Om inte, vilka bestämmelser anser ni inte är så väl anpassade till deras behov och varför?

3.1. Bättre tillträde för små och medelstora företag och nystartade företag

Syftet med direktiven om offentlig upphandling är att öppna marknaden för offentlig upphandling för alla ekonomiska aktörer, oavsett storlek. Frågan om de små och medelstora företagens tillträde till dessa marknader måste dock uppmärksammas särskilt⁶³.

De små och medelstora företagen utgör grunden i EU:s ekonomi och de har en enorm potential att skapa sysselsättning, tillväxt och innovation. Om de på ett enkelt sätt har tillträde till upphandlingsmarknaderna kan detta hjälpa dem att frigöra denna tillväxt- och

⁶³ Se även den uppmaning som Europaparlamentets riktat till kommissionen om att underlätta för små och medelstora företag att få tillträde till upphandlingsmarknaderna i betänkandet om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling (2009/2175(INI)).

innovationspotential, samtidigt som det får positiva effekter på den europeiska ekonomin. Om många små och medelstora företag deltar vid offentlig upphandling kan de upphandlande myndigheterna dessutom avsevärt bredda sin potentiella leverantörsbas, vilket påverkar konkurrensen om offentliga kontrakt positivt och utgör en motvikt till dominerande marknadsaktörer.

För att små och medelstora företag i största möjliga utsträckning ska kunna delta vid offentlig upphandling oavsett hur stor upphandlingen är, offentliggjorde kommissionen 2008 en europeisk kod för bästa praxis för att underlätta små och medelstora företags tillträde till offentliga kontrakt⁶⁴. Koden belyser och utvecklar praxis inom ramen för EU:s regler som underlättar små och medelstora företags deltagande vid upphandling och säkerställer lika möjligheter för dessa anbudsgivare.

Mellan 58 % och 61 % av alla företag som tilldelades offentliga kontrakt över EU:s tröskelvärden var små och medelstora företag under perioden 2006–2008 enligt en aktuell studie som Europeiska kommissionen beställt⁶⁵. Mellan 31 % och 38 % av det uppskattade totala kontraktsvärdet vid offentlig upphandling gick till små och medelstora företag, medan deras samlade andel av ekonomin är 52 %, beräknat utifrån deras sammanlagda omsättning.

Det är därför värt att undersöka om det är nödvändigt att planera för lagstiftning på EU-nivå för att säkerställa att upphandlande myndigheter fullt ut utnyttjar de små och medelstora företagens ekonomiska och innovativa potential vid sin upphandling.

Mindre administration i urvalsfasen

Återkoppling från små och medelstora ekonomiska aktörer visar att de största hindren för dessa företags deltagande i offentlig upphandling står att finna i urvalsfasen. Dels handlar det om de styrkande underlag som ska lämnas. Det stora antalet intyg som ofta krävs i urvalsfasen utgör en administrativ börda som små och medelstora företag kan ha svårt att hantera, särskilt i gränsöverskridande sammanhang när intygen dessutom måste översättas. Dels sätts själva urvalskriterierna så högt (t.ex. kraven på omsättning eller antalet begärda referenskontrakt) att det är så gott som omöjligt för små och medelstora företag att uppfylla dem.

Beträffande den första frågan (styrkande av att urvalskriterierna uppfylls) kan en lösning som ofta förespråkas vara att låta företagen som ett första steg bara lämna in en sammanfattning av dessa uppgifter för själva urvalsfasen och/eller lämna in en egen försäkran om att urvalskriterierna är uppfyllda. Det blir då bara den eller de anbudsgivare som går vidare till tilldelningsfasen som ombeds att lämna in faktiskt styrkande handlingar (intyg). För att förhindra bedrägeri skulle den upphandlande myndigheten dock ha möjlighet att begära in dessa handlingar när som helst under, eller till och med efter, upphandlingsförfarandet. Detta skulle minska den administrativa bördan, särskilt för små och medelstora företag, utan att äventyra garantierna för att man verkligen fattar välgrundade beslut.

Beträffande den andra frågan (alltför stränga urvalskriterier) kan man överväga att i EU-reglerna införa ett tak för vissa krav när det gäller det kvalitativa urvalet, särskilt avseende den finansiella ställningen. Med detta skulle man kunna undvika att upphandlande myndigheter ställer upp alltför stränga urvalskriterier (t.ex. för omsättning) som leder till att

⁶⁴ Arbetsdokument från kommissionens avdelningar, SEK(2008) 2193.

⁶⁵ Utvärdering av små och medelstora företags tillträde till upphandlingsmarknader i EU (uppdatering 2009), gjord i september 2010. Beställd av Generaldirektoratet för näringsliv. Konsult: GHK.

små och medelstora företag inte kan delta. En sådan åtgärd skulle bygga vidare på den skyldighet som redan finns att tillämpa proportionella urvalskriterier. Å andra sidan skulle detta inskränka de upphandlande myndigheternas frihet att själva fastställa de krav som de anser är nödvändiga för att kontraktet ska genomföras korrekt.

Andra förslag

Det har även framförts förslag från berörda parter om positiv särbehandling av små och medelstora företag, t.ex. att man på förhand reserverar särskilda kvoter för små och medelstora företag. EU anser inte, till skillnad från vissa av våra handelspartner som har infört sådana åtgärder, att marknader bör reserveras för särskilda företag. Sådana åtgärder skulle även strida mot principen om att anbudsgivare ska behandlas lika, vilket är en grundprincip i EU:s regelverk om offentlig upphandling som är förankrad av domstolen som en grundläggande frihet enligt fördraget.

Interna administrativa åtgärder som uppmuntrar de upphandlande myndigheterna att göra sitt yttersta för att underlätta för de små och medelstora företagen att få tillgång till deras offentliga kontrakt kan dock vara en framkomlig väg. En idé kan t.ex. vara att ställa upp mål för dessa företags andel av den totala upphandlingen. Ett sådant system skulle inte innebära att *särskilda kontrakt reserveras* för små och medelstora företag, utan det skulle bara vara ett incitament för upphandlande myndigheter att på bästa möjliga sätt utnyttja de instrument som finns för en småföretagarvänlig upphandling.

Ett annat alternativ kan vara att upphandlande myndigheter får möjlighet att ställa krav på att den anbudsgivare som får kontraktet lägger ut en viss andel av kontraktet på tredje part. En sådan skyldighet finns redan i direktiv 2004/18/EG för koncessioner avseende byggentreprenader (artikel 60) och i direktiv 2009/81/EG om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (artikel 21).

Frågor:

46. Anser ni att EU:s regler och politik om offentlig upphandling redan är tillräckligt småföretagarvänlig? Eller anser ni att vissa regler i direktivet bör ses över eller att ytterligare åtgärder bör vidtas för att främja små och medelstora företags deltagande vid offentlig upphandling? Motivera er ståndpunkt.
47. Anser ni att vissa av de åtgärder som anges i koden för bästa praxis bör vara obligatoriska för upphandlande myndigheter, t.ex. att kontraktet ska delas upp i flera delar (med vissa förbehåll)?
48. Anser ni att de regler som rör valet av anbudsgivare leder till orimlig administration för små och medelstora företag? Hur kan dessa regler i så fall ändras utan att garantierna för insyn och öppenhet, icke-diskriminering och ett högkvalitativt genomförande av kontrakt äventyras?
49. Förordar ni en lösning som innebär att det bara är anbudsgivare som är kvar i slutomgången eller den anbudsgivare som tilldelas kontraktet som måste lämna in styrkande handlingar?
50. Anser ni att en försäkran från anbudsgivaren själv är ett lämpligt sätt att minska administrationen i samband med att man ska styrka att urvalskriterierna är uppfyllda eller är en sådan försäkran inte tillräckligt tillförlitlig för att kunna ersätta intyg? På

vilka punkter kan en egen försäkran vara ändamålsenlig (särskilt uppgifter som rör själva företaget) och på vilka är den inte det?

51. Anser ni att alltför strikta krav på omsättning för att visa att företaget har den finansiella kapaciteten utgör ett problem för små och medelstora företag? Bör EU:s lagstiftning föreskriva en maxkvot för att säkerställa att urvalskriterier är proportionella (t.ex. att den totala omsättning som krävs inte får överskrida en viss multipel av kontraktsvärdet)? Föreslår ni andra instrument för att se till att urvalskriterierna står i proportion till kontraktsvärdet och kontraktsföremålet?
52. Vilka fördelar och nackdelar innebär det om medlemsstaterna kan tillåta eller ställa krav på att de upphandlande myndigheterna ska ålägga den anbudsgivare som tilldelas kontraktet att lägga ut en viss andel av huvudkontraktet på tredje part?

3.2. Säkrad effektiv konkurrens på lika villkor

Offentliga upphandlare handlar ofta på marknader med konkurrensbegränsande strukturer⁶⁶. På dessa marknader kan syftet med upphandlingsreglerna – dvs. en öppen och effektiv konkurrens – bli svårt att uppnå bara genom att tillämpa de förfaranderegler som föreskrivs i de nuvarande direktiven. Om upphandlingsbeslut fattas utan hänsyn till marknadsstrukturerna riskerar konkurrensbegränsande strukturer att befästas eller till och med förvärras, även om reglerna i direktiven följs. Detta gäller särskilt om det rör sig om höga kontraktsvärden och sektorer där myndigheter är de huvudsakliga kunderna och den privata efterfrågan inte är tillräckligt stor för att skapa en motvikt till effekterna av myndigheternas inköp på marknaden.

En smart upphandling som syftar till att maximera konkurrensen på dessa marknader kräver först och främst att inköparna har god kännedom om den aktuella marknadsstrukturen. Vidare måste de anpassa sina upphandlingsstrategier (utformning av kontrakt och val av förfaranden) i enlighet med detta. De upphandlande myndigheterna bör t.ex. undvika upphandlingskontrakt som bara kan genomföras av en eller mycket få marknadsaktörer, eftersom detta befäster oligopol och gör det nästan omöjligt för nya aktörer att komma in på marknaden. I värsta fall slutar det med att den upphandlande myndigheten bara har en enda dominant leverantör att tillgå som kan bestämma både kontraktsvillkor och priser.

Hur kontrakten ska utformas beror alltså på vilken struktur som råder på marknaden. Om mindre konkurrenter på marknaden kan leverera de aktuella varorna eller tjänsterna i mindre skala kan ett effektivt sätt att maximera konkurrensen vara att minska kontraktens volym eller varaktighet. En effektiv konkurrens kan också åstadkommas om kontrakten delas upp i mindre delar, eventuellt kompletterat med att man bestämmer högsta antal delar som kan gå till en och samma anbudsgivare. Om det inte finns tillräckligt många konkurrenter bland de mindre företagen kan ett annat sätt att säkerställa en effektiv konkurrens vara att samla flera inköp till ett enda kontrakt, så att det eventuellt blir attraktivt för aktörer från andra medlemsstater.

⁶⁶ Marknaden för avfallshantering domineras i många medlemsstater av en eller två stora aktörer. Byggsektorn är, åtminstone när det gäller stora infrastrukturprojekt, oligopolistisk med en benägenhet till kartellbildning. Andra exempel är IT-försörjning, elmarknaden i vissa medlemsstater, vilket illustreras av besluten enligt artikel 30 om elmarknaden i Tjeckien, Spanien och Italien, samt marknaden för vissa posttjänster i ett antal medlemsstater, vilket illustreras av besluten enligt artikel 30 om postsektorn i Sverige, Finland och Österrike.

Det finns ett antal andra instrument som ofta förs fram för en säkrad effektiv konkurrens på upphandlingsmarknaderna och som kan införas på EU-nivå som alternativ för medlemsstaterna eller upphandlande myndigheter. Som nämns ovan ökar oftast antalet giltiga anbud om man lättar på urvalskriterierna⁶⁷. Ofördelaktiga kontrakt som är framtvingade av dominerande leverantörer kan undvikas om man på förhand fastställer ett maxpris för kontraktet eller förbehåller sig rätten att avbryta förfarandet om det bara är en anbudsgivares anbud som godkänns i urvalsfasen.

Generellt bör om möjligt också åtgärder övervägas som syftar till att underlätta deltagandet av anbudsgivare från andra medlemsstater. Som redan nämnts finns det fortfarande en stor outnyttjad potential att öka den inomeuropeiska handeln inom offentlig upphandling för att skapa en verklig europeisk upphandlingsmarknad. Affärsmöjligheterna för europeiska företag skulle då komma att mångfaldigas och den potentiella leverantörsbasen skulle samtidigt öka för upphandlande myndigheter. Det gränsöverskridande deltagandet kan underlättas av ett bättre ömsesidigt erkännande av intyg (eller till och med införande av ett gemensamt europeiskt förkvalificeringssystem). Några berörda parter föreslår till och med att man för vissa större kontrakt kan ta fram anbudsspecifikationerna på ytterligare ett språk eller acceptera anbud på främmande språk. För vissa steg i förfarandet kan man också överväga att använda automatisk översättning, åtminstone för preliminär information.

Alla åtgärder som syftar till att öka konkurrensen på upphandlingsmarknaderna förutsätter att de upphandlande myndigheterna har god kännedom om de marknader där de ska göra sina inköp (t.ex. genom undersökningar om hur marknaden ser ut innan upphandlingen genomförs). För att genomföra dessa (eller andra) garantier i praktiken krävs det ytterligare ansträngningar från de upphandlande myndigheternas sida, vilket sannolikt bara är motiverat för stora kontrakt som kan komma att påverka marknadsstrukturen avsevärt.

Frågor:

53. Anser ni att offentlig upphandling i hög grad kan påverka marknadsstrukturer och att upphandlare om möjligt bör försöka anpassa sina upphandlingsstrategier för att motverka konkurrensbegränsande strukturer?
54. Anser ni att EU:s politik och regler om offentlig upphandling bör omfatta (frivilliga) instrument för att uppmuntra sådana konkurrensfrämjande upphandlingsstrategier? Vilka instrument skulle ni i så fall vilja föreslå?
55. Anser ni att det behövs mer specifika instrument eller initiativ för att uppmuntra anbudsgivare från andra medlemsstater att delta i offentlig upphandling? Om ja, vilka?
56. Anser ni att det ömsesidiga erkännandet av intyg behöver förbättras? Ställer ni er bakom ett införande av ett förkvalificeringssystem för hela EU?
57. Hur skulle ni föreslå att man löser frågan om språkbarriärer? Anser ni att upphandlande myndighet ska vara skyldiga att ta fram anbudsspecifikationerna för större kontrakt på ytterligare ett språk eller acceptera anbud på främmande språk?

⁶⁷ Lägre krav på omsättning underlättar deltagandet för mindre företag och lägre krav på tidigare erfarenhet gör det enklare för nya företag att komma in på marknaden osv.

- | | |
|-----|--|
| 58. | Vilka instrument kan införas genom reglerna om offentlig upphandling för att förhindra framväxten av dominerande leverantörer? Hur kan upphandlande myndigheter skyddas bättre mot dominerande leverantörer? |
|-----|--|

Förebyggande av konkurrensbegränsande metoder

En angränsande fråga är problemet med konkurrensbegränsande metoder på upphandlingsmarknaderna. Upphandlingsmarknaderna tycks vara särskilt benägna till samverkan mellan deltagarna (uppgjorda anbud, inbördes uppdelning av marknaden)⁶⁸, bl.a. därför att den offentliga efterfrågan är stabil och förutsägbar. Vissa analytiker menar också att insynen i processen i själva verket är befrämjande för kartellbildning.

Antalet överträdelser av konkurrenslagstiftningen vid offentliga upphandlingsförfaranden är långt ifrån marginell⁶⁹, men denna fråga tas inte upp specifikt i de gällande EU-reglerna om offentlig upphandling. Hittills har uppfattningen varit att problemet kan hanteras effektivt med hjälp av de nuvarande reglerna, t.ex. genom att ge riktlinjer till upphandlare om hur man förhindrar och upptäcker samverkan.

Det bör dock diskuteras om detta verkligen räcker för att samverkan på upphandlingsmarknaderna ska kunna motverkas effektivt eller om det krävs särskild lagstiftning, t.ex. striktare avstängning vid uppgjorda anbud, möjlighet att inte lämna ut vissa uppgifter eller krav på att förhandlat förfarande ska användas i sektorer där det finns stor risk för kartellbildning, användning av intyg om att man tagit fram anbudet utan samverkan med konkurrenter, krav på att upphandlare samråder med konkurrensmyndigheterna när man ser misstänkta mönster i anbuderna osv.

Erfarenheten visar också att det är bra om vissa instrument som riskerar att missbrukas i samverkanssyfte görs säkrare för att motverka missbruk. Att lägga ut vissa delar av kontraktet på underentreprenad är exempelvis ett sätt som den anbudsgivare som får kontraktet ofta använder sig av för att belöna kartellmedlemmar som håller sig till kartellavtalet. Ett sätt att komma åt detta kan vara att under vissa förutsättningar förbjuda användande av underleverantörer som själva deltagit i upphandlingen⁷⁰.

Det står klart att fler åtgärder mot konkurrensbegränsande metoder kan bidra till att upprätthålla en sund konkurrens på upphandlingsmarknaderna. Denna fördel måste emellertid vägas noggrant mot den extra administration som dessa regler medför för upphandlare och företag.

Fråga:

- | | |
|-----|---|
| 59. | Anser ni att ett starkare skydd mot konkurrensbegränsande metoder i samband med upphandlingar bör införas i EU:s upphandlingsregler? Vilka nya instrument eller bestämmelser skulle ni i så fall vilja föreslå? |
|-----|---|

⁶⁸ Se även OECD:s omfattande arbete, t.ex. riktlinjerna för att motverka uppgjord anbudsgivning vid offentlig upphandling:
http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_40381615_42230813_1_1_1_1,00.html

⁶⁹ Några "ryktbara" karteller på marknaderna för offentlig upphandling är t.ex. "Lunchkupong-målet" i Italien och det franska målet "Lycées de l'Ile-de-France".

⁷⁰ Det är dock bara under relativt strikta omständigheter som anbudsgivares deltagande kan begränsas på grund av att det föreligger risk för samverkan: se domstolens dom av den 19 maj 2009 i mål C-538/07, Assitur (om tillfälliga företagskonstellationer).

3.3. Upphandling när det inte förekommer någon konkurrens eller vid ensamrätt

I praktiken är upphandlande myndigheter ofta nödsakade att köpa in sina produkter av en viss ekonomisk aktör därför att det företaget har ensamrätt på produktionen av dessa varor eller tillhandahållandet av tjänsterna. I dessa fall föreligger det ingen normal konkurrens om kontraktet. Direktiven om offentlig upphandling medger därför att det förhandlade förfarandet används utan offentliggörande av meddelande om upphandling om "kontraktet, av tekniska eller konstnärliga skäl eller med hänsyn till skydd av ensamrätt, endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör"⁷¹.

Om ensamrätt föreligger skulle ju en upphandling bara vara en ren formalitet utan något som helst praktiskt värde. Tillträdet till det offentliga kontraktet stängdes emellertid redan genom att ensamrätten tilldelades, vilket alltså uteslöt alla möjligheter till konkurrens innan någon upphandling ens inletts.

Frågan om hur själva ensamrätten har tilldelats, och i synnerhet om det har rått en sund konkurrens vid tilldelningen (med dess effekter på det senare beslutet om upphandling), tas inte upp i de nuvarande upphandlingsdirektiven när det gäller kontrakt till privata aktörer.

Detta tas bara upp i samband med samarbete mellan myndigheter där det föreskrivs att tjänstekontrakt mellan upphandlande myndigheter inte omfattas av direktivet om de tilldelas på grundval av en ensamrätt – men bara på villkor att denna ensamrätt är förenlig med fördragets principer⁷².

Denna bestämmelse kommer förmodligen inte längre att behövas när en helhetslösning har fastställts för frågor som rör samarbete mellan myndigheter. Det bör dock övervägas om den grundläggande tanken med denna artikel bör tillämpas generellt, med hänsyn till en sund konkurrens på upphandlingsmarknaderna. Principen skulle vara att kontrakt bara kan tilldelas utan konkurrens på grundval av en ensamrätt, om denna ensamrätt i sig har varit föremål för ett konkurrensutsatt förfarande.

Frågor:

60. Anser ni att tilldelningen av en ensamrätt kan äventyra den sunda konkurrensen på upphandlingsmarknaderna?
61. Vilka instrument skulle ni i så fall vilja föreslå för att minska denna risk eller säkerställa en sund konkurrens? Anser ni att EU:s upphandlingsregler bör tillåta att kontrakt tilldelas utan upphandling på grundval av en ensamrätt, på villkor att denna ensamrätt i sig har tilldelats inom ramen för ett öppet och konkurrensutsatt förfarande?

⁷¹ Se artikel 31.1 b i direktiv 2004/18/EG.

⁷² Artikel 18 i direktiv 2004/18/EG.

4. STRATEGISK ANVÄNDNING AV OFFENTLIG UPPHANDLING SOM SVAR PÅ NYA UTMANINGAR

Myndigheterna kan i betydande grad bidra till de strategiska målen för Europa 2020⁷³ genom att man utnyttjar sina inköp så att varor och tjänster produceras med ett högre "samhällsvärde" genom att de främjar innovation, är miljöanpassade och motverkar klimatförändringarna, minskar energiförbrukningen, ökar sysselsättningen och förbättrar folkhälsan⁷⁴ och sociala förhållanden samt främjar jämställdhet och missgynnade gruppers delaktighet⁷⁵. Stor efterfrågan från myndigheterna på "grönare", mer innovativa varor och tjänster med låga koldioxidutsläpp och mer socialt ansvarstagande kan också forma utvecklingen när det gäller produktion och förbrukning för kommande år. Att man tar sig an de utmaningar som samhället ställs inför bör givetvis inte minska effektiviteten inom offentlig upphandling. Politiska överväganden vid offentlig upphandling bör göras på ett sådant sätt att man inte skapar orimlig extra administration för de upphandlande myndigheterna eller snedvrider konkurrensen på upphandlingsmarknaderna.

Det finns två sätt att utnyttja upphandling för att uppnå de politiska målen för Europa 2020:

- De upphandlande myndigheterna kan ges möjlighet att beakta dessa mål inom ramen för reglerna om offentlig upphandling ("hur man ska köpa in").
- De upphandlande myndigheterna kan åläggas obligatoriska krav eller ges incitament för att styra besluten om vilka varor och tjänster som bör upphandlas ("vad man ska köpa in").

Direktiven om offentlig upphandling lägger fast en gemensam ram för offentliga inköp genom att de föreskriver regler för "hur man ska köpa in", medan de upphandlande myndigheterna själva får välja "vad man ska köpa in", fastställa vilka egenskaper byggentreprenader, varor eller tjänster ska ha för att på bästa sätt tillgodose deras behov och fastställa vilka villkor som bäst passar deras politiska mål (så länge dessa är öppna och icke-diskriminerande).

EU:s upphandlingslagstiftning ger också utrymme för incitament till upphandling i linje med Europa 2020-målen, eller införande av skyldigheter för de upphandlande myndigheterna i fråga om "vad man ska köpa in", antingen på EU-nivå eller på nationell nivå, för att se till att den offentliga upphandlingen är förenlig med de övergripande politiska målen.

En rad politiska initiativ har redan tagits under de senaste åren, både på EU-nivå och nationellt, för att uppmuntra användningen av offentlig upphandling till stöd för de ovannämnda politiska målen. Nämnas kan bl.a. det pågående arbetet med att främja

⁷³ Se meddelandet från kommissionen av den 3 mars 2010 (KOM(2010) 2020).

⁷⁴ Se rådets slutsatser av den 13 september 2010 om lärdomar som kan dras av A/H1N1-pandemin.

⁷⁵ Denna tanke ligger i linje med artikel 9 i EUF-fördraget som anger att unionen ska beakta främjandet av hög sysselsättning, garantier för ett fullgott socialt skydd och kampen mot social utestängning.

miljöanpassad offentlig upphandling⁷⁶, socialt ansvarsfull offentlig upphandling⁷⁷ och innovation⁷⁸.

I synnerhet har miljöanpassad offentlig upphandling praktiserats i medlemsstaterna i mer än ett decennium. De flesta medlemsstater har antagit nationella handlingsplaner för miljöanpassad offentlig upphandling, med frivilliga eller bindande mål och särskilda åtgärder för att främja och genomföra miljöanpassad offentlig upphandling. EU har tagit fram kriterier för miljöanpassad offentlig upphandling för 18 produkt- och tjänstegrupper⁷⁹, och fler grupper kommer att läggas till efter hand.

I följande avsnitt diskuteras om och hur EU:s upphandlingsregler behöver förändras för att de olika åtgärder som vidtas eller kan vidtas på EU-nivå och nationellt ska vara samstämmiga och ändamålsenliga.

4.1. "Hur man ska köpa in" för att Europa 2020-målen ska uppnås

Överväganden som rör miljöskydd, social delaktighet eller främjad innovation kan vara relevanta i olika faser av upphandlingsförfarandet, beroende på vilken typ av överväganden det rör sig om. Man kan inte ta hänsyn till alla aspekter av dessa politiska mål i alla faser. I följande avsnitt diskuteras hur vart och ett av de politiska målen kan beaktas i de olika faserna av ett upphandlingsförfarande.

Beskrivningen av kontraktsföremålet och de tekniska specifikationerna

Enligt EU:s gällande upphandlingsregler måste de upphandlande myndigheterna se till att kontraktsföremålet beskrivs tydligt och icke-diskriminerande. De måste också fastställa tekniska specifikationer som inte får gynna vissa företag.

Kraven på process- och produktionsmetoder måste avse framställningen av produkten och bidra till dess egenskaper, även om dessa inte behöver vara direkt synliga. Enligt de nuvarande reglerna får man inte ställa krav på process- och produktionsmetoder som inte avser framställningen av produkten och inte återspeglas i produktens egenskaper.

⁷⁶ Se kommissionens meddelande *Offentlig upphandling för en bättre miljö*, KOM(2008) 400, där mål ställs upp för användningen av en miljöanpassad offentlig upphandling i medlemsstaterna och en process inleddes för utarbetandet av gemensamma frivilliga EU-kriterier för detta. Se även *Handbook on Environmental Public Procurement (Buying Green)*, http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

⁷⁷ Se handledningen *Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement* – SEK(2010) 1258.

⁷⁸ I anslutning till åtagande nr 17 i meddelandet *Innovationsunionen* följer Europeiska kommissionen för närvarande en undersökning (som startade i november 2010 och ska avslutas i november 2011) som ska leda till en ny stödmekanism för upphandling av innovation. Ordningen ska ge vägledning och upprätta en (finansiell) stödmekanism som ska hjälpa upphandlande myndigheter att genomföra dessa upphandlingar på ett icke-diskriminerande och öppet sätt, samla sin efterfrågan, utarbeta gemensamma specifikationer och främja små och medelstora företags deltagande. Beträffande förkommersiell upphandling se kommissionens meddelande *Förkommersiell upphandling: Att driva på innovation för att få offentliga tjänster av hög kvalitet i Europa*, KOM(2007) 799.

⁷⁹ Se kommissionens meddelande *Offentlig upphandling för en bättre miljö*, KOM(2008) 400, där mål ställs upp för användningen av en miljöanpassad offentlig upphandling i medlemsstaterna och en process inleddes för utarbetandet av gemensamma frivilliga EU-kriterier för detta. Se även *Handbook on Environmental Public Procurement (Buying Green)*, http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

Myndigheter och berörda parter framhåller ibland att vissa produkter måste eller bör upphandlas lokalt med hänsyn till miljön eller av hälsoskäl. Det bör här understrykas att sådana krav inte är förenliga med EU-lagstiftningen om de leder till omotiverad direkt eller indirekt diskriminering av leverantörer. De kan bara motiveras i undantagsfall där legitima och objektiva behov som inte rör rent ekonomiska hänsynstaganden bara kan tillgodoses av produkter från en viss region.

Frågor:

62. Anser ni att reglerna om tekniska specifikationer ger tillräckligt utrymme för att andra politiska mål ska kunna beaktas?
63. Anser ni att upphandlande myndigheter bättre kan tillgodose sina politiska behov om man kan fastställa tekniska specifikationer i form av prestanda eller funktionskrav i stället för som strikt detaljerade tekniska krav? Anser ni i så fall att krav på prestanda eller funktion bör vara obligatoriska på vissa villkor?
64. Anser ni att upphandlande myndigheter i tillräcklig utsträckning utnyttjar de möjligheter som ges enligt artikel 23 i direktiv 2004/18/EG när det gäller kriterier avseende tillgänglighet⁸⁰ för funktionshindrade eller formgivning med tanke på samtliga användares behov? Om inte, vad behöver göras?
65. Anser ni att det finns vissa förfaranden i direktiven⁸¹ (t.ex. den konkurrenspräglade dialogen, projekttävling) som passar särskilt bra för att ta hänsyn till politik som rör miljö, sociala förhållanden, tillgänglighet och innovation?
66. Hur föreslår ni att förfarandena i direktiven bör förändras så att de ovannämnda politiska målen kan beaktas fullt ut, samtidigt som principerna om icke-diskriminering och öppenhet respekteras för att säkerställa konkurrens på lika villkor för de europeiska företagen? Kan innovativ IT användas för att hjälpa upphandlare att uppnå Europa 2020-målen?
67. Finns det enligt er uppfattning fall där det av legitima och objektiva skäl som inte grundar sig på rent ekonomiska överväganden är motiverat att man begränsar upphandlingen till lokala eller regionala leverantörer?
68. Anser ni att man på ett bättre sätt kan ta politiska hänsyn till exempelvis miljö, sociala förhållanden, innovation osv. om det förhandlade förfarandet med föregående meddelande om upphandling får användas som det normala förfarandet? Eller skulle risken för diskriminering och begränsad konkurrens vara för hög?

Krav på de mest relevanta urvalskriterierna

När den anbudssökandes förmåga att genomföra uppdraget bedöms kan de upphandlande myndigheterna ta hänsyn till särskild erfarenhet och kompetens som rör sociala eller miljömässiga aspekter som är relevanta för kontraktsföremålet.

⁸⁰ Tillgänglighet i detta sammanhang betyder tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning (funktionshinder).

⁸¹ I avsnitt 2.1 beskrivs förfarandena.

Fråga:

69. Kan ni ge några exempel på teknisk kompetens eller andra urvalskriterier som gör att mål som miljöskydd, social delaktighet, bättre tillträde för funktionshindrade och ökad innovation i högre grad kan uppnås?

Användning av de mest ändamålsenliga tilldelningskriterierna

För att säkerställa en effektiv konkurrens mellan de ekonomiska aktörerna och undvika att de upphandlande myndigheterna fattar godtyckliga beslut krävs det enligt EU:s upphandlingsregler att tilldelningskriterierna är kopplade till kontraktsföremålet, att de inte ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet samt att de uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten.

De upphandlande myndigheterna får själva välja hur man ska väga de olika kriterierna mot varandra för att komma fram till vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. På så sätt kan de bestämma vilken betydelse de vid utvärderingen vill ge miljömässiga eller sociala kriterier i förhållande till andra kriterier, inklusive priset.

För standardvaror och -tjänster kan man i många fall redan i de tekniska specifikationerna eller villkoren för fullgörande av ett kontrakt ställa upp höga miljörelaterade eller sociala krav samtidigt som man tilldelar kontraktet på grundval av kriteriet om lägsta pris. De upphandlande myndigheterna kan på så sätt få varor och tjänster som uppfyller höga krav till bästa pris.

Använder man kriterier som rör miljö, energieffektivitet, tillgänglighet eller innovation i tilldelningsfasen i stället för bara i de tekniska specifikationerna eller som villkor för fullgörandet av kontraktet kan det ha den fördelen att företagen känner sig manade att lämna anbud utöver den nivå som fastställs i de tekniska specifikationerna, vilket främjar införandet av innovativa produkter på marknaden. Det kan också vara fördelaktigt att tillämpa sådana kriterier i tilldelningsfasen om man är osäker på vilka varor och tjänster som finns på marknaden.

Frågor:

70. Kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet förefaller mest ändamålsenligt för att förverkliga andra politiska mål. I syfte att på bästa sätt beakta sådana politiska mål, skulle det enligt er uppfattning vara fördelaktigt att ändra de nuvarande reglerna (för vissa typer av kontrakt/vissa sektorer/under vissa omständigheter) för att
- 70.1.1. kriteriet om enbart lägsta pris;
- 70.1.2. begränsa användningen av priskriteriet eller den vikt som upphandlande myndigheter kan lägga vid priset;
- 70.1.3. införa en tredje möjlighet av tilldelningskriterier utöver lägsta pris och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet? Vilket alternativt kriterium förslår ni i så fall som skulle göra det möjligt att både förverkliga andra politiska mål mer effektivt och garantera en sund konkurrens på lika villkor mellan de europeiska företagen?

- | | |
|-----|---|
| 71. | Anser ni att den poäng som tilldelas t.ex. miljörelaterade, sociala eller innovativa kriterier bör begränsas till ett fastställt maximum så att de kriterierna inte blir viktigare än kriterierna om prestanda eller kostnad? |
| 72. | Anser ni att man känner till och utnyttjar möjligheten att inkludera miljörelaterade eller sociala kriterier i tilldelningsfasen? Anser ni att detta bör uttryckas tydligare i direktivet? |
| 73. | Anser ni att det bör vara obligatoriskt att ta hänsyn till livscykelkostnader när man bestämmer vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, särskilt när det gäller stora projekt? Anser ni i så fall att kommissionen måste eller bör ta fram en metod för livscykelkostnader? |

Införande av lämpliga klausuler för fullgörandet av kontrakt

Enligt EU:s nuvarande upphandlingsregler måste klausulerna för fullgörandet av kontraktet vara kopplade till de uppgifter som krävs för produktionen och tillhandahållandet av de varor eller tjänster som köps in. Sådana villkor för fullgörandet av kontraktet får omfatta andra politiska hänsyn som exempelvis sociala och miljörelaterade frågor⁸². Som exempel på miljöhänsyn kan nämnas krav på utsläppskompensering för vissa inköp med stort koldioxidavtryck. Några medlemsstater har som rutin att vid upphandling av taxi- eller andra transporttjänster kräva att de fordon som används för dessa tjänster tillhör de högsta effektivitetsklasserna. Klausuler för fullgörandet av kontraktet kan också användas för att stimulera innovation när kontraktet genomförs, t.ex. genom att ställa upp incitament för en vidareutveckling av varorna eller tjänsterna under kontraktstiden.

De upphandlande myndigheterna kan i detta skede införa särskilda skyldigheter för uppdragstagaren om olika miljörelaterade eller sociala mål som inte kan avspeglas i de tidigare skedena av upphandlingen.

Frågor:

- | | |
|-----|---|
| 74. | Klausuler för fullgörandet av kontraktet är det skede i förfarandet då det fungerar bäst att införa sociala hänsyn rörande anställnings- och arbetsvillkor för arbetstagare som deltar vid genomförandet av kontraktet. Håller ni med om detta? Om inte, ange vad som i stället kan vara den bästa lösningen. |
| 75. | Vilken typ av klausuler för fullgörandet av kontraktet anser ni skulle vara särskilt ändamålsenliga för att ta hänsyn till sociala förhållanden, miljö och energieffektivitet? |
| 76. | Bör vissa allmänna klausuler för fullgörandet av kontraktet specificeras redan på EU-nivå, särskilt vad gäller klausuler om anställnings- och arbetsvillkor för arbetstagare som deltar vid genomförandet av kontraktet? |

Kontroll av kraven

De upphandlande myndigheterna kan specificera miljörelaterade eller sociala krav när man utformar de tekniska specifikationerna eller urvals-/tilldelningskriterierna eller inför klausuler

⁸²

Se artikel 26 i direktiv 2004/18/EG.

för fullgörandet av kontraktet. I dessa fall tar man normalt fram en lista över uppgifter (intyg/dokumentation och/eller särskilda åtaganden) som de anbudssökande eller anbudsgivarna ska lämna in för att visa att de kan uppfylla de krav som ställts upp rörande miljö eller sociala förhållanden. Enligt de nuvarande reglerna kan särskilda certifieringssystem (t.ex. certifieringssystem för skogsbruket, intyg rörande socialsystemet osv.) godtas som bevis, men likvärdiga medel måste också godtas. Ett allmänt problem som uppstår vid offentlig upphandling är hur dessa krav ska kontrolleras i leveranskedjan. Frågan om kontroll är särskilt relevant när en del av leveranskedjan finns i ett tredjeland.

När de upphandlande myndigheterna undersöker anbudssökningar och anbud kontrollerar de om de anbudssökandes eller anbudsgivarnas uppgifter och dokumentation uppfyller kraven. Om de efterfrågade uppgifterna saknas eller om den information som lämnas är otillfredsställande utesluts den anbudssökande eller anbudsgivaren från förfarandet.

Frågor:

77. Anser ni att den nuvarande EU-ramen för offentlig upphandling bör innehålla särskilda lösningar för hanteringen av frågan om kontroll av kraven genom hela leverantörskedjan? Vilken lösning föreslår ni i så fall?
78. Hur kan upphandlande myndigheter på bästa sätt få hjälp med att kontrollera kraven? Skulle "standardiserade" system och underlag för bedömning av överensstämmelse samt märkning underlätta deras arbete? Om man går till väga på detta sätt, vad kan göras för att minska administrationen?

Koppling till kontraktsföremålet/fullgörandet av kontraktet

Kopplingen till kontraktsföremålet är som sagts ovan ett grundvillkor som enligt EU:s upphandlingslagstiftning måste beaktas när hänsyn till annan politik tas vid upphandling. Detta gäller under alla skeden av upphandlingen och för olika aspekter (tekniska specifikationer, urvalskriterier, tilldelningskriterier). Vid klausuler för fullgörandet av kontraktet krävs det att det ska finnas en koppling till genomförandet av de uppgifter som är nödvändiga för produktionen av de varor eller tillhandahållandet av de tjänster som upphandlas.

Om man lättar på detta krav kan myndigheterna eventuellt få möjlighet att intensifiera sitt arbete med att uppnå Europa 2020-målen genom offentlig upphandling. De skulle bl.a. kunna påverka företagets beteende oavsett vilken vara eller tjänst som köps in, t.ex. för att uppmuntra till ett större ansvarstagande för miljön eller till att större vikt läggs vid företagets sociala ansvar. Det kan vara ett kraftfullt instrument till stöd för Europa 2020-målen.

Denna möjlighet måste dock noggrant vägas mot andra politiska hänsynstaganden. Kopplingen till kontraktsföremålet säkerställer att själva inköpet förblir det centrala i den process där skattebetalarnas pengar används. Det är en viktig garanti för att de upphandlande myndigheterna ska få bästa möjliga valuta för de offentliga medlen. Detta mål framhålls som sagt även i Europa 2020-strategin, där det betonas att politiken för offentlig upphandling måste garantera att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt. Samtidigt säkerställer denna garanti för inköp till bästa pris en viss grad av samstämmighet mellan EU:s politik för offentlig upphandling och reglerna för statligt stöd, eftersom det säkerställs att ekonomiska aktörer inte får någon otillbörlig fördel genom tilldelningen av offentliga kontrakt. Lättar man på principen om att det måste finnas en koppling till kontraktsföremålet kan det därför leda till

att EU:s upphandlingsregler tillämpas på ett annat sätt än reglerna för statligt stöd, vilket i förlängningen kan motverka målet om en större samstämmighet mellan reglerna för statligt stöd och upphandlingsreglerna.

Kopplingen till kontraktetsföremålet kan också bidra till att man undviker en situation där vissa ekonomiska aktörer från ett visst land eventuellt gynnas på bekostnad av aktörerna från andra medlemsstater. Detta gäller särskilt för vissa typer av hänsynstaganden (t.ex. vissa sociala krav) därför att de i högre grad kan vara förankrade i nationella, regionala eller till och med lokala förhållanden, men det gäller även för andra politiska hänsynstaganden som exempelvis miljöfrågor. Vid leverans av varor kan t.ex. ett krav på att anbudsgivarens kontorsbyggnader bara ska värmas upp med solkraft gynna företag från medlemsstater med meteorologiska förhållanden som är särskilt gynnsamma för solenergi.

Syftet med kopplingen mellan politiska hänsynstaganden och kontraktetsföremålet är också att garantera säkerhet och förutsägbarhet för företagen. Om det inte skulle finnas en sådan koppling (och harmoniserade krav på EU-nivå) skulle de ekonomiska aktörerna kunna anmodas att uppfylla olika krav (t.ex. beträffande procentandel kvinnor, antal arbetslösa som sysselsätts, barnomsorg som ska stå till de anställdas förfogande, miljöåtgärder eller avfallshanteringsåtgärder, miljömärkning osv.) för varje enskild upphandling eller för varje enskild upphandlande myndighet.

Det kan vara särskilt svårt för små och medelstora företag att uppfylla de upphandlande myndigheternas krav, eftersom de ofta inte har de ekonomiska och personella resurser som är nödvändiga för att kunna uppfylla en rad olika samhällsrelaterade krav i det enskilda fallet.

Slutligen kan krav som inte har att göra med den vara eller tjänst som köps in strida mot Europa 2020-målet om främjad innovation, eftersom konkurrensen mellan företagen inte längre skulle ske på grundval av utveckling av den bästa (eventuellt innovativa) varan eller tjänsten utan på grundval av företagets policy.

Frågor:

79. Vissa berörda parter föreslår att man lättar på eller till och med tar bort villkoret att den upphandlande myndighetens krav måste vara kopplade till kontraktetsföremålet (vilket skulle göra det möjligt att kräva att anbudsgivare har en anställningspolitik för jämställdhet mellan kvinnor och män eller anställer en viss andel av särskilda kategorier av personer, t.ex. arbetssökande, personer med funktionshinder osv.). Anser ni att detta förslag är bra? Vilka fördelar eller nackdelar innebär det att lätta på eller ta bort villkoret om kopplingen till kontraktetsföremålet?
80. Om man lättar på villkoret om kopplingen till kontraktetsföremålet, vilka åtgärder, om några, bör vidtas för att minska risken för diskriminering och en avsevärt begränsad konkurrens?
81. Anser ni att det kan vara svårt för små och medelstora företag att uppfylla de olika kraven? Hur bör detta problem i så fall hanteras?
82. Om ni anser att man bör lätta på eller ta bort villkoret om kopplingen till kontraktetsföremålet, i vilken fas av upphandlingsförfarandet bör detta ske?
- 82.1. Anser ni att det när de tekniska specifikationerna fastställs finns utrymme för att lätta på kravet att specifikationer avseende process- och produktionsmetoder måste vara

kopplade till produktens egenskaper, så att element kan ingå som inte avspeglas i produktens egenskaper (så att man t.ex. när man köper in kaffe kan kräva att leverantören ska betala producenten ett extra belopp som ska investeras i verksamhet som syftar till att främja den lokala socioekonomiska utvecklingen)?

- 82.2. Anser ni att EU:s upphandlingslagstiftning bör tillåta att de upphandlande myndigheterna tillämpar urvalskriterier som grundar sig på egenskaper hos företagen som inte är kopplade till kontraktsföremålet (så att man t.ex. kan kräva att anbudsgivaren ska ha en anställningspolitik för jämställdhet mellan kvinnor och män eller en generell policy att det ska anställas en viss andel av särskilda kategorier av personer, t.ex. arbetssökande, personer med funktionshinder osv.)?
- 82.3. Anser ni att man bör lätta på eller ta bort villkoret om att det ska finnas en koppling till kontraktsföremålet i tilldelningsfasen så att andra politiska hänsyn kan tas (så att man t.ex. kan ge extra poäng till anbudsgivare som anställer arbetssökande eller personer med funktionshinder)?
- 82.3.1. Andra tilldelningskriterier än kriterierna om lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och som inte är kopplade till kontraktsföremålet kan leda till att EU:s upphandlingsregler tillämpas annorlunda än reglerna för statligt stöd genom att kontrakt som tilldelas på andra kriterier än ekonomiska kan medföra att statligt stöd betalas ut, vilket eventuellt kan bli problematiskt med tanke på EU:s regler för statligt stöd. Delar ni denna oro? Hur bör detta problem i så fall åtgärdas?
- 82.4. Anser ni att EU:s upphandlingslagstiftning bör tillåta att upphandlande myndigheter inför klausuler om fullgörandet av kontraktet som inte är strikt kopplade till leveransen av de aktuella varorna och tjänsterna (så att man t.ex. kan kräva att uppdragstagaren ska stå för barnomsorg för sina anställdas räkning eller kräva att ett visst belopp av ersättningen ska anslås till sociala projekt)?

4.2. "Vad man ska köpa in" till stöd för Europa 2020-målen

Ett annat sätt att uppnå politiska mål genom offentlig upphandling kan vara att det föreskrivs för de upphandlande myndigheterna "vad man ska köpa in". Man kan exempelvis föreskriva obligatoriska krav eller kriterier som styr vilka egenskaper varorna eller tjänsterna ska ha (t.ex. högsta nivåer för energi- och resursanvändning, miljöskadliga ämnen, lägsta nivåer för återvinning), eller ställa upp vissa mål (att t.ex. 60 % av den offentliga upphandlingen måste vara miljövänlig)⁸³.

I sektorsspecifik lagstiftning har det på EU-nivå under senare tid

- införts skyldigheter för upphandlande myndigheter att i offentliga kontrakt kräva en viss nivå av energieffektivitet⁸⁴,
- införts skyldigheter för upphandlande myndigheter att ta hänsyn till energiförbrukning eller annan miljöpåverkan vid sina beslut om upphandling⁸⁵,

⁸³ På området miljöanpassad offentlig upphandling har flera medlemsstater, t.ex. Nederländerna, Finland, Slovenien, Österrike och Belgien, ställt upp ambitiösa mål på nationell nivå.

⁸⁴ Förordning (EG) nr 106/2008, EUT L 39, 13.2.2008, s. 1 (förordningen om energieffektivitetsmärkning av kontorsprodukter).

- ställts krav på att den offentliga sektorn ska fungera som en förebild på området energieffektivitet genom att anta ett minsta antal åtgärder för energieffektivitet vid upphandling⁸⁶ och genom att främja miljöanpassade offentliga byggnader (t.ex. byggnader med låg eller ingen förbrukning av primärenergi⁸⁷),
- ställts krav på att upphandlande myndigheter ska sträva efter att enbart upphandla produkter som tillhör den högsta energieffektivitetsklassen⁸⁸.

I det färskaste meddelandet *Energi 2020 – En strategi för hållbar och trygg energiförsörjning på en konkurrensutsatt marknad*⁸⁹ framhöll kommissionen att energikriterierna (för effektivitet, förnybar energi och smarta nät) bör användas vid alla offentliga uppköp av arbeten, tjänster och produkter.

För produkter skulle också en sådan metod för omvandling till ett monetärt värde som utvecklats för direktivet om rena fordon⁹⁰ kunna få en bredare användning. En skyldighet att inkludera driftskostnaden för hela livscykeln i beslutet om inköp av produkter och tjänster (i enlighet med vad som redan krävs för fordon) kan leda till lägre totala kostnader. Detta förutsätter emellertid att man hittar en generell metod som kan tillämpas på alla produktgrupper.

Generellt sett har införandet av obligatoriska krav i EU:s upphandlingsregler genom lagstiftning på grundval av delegerade akter förordats som ytterligare ett sätt att främja innovation eller andra politiska mål inom Europa 2020-strategin⁹¹.

I fråga om social delaktighet anges i *EU:s handikappstrategi 2010–2020*⁹² att kommissionen kommer att undersöka om det är lämpligt att anta regler för att säkerställa tillgängliga produkter och tjänster och bland annat se till att offentlig upphandling i högre grad används i detta syfte.

Sådana krav kan vara ett mycket effektivt instrument för att uppnå Europa 2020-målen genom att man främjar varor och tjänster med ett högt samhällsligt värde på marknaden. Centraliserat beslut om strategier för upphandlingen undviker man dessutom splittrade strategier och ökar förutsägbarheten, vilket är till fördel för de ekonomiska aktörerna. Exempelvis kan skilda tillvägagångssätt för miljövänlig offentlig upphandling i olika medlemsstater leda till problem för leverantörer, särskilt små och medelstora företag, som måste anpassa sig till skilda regelverk i olika länder, vilket gör det svårare att utveckla och sälja miljövänliga produkter och tjänster.

⁸⁵ Direktiv 2009/33/EG om främjande av rena och energieffektiva vägtransportfordon.

⁸⁶ Direktiv 2006/32/EG om effektiv slutanvändning av energi och om energitjänster.

⁸⁷ Direktiv 2009/28/EG om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor (EUT L 140, 5.6.2009, s. 16) och direktiv 2010/31/EU om byggnaders energiprestanda (EUT L 153, 18.6.2010, s. 13).

⁸⁸ Direktiv 2010/30/EU om märkning och standardiserad produktinformation som anger energirelaterade produkters användning av energi och andra resurser, EUT L 153, 18.6.2010, s. 6.

⁸⁹ KOM(2010) 639.

⁹⁰ För att stödja genomförandet av skyldigheten enligt detta direktiv att ta hänsyn till livscykelkostnader, har kommissionen inrättat en särskild portal för rena fordon där all information presenteras som behövs för att sätta ett monetärt värde på livscykelkostnaden enligt direktivet: <http://www.cleanvehicle.eu/>; http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive_en.htm.

⁹¹ Mario Montis rapport till Europeiska kommissionens ordförande av den 9 maj 2010 om en ny strategi för den inre marknaden, punkt 3.4, s. 78.

⁹² KOM(2010) 636.

Å andra sidan har det påpekats att det finns vissa problem med att införa krav om vad man ska köpa in.

En viktig aspekt är att sådana krav riskerar att leda till diskriminering eller begränsad konkurrens på upphandlingsmarknaderna och i förlängningen eventuellt till färre anbudsgivare och högre priser, vilket i sin tur kan vara problematiskt när ekonomin är ansträngd och budgetarna stramas åt i många medlemsstater. För att minska risken för detta måste de krav och kriterier som införs vara objektiva och icke-diskriminerande och de bör bara användas när marknaden är tillräckligt utvecklad i hela EU för att garantera en effektiv konkurrens. Man bör också ta hänsyn till att vissa högre ställda miljökrav ändå på medellång eller lång sikt kan leda till ekonomiska besparingar (t.ex. krav på energieffektivitet).

Vissa typer av skyldigheter kan påverka konkurrensen på upphandlingsmarknaderna i högre grad än andra.

- Tekniska specifikationer i form av krav på prestanda har sannolikt mindre begränsande effekter på konkurrensen än detaljerade specifikationer av varornas tekniska egenskaper.
- Bindande föreskrifter om varornas tekniska egenskaper kan kraftigt minska både urvalet och konkurrensen på upphandlingsmarknaderna eller till och med leda till att båda försvinner helt och hållet, medan obligatoriska bestämmelser om vilka olika tilldelningskriterier som ska beaktas (t.ex. energieffektivitet, livscykelkostnader, tillgänglighet) förmodligen i mindre utsträckning begränsar effekterna på konkurrensen på upphandlingsmarknaderna.

En annan effekt av att införa krav om ”vad man ska köpa in” för upphandlande myndigheter är att deras handlingsutrymme i upphandlingsförfarandet minskar. Detta kan påverka deras möjligheter att upphandla varor och tjänster som är exakt anpassade till de enskilda myndigheternas särskilda behov. Denna risk kan begränsas genom att kraven sätts på en lämplig nivå.

Det brukar också anföras att centralt föreskrivna krav om vad man ska köpa in skapar extra administration för de upphandlande myndigheterna och ekonomiska aktörerna, t.ex. en ökad arbetsbörda för att kontrollera att företagen uppfyller kraven. Mer och adekvat utbildning kan liksom särskilda verktyg⁹³ hjälpa de upphandlande myndigheterna att hantera denna arbetsbörda på ett effektivt sätt. Dessutom skulle standardiserade krav på EU-nivå, t.ex. att köpa från de högsta prestandaklasserna av märkta produkter, innebära att upphandlande myndigheter inte behöver ha särskild teknisk kunskap när de utarbetar specifikationer, vilket i vissa fall skulle göra det lättare att ta hänsyn till sådana kriterier på lokal, regional och nationell nivå.

En mindre långtgående lösning är att tillhandahålla incitament för upphandling av vissa typer av varor eller tjänster, i stället för att föreskriva detta. Det kan röra sig om finansiella fördelar för myndigheterna att upphandla miljövänliga, socialt inkluderande eller innovativa varor och tjänster, mekanismer för utbyte av bästa praxis mellan upphandlande myndigheter eller andra stödmekanismer för upphandlande myndigheter som vill eftersträva Europa 2020-målen med hjälp av sin upphandling.

Frågor:

⁹³ Exempelvis den ovannämnda portalen för rena fordon.

83.	Anser ni att krav på EU-nivå om "vad man ska köpa in" är ett bra sätt att uppnå andra politiska mål? Vilka är de största fördelarna och nackdelarna med ett sådant tillvägagångssätt? För vilka varu- eller tjänsteområden eller för vilka politikområden anser ni att det vore ändamålsenligt med krav om "vad man ska köpa in"? Motivera er ståndpunkt. Ge exempel på praxis för upphandling i medlemsstaten som skulle kunna tillämpas på EU-nivå.
84.	Anser ni att fler krav på EU-nivå om "vad man ska köpa in" bör ingå i den politikinriktade lagstiftningen (om miljö, energi, sociala förhållanden, tillgänglighet osv.) eller i stället införas i den generella EU-lagstiftningen om offentlig upphandling?
85.	Anser ni att krav om "vad man ska köpa in" bör införas på nationell nivå? Anser ni att sådana nationella krav kan leda till en fragmentering av den inre marknaden? Hur ska man i så fall på bästa sätt minska den risken?
86.	Anser ni att krav om vad man ska köpa in bör utformas som krav på de upphandlande myndigheterna i fråga om mängden (t.ex. av miljöanpassad offentlig upphandling), vilka egenskaper varorna, tjänsterna eller byggentreprenaderna som de köper in ska ha eller vilka särskilda kriterier som ska beaktas inom ramen för upphandlingen?
86.1.	Vilket handlingsutrymme bör de upphandlande myndigheterna ha när de fattar sina beslut om upphandling?
86.2.	Bör det i de obligatoriska kraven bara fastställas en miniminivå så att de enskilda myndigheterna kan ställa upp mer ambitiösa krav?
87.	Hur anser ni att man på bästa sätt beaktar den tekniska utvecklingen så att den mest avancerade tekniken kommer till användning (t.ex. genom att en enhet får i uppdrag att följa vilken teknik som har nått den mest avancerade nivån eller att de upphandlande myndigheterna måste ha den mest avancerade tekniken som ett tilldelningskriterium eller på andra sätt)?
88.	Införandet av obligatoriska kriterier eller obligatoriska mål om vad man ska köpa in får inte eliminera konkurrensen på upphandlingsmarknaderna. Hur kan målet att inte eliminera konkurrensen beaktas när dessa kriterier eller mål ställs upp?
89.	Anser ni att administrationen skulle öka, särskilt för småföretagen, om det införs krav om "vad man ska köpa in"? Hur kan denna risk i så fall minskas? Vilken typ av genomförandeåtgärder och/eller vägledning bör komplettera sådana krav?
90.	Om ni inte anser att det bör införas krav om "vad man ska köpa in" finns det då enligt er uppfattning andra instrument (t.ex. rekommendationer eller andra incitament) som är ändamålsenliga?

4.3. Innovation

Europa har en stor outnyttjad potential att stimulera innovation genom offentlig upphandling och samtidigt uppmuntra gränsöverskridande konkurrens, främja en koldioxidsnål ekonomi och se till att offentliga myndigheter får så mycket som möjligt för pengarna. Offentlig

upphandling av innovativa produkter och tjänster är avgörande för att förbättra de offentliga tjänsternas kvalitet och effektivitet i en tid med budgetbegränsningar.

Med EU:s nuvarande upphandlingsdirektiv har de upphandlande myndigheterna möjlighet att använda sig av innovationsinriktad upphandling som kan uppmuntra näringslivet att hitta nya innovativa lösningar.

Inom ramen för projekttävlingar⁹⁴ kan upphandlande myndigheter ställa krav på ritningar eller projektbeskrivningar på områden som arkitektur, formgivningsteknik och databehandling. Vid ett sådant förfarande ombeds deltagarna att föreslå projekt utanför strikta kravspecifikationer och de kan därmed föreslå innovativa idéer som kan användas vid en framtida upphandling.

Vid särskilt komplexa kontrakt där de upphandlande myndigheterna anser att kontraktet inte kommer att kunna tilldelas genom ett öppet eller ett selektivt förfarande kan enligt direktivet ett annat förfarande användas, nämligen den konkurrenspräglade dialogen⁹⁵. Med detta förfarande kan de upphandlande myndigheterna föra en dialog med anbudssökande för att fastställa hur den upphandlande myndighetens behov ska tillgodoses på bästa sätt. Deltagarna ombeds att föreslå idéer och lösningar som diskuteras med de upphandlande myndigheterna.

Syftet med EU:s upphandlingsregler är att skydda innovativa lösningar, även om de inte omfattas av immateriella rättigheter. Den upphandlande myndigheten får inte röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke⁹⁶.

Att plocka russen ur kakan, dvs. välja ut det bästa av immateriella rättigheter eller innovativa lösningar, har framhållits som ett bekymmer, särskilt i samband med den konkurrenspräglade dialogen: om en deltagare röjer en lösningens unika egenskaper kan dessa komma till övriga anbudssökandes kännedom. Enligt de nuvarande reglerna måste sådana uppgifter hållas konfidentiella, men den upphandlande myndigheten måste ändå väga skyldigheten att skydda konfidentiella uppgifter mot nödvändigheten att lämna ut vissa uppgifter för att fastställa vilka lösningar som bäst passar myndighetens behov. De upphandlande myndigheterna kan vara frestade att sätta press på anbudsgivarna att samtycka till att uppgifter lämnas ut. Den bästa lösningen (den som den upphandlande myndigheten valt) kommer ju oundvikligen att presenteras för alla deltagare, som sedan uppmanas att lämna in sina anbud på grundval av denna lösning, och detta kan avskräcka deltagarna från att föreslå mycket innovativa lösningar, eftersom de inte säkra på om de kommer att "belönas" för att de tänker ut denna lösning genom att de sedan faktiskt får kontraktet.

När en upphandling utformas kan de upphandlande myndigheterna också välja att tillåta att anbudsgivarna lämnar in olika varianter. I dessa fall kan varor eller tjänster erbjudas som inte motsvarar dem som den upphandlande myndigheten har fastställt, men som uppfyller de tekniska minimikrav som anges i upphandlingsdokumenten. Möjligheten att lämna in anbud som skiljer sig från de tekniska specifikationer som den upphandlande myndigheten

⁹⁴ Se artiklarna 66–74 i direktiv 2004/18/EG.

⁹⁵ Se artikel 29 i direktiv 2004/18/EG och skäl 31 i direktiv 2004/18/EG. Den konkurrenspräglade dialogen finns inte i direktiv 2004/17/EG. Det finns dock ingenting som hindrar en upphandlande myndighet som har valt ett förhandlat förfarande med föregående meddelande om upphandling att i specifikationerna föreskriva att förfarandet kommer att bli så som anges i direktiv 2004/18/EG för den konkurrenspräglade dialogen.

⁹⁶ Artikel 29.3 i direktiv 2004/18/EG. Denna regel kompletterar bestämmelsen om konfidentialitet i artikel 6 i samma direktiv.

ursprungligen angav uppmuntrar de ekonomiska aktörerna att föreslå mer innovativa varor eller tjänster. Detta kan stimulera till forskning inom ny teknik och låta användarna dra nytta av den tekniska utvecklingen.

En annan viktig möjlighet att främja innovation är att upphandlande myndigheter kan ställa krav på att varor eller tjänster tas fram som ännu inte finns på marknaden. Enligt det nuvarande regelverket kan detta göras genom s.k. förkommersiell upphandling⁹⁷, som innebär att man upphandlar forsknings- och utvecklingstjänster för att få fram nya lösningar⁹⁸ i syfte att eventuellt köpa in den slutliga varan eller tjänsten via en normal upphandling i ett senare skede. De upphandlande myndigheterna kan på så sätt gemensamt med leverantörerna dela riskerna och fördelarna med att utforma, ta fram prototypen till och testa en begränsad mängd nya varor och tjänster, utan att det rör sig om statligt stöd.

Förkommersiell upphandling kan hjälpa de upphandlande myndigheterna att radikalt förbättra de offentliga tjänsternas kvalitet och effektivitet genom att pionjärmarknader och nya banbrytande lösningar utvecklas för utmaningar inom den offentliga sektorn som det ännu inte finns några varor och tjänster för på marknaden.

Trots dessa olika möjligheter att främja innovation genom offentlig upphandling, hävdar berörda parter att offentlig upphandling i Europa i alltför liten utsträckning är inriktad på innovation. Detta kan bero på flera olika faktorer, t.ex. felaktiga incitament som gynnar lågrisklösningar, brist på kunskap och kapacitet för framgångsrik upphandling av ny teknik och innovationer, offentlig upphandling är frikopplad från politiska mål och saknar strategisk ansats. Därför, och som ett svar på ett identifierat behov av vägledning, behövs en diskussion om hur tillämpningen av upphandlingsreglerna och eventuella ytterligare åtgärder kan hjälpa upphandlande myndigheter att främja innovation. Särskild uppmärksamhet bör ägnas åt att mäta prestanda, eftersom detta har stor betydelse för att utvärdera vilken effekt offentlig upphandling har på innovation, prestandaökning och uppnåendet av det egentliga innovationsmålet.

Frågor:

91. Tror ni att det finns behov av att ytterligare främja och stimulera innovation genom offentlig upphandling? Vilka incitament/åtgärder skulle stödja och skynda på införandet av innovationer inom offentliga organ?
92. Anser ni att immateriella rättigheter och innovativa lösningar skyddas tillräckligt med den konkurrenspräglade dialogen så att anbudsgivarna kan tjäna på sina innovativa idéer?
93. Anser ni att andra förfaranden bättre tillgodoser kravet på att satsa på innovation genom att skydda de ursprungliga lösningarna? Vilken typ av förfaranden skulle i så fall vara bäst lämpade?

⁹⁷ För mer vägledning se kommissionens meddelande och det därmed sammanhängande arbetsdokumentet från kommissionens avdelningar *Förkommersiell upphandling: Att driva på innovation för att få offentliga tjänster av hög kvalitet i Europa*, KOM(2007) 799 och SEK(2007) 1668. Mer aktuell information om förkommersiell upphandling finns på http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home_en.html

⁹⁸ Upphandling som inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv i enlighet med artikel 16 f i direktiv 2004/18/EG.

- | | |
|-----|--|
| 94. | Anser ni att förkommersiell upphandling, där myndigheter upphandlar FoU-tjänster för utveckling av produkter som ännu inte finns på marknaden, fungerar bra för att stimulera innovation? Behövs det ytterligare utbyte av bästa praxis eller benchmarking av praxis för upphandling av FoU mellan medlemsstaterna för att underlätta en mer omfattande användning av förkommersiell upphandling? Finns det eventuellt andra sätt, som inte uttryckligen anges i det nuvarande regelverket, för de upphandlande myndigheterna att stimulera utveckling av varor eller tjänster som ännu inte finns på marknaden? Finns det några särskilda sätt för upphandlande myndigheter att uppmuntra små och medelstora företag och nystartade företag att delta i förkommersiell upphandling? |
| 95. | Behövs det andra åtgärder för att främja små och medelstora företags innovationskapacitet? Vilken typ av åtgärder skulle ni i så fall vilja föreslå? |
| 96. | Vilken typ av prestandamått skulle ni föreslå för att mäta framsteg och effekter av offentlig upphandling inriktad på innovation? Vilka data skulle behövas för dessa prestandamått och hur kan de samlas in utan att skapa merarbete för upphandlande myndigheter och/eller ekonomiska aktörer? |

4.4. Sociala tjänster

Sociala tjänster finns förtecknade i bilaga II B till direktiv 2004/18/EG. Som förklaras ovan omfattas därför kontrakt avseende sociala tjänster till ett värde som överstiger tröskelvärdet för tillämpningen av upphandlingsdirektiven bara av några få särskilda regler i direktivet (de som rör tekniska specifikationer och offentliggörande av resultaten av upphandlingen) och av grundprinciperna i EU-lagstiftningen som icke-diskriminering och öppenhet⁹⁹. Kontrakt under tröskelvärdet omfattas alltså bara av EU-lagstiftningens grundprinciper – som icke-diskriminering och öppenhet – om de är av gränsöverskridande intresse.

När man lägger ut sociala tjänster på entreprenad via ett tjänstekontrakt har myndigheterna redan ett avsevärt handlingsutrymme i fråga om vilka förfaranden som ska följas. Myndigheterna kan dessutom införa krav när det gäller i synnerhet tjänstens kvalitet, omfattning och kontinuitet samt krav avseende användarens deltagande vid tillhandahållandet av och utvärderingen av tjänsten eller som säkerställer att tjänsteleverantörerna ser till att de känner till det lokala sammanhanget när man utför tjänsten¹⁰⁰.

Vissa berörda parter anser dock att de nuvarande reglerna behöver anpassas för att bättre beakta de särdrag som sociala tjänster har. Man efterfrågar i synnerhet högre tröskelvärden för dessa tjänster. Det bör observeras att en höjning av gällande tröskelvärden för sociala tjänster inte skulle leda till någon begränsning när det gäller omfattning och eventuella ersättningskrav inom ramen för GPA och andra internationella avtal, eftersom B-tjänster inte omfattas av dessa instrument.

⁹⁹ Sociala tjänster ingår i de tjänster som förtecknas i bilaga II B till direktiv 2004/18/EG och det är därmed bara ett fåtal regler i direktivet som gäller för dessa (för skillnaden mellan tjänster som förtecknas i bilaga II A och tjänster som förtecknas i bilaga II B se artiklarna 20 och 21 i direktivet).

¹⁰⁰ Vägledning till hur upphandlingsreglerna ska tillämpas på sociala tjänster och i synnerhet förtydliganden om myndigheternas handlingsutrymme finns i arbetsdokumentet från kommissionens avdelningar *Frequently Asked Questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest* – SEK(2007) 1514, 20.11.2007 – uppdaterat 2010 (*Guide on the application of the EU rules on State aid, public procurement and internal market to services of general economic interest and, in particular, to social services of general interest* – SEK(2010 1545).

Frågor:

97. Anser ni att sociala tjänsters särskilda egenskaper bör beaktas i högre grad i EU:s upphandlingslagstiftning? Hur bör detta i så fall ske?
- 97.1. Anser ni att vissa aspekter när det gäller upphandling av sociala tjänster i högre utsträckning bör regleras på EU-nivå för att ytterligare förbättra kvaliteten på dessa tjänster och i så fall vilka aspekter?
- 97.1.1. Bör direktiven förbjuda kriteriet om lägsta pris för tilldelning av kontrakt / begränsa användningen av priskriteriet / begränsa den viktning som upphandlande myndigheter kan lägga vid priset / införa en tredje möjlighet till tilldelningskriterier utöver lägsta pris och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet?
- 97.1.2. Bör direktiven tillåta möjligheten att reservera kontrakt som omfattar sociala tjänster för organisationer som drivs utan vinstsyfte/bör det finnas andra privilegier för sådana organisationer i samband med tilldelningen av kontrakt avseende sociala tjänster?
- 97.1.3. Om man lättar på tilldelningskriterierna eller reserverar kontrakt för vissa typer av organisationer skulle det kunna försvåra för upphandlingsförfarandena att säkerställa att sådana tjänster köps in ”till lägsta kostnad för samhället” och därmed skulle det finnas risk för att kontrakten innebär statligt stöd. Delar ni denna oro?
- 97.2. Anser ni att andra aspekter av upphandling av sociala tjänster bör vara mindre reglerade (t.ex. genom högre tröskelvärden eller de minimis-regler för sådana tjänster)? Vilka är i så fall skälen för att sociala tjänster bör särbehandlas?

5. GARANTERA SUNDA FÖRFARANDEN

De ekonomiska riskerna och den nära samverkan mellan den offentliga och privata sektorn gör offentlig upphandling till ett riskområde för illojala affärsmetoder som intressekonflikter, favorisering och bestickning. Därför anges i Stockholmsprogrammet¹⁰¹ offentlig upphandling som ett område som bör ägnas särskild uppmärksamhet i kampen mot bestickning.

Effektiva mekanismer för att förhindra illojala affärsmetoder vid offentlig upphandling behövs inte bara för att säkerställa en sund konkurrens på lika villkor och garantera en effektiv användning av skattebetalarnas pengar, utan kan också i högsta grad bidra i kampen mot ekonomisk brottslighet.

Kraven i direktiven om att förfarandet ska vara öppet för att garantera att alla anbudsgivare behandlas lika minimerar redan riskerna för illojala affärsmetoder. I de nuvarande direktiven finns det dock inga speciella regler för att förhindra intressekonflikter och införa påföljder i dessa fall och det finns få regler för att straffbelägga favorisering och bestickning vid offentlig upphandling. Dessa frågor tas upp mer specifikt i nationell lagstiftning, men nivån på det skydd som ges i den nationella lagstiftningen varierar stort mellan medlemsstaterna.

¹⁰¹ Rådets dokument 17024/09, antaget av Europeiska rådet den 10–11 december 2009.

Om skyddet mot illojala affärsmetoder stärks på EU-nivå kan detta förbättra den allmänna skyddsnivån i EU mot sådana metoder, öka den övergripande rättvisan i förfarandena och leda till att upphandling blir mindre sårbar för bedrägeri och bestickning. Sådana ytterligare garantier kan ofta komma att innebära extra administration för upphandlare och företag, och mervärdet i kampen mot illojala affärsmetoder måste nog vägas i förhållande till eventuell negativ inverkan på det övergripande målet att förenkla förfarandena.

5.1. Förebyggande av intressekonflikter

En intressekonflikt föreligger om personer som är med om att fatta beslut om kontraktstilldelning har motstridande yrkesmässiga eller personliga förpliktelser eller personliga eller finansiella intressen som kan göra det svårt för dem att genomföra sitt uppdrag på ett rättvist och oberoende sätt, eller om en person befinner sig i en position där han eller hon kan påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess för att främja sina egna intressen. En sådan intressekonflikt leder inte nödvändigtvis till korruption, men kan leda till bedrägligt beteende. Det är därför nödvändigt att identifiera och lösa intressekonflikter för att förebygga bedrägeri. Det måste understrykas att en intressekonflikt objektivt sett och i sig utgör en allvarlig brist oavsett de berörda parternas avsikter och om de har varit i god eller ond tro¹⁰².

Det bör diskuteras om det krävs grundregler på EU-nivå, exempelvis en gemensam definition av situationer med intressekonflikt som är oacceptabla och ett visst skydd för att förebygga eller komma till rätta med sådana situationer¹⁰³. Detta skydd kan bl.a. innebära krav på att lämna försäkran om att det inte råder någon intressekonflikt samt en viss grad av öppenhet och ansvarsskyldighet vad gäller de upphandlande tjänstemännen med hänsyn till deras personliga situation, vilket givetvis måste vara fullt förenligt med dataskyddsreglerna. Exempelvis kan man i EU-regler föreskriva att namnen på ledamöterna i utvärderingskommittén måste lämnas ut till ett kontrollorgan eller införa ett krav på att de upphandlande myndigheterna ska kontrollera att det inte finns några intressekonflikter när de sätter samman utvärderingskommittén.

Frågor:

98. Anser ni att det bör införas en EU-definition av intressekonflikt vid offentlig upphandling? Vilka aktiviteter/situationer där det föreligger en potentiell risk bör omfattas (personliga relationer, affärsintressen som aktieinnehav, oförenlighet med extern verksamhet osv.)?
99. Anser ni att det finns ett behov av skydd på EU-nivå för att effektivt förebygga, identifiera och komma till rätta med situationer där intressekonflikt råder? Vilken typ av åtgärder anser ni i så fall vore ändamålsenliga?

¹⁰² Se dom av den 15 juni 1999 i mål T-277/97, Ismeri Europa Srl mot Europeiska revisionsrätten, punkt 123, om EU-institutioners upphandlingsregler.

¹⁰³ Se t.ex. EU-institutionernas upphandlingsregler: artikel 52 i rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget, och relevant rättspraxis, särskilt domstolens dom av den 9 juli 2002 i mål T-21/01, Georgios Zavvos mot Europeiska kommissionen, och dom av den 17 mars 2005 i mål T-160/03, AFCon Management Consultants, Patrick Mc Mullin och Seamus O'Grady mot Europeiska kommissionen.

5.2. Insatser för att motverka favorisering och bestickning

Upphandlingsmarknaderna, och särskilt stora byggentreprenadprojekt, anses ofta vara ett lukrativt mål för potentiella mutor. Det bör också understrykas att processens integritet inte bara äventyras vid bestickning, vilket är ganska uppenbart, utan även mer generellt vid alla typer av favorisering, även om detta inte nödvändigtvis omfattar ett bedrägligt beteende, t.ex. om en lokal anbudsgivare favoriseras. De vanligaste formerna av bestickning som kan ses vid offentlig upphandling är ”pengar under bordet” (dvs. pengar som belöning till den tjänsteman som har styrt upphandlingen i en viss riktning), manipulation av upphandlingsdokumenten för att gynna en viss anbudsgivare samt att man använder sig av bulvanföretag eller mellanhänder för att dölja tjänstemannens illegala verksamhet.

Många medlemsstaters upphandlingsregler innehåller mekanismer som är särskilt utformade för att förebygga och motverka bestickning och favorisering. Precis som i frågan om intressekonflikter måste det analyseras om ett särskilt skydd behöver införas i EU:s upphandlingslagstiftning, förutsatt att detta inte skapar en orimlig administration. Man måste dock vara medveten inte bara om att bestickning är en mycket känslig fråga för medlemsstaterna, utan även om att problemen på detta område samt de potentiella lösningarna beror på de – mycket varierande – administrativa kulturer och företagskulturer som råder nationellt. Följaktligen kan det vara svårt att hitta en standardlösning på EU-nivå som passar alla.

Det framförs ofta att man bör åtgärda bestickning vid offentlig upphandling genom att öka insynen i framför allt de beslut som upphandlarna fattar under förfarandets gång. De anbudssökande och möjligen även allmänheten skulle därigenom kunna granska tjänstemännens beslut och därmed fungera som ett effektivt instrument mot bestickning. En sådan ökad insyn kan t.ex. införas för skedet när anbuderna öppnas eller det obligatoriska offentliggörandet av protokollen som dokumenterar upphandlingen. Den extra administration som en sådan åtgärd medför skulle vara ganska begränsad, eftersom de upphandlande myndigheterna redan är skyldiga att upprätta dessa protokoll¹⁰⁴. På samma sätt kan offentliggörande av ingångna kontrakt (med redigering av kommersiellt känsliga uppgifter) bidra till en bättre demokratisk granskning av beslut om upphandling.

En möjlighet kan också vara att ta fram särskilda verktyg, t.ex. för bedrägerianmälan via frisamtal eller Internet, för att uppmuntra de deltagande eller andra personer att lämna information om eventuella förseelser eller oegentligheter. Meddelandet om upphandling, den upphandlande myndighetens webbplats och andra former av offentliggörande kan innehålla hänvisningar till ett sådant system som den upphandlande myndigheten eller en tillsynsmyndighet använder sig av för att få in information från anonyma eller andra källor.

Metoder som t.ex. befintliga verktygslådor som främjar god, öppen förvaltning av hela upphandlingsprocessen bör uppmuntras. I detta sammanhang kan förteckningar över indikatorer på röd flagg för upphandlande myndigheter vara ändamålsenliga, trots de begränsningar som finns med detta¹⁰⁵. Klara regler om rapporteringskrav och skydd för uppgiftslämnare kan bidra till en effektivare rapportering. Användningen av externa observatörer (t.ex. regeringsexperten, icke-statliga organisationer osv.) kan vara ett komplement till de interna kontrollverktygen för bedömning av uppdragstagares prestationer samt förbättra upptäckt och rapportering av misstänkta fall.

¹⁰⁴ Artikel 43 i direktiv 2004/18/EG.

¹⁰⁵ *World Bank Policy Research Paper* nr 5243, 29 mars 2010.

Man kan också överväga om man ska använda sig av befintliga utvärderingsmekanismer för att övervaka efterlevnaden av relevanta internationella instrument med bestämmelser om bestickning vid offentlig upphandling¹⁰⁶.

Slutligen kan det sägas att om upphandlande myndigheters handlingsfrihet begränsas för vissa aspekter (t.ex. upphandlande myndigheters möjligheter att annullera förfaranden) kan detta göra det svårare att genomföra beslut i praktiken som inte är motiverade på objektiva grunder, vilket i sin tur kan förebygga favorisering. Dessa åtgärder får emellertid inte begränsa det nödvändiga handlingsutrymme som upphandlande myndigheter behöver för att köpa varor och tjänster som är anpassade till deras specifika behov.

Frågor:

100. Delar ni uppfattningen att det finns risk för bestickning och favorisering på upphandlingsmarknaderna? Anser ni att det krävs agerande från EU på detta område eller bör detta vara medlemsstaternas sak att åtgärda?
101. Vilka är de största riskerna för integriteten i var och en av upphandlingsförfarandets olika faser (fastställandet av kontraktsföremålet, utarbetandet av anbudet, urvalsfasen, tilldelningsfasen, genomförandet av kontraktet)?
102. Vilka av dessa risker anser ni bör åtgärdas genom införande av mer specifika/ytterligare regler i EU:s upphandlingsdirektiv och hur (vilka regler/vilket skydd)?
103. Vilka ytterligare instrument kan skapas inom ramen för direktiven för att motverka organiserad brottslighet vid offentlig upphandling? Anser ni att t.ex. en förhandskontroll bör införas för underentreprenad?

5.3. Uteslutning av ”oseriösa” anbudsgivare

Uteslutning av anbudsgivare som är skyldiga till bestickning och, mer generellt, fel i yrkesutövningen är ett kraftfullt sätt att straffa – och även i viss mån förebygga – illojala affärsmetoder. I artikel 45 i direktiv 2004/18/EG föreskrivs redan en skyldighet att utesluta anbudsgivare som är dömda för vissa angivna brott (särskilt bestickning) samt möjligheten att utesluta anbudsgivare för en rad andra illojala affärsmetoder (bl.a. ”allvarligt fel i yrkesutövningen”).

En rad frågor rörande räckvidd, tolkning, införlivande och den praktiska tillämpningen av denna bestämmelse kvarstår fortfarande, och medlemsstaterna och de upphandlande myndigheterna har efterfrågat ytterligare förtydliganden.

Det bör särskilt undersökas om grunderna för uteslutning i artikel 45 är adekvata, tillräckligt tydliga (framför allt uteslutning på grund av ”fel i yrkesutövningen”) och omfattande, eller om ytterligare grunder för uteslutning bör införas. Det verkar också som om de upphandlande myndigheterna har praktiska problem med att få fram alla uppgifter av betydelse om de anbudssökandes och anbudsgivarnas personliga ställning om de är etablerade i andra

¹⁰⁶ Framför allt OECD:s konvention om bekämpande av bestickning av utländska offentliga tjänstemän i internationella affärsförbindelser och FN:s konvention mot korruption.

medlemsstater samt om huruvida de har rätt att delta enligt den nationella lagstiftningen i etableringslandet.

Vidare behöver det förmodligen förtydligas vilket spelrum som finns för införandet av nationella bestämmelser om grunder för uteslutning. Om medlemsstaterna får möjlighet att införa fler grunder för uteslutning i sin nationella lagstiftning kan de kanske effektivare åtgärda vissa problem med illojala affärsmetoder som bottnar i nationella förhållanden. Om det finns särskilda nationella grunder för uteslutning innebär detta å andra sidan alltid en risk för att utländska anbudsgivare diskrimineras vilket kan äventyra principen om konkurrens på lika villkor inom EU.

En viktig fråga som inte tas upp i EU:s nuvarande upphandlingsdirektiv är självsanerande åtgärder som vidtas av den ekonomiska aktören för att rätta till en negativ situation som påverkar hans eller hennes rätt att delta i upphandlingen. Huruvida dessa åtgärder är verksamma beror på i vad mån de godtas av medlemsstaterna. Med hjälp av självsanerande åtgärder bör det vara möjligt att hitta en medelväg mellan tillämpningen av grunderna för uteslutning och principerna om proportionalitet och likabehandling. En prövning av självsanerande åtgärder kan hjälpa upphandlande myndigheter att göra en objektiv och mer heltäckande bedömning av den anbudssökandes eller anbudsgivarens personliga ställning så att man kan avgöra om vederbörande ska uteslutas från upphandlingen.

Artikel 45 tillåter medlemsstaterna att beakta självsanerande åtgärder om dessa visar att problemen med den anbudssökandes eller anbudsgivarens yrkesmässiga integritet, betalningsförmåga och tillförlitlighet är undanröjda. Det finns emellertid inga enhetliga regler om självsanering, även om de åtgärder som den ekonomiska aktören vidtar för att inte uteslutas ändå beaktas av de upphandlande myndigheterna i vissa medlemsstater.

Vidare uppstår frågan om EU uttryckligen bör införa påföljder för försök att äventyra insynen och opartiskheten i upphandlingsförfarandet (t.ex. anbudssökande eller anbudsgivare som försöker få tillgång till konfidentiella uppgifter eller på ett otillbörligt sätt påverka den upphandlande myndighetens verksamhet, exempelvis urvalsfasen eller tilldelningsfasen). Dessa påföljder kan t.ex. bestå i att ansökan eller anbudet inte godtas om detta beslut är välgrundat.

Vissa allvarliga former av illegalt handlande, t.ex. bestickning eller intressekonflikter som med avsikt inte har deklarerats, bör också bestraffas hårdare, t.ex. genom straffrättsliga påföljder. Medlemsstaterna är redan nu skyldiga att föreskriva straffrättsliga påföljder för bestickning av tjänstemän. Lämpligheten i att ange miniminormer för påföljder måste bedömas mot bakgrund av brottets omfattning och nödvändighets-, subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna¹⁰⁷.

Frågor:

104. Anser ni att artikel 45 i direktiv 2004/18/EG om uteslutning av anbudsgivare är ett användbart instrument för att straffbelägga illojala affärsmetoder? Vilka förbättringar av denna mekanism och/eller andra mekanismer föreslår ni?

¹⁰⁷ Se mål C-440/05, Europeiska kommissionen mot Europeiska unionens råd, punkt 66, om EU:s funktionella befogenheter i fråga om straffrättslig lagstiftning.

105.	Hur kan de upphandlande myndigheternas samarbete stärkas för att få in uppgifterna om de anbudssökandes och anbudsgivarnas personliga ställning?
106.	Anser ni att frågan om självsanerande åtgärder bör tas upp uttryckligen i artikel 45 eller bör den bara regleras på nationell nivå?
107.	Är ett motiverat beslut om att inte godta ett anbud eller en ansökan adekvata påföljder för att förbättra respekten för principen om likabehandling?
108.	Anser ni, mot bakgrund av Lissabonfördraget, att miniminormer för straffrättsliga påföljder bör anges på EU-nivå för särskilda fall, exempelvis bestickning eller ej deklarerade intressekonflikter?

5.4. Undvika orättvisa fördelar

Slutligen kan det uppstå situationer där det visserligen inte förekommer några intressekonflikter eller illojala affärsmetoder, men där rättvisan vid förfarandet kan äventyras genom att vissa anbudsgivare befinner sig i en fördelaktig situation. Om den anbudssökande eller anbudsgivaren exempelvis har deltagit i förberedande verksamhet som är kopplad till utvecklingen av en tjänst som ska upphandlas (som forskning och/eller formgivning) kan detta innebära stora fördelar för den anbudsgivaren i form av insidesinformation och därmed leda till att respekten för principen om likabehandling kan ifrågasättas¹⁰⁸.

Frågan här är i vilken utsträckning fördelar kan kompenseras utan att anbudsgivaren diskrimineras. Att bara utesluta anbudsgivare som har deltagit i förberedelserna av projektet skulle sannolikt vara en oproportionerlig reaktion, och det är kanske inte ens genomförbart i praktiken, särskilt om det finns få kvalificerade konkurrenter på marknaden. En meningsfull kompensation kan t.ex. vara en skyldighet för denna anbudsgivare att till alla konkurrerande anbudsgivare lämna ut all insidesinformation som han eller hon har fått vid sitt tidigare arbete med projektet.

En fråga som är ännu mer komplicerad är problemet med etablerade anbudsgivares naturliga fördelar, som det är ännu svårare att klart fastställa och kompensera för. Även här kan det fylla sitt syfte att kräva att viss insidesinformation lämnas ut för att minska risken för diskriminering, på villkor att kommersiellt känsliga uppgifter skyddas på lämpligt sätt.

Frågor:

109.	Bör det finnas särskilda regler på EU-nivå för att åtgärda problemet med att vissa anbudsgivare kan ha fördelar därför att de tidigare har deltagit i utformningen av det projekt som upphandlingen gäller? Vilka skyddsåtgärder föreslår ni?
110.	Anser ni att problemet med etablerade anbudsgivares eventuella fördelar måste tas upp på EU-nivå och i så fall hur?

¹⁰⁸ Se de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom.

6. TILLTRÄDE TILL EU-MARKNADEN FÖR LEVERANTÖRER FRÅN TREDJELÄNDER

EU:s internationella åtaganden på upphandlingsområdet avspeglas genom flera bestämmelser i direktiven.

I skäl 7 i direktiv 2004/18/EG och skäl 14 i direktiv 2004/17/EG hänvisas det uttryckligen till rådets beslut 94/800/EG, varigenom WTO:s avtal om offentlig upphandling godkänns. Där anges att *”den ordning som fastställs i avtalet [ska] tillämpas för anbudsgivare och varor från tredje land som har undertecknat avtalet”*. Villkoren rörande avtalet om offentlig upphandling avspeglas i artikel 5 i direktiv 2004/18/EG och artikel 12 i direktiv 2004/17/EG. Ekonomiska aktörer från länder som undertecknat WTO:s avtal om offentlig upphandling bör därför behandlas på samma sätt som europeiska ekonomiska aktörer på de villkor som fastställs i avtalet, särskilt EU:s tillägg 1 som omfattar alla EU:s åtaganden enligt avtalet.

Vidare införs, inom de områden som inte omfattas av EU:s internationella åtaganden, i artikel 58 i direktiv 2004/17/EG ett företräde för gemenskapen vid varuupphandling, och artikel 59 i samma direktiv gör det möjligt att begränsa tillträdet till EU:s marknad vid upphandling av försörjningstjänster.

Många berörda parter har på senare tid påpekat att EU:s upphandlingsmarknad är öppnare än våra internationella partners upphandlingsmarknader. Företagen i EU konkurrerar därmed inte alltid med utländska företag på lika villkor. Detta har även negativa konsekvenser för EU:s förhandlingsposition vid internationella förhandlingar om ökat tillträde till marknaderna. Det är därför nödvändigt att reflektera över EU:s politik för offentlig upphandling i förhållande till tredjeländer, över användningen av ovannämnda bestämmelser och över eventuella förbättringar.

Detta knyter an till de pågående diskussionerna om hur EU:s inflytande vid internationella förhandlingar kan stärkas för att säkerställa ett mer balanserat och ömsesidigt tillträde till EU:s och andra länders upphandlingsmarknader. Kommissionen genomför för närvarande en konsekvensbedömning där man undersöker de olika policyalternativen, med utgångspunkt i EU:s internationella åtaganden såsom avtalet om offentlig upphandling, även i förhållande till tredjeländer med vilka EU ännu inte har sådana avtal.

Frågor:

- 111. Vilka är era erfarenheter av och/eller synpunkter på mekanismerna i artiklarna 58 och 59 i direktiv 2004/17/EG?
- 111.1 Bör dessa bestämmelser förbättras ytterligare? Om så är fallet, hur? Bör räckvidden för dessa bestämmelser utvidgas utöver området för upphandling av försörjningstjänster?
- 112. Vilka andra mekanismer föreslår ni för att få bättre symmetri i tillträdet till upphandlingsmarknader?

I denna grönbok behandlas frågor som kommissionen anser är viktiga för en framtida reform av EU:s politik för offentlig upphandling. Det kan finnas andra viktiga frågor som inte tas upp i grönboken. Det skulle även vara intressant att höra av berörda parter vilka av de ämnen som behandlas i grönboken som man anser är viktigast och vilka frågor som kan vara mindre

relevanta vid en framtida reform. Alla berörda parter uppmanas därför att svara på nedanstående frågor.

Frågor:

113. Finns det andra frågor som ni anser bör tas upp vid en framtida reform av EU:s direktiv om offentlig upphandling? Vilka frågor är det, vilka problem anser ni bör åtgärdas och vilka möjliga lösningar finns på dessa problem?
114. Ange i rangordning hur viktiga de olika frågor är som tas upp i denna grönbok samt andra frågor som ni anser är viktiga. Om ni skulle behöva välja tre frågor som måste åtgärdas först och främst, vilka skulle ni välja? Motivera er ståndpunkt.

Kommissionen uppmanar alla intresserade parter att lämna sina synpunkter före den 18 april 2011, helst per e-post och i Word-format till MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu.

Synpunkterna behöver inte täcka alla de frågor som tas upp i denna grönbok. De kan begränsas till de frågor som är särskilt intressanta för er. Ange tydligt vilka aspekter era synpunkter avser.

Era svar och personuppgifter kommer att läggas ut på Internet, såvida ni inte motsätter er detta för att det skulle skada era legitima intressen. I så fall kan bidraget publiceras i anonymiserad form. I annat fall kommer synpunkterna inte att publiceras och deras innehåll kommer i princip inte att beaktas.

FR

FR

FR



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 27.1.2011
COM(2011) 15 final

LIVRE VERT

**sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics
Vers un marché européen des contrats publics plus performant**

TABLE DES MATIÈRES

1.	Pourquoi réglementer les marchés publics?	6
1.1.	La notion d'achats.....	6
1.2.	La notion de marchés publics.....	7
1.3.	La notion d'acheteurs publics	10
2.	Améliorer les outils des pouvoirs adjudicateurs	13
2.1.	Moderniser les procédures	13
2.2.	Des instruments spécifiques pour les petits pouvoirs adjudicateurs	20
2.3.	Coopération public-public.....	22
2.4.	Des outils appropriés pour l'agrégation de la demande et les procédures conjointes	24
2.5.	Répondre aux préoccupations liées à l'exécution des contrats	25
3.	Un marché européen des contrats publics plus accessible	28
3.1.	Améliorer l'accès des PME et des start-up aux marchés publics	28
3.2.	Garantir une concurrence loyale et effective	31
3.3.	Marchés publics sans mise en concurrence en raison de droits d'exclusivité	34
4.	Utilisation stratégique de la politique des marchés publics pour faire face à de nouveaux défis	35
4.1.	«Comment acheter»: des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020	37
4.2.	«Quoi acheter»: des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020	43
4.3.	L'innovation	47
4.4.	Services sociaux.....	50
5.	Garantir l'intégrité des procédures	51
5.1.	Prévention des conflits d'intérêts.....	52
5.2.	Lutte contre le favoritisme et la corruption.....	52
5.3.	Exclusion de soumissionnaires	54
5.4.	Prévention des avantages indus.....	56
6.	Accès des fournisseurs de pays tiers au marché de l'UE.....	57

LIVRE VERT

sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics Vers un marché européen des contrats publics plus performant

La stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive¹ définit pour l'Europe de la prochaine décennie la vision d'une économie sociale de marché compétitive, qui repose sur trois priorités interdépendantes et se renforçant mutuellement: développer une économie fondée sur la connaissance et l'innovation; promouvoir une économie sobre en carbone, économe dans la consommation des ressources et compétitive; et encourager une économie à fort taux d'emploi, favorisant la cohésion sociale et territoriale.

La stratégie Europe 2020 confère un rôle essentiel aux marchés publics, qu'elle considère comme l'un des instruments de marché à utiliser pour atteindre ces objectifs. Plus précisément, elle invite à utiliser les contrats publics pour:

- ° améliorer les conditions-cadres permettant aux entreprises d'innover, en utilisant pleinement la politique de la demande²;
- ° encourager le passage à une économie efficace dans l'utilisation des ressources et à faibles émissions de CO₂, notamment en recourant plus largement aux marchés publics écologiques;
- ° améliorer l'environnement des entreprises, en particulier pour les PME innovantes.

La stratégie Europe 2020 affirme aussi que la politique des marchés publics doit garantir une utilisation optimale des fonds publics et que les marchés publics doivent rester ouverts à l'ensemble de l'Union. Il est en effet crucial, compte tenu des contraintes budgétaires et des difficultés économiques sérieuses que connaissent bon nombre d'États membres, d'optimiser les résultats des passations de marchés publics par une rationalisation des procédures. Ces défis rendent plus nécessaire que jamais la mise en place d'un marché européen des contrats publics performant et efficient, qui permette la réalisation de ces objectifs ambitieux.

Nombreux sont ceux, parmi les parties concernées, qui ont demandé un réexamen du système de marchés publics de l'UE, afin d'en accroître l'efficacité et l'efficience. La Commission a donc annoncé, dans l'Acte pour le marché unique³, qu'elle entreprendrait une vaste consultation en vue de formuler des propositions législatives au plus tard au début de l'année 2012; l'objectif est de simplifier et d'actualiser la législation européenne sur les marchés

¹ Voir la communication de la Commission du 3 mars 2010, COM(2010) 2020.

² Cette idée est reprise dans la communication de la Commission intitulée «Une Union de l'innovation» (SEC(2010) 1161), l'une des initiatives phares annoncées dans la stratégie Europe 2020, qui traite de l'utilisation stratégique des marchés publics comme instrument de promotion de la recherche et de l'innovation. Cette communication invite les États membres à réserver une partie de leur budget «marchés publics» à la recherche et à l'innovation et indique que la Commission fournira des orientations et mettra en place des mécanismes de soutien à l'intention des pouvoirs adjudicateurs.

³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 27 octobre 2010: «Vers un Acte pour le Marché unique - Pour une économie sociale de marché hautement compétitive», COM(2010) 608.

publics afin d'assouplir les procédures de passation et de permettre à ces marchés de mieux servir les autres politiques.

La génération actuelle de directives sur les marchés publics, à savoir les directives 2004/17/CE⁴ et 2004/18/CE⁵, représente la dernière étape en date d'un long processus amorcé en 1971 par l'adoption de la directive 71/305/CEE⁶. En garantissant des procédures transparentes et non discriminatoires, ces directives visent principalement à assurer aux opérateurs économiques la pleine jouissance des libertés fondamentales dans le domaine des marchés publics. Elles mentionnent aussi un certain nombre d'objectifs liés à l'intégration dans ce cadre d'autres politiques telles que la protection de l'environnement et les normes sociales⁷ ou la lutte contre la corruption⁸.

Compte tenu du rôle essentiel que peuvent jouer les marchés publics face aux défis actuels, il importe de moderniser les outils et méthodes existants afin de les mettre davantage en adéquation avec un contexte politique, social et économique en pleine évolution. Cela passe par la réalisation de plusieurs objectifs complémentaires.

Le premier consiste à rentabiliser les dépenses publiques, en essayant, d'une part, d'optimiser le résultat des passations de marché (c'est-à-dire d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix). Pour y parvenir, il est crucial de susciter la concurrence la plus forte possible pour les marchés publics attribués au sein du marché intérieur. Les soumissionnaires doivent bénéficier de conditions de concurrence équitables et les distorsions de concurrence doivent être évitées. D'autre part, il est indispensable d'accroître l'efficacité des procédures elles-mêmes. Une rationalisation des procédures, associée à des mesures de simplification ciblées visant à répondre aux besoins spécifiques des petits pouvoirs adjudicateurs, pourrait aider les acheteurs publics à obtenir le meilleur résultat possible, pour un investissement le plus faible possible en temps et en fonds publics. Cette rationalisation des procédures profitera à l'ensemble des opérateurs économiques et facilitera la participation des PME et des soumissionnaires transfrontaliers. La participation transfrontalière aux procédures de marchés publics de l'UE reste en effet très limitée⁹. La comparaison avec le secteur privé, où les passations de marchés entre pays sont beaucoup plus répandues, montre tout le potentiel qui

⁴ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JO L 134 du 30.4.2004, p. 1, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 1177/2009 de la Commission, du 30 novembre 2009, modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application en matière de procédures de passation des marchés, JO L 314 du 1.12.2009, p. 64.

⁵ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134 du 30.4.2004, p. 114, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 1177/2009 de la Commission. Le présent livre vert se réfère aux dispositions de la directive 2004/18/CE, mais sauf indication contraire, il peut être entendu comme renvoyant *mutatis mutandis* aux dispositions correspondantes de la directive 2004/17/CE. Le terme «pouvoirs adjudicateurs» peut donc s'entendre comme désignant à la fois les organismes dont les marchés relèvent de la directive 2004/18/CE et les «pouvoirs adjudicateurs» au sens de la directive 2004/17/CE.

⁶ Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JO L 185 du 16.8.1971, p. 5.

⁷ Considérants 5 et 46 de la directive 2004/18/CE et considérants 12 et 55 de la directive 2004/17/CE.

⁸ Considérant 43 de la directive 2004/18/CE et considérant 54 de la directive 2004/17/CE.

⁹ Selon des études récentes, 1,6 % seulement des marchés publics sont attribués à des opérateurs d'autres États membres. La participation transfrontalière indirecte, par l'intermédiaire de filiales ou de partenaires situés dans l'État membre du pouvoir adjudicateur, est plus fréquente, mais même dans ce cas, la proportion de marchés attribués demeure relativement faible (11 %).

reste à exploiter. Cet objectif de rationalisation des marchés publics est notamment traité aux chapitres 2 («Améliorer les outils des pouvoirs adjudicateurs») et 3 («Un marché européen des contrats publics plus accessible») du présent livre vert.

Un deuxième objectif, complémentaire du premier, consiste à permettre aux acheteurs publics de faire en sorte que leurs marchés servent mieux les objectifs communs de la société: protection de l'environnement, amélioration de l'utilisation des ressources et de l'énergie et lutte contre le changement climatique, promotion de l'innovation et de l'inclusion sociale, et mise en place des meilleures conditions possibles pour la fourniture de services publics de haute qualité. La poursuite de ce deuxième objectif peut aussi contribuer à la réalisation du premier objectif de rentabilisation des dépenses publiques sur le long terme, par exemple en mettant l'accent sur le cycle de vie le moins coûteux, plutôt que sur le prix initial le plus bas¹⁰. Cette question est traitée au chapitre 4 («Utilisation stratégique des marchés publics»).

Le développement de la législation de l'UE sur les marchés publics pourrait aussi contribuer à la résolution de problèmes qui n'ont pas encore reçu une attention suffisante, comme la prévention et la lutte contre la corruption et le favoritisme (chapitre 5) et l'accès des entreprises européennes aux marchés de pays tiers (chapitre 6). Par ailleurs, le réexamen du cadre législatif sera aussi l'occasion de voir s'il y a lieu d'affiner certains concepts et notions de base pour assurer une plus grande sécurité juridique aux pouvoirs adjudicateurs et aux entreprises (chapitre 1). Ce pourrait également être une occasion d'assurer une plus grande convergence dans l'application des règles de l'UE en matière de marchés publics et en matière d'aides d'État.

Le livre vert reprend un certain nombre d'idées sur la meilleure manière d'atteindre ces divers objectifs. Mais il faut garder à l'esprit que ceux-ci peuvent être antagonistes (la simplification des procédures peut être en contradiction avec la prise en compte d'autres politiques, par exemple). Ces différents objectifs peuvent se traduire par des choix politiques divergents, ce qui obligera par la suite à faire un choix raisonné.

En outre, les possibilités de modifications législatives ne sont pas illimitées. Ces modifications devront respecter les engagements internationaux de l'UE, ou imposeront peut-être l'ouverture de négociations avec l'ensemble des partenaires concernés sur d'éventuelles demandes de compensation. Ces engagements, tels que définis dans un accord plurilatéral¹¹ et dans sept accords bilatéraux¹², peuvent donc limiter le champ d'application d'éventuelles adaptations législatives, en particulier en ce qui concerne les seuils d'application des règles de l'UE sur les marchés publics, la définition des achats et des acheteurs publics, ainsi que certaines questions procédurales telles que la définition des spécifications techniques et des délais.

La présente consultation ne porte pas sur les concessions, qui ont déjà fait l'objet de consultations distinctes et d'une analyse d'impact. La Commission a l'intention de proposer des mesures législatives visant à renforcer la sécurité juridique au profit des collectivités territoriales et des opérateurs économiques de toute l'Europe, et à faciliter le développement

¹⁰ Un exemple classique est celui du renoncement à des investissements énergétiques rentables, dû au fait que les dépenses d'investissement et les dépenses d'exploitation sont gérées séparément, dans le cadre de procédures budgétaires différentes.

¹¹ Accord sur les marchés publics (AMP): http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/international_fr.htm.

¹² Sur les accords bilatéraux, voir: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/>.

des partenariats public-privé. Les marchés publics électroniques ont fait l'objet d'un autre livre vert, publié le 18 octobre 2010¹³.

Parallèlement à la publication du présent livre vert, la Commission entreprend une évaluation exhaustive de l'impact et du rapport coût-efficacité de la politique de l'UE en matière de marchés publics. Cette évaluation permettra de recueillir auprès des opérateurs des informations sur le fonctionnement de la législation actuelle et d'avoir ainsi une idée concrète des domaines dans lesquels des améliorations s'imposent. Ses résultats seront publiés à l'été 2011.

Les résultats de cette évaluation et les contributions des parties concernées en réponse au présent livre vert alimenteront les réflexions sur la future réforme des règles de l'UE en matière de marchés publics, réflexions qui déboucheront à leur tour sur une proposition de réforme législative.

1. POURQUOI REGLEMENTER LES MARCHES PUBLICS?

Au moment d'engager des fonds publics, les acheteurs publics n'ont pas les mêmes motivations que les dirigeants de sociétés privées, qui doivent supporter un risque de pertes voire, en dernier lieu, de faillite, et sont directement soumis aux forces du marché.

C'est pourquoi les règles relatives aux marchés publics prévoient des procédures spécifiques pour la passation de tels contrats, afin que les achats publics puissent se dérouler de la manière la plus rationnelle, la plus transparente et la plus équitable. Elles prévoient des garde-fous contre l'absence éventuelle de discipline commerciale lors de tels achats, et contre l'octroi d'un traitement préférentiel coûteux à des opérateurs économiques nationaux ou locaux.

Ces règles s'appliquent donc à tous les contrats publics susceptibles d'intéresser les opérateurs dans le marché intérieur, en leur assurant l'égalité d'accès et des conditions de concurrence équitables au sein du marché européen des contrats publics.

1.1. La notion d'achats

Les règles relatives aux marchés publics sont destinées à réglementer les achats des pouvoirs adjudicateurs. Toutefois, le champ d'application des directives de l'UE n'est pas explicitement limité aux achats spécifiquement destinés à satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur¹⁴. Cette situation a suscité un débat sur l'applicabilité de ces directives aux cas où des pouvoirs publics concluent des accords imposant des obligations juridiquement contraignantes à des fins qui ne sont pas liées à leurs propres besoins.

Le problème se pose, par exemple, lorsqu'un accord de subvention conclu dans le cadre d'une aide publique impose au bénéficiaire l'obligation juridiquement contraignante de fournir certains services. Une telle obligation vise normalement à assurer la bonne utilisation des deniers publics, mais elle n'est pas censée servir à couvrir les besoins de l'entité publique qui accorde l'aide.

¹³ Livre vert sur le développement des marchés publics électroniques dans l'UE, COM(2010) 571 final du 18.10.2010.

¹⁴ Arrêt du 18 novembre 2004 dans l'affaire C-126/03, *Commission/Allemagne*, point 18.

Certaines autorités nationales et autres parties concernées se sont plaintes du manque de sécurité juridique lié au champ d'application de la législation dans ce cas de figure, et ont demandé que l'objet de ces dispositions soit clarifié. Dans sa jurisprudence la plus récente, la Cour a estimé que la notion de marché public impliquait que les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché soient réalisés *dans l'intérêt économique direct* du pouvoir adjudicateur¹⁵.

Question:

1. Pensez-vous qu'il faille limiter aux achats le champ d'application des directives sur les marchés publics? Une telle limitation devrait-elle simplement consacrer le critère d'intérêt économique direct invoqué par la Cour, ou définir d'autres conditions et notions pour le compléter ou à titre d'alternative?

1.2. La notion de marchés publics

La classification actuelle des marchés publics (marchés de travaux, marchés de fournitures et marchés de services) est en partie le fruit d'une évolution historique. La nécessité de classer d'emblée un marché dans l'une de ces catégories peut poser des problèmes; c'est le cas, par exemple, des contrats d'achat d'applications logicielles, qui peuvent être considérés, selon les circonstances, soit comme des contrats de fournitures, soit comme des contrats de services. La directive 2004/18/CE contient des dispositions spécifiques concernant les marchés mixtes, qui ont été précisées par la jurisprudence. La Cour considère que si un contrat contient des éléments de différents types, il est nécessaire, pour déterminer les règles applicables, d'identifier l'objet principal du contrat.

Certains de ces problèmes pourraient être évités par une simplification de la subdivision actuelle. On pourrait par exemple envisager de ne retenir que deux types de marchés publics, comme dans le système de l'AMP, qui ne distingue que les marchés de fournitures et les marchés de services, les travaux étant considérés comme une forme de service («marchés de services de construction»). On pourrait même envisager de n'utiliser qu'une définition unique du marché public et de n'opérer de distinction en fonction de l'objet que lorsque cela est indispensable (par exemple dans les dispositions relatives aux seuils applicables).

Question:

2. La subdivision actuelle du champ d'application en marchés de travaux, marchés de fournitures et marchés de services vous paraît-elle adaptée? Sinon, quelle autre solution proposeriez-vous?

Indépendamment d'une éventuelle restructuration des catégories de marchés, il pourrait être nécessaire d'en réexaminer et d'en simplifier la définition.

La principale définition concernée est celle des «marchés publics de travaux» qui figure à l'article 1^{er}, paragraphe 2, point b), de la directive 2004/18/CE. Cette définition se fonde en effet sur le respect de l'un ou l'autre de trois critères complexes, qui se recoupent partiellement. Elle englobe: soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution, de types spécifiques de travaux repris dans une liste annexée à la directive; soit l'exécution,

¹⁵ Arrêt du 25 mars 2010 dans l'affaire C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, points 47 à 54, et arrêt du 15 juillet 2010 dans l'affaire C-271/08, *Commission/Allemagne*, point 75.

soit conjointement la conception et l'exécution, d'un ouvrage au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, point b), de la directive; et «la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur». Cette dernière condition a été ajoutée afin d'inclure les cas où les travaux sont effectués non par le contractant lui-même, mais par des tiers agissant pour son compte.

Il serait possible de simplifier cette définition en remplaçant la typologie actuelle par un ensemble de critères beaucoup plus simples et plus clairs, couvrant tous les types d'activités de construction, indépendamment de leur nature et de leur objet, et notamment les activités liées à la réalisation de certains ouvrages, y compris par des tiers.

Question:

3. Vous paraît-il nécessaire de revoir et de simplifier la définition des «marchés publics de travaux»? Si tel est le cas, êtes-vous favorable à la suppression du renvoi à une liste spécifique de travaux annexée à la directive? Quelle définition proposeriez-vous?

Services de type A/B

Un aspect plus important encore est la couverture des marchés de services.

Les directives actuelles opèrent une distinction entre les services de type A¹⁶ et les services de type B¹⁷. Les passations de marchés pour des services de type A sont soumises à l'ensemble des procédures instituées par les directives, alors que celles portant sur des services de type B ne sont soumises qu'aux dispositions relatives aux spécifications techniques et à l'envoi d'un avis sur les résultats de la procédure de passation¹⁸. Or, conformément à la jurisprudence de la Cour, les pouvoirs adjudicateurs attribuant des marchés pour des services de type B doivent respecter les principes fondamentaux du droit primaire de l'UE, et notamment les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence, dès lors que ces marchés présentent un intérêt transfrontalier¹⁹. Ils sont donc tenus d'assurer une publicité suffisante pour que les opérateurs économiques intéressés établis dans d'autres États membres puissent, s'ils le souhaitent, manifester leur intérêt pour ces marchés.

L'intention initiale du législateur était de limiter provisoirement l'application intégrale de la directive à certains marchés de services considérés comme particulièrement susceptibles de donner lieu à un accroissement des échanges transnationaux²⁰. On observera toutefois que compte tenu du caractère non exhaustif de la liste de services de type B (la catégorie 27 s'intitule en effet: «Autres services»), c'est en fait l'application intégrale des directives aux services qui est l'exception, et le régime prévu pour les services de type B qui est la règle.

Il est permis de se demander si cette situation est toujours justifiée compte tenu de l'évolution économique et juridique du marché intérieur. Il paraît en effet difficile de soutenir que certains des services explicitement mentionnés dans la liste B, comme les services de

¹⁶ Services visés à l'annexe II A de la directive 2004/18/CE ou à l'annexe XVII A de la directive 2004/17/CE.

¹⁷ Services visés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE ou à l'annexe XVII B de la directive 2004/17/CE.

¹⁸ Articles 20 et 21 de la directive 2004/18/CE et articles 31 et 32 de la directive 2004/17/CE.

¹⁹ Arrêt du 13 novembre 2007 dans l'affaire C-507/03, *Commission/Irlande*, points 24 à 31.

²⁰ Considérant 19 de la directive 2004/18/CE.

transport par eau, d'hôtellerie, de placement et de fourniture de personnel ou encore de sécurité, présentent moins d'intérêt sur le plan transfrontalier que les services de la liste A.

En outre, la distinction entre ces deux types de services crée des complications et des risques d'erreurs dans l'application des règles. Comme pour la classification des marchés, des problèmes se posent en ce qui concerne les cas tangents et les marchés mixtes²¹. En outre, cette distinction n'existe pas dans la plupart des systèmes de nos partenaires commerciaux. La situation juridique actuelle ne fait donc que compliquer l'obtention de nouveaux engagements d'ouverture de la part de nos partenaires commerciaux, puisque l'UE n'est pas en mesure d'offrir la réciprocité, notamment pour les services qui sont devenus essentiels au marché intérieur et au commerce transfrontalier.

La solution la plus logique serait de renoncer à la distinction actuelle entre services de type A et services de type B et de soumettre tous les marchés de services²² au régime général, ce qui aurait l'avantage de simplifier les règles existantes. Si la consultation en cours montre la nécessité de simplifier le régime général, cette simplification pourrait aussi faciliter la suppression du régime spécial actuellement réservé aux services de type B.

Questions:

4. Faut-il selon vous reconsidérer la distinction entre services de type A et services de type B?
5. Les directives sur les marchés publics devraient-elles selon vous s'appliquer à tous les services, éventuellement dans le cadre d'un régime général plus souple? Sinon, veuillez indiquer quel(s) service(s) devraient selon vous rester soumis au régime actuellement prévu pour les services de type B, et pourquoi.

Seuils

Certains jugent trop bas les seuils définis dans les directives et demandent donc qu'ils soient relevés; selon eux, les marchés de faible montant actuellement soumis aux directives ne présenteraient pas un intérêt transfrontalier suffisant pour justifier les contraintes administratives d'une procédure de passation de marché.

Il convient cependant de noter qu'un relèvement des seuils, en dispensant un plus grand nombre de marchés de l'obligation de publier un avis de marché dans toute l'UE, réduirait les débouchés potentiels des entreprises en Europe.

Rappelons d'ailleurs que tous les engagements internationaux pris par l'UE se fondent exactement sur les mêmes seuils que les directives actuelles, la seule exception concernant les services de type B (et notamment les services sociaux)²³. Ces seuils, qui déterminent les possibilités d'accès au marché, font partie des principaux éléments de ces différents accords. Toute augmentation des seuils applicables dans l'UE entraînerait automatiquement une augmentation correspondante des seuils de tous les accords conclus par l'UE (c'est-à-dire pas seulement de l'AMP, mais aussi de tous les autres accords internationaux). Nos partenaires seraient alors fondés à réclamer des compensations, qui pourraient s'avérer substantielles.

²¹ Article 22 de la directive 2004/18/CE.

²² Sur les services sociaux, voir le point 4.4.

²³ Sur les services sociaux, voir le point 4.4.

Question:

6. Seriez-vous favorable à un relèvement des seuils d'application des directives, même si cela devait avoir au niveau international les conséquences qui viennent d'être décrites?

Exclusions

La section de la directive 2004/18/CE consacrée aux «marchés exclus»²⁴ présente une certaine hétérogénéité: certaines exclusions reposent sur des exceptions ou des limitations concernant le champ d'application du traité (article 14) ou sur un souci de cohérence avec l'ordre juridique international (article 15) ou avec d'autres disciplines du droit (article 16, points c) et e)); d'autres, en revanche, résultent de choix politiques (article 16, points a), b), d) et f); article 17). Il est difficile, dans ces conditions, d'apprécier selon un seul et même critère la nécessité de réexaminer ces différentes dispositions. Quoi qu'il en soit, tout réexamen de ces exclusions devra tenir compte des engagements internationaux de l'Europe, qui reflètent actuellement les exceptions et dérogations prévues par les directives. L'ajout de nouvelles exclusions ne manquerait pas de poser un problème de ce point de vue. Ces engagements internationaux laissent cependant la possibilité d'actualiser et de clarifier le contenu et la présentation des exclusions. Il est aussi envisageable d'abroger celles qui ne sont plus nécessaires compte tenu de l'évolution du contexte juridique, politique ou économique.

Questions:

7. Les dispositions actuelles relatives aux marchés exclus vous semblent-elles adaptées? Y a-t-il lieu selon vous de remanier cette section de la directive ou de clarifier certaines exclusions?
8. Y a-t-il lieu selon vous d'abroger, de reconsidérer ou d'actualiser certaines exclusions, et dans ce cas, lesquelles? Que proposeriez-vous concrètement?

1.3. La notion d'acheteurs publics*Passations de marchés par les entités de la sphère publique*

La directive 2004/18/CE s'applique aux marchés passés par l'État (et toutes ses subdivisions), les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces entités²⁵

Si les notions d'État et de collectivité territoriale sont assez claires, la notion d'organisme de droit public est plus complexe. Elle est censée englober toutes les organisations juridiquement indépendantes qui sont étroitement liées à l'État et se comportent fondamentalement comme des entités publiques: organismes publics de radiodiffusion, universités, caisses d'assurance-maladie, entreprises communales, etc.

La définition fournie par la directive 2004/18/CE a fait l'objet de toute une série d'arrêts de la Cour de justice européenne. En résumé, au vu de la jurisprudence, l'organisme doit remplir les conditions suivantes:

²⁴ Articles 12 à 18 de la directive 2004/18/CE.

²⁵ Sur les entités soumises à la directive 2004/17/CE, voir le point 7 ci-après.

- (1) avoir été créé pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial;
- (2) être doté de la personnalité juridique (de droit privé ou public);
- (3) dépendre étroitement, pour son financement, sa gestion ou sa surveillance, de l'État, de collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public (le détail de ces conditions figure à l'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, point c)).

La bonne application de ces critères impose une analyse détaillée au cas par cas, tenant compte d'éléments tels que le degré de concurrence sur le marché ou la question de savoir si l'organisme poursuit ou non un but lucratif et assume ou non les pertes et les risques liés à son activité.

Question:

9. La manière dont sont actuellement définis les acheteurs publics vous paraît-elle adaptée? Estimez-vous notamment nécessaire de clarifier et d'actualiser la notion d'organisme de droit public compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice européenne? Dans l'affirmative, comment conviendrait-il de l'actualiser?

Services d'utilité publique

Dans le cadre de la réglementation actuelle des marchés publics, les marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux sont régis par une directive spécifique, la directive 2004/17/CE (directive «secteurs»). Ces secteurs ont en effet des caractéristiques communes: il s'agit d'industries de réseaux, qui utilisent donc un réseau physique ou virtuel (conduites, réseaux électriques, infrastructures postales, lignes ferroviaires, etc.) ou exploitent des aires géographiques, généralement en exclusivité, dans le but de fournir des terminaux de transport ou de prospecter ou d'extraire des ressources minérales (pétrole, gaz, charbon, etc.).

Une autre caractéristique de ces secteurs tient au fait que les activités en question ne sont pas exercées seulement par les pouvoirs publics, mais aussi, (et, dans certains États membres, surtout) par des sociétés commerciales, qu'il s'agisse d'entreprises publiques ou de sociétés privées jouissant de droits spéciaux ou exclusifs. L'une des principales raisons qui ont motivé la réglementation des marchés publics dans ces secteurs est le fait que les opérateurs y exercent leurs activités sur des marchés fermés, cette fermeture étant due à l'octroi par les États membres de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné. Il a été jugé nécessaire d'étendre les règles de passation de marchés aux exploitants (commerciaux) publics et privés de ces services en raison des différentes façons dont les autorités nationales peuvent influencer le comportement de ces entités, notamment par l'octroi (ou non) de droits spéciaux ou exclusifs, par des participations dans leur capital ou par une représentation dans leurs organes d'administration, de gestion ou de surveillance.

Autrement dit, en l'absence de pression concurrentielle suffisante, la discipline résultant de l'application des règles de procédure de cette directive «secteurs» a été jugée nécessaire pour garantir que les marchés nécessaires à l'exercice des activités en question soient passés de manière transparente et non discriminatoire. La crainte était qu'en l'absence de règles

spécifiques, le favoritisme, les préférences locales ou d'autres facteurs ne pèsent sur les décisions d'attribution de marchés publics dans ces secteurs.

Depuis, un processus de libéralisation s'est engagé tant au niveau de l'UE qu'au niveau national dans bon nombre de ces secteurs (électricité et gaz, exploration et exploitation d'hydrocarbures, services postaux, etc.). Toutefois, l'expérience montre que la «libéralisation», en tant que processus visant à assurer le libre accès à l'activité concernée, ne débouche pas nécessairement ni automatiquement sur une forte concurrence: les «opérateurs établis» conservent souvent des parts de marché très importantes, et dans certains États membres, la présence d'entreprises publiques peut aussi fausser le fonctionnement du marché.

L'une des dispositions de la directive actuelle, l'article 30, permet à la Commission d'exempter certains marchés publics de l'application de la directive lorsque le niveau de concurrence (sur des marchés dont l'accès n'est pas limité) est tel que la pression concurrentielle garantit la transparence et la non-discrimination nécessaires lors de la passation de marchés en vue de la poursuite de ces activités. À ce jour, la Commission a adopté seize décisions de ce type pour neuf États membres différents, et une demande a été retirée. Les secteurs concernés jusqu'à présent sont ceux de l'électricité (production et vente), du gaz (vente), du pétrole et du gaz (naturel), ainsi que certains pans du secteur postal (notamment la logistique, les colis et les services financiers).

Un dernier point à signaler est le fait que de plus en plus d'entités privées obtiennent également le droit d'exercer ces activités à l'issue de procédures ouvertes et transparentes, et qu'elles ne bénéficient donc pas de droits spéciaux ou exclusifs au sens de la directive.

Il convient enfin de souligner que le champ d'application de la directive «secteurs» a été intégralement transposé au niveau international, que ce soit dans le cadre de l'AMP ou d'accords bilatéraux. Son éventuelle restriction pourrait imposer une modification des engagements internationaux de l'UE et susciter des demandes de compensation.

Questions:

10. Des règles de l'UE vous semblent-elles encore nécessaires pour les passations de marchés publics dans ces secteurs? Veuillez motiver votre réponse.
- 10.1. Dans l'affirmative, certains secteurs actuellement couverts par ces dispositions devraient-ils en être exclus? Inversement, ces dispositions devraient-elles être étendues à d'autres secteurs? Veuillez indiquer les secteurs qui devraient selon vous être couverts, et expliquer.
11. Le champ d'application de la directive est actuellement défini en fonction des activités des entités concernées, de leur statut juridique (public ou privé) et, s'il s'agit d'entités privées, de l'existence ou non de droits spéciaux ou exclusifs. Ces critères vous semblent-ils pertinents, ou vous paraît-il souhaitable d'en appliquer d'autres? Veuillez motiver votre réponse.
12. La vocation commerciale ou lucrative d'entreprises privées peut-elle être considérée comme suffisante pour garantir l'objectivité et l'équité de leurs passations de marché (y compris lorsqu'elles jouissent de droits spéciaux ou exclusifs)?

- | | |
|-----|--|
| 13. | Les dispositions actuelles de l'article 30 de la directive sont-elles un bon moyen d'adapter le champ d'application de la directive à l'évolution des modalités de régulation et de concurrence sur les marchés (nationaux et sectoriels) concernés? |
|-----|--|

2. AMELIORER LES OUTILS DES POUVOIRS ADJUDICATEURS

Les pouvoirs adjudicateurs se plaignent parfois que les instruments réglementaires prévus par la législation européenne ne sont pas tout à fait adaptés à leurs besoins. Ils souhaiteraient notamment une simplification et un assouplissement des procédures. Selon eux, il serait impossible dans certains cas d'appliquer l'intégralité des règles (notamment dans le cas de marchés passés par de très petits pouvoirs adjudicateurs); d'autres situations (certaines formes de coopération public-public) devraient même en être totalement exemptées. Il existerait en revanche des domaines dans lesquels les instruments prévus par la législation de l'UE ne sont pas suffisants (procédures conjointes, problèmes spécifiques survenant après l'attribution du marché).

Ces questions sont examinées au chapitre suivant. Ce qui ressort clairement des commentaires des opérateurs économiques, c'est que les règles de l'UE doivent consacrer certaines règles de base afin de garantir l'égalité de traitement au niveau européen, mais que certaines dispositions des directives actuelles pourraient être reconsidérées. Il convient cependant de rappeler que la suppression de règles au niveau de l'UE se heurterait à certaines limites. Plusieurs règles de procédure sont en effet directement issues de l'AMP et des accords bilatéraux signés par l'UE: c'est le cas par exemple des délais applicables aux différentes procédures, des conditions de recours à une procédure négociée sans publication ou de la publication d'un avis d'attribution de marché. Il n'est pas possible d'abandonner ou de modifier ces règles sans renégocier les obligations internationales de l'UE. Il faut aussi garder à l'esprit que les règles de l'UE sont complétées par un vaste corpus de règles au niveau national ou régional. Si des dispositions étaient abrogées au niveau de l'UE, elles pourraient être remplacées à d'autres niveaux, avec le risque d'une plus grande hétérogénéité des législations nationales et éventuellement d'une surréglementation de la part des États membres²⁶. Tout réexamen des règles de procédure devra aussi respecter l'objectif d'une cohérence maximale entre le droit des marchés publics et la législation de l'UE dans d'autres domaines, comme le contrôle des aides d'État.

Questions:

- | | |
|-----|--|
| 14. | Le niveau de détail actuel des règles de l'UE en matière de marchés publics vous paraît-il adapté? Dans la négative, ces règles sont-elles trop ou pas assez détaillées? |
|-----|--|

2.1. Moderniser les procédures

L'un des grands thèmes du débat public en cours est la question de savoir si les procédures instituées par les directives sont encore bien adaptées aux besoins des pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques, ou s'il n'y aurait pas lieu de les modifier (et comment) afin, notamment, de les rendre moins complexes et moins lourdes, tout en assurant une concurrence équitable et une issue optimale pour les marchés publics.

²⁶ La surréglementation désigne l'ajout de dispositions ou exigences nationales à celles déjà imposées par la réglementation de l'UE.

Procédures générales

Les directives actuelles prévoient toute une série d'instruments et de procédures. Les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE permettent toutes deux aux acheteurs de choisir entre une procédure ouverte²⁷ et une procédure restreinte²⁸. La situation est quelque peu différente s'agissant de la procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché²⁹. La directive «secteurs» permet plus de souplesse³⁰, de sorte que les services d'utilité publique sont libres de recourir à une procédure négociée, à condition d'avoir publié au préalable un appel à la concurrence. En revanche, dans le cadre de la directive 2004/18/CE, la procédure négociée avec publication préalable peut exclusivement être utilisée dans les cas précis visés à l'article 30. Enfin, les deux directives réservent la procédure négociée sans publication d'avis de marché à des cas exceptionnels, dont elles donnent une liste exhaustive³¹ et qui font l'objet d'une interprétation restrictive.

Dans le domaine des services, les acheteurs publics peuvent aussi organiser des concours³². Plusieurs procédures et instruments de passation spécifiques ont été intégrés dans les directives en 2004, comme le dialogue compétitif³³, les systèmes d'acquisition dynamiques³⁴ ou les enchères électroniques³⁵. Parmi les autres options ajoutées en 2004 figure la possibilité de regrouper les achats en recourant à une centrale d'achat³⁶ ou à des accords-cadres³⁷. Par ailleurs, dans le contexte de la crise financière, la Commission a considéré qu'il était justifié

²⁷ Dans la procédure ouverte, les entités et pouvoirs adjudicateurs publient un avis de marché sur la base duquel toutes les parties intéressées peuvent soumissionner. Le pouvoir adjudicateur choisit, parmi les enchérisseurs répondant aux critères de sélection qualitative, celui qui répond le mieux au critère d'attribution indiqué dans l'avis de marché («prix le plus bas» ou «offre économiquement la plus avantageuse»). Cette procédure est suivie dans près des 3/4 des passations de marché relevant des directives.

²⁸ Dans la procédure restreinte, tous les opérateurs économiques peuvent manifester leur intérêt en réponse à l'avis de marché, mais seuls certains candidats, sélectionnés en fonction des critères indiqués dans cet avis, sont invités à soumissionner.

²⁹ Dans la procédure négociée, les entités et pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux. Cette négociation des conditions de l'offre n'est pas possible dans une procédure ouverte ou restreinte.

³⁰ La plus grande souplesse accordée par cette directive tient au fait qu'elle ne vise pas seulement les pouvoirs publics, mais aussi les entreprises commerciales, qu'il s'agisse d'entreprises publiques ou de sociétés privées jouissant de droits spéciaux ou exclusifs. Ses procédures se veulent donc proches des pratiques commerciales, à tout le moins de celles qui présentent un minimum de transparence et d'égalité de traitement.

³¹ Article 31 de la directive 2004/18/CE et article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE.

³² Les concours sont des procédures permettant au pouvoir adjudicateur d'acquérir un plan ou un projet retenu par un jury après mise en concurrence; un concours peut, par exemple, être organisé pour la conception d'un centre communal dans un quartier promis à une réhabilitation urbaine, ou pour les plans d'un réseau de communications entre différents niveaux d'administrations.

³³ Cette procédure, destinée aux marchés particulièrement complexes, permet de définir les conditions précises du marché dans le cadre d'un dialogue entre le pouvoir adjudicateur et les candidats; voir l'article 29 de la directive 2004/18/CE (seul acte à prévoir cette procédure). Toutefois, selon des statistiques récentes, elle n'a été utilisée que dans moins de 0,4 % des cas.

³⁴ Article 33 de la directive 2004/18/CE.

³⁵ Article 54 de la directive 2004/18/CE.

³⁶ Article 11 de la directive 2004/18/CE.

³⁷ Cette dernière possibilité n'a été introduite que dans la directive 2004/18/CE (voir l'article 32), car la directive «secteurs» contenait déjà (à l'article 14) d'autres dispositions, jugées adaptées au contexte particulier des passations de marchés dans les services d'utilité publique.

de recourir à des procédures accélérées³⁸ pour la réalisation de grands projets d'investissement public en 2009 et 2010.

Il convient à présent de réexaminer cet éventail d'options élargi pour vérifier si les procédures actuellement prévues par les directives constituent encore la meilleure panoplie d'outils possible pour rentabiliser les marchés publics, eu égard notamment à l'importance croissante des partenariats public-privé. Il est souhaitable de procéder à un examen approfondi aussi bien des différents types de procédures que des diverses obligations imposées par les directives aux différents stades de la procédure³⁹, afin de s'assurer qu'ils permettent bien d'obtenir le meilleur résultat possible en imposant un minimum de charges administratives⁴⁰.

Questions:

15. Pensez-vous que les procédures actuellement prévues par les directives permettent aux pouvoirs adjudicateurs d'obtenir le meilleur résultat possible? Dans la négative, comment améliorer ces procédures afin d'alléger la charge administrative et de réduire les coûts de transaction et la durée des procédures, tout en garantissant aux pouvoirs adjudicateurs le meilleur rapport qualité-prix?
16. D'autres types de procédures, ne figurant pas dans les directives actuelles, vous paraissent-ils susceptibles d'améliorer le rapport coût-efficacité des procédures de passation?
17. Les procédures et outils prévus par les directives pour répondre à certains besoins spécifiques et faciliter la participation du secteur privé grâce à des partenariats public-privé (systèmes d'acquisition dynamiques, dialogue compétitif, enchères électroniques, concours) devraient-ils selon vous être conservés en l'état, modifiés (et comment) ou supprimés?
18. D'après l'expérience que vous avez pu faire de la procédure accélérée en 2009 et 2010, seriez-vous favorable à la généralisation de cette possibilité d'appliquer des délais plus courts dans certaines circonstances? Cela pourrait-il se faire, selon vous, sans compromettre la qualité des offres?

Recourir davantage à la négociation

Les parties concernées plaident souvent pour un assouplissement des procédures de passation et estiment notamment que les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir négocier les conditions du marché avec les soumissionnaires potentiels.

³⁸ Cette procédure est prévue par l'article 38, paragraphe 8, de la directive 2004/18/CE pour les cas où l'urgence rend les délais normaux impraticables; voir à ce sujet le communiqué de presse de la Commission IP/08/2040 du 19 décembre 2008.

³⁹ Telles que les règles relatives à la publication d'avis, au contenu des dossiers d'appel d'offres, les délais applicables à la procédure, les justificatifs attestant du respect des critères de sélection, la documentation et la communication avec les soumissionnaires.

⁴⁰ Les dernières technologies de l'information et de la communication peuvent bien entendu fortement contribuer à l'amélioration des procédures pour toutes les parties et à la réduction des formalités, en simplifiant notamment l'obtention ou la fourniture de certificats. Toutefois, cet aspect du débat sur la modernisation des règles n'est pas abordé dans le présent livre vert, puisqu'il a fait l'objet d'une autre consultation dans le cadre du livre vert sur le développement des marchés publics électroniques dans l'UE, SEC(2010) 1214 du 18.10.2010 (COM(2010) 571 final).

La négociation est autorisée par l'AMP à condition d'être annoncée dans l'avis de marché. Les dispositions générales de l'UE sur les marchés publics pourraient donc offrir cette possibilité, sous réserve du respect des principes de non-discrimination et d'équité. Les pouvoirs adjudicateurs disposeraient ainsi d'une marge de manœuvre accrue qui leur permettrait d'obtenir des résultats plus en adéquation avec leurs besoins.

Cette option doit être examinée de manière approfondie avec l'ensemble des intéressés, qu'il s'agisse des pouvoirs adjudicateurs ou des opérateurs économiques. Les avantages qui pourraient résulter de cette plus grande souplesse et d'une éventuelle simplification doivent être mis en balance avec un risque accru de favoritisme et, plus généralement, d'un excès de subjectivité dans les décisions, lié à la marge d'appréciation plus grande laissée aux pouvoirs adjudicateurs par la procédure négociée. En cas d'exercice d'une telle subjectivité, il serait plus difficile de prouver que le marché ne comporte pas d'aide d'État. De surcroît, il n'est utile de laisser plus de latitude aux pouvoirs adjudicateurs que s'ils possèdent l'expertise technique, la connaissance du marché et les compétences nécessaires pour bien négocier avec les fournisseurs.

Enfin, il convient de réfléchir soigneusement aux types et aux tailles de marchés pour lesquels il serait opportun d'autoriser une négociation. Bien qu'elle soit souvent jugée particulièrement adaptée aux petits marchés, elle serait peut-être aussi utile (si ce n'est davantage) pour les grands projets, notamment dans le cadre de partenariats public-privé. En raison de la complexité de ces projets, il est peut-être encore plus nécessaire de disposer de procédures particulièrement souples et de marges de négociation importantes, mais aussi, du côté des pouvoirs adjudicateurs, d'une plus grande expertise technique sur laquelle s'appuyer lors des négociations.

Questions:

19. Vous paraît-il souhaitable d'autoriser un recours accru à la négociation dans le cadre des procédures de passation de marchés publics, et/ou de généraliser la procédure négociée sans publication préalable?
20. Dans ce dernier cas, cette possibilité devrait-elle exister pour tous les types de marchés/tous les types de pouvoirs adjudicateurs, ou seulement sous certaines conditions ?
21. Pensez-vous qu'un recours généralisé à la procédure négociée comporterait des risques d'abus ou de discrimination? Outre les garde-fous déjà prévus par les directives pour la procédure négociée, faudrait-il imposer des obligations supplémentaires en matière de transparence et de non-discrimination pour contrebalancer ce pouvoir discrétionnaire accru? Quelles pourraient-être ces obligations?

Biens et services commerciaux

L'AMP prévoit des règles spécifiques pour les «marchandises et services commerciaux», définis comme «des marchandises et des services d'un type généralement vendu ou offert à la vente sur le marché commercial à des acheteurs autres que les pouvoirs publics et habituellement achetés par eux pour des besoins autres que ceux des pouvoirs publics». Ces biens et services sont en effet considérés comme disponibles sur le marché sous une forme standardisée, de sorte que leur achat par les pouvoirs publics est simplifié par le fait que leur

prix, leur qualité et les conditions qui s'y rattachent sont les mêmes sur l'ensemble des marchés. Il pourrait donc être justifié de prévoir des procédures simplifiées (comportant, par exemple, des délais plus courts) pour l'achat de ce type de biens et de services.

Question:

22. Vous paraît-il opportun de prévoir des procédures simplifiées pour l'achat de biens et de services commerciaux? Dans l'affirmative, quels types de simplifications proposeriez-vous?

Sélection et attribution

Dans le cadre des directives actuelles, le choix de l'adjudicataire doit s'opérer en deux temps. Durant la phase de sélection, le pouvoir adjudicateur évalue les capacités et l'aptitude des opérateurs économiques, en fonction de critères d'exclusion et de critères relatifs à la capacité économique et financière et aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques. Dans la phase d'attribution, le pouvoir adjudicateur examine les offres et retient la meilleure, en fonction de critères objectifs concernant la qualité des produits et services proposés.

Conformément à la jurisprudence de la Cour⁴¹, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'opérer une distinction stricte entre critères de sélection et critères d'attribution. La décision d'attribution du marché doit se fonder exclusivement sur des critères relatifs aux produits et services proposés, et non sur des considérations liées à l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché, comme leur expérience, leur effectif et leur équipement.

L'AMP fait lui aussi une distinction entre la sélection et la décision d'attribution du marché. Cette distinction est cependant moins stricte que celle opérée par la jurisprudence précitée, puisque l'AMP n'interdit pas explicitement la prise en compte, dans la phase d'attribution, de critères sans lien avec les produits et services proposés, et qu'il autorise donc la prise en compte de critères relatifs au soumissionnaire.

Les pouvoirs adjudicateurs se plaignent parfois du fardeau administratif qu'impose la nécessité de vérifier d'abord le respect des critères de sélection par tous les candidats et soumissionnaires, avant de se pencher sur les critères d'attribution. Selon eux, le fait de pouvoir dans certains cas examiner d'abord les critères d'attribution accélérerait le processus, puisqu'ils ne devraient alors vérifier le respect des critères de sélection que pour l'adjudicataire lui-même.

Ce serait là un argument pour reconsidérer l'organisation et l'ordre de vérification des critères de sélection et d'attribution dans le cadre des procédures de passation. La jurisprudence récente semble aller dans ce sens, puisqu'elle précise que les directives sur les marchés publics «n'exclu[en]t pas, en théorie, que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché puissent avoir lieu simultanément», dès lors que «ces deux opérations sont deux opérations distinctes et qu'elles sont régies par des règles différentes»⁴². Il semblerait donc que l'important ne soit pas tant l'ordre dans lequel se déroulent les phases de la procédure, mais la séparation de principe entre critères de sélection et critères d'attribution.

⁴¹ Arrêt du 20 septembre 1988 dans l'affaire 31/87, *Beentjes*, points 15 à 19; arrêt du 24 janvier 2008 dans l'affaire C-532/06, *Lianakis*, point 30, et arrêt du 12 novembre 2009 dans l'affaire C-199/07, *Commission/Grèce*, points 51 à 55.

⁴² Arrêts rendus dans l'affaire *Lianakis*, point 27, et dans l'affaire *Commission/Grèce*, point 51.

Il convient toutefois de bien réfléchir à l'opportunité d'une telle mesure. La charge administrative ne pourrait vraiment être réduite que dans des cas bien précis. Examiner les critères de sélection après les critères d'attribution n'aurait de sens que si la vérification des critères d'attribution peut se faire aisément et rapidement pour toutes les offres soumises; ce pourrait notamment être le cas des marchés portant sur l'achat de biens standards au prix le plus bas. De plus, cette méthode serait difficilement applicable aux procédures restreintes ou négociées, dans lesquelles les candidats invités à remettre une offre ou à négocier sont normalement choisis selon des critères de sélection qualitative, ou lorsqu'il est fait usage d'un système de qualification.

Certains font des propositions plus ambitieuses, remettant en cause la séparation de principe entre critères de sélection et critères d'attribution. Selon eux, le fait de pouvoir considérer comme des critères d'attribution certains critères relatifs aux soumissionnaires, tels l'expérience et les qualifications, pourrait contribuer à améliorer les passations de marchés.

Il faut cependant bien prendre conscience qu'une telle possibilité entraînerait un changement majeur dans le système procédural institué par les directives. La séparation des critères de sélection et des critères d'attribution est un gage d'équité et d'objectivité lors de la comparaison des offres. Autoriser l'assimilation de certains critères relatifs aux soumissionnaires, comme l'expérience et les qualifications, à des critères d'attribution pourrait réduire la comparabilité des facteurs à prendre en considération et, en définitive, compromettre le principe de l'égalité de traitement. L'utilisation de critères relatifs aux soumissionnaires risquerait ainsi d'entraîner des distorsions de concurrence. Toute proposition en ce sens ne devrait donc être envisagée, le cas échéant, que dans des cas restreints, par exemple pour certains types de marchés dans le cadre desquels les qualifications et le CV du personnel disponible sont particulièrement importants.

Quoi qu'il en soit, toute modification touchant au principe de la distinction entre critères de sélection et critères d'attribution devrait être envisagée avec la plus grande circonspection. Il peut aussi être nécessaire de prévoir des garde-fous supplémentaires pour garantir l'équité et l'objectivité des procédures.

Questions:

23. Seriez-vous en faveur d'une plus grande souplesse en ce qui concerne l'organisation et l'ordre de vérification des critères de sélection et des critères d'attribution dans le cadre de la procédure de passation? Dans l'affirmative, devrait-il être possible d'examiner les critères d'attribution avant les critères de sélection?
24. Serait-il justifié d'autoriser les pouvoirs adjudicateurs, dans certains cas exceptionnels, à tenir compte durant la phase d'attribution de critères liés au soumissionnaire lui-même? Dans l'affirmative, veuillez préciser dans quels cas, et quelles mesures supplémentaires seraient nécessaires selon vous pour garantir l'équité et l'objectivité des décisions d'attribution dans un tel système.

Tenir compte des expériences antérieures

Selon les parties intéressées, les directives actuelles ne permettraient pas de tenir compte de l'expérience que pourrait déjà avoir le pouvoir adjudicateur des performances des soumissionnaires. Il est vrai que la prise en compte d'une telle expérience pourrait fournir des indications utiles sur la qualité du soumissionnaire et de son travail futur. Elle comporterait

toutefois un risque évident de discrimination entre soumissionnaires. Il faudrait donc prévoir les garde-fous appropriés pour assurer l'égalité de traitement de ces derniers, ainsi que la transparence et l'équité des procédures.

Question:

25. Selon vous, la directive devrait-elle explicitement autoriser la prise en compte des expériences antérieures faites avec un ou plusieurs soumissionnaires? Dans l'affirmative, quelles mesures devraient être prises pour prévenir toute discrimination?

Des instruments spécifiques pour les services d'utilité publique

Sur un certain nombre de points, les procédures prévues par la directive «secteurs» diffèrent sensiblement de celles de la directive 2004/18/CE. Elles offrent notamment plus de souplesse aux entités contractantes: outre la possibilité de choisir une procédure négociée avec mise en concurrence, les exploitants de services d'utilité publique disposent de deux outils spécifiques pour organiser leurs marchés, à savoir: les systèmes de qualification⁴³ et les avis périodiques indicatifs⁴⁴.

La directive «secteurs» permet une mise en concurrence par la publication d'un avis sur l'existence d'un système de qualification pour tous les travaux, fournitures ou services à commander durant la période de validité du système de qualification, quel que soit le nombre de procédures individuelles de passation requises à cet effet. Lorsque la mise en concurrence se fait au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les marchés concernés ne peuvent être attribués qu'à l'issue d'une procédure restreinte ou négociée, au cours de laquelle les participants sont exclusivement choisis parmi ceux qui sont déjà qualifiés conformément aux règles régissant le système. Les systèmes de qualification peuvent être utiles pour des marchés de travaux, de fournitures ou de services techniquement exigeants⁴⁵, où la procédure de qualification des opérateurs économiques prend tant de temps⁴⁶ qu'il est dans l'intérêt de tous d'employer le même processus de qualification pour plusieurs marchés particuliers, plutôt que de devoir le répéter à chaque fois.

La mise en concurrence peut se faire au moyen d'un avis périodique indicatif pour tous les types de marchés de travaux, de fournitures ou de services à commander sur une période de douze mois, quel que soit le nombre de procédures individuelles de passation requises à cet effet. Lorsque la mise en concurrence se fait au moyen d'un avis périodique indicatif, les marchés concernés ne peuvent pas faire l'objet d'une procédure ouverte, mais uniquement d'une procédure restreinte ou négociée, au cours de laquelle les participants sont exclusivement choisis parmi ceux qui ont manifesté leur intérêt en réponse à l'avis. Les avis périodiques indicatifs sont souvent utilisés comme mode de mise en concurrence pour les achats répétitifs de biens, services ou travaux uniformes, et peuvent donc faciliter la tâche quotidienne des exploitants de services d'utilité publique.

Question:

⁴³ Voir en particulier le considérant 53.

⁴⁴ Voir l'article 42, paragraphe 3.

⁴⁵ Matériel ferroviaire roulant, conduites de gaz à haute pression, etc.

⁴⁶ Parfois plus de six mois.

- | | |
|-----|--|
| 26. | Les passations de marchés des exploitants de services d'utilité publique vous semblent-elles devoir faire l'objet de règles spécifiques? Les règles différentes applicables à ces exploitants et aux entreprises publiques tiennent-elles suffisamment compte du caractère spécifique des passations de marchés dans ces secteurs? |
|-----|--|

2.2. Des instruments spécifiques pour les petits pouvoirs adjudicateurs

Les petits pouvoirs adjudicateurs, notamment, se plaignent souvent que le fait de devoir respecter l'intégralité des règles et obligations procédurales pour des marchés d'un montant relativement faible exige un temps et des efforts disproportionnés. Pour les marchés d'un montant inférieur aux seuils des directives, ils se plaignent aussi de l'insécurité juridique liée au fait qu'ils ne savent pas s'ils doivent se conformer ou non aux obligations découlant du droit primaire. Ces deux problèmes pourraient être résolus comme suit.

Allègement du cadre procédural applicable aux collectivités territoriales pour la passation de marchés d'un montant supérieur aux seuils des directives

Il pourrait être justifié d'alléger le cadre procédural applicable aux collectivités territoriales, afin de tirer pleinement parti des possibilités offertes par l'AMP à ces collectivités («entités des gouvernements sous-centraux») et aux exploitants de services d'utilité publique, sans pour autant nuire à la transparence. Les directives actuelles offrent en effet ces possibilités aux exploitants de services d'utilité publique, mais pas aux collectivités territoriales. Un tel système différencié donnerait plus de liberté aux collectivités territoriales pour la passation de leurs marchés publics et réduirait la charge administrative précisément là où elle risque d'être disproportionnée. En revanche, la création de différents niveaux d'exigences procédurales pourrait compliquer encore davantage le cadre juridique d'ensemble et poser des problèmes de transposition et d'application, notamment en ce qui concerne l'application des règles en matière d'aides d'État⁴⁷.

Ce cadre procédural allégé pourrait notamment comporter des obligations de publicité moins strictes. En vertu de l'AMP, un pouvoir adjudicateur d'un niveau inférieur au gouvernement central peut passer contrat sans publier d'avis de marché, du moment qu'il a annoncé son intention et publié certaines informations au moyen soit d'un avis périodique indicatif, soit d'un avis sur l'existence d'un système de qualification⁴⁸. Cette possibilité pourrait considérablement alléger la charge administrative des pouvoirs adjudicateurs. En revanche, elle pourrait aussi avoir l'inconvénient de limiter l'accès aux marchés des opérateurs économiques et de réduire ainsi la concurrence pour chaque marché.

Une autre solution pourrait consister à autoriser un recours généralisé à la procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché. La possibilité d'une autorisation générale de la négociation a déjà été examinée plus haut (au point 2.1). L'opportunité d'une telle autorisation pour les collectivités territoriales doit être soigneusement examinée. Elle pourrait être un bon moyen d'adapter le contrat aux préoccupations et besoins spécifiques de ces collectivités. En revanche, il n'est pas certain que les petits pouvoirs adjudicateurs aient toujours la puissance d'achat et l'expertise technique nécessaires pour négocier à armes égales avec les soumissionnaires.

⁴⁷ Les règles en matière d'aides d'État se fondent sur la compensation accordée, plus que sur la taille du pouvoir contractant. Une éventuelle révision dans le sens d'un allègement des procédures ne préjugera pas de l'application de ces règles.

⁴⁸ Voir le point 2.1 pour une présentation détaillée de ces instruments.

Questions:

27. L'application intégrale du régime de passation des marchés publics vous paraît-elle adaptée ou non aux besoins des petits pouvoirs adjudicateurs? Veuillez expliciter votre réponse.
28. Dans l'affirmative, seriez-vous favorable à un régime simplifié pour la passation de marchés d'un montant relativement faible par les collectivités territoriales? Quelles devraient en être les caractéristiques?

Renforcer la sécurité juridique pour les marchés inférieurs aux seuils des directives

Bon nombre de marchés passés par des collectivités territoriales sont d'un montant inférieur aux seuils des directives. Il n'en reste pas moins que conformément à la jurisprudence de la Cour, l'attribution de ces marchés doit respecter les principes de base du droit de l'Union, comme la non-discrimination et la transparence, dès lors qu'ils présentent un intérêt transfrontalier. La Commission a exposé son point de vue sur les obligations liées à la jurisprudence dans sa *Communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics»*⁴⁹.

Cependant, aux yeux de nombreux pouvoirs adjudicateurs, les clarifications apportées par cette communication ne sont pas toujours suffisantes en pratique, surtout lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence ou non d'un intérêt transfrontalier. Selon eux, la difficulté de savoir s'il y a lieu, dans tel ou tel cas, de se conformer aux règles découlant de ces principes de base compliquerait la tâche des pouvoirs adjudicateurs, et notamment des plus petits d'entre eux. L'ampleur de ce problème est d'ailleurs illustrée par les mesures que les États membres ont prises en la matière dans le contexte de la crise financière.

Les marchés situés en-deçà des seuils ne seraient vraisemblablement pas concernés par une future proposition législative, mais des indications supplémentaires pourraient être fournies afin d'aider les pouvoirs adjudicateurs à déterminer si un marché précis présente ou non un intérêt transfrontalier.

Question:

29. Selon vous, la jurisprudence de la Cour telle qu'explicitée par la communication interprétative de la Commission assure-t-elle une sécurité juridique suffisante pour la passation de marchés d'un montant inférieur aux seuils des directives? Estimez-vous au contraire que l'UE doive fournir des indications supplémentaires, par exemple sur les éléments constitutifs d'un éventuel intérêt transfrontalier, ou prendre d'autres initiatives en ce sens? Pour quels aspects une telle mesure vous semble-t-elle nécessaire ou pertinente?

⁴⁹ Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics», JO C 179 du 1.8.2006, p. 2. Voir aussi l'arrêt du Tribunal du 20 mai 2010 dans l'affaire T-258/06, *Allemagne/Commission*.

2.3. Coopération public-public

Un autre sujet de controverse, depuis déjà quelques décennies, est la question de savoir si les contrats entre pouvoirs publics doivent être soumis aux règles sur les marchés publics, et dans quelle mesure.

Le principe de concurrence loyale et ouverte empêche d'exclure *automatiquement* ces contrats du champ d'application des directives sur les marchés publics. Il est cependant vrai que l'application de ces dispositions ne se justifie pas pour certaines formes de coopération entre pouvoirs publics, que la Cour ne considère donc pas comme des marchés publics.

Il y a essentiellement lieu de distinguer entre, d'une part, les accords conclus entre des pouvoirs adjudicateurs pour l'exercice de missions selon le principe de libre administration et, d'autre part, les marchés qui devraient bénéficier d'une concurrence ouverte entre opérateurs économiques. La Cour fait notamment une distinction entre deux formes de coopération public-public qui ne sont pas visées par les directives:

- la coopération «en interne»: les marchés attribués à une entité publique ne sont pas considérés comme des marchés publics si les pouvoirs adjudicateurs exercent sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services et si l'entité réalise avec ces pouvoirs l'essentiel de son activité⁵⁰; plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent ainsi recourir à une seule et même entité interne sous contrôle commun (coopération verticale/institutionnalisée); cette jurisprudence laisse cependant sans réponse un certain nombre de questions, comme celles de la définition exacte de ce qui constitue un «contrôle analogue», ou la question de l'attribution de marchés par l'entité contrôlée à sa(ses) société(s) mère(s) ou à une société sœur interne (c'est-à-dire à une entité contrôlée par la même société mère);

- la coopération «horizontale»: dans un arrêt plus récent⁵¹, la Cour a conclu que la coopération public-public ne se limitait pas au recours à une entité interne sous contrôle commun mais qu'elle pouvait rester à un niveau purement contractuel (coopération horizontale/non-institutionnalisée); ce type de dispositif n'est pas couvert par les règles de l'UE sur les marchés publics, s'il s'agit de l'exercice conjoint par des entités entièrement publiques, et par leurs propres moyens, d'une mission de service public, dans un but commun et comportant des droits et obligations réciproques allant au-delà de l'«exécution d'une tâche contre rémunération» pour la poursuite d'objectifs d'intérêt public.

Outre ces deux formes de coopération, il y a lieu de mentionner un autre cas de figure, qui ne correspond pas à proprement parler à une «coopération» entre pouvoirs adjudicateurs, mais au transfert de compétences d'une autorité à l'autre pour l'accomplissement d'une mission de service public. Ce type de transfert de compétences ne relève pas des directives s'il consiste dans le transfert de l'entière responsabilité de la mission (et non dans une simple délégation de son exécution à une autre autorité).

L'évolution de la jurisprudence de la Cour se traduit par une situation complexe comportant toute une série d'exceptions possibles en matière de coopération public-public; l'expérience montre que les pouvoirs adjudicateurs ne savent pas toujours précisément dans quelles conditions leurs relations sont soumises au droit de l'UE sur les marchés publics. Pour

⁵⁰ Voir notamment les affaires C-107/98, *Teckal*; C-324/07, *Coditel*; et C-573/07, *Sea*.

⁵¹ Affaire C-480/06, *Commission/Allemagne*.

répondre rapidement à ce besoin de clarification, les services de la Commission fourniront des indications sur l'interprétation de la jurisprudence, dans un document de travail qui sera publié en 2011.

La question essentielle est toutefois de savoir si ce problème ne devrait pas être résolu, et de quelle manière, par des règles législatives qui donneraient notamment une définition claire des formes de coopération ne relevant pas du champ d'application des directives de l'UE.

Il pourrait être utile d'examiner la possibilité d'élaborer une définition basée sur des critères communs pour l'ensemble des coopérations public-public exemptées de cette application. Une telle définition devrait distinguer clairement entre, d'une part, les formes modernes d'organisation de l'exercice (conjoint) de missions de service public par des pouvoirs adjudicateurs, formes qui sont uniquement guidées par le souci de l'intérêt public (et qui ne sont donc pas soumises aux règles sur les marchés publics) et, d'autre part, les opérations de vente et d'achat de biens et de services sur le marché qui sont d'ordre purement commercial (et sont soumises en tant que telles à ces règles). Il convient d'étudier soigneusement la façon dont cette distinction peut être mise en œuvre en pratique, tout en tenant compte des conclusions auxquelles est parvenue la Cour dans ses arrêts récents. Les principaux aspects à prendre en considération seraient les suivants.

Premièrement, il ressort clairement de la jurisprudence⁵² que toute coopération public-public exemptée de l'application des règles de l'UE sur les marchés publics doit rester purement publique. Par conséquent, en cas de participation de capitaux privés dans l'une des entités qui coopèrent, cette coopération ne pourra être exemptée en tant que telle de l'application de ces règles.

Un autre élément essentiel, semble-t-il, est le critère de finalité commerciale limitée des entités concernées⁵³, récemment utilisé par la Cour. Si ces entités ont une finalité commerciale («vocation de marché»), cela signifie qu'elles exercent leurs activités sur le marché en concurrence directe avec les opérateurs privés, dans un but commercial identique ou similaire et avec les mêmes moyens. Une coopération exemptée de l'application des règles sur les marchés publics et visant l'accomplissement d'une mission de service public ne devrait pas, en principe, faire intervenir ce type d'entités. Les prestataires internes ayant une finalité commerciale peuvent aussi susciter des doutes sous l'angle de la concurrence et des aides d'État.

Enfin, il convient de se pencher sur le type de relation existant entre les entités qui coopèrent. Dans la coopération institutionnalisée, c'est l'exercice d'un contrôle interne (commun) qui peut éventuellement conduire à exempter du régime des marchés publics un accord qui y serait normalement soumis. En l'absence d'un tel contrôle, et pour distinguer une coopération non-institutionnalisée d'un marché public normal, il paraît essentiel que cette coopération comporte des droits et obligations réciproques allant au-delà de l'«exécution d'une tâche contre rémunération» et que son objectif principal ne soit pas d'ordre commercial.

⁵² Affaire C-26/03, *Stadt Halle*.

⁵³ Il s'agit du critère de la «vocation de marché» appliqué dans l'affaire C-573/07, *Sea*, point 73. Il correspond à la condition, énoncée dans l'arrêt rendu dans l'affaire C-480/06, qui veut que la mise en œuvre de cette coopération soit «uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public et que le principe d'égalité de traitement des intéressés [soit] garanti».

Questions:

30. Compte tenu de ce qui précède, jugez-vous utile de prendre au niveau de l'UE des dispositions législatives concernant les possibilités de coopération public-public et les critères s'y appliquant?
31. Seriez-vous favorable à la mise au point d'une définition assortie de critères communs pour les formes de coopération public-public à exempter? Quels en seraient selon vous les principaux éléments?
32. Seriez-vous plutôt favorable à des règles spécifiques pour chacune des différentes formes of coopération, suivant les conclusions de la jurisprudence de la Cour (par exemple pour la coopération interne et horizontale)? Dans l'affirmative, veuillez indiquer pourquoi, et en quoi devraient consister ces règles.
33. Les règles adoptées au niveau de l'UE devraient-elles aussi couvrir le transfert de compétences? Veuillez préciser pour quelles raisons.

2.4. Des outils appropriés pour l'agrégation de la demande et les procédures conjointes

L'un des problèmes à propos desquels les parties concernées déplorent souvent ce qu'elles considèrent comme un manque d'instruments au niveau de l'UE est la question de l'agrégation de la demande et de la coordination des marchés publics entre pouvoirs adjudicateurs.

Les partisans de l'agrégation de la demande insistent sur ses avantages considérables pour les fournisseurs comme pour les pouvoirs adjudicateurs: économies d'échelle et baisse des coûts de production (au profit des entreprises et des contribuables européens), puissance d'achat accrue pour les pouvoirs publics et possibilité pour ceux-ci de mettre en commun leurs connaissances et leur expertise, ainsi que les coûts et risques liés à la passation de marchés. Ce partage des coûts et des risques, en particulier, faciliterait aussi l'achat stratégique de produits et services innovants et encouragerait ainsi le développement de nouveaux produits et de nouveaux marchés⁵⁴.

La coopération transfrontalière entre des pouvoirs adjudicateurs d'États membres différents pourrait plus particulièrement contribuer à une meilleure intégration des marchés de contrats publics, en allant dans le sens inverse du cloisonnement des marchés européens suivant les frontières nationales et en créant ainsi un tissu industriel européen viable et compétitif au plan international.

Les directives actuelles prévoient déjà un certain nombre d'outils permettant d'agréger la demande, dont les centrales d'achat⁵⁵. Sans être spécifiquement conçus dans ce but, d'autres instruments peuvent aussi être utilisés pour agréger la demande; il s'agit par exemple de la possibilité de conclure des contrats-cadres, faisant intervenir plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Bien entendu, la coordination entre pouvoirs adjudicateurs peut aussi consister en un simple

⁵⁴ C'est pourquoi l'initiative phare «Une Union de l'innovation» - SEC(2010) 1161), qui vise à relancer les politiques européennes en matière d'innovation et de recherche dans le cadre de la stratégie Europe 2020, plaide aussi pour une initiative de l'UE sur la passation conjointe de marchés publics.

⁵⁵ Article 1^{er}, paragraphe 10, de la directive 2004/18/CE.

partage d'expériences ou dans la coordination de certaines phases de la procédure de passation.

Il est néanmoins nécessaire de se pencher sur les demandes répétées exprimées en faveur de l'adoption, au niveau de l'UE, d'instruments plus spécifiques permettant d'agréger la demande, notamment dans le cadre de procédures conjointes transfrontalières. Ces instruments et mécanismes devraient correspondre à un juste milieu entre la nécessité de faciliter l'agrégation de la demande dans des secteurs stratégiques et le risque de restreindre la concurrence sur les marchés (au détriment, notamment, des PME), par exemple en divisant les contrats en lots.

En ce qui concerne les procédures conjointes transfrontalières, d'autres problèmes d'ordre juridique se posent également: identification de la législation nationale applicable à la procédure de passation et au contrat, capacité des pouvoirs adjudicateurs à appliquer une autre législation nationale que la leur, détermination de l'organisme compétent et des règles applicables pour le réexamen des décisions d'attribution, etc.

Questions:

34. De manière générale, êtes-vous favorable à une agrégation plus poussée de la demande et à un recours plus fréquent aux procédures conjointes? Quels en seraient selon vous les avantages et les inconvénients?
35. Existe-t-il selon-vous des obstacles à cause desquels l'agrégation de la demande ou la passation conjointe de marchés ne pourrait se faire de manière efficiente? Pensez-vous que les instruments prévus dans les directives pour agréger la demande (centrales d'achat, contrats-cadres) fonctionnent bien et sont suffisants? Dans la négative, quelles modifications faudrait-il leur apporter ? Quels autres instruments ou dispositions seraient nécessaires?
36. Selon vous, un recours accru à l'agrégation de la demande et aux procédures conjointes risquerait-il de restreindre la concurrence et d'empêcher les PME d'accéder aux marchés publics? Comment réduire ce risque?
37. La passation conjointe de marchés vous paraît-elle plus adaptée à certains produits qu'à d'autres? Veuillez préciser lesquels, et pourquoi.
38. Les procédures conjointes transfrontalières vous paraissent-elles se heurter à des problèmes spécifiques (tels que la détermination de la législation et des procédures de recours applicables)? Pensez-vous notamment que votre législation nationale permettrait de soumettre un pouvoir adjudicateur à une procédure de recours dans un autre État membre?

2.5. Répondre aux préoccupations liées à l'exécution des contrats

Les directives actuelles imposent une transparence préalable en ce qui concerne les clauses d'exécution des marchés (indication dans l'avis de marché ou dans les spécifications), mais elles ne réglementent pas l'exécution elle-même. Or, certains problèmes susceptibles de surgir durant la phase d'exécution peuvent avoir des conséquences graves pour l'absence de discrimination entre soumissionnaires et la validité des achats publics en général. Il s'agit donc de savoir si la législation de l'UE devrait prévoir des instruments de réglementation spécifiques pour mieux faire face à ces problèmes.

Modifications substantielles

Un problème particulièrement complexe est celui des changements ultérieurs affectant le marché lui-même ou son exécution.

Selon la jurisprudence de la Cour, les modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant sa durée de validité requièrent une nouvelle passation de marché si elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial⁵⁶.

La Cour a déjà fourni des indications sur les circonstances dans lesquelles des modifications devraient être considérées comme substantielles. C'est notamment le cas lorsque la modification introduit des conditions qui auraient permis l'admission d'autres soumissionnaires ou la sélection d'autres adjudicataires, lorsqu'elle étend le marché dans une mesure importante ou lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat⁵⁷. Certains pouvoirs adjudicateurs ont néanmoins signalé que pour certains types de modifications, la jurisprudence n'était pas assez claire pour permettre de déterminer si une nouvelle procédure de passation était requise ou non.

La présente consultation vise à établir si une clarification juridique est nécessaire au niveau de l'UE pour définir les conditions dans lesquelles une modification du marché impose une nouvelle procédure. Cette clarification pourrait aussi préciser les conséquences éventuelles de telles modifications (en prévoyant par exemple une procédure de passation plus légère pour le marché modifié)⁵⁸.

Questions:

39. Les directives sur les marchés publics devraient-elles réglementer les cas de modifications substantielles d'un marché en cours de validité? Dans l'affirmative, quels types de clarifications proposeriez-vous?
40. Lorsqu'une nouvelle procédure de mise en concurrence doit être organisée par suite de la modification d'une ou plusieurs conditions essentielles, serait-il justifié d'appliquer une procédure plus souple? En quoi pourrait-elle consister?

Modifications concernant le contractant et dénonciation du contrat

Les modifications portant sur le choix du contractant posent aussi des problèmes complexes. Selon la jurisprudence, la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché constitue une modification substantielle et requiert donc une nouvelle procédure d'attribution, à moins que cette substitution ait été prévue dans le contrat initial, par exemple au titre de la sous-traitance. Cela ne s'applique pas non plus aux cas dans lesquels un marché est transféré à un autre contractant appartenant au même groupe, dans le cadre d'une réorganisation interne⁵⁹. En revanche, même si la

⁵⁶ Arrêts du 5 octobre 2000 dans l'affaire C-337/98, *Commission/France*, points 44 et 46; du 19 juin 2008 dans l'affaire C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, points 34 à 37; et du 13 avril 2010 dans l'affaire C-91/08, *Wall AG*, point 37.

⁵⁷ Voir l'arrêt *pressetext Nachrichtenagentur*, points 35 à 37.

⁵⁸ L'article 31, paragraphe 4, point a) de la directive 2004/18/CE offre déjà une solution pour certaines modifications, puisqu'il autorise dans certaines circonstances le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché pour l'exécution de travaux ou services complémentaires.

⁵⁹ Arrêt rendu dans l'affaire *pressetext Nachrichtenagentur*, point 40.

possibilité en est prévue dans le contrat, un changement de sous-traitant peut, dans des cas exceptionnels, être considéré comme une modification substantielle du contrat⁶⁰.

À en juger par l'expérience des parties concernées, l'équilibre et la bonne exécution du contrat ne risquent pas seulement d'être affectés lorsque le contractant est remplacé par une autre entité juridique, mais aussi lorsque sa situation change (incidents compromettant sa capacité à exécuter le contrat, tels qu'une faillite, le départ d'experts indispensables, etc.).

Là encore, il conviendrait de débattre de la nécessité de définir, au niveau de l'UE, des instruments permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'apporter une solution adaptée à ces situations, par exemple en leur donnant le droit de mettre fin au contrat en cas de modifications majeures concernant le contractant, et/ou en définissant une nouvelle procédure simplifiée pour remplacer le contractant d'origine⁶¹.

La possibilité explicite, pour les pouvoirs adjudicateurs, de mettre fin à un contrat pourrait aussi être nécessaire pour les cas où la Cour déclare qu'un contrat donné a été attribué en infraction aux règles de l'UE sur les marchés publics. En effet, même si les États membres sont tenus de mettre fin aux contrats dont la passation contrevient aux règles de l'UE⁶², le droit de résilier ces contrats n'est pas prévu par certaines législations nationales, de sorte qu'il est difficile, voire, de fait, impossible pour ces pouvoirs adjudicateurs de prendre les mesures appropriées pour se conformer aux arrêts de la Cour relatifs à ce type d'infraction.

Questions:

41. Des règles de l'UE sur les modifications apportées dans le cadre de l'exécution des contrats auraient-elles selon vous une valeur ajoutée, et laquelle? Devraient-elles notamment prévoir explicitement l'obligation ou le droit pour les pouvoirs adjudicateurs de changer de fournisseur ou de mettre fin au contrat dans certains cas, et lesquels? L'UE devrait-elle aussi définir des procédures spécifiques pour la désignation du nouveau fournisseur?
42. Partagez-vous l'idée selon laquelle les directives de l'UE devraient imposer aux États membres d'inscrire dans leur législation nationale le droit d'annuler des marchés qui ont été passés en violation de la législation sur les marchés publics?

Plus généralement, la réglementation nationale sur l'exécution des contrats est très détaillée dans de nombreux États membres, ce qui peut entraîner des lourdeurs administratives (garanties d'exécution, conditions de livraison, respect des délais, facturation des adaptations, etc.). Le nombre de dispositions nationales en la matière pourrait éventuellement être réduit par l'adoption au niveau de l'UE de normes communes pour certains aspects.

Question:

⁶⁰ Arrêt rendu dans l'affaire *Wall AG*, point 39.

⁶¹ Une telle procédure pourrait aussi comporter des solutions intermédiaires, comme la possibilité de mandater le deuxième meilleur soumissionnaire sélectionné à l'issue de la procédure d'adjudication initiale, ou de ne remettre en concurrence que les soumissionnaires ayant participé à cette première procédure, à condition qu'elle n'ait pas eu lieu trop longtemps auparavant.

⁶² Affaire C-503/04, *Commission/Allemagne*.

43. Convierait-il selon vous de réglementer certains aspects de l'exécution des contrats, et lesquels? Veuillez préciser votre réponse.

Sous-traitance

La législation en vigueur contient très peu de dispositions relatives à la sous-traitance. L'article 25 de la directive 2004/18/CE dispose que les pouvoirs adjudicateurs peuvent obliger le soumissionnaire à indiquer ses intentions en la matière. Or, selon la jurisprudence, le soumissionnaire a en principe le droit de recourir à la sous-traitance pour l'exécution du marché, même si cela signifie qu'une part importante de cette exécution, voire son intégralité, est confiée à des sous-traitants. La sous-traitance de parties essentielles du marché ne peut être restreinte ou interdite que dans les cas où le pouvoir adjudicateur n'a pas été en mesure de vérifier les capacités techniques et économiques des sous-contractants.

Certains plaident pour un renforcement des restrictions limitant la sous-traitance, afin que les pouvoirs adjudicateurs puissent influencer davantage sur l'exécution des marchés. Ils seraient par exemple favorables à la possibilité d'exclure la sous-traitance, soit complètement, soit au moins pour les parties essentielles du marché, ou de la restreindre à un certain pourcentage du marché, ou encore de conférer aux pouvoirs adjudicateurs le droit général de rejeter les sous-traitants proposés.

Question:

44. Pensez-vous que les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir exercer une plus grande influence sur le recours de l'adjudicataire à la sous-traitance? Dans l'affirmative, quels instruments proposeriez-vous?

3. UN MARCHÉ EUROPÉEN DES CONTRATS PUBLICS PLUS ACCESSIBLE

L'un des objectifs prioritaires de la législation de l'UE en matière de marchés publics est de permettre aux opérateurs économiques de se livrer concurrence pour l'obtention de marchés publics dans tous les États membres. Même si des succès considérables ont été enregistrés dans ce domaine depuis l'adoption des premières directives «marchés publics» dans les années 1970, des améliorations semblent encore possibles pour créer un véritable marché européen des contrats publics qui soit pleinement accessible à toutes les entreprises européennes. Il s'agit, en particulier, d'améliorer l'accès des PME et, plus généralement, de rendre les marchés publics plus concurrentiels.

Question:

45. Pensez-vous que les directives actuelles permettent aux opérateurs économiques d'exploiter pleinement les possibilités offertes par les marchés publics dans le marché intérieur? Dans la négative, quelles dispositions ne vous semblent pas adaptées aux besoins des opérateurs économiques? Pourquoi?

3.1. Améliorer l'accès des PME et des start-up aux marchés publics

L'objectif des directives «marchés publics» est d'ouvrir les marchés publics à tous les opérateurs économiques, quelle que soit leur taille. Il convient néanmoins d'accorder une

attention particulière à la question de l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) à ces marchés⁶³.

Les PME, qui constituent le tissu vivant de l'économie européenne, recèlent un potentiel considérable de création d'emplois, de croissance et d'innovation. Un accès facile aux marchés publics peut les aider à réaliser ce potentiel de croissance et d'innovation et aurait un effet positif sur l'économie de l'Union. De plus, leur forte participation aux marchés publics permettrait aux pouvoirs adjudicateurs d'élargir considérablement leur base de fournisseurs potentiels, ce qui rendrait les marchés publics plus concurrentiels et fournirait un contrepoids aux acteurs dominants du marché.

Afin de rendre les marchés publics de toutes tailles aussi accessibles que possible aux PME, la Commission a publié en 2008 le «Code de bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics»⁶⁴. Ce code met en avant et élabore un certain nombre de pratiques s'inscrivant dans le cadre réglementaire de l'Union européenne qui permettent d'optimiser les appels d'offres pour la participation des PME et de garantir un traitement équitable à cette catégorie de soumissionnaires.

Une étude récente commandée par la Commission européenne⁶⁵ révèle que, entre 2006 et 2008, la proportion des PME qui ont remporté un marché public *dépassant les seuils définis par l'Union européenne* variait de 58 % à 61 % dans l'UE-27. En termes de valeur contractuelle estimative totale, les PME ont représenté entre 31 % et 38 % des marchés publics, tandis que leur part globale dans l'économie, calculée sur la base de leurs chiffres d'affaires combinés, représente 52 %.

Dans ce contexte, il y a lieu d'examiner la nécessité d'adopter des mesures législatives au niveau de l'Union européenne pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'exploiter pleinement le potentiel économique et d'innovation des PME dans leurs procédures d'appel d'offres.

Réduction de la charge administrative dans la phase de sélection

Les PME indiquent que les principaux obstacles à leur participation aux marchés publics se concentrent dans la phase de sélection. Le principal obstacle est lié aux éléments justificatifs qu'elles doivent fournir. Le grand nombre de certificats souvent exigé au stade de la sélection crée une charge administrative difficilement gérable par des PME notamment dans un contexte transnational où même une traduction des certificats est requise. Par ailleurs, les critères de sélection eux-mêmes sont souvent si rigoureux (exigences en matière de chiffre d'affaires ou de contrats de référence à fournir) qu'il est quasiment impossible pour des PME de s'y conformer.

S'agissant du premier point (éléments justificatifs à fournir en vertu des critères de sélection), une solution souvent avancée est de permettre aux entreprises de ne soumettre dans un premier temps que les informations utiles pour la sélection sous une forme condensée et/ou

⁶³ Voir aussi la demande du Parlement européen invitant la Commission à redoubler d'efforts pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics dans le rapport sur l'évolution de la passation de marchés publics (2009/2175(INI)).

⁶⁴ Document de travail services de la Commission SEC(2008) 2193.

⁶⁵ «Evaluation of SMEs' access to public procurement markets in the EU» (actualisation en 2009), réalisée en septembre 2010. Commandée par la direction générale des entreprises et de l'industrie; consultant: GHK.

une déclaration solennelle de conformité avec les critères de sélection. En principe, seuls les adjudicataires ou les soumissionnaires admis à la phase d'attribution devraient alors produire les pièces justificatives en bonne et due forme (certificats). Toutefois, le pouvoir adjudicateur aurait la possibilité d'exiger les documents à tout moment, pendant ou même après la procédure de passation du marché afin de prévenir la fraude. La charge administrative serait ainsi réduite, notamment pour les PME, sans compromettre les garanties nécessaires à la prise de décisions éclairées.

S'agissant du second point (critères de sélection trop rigoureux), il pourrait être justifié d'introduire dans les règles de l'UE un plafond sur certaines exigences de sélection qualitative, notamment en ce qui concerne la capacité financière. Cela pourrait permettre d'éviter que les pouvoirs adjudicateurs n'imposent des critères de sélection trop exigeants (en matière de chiffre d'affaires, par exemple) qui excluent inévitablement les PME. Cette mesure renforcerait l'obligation existante d'appliquer des critères de sélection proportionnés. Elle limiterait en revanche la liberté des pouvoirs adjudicateurs de déterminer quelles normes sont nécessaires pour garantir la bonne exécution du marché.

Autres suggestions

Des parties concernées ont aussi parfois proposé l'adoption de mesures de discrimination positive en faveur des PME (par exemple, la fixation à l'avance de quotas de marchés publics qui leur seraient exclusivement réservés). Contrairement à certains de ses partenaires commerciaux qui ont adopté ce type de mesure, l'Union européenne n'est pas favorable à l'idée de réserver des marchés à des entreprises particulières. Qui plus est, ces mesures seraient contraires au principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires, pilier fondamental du régime européen des marchés publics reconnu par la Cour de justice comme l'une des libertés fondatrices du traité.

Toutefois, l'adoption de mesures administratives internes encourageant les pouvoirs adjudicateurs à mettre tout en œuvre pour améliorer l'accès des PME à leurs marchés publics est envisageable. Par exemple, des objectifs globaux en matière de participation des PME aux marchés publics pourraient être fixés. Ce système ne serait pas fondé sur la *réservation de marchés spécifiques* aux PME, mais inciterait seulement les pouvoirs adjudicateurs à utiliser au mieux les instruments qui sont à leur disposition pour organiser des marchés publics adaptés aux PME.

Autre solution possible: autoriser les pouvoirs adjudicateurs à exiger d'un adjudicataire qu'il sous-traite une certaine partie du marché à des tiers. Cette obligation est déjà prévue par la directive 2004/18/CE pour la concession de travaux publics (article 60) et la directive 2009/81/CE relative à la passation de marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité (article 21).

Questions:

46. Estimez-vous que les règles et politiques de l'UE en matière de passation des marchés publics tiennent suffisamment compte des intérêts des PME? Ou bien pensez-vous que certaines règles de la directive devraient être révisées ou que des mesures supplémentaires devraient être introduites pour améliorer la participation des PME aux marchés publics? Motivez votre réponse.

- | | |
|-----|--|
| 47. | Certaines des mesures définies dans le code de bonnes pratiques (telles que la subdivision en lots) devraient-elles être imposées aux pouvoirs adjudicateurs (sous certaines réserves)? |
| 48. | Pensez-vous que les règles relatives au choix du soumissionnaire créent une charge administrative disproportionnée pour les PME? Dans l'affirmative, comment simplifier ces règles sans compromettre les garanties en matière de transparence, de non-discrimination et de bonne exécution des marchés? |
| 49. | Seriez-vous favorable à une solution qui n'imposerait la production et la vérification d'éléments justificatifs qu'en ce qui concerne les candidats présélectionnés / l'adjudicataire? |
| 50. | Pensez-vous qu'une déclaration solennelle soit un bon moyen d'alléger la charge administrative liée à la fourniture d'éléments justificatifs au titre des critères de sélection? Ou pensez-vous au contraire que ce n'est pas un moyen suffisamment fiable pour remplacer les certificats? Dans quels domaines une déclaration solennelle serait-elle utile (faits relevant de la sphère de l'entreprise elle-même) ou inutile? |
| 51. | Pour prouver leur capacité financière, les soumissionnaires doivent se conformer à des exigences en matière de chiffre d'affaires; pensez-vous que ces exigences soient trop strictes pour les PME? L'Union européenne devrait-elle fixer un ratio maximal qui garantirait la proportionnalité des critères de sélection (par exemple: limitation du chiffre d'affaires maximal requis à un certain multiple de la valeur du marché)? Envisageriez-vous d'autres instruments pour garantir la proportionnalité des critères de sélection par rapport à la valeur et à l'objet du marché? |
| 52. | Quels sont les avantages et les inconvénients de la possibilité pour les États membres d'autoriser ou de contraindre leurs pouvoirs adjudicateurs à obliger l'adjudicataire à sous-traiter une certaine partie du marché principal à des tiers? |

3.2. Garantir une concurrence loyale et effective

Les acheteurs publics font souvent appel à des marchés présentant une structure anticoncurrentielle⁶⁶. L'objectif des règles de passation des marchés publics (une concurrence ouverte et effective) peut être difficile à atteindre en appliquant simplement les règles de procédure prévues par les directives actuelles. Les décisions relatives aux marchés publics qui sont prises sans tenir compte des structures de marché comportent le risque, même si elles sont parfaitement conformes aux règles des directives, que le caractère anticoncurrentiel de ces structures ne se consolide ou ne s'aggrave. Cela vaut tout particulièrement pour les marchés d'un montant très important et pour les secteurs où les pouvoirs publics sont les principaux clients et où la demande privée n'est pas suffisante pour compenser l'incidence des commandes publiques sur le marché.

⁶⁶ Le marché de l'élimination des déchets est dans de nombreux États membres dominé par un ou deux grands acteurs. Le secteur de la construction est, au moins en ce qui concerne les grands projets d'infrastructure, oligopolistique et voit souvent la formation d'ententes. C'est le cas également des marchés des fournitures informatiques, de l'électricité dans certains États membres, comme le montrent les décisions arrêtées sur la base de l'article 30 concernant le marché de l'électricité en République tchèque, en Espagne et en Italie, et le marché de certains services postaux dans un certain nombre d'États membres, comme le montrent les décisions arrêtées sur la base de l'article 30 concernant le secteur postal en Suède, en Finlande et en Autriche.

Pour des marchés publics intelligents, qui stimulent la concurrence, les acheteurs doivent tout d'abord connaître la structure des marchés concernés. De plus, ils doivent adapter en conséquence leurs stratégies de passation de marchés publics (élaboration des contrats et choix de la procédure). Par exemple, les pouvoirs adjudicateurs devraient éviter de lancer un appel d'offres pour les marchés qui ne peuvent être exécutés que par un seul acteur ou par un petit nombre d'acteurs, sous peine de consolider les structures oligopolistiques et de rendre pratiquement impossible l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché. Dans le pire des cas, le pouvoir adjudicateur se retrouverait avec un fournisseur dominant qui pourrait lui imposer ses conditions et ses tarifs.

La forme appropriée du marché dépend manifestement de la structure de l'offre. Si des concurrents plus petits sur le marché sont capables de fournir le service ou les produits concernés sur une échelle plus petite, la réduction du volume ou de la durée des marchés pourrait être un bon moyen d'optimiser la concurrence. Une concurrence plus vive pourrait aussi être obtenue en subdivisant les marchés en lots, tout en limitant éventuellement le nombre maximal de lots pouvant être attribué à un seul soumissionnaire. Si le nombre de concurrents parmi les entreprises les plus petites est insuffisant, une autre solution pourrait être de regrouper plusieurs achats en un seul marché afin d'attirer des concurrents potentiels d'autres États membres.

D'autres instruments permettant de garantir une concurrence suffisante sur les marchés publics sont souvent cités et pourraient être introduits au niveau européen en tant que solutions facultatives pour les États membres ou les pouvoirs adjudicateurs. Ainsi que nous l'avons indiqué ci-dessus, si les critères de sélection deviennent moins rigoureux, le nombre d'offres valables augmentera⁶⁷. Il est possible d'éviter la situation dans laquelle des fournisseurs dominants imposeraient des marchés désavantageux en définissant préalablement un prix de réserve maximal au-delà duquel le marché ne sera pas attribué, ou en prévoyant la possibilité d'annuler la procédure si un seul soumissionnaire réussit la phase de sélection.

Plus généralement, des mesures visant à faciliter la participation de soumissionnaires d'autres États membres devraient aussi être envisagées, lorsque cela est possible. Comme nous l'avons déjà souligné, les échanges intra-européens dans le cadre des marchés publics peuvent encore être considérablement renforcés afin de créer un véritable marché européen des contrats publics. Les entreprises européennes verraient ainsi leurs débouchés commerciaux augmenter et les pouvoirs adjudicateurs leur base de fournisseurs potentiels. Une meilleure reconnaissance mutuelle des certificats (voire la mise en place d'un système commun européen de préqualification) pourrait être un moyen de faciliter la participation transfrontalière. Certaines parties concernées se demandent même si, pour certains marchés d'un montant très important, l'établissement du cahier des charges dans une deuxième langue ou l'acceptation d'offres rédigées dans une autre langue ne pourrait pas être utile. L'utilisation d'un système de traduction automatique – au moins à des fins d'information – pour certaines étapes de la procédure pourrait aussi être envisagée.

Toutes les mesures visant à renforcer la concurrence sur les marchés publics présupposent que les pouvoirs adjudicateurs aient une bonne connaissance des marchés sur lesquels ils achètent (en menant, par exemple, des études sur la structure et la forme du marché ciblé avant de lancer leur appel d'offres). Pour mettre en œuvre ces mesures (ou d'autres), les pouvoirs

⁶⁷ Des exigences moins strictes en matière de chiffre d'affaires facilitent la participation des petites entreprises, des exigences moins strictes concernant l'expérience préalable favorisent de nouvelles entrées sur le marché, etc.

adjudicateurs devraient fournir un effort supplémentaire, qui ne serait vraisemblablement justifié que pour les gros contrats avec une incidence potentielle considérable sur la structure du marché.

Questions:

53. Pensez-vous que les marchés publics peuvent avoir d'importantes répercussions sur la structure des marchés et que les acheteurs devraient, dans toute la mesure du possible, chercher à ajuster leurs stratégies de passation de marchés pour lutter contre les structures de marché anticoncurrentielles?
54. Estimez-vous que les règles européennes en matière de passation des marchés publics devraient prévoir des instruments (facultatifs) pour encourager ce type de stratégies pro-concurrentielles sur ces marchés? Si oui, quels instruments?
55. Dans ce contexte, vous semble-t-il nécessaire de définir des instruments ou initiatives plus spécifiques pour encourager la participation de soumissionnaires d'autres États membres? Dans l'affirmative, précisez lesquels.
56. Estimez-vous que la reconnaissance mutuelle des certificats doit être améliorée? Seriez-vous favorable à la création d'un système européen de préqualification?
57. Quelle solution proposeriez-vous pour remédier aux obstacles linguistiques? Estimez-vous que les pouvoirs adjudicateurs devraient avoir l'obligation d'établir le cahier des charges des marchés d'un grand montant dans une deuxième langue ou d'accepter les offres rédigées dans une autre langue?
58. Quels instruments les règles en matière de passation des marchés publics pourraient-elles prévoir pour éviter l'émergence de fournisseurs dominants? Comment les entités adjudicatrices pourraient-elles être mieux protégées contre le pouvoir des fournisseurs dominants?

Prévenir les comportements anticoncurrentiels

Le problème des comportements anticoncurrentiels concernant les marchés publics est lié à la question précédente. Les marchés publics semblent particulièrement exposés aux pratiques collusoires (soumissions concertées, partage des marchés...) ⁶⁸ en raison notamment de la stabilité et de la prévisibilité de la demande publique. Certains analystes considèrent également que la transparence du processus est en fait propice à la formation d'ententes.

Bien que le nombre d'infractions au droit de la concurrence dans les procédures de passation des marchés publics soit loin d'être insignifiant ⁶⁹, les règles actuelles de l'Union européenne en matière de passation des marchés publics n'abordent pas spécifiquement ce problème. Jusqu'à présent, on a considéré que les règles actuelles permettaient de traiter efficacement le problème, en donnant aux responsables de la passation des marchés des orientations sur la manière de prévenir et de détecter les pratiques collusoires.

⁶⁸ Voir aussi les travaux approfondis de l'OCDE, par exemple les lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics à l'adresse suivante: http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_40381615_42230813_1_1_1_1,00.html

⁶⁹ Parmi les cas d'ententes les plus célèbres, citons les cas «Lunch coupons» en Italie ou «Lycées de l'Île-de-France» en France.

Toutefois, il convient de se demander si ces orientations sont suffisantes pour lutter efficacement contre les pratiques collusoires sur les marchés publics ou si des instruments législatifs spécifiques sont nécessaires, par exemple: des règles d'exclusion plus strictes en cas de soumissions concertées; la possibilité de ne pas divulguer certaines informations ou le recours obligatoire à la procédure négociée dans les secteurs où le risque que des ententes se forment est élevé; l'utilisation de certificats de détermination indépendante des offres; ou l'obligation pour les acheteurs publics de consulter les autorités de la concurrence lorsqu'ils détectent des schémas d'offres suspects, etc.

L'expérience montre également qu'il pourrait être utile de mieux protéger les instruments les plus exposés au risque de détournement à des fins collusoires. Par exemple, il est fréquent qu'un adjudicataire remercie les membres de son cartel d'avoir respecté l'accord d'entente en leur sous-traitant une partie du marché. Un moyen de remédier à ce problème pourrait être d'interdire, sous certaines conditions, la sous-traitance à des entreprises qui ont elles-mêmes participé à la procédure d'appel d'offres⁷⁰.

Il est clair que des garanties supplémentaires contre les pratiques anticoncurrentielles pourraient contribuer au maintien d'une concurrence saine sur les marchés publics. Cet avantage doit être soigneusement mis en balance avec la charge administrative supplémentaire que ces règles créeraient pour les acheteurs et les entreprises.

Question:

59. Pensez-vous que des mesures renforcées contre les pratiques anticoncurrentielles dans les procédures d'appel d'offres devraient être introduites dans la réglementation de l'UE relative aux marchés publics? Dans l'affirmative, quels nouveaux instruments/dispositions proposeriez-vous?

3.3. Marchés publics sans mise en concurrence en raison de droits d'exclusivité

Dans la pratique, les pouvoirs adjudicateurs sont souvent obligés d'acheter auprès d'un opérateur économique déterminé parce que celui-ci détient les droits d'exclusivité sur la production des biens ou sur la fourniture des services concernés. Dans ces cas, une concurrence normale est exclue. C'est pourquoi les directives «marchés publics» autorisent le recours à la procédure négociée sans publication préalable dans les cas où, «pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé»⁷¹.

S'il existe un droit d'exclusivité, un appel d'offres sera une simple formalité sans aucune valeur pratique. Il est toutefois indéniable que l'accès au marché public concerné a été verrouillé par l'attribution préalable du droit d'exclusivité, qui a éliminé toute possibilité de concurrence avant même le début de la procédure de passation du marché.

En ce qui concerne l'attribution de marchés à des opérateurs privés, les directives actuelles sur les marchés publics n'abordent pas la question du mode d'attribution du droit d'exclusivité et

⁷⁰ Il n'est toutefois possible de restreindre la participation de soumissionnaires en raison de risques de collusion que dans des conditions relativement précises, voir l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-538/07, *Assitur*, du 19 mai 2009 (concernant les groupements temporaires d'entreprises).

⁷¹ Article 31, paragraphe 1, point b), de la directive 2004/18/CE.

en particulier la question de savoir si cette attribution a fait l'objet d'une concurrence équitable (qui préjuge de la décision relative à la passation du marché public).

Cette question n'est traitée que dans le cadre de la coopération entre organismes publics, où les marchés publics de services entre pouvoirs adjudicateurs sont exclus du champ d'application de la directive s'ils sont attribués sur la base d'un droit d'exclusivité – mais uniquement à la condition que ce droit soit compatible avec les principes du traité⁷².

Cette disposition particulière deviendra probablement caduque une fois qu'une solution globale aura été trouvée pour les questions relatives à la coopération entre organismes publics. Il convient toutefois d'examiner si, aux fins d'une concurrence saine dans le domaine des marchés publics, le principe qui la sous-tend ne devrait pas être généralisé. Ce principe ne permettrait l'attribution de marchés sans mise en concurrence sur la base de droits d'exclusivité que si ces droits ont, eux, fait l'objet d'une procédure de mise en concurrence.

Questions:

60. Estimez-vous que l'attribution de droits d'exclusivité porte atteinte à l'équité de la concurrence sur les marchés publics?
61. Si oui, quels instruments proposeriez-vous pour réduire ces risques/garantir une concurrence loyale? Pensez-vous que les règles de l'UE en matière de marchés publics ne devraient autoriser l'attribution de marchés sans mise en concurrence sur la base de droits d'exclusivité qu'à la condition que le droit d'exclusivité en question ait lui-même été attribué dans le cadre d'une procédure transparente et concurrentielle?

4. UTILISATION STRATEGIQUE DE LA POLITIQUE DES MARCHES PUBLICS POUR FAIRE FACE A DE NOUVEAUX DEFIS

Les pouvoirs publics peuvent jouer un grand rôle dans la réalisation des objectifs de la stratégie Europe 2020⁷³, en utilisant leur pouvoir d'achat pour acheter des biens et services à forte valeur «sociétale»: promotion de l'innovation, respect de l'environnement et lutte contre le changement climatique, réduction de la consommation d'énergie, amélioration de l'emploi, de la santé publique⁷⁴ et des conditions sociales et promotion de l'égalité accompagnée d'une meilleure inclusion des groupes défavorisés⁷⁵. Une forte demande publique de biens et services «plus verts», à faible intensité de carbone, plus innovants et socialement responsables peut aussi influencer les tendances de production et de consommation pour les années à venir. Il va sans dire que la réponse apportée aux défis sociétaux ne doit pas réduire l'efficacité des marchés publics. La prise en compte d'aspects politiques dans les marchés publics ne doit pas créer une nouvelle charge administrative disproportionnée pour les pouvoirs adjudicateurs ni fausser la concurrence sur les marchés publics.

⁷² Article 18 de la directive 2004/18/CE.

⁷³ Voir la communication de la Commission du 3 mars 2010 – COM(2010) 2020.

⁷⁴ Voir les conclusions du Conseil du 13 septembre 2010 sur les enseignements tirés de la pandémie A/H1N1.

⁷⁵ Conformément, notamment, à l'article 9 du TFUE, qui enjoint l'Union de prendre en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate et à la lutte contre l'exclusion sociale.

Il y a deux manières possibles d'utiliser la politique des marchés publics pour atteindre les objectifs de la stratégie Europe 2020:

- donner aux pouvoirs adjudicateurs les moyens de tenir compte de ces objectifs dans le cadre des règles de procédure régissant la passation des marchés publics («comment acheter»);
- imposer des exigences contraignantes aux pouvoirs adjudicateurs ou prévoir des mesures incitatives, afin d'orienter leurs choix de biens et de services («quoi acheter»).

Les directives sur les marchés publics fournissent un cadre commun pour les achats publics en fixant des règles de procédure indiquant «comment acheter», mais laissent les pouvoirs adjudicateurs libres de décider, à la base, «quoi acheter»: il leur appartient de définir les caractéristiques des travaux, des produits ou des services qui répondent le mieux à leurs besoins et de fixer les conditions les plus appropriées au regard des objectifs politiques qu'ils poursuivent (sous réserve que ces conditions soient transparentes et non discriminatoires).

La législation de l'UE sur la passation des marchés publics permet aussi d'adopter des mesures incitatives pour la passation de marchés publics servant les objectifs de la stratégie Europe 2020, ou d'imposer des obligations aux pouvoirs adjudicateurs sur ce qu'ils doivent acheter, soit au niveau européen, soit au niveau national, pour que les stratégies de passation des marchés publics soient conformes aux objectifs politiques généraux.

Toute une série d'initiatives spécifiques a déjà été lancée ces dernières années, au niveau européen comme au niveau national, pour mettre les politiques des marchés publics au service des objectifs politiques précités (travaux actuels sur la promotion des marchés publics écologiques⁷⁶, aspects sociaux des marchés publics⁷⁷, innovation⁷⁸, etc.).

Concrètement, les États membres organisent des marchés publics écologiques (MPE) depuis plus de dix ans. La plupart ont adopté des plans d'action nationaux en faveur des MPE (PAN), qui contiennent des objectifs facultatifs ou obligatoires et des mesures spécifiques pour promouvoir et mettre en œuvre ces marchés. L'Union européenne a élaboré des critères relatifs aux MPE pour 18 groupes de produits et de services⁷⁹; d'autres suivront.

⁷⁶ Voir la communication de la Commission relative à des marchés publics pour un environnement meilleur, COM(2008) 400, qui fixe des objectifs pour la généralisation des marchés publics écologiques (MPE) dans les États membres et qui a lancé le processus d'élaboration de critères européens communs volontaires relatifs aux MPE. Voir aussi le «*Manuel sur les marchés publics écologiques (Acheter vert!)*» à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_fr.pdf

⁷⁷ Voir le manuel intitulé «*Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*», SEC(2010) 1258.

⁷⁸ Conformément à l'engagement n° 17 défini dans sa communication «Une Union de l'innovation», la Commission européenne suit depuis novembre 2010 (jusqu'à novembre 2011) la réalisation d'une étude visant à élaborer un nouveau mécanisme de soutien aux marchés publics consacrés à l'innovation. L'objectif est de fournir des orientations et d'établir un mécanisme de soutien (financier) afin d'aider les pouvoirs adjudicateurs à réaliser ces acquisitions de manière ouverte et non discriminatoire, à regrouper la demande, à élaborer des cahiers des charges communs et à faciliter la participation des PME. En ce qui concerne les achats publics avant commercialisation, voir la communication de la Commission intitulée «*Achats publics avant commercialisation: promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe*» – COM(2007) 799.

⁷⁹ Voir la communication de la Commission relative à des marchés publics pour un environnement meilleur – COM(2008) 400 – qui fixe des objectifs en matière d'adoption de marchés publics écologiques (MPE) dans les États membres et qui a lancé le processus d'élaboration de critères

La partie suivante examinera quelles modifications des règles européennes sur la passation des marchés publics sont, le cas échéant, nécessaires pour assurer la cohérence et l'adéquation des différentes mesures qui ont été ou pourraient être prises au niveau de l'Union européenne et au niveau national.

4.1. «Comment acheter»: des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020

Selon leur nature, les considérations en matière de protection de l'environnement, d'inclusion sociale ou de promotion de l'innovation peuvent présenter un intérêt à différentes étapes de la procédure de passation du marché. Il n'est pas possible de les prendre toutes en considération à chaque étape. La partie suivante examinera la manière dont chaque objectif politique pourrait être pris en compte aux différents stades de la procédure de passation du marché.

Description de l'objet du marché et spécifications techniques

En vertu des règles actuelles de l'UE sur les marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs doivent fournir une description claire et non discriminatoire de l'objet du marché et établir des spécifications techniques qui n'aient pas pour effet de favoriser certaines entreprises.

Les exigences concernant les processus et les méthodes de production doivent être liées à la fabrication du produit et contribuer à ses caractéristiques, sans nécessairement être visibles. En vertu des règles actuelles, il n'est pas possible d'imposer des processus et des méthodes de production qui ne seraient pas liés à la fabrication du produit et ne transparaîtraient pas dans les caractéristiques du produit.

Les pouvoirs adjudicateurs et les parties concernées affirment parfois que, pour des raisons environnementales et sanitaires, certains produits devraient nécessairement avoir une origine locale. Il convient de souligner que de telles exigences enfreindraient le droit de l'Union européenne si elles causaient des discriminations directes ou indirectes injustifiées entre fournisseurs. Elles ne seraient justifiées que dans le cas exceptionnel où des besoins légitimes et objectifs sans rapport avec des considérations purement économiques ne pourraient être satisfaits que par des produits originaires d'une région particulière.

Questions:

62. Pensez-vous que les règles en matière de spécifications techniques laissent suffisamment de possibilités d'intégrer des considérations liées à d'autres objectifs politiques?
63. Partagez-vous l'avis selon lequel la possibilité de définir des spécifications techniques en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles, plutôt que sous forme d'exigences techniques rigoureuses et détaillées, permettrait aux pouvoirs adjudicateurs d'atteindre plus facilement leurs objectifs politiques? Dans l'affirmative, préconiserez-vous de rendre obligatoires, sous certaines conditions, ces exigences de performance ou ces exigences fonctionnelles?

européens communs volontaires relatifs aux MPE. Voir aussi le «*Manuel sur les marchés publics écologiques (Acheter vert!)*» à l'adresse suivante:
http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_fr.pdf

64. Par exemple, pensez-vous que les pouvoirs adjudicateurs font suffisamment usage des possibilités offertes par l'article 23 de la directive 2004/18/CE en ce qui concerne les critères d'accessibilité⁸⁰ pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs? Si non, comment y remédier?
65. Pensez-vous que certaines des procédures prévues par les directives actuelles⁸¹ (dialogue compétitif, concours...) conviennent tout particulièrement pour prendre en considération les politiques environnementale, sociale, d'accessibilité et d'innovation?
66. Quelles modifications apporteriez-vous aux procédures prévues par les directives actuelles pour qu'elles tiennent compte le mieux possible des objectifs politiques précités, tout en veillant au respect des principes de non-discrimination et de transparence qui garantissent des conditions de concurrence équitables entre les entreprises européennes? L'utilisation de technologies de l'information et de la communication innovantes pourrait-elle aider concrètement les acheteurs publics à atteindre les objectifs de la stratégie Europe 2020?
67. Dans quels cas une restriction aux fournisseurs locaux ou régionaux pourrait-elle être justifiée par des raisons légitimes et objectives non fondées sur des considérations purement économiques?
68. Pensez-vous que le fait d'autoriser le recours à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché, en en faisant la norme, pourrait améliorer la prise en compte d'aspects politiques (environnement, société, innovation, etc.)? Ou le risque de discrimination et de restriction de la concurrence serait-il trop grand?

Exiger les critères de sélection les plus pertinents

Dans le cadre de l'évaluation de la capacité des candidats à exécuter le marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent tenir compte de leur expérience et de leurs compétences dans des domaines sociaux ou environnementaux en rapport avec l'objet du marché.

Question:

69. Quels exemples utiles de compétences techniques ou d'autres critères de sélection suggèreriez-vous pour faciliter la réalisation d'objectifs tels que la protection de l'environnement, la promotion de l'inclusion sociale, l'amélioration de l'accessibilité pour les handicapés ou le renforcement de l'innovation?

Utiliser les critères d'attribution les plus appropriés

Afin d'assurer une concurrence effective entre les opérateurs économiques et d'éviter les décisions arbitraires d'autorités publiques, les règles actuelles de l'UE sur la passation des marchés publics imposent que les critères d'attribution soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur et soient expressément mentionnés dans le dossier d'appel d'offres.

⁸⁰ Dans ce contexte, il s'agit de l'accessibilité des personnes présentant des limitations fonctionnelles (handicaps).

⁸¹ Pour la description des procédures, voir la partie 2.1 ci-dessus.

Les pouvoirs adjudicateurs sont libres de décider du poids relatif à donner à chacun des critères utilisés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Leur évaluation reflétera ainsi l'importance qu'ils accordent aux critères environnementaux ou sociaux par rapport aux autres critères (le critère du prix notamment).

En ce qui concerne les biens et services standards, il est déjà possible dans de nombreux cas de définir des normes environnementales ou sociales élevées dans les spécifications techniques ou dans les conditions d'exécution du marché, tout en attribuant le marché sur le critère du prix le plus bas. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs peuvent obtenir au meilleur prix des produits et des services qui répondent à des normes élevées.

Toutefois, l'utilisation de critères concernant l'environnement, l'efficacité énergétique, l'accessibilité ou l'innovation dans la phase d'attribution, et pas seulement dans les spécifications techniques ou les conditions d'exécution du marché, peut avoir l'avantage d'encourager les entreprises à présenter des offres qui vont au-delà du niveau fixé dans les spécifications techniques et ainsi de favoriser l'arrivée de produits innovants sur le marché. L'application de ces critères dans la phase d'attribution pourrait aussi être utile en cas d'incertitude concernant la disponibilité des produits ou des services sur le marché.

Questions:

70. Le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse semble être le plus approprié pour poursuivre d'autres objectifs politiques. Afin de tenir dûment compte de ces objectifs, estimez-vous qu'il serait utile de modifier les règles existantes (pour certains types de marchés/des secteurs particuliers/dans certaines circonstances):
 - 70.1.1. pour éliminer l'utilisation exclusive du critère du prix le plus bas;
 - 70.1.2. pour limiter l'utilisation du critère du prix ou le poids que les pouvoirs adjudicateurs peuvent donner au prix;
 - 70.1.3. pour ajouter un troisième critère d'attribution, en plus du prix le plus bas et de l'offre économiquement la plus avantageuse? dans l'affirmative, quel autre critère proposeriez-vous pour poursuivre d'autres objectifs plus efficacement et garantir des conditions homogènes et une concurrence loyale entre les entreprises européennes?
71. En tout état de cause, pensez-vous qu'il y ait lieu de limiter le score maximal attribué aux critères environnementaux, sociaux ou d'innovation, par exemple, de sorte que ces critères n'aient pas plus d'importance que les critères de performance ou de coût?
72. Pensez-vous que la possibilité d'inclure des critères environnementaux ou sociaux dans la phase d'attribution est bien comprise et qu'il en est fait usage? La directive devrait-elle être plus claire sur ce point?
73. Estimez-vous que le coût du cycle de vie doit obligatoirement être pris en compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, notamment dans le cas des grands projets? Dans l'affirmative, serait-il nécessaire/opportun que les services de la Commission élaborent une méthode d'évaluation du coût du cycle de vie?

Imposer des clauses d'exécution de marché appropriées

En vertu des règles actuelles de l'UE sur la passation des marchés publics, les clauses d'exécution de marché doivent être liées aux tâches qui sont nécessaires à la production et à la fourniture des biens ou des services achetés. Les conditions relatives à l'exécution du marché peuvent viser d'autres considérations politiques, telles que les aspects sociaux et environnementaux⁸². Pour ce dernier point, une compensation des émissions pourrait, par exemple, être exigée pour certains achats de fournitures à forte empreinte carbonique. Certains États membres exigent, dans le cadre de marchés publics de services de taxi ou d'autres services de transport, que les véhicules utilisés appartiennent aux catégories les moins polluantes. Les clauses d'exécution de marché pourraient aussi être utilisées pour stimuler l'innovation durant l'exécution du marché, en encourageant par exemple le développement continu des produits ou des services.

À ce stade de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer à l'adjudicataire certaines obligations liées à la réalisation de différents objectifs environnementaux ou sociaux, qu'ils ne peuvent pas imposer aux stades antérieurs.

Questions:

74. Les clauses d'exécution de marché constituent la phase la plus appropriée de la procédure pour tenir compte de considérations sociales liées à l'emploi et aux conditions de travail des travailleurs qui participent à l'exécution du marché. Souscrivez-vous à cette affirmation? Si non, quelle pourrait être la meilleure solution?
75. Quel type de clause d'exécution de marché serait particulièrement approprié pour la prise en compte des aspects sociaux, environnementaux et d'efficacité énergétique?
76. Certaines clauses générales d'exécution de marché, notamment celles relatives à l'emploi et aux conditions de travail des travailleurs participant à l'exécution du marché, devraient-elles être déjà définies au niveau de l'Union européenne?

Vérification du respect des exigences

Les pouvoirs adjudicateurs pourraient définir des exigences environnementales ou sociales lorsqu'ils établissent les spécifications techniques, élaborent des critères de sélection/d'attribution ou introduisent des clauses d'exécution de marché. En de tels cas, ils établiront normalement une liste d'éléments (certificats/documentation et/ou engagements spécifiques) que les candidats ou soumissionnaires devront fournir pour démontrer leur capacité à se conformer à ces exigences environnementales ou sociales. Les règles actuelles permettent d'accepter certains systèmes de certification (par exemple, les systèmes de certification forestière, les certificats sociaux, etc.) comme moyens de preuve mais imposent aussi l'acceptation de tout autre moyen équivalent. Dans le cadre des marchés publics, la vérification du respect de ces exigences tout au long de la chaîne logistique pose généralement problème; cette question se pose avec encore plus d'acuité lorsqu'une partie de la chaîne logistique est située dans un pays tiers.

Lors de l'examen des demandes de participation et des offres, le pouvoir adjudicateur vérifiera si les informations et les documents fournis par les candidats ou les soumissionnaires sont

⁸² Voir l'article 26 de la directive 2004/18/CE.

conformes aux exigences. Si le candidat ou le soumissionnaire a omis des éléments requis, ou si les informations qu'il a fournies sont jugées insatisfaisantes, il sera exclu de la procédure.

Questions:

77. Pensez-vous que le cadre européen actuel des marchés publics devrait prévoir des solutions particulières pour résoudre le problème de la vérification du respect des exigences tout au long de la chaîne logistique? Dans l'affirmative, lesquelles?
78. De quelle manière les pouvoirs adjudicateurs pourraient-ils le mieux contrôler le respect des exigences? La mise au point de systèmes et de documents «normalisés» d'évaluation de la conformité ainsi que de labels leur faciliterait-elle la tâche? Si cette stratégie devait être adoptée, comment limiter la charge administrative qu'elle entraînerait?

Lien avec l'objet / l'exécution du marché

Comme indiqué précédemment, le cadre juridique actuel de l'UE en matière de passation des marchés publics fait du lien avec l'objet du marché une condition fondamentale qui doit être prise en compte au moment d'introduire des considérations liées à d'autres politiques dans la procédure d'appel d'offres. Cela vaut pour toutes les phases successives de la procédure et pour différents aspects (spécifications techniques, critères de sélection, critères d'attribution). Dans le cas des clauses d'exécution de marché, il doit exister un lien avec l'exécution des tâches nécessaires à la production/fourniture des biens/services qui font l'objet de l'appel d'offres.

Un assouplissement de cette exigence pourrait permettre aux pouvoirs publics de progresser dans la poursuite des objectifs de la stratégie Europe 2020 grâce aux marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs pourraient notamment influencer le comportement des entreprises, quel que soit le produit ou le service acheté, par exemple pour les encourager à faire preuve d'une plus grande responsabilité environnementale ou sociale. Cela pourrait être un instrument utile pour contribuer à la réalisation des objectifs de la stratégie Europe 2020.

Toutefois, en examinant cette possibilité, il convient d'évaluer attentivement les arbitrages qui devront être effectués. Le lien avec l'objet du marché garantit que l'achat reste l'élément central du processus dans lequel est utilisé l'argent du contribuable. C'est une garantie importante pour que les pouvoirs adjudicateurs obtiennent la meilleure offre possible avec une utilisation optimale des fonds publics. Comme expliqué ci-dessus, cet objectif est également mis en lumière dans la stratégie Europe 2020, qui souligne que la politique des marchés publics doit garantir l'utilisation optimale des fonds publics. Parallèlement, cette garantie d'achat au meilleur prix assure un certain degré de cohérence entre la politique des marchés publics de l'Union et ses règles relatives aux aides d'État: en effet, elle permet de s'assurer qu'aucun opérateur économique ne tire un avantage économique indu de l'attribution d'un marché public. Un assouplissement du lien avec l'objet du marché risquerait donc de séparer l'application des règles européennes de passation des marchés publics de celle des règles européennes en matière d'aides d'État et, au final, d'aller à l'encontre de l'objectif visant une plus grande convergence de ces règles.

Le lien avec l'objet du marché est aussi un moyen d'éviter que les opérateurs économiques d'un pays particulier ne bénéficient d'un traitement de faveur. Si cela est particulièrement pertinent pour certains aspects (par exemple, certaines exigences sociales), plus susceptibles

de dépendre des réalités nationales, régionales voire locales, cela vaut également pour d'autres aspects tels que les questions environnementales. Par exemple, dans le cas de la fourniture de biens, l'exigence que les bâtiments utilisés par les soumissionnaires soient chauffés exclusivement à l'énergie solaire pourrait favoriser des entreprises d'États membres dont les conditions météorologiques sont particulièrement favorables à la technologie solaire.

Le lien entre les considérations politiques et l'objet du marché se veut aussi un gage de sécurité et de prévisibilité pour les entreprises. En l'absence d'un tel lien (et d'exigences harmonisées au niveau de l'UE), les exigences auxquelles devraient se conformer les opérateurs économiques (en ce qui concerne la proportion de femmes, le nombre de chômeurs recrutés, les structures de garde d'enfants disponibles pour les employés, les mesures environnementales ou de gestion des déchets, les labels écologiques, etc.) pourraient être différentes pour chaque marché public ou chaque pouvoir adjudicateur.

Les PME, notamment, pourraient avoir du mal à satisfaire aux exigences différentes qui leur sont imposées par les pouvoirs adjudicateurs, faute de disposer des ressources économiques et humaines nécessaires pour se conformer, au cas par cas, à toute une série d'exigences sociétales.

Enfin, les exigences qui ne présentent aucun lien avec le produit ou le service acheté pourraient aller à l'encontre de l'objectif de promotion de l'innovation poursuivi par la stratégie Europe 2020, étant donné que la concurrence entre les entreprises ne serait plus motivée par la mise au point du meilleur produit ou service (si possible innovant), mais par la politique de l'entreprise.

Questions:

79. Certaines parties concernées suggèrent d'assouplir voire de supprimer la condition de l'existence d'un lien entre l'objet du marché et les exigences imposées par le pouvoir adjudicateur (il pourrait ainsi être demandé aux soumissionnaires par exemple de mener une politique d'égalité des sexes ou d'employer un pourcentage déterminé de personnes dans une catégorie donnée: chômeurs, personnes handicapées...). Souscrivez-vous à cette proposition? Quels pourraient être les avantages ou les inconvénients d'un assouplissement ou de la suppression du lien avec l'objet du marché?
80. Si le lien avec l'objet du marché devait être assoupli, quels mécanismes correctifs pourraient être mis en place, le cas échéant, pour réduire les risques de discrimination et d'une restriction considérable de la concurrence?
81. Pensez-vous que les PME pourraient avoir du mal à se conformer aux multiples exigences qui leur seraient imposées? Dans l'affirmative, quelles solutions proposeriez-vous pour résoudre ces difficultés?
82. Si vous êtes favorable à l'idée d'assouplir ou de supprimer le lien avec l'objet du marché, à quel stade de la procédure d'appel d'offres cette mesure devrait-elle s'appliquer?
- 82.1. Pensez-vous que, dans la définition des spécifications techniques, il soit opportun d'assouplir l'exigence d'un lien entre les spécifications relatives aux procédés et méthodes de production et les caractéristiques du produit, afin d'englober des éléments qui ne transparaissent pas dans les caractéristiques du produit (par exemple:

lors de l'achat de café, demander au fournisseur de verser aux producteurs une prime qu'ils devront investir dans des activités encourageant le développement socioéconomique de communautés locales)?

- 82.2. Pensez-vous que la législation de l'UE sur les marchés publics devrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'appliquer des critères de sélection fondés sur des caractéristiques des entreprises qui sont sans lien avec l'objet du marché (par exemple, exiger des soumissionnaires qu'ils aient une politique d'égalité des sexes ou une politique de recrutement ciblant certaines catégories: chômeurs, handicapés...)?
- 82.3. Pensez-vous que le lien avec l'objet du marché devrait être assoupli ou supprimé dans la phase d'attribution afin de tenir compte d'autres aspects politiques (par exemple: l'attribution de points supplémentaires aux soumissionnaires qui emploient des chômeurs ou des handicapés)?
- 82.3.1. Le recours à des critères d'attribution autres que le prix le plus bas ou l'offre économiquement la plus avantageuse et à des critères non liés à l'objet du marché risque de séparer l'application des règles européennes sur les marchés publics de celle des règles européennes sur les aides d'État, en ce sens que l'attribution de marchés sur la base de critères autres que des critères économiques pourrait constituer une aide et poser potentiellement problème du point de vue des règles européennes sur les aides d'État. Partagez-vous cette crainte? Dans l'affirmative, comment y remédier?
- 82.4. Pensez-vous que la législation de l'UE sur les marchés publics devrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'imposer des clauses d'exécution de marché qui ne soient pas strictement liées à la fourniture des biens et services concernés (par exemple, exiger du contractant qu'il mette en place des services de garde d'enfants pour son personnel ou qu'il alloue un certain montant de la rémunération à des projets sociaux)?

4.2. «Quoi acheter»: des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020

Une autre façon d'atteindre des objectifs politiques par l'intermédiaire des marchés publics pourrait être d'imposer aux pouvoirs adjudicateurs des obligations sur ce qu'ils doivent acheter. Par exemple, en imposant des exigences contraignantes ou des critères régissant les caractéristiques des biens et services à fournir (par exemple, des niveaux maximums pour la consommation énergétique et l'utilisation des ressources, les substances nocives pour l'environnement, des niveaux minimums pour le recyclage...) ou en fixant des objectifs (par exemple, parvenir à 60 % d'achats publics écologiques)⁸³.

Depuis peu, la législation sectorielle au niveau de l'Union européenne:

- impose aux pouvoirs adjudicateurs l'obligation d'exiger dans leurs marchés publics un certain niveau d'efficacité énergétique⁸⁴;

⁸³ Par exemple, plusieurs États membres (Pays-Bas, Finlande, Slovaquie, Autriche, Belgique...) ont fixé des objectifs ambitieux au niveau national dans le domaine des marchés publics écologiques.

⁸⁴ Règlement (CE) n° 106/2008 (JO L 39 du 13.2.2008, p. 1) («règlement Energy Star de l'UE»).

- impose aux pouvoirs adjudicateurs l'obligation de tenir compte des incidences énergétiques ou environnementales dans leurs décisions de passation de marchés publics⁸⁵;
- demande au secteur public de jouer un rôle exemplaire en matière d'efficacité énergétique en adoptant un nombre minimal de mesures en ce sens dans le domaine des marchés publics⁸⁶ et en encourageant le développement de bâtiments publics plus économes en ressources (par exemple, des bâtiments à consommation énergétique primaire faible ou nulle⁸⁷);
- encourage les pouvoirs adjudicateurs à n'acheter que les produits appartenant à la classe d'efficacité énergétique la plus élevée⁸⁸.

Dans sa communication récente «Énergie 2020 – Stratégie pour une énergie compétitive, durable et sûre⁸⁹», la Commission indique que les critères énergétiques (concernant l'efficacité énergétique, les sources d'énergie renouvelables et l'établissement de réseaux intelligents) devraient être utilisés dans tous les marchés publics de travaux, de services ou de fournitures.

Pour les produits, une méthode de calcul des coûts comme celle élaborée pour la directive «véhicules propres»⁹⁰ pourrait aussi être utilisée plus largement. En effet, l'obligation de tenir compte du coût opérationnel du cycle de vie dans la décision d'achat de produit et de services (comme cela se fait déjà pour les véhicules) pourrait réduire les coûts globaux. Mais il faudrait pour cela définir une méthode générale qui serait applicable à tous les groupes de produits.

Plus généralement, l'introduction d'exigences contraignantes dans les règles européennes sur la passation des marchés publics au moyen de dispositions législatives fondées sur des actes délégués est considérée comme un moyen supplémentaire de promouvoir l'innovation ou d'autres objectifs politiques dans le cadre de la stratégie Europe 2020⁹¹.

En ce qui concerne l'inclusion sociale, la Commission indique dans sa nouvelle Stratégie européenne 2010-2020 en faveur des personnes handicapées⁹² qu'elle étudiera l'éventuel avantage d'adopter des mesures réglementaires garantissant l'accessibilité des produits et des services, y compris des mesures destinées à accroître l'utilisation des marchés publics à cet effet.

⁸⁵ Directive 2009/33/CE relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie.

⁸⁶ Directive 2006/32/CE relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques.

⁸⁷ Directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (JO L 140 du 5.6.2009, p. 16) et directive 2010/31/UE sur la performance énergétique des bâtiments (JO L 153 du 18.6.2010, p. 13).

⁸⁸ Directive 2010/30/UE concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie (JO L 153 du 18.6.2010, p. 6).

⁸⁹ COM(2010) 639.

⁹⁰ Pour faciliter la mise en œuvre de l'obligation, découlant de cette directive, de prendre en considération le coût du cycle de vie, la Commission a créé un portail «véhicules propres» qui fournit toutes les informations nécessaires pour calculer le coût du cycle de vie conformément à la directive: <http://www.cleanvehicle.eu/>; http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive_en.htm.

⁹¹ Voir le rapport de Mario Monti au président de la Commission européenne du 9 mai 2010: «Une nouvelle stratégie pour le marché unique», point 3.4, p. 78.

⁹² COM(2010) 636.

L'instauration de telles obligations peut être très efficace pour atteindre les objectifs de la stratégie Europe 2020, en encourageant la commercialisation de biens et de services à haute valeur sociétale. De plus, la centralisation des décisions sur les stratégies d'achat peut prévenir la fragmentation des politiques de passation des marchés publics et renforcer la prévisibilité, dans l'intérêt des opérateurs économiques. Par exemple, dans le domaine des marchés publics écologiques, des approches nationales divergentes pourraient être source de problèmes pour les fournisseurs, notamment les PME: ils doivent en effet s'adapter à des cadres différents dans plusieurs pays, ce qui complique la mise au point et la vente de produits et de services «verts».

Par ailleurs, des inquiétudes ont été exprimées quant à l'instauration d'obligations sur les caractéristiques des biens et des services à acheter.

Le risque que ces obligations créent une discrimination ou restreignent la concurrence sur les marchés publics, avec éventuellement une diminution du nombre de soumissionnaires et une hausse des prix, ne doit pas être négligé en cette période de difficultés économiques et de restrictions budgétaires dans de nombreux États membres. Pour atténuer ce risque, les exigences et critères imposés doivent être objectifs et non discriminatoires, et ne devraient être appliqués que lorsque le marché a atteint une maturité suffisante à l'échelle de l'Union pour garantir une concurrence effective. Il convient également de tenir compte du fait que certaines exigences en faveur d'une protection environnementale plus élevée pourraient en revanche se traduire sur le moyen ou le long terme par une réduction des coûts (notamment dans le domaine de l'efficacité énergétique).

Certains types d'obligations pourraient avoir une incidence plus forte sur la concurrence que d'autres.

- Des spécifications techniques concernant les exigences de performances devraient avoir un effet moins restrictif sur la concurrence que des spécifications détaillées sur les caractéristiques techniques des biens à fournir.
- Des prescriptions contraignantes sur les caractéristiques techniques des biens à fournir pourraient considérablement réduire le choix et la concurrence sur les marchés publics, voire les éliminer, tandis que des dispositions contraignantes sur le choix des critères d'attribution à prendre en compte (par exemple, l'efficacité énergétique, le coût du cycle de vie, l'accessibilité...) auraient probablement moins d'effets restrictifs sur la concurrence.

L'instauration d'obligations du type «quoi acheter» aurait aussi pour effet de réduire la marge de manœuvre des pouvoirs adjudicateurs dans les procédures de passation de marchés, au risque d'affecter leur capacité à acheter des biens et des services parfaitement adaptés à leurs besoins particuliers. Pour atténuer ce risque, il conviendrait de définir un niveau adéquat pour ces obligations.

Certains font aussi valoir que des obligations sur les caractéristiques des biens et services à acheter imposées au niveau central créeraient une charge administrative supplémentaire pour les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques (obligation de vérifier que les entreprises respectent bien les exigences, par exemple). Une formation complémentaire appropriée ainsi que des outils spécifiques⁹³ pourraient aider les pouvoirs adjudicateurs à faire face à cette charge de travail. De plus, en imposant des exigences normalisées au niveau de

⁹³ Tels que le portail «véhicules propres» précité.

l'Union européenne, par exemple l'achat de produits appartenant à la classe d'efficacité énergétique la plus élevée, les pouvoirs adjudicateurs n'auraient plus besoin de posséder des connaissances techniques particulières pour établir leurs spécifications, ce qui simplifierait dans certains cas la prise en compte de ces critères au niveau local, régional ou national.

Une solution moins radicale serait d'encourager l'achat de certains types de biens et services, sans toutefois l'imposer. Ces mesures d'incitation pourraient inclure des avantages financiers pour les pouvoirs adjudicateurs achetant des biens et services respectueux de l'environnement, favorisant l'intégration sociale ou innovants, des mécanismes d'échange de bonnes pratiques entre pouvoirs adjudicateurs ou d'autres mécanismes de soutien pour les pouvoirs adjudicateurs souhaitant poursuivre les objectifs de la stratégie Europe 2020 dans le cadre de leurs marchés publics.

Questions:

83. Pensez-vous que l'instauration à l'échelle de l'UE d'obligations du type «quoi acheter» soit un bon moyen d'atteindre d'autres objectifs politiques? Quels seraient les principaux avantages/inconvénients d'une telle approche? Pour quels types spécifiques de produits ou de services ou pour quelles politiques particulières serait-il utile d'instaurer de telles obligations? Veuillez motiver votre réponse. Pouvez-vous citer des exemples de pratiques nationales dans le domaine des marchés publics qui pourraient être facilement reproductibles à l'échelle de l'Union européenne?
84. Pensez-vous que des obligations supplémentaires de ce type au niveau de l'UE devraient être inscrites dans une législation particulière (dans le domaine environnemental, énergétique, social, de l'accessibilité, etc.) ou imposées par la législation générale de l'UE sur les marchés publics?
85. Pensez-vous que des obligations du type «quoi acheter» devraient être imposées au niveau national? Estimez-vous que ces obligations risquent d'entraîner un morcellement du marché intérieur? Dans l'affirmative, quel serait le meilleur moyen de réduire ce risque?
86. Pensez-vous que les obligations du type «quoi acheter» devraient plutôt porter sur la proportion de MPE (par exemple) passés par les pouvoirs adjudicateurs, sur les caractéristiques des biens/services/travaux qu'ils devraient acheter, ou sur des critères spécifiques à prendre en compte parmi les éléments de l'appel d'offres?
- 86.1. Quelle marge de manœuvre devrait être laissée aux pouvoirs adjudicateurs dans leurs décisions d'achat?
- 86.2. Les exigences contraignantes devraient-elles simplement fixer un niveau minimal, de façon à laisser à chaque pouvoir adjudicateur la possibilité de fixer des exigences plus ambitieuses?
87. Quel vous paraît être le meilleur moyen d'identifier la technologie la plus avancée (par exemple, charger une entité de surveiller quelle technologie a atteint le stade le plus avancé, ou exiger des pouvoirs adjudicateurs qu'ils se fondent sur la technologie la plus avancée en tant que critère pour l'attribution du marché, ou tout autre moyen)?
88. L'introduction de critères ou d'objectifs contraignants concernant l'objet de l'achat ne devrait pas provoquer l'élimination de la concurrence sur les marchés publics.

	Comment cet objectif de préservation de la concurrence pourrait-il être pris en compte dans la définition de ces critères ou objectifs?
89.	Estimez-vous que l'instauration d'obligations concernant l'objet de l'achat alourdirait la charge administrative, notamment pour les petites entreprises? Dans l'affirmative, comment réduire ce risque? Quel type de mesures de mise en œuvre et/ou quelles orientations devraient accompagner ces obligations?
90.	Si vous n'êtes pas favorable à l'idée d'instaurer des obligations concernant l'objet de l'achat, quels autres instruments préconiseriez-vous (recommandations ou autres mesures d'incitation, par exemple)?

4.3. L'innovation

L'Europe dispose d'un potentiel considérable mais inexploité pour encourager l'innovation par l'intermédiaire des marchés publics et encourager parallèlement la concurrence transfrontalière, promouvoir une économie sobre en carbone et permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser au mieux les fonds publics. Des marchés publics de produits et de services innovants sont indispensables pour améliorer la qualité et l'efficacité des services publics en période de restrictions budgétaires.

Les directives actuelles de l'UE sur les marchés publics adoptent une approche flexible qui permet aux pouvoirs adjudicateurs d'organiser des appels d'offres orientés vers l'innovation, ce qui peut encourager les entreprises à trouver de nouvelles solutions de pointe.

Les concours⁹⁴ permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir un plan ou un projet dans les domaines, par exemple, de l'architecture, de l'ingénierie ou du traitement de données: les participants sont invités à proposer des projets hors du cadre strict du cahier des charges; ils sont par conséquent libres de proposer des idées novatrices qui pourraient être utilisées dans une procédure future d'appel d'offres.

Dans le cas de marchés particulièrement complexes, la directive prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent, s'ils estiment que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, recourir à une autre procédure, le dialogue compétitif⁹⁵. Dans cette procédure, les pouvoirs adjudicateurs peuvent engager un dialogue avec des candidats pour identifier et définir les moyens propres à satisfaire au mieux leurs besoins. Les participants sont tenus de proposer des idées et des solutions qui sont examinées avec les pouvoirs adjudicateurs.

L'objectif des règles actuelles de l'UE sur la passation des marchés publics est de protéger les solutions innovantes, même si elles ne font pas l'objet de droits de propriété intellectuelle. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées ou

⁹⁴ Voir les articles 66 à 74 de la directive 2004/18/CE.

⁹⁵ Voir l'article 29 et le considérant 31 de la directive 2004/18/CE. Le dialogue compétitif n'est pas prévu par la directive 2004/17/CE. Toutefois, rien n'interdit au pouvoir adjudicateur qui a opté pour une procédure négociée avec mise en concurrence préalable de stipuler dans les spécifications que la procédure suivie sera celle du dialogue compétitif conformément à la directive 2004/18/CE.

d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat sans l'accord de celui-ci⁹⁶.

Néanmoins, certains craignent qu'une sélection («cherry picking») des droits de propriété intellectuelle ou des solutions innovantes elles-mêmes ne se mette en place, notamment en ce qui concerne le dialogue compétitif: si un participant divulgue les caractéristiques de sa solution, les autres candidats risquent d'en avoir connaissance. Même si les règles actuelles imposent la confidentialité de ces informations, le pouvoir adjudicateur est néanmoins partagé entre l'obligation de protéger ces informations confidentielles et la nécessité de divulguer certaines informations afin d'identifier les solutions propres à satisfaire au mieux ses besoins. Les pouvoirs adjudicateurs pourraient être tentés de faire pression sur les soumissionnaires pour qu'ils acceptent de divulguer ces informations. De plus, la présentation – inévitable – de la meilleure solution (celle choisie par le pouvoir adjudicateur) à tous les participants, qui sont alors invités à soumettre leurs offres sur la base de cette solution, pourrait dissuader les participants de proposer des solutions hautement innovantes, dans la mesure où ils ne sont pas certains que leur solution innovante sera «récompensée» par l'attribution du marché.

Lors de la préparation de leur appel d'offres, les pouvoirs adjudicateurs peuvent également décider d'autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes. Dans ce cas, peuvent être proposés des biens ou des services qui ne correspondent pas à ceux identifiés par le pouvoir adjudicateur, mais qui répondent aux exigences techniques minimales contenues dans le dossier d'appel d'offres. La possibilité de présenter des offres qui diffèrent des spécifications techniques initialement fixées par le pouvoir adjudicateur encourage les opérateurs économiques à proposer des services ou des produits plus innovants. Cela peut stimuler la recherche sur les nouvelles technologies et permettre aux utilisateurs de profiter du progrès technique.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent aussi fortement encourager l'innovation en exigeant le développement de produits ou de services non encore disponibles sur le marché. En vertu du cadre juridique actuel, il s'agit des «achats publics avant commercialisation»⁹⁷, qui consistent en l'achat de services de R&D pour la mise au point de nouvelles solutions⁹⁸, en vue d'acheter éventuellement le produit ou le service final dans le cadre d'une procédure normale d'appel d'offres à un stade ultérieur. Cette approche permet aux pouvoirs adjudicateurs de partager avec les fournisseurs les risques et les fruits découlant de la conception, du prototypage et de l'essai d'un volume limité de nouveaux produits et services, sans aide d'État.

Les achats publics avant commercialisation peuvent aider les pouvoirs adjudicateurs à améliorer considérablement la qualité et l'efficacité des services publics, en créant des «marchés pilotes» et en stimulant le développement de nouvelles solutions innovantes qui permettent de répondre aux besoins du secteur public pour lesquels aucune solution toute faite n'existe encore sur le marché.

⁹⁶ Article 29, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE. Cette garantie est une règle supplémentaire ajoutée à la clause de confidentialité de l'article 6 de la même directive.

⁹⁷ Pour plus d'informations, voir la communication de la Commission et le document de travail de ses services qui l'accompagne «Achats publics avant commercialisation: promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe» – COM(2007) 799 et SEC(2007) 1668. Pour connaître les dernières évolutions à ce sujet, voir également: http://cordis.europa.eu/fp7/energy/home_en.html

⁹⁸ Achats publics non couverts par les directives de l'Union européenne sur la passation des marchés publics en vertu de l'article 16, point f), de la directive 2004/18/CE.

Malgré ces différentes possibilités d'encourager l'innovation par l'intermédiaire des marchés publics, des parties prenantes affirment qu'un trop petit nombre de marchés publics en Europe est orienté vers l'innovation. Cette situation pourrait être due à plusieurs facteurs, notamment: des mesures d'incitation inadéquates qui favorisent les solutions peu risquées; le manque de connaissances et de capacités nécessaires à la passation de marchés portant sur des nouvelles technologies et des innovations; l'absence de lien entre les marchés publics et les objectifs politiques et l'absence de stratégie. Ainsi, pour fournir les orientations nécessaires, il conviendrait d'organiser un débat sur la manière dont l'application des règles de passation des marchés publics et d'éventuelles mesures supplémentaires pourrait aider les pouvoirs adjudicateurs à encourager l'innovation. La mesure des résultats devrait faire l'objet d'une attention particulière, car elle joue un rôle clé dans l'évaluation de l'effet des marchés publics sur l'innovation, l'amélioration des performances et la réalisation de l'objectif poursuivi: l'innovation.

Questions:

91. Pensez-vous qu'il soit nécessaire de promouvoir et de stimuler davantage l'innovation dans le cadre des marchés publics? Quelles mesures encourageraient et accéléreraient l'adoption d'innovations par les organismes publics?
92. Pensez-vous que le dialogue compétitif garantisse une protection suffisante pour les droits de propriété intellectuelle et les solutions innovantes, de nature à donner aux soumissionnaires l'assurance qu'ils ne seront pas privés des fruits de leurs solutions innovantes?
93. Pensez-vous que d'autres procédures permettraient de mieux répondre à l'obligation consistant à stimuler l'innovation par la protection des solutions innovantes? Si oui, lesquelles?
94. Pensez-vous que la stratégie axée sur les achats publics avant commercialisation (c'est-à-dire l'achat de services de R&D par les pouvoirs adjudicateurs pour le développement de produits non encore disponibles sur le marché) permette de stimuler l'innovation? Une amélioration du partage et de l'évaluation des bonnes pratiques des différents États membres en matière de marchés publics de services de R&D est-elle nécessaire pour accroître le recours aux achats publics avant commercialisation? Existe-t-il d'autres moyens non prévus expressément dans le cadre juridique actuel par lesquels les pouvoirs adjudicateurs pourraient demander le développement de produits ou de services non encore disponibles sur le marché? Par quels moyens particuliers les pouvoirs adjudicateurs pourraient-ils encourager les PME et les start-up à participer à des achats publics avant commercialisation?
95. D'autres mesures sont-elles nécessaires pour améliorer la capacité d'innovation des PME? Dans l'affirmative, quel type de mesures particulières proposeriez-vous?
96. Quel type de mesure des performances proposeriez-vous pour contrôler les progrès et les effets des marchés publics innovants? Quelles données seraient requises pour mesurer les performances et de quelle manière les recueillir sans créer une charge administrative supplémentaire pour les pouvoirs adjudicateurs et/ou les opérateurs économiques?

4.4. Services sociaux

Les services sociaux sont énumérés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE. Par conséquent, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, les marchés de services sociaux dont la valeur dépasse les seuils d'application des directives «marchés publics» ne sont soumis qu'à certaines de leurs dispositions (sur les spécifications techniques et la publication des résultats de la procédure de passation) et aux principes fondamentaux du droit de l'Union (par exemple, la non-discrimination et la transparence)⁹⁹. Ainsi que nous l'avons expliqué ci-dessus, les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils prévus par la directive ne sont soumis aux principes fondamentaux du droit de l'Union (non-discrimination et transparence, par exemple) que s'ils présentent un intérêt transfrontalier.

En conséquence, lorsqu'ils sous-traitent des services sociaux sur la base d'un contrat de service public, les pouvoirs publics disposent déjà d'une liberté considérable pour le choix de la procédure. Ils peuvent aussi introduire des exigences concernant – notamment – la qualité, l'exhaustivité et la continuité du service, ainsi que des exigences portant sur la participation des usagers à la fourniture et à l'évaluation du service ou garantissant que les prestataires de services se familiarisent avec les réalités locales dans le cadre de leur mission¹⁰⁰.

Néanmoins, des parties concernées insistent sur la nécessité d'adapter les règles actuelles afin de mieux tenir compte des particularités des services sociaux. Elles demandent notamment la définition de seuils plus élevés pour ces services. Il convient de noter que, dans le cas des services sociaux, une augmentation des seuils applicables ne donnerait pas lieu à une restriction de la couverture et à d'éventuelles demandes de compensation présentées au titre de l'AMP et d'autres accords internationaux, puisque les services énumérés à l'annexe B ne sont pas couverts par ces instruments.

Questions:

- 97. Pensez-vous que la législation de l'UE sur la passation des marchés publics devrait mieux tenir compte des particularités des services sociaux? Si oui, de quelle manière?
- 97.1. Estimez-vous que certains aspects concernant l'achat public de services sociaux devraient être davantage régulés au niveau de l'UE en vue d'améliorer la qualité de ces services? Plus précisément :
- 97.1.1. les directives devraient-elles proscrire le critère du prix le plus bas pour l'attribution de marchés/limiter l'utilisation du critère du prix/limiter le poids que le pouvoir

⁹⁹ Les services sociaux figurent parmi les services énumérés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE, qui ne sont soumis qu'à un petit nombre de règles de cette directive (pour connaître la différence entre les services énumérés à l'annexe II A et à l'annexe II B, voir les articles 20 et 21 de ladite directive).

¹⁰⁰ La Commission a fourni des orientations spécifiques sur l'application des règles de passation des marchés publics aux services sociaux, en gardant à l'esprit le grand pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités publiques dans ce domaine, dans le document intitulé «Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de «marchés publics» et de «marché intérieur» – SEC(2010) 1545), qui met à jour le document de travail de ses services «Questions fréquemment posées concernant l'application des règles de passation des marchés publics aux services sociaux d'intérêt général» – SEC(2007) 1514 du 20.11.2007.

adjudicateur peut donner au prix/prévoir un troisième critère d'attribution en plus du prix le plus bas et de l'offre économiquement la plus avantageuse?

97.1.2. les directives devraient-elles offrir la possibilité de réserver des marchés de services sociaux à des organisations à but non lucratif? ces organisations devraient-elles bénéficier d'autres privilèges dans le cadre de l'attribution de marchés de services sociaux?

97.1.3. Pensez-vous qu'une mesure visant à assouplir les critères d'attribution ou à réserver des contrats à certains types d'organisations pourrait compromettre la capacité des procédures de passation à garantir l'acquisition de services «au moindre coût pour la collectivité» et, de ce fait, faire courir le risque que ces contrats constituent une aide d'État?

97.2. Jugez-vous nécessaire d'alléger la réglementation pour d'autres aspects des marchés publics de services sociaux (par exemple, par l'application de seuils plus élevés ou de règles de minimis pour ce type de services)? Comment justifier un traitement de faveur pour les services sociaux?

5. GARANTIR L'INTEGRITE DES PROCEDURES

Compte tenu des enjeux financiers et de l'étroite interaction entre le secteur public et le secteur privé, les marchés publics sont particulièrement exposés aux pratiques commerciales illicites (conflits d'intérêts, favoritisme, corruption...). Dans le même ordre d'idées, le programme de Stockholm¹⁰¹ classe les marchés publics parmi les domaines devant faire l'objet d'une attention particulière dans le cadre de la lutte contre la corruption.

Des mécanismes efficaces de prévention des pratiques commerciales illicites dans le domaine des marchés publics sont nécessaires non seulement pour garantir des conditions de concurrence homogènes et la bonne utilisation des fonds publics, mais aussi parce qu'ils seraient un atout précieux dans la lutte globale contre le crime économique.

Les exigences fixées par les directives en matière de transparence de la procédure afin de garantir l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires réduisent déjà les risques de pratique commerciale illicite. Toutefois, les directives actuelles ne prévoient pas de règles spécifiques pour prévenir et sanctionner les conflits d'intérêts, et ne comportent que quelques règles spécifiques sanctionnant le favoritisme et la corruption dans les marchés publics. Le droit national aborde plus particulièrement ces questions, mais le niveau de garanties spécifiques offert varie fortement d'un État membre à l'autre.

Un renforcement des garanties procédurales contre les pratiques commerciales illicites au niveau de l'UE pourrait améliorer la norme commune européenne de protection contre ces pratiques, accroître l'équité générale des procédures et rendre les processus de marchés publics moins vulnérables à la fraude et à la corruption. En revanche, ces garanties supplémentaires alourdiraient souvent la charge administrative des acheteurs et des entreprises, et leur valeur ajoutée dans la lutte contre les pratiques commerciales illicites doit être mise en balance avec une éventuelle incidence négative sur l'objectif général de simplification des procédures.

¹⁰¹ Document 17024/09 du Conseil, adopté par le Conseil européen les 10 et 11 décembre 2009.

5.1. Prévention des conflits d'intérêts

La notion de conflit d'intérêts caractérise une situation dans laquelle des personnes participant à la décision d'attribution d'un marché ont des obligations professionnelles ou personnelles ou des intérêts personnels ou financiers qui pourraient les empêcher de remplir leurs devoirs équitablement et en toute impartialité, ou dans laquelle une personne est en mesure d'influencer le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur afin de servir ses propres intérêts. Une telle situation n'est pas forcément synonyme de corruption mais peut aboutir à des actes de corruption. Il importe donc d'identifier et de résoudre les conflits d'intérêts pour prévenir la fraude. Un conflit d'intérêts constitue en soi et objectivement un dysfonctionnement grave, sans qu'il soit nécessaire de tenir compte des intentions des intéressés et de leur bonne ou mauvaise foi¹⁰².

Un débat devrait être organisé pour examiner la nécessité d'élaborer des règles fondamentales au niveau de l'Union qui comprendraient par exemple une définition commune des situations inacceptables de conflit d'intérêts et des mesures de prévention ou de résolution de ces situations¹⁰³, imposant notamment une déclaration d'absence de conflit d'intérêts ainsi qu'un certain degré de transparence et d'obligation, pour les responsables des marchés publics, de rendre compte de leur situation personnelle, en conformité – bien évidemment – avec les règles et normes de protection des données. Par exemple, les règles de l'Union européenne pourraient prévoir l'obligation de communiquer le nom des membres du comité d'évaluation à un organe de contrôle ou imposer aux pouvoirs adjudicateurs de vérifier l'absence de conflits d'intérêts lors de la mise en place du comité d'évaluation.

Questions:

98. Seriez-vous favorable à l'introduction, au niveau de l'Union européenne, d'une définition du conflit d'intérêts dans les marchés publics? Quelles activités/situations présentant un risque potentiel devraient être prises en compte (relations personnelles, intérêts commerciaux telles que participations au capital, incompatibilités avec des activités externes, etc.)?
99. Pensez-vous qu'il est nécessaire d'adopter des mesures de prévention, d'identification et de résolution des situations de conflit d'intérêts au niveau de l'Union européenne? Dans l'affirmative, quel type de mesure vous semblerait utile?

5.2. Lutte contre le favoritisme et la corruption

Les marchés publics, et notamment les grands projets de travaux, sont souvent considérés comme des domaines privilégiés de la corruption. Il convient aussi de souligner que l'intégrité du processus est compromise non seulement en cas de corruption, mais aussi – plus généralement – dès qu'il y a favoritisme, même s'il ne s'agit pas nécessairement d'actes de corruption (favoritisme à l'égard d'un candidat local, par exemple). Les pots-de-vin (commissions occultes versées au responsable du marché qui a influencé le processus d'appel

¹⁰² Voir l'arrêt du 15 juin 1999 dans l'affaire T-277/97, *Ismeri Europa Srl c/ Cour des comptes*, point 123, concernant les règles de passation des marchés publics des institutions de l'Union européenne.

¹⁰³ Voir, par exemple, les règles des institutions de l'Union européenne en matière de passation des marchés publics: l'article 52 du règlement n° 1605/2002 du Conseil portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, et la jurisprudence pertinente, notamment les arrêts du 9 juillet 2002 dans l'affaire T-21/01, *Zavvos c/ Commission*, et du 17 mars 2005 dans l'affaire T-160/03, *AFCon Management Consultants c/ Commission*.

d'offres), la manipulation du dossier d'appel d'offres pour favoriser un soumissionnaire particulier et l'utilisation de sociétés écran/intermédiaires sont les pratiques de corruption les plus fréquentes dans les procédures de passation des marchés.

Les règles de passation des marchés publics de nombreux États membres prévoient des mécanismes visant tout particulièrement à prévenir et à lutter contre la corruption et le favoritisme. De la même façon que pour la question des conflits d'intérêts, il y a lieu d'examiner si certaines mesures spécifiques devraient être intégrées dans la législation européenne relative aux marchés publics, à la condition de ne pas créer de charge administrative disproportionnée. Il convient toutefois de garder à l'esprit que la corruption est un sujet très sensible pour les États membres et que les problèmes et les solutions potentielles dans ce domaine dépendent de cultures administratives et commerciales nationales très divergentes. Il pourrait donc être difficile de trouver des solutions uniformes applicables dans l'ensemble de l'Union.

Il est souvent proposé de traiter la corruption dans le domaine des marchés publics en améliorant la transparence, notamment en ce qui concerne les décisions prises par les responsables de marchés publics tout au long de la procédure. Cette mesure permettrait aux candidats et, éventuellement, au grand public de suivre de près les décisions prises et lutterait ainsi efficacement contre la corruption. Une plus grande transparence pourrait par exemple être imposée pour l'ouverture des offres ou la publication obligatoire des procès-verbaux relatifs au processus d'appel d'offres. La charge administrative supplémentaire de cette mesure serait très limitée, étant donné que les pouvoirs adjudicateurs ont déjà l'obligation d'établir ces procès-verbaux¹⁰⁴. De la même façon, la publication des marchés conclus (expurgés des informations commerciales sensibles) pourrait permettre un meilleur contrôle démocratique des décisions prises en matière de passation des marchés publics.

Il pourrait aussi être envisagé de créer des outils spécifiques gratuits de signalement des fraudes (téléphoniques ou en ligne) afin d'encourager les participants ou d'autres personnes à fournir des informations sur les fraudes ou les irrégularités. L'avis de marché, le site web du pouvoir adjudicateur et d'autres moyens de publication pourraient contenir une référence à ce système par lequel des informations (anonymes ou non) seraient transmises au pouvoir adjudicateur ou à l'autorité de surveillance.

Il convient d'encourager le recours aux pratiques fondées, par exemple, sur des outils existants qui permettent une gestion satisfaisante et transparente du cycle de marché dans son ensemble. Dans ce contexte, l'établissement de listes d'indicateurs d'alerte pour les pouvoirs adjudicateurs pourrait être utile, malgré les limites actuellement connues¹⁰⁵. La promotion de règles claires sur les exigences de déclaration et la protection des informateurs pourrait contribuer à la mise en œuvre de méthodes de signalement plus efficaces. Le recours à des contrôleurs externes (par exemple, des experts de la gouvernance, des ONG, etc.) pourrait apporter une valeur ajoutée aux outils de contrôle interne pour l'évaluation des contractants ainsi que la détection et le signalement des cas suspects.

¹⁰⁴ Article 43 de la directive 2004/18/CE.

¹⁰⁵ Document de recherche politique n° 5243 de la Banque mondiale du 29 mars 2010.

L'utilisation des mécanismes d'évaluation existants pour contrôler la conformité avec les instruments internationaux pertinents comprenant des dispositions relatives à la corruption dans le domaine des marchés publics peut également être envisagée¹⁰⁶.

Enfin, en limitant la liberté d'appréciation des pouvoirs adjudicateurs dans certains domaines (par exemple, en matière d'annulation des procédures), on pourrait rendre plus difficile la mise en œuvre de décisions non justifiées objectivement et ainsi prévenir le favoritisme. Toutefois, ces mesures ne doivent pas entraver la marge de manœuvre nécessaire aux pouvoirs adjudicateurs pour acquérir des biens et des services adaptés à leurs besoins.

Questions:

100. Estimez-vous que la corruption et le favoritisme constituent un risque particulier pour les marchés publics? Appartient-il à l'Union européenne ou aux seuls États membres de prendre des mesures dans ce domaine?
101. Quels sont les principaux risques pour l'intégrité de chacune des phases du processus de passation (définition de l'objet, préparation de l'appel d'offres, phase de sélection, phase d'attribution, exécution du marché)?
102. Parmi ces risques, lesquels justifient l'introduction de règles supplémentaires/plus spécifiques dans les directives «marchés publics»? De quelle manière (quelles règles/mesures)?
103. Quels instruments supplémentaires les directives pourraient-elles prévoir pour lutter contre le crime organisé dans les marchés publics? Seriez-vous favorable, par exemple, à l'établissement d'un contrôle ex ante des sous-traitants?

5.3. Exclusion de soumissionnaires

L'exclusion des soumissionnaires convaincus de corruption et, plus généralement, de faute professionnelle est une arme puissante qui permet de sanctionner et, dans une certaine mesure, de prévenir les pratiques commerciales illicites. L'article 45 de la directive 2004/18/CE prévoit déjà l'obligation d'exclure les soumissionnaires ayant fait l'objet d'une condamnation pour au moins l'une des raisons qu'il énumère (notamment la corruption), ainsi que la possibilité d'exclure des soumissionnaires pour certaines autres pratiques commerciales illicites (notamment une faute professionnelle grave).

Toutefois, les questions relatives à la portée, à l'interprétation, à la transposition et à l'application pratique de cette disposition restent ouvertes; les États membres et les pouvoirs adjudicateurs ont donc demandé des éclaircissements supplémentaires à ce sujet.

En particulier, il convient d'examiner si les motifs d'exclusion énumérés à l'article 45 sont appropriés, suffisamment clairs (notamment en ce qui concerne la «faute professionnelle») et suffisamment exhaustifs, ou s'il y a lieu d'introduire des motifs supplémentaires. Les pouvoirs adjudicateurs semblent également éprouver des difficultés pratiques pour obtenir des informations sur la situation personnelle des soumissionnaires et des candidats établis dans d'autres États membres et sur leur admissibilité en vertu de leur législation nationale.

¹⁰⁶ Notamment la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales et la convention des Nations unies contre la corruption.

De plus, la question de l'application de la législation nationale sur les motifs d'exclusion devra probablement être clarifiée. S'ils avaient la possibilité d'introduire des motifs d'exclusion supplémentaires dans leur législation nationale, les États membres pourraient s'attaquer plus efficacement à des problèmes spécifiques de pratiques commerciales illicites liées au contexte national. En revanche, des motifs spécifiques d'exclusion au niveau national comportent toujours un risque de discrimination à l'égard des soumissionnaires étrangers et pourraient porter atteinte au principe de l'égalité de traitement au niveau européen.

Les directives «marchés publics» actuelles restent silencieuses sur un point important: les mesures prises spontanément par l'opérateur économique concerné pour remédier à une situation compromettant son admissibilité. De telles mesures ne peuvent être efficaces que si elles sont acceptées par les États membres. Le problème qu'elles posent tient à la nécessité de trouver un équilibre entre la mise en œuvre des motifs d'exclusion et le respect de la proportionnalité et de l'égalité de traitement. La prise en compte de ce type de mesure pourrait aider les pouvoirs adjudicateurs à procéder à une évaluation objective et plus complète de la situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire avant de se prononcer sur son exclusion de la procédure de passation.

L'article 45 autorise les États membres à tenir compte des mesures de cet ordre prises par le candidat ou le soumissionnaire pour autant qu'elles lui permettent de remédier aux incertitudes sur son honnêteté professionnelle, sa solvabilité ou sa fiabilité. Il n'existe toutefois aucune règle uniforme en la matière, même si les mesures prises par l'opérateur économique pour remédier à sa situation d'exclusion sont systématiquement prises en compte par les pouvoirs adjudicateurs dans certains États membres.

De plus, la question se pose de savoir si l'Union européenne doit imposer expressément des sanctions en cas de tentative d'atteinte à la transparence et à l'impartialité de la procédure de passation (par exemple, lorsque des candidats ou des soumissionnaires tentent d'accéder à des informations confidentielles ou d'influencer l'activité du pouvoir adjudicateur (durant les phases de sélection ou d'attribution, par exemple). Ces sanctions pourraient prendre la forme, par exemple, d'une décision de rejet de la candidature ou de l'offre, à la condition qu'elle soit dûment motivée.

Plusieurs formes graves de comportement illégal (corruption ou conflits d'intérêts délibérément passés sous silence) devraient aussi être sanctionnées plus sévèrement (par des sanctions pénales, par exemple). Les États membres sont déjà tenus de prévoir des sanctions pénales en cas de corruption de leurs fonctionnaires. Il convient d'apprécier l'opportunité de définir des normes minimales en matière de sanctions à la lumière du crime commis et des principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité¹⁰⁷.

Questions:

104. Pensez-vous que l'article 45 de la directive 2004/18/CE concernant l'exclusion de soumissionnaires est un instrument utile pour sanctionner les pratiques commerciales illicites? Quelles améliorations proposeriez-vous d'apporter à ce mécanisme ou quels autres mécanismes suggèreriez-vous?

¹⁰⁷ En ce qui concerne la compétence fonctionnelle de l'Union européenne en matière de droit pénal, voir l'affaire C-440/05, *Commission c/ Conseil*, point 66.

- | | |
|------|---|
| 105. | Comment la coopération mise en place entre les pouvoirs adjudicateurs pour obtenir des informations sur la situation personnelle des candidats et des soumissionnaires pourrait-elle être renforcée? |
| 106. | Pensez-vous que la question des mesures prises par l'opérateur économique pour redresser sa situation personnelle devrait être expressément traitée dans l'article 45, ou ne devrait-elle faire l'objet d'une réglementation qu'au niveau national? |
| 107. | Une décision motivée concernant le rejet d'une offre ou d'une candidature est-elle une sanction appropriée pour améliorer le respect du principe de l'égalité de traitement? |
| 108. | Pensez-vous que, à la lumière du traité de Lisbonne, des normes minimales en matière de sanctions pénales devraient être élaborées au niveau de l'UE pour des cas particuliers (corruption ou conflits d'intérêts non déclarés, par exemple)? |

5.4. Prévention des avantages indus

Enfin, il peut y avoir des cas dans lesquels, en l'absence de tout conflit d'intérêts ou de pratiques commerciales illicites, l'équité de la procédure peut être compromise du fait que certains soumissionnaires se trouvent dans une situation avantageuse. Par exemple, la participation préalable d'un candidat ou d'un soumissionnaire à des activités préparatoires liées à la mise au point du service faisant l'objet de l'appel d'offres (recherche et/ou conception) peut procurer à celui-ci des avantages considérables en termes d'informations privilégiées et peut donc susciter des craintes quant au respect de l'égalité de traitement¹⁰⁸.

La question est de savoir dans quelle mesure ces avantages pourraient être compensés sans discriminer le soumissionnaire concerné. L'exclusion pure et simple des soumissionnaires qui ont participé à la préparation du projet serait probablement une mesure disproportionnée, et même irréaliste, notamment si le nombre de concurrents remplissant les conditions requises sur le marché en question est faible. Une compensation suffisante pourrait être, par exemple, l'obligation de communiquer à tous les soumissionnaires toute information privilégiée que le soumissionnaire avantageé pourrait avoir obtenue dans le cadre d'une participation précédente au projet.

Le problème des avantages naturels des soumissionnaires sortants, qui sont encore plus difficiles à identifier clairement et à compenser, est encore plus délicat. Là encore, la divulgation obligatoire de certaines informations privilégiées pourrait permettre de réduire les risques de discrimination, à la condition que les informations commercialement sensibles soient adéquatement protégées.

Questions:

- | | |
|------|---|
| 109. | Devrait-il exister au niveau de l'Union européenne des règles spécifiques pour traiter la question des avantages procurés à certains soumissionnaires par leur participation précédente à la conception du projet qui fait l'objet de l'appel d'offres? Quelles mesures proposeriez-vous? |
|------|---|

¹⁰⁸ Voir les affaires jointes C-21/03 et C-34/03, *Fabricom*.

- | | |
|------|---|
| 110. | Pensez-vous que le problème des avantages éventuels des soumissionnaires sortants doive être traité au niveau de l'Union européenne? Si oui, de quelle manière? |
|------|---|

6. ACCES DES FOURNISSEURS DE PAYS TIERS AU MARCHÉ DE L'UE

Les engagements internationaux souscrits par l'Union européenne dans le domaine des marchés publics transparaissent dans différentes dispositions des directives.

Le considérant 7 de la directive 2004/18/CE et le considérant 14 de la directive 2004/17/CE font expressément référence à la décision 94/800/CE du Conseil, qui a approuvé l'Accord de l'OMC sur les marchés publics. Il dispose que *«le régime applicable aux soumissionnaires et aux produits des pays tiers signataires est celui défini par l'Accord»*. De plus, les conditions liées à l'accord de l'OMC sont contenues dans l'article 5 de la directive 2004/18/CE et l'article 12 de la directive 2004/17/CE. Par conséquent, les opérateurs économiques originaires de pays signataires de cet accord bénéficient du même traitement que les opérateurs économiques européens dans les conditions fixées par l'Accord, notamment à l'appendice I relatif à l'Union européenne qui comprend tous les engagements pris par celle-ci au titre de l'Accord.

De plus, dans les domaines à l'égard desquels l'Union européenne n'a pris aucun engagement international, l'article 58 de la directive 2004/17/CE introduit une préférence communautaire pour l'achat de biens, et l'article 59 de cette même directive autorise la possibilité de restreindre l'accès aux marchés publics de services d'utilité publique de l'Union européenne.

Récemment, de nombreuses parties concernées ont fait observer que les marchés publics de l'Union sont plus ouverts que ceux de ses partenaires commerciaux. Par conséquent, la concurrence entre les entreprises de l'UE et les entreprises étrangères n'est pas toujours loyale. Cette situation influe aussi négativement sur la capacité de l'Union à négocier, au niveau international, un meilleur accès aux marchés. Il importe donc de mener une réflexion sur la politique européenne des marchés publics à l'égard des pays tiers et sur le recours aux dispositions précitées et les éventuelles améliorations à y apporter.

Cette question est liée au débat actuel sur les moyens envisageables pour renforcer le poids de l'Union européenne dans les négociations internationales en vue d'assurer un accès plus équilibré et réciproque aux marchés publics de l'Union européenne et des pays tiers. La Commission effectue actuellement une analyse d'impact des différents scénarios possibles, dans le prolongement de la mise en œuvre des engagements internationaux de l'Union, tels que l'Accord sur les marchés publics, et par rapport aux pays tiers à l'égard desquels l'Union n'a pas encore conclu d'accords de ce type.

Questions:

- | | |
|--------|---|
| 111. | Quelle est votre expérience ou votre opinion en ce qui concerne les mécanismes prévus par les articles 58 et 59 de la directive 2004/17/CE? |
| 111.1. | 111.1 Ces dispositions devraient-elles être améliorées? Si oui, de quelle manière? Pourrait-il être utile d'étendre le champ de ces dispositions au-delà du domaine des marchés de services d'utilité publique? |
| 112. | Quels autres mécanismes proposeriez-vous pour améliorer la symétrie dans l'accès aux marchés publics? |

Le présent livre vert cherche à répondre aux questions considérées comme essentielles par la Commission dans le cadre d'une future réforme de la politique européenne en matière de marchés publics. Il se peut que d'autres thèmes essentiels n'y soient pas traités. Il serait intéressant de savoir quels thèmes, parmi ceux abordés ici, les parties concernées considèrent comme les plus importants et lesquels semblent présenter le moins d'intérêt pour une future réforme. C'est pourquoi toutes les parties concernées sont invitées à répondre aux questions ci-dessous.

Questions:

113. Y a-t-il d'autres questions qui, selon vous, devraient être traitées dans une future réforme des directives européennes relatives aux marchés publics? Si oui, lesquelles? Quels sont, selon vous, les problèmes à traiter et quelles solutions proposeriez-vous à cette fin?
114. Veuillez classer par ordre d'importance les sujets abordés dans le présent livre vert et indiquer les autres sujets que vous considérez comme importants. Si vous deviez choisir, quels seraient les trois thèmes à traiter en priorité? Veuillez motiver votre réponse.

La Commission invite toutes les parties intéressées à soumettre leur contribution avant le 18 avril 2011, de préférence par courrier électronique et au format Word, à l'adresse suivante: MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu.

Il n'est pas nécessaire de répondre à toutes les questions contenues dans le présent document. Votre contribution peut ne porter que sur les questions qui présentent un intérêt particulier pour vous. Indiquez clairement les aspects auxquels fait référence votre contribution.

Les contributions reçues seront publiées en ligne. L'identité de leur auteur sera mentionnée, sauf si ce dernier s'oppose à la publication de ses données à caractère personnel au motif qu'elle porterait préjudice à ses intérêts légitimes. Dans ce cas, la contribution pourra être publiée sous une forme anonyme. Si la contribution n'est pas publiée, son contenu ne sera, en principe, pas pris en considération.

EN

EN

EN



EUROPEAN COMMISSION

Brussels, 27.1.2011
COM(2011) 15 final

GREEN PAPER

**on the modernisation of EU public procurement policy
Towards a more efficient European Procurement Market**

TABLE OF CONTENTS

1.	What are public procurement rules about?.....	6
1.1.	Purchasing activities.....	6
1.2.	Public contracts	7
1.3.	Public purchasers	10
2.	Improve the toolbox for contracting authorities.....	12
2.1.	Modernise procedures	13
2.2.	Specific instruments for small contracting authorities.....	19
2.3.	Public-public cooperation	21
2.4.	Appropriate tools for aggregation of demand / Joint procurement.....	23
2.5.	Address concerns relating to contract execution.....	24
3.	A more accessible European procurement market.....	27
3.1.	Better access for SMEs and Start-ups	27
3.2.	Ensuring fair and effective competition	30
3.3.	Procurement in the case of non-existent competition/exclusive rights.....	32
4.	Strategic use of public procurement in response to new challenges.....	33
4.1.	"How to buy" in order to achieve the Europe 2020 objectives	35
4.2.	"What to buy" in support of Europe 2020 policy objectives	41
4.3.	Innovation	44
4.4.	Social services	47
5.	Ensuring sound procedures	48
5.1.	Preventing conflicts of interest.....	49
5.2.	Fighting favouritism and corruption	50
5.3.	Exclusion of "unsound" bidders.....	51
5.4.	Avoiding unfair advantages	53
6.	Access of third country suppliers to the EU market	53

GREEN PAPER

on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market

The Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth¹ sets out a vision of Europe's competitive social market economy over the next decade that rests on three interlocking and mutually reinforcing priorities: developing an economy based on knowledge and innovation; promoting a low-carbon, resource-efficient and competitive economy; and fostering a high-employment economy delivering social and territorial cohesion.

Public procurement plays a key role in the Europe 2020 strategy as one of the market-based instruments that should be used to achieve these objectives. More specifically, the Europe 2020 strategy calls on public procurement to:

- improve framework conditions for business to innovate, making full use of demand side policy²,
- support the shift towards a resource efficient and low-carbon economy, e.g. by encouraging wider use of green public procurement, and
- improve the business environment, especially for innovative SMEs.

The Europe 2020 strategy also stresses that public procurement policy must ensure the most efficient use of public funds and that procurement markets must be kept open EU wide. Obtaining optimal procurement outcomes through efficient procedures is of crucial importance in the context of the severe budgetary constraints and economic difficulties in many EU Member States. In the face of these challenges, there is a greater need than ever for a functioning and efficient European Procurement Market that can deliver on these ambitious goals.

Many stakeholders have voiced demands for a review of the EU public procurement system to increase its efficiency and effectiveness. The Commission has therefore announced in the Single Market Act³ that it will conduct wide consultations in order to make legislative proposals by early 2012 at the latest, with a view to simplifying and updating the European public procurement legislation so as to make the award of contracts more flexible and enable public contracts to be put to better use in support of other policies.

¹ See Communication from the Commission of 3 March 2010 - COM(2010) 2020.

² This is also taken up by the Commission Communication "Innovation Union" - SEC(2010) 1161 -, one of the Europe 2020 flagship initiatives, which addresses the strategic use of public procurement to promote research and innovation. It calls on Member States to set aside a part of their procurement budgets for research and innovation and informs that the Commission will provide guidance and support mechanisms for contracting authorities.

³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Towards a Single Market Act – For a highly competitive social market economy of 27 October 2010 - COM(2010) 608.

The current generation of public procurement Directives, namely Directives 2004/17/EC⁴ and 2004/18/EC⁵, are the latest step in a long evolution that started in 1971 with the adoption of Directive 71/305/EEC⁶. By guaranteeing transparent and non-discriminatory procedures, these Directives principally aim to ensure that economic operators benefit fully from the basic freedoms in the field of public procurement. The current Directives also mention a number of objectives relating to the integration of other policies in this framework, such as protection of the environment and social standards⁷ or the fight against corruption⁸.

Given the key role of public procurement in coping with today's challenges, the existing tools and methods should be modernised in order to make them better suited to deal with the evolving political, social and economic context. Several complementary objectives are to be achieved:

The first objective is to increase the efficiency of public spending. This includes on the one hand, the search for best possible procurement outcomes (best value for money). To reach this aim, it is vital to generate the strongest possible competition for public contracts awarded in the internal market. Bidders must be given the opportunity to compete on a level-playing field and distortions of competition must be avoided. At the same time, it is crucial to increase the efficiency of procurement procedures as such: Streamlined procurement procedures with targeted simplification measures meeting the specific needs of small contracting authorities could help public procurers to achieve the best possible procurement outcomes for the least possible investment in terms of time and public money. More efficient procedures will benefit all economic operators and facilitate the participation of both SMEs and cross-border bidders. In fact, cross border-participation in EU public procurement procedures remains low⁹. The comparison with the private sector, where cross-border trade is much higher, shows that there is still considerable potential to be tapped. This objective of more efficient public procurement is addressed mainly through the questions in parts 2 (improve the toolbox for contracting authorities) and 3 (a more accessible European procurement market) of the Green Paper.

⁴ Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors (OJ L 134, 30.4.2004, p. 1). Directive as last amended by Commission Regulation (EC) No 1177/2009 of 30 November 2009 amending Directives 2004/17/EC, 2004/18/EC and 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council in respect of their application thresholds for the procedures for the award of contracts (OJ L 314, 1.12.2009, p. 64).

⁵ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts (OJ L 134, 30.4.2004, p. 114). Directive as last amended by Commission Regulation (EC) No 1177/2009. The following text will take as its starting point the provisions of Directive 2004/18/EC; however, unless explicitly stated otherwise, this can be understood as referring, – *mutatis mutandis* – to the corresponding provisions of Directive 2004/17/EC. The term “contracting authority” can therefore be taken as referring both to bodies whose procurement is subject to Directive 2004/18/EC and to “contracting entities” under Directive 2004/17/EC.

⁶ Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts (OJ No L 185, 16.8.1971, p. 5).

⁷ See Recitals 5 and 46 of Directive 2004/18/EC and Recitals 12 and 55 of Directive 2004/17/EC.

⁸ See Recital 43 of Directive 2004/18/EC and the corresponding Recital 40 of Directive 2004/17/EC.

⁹ According to recent studies, only 1.6% of public contracts are awarded to operators from other Member States. Indirect cross-border participation – via corporate affiliates or partners situated in the Member State of the contracting authority – is more frequent. Nevertheless, even the rate of indirect cross-border awards remains relatively low (11%).

Another complementary objective is to allow procurers to make better use of public procurement in support of common societal goals: These include protection of the environment, higher resource and energy efficiency and combating climate change, promoting innovation and social inclusion, and ensuring the best possible conditions for the provision of high quality public services. Pursuing this objective may also contribute to the first objective of more efficient public spending in the long term, for example by moving focus from lowest initial price to lowest life-cycle cost¹⁰. Issues relating to this objective are discussed in part 4 of the Green Paper (strategic use of public procurement).

Further developing EU public procurement law could also be envisaged to tackle important issues that are so far not sufficiently addressed, such as preventing and fighting corruption and favouritism (part 5) and the question how the access of European undertakings to third country markets can be improved (part 6). In addition, the review of the legislative framework will also be an opportunity to examine if certain basic notions and concepts should be refined to ensure better legal certainty for contracting authorities and undertakings (part 1). In this context, the review may present certain opportunities to increase convergence between the application of the EU public procurement and State aid rules.

The Green Paper reflects a number of ideas as to how the various objectives could be better achieved. However, one has to be aware that there may be conflicts between the various goals (e.g. simplifying procedures as against taking other policy objectives into account). These different goals sometimes translate into policy options which may point in different directions, and that will require a reasoned choice at a later stage.

Furthermore, the scope for possible legislative modifications is not unlimited. Legislative changes will have to be consistent with EU international commitments or may require the opening of appropriate negotiations with all partners concerned on possible requests for compensation. These commitments, as defined in a plurilateral agreement¹¹ and seven bilateral agreements¹², therefore may have the effect of limiting the scope of any legislative adjustments. This concerns in particular the thresholds for application of the EU public procurement rules, the definitions of purchasing activities and public purchasers and certain procedural issues such as the setting of technical specifications and time periods.

Concessions are not dealt with in this consultation; they have been the subject of earlier separate consultation exercises and impact assessment. The Commission intends to propose legislation with a view to ensure greater legal certainty for regional and local authorities and economic operators throughout Europe and at facilitating the development of Public-Private partnerships. E-procurement issues are covered by a separate Green Paper which was published on 18 October 2010¹³.

In parallel with the current Green Paper, the Commission is undertaking a comprehensive evaluation of the impact and cost-effectiveness of EU public procurement policy. The evaluation will gather market-based evidence on the functioning of current procurement

¹⁰ A classic example is that of profitable energy efficiency investments not being undertaken because investment and operational expenditure are managed separately under different budgetary processes.

¹¹ WTO Agreement on Government Procurement (GPA), see http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/international_en.htm.

¹² See on bilateral trade agreements: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/>.

¹³ Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU, SEC(2010) 1214, 18.10.2010.

legislation with a view to providing empirical insights into the areas that need improvement. The results of this new research will be made public in summer 2011.

Together with the results of the evaluation, contributions from stakeholders to this Green Paper will feed the reflection on the future reform of the EU public procurement rules, which will lead to a proposal for legislative reform.

1. WHAT ARE PUBLIC PROCUREMENT RULES ABOUT?

When spending public money, public purchasers have to weigh up different incentives from those of managers of a private business who bear the risk of losses and ultimately bankruptcy, and are directly controlled by market forces.

For these reasons, public procurement rules provide for specific contract award procedures to enable public purchases to be made in the most rational, transparent and fair manner. Safeguards are put in place to compensate for the potential lack of commercial discipline in public purchasing, as well as to guard against costly preferential treatment in favour of national or local economic operators.

Therefore, European public procurement rules apply to all public contracts that are of potential interest to operators within the Internal Market, ensuring equal access to and fair competition for public contracts within the European Procurement Market.

1.1. Purchasing activities

Basically, public procurement rules are meant to regulate the purchasing activities of contracting authorities. However, the EU Public Procurement Directives do not explicitly limit their scope to purchases covering the specific needs of the contracting authority.¹⁴ This has prompted a debate about the applicability of the Directives in situations where public authorities conclude agreements that provide legally binding obligations for purposes that are not connected with their own purchasing needs.

This concerns, for instance, cases where the grant agreement for the provision of an aid includes a legally binding obligation for the beneficiary to provide specific services. Such obligations are normally provided to ensure the appropriate use of public funds; they are not intended to meet procurement needs of the public authority granting the aid.

Member State authorities and other stakeholders have complained about the lack of legal certainty with regard to the scope of the public procurement rules in these situations and have called for a clarification of the purpose of these rules. In its most recent case-law, the Court held that the concept of public contracts requires that the works, supplies or services which are the subject of the contract are carried out *for the immediate economic benefit* of the contracting authority.¹⁵

Question:

¹⁴ See judgment of 18.11.2004 in Case C-126/03 Commission v Germany, paragraph 18.

¹⁵ Judgments of 25.3.2010 in Case C-451/08 Helmut Müller GmbH, paragraphs 47-54, and of 15 July 2010 Commission v Germany, paragraph 75.

- | |
|--|
| 1. Do you think that the scope of the Public Procurement Directives should be limited to purchasing activities? Should any such limitation simply codify the criterion of the immediate economic benefit developed by the Court or should it provide additional/alternative conditions and concepts? |
|--|

1.2. Public contracts

The current classification of public contracts – in works contracts, supply contracts and service contracts – is in part the result of historic development. The need to classify public contracts in one of these categories at the very outset can result in difficulties, for instance in the case of contracts for the purchase of software applications which may be considered as either supply or service contracts, depending on the circumstances. Directive 2004/18/EC contains specific rules for mixed contracts, which have been further developed by the case-law. In the view of the Court, where a contract contains elements relating to different types, the applicable rules have to be determined by identifying the main purpose of the contract.

Some of these problems could be avoided by simplifying the present structure. It would, for instance, be conceivable to provide only two types of public contracts as in the case of the GPA system, which distinguishes only between supply and service contracts, with works being considered as a form of services (“construction service contract”). The possibility of using a unified concept of public contract and differentiating according to the subject only where this is strictly necessary (for example, in the provisions on the thresholds) could also be envisaged.

Question:

- | |
|--|
| 2. Do you consider the current structure of the material scope, with its division into works, supplies and services contracts, appropriate? If not, which alternative structure would you propose? |
|--|

Independently of a possible restructuring of the contract types, it might be necessary to review and simplify the current definitions of the various contract types.

This concerns in particular the definition of “public works contracts” in Article 1(2)(b) of Directive 2004/18/EC, which contains three alternative conditions that are complex and partially overlapping. The concept of a public works contract includes the execution, or both the design and execution, of specific works of types listed in an annex to the Directive, the execution, or both the design and execution of a work as defined in Article 1(2)(b) of the Directive and, finally, “the realisation, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority”. The last condition was added in order to make sure that the definition includes cases where the works are carried out not by the contractor itself, but by third parties acting on behalf of the contractor.

It might be envisaged to simplify the definition by replacing the current structure with a much simpler and clearer set of conditions covering all kinds of construction activities, regardless of their character and purpose, including activities connected with the realisation of specific works, possibly by third parties.

Question:

- | |
|--|
| 3. Do you think that the definition of “works contract” should be reviewed and simplified? If so, would you propose to omit the reference to a specific list annexed to the Directive? What would be the elements of your proposed definition? |
|--|

A/B-services

An even more important matter is the coverage with regard to service contracts.

The current Directives make a distinction between so called "A-services"¹⁶ and "B-services"¹⁷. While A-services are subject to the full procedures of the Directives, contract awards for B-services have only to comply with the provisions on technical specifications and on the transmission of a notice of the results of the award procedure¹⁸. However, according to ECJ case-law, contracting authorities awarding contracts for B-services have to comply with the fundamental rules of primary EU law, in particular the principles of non-discrimination, equal treatment and transparency, if the contracts in question are of certain cross-border interest.¹⁹ This implies an obligation to ensure a sufficient degree of advertising to enable interested economic operators from other Member States to decide whether to express their interest in the contract.

Initially, the intention of the legislator was to limit the full application of the Directive, for a transitional period, to certain specific service contracts which were deemed to present an increased potential for cross-border trade.²⁰ One has to be aware that, in view of the open character of the “B services” list (see category 27: “other services”), full application of the Directives to services is, in fact, the exception, whereas treatment as “B services” is the rule.

There are some doubts whether this situation is still appropriate in the light of the economic and legal development of the Internal Market. For some of the services explicitly mentioned in the “B” list, such as water transport services, hotel services, personnel placement and supply services or security services, it does indeed appear difficult to assume that they represent a lesser cross-border interest than the services in the “A” list.

Furthermore, the distinction between “A” and “B” services is a source of difficulties and possible errors in the application of the rules. As in the case of contract classification, there are the problems of borderline situations and mixed contracts.²¹ In addition, such a distinction does not exist in most trading partners' systems. The current legal situation therefore makes it more difficult to obtain further market access commitments from trading partners since the EU is not in a position to reciprocate, especially on services that have become relevant for the internal market and cross-border trade.

The most consequent solution would be to eliminate the distinction between the current “B” services and “A” services and to apply the standard regime to all service contracts²². This would have the advantage of simplifying the existing rules. If the current consultation shows that the general regime needs to be simplified, such simplification could also make it easier to abolish the current special regime for B-services.

¹⁶ Services listed in Annex II A of Directive 2004/18/EC or Annex XVII A of Directive 2004/17/EC.

¹⁷ Services listed in Annex II B of Directive 2004/18/EC or Annex XVII B of Directive 2004/17/EC.

¹⁸ See Articles 20 and 21 of Directive 2004/18/EC and Articles 31 and 32 of Directive 2004/17/EC.

¹⁹ See judgment of 13.11.2007 in Case C-507/03 Commission v Ireland, paragraphs 24-31.

²⁰ See recital 19 of Directive 2004/18/EC.

²¹ See Article 22 of Directive 2004/18/EC

²² For social services, cf. below Section 4.4

Questions:

4. Do you think that the distinction between A and B services should be reviewed?
5. Do you believe that the Public Procurement Directives should apply to all services, possibly on the basis of a more flexible standard regime? If not please indicate which service(s) should continue to follow the regime currently in place for B-services, and the reasons why.

Thresholds

At present, the thresholds defined in the directives are regarded as too low by some stakeholders and they consequently ask for these thresholds to be raised on the grounds that cross-border interest is considered to be too limited to justify the administrative burdens of a contract award procedure for relatively low value contracts currently covered by the Directives.

However, increasing the thresholds would exempt more contracts from the requirement of an EU-wide publication of a contract notice, reducing business opportunities for undertakings throughout Europe.

In any case, it must be noted that all international commitments taken by the EU include thresholds which are set at exactly the same value as in the current directives, except for the so-called B-services (and social services in particular)²³. These thresholds determine market access opportunities and are one of the most important elements in all of these agreements. Any increase in the applicable thresholds in the EU would automatically involve a corresponding increase in all the agreements concluded by the EU (meaning not only in the GPA, but also in all other international agreements). This situation could in turn trigger requests for compensation from our partners. These requests could be quite significant.

Question:

6. Would you advocate that the thresholds for the application of the EU Directives should be raised, despite the fact that this would entail at international level the consequences described above?

Exclusions

The section on “excluded contracts” in Directive 2004/18/EC²⁴ is quite heterogeneous: Some of the exclusions are based on exceptions/limitations of the scope of the Treaty (Art. 14) or on considerations of consistency with the international legal order (Art. 15) or with other legal disciplines (Art. 16 c, e), while others are the result of political choices (Art. 16 a, b, d, f, Art. 17). This makes it difficult to implement an overarching concept when assessing the need for a review of these provisions. In any event, a review of these exclusions must be considered in the light of Europe’s international commitments which currently reflect the exceptions and derogations included in the directives. The introduction of any new exclusion would certainly be a matter of concern from this point of view. The international commitments do leave room, however, for updating or clarifying the content and presentation of the exclusions. The

²³ For social services, cf. below Section 4.4

²⁴ Articles 12 – 18 of Directive 2004/18/EC.

abolition of exclusions that may no longer be needed for legal, political or economic developments could also be considered.

Questions:

7. Do you consider the current provisions on excluded contracts to be appropriate? Do you think that the relevant section should be restructured or that individual exclusions are in need of clarification?
8. Do you think that certain exclusions should be abolished, reconsidered or updated? If yes, which ones? What would you propose?

1.3. Public purchasers

Procurement by entities belonging to the State sphere

Directive 2004/18/EC applies to contracts awarded by the State (including all of its subdivisions), regional or local authorities and bodies governed by public law, as well as associations formed by one or more of these entities.²⁵

While the concepts of “State” and “local and regional authorities” are relatively straightforward, the concept of “bodies governed by public law” is more complex. It is intended to cover legally independent organisations that have close links with the State and fundamentally act like State entities. Examples include public broadcasting bodies, universities, sickness insurance funds and municipal enterprises.

The definition provided by Directive 2004/18/EC has been the subject of a whole series of judgments by the ECJ. In the light of that case-law, the conditions can be summarised as follows:

- (1) The body has the specific purpose of meeting needs in the general interest not having an industrial or commercial character.
- (2) It has its own legal personality (under private or public law).
- (3) It depends closely, for its financing, management or supervision, on the State, regional or local authorities or other bodies governed by public law (see the exact conditions in Article 1(9), second subparagraph, point (c)).

The proper application of these elements requires a detailed case-by-case analysis, taking into account factors such as the degree of competition in the marketplace and the question of whether the body is acting for profit and bears the losses and risks associated with its activity.

Question:

9. Do you consider that the current approach in defining public procurers is appropriate? In particular, do you think that the concept of “body governed by public law” should be clarified and updated in the light of the ECJ case-law? If so, what kind of updating would you consider appropriate?

²⁵ For the entities bound to apply Directive 2004/17/EC, see below point 7.

Public utilities

Under the current public procurement regime, a special Directive, 2004/17/EC, regulates procurement in the water, energy, transport and postal services sectors. These sectors have certain features in common: they are network industries, i.e. they involve the use of a physical or "virtual" network (e.g. pipelines, electricity grids, postal infrastructures, railway lines etc.), or they exploit geographical areas, normally on an exclusive basis, in order to provide terminal facilities or to prospect for and eventually extract minerals (oil, gas, coal etc.).

A further characteristic of these sectors is that the activities in question are carried out not only by public authorities, but also - and in some Member States above all - by commercial companies, whether they be public undertakings or private companies operating on the basis of special or exclusive rights. A major reason for introducing public procurement rules for these sectors was the closed nature of the markets in which the operators are active, owing to the existence of special or exclusive rights granted by the Member States concerning the supply to, provision or operation of networks for providing the service concerned. The extension of public procurement disciplines to include public and private (commercial) utility operators was considered necessary because of the variety of ways in which national authorities can influence the behaviour of these entities, including the granting (or not) of special or exclusive rights or participation in their capital and representation in the entities' administrative, managerial or supervisory bodies.

In other words, in the absence of sufficient competitive pressure, the discipline put in place by the application of the procedural rules of the Utilities Directive was considered to be necessary in order to ensure that procurement for the pursuit of the activities concerned would be carried out in a transparent and non-discriminatory manner. In the absence of dedicated rules, it was feared that procurement decisions by utility operators could be influenced by favouritism, local preference or other factors.

Since then, processes of liberalisation have been pursued either at EU level or at the national level for many of these sectors (for instance, concerning electricity and gas, exploration and exploitation of hydrocarbons, postal services, etc.). However, experience shows that "liberalisation", i.e. a process aimed at obtaining free access to the activity concerned, does not necessarily or automatically lead to strong competition - "established operators" often maintain very substantial market shares, and in some Member States, the presence of state-owned enterprises may also distort market functioning.

The current Directive contains a provision, Article 30, which allows the Commission to exempt certain procurements from the scope of the Directive where the level of competition (on markets to which access is unrestricted) is such that competitive pressure will ensure the necessary transparency and non-discrimination in procurement in the pursuit of such activities. To date, the Commission has adopted sixteen such Decisions concerning nine different Member States, and one application has been withdrawn. The sectors concerned until now have been the electricity sector (production and sale), the gas sector (sale), the oil and (natural) gas sectors, as well as various parts of the postal sector (in particular logistics, parcels and financial services).

One final point to consider is that more and more private entities are gaining the right to operate after undergoing open and transparent procedures and therefore do not have special or exclusive rights within the meaning of the Directive.

It should also be noted that the full scope of the Utilities Directive has been enshrined internationally, either in the GPA or in bilateral agreements. Possible restrictions of coverage could result in a modification of the international commitments undertaken by the EU, which might give rise to requests for compensation.

Questions:

10. Do you think that there is still a need for EU rules on public procurement in respect of these sectors? Please explain the reasons for your answer.
- 10.1. If yes: Should certain sectors that are currently covered be excluded or, conversely, should other sectors also be subject to the provisions? Please explain which sectors should be covered and give the reasons for your answer.
11. Currently, the scope of the Directive is defined on the basis of the activities that the entities concerned carry out, their legal statute (public or private) and, where they are private, the existence or absence of special or exclusive rights. Do you consider these criteria to be relevant or should other criteria be used? Please give reasons for your answer.
12. Can the profit-seeking or commercial ethos of private companies be presumed to be sufficient to guarantee objective and fair procurement by those entities (even where they operate on the basis of special or exclusive rights)?
13. Does the current provision in Article 30 of the Directive constitute an effective way of adapting the scope of the Directive to changing patterns of regulation and competition in the relevant (national and sectoral) markets?

2. IMPROVE THE TOOLBOX FOR CONTRACTING AUTHORITIES

Contracting authorities sometimes complain that the regulatory instruments provided by the EU rules are not fully adapted to their purchasing needs. In particular, they claim that leaner and/or more flexible procedures are needed. They further argue that, in certain cases, application of the full set of rules is not practicable (particularly in the case of procurement by very small contracting authorities); other situations (certain forms of public-public cooperation) should be entirely exempted from the application of these rules. There are also areas of public purchasing where the instruments provided by the EU procurement rules might not be sufficient (joint procurement, specific problems arising after the contract award).

These concerns will be discussed in the following section. It is clear from the feedback provided by economic operators that there have to be some basic requirements enshrined in EU rules to guarantee a European level playing field, whereas some more detailed rules of the current Directives could be reviewed. It must be noted, however, that cutting back on the EU rules will come up against certain limits. A number of procedural requirements originate directly from the GPA and the bilateral agreements signed by the EU, such as the deadlines for different procedures, the conditions for using a negotiated procedure without publication or the publication of a contract award notice. Abandoning or changing these requirements would not be possible without a renegotiation of the EU's international obligations. It should also be borne in mind that the EU rules are complemented by a large body of rules at national or regional level. Regulation that is repealed at EU level might be replaced at other levels, thus creating a risk of more diverse national legislation and possibly more national gold-

plating²⁶. Any review of the procedural rules will also have to be checked against the objective of ensuring the greatest possible coherence between public procurement law and other areas of EU-law, such as State aid control.

Questions:

14. Do you think that the current level of detail of the EU public procurement rules is appropriate? If not, are they too detailed or not detailed enough?

2.1. Modernise procedures

One of the main themes of the public debate is whether the procedures provided by the Directives are still fully suitable for the needs of contracting authorities and economic operators, or whether they should be modified, – and, if so, how – particularly with a view to reducing complexity and administrative burdens, while at the same time ensuring fair competition for public contracts and optimal procurement outcomes.

General procedures

The current Directives provide for a wide range of tools and procedures. Both, Directive 2004/17/EC and Directive 2004/18/EC give procurers a free choice between the open²⁷ and the restricted²⁸ procedure. The situation is somewhat different when it comes to the negotiated procedure with prior publication²⁹ of a contract notice. The Utilities Directive provides for increased flexibility³⁰, with the result that utilities may freely choose to award their contracts by negotiated procedures, provided they have published a call for competition. Under Directive 2004/18/EC, on the other hand, negotiated procedures with prior publication may be used exclusively under the specific circumstances listed in Article 30. In both Directives the use of negotiated procedures without publication of a contract notice is limited to exceptional situations, which are exhaustively listed³¹ and restrictively interpreted.

²⁶ The notion of "Gold-plating" describes national legislation adding on additional rules or requirements to the standards required by relevant the EU rules.

²⁷ In the open procedure, contracting authorities and entities publish a contract notice, on the basis of which all interested parties can submit their offers. Amongst those bidders who fulfil the criteria for qualitative selection, the contracting authority chooses the offer that fulfils best the award criterion indicated in the contract notice (lowest price or most economically advantageous tender). This procedure accounts for nearly 3/4 of all procedures within the scope of application of the Directives.

²⁸ In the restricted procedure, all economic operators can reply to the contract notice expressing their interest to participate, but only certain candidates, chosen on the basis of criteria indicated in the contract notice, are invited to submit offers.

²⁹ In the negotiated procedure, contracting authorities and entities consult the economic operators of their choice and negotiate with one or more of them the terms of the contract to be concluded. Such negotiation of the terms of the offer is not possible in the open or the restricted procedure.

³⁰ The increased flexibility provided for under the Utilities Directive is due to the fact that it applies not only to public authorities, but also to commercial companies, be they public undertakings or private companies operating on the basis of special or exclusive rights. Its procedures are therefore aimed at being close to commercial practices, albeit such that preserve a minimum of transparency and equal treatment.

³¹ Article 31 of Directive 2004/18/EC, Article 40(3) of Directive 2004/17/EC.

In the area of services, procurers can also make use of design contests³². Several specific procedural options and tools were introduced into the Directives in 2004, such as the competitive dialogue³³, dynamic purchasing systems³⁴ or electronic auctions³⁵. Further procedural flexibility introduced in 2004 includes the possibility to centralise procurement by procuring from or through a central purchasing body³⁶ or by the award of framework agreements³⁷. Furthermore, in the context of the financial crisis, the Commission considered the use of an accelerated procedure³⁸ to be justified for conducting major public investment projects in 2009 and 2010.

This increased range of procedural options now needs to be examined to ascertain whether the procedures under the current Directive are still the best possible toolkit for efficient procurement, including in view of the increasing importance of public-private partnerships. Both the design of the different types of procedures as such, and also the various requirements imposed by the Directives for the different stages of the procedure³⁹, should undergo a thorough screening as to their efficiency in ensuring optimal procurement outcomes with the least possible administrative burdens⁴⁰.

Questions:

15. Do you think that the procedures as set out in the current Directives allow contracting authorities to obtain the best possible procurement outcomes? If not: How should the procedures be improved in order to alleviate administrative burdens/reduce transaction costs and duration of the procedures, while at the same time guaranteeing that contracting authorities obtain best value for money?
16. Can you think of other types of procedures which are not available under the current Directives and which could, in your view, increase the cost-effectiveness of public procurement procedures?

³² Design contests are procedures which enable the contracting authority or contracting entity to acquire a plan or design selected by a jury after being put out to competition, for example a contest to obtain ideas as to the design of a community centre of a quarter that is scheduled for urban regeneration. Design contest can also be used in other fields, for instance to obtain plans for the possible future structure of a communications network between administrations at different levels.

³³ Under this procedure for particularly complex contracts, the detailed contract conditions can be determined through a dialogue between the contracting authority and the candidates; Article 29 of Directive 2004/18/EC (only in Directive 2004/18/EC). According to recent statistics, the competitive dialogue was however used for less than 0.4 % of the procedures.

³⁴ Article 33 of Directive 2004/18/EC.

³⁵ Article 54 of Directive 2004/18/EC.

³⁶ Article 11 of Directive 2004/18/EC.

³⁷ In this regard, new flexibility was introduced only into Directive 2004/18/EC (see Article 32), as the already existing (and different) provisions in the Utilities Directive (Article 14) were considered to be satisfactory in the particular context of Utilities procurement.

³⁸ This procedure is foreseen by Article 38(8) of Directive 2004/18/EC in cases where urgency renders impracticable the regular time limits. Cf. press release IP/08/2040 of 19 December 2008.

³⁹ For instance, rules relating to publication of notices, content of tender documents, time spans for the procedure, evidence for selection criteria, documentation and communication with bidders.

⁴⁰ Of course, up to date information and communication technologies have a considerable potential for increasing the procedures for all parties and help cutting red tape, notably when it comes to gathering and providing certificates. This aspect of the modernisation debate is however not dealt with by the current Green Paper, as it is covered by a separate consultation, the Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU, SEC(2010) 1214, 18.10.2010.

- | | |
|-----|--|
| 17. | Do you think that the procedures and tools provided by the Directive to address specific needs and to facilitate private participation in public investment through public-private partnerships (e.g. dynamic purchasing system, competitive dialogue, electronic auctions, design contests) should be maintained in their current form, modified (if so, how) or abolished? |
| 18. | On the basis of your experience with the use of the accelerated procedure in 2009 and 2010, would you advocate a generalisation of this possibility of shortening the deadlines under certain circumstances? Would this be possible in your view without jeopardizing the quality of offers? |

More negotiation

Stakeholders often suggest that more flexibility in procurement procedures is needed, and that in particular, contracting authorities should be allowed to negotiate the terms of the contract with potential bidders.

The use of negotiations is allowed in the GPA, provided that this is announced in the contract notice. Such a possibility could hence be opened in the general EU public procurement legislation, on condition of compliance with the principles of non-discrimination and fair procedure. This could indeed give contracting authorities more flexibility to obtain procurement outcomes that really fit their needs.

This option needs to be discussed in depth with all interested stakeholders, contracting authorities and economic operators. The possible advantages of more flexibility and potential simplification must be weighed against the increased risks of favouritism and, more generally, of overly subjective decisions arising from the greater discretion enjoyed by contracting authorities in the negotiated procedure. Such subjectivity would in turn make it harder to show that the resulting contract did not involve State aid. Moreover, giving more leeway to contracting authorities will deliver useful results only if they have the necessary technical expertise, knowledge of the market and skills to negotiate a good deal with the suppliers.

Finally, it must be carefully assessed for which type and size of contracts negotiation would make sense. Stakeholders often claim that negotiation would be particularly appropriate for the award of smaller contracts. On the other hand, it might also - or rather – be useful for tendering large-scale projects, notably through public-private partnerships. Given the complexity of contracts for such projects, there might be an even greater need for particularly flexible procedures and large margins for negotiation, and more technical expertise on the side of the contracting authority to conduct the negotiations.

Questions:

- | | |
|-----|--|
| 19. | Would you be in favour of allowing more negotiation in public procurement procedures and/or generalizing the use of the negotiated procedure with prior publication? |
| 20. | In the latter case, do you think that this possibility should be allowed for all types of contracts/all types of contracting authorities, or only under certain conditions? |
| 21. | Do you share the view that a generalised use of the negotiated procedure might entail certain risks of abuse/ discrimination? In addition to the safeguards already provided |

for in the Directives for the negotiated procedure, would additional safeguards for transparency and non-discrimination be necessary in order to compensate for the higher level of discretion? If so, what could such additional safeguards be?

Commercial goods and services

The GPA provides some special rules for “goods and services of a type generally sold or offered for sale in the commercial marketplace to, and customarily purchased by, non-governmental buyers for non-governmental purposes”. Commercial goods and services are considered to be available on the market in a standardized form and hence procurement of such goods and services is simplified by the fact that price, quality and conditions are widely established on the markets. There might be a case for introducing simplified procedures for the purchase of such goods and services (for instance, streamlined procedures with shorter time-limits).

Question:

22. Do you think that it would be appropriate to provide simplified procedures for the purchase of commercial goods and services? If so, which forms of simplification would you propose?

Selection and award

Under the current Directives, the choice of the winning bidder has to be carried out in two stages. During the selection stage, the contracting authority assesses the capacity and suitability of the economic operators. This is done on the basis of exclusion criteria and criteria of economic and financial standing, professional and technical knowledge and ability. In the award stage, the contracting authority examines the offers and chooses the best offer. This is done on the basis of objective criteria related to the quality of products and services proposed.

According to ECJ case-law⁴¹, contracting authorities are required to operate a strict distinction between selection criteria and award criteria. The contract award decision must be based exclusively on criteria concerning the products and services offered. Considerations linked to the tenderer’s ability to perform the contract, such as his experience, manpower and equipment, are not allowed.

The GPA also makes a distinction between the selection and the contract award decision. However, this distinction is less strict than in the case-law quoted above, since the GPA does not explicitly prohibit the taking into account, at the award stage, of criteria which are not linked to the goods and services offered, and hence allows bidder-related criteria to be taken into account.

Contracting authorities sometimes complain about the administrative burdens arising from the need to first verify the selection criteria for all candidates and bidders before examining the award criteria. They argue that, in some circumstances, allowing them to first examine the

⁴¹ See judgments of 20.9.1988 in Case 31/87 Beentjes, paragraphs 15-19, of 24.1.2008 in Case C-532/06 Lianakis, paragraph 30, and of 12.11.2009 in Case C-199/07 Commission v Greece, paragraphs 51 to 55.

award criteria would help to move the process forward more quickly, as the selection criteria would only need to be examined with regard to the winning bidder.

In that respect, there might be an argument for reconsidering the organisation and the sequence of the examination of selection and award criteria within the procedural framework. A pointer in that direction is to be found in the more recent ECJ case-law which states that the Public Procurement Directives “do not in theory preclude the examination of the tenderers’ suitability and the award of the contract from taking place simultaneously”, provided that “the two procedures are ... distinct and are governed by different rules”.⁴² This suggests that it is not so much the sequence of the procedural steps that matters, but the separation in principle between selection criteria and award criteria.

However, the appropriateness of such a possibility would have to be carefully analysed. A genuine alleviation of administrative burdens can only be imagined under specific circumstances. Examining the selection criteria after the award criteria would only make sense when the award criteria can be assessed quickly and easily for all the tenders. This could be the case in particular for contract awards concerning the purchase of standard goods at the lowest price. Furthermore, the approach would be difficult to implement in a restricted or negotiated procedure where the candidates to be invited to tender or negotiate are normally selected on the basis of the criteria for qualitative selection, as well as when qualification systems are being used.

Some stakeholders present more far-reaching proposals that would call into question the separation in principle between selection and award criteria. They claim that the possibility to take into account bidder-related criteria, such as experience and qualification, as award criteria might help to improve procurement outcomes.

However, one has to be aware that creating such a possibility would result in a major change in the procedural system set out in the Public Procurement Directives. The separation between selection and award criteria guarantees fairness and objectivity in the comparison of tenders. Allowing the inclusion of bidder-related criteria such as experience and qualification as contract award criteria could undermine the comparability of the factors to be taken into account and ultimately infringe the principle of equal treatment. The reliance on bidder related criteria could thus potentially also lead to distortions of competition. Proposals in that direction should therefore be envisaged, if at all, in limited circumstances only, e.g. for specific types of contracts, where the qualifications and CVs of available staff are particularly relevant.

In any event, any changes that have a bearing on the principle of the separation of selection and award would have to be considered extremely carefully. It may be necessary to provide additional safeguards in order to guarantee the fairness and objectivity of procedures.

Questions:

23. Would you be in favour of a more flexible approach to the organisation and sequence of the examination of selection and award criteria as part of the procurement procedure? If so, do you think that it should be possible to examine the award criteria before the selection criteria?

⁴² See judgments Lianakis, paragraph 27, and Commission v Greece, paragraph 51.

- | | |
|-----|---|
| 24. | Do you consider that it could be justified in exceptional cases to allow contracting authorities to take into account criteria pertaining to the tenderer himself in the award phase? If so, in which cases, and which additional safeguards would in your view be needed to guarantee the fairness and objectivity of the award decision in such a system? |
|-----|---|

Taking past performance into account

Stakeholders also suggest that the current Directives would not provide appropriate instruments to take account of previous experiences which the contracting authority might have had with the performance of bidders. It is true that taking such experience into account could provide useful pointers to the quality of the bidder and his future work. However, this possibility would entail obvious risks of discrimination between bidders. It would therefore be necessary to put appropriate safeguards in place to ensure equal treatment of bidders, transparency and a fair procedure.

Question:

- | | |
|-----|---|
| 25. | Do you think the Directive should explicitly allow previous experience with one or several bidders to be taken into account? If yes, what safeguards would be needed to prevent discriminatory practices? |
|-----|---|

Specific tools for utilities

The procedural tools of the Utilities Directive differ substantially from those of Directive 2004/18/EC on a number of points. One aspect is that they are characterised by greater procedural flexibility for contracting entities. In addition to the above mentioned free choice of a negotiated procedure with a call for competition, utilities operators also have at their disposal two specific tools to organise procurement, namely: qualification systems⁴³ and periodic indicative notices⁴⁴.

Under the terms of the current Utilities Directive, notices on the existence of a qualification system can be used as a means of calling for competition in respect of procurements of any given type of works, supplies or services that will be procured over the duration of the qualification system, irrespective of the number of individual procurement procedures that will be used for the purpose. Where a notice on the existence of a qualification system is the chosen means of calling for competition, then the specific contract(s) concerned may only be awarded by restricted or negotiated procedures in which participants are chosen from among those - and only those – who are already qualified in accordance with the rules governing the system concerned. Qualification systems may be a useful tool in connection with procurement of technically exacting works, supplies or services⁴⁵ which involve such a lengthy procedure in order for economic operators to qualify⁴⁶ that it is advantageous for all involved to use the same qualification process in respect of a number of individual procurement procedures, rather than having to repeat the qualification process for each procurement procedure.

⁴³ See in particular Article 53.

⁴⁴ Cf. Article 42(3).

⁴⁵ E. g. railway rolling stock, high pressure gas pipes etc.

⁴⁶ In some cases longer than six months.

Periodic indicative notices can be used as a means of calling for competition in respect of procurements of any given type of works, supplies or services that are to be procured over a twelve-month period, irrespective of the number of individual procurement procedures that will be used for the purpose. When a periodic indicative notice is the chosen means of calling for competition, then the specific contract(s) concerned may not be awarded by open procedures, but only by restricted or negotiated procedures in which participants are chosen from among those - and only those – who have declared their interest in response to the periodic indicative notice. Periodic indicative notices are often used as a means of calling for competition in respect of repetitive purchases of similar uniform goods, services or works and they can therefore facilitate the day-to-day business of utilities operators.

Question:

26. Do you consider that specific rules are needed for procurement by utilities operators? Do the different rules applying to utilities operators and public undertakings adequately recognise the specific character of utilities procurement?

2.2. Specific instruments for small contracting authorities

Small contracting authorities, in particular, often complain that applying the full regime of procedural rules and safeguards for the award of their relatively small contracts requires a disproportionate amount of time and effort. For small contracts below the thresholds of the Directives, they also complain about legal uncertainty relating to the necessity to comply or not with requirements stemming from primary law. Both concerns could be addressed as follows:

A lighter procedural framework for local and regional contracting authorities for the award of contracts above the thresholds of the Directives

There could be case for setting out a lighter procedural framework for local and regional contracting authorities so as to make full use of the flexibilities that are available under the GPA for sub-central authorities and utilities operators without compromising the need for transparency. The current Directives provide these flexibilities only for utilities operators, but not for local and regional contracting authorities. Such a differentiated system would give local authorities more freedom in their procurement business and reduce administrative burdens precisely in those areas where they might be disproportionate. On the other hand, creating different levels of procedural requirements could add to the complexity of the overall legal framework and might be difficult to transpose and apply in practice, notably when it comes to the application of State aid rules.⁴⁷

One element of such a lighter procedural framework could be less strict publication requirements: Under the GPA, a sub-central contracting authority can award a contract without publishing an individual contract notice, as long as it has announced its intention and published specific information in a periodic indicative notice or a notice on the existence of a qualification system⁴⁸. This possibility could considerably reduce administrative burdens for

⁴⁷ State aid rules focus on the compensation granted rather than on the size of the contracting authority. Any possible revision towards a lighter procedural framework shall be without prejudice to the application of State aid rules.

⁴⁸ For detailed explanation of these instruments please refer to section 2.1.

contracting authorities. A possible downside might be reduced accessibility to contracts for economic operators, resulting in reduced competition for the individual contracts.

Another possibility could be to allow the generalized use of the negotiated procedure with prior publication of a contract notice. The possibility to allow negotiations in general has already been discussed above (section 2.1). The appropriateness of this possibility specifically for local and regional contracting authorities should be carefully analyzed. It may be a good way to adapt the contract to take into account specific concerns and needs of such authorities. On the other hand, it is not certain that small contracting authorities always have the buyer power and technical expertise to conduct negotiations on an equal footing with the bidders.

Questions:

27. Do you think that the full public procurement regime is appropriate or by contrast unsuitable for the needs of smaller contracting authorities? Please explain your answer.
28. If so, would you be in favour of a simplified procurement regime for relatively small contract awards by local and regional authorities? What should be the characteristics of such a simplified regime in your view?

More legal certainty for awards below the thresholds of the Directives

Many of the contracts awarded by small local and regional contracting authorities have values below the thresholds of the Directives. However, according to the case-law of the ECJ, the award of such contracts must respect the basic principles of EU law, such as non-discrimination and transparency, if they present a cross-border interest. The Commission has stated its view on the requirements arising from the case-law of the Court in its *Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives*⁴⁹.

However, many contracting authorities claim that the clarification provided by this Communication might not always be sufficient in practice, especially when it comes to determining whether or not there is a cross-border interest. The uncertainty of whether or not the standards of the basic principles must be respected in specific cases would make life difficult especially for smaller contracting authorities. The importance of this issue is also apparent from the measures taken by Member States in this regard in the context of the financial crisis.

Even though contracts below the thresholds would most probably not be covered by a future legislative proposal, further guidance could be considered to help contracting authorities in assessing the existence or not of a certain cross-border interest in specific cases.

Question:

⁴⁹ Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives of 1.8.2006 (OJ C 179, 1.8.2006, p. 2). Cf. also the decision of the General Court of 20 May 2010 in case T-258/06, Germany vs. Commission.

- | | |
|-----|--|
| 29. | Do you think that the case-law of the Court of Justice as explained in the Commission Interpretative Communication provides sufficient legal certainty for the award of contracts below the thresholds of the Directives? Or would you consider that additional guidance, for instance on the indications of a possible cross-border interest, or any other EU initiative, might be needed? On which points would you deem this relevant or necessary? |
|-----|--|

2.3. Public-public cooperation

Another issue which has been the subject of controversial debate in recent decades is the question of whether, and to what extent, public procurement rules should apply to contracts concluded between public authorities.

The principle of fair and open competition prevents contracts concluded between public authorities from being *automatically* excluded from the scope of application of the EU public procurement Directives. However, it is true that the application of these rules is not appropriate for certain forms of cooperation between public authorities, and therefore the European Court of Justice does not consider these to be public procurement.

In essence, a dividing line has to be drawn between arrangements among contracting authorities to perform their tasks covered by their right of self-organisation on the one hand and procurement activities which should benefit from open competition among economic operators on the other hand. The ECJ has distinguished in particular between two scenarios for public-public cooperation that are not covered by the EU public procurement Directives:

In-House: Contracts awarded to a publicly owned entity are not considered to be public procurement if this entity is being controlled by the contracting authorities in a similar way to that in which they control their own departments, and if it conducts an essential part of its activities with the contracting authorities⁵⁰. Several contracting authorities can use a single, jointly controlled in-house entity (vertical/institutionalised cooperation). However, this case-law of the Court leaves a number of questions open, such as what is meant exactly by "similar control", the award of contracts from the controlled entity to the mother(s) or to an in-house sister (i.e. an entity controlled by the same mother).

"Horizontal cooperation": In a more recent judgment⁵¹, the Court found that using jointly controlled in-house entities was not the only way to perform public-public cooperation, and that such cooperation can remain at a purely contractual level (horizontal/non-institutionalised cooperation). This kind of set-up is not covered by the EU public procurement rules in the case of joint performance by solely public entities of a public task, using own resources, having a common aim and involving mutual rights and obligations going beyond "performance of a task against remuneration" in the pursuit of objectives in the public interest.

Apart from these two forms of cooperation, one further case needs to be mentioned, which does not concern the "cooperation" in the strict sense between several contracting authorities, but rather the transfer of competence for a public task from one authority to another. Such a transfer of competences remains outside the scope of the EU public procurement Directives if the responsibility for the task as such is transferred in its entirety (as opposed to simply entrusting the actual execution of the task to another authority).

⁵⁰ See e.g. cases C-107/98, Teckal; C-324/07, Coditel and C-573/07, Sea.

⁵¹ Case C-480/06, Commission v Germany.

The evolving case-law of the ECJ has resulted in quite a complex picture of possible exceptions for public-public cooperation, and experience has shown that contracting authorities are not always clear about whether and under what conditions their relations fall within the scope of the EU law on public procurement. To reply to this need for clarification in the short term, the Commission services will provide guidance on the interpretation of the case law in a staff working document to be published in 2011.

The main question, however, is whether and how this issue should be addressed by legislative rules which would provide in particular a clear definition of those forms of cooperation that are outside of the scope of application of the EU public procurement Directives.

It could be useful to explore whether there is room for a concept with certain common criteria for exempted public-public cooperations. Such a concept should be designed so as to clearly distinguish between modern forms of organisation of the (joint) performance of public tasks by contracting authorities, that are guided solely by considerations of public interest on the one hand (i.e. not covered by public procurement rules), and the pure (commercial) sale and purchase of goods and services on the market on the other hand (covered by the rules). A careful analysis must be made of how this distinction can be implemented in practice, also taking into account what has been handed down by the ECJ in its recent judgments. The following aspects seem to be particularly important in this context.

First, it seems clear from the case-law of the Court⁵² that any public-public cooperation exempted from the application of the EU public procurement rules must remain purely public. The participation of private capital in one of the cooperating entities will therefore prevent the cooperation from being exempted as such from public procurement rules.

Another element that seems to be important is the criterion of "limited market orientation" of the entities in question, as more recently developed by the ECJ⁵³. If the entities concerned are market oriented, they are active on the market in direct competition with private operators, pursuing the same or similar commercial objectives and using the same instruments. Cooperation which is exempt from the procurement rules and aimed at fulfilling a public task should in principle not include such entities. In-house providers with a market orientation might also give rise to competition and State aid concerns.

Lastly, the type of connection between the cooperating entities needs to be addressed. In institutionalised cooperation, it is the presence of a (joint) in-house control that could lead to exempting from its scope even an agreement that would normally be covered by the procurement regime. In the absence of such control, and in order to distinguish non-institutionalised cooperation from a normal public contract, it seems to be important that the former should involve mutual rights and obligations going beyond the "performance of a task against remuneration" and that the principal aim of the cooperation is not of a commercial nature.

Questions:

⁵² Case Case C-26/03., Stadt Halle.

⁵³ Case C-573/07, SEA, point 73. The requirements in judgement C-480/06, that the cooperation must be "governed solely by considerations and requirements relating to the pursuit of objectives in the public interest and that the principle of equal treatment of the persons concerned is respected points in the same direction.

- | | |
|-----|--|
| 30. | In the light of the above, do you consider it useful to establish legislative rules at EU level regarding the scope and criteria for public-public cooperation? |
| 31. | Would you agree that a concept with certain common criteria for exempted forms of public-public cooperation should be developed? What would in your view be the important elements of such a concept? |
| 32. | Or would you prefer specific rules for different forms of cooperation, following the case-law of the ECJ (e.g. in-house and horizontal cooperation)? If so, please explain why and which rules they should be. |
| 33. | Should EU rules also cover transfers of competences? Please explain the reasons why. |

2.4. Appropriate tools for aggregation of demand / Joint procurement

One of the issues where stakeholders often deplore what they see as the insufficiency of instruments at EU level is the issue of aggregation of demand/ coordination of public procurement between contracting authorities.

Those who are in favour of such aggregation of demand highlight the considerable positive effects for suppliers and contracting authorities, which include: economies of scale, lower production costs at the benefit of undertakings and European taxpayers, increased buying power on the part of public authorities and a possibility for them to pool skills and expertise and to share the procurement related costs and risks. The sharing of costs and risks in particular would also facilitate strategic procurement of new, innovative products and services, thereby encouraging the development of new products and markets⁵⁴.

Especially cross-border cooperation between contracting authorities from different Member States could contribute to the further integration of procurement markets, encouraging the defragmentation of European markets across national borders and thereby creating a viable, internationally competitive European industrial base.

The current Directives already provide a number of tools for the aggregation of demand, including the central purchasing bodies⁵⁵. There are other instruments that are not specifically designed for aggregating demand, but may be used for this purpose, such as the possibility of concluding framework contracts to which several contracting authorities participate. Of course, contracting authorities can also coordinate their procurement activities by simply sharing their experiences or coordinating certain phases of the procurement procedure.

However, there is a need for a discussion of the recurring request for more specific EU-level instruments to aggregate demand, in particular cross-border joint procurement. Such instruments and mechanisms would have to strike the right balance between allowing a stronger aggregation of demand in strategic sectors, and not restricting competition in procurement markets (in particular to the detriment of SMEs), e.g. by dividing contracts into lots.

⁵⁴ This is why the "Innovation Union" flagship initiative - SEC(2010) 1161) - which seeks to re-launch European innovation and research policies as part of the Europe 2020 Strategy, also calls for an EU initiative on joint procurement.

⁵⁵ Cf. Article 1 par. 10 of Directive 2004/18/EC.

As regards cross-border joint public procurement, there might be additional legal issues to be addressed, such as: identifying which national legislation is applicable to the public procurement procedure and to the contract, the ability of contracting authorities to use national legislation other than their own, deciding on the competent body and the applicable rules for reviewing procurement decisions, etc.

Questions:

34. In general, are you in favour of a stronger aggregation of demand/more joint procurement? What are the benefits and/or drawbacks in your view?
35. Are there in your view obstacles to an efficient aggregation of demand/joint procurement? Do you think that the instruments that these Directives provide for aggregating demand (central purchasing bodies, framework contracts) work well and are sufficient? If not, how should these instruments be modified? What other instruments or provision would be necessary in your view?
36. Do you think that a stronger aggregation of demand/ joint procurement might involve certain risks in terms of restricting competition and hampering access to public contracts by SMEs? If so, how could possible risks be mitigated?
37. Do you think that joint public procurement would suit some specific product areas more than others? If yes, please specify some of these areas and the reasons.
38. Do you see specific problems for cross border joint procurement (e.g. in terms of applicable legislation and review procedures)? Specifically, do you think that your national law would allow a contracting authority to be subjected to a review procedure in another Member State?

2.5. Address concerns relating to contract execution

Apart from requiring prior transparency for contract execution clauses (indication in the contract notice or the specifications), the current Directives do not regulate the execution of the contract. However, certain problems occurring during the contract execution phase can have serious consequences as regards non-discrimination between bidders and in terms of the soundness of public purchasing in general. The question arises as to whether the EU rules should provide for specific regulatory instruments that might allow contracting to deal with these problems more effectively.

Substantial modifications

A particularly complex issue is the problem of subsequent developments which have an impact on the contract itself or its execution.

According to the case-law of the ECJ, amendments to the provisions of a public contract during its currency require a new contract award procedure, if they are materially different in character from the original contract⁵⁶.

⁵⁶ See judgments of 5.10.2000 in Case C-337/98 *Commission v France*, paragraphs 44 and 46, of 19.6.2008 in Case C-454/06 *presstext Nachrichtenagentur*, paragraphs 34-37 and of 13.4.2010 in Case C-91/08, *Wall AG*, paragraphs 37.

The ECJ has already provided some pointers as to when amendments should be considered as material. This is notably the case where they introduce conditions which would have allowed the participation or the success of other tenderers, if they considerably extend the scope of the contract or if they change the economic balance of the contract.⁵⁷ However, contracting authorities have indicated that, for certain types of amendments, the case-law does not appear to be sufficiently clear in terms of establishing whether a new tender procedure is needed.

The present consultation seeks to establish whether a legal clarification at EU level is needed to set out the conditions under which a modification of the contract requires a new tender procedure. Such a clarification could also tackle the possible consequences of such modifications (e.g. provide for a lighter procurement procedure for tendering the amended contract)⁵⁸.

Questions:

39. Should the public procurement Directives regulate the issue of substantial modifications of a contract while it is still in force? If so, what elements of clarification would you propose?
40. Where a new competitive procedure has to be organised following an amendment of one or more essential conditions would the application of a more flexible procedure be justified? What procedure might this be?

Changes concerning the contractor and termination of contracts

Complex questions also arise from changes concerning the chosen contractor itself. According to ECJ case-law, the substitution of a new contractual partner for the one to which the contracting authority had initially awarded the contract constitutes a substantial modification, and therefore requires a new award, unless that substitution was provided for in the terms of the initial contract, for instance, by inserting a provision for subcontracting. This does not apply, however, in cases where a contract is transferred to another contractor belonging to the same group as part of an internal reorganization.⁵⁹ On the other hand, in exceptional situations a change of subcontractor may be considered a material amendment to the contract, even if the possibility of a change is provided for in the contract terms.⁶⁰

Stakeholders' experience furthermore suggests that not only the substitution of the contractor by another legal entity, but also changes in its status, can have a significant impact on the contractual balance or sound execution (e.g. incidents impacting on the capacity to execute the contract, such as bankruptcy, crucial experts leaving the firm etc.).

Again, there should be a discussion to ascertain whether EU-level instruments are needed to help contracting authorities address these situations in an appropriate manner, e.g. a right for

⁵⁷ See judgment *presstext Nachrichtenagentur*, paragraphs 35-37.

⁵⁸ A solution for some specific changes is already provided today in Article 31(4) of Directive 2004/18/EC, allowing the use of the negotiated procedure without prior publication for the execution of additional works or services under certain circumstances.

⁵⁹ Judgment *presstext Nachrichtenagentur*, paragraph 40.

⁶⁰ See judgment *Wall AG*, paragraph 39.

contracting authorities to terminate the contract in the event of major changes relating to the contractor, and/or a new simplified procedure to replace the former contractor in such cases⁶¹.

Such an explicit possibility for contracting authorities to terminate the contract might also be required for cases where the ECJ declares that a specific contract has been awarded in breach of EU public procurement rules. Even though Member States are obliged to terminate contracts which have been awarded in breach of EU rules⁶², some national legislations do not provide for any right of cancellation of such contracts, which makes it difficult - if not de facto impossible - for contracting authorities to take the appropriate measures to comply with ECJ judgments in infringement cases.

Questions:

41. Do you think that EU rules on changes in the context of the contract execution would have an added value? If so, what would be the added value of EU-level rules? In particular, should the EU rules make provision for the explicit obligation or right of contracting authorities to change the supplier/ terminate the contract in certain circumstances? If so, in which circumstances? Should the EU also lay down specific procedures on how the new supplier must/ may be chosen?
42. Do you agree that the EU public procurement Directives should require Member States to provide in their national law for a right to cancel contracts that have been awarded in breach of public procurement law?

More generally, national regulation on the implementation of contracts is quite detailed in many Member States and can be a source of administrative burden (e.g. rules on execution guarantees, delivery conditions, delays, pricing of adjustments, etc.). The number of national rules in this field could possibly be reduced by introducing common standards for certain aspects at EU level.

Question:

43. Do you think that certain aspects of the contract execution – and which aspects - should be regulated at EU level? Please explain.

Subcontracting

The existing legislation contains only very limited rules on subcontracting. Article 25 of Directive 2004/18/EC provides that contracting authorities may oblige the tenderer to give indications on envisaged subcontracting. However, under ECJ case-law, a tenderer is in principle entitled to have recourse to subcontractors for the performance of the contract, even if this means that a large part of the contract or the entire contract is performed by subcontractors. Subcontracting of essential parts of the contract may only be restricted or prohibited in cases where the contracting authority was not in a position to verify the technical and economic capacities of the subcontractors.

⁶¹ Such a procedure might also provide intermediary solutions such as the possibility to mandate the second best of the original tender procedure or to reopen competition only between the tenderers having participated in the original procedure, provided that the former procedure did not take place too long ago.

⁶² See Case C-503/04, *Commission / Germany*.

Some stakeholders are calling for stronger restrictions on subcontracting in order to allow contracting authorities to exert more influence on the performance of the contract. They are advocating, for instance, the possibility to exclude subcontracting completely or at least for essential parts of the contract, or to restrict it to a certain share percentage of the contract or provide for a general right for the contracting authority to reject proposed subcontractors.

Question:

44. Do you think that contracting authorities should have more possibilities to exert influence on subcontracting by the successful tenderer? If yes, which instruments would you propose?

3. A MORE ACCESSIBLE EUROPEAN PROCUREMENT MARKET

One of the foremost objectives of EU public procurement legislation is to enable economic operators to compete effectively for public contracts in other Member States. Considerable success has been achieved in this regard since the introduction of the first public procurement Directives in the 1970s. Nevertheless, there still seems to be some room for improvement to create a true European procurement market that is fully accessible to all European undertakings. This concerns, in particular, better access for SMEs and more competitive procurement markets generally.

Question:

45. Do you think that the current Directives allow economic operators to avail themselves fully of procurement opportunities within the Internal Market? If not: Which provisions do you consider are not properly adapted to the needs of economic operators and why?

3.1. Better access for SMEs and Start-ups

The purpose of the Public Procurement Directives is to open up the public procurement market for all economic operators, regardless of their size. However, special attention needs to be paid to the issue of access to those markets by small and medium-sized enterprises (SMEs)⁶³.

SMEs are regarded as the backbone of the EU economy, and they have a huge potential for job creation, growth and innovation. Easy access to procurement markets can help them to unlock this growth and innovation potential, while having a positive impact on the European economy. Moreover, a strong involvement by SMEs in public purchasing allows contracting authorities to considerably broaden the potential supplier base, with positive effects of higher competition for public contracts and as a counterbalance to dominant market players.

In order to make public procurements of all sizes as accessible as possible to SMEs, the Commission published in 2008 the "European Code of Best Practices facilitating access by

⁶³ See also the request of the European Parliament that the Commission should make more efforts in order to facilitate access by SMEs to procurement markets in the Report on new developments in public procurement ([2009/2175\(INI\)](#)).

SMEs to public procurement contracts"⁶⁴. The Code highlights and develops a number of practices within the EU regulatory framework which optimise tenders for the participation of SMEs and ensure equal chances for this bidder group.

A recent study commissioned by the European Commission⁶⁵ reveals that, between 2006 and 2008, the proportion of SMEs amongst companies which won public contracts *above the EU thresholds* was between 58% and 61% in the EU-27. In terms of estimated total contract value secured, SMEs accounted for between 31% and 38% of public procurement while their overall share in the economy, as calculated on the basis of their combined turnover is 52%.

Against this background, it is worth analysing whether it is necessary to envisage legislative measures at EU level to ensure that contracting authorities take full advantage of the economic and innovative potential of SMEs in their procurement dealings.

Reducing administrative burdens in the selection phase

Feedback from small and medium-sized economic operators suggests that the major obstacles to SME participation in public tenders are to be found in the selection phase. On the one hand this relates to the evidence that has to be provided. The large number of certificates that are often required at the selection phase entails an administrative burden which may be difficult for SMEs to cope with, especially in a cross-border context when the certificates even have to be translated. On the other hand, the selection criteria themselves are often set so high (e.g. turnover requirements or number of required reference contracts) that it is virtually impossible for SMEs to fulfil them.

On the first issue (evidence for selection criteria), a solution that is often proposed could be to generally allow undertakings to submit only a summary of the relevant information for selection and/or provide self-declarations on the fulfilment of the selection criteria as a first step. In principle, only the successful tenderer or the tenderers admitted to the award phase would then be asked to submit actual supporting documents (certificates). However, the contracting authority would have the possibility to request the documents at any moment during or even after the procurement procedure for fraud prevention purposes. This would reduce the administrative burden, particularly for small and medium sized enterprises, without compromising the guarantees for making sound choices.

On the second issue (excessively demanding selection criteria), there might be a case for introducing into the EU rules a cap on certain requirements for qualitative selection, especially on financial standing. This could avoid contracting authorities setting excessively demanding selection criteria (e.g. on turnover) which inevitably exclude SMEs. Such a measure would further develop the already existing obligation to apply proportionate selection criteria. On the other hand, it would restrict the freedom of the contracting authorities to determine which standards they deem necessary to ensure that the contract is implemented properly.

Other suggestions

⁶⁴ Commission Staff Working Document SEC(2008) 2193.

⁶⁵ Evaluation of SMEs' access to public procurement markets in the EU (2009 update), produced in September 2010. Commissioned by Directorate General of Enterprise and Industry. Consultant: GHK.

Stakeholders have also sometimes suggested introducing measures of positive discrimination in relation to SMEs, such as advance fixing of procurement quotas reserved exclusively for SMEs. Unlike some of our trading partners who have introduced such measures, the EU is not in favour of reserving markets to specific undertakings. Such actions would also be in contradiction with the principle of equal treatment of tenderers, a fundamental pillar of the EU public procurement regime anchored by the Court of Justice in the Treaty freedoms.

However, internal administrative measures encouraging contracting authorities to do their utmost to improve access by SMEs to their public contracts could be a viable possibility. One idea, for instance, might be to set targets for SME shares in overall procurement. Such a system would not involve *reserving specific contracts* for SMEs, but they would simply provide an incentive for contracting authorities to make the best possible use of the available instruments for SME-friendly procurement.

Another option would be to allow contracting authorities to require the successful tenderer to subcontract a given share of the contract value to third parties. Such an obligation already exists under Directive 2004/18/EC for public works concessions (Article 60) and under Directive 2009/81/EC on procurement in the fields of defence and security (Article 21).

Questions:

46. Do you think that the EU public procurement rules and policy are already sufficiently SME-friendly? Or, alternatively, do you think that certain rules of the Directive should be reviewed or additional measures be introduced to foster SME participation in public procurement? Please explain your choice.
47. Would you be of the opinion that some of the measures set out in the Code of Best Practices should be made compulsory for contracting authorities, such as subdivision into lots (subject to certain caveats)?
48. Do you think that the rules relating to the choice of the bidder entail disproportionate administrative burdens for SMEs? If so, how could these rules be alleviated without jeopardizing guarantees for transparency, non-discrimination and high-quality implementation of contracts?
49. Would you be in favour of a solution which would require submission and verification of evidence only by short-listed candidates/ the winning bidder?
50. Do you think that self-declarations are an appropriate way to alleviate administrative burdens with regard to evidence for selection criteria, or are they not reliable enough to replace certificates? On which issues could self-declarations be useful (particularly facts in the sphere of the undertaking itself) and on which not?
51. Do you agree that excessively strict turnover requirements for proving financial capacity are problematic for SMEs? Should EU legislation set a maximum ratio to ensure the proportionality of selection criteria (for instance: maximum turnover required may not exceed a certain multiple of the contract value)? Would you propose other instruments to ensure that selection criteria are proportionate to the value and the subject-matter of the contract?

- | | |
|-----|---|
| 52. | What are the advantages and disadvantages of an option for Member States to allow or to require their contracting authorities to oblige the successful tenderer to subcontract a certain share of the main contract to third parties? |
|-----|---|

3.2. Ensuring fair and effective competition

Public procurers often buy on markets with anti-competitive market structures⁶⁶. On such markets, the aim of public procurement rules - namely open and effective competition - may be difficult to achieve by simply applying the procedural rules provided for by the current Directives. Procurement decisions which are taken without regard to market structures, even if they are fully in line with the rules of the Directives, entail the risk of consolidating or even aggravating anti-competitive structures. This is particularly true in cases of high contract values and in sectors where public authorities are the main clients and private demand is not big enough to compensate the impact of the public authorities' purchases on the market.

Intelligent procurement aimed at maximizing competition in such markets would require in the first place that procurers are aware of the structure of the markets in question. Furthermore, they would have to adapt their procurement strategies (design of contracts and procedural choices) accordingly. For instance, contracting authorities should avoid tendering contracts which can only be executed by one or a small number of market player(s), as this would solidify oligopolistic structures and make new market entries almost impossible. In the worst case, the contracting authority would end up with one dominant supplier who could dictate contract terms and prices.

The right shape of contracts obviously depends on the structure of the relevant market. If smaller competitors on the market are able to deliver the service or products in question on a smaller scale, efficient ways to maximise competition may include reducing the volume / duration of contracts. Efficient competition could also be achieved by splitting contracts into lots, possibly accompanied by a maximum number of lots that can be awarded to one bidder. If there are not enough competitors amongst the smaller firms, an alternative way to ensure efficient competition might be to group several purchases into one contract, in order to attract potential competitors from other Member States.

A number of other instruments are often mentioned as useful safeguards for efficient competition in procurement markets, which could be introduced at EU level as optional choices for Member States or contracting authorities. As mentioned above, less demanding selection criteria will normally increase the number of valid bids⁶⁷. Disadvantageous contracts imposed by dominant suppliers can be prevented by the prior definition of a maximum reserve price, above which the contract is not awarded, or by the possibility of cancelling the procedure if only the offer(s) of one bidder passes the selection stage.

More generally, measures aimed at facilitating the participation of bidders from other Member States should also be considered, wherever possible. As already highlighted, there is

⁶⁶ The waste disposal market is in many Member States dominated by one or two big players. The construction sector is, at least concerning large infrastructure projects, oligopolistic and prone to cartel-building. Other examples are IT-supply, the electricity market in certain Member States, as illustrated by the Article 30 decisions concerning the electricity market in Czech Republic, Spain and Italy, and the market for certain postal services in a number of Member States, as illustrated by the Article 30 decisions concerning the postal sector in Sweden, Finland and Austria.

⁶⁷ Lower turnover requirements facilitate the participation of smaller firms, lower requirements concerning previous experience favour new market entries, etc.

considerable untapped potential for increasing intra-European trade in public procurement in order to create a truly European procurement market. This would multiply business opportunities for European undertakings and at the same time increase the potential supplier base for contracting authorities. Measures to facilitate cross-border participation may include a better mutual recognition of certificates (or even putting in place a common European pre-qualification system). Some stakeholders even suggest that, for certain high-value contracts, drawing up tender specifications in a second language or accepting tenders in foreign languages might be helpful. Using a system of automatic translation – at least for preliminary information purposes - for certain steps of the procedure might also be considered.

All measures aiming at enhancing competition in procurement markets presuppose that contracting authorities have a good knowledge of the markets on which they purchase (e.g. via studies on the structure and shape of the targeted market prior to the actual procurement). Putting these (or other) safeguards into practice would require an additional effort on the part of contracting authorities, which would probably only be justified for large contracts with a considerable potential impact on the market structure.

Questions:

53. Do you agree that public procurement can have an important impact on market structures and that procurers should, where possible, seek to adjust their procurement strategies in order to combat anti-competitive market structures?
54. Do you think that European public procurement rules and policy should provide for (optional) instruments to encourage such pro-competitive procurement strategies? If so, which instruments would you suggest?
55. In this context, do you think more specific instruments or initiatives are needed to encourage the participation of bidders from other Member States? If so, please describe them.
56. Do you think the mutual recognition of certificates needs to be improved? Would you be in favour of creating a Europe-wide pre-qualification system?
57. How would you propose to tackle the issue of language barriers? Do you take the view that contracting authorities should be obliged to draw up tender specifications for high-value contracts in a second language or to accept tenders in foreign languages?
58. What instruments could public procurement rules put in place to prevent the development of dominant suppliers? How could contracting authorities be better protected against the power of dominant suppliers?

Preventing anti-competitive behaviours

A related issue is the problem of anti-competitive behaviours in procurement markets. Procurement markets seem to be particularly prone to collusive behaviours of the participants

(bid-rigging, market sharing...)⁶⁸, amongst other factors, because of the stability and predictability of public demand. Some analysts also consider that the transparency of the process is actually conducive to cartel-building.

Even though the number of violations of competition law in public procurement procedures is far from marginal⁶⁹, the current EU public procurement rules do not specifically address this issue. So far, the view has been that the problem could be handled efficiently on the basis of the current rules, e.g. by providing guidance to procurement agents on how to prevent and detect collusive behaviours.

However, there should be a debate as to whether such guidance is sufficient to combat collusion efficiently in procurement markets, or whether specific legislative instruments are needed, such as: stricter debarment in case of bid-rigging; the possibility of not disclosing certain information or the obligatory use of the negotiated procedure in sectors with a high probability of cartel-building; the use of Certificates of Independent Bid Determination; obligations for procurers to consult competition authorities in cases of suspicious patterns in bids, etc.

Experience also suggests that it might be useful to make certain instruments which present a particular risk of being misused for collusion more "collusion-proof". For instance, subcontracting certain parts of the contract is a popular way for the winning bidder to reward cartel members for abiding by the cartel agreement. One possible way to address this problem could be to forbid, under certain conditions, subcontracting to undertakings which participated themselves in the tender procedure⁷⁰.

It is clear that additional guarantees against anti-competitive behaviours could contribute to maintaining sound competition in procurement markets. Again, this advantage must be carefully weighed against the additional administrative burdens that such rules would entail for procurers and undertakings.

Question:

59. Do you think that stronger safeguards against anti-competitive behaviours in tender procedures should be introduced into EU public procurement rules? If so, which new instruments/provisions would you suggest?

3.3. Procurement in the case of non-existent competition/exclusive rights

In practice, contracting authorities often need to purchase from one specific economic operator because that undertaking holds exclusive rights on the production of the goods or the provision of the services in question. In such cases, normal competition for the contracts in question is ruled out. This is why the public procurement Directives allow the use of the negotiated procedure without prior publication in cases where, "for technical or artistic

⁶⁸ See also the extensive work of the OECD, for instance the guidelines for fighting bid-rigging in public procurement:
http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_40381615_42230813_1_1_1_1,00.html

⁶⁹ For some "famous" cartels in public procurement markets, cf. for example the "Lunch coupons case" in Italy, or the French case "Lycées de l'Ile-de-France".

⁷⁰ Participation of bidders because of risks of collusion can however only be restricted under relatively narrow conditions, cf. the judgement of the ECJ of 19 May 2009 in case C-538/07, Assitur (concerning temporary groups of undertakings).

reasons or reasons connected with the protection of exclusive rights, the contract may be awarded only to a particular economic operator"⁷¹.

It is true that, due to the existence of the exclusive right, a call for tenders would be a pure formality without any practical value. It is undeniable however, that the access to the public contract in question has been locked by the prior award of the exclusive right, thus eliminating any possibility of competition before the procurement process has even started.

The question of how the exclusive right itself has been awarded, and in particular whether there has been fair competition at the stage of the award of the exclusive right (which pre-empted the later procurement decision), is not addressed in the current public procurement Directives as far as contracts awarded to private operators are concerned.

The issue is dealt with only in the context of public-public cooperation, where public service contracts between contracting authorities are excluded from the application of the Directive if they are awarded on the basis of an exclusive right – but only under the condition that this exclusive right is compatible with the principles of the Treaty.⁷²

This specific provision will probably no longer be needed once an overall solution is found to the issues related to public-public cooperation. It should however be considered whether, for the sake of sound competition in procurement markets, there should be a generalisation of the underlying idea of this Article. This principle would only allow contracts to be awarded without a competitive procedure on the basis of exclusive rights, if these exclusive rights have also been subject to a competitive procedure.

Questions:

60. In your view, can the attribution of exclusive rights jeopardise fair competition in procurement markets?
61. If so, what instruments would you suggest in order to mitigate such risks / ensure fair competition? Do you think that the EU procurement rules should allow the award of contracts without procurement procedure on the basis of exclusive rights only on the condition that the exclusive right in question has itself been awarded in a transparent, competitive procedure?

4. STRATEGIC USE OF PUBLIC PROCUREMENT IN RESPONSE TO NEW CHALLENGES

Public authorities can make an important contribution to the achievement of the Europe 2020 strategic goals⁷³, by using their purchasing power to procure goods and services with higher "societal" value in terms of fostering innovation, respecting the environment and fighting climate change, reducing energy consumption, improving employment, public health⁷⁴ and social conditions, and promoting equality while improving inclusion of disadvantaged

⁷¹ Article 31(1)(b) of Directive 2004/18/EC.

⁷² Article 18 of Directive 2004/18/EC.

⁷³ See Communication from the Commission of 3 March 2010 - COM(2010) 2020.

⁷⁴ See Council Conclusions of 13 September 2010 on the lessons learned from the A/H1N1 pandemic.

groups⁷⁵. Significant demand from public authorities for "greener", low-carbon more innovative and socially responsible goods and services can also shape production and consumption trends for the years to come. Of course, addressing societal challenges should not decrease the efficiency of public procurement. Taking into account policy related considerations in public procurement should be done in a way so as to avoid creating disproportionate additional administrative burdens for contracting authorities or distorting competition in procurement markets.

There are two possible ways to use public procurement in order to achieve the Europe 2020 policy objectives:

- provide contracting authorities with the wherewithal to take into account those objectives under procedural public procurement rules ("how to buy");
- impose mandatory requirements on contracting authorities or provide for incentives to steer their decisions as to which goods and services should be procured ("what to buy").

The public procurement Directives provide a common framework for public purchases by laying down procedural rules on "how to buy", and leave the contracting authorities free in their basic decision of "what to buy", to define the characteristics of the works, products or services that best fit their needs and to put in place the conditions which are the most appropriate for their desired policy objectives (as long as they are transparent and non-discriminatory).

EU public procurement legislation also allows incentives for procurement in line with the Europe 2020 objectives, or the imposition of obligations on the contracting authorities on "what to buy", either at European or at national level, to ensure that public procurement strategies are consistent with overall policy objectives.

A range of policy specific initiatives have already been launched in the recent years, both at European and at national level, to encourage the use of public procurement in support of the above outlined policy objectives, such as the ongoing work on promoting Green public procurement (GPP)⁷⁶, on social considerations in public procurement⁷⁷ and on innovation⁷⁸.

⁷⁵ Such a reflection is notably in line with Article 9 TFEU which calls on the Union to take into account the promotion of a high level of employment, the guarantee of an adequate social protection and the fight against social exclusion.

⁷⁶ Cf. Commission Communication "*Public Procurement for a Better Environment*" - COM(2008) 400 - that set targets for the uptake of GPP in Member States and started the process of development of common voluntary European GPP criteria. Cf. also the "*Handbook on Environmental Public Procurement (Buying Green)*", http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

⁷⁷ Cf. the handbook "*Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*" - SEC(2010) 1258.

⁷⁸ Following the "Innovation Union" communication commitment n° 17, the European Commission is currently monitoring a study (starting November 2010 - ending November 2011) that intends to develop a new support mechanism for procurement of innovation. This scheme will provide guidance and set up a (financial) support mechanism to help contracting authorities to implement these procurements in a non-discriminatory and open manner, to pool demand, to draw up common specifications, and to promote SME access. On pre-commercial procurement, cf. the Commission communication "*Pre-commercial procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe*" - COM(2007) 799.

In particular, Green Public Procurement (GPP) has been practised in Member States for more than a decade. Most Member States have adopted National Action Plans for GPP (NAPs) with voluntary or mandatory targets and specific measures to promote and implement GPP. The EU has developed GPP criteria for 18 product and service groups⁷⁹; further ones will follow.

The following section will discuss whether and what changes to EU public procurement rules are needed to ensure the coherence and appropriateness of the various measures that are or could be taken at EU and national level.

4.1. "How to buy" in order to achieve the Europe 2020 objectives

Considerations relating to environmental protection, social inclusion or promotion of innovation may be relevant at different stages of the procurement procedure, depending on their nature. Not all of the different considerations relating to these policy objectives can be taken into account at every stage. The following section will discuss how each of the individual policy objectives could be taken into account at the successive stages of a procurement procedure.

Describing the subject matter of the contract and the technical specifications

Under the current EU public procurement rules, contracting authorities have to ensure a clear and non-discriminatory description of the subject-matter of the contract and they have to define technical specifications which must not have the effect of favouring certain undertakings.

Requirements in respect of process and production methods must relate to the manufacturing of the product and contribute to its characteristics, without necessarily being visible. Under the current rules it is not possible to require process and production methods that do not relate to the manufacturing of the product and are not reflected in the characteristics of the product.

Public authorities and stakeholders sometimes claim that, for environmental and health related reasons, certain products would necessarily have to be or ought to be sourced locally. In this context it should be emphasized that such requirements infringe EU law if they result in unjustified direct or indirect discriminations between suppliers. They can only be justified in exceptional cases where legitimate and objective needs that are not related to purely economic considerations can only be met by products from a certain region.

Questions:

62. Do you consider that the rules on technical specifications make sufficient allowance for the introduction of considerations related to other policy objectives?
63. Do you share the view that the possibility of defining technical specifications in terms of performance or functional requirements might enable contracting authorities to achieve their policy needs better than defining them in terms of strict detailed technical requirements? If so, would you advocate making performance or functional requirements mandatory under certain conditions?

⁷⁹ Cf. Commission Communication "Public Procurement for a Better Environment" - COM(2008) 400 - that set targets for the uptake of GPP in Member States and started the process of development of common voluntary European GPP criteria. Cf. also the "Handbook on Environmental Public Procurement (Buying Green)", http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

64. By way of example, do you think that contracting authorities make sufficient use of the possibilities offered under Article 23 of Directive 2004/18/EC concerning accessibility⁸⁰ criteria for persons with disabilities or design for all users? If not, what needs to be done?
65. Do you think that some of the procedures provided under the current Directives⁸¹ (such as the competitive dialogue, design contests) are particularly suitable for taking into account environmental, social, accessibility and innovation policies?
66. What changes would you suggest to the procedures provided under the current Directives to give the fullest possible consideration to the above policy objectives, whilst safeguarding the respect of the principles of non-discrimination and transparency ensuring a level playing field for European undertakings? Could the use of innovative information and communication technologies specifically help procurers in pursuing Europe 2020 objectives?
67. Do you see cases where a restriction to local or regional suppliers could be justified by legitimate and objective reasons that are not based on purely economic considerations?
68. Do you think that allowing the use of the negotiated procedure with prior publication as a standard procedure could help in taking better account of policy-related considerations, such as environmental, social, innovation, etc.? Or would the risk of discrimination and restricting competition be too high?

Requiring the most relevant selection criteria

When assessing the candidates' ability to perform the contract, contracting authorities may take into account specific experience and competence relating to social or environmental aspects that are relevant to the subject matter of the contract.

Question:

69. What would you suggest as useful examples of technical competence or other selection criteria aimed at fostering the achievement of objectives such as protection of environment, promotion of social inclusion, improving accessibility for disabled people and enhancing innovation?

Using the most appropriate award criteria

In order to ensure effective competition between economic operators and avoid arbitrary decisions by public authorities, the current EU public procurement rules require that award criteria must be linked to the subject-matter of the contract, may not confer an unrestricted freedom of choice on the contracting authority, and must be expressly mentioned in the tender documents.

Contracting authorities are free to decide the relative weighting to be given to each of the criteria used to identify the most economically advantageous tender. This allows them to

⁸⁰ Accessibility in this context means accessibility by persons with functional limitations (disabilities).

⁸¹ For the description of the procedures, please refer to section 2.1 above.

reflect in the evaluation the importance they wish to attach to environmental or social criteria compared to the other criteria, including price.

For standard goods and services, it is already in many cases possible to set high environmental or social standards in technical specifications or contract performance conditions while awarding the contract on the criterion of the lowest price. In this way, contracting authorities can obtain products and services complying with high standards at the best price.

However, using criteria that relate to the environment, energy efficiency, accessibility or innovation in the award phase rather than only in the technical specifications or as contract performance conditions can have the benefit of prompting companies to submit bids that go further than the level set in the technical specifications and thereby promote the introduction of innovative products on to the market. It could also be useful to apply such criteria in the award phase in cases where there is uncertainty as to the products or services available on the market.

Questions:

70. The criterion of the most economically advantageous tender seems to be best suited for pursuing other policy objectives. Do you think that, in order to take best account of such policy objectives, it would be useful to change the existing rules (for certain types of contracts/ some specific sectors/ in certain circumstances):
- 70.1.1. to eliminate the criterion of the lowest price only;
- 70.1.2. to limit the use of the price criterion or the weight which contracting authorities can give to the price;
- 70.1.3. to introduce a third possibility of award criteria in addition to the lowest price and the economically most advantageous offer? If so, which alternative criterion would you propose that would make it possible to both pursue other policy objectives more effectively and guarantee a level playing field and fair competition between European undertakings?
71. Do you think that in any event the score attributed to environmental, social or innovative criteria, for example, should be limited to a set maximum, so that the criterion does not become more important than the performance or cost criteria?
72. Do you think that the possibility of including environmental or social criteria in the award phase is understood and used? Should it in your view be better spelt out in the Directive?
73. In your view, should it be mandatory to take life-cycle costs into account when determining the economically most advantageous offer, especially in the case of big projects? In this case, would you consider it necessary/appropriate for the Commission services to develop a methodology for life-cycle costing?

Imposing proper contract performance clauses

Under the current EU public procurement rules, contract performance clauses must be linked to the tasks which are necessary for the production and the provision of the goods or services

purchased. Such conditions relating to the performance of the contract may take into account other policy considerations, such as social and environmental issues⁸². The latter could for instance consist in requiring emissions offsetting for specific purchased supplies with a significant carbon footprint. Some Member states have experience when procuring taxi or other transport services in requiring that the vehicles used for these services are vehicles from the top most efficient classes. Contract performance clauses could also be used to stimulate innovation during the execution of the contract, e.g. by providing incentives to further develop the products or services during the performance of the contract.

At this stage, contracting authorities can impose certain obligations on the successful tenderer which relate to achieving different environmental or social objectives, and which cannot be reflected in the earlier stages of the procurement procedure

Questions:

74. Contract performance clauses are the most appropriate stage of the procedure at which to include social considerations relating to the employment and labour conditions of the workers involved in the execution of the contract. Do you agree? If not, please suggest what might be the best alternative solution.
75. What kind of contract performance clauses would be particularly appropriate in your view in terms of taking social, environmental and energy efficiency considerations into account?
76. Should certain general contract performance clauses, in particular those relating to employment and labour conditions of the workers involved in the execution of the contract, be already specified at EU level?

Verification of the requirements

Contracting authorities could specify environmental or social requirements when drawing up the technical specifications or devising selection/award criteria or introducing contract performance clauses. In such cases, they will normally draw up a list of particulars (certification/documentation and or specific commitment) to be submitted by candidates or tenderers so as to demonstrate that they are able to meet the environmental or social requirements. Under the current rules, specific certification schemes (e.g. forest certification schemes, social certificates, etc.) may be accepted as a possible means of proof, but equivalent means must also be accepted. A general problem that arises in public procurement is how to verify these requirements in the supply chain. The issue of verification is particularly relevant in cases where part of the supply chain is located in a third country.

When examining requests to participate and offers, the contracting authority will check whether the information and documentation supplied by candidates or tenderers conforms to the requirements. If required particulars are missing, or if the information provided is considered unsatisfactory, the candidate or tenderer will be excluded from the procedure.

Questions:

⁸² See Article 26 of Directive 2004/18/EC.

- | | |
|-----|---|
| 77. | Do you think that the current EU public procurement framework should provide for specific solutions to deal with the issue of verification of the requirements throughout the supply chain? If so, which solutions would you propose to tackle this issue? |
| 78. | How could contracting authorities best be helped to verify the requirements? Would the development of "standardised" conformity assessment schemes and documentation, as well as labels facilitate their work? When adopting such an approach, what can be done to minimise administrative burdens? |

Link with the subject matter/ with the execution of the contract

As previously indicated, in the current EU public procurement legal framework the link with the subject-matter of the contract is a fundamental condition that has to be taken into account when introducing into the public procurement process any considerations that relate to other policies. This is true throughout the successive stages of the procurement process and for different aspects (technical specifications, selection criteria, award criteria). In the case of contract execution clauses, what is required is that there should be a link with the performance of the tasks necessary for the production/provision of the goods/services being tendered.

Relaxation of this requirement might enable public authorities to go further in pursuing Europe 2020 policy objectives through public procurement. Among others, it would allow contracting authorities to influence the behaviour of undertakings regardless of the product or service purchased, e.g. in order to encourage more environmental responsibility or greater attention to corporate social responsibility. This could be a powerful instrument in support of Europe 2020 policy objectives.

However, when considering such a possibility, the trade-offs with other policy considerations must be carefully assessed. The link with the subject-matter of the contract ensures that the purchase itself remains central to the process in which taxpayers' money is used. This is an important guarantee to ensure that contracting authorities obtain the best possible offer with efficient use of public monies. As explained above, this objective is also highlighted in the Europe 2020 strategy, which stresses that public procurement policy must ensure the most efficient use of public funds. At the same time, this guarantee of purchases at the best price ensures a measure of consistency between EU public procurement policy and the rules in the field of State aid, as it makes sure that no undue economic advantage is conferred on economic operators through the award of public contracts. Loosening the link with the subject-matter of the contract might therefore entail a risk of distancing the application of EU public procurement rules from that of the State aid rules, and may eventually run counter to the objective of more convergence between State aid rules and public procurement rules.

The link with the subject matter can also help avoid a situation where some economic operators from a particular country might potentially be favoured to the detriment of those from other Member States. While this is particularly relevant for some types of considerations (for example, some social requirements) because they are more likely to be rooted in the national, regional or even local realities, it is also true for other policy considerations such as environmental issues. For example, in the case of the supply of goods, the requirement that the office buildings used by the tenderers be exclusively heated by solar power could favour undertakings from Member States with specific meteorological conditions favourable to solar technology.

The link between policy related considerations and the subject matter of the contract is also intended to ensure certainty and predictability for enterprises. Otherwise, in the absence of such a link (and of harmonised requirements at EU level), economic operators might be asked to comply with different requirements (with regard to the percentage of women, number of unemployed people recruited, child care facilities available for employees, environmental or waste management measures, eco-labels, etc.) for every procurement or for each contracting authority.

Meeting the different requirements imposed by the contracting authorities might be particularly difficult for SMEs, as they may not have the necessary economic and human resources to fulfil a wide variety of societal requirements on a case-by-case basis.

Finally, requirements unrelated to the product or service purchased could go against the Europe 2020 objective of promoting innovation, as competition between undertakings would no longer take place on the grounds of developing the best (possibly innovative) product or service, but on the basis of corporate policy.

Questions:

79. Some stakeholders suggest softening or even dropping the condition that requirements imposed by the contracting authority must be linked to the subject matter of the contract (this could make it possible to require, for instance, that tenderers have a gender-equal employment policy in place or employ a certain quota of specific categories of people, such as jobseekers, persons with disabilities, etc.). Do you agree with this suggestion? In your view, what could be the advantages or disadvantages of loosening or dropping the link with the subject matter?
80. If the link with the subject matter is to be loosened, which corrective mechanisms, if any, should be put in place in order to mitigate the risks of creating discrimination and of considerably restricting competition?
81. Do you believe that SMEs might have problems complying with the various requirements? If so, how should this issue be dealt with in your view?
82. If you believe that the link with the subject matter should be loosened or eliminated, at which of the successive stages of the procurement process should this occur?
- 82.1. Do you consider that, in defining the technical specifications, there is a case for relaxing the requirement that specifications relating to the process and production methods must be linked to the characteristics of the product, in order to encompass elements that are not reflected in the product's characteristics (such as for example - when buying coffee - requesting the supplier to pay the producers a premium to be invested in activities aimed at fostering the socio-economic development of local communities)?
- 82.2. Do you think that EU public procurement legislation should allow contracting authorities to apply selection criteria based on characteristics of undertakings that are not linked to the subject of the contract (e.g. requiring tenderers to have a gender-equal employment policy in place, or a general policy of employing certain quotas of specific categories of people, such as jobseekers, persons with disabilities, etc.)?

82.3.	Do you consider that the link with the subject matter of the contract should be loosened or eliminated at the award stage in order to take other policy considerations into account (e.g. extra points for tenderers who employ jobseekers or persons with disabilities)?
82.3.1.	Award criteria other than the lowest price/ the economically most advantageous tender/ criteria not linked to the subject-matter of the contract might separate the application of the EU public procurement rules from that of the State aid rules, in the sense that contracts awarded on the basis of other than economic criteria could entail the award of State aids, potentially problematic under EU State aid rules. Do you share this concern? If so, how should this issue be addressed?
82.4.	Do you think that the EU public procurement legislation should allow contracting authorities to impose contract execution clauses that are not strictly linked to the provision of the goods and services in question (e.g. requiring the contractor to put in place child care services for the his employees or requiring them to allocate a certain amount of the remuneration to social projects)?

4.2. "What to buy" in support of Europe 2020 policy objectives

Another way of achieving policy objectives through public procurement could be to impose on contracting authorities obligations on "what to buy". For example, this could be done by imposing mandatory requirements or criteria governing the characteristics of the goods or services to be provided (e.g. maximum levels for energy and resource use, environmental harmful substances, minimum levels of recycling), or alternatively by setting targets (e.g. 60% of public purchases must be environmentally friendly)⁸³.

Recent European sector specific legislation at EU level has:

- introduced obligations on contracting authorities to require in their public contracts a certain level of energy efficiency⁸⁴;
- introduced obligations on contracting authorities to take energy or other environmental impacts into account in their public procurement decisions⁸⁵;
- called on the public sector to play an exemplary role in the field of energy efficiency by adopting a minimum number of energy efficient procurement measures⁸⁶ and by promoting resource-efficient public buildings (e.g. buildings with low or zero primary energy consumption⁸⁷).

⁸³ For instance in the field of green public procurement, several Member States, like the Netherlands, Finland, Slovenia, Austria, or Belgium have set ambitious green public procurement targets at national level.

⁸⁴ Regulation (EC) No 106/2008 (OJ L39, 13.2.2008, p. 1) (so called EU Energy Star Regulation).

⁸⁵ Directive 2009/33/EC on promotion of clean and energy-efficient vehicles.

⁸⁶ Directive 2006/ 32/ EC on energy end-use efficiency and energy services.

⁸⁷ Directive 2009/28/EC on the promotion of the use of energy from renewable sources (OJ L 140, 5.6.2009, p. 16), and Directive 2010/31/EU on the energy performance of buildings (OJ L 153, 18.06.2010, p. 13).

- called on contracting authorities to endeavour to procure only such products which belong to the highest energy efficiency class⁸⁸.

In its recent communication "Energy 2020 – A strategy for competitive, and sustainable and secure energy"⁸⁹, the Commission stated that energy criteria (regarding efficiency, renewables and smart networking) should be used in all public procurement of works, services or supplies.

For products, a monetisation methodology such as that developed for the Clean Vehicle Directive⁹⁰ could also be used more widely. Indeed, the obligation to include lifetime operational cost into the purchase decision for products and services (along the lines of what is already required for vehicles) may ensure lower overall costs. This would however require identifying a general methodology that could be applicable across all product groups.

More generally, introducing mandatory requirements into EU public procurement rules by means of legislation based on delegated acts has been advocated as a further means of promoting innovation or other policy objectives within the Europe 2020 strategy⁹¹.

As regards social inclusion, the new European Disability Strategy 2010-2020⁹² indicates that the Commission will explore the merits of adopting regulatory measures to ensure accessibility of products and services, including measures to step up the use of public procurement.

Imposing such obligations can be a very effective instrument for achieving the Europe 2020 policy objectives, by fostering the market uptake of goods and services of a high societal value. Moreover, centralising the decisions on purchasing strategies can avoid fragmentation of procurement policies and increase predictability, to the benefit of economic operators. For example, in the field of Green Public Procurement, diverging approaches by Member States on GPP may lead to problems for suppliers, especially for SMEs, who have to adapt to different frameworks in different countries, thus complicating the development and sale of green products and services.

On the other hand, some concerns have been raised with regard to imposing obligations on what to buy.

One important aspect to be considered is the risk that the introduction of such obligations may lead to discrimination or restrict competition in procurement markets, possibly resulting in fewer bidders and higher prices, which might be problematic in times of economic difficulties and budgetary restraints in many Member States. To mitigate this risk, the requirements and criteria imposed must be objective and non discriminatory, and should be used only when there is sufficient EU-wide market development to ensure effective competition. It should also

⁸⁸ Directive 2010/30/EU on the indication by labelling and standard product information of the consumption of energy and other resources by energy-related products (OJ L 153, 18.6.2010, p. 6)

⁸⁹ COM(2010)639.

⁹⁰ To support the implementation of the obligation, stemming from this Directive, to take into account lifetime costs, a Clean Vehicle Portal has been developed by the Commission, which provides all information necessary for the monetisation of the lifetime cost addressed by the Directive: <http://www.cleanvehicle.eu/>; http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive_en.htm.

⁹¹ Report from Mario Monti to the President of the European Commission of 9 May 2010, "A new strategy for the Single Market", point 3.4, p. 78.

⁹² COM(2010) 636.

be taken into account that some requirements for higher environmental protection may nevertheless lead in the mid or long-term to savings in economic terms (e.g. in the field of energy-efficiency).

Some types of obligations may have a bigger impact on competition in procurement markets than others.

- Technical specifications in terms of performance requirements are likely to have a less limiting effect on competition than detailed specifications on the technical characteristics of the goods to be procured.
- Mandatory prescriptions on the technical characteristics of the goods to be procured could considerably reduce choice and competition in procurement markets, or even eliminate them altogether, whereas mandatory provisions concerning the decision as to which of the various award criteria should be taken into account (for example energy efficiency, life-cycle costing, accessibility) would probably have less limiting effects on competition in procurement markets.

Another effect of imposing "what to buy" obligations on contracting authorities is that their room for manoeuvre in the procurement procedures is reduced. This may affect their capacity to procure goods and services that are perfectly adapted to meet the specific needs of the individual contracting authorities. This risk might be mitigated by setting the obligation at an adequate level.

It is also argued that centrally imposed obligations on what to buy would create an additional administrative burden for contracting authorities and economic operators, such as an increased workload to verify that undertakings meet the requirements. Additional education and adequate training as well as devoted tools⁹³ could help contracting authorities cope efficiently with this workload. Moreover, standardised requirements at EU level e.g. to buy from the top performance classes of labelled products could eliminate the need for contracting authorities to possess specific technical knowledge when drawing up specifications, thus simplifying in certain cases the task of taking such criteria into account at local, regional and national level.

A less far-reaching solution would be to provide incentives for the procurement of certain types of goods or services, but not impose it. Such incentives could consist in financial advantages for contracting authorities procuring environmentally-friendly, socially inclusive or innovative goods and services, mechanisms for the exchange of best practices between contracting authorities or other support mechanisms for contracting authorities wishing to pursue Europe 2020 objectives through their procurement.

Questions:

83. Do you think that EU level obligations on "what to buy" are a good way to achieve other policy objectives? What would be the main advantages and disadvantages of such an approach? For which specific product or service areas or for which specific policies do you think obligations on "what to buy" would be useful? Please explain your choice. Please give examples of Member State procurement practices that could be replicated at EU level.

⁹³ Such as the abovementioned Clean Vehicle Portal.

84.	Do you think that further obligations on "what to buy" at EU level should be enshrined in policy specific legislation (environmental, energy-related, social, accessibility, etc) or be imposed under general EU public procurement legislation instead?
85.	Do you think that obligations on "what to buy" should be imposed at national level? Do you consider that such national obligations could lead to a potential fragmentation of the internal market? If so, what would be the most appropriate way to mitigate this risk?
86.	Do you think that obligations on what to buy should lay down rather obligations for contracting authorities as regards the level of uptake (e.g. of GPP), the characteristics of the goods/services/works they should purchase or specific criteria to be taken into account as one of a number of elements of the tender?
86.1.	What room for manoeuvre should be left to contracting authorities when making purchasing decisions?
86.2.	Should mandatory requirements set the minimum level only so the individual contracting authorities could set more ambitious requirements?
87.	In your view, what would be the best instrument for dealing with technology development in terms of the most advanced technology (for example, tasking an entity to monitor which technology has developed to the most advanced stage, or requiring contracting authorities to take the most advanced technology into account as one of the award criteria, or any other means)?
88.	The introduction of mandatory criteria or mandatory targets on what to buy should not lead to the elimination of competition in procurement markets. How could the aim of not eliminating competition be taken into account when setting those criteria or targets?
89.	Do you consider that imposing obligations on "what to buy" would increase the administrative burden, particularly for small businesses? If so, how could this risk be mitigated? What kind of implementation measures and/or guidance should accompany such obligations?
90.	If you are not in favour of obligations on "what to buy", would you consider any other instruments (e.g. recommendations or other incentives) to be appropriate?

4.3. Innovation

Europe has huge and untapped potential to drive innovation through public procurement and at the same time to encourage cross-border competition, promote a low-carbon economy and achieve best value for money for public authorities. Public procurement of innovative products and services is crucial to improve the quality and efficiency of public services at a time of budget constraints.

The current EU Directives on public procurement adopt a flexible approach which enables contracting authorities to make use of innovation-oriented tendering, which can encourage industry to find new advanced solutions.

Design contests⁹⁴ enable contracting authorities to acquire plans or designs in fields such as architecture, engineering or data processing; under such a procedure participants are asked to propose projects outside of the strict terms of reference; they are therefore free to put forward innovative ideas that may be used in a future procurement procedure.

In case of particularly complex contracts, where contracting authorities consider that the use of the open or restricted procedure will not allow the award of the contract, the Directive provides for another procedure, the competitive dialogue⁹⁵. In this procedure contracting authorities can engage in a dialogue with candidates to identify and define the means best suited to satisfying the needs of the contracting authority. Participants are required to propose ideas and solutions which are discussed with the contracting authorities.

The aim of the current EU public procurement rules is to protect innovative solutions, even if they are not embodied in intellectual property rights. Proposed solutions and other confidential information may not be communicated by the contracting authorities to the other participants without the agreement of the bidder⁹⁶.

Nevertheless, "cherry picking" of intellectual property rights or of innovative solutions themselves has been raised as an issue of concern, particularly with regard to the competitive dialogue: if a participant discloses the unique features of its solution, these may become known to the other candidates. While the current rules require that such information must be kept confidential, the contracting authority is nevertheless in a bind between the obligation to protect the confidential information and the need to disclose some information in order to identify solutions which are best suited to satisfying its needs. Contracting authorities might be tempted to put pressure on tenderers to agree to disclosure. Moreover, the fact that the best solution (the one chosen by the contracting authority) is inevitably presented to all the participants, who are then invited to submit their tenders on the basis of this solution, may be a disincentive for participants to propose highly innovative solutions, as they are not sure whether they will be "rewarded" for inventing this solution by the award of the actual contract.

When preparing a call for tenders, contracting authorities may also decide to authorise tenderers to submit variants. In such a case, goods or services may be offered which do not correspond to those identified by the contracting authority, but which meet the minimum technical requirements contained in the tender documents. The opportunity to submit tenders that differ from the technical specifications initially set out by the contracting authorities encourages economic operators to propose more innovative services or products. This may stimulate research into new technologies and allow users to take advantage of technical progress.

Another important way to stimulate innovation is for contracting authorities to request the development of products or services that are not yet available on the market. Under the current legal framework, this can be done via what is known as "pre-commercial

⁹⁴ See Articles 66 to 74 of Directive 2004/18/EC.

⁹⁵ See Article 29 of Directive 2004/18/EC and recital 31 of Directive 2004/18/EC. The competitive dialogue is not provided for under Directive 2004/17/EC. However, there is nothing to prevent a contracting authority which has opted for a negotiated procedure with prior call for competition from stipulating in the specifications that the procedure will be as laid down in Directive 2004/18/EC for the competitive dialogue.

⁹⁶ Article 29(3) of Directive 2004/18/EC. Such guarantee is a further rule added to the confidentiality clause of Article 6 of that Directive.

procurement"⁹⁷, consisting of the procurement of research and development services for the development of new solutions⁹⁸, with a view to the possible purchase of the final product or service through a normal public procurement procedure at a later stage. This approach enables public authorities to share the risks and benefits of designing, prototyping and testing a limited volume of new products and services with suppliers, without involving State aid.

Pre-commercial procurement can help contracting authorities to make radical improvements to the quality and efficiency of public services, by creating lead-markets and triggering the development of new breakthrough solutions that can address public sector challenges for which there are no ready-made products and services available yet on the market.

Despite these different possibilities to foster innovation through public procurement, stakeholders claim that too little public procurement in Europe is aimed at innovation. This might be due to a range of factors, such as: wrong incentives that favour low-risk solutions; a lack of knowledge and capabilities regarding successful procurement of new technologies and innovations; a disconnection between public procurement and policy objectives and lack of strategic approach. Hence, in response to an identified need for guidance, a debate is needed on how the application of the public procurement rules and possible further measures could help contracting authorities foster innovation. Particular attention should be paid to measuring performance, as this plays a key role in evaluating effect of public procurement on innovation, improving performance and achieving the actual goal of innovation.

Questions:

91. Do you think there is a need for further promote and stimulate innovation through public procurement? Which incentives/measures would support and speed up the take-up of innovation by public sector bodies?
92. Do you think that the competitive dialogue allows sufficient protection of intellectual property rights and innovative solutions, such as to ensure that the tenderers are not deprived of the benefits from their innovative ideas?
93. Do you think that other procedures would better meet the requirement of strengthening innovation by protecting original solutions? If so, which kind of procedures would be the most appropriate?
94. In your view, is the approach of pre-commercial procurement, which involves contracting authorities procuring R&D services for the development of products that are not yet available on the market, suited to stimulating innovation? Is there a need for further best practice sharing and/or benchmarking of R&D procurement practices used across Member States to facilitate the wider usage of pre-commercial procurement? Might there be any other ways not covered explicitly in the current legal framework in which contracting authorities could request the development of products or services not yet available on the market? Do you see any specific ways

⁹⁷ For more guidance cf. the Commission Communication and associated staff working document 'Pre-commercial procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe' - COM(2007) 799 and SEC (2007) 1668. For more information on latest developments and news on pre-commercial procurement: http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home_en.html

⁹⁸ Procurement not covered by the EU public procurement Directives by virtue of Art. 16 (f) of Directive 2004/18/EC.

	that contracting authorities could encourage SMEs and start-ups to participate to pre-commercial procurement?
95.	Are other measures needed to foster the innovation capacity of SMEs? If so, what kind of specific measures would you suggest?
96.	What kind of performance measures would you suggest to monitor progress and impact of innovative public procurement? What data would be required for this performance measures and how it can be collected without creating an additional burden on contracting authorities and /or economic operators?

4.4. Social services

Social services are listed in Annex II B of Directive 2004/18/EC. Therefore, as explained above, contracts for social services with a value above the thresholds for application of the Public Procurement Directives are subject to only a few specific rules of the Directives (those concerning technical specifications and the publication of the results of the procurement procedure) and to the basic principles of EU law, such as non-discrimination and transparency⁹⁹. As explained above, contracts below the thresholds are only subject to the basic principles of EU law - such as non-discrimination and transparency - if they present a cross-border interest.

Therefore, when outsourcing social services via a public service contract, public authorities already enjoy considerable latitude with regard to the procedures to be followed. Moreover, public authorities can introduce requirements concerning in particular the quality, comprehensiveness and continuity of the service at stake, as well as requirements referring to users' involvement and participation in the service provision and evaluation or ensuring that service providers familiarize themselves with the local context when carrying out the service¹⁰⁰.

Nevertheless, some stakeholders claim that adaptations of the current rules are needed in order to take better account of the specificities of social services. There are in particular calls for higher thresholds for such services. It should be noted that, in the case of social services, an increase of the applicable thresholds would not result in a restriction of coverage and possible compensation requests under the GPA and other international agreements, since B-services are not covered by these instruments.

Questions:

⁹⁹ Social services figure among the services listed in Annex II B of Directive 2004/18/EC, to which only limited rules of that Directive apply (for the distinction between services listed in Annex II A and services listed in Annex II B, see Articles 20 and 21 of that Directive).

¹⁰⁰ Specific guidance on the application of public procurement rules to social services bearing in mind the wide discretion that public authorities enjoy in this field has been provided in the "Guide to the application of the European Union rules on State aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest and, in particular, to social services of general interest" (SEC(2010) 1545) which updates the Commission Staff Working Document Frequently Asked Questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest - SEC(2007) 1514, 20.11.2007.

97.	Do you consider that the specific features of social services should be taken more fully into account in EU public procurement legislation? If so, how should this be done?
97.1.	Do you believe that certain aspects concerning the procurement of social services should be regulated to a greater extent at EU level with the aim of further enhancing the quality of these services? In particular:
97.1.1.	Should the Directives prohibit the criterion of lowest price for the award of contracts / limit the use of the price criterion / limit the weight which contracting authorities can give to the price / introduce a third possibility of award criteria in addition to the lowest price and the economically most advantageous offer?
97.1.2.	Should the Directives allow the possibility of reserving contracts involving social services to non-profit organisations / should there be other privileges for such organisations in the context of the award of social services contracts?
97.1.3.	Loosening the award criteria or reserving contracts to certain types of organisations could prejudice the ability of procurement procedures to ensure acquisition of such services "at least cost to the community" and thus carry the risk of the resulting contracts involving State aid. Do you share these concerns?
97.2.	Do you believe that other aspects of the procurement of social services should be less regulated (for instance through higher thresholds or de minimis type rules for such services)? What would be the justification for such special treatment of social services?

5. ENSURING SOUND PROCEDURES

The financial risks at stake and the close interaction between the public and the private sectors make public procurement a risk area for unsound business practices, such as conflict of interest, favouritism and corruption. In the same line of thinking, the Stockholm programme¹⁰¹ mentions public procurement as an area of special attention in the context of the fight against corruption.

Effective mechanisms to prevent unsound business practices in public procurement are not only needed in order to ensure fair competition on an equal basis and to guarantee the efficient use of taxpayers' money, but they can also make a considerable contribution to the success of the overall fight against economic crime.

The requirements set out in the Directives on the transparency of the procedure in order to guarantee equal treatment of all bidders are already minimising the risks of unsound business practices. However, the current Directives do not include more specific rules to prevent and sanction conflicts of interest, and they have few specific rules for penalising favouritism and corruption in public procurement. These issues are more particularly addressed in national legislation, but the level of specific safeguards offered by national legislation varies greatly between Member States.

¹⁰¹ Council document 17024/09 adopted by the European Council on 10/11 December 2009.

Increasing the procedural guarantees against unsound business practices at EU level could improve the European common standard of protection against such practices, increase the overall fairness of the procedures and make procurement processes less vulnerable to fraud and corruption. However, such additional guarantees would often entail additional administrative burdens for procurers and undertakings, and their added value in the fight against unsound business practices must be carefully weighed against a possible negative impact on the overall objective of simplification of the procedures.

5.1. Preventing conflicts of interest

The notion of conflict of interest characterises a situation where persons involved in the contract award decision have competing professional or personal obligations or personal or financial interests which could make it difficult for them to fulfil their duties fairly and impartially, or where a person is in a position to influence the contracting authority's decision-making process in order to further his own interests. Such a conflict of interest does not necessarily lead to corruption, but it may lead to corrupt conduct. Identifying and resolving conflicts of interest is therefore key to prevent fraud. It has to be emphasised that a conflict of interest constitutes, objectively and on itself a serious irregularity regardless of the intentions of the parties concerned and whether they were acting in good or bad faith.¹⁰²

There should be a debate about whether basic rules are needed at EU level, such as a common definition of unacceptable conflict-of-interest situations and some safeguards to prevent or resolve such situations.¹⁰³ These safeguards could include requiring declarations of absence of conflict of interest as well as a certain degree of transparency and accountability of procurement officials with regard to their personal situation, naturally in full compliance with data protection rules and standards. For instance, EU rules could make it mandatory to disclose the names of the members of the evaluation committee to a control body, or introduce a requirement for the contracting authority to verify that there are no conflicts of interest when setting up the evaluation committee.

Questions:

98. Would you be in favour of introducing an EU definition of conflict of interest in public procurement? What activities/situations harbouring a potential risk should be covered (personal relationships, business interests such as shareholdings, incompatibilities with external activities/ etc.)?
99. Do you think that there is a need for safeguards to prevent, identify and resolve conflict-of-interest situations effectively at EU level? If so, which kind of safeguards would you consider useful?

¹⁰² See judgment of 15 June 1999 in Case T-277/97 *Ismeri Europa Srl v Court of Auditors*, paragraph 123, concerning the procurement rules by EU institutions.

¹⁰³ See, for instance, the rules provided for procurement by EU institutions: Article 52 of Council Regulation No 1605/2002 on the Financial Regulation applicable to the general budget of the European Communities, and the relevant case-law, notably judgments of 9 July 2002 in Case T-21/01 *Zavvos v Commission*, and of 17 March 2005 in Case T-160/03 *AFCon Management Consultants v Commission*.

5.2. Fighting favouritism and corruption

Procurement markets, and especially major works projects, are often considered a lucrative target for potential bribery. It should also be emphasized that the integrity of the process is not only endangered in the case of corruption, which is fairly obvious, but also more generally in all cases of favouritism, even if it does not necessarily involve corrupt conduct, e.g. favouritism shown to a local candidate. The most common corruption scenarios that might occur in the public procurement procedures are the so-called "kickback" (i.e. payment of a bribe as a reward for the official who influenced the procurement process), manipulation of tender documents to favour a specific bidder, and the use of front/intermediary companies to cover the illegal activities of the corrupt official.

The procurement rules of many Member States contain mechanisms specifically designed to prevent and combat corruption and favouritism. In the same way as for the issue of conflict of interest, an analysis must be made as to whether certain specific safeguards should be integrated in the EU public procurement legislation, on the condition of not creating disproportionate administrative burdens. However, it should be borne in mind not only that corruption is a highly sensitive issue for Member States but also that the actual problems in this field and also the potential solutions depend on the – widely diverging – national administrative and business cultures. Consequently, it might be difficult to find "one size fits all" solutions to be put in place at EU level.

It is often proposed that corruption in public procurement should be tackled by increasing the level of transparency concerning, in particular, the decisions taken by procurement officials throughout the procedure. This would allow candidates and possibly the general public to scrutinise public officials' decisions and hence act as an efficient instrument against corruption. Such increased transparency could, for instance, be introduced for the opening of the bids or the compulsory publication of the reports documenting the procurement process. The additional administrative burden of such a measure would be fairly limited, as contracting authorities are already obliged to draw up these reports¹⁰⁴. In the same way, the publication of concluded contracts (with redacting of commercially sensitive information) might be conducive to better democratic scrutiny of procurement decisions.

It could also be envisaged to develop specific tools, such as free phone or Internet based fraud notification systems to encourage participants or other persons to provide information about any wrongdoing or irregularity. The contract notice, the contracting authority's website and other means of publication could include references to such a system through which the contracting authority or a supervising authority may receive information from anonymous or identified sources.

The use of practices such as existing toolkits that enhance good, transparent management of the whole procurement cycle should be encouraged. In this context the development of red flag indicator lists for contracting authorities could be useful, despite known limitations¹⁰⁵. Promoting clear rules on reporting requirements and on protection of whistleblowers might be helpful for the enforcement of more efficient reporting practices. The use of external monitors (e.g. governance experts, NGOs, etc) may add value to the internal control tools in assessing the performance of contractors, as well as detecting and reporting suspicious cases.

¹⁰⁴ Article 43 of Directive 2004/18/EC.

¹⁰⁵ World Bank Policy Research Paper no. 5243, 29 March 2010.

The use of the existing evaluation mechanisms to monitor compliance with relevant international instruments comprising provisions on corruption in public procurement may also be considered¹⁰⁶.

Finally, limiting the discretion of contracting authorities for certain aspects might make it more difficult to put into practice decisions which are not justified on objective grounds and thereby prevent favouritism (for instance, limiting the discretion of contracting authorities for the annulment of procedures). However, such measures must not hamper the necessary room for manoeuvre that contracting authorities require in order to purchase goods and services adapted to their specific needs.

Questions:

100. Do you share the view that procurement markets are exposed to a risk of corruption and favouritism? Do you think EU action in this field is needed or should this be left to Member States alone?
101. In your view, what are the critical risks for integrity at each of the different stages of the public procurement process (definition of the subject-matter, preparation of the tender, selection stage, award stage, performance of the contract)?
102. Which of the identified risks should, in your opinion, be addressed by introducing more specific/additional rules in the EU public procurement Directives, and how (which rules/safeguards)?
103. What additional instruments could be provided by the Directives to tackle organised crime in public procurement? Would you be in favour, for instance, of establishing an ex-ante control on subcontracting?

5.3. Exclusion of "unsound" bidders

Exclusion of bidders that are guilty of corruption and, more generally, professional misconduct ("debarment") is a powerful weapon to punish – and also to a certain extent prevent – unsound business behaviours. Article 45 of Directive 2004/18/EC already sets out an obligation to exclude bidders convicted of certain listed offences (notably corruption), as well as the possibility of excluding bidders for a number of other unsound business practices (including "grave professional misconduct").

However, a number of questions relating to the scope, interpretation, transposition and practical application of this provision remain open, and Member States and contracting authorities have called for further clarification.

It should be examined in particular whether the exclusion grounds in Article 45 are appropriate, sufficiently clear (notably the exclusion ground of "professional misconduct") and exhaustive enough, or if further exclusion grounds should be introduced. Contracting authorities also seem to be faced with practical difficulties when trying to obtain all relevant information on the personal situation of tenderers and candidates established in other Member States and their eligibility according to their national law.

¹⁰⁶ Notably the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the UN Convention against Corruption.

Furthermore, the scope for implementing national legislation on exclusion grounds will probably need to be clarified. Providing for Member States to introduce additional exclusion grounds in their national legislation might enable them to tackle specific problems of unsound business behaviours linked to the national context more effectively. On the other hand, specific national exclusion grounds always entail a risk of discrimination against foreign bidders and could jeopardise the principle of a European level playing field.

An important issue on which the current EU public procurement Directives remain silent is what are referred to as the "self-cleaning" measures, i.e. measures taken by the interested economic operator to remedy a negative situation affecting his/her eligibility. Their effectiveness depends on their acceptance by Member States. The issue of "self-cleaning measures" stems from the need to strike a balance between the implementation of the grounds for exclusion and respect for proportionality and equality of treatment. The consideration of self-cleaning measures may help contracting authorities in carrying out an objective and fuller assessment of the individual situation of the candidate or tenderer in order to decide its exclusion from a procurement procedure.

Article 45 allows Member States to take into account self-cleaning measures as far as such measures show that the concerns about professional honesty, solvency and reliability of the candidate or tenderer have been eliminated. However, there are no uniform rules on "self-cleaning", even though measures taken by the economic operator to remedy the situation of exclusion are taken into account anyway by the contracting authorities in some Member States.

Furthermore, the question arises as to whether the EU should explicitly impose sanctions for attempts to jeopardise the transparency and impartiality of the procurement procedure (e.g. candidates or tenderers attempting to gain access to confidential information or to unduly influence the activity of the contracting authority, such as the selection and the award phases). Such sanctions could consist, for instance, in rejecting the candidature or tender, as long as the decision is duly substantiated.

Some serious forms of illegal behaviour, such as corruption or deliberately undeclared conflicts of interest, should also be sanctioned more seriously, e.g. through criminal sanctions. Member States are already required to provide for criminal sanctions in the case of corruption of their officials. The appropriateness of providing minimum standards in relation to sanctions must be assessed in the light of the dimension of the crime and the principles of necessity, subsidiarity and proportionality¹⁰⁷.

Questions:

104. Do you think that Article 45 of Directive 2004/18/EC concerning the exclusion of bidders is a useful instrument to sanction unsound business behaviours? What improvements to this mechanism and/or alternative mechanisms would you propose?
105. How could the cooperation among contracting authorities in obtaining the information on the personal situation of candidates and tenderers be strengthened?
106. Do you think that the issue of "self-cleaning measures" should be expressly addressed in Article 45 or it should be regulated only at national level?

¹⁰⁷ On the EU's functional criminal-law competence, see Case C-440/05, *Commission v Council*, para 66.

- | | |
|------|---|
| 107. | Is a reasoned decision to reject a tender or an application an appropriate sanction to improve observance of the principle of equality of treatment? |
| 108. | Do you think that in light of the Lisbon Treaty, minimum standards for criminal sanctions should be developed at EU level, in particular circumstances, such as corruption or undeclared conflicts of interest? |

5.4. Avoiding unfair advantages

Finally, there may be situations where, in the absence of any conflict-of-interest situation or unsound business practices, the fairness of the procedure may be jeopardised because certain bidders are in an advantageous situation. For instance, a previous involvement of the candidate or tenderer in preparatory activities linked with the development of the service to be procured (such as research and/or design) can confer considerable advantages on that bidder in terms of privileged information and therefore may give rise to concerns as to the observance of equality of treatment¹⁰⁸.

The question here is to what extent advantages could be compensated without discriminating against the bidder in question. Simply excluding bidders who participated in the preparation of the project would probably be a disproportionate reaction, and might not even be feasible in practice, especially when there are few qualified competitors on the market in question. Meaningful compensation might consist, for instance, in an obligation to disclose to all competing bidders any privileged information that the advantaged bidder might have obtained from a prior association with the project.

An even more delicate issue is the problem of the natural advantages of incumbent bidders, which are even more difficult to identify clearly and to compensate. Again, mandatory disclosure of some privileged information may be appropriate in order to mitigate risks of discrimination, on the condition that commercially sensitive information is adequately protected.

Questions:

- | | |
|------|---|
| 109. | Should there be specific rules at EU level to address the issue of advantages of certain tenderers because of their prior association with the design of the project subject of the call for tenders? Which safeguards would you propose? |
| 110. | Do you think that the problem of possible advantages of incumbent bidders needs to be addressed at EU level and, if so, how? |

6. ACCESS OF THIRD COUNTRY SUPPLIERS TO THE EU MARKET

The international commitments undertaken by the EU in the field of procurement are reflected by various provisions in the Directives.

Recital 7 of Directive 2004/18/EC and Recital 14 of Directive 2004/17/EC expressly refer to Council Decision 94/800/EC, which approved the WTO GPA. It states that "*the arrangements to be applied to tenderers and products from signatory third countries are those defined by*

¹⁰⁸ See Joined Cases C-21/03 and C-34/03, *Fabricom*.

the Agreement". In addition, the conditions related to the GPA are reflected in Article 5 of Directive 2004/18/EC and Article 12 of Directive 2004/17/EC. As a result, economic operators originating from the GPA signatories countries should enjoy the same treatment as European economic operators under the conditions laid down in the GPA, in particular the EU's Appendix 1 which includes all the EU's commitments under the Agreement.

Further, within the areas not committed internationally by the EU, Article 58 of Directive 2004/17/EC introduces a Community preference for procurement of goods, and Article 59 of the same Directive allows the possibility of restricting access to the EU utilities procurement market.

Recently, many stakeholders have pointed out that the EU procurement market is more open than the procurement markets of our international partners. As a result, EU companies do not always compete on an equal footing with foreign companies. Also, this situation has a negative effect on the EU's negotiating position in international negotiations for greater market access. It is therefore necessary to reflect on the EU's public procurement policy vis-à-vis third countries and on the use of the above-mentioned provisions and on possible improvements.

This is related to the on-going debate on possible ways to strengthen the EU's leverage in international negotiations with a view to ensuring a more balanced and reciprocal access to EU and foreign procurement markets. The Commission is currently undertaking an impact assessment examining the various possible policy options, building on the implementation of our international commitments such as the Government Procurement Agreement, as well as in relation to third countries with which the EU does not yet have such agreements.

Questions:

- 111. What are your experiences with and/or your views on the mechanisms set out in Articles 58 and 59 of Directive 2004/17/EC?
- 111.1. Should these provisions be further improved? If so, how? Could it be appropriate to expand the scope of these provisions beyond the area of utilities procurement?
- 112. What other mechanisms would you propose to achieve improved symmetry in access to procurement markets?

The present Green Paper tackles the issues that have been identified by the Commission as important aspects of a future reform of the EU public procurement policy. There may be other key subjects that are not addressed in the above Green Paper. Also, it would be interesting to hear from stakeholders which of the above subjects they consider most important and which issues seem less relevant in view of a future reform. Hence, all stakeholders are invited to reply to the questions below.

Questions:

- 113. Are there any other issues which you think should be addressed in a future reform of the EU public procurement Directives? Which issues are these, what are - in your view - the problems to be addressed and what could possible solutions to these problems look like?

- | | |
|------|--|
| 114. | Please indicate a ranking of the importance of the various issues raised in this Green Paper and other issues that you consider important. If you had to choose three priority issues to be tackled first, which would you choose? Please explain your choice. |
|------|--|

The Commission invites all interested parties to submit their contributions before 18 April 2011, preferably by e-mail and in Word format to MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu.

These contributions do not need to cover all of the questions raised in this paper. They can be limited to questions of particular interest for you. Please indicate clearly the aspects to which your contributions relate.

Received contributions, together with the identity of the contributor, will be published on the Internet, unless the contributor objects to publication of the personal data on the grounds that such publication would harm his or her legitimate interests. In this case the contribution may be published in anonymous form. Otherwise the contribution will not be published nor will, in principle, its content be taken into account.