

MOS Kontuniemi Eija

10.05.2004

*Eduskunta
Suuri valiokunta*

KOM(2004) 327 lopullinen

EU; Komission vihreä kirja julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta

EU/2004/1047

Ohessa lähetetään perustuslain 97 §:n mukaisesti selvitys viitekohdassa mainitusta komission vihreästä kirjasta. Vihreässä kirjassa esitellään yhteisöoikeuden soveltamista julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyömuotoihin liittyviin kysymyksiin, jotka koskevat muun muassa käyttöoikeussopimuksia, yhteisyritysten perustamista, julkisten yksiköiden siirtämistä yksityiseen valvontaan sekä yhteistyösopimusten sisältöä. Komissio käynnistää vihreällä kirja lla kuulemisen, jonka tavoitteena on kartoittaa jäsenvaltioissa käytössä olevia julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyöjärjestelyjä sekä näkemyksiä yhteisölainsäädännön kehittämistarpeista. Julkinen kuuleminen päättyy 30.7.2004.

Ylijohtaja

Bo Göran Eriksson

Hallitussihteeri

Eija Kontuniemi

LIITTEET Perusmuistio ja vihreä kirja suomeksi ja ruotsiksi

EU; Komission vihreä kirja julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta

EUTORI/Eurodoc nro:

EU/2004/1047

U-tunnus / E -tunnus:

Käsittelyvaihe ja käsittelyn tarkoitus:

Suomen vastauksen antaminen komission julkiseen kuulemiseen vihreästä kirjasta

Asiakirjat:

Komission vihreä kirja julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta KOM(2004) 327 lopullinen

EU:n oikeuden mukainen oikeusperusta/päätöksentekomenettely:

Käsittelijä(t):

KTM, Eija Kontuniemi, puh. 1606 4694
KTM, Tarja Arla, puh. 1606 2113

Suomen kanta/ohje:

Suomen kannanmuodostus vihreään kirjaan on kesken.

Pääasiallinen sisältö:

Vihreä kirja liittyy komission vuosien 2003-2006 sisämarkkinastrategiassa sekä Euroopan kasvualoitetta koskevassa tiedonannossa lueteltuihin toimenpiteisiin. Vihreässä kirjassa esitettyjä kysymyksiä on käsitelty myös komission yleishyödyllisistä palveluista antamassa vihreässä kirjassa (KOM(2003) 270 lopullinen) sekä käyttöoikeussopimuksia koskevassa komission tulkitsevassa tiedonannossa (2000/C121/02). Euroopan parlamentti on julkisten hankintojen direktiivien käsittelyn yhteydessä pyytänyt komissiota harkitsemaan käyttöoikeussopimuksia ja muita julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksia koskevan direktiiviehdotuksen antamista.

Vihreä kirja koskee julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksia sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevaa yhteisön oikeutta. Komissio käynnistää vihreällä kirjalla julkisen kuulemisen, jolla pyritään selvittämään jäsenvaltioissa käytettäviä julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyöjärjestelyjä sekä kartoittamaan yhteisölainsäädännön kehittämistarpeita.

Vihreässä kirjassa ei ole tarkoitus ottaa kantaa julkisten palvelujen ulkoistamiseen. Vihreässä kirjassa esitellään voimassa olevien yhteisön säännösten soveltumista yksityisen kumppanin valintaan, kumppanuussopimuksiin, julkisen ja yksityisen sektorin yhteisyritysten perustamiseen sekä julkisen yksikön siirtämiseen yksityisen sektorin valvontaan.

Vihreässä kirjassa kumppanuudella tarkoitetaan julkisen viranomaisen ja yritysmaailman yhteistyömuotoja, joiden tarkoituksena on jonkin infrastruktuurin rahoittaminen, rakentaminen, uudistaminen, hallinnointi, huolto taikka jonkin palvelun tarjoaminen. Kumppanuuksille on ominaista yhteistyösuhteen pitkäkestoisuus, yksityisen rahoituksen hyödyntäminen sekä riskien jako yksityisen ja julkisen sektorin välillä. Julkisella käyttöoikeussopimuksella tarkoitetaan työn tekemistä tai palvelujen tuottamista koskevaa sopimusta, jossa toteutettavan työn tai palvelun korvauksena taloudellinen toimija saa työn tai palvelun käyttöoikeuden tai tällaisen oikeuden ja maksun yhdessä.

Yhteisön oikeudessa ei ole erityisjärjestelmää, joka soveltuisi julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksiin. Perustamissopimuksen sijoittautumisvapauteen sekä palvelujen tarjoamisen vapauteen liittyvät säännöt ja periaatteet soveltuvat silloin, kun julkinen virnaomainen antaa taloudellisia toimintoja kolmannen osapuolen tehtäväksi tai myöntää julkisen käyttöoikeussopimuksen kolmelle osapuolelle. Komissio katsoo perustamissopimuksen periaatteiden edellyttävän yksityisen kumppanin valinnassa ja käyttöoikeussopimusten myöntämisessä noudatettavan avoimuutta ja sekä menettelytapoja, jotka turvaavat taloudellisten toimijoiden yhdenvertaista kohtelun.

Julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimukset voivat kuulua myös julkisten hankintojen sääntelyn piiriin silloin, kun kysymyksessä on julkisen hankintasopimuksen tekeminen. Julkiset tavara- ja palveluhankinnat sekä rakennusurakat tulee kilpailuttaa julkisten hankintojen direktiivejä noudattaen.

Komissio näkee ongelmalliseksi selkeiden ja yhteensovittamattomien sääntöjen puuttumisen. Uhkana on, että oikeudellinen epävarmuus vaarantaa sisämarkkinatavoitteiden toteutumisen, johtaa epäyhtenäisiin käytäntöihin jäsenmaissa ja muodostaa todellisen esteen julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimusten tekemiselle. Komissio ilmoittaa harkitsevansa erityisesti julkisiin käyttöoikeussopimuksiin liittyviä lainsäädäntötoimia.

Komission käynnistämä julkinen kuuleminen päättyy 30.7.2004. Komissio tekee saamansa palautteen perusteella johtopäätöksensä ja esittää tarvittaessa konkreettisia aloitteita, kuten säädösaloitteita, tulkitsevia tiedonantoja tai aloitteita kansallisten toimintatapojen koordinoimiseksi.

.

Kansallinen käsittely:

Lausuntopyyntö ministeriöille, Ahvenanmaan maakuntahallitukselle sekä keskeisille järjestöille 10.5.2004
EU-asioiden komitean alaisen kilpailukykyjaoston informoiminen 10.5.2004

Eduskuntakäsittely:

Kansallinen lainsäädäntö:

Laki julkisista hankinnoista (1505/1992) sekä asetukset kynnysarvot ylittävistä hankinnoista (380/1998 ja 381/1998). Hankintalainsäädännön kokonaisuudistus on vireillä.

Taloudelliset vaikutukset:

Muut mahdolliset asiaan vaikuttavat tekijät:



EUROOPAN YHTEISÖJEN KOMISSIO

Bryssel 30.4.2004
KOM(2004) 327 lopullinen

VIHREÄ KIRJA

JULKISEN JA YKSITYISEN SEKTORIN YHTEISTYÖSOPIMUKSISTA SEKÄ JULKISIA HANKINTOJA JA KÄYTTÖOIKEUSSOPIMUKSIA KOSKEVASTA YHTEISÖN OIKEUDESTA

(komission esittämä)

SISÄLLYS

1.	<i>Julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuden kehitys: toteamuksia ja haasteita</i>	3
1.1	Julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuus	3
1.2	Sisämarkkinoiden haaste: julkisen ja yksityisen kumppanuuden kehittäminen todellisen kilpailun ja oikeudellisen selkeyden edellyttämällä tavalla	5
1.3	Käsillä olevan vihreän kirjan erityistavoite ja suunnitelma	8
2.	<i>Puhtaasti sopimusperusteinen julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuus sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskeva yhteisön lainsäädäntö.....</i>	9
2.1	Yksityisen kumppanin valinta.....	10
2.1.1	Puhtaasti sopimusperusteinen kumppanuus: julkiseksi hankintasopimukseksi katsottava toimeksianto	10
2.1.2	Puhtaasti sopimusperusteinen kumppanuus: käyttöoikeussopimukseksi katsottava toimeksianto	11
2.2	Taloudellisen toimijan valintaa koskevia erityiskysymyksiä yksityiseen aloitteeseen perustuvan julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksen yhteydessä	14
2.3	Yksityisen kumppanin valinnan jälkeinen vaihe.....	15
2.3.1	Hanketta koskevat sopimussäännöt.....	15
2.3.2	Tiettyjen tehtävien alihankinta	17
3.	<i>Rakenteellinen julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuus sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskeva yhteisön lainsäädäntö.....</i>	18
3.1	Julkisen sektorin ja yksityisen sektorin yhteisesti hallinnoimaa erikseen perustettavaa tilapäistä yksikköä edellyttävän kumppanuuden toteuttaminen.....	19
3.2	Julkisen yksikön siirtäminen yksityisen toimijan valvontaan.....	22
4.	<i>Lopuksi.....</i>	23

1. JULKISEN JA YKSITYISEN SEKTORIN KUMPPANUUDEN KEHITYS: TOTEAMUKSIA JA HAASTEITA

1.1 Julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuus

1. Julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuden käsitettä ei ole määritelty yhteisön tasolla. Sillä tarkoitetaan yleensä julkisviranomaisten ja yritysmaailman yhteistyömuotoja, joiden tarkoituksena on jonkin infrastruktuurin rahoittaminen, rakentaminen, uudistaminen, hallinnointi tai huolto taikka jonkin palvelun toimittaminen.
2. Julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusjärjestelyille ovat yleensä ominaisia seuraavat seikat:
 - Kumppanuuteen osallistuvien julkisen ja yksityisten osapuolten yhteistyösuhteen suhteellinen pitkäkestoisuus ja toteutettavan hankkeen monipuolisuus.
 - Hankkeen rahoituksen kuuluminen osittain yksityisen sektorin vastuulle toisinaan eri toimijoiden välisten mutkikkaiden rakenteiden kautta. Yksityistä rahoitusta voidaan kuitenkin täydentää joskus hyvinkin merkittävien julkisin rahoitusosuuksin.
 - Hankkeen eri vaiheisiin (suunnitteluun, toteutukseen, käynnistämiseen ja rahoitukseen) osallistuvan taloudellisen toimijan tärkeä rooli. Julkinen kumppani keskittyy erityisesti saavutettavien tavoitteiden määrittelyyn yleisen edun, tarjottavien palveluiden laadun ja hintapolitiikan kannalta sekä huolehtii kyseisten tavoitteiden noudattamisen valvonnasta.
 - Riskien jako julkisen ja yksityisen kumppanin kesken; osa yleensä julkisen sektorin kannettavina olevista epävarmuustekijöistä siirretään yksityiselle kumppanille. Julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimukset eivät kuitenkaan välttämättä merkitse, että kaikki tai suurin osa hankkeeseen liittyvistä riskeistä säilytettäisiin yksityiselle kumppanille. Riskit jaetaan täsmällisesti hanke hankkeelta sen mukaan, mikä on kunkin osapuolen kyky arvioida, valvoa ja hallinnoida niitä.
3. Julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusilmiö on kehittynyt viime vuosikymmenenä monilla julkiseen hallintoon kuuluvilla aloilla. Julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuden käytön lisääntyminen eri toiminnoissa selittyy monin tekijöin. Jäsenvaltioiden talousarviorajoitusten kannalta kumppanuus täyttää tarpeen saada julkiselle sektorille yksityistä rahoitusta. Se selittyy myös halusta tehostaa yksityisen sektorin osaamisen ja toimintamenetelmien hyödyntämistä julkisella sektorilla. Julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuden kehitys liittyy myös yleisemmin valtion roolin kehitykseen talouselämässä; valtio muuttuu suorasta toimijasta organisaattoriksi, säätelijäksi ja valvojaksi.
4. Jäsenvaltioiden julkisviranomaiset käyttävät julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuutta usein toteuttaakseen infrastruktuurihankkeitaan erityisesti liikenteen, kansanterveyden, koulutuksen ja yleisen turvallisuuden aloilla. Euroopan tasolla on myönnetty, että julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuus voi osaltaan edistää Euroopan laajuisten liikenneverkkojen toteuttamista, joka on pahasti viivästynyt

lähinnä sijoitusten riittämättömyyden vuoksi.¹ Talouskasvua koskevan aloitteensa yhteydessä neuvosto hyväksyi joukon toimia, joilla pyritään kasvattamaan sijoituksia Euroopan laajuisen verkon perusrakenteisiin, innovaatiotoimintaan sekä tutkimukseen ja kehitykseen etenkin julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuushankkeiden avulla.²

5. Julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyö voi tosin tarjota mikrotaloudellisia etuja, joiden ansiosta voidaan toteuttaa hinta-laatusuhteeltaan parempia hankkeita ja samalla säilyttää yleisen edun mukaiset tavoitteet, mutta turvautuminen julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuteen ei kuitenkaan voi olla mikään ihmelääke talousarviorajoitusten kanssa painiskelevalle julkiselle sektorille.³ Kokemus osoittaa, että kunkin hankkeen osalta on syytä arvioida, tarjoaako kumppanuus todellista lisäarvoa muihin vaihtoehtoihin kuten esimerkiksi tavanomaiseen hankintasopimukseen verrattuna.⁴
6. Komissio toteaa kiinnostuneena niin ikään, että eräät jäsenvaltiot ja liittymässä olevat valtiot ovat luoneet yksityisen ja julkisen sektorin kumppanuutta koordinoivia ja edistäviä välineitä, joiden avulla pyritään muun muassa levittämään kumppanuusalan hyviä toimintatapoja kyseisissä valtioissa tai Euroopan tasolla. Näillä välineillä pyritään saamaan kerätty asiantuntemus vastavuoroisesti saataville (esimerkiksi työryhmät Yhdistyneessä Kuningaskunnassa ja Italiassa) ja siten antamaan käyttäjille neuvoja erilaisista kumppanuuden muodoista ja niiden vaiheista, kuten alustavasta määrittelystä, yksityisen kumppanin valinnasta, parhaasta riskien jaosta, sopimuslausekkeiden valinnasta tai vaikkapa yhteisön rahoituksen mukaan ottamisesta.
7. Julkisviranomaiset turvautuvat kumppanuusjärjestelyihin yksityisen sektorin kanssa myös julkisten palveluiden hallinnoinnissa erityisesti paikallistasolla. Niinpä jätehuollon tai veden- ja energianjakelun julkinen palvelu annetaan yhä useammin yritysten tehtäväksi siitä riippumatta, ovatko ne julkisia, yksityisiä vai sekayrityksiä. Vihreässä kirjassa yleishyödyllisistä palveluista muistutetaan, että kun viranomainen päättää myöntää palvelun hallinnoinnin kolmannelle osapuolelle, tämän on noudatettava julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevaa lainsäädäntöä silloinkin, kun kyseinen palvelu katsotaan yleishyödylliseksi.⁵ Euroopan parlamentti on sitä paitsi myöntänyt, että kyseisten sääntöjen noudattaminen ”voi olla tehokas keino välttää kilpailun epäasianmukainen rajoittaminen niin, että julkinen sektori voi

¹ Katso 23.4.2003 annettu komission tiedonanto ”Euroopan laajuisen liikenneverkon kehittäminen: Uusia rahoituskeinoja – Sähköisen maksunkeruun yhteentoimivuus”, KOM(2003) 132 lopullinen, ja 27.6.2003 annettu korkean tason työryhmän kertomus Euroopan laajuisesta liikenneverkosta.

² Puheenjohtajan päätelmät, Brysselin Eurooppa-neuvosto 12.12.2003.

³ Euroopan yhteisöjen tilastotoimisto Eurostat teki 11.2.2004 päätöksen (ks. lehdistötiedote STAT/04/18) säännöistä, jotka koskevat yksityisen sektorin kanssa allekirjoitettujen julkisen sektorin yhteistyösopimusten kirjanpitoa valtion tileissä. Päätöksessä täsmennetään, mikä on yhteistyösopimusten vaikutus julkisen talouden alijäämään/ylijäämään ja julkiseen velkaan. Eurostat suosittelee, että julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuudesta johtuvat kohde-etuudet katsotaan ei-julkisiksi kohde-etuuksiksi eikä niitä merkitä julkisen hallinnon taseeseen, jos seuraavat kaksi ehtoa täyttyvät: 1. yksityinen kumppani vastaa rakentamisen riskistä ja 2. joko saatavuuden riskistä tai kysynnän riskistä.

⁴ Katso komission tiedonanto neuvostolle ja Euroopan parlamentille ”Public finances in EMU 2003” julkaisussa European Economy 3/2003 (Julkinen talous EMUssa 2003, KOM(2003) 283 lopullinen).

⁵ KOM(2003) 270 lopullinen. Vihreän kirjan tekstiin ja sitä koskeviin kannanottoihin voi tutustua Internet-osoitteessa http://europa.eu.int/comm.secretariat_general/services_general_interest.

samalla määrittää ja valvoa itse ehtoja, jotka koskevat laatua, saatavuutta, sosiaalisia normeja ja ympäristövelvoitteita”.⁶

1.2 Sisämarkkinoiden haaste: julkisen ja yksityisen kumppanuuden kehittäminen todellisen kilpailun ja oikeudellisen selkeyden edellyttämällä tavalla

8. Käsillä oleva vihreä kirja on panos keskusteluun julkisen ja yksityisen kumppanuuden ilmiöstä suhteessa julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevaan yhteisön oikeuteen. Yhteisön oikeudessa ei ole säädetty erityisjärjestelmästä, joka kattaisi julkisten ja yksityisten yhteistyösopimusten ilmiön. Tästä huolimatta jokaista asiakirjaa, jonka perusteella julkinen elin antaa jonkin taloudellisen toiminnon suorittamisen kolmannen osapuolen tehtäväksi siitä riippumatta, onko asiakirja sopimusperusteinen vai yksipuolinen, on tarkasteltava perustamissopimuksesta johtuvien sääntöjen ja periaatteiden taustaa vasten erityisesti sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden alalla (EY:n perustamissopimuksen 43 ja 49 artikla).⁷ Kyseisiin periaatteisiin kuuluvat etenkin avoimuuden, yhdenvertaisen kohtelun, suhteellisuuden ja vastavuoroisen tunnustamisen periaatteet.⁸ Lisäksi on annettu yksityiskohtaisia säännöksiä, joita on sovellettava julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettujen direktiivien soveltamisalaan kuuluvissa tapauksissa.^{9 10} Kyseisillä direktiiveillä pyritään ”suojaamaan sellaisten jäsenvaltion sijoittautuneiden taloudellisten toimijoiden etuja, jotka haluavat tarjota tavaroita tai palveluja toisessa jäsenvaltiossa oleville hankintaviranomaisille, ja tätä tarkoitusta varten pyritään sulkemaan pois se mahdollisuus, että hankintaviranomaisen

⁶ Euroopan parlamentin päätöslauselma komission vihreästä kirjasta yleishyödyllisistä palveluista, hyväksytty 14.1.2004.

⁷ Sisämarkkinasääntöjä, myös hankinta- ja käyttöoikeussopimuksia koskevia sääntöjä, on sovellettava kaikkeen luonteeltaan taloudelliseen toimintaan, toisin sanoen toimintaan, jonka tarkoituksena on palveluiden, tavaroiden tai työsuoritusten tarjoaminen markkinoille, vaikka kyseisten palveluiden, tavaroiden tai työsuoritusten tarkoituksena olisi ’julkisen palvelun’ varmistaminen sellaisena kuin jäsenvaltio on sen määritellyt.

⁸ Katso komission tulkitseva tiedonanto käyttöoikeussopimuksista (konsessio) yhteisön oikeudessa, EYVL C 121, 29.4.2000.

⁹ Esimerkiksi julkisia palveluhankintoja, julkisia tavaranhankintoja, julkisia rakennusurakoita sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoinnin alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetut direktiivit 92/50/ETY, 93/36/ETY, 93/37/ETY ja 93/38/ETY. Kyseiset direktiivit on määrä korvata julkisia tavara- ja palveluhankintoja sekä julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/18/EY sekä vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/17/EY, jotka julkaistaan piakkoin EUVL:ssä. Näiden uusien direktiivien [väliaikaiseen] versioon voi tutustua Internet-sivustolla http://www.europarl.eu.int/code/concluded/default_2003_en.htm.

¹⁰ Lisäksi julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuden toteuttaminen voi eräillä aloilla, etenkin liikenteen alalla kuulua alakohtaisen erityislainsäädännön soveltamisalaan. Katso yhteisön lentoliikenteen harjoittajien pääsystä yhteisön sisäisen lentoliikenteen reiteille annettu neuvoston asetus (ETY) N:o 2408/92, palvelujen tarjoamisen vapauden periaatteen soveltamisesta meriliikenteeseen jäsenvaltioissa annettu neuvoston asetus (ETY) N:o 3577/92, julkisten palvelujen käsitteeseen rautatie-, maantie- ja sisävesiliikenteessä olennaisesti kuuluvia velvoitteita koskevista jäsenvaltioiden toimenpiteistä annettu neuvoston asetus (ETY) N:o 1191/69, sellaisena kuin se on muutettuna neuvoston asetuksella (ETY) N:o 1893/91, sekä muutettu ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi rautateiden, maanteiden ja sisävesien henkilöliikenteeseen liittyviä julkisen palvelun vaatimuksia ja julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemistä koskevista jäsenvaltioiden toimista (KOM(2002) 107 lopullinen).

päätöksentekoa ohjaavat muut kuin taloudelliset perusteet”.¹¹ Direktiivien yksityiskohtaisten säännösten soveltaminen on kuitenkin rajattu riippuvaksi tietyistä oletuksista ja koskee lähinnä sopimusten tekovaihetta.

9. Yksityisen kumppanin valintaan sovellettavat säännöt riippuvat ensinnäkin siitä, miten määritellään sopimussuhde, joka muodostuu kyseisen kumppanin ja hankintaviranomaisen välille.¹² Yhteisön johdetun oikeuden mukaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty hankintaviranomaisen ja toimeksisaajan kesken ja joiden tarkoituksena on rakennusurakan suorittaminen, hankkeen toteuttaminen tai palvelun toimittaminen, on pidettävä työ- tai palvelusuoritusten julkisena hankintasopimuksena. Käyttöoikeussopimuksella puolestaan tarkoitetaan muuten samanlaista sopimusta kuin hankintasopimuksella, paitsi että toteutettavan työn tai palvelun korvauksena on joko yksinomaan kyseisen työn tai palvelun käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.
10. Kyseisten määritelmien tekijöitä arvioitaessa on tuomioistuimen mukaan varmistettava, että kulloinkin sovellettavan direktiivin tehokas vaikutus ei vaarannu.¹³ Esimerkiksi sopimuksen käsitteeseen kansallisessa lainsäädännössä liittyviin muutoseikkoihin ei voida vedota, jos direktiivit menettävät tehokkaan vaikutuksensa. Kyseisen sopimuksen rahallinen luonne ei myöskään välttämättä edellytä julkiselta kumppanilta maksun suorittamista, vaan kysymykseen voi tulla muodoltaan hyvin monenlainen yksityisen kumppanin saama vastasuorite.
11. Työ- tai palvelusuoritusten julkisina hankintasopimuksina pidettävät, ensisijaisiksi määritellyt sopimukset¹⁴ kuuluvat yhteisön direktiivien yksityiskohtaisten säännösten soveltamisalaan. 'Ei-ensisijaisiksi' kutsuttujen työ- ja palvelusuoritusten käyttöoikeussopimuksia puolestaan hallinnoidaan vain muutamilla johdetun oikeuden hajanaisilla säännöksillä. Eräät järjestelyt, varsinkin palvelujen käyttöoikeussopimukset, jäävät johdetun oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle. Sama koskee sitä paitsi kaikkea yksipuolisen asiakirjan perusteella toteutettavien tehtävien myöntämistä.
12. Yhteisö on siis yhteensovittanut yksityisen osapuolen valintaa koskevaa sääntelykehystä monella tasolla ja teholtaan eri asteisesti ja jättänyt kansalliselle tasolle suuren joukon toisistaan poikkeavia lähestymistapoja, joskin kaikkia toimia, joihin kuuluu tehtävän myöntäminen kolmannelle osapuolelle, säännellään EY:n perustamissopimuksen 43–49 artiklasta johtuvien periaatteiden vähimmäisperustalta.

¹¹ Yhdistetyissä asioissa C-285/99 ja C-286/99, *Impresa Lombardini v. ANAS*, 27.11.2001 annetun tuomion 36 kohta, sekä vastaavasti asia C-380/98, *University of Cambridge*, Kok. s. I-8035, ja asia C-19/00, *SIAC construction*, Kok. s. I-7725.

¹² Julkisten ja yksityisten yhteistyösopimusten julkisia osapuolia ovat ensisijaisesti kansalliset, alueelliset ja paikalliset viranomaiset. Julkisia osapuolia voivat niin ikään olla valtion valvonnassa yleishyödyllisten tehtävien suorittamista varten perustetut julkisoikeudelliset elimet tai tiettyjen yhteysverkkoja käyttävien toimialojen hallinnolliset tahot. Yksinkertaisuuden vuoksi termiä 'hankintaviranomainen' käytetään tässä asiakirjassa tarkoittamaan kaikkia tällaisia elimiä. Termi kattaa näin ollen 'hankintaviranomaiset' direktiiveissä 92/50/ETY, 93/36/ETY, 93/37/ETY ja 2004/18/EY tarkoitettussa mielessä sekä 'hankintayksiköt', joita julkisviranomaiset ja julkiset yritykset ovat direktiiveissä 93/38/ETY ja 2004/17/EY tarkoitettussa mielessä.

¹³ Asiassa C-399/98, *Scala*, 12.7.2001 annettu tuomioistuimen tuomio, Kok. s. I-5409, ks. erityisesti 53–55 kohta.

¹⁴ Toisin sanoen direktiivin 92/50/ETY liitteessä I A ja direktiivin 93/38/ETY liitteessä XVI A luetellut työt ja palvelut.

13. Komissio on jo tehnyt julkisen ja yksityisen kumppanuuden ilmiöön liittyviä aloitteita julkisia hankintasopimuksia koskevan oikeuden alalla. Komissio julkaisi vuonna 2000 tulkitsevan tiedonannon käyttöoikeussopimuksista (konsessio) yhteisön oikeudessa ja julkisia hankintoja koskevasta yhteisön oikeudesta.¹⁵ Tiedonannossa komissio täsmentää perustamissopimuksesta ja sovellettavasta johdetusta oikeudesta johtuvien sääntöjen ja periaatteiden pohjalta käyttöoikeussopimuksen käsitteen rajoja yhteisön oikeudessa sekä taloudellisten toimijoiden valintaa koskevia julkisviranomaisten velvollisuuksia, kun käyttöoikeuksia myönnetään. Lisäksi Euroopan parlamentin ja neuvoston uusissa direktiiveissä, joiden tarkoituksena on yhteisön lainsäädäntökehyksen ajanmukaistaminen ja yksinkertaistaminen, on vahvistettu uudenlainen myöntämismenettely, joka on suunniteltu ennen kaikkea vastaamaan poikkeuksellisen monitahoisten hankintasopimusten myöntämisen ja siis tiettyjen julkisen ja yksityisen kumppanuuden ilmenemismuotojen erityistarpeita. Tämä kilpailulliseksi neuvottelumenettelyksi sanottu uusi menettely antaa viranomaisille mahdollisuuden keskustella ehdokasyritysten kanssa kulloinkin esiintyviä tarpeita vastaavien ratkaisujen kartoittamiseksi.
14. Tästä huolimatta monet asiasta kiinnostuneiden tahojen edustajat katsovat, että yhteisön säännökset, joita sovelletaan julkisen viranomaisen kanssa julkisen ja yksityisen kumppanuuden puitteissa yhteistyöhön ryhtyvien yritysten valintaan, sekä niiden vaikutukset kumppanuussopimuksen toteuttamista säänteleviin sopimussuhteisiin eivät ole kyllin selkeät ja että jäsenvaltioiden suhtautuminen säännöksiin on epäyhtenäistä. Tilanne aiheuttaa yhteisön toimijoille epävarmuutta, joka voi muodostaa todellisen esteen julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimusten laatimiselle tai onnistumiselle tärkeiden perusrakenteiden rahoituksen ja laadukkaiden julkisten palveluiden kehittämisen kustannuksella.
15. Euroopan parlamentti on pyytänyt komissiota tarkastelemaan mahdollisuutta hyväksyä direktiiviehdotus käyttöoikeussopimusten ja muunlaisten julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimusten yleisestä sääntelystä.¹⁶ Myös talous- ja sosiaalikomitea on katsonut, että asiassa on tarpeen tehdä lainsäädäntöaloite.¹⁷
16. Laatimansa vuosien 2003–2006 sisämarkkinastrategian¹⁸ yhteydessä komissio ilmoitti julkaisevansa vihreän kirjan julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta. Tarkoituksena on käynnistää keskustelu siitä, miten julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimukset voivat kehittyä parhaiten tehokkaan kilpailun ja oikeudellisen selkeyden ympäristössä. Vihreän kirjan julkaiseminen kuuluu myös Euroopan kasvualoitteen yhteydessä kaavailtuihin toimiin.¹⁹ Se on niin

¹⁵ Komission tulkitseva tiedonanto käyttöoikeussopimuksista (konsessio) yhteisön oikeudessa. EYVL C 121, 29.4.2000.

¹⁶ Euroopan parlamentin lausunto ensimmäisessä käsittelyssä 10.5.2002 komission ehdotuksesta KOM(2000) 275.

¹⁷ TSK:n lausunto, EYVL C 14, 16.1.2001, esittelijä Philippe Levaux, kohta 4.1.3, sekä TSK:n lausunto, EYVL C 193, 10.7.2001, esittelijä Bo Green, kohta 3.5.

¹⁸ Sisämarkkinastrategia – Vuosien 2003–2006 painopisteet, KOM(2003) 238 lopullinen.

¹⁹ Komission tiedonanto – Euroopan kasvualoite – Investointi verkkoihin ja osaamiseen kasvun ja työllisyyden hyväksi, KOM(2003) 690 lopullinen, 11.11.2003. Brysselin Eurooppa-neuvosto hyväksyi raportin kokouksessaan 12.12.2003.

ikään vastaus eräisiin pyyntöihin, jotka muotoiltiin yleishyödyllisiä palveluita koskevan vihreän kirjan johdosta järjestetyn julkisen kuulemisen yhteydessä.²⁰

1.3 Käsillä olevan vihreän kirjan erityistavoite ja suunnitelma

17. Tämän vihreän kirjan tavoitteena on käynnistää keskustelu siitä, miten julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevaa yhteisön lainsäädäntöä sovelletaan julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusilmioon. Näin käynnistettävässä keskustelussa keskitytään siis sääntöihin, joita on sovellettava, kun päätetään antaa jokin tehtävä kolmannelle osapuolelle. Keskustelu käydään paikallisen tai kansallisen viranomaisen tekemän taloudellisen ja toiminnallisen päätöksen jälkeen eikä sitä saa nähdä yleisenä kannanottona julkisten palvelujen ulkoistamisen puolesta tai sitä vastaan, sillä kyseinen valinta kuuluu julkisviranomaisten toimivaltaan. Julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevassa yhteisön lainsäädännössä ei näet oteta kantaa jäsenvaltioiden valinnanvapauteen julkisen palvelun toimituttamisesta omalla organisaatiollaan tai kolmannella osapuolella.
18. Lähemmin tämän vihreän kirjan tarkoituksena on esitellä yhteisön säännösten soveltamista yksityisen kumppanin valintaan ja sen jälkeiseen vaiheeseen mahdollisten epävarmuustekijöiden paljastamiseksi ja sen selvittämiseksi, soveltuvatko yhteisön tarjoamat puitteet julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimusten erityisiin haasteisiin ja ominaispiirteisiin. Yhteisön mahdollisia toimenpiteitä varten hahmotellaan pohdintalinjoja. Koska vihreän kirjan tarkoituksena on käynnistää kuuleminen, mistään yhteisön toimenpiteistä ei ole tehty ennakkopäätöstä. Kilpailumahdollisuuksien parantamiseksi oikeudellisesti selkeässä ympäristössä julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusjärjestelyissä on käytettävissä hyvin monenlaisia välineitä: säädöksiä, tulkitsevia tiedonantoja, kansallisten toimintatapojen koordinoitavia toimia sekä hyvien toimintatapojen vaihtoa jäsenvaltioiden välillä.
19. Vihreässä kirjassa keskitytään siis julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskeviin kysymyksiin, mutta muistettakoon, että komissio on muilla aloilla jo toteuttanut toimia, joiden avulla pyritään poistamaan julkisten ja yksityisten yhteistyösopimusten toteuttamista haittaavia esteitä. Niinpä hiljattain on selkeytetty sääntöjä, jotka koskevat yksityisen sektorin kanssa allekirjoitettujen julkisen sektorin yhteistyösopimusten kirjanpitoa valtion tileissä.²¹ Muistettakoon edelleen, että myös Eurooppa-yhtiön sääntöjen laatiminen helpottaa julkisen ja yksityisen sektorin yleiseurooppalaisten yhteistyösopimusten toteuttamista.²²
20. Tämän vihreän kirjan tarkastelun helpottamiseksi ehdotetaan, että erotetaan toisistaan
 - puhtaasti sopimusperusteiset julkiset ja yksityiset kumppanuudet, joissa julkisen sektorin ja yksityisen sektorin välinen yhteistyö perustuu yksinomaan sopimuksellisiin siteisiin
 - rakenteelliset julkiset ja yksityiset kumppanuudet, jotka koskevat julkisen sektorin ja yksityisen sektorin yhteistyötä jonkin erillisen yksikön puitteissa.

²⁰ Kertomus yleishyödyllisiä palveluja koskevan vihreän kirjan johdosta järjestetyn kuulemisen tuloksista, katso edellä alaviite 5.

²¹ Edellä alaviite 3.

²² Neuvoston asetus (EY) N:o 2157/2001, annettu 8.10.2001.

Erottelu perustuu toteamukseen, että jäsenvaltioissa tavattavien julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuskäytäntöjen kirjavuus voidaan johtaa kahdesta suuresta mallista. Ne herättävät kumpikin erityiskysymyksiä siitä, miten julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevaa yhteisön lainsäädäntöä on sovellettava, ja ansaitsevat erillisen selvityksen, joka on seuraavien lukujen kohteena.²³

2. PUHTAASTI SOPIMUSPERUSTEINEN JULKISEN JA YKSITYISEN SEKTORIN KUMPPANUUS SEKÄ JULKISIA HANKINTOJA JA KÄYTTÖOIKEUSSOPIMUKSIA KOSKEVA YHTEISÖN LAINSÄÄDÄNTÖ

21. Puhtaasti sopimusperusteisen julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuden käsitteellä tarkoitetaan yksinomaan eri toimijoiden välisiin sopimussiteisiin perustuvaa kumppanuutta. Se kattaa erilaisia järjestelyitä, joissa yksi tai useampi laajuudeltaan vaihteleva tehtävä annetaan yksityisen sopimuspuolen suoritettavaksi. Järjestelyt voivat sisältää työ- tai palvelusuoritteen suunnittelun, rahoituksen, toteutuksen, ajanmukaistamisen tai käyttöoikeuden.
22. Yhtä alan tunnetuimmista malleista kutsutaan usein käyttöoikeusmalliksi.²⁴ Sille on ominaista yksityisen kumppanin ja loppukäyttäjän välinen suora suhde: yksityinen osapuoli toimittaa yleisölle palvelun julkisen osapuolen sijasta mutta sen valvonnassa. Mallille on ominaista myös tapa, jolla toimeksisaaja saa työstään korvauksen. Se tapahtuu keräämällä palvelun käyttäjiltä maksuja, joita tarvittaessa täydennetään julkisen vallan myöntämin avustuksin.
23. Toisenlaisissa järjestelyissä yksityisen kumppanin tehtävänä on toteuttaa infrastruktuuri (esimerkiksi koulu, sairaala, vankila tai liikenneinfrastruktuuri) ja hallinnoida sitä julkisviranomaisen puolesta. Tyypillisin esimerkki tämänkaltaisista järjestelyistä on PFI.²⁵ Kyseisessä mallissa yksityinen kumppani saa korvauksen julkisen kumppanin suorittamien säännöllisten maksujen muodossa rakennuksen tai palvelun käyttäjiltä saatavien käyttömaksujen sijasta. Maksut voivat olla kiinteämääräisiä, mutta ne voidaan myös laskea eri tavoin, esimerkiksi rakennuksen tai siihen liittyvien palvelujen käytettävyyden tai jopa käyttöiheyden mukaan.²⁶

1. Millaisia puhtaasti sopimusperusteisia julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusjärjestelyitä tiedätte? Kuuluvatko järjestelyt maassanne lainsäädännöllisen tai muun erityissäännösten piiriin?

²³ Tässä erottelussa ei oteta huomioon kansallisessa lainsäädännössä annettuja oikeudellisia määritelmiä eikä mitenkään ennakoida kyseisen kaltaisten järjestelyiden tai sopimusten määrittelyä yhteisön oikeudessa. Jäljempänä annettavan selvityksen tarkoituksena on siis ainoastaan tehdä ero yleensä julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksiksi määriteltyjen järjestelyjen välillä ja seuraavassa vaiheessa auttaa määrittelemään julkishankintoihin ja käyttöoikeussopimuksiin sovellettavat yhteisön säännökset.

²⁴ Muistettakoon, että kansallisessa lainsäädännössä tai osapuolten tekemissä sopimuksissa annetut määritelmät eivät vaikuta julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevan yhteisön lainsäädännön mukaisesti tehtyjen sopimusten oikeudellisiin määrittelyihin.

²⁵ Lyhenne PFI tulee sanoista Private Finance Initiative. Kyseessä on Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen ohjelma, joka mahdollistaa julkisten infrastruktuurien ajanmukaistamisen yksityisen rahoituksen avulla. Samaa mallia käytetään muissakin jäsenvaltioissa joskus hyvin eri tavoin. PFI on ollut esimerkkinä muun muassa Betreibermodellin kehittämiseksi Saksassa.

²⁶ Näin esimerkiksi ”virtuaalisten tietullien” tapauksessa; niitä käytetään moottoritiehankkeiden yhteydessä erityisesti Yhdistyneessä kuningaskunnassa, Portugalissa, Espanjassa ja Suomessa.

2.1 Yksityisen kumppanin valinta

2.1.1 *Puhtaasti sopimusperusteinen kumppanuus: julkiseksi hankintasopimukseksi katsottava toimeksianto*

24. Ensisijaisiksi määriteltyjä työ- tai palvelusuoritteita²⁷ koskevien hankintasopimusten myöntämisessä sovellettavat säännöt johtuvat yhteisön direktiivien säännöksistä. Direktiiveissä on vahvistettu yksityiskohtaiset menettelyt erityisesti julkisuuden ja osallistumisen osalta. Jos viranomainen on tavanomaisten direktiivien²⁸ soveltamisalalla toimiva hankintaviranomainen, sen on yleensä käytettävä yksityisen kumppanin valinnassa avointa tai rajoitettua tarjouspyyntömenettelyä. Neuvottelumenettely on joskus mahdollinen poikkeustapauksissa ja tietyin edellytyksin. Tässä yhteydessä komissio muistuttaa, että direktiivin 93/37/ETY 7 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu poikkeus, joka koskee neuvottelumenettelyn käyttöä, jos hankintasopimuksen kohteena on luonteeltaan ja riskeiltään sellainen rakennusurakka, jonka kokonaishinnan vahvistaminen ennakkoon ei ole mahdollista, on soveltamisalaltaan suppea. Poikkeus koskee ainoastaan sellaisia poikkeuksellisia tilanteita, joihin sisältyvät epävarmuustekijät vaikuttavat *ennalta* suoritettavien töiden luonteeseen tai laajuuteen, mutta ei tilanteita, joissa epävarmuustekijät johtuvat muista syistä kuten esimerkiksi vaikeudesta vahvistaa hinta ennakkoon toteutettavien oikeudellisten ja rahoitusjärjestelyiden mutkikkuuden takia.²⁹
25. Kun direktiivi 2004/18/EY on hyväksytty, erityisen monimutkaisia hankintasopimuksia myönnettäessä voidaan soveltaa uutta kilpailulliseksi neuvottelumenettelyksi kutsuttua menettelyä.³⁰ Kilpailullista neuvottelumenettelyä voidaan käyttää tapauksissa, joissa hankintaviranomainen ei objektiivisesti katsoen pysty määrittelemään tarpeidensa ja tavoitteidensa edellyttämiä teknisiä keinoja tai huolehtimaan hankkeen oikeudellisista ja/tai rahoitusjärjestelyistä. Uusi menettely antaa hankintaviranomaisille mahdollisuuden aloittaa ehdokkaiden kanssa neuvottelut, joissa pyritään kehittämään kyseisiä tarpeita vastaavat ratkaisut. Neuvottelujen päätyttyä ehdokkaita pyydetään jättämään lopullinen tarjouksensa neuvottelujen kuluessa kartoitetun ratkaisun tai kartoitettujen ratkaisujen pohjalta. Tarjousten on sisällettävä kaikki vaaditut ja hankkeen toteuttamisen kannalta välttämättömät tekijät. Hankintaviranomaiset arvioivat tarjoukset *ennalta* vahvistettujen myöntämisperusteiden mukaisesti. Taloudellisesti edullisimman tarjouksen tekijä voi joutua selventämään tarjouksensa näkökohtia tai vahvistamaan siihen kuuluvat sitoumukset edellyttäen, että tästä ei aiheudu tarjouksen tai tarjouspyynnön olennaisten tekijöiden muutosta, kilpailun vääristymistä tai syrjintää.
26. Kilpailullisen neuvottelumenettelyn on määrä mahdollistaa tarvittava joustavuus, kun ehdokkaiden kanssa keskustellaan hankintasopimuksen kaikista näkökohdista sopimuksen tekovaiheessa samalla varmistaen, että keskustelut käydään avoimuuden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteita noudattaen ja perustamissopimuksessa

²⁷ Toisin sanoen niitä, jotka on lueteltu direktiivin 92/50/ETY liitteessä I A ja direktiivin 93/38/ETY liitteessä XVI A.

²⁸ Toisin sanoen direktiivien 93/37/ETY, 92/50/ETY ja 2004/18/EY.

²⁹ Näin voi olla asian laita esimerkiksi silloin, jos rakennusurakka suoritetaan geologisesti epävakaa tai arkeologisella alueella, ja suoritettavien töiden laajuutta on tästä syystä mahdoton arvioida menettelyä käynnistettäessä. Vastaavasta poikkeuksesta on säädetty direktiivin 92/50/ETY 11 artiklan 2 kohdassa ja direktiivin 2004/18/EY 30 artiklan 1 kohdan b alakohdassa.

³⁰ Direktiivin 2004/18/EY 29 artikla.

taloudellisille toimijoille vahvistettuja oikeuksia vaarantamatta. Menettely perustuu ajatukseen, että johdonmukaisista valintamenetelmistä on pidettävä kiinni kaikissa tilanteissa, sillä niiden avulla voidaan osaltaan varmistaa tietyn toimijan valintaan johtavan menettelyn puolueettomuus ja luottamuksellisuus. Näin taataan julkisten varojen käytön asianmukaisuus, vähennetään avoimuudeltaan riittämättömien toimintatapojen riskiä ja vahvistetaan hankkeiden toteuttamisen kannalta välttämätöntä oikeusvarmuutta.

27. Korostettakoon lisäksi, että uusilla direktiiveillä vahvistetaan hankintaviranomaisten halukkuutta liittää teknisiin eritelmiin toiminnallisia ja suorituskykyvaatimuksia. Hankintaviranomaiset voivat uusien säännösten ansiosta siis laajentaa mahdollisuutta ottaa huomioon innovoivia ratkaisuja hankintasopimuksen myöntämisvaiheessa hankkeen toteuttamismenettelystä riippumatta.³¹

2. Komissio katsoo, että kilpailukeskeisen neuvottelumenettelyn siirtäminen kansalliseen lainsäädäntöön antaa kysymykseen tuleville osapuolille mahdollisuuden käyttää menettelyä, joka soveltuu mahdollisimman hyvin julkisiksi hankintasopimuksiksi katsottavien sopimusten tekoon puhtaasti sopimusperusteista julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuutta toteutettaessa, ja samalla turvata taloudellisten toimijoiden perusoikeudet. Oletteko samaa mieltä? Ellette ole, minkä vuoksi?
3. Liittyykö kyseisiin sopimuksiin nähdäksenne muita kuin hankintamenettelyn valintaa koskevia kohtia, jotka voivat aiheuttaa ongelmia julkisia hankintoja koskevaan yhteisön lainsäädäntöön nähden? Jos liittyy, mitä kohtia ja mistä syistä?

2.1.2 Puhtaasti sopimusperusteinen kumppanuus: käyttöoikeussopimukseksi katsottava toimeksianto

28. Yhteisön lainsäädännössä käyttöoikeussopimuksiksi luokiteltujen sopimusten myöntämistä koordinoidaan vain harvoilla johdetun oikeuden säännöksillä. Rakennusurakoita koskeviin käyttöoikeussopimuksiin sovelletaan ainoastaan muutamia julkistamisvelvoitteita, joilla pyritään varmistamaan asianomaisten toimijoiden kilpailuttaminen ennakolta, sekä hakemusten jättämisen vähimmäismääräaikoja.³² Yksityisen kumppanin valintatapa on jätetty hankintaviranomaisten vapaaseen harkintaan edellyttäen, että ne noudattavat kaikilta osin perustamissopimuksesta johtuvia periaatteita ja sääntöjä.
29. Palveluita koskevien käyttöoikeussopimusten myöntämiseen sovellettavat säännöt on puolestaan vahvistettu ainoastaan viittauksella perustamissopimuksen 43 ja 49 artiklasta johtuviin periaatteisiin erityisesti avoimuuden, yhdenvertaisen kohtelun, suhteellisuuden ja vastavuoroisen tunnustamisen osalta.³³ Asiassa *Telaustria* antamassaan tuomiossa tuomioistuimien on todennut, että ”hankintaviranomaisia koskevan avoimuusvelvollisuuden sisältönä on taata kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa,

³¹ Direktiivin 2004/18/EY 23 artikla ja direktiivin 2004/17/EY 34 artikla.

³² Direktiivin 93/37/ETY 3 artiklan 1 kohta ja direktiivin 2004/18/EY 56–59 artikla.

³³ Komissio ehdotti palveluita koskevien käyttöoikeussopimusten sisällyttämistä direktiiviin 92/50/ETY, mutta lainsäädäntöprosessin aikana neuvosto päätti jättää ne direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

*minkä ansiosta palveluhankinnat avautuvat kilpailulle ja hankintasopimuksia koskevien tekomenettelyiden puolueettomuutta voidaan valvoa”.*³⁴

30. Komissio katsoo, että perustamissopimuksen asianmukaisista määräyksistä johtuvat säännöt voidaan tiivistää seuraaviksi velvoitteiksi: yksityisen kumppanin valintaan sovellettavien sääntöjen vahvistaminen; käyttöoikeussopimuksen myöntämisaikaseen ja valintaa ohjaaviin sääntöihin liittyvä asianmukainen julkisuus, jotta puolueettomuutta voidaan valvoa koko menettelyn ajan; mahdollisesti kiinnostuneiden ja/tai kyseisten tehtävien suorittamiseen pystyvien toimijoiden todellinen kilpailuttaminen; kaikkien osallistujien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen koko menettelyn ajan sekä hankintasopimuksen tekeminen puolueettomin ja syrjimättömin perustein.
31. Käyttöoikeussopimusten myöntämisessä sovellettava yhteisön lainsäädäntö johtuu siis olennaisilta osin yleisluontoisista velvoitteista, jotka eivät edellytä minkäänlaista jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen yhteensovittamista. Lisäksi, ja vaikka jäsenvaltioilla on ollut siihen mahdollisuus, hyvin harvat ovat halunneet antaa sisäisiä säädöksiä, joilla pyritään sääntelemään yleisesti ja yksityiskohtaisesti rakennusurakoita tai palveluita koskevien käyttöoikeussopimusten myöntämistä.³⁵ Näin ollen säännöt, joita hankintaviranomainen soveltaa toimeksisaajan valintaan, liittyvät useimmiten kyseiseen yksittäistapaukseen.
32. Tilanne voi aiheuttaa ongelmia yhteisön toimijoille. Kansallisten lainsäädäntöjen yhteensovittamattomuus voi näet olla esteenä kyseisten järjestelyjen todelliselle käytölle yhteisössä erityisesti, jos järjestelyt on tarkoitus toteuttaa valtioiden välillä. Selkeiden ja yhteensovitettujen sääntöjen puuttumisesta johtuva oikeudellinen turvattomuus voi lisäksi olla omiaan lisäämään kyseisten järjestelyjen täytäntöönpanosta aiheutuvia kustannuksia.
33. On lisäksi huomautettu, että sisämarkkinatavoitteet ovat vaarassa jäädä saavuttamatta tietyissä tilanteissa siksi, että markkinoilta puuttuu todellinen kilpailu. Komissio muistuttaa tässä yhteydessä, että julkisia hankintoja koskevilla direktiiveillä pyritään varmistamaan paitsi menettelyjen avoimuus ja taloudellisten toimijoiden yhdenmukainen kohtelu myös se, että menettelyihin saadaan osallistumaan vähimmäismäärä ehdokkaita siitä riippumatta, onko kyseessä avoin, rajoitettu, neuvottelu- vai kilpailullinen neuvottelumenettely.³⁶ On syytä arvioida, riittääkö kyseisten säännösten todellinen soveltaminen vai edellyttääkö kilpailuhenkemmän ympäristön toteuttaminen muita toimenpiteitä.

³⁴ Asia C-324/98. Katso myös asiassa C-358/00, *Deutsche Bibliothek*, 30.5.2002 annettu määräys, Kok. I-4685. Kyseisiä periaatteita on sovellettava muihinkin valtion asiakirjoihin, joilla myönnetään taloudellinen etuus kolmannelle osapuolelle, esimerkiksi, jos kyse on hankintasopimuksesta, joka jää direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle siksi, että sen arvo ei ylitä sovelletun oikeuden soveltamiskynnyksiä (asiassa C-59/00, *Vestergaard*, 3.12.2001 annettu tuomioistuimen määräys, Kok. I-9505), tai niin sanotuista ei-ensijaisista palveluista.

³⁵ Espanja (rakennusurakoiden käyttöoikeussopimuksista 23.5.2003 annettu laki), Italia (vuonna 1994 annettu Merloni-laki, sellaisena kuin se on muutettuna) ja Ranska (vuonna 1993 annettu Sapin-laki) ovat kuitenkin hyväksyneet tällaisia säädöksiä.

³⁶ Direktiivin 93/36/ETY 19 artikla, direktiivin 93/37/ETY 22 artikla, direktiivin 92/50/ETY 27 artikla ja direktiivin 93/38/ETY 31 artikla. Katso myös direktiivin 2004/18/EY 44 artikla ja direktiivin 2004/17/EY 54 artikla.

34. Komissio on myös todennut jo tutkittuja rikkomisia koskevien menettelyjen yhteydessä, että aina ei ole helppo määritellä alusta pitäen, onko menettelyn kohteena oleva sopimus hankintasopimus vai käyttöoikeussopimus. Menettelyn käynnistämishetkellä käyttöoikeussopimuksiksi luokiteltujen sopimusten tapauksessa riskien ja voittojen jakauma voi antaa aiheita neuvotteluihin menettelyn kuluessa. Kyseisissä neuvotteluissa voi ilmetä, että sopimus on loppujen lopuksi luokiteltava hankintasopimukseksi. Tämä uudelleenmäärittely aiheuttaa usein hankintaviranomaisen valitseman myöntämismenettelyn laillisuuden kyseenalaistamisen. Tilanne aiheuttaa kyseisiin järjestelyihin asianomaisten osapuolten ilmaisemien näkökantojen mukaan oikeudellista turvattomuutta, joka voi suuresti haitata hankkeen etenemistä.
35. Komissio voisi tässä kysymyksessä harkita ehdotusta lainsäädännölliseksi toimeksi, jolla pyritäisiin yhteensovittamaan käyttöoikeussopimusten myöntämismenettelyt Euroopan unionissa. Kyseinen uusi säädös täydentäisi julkishankintasopimuksia koskevia nykyisiä säädöksiä. Tällöin olisi määriteltävä käyttöoikeussopimusten myöntämiseen sovellettavat yksityiskohtaiset säännöt.
36. Lisäksi olisi syytä tutkia, onko objektiivisia syitä saattaa käyttöoikeussopimusten myöntäminen eri säännösten alaiseksi kuin muiden sopimusperusteisten julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuksien toteuttaminen. Muistettakoon, että käyttöoikeusperuste ja sen välitön seuraus, käyttöön liittyvien riskien siirtyminen, erottavat hankintasopimukset käyttöoikeussopimuksista. Jos varmistuu, että käyttöriskien ennalta jakamisen vaikeudesta johtuva oikeudellinen turvattomuus liittyy yleisesti tiettyjen puhtaasti sopimusperusteisten julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuksien käynnistämiseen, komissio voisi harkita kaikkien sopimusperusteisten julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuksien saattamista yhtenäisen myöntämissäännösten alaiseksi siitä riippumatta, onko ne luokiteltu hankintasopimuksiksi vai käyttöoikeussopimuksiksi.

4. Oletteko jo järjestäneet tai halunneet järjestää käyttöoikeussopimuksen myöntämismenettelyn tai osallistuneet tai halunneet osallistua sellaiseen unionin piirissä? Millaisia kokemuksia olette saanut?
5. Katsotteko, että yhteisön nykyinen oikeudellinen kehys on kyllin selkeä, jotta muut kuin kansalliset yhtiöt tai ryhmittymät voivat osallistua konkreettisesti ja täysipainoisesti käyttöoikeussopimusten myöntämismenettelyihin? Voidaanko todelliset kilpailuolot tällöin mielestänne yleensä taata?
6. Pidätekö toivottavana, että yhteisö tekee säädösaloitteen, jolla pyritäisiin sääntelemään käyttöoikeussopimusten myöntämismenettelyä?
7. Jos katsotte yleisemmin, että komission on tarpeen ehdottaa uutta säädöstä, onko mielestänne objektiivisia syitä siihen, että säädös koskisi kaikkia sopimusperusteisia julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuksia siitä riippumatta, onko ne luokiteltu hankintasopimuksiksi vai käyttöoikeussopimuksiksi, ja että ne saatettaisiin siten yhtenäisen myöntämissäännösten alaisiksi?

2.2 Taloudellisen toimijan valintaa koskevia erityiskysymyksiä yksityiseen aloitteeseen perustuvan julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksen yhteydessä

37. Eräissä jäsenvaltioissa on hiljattain esiintynyt pyrkimyksiä antaa yksityiselle sektorille mahdollisuus tehdä aloite julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuden käynnistämiseksi.³⁷ Tällaisissa malleissa taloudelliset toimijat muotoilevat mahdollisesti viranomaisten aloitteesta yksityiskohtaisen ehdotuksen yleensä rakennustyötä tai infrastruktuurin hallinnointia koskevasta hankkeesta.
38. Kyseiset toimintatavat antavat mahdollisuuden luodata varhaisessa vaiheessa taloudellisten toimijoiden halukkuutta sijoittaa tiettyihin hankkeisiin. Niiden avulla voidaan myös kannustaa toimijoita kehittämään ja soveltamaan hankintaviranomaisen erityistarpeisiin mukautettuja innovoivia teknisiä ratkaisuja.
39. Yleishyödyllisen hankkeen perustuminen yksityiseen aloitteeseen ei muuta hankintaviranomaisten ja taloudellisten toimijoiden välisten sopimusten luonnetta. Jos sopimukset koskevat johdetussa oikeudessa tarkoitettuja suoritteita, ja ne tehdään rahallista korvausta vastaan, ne on määriteltävä joko hankintasopimuksiksi tai käyttöoikeussopimuksiksi, ja niissä on noudatettava vastaavaa myöntämismenettelyä.
40. On siis syytä varmistaa, että tällöin käytetyillä menettelyillä ei evätä Euroopan taloudellisilta toimijoilta oikeuksia, jotka niille on annettu julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevassa yhteisön lainsäädännössä. Erityisesti ja vähimmäisvaatimuksena komissio katsoo, että on varmistettava kaikkien eurooppalaisten toimijoiden mahdollisuus päästä mukaan tällaisiin hankkeisiin lähinnä asianmukaisesti ilmoittamalla hanketta koskevasta suunnittelupyynnöstä. Jos viranomainen sitten päättää toteuttaa ehdotetun hankkeen, sen on järjestettävä kilpailu kaikille hankkeen kehittämisestä mahdollisesti kiinnostuneille taloudellisille toimijoille ja kaikin tavoin taattava valinnan puolueettomuus.
41. Järjestelmän vetovoiman säilyttämiseksi jäsenvaltiot ovat toisinaan pyrkineet asettamaan aloitteentekijöille kannustimia. On käytetty esimerkiksi hankkeen aloitteentekijän palkitsemista ja muun muassa korvattu aloitteesta aiheutuneet kulut täysin myöhemmän kilpailumenettelyn ulkopuolella. On myös harkittu tiettyjen etujen myöntämistä aloitteentekijälle, jos tämä osallistuu hankkeen kehittämistä koskevaan kilpailuun. Ratkaisuja on tutkittava huolellisesti, jotta hankkeen aloitteentekijälle myönnetty kilpailuedut eivät loukkaa ehdokkaiden yhdenmukaisen kohtelun periaatetta.

8. Onko saamienne kokemusten mukaan voitu varmistaa muiden kuin kansallisten toimijoiden mahdollisuus päästä mukaan yksityiseen aloitteeseen perustuviin julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusmalleihin? Erityisesti jos hankintaviranomaiset ovat esittäneet aloitetta koskevan suunnittelupyynnön, onko pyyntö yleensä ilmoitettu asianmukaisella tavalla, jotta kaikki asiasta kiinnostuneet toimijat ovat saaneet siitä tiedon? Onko hyväksytyn hankkeen toteuttamiseksi käynnistetty todelliseen kilpailuun perustuva

³⁷ Eräissä jäsenvaltioissa on annettu yksityistä aloitetta koskevia erityissäännöksiä (esimerkiksi Italiassa 18.11.1998 annettu Merloni-laki sekä Espanjassa vuonna 1955 annettu asetus paikallisyhteisöjen palveluista ja 23.5.2003 annettu laki 13/2003 rakennusurakoita koskevista käyttöoikeussopimuksista). Toisissa jäsenvaltioissa yksityiseen aloitteeseen perustuvat julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimukset ovat kehittymässä käytännössä.

valintamenettely?

9. Mikä olisi mielestänne paras tapa kehittää yksityiseen aloitteellisuuteen perustuvia julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksia Euroopan unionissa ja samalla taata avoimuuden, syrjimättömyyden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteiden noudattaminen?

2.3 Yksityisen kumppanin valinnan jälkeinen vaihe

42. Julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevassa johdetussa oikeudessa säännellään lähinnä sopimuksen tekovaihetta. Yksityisen kumppanin valinnan jälkeisestä vaiheesta sen sijaan ei yleensä ole säännöksiä johdetussa oikeudessa. Perustamissopimuksesta johtuvat yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteet tavallisesti estävätkin julkista kumppania puuttumasta asioiden kulkuun yksityisen kumppanin valinnan jälkeen, jos kyseinen puuttuminen voi vaarantaa taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen.³⁸
43. Kyseisten järjestelyjen usein monimutkainen luonne, yksityisen kumppanin valinnan ja sopimuksen allekirjoittamisen välillä mahdollisesti kuluva pitkäkin ajanjakso, hankkeiden suhteellinen pitkäkestoisuus ja myös alihankintajärjestelyjen yleinen käyttö hankaloittavat toisinaan edellä mainittujen sääntöjen ja periaatteiden soveltamista. Jäljempänä käsitellään kahta näkökohtaa: julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuden sopimussääntöjä ja alihankintaa.

2.3.1 Hanketta koskevat sopimussäännöt

44. Julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimusten täytäntöönpanovaihetta sääntelevät sopimussäännöt kuuluvat ensisijaisesti kansalliseen lainsäädäntöön. Sopimuslausekkeiden laadinnassa on kuitenkin noudatettava asianmukaisia yhteisön säännöksiä sekä erityisesti yhdenmukaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita. Tämä edellyttää erityisesti, että sopimusehdot ja sopimusten soveltamista koskevat yksityiskohtaiset säännöt ilmenevät neuvotteluasiakirjoista, jotta eri kumppanusehdokkaat voivat tulkita niitä samalla tavoin ja ottaa ne huomioon tarjoustensa laadinnassa. Lisäksi sopimusehdoilla ja sopimusten soveltamista koskevilla yksityiskohtaisilla säännöillä ei saa olla suoraa tai välillistä syrjivää vaikutusta, eivätkä ne saa aiheuttaa perusteetonta haittaa vapaalle palvelujen tarjonnalle tai sijoittumisvapaudelle.³⁹
45. Julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuden onnistuminen riippuu suurelta osalta hanketta koskevien sopimussääntöjen kattavuudesta ja hankkeen toteuttamista sääntelevien tekijöiden mahdollisimman täsmällisestä määrittelystä. Riskien asianmukainen arviointi ja mahdollisimman tasapuolinen jako julkisen ja yksityisen sektorin kesken kummankin riskinottokyvyn mukaisesti on ratkaisevaa. On ilmeisen tärkeää myös sopia järjestelyistä, jotka mahdollistavat julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksen toimeksisaajan suorituskyvyn säännöllisen arvioinnin. Avoimuusperiaate edellyttää, että tekijät, joihin riskien arviointi ja jako sekä

³⁸ Katso asiassa C-87/94, *komissio v. Belgia (Bus Wallons)*, 25.4.1994 annettu tuomio, 54 kohta, sekä asiassa C-243/89, *komissio v. Tanska (Ison-Beltin silta)*, 22.6.1992 annettu tuomio.

³⁹ Asiassa C-19/00, *SIAC Constructions*, 18.10.2001 annettu tuomio, 41–45 kohta; asiassa C-31/87, *Gebroeders Beentjes v. Alankomaat*, 20.9.1988 annettu tuomio, 29–37 kohta. Katso myös direktiivin 2004/18/EY 26 artikla ja direktiivin 2004/17/EY 38 artikla.

suorituskyvyn arviointi perustuvat, ilmoitetaan neuvotteluasiakirjoissa, jotta hakijat voivat ottaa ne huomioon laatiessaan tarjouksiaan.

46. Lisäksi ajanjakso, jonka kuluessa yksityinen kumppani hyödyntää rakennuksen tai palvelun käyttöä, on vahvistettava tavalla, jolla taataan hankkeen taloudellinen ja rahoituksellinen tasapaino. Erityisesti kumppanuussuhteen kesto on määriteltävä siten, että vapaata kilpailua ei jarruteta tai rajoiteta enemmän kuin on tarpeen sijoitusten kuolettamiseksi ja kohtuullisen korvauksen saamiseksi pääomasijoituksista. Kohtuuton kesto voi aiheuttaa kysymyksiä sisämarkkinoita sääntelevien periaatteiden⁴⁰ tai kilpailua koskevien perustamissopimuksen määräysten⁴¹ perusteella. Myös avoimuusperiaate edellyttää, että tekijät, joiden perusteella kesto määritellään, ilmoitetaan neuvotteluasiakirjoissa, jotta hakijat voivat ottaa ne huomioon laatiessaan tarjouksiaan.
47. Koska julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuussuhteet koskevat suhteellisen pitkäkestoista suoritusta, niiden on voitava kehittyä ja mukautua makrotaloudellisen tai teknisen ympäristön muutoksiin sekä yleishyödyllisiin tarpeisiin. Julkisia hankintoja koskevassa yhteisön lainsäädännössä ei pääsääntöisesti vastusteta mahdollisuutta kyseisten kehityskuvioiden huomioon ottamiseksi edellyttäen, että tämä tehdään yhdenmukaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita noudattaen. Niinpä hakijoille tai ehdokkaille valintamenettelyn yhteydessä jaettaviin neuvotteluasiakirjoihin voidaan sisällyttää lausekkeitä automaattisista tarkistuksista kuten hintojen indeksikorotuksista, tai niissä voidaan vahvistaa olosuhteet, joiden nojalla hintojen tarkistus on mahdollista. Niihin voidaan ottaa myös itse sopimuksen tarkistusta koskevia lausekkeitä, jos näissä määritellään tarkkaan olosuhteet ja edellytykset, joiden vallitessa sopimussuhteeseen voidaan tehdä tarkistuksia. Aina on kuitenkin tärkeää, että lausekkeet ovat kyllin selkeitä, jotta kaikki taloudelliset toimijat voivat tulkita ne samalla tavoin yksityisen kumppanin valintavaiheessa.
48. Eräissä järjestelyissä rahoituslaitokset varaavat itselleen oikeuden ottaa hankkeen hallinnon käsiinsä tai nimittää uuden hallintojohdon, jos hankkeen synnyttämät rahavirrat laskevat alle tietyn tason. Kyseiset varaukset kuuluvat ”step in”-lausekkeiden ryhmään, ja ne voivat johtaa hankintaviranomaisen valitseman yksityisen kumppanin vaihtoon ilman kilpailumenettelyä. Järjestelyihin kannattaa näin ollen kiinnittää erityishuomiota, jotta taataan niiden yhteensopivuus julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevan yhteisön lainsäädännön kanssa.
49. Julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksen täytäntöönpanon aikana toteutettavat muutokset, jotka eivät perustu sopimusasiakirjoihin, vaarantavat useimmiten taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen.⁴² Tällaiset sopimussääntöihin perustumattomat muutokset voidaan hyväksyä ainoastaan, jos ne ovat välttämättömiä jonkin ennalta arvaamattoman tapahtuman vuoksi tai perusteltuja yleisestä järjestyksestä tai turvallisuudesta taikka

⁴⁰ Käyttöoikeussopimuksia koskeva tulkitseva tiedonanto ja erityisesti sen 3.1.3 kohta.

⁴¹ EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artikla sekä 86 artiklan 2 kohta.

⁴² Katso asiassa C-337/98, *komissio v. Ranska*, 5.10. 2000 annettu tuomio, 44 kohta ja sitä seuraavat kohdat. Yhteisön lainsäädännössä kielletään myös hakijan lopullisen valinnan jälkeen, sopimuksen viimeistelyvaiheessa tehtävät muutokset. Kilpailukeskeisestä neuvottelumenettelyä koskevista uusissa säännöksissä säädetään, että valittu hakija voi ainoastaan selventää tarjouksensa näkökohtia tai vahvistaa siihen sisältyviä sitoumuksia edellyttäen, että näin ei muuteta tarjouksen tai tarjouspyynnön olennaisia tekijöitä eikä vääristetä kilpailua tai aiheuteta syrjintää.

kansanterveydestä johtuvin syin.⁴³ Kaikki itse sopimuksen tarkoitusta koskevat olennaiset muutokset puolestaan on rinnastettava uuden sopimuksen tekoon, joka edellyttää uutta kilpailumenettelyä.⁴⁴

50. Muistettakoon edelleen, että johdetussa oikeudessa täsmennetään, missä poikkeustilanteissa alkuperäiseen hankesuunnitelmaan tai ensimmäiseen sopimukseen kuulumattomien lisäurakoiden tai -palveluiden suora myöntäminen ilman kilpailumenettelyä on sallittua.⁴⁵ Kyseisiä poikkeuksia on tulkittava suppeasti. Ne eivät esimerkiksi voi koskea moottoritien voimassa olevan käyttöoikeussopimuksen keston pidennystä, jonka tarkoituksena olisi kattaa uuden moottoritieosuuden rakentamisesta aiheutuvat kustannukset. Menettely, jolla yhdelle käyttöoikeuden haltijalle kasataan kannattavia ja kannattamattomia toimintoja, ei saa johtaa tilanteeseen, jossa aikaisemmalle käyttöoikeuden haltijalle myönnetään uusi urakka ilman kilpailumenettelyä.

10. Mitä kokemuksia teillä on yksityisen kumppanin valinnan jälkeisestä vaiheesta sopimusperusteisissa julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusjärjestelyissä?
11. Onko tiedossanne tapauksia, joissa täytäntöönpanoehdot – myös keston mukauttamista koskevat lausekkeet – olisivat aiheuttaneet syrjintää tai muodostaneet aiheettoman esteen vapaalle palvelujen tarjonnalle tai sijoittumisvapaudelle? Jos on, voisitteko selvittää, millaisia ongelmia on ilmennyt?
12. Onko tiedossanne tarjousten arviointia koskevia syrjintää aiheuttavia toimintatapoja tai järjestelyitä?
13. Oletteko yhtä mieltä komission toteamuksesta, että tietyt ”step in” -tyyppiset järjestelyt voivat aiheuttaa ongelmia avoimuuden ja yhdenmukaisen kohtelun kannalta? Onko tiedossanne muita lauseketyyppejä, joiden täytäntöönpano voi aiheuttaa vastaavia ongelmia?
14. Katsotteko, että yhteisön tasolla on tarpeen selkeyttää tiettyjä julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksiin liittyviä sopimusnäkökohtia? Jos katsotte, mikä näkökohta tai mitä näkökohtia olisi selkeytettävä?

2.3.2 Tiettyjen tehtävien alihankinta

51. Komission kokemusten mukaan alihankintaa koskevien säännösten soveltaminen aiheuttaa joskus epävarmuutta tai kysymyksiä julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusjärjestelyiden yhteydessä. Eräiltä tahoilta on esimerkiksi korostettu, että hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen toimeksisaajaksi tulevan yrityksen ja sen osakkeenomistajien väliset sopimussuhteet aiheuttavat joukon oikeudellisia kysymyksiä. Komissio muistuttaa, että jos toimeksisaajayritys on samalla

⁴³ Perustamissopimuksen 46 artikla.

⁴⁴ Asiassa C-337/98, *komissio v. Ranska*, 5.10.2000 annettu tuomio, 44 kohta ja sitä seuraavat kohdat. Käyttöoikeussopimuksia koskevassa tulkitsevassa tiedonannossa täsmennetään, että tehdyn käyttöoikeussopimuksen pidentäminen yli alun perin asetetun määräajan on rinnastettava uuden käyttöoikeuden myöntämiseen samalle toimeksisaajalle.

⁴⁵ Direktiivin 92/50/ETY 11 artiklan 3 kohdan e alakohta, direktiivin 93/37/ETY 7 artiklan 3 kohdan d alakohta ja direktiivin 93/38/ETY 20 artiklan 2 kohdan f alakohta. Uuden direktiivin 2004/18/EY 61 artiklassa säädetään rakennusurakoiden käyttöoikeussopimuksia koskevasta vastaavasta poikkeuksesta.

hankintaorganisaatio, sen on noudatettava hankintojensa ja käyttöoikeussopimustensa myöntämisessä kilpailumenettelyä siitä riippumatta, tehdäänkö sopimukset sen omien osakkeenomistajien vai muiden kanssa. Asian laita voi olla toisin vain, jos toimeksisaajayrityksen omille osakkeenomistajilleen antamat tehtävät ovat jo olleet julkisen kumppanin toteuttaman kilpailumenettelyn kohteena ennen toimeksisaajayrityksen perustamista.⁴⁶ Sitä vastoin jos toimeksisaajayritys ei ole hankintaorganisaation asemassa, se voi yleensä tehdä sopimuksia vapaasti kolmansien osapuolien kanssa siitä riippumatta, ovatko nämä sen omia osakkeenomistajia vai eivät. Poikkeuksena mainittakoon, että jos toimeksisaajayritys on rakennusurakkaa koskevan käyttöoikeussopimuksen haltija, arvoltaan viisi miljoonaa euroa ylittävien urakkasopimusten osalta on sovellettava tiettyjä julkisuussääntöjä lukuun ottamatta kuitenkin urakkasopimuksia, jotka on tehty käyttöoikeussopimuksen saamista varten keskenään ryhmittyneiden yritysten tai niiden sidosyritysten välillä.⁴⁷

52. Yksityisillä kumppaneilla on yleensä vapaus toteuttaa hankintasopimus tai käyttöoikeussopimus osaksi tai kokonaan alihankintana. Muistettakoon kuitenkin, että hankintasopimusten myöntämisen yhteydessä toimeksisaajia voidaan pyytää ilmoittamaan tarjouksessaan, mikä osuus sopimuksesta on tarkoitus teettää alihankintana kolmannella osapuolella.⁴⁸ Jos rakennusurakan käyttöoikeussopimuksen arvo ylittää viisi miljoonaa euroa, hankintaviranomainen voi lisäksi vaatia toimeksisaajaa teettämään kolmansilla osapuolilla vähintään 30 prosentin osuuden käyttöoikeussopimuksen kohteena olevan rakennusurakan kokonaisarvosta.⁴⁹

15. Onko tiedossanne julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusjärjestelyjen yhteydessä ilmenneitä erityisongelmia alihankinnan alalla? Millaisia?
16. Jos sopimusperusteinen julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuus edellyttää jonkin tehtäväkokonaisuuden teettämistä yhdellä yksityisellä kumppanilla, onko tällöin mielestänne perusteltua, että alihankintojen osalta annetaan yksityiskohtaisempia sääntöjä ja/tai laajennetaan niiden soveltamisalaa?
17. Katsotteko yleisemmin, että yhteisön tasolla olisi tehtävä täydentävä aloite alihankintoja koskevien sääntöjen selkeyttämiseksi tai tarkistamiseksi?

3. RAKENTEELLINEN JULKISEN JA YKSITYISEN SEKTORIN KUMPPANUUS SEKÄ JULKISIA HANKINTOJA JA KÄYTTÖOIKEUSSOPIMUKSIA KOSKEVA YHTEISÖN LAINSÄÄDÄNTÖ

53. Rakenteelliset julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusjärjestelyt edellyttävät tämän vihreän kirjan tarkoittamassa mielessä, että perustetaan julkisen kumppanin ja

⁴⁶ Direktiivin 93/38/ETY 13 artiklassa säädetään poikkeuksesta, jos verkossa toimiva hankintayksikkö tekee palveluja koskevan alihankintasopimuksen sidosyrityksen kanssa. Direktiivin 2004/17/EY 23 artiklassa poikkeusta laajennetaan koskemaan tarvikkeiden ja työsuoritusten alihankintasopimuksia.

⁴⁷ Direktiivin 93/37/ETY 3 artiklan 4 kohta ja direktiivin 2004/18/EY 63–65 artikla. Viimeksi mainitussa artiklassa edellä mainittu kynnys on korotettu 6 242 000 euroon.

⁴⁸ Direktiivin 93/36/ETY 17 artikla, direktiivin 93/37/ETY 20 artikla, direktiivin 92/50 25 artikla ja direktiivin 93/38 27 artikla. Katso myös direktiivin 2004/18/EY 25 artikla ja direktiivin 2004/17/EY 37 artikla.

⁴⁹ Direktiivin 93/37/ETY 3 artiklan 2 kohta. Katso myös direktiivin 2004/18/EY 60 artikla.

yksityisen kumppanin yhteisesti hallinnoima yksikkö.⁵⁰ Yhteisen yksikön tehtävä on huolehtia siitä, että rakennustyö tai palvelu luovutetaan yleisön käyttöön. Jäsenvaltioiden julkisviranomaiset turvautuvat toisinaan tällaisiin järjestelyihin erityisesti paikallistason julkisten palveluiden hallinnossa (esimerkiksi vesi- tai jätehuollon alalla).

54. Julkisen ja yksityisen kumppanin välinen suora yhteistyö yhteisen oikeushenkilön puitteissa antaa julkiselle kumppanille mahdollisuuden säilyttää suhteellisen korkea valvontataso töiden toteuttamisessa. Osallistumisellaan yhteisen yksikön osakkeenomistukseen ja päättäviin elimiin julkinen kumppani voi muuttaa toteuttamisen aikataulua olosuhteiden mukaan. Yhteistyö antaa julkiselle kumppanille myös mahdollisuuden kartuttaa omia kokemuksiaan kyseisen palvelun hyödyntämisessä yksityisen kumppanin tuella.
55. Rakenteellinen julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuus voidaan toteuttaa joko siten, että perustetaan julkisen sektorin ja yksityisen sektorin yhteisesti hallinnoima yksikkö (3.1), tai siten, että olemassa oleva julkinen yritys siirretään yksityisen sektorin valvontaan (3.2).
56. Seuraavassa keskitytään pelkästään rakenteellisille julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksille ominaisiin ongelmiin julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevassa lainsäädännössä. Kyseisen lainsäädännön yleisen vaikutuksen osalta julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimusten perustamisessa ja toteuttamisessa viitataan edellisiin lukuihin.
- 3.1 Julkisen sektorin ja yksityisen sektorin yhteisesti hallinnoimaa erikseen perustettavaa tilapäistä yksikköä edellyttävän kumppanuuden toteuttaminen⁵¹**
57. Sekapääomayksikön perustaminen ei sinänsä kuulu julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevan lainsäädännön piiriin. On kuitenkin syytä varmistaa kyseisestä lainsäädännöstä johtuvien sääntöjen ja periaatteiden (perustamissopimuksen yleisten periaatteiden ja eräissä tapauksissa direktiivien säännösten) noudattaminen, jos kyseisiin järjestelyihin liittyy tehtävien suorittaminen sellaisen asiakirjan pohjalta, joka voidaan luokitella julkiseksi hankintasopimukseksi tai käyttöoikeussopimukseksi.⁵²
58. Jos yksityiselle kumppanille annetaan tehtäväksi tällaisten tehtävien suorittaminen sekayksikön toiminnan puitteissa, valinta ei siis saa perustua pelkästään kyseisen kumppanin tarjoamaan pääomaosuuteen tai kokemukseen, vaan siinä on otettava

⁵⁰ Jäsenvaltioissa käytetään tässä yhteydessä erilaisia termejä ja malleja (esimerkiksi Kooperationsmodell, PPP associatif, joint venture).

⁵¹ Kysymys on kokonaan uuden yksikön perustamisesta oikeudellisten erityisjärjestelyjen puitteissa. Tässä ei käsitellä erikseen kysymystä olemassa olevista julkisen ja yksityisen sektorin sekayksiköistä, jotka osallistuvat julkisia hankintoja tai käyttöoikeuksia koskeviin sopimusmenettelyihin, sillä asia ei juurikaan liity sovellettavaan yhteisön lainsäädäntöön. Kilpailumenettelyyn osallistuvan sekayksikön ominaisluonne ei näet anna mahdollisuutta minkäänlaiseen poikkeukseen julkisia hankintoja ja käyttöoikeuksia koskevaan sopimusmenettelyyn sovellettavista säännöistä. Vain, jos kyseinen yksikkö on ominaisuuksiltaan ”in house” -tyyppiä tuomioistuimen *Teckal*-oikeuskäytännön tarkoittamassa mielessä, hankintaviranomainen voi olla soveltamatta tavanomaisia sääntöjä.

⁵² Muistettakoon, että julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevan lainsäädännön periaatteita sovelletaan myös silloin, kun tehtävän suorittaminen perustuu yksipuoliseen asiakirjaan (esimerkiksi lakiin tai asetukseen).

huomioon kumppanin tekemän – kokonaistaloudellisesti edullisimman – tarjouksen ominaispiirteet toimitettavien suoritteiden osalta. Ellei hankintaviranomaisella ole käytettävissään selkeitä ja puolueettomia perusteita, joiden nojalla se voi valita kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen, omaan pääomaan kohdistuva liiketoimi voi merkitä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevan lainsäädännön rikkomista.

59. Tällaisen yksikön perustaminen ei yleensä aiheuta ongelmia sovellettavaan yhteisön lainsäädäntöön nähden, jos yksikkö muodostaa täytäntönnpanosovellutuksen yksityiselle kumppanille sopimuksella myönnetystä tehtävästä. Yksikön perustamiseksi on kuitenkin oltava selkeästi määriteltyjä, kun yksityisiä kumppaniehdokkaita kilpailutetaan annettavista tehtävistä.⁵³
60. Komissio on kuitenkin todennut, että eräiden jäsenvaltioiden lainsäädännössä annetaan sekayksiköille, joissa julkisen sektorin osuus tulee hankintaviranomaiselta, mahdollisuus osallistua julkisen hankintasopimuksen tai käyttöoikeussopimuksen myöntämisprosessiin, vaikka kyseiset sekayksiköt ovat vasta perustamisvaiheessa. Tällaisissa tapauksissa yksikkö perustetaan lopullisesti vasta sen jälkeen, kun sopimus on sille todellisuudessa myönnetty. Toisissa jäsenvaltioissa kehittyneen käytännön mukaan yksikön perustamisvaiheen ja tehtävien myöntämisvaiheen välinen ero on häviämässä. Hankintaviranomaisen käynnistämällä menettelyllä pyritään tällöin muodostamaan sekayksikkö, jonka suoritettavaksi annetaan tietyt tehtävät.
61. Nämä mallit eivät näytä tarjoavan tyydyttäviä ratkaisuja julkisten hankintojen ja käyttöoikeussopimusten alalla sovellettaviin säännöksiin nähden.⁵⁴ Ensiksi mainituissa tapauksissa kilpailu on vaarassa vääristyä perustettavana olevan yrityksen ja niin muodoin siinä mukana olevan yksityisen kumppanin etuoikeutetun aseman vuoksi. Jälkimmäisissä tapauksissa myös yksityisen kumppanin poikkeava valintamenettely aiheuttaa monia ongelmia. Eräät vaikeudet johtuvat hankintaviranomaisten velvollisuudesta määritellä tällöin kyllin selkeästi ja tarkasti hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen kohde. Komissio on usein todennut, että kumppanuusorganisaation suoritettavaksi annetut tehtävät eivät ole selkeästi määriteltyjä ja että ne eräissä tapauksissa jopa jäävät kaikkien sopimussääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle. Tästä aiheutuu ongelmia avoimuuden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteiden noudattamisessa, mutta lisäksi voidaan aiheuttaa haittaa julkisviranomaisen asettamien yleishyödyllisten tavoitteiden saavuttamiselle. Voidaan myös todeta, että perustetun yksikön elinikä poikkeaa yleensä myönnetyn hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen kestosta, mikä näyttää aiheuttavan helposti kyseisen yksikön tehtäväksi annetun tehtävän uusimisen ilman että tällöin käytettäisiin todellista kilpailumenettelyä. Tämä johtaa joskus siihen, että tehtävät myönnetään tosiasiaassa määräämättömäksi ajaksi.

⁵³ Kyseiset ehdot eivät myöskään saa sisältää syrjintää tai muodostaa perusteetonta estettä vapaalle palvelujen tarjonnalle tai asettumisvapaudelle eivätkä aiheuttaa suhteettomia rasitteita saavutettavaan tavoitteeseen nähden.

⁵⁴ Kun tällaisia järjestelyitä suunnitellaan tai toteutetaan, on moitteettomasti julkistettuun kilpailumenettelyyn liittyvien ja tarvittavien tekijät sisältävien vakiolomakkeiden soveltamiskokeen avulla helppo ymmärtää, miten vaikeaa voi olla löytää asianmukainen julkisuusmalli jaettaessa tehtäviä, jotka kuuluvat julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevan lainsäädännön soveltamisalaan.

62. Muistettakoon lisäksi, että kyseisten yksiköiden rinnakkainen perustaminen voi tapahtua vain yleisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjimättömyyden ja erityisesti pääomien vapaan liikkuvuuden periaatetta noudattaen.⁵⁵ Viranomaiset eivät esimerkiksi voi yleensä käyttää asemaansa sellaisen yksikön osakkeenomistajana hankkiakseen yhtiöoikeuden soveltamisesta normaalisti johtumattomia kohtuuttomia etuja.⁵⁶
63. Komissio muistuttaa niin ikään, että hankintaviranomaisen osallistuminen sekayksikköön, josta tulee sopimuspuoli valintamenettelyn tuloksena, ei anna mahdollisuutta olla soveltamatta julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevaa lainsäädäntöä yksityisen kumppanin valinnassa. Julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevan yhteisön lainsäädännön soveltaminen ei näet riipu hankintaviranomaisen sopimuspuolen asemasta julkisena, yksityisenä tai sekayrityksenä. Kuten tuomioistuin on vahvistanut asiassa *Teckal*, kyseistä lainsäädäntöä sovelletaan, kun hankintaviranomainen päättää antaa tehtävän kolmannen osapuolen, toisin sanoen erillisen oikeushenkilön suoritettavaksi. Toisin on ainoastaan niissä tapauksissa, joissa alueellinen tai paikallinen viranomainen *valvoo* kyseistä oikeushenkilöä *samalla tavoin* kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja joissa tämä oikeushenkilö harjoittaa *pääosaa toiminnastaan* sen omistavien viranomaisten kanssa.⁵⁷ Vain sellaiset yksiköt, jotka täyttävät yhtäikää nämä molemmat ehdot, voidaan rinnastaa ”in house” -yksiköihin suhteessa hankintaviranomaiseen ja vain niiden suoritettavaksi voidaan antaa tehtäviä kilpailumenettelyn ulkopuolella.⁵⁸
64. Lopuksi muistettakoon, että jos sekayksikkö on samalla hankintaorganisaatio, sen on tässä ominaisuudessa noudatettava julkisiin hankintoihin ja käyttöoikeussopimuksiin sovellettavaa lainsäädäntöä, kun se myöntää sellaisia tehtäviä yksityiselle kumppanille, joita hankintaviranomainen ei ole kilpailuttanut ennen sekayksikön perustamista. Yksityinen kumppani ei näet saa käyttää hyväkseen etuoikeutettua asemaansa sekayksikössä varatakseen itselleen tehtäviä ilman edeltävää kilpailumenettelyä.

⁵⁵ Uuteen yritykseen osallistuminen kestävien taloudellisten siteiden luomiseksi kuuluu perustamissopimuksessa pääomien vapaata liikkuvuutta koskevan 56 artiklan määräysten soveltamisalaan. Katso direktiivin 88/361/ETY liite I, joka hyväksyttiin entisen 67 artiklan täytäntöönpanon yhteydessä; siinä luetellaan toimintatyytit, jotka on katsottava pääomanliikkeiksi.

⁵⁶ Katso 4.6.2002 annetut tuomioistuimen tuomiot asiassa C-367/98, *komissio v. Portugali*, Kok. I-4731 ja asiassa C-483/99, *komissio v. Ranska*, Kok. I-4781, sekä 13.5.2003 annetut tuomiot asiassa C-463/00, *komissio v. Espanja*, Kok. I-4581, ja asiassa C-98/01, *komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta*, Kok. I-4641. Tässä yhteydessä mahdollisista perusteluista, katso 4.6.2002 annettu tuomioistuimen päätös asiassa C-503/99, *komissio v. Belgia*, Kok. I-4809.

⁵⁷ Asiassa C-107/98, *Teckal*, 18.11.1999 annetun tuomion 50 kohta.

⁵⁸ Tuomioistuimelta on pyydetty ennakkoratkaisua kolmessa kysymyksessä (asiat C-26/03, C-231/03 ja C-458/03), joissa on haluttu saada lisäselvyyttä niiden perusteiden soveltamisalasta, joiden nojalla voidaan vahvistaa ”in house” -tyypin suhteen olemassaolo.

3.2 Julkisen yksikön siirtäminen yksityisen toimijan valvontaan

65. Rakenteellinen julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuus voidaan toteuttaa myös julkisen yksikön osakkeenomistusta muuttamalla. Tällöin on ensiksikin tärkeää korostaa, että yrityksen siirtäminen julkiselta sektorilta yksityiselle on talouspoliittinen ratkaisu, joka sellaisenaan kuuluu jäsenvaltioiden yksinomaiseen toimivaltaan.⁵⁹
66. Lisäksi muistettakoon, että julkisia hankintoja koskevaa yhteisön lainsäädäntöä ei sinänsä ole tarkoitettu sovellettavaksi toimiin, joissa on kysymys pelkästään varojen siirrosta rahoittajalta julkisen tai yksityisen sektorin yritykselle. Tällaiset toimet kuuluvat pääomien vapaata liikkuvuutta koskevien perustamissopimuksen määräysten⁶⁰ soveltamisalaan, mikä merkitsee etenkin, että niitä sääntelevät kansalliset toimet eivät saa muodostua esteiksi toisista jäsenvaltioista tuleville sijoituksille.⁶¹
67. Sen sijaan säännöksiä, jotka koskevat sijoittumisvapautta perustamissopimuksen 43 artiklassa tarkoitettussa mielessä, on sovellettava, kun viranomainen päättää omaan pääomaan kohdistuvan toimen avulla luovuttaa kolmannelle osapuolelle osuuden, jonka ansiosta tämä saa ilmeisen vaikutusvallan julkisessa yksikössä, joka suorittaa normaalisti valtion vastuulle kuuluvia taloudellisia tehtäviä.⁶²
68. Sijoittumisvapautta koskevat määräykset edellyttävät avoimuutta ja yhdenvertaista kohtelua koskevien säännösten noudattamista erityisesti silloin, kun viranomaiset myöntävät taloudelliselle toimijalle yrityksessä ilmeistä vaikutusvaltaa pääoman siirtoa koskevin järjestelyin ja kyseisen toimijan suoritettavaksi siirtyy näiden järjestelyjen vaikutuksesta julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön aineelliseen soveltamisalaan kuuluvia ja julkisviranomaisten aikaisemmin suoraan tai välillisesti suorittamia tehtäviä. Näin voidaan varmistaa, että kaikilla kysymykseen tulevilla toimijoilla on yhdenvertainen mahdollisuus päästä suorittamaan kyseisiä aikaisemmin rajoitettuja tehtäviä.
69. Käytännössä on lisäksi suositeltavaa varmistaa, että tällaisen pääomatasetahtuman taakse ei todellisuudessa kätkeydy julkisten hankintasopimusten tai jopa käyttöoikeussopimuksiksi luokiteltavien sopimusten myöntäminen yksityiselle kumppanille. Tästä on kysymys etenkin, jos kyseiselle yksikölle myönnetään ennen pääomaan kohdistuvaa tointa suoraan ja ilman kilpailumenettelyä erityisiä tehtäviä kyseisen toimen kiinnostavuuden lisäämiseksi.

⁵⁹ Tämä seuraa perustamissopimuksen 295 artiklassa vahvistetusta puuttumattomuudesta omistusoikeusjärjestelmiin.

⁶⁰ EY:n perustamissopimuksen 56 artikla ja sitä seuraavat artiklat.

⁶¹ Komission tiedonanto tietyistä yhteisön sisäisiä investointeja koskevista oikeudellisista näkökohdista, EYVL C 220, 19.7.1997, s.15.

⁶² Katso asiassa C-251/98, *Baars*, 13.4.2000 annettu tuomioistuimen tuomio, Kok. I-2787.

18. Mitä kokemuksia teillä on rakenteellisten julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusjärjestelyiden toteuttamisesta? Voitteko kokemuksenne perusteella ajatella, että julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevaa yhteisön lainsäädäntöä on noudatettu rakenteellisten julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusjärjestelyissä? Ellette voi, miksi?

19. Katsotteko, että yhteisön tasolla on tehtävä aloite hankintaviranomaisten velvollisuuksien selkeyttämiseksi tai täsmentämiseksi niiden ehtojen osalta, joilla rakenteellisen kumppanuustyypin hankkeesta mahdollisesti kiinnostuneita toimijoita kilpailutetaan? Jos katsotte, mihin kohtiin erityisesti ja millaisiin muotoiluihin toivotte kiinnitettävän huomiota? Jos ette, miksi?

Yleisesti ja tämän asiakirjan herättämistä kysymyksistä riippumatta:

20. Minkä toimien tai toimintatapojen katsotte haittaavan julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksien toteuttamista Euroopan unionissa?

21. Tunnetteko unionin ulkopuolisissa maissa kehitettyjä muunlaisia julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuksia? Tiedätekö esimerkkejä tällöin kehitetyistä hyvistä toimintatavoista, joista unioni voisi ottaa vaarin? Jos tiedätte, mitä?

22. Yleisemmin ja ottaen huomioon tietyissä jäsenvaltioissa sosiaalisen ja kestäväen taloudellisen kehityksen aikaansaamiseksi vaadittavat huomattavat investoinnit, katsotteko, että olisi hyödyllistä käsitellä näitä kysymyksiä säännöllisin väliajoin yhdessä asianosaisten toimijoiden kesken samalla varmistaen parhaiten toimintatapojen vaihtamisen? Katsotteko, että komission tulisi perustaa tällainen verkosto?

4. LOPUKSI

70. Komissio pyytää kaikkia asiasta kiinnostuneita osapuolia toimittamaan sille huomionsa tässä vihreässä kirjassa asetetuista kysymyksistä. Vastaukset, huomiot ja ehdotukset voidaan lähettää kirjeitse seuraavaan osoitteeseen:

European Commission

Consultation "Green Paper on PPPs and the Community law on public contracts and concessions" C 100 2/005

B-1049 Bruxelles/Brussel

tai sähköpostitse seuraavaan osoitteeseen:

MARKT-D1-PPP@cec.eu.int

Huomioiden on oltava perillä komissiossa viimeistään **30. heinäkuuta 2004**. Sähköisesti vastaanotetut huomiot sekä niiden lähettäjien yhteystiedot saatetaan asiasta kiinnostuneille osapuolille tiedoksi Internet-sivustolla http://europa.eu.int/comm/internal_market, mikäli kyseisten huomioiden lähettäjät eivät nimenomaisesti kiellä niiden julkaisua.

71. Komissio aikoo perustaa päätelmänsä muun muassa saamiinsa kannanottoihin ja esittää tarvittaessa konkreettisia aloitteita jatkotoimiksi.



EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION

Bryssel den 30.4.2004
KOM(2004) 327 slutlig

GRÖNBOK

OM OFFENTLIG-PRIVATA PARTNERSKAP OCH EG-RÄTTEN OM OFFENTLIG UPPHANDLING OCH KONCESSIONER

(framlagt av kommissionen)

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1.	<i>Utvecklingen av det offentlig-privata partnerskapet: konstateranden och utmaningar</i>	3
1.1.	Begreppet ”offentlig-privat partnerskap”	3
1.2.	Utmaningen för den inre marknaden: att säkerställa att offentlig-privata partnerskap utvecklas under effektiva konkurrensvillkor och i rättslig klarhet	5
1.3.	Särskilt mål och planen för föreliggande grönbok	7
2.	<i>Det rent avtalsmässiga offentlig-privata partnerskapet och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner</i>	9
2.1.	Fasen för urval av den privata partnern	9
2.1.1.	Rent avtalsmässiga partnerskap: överlåtelsehandling för offentlig upphandling	9
2.1.2.	Rent avtalsmässiga partnerskap: överlåtelsehandling för koncession	11
2.2.	Särskilda frågor om valet av en ekonomisk aktör inom ramen för ett offentlig-privat partnerskap på privat initiativ	13
2.3.	Fasen efter valet av den privata partnern	14
2.3.1.	Projektets avtalsmässiga rambestämmelser	15
2.3.2.	Underleverantörer för vissa arbetsuppgifter	17
3.	<i>Det institutionella offentlig-privata partnerskapet och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner</i>	18
3.1.	Införandet av ett partnerskap som innebär upprättandet av en tillfällig enhet över vilken den offentliga och privata sektorn gemensamt förfogar	19
3.2.	En privat aktörs övertagande av kontrollen över en offentlig enhet	21
4.	<i>Slutanmärkningar</i>	22

1. UTVECKLINGEN AV DET OFFENTLIG-PRIVATA PARTNERSKAPET: KONSTATERANDEN OCH UTMANINGAR

1.1. Begreppet ”offentlig-privat partnerskap”

1. Termen offentlig-privat partnerskap är inte definierad på gemenskapsnivå. Den gäller i allmänhet de former för samarbete mellan de offentliga myndigheterna och näringslivet som syftar till att säkerställa finansiering, genomförande, modernisering, förvaltning eller underhåll av en infrastruktur eller tillhandahållande av en tjänst.
2. Följande delar kännetecknar i allmänhet det offentlig-privata partnerskapets verksamhet:
 - Förhållandets relativa varaktighet som innebär samråd mellan den offentliga partnern och den privata när det gäller olika sätt att se på det projekt som skall förverkligas.
 - Sättet att finansiera projektet, som delvis säkerställs av den privata sektorn, ibland genom invecklade uppläggningar mellan olika deltagare. Privat finansiering kann dock komma att kompletteras av offentliga medel, som i vissa fall är betydande.
 - Den viktiga roll som spelas av den ekonomiska aktör som deltar i projektets olika steg (utformning, genomförande, igångsättning och finansiering). Den offentliga partnern inriktar sig i huvudsak på att definiera de mål i allmänhetens intresse som skall uppnås, de erbjudna tjänsternas kvalitet och prispolitik samt säkerställer att efterlevnaden av dessa mål kontrolleras.
 - Den fördelning av risker mellan den offentliga partnern och den privata sektorn, till vilken den senare de risker överförs, som vanligtvis belastar den offentliga sektorn. De offentlig-privata partnerskapen medför emellertid inte nödvändigtvis att den privata partnern åtar sig alla eller större delen av de risker som är förknippade med verksamheten. Den exakta fördelningen av risker sker från fall till fall i förhållande till de deltagande parternas förmåga att bedöma, kontrollera och styra dem.
3. Under det senaste årtiondet har det offentlig-privata partnerskapet utvecklats inom flera av den offentliga sektorns områden. Det ökade anlitandet av offentlig-privata partnerskap kan förklaras med hjälp av olika faktorer. Med tanke på de budgetåttstramningar som medlemsstaterna måste möta, svarar de mot ett behov av privata finansieringstillskott inom den offentliga sektorn. Det förklaras även av en vilja att inom den offentliga livet dra större nytta av den privata sektorns kunskaper och arbetsmetoder. Utvecklingen av det offentlig-privata partnerskapet speglar dessutom mer allmänt utvecklingen av statens roll inom det ekonomiska området där staten frångår från att delta direkt till att istället organisera, styra och kontrollera.
4. Medlemsstaternas offentliga myndigheter tar ofta hjälp av offentlig-privata partnerskapsuppläggningar för att förverkliga infrastrukturprojekt, bl.a. inom sektorerna för transport, folkhälsa, utbildning och allmän säkerhet. På europeisk nivå har det bekräftats att tillgång till offentlig-privata partnerskap kan bidra till att

förverkliga transeuropeiska transportnät, något som blivit starkt försenat bl.a. på grund av otillräckliga investeringar.¹ Inom ramen för initiativet för tillväxt har rådet godkänt en rad åtgärder som syftar till att öka investeringarna i det transeuropeiska nätets infrastruktur och inom områdena för innovation samt forskning och utveckling fr.a. genom att använda offentlig-privata partnerskap.²

5. Även om det stämmer att samarbete mellan det offentliga och det privata kan skapa mikroekonomiska fördelar som gör det möjligt att förverkliga ett projekt till bästa kvalitet och pris samtidigt som målen i allmänhetens intresse bibehålls, får emellertid inte offentlig-privata partnerskap ses som en mirakellösning för en offentlig sektor som möter budgettåstringar.³ Erfarenheten visar att det vid varje projekt bör bedömas om partnerskapsalternativet skapar ett verkligt mervärde i jämförelse med andra alternativ såsom den mer vedertagna formen för offentlig upphandling.⁴
6. Kommissionen noterar dessutom med intresse att vissa medlemsstater och anslutande länder skapat instrument för att samordna och främja offentlig-privata partnerskap som bl.a. syftar till att sprida 'goda arbetsmetoder' för offentlig-privata partnerskap inom dessa stater eller på europeisk nivå. Dessa instrument syftar till att expertis på området ömsesidigt skall göras tillgänglig (som t.ex. Task forces i U.K. och i Italien) och på så sätt erbjuda råd till användarna om olika sorters offentlig-privata partnerskap oavsett fas, t.ex. i den inledande fasen där konceptet fastställs, vid urvalet av den privata partnern, om bästa riskfördelning, vid valet av avtalsbestämmelser eller t.o.m. vid införlivandet av finansiella medel från EU.
7. De offentliga myndigheterna har tillsammans med den privata sektorn även tillgång till partnerskapsstrukturer för att säkerställa förvaltningen av offentliga tjänster fr.a. på lokal nivå. Offentliga tjänster som avfallshantering, vatten- eller energiförsörjning anförtros också mer och mer åt företag, oavsett om dessa är offentliga, privata eller gemensamt bedrivna. I grönboken om tjänster i allmänhetens intresse erinras i detta sammanhang om att när en offentlig myndighet beslutar att anförtro tredje man tillhandahållandet av en tjänst åläggs denne att iaktta lagen om offentlig upphandling och koncessioner även om tjänsten i fråga anses ligga i allmänhetens intresse.⁵ Europaparlamentet har dessutom medgivit att efterlevnad av dessa bestämmelser kan utgöra ett effektivt instrument för att förekomma olämpliga konkurrenshinder genom att göra det möjligt för offentliga beslutsfattare att samtidigt själva fastställa och

¹ Se kommissionens meddelande av den 23 april 2003 "Att förverkliga det transeuropeiska transportnätet: Innovativa finansieringsmetoder - Driftskompatibla elektroniska vägtullsystem", KOM(2003) 132, och högnivågruppens rapport om det transeuropeiska transportnätet av den 27 juni 2003.

² Ordförandeskapets slutsatser, Europeiska rådet i Bryssel den 12 december 2003.

³ Eurostat, Europeiska gemenskapernas statistikkontor, fattade den 11 februari 2004 (jfr pressmeddelande STAT/04/18) ett beslut om redovisningen i nationalräkenskaperna av de avtal som inom ramen för partnerskap med privata enheter tecknats av offentliga enheter. I beslutet anges noggrant verkningarna på offentliga underskott/överskott och på offentlig skuld. Eurostat rekommenderar att de tillgångar som ingår i ett offentlig-privat partnerskap skall klassificeras som icke-offentliga tillgångar och följaktligen inte registreras i de offentliga förvaltningarnas balansräkning om följande två villkor uppfylls: 1. den privata partnern bär byggnadsrisken, och 2. den privata partnern bär minst en av följande två risker: tillgänglighetsrisken eller den risk som är förknippad med efterfrågan.

⁴ Se meddelandet från kommissionen till rådet och parlamentet 'De offentliga finanserna i EMU 2003', offentliggjort i European Economy nr 3/2003 (KOM(2003) 283 slutlig).

⁵ KOM(2003) 270 slutlig. För text i och bidrag till grönboken, se http://europa.eu.int/comm.secretariat_general/services_general_interest.

kontrollera de villkor som skall uppfyllas när det gäller kvalitet, tillgänglighet, sociala normer och miljöskydd.⁶

1.2 Utmaningen för den inre marknaden: att säkerställa att offentlig-privata partnerskap utvecklas under effektiva konkurrensvillkor och i rättslig klarhet.

8. I denna grönbok diskuteras begreppet offentlig-privat partnerskap när det gäller EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner. I EG-rätten föreskrivs ingen särskild ordning för begreppet ”offentlig-privat partnerskap”. Där hävdas inte desto mindre att varje åtgärd, oavsett om den är avtalsgrundad eller ensidig, varigenom en offentlig enhet anförtror tredje man genomförandet av en ekonomisk verksamhet, skall undersökas i ljuset av fördragets bestämmelser och principer, fr.a. när det gäller etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster (artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget).⁷ Dessa principer omfattar bl.a. principerna om insyn, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.⁸ Detaljerade bestämmelser tillämpas dessutom i de fall som omfattas av de direktiv som syftar till att samordna förfarandena för offentlig upphandling.⁹ ¹⁰ Dessa direktiv syftar således till att ”skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster till de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat och att därvid undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare ges företräde vid tilldelning av kontrakt som möjligheten att en offentlig upphandlande myndighet låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska”.¹¹ Tillämpningen av de detaljerade bestämmelserna i dessa direktiv begränsas emellertid av vissa förutsättningar och rör i första hand avtalets upphandlingsfas.

⁶ Europaparlamentets resolution om grönboken om tjänster i allmänhetens intresse antogs den 14 januari 2004.

⁷ De bestämmelser som gäller den inre marknaden, inbegripet bestämmelser och principer för offentlig upphandling och koncessioner, tillämpas på varje ekonomisk verksamhet, dvs. på varje verksamhet som består av att erbjuda tjänster, varor och bygg- och anläggningsarbeten på en marknad även om dessa tjänster, varor eller bygg- och anläggningsarbeten syftar till att säkerställa en ’tjänst i allmänhetens intresse’ så som den definieras av en medlemsstat.

⁸ Se kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121, 29.4.2000.

⁹ Dvs. direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG, 93/37/EEG och 93/38/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, respektive offentlig upphandling av varor, offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten samt upphandling inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. Dessa direktiv skall ersättas av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster och av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling inom vatten-, energi-, transport- och posttjänstsektorerna, vilka snart kommer att offentliggöras i EUT. Den [provisoriska] versionen av de nya direktiven kan läsas på webbplatsen http://www.europarl.eu.int/code/concluded/default_2003_en.htm.

¹⁰ Dessutom kan inom vissa sektorer, bl.a. transportsektorn, införandet av ett offentlig-privat partnerskap bli föremål för en särskild sektorslagstiftning. Se rådets förordning (EEG) nr 2408/92 om EG-lufttrafikföretags tillträde till flyglinjer inom gemenskapen, rådets förordning (EEG) nr 3577/92 om tillämpning av principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet inom medlemsstaterna, rådets förordning (EEG) nr 1191/69 om medlemsstaternas åtgärder i fråga om allmän trafikplikt på järnväg, väg och inre vattenvägar, ändrad genom förordning (EEG) nr 1893/91, och det ändrade förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om medlemsstaternas åtgärder i fråga om krav på allmänna tjänster och slutande av avtal om allmänna tjänster avseende persontransporter på järnväg, väg och inre vattenvägar (KOM(2002) 107 slutlig).

¹¹ De förenade målen C-285/99 och C-286/99, *Impresa Lombardini mot ANAS*, dom av den 27 november 2001, punkt 36 och i samma bemärkelse, mål C-380/98, *University of Cambridge*, Reg. s. I-8035 och mål C-19/00, *SIAC construction*, Reg. s. I-7725.

9. Vilka regler som är tillämpliga vid valet av en privat partner beror först och främst på egenskaperna i det avtal som denne slutit med ett upphandlande organ.¹² Enligt sekundärrätten betecknas varje avtal, som på ekonomiska villkor skriftligt slutits mellan ett upphandlande organ och en aktör i den mån det syftar till att utföra ett bygg- och anläggningsarbete eller tillhandahålla en tjänst, som ”offentlig upphandling” av bygg- och anläggningsarbeten eller tjänster. Begreppet ”koncession” definieras som ett avtal med samma egenskaper som en offentlig upphandling med undantag av att ersättningen för utförda bygg- och anläggningsarbeten eller tjänster består av antingen endast nyttjanderätten till anläggningen eller tjänsten eller av att denna rätt är förbunden med ett pris.
10. Bedömningen av delarna i dessa definitioner bör enligt domstolen ske på ett sätt som säkerställer att de fördelaktiga verkningarna av ifrågavarande direktiv inte äventyras.¹³ De formaliteter som är förknippade med begreppet avtal inom den nationella rätten får t.ex. inte hävdas så att direktiven berövas sina fördelaktiga verkningar. På samma sätt innebär inte ekonomisk ersättning för avtalet i fråga att ett belopp obligatoriskt måste utbetalas direkt av den offentliga partnern utan ersättningen kan bestå i varje annan form av ekonomisk motprestation som erhålls av den privata partnern.
11. De avtal som rör offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten eller tjänster som definierats som prioriterade¹⁴ omfattas av detaljerade bestämmelser i gemenskapsdirektiven. Koncessionerna på de bygg- och anläggningsarbeten och offentliga upphandlingar av de tjänster som kallas ’icke-prioriterade’ styrs endast av några strödda bestämmelser i sekundärrätten. Slutligen faller vissa förfaranden, bl.a. koncessioner på tjänster, helt utanför sekundärrättens ram. Det förhåller sig dessutom på samma sätt med varje uppdragstilldelning som genomförs ensidigt.
12. Det regelverk som styr valet av privat partner har därför blivit föremål för en gemenskapssamordning på flera nivåer och med olikartad intensitet, vilket på det nationella planet medför att stora skillnader i tillvägagångssättet kvarstår även om varje förfarande för tilldelning av ett uppdrag till tredje man grundas på minimibestämmelser i artiklarna 43-49 i EG-fördraget.
13. Kommissionen har redan tagit initiativ inom området för offentlig upphandling när det gäller begreppet offentlig-privata partnerskap. Den offentliggjorde år 2000 ett tolkningsmeddelande om koncessioner och EG-rätten om offentlig upphandling,¹⁵ i vilket den på grundval av bestämmelserna och principerna i fördraget och i den tillämpliga sekundärrätten noggrant fastlade ramarna för begreppet koncession i EG-rätten såväl som de åligganden som åvilar de offentliga myndigheterna vid valet av

¹² I de offentlig-privata partnerskapens verksamhet är offentliga partner i första hand nationella, regionala eller lokala myndigheter. De kan även vara offentligrättsliga organ som inrättats för att under statens kontroll utföra uppdrag av allmänt intresse eller förvaltningsföretag inom vissa närverksbranscher. I strävan efter förenkling kommer termen ”upphandlande organ” att i detta dokument användas för att beteckna samtliga dessa organ. Denna term täcker även ”upphandlande myndigheter” i den betydelse som avses i direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG, 93/37/EEG och 2004/18/EG samt de upphandlande enheter som betecknas som ”offentliga myndigheter” och ”offentliga företag” i direktiven 93/38/EEG och 2004/17/EG.

¹³ Domstolens dom av den 12 juli 2001, mål C-399/98, *Scala*, Reg. s. I-5409, se i synnerhet punkterna 53-55.

¹⁴ Dvs. de som förtecknas i bilaga IA till direktiv 92/50/EEG eller i bilaga XVIA till direktiv 93/38/EEG.

¹⁵ Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten. EGT C 121, 29.4.2000.

de ekonomiska aktörer som beviljas koncessionerna. Dessutom införs genom Europaparlamentets och rådets nya direktiv, som syftar till att modernisera och förenkla ramen för gemenskapslagstiftningen, ett nytt tilldelningsförfarande som utformats speciellt för tilldelningen av 'särskilt invecklad upphandling' och därmed för vissa former av offentlig-privata partnerskap. Detta nya förfarande, benämnt "konkurrenspräglad dialog", gör det möjligt för offentliga myndigheter att föra diskussioner med de ansökande företagen för att utröna de lösningar som kan tänkas motsvara deras behov.

14. Inte desto mindre anser många företrädare för berörda kretsar att gemenskapsbestämmelserna förurvalet av företag för ett offentligt-privat partnerskap liksom deras räckvidd när det gäller de avtalsförbindelser som styr bildandet av partnerskapet, är otillräckligt klarlagda och brister i enhetlighet mellan de olika medlemsstaterna. Detta läge kan för aktörerna inom gemenskapen medföra en osäkerhet som kan bli ett verkligt hinder för att skapa de offentlig-privata partnerskapen eller nå framgång med dem, något som kan hämma finansieringen av viktiga infrastrukturer och utvecklingen av offentliga tjänster av hög kvalitet.
15. Europaparlamentet har uppmanat kommissionen att undersöka möjligheten att anta ett förslag till direktiv som syftar till att på ett enhetligt sätt reglera sektorn för koncessioner och andra former av offentlig-privata partnerskap.¹⁶ Europeiska ekonomiska och sociala kommittén har också ansett att ett lagstiftningsinitiativ krävs.¹⁷
16. I detta sammanhang har kommissionen i sin strategi för den inre marknaden 2003-2006 tillkännagivit¹⁸ att den skall offentliggöra en grönbok om de offentlig-privata partnerskapen och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner i avsikt att få en diskussion om bästa sättet att säkerställa att de offentlig-privata partnerskapen kan utvecklas i effektiv konkurrens och rättslig klarhet. Offentliggörandet av en grönbok ingår även i de åtgärder som planeras i samband med det europeiska initiativet för tillväxt.¹⁹ Slutligen är publiceringen av grönboken ett svar på de uppmaningar som framförts under det offentliga samrådet om grönboken om tjänster i allmänhetens intresse.²⁰

1.3. Särskilt mål och planen för föreliggande grönbok

17. Grönbokens mål är att få till stånd en diskussion om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner inom de offentlig-privata partnerskapen. Härvid skall diskussion koncentreras på de bestämmelser som bör tillämpas när det beslutats att anförtro tredje man ett uppdrag eller en arbetsuppgift. Det handlar här om ledet efter det ekonomiska och organisationsmässiga urval som genomförs av en

¹⁶ Europaparlamentets yttrande vid den första behandlingen av kommissionens förslag KOM(2000) 275 av den 10 maj 2002.

¹⁷ Yttrande från Ekonomiska och sociala kommittén, EGT C 14, 16.1.2001, föredragande Ph. Levaux, punkt 4.1.3 och yttrande från Ekonomiska och sociala kommittén, EGT C 193, 10.7.2001, föredragande B. Green, punkt 3.5.

¹⁸ Strategin för den inre marknaden, Prioriteringar för 2003-2006, KOM(2003) 238 slutlig.

¹⁹ Meddelande från kommissionen "Ett initiativ för tillväxt: Att investera i nätverk och kunnande för att främja tillväxt och sysselsättning", KOM(2003) 690 slutlig av den 11 november 2003. Denna rapport godkändes av Europeiska rådet i Bryssel den 12 december 2003.

²⁰ Jfr rapporten om resultaten av samrådet om grönboken om tjänster i allmänhetens intresse, se ovan fotnot 5.

lokal eller nationell myndighet och kan alltså inte uppfattas som syftande till att gälla en allmän värdering av valet att lägga ut förvaltningen av offentliga tjänster på entreprenad eller inte; detta val faller inom de offentliga myndigheternas behörighet. EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner är neutral när det gäller medlemsstaternas val mellan att i egen regi säkerställa offentliga tjänster eller anförtro dem åt tredje man.

18. Denna grönbok syftar mer exakt till att klargöra räckvidden i de gemenskapsbestämmelser som är tillämpliga i fasen för urval av privat partner och den senare fasen i syfte att upptäcka möjliga osäkerhetsfaktorer och analysera om gemenskapsramen är lämplig för de offentlig-privata partnerskapens insatser och särskilda egenskaper. Överväganden inför en eventuell gemenskapsinsats kommer att inledas. Då denna grönbok syftar till att få till stånd ett samråd har någon på förhand avgjord gemenskapsinsats inte beslutats. De instrument som står till buds för att underlätta att de offentlig-privata partnerskapens verksamhet inleds under konkurrensvillkor på tydliga rättsliga grunder är således mycket olikartade: lagstiftning, tolkningsmeddelanden, åtgärder som syftar till en förbättrad samordning av nationella rutiner eller utbyte av goda metoder mellan medlemsstaterna.
19. Denna bok koncentrerar sig alltså på de frågor som gäller rätten om offentlig upphandling och koncessioner. Det bör erinras om att kommissionen inom andra områden redan vidtagit åtgärder för att avskaffa de hinder som kan försvåra att offentlig-privata partnerskap införs. De bestämmelser som rör bokföringen i nationalräkenskaperna av de avtal som inom ramen för ett partnerskap tecknats av offentliga enheter med privata har sålunda nyligen förtydligats.²¹ Det erinras även om att införandet av en stadga för Europabolag kommer att underlätta att transeuropeiska offentlig-privata partnerskap införs.²²
20. För att analysera denna grönbok föreslås att det görs skillnad mellan
 - rent avtalsmässiga offentlig-privata partnerskap där partnerskapet mellan den offentliga och privata sektorn uteslutande grundar sig på avtalsmässiga förbindelser och
 - institutionella offentlig-privata partnerskap som innebär samarbete mellan den offentliga och privata sektorn inom en separat enhet.

Denna skillnad grundar sig på konstaterandet att de olikheter som finns mellan de offentlig-privata partnerskapens metoder i medlemsstaterna kan återföras till två viktiga modeller. Båda ger upphov till särskilda frågor om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, vilket motiverar en särskild undersökning som kommer att utgöra ämnet för följande kapitel.²³

²¹ Ovan, fotnot 3.

²² Rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001.

²³ Den sålunda gjorda åtskillnaden beaktar inte de juridiska rubriceringar som ges i den nationella rätten och innebär inget ställningstagande till EG-rättens rubricering av detta slags uppläggningar eller avtal. Den analys som följer har därför som enda mål att särskilja mellan de uppläggningar som vanligtvis betecknas som offentlig-privata partnerskap för att vid nästa tillfälle bidra till att avgöra vilka bestämmelser i EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner som bör tillämpas på dem.

2. DET RENT AVTALSMÄSSIGA OFFENTLIG-PRIVATA PARTNERSKAPET OCH EGRÄTTEN OM OFFENTLIG UPPHANDLING OCH KONCESSIONER

21. Termen rent "avtalsmässigt offentlig-privat partnerskap" syftar på ett partnerskap som uteslutande grundar sig på avtalsmässiga förbindelser mellan olika aktörer. Det omfattar olika uppläggningar som tilldelar den privata partnern en eller flera mer eller mindre omfattande uppgifter som omfattar utformning, finansiering, genomförande, underhåll eller utnyttjande av ett arbete eller en tjänst.
22. Inom denna ram kännetecknas en av de mest välkända modellerna, som ofta kallas "koncessionsmodellen",²⁴ av den direkta förbindelsen mellan den privata partnern och slutanvändaren: den privata partnern erbjuder allmänheten en tjänst "på plats" men under den offentliga partnerns kontroll. Den kännetecknas även av det sätt att ersätta avtalspartnern som består av avgifter som uttas av tjänstens användare, som i förekommande fall kompletteras med stöd från de offentliga myndigheternas sida.
23. I de andra slagen av uppläggning är den privata partnern ålagd att införa och förvalta en infrastruktur för offentlig förvaltning (t.ex. en skola, ett sjukhus, en fängvårdsanstalt, en transportinfrastruktur). Det mest typiska exemplet på denna modell är en s.k. PFI-uppläggning.²⁵ I denna modell utgår ersättningen till den privata partnern inte i form av avgifter som erläggs av anläggningens eller tjänstens nyttjare utan i form av regelbundna utbetalningar från den offentliga partnerns sida. Dessa utbetalningar kan vara fasta men kan även beräknas på olika grunder i förhållande till t.ex. tillträde till anläggningen eller tjänsterna i fråga eller t.o.m. frekvensen i utnyttjandet av anläggningen.²⁶

1. Vilka slags uppläggningar av rent avtalsmässiga offentlig/privata partnerskap känner du till? Är de föremål för särskilda rambestämmelser (juridiska eller andra) i ditt land?

2.1. Fasen för urval av den privata partnern

2.1.1. Rent avtalsmässiga partnerskap: överlåtelsehandling för offentlig upphandling

24. Reglerna för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten eller offentlig upphandling av de tjänster som betecknats som prioriterade²⁷ följer av bestämmelserna i de gemenskapsdirektiv där detaljerade bestämmelser fastställs för bl.a. offentliggörande och deltagande. När den offentliga myndigheten är en upphandlande myndighet som handlar enligt de ursprungliga direktiven,²⁸ bör denna vanligen använda det öppna eller det selektiva förfarandet vid valet av sin privata partner. Undantagsvis och under vissa villkor är det ibland möjligt att använda det förhandlade förfarandet. I detta sammanhang vill kommissionen erinra om att det

²⁴ Det bör erinras om att den rubricering som ges i den nationella rätten eller av parterna inte har någon inverkan på den juridiska rubriceringen av dessa avtal vid tillämpningen av EGRätten om offentlig upphandling och koncessioner.

²⁵ Termen PFI avser «Private Finance Initiative», ett brittiskt regeringsprogram som gör det möjligt att modernisera offentliga infrastrukturer medelst privat finansiering. Samma modell används i andra medlemsstater ibland med betydande variationer. PFI har t.ex. inspirerat utvecklandet av 'Betreibermodell' i Tyskland.

²⁶ Jfr fallet med de 'möjliga vägavgifter' som används inom motorvägsprojekt i bl.a. Förenade kungariket, Portugal, Spanien och Finland.

²⁷ Dvs de som förtecknas i bilaga IA till direktiv 92/50/EEG och i bilaga XVIA till direktiv 93/38/EEG.

²⁸ Dvs direktiven 93/37/EEG, 92/50/EEG och 2004/18/EG.

undantag som avses i artikel 7.2 i direktiv 93/37/EEG, där det föreskrivs att det förhandlade förfarandet får användas när upphandlingen gäller arbeten där egenskaperna och riskerna gör det omöjligt att fastställa priset på förhand och i sin helhet, har ett begränsat tillämpningsområde. Detta undantag syftar uteslutande på de fall då osäkerheten *i första hand* beror på egenskapen hos eller omfattningen av de arbeten som skall utföras men syftar inte på de fall där osäkerheten beror på andra faktorer såsom svårighet att på förhand bestämma priset på grund av den invecklade beskaffenheten i den rättsliga eller finansiella uppläggning som genomförs.²⁹

25. Efter det att direktiv 2004/18/EG antagits kan ett nytt förfarande, s.k. ”konkurrenspräglad dialog”, tillämpas vid särskilt invecklade offentliga upphandlingar.³⁰ Den konkurrenspräglade dialogen kan användas i de fall då det upphandlande organet inte objektivt kan avgöra vilka tekniska hjälpmedel som kan motsvara dess behov och mål, såväl som i de fall då det upphandlande organet inte objektivt kan upprätta den rättsliga eller ekonomiska uppläggningsplanen av ett projekt. Genom detta nya förfarande blir det möjligt för de upphandlande organen att med anbudsgivarna inleda en dialog vars ändamål är att utveckla lösningar som är ägnade att motsvara dessa behov. Inom denna dialog kommer anbudsgivarna att uppmanas att lämna sitt slutliga anbud på grundval av den eller de lösningar som framkommit under dialogen. Dessa anbud skall innehålla alla de delar som krävs för att genomföra projektet. De upphandlande organen utvärderar anbuden med hjälp av tilldelningskriterier som upprättats i förväg. Den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt fördelaktigaste anbudet kan uppmanas att förtydliga vissa punkter i sitt anbud eller bekräfta de åtaganden som ingår i detta, på villkor att detta inte får till följd att betydande delar i anbudet eller i anbudsinförandet ändras, att konkurrensen snedvrids eller att det medför diskriminering.
26. Den konkurrenspräglade dialogen borde göra det möjligt att säkerställa den flexibilitet som erfordras vid diskussionerna med anbudsgivarna om alla synpunkter på upphandlingen under genomförandefasen, samtidigt som det ses till att dessa diskussioner förs under iakttagande av principerna om insyn och likabehandling och att de inte äventyrar de rättigheter som i fördraget tillerkänns de ekonomiska aktörerna. Förfarandet grundar sig på uppfattningen att välgrundade urvalsmetoder vid varje tillfälle bör värnas då de bidrar till att säkerställa objektivitet och integritet i det förfarande som leder till valet av aktör. Härigenom säkerställs en tillfredsställande användning av offentliga medel, riskerna för minskad insyn i förfarandena minskas och den rättssäkerhet som krävs för att genomföra sådana projekt stärks.
27. Det bör dessutom understrykas att de upphandlande organens intresse av att formulera de tekniska kravspecifikationer som gäller för arbetsresultat eller funktionskrav stärks genom de nya direktiven. Nya bestämmelser kommer också att göra det möjligt för de upphandlande organen att vidga möjligheterna att under upphandlingsfasen beakta innovativa lösningar oavsett förfarande.³¹

²⁹ Så kan t.ex. även vara fallet när bygg- och anläggningsarbeten utförs i ett geologiskt instabilt eller arkeologiskt område och då av detta skäl omfattningen av de bygg- och anläggningsarbeten som skall utföras är oförutsebar vid förfarandets inledning. Ett liknande undantag föreskrivs i artikel 11.2 i direktiv 92/50 och i direktiv 2004/18/EG artikel 30.1 b).

³⁰ Artikel 29 i direktiv 2004/18/EG.

³¹ Artikel 23 i direktiven 2004/18/EG och artikel 34 i direktiv 2004/17/EG.

2. Enligt kommissionens uppfattning kommer överföringen av den konkurrenspräglade dialogen till den nationella rätten att göra det möjligt för berörda parter att använda ett förfarande som är särskilt lämpat för ett avtal i en offentlig upphandling som skall genomföras med ett rent avtalsmässigt offentligt-privat partnerskap, samtidigt som de ekonomiska aktörernas grundläggande rättigheter iakttas. Delar du denna uppfattning? Om inte, varför?
3. Finns det, när det gäller dessa avtal, enligt din uppfattning andra punkter än de som gäller valet av upphandlingsförfarande som kan tänkas skapa problem när det gäller EG-rätten om offentlig upphandling? Om svaret är ja, vilka är de och vilka är deras orsaker?

2.1.2. *Rent avtalsmässiga partnerskap: överlåtelsehandling för koncession*

28. Få bestämmelser i sekundärrätten samordnar upphandlingsförfarandena för avtal för koncessioner enligt EG-rätten. När det gäller koncessioner på bygg- och anläggningsarbeten tillämpas endast vissa skyldigheter till offentlighet som skall säkerställa att intresserade aktörer underrättas i förväg samt en skyldighet att beakta en minsta tidsfrist för att motta anbud.³² Det sätt på vilket den privata partnern därefter utses lämnas åt de upphandlande organens fria val, varvid dessa organ helt och hållet skall iaktta fördragets principer och bestämmelser.
29. Det system som tillämpas under upphandlingsfasen för koncessioner på tjänster regleras enbart genom en hänvisning till principerna i artiklarna 43 och 49 i fördraget om bl.a. insyn, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.³³ I sin dom i målet *Telaustria* har domstolen i detta avseende angivit att *"den skyldighet att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska"*.³⁴
30. Enligt kommissionens uppfattning kan det system som följer av bestämmelserna i fördraget sammanfattas i följande skyldigheter: fastställande av bestämmelser för urval av den privata partnern, lämpligt offentliggörande av avsikten att utfärda en koncession samt av de bestämmelser som styr urvalet så att en kontroll av opartiskheten möjliggörs under hela förfarandet, skapande av verklig konkurrens mellan de aktörer som är potentiellt intresserade och i stånd att säkerställa fullbordandet av arbetsuppgifterna i fråga, iakttagande av principen om likabehandling av alla deltagare under hela förfarandet samt upphandling på grundval av objektiva och icke-diskriminerande kriterier.
31. Den EG-rätt som är tillämplig inom ramen för koncessionsgivningen består alltså huvudsakligen av skyldigheter av allmän beskaffenhet som inte medför någon samordning av medlemsstaternas lagstiftning. Även om medlemsstaterna har

³² Se artikel 3.1 i direktiv 93/37/EEG och artiklarna 56-59 i direktiv 2004/18/EG.

³³ Även om kommissionen föreslagit att införa koncessioner på tjänster i direktiv 92/50/EEG har rådet beslutat att under lagstiftningsförfarandet undanta dem ur det senares tillämpningsområde.

³⁴ Mål C-324/98. Se även beslut av den 30 maj 2002, mål C-358/00, *Deutsche Bibliothek*, Reg. s. I-4685. Dessa principer är även tillämpliga på andra statliga handlingar genom vilka tredje man anförtros en ekonomisk prestation, t.ex. de upphandlingar som utesluts ur direktivens tillämpningsområde på grund av deras belopp som inte överskrider sekundärrättens tillämpningströsklar (domstolens beslut av den 3 december 2001, mål C-59/00, *Vestergaard*, Reg. s. I-9505) eller icke-prioriterade tjänster.

möjlighet att själva lagstifta om koncessionsgivningen, har mycket få valt att anta en intern lagstiftning med allmänna och detaljerade regler för koncessionsgivningsfasen för bygg- och anläggningsarbeten eller tjänster.³⁵ Följaktligen upprättas bestämmelser för tillämpningen av ett upphandlande organs val av en koncessionshavare ofta från fall till fall.

32. Detta kan skapa problem för gemenskapens aktörer. Avsaknaden av en samordning av de nationella lagarna kan nämligen bli ett hinder för en reell gemenskapsöppning för verksamheten i fråga, i synnerhet när den genomförs på transnationell nivå. Den rättsosäkerhet som är förknippad med avsaknad av klara och samordnade bestämmelser kan dessutom bli sådan att den ökar de kostnader som är förknippade med genomförandet av verksamheten i fråga.
33. Några har dessutom hävdats att målen för den inre marknaden i vissa fall riskerar att inte uppnås på grund av avsaknaden av en effektiv konkurrens på marknaden. Kommissionen vill i detta sammanhang erinra om att upphandlingsdirektiven inte endast syftar till att säkerställa insyn i förfarandena och likabehandling av de ekonomiska aktörerna, utan också föreskriver ett minsta antal anbudsgivare som skall inbjudas att delta i förfarandena, oavsett om dessa är öppna, selektiva, förhandlade eller följer den konkurrenspräglade dialogen.³⁶ Det bör övervägas om den effektiva tillämpningen av dessa bestämmelser är tillräcklig eller om det krävs andra åtgärder för att underlätta införandet av ett mer konkurrenspräglat förfarande.
34. I samband med de överträdelseförfaranden som redan handlagts har kommissionen dessutom konstaterat att det inte alltid är lätt att från början avgöra om det avtal som är föremål för förfarandet är en offentlig upphandling eller en koncession. För de avtal som vid tiden för förfarandets inledning rubriceras som koncessioner kan fördelningen av risker och förmåner bli föremål för förhandlingar under pågående förfarande. Det kan visa sig att det ifrågasatta avtalet som följd av dessa förhandlingar till slut borde rubriceras som ”offentlig upphandling”. Denna omrubricering medför ofta att lagligheten i det upphandlingsförfarande som valts av det upphandlande organet ifrågasätts. Enligt de synpunkter som uttryckts av berörda parter uppstår i detta fall en rättsosäkerhet som drabbar denna verksamhet och som blir ytterst menlig för dess utveckling.
35. Kommissionen kan i detta sammanhang överväga att föreslå en lagstiftningsåtgärd som syftar till att samordna upphandlingsförfarandena för koncessioner i Europeiska unionen, varvid denna nya lagstiftning kommer att ansluta sig till de befintliga texterna om offentlig upphandling. I så fall kommer detaljerade bestämmelser för upphandling av koncessioner läggas fast.
36. Det bör också undersökas om det finns objektiva skäl att för koncessionsupphandlingen införa ett system som skiljer sig från det som gäller andra avtalsmässiga offentlig-privata partnerskaps upphandling. Det erinras i detta sammanhang om att kriteriet för nyttjanderätten och därmed övertagandet av de

³⁵ Spanien (lag av den 23 maj 2003 om koncessioner på bygg- och anläggningsarbeten), Italien (Merloni-lagen från 1994, i ändrad lydelse) och Frankrike (Sapin-lagen från 1993) har inte desto mindre en sådan lagstiftning.

³⁶ Artikel 19 i direktiv 93/36/EEG, artikel 22 i direktiv 93/37/EEG, artikel 27 i direktiv 92/50/EEG och artikel 31 i direktiv 93/38/EEG. Se även artikel 44 i direktiv 2004/18/EG och artikel 54 i direktiv 2004/17/EG.

risker som ingår i nyttjandet skiljer offentliga upphandlingar från koncessioner. Om det bekräftas att en rättsosäkerhet ofta föreligger inom vissa rent avtalsmässiga offentlig-privata partnerskaps upphandling, därför att det är svårt att på förhand kartlägga fördelningen av nyttjanderiskerna mellan parterna, kan kommissionen komma att överväga att underkasta alla avtalsmässiga offentlig-privata partnerskaps upphandling ett identiskt upphandlingsförfarande, oberoende av om de är offentliga upphandlingar eller koncessioner.

4. Har du redan organiserat, deltagit i eller önskat organisera eller delta i ett tilldelningsförfarande för koncessioner inom unionen? Vilken erfarenhet har du av detta?
5. Bedömer du att gemenskapens nu gällande rättsliga ram är tillräckligt ingående för att säkerställa ett konkret och verksamt deltagande av icke-nationella företag och grupper i upphandlingsförfarandena för koncessioner? Är ett verkligt konkurrensförhållande enligt din uppfattning vanligen säkerställt inom denna ram?
6. Anser du att ett lagstiftningsinitiativ från gemenskapens sida som syftar till att lägga ramar för upphandlingsförfarandet för koncessioner är önskvärt?
7. Om du mer allmänt anser att det krävs att kommissionen föreslår en ny lagstiftningsåtgärd, finns det enligt din uppfattning objektiva skäl för att i detta dokument inrikta sig på alla avtalsmässiga offentlig-privata partnerskaps upphandlingar, oavsett om de är offentliga upphandlingar eller koncessioner, för att underkasta dem ett identiskt upphandlingsförfarande?

2.2. Särskilda frågor om valet av en ekonomisk aktör inom ramen för ett offentlig-privat partnerskap på privat initiativ

37. Vissa medlemstater har nyligen utvecklat metoder varigenom den privata sektorn ges möjlighet att ta initiativ till ett offentlig-privat partnerskap..³⁷ Enligt detta slags förfarande framlägger de ekonomiska aktörerna ett detaljerat projektförslag, i allmänhet om uppförande och skötsel av en infrastruktur. I vissa fall läggs förslaget på uppmaning av förvaltningen.
38. Genom dessa metoder blir det möjligt att på ett tidigt stadium utröna de ekonomiska aktörernas vilja att investera i vissa projekt. De stimulerar även aktörerna till att utveckla eller tillämpa nydanande tekniska lösningar som är anpassade till det upphandlande organets särskilda behov.
39. Att ett allmännyttigt projekt har sitt ursprung i ett privat initiativ ändrar inte beskaffenheten i de avtal som sluts mellan de upphandlande organen och de ekonomiska aktörerna. Om dessa avtal avser tjänster som regleras i sekundärrätten och som sluts på ekonomiska villkor, skall de rubriceras antingen som offentlig upphandling eller koncession och underkastas det upphandlingsförfarande som följer av detta.

³⁷ I vissa medlemsstater är det privata initiativet föremål för särskilda rambestämmelser (se Merloni-lagen i Italien av den 18 november 1998 och Spaniens förordning om lokalsamhällets tjänster från 1955 och lag 13/2003 om koncessioner på bygg- och anläggningsarbeten av den 23 maj 2003). I andra medlemsstater utvecklas i praktiken de offentlig/privata partnerskapen på privat initiativ på samma sätt.

40. Det bör alltså säkerställas att de förfaranden som används inom denna ram inte utmynnar i att de europeiska ekonomiska aktörerna berövas de rättigheter som tillerkänns dem i EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner. Kommissionen anser i synnerhet att alla europeiska aktörers tillgång till detta slags projekt bör säkerställas, bl.a. genom att uppmaningen att framlägga ett projekt offentliggörs på ett lämpligt sätt. Om den offentliga myndigheten därefter vill genomföra ett framlagt projekt, bör den ordna en anbudsinfordran för alla de ekonomiska aktörer som kan tänkas vara intresserade av att utveckla det beställda projektet och samtidigt erbjuda alla garantier för opartiskhet vid urvalet.
41. För att göra systemet attraktivt har medlemsstaterna ibland sökt införa vissa incitament för initiativtagarna. Möjligheten att ersätta projektets initiativtagare har använts, t.ex. genom att gottgöra denne för detta initiativ utanför förfarandet för den slutliga anbudsinfordran. Det har även övervägts att bevilja initiativtagaren vissa förmåner att göras gällande vid den anbudsinfordran som syftar till att utveckla det framlagda projektet. Dessa lösningar fordrar en uppmärksam undersökning för att undvika att de konkurrensfördelar som tillerkänts projektets initiativtagare strider mot likabehandlingen av anbudsgivarna.

8. Är enligt din erfarenhet de icke-nationella aktörernas tillgång till förfarandena inom offentlig-privata partnerskap på eget initiativ säkerställd? I de fall de upphandlande myndigheterna uppmanat aktörer att framlägga ett initiativ, har denna uppmaning i allmänhet blivit föremål för ett lämpligt offentliggörande som gör det möjligt för informationen att nå alla berörda aktörer? Har ett urvalsförfarande som präglas av effektiv konkurrens organiserats för ett framlagdt projektet?
9. Vilket skulle enligt din uppfattning vara det bästa tillvägagångssättet för att säkerställa utvecklingen av offentlig-privata partnerskap på privat initiativ i Europeiska unionen samtidigt som principerna om insyn, icke-diskriminering och likabehandling iakttas?

2.3. Fasen efter valet av den privata partnern

42. I sekundärrätten om offentlig upphandling och koncessioner behandlas huvudsakligen ett avtals upphandlingsfas. Fasen efter valet av den privata partnern behandlas däremot i allmänhet inte i sekundärrätten. De principer om likabehandling och insyn som följer av fördraget vänder sig emellertid i allmänhet mot varje intervention från den offentliga partnerns sida efter valet av den privata partnern i den mån en sådan intervention skulle vara av den beskaffenhet att likabehandlingen av de ekonomiska aktörerna ifrågasätts.³⁸
43. Den ofta invecklade beskaffenheten av uppläggningsen i fråga, den tid som kan förflyta mellan valet av privat partner och avtalets undertecknande, projektens förhållandevis långa varaktighet och slutligen den vanliga förekomsten av underleverantörer gör ibland tillämpningen av dessa bestämmelser och principer svår. Två synpunkter behandlas nedan; de avtalsmässiga rambestämmelserna för offentlig-privata partnerskap och avtal med underleverantörer.

³⁸ Se mål C-87/94, *Kommissionen mot Belgien (Bus Wallons)*, dom av den 25 april 1994, punkt 54. Se även mål C-243/89, *Kommissionen mot Danmark (bro över Stora bält)*, dom av den 22 juni 1992.

2.3.1. Projektets avtalsmässiga rambestämmelser

44. De avtalsmässiga bestämmelser som styr genomförandefasen för det offentlig-privata partnerskapet faller i första hand under nationell rätt. Utarbetandet av avtalsmässiga klausuler måste emellertid ske under iakttagande av hithörande gemenskapsbestämmelser och i synnerhet av principerna om likabehandling och insyn. Detta medför fr.a. att villkor och genomförandebestämmelser för avtalen tydligt måste anges i samrådsdokumenten, så att de olika ansökarna om partnerskap kan tolka dem på samma sätt och beakta dem när de utarbetar sina anbud. Dessa villkor och genomförandebestämmelser får inte heller ha några direkt eller indirekt diskriminerande konsekvenser eller på ett omotiverat sätt hindra det fria tillhandahållandet av tjänster eller etableringsfriheten.³⁹
45. Ett offentligt-privat partnerskaps framgång är till stor del beroende av omfattande avtalsmässiga rambestämmelser för projektet samt för de delar som styr dess genomförande.. Avgörande i detta sammanhang är en relevant bedömning och en optimal fördelning av riskerna mellan den offentliga sektorn och den privata efter deras förmåga att åta sig riskerna. Det förefaller även viktigt att ställa upp mekanismer som gör det möjligt att regelbundet utvärdera uppdragstagarens resultat. Inom denna ram kräver principen om insyn att de element som används för att utföra bedömningen och fördelningen av riskerna samt utvärderingen av resultaten meddelas i samrådsdokumenten så att anbudsgivarna kan beakta dem när de utarbetar sina anbud.
46. För den tid under vilken den privata partnern åtar sig att utföra ett arbete eller en tjänst skall dessutom projektets ekonomiska och finansiella stabilitet säkerställas. I synnerhet skall partnerskapsförhållandets varaktighet fastställas på ett sådant sätt att den inte hindrar eller begränsar den fria konkurrensen utöver vad som krävs för att säkerställa avbetalning på investeringarna och en rimlig avkastning på investerat kapital. En överdrivet lång varaktighet riskerar att få kritik på grundval av de principer som styr den inre marknaden⁴⁰ eller fördragets bestämmelser om konkurrens.⁴¹ Likaså kräver principen om insyn att de kriterier som används för att fastställa varaktigheten meddelas i samrådsdokumenten, så att anbudsgivarna kan beakta dem när de utarbetar sina anbud.
47. Eftersom de offentlig-privata partnerskapsförhållandena gäller över en tidsperiod bör dessa kunna utvecklas för att anpassas till förändringar i den makroekonomiska och tekniska omgivningen liksom till allmänintressets behov. I allmänhet vänder sig inte EG-rätten om offentlig upphandling mot möjligheten att beakta denna utveckling i den mån den sker under iakttagande av principerna om likabehandling och insyn. I de samrådsdokument som under urvalsförfarandet överförs till anbudsgivare eller kandidater kan även klausuler om automatisk anpassning föreskrivas, såsom klausuler om prisindexering eller om införande av omständigheter under vilka en översyn av uttagna avgifter blir möjlig. Där kan även föreskrivas klausuler om revision i den mån de exakt kartlägger de omständigheter och villkor under vilka anpassningarna kan införas i avtalsförbindelsen. Det är emellertid alltid viktigt att

³⁹ Mål C-19/00, *SIAC Constructions*, dom av den 18 oktober 2001, punkterna 41-45; mål C-31/87, *Gebroeders Beentjes mot Nederländerna*, dom av den 20 september 1988, punkterna 29-37. Se även artikel 26 i direktiv 2004/18/EG och artikel 38 i direktiv 2004/17/EG.

⁴⁰ Se tolkningsmeddelandet om koncessioner, i synnerhet punkt 3.1.3.

⁴¹ Artiklarna 81, 82 och 86.2 i EG-fördraget.

dessa klausuler är tillräckligt tydliga för att det skall bli möjligt för de ekonomiska aktörerna att tolka dem på samma sätt som under fasen för urval av den privata partnern.

48. I vissa fall förbehåller sig finansinstituten rätten att överta projektledningens roll eller att utse en ny ledning när de kassaflöden som bildats i projektet sjunker under en viss nivå. Användandet av sådana klausuler, som tillhör kategorin av s.k. ”step-in”-klausuler, kan utmynna i att det upphandlande organets privata partner ersätts utan att anbudsinfordran sker. Dessa falls förenlighet med EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner förtjänar därför särskild uppmärksamhet.
49. De ändringar som inträffar under pågående offentlig-privat partnerskap får mycket ofta till följd att principen om likabehandling av de ekonomiska aktörerna ifrågasätts när ändringarna inte ingår i avtalsdokumenten.⁴² De ändringar som inte ingår är alltså endast godtagbara när de blivit ofrånkomliga genom en oförutsebar händelse eller när de motiveras av hänsyn till allmän ordning och säkerhet eller folkhälsan.⁴³ Varje omfattande ändring som gäller själva föremålet för avtalet skall dessutom likställas med slutande av ett nytt avtal sluts, något som medför en ny anbudsinfordran.⁴⁴
50. Det bör slutligen erinras om att sekundärrätten noggrant fastställer de undantagsfall då en direkt tilldelning utan anbudsinfordran för kompletterande arbeten eller tjänster, som inte förekommer i det ursprungligen planerade projektet eller i det först ingångna avtalet, är tillåten.⁴⁵ Dessa undantag bör tolkas restriktivt. De gäller t.ex. inte en förlängning av varaktigheten i en redan befintlig motorvägskoncession för att täcka byggkostnaderna för en ny sträcka. Att hos en enda anbudsgivare samla ’lönsamma’ och ’olönsamma’ verksamheter kan i själva verket utmynna i ett läge där en ny verksamhet utan anbudsinfordran tilldelas en redan utsedd anbudsgivare.

10. Vilken erfarenhet har du av fasen efter valet av en privat partner för avtalsmässiga offentlig-privata partnerskaps verksamheter?
11. Känner du till fall där genomförandevillkoren - inbegripet klausuler för anpassning i tiden - kunnat få en diskriminerande verkan eller kunnat bilda ett omotiverat hinder för det fria tillhandahållandet av tjänster eller för etableringsfriheten? Om så är fallet, kan du beskriva det slags problem som du mött?

⁴² Se mål C-337/98, *Kommissionen mot Frankrike*, dom av den 5 oktober 2000, punkterna 44 och följande. EG-rätten vänder sig även mot de ändringar som företas under avtalets ikraftträdandefas efter det slutliga urvalet av den utsedde anbudsgivaren. De nya bestämmelser som styr den konkurrenspräglade dialogen föreskriver i detta hänseende att den utsedde anbudsgivaren endast kan förtydliga synpunkterna på sitt anbud eller bekräfta de åtaganden som finns i detta på villkor att detta inte får till följd att väsentliga delar av anbudet eller anbudsinfordran ändras, konkurrensen snedvrids eller diskriminering förorsakas.

⁴³ Artikel 46 i fördraget.

⁴⁴ Mål C-337/98, *Kommissionen mot Frankrike*, dom av den 5 oktober 2000, punkterna 44 och följande. I tolkningsmeddelandet om koncessionerna fastställs i detta avseende noggrant att en förlängning av en koncession utöver den tid som ursprungligen fastställts skall ingå i utfärdandet av en ny koncession till samme anbudsgivare.

⁴⁵ Se artikel 11.3 e i direktiv 92/50/EEG, artikel 7.3 d i direktiv 93/37/EEG och artikel 20.2 f i direktiv 93/38/EEG. I det nya direktivet 2004/18/EG föreskrivs ett liknande undantag för koncessioner på bygg- och anläggningsarbeten, se artikel 61.

12. Känner du till sätt eller metoder för utvärdering av anbud med diskriminerande verkningar?
13. Delar du kommissionens uppfattning att vissa "step-in"-uppläggningar kan medföra problem när det gäller insyn och likabehandling? Känner du till andra slags klausuler vars införande kan tänkas medföra liknande problem?
14. Anser du att ett förtydligande krävs på gemenskapsnivå av vissa aspekter på de offentlig-privata partnerskapens avtalsmässiga ram? Om så är fallet vilken(a) aspekt(er) borde detta förtydligande gälla?

2.3.2. *Underleverantörer för vissa arbetsuppgifter*

51. Enligt kommissionens erfarenhet ger tillämpningen av bestämmelserna om underleverantörer ibland upphov till osäkerhet och frågor i samband med offentlig-privata partnerskap. Vissa parter har t.ex. gjort gällande att avtalsförbindelserna mellan det projektföretag, som blir ansvarigt för upphandlingen eller koncessionen, och delägarna i detta, väcker ett visst antal juridiska frågor. I detta sammanhang vill kommissionen erinra om att när projektföretaget själv fungerar som upphandlande organ bör det sluta sina upphandlings- eller koncessionsavtal inom ramen för en anbudsinfordran, detta oavsett om de sluts med de egna delägarna eller inte. Det kan endast förhålla sig annorlunda när de uppgifter, som av ett projektföretag anförtrots sina delägare, redan blivit föremål för en anbudsinfordran från den offentliga partnerns sida efter det att projektföretaget bildats.⁴⁶ När projektföretaget däremot inte är ett upphandlande organ kan det i princip sluta avtal med tredje man oavsett om denne är delägare i detsamma eller inte. När projektföretaget är en 'koncessionshavare av bygg- och anläggningsarbeten' tillämpas undantagsvis vissa bestämmelser för offentliggörande för upphandling av de bygg- och anläggningsarbeten som överstiger 5 miljoner euro, dock med undantag för upphandlingar i företag som bildat grupper för att få koncessionen eller deras samföretag.⁴⁷
52. Det står i princip privata partner fritt att anlita underleverantörer för en del av eller hela den offentliga upphandlingen eller koncessionen. Det bör emellertid framhållas att det inom ramen för en offentlig upphandling kan krävas av underleverantörerna att de i sitt anbud anger den del av upphandlingen, där de har för avsikt att anlita tredje man som underleverantör.⁴⁸ För de koncessioner på bygg- och anläggningsarbeten vars värde överstiger 5 miljoner euro kan det upphandlande organet dessutom ålägga anbudsgivaren att anförtro tredje man de upphandlingar som representerar minst 30 % av det totala värdet av de bygg- och anläggningsarbeten som ingår i koncessionen.⁴⁹

⁴⁶ I artikel 13 i direktiv 93/38/EEG föreskrivs ett undantag när underleverantörsavtalen för tjänster av en upphandlande enhet, nätverksoperatör, tilldelas ett samföretag. I artikel 23 i direktiv 2004/17/EG utvidgas detta undantag till underleverantörsavtal för varor och bygg- och anläggningsarbeten.

⁴⁷ Artikel 3.4 i direktiv 93/37/EEG och artiklarna 63-65 i direktiv 2004/18/EG. I dessa senare artiklar är ovannämnda tröskel 6 242 000 euro.

⁴⁸ Artikel 17 i direktiv 93/36/EEG, artikel 20 i direktiv 93/37/EEG, artikel 25 i direktiv 92/50 och artikel 27 i direktiv 93/38. Se även artikel 25 i direktiv 2004/18/EG och artikel 37 i direktiv 2004/17/EG.

⁴⁹ Artikel 3.2 i direktiv 93/37/EEG. Se även artikel 60 i direktiv 2004/18/EG.

15. Känner du i samband med de offentlig-privata partnerskapens verksamhet till särskilda problem som uppstått när det gäller underleverantörer? Vilka?
16. Beträffande begreppet avtalsmässiga offentlig-privata partnerskap, som innebär överföring av en samling arbetsuppgifter till en enda privat partner, är det enligt din uppfattning motiverat att mer detaljerade bestämmelser eller ett större tillämpningsområde införs när det gäller underleverantörer?
17. Anser du i största allmänhet att ett kompletterande initiativ bör tas på gemenskapsnivå för att förtydliga eller reglera bestämmelserna om underleverantörer?

3. DET INSTITUTIONELLA OFFENTLIG-PRIVATA PARTNERSKAPET OCH EG-RÄTTEN OM OFFENTLIG UPPHANDLING OCH KONCESSIONER

53. Enligt uppfattningen i denna grönbok medför de institutionella offentlig-privata partnerskapens verksamhet att det införs en enhet över vilken den offentliga partnern och den privata partnern gemensamt förfogar.⁵⁰ Den gemensamma enheten får då i uppdrag att övervaka leveransen av ett allmännyttigt arbete eller en allmännyttig tjänst. I medlemsstaterna förfogar de offentliga myndigheterna ibland över dessa enheter, bl.a. för förvaltning av offentliga tjänster på lokal nivå (t.ex. vattenförsörjningstjänster eller avfallsinsamling).
54. Det direkta samarbetet mellan den offentliga och den privata partnern inom en enhet som är en juridisk person gör det möjligt för den offentliga partnern att hålla en förhållandevis hög kontrollnivå över utförandet av arbetet, som den kan anpassa genom att under tiden beroende på omständigheterna ingå bland delägarna och i den gemensamma enhetens beslutande organ. Det gör det även möjligt för den offentliga partnern att utveckla sin egen erfarenhet av att utföra tjänsten i fråga samtidigt som den har tillgång till stödet från en privat partner.
55. Införandet av ett institutionellt offentlig-privat partnerskap kan ske antingen genom att upprätta en enhet över vilken den offentliga sektorn och den privata gemensamt förfogar (3.1) eller genom att den privata sektorn övertar kontrollen av ett befintligt offentligt företag (3.2).
56. Följande diskussion inriktar sig endast på de frågor som rör reglerna för de offentliga upphandlingar och koncessioner som är utmärkande för institutionella offentlig-privata partnerskap. För en mer allmän diskussion av verkningarna av denna rätt vid införandet och genomförandet av dessa offentlig-privata partnerskap hänvisas till föregående kapitel.

⁵⁰ I medlemsstaterna används i detta sammanhang olikartad terminologi och skilda system (t.ex., Kooperationsmodell, offentlig/privata föreningspartnerskap, joint ventures).

3.1. Införandet av ett partnerskap som innebär upprättandet av en tillfällig enhet över vilken den offentliga och den privata sektorn gemensamt förfogar⁵¹

57. Den åtgärd som består i att upprätta en enhet som förfogar över blandat kapital åsyftas inte i sig själv av reglerna för offentlig upphandling och koncessioner. De bestämmelser och principer som följer av denna rätt (fördragets allmänna principer och i vissa fall direktivens bestämmelser) måste emellertid iakttas när en sådan åtgärd åtföljs av en uppdragstilldelning som kan rubriceras som offentlig upphandling eller koncession.⁵²
58. Valet av en privat partner som avses genomföra sådana uppdrag inom ramen för en blandad enhets arbete kan alltså inte grundas uteslutande på dennes kapitalinsats eller erfarenhet utan bör ta hänsyn till beskaffenheten i hans anbud - det ekonomiskt fördelaktigaste - när det gäller de särskilda insatser som skall tillhandahållas. I brist på tydliga och objektiva kriterier som skulle göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att välja det ekonomiskt fördelaktigaste anbudet kan kapitaltransaktionen i själva verket utgöra en överträdelse av rätten om offentlig upphandling och koncessioner.
59. Den åtgärd som består i att upprätta en sådan enhet utgör inom denna ram i allmänhet inget problem för gällande EG-rätt när den är ett sätt att genomföra ett uppdrag som inom ramen för ett avtal tilldelats en privat partner. Det krävs inte desto mindre att villkoren för enhetens upprättande tydligt fastställs i anbudsinfordran för det uppdrag som avses bli tilldelat den privata partnern.⁵³
60. Kommissionen har emellertid noterat att den nationella lagstiftningen i vissa medlemsstater tillåter att de blandade enheter där den offentliga sektorn ingår som upphandlande organ deltar i ett tilldelningsförfarande för en offentlig upphandling eller en koncession även om dessa enheter endast är under bildande. Under detta antagande skall enheten inte bildas förrän den definitivt beviljats upphandlingen. I andra stater har det utvecklats en praxis som tenderar att sammanblanda fasen för bildande av enheten med fasen för tilldelningen av arbetsuppgifterna. Det förfarande som införts av den upphandlande myndigheten får då som mål att upprätta en blandad enhet som tilldelas vissa arbetsuppgifter.
61. Dessa tillvägagångssätt förefaller inte erbjuda tillfredsställande lösningar när det gäller de bestämmelser som tillämpas på offentliga upphandlingar och

⁵¹ Det är här frågan om att inom ramen för en särskild juridisk uppläggning upprätta *helt nya* enheter. Däremot kommer inte fall med de tidigare befintliga blandade enheter som deltar i upphandlingsförfarandena för offentlig upphandling eller koncessioner att behandlas, ty denna senare förutsättning ger upphov till få kommentarer till gällande EG-rätt. Den blandade beskaffenheten hos en enhet som deltar i ett anbudsinfordransförfarande innebär i själva verket inte något undantag från de bestämmelser som tillämpas inom ramen för upphandlingsförfarandet för en offentlig upphandling eller en koncession. Endast i det fall då enheten i fråga svarar mot en enhet med "in house"-karaktäristika, i den bemärkelse som föreligger i domstolens dom i målet *Teckal*, medges den upphandlande myndigheten att inte tillämpa vanliga bestämmelser.

⁵² Det erinras om att rätten om offentlig upphandling och koncessioner även tillämpas när tilldelningen av ett uppdrag genomförs med hjälp av en ensidig akt (t.ex. en lagstiftnings- eller förordningsakt).

⁵³ Dessa villkor får dessutom inte medföra diskriminering, utgöra ett omotiverat hinder för det fria tillhandahållandet av tjänster eller etableringsfriheten eller innebära oproportionerliga inskränkningar när det gäller det mål som skall uppnås.

koncessioner.⁵⁴ I det förra fallet riskerar den effektiva konkurrensen att bli snedvriden av förmånsställningen hos ett företag under bildande och följaktligen den privata partner som ingår i detta. I det senare fallet uppvisar det särskilda urvalsförfarandet för den privata partnern åtskilliga problem. Vissa svårigheter beror på de upphandlande myndigheternas skyldighet att på ett tillräckligt tydligt och exakt sätt definiera föremålet för den offentliga upphandlingen eller koncessionen. Kommissionen har ofta konstaterat att de uppdrag som tilldelas partnerskapet är otydligt definierade och att de i vissa fall t.o.m. undandrar sig varje avtalsmässig rambestämmelse. Detta framkallar inte endast problem när det gäller principerna om insyn och likabehandling utan riskerar också att inverka menligt på de mål i allmänhetens intresse som den offentliga myndigheten syftar till att uppnå. Det kan även konstateras att den upprättade enhetens livslängd vanligtvis inte sammanfaller med den tilldelade upphandlingens eller koncessionens varaktighet, något som förefaller förleda till förlängning av det uppdrag som tilldelats denna enhet utan att någon verklig anbudsinfordran sker vid tillfället för denna förlängning. Detta utmynnar ibland i att uppdragen i *verkligheten* tilldelas för en obegränsad varaktighet.

62. Det bör dessutom erinras om att det gemensamma upprättandet av sådana enheter endast kan göras om principerna om icke-diskriminering av nationalitet i allmänhet och den fria rörligheten för kapital i synnerhet iakttas.⁵⁵ De offentliga myndigheterna kan t.ex. i allmänhet inte heller förena ställningen som delägare i en sådan enhet med orimliga förmåner som inte härrör ur en normal tillämpning av bolagsrätten.⁵⁶
63. Kommissionen vill även erinra om att det upphandlande organets deltagande i den blandade enhet som blir med innehavare av avtalet vid utgången av urvalsförfarandet inte motiverar att reglerna om upphandlingar och koncessioner inte tillämpas vid valet av den privata partnern. Tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner beror nämligen inte på den offentliga, privata eller blandade egenskapen hos det upphandlande organets avtalspartner. Som domstolen bekräftat i målet *Teckal* tillämpas dessa regler när ett upphandlande organ beslutar att tilldela tredje man en arbetsuppgift, dvs. en juridiskt fristående person. Det kan endast förhålla sig annorlunda i det fall då det upphandlande organet utövar en *kontroll* över personen i fråga som är *likvärdig* med den som den utövar på sina egna avdelningar och denna person samtidigt utför *huvuddelen av sin verksamhet* tillsammans med den eller de myndigheter som förfogar över denna.⁵⁷ Endast de enheter som samtidigt uppfyller dessa båda villkor kan i förhållande till det upphandlande organet

⁵⁴ Vid utformningen eller uppläggningsen av sådana åtgärder gör det prov som består i att tillämpa standardformulären - som innehåller de delar som är oundgängliga för en riktigt utformad anbudsinfordran - det dessutom möjligt att förstå hur svårt det kan vara att finna en lämplig form för offentliggörande av tilldelningen av de uppdrag som faller inom tillämpningsområdet för rätten om offentlig upphandling eller koncessioner.

⁵⁵ Deltagandet i ett nytt företag i avsikt att upprätta varaktiga ekonomiska förbindelser faller under bestämmelserna i artikel 56 om den fria rörligheten för kapital. Se bilaga I till direktiv 88/361/EEG, antaget i samband med f.d. artikel 67, där de slags åtgärder som skall betraktas som kapitalrörelser förtecknas.

⁵⁶ Se domstolens domar av den 4 juni 2002, mål C-367/98, *kommissionen mot Portugal*, Reg. s. I-4731; mål C-483/99, *Kommissionen mot Frankrike*, Reg. s. I-4781; och domarna av den 13 maj 2003, mål C-463/00, *Kommissionen mot Spanien*, Reg. s. I-4581; mål C-98/01, *Kommissionen mot Förenade kungariket*, Reg. s. I-4641. Om möjliga motiveringar inom denna ram, se domstolens dom av den 4 juni 2002, mål C-503/99, *Kommissionen mot Belgien*, Reg. s. I-4809.

⁵⁷ Mål C-107/98, *Teckal*, dom av den 18 november 1999, punkt 50.

behandlas som likvärdiga med 'in house'-enheterna och se sig tilldelade arbetsuppgifter utanför anbudsförfarandet.⁵⁸

64. Det bör slutligen påpekas att i de fall den blandade enheten har egenskapen av upphandlande organ ålägger denna egenskap enheten att även iaktta den rätt som tillämpas på offentliga upphandlingar och koncessioner när den beviljar den privata partnern de arbetsuppgifter som i ledet efter den blandade enhetens bildande inte kan bli föremål för den upphandlande myndighetens anbudsinfordran. Den privata partnern kan nämligen inte dra fördel av sin förmånsställning i den blandade enheten för att förbehålla sig vissa arbetsuppgifter utan föregående anbudsinfordran.

3.2. En privat aktörs övertagande av kontrollen över en offentlig enhet

65. Införandet av ett institutionellt offentlig-privat partnerskap kan även leda till en ändring av en offentlig enhets delägare. I detta avseende är främst av allt viktigt att understryka att ett företags övergång från den offentliga sektorn till den privata är ett ekonomiskt-politiskt val, vilket som sådant faller under medlemsstaternas uteslutande befogenhet.⁵⁹
66. Det bör också erinras om att EG-rätten om offentlig upphandling inte i sig är behörig att tillämpas på åtgärder som gäller enkla överföringar av medel från en investerare till ett företag oavsett om det senare ingår i den offentliga sektorn eller i den privata. Dessa åtgärder faller inom tillämpningsområdet för bestämmelserna i fördraget om fri rörlighet för kapital,⁶⁰ vilket bl.a. medför att regler härom inte får utgöra hinder för de investeringar som har sitt ursprung i andra medlemsstater.⁶¹
67. Bestämmelserna om etableringsfrihet i den betydelse som avses i artikel 43 i fördraget skall tillämpas när en offentlig myndighet beslutar att med en kapitalöverföring avstå en andel till tredje man som gör det möjligt för denne att utöva ett visst inflytande över en offentlig enhet som genomför ekonomiska insatser som vanligtvis faller under statens ansvarsområde.⁶²
68. I synnerhet när de offentliga myndigheterna inom ramen för en kapitalöverföringsåtgärd tillerkänner en ekonomisk aktör ett bestämt inflytande över ett företag och då denna åtgärd får som resultat att denne aktör tilldelas uppdrag som faller inom området för rätten till de 'offentliga upphandlingar' som tidigare direkt eller indirekt utförts av de offentliga myndigheterna, kräver bestämmelserna om etableringsfrihet att principerna om insyn och likabehandling iakttas i syfte att säkerställa att varje möjlig aktör får lika tillgång till att utföra de verksamheter som dithills varit undantagna.
69. Det rekommenderas dessutom genom praxis att det säkerställs att en sådan kapitalöverföring inte i realiteten är en täckmantel för en tilldelning av ett avtal till en

⁵⁸ Tre frågor som först måste avgöras har hänskjutits till domstolen (målen C-26/03, C-231/03 och C-458/03) för att få ett kompletterande förtydligande av de kriterier som gör det möjligt att upprätta ett 'in house'-förhållande.

⁵⁹ Detta följer av principen i fördraget om neutralitet inför egendomsordningen, bekräftad i artikel 295 i fördraget.

⁶⁰ Artikel 56 och följande i EG-fördraget.

⁶¹ Se meddelande från kommissionen om vissa juridiska aspekter på gemenskapsinterna investeringar EGT C 220, 19.7.1997, s.15.

⁶² Se i denna bemärkelse domstolens dom av den 13 april 2000, mål C-251/98, *Baars*, Rec. s. I-2787.

privat partner, där avtalet kan rubriceras som en offentlig upphandling eller koncession. Så är bl.a. fallet när enheten i fråga före kapitalrörelsen tilldelas särskilda uppdrag direkt och utan anbudsinfordran för att göra kapitalåtgärden attraktiv.

18. Vilken erfarenhet har du av införandet av åtgärder från institutionella offentlig-privata partnerskaps sida? Leder din erfarenhet dig till att i synnerhet anse att EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner iakttas i institutionella offentlig-privata partnerskaps uppläggningar? Om inte, varför?

19. Anser du att ett initiativ bör tas på gemenskapsnivå för att förtydliga och precisera de upphandlande organens skyldigheter när det gäller de villkor under vilka anbudsinfordran bör avkrävas de aktörer som är potentiellt intresserade av ett projekt av institutionellt slag? Om svaret är ja, inom vilka särskilda områden och i vilken form? Om inte, varför?

Allmänna frågor oberoende av de frågor som ställts i detta dokument:

20. Vilka åtgärder och vilken praxis anser du hindra att offentlig-privata partnerskap införs inom Europeiska unionen?

21. Känner du till andra former av offentlig-privata partnerskap som utvecklats i länder utanför unionen? Känner du till exempel på 'god praxis' som utvecklats inom denna ram och av vilka unionen skulle kunna ta intryck? Om svaret är ja, vilka?

22. Anser du att det vore användbart om aktörer som berörs av offentlig-privata partnerskap gemensamt och regelbundet rådgör om dessa frågor samt delar med sig av sina erfarenheter av 'god praxis', då det annars skulle innebära betydande investeringar för de enskilda medlemsstaterna för att nå en social och varaktig utveckling? Anser du att kommissionen bör etablera ett sådant nätverk?

4. SLUTANMÄRKNINGAR

70. Kommissionen uppmanar alla berörda parter att sända sina synpunkter på de frågor som ställs i föreliggande grönbok. Svar, synpunkter och förslag kan sändas med post under följande adress:

Commission européenne
Consultation "Livre vert sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics
et des concessions" C 100 2/005
B-1049 Bryssel

eller med e-post till nedanstående adress:

MARKT-D1-PPP@cec.eu.int

Kommentarerna skall sändas till kommissionen senast den **30 juli 2004**. Som information till berörda parter kommer de bidrag som mottagits elektroniskt såväl som de som har avsändarnas adressuppgifter att införas på webbplatsen http://europa.eu.int/comm/internal_market, om berörda avsändare inte uttryckligen motsatt sig ett offentliggörande.

71. På grundval av bl.a. inlämnade bidrag avser kommissionen att som uppföljning dra slutsatser och i förekommande fall framlägga konkreta initiativ.