



KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER

Bruxelles, den 15.11.2005
KOM(2005) 569 endelig

**MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN TIL EUROPA-PARLAMENTET, RÅDET,
DET EUROPÆISKE ØKONOMISKE OG SOCIALE UDVALG OG
REGIONSUDVALGET**

**om partnerskaber mellem den offentlige og private sektor
og om fællesskabsretten om offentlige kontrakter og koncessioner**

INDHOLDSFORTEGNELSE

1.	Indledning	3
2.	Vigtige spørgsmål, som eventuelt kræver opfølgning	4
2.1.	Spørgsmål, der kræver opfølgning på EU-plan	4
2.2.	Den konkurrenceprægede dialog: Kommissionen vil sikre øget klarhed	5
2.3.	Spørgsmål, som på nuværende tidspunkt ikke er omfattet af særskilte EU-initiativer	5
2.3.1.	Ingen ny lovgivning, som omfatter alle kontraktuelle OPP'er	5
2.3.2.	Ingen fællesskabsinitiativer vedrørende andre aspekter af OPP'er	6
2.4.	En fortsættelse af debatten om OPP'er på EU-plan.....	6
3.	Koncessioner	6
3.1.	Baggrund	6
3.2.	Muligheder for at skabe retssikkerhed for koncessioner.....	7
3.3.	Indholdet i et eventuelt EU-initiativ om koncessioner.....	9
4.	Institutionelle OPP'er	9
4.1.	Den foretrukne tilgang	9
4.2.	Indholdet i en eventuel fortolkningsmeddelelse om institutionelle OPP'er	10
5.	Det videre arbejde	11

**MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN TIL EUROPA-PARLAMENTET, RÅDET,
DET EUROPÆISKE ØKONOMISKE OG SOCIALE UDVALG OG
REGIONSUDVALGET**

**om partnerskaber mellem den offentlige og private sektor
og om fællesskabsretten om offentlige kontrakter og koncessioner**

(Tekst af relevans for EØS)

1. INDLEDNING

Offentlige myndigheder på alle niveauer er i stigende grad interesseret i at samarbejde med den private sektor for at sikre levering af infrastrukturer eller tjenesteydelser. Interessen for dette samarbejde, som almindeligvis benævnes offentlig-private partnerskaber (OPP'er), skyldes dels, at de offentlige myndigheder kan drage fordel af den private sektors know-how med særligt henblik på effektivitetsforøgelse, dels at de offentlige budgetter er begrænsede. OPP'er er imidlertid ikke noget vidundermiddel: for hvert enkelt projekt er det nødvendigt at vurdere, om et partnerskab bibringer den pågældende offentlige tjenesteydelse eller det berørte bygge- og anlægsarbejde en reel merværdi i forhold til andre muligheder som f.eks. indgåelse af en mere traditionel aftale.

Fællesskabslovgivningen er neutral med hensyn til, om de offentlige myndigheder vælger selv at udøve en økonomisk aktivitet eller overlader det til en tredjepart. Hvis en offentlig myndighed beslutter at involvere tredjeparter i udførelsen af en aktivitet, kan fællesskabslovgivningen om offentlige indkøb og koncessioner imidlertid finde anvendelse.

Hovedsigtet med fællesskabslovgivningen om offentlige indkøb og koncessioner er at skabe et indre marked, hvor den frie bevægelighed for varer og tjenesteydelser og den frie etableringsret samt det grundlæggende princip om ligebehandling, åbenhed og gensidig anerkendelse er sikret, og hvor der opnås en nytteværdi, når de offentlige myndigheder køber produkter eller bemyndiger tredjeparter til at udføre tjenesteydelser eller anlægsopgaver. Set i lyset af de offentlig-private partnerskabers stigende betydning er der opstået et behov for at undersøge, i hvilken grad de eksisterende EU-bestemmelser gennemfører disse mål i forbindelse med tildeling af offentlig-private partnerskabskontrakter eller –koncessioner. En sådan undersøgelse bør sætte Kommissionen i stand til at vurdere, om der er behov for at tydeliggøre, supplere eller forbedre de nuværende lovgivningsmæssige rammer på EU-plan. I den forbindelse vedtog Kommissionen den 30. april 2004 grønbogen om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner¹.

Den debat, som grønbogen lancerede, var genstand for stor interesse og blev generelt positivt modtaget. Kommissionen modtog næsten 200 bidrag fra en række forskellige

¹ KOM(2004) 327 af 30.4.2004.

respondenter, bl.a. fra mange af medlemsstaterne. Både Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg² og Regionsudvalget³ vedtog udtalelser om grønbogen. I maj 2005 blev der udgivet en rapport med en analyse af alle de bidrag, som blev indsendt i forbindelse med den offentlige høring⁴.

I denne meddelelse fremlægges de forslag til politik, som høringen udmundede i, og som skal sikre effektiv konkurrence for OPP'er uden unødigt at begrænse den fleksibilitet, som er nødvendig for at udforme innovative og ofte komplekse projekter. Når Kommissionen i denne fase bekendtgør, hvilken politik den foretrækker, er det i overensstemmelse med dens forpligtelse til at sikre offentlig ansvarlighed og åbenhed i forbindelse med udøvelsen af sin initiativret, hvilket er et af de grundlæggende principper i "Bedre regulering til gavn for vækst og beskæftigelse i Den Europæiske Union"⁵.

Mens Kommissionen med denne meddelelse forsøger at finde frem til en politik ud fra konklusionerne på høringen om OPP'er, skal de fremlagte alternativer ses i en bredere sammenhæng, herunder de konklusioner, der kan drages af EF-Domstolens domme, erfaringer fra de procedurer, som Kommissionen har indledt mod medlemsstater i henhold til artikel 226 i EF-traktaten og bilaterale kontakter med de berørte parter.

Mens høringen både gav faktuelle oplysninger om de praktiske erfaringer med OPP'er og om de berørte parters holdninger til de foretrukne politiske alternativer, er den ikke nogen erstatning for en dybtgående analyse af sådanne politikkers betydning. Derfor vil den endelige beslutning om mulige lovgivningsinitiativer, som tydeliggør, supplerer eller forbedrer fællesskabslovgivningen om offentlige indkøb og koncessioner, blive underkastet en konsekvensanalyse i overensstemmelse med principperne om bedre lovgivning.

2. VIGTIGE SPØRGSMÅL, SOM EVENTUELT KRÆVER OPFØLGNING

2.1. Spørgsmål, der kræver opfølgning på EU-plan

Grønbogen om offentlig-private partnerskaber omhandlede en række emner med tilknytning til sådanne partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner. Svarene fra de berørte parter, som deltog i høringen, peger på, at kun nogle få af disse spørgsmål kræver opfølgende initiativer på EU-plan. Blandt disse kan nævnes:

² Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om "Grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner", Bruxelles, den 27.-28. oktober 2004, CESE 1440/2004.

³ Regionsudvalgets udtalelse af 17. november 2004 om "Grønbogen om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner", (KOM(2004) 327 endelig), ECOS-037.

⁴ SEK(2005) 629 af 3.5.2005. Denne rapport og de fleste af de bidrag, som blev indsendt til Kommissionen, findes på Kommissionens websted: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm.

⁵ Se Kommissionens meddelelser "Styreformer i EU: Bedre lovgivning", KOM(2002) 275 endelig af 5.6.2002, og "Bedre regulering til gavn for vækst og beskæftigelse i Den Europæiske Union", KOM(2005) 97 endelig af 16.3.2005.

- udbud af koncessioner (spørgsmål 4-6 i grønbogen – kapitel 3 i denne meddelelse) og
- etablering af foretagender, som ejes i fællesskab af både en offentlig og en privat partner med henblik på at udføre offentlige tjenesteydelser (institutionelle OPP'er) (spørgsmål 18-19 i grønbogen – kapitel 4 i denne meddelelse).

I forbindelse med begge disse spørgsmål efterlyste et stort flertal af de berørte parter EU-initiativer, som skaber øget retssikkerhed. Hensigtsmæssige opfølgende foranstaltninger beskrives særskilt i denne meddelelse.

2.2. Den konkurrenceprægede dialog: Kommissionen vil sikre øget klarhed

Et af de spørgsmål, som de berørte parter udviste stor interesse for, var den konkurrenceprægede dialog, en ny procedure særligt udformet til brug ved komplekse offentlige kontrakter, som blev indført ved direktiv 2004/18/EF. Kun få berørte parter betvivlede vigtigheden af denne procedure. Mange respondenter efterlyste fuld beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder og en begrænsning af de ressourcer, som tilbudsgivere skal investere i denne procedure.

Kommissionen er overbevist om, at de praktiske erfaringer med denne procedure, som de fleste medlemsstater endnu ikke har indført⁶, vil fjerne denne usikkerhed. Som en række af de berørte parter har ønsket, vil der blive skabt øget klarhed i bestemmelserne om den konkurrenceprægede dialog gennem et forklarende dokument, som vil blive stillet til rådighed på Kommissionens websted.⁷

2.3. Spørgsmål, som på nuværende tidspunkt ikke er omfattet af særskilte EU-initiativer

2.3.1. Ingen ny lovgivning, som omfatter alle kontraktuelle OPP'er

Alle OPP'er har – såfremt de falder inden for rammerne af EF-traktaten – status af offentlige kontrakter eller koncessioner. Da reglerne for indgåelsen af offentlige kontrakter og koncessioner varierer, findes der imidlertid ingen ensartet udbudsprocedure i fællesskabslovgivningen, som er særligt udformet til OPP'er.

Derfor spurgte Kommissionen de berørte parter, om de ønskede en ny lovgivning, som omfatter alle kontraktuelle OPP'er, uanset om de defineres som offentlige kontrakter eller koncessioner, således at de er underlagt de samme bestemmelser om udbud (spørgsmål 7 i grønbogen).

Høringen afslørede en betydelig modstand blandt de berørte parter mod en lovgivning, som omfatter alle kontraktuelle OPP'er, uanset om disse betegnes som kontrakter eller koncessioner. Derfor har Kommissionen ingen planer om at gøre dem til genstand for identiske udbudsprocedurer.

⁶ Medlemsstaterne skal vedtage de nødvendige love og administrative bestemmelser for at efterkomme direktivet senest den 31. januar 2006.

⁷ http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/index_en.htm

2.3.2. *Ingen fællesskabsinitiativer vedrørende andre aspekter af OPP'er*

For så vidt angår udvikling af privatinitierede OPP'er (spørgsmål 9 i grønbogen), tydede svarene ikke på, at der er et aktuelt behov for foranstaltninger på EU-plan for at fremme sådanne ordninger.

Der var hverken støtte til fællesskabsinitiativer om præcisering af kontraktrammen for OPP'er på fællesskabsplan (spørgsmål 14 i grønbogen) eller om præcisering eller tilpasning af reglerne om underleverance (spørgsmål 17 i grønbogen).

2.4. **En fortsættelse af debatten om OPP'er på EU-plan**

Formålet med denne meddelelse er imidlertid ikke at afslutte debatten om OPP'er og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner. Der gøres stadig flere erfaringer med OPP'er. Alle aktører, herunder de nationale myndigheder og Kommissionen, lærer hele tiden nyt gennem de praktiske erfaringer med at anvende EU-lovgivningen på sådanne partnerskaber. Selv om denne proces ikke bør forhindre Kommissionen i at tage initiativer til afhjælpning af de mangler ved de eksisterende retlige rammer, som konstateres i dag, er det nødvendigt, at diskussionerne mellem Kommissionen og de parter, som er involveret i udviklingen af OPP'er, fortsættes på alle niveauer. I forbindelse med den planlagte konsekvensanalyse vil der så vidt muligt blive taget hensyn til denne løbende dialog⁸.

Disse diskussioner vil fortsætte i de eksisterende udvalg på kommissionsniveau med deltagelse af eksperter i offentlige kontrakter⁹ og repræsentanter¹⁰ for medlemsstaterne¹¹, gennem deltagelse i konferencer om OPP'er og offentlige kontrakter og gennem direkte kontakter mellem embedsmænd fra Kommissionen og OPP-eksperter. Derudover synes der er at være en generel konsensus blandt de nationale OPP-arbejdsgrupper om, at udviklingen af infrastrukturen kunne forbedres yderligere, hvis den offentlige sektor rådede over mere effektive midler til udveksling af de erfaringer, der er gjort med OPP-politik, programudvikling og projektgennemførelse. Arbejdsgrupperne overvejer derfor i samarbejde med Den Europæiske Investeringsbank at etablere et europæisk OPP-ekspertisecenter. Kommissionen er principielt positivt stemt over for et sådant initiativ.

3. **KONCESSIONER**

3.1. **Baggrund**

En af de vigtigste egenskaber ved koncessioner er koncessionshaverens ret til at udnytte bygge- eller anlægsarbejdet eller ydelsen som vederlag for at have udført arbejdet eller leveret ydelsen. Den vigtigste forskel i forhold til offentlige kontrakter

⁸ I den forbindelse bør der være særlig opmærksomhed på spørgsmål vedrørende OPP'er, som er etableret for at opbygge og drive infrastrukturer på tværs af grænserne.

⁹ Det rådgivende udvalg til fremme af adgangen til deltagelse i offentlige aftaler, nedsat i henhold til Kommissionens afgørelse 87/305/EØF.

¹⁰ I overensstemmelse med overgangsordningen omfatter udvalgene ikke blot repræsentanter for medlemsstaterne, men også observatører fra de tiltrædende lande (Bulgarien og Rumænien).

¹¹ Det rådgivende Udvalg vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter, nedsat i henhold til Rådets afgørelse 71/306/EØF.

er den risiko ved en sådan udnyttelse, som koncessionshaveren, der normalt står for finansieringen af i det mindste dele af de relevante projekter, må påtage sig. En sådan privat kapital anses for at være et af de vigtigste incitamenter bag offentlige myndigheders deltagelse i OPP'er. På trods af deres praktiske betydning er der kun få bestemmelser i afledt fællesskabsret, som koordinerer udbudsprocedurerne for koncessioner på bygge- og anlægsarbejde. De regler, der finder anvendelse på udbud af tjenesteydelseskoncessioner, er til gengæld udelukkende fastsat med henvisning til de principper, der er udledt af EF-traktatens artikel 43 og 49, herunder princippet om gennemsigtighed, ligebehandling, proportionalitet og gensidig anerkendelse. På den baggrund blev der i grønbogen (spørgsmål 6) spurgt, om det ville være en god idé med et lovgivningsmæssigt fællesskabsinitiativ til regulering af proceduren for indgåelse af koncessioner

Langt størstedelen af de berørte parter, som deltog i høringen, bekræftede behovet for skabe øget retssikkerhed i de EU-bestemmelser, som regulerer indgåelsen af koncessioner. Der var imidlertid divergerende meninger om, hvorvidt en sådan retssikkerhed skulle opnås gennem lovgivning eller gennem et ikke-bindende fortolkningsinstrument.

3.2. Muligheder for at skabe retssikkerhed for koncessioner

Høringen indikerede, at der er behov for stabile og konsekvente lovgivningsmæssige rammer for indgåelse af koncessioner på EU-plan, især for at mindske transaktionsomkostningerne (ved at reducere den juridiske risiko) og, mere generelt, for at skærpe konkurrencen. Mange af de berørte parter fremførte, at øget retssikkerhed og effektiv konkurrence på koncessions-området ville være en praktisk måde til fremme af OPP'er, hvorved det bidrag, som privat projektf finansiering kan yde i perioder med stramme offentlige budgetter, øges. De berørte parter fra det private erhvervsliv understregede, at kun en indsats på EU-plan kan sikre en sådan retssikkerhed og samtidig forebygge de problemer, som det brogede mønster af nationale lovgivninger udgør, især med hensyn til de nye medlemsstater, som har det største behov for privat finansiering. Dette behov kan grundlæggende opfyldes på to måder: 1) gennem ikke-bindende vejledning særligt i form af en fortolkningsmeddelelse og 2) gennem lovgivning, som tydeligt forklarer de forpligtelser, som udspringer af de generelle principper i EF-traktaten.

Fortolkningsmeddelelse

Kommissionen har allerede (i april 2000) vedtaget en fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen, hvori indholdet og omfanget af de principper i EF-traktaten, der gælder for indgåelse af koncessioner, forklares. Mange af de berørte parter fremførte, at en fortolkningsmeddelelse var et hurtigt og effektivt redskab til at skabe klarhed. Imidlertid indikerer de kommentarer, som nogle af de vigtige berørte parter fremførte under debatten, at den eksisterende fortolkningsmeddelelse om koncessioner ikke tilstrækkeligt tydeligt forklarer, hvilken betydning principperne i EF-traktaten har for indgåelse af koncessioner. Bidrag fra adskillige vigtige berørte parter var – ganske overraskende – stadig baseret på den antagelse, at den eksisterende EU-lovgivning ikke indeholder krav om, at indgåelse af koncessioner skal være åben for konkurrence, især ved at alle foretagender får mulighed for at tilkendegive deres interesse for at opnå koncessioner.

Andre berørte parter anså en fortolkningsmeddelelse for at være et ideelt redskab til at skabe en klarere afgrænsning mellem offentlige kontrakter og koncessioner. Imidlertid er mulighederne for at skabe klarhed gennem en fortolkningsmeddelelse begrænsede, eftersom den blot fortolker eksisterende lov. I mange tilfælde kan en manglende præcision i loven ikke løses gennem fortolkning. Selv om en ajourføring af fortolkningsmeddelelsen fra april 2000 vil kunne skabe en merværdi, vil den sandsynligvis ikke kunne opfylde kravene om øget retssikkerhed.

Lovgivningsinitiativ

De omtalte misforståelser med hensyn til, hvilke forpligtelser der som følge af EU-lovgivningen findes for ordregivende myndigheder, som indgår koncessioner, bekræfter de berørte parters synspunkt om, at de generelle principper i EF-traktaten, selv med præcisering gennem et fortolkningsdokument fra Kommissionen, ikke skaber tilstrækkelig retssikkerhed. De anses for at stille de ordregivende myndigheder for frit og kan derfor ikke garantere ligebehandling for virksomhederne i hele EU. Faktisk viser både retspraksis og retsprincipperne, at kravene i EF-traktaten – på trods af EF-Domstolens præciseringer¹² – opfattes på forskellig vis. Det blev angivet, at dette skaber særlige vanskeligheder for tilbudsgivere, som for at få prøvet afgørelser om indgåelse af koncessioner, anlægger sag ved de nationale domstole. Det er klart, at en sådan situation kan afskrække firmaer fra at afgive tilbud på koncessioner og måske begrænse konkurrencen for OPP'er og i sidste ende spænde ben for deres fremgang.

Mere generelt er det svært at forstå, hvorfor tjenesteydelseskoncessioner, som ofte anvendes ved komplekse og omkostningskrævende projekter, slet ikke er omfattet af den afledte EU-ret. I forbindelse med høringen om OPP-grønbogen er der indkommet en række argumenter for denne mangel på nøjagtige udbudsprocedurer på EU-plan. Der henvises bl.a. til behovet for fleksibilitet på koncessionsområdet og subsidiaritetsprincippet. Disse argumenter mod et bindende EU-initiativ på området er imidlertid ikke overbevisende: vedtagelse af EU-lovgivning om indgåelse af koncessioner betyder ikke, at offentlige myndigheder vil mangle fleksibilitet til at vælge en privat partner til OPP'er. Et lovgivningsinitiativ om indgåelse af koncessioner skal tage højde for disses eventuelle kompleksitet og behovet for forhandlinger mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgiverne. På den baggrund er det vanskeligt at se, hvorfor en tydelig forklaring af reglerne for indgåelse af koncessioner i sig selv skulle begrænse de ordregivende myndigheders fleksibilitet i forbindelse med indgåelse af tjenesteydelseskoncessioner. På samme måde bør det være det præcise indhold i et sådant initiativ, som er afgørende for, hvorvidt det er i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet. Der er ingen grund til at anse et sådant initiativ for per definition at være i modstrid med dette princip.

Efter en nøje vurdering af alle de argumenter og faktuelle oplysninger, som blev indsendt i forbindelse med høringen om OPP-grønbogen, synes et lovgivningsinitiativ at være den bedste mulighed for så vidt angår koncessioner. Som nævnt er der, før der formelt fremsættes forslag til lovgivning, imidlertid behov for at foretage yderligere dybtgående analyser i overensstemmelse med principperne om "bedre regulering" med henblik på 1) at afgøre, om der faktisk er behov for et EU-

¹²

Sag C-324/98 *Telaustria* [2000], Sml. I-10475, sag C-231/03 *Coname* [2005], endnu ikke i samlingen.

initiativ om regulering af udbudsprocedurer for koncessioner, 2) hvis dette er tilfældet, at udforme et sådant initiativ og 3) at skabe større indsigt i dets eventuelle konsekvenser.

3.3. Indholdet i et eventuelt EU-initiativ om koncessioner

Som allerede forklaret kan det være nødvendigt at tydeliggøre de generelle principper, der kan udledes af EF-traktaten, gennem EU-lovgivning om indgåelse af koncessioner. En sådan lovgivning, som bør omfatte såvel koncessioner på bygge- og anlægsarbejde som på tjenesteydelser, vil sikre en klar afgrænsning mellem koncessioner og offentlige kontrakter. Den vil indeholde krav om tilstrækkelig annoncering af hensigten om at indgå en koncession og fastsætte regler for udvælgelse af koncessionshavere på baggrund af objektive, ikke-diskriminerende kriterier. Mere generelt bør formålet med reglerne være at anvende princippet om ligebehandling på alle deltagere i koncessionsudbudsproceduren. Desuden vil problemer vedrørende koncessionernes lange varighed, f.eks. behovet for at tilpasse dem efter nogen tid, samt spørgsmål vedrørende OPP'er, som etableres for at opbygge og drive infrastrukturer på tværs af grænserne, også kunne løses gennem et sådant initiativ.

En sådan lovgivning om koncessioner vil bl.a. betyde et kvalitativt spring fremad, når det gælder beskyttelsen af tilbudsgivere i de fleste medlemsstater, idet koncessioner, når de først er omfattet af den afledte EU-ret, vil være reguleret af fællesskabsdirektiverne om klager over offentlige udbudsprocedurer, som sikrer mere effektive og tilstrækkelige instrumenter end de grundlæggende principper om retsbeskyttelse, som er udviklet gennem EF-Domstolens domme.

Det er ikke muligt på nuværende tidspunkt at give nærmere oplysninger om indholdet i et eventuelt EU-initiativ om koncessioner. Udformningen og indførelsen af sådanne regler afhænger af de yderligere undersøgelser, som Kommissionen skal gennemføre i forbindelse med den fuldstændige konsekvensanalyse. Det er derfor for tidligt at fremkomme med synspunkter om bestemmelsernes generelle anvendelsesområde, herunder en definition af de tærskelværdier, som er bestemmende for, hvornår sådanne regler finder anvendelse. Under alle omstændigheder vil formålet med et sådant initiativ ikke være at ændre den eksisterende sektorspecifikke EU-lovgivning om indgåelse af koncessioner inden for de respektive sektorer.

4. INSTITUTIONELLE OPP'ER

4.1. Den foretrukne tilgang

Den offentlige høring om OPP-grønbogen indikerede, at der er behov for at præcisere, hvordan EU's regler vedrørende offentlige indkøb finder anvendelse på etableringen af foretagender, som ejes i fællesskab af en offentlig og en privat partner med henblik på levering af offentlige tjenesteydelser (institutionelle OPP'er – IOPP'er). Nogle af de berørte parter angav, at der er et presserende behov for en sådan præcisering. Det blev nævnt, at offentlige myndigheder afholder sig fra at indgå innovative IOPP'er af frygt for, at disse senere skal vise sig at være i modstrid med EU-lovgivningen. Kun enkelte af de berørte parter mente imidlertid, at der er

behov for at skabe retssikkerhed på dette område gennem et retligt bindende instrument.

På nuværende tidspunkt synes en fortolkningsmeddelelse på IOPP-området at være den bedste måde til at fremme en effektiv konkurrence og skabe retssikkerhed. For det første er der - i modsætning til på koncessionsområdet - hidtil ikke gjort erfaringer med en fortolkningsmeddelelse, der forklarer hvordan reglerne om offentlige indkøb finder anvendelse på etableringen af IOPP'er. Desuden er etableringen af offentlig-private enheder med henblik på udførelse af tjenesteydelser af almen økonomisk interesse i de fleste medlemsstater et ret nyt innovativt koncept. Et ikke-bindende initiativ på området ville give den fornødne vejledning uden at kvæle innovationen. Derudover synes en hurtig indsats mod den herskende usikkerhed at være særlig vigtig for så vidt angår IOPP'er.

Overordnet ser det ud til, at en fortolkningsmeddelelse på nuværende tidspunkt vil være bedre til at opfylde dette behov end en egentlig lovgivning. Hvis de kommende analyser imidlertid viser, at en fortolkningsmeddelelse er utilstrækkelig til at sikre passende anvendelse af EU-lovgivningen (som på koncessionsområdet), er vedtagelsen af et lovforslag et alternativ.

4.2. Indholdet i en eventuel fortolkningsmeddelelse om institutionelle OPP'er

En fortolkningsmeddelelse om IOPP'er og EU's lovgivning om offentlige kontrakter bør først og fremmest tydeliggøre anvendelsen af bestemmelserne om offentlige kontrakter 1) på enheder med deltagelse af både offentlig og privat kapital, som har til formål at levere tjenesteydelser af almen (økonomisk) interesse og 2) på private firmaers deltagelse i eksisterende offentlige virksomheder, som udfører sådanne opgaver. I den forbindelse bør det i en eventuel meddelelse især angives, hvordan man etablerer IOPP'er, således at det sikres, at tildelingen af opgaver er i overensstemmelse med EU-lovgivningen.¹³

I grønbogen blev interne forbindelser ("in-house" forhold) i forbindelse med IOPP'er diskuteret.¹⁴ Det blev understreget, at EU-lovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner almindeligvis finder anvendelse, når en ordregivende myndighed beslutter at overdrage en opgave til en tredjepart, dvs. en juridisk forskellig person. Det er EF-Domstolens retspraksis¹⁵, at forholdet alene vil kunne bedømmes anderledes, hvis den ordregivende myndighed 1) underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og 2) den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af. I sin dom af 11. januar 2005 i sagen *Stadt Halle*¹⁶ supplerede EF-Domstolen denne definition af "interne forbindelser", idet den erklærede, at de offentlige udbudsprocedurer, som er fastsat i direktiverne om offentlige indkøb, - såfremt de øvrige betingelser for deres anvendelse er opfyldt - altid finder anvendelse, når en ordregivende myndighed agter at indgå en gensidigt

¹³ I en sådan meddelelse vil de spørgsmål, som er angivet i afsnit 58-69 i grønbogen om offentlig-private partnerskaber, blive nøje undersøgt.

¹⁴ Se punkt 63 i grønbogen om offentlig-private partnerskaber.

¹⁵ Dom af 18. november 1999, sag C-107/98 *Teckal* [1999], Sml. I-08121, punkt 50.

¹⁶ Sag C-26/03 [2005], punkt 52, endnu ikke i samlingen.

bebyrdende aftale med en virksomhed, som i forhold til myndigheden er en juridisk forskellig person og ejes af myndigheden sammen med mindst et privat foretagende.

Nogle af de berørte parter i den offentlige sektor, herunder medlemsstaternes regeringer, efterlyste en bredere definition af begrebet "interne forbindelser", som de mener, EF-Domstolen fortolker for snævert. På nuværende tidspunkt synes der imidlertid ikke at være afgørende beviser på, at kvaliteten af de offentlige tjenesteydelser kan forbedres eller priserne reduceres, hvis private foretagender – gennem IOPP'er – får til opgave at udføre offentlige tjenesteydelser uden en forudgående konkurrencepræget tildelingsprocedure. Desuden er det vanskeligt at se, hvordan særbehandling af IOPP'er i forhold til deres private konkurrenter kan være i overensstemmelse med EF-traktatens krav om ligebehandling.

Af bidragene til OPP-grønbogen og diskussionerne med de berørte parter i forbindelse med den offentlige høring samt erfaringerne fra procedurerne inden for rammerne af EF-traktatens artikel 226 fremgår det, at der også er behov for en præcisering for at afklare, i hvilken grad EU-lovgivningen finder anvendelse på uddelegering af opgaver til offentlige organer, og hvilke former for samarbejde der ikke er omfattet af bestemmelserne vedrørende det indre marked. For nylig gjorde EF-Domstolen¹⁷ det klart, at forbindelser mellem offentlige myndigheder, disses offentlige organer og offentligretlige ikke-kommercielle organer ikke på forhånd kan anses for at falde uden for lovgivningen om offentlige indkøb. Yderligere præcisering af dette spørgsmål kan naturligvis indgå i en fortolkningskommunikation om IOPP'er.

5. DET VIDERE ARBEJDE

Der er behov for yderligere analyser af de initiativer, som er drøftet i denne meddelelse, især lovgivningen om koncessioner og fortolkningsdokumentet om IOPP'er. En del af dette arbejde vil foregå i nært samråd med de berørte parter.

Fortolkningsdokumentet om IOPP'er forventes udarbejdet i 2006.

I 2006 vil Kommissionen desuden gennemføre en dybtgående analyse af konsekvenserne af et eventuelt lovgivningsinitiativ om koncessioner. Den endelige afgørelse om, hvorvidt der skal træffes en sådan foranstaltning, og hvordan denne i givet fald skal udformes, afhænger af resultatet af denne konsekvensanalyse.

¹⁷ Dom af 13. januar 2005, sag C-84/03 *Kommissionen mod Spanien* [2005], endnu ikke i samlingen.