



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 koordinoituita 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 väliin 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 tuomioistuim 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 tarkoitettu 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 mainituissa 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 tosiasiassa 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 käyttöoikeussopimukseen 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” -tyyppisen 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 kestävän 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.