



EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION

Bryssel den 15.11.2005
KOM(2005) 569 slutlig

**KOMMISSIONENS MEDDELANDE TILL EUROPAPARLAMENTET, RÅDET,
EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN SAMT
REGIONKOMMITTÉN**

**om offentlig-privata partnerskap
och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner**

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1.	Inledning	3
2.	Viktiga frågor för eventuell uppföljning	4
2.1.	Frågor som måste följas upp på EG-nivå	4
2.2.	Den konkurrenspräglade dialogen: kommissionen kommer att lämna klar göranden	5
2.3.	Frågor där det för närvarande inte finns förslag på särskilda EG-initiativ	5
2.3.1.	Ingen ny lagstiftning som täcker alla avtalsgrundade offentlig-privata partnerskap	5
2.3.2.	Inga EG-åtgärder om andra specifika aspekter av offentlig-privata partnerskap	6
2.4.	Fortsatt diskussion på EG-nivå om de offentlig-privata partnerskapen	6
3.	Koncessioner	6
3.1.	Bakgrund	6
3.2.	Alternativ för att ge klarhet om rättsläget för koncessioner	7
3.3.	Innehållet i ett eventuellt EG-initiativ om koncessioner	9
4.	Institutionella offentlig-privata partnerskap	9
4.1.	Lämpligt tillvägagångssätt	9
4.2.	Innehållet i ett eventuellt tolkningsmeddelande om institutionella offentlig privata partnerskap	10
5.	Det fortsatta arbetet	11

**KOMMISSIONENS MEDDELANDE TILL EUROPAPARLAMENTET, RÅDET,
EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN SAMT
REGIONKOMMITTÉN**

**om offentlig-privata partnerskap
och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner**

(Text av betydelse för EES)

1. INLEDNING

Offentliga myndigheter på alla nivåer visar allt större intresse av att samarbeta med den privata sektorn för att se till att infrastruktur och tjänster tillhandahålls. Myndigheternas intresse för denna typ av samarbete, som brukar kallas offentlig-privata partnerskap (OPP), beror dels på att de kan dra nytta av den privata sektorns kunnande, särskilt för att öka effektiviteten, dels på att de har ålagts budgettåstramningar. Men offentlig-privata partnerskap är ingen patentrösning. För varje projekt måste man bedöma om partnerskap verkligen skapar ett mervärde för tjänsten eller bygg- och anläggningsarbetet i fråga i jämförelse med andra alternativ, som att sluta ett mer traditionellt avtal.

EG-lagstiftningen förhåller sig neutral till om offentliga myndigheter väljer att själva bedriva en ekonomisk verksamhet eller låter tredje man göra det. Men om de offentliga myndigheterna bestämmer sig för att låta tredje man bedriva en verksamhet kan EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner bli tillämplig.

EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner syftar främst till att skapa en inre marknad där den fria rörligheten för varor och tjänster, etableringsrätten och de grundläggande principerna om likabehandling, insyn och ömsesidigt erkännande garanteras, och där man får mer för pengarna när offentliga myndigheter köper produkter eller ger tredje man i uppdrag att tillhandahålla tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten. Med tanke på de offentlig-privata partnerskapens växande betydelse ansågs det vara nödvändigt att undersöka i hur hög grad de befintliga EG-reglerna bidrar till dessa mål när det gäller tilldelning av OPP-kontrakt eller OPP-koncessioner. Detta bör göra det möjligt för kommissionen att bedöma om det finns något behov av att klargöra, komplettera eller förbättra den nuvarande lagstiftningen på EG-nivå. Därför antog kommissionen den 30 april 2004 grönboken om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner¹.

Den diskussion som grönboken fick till stånd väckte stort intresse och mottogs positivt på de flesta håll. Kommissionen mottog nästan 200 bidrag från ett stort urval tillfrågade, inklusive många av medlemsstaterna. Både Europeiska ekonomiska och

¹ KOM(2004) 327, 30.4.2004.

sociala kommittén² och Regionkommittén³ antog yttranden om grönboken. I maj 2005 offentliggjordes en rapport med en analys av alla bidrag som kommit in under det offentliga samrådet⁴.

I det här meddelandet presenteras de alternativ som tagits fram efter samrådet i syfte att garantera effektiv konkurrens för OPP utan att i onödan begränsa den flexibilitet som behövs för att planera innovativa och ofta komplexa projekt. Att ange kommissionens inriktning i det här skedet ligger i linje med dess åtagande om offentligt ansvar och insyn i samband med att den utövar sin initiativrätt, vilket är en av de grundläggande principerna i ”Lagstifta bättre för tillväxt och arbetstillfällen i Europeiska unionen”⁵.

I detta meddelande försöker kommissionen dra politiska slutsatser av samrådet om grönboken om offentlig-privata partnerskap, men de olika alternativ som presenteras måste ses i ett större sammanhang, som också omfattar slutsatserna av EG-domstolens domar, erfarenheterna av de förfaranden som kommissionen inlett mot olika medlemsstater i enlighet med artikel 226 i EG-fördraget och de bilaterala kontakterna med berörda parter.

Samrådet gav information om praktiska erfarenheter av OPP och om de berörda parternas synpunkter på de alternativ som föredras, men det måste kompletteras med en ingående analys av vilka konsekvenser dessa alternativ skulle få. Därför kommer ett slutligt beslut om eventuella lagstiftningsinitiativ för att klargöra, komplettera och förbättra EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner att föregås av en konsekvensanalys i enlighet med principerna om bättre lagstiftning.

2. VIKTIGA FRÅGOR FÖR EVENTUELL UPPFÖLJNING

2.1. Frågor som måste följas upp på EG-nivå

Grönboken om offentlig-privata partnerskap omfattar en rad frågor om OPP och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner. Svaren från de parter som deltog i samrådet ger vid handen att endast några få av dessa frågor behöver följas upp på EG-nivå. Betoningen ligger särskilt på

- koncessionsupphandlingen (frågorna 4–6 i grönboken – kapitel 3 i detta meddelande) och

² Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner”, Bryssel den 27–28 oktober 2004, CESE 1440/2004.

³ Yttrande från Regionkommittén om Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, (KOM(2004) 327 slutlig), den 17 november 2004, ECOS-037.

⁴ SEK(2005) 629, 3.5.2005. Denna rapport och de flesta bidrag som kommissionen fått finns på kommissionens webbplats:

http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm.

⁵ Se följande meddelanden från kommissionen: Styrelseformerna i EU: Bättre lagstiftning, KOM(2002) 275 slutlig, 5.6.2002, och Lagstifta bättre för tillväxt och arbetstillfällen i Europeiska unionen KOM(2005) 97 slutlig, 16.3.2005.

- etablering av företag som ägs gemensamt av en offentlig och en privat partner för att bedriva verksamhet i allmänhetens tjänst (institutionella offentlig-privata partnerskap) (frågorna 18 och 19 i grönboken – kapitel 4 i detta meddelande).

En klar majoritet av de berörda parterna ville ha EG-initiativ som skapar större klarhet angående rättsläget i bägge dessa frågor. Lämpliga uppföljningsåtgärder presenteras i separata avsnitt av detta meddelande.

2.2. Den konkurrenspräglade dialogen: kommissionen kommer att lämna klargöranden

En fråga som märkbart intresserade parterna var den konkurrenspräglade dialogen, ett nytt upphandlingsförfarande som införts genom direktiv 2004/18/EG och som utformats särskilt för komplex offentlig upphandling. Få av parterna bestred att förfarandet är viktigt. Många av deltagarna i samrådet ville ha fullt skydd för immateriella rättigheter och en begränsning av de resurser som anbudsgivarna måste investera i förfarandet.

Kommissionen är övertygad om att de praktiska erfarenheterna av detta förfarande, som de flesta medlemsstater ännu inte har genomfört⁶, kommer att skingra denna oro. På begäran av flera berörda parter kommer kommissionen att redogöra för de bestämmelser som styr den konkurrenspräglade dialogen i form av ett förklarande dokument som läggs ut på kommissionens webbplats⁷.

2.3. Frågor där det för närvarande inte finns förslag på särskilda EG-initiativ

2.3.1. Ingen ny lagstiftning som täcker alla avtalsgrundade offentlig-privata partnerskap

Alla OPP kan betraktas som offentlig upphandling eller koncessioner, om de faller inom ramen för EG-fördraget. Men eftersom reglerna för offentlig upphandling och koncessioner skiljer sig åt, finns det inget enhetligt upphandlingsförfarande i EG-lagstiftningen som är särskilt utformat för OPP.

Därför frågade kommissionen de berörda parterna om de skulle vara positivt inställda till ny lagstiftning som täcker alla avtalsgrundade OPP, oberoende av om det rör sig om offentliga upphandlingar eller koncessioner, och som innebär att ett identiskt upphandlingsförfarande införs (fråga 7 i grönboken).

Samrådet visade att parterna i hög grad motsätter sig ett regelverk som täcker alla avtalsgrundade OPP, oberoende av om det rör sig om offentliga upphandlingar eller koncessioner. Därför överväger kommissionen inte att införa ett identiskt upphandlingsförfarande för dem.

⁶ Medlemsstaterna måste anta de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 31 januari 2006.

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

2.3.2. *Inga EG-åtgärder om andra specifika aspekter av offentlig-privata partnerskap*

Beträffande frågan om OPP som den privata sektorn tagit initiativ till (fråga 9 i grönboken) tydde svaren inte på något behov för närvarande av att vidta åtgärder på EG-nivå för att främja sådana projekt.

Det fanns heller inget intresse av initiativ för att på EG-nivå klargöra den avtalsmässiga ramen för OPP (fråga 14 i grönboken) eller förtydliga eller ändra bestämmelserna om underleverantörer (fråga 17 i grönboken).

2.4. **Fortsatt diskussion på EG-nivå om de offentlig-privata partnerskapen**

Syftet med detta meddelande är inte att avsluta diskussionen om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner. Erfarenheterna av OPP ökar stadigt. Alla aktörer, inklusive de nationella myndigheterna och kommissionen, lär sig hela tiden av de praktiska erfarenheterna av att tillämpa EG:s lagstiftning på dessa partnerskap. Även om denna process inte bör hindra kommissionen från att ta initiativ för att åtgärda eventuella brister i det befintliga regelverket, måste diskussionerna mellan kommissionen och de parter som berörs av utvecklingen på området fortsätta på alla nivåer, och den planerade konsekvensanalysen kommer att försöka beakta den fortsatta dialogen⁸.

Diskussionerna kommer att fortsätta i kommittéerna på kommissionsnivå, där experter på offentlig upphandling⁹ och medlemsstaternas¹⁰ företrädare¹¹ deltar, genom deltagande i konferenser om OPP och offentlig upphandling och genom direkta kontakter mellan kommissionens tjänstemän och experter på offentlig-privata partnerskap. Dessutom tycks det bland de nationella arbetsgrupperna för OPP råda allmänt samförstånd om att infrastrukturen skulle utvecklas om den offentliga sektorn på ett effektivare sätt kunde utbyta erfarenheter om OPP, programutveckling och projektgenomförande. Arbetsgrupperna beaktar därför, tillsammans med Europeiska investeringsbanken, möjligheten av att inrätta ett europeiskt centrum för expertis inom offentlig-privata partnerskap. Kommissionen är i princip positiv till ett sådant initiativ.

3. **KONCESSIONER**

3.1. **Bakgrund**

Ett viktigt kännetecken för koncessioner är koncessionshavarens nyttjanderätt till anläggningen eller tjänsten som ersättning för att ha uppfört anläggningen eller tillhandahållit tjänsten. Den främsta skillnaden jämfört med offentlig upphandling är den risk som är förenad med nyttjandet och som koncessionshavaren, som oftast

⁸ I detta sammanhang bör man särskilt beakta frågor rörande OPP som etablerats för att bygga och förvalta gränsöverskridande infrastruktur.

⁹ Rådgivande kommittén för öppnandet av offentlig upphandling, inrättad genom kommissionens beslut 87/305/EEG.

¹⁰ I enlighet med rutinerna för övergångsperioden ingår inte bara medlemsstaternas företrädare i kommittéerna utan också observatörer från de anslutande staterna (Bulgarien och Rumänien).

¹¹ Rådgivande kommittén för offentliga bygg- och anläggningskontrakt, inrättad genom kommissionens beslut 71/306/EEG.

finansierar åtminstone delar av projekten, måste ta. Sådant privat kapital anses vara ett av de viktigaste incitamenten för offentliga myndigheter att ingå i offentlig-privata partnerskap. Trots att de är viktiga finns det bara ett fåtal bestämmelser i EG-lagstiftningen om samordning av upphandlingsförfarandet för koncessioner på bygg- och anläggningsarbeten. Det system som tillämpas under upphandlingsfasen för tjänstekoncessioner regleras enbart genom en hänvisning till principerna om insyn, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande i artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget. Mot bakgrund av detta ställdes i grönboken frågan om de berörda parterna ansåg att det var önskvärt med ett initiativ till EG-lagstiftning för att reglera upphandlingsförfarandet för koncessioner (fråga 6).

En stor majoritet av samrådsparterna bekräftade att det behövdes större klarhet om rättsläget i fråga om de EG-regler som styr upphandling av koncessioner. Åsikterna om hur denna klarhet om rättsläget ska uppnås – genom lagstiftning eller icke-bindande tolkningsinstrument – gick dock isär.

3.2. Alternativ för att ge klarhet om rättsläget för koncessioner

Samrådet visade att det finns efterfrågan på en stabil och konsekvent lagstiftning för upphandling av koncessioner på EG-nivå, särskilt för att minska transaktionskostnaderna (genom att de juridiska riskerna minskar) och mer allmänt för att öka konkurrensen. Många parter ansåg att större klarhet om rättsläget och effektiv konkurrens när det gäller koncessioner skulle främja OPP, och på så sätt öka den privata projektfinansieringen när den offentliga budgeten stramas åt. De privata parterna betonade särskilt att endast åtgärder på EG-nivå skulle kunna ge denna klarhet om rättsläget, samtidigt som man undviker de problem som mångfalden av nationella bestämmelser medför, särskilt i fråga om de nya medlemsstaterna som är i störst behov av privat finansiering. Det finns i huvudsak två sätt att tillgodose detta behov: 1) genom icke-bindande riktlinjer, främst i form av ett tolkningsmeddelande och 2) genom lagstiftning där det tydligt anges vilka skyldigheter de allmänna principerna i EG-fördraget medför.

Tolkningsmeddelande

Kommissionen antog i april 2000 ett tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, som förklarar tillämpningsområdet och innehållet i de principer i EG-fördraget som är tillämpliga på upphandling av koncessioner. Många berörda parter ansåg att ett tolkningsmeddelande var ett snabbt och effektivt sätt att klargöra situationen. Men de viktigaste parternas kommentarer under diskussionen tyder på att tolkningsmeddelandet om koncessioner inte tillräckligt tydligt lyckats förklara vilka konsekvenser principerna i EG-fördraget får för upphandlingen av koncessioner. Inläggen från flera viktiga parter byggde förvånansvärt nog på antagandet att den befintliga EG-lagstiftningen inte innehåller några krav på att upphandlingen av koncessioner ska vara öppen för konkurrens, t.ex. genom att alla företag ges möjlighet att uttrycka sitt intresse av att få koncessioner.

Andra ansåg att ett tolkningsmeddelande vore det perfekta verktyget för att göra en tydligare avgränsning mellan offentliga upphandlingskontrakt och koncessioner. Men ett tolkningsmeddelande gör inte rättsläget så mycket tydligare eftersom det enbart tolkar befintlig lagstiftning. Bristande precision i lagen kan i många fall inte avhjälpas genom tolkning. Därför verkar det sannolikt att en uppdatering av

tolkningsmeddelandet om koncessioner från april 2000 inte skulle uppfylla kravet på större klarhet om rättsläget, även om det skulle leda till vissa förbättringar.

Lagstiftningsinitiativ

De rapporterade missförstånden om tillämpningsområdet för och innehållet i de skyldigheter enligt EG-lagstiftningen som upphandlande myndigheter har vid upphandling av koncessioner, bekräftar parternas uppfattning att de allmänna principerna i EG-fördraget inte ger tillräcklig klarhet om rättsläget, även om de skulle bli tydligare genom ett tolkningsdokument från kommissionen. De anses lämna alltför mycket till de upphandlande myndigheternas godtycke och kan därför inte garantera likabehandling av företag inom hela EU. Både rättspraxis och rättsdoktriner visar att bestämmelserna i EG-fördraget uppfattas på olika sätt, trots klargöranden från EG-domstolen¹². Det angavs att detta skapade särskilda problem för anbudsgivare som vänt sig till nationella domstolar för att få tilldelningen av koncessioner prövad. Denna situation kan avskräcka företag från att lämna anbud på koncessioner och skulle kunna minska konkurrensen för offentlig-privata partnerskap, vilket på sikt skulle kunna äventyra dem.

Mer allmänt är det svårt att förstå varför tjänstekoncessioner, som ofta används för komplexa och kostnadskrävande projekt, inte alls omfattas av EG:s sekundärrätt. Under samrådet om grönboken om offentlig-privata partnerskap framfördes vissa argument för avsaknaden av detaljerade upphandlingsförfaranden på EG-nivå. Man hänvisade bl.a. till ett behov av flexibilitet när det gäller koncessioner samt subsidiaritetsprincipen. Dessa argument mot ett bindande EG-initiativ på området är dock inte särskilt övertygande: De offentliga myndigheterna skulle inte få mindre frihet att välja en privat partner för offentlig-privata partnerskap till följd av att det har antagits lagstiftning på EG-nivå. Ett lagstiftningsinitiativ om upphandling av koncessioner måste ta hänsyn till att koncessioner kan vara komplexa och att det behövs förhandlingar mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna. Därför är det svårt att förstå varför tydliga regler för upphandlingen av koncessioner i sig skulle innebära en onödig begränsning av de upphandlande myndigheternas flexibilitet vid upphandlingen av tjänstekoncessioner. Dessutom torde det exakta innehållet i ett sådant initiativ avgöra om det är förenligt eller inte med subsidiaritetsprincipen. Det finns ingen anledning att anse att ett initiativ i sig skulle vara oförenligt med denna princip.

Efter noggrann utvärdering av alla argument och den information som lämnats under samrådet om grönboken om offentlig-privata partnerskap förefaller ett lagstiftningsinitiativ vara det bästa alternativet i fråga om koncessioner. Men innan man formellt lämnar förslag på lagstiftning behövs det, som nämnts ovan, ingående analyser i enlighet med principerna om bättre lagstiftning för att 1) avgöra om det är nödvändigt med ett EG-initiativ för att reglera förfarandena för upphandling av koncessioner, 2) om så är fallet, utforma ett sådant initiativ och 3) bättre förstå dess eventuella konsekvenser.

¹² Mål C-324/98, *Telaustria*, REG 2000, s. I-10475, mål C-231/03, *Coname*, 2005, ännu inte offentliggjort i REG.

3.3. Innehållet i ett eventuellt EG-initiativ om koncessioner

Som nämnts ovan behövs det kanske EG-lagstiftning om upphandling av koncessioner för att klargöra de allmänna principerna i EG-fördraget. Lagstiftningen, som bör omfatta både bygg- och tjänstekoncessioner, skulle göra en tydlig åtskillnad mellan koncessioner och offentliga upphandlingskontrakt. Den skulle kräva lämplig annonsering av avsikten att upphandla en koncession samt fastställa bestämmelserna för urvalet av koncessionshavare enligt objektiva och icke-diskriminerande kriterier. Mer allmänt bör syftet med reglerna vara att principen om likabehandling av alla deltagare ska tillämpas vid upphandlingen av koncessioner. Problem som har att göra med koncessioners långa varaktighet, t.ex. nödvändigheten av att anpassa dem över tiden, och frågor rörande OPP som etablerats för att bygga och förvalta gränsöverskridande infrastruktur, skulle också kunna lösas genom ett sådant initiativ.

En sådan lagstiftning om koncessioner skulle leda till ett bättre skydd för anbudsgivare i de flesta medlemsstater, eftersom koncessioner, om de omfattas av EG:s sekundärrätt, skulle falla under tillämpningsområdet för direktiven om prövning av offentlig upphandling, som erbjuder effektivare och lämpligare rättsmedel än de grundläggande principer om rättsligt skydd som utvecklats av EG-domstolen.

Det går i nuläget inte att i detalj beskriva innehållet i ett potentiellt EG-initiativ om koncessioner. Sådana reglers förekomst och utformning är beroende av de ytterligare undersökningar som kommissionen måste göra vid en fullständig konsekvensanalys. Därför är det för tidigt att uttrycka en åsikt om det övergripande tillämpningsområdet för sådana regler, inklusive definitionen av de tröskelvärden över vilka reglerna skulle vara tillämpliga. Hur som helst skulle ett initiativ inte syfta till att ändra den befintliga sektorsspecifika EG-lagstiftningen om upphandling av koncessioner inom respektive sektor.

4. INSTITUTIONELLA OFFENTLIG-PRIVATA PARTNERSKAP

4.1. Lämpligt tillvägagångssätt

Det offentliga samrådet om grönboken om offentlig-privata partnerskap visade på behovet av att klargöra hur EG:s regler om offentlig upphandling ska tillämpas på etablering av företag som ägs gemensamt av en offentlig och en privat partner för att bedriva verksamhet i allmänhetens tjänst (institutionella offentlig-privata partnerskap). Några berörda parter sade att det behövdes ett klargörande omedelbart. Det framgick att offentliga myndigheter avstår från att delta i innovativa institutionella OPP för att inte riskera att upprätta institutionella OPP som i ett senare skede kan bli oförenliga med EG:s lagstiftning. Bara ett fåtal parter ansåg att det behövdes juridiskt bindande instrument för att klargöra rättsläget på området.

Beträffande institutionella OPP förefaller ett tolkningsmeddelande för närvarande vara det bästa sättet att stimulera effektiv konkurrens och klargöra rättsläget. I motsats till koncessioner har man hittills ingen erfarenhet av ett tolkningsmeddelande som förklarar hur reglerna om offentlig upphandling ska tillämpas på upprättandet av institutionella OPP. I de flesta medlemsstater är det dessutom något ganska nytt och innovativt att upprätta offentlig-privata enheter för att tillhandahålla tjänster av

allmänt ekonomiskt intresse. Ett icke-bindande initiativ på området skulle ge de riktlinjer som behövs utan att hämma innovation. När det gäller institutionella OPP förefaller det dessutom vara särskilt viktigt att snabbt kunna åtgärda oklarheter.

Rent allmänt verkar det som om ett tolkningsmeddelande skulle fylla detta behov bättre än lagstiftning. Men om det vid en framtida analys visar sig att ett tolkningsmeddelande är otillräckligt för att garantera en korrekt tillämpning av EG:s lagstiftning – som i fallet med koncessioner – kan det bli aktuellt att anta ett lagförslag.

4.2. Innehållet i ett eventuellt tolkningsmeddelande om institutionella offentlig-privata partnerskap

Ett tolkningsmeddelande om institutionella OPP och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling bör framför allt klargöra hur reglerna om offentlig upphandling ska tillämpas på 1) upprättande av enheter som förfogar över blandat kapital och har till syfte att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, och 2) privata företags deltagande i befintliga offentliga företag som tillhandahåller dessa tjänster. I detta sammanhang bör ett eventuellt meddelande särskilt ange hur man kan upprätta institutionella OPP så att tilldelningen av uppdragen är förenlig med EG:s lagstiftning¹³.

I grönboken diskuteras interna förbindelser i samband med institutionella OPP¹⁴. Det betonas att EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner är tillämplig när ett upphandlande organ beslutar att ge uppdraget till tredje man, dvs. en fristående juridisk person. Enligt EG-domstolens fasta rättspraxis¹⁵ kan det endast förhålla sig annorlunda när 1) den lokala myndigheten ”utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar på sin egen förvaltning”, och 2) ”denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den”. I sin dom av den 11 januari 2005 i mål *Stadt Halle*¹⁶ kompletterade EG-domstolen denna definition av ”interna förbindelser” genom att fastslå att de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling alltid ska tillämpas – om de övriga villkoren för deras tillämpning uppfylls – när en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor med ett bolag som i förhållande till myndigheten är en fristående juridisk person och ägs av myndigheten tillsammans med ett eller flera privata företag.

Berörda parter i den offentliga sektorn, däribland regeringarna i vissa medlemsstater, har begärt att begreppet ”intern” ska utvidgas, eftersom de anser att domstolens tolkning är alltför snäv. Men det finns för närvarande inte några övertygande belegg för att kvaliteten på offentliga tjänster skulle förbättras eller priserna sänkas om privata företag – genom institutionella OPP – får i uppdrag att tillhandahålla offentliga tjänster utan någon konkurrensutsatt upphandling. Dessutom är det svårt

¹³ Ett sådant meddelande skulle mer specifikt granska de frågor som betonas i punkterna 58–69 i grönboken om offentlig-privata partnerskap

¹⁴ Punkt 63 i grönboken om offentlig-privata partnerskap.

¹⁵ Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, *Teckal*, REG 1999, s. I-08121, punkt 50.

¹⁶ Mål C-26/03, 2005, punkt 52, ännu inte offentliggjort i REG.

att se hur förmånsbehandling av institutionella OPP gentemot deras privata konkurrenter skulle kunna vara förenligt med EG-fördragets krav på likabehandling.

Bidragen till grönboken om offentlig-privata partnerskap, diskussionerna med berörda parter vid det offentliga samrådet och erfarenheterna inom ramen för artikel 226 i EG-fördraget ger vid handen att ett förtydligande är nödvändigt också för att fastställa i vilken utsträckning EG:s lagstiftning är tillämplig på tilldelningen av uppdrag till offentliga organ och vilka samarbetsformer som inte omfattas av bestämmelserna för den inre marknaden. EG-domstolen klargjorde nyligen att förbindelser mellan offentliga myndigheter, deras organ och, rent allmänt, icke-kommersiella offentligrättsliga enheter inte på förhand kan anses falla utanför lagstiftningen om offentlig upphandling¹⁷. Ytterligare klargöranden i denna fråga skulle kunna ges i ett tolkningsmeddelande om institutionella OPP.

5. DET FORTSATTA ARBETET

Det behövs ytterligare analys av de åtgärder som diskuteras i detta meddelande, särskilt lagstiftningen om koncessioner och tolkningsdokumentet om institutionella OPP. En del av detta arbete kommer att bestå av riktat samråd med berörda parter.

Tolkningsdokumentet om institutionella OPP är tänkt att utarbetas under 2006.

Under 2006 kommer kommissionen också att göra en ingående analys av vilka konsekvenser ett lagstiftningsinitiativ om koncessioner skulle få. Resultatet av denna konsekvensanalys blir avgörande för om en sådan åtgärd ska vidtas eller inte och hur den ska se ut i praktiken.

¹⁷ Dom av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, *kommissionen mot Spanien*, 2005, ännu inte offentliggjord i REG.