



Grönbok – om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner

Finansdepartementet

2004-05-25

Dokumentbeteckning

KOM (2004) 327 slutlig

Grönbok – om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner

Sammanfattning

Syftet med grönboken är att få till stånd en diskussion om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner inom PPP.

1 Förslaget

1.1 Innehåll

Inledningsvis anges att gemenskapsrätten inte ger någon definition av offentlig-privata partnerskap (nedan kallat PPP). Termen brukar dock användas för sådana former av samarbete mellan offentliga myndigheter och näringslivet som syftar till att säkerställa finansiering, genomförande, modernisering, förvaltning eller underhåll av en infrastruktur eller tillhandahållande av en tjänst. De kännetecknas av relativ varaktighet mellan den offentliga och den privata partnern och att finansieringen delvis säkerställs av den privata sektorn samt att den offentliga parten definierar de mål som i allmänhetens intresse som skall uppnås med projektet. Vidare kännetecknas PPP av en riskfördelning som innebär att den offentliga partnern överför risker till den privata partnern som vanligtvis belastar det allmänna.

I ett avsnitt konstateras att EG-rätten inte innehåller regler som uttrycker någon särskild ordning för PPP försovitt reglerna om offentlig upphandling inte är tillämpliga. Dock gäller för varje åtgärd varigenom en offentlig enhet

anförtror tredje man genomförandet av en ekonomisk verksamhet skall prövas mot fördragets bestämmelser och principer, framförallt etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 43 respektive 49 i fördraget. Vidare gäller principerna om insyn, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Syftet med grönboken är att få till stånd en diskussion om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner inom PPP. Vidare syftar grönboken till att klargöra räckvidden i de gemenskapsregler som är tillämpliga vid val av partner samt partnerskapets förfarande därefter och analysera om gemenskapsrättens ramar är tillräckliga för PPP eller om ytterligare åtgärder krävs. Val av eventuell åtgärd förespråkas inte. Möjliga åtgärder som nämns är lagstiftning, tolkningsmeddelande, åtgärder som syftar till en förbättrad samordning av nationella rutiner eller utbyte av goda metoder mellan medlemsstaterna.

I grönboken skiljer man på

- avtalsmässiga PPP som grundas på avtalsmässiga förbindelser; och
- institutionella PPP som innebär samarbete mellan den offentliga och den privata sektorn inom en enhet.

Den mest välkända modellen av *avtalsgrundad PPP* är koncession, den privata partnern erbjuder allmänheten en tjänst under den offentliga partners kontroll. Ersättningen uttas av tjänstens användare eventuellt i kombination med stöd från det allmänna. I andra modeller åläggs den privata partnern att förvalta en infrastruktur för offentlig förvaltning (t. ex. en skola, ett sjukhus, en fängvårdsanstalt). Ett typiskt exempel på denna modell är s.k. PFI (Private Finance Initiative), där utbetalningarna till den privata partnern inte utgår av tjänstens nyttjare, utan i form av utbetalningar från den offentliga parten grundat på t. ex. nyttjandet av tjänsten.

För sådana avtalsmässiga partnerskap, där reglerna om offentlig upphandling skall tillämpas, skall den privata partnern utses enligt detaljerade bestämmelser om offentliggörande och deltagande. Normalt sett skall då öppet eller selektivt förfarande användas eller mer undantagsvis förhandlat förfarande. I det nyligen antagna direktivet för den klassiska sektorn, 2004/18/EG, ges möjlighet att använda ett nytt förfarande, ”konkurrenspräglad dialog”, i särskilt komplicerade upphandlingar.

Beträffande koncessioner finns ett begränsat antal regler i sekundärrätten. När det gäller avtal för koncession avseende bygg- och anläggningsarbeten återfinns vissa skyldigheter i direktivet för upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, 93/3/EEG (art 3.1) som gäller offentliggörande och iakttagande av tidsfrist för anbud. Därutöver gäller för dessa koncessioner fördragets principer och bestämmelser.

Koncessioner av tjänster omfattas inte av några regler i direktiven om offentlig upphandling. I de nya direktiven på området offentlig upphandling (2004/18/EG) och upphandling på områdena vatten, energi, transporter och

posttjänster (2004/17/EG) undantas uttryckligen tjänstekoncessioner. Enligt EG-domstolens praxis omfattas tjänstekoncessioner av principerna om insyn, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande (C-324/98 Teleaustria).

Kommissionen anser att det system som följer av fördragets bestämmelser kan innefattas i följande skyldigheter:

- fastställande av bestämmelser för val av privat partner;
- offentliggörande av koncessionens utfärdande och reglerna för urval;
- upprätthållande av konkurrens mellan potentiella motparter;
- iakttagande av principen om likabehandling; samt
- upphandling på grundval av objektiva icke-diskriminerande kriterier.

Med hänsyn till att de EG- rättsliga regler som finns beträffande koncessionsgivning är av allmän beskaffenhet och att de nationella lagarna saknar samordning råder det en rättsosäkerhet som kan utgöra hinder mot att marknaden öppnas på detta område. Det finns enligt Kommissionen också en risk att målen för den inre marknaden inte kan uppnås på grund av brist på effektiv konkurrens.

Kommissionen överväger därför att föreslå en lagstiftningsåtgärd som syftar till att samordna upphandlingsförfarandena för koncessioner. Sådan ny lagstiftning kommer att ansluta till befintliga regler om offentlig upphandling. Den nya lagstiftningen kommer i så fall att innehålla detaljerade bestämmelser om upphandling av koncessioner.

Men *institutionella PPP* avses i grönboken sådana partnerskap där det upprättas en enhet över vilken den offentliga partnern och den privata partnern förfogar gemensamt. Den gemensamma enheten får i uppdrag att övervaka leveransen av ett allmännyttigt arbete eller en allmännyttig tjänst.

I de fall bildandet av den nya enheten åtföljs av en tilldelning av ett uppdrag som kan betecknas som offentlig upphandling eller koncession skall direktivets bestämmelser om offentlig upphandling respektive fördragets allmänna principer iakttas.

Ett institutionellt PPP kan också bildas genom att den privata sektorn övertar kontrollen av ett befintligt offentligt företag.

I de fall den privata aktören inom ramen för kapitalöverföring tilldelas ett uppdrag som innefattas av tillämpningsområdet för offentlig upphandling skall principerna om insyn och likabehandling iakttas. Vidare får kapitalöverföringen inte vara en förtäckt tilldelning av kontrakt till en privat partner om avtalet faller under bestämmelserna för offentlig upphandling eller koncessioner, t.ex. tilldelning av ett särskilt uppdrag direkt utan anbudsinfördran för att göra kapitalåtgärden attraktiv.

1.2 Gällande svenska regler och förslagetets effekt på dessa 2003/04:FPM109

Utöver reglerna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) finns inga särskilda svenska bestämmelser som reglerar förfarandet för bildandet av offentliga privata partnerskap.

Kommer regeln i de nya EG-direktiven om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster som gör undantag för tjänstekoncessioner att införlivas i svensk rätt kommer också LOU att uttryckligen undanta tjänstekoncessioner.

1.3 Budgetära konsekvenser

2 Ståndpunkter

2.1 Svensk ståndpunkt

2.2 Medlemsstaternas ståndpunkter

Några tydliga officiella ställningstaganden har inte avgivits.

2.3 Institutionernas ståndpunkter

2.4 Remissinstansernas ståndpunkter

3 Övrigt

3.1 Fortsatt behandling av ärendet

Kommissionen antog grönboken den 30 april 2004. Det offentliga samrådet för grönboken pågår fram till den 30 juli 2004. Regeringskansliet avser att samordna sitt svar till Kommissionen med Nämnden för offentlig upphandling.

3.2 Rättslig grund och beslutsförfarande

