

SV

SV

SV



EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION

Bryssel den 05.02.2008
C(2007)6661

KOMMISSIONENS TOLKNINGSMEDDELANDE

**om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på
institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP)**

(Text av betydelse för EES)

KOMMISSIONENS TOLKNINGSMEDDELANDE

om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP)

1. INLEDNING

Under de senaste åren har begreppet offentlig-privata partnerskap (OPP) utvecklats inom en rad områden. Det kännetecknande för denna form av oftast långsiktigt samarbete är den roll som spelas av den privata partnern, som medverkar i det ifrågasvarande projektets olika steg (utformning, genomförande och drift), tar på sig de risker som vanligtvis belastar den offentliga sektorn och ofta bidrar till finansieringen av projekten.

Enligt EG-rätten har de offentliga myndigheterna rätt att välja att bedriva en ekonomisk verksamhet i egen regi eller att anförtro detta till tredje parter, exempelvis blandekonomiska enheter som skapats inom ramen för ett offentligt-privat partnerskap. Om offentligrättsliga organ beslutar att låta tredje parter delta i ekonomisk verksamhet på sådana villkor som kan betecknas som offentlig upphandling eller koncession, ska de gällande bestämmelserna i gemenskapslagstiftningen på området följas. Dessa bestämmelser syftar till att ge alla intresserade ekonomiska aktörer möjlighet att lämna anbud för dessa offentliga upphandlingskontrakt eller koncessioner på en rättvis och överblickbar grund i den europeiska inre marknadens anda, och därigenom höja kvaliteten på denna typ av projekt och minska deras kostnader tack vare en ökad konkurrens¹.

Det offentliga samrådet om grönboken om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner² har visat³ att det finns ett reellt behov av att klargöra tillämpningen av dessa bestämmelser i fråga om s.k. institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP). Kommissionen avser med IOPP ett samarbete mellan den offentliga och privata sektorn inom en separat blandekonomisk enhet som verkställer upphandlingskontrakten eller koncessionerna⁴. Privata aktörers bidrag till en IOPP består, förutom att bidra med kapital eller andra anläggningstillgångar, i att aktivt delta i verkställandet av de arbetsuppgifter som tilldelats den blandekonomiska enheten och/eller i driften av den blandekonomiska enheten. Enbart ett kapitaltillskott från en privat finansiär till ett offentligt företag utgör däremot inte ett IOPP. Följaktligen gäller detta meddelande inte den sistnämnda situationen.

¹ Europaparlamentet har i detta sammanhang slagit fast att efterlevnaden av dessa bestämmelser ”kan vara ett effektivt instrument för att undvika olämpliga konkurrensbegränsningar, som samtidigt gör det möjligt för den offentliga sektorn att själv fastställa och kontrollera villkoren med avseende på kvalitet, tillgänglighet, sociala standarder och miljömässiga åtaganden”. Europaparlamentets resolution om grönboken om tjänster i allmänhetens intresse [P5 – TA(2004)0018], punkt 32.)

² ”Offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner” – KOM(2005) 569 slutlig.

³ KOM(2004) 327, 30.4.2004.

⁴ I medlemsstaterna används i detta sammanhang olikartad terminologi och skilda system (t.ex. kooperationsmodell, gemensamma företag (samriskföretag), blandekonomiska företag).

Den rättsliga oförutsebarhet som privata partner som deltar i IOPP upplever kan försvåra för denna form av samarbete att få genomslag. Risken att upprätta strukturer baserade på avtal som senare skulle kunna visa sig strida mot gemenskapsrätten kan även få de offentliga myndigheterna och de privata enheterna att avstå från att bilda institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP).

Europaparlamentet noterade i sin resolution av den 26 oktober 2006⁵ om offentlig-privata partnerskap att de ekonomiska aktörerna efterfrågade ett klagörande beträffande tillämpningen av lagstiftningen på området för offentlig upphandling på bildandet av offentlig-privata företag i samband med tilldelning av ett kontrakt eller en koncession, och har uppmanat kommissionen att snarast utforma lämpliga förtydliganden.

Detta meddelande klargör hur, enligt kommissionens uppfattning, gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling och koncessioner⁶ bör tillämpas vid bildandet eller driften av institutionella offentlig-privata partnerskap⁷. Syftet med meddelandet är att förstärka den rättsliga förutsebarheten och i synnerhet besvara de farhågor som med jämna mellanrum uttrycks beträffande tillämpningen av gemenskapslagstiftningen på privata partners deltagande i offentlig-privata partnerskap, där vissa befarar att dessa gör samarbetsformen föga attraktiv, och närmast omöjliggör den. Antagandet av detta meddelande utgör en del av de åtaganden som kommissionen har gjort för att tillhandahålla vägledning på området tjänster i allmänhetens intresse, såsom de åtaganden som återfinns i meddelandet om tjänster i allmänhetens intresse, däribland sociala tjänster i allmänhetens intresse⁸ av den 20 november 2007. Genom detta meddelande skapas inte något nytt regelverk. Meddelandet avspeglar kommissionens tolkning av EG-fördraget, direktiven på området för offentlig upphandling och EG-domstolens rättspraxis. Det är emellertid viktigt att notera att det ytterst är EG-domstolens uppgift att tolka gemenskapsrätten.

2. BILDANDET AV ETT IOPP.

2.1. Principerna

Det finns inte några specifika bestämmelser på gemenskapsnivå som reglerar bildandet av institutionella offentlig-privata partnerskap. Principen om likabehandling och dess konkretisering i förbudet mot diskriminering på grundval av nationalitet och artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget om etableringsfriheten och

⁵ P6_TA(2006)0462, punkt 35.

⁶ Med koncession avses ett kontrakt med samma kännetecken som ett offentligt byggtreprenadkontrakt men där ersättningen utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller dels en sådan rätt, dels betalning. « tjänstekoncession » är ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning (se artikel 1.2, punkterna 3 och 4 i direktiv 2004/18/EG, EUT L 134, 30.4.2004, s. 114).

⁷ I detta meddelande omfattas inte offentliga upphandlingar och tjänstekoncessioner som regleras av artikel 5.2 –5.7 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70 (EUT L 315, 3.12.2007, s. 1).

⁸ KOM(2007) 725, 20.11.2007. Se även arbetsdokumentet från kommissionens avdelningar med titeln "Frågor och svar om tillämpningen av reglerna om offentlig upphandling på sociala tjänster i allmänhetens intresse" SEC(2007) 1514 [föreligger inte på svenska] som fogats till meddelandet av den 20 november 2007.

friheten att tillhandahålla tjänster är emellertid tillämpliga på området för offentlig upphandling och koncessioner om en offentlig myndighet överlåter driften av en ekonomisk verksamhet på en tredje part⁹. De principer som följer av artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget är inte enbart principerna om icke-diskriminering och likabehandling utan också principerna om insyn och överblickbarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet¹⁰. När de gäller de fall som omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling¹¹ ("upphandlingsdirektiven"), gäller specifika bestämmelser.

Det faktum att en privat aktör och en upphandlande enhet¹² samarbetar inom ramen för en blandekonomisk enhet kan inte motivera att reglerna om offentlig upphandling och koncessioner inte efterlevs vid tilldelning av offentliga kontrakt eller koncessioner till denna privata aktör eller till den blandekonomiska enheten. EG-domstolen har nämligen slagit fast¹³ att det faktum att ett privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga tvärtom i alla händelser utesluter ett "internt" ("in-house") förhållande mellan denna upphandlande myndighet och detta privata företag¹⁴, på vilket upphandlingslagstiftningen inte är tillämplig.

2.2. Förfarandet för att bilda ett IOPP

Ett institutionellt offentligt-privat partnerskap inrättas vanligtvis

- genom att ett nytt företag bildas, vars kapital gemensamt innehas av den upphandlande enheten och den privata partnern – i vissa fall av flera upphandlande enheter och/eller flera privata partners – och att ett offentligt upphandlingskontrakt eller en koncession tilldelas denna nybildade blandekonomiska enhet, eller
- genom att en privat partner går in som delägare i ett befintligt offentligt företag som genomför offentliga upphandlingskontrakt eller koncessioner som tidigare erhållits inom ramen för ett "internt" ("in-house") förhållande.

Oberoende av hur ett institutionellt offentligt-privat partnerskap har bildats åläggs den upphandlande enheten, med tillämpning av bestämmelserna i gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling och koncessioner, att följa ett

⁹ Mål C-458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8612, punkt 61.

¹⁰ Se kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121, 29.4.2000, sidan 6.

¹¹ Direktiv 2004/18/EG, se fotnot 6 ovan, och direktiv 2004/17/EG, EUT L 134, 30.4.2004, s. 1.

¹² I detta meddelande täcker begreppet "upphandlande enhet" både upphandlande myndigheter enligt artikel 1.9 i direktiv 2004/18/EG och upphandlande enheter enligt artikel 2 i direktiv 2004/17/EG.

¹³ Mål C-26/03, Stadt Halle, REG 2005, s. I-1, punkt 49.

¹⁴ Enligt EG-domstolen (mål C-410/04, ANAV, REG. 2006, s. I-3303, punkten 30 och följande) är det avgörande med avseende på upphandlingslagstiftningen emellertid inte enbart en tredje parts aktiva deläggande i ett offentligt företag, utan redan en upphandlande enhets vilja att i framtiden öppna för att en aktör i den privata sektorn kan gå in som delägare i en filial till den upphandlande enheten. En direkt tilldelning av ett offentligt kontrakt eller en koncession till ett offentligt företag är med andra ord uteslutet om avsikten är att öppna för möjligheten att låta privata enheter gå in som delägare i det offentliga företaget under dessa kontrakts löptid. Enligt kommissionen leder däremot inte enbart den teoretiska möjligheten att ett privat företag skulle gå in som delägare i en filial till den upphandlande enheten till att den interna kopplingen mellan den upphandlande enheten och dess filial omprövas.

rättvist och överblickbart förfarande vid valet av privat partner, som inom ramen för sitt deltagande i den blandekonomiska enheten levererar varor, bygg- och anläggningsarbeten eller tjänster¹⁵, eller vid tilldelning av ett upphandlingskontrakt eller en koncession till en blandekonomisk enhet¹⁶. Under alla förhållanden får inte en upphandlande enhet ”tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelas halvoffentliga bolag.”¹⁷

I det avseendet anser kommissionen att ett dubbelt förfarande (ett första för valet av privat partner i det institutionella offentlig-privata partnerskapet, och ett andra för tilldelningen av det offentliga upphandlingskontraktet eller koncessionen till den blandekonomiska enheten) är svår genomförbart.

Ett möjligt sätt att bilda ett institutionellt offentligt-privat partnerskap i överensstämmelse med principerna i gemenskapslagstiftningen och samtidigt undvika de problem som sammanhänger med ett dubbelt förfarande, är det följande: Den privata partnern väljs ut inom ramen för ett konkurrensutsatt och överblickbart förfarande, vars ändamål är det offentliga upphandlingskontraktet eller den koncession¹⁸ som ska tilldelas den blandekonomiska enheten, och, den privata partnerns driftsmässiga bidrag för att verkställa dess uppdrag och/eller dennes administrativa bidrag till styrningen av den blandekonomiska enheten. Valet av privat partner åtföljs av bildandet av det institutionella offentlig-privata partnerskapet och tilldelningen av det offentliga upphandlingskontraktet eller koncessionen till den blandekonomiska enheten.

2.3. Valet av privat partner för ett IOPP

2.3.1. Rättslig grund

Om det uppdrag som tilldelats en blandekonomisk enhet utgör ett offentligt kontrakt som helt och hållet omfattas av upphandlingsdirektiven, bestäms förfarandet för att välja ut den privata partnern av dessa direktiv. Om det rör sig om en koncession för bygg- och anläggningsarbeten eller ett offentligt kontrakt som delvis omfattas av direktivens tillämpningsområde, gäller de bestämmelser och grundläggande principer som följer av EG-fördraget parallellt med direktivens tillämpliga bestämmelser. När det gäller de tjänster som upptas i bilaga II B i direktiv 2004/18/EG är de grundläggande principer i EG-fördraget som avses i artiklarna 43 och 49 tillämpliga om dessa kontrakt kan anses ha ett givet intresse för företag i andra medlemsstater än

¹⁵ Ett rättvist och överblickbart förfarande vid val av privat partner i ett IOPP garanterar att målsättningen om fri, icke snedvriden konkurrens och principen om likabehandling inte undergrävs, särskilt genom att undvika att ge ett privat företag som är delägare i detta IOPP ges en orättmätig fördel i förhållande till sina konkurrenter. Bildandet av ett IOPP med tillämpning av ett rättvist och överblickbart förfarande för valet av privat partner till denna blandekonomiska enhet uppfyller således de motsvarande krav som EG-domstolen formulerat i målet Stadt Halle, se fotnot 13 ovan, punkt 51.

¹⁶ De upphandlande enheterna kan genom direkt upphandling tilldela offentliga kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17/EG till sina anknutna företag i den mening som avses i artikel 23 i detta direktiv.

¹⁷ Domstolens dom i mål C-29/04 Kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-9705, punkt 42.

¹⁸ Om detta IOPP har bildats genom att en privat partner gått in som delägare i ett befintligt offentligt företag, kan syftet med förfarandet för valet av den privata partnern i detta IOPP vara att överlåta genomförandet av det offentliga upphandlingskontraktet eller den koncessionen fram till dess genomförts internt av det offentliga företaget.

den berörda upphandlande myndighetens¹⁹. När det gäller en tjänstekoncession eller ett offentligt kontrakt som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling, bör slutligen valet av privat partner ske med iakttagande av principerna i EG-fördraget.

Den rättspraxis som omnämns i detta dokument rör delvis de offentliga upphandlingskontrakt som omfattas av alla direktivens närmare bestämmelser. Eftersom denna rättspraxis emellertid ofta grundas på principerna i EG-fördraget kan den också vara relevant för tillämpningen av gemenskapslagstiftningen i andra situationer, som exempelvis när det gäller koncessioner eller offentliga kontrakt som inte omfattas av de närmare bestämmelserna i direktiven om offentlig upphandling²⁰.

2.3.2. *Anbudsförfarande*

När bildandet av ett IOPP inbegriper tilldelning av ett offentligt upphandlingskontrakt som helt omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18/EG till en blandekonomisk enhet, är det möjligt, med tanke på den finansiella och juridiska komplexiteten i sådana konstruktioner, att de öppna och selektiva förfaranden som definieras i det direktivet inte erbjuder tillräcklig flexibilitet. För sådana situationer har ett innovativt förfarande införts i direktiv 2004/18/EG – den konkurrenspräglade dialogen²¹ – som både syftar till att garantera konkurrensen mellan ekonomiska aktörer och beakta de upphandlande enheternas behov att diskutera samtliga aspekter av upphandlingen²² med varje anbudssökande.

För tilldelningen av offentliga upphandlingskontrakt som helt och hållet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18/EG, får det förhandlade förfarandet med offentliggörande av meddelande om upphandling endast användas i undantagsfall²³. De upphandlande enheterna får däremot alltid använda det förhandlade förfarandet med offentliggörande av meddelande om upphandling när de tilldelar koncessioner eller andra typer av offentliga upphandlingskontrakt än de som helt och hållet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18/EG.

2.3.3. *Information om projektet*

När det uppdrag som bildandet av ett IOPP avser omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling, eller av branschspecifika riktlinjer som innehåller bestämmelser om offentlig upphandling²⁴, ska dessa specifika bestämmelser om offentliggörande iakttas²⁵. Vad beträffar de övriga upphandlingskategorierna och tjänstekoncessionerna bör de potentiella

¹⁹ Mål C-507/03, kommissionen mot Irland, [2007], punkt 32, ännu ej offentliggjort i rättsfallssamlingen.
²⁰ Se riktlinjerna för tilldelning av sådana kontrakt, kommissionens tolkningsmeddelande om den tillämpliga gemenskapslagstiftningen på upphandlingar som inte eller bara delvis omfattas av upphandlingsdirektiven, EUT C 179, 1.8.2006, s. 2. Vissa medlemsstater och Europaparlamentet har lämnat in en talan om ogiltigförklaran av detta meddelande till förstainstansrätten. Vid tidpunkten för antagandet av detta meddelande är ärendet fortfarande inte avgjort.

²¹ Se artikel 31 i direktiv 2004/18/EG.

²² Se artikel 29 i direktiv 2004/18/EG.

²³ Se artiklarna 30 och 31 i direktiv 2004/18/EG.

²⁴ Se exempelvis artikel 4 i rådets förordning (EEG) nr 2408/92 av den 23 juli 1992 om EG-lufttrafikföretags tillträde till flyglinjer inom gemenskapen, EGT L 15, 24.8.1992, s. 33).

²⁵ Se artikel 41 och följande i direktiv 17/35/EEG och artiklarna 35, 36 och 58 i direktiv 2004/18/EG.

anbudsgivarna, i enlighet med EG-fördragets principer om insyn, överblickbarhet och likabehandling²⁶, ges tillgång till lämpliga upplysningar om den upphandlande enhetens planer på att skapa en blandekonomisk enhet och att tilldela denna enhet ett offentligt upphandlingskontrakt eller en koncession. Tillgång till lämpliga upplysningar kan endast garanteras genom offentliggörandet av ett meddelande om upphandling som är tillgängligt för intresserade potentiella parter före valet av privat partner.

2.3.4. *Tillåtna urvalskriterier, krav på insyn och överblickbarhet vad gäller dessa kriterier*

Enligt kommissionen är den upphandlande enheten enligt gemenskapslagstiftningen skyldig att offentliggöra de urvals- och tilldelningskriterier som används vid valet av privat partner i ett IOPP. De tillämpade kriterierna måste vara förenliga med principen om likabehandling. Denna skyldighet gäller offentliga upphandlingskontrakt som helt och hållet omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling²⁷ och likaså, enligt kommissionen, övriga offentliga upphandlingskontrakt och koncessioner. Urvalet av anbudssökande som får delta i förfarandet och valet av anbud måste göras på grundval av dessa kriterier, och den upphandlande enheten är skyldig att respektera de procedurregler och grundläggande krav som ursprungligen fastställts²⁸.

I direktiven om offentlig upphandling föreskrivs särskilda krav avseende den privata partners personliga förmåga, som exempelvis den sökandes personliga ställning, dennes ekonomiska och finansiella ställning, behörighet att utöva yrkesverksamheten i fråga och tekniska och/eller yrkesmässig kapacitet²⁹. Dessa kriterier får också användas inom ramen för koncessionsavtal och offentliga kontrakt som inte helt och hållet omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling.

När det gäller sociala tjänster i allmänhetens intresse har klargöranden om möjliga urvals- och tilldelningskriterier lämnats i arbetsdokumentet från kommissionens avdelningar med titeln "Frågor och svar om tillämpningen av reglerna om offentlig upphandling på sociala tjänster i allmänhetens intresse"³⁰ [föreligger inte på svenska].

2.3.5. *Särskilda komponenter i stadgar och aktieägaravtal samt i det offentliga upphandlingskontraktet eller koncessionen*

Principerna om likabehandling och icke-diskriminering innebär att det finns en skyldighet till öppenhet som innebär att varje potentiell anbudsgivare ska garanteras en grad av offentlighet som är tillräcklig för att marknaden ska kunna öppnas för

²⁶ Mål C-324/98, Telaustria, REG 2000, I-10745, punkterna 60 och 61.

²⁷ Mål C-19/00, SIAC Constructions, dom av den 18 oktober 2001, punkterna 41-45; Mål C-31/87, Bentjees, REG 1988, s. 4635, punkt 29 och följande.

²⁸ Även om det i anbudsspecifikationerna anges en möjlighet för de anbudssökande att lämna förslag till tekniska förbättringar av de lösningar som den upphandlande enheten har föreslagit (vilket ofta är fallet när det gäller IOPP), får inte dessa ändringar gälla de grundläggande kraven för projektet och de måste begränsas i omfattning.

²⁹ Artikel 45-48 i direktiv 2004/18/EG och artikel 54 i direktiv 2004/17/EG.

³⁰ Se fotnot 8 ovan.

konkurrens³¹. Enligt kommissionen innebär denna skyldighet inom ramen för bildandet av ett IOPP att den upphandlande enheten i meddelandet om upphandling eller i de tekniska specifikationerna lämnar grundläggande information om följande dokument: Det offentliga upphandlingskontraktet och/eller koncessionen som ska tilldelas en planerad blandekonomisk enhet, liksom stadgarna för denna enhet, aktieägaravtalet och alla övriga handlingar som reglerar, å ena sidan, det kontraktsmässiga förhållandet mellan den upphandlande enheten och den privata partnern, och, å andra sidan, förhållandet mellan den upphandlande enheten och den blandekonomiska enhet som ska bildas. Om den upphandlande enheten tillämpar konkurrenspräglad dialog eller förhandlat förfarande är det möjligt att en del av denna information inte behöver fastställas i förväg. Det är möjligt att fastställa dessa komponenter under dialogen eller förhandlingen med de ansökande företagen. Anbudsinfordran bör inbegripa vissa uppgifter om den planerade varaktigheten av offentliga upphandlingskontrakt som ska genomföras av den blandekonomiska enheten eller den koncessionstid som gäller för den blandekonomiska enheten.

Enligt kommissionens uppfattning är det med hänvisning till principen om insyn och överblickbarhet nödvändigt att i anbudshandlingarna tydligt ange möjligheterna till förlängning eller ändring av det offentliga upphandlingskontraktet eller den koncession som tilldelats den blandekonomiska enheten och möjligheterna att tilldela nya arbetsuppgifter. Anbudshandlingarna bör minst innehålla upplysningar om antalet sådana alternativ och vilka villkor som gäller för deras tillämpning. Den sålunda lämnade informationen bör vara tillräckligt detaljerad för att garantera likabehandling och effektivitet i anbudsinfordran.

Det är önskvärt att det i kontraktet mellan den upphandlande enheten och den privata partnern från början fastställs hur man ska gå tillväga när den blandekonomiska enheten inte tilldelas något ytterligare uppdrag och/eller när de uppdrag den blandekonomiska enheten har ansvaret för inte förlängs. Enligt kommissionen är det lämpligt att utforma stadgarna så att en ändring av privat partner i efterhand är möjlig. Eftersom en privat partner inte på förhand kan uteslutas från en ny anbudsinfordran, måste i detta fall den upphandlande enheten särskilt iaktta kravet på insyn, överblickbarhet och likabehandling av alla anbudsgivare.

3. FASEN EFTER BILDANDET AV DET INSTITUTIONELLA OFFENTLIG-PRIVATA PARTNERSKAPET (IOPP)

EG-domstolen har slagit fast att företag som, om än bara delvis, står öppna för privat kapital inte kan betraktas som ”interna” förvaltningsstrukturer inom en avdelning av de lokala myndigheter som innehar dem³². Härav följer att de tillämpliga reglerna för offentliga upphandlingskontrakt och koncessioner, oavsett om de följer av EG-fördraget eller av direktiven om offentlig upphandling, måste iakttas vid tilldelningen av andra offentliga upphandlingskontrakt eller koncessioner till blandekonomiska enheter än de som upphandlats inom ramen för det förfarande som föregått bildandet av det institutionella offentlig-privata partnerskapet (IOPP) i fråga. De institutionella

³¹ Se mål C-324/98 Teleaustria, se fotnot 26 ovan, punkt 62. Se mål C-458/98 Parking Brixen, se fotnot 9 ovan, punkt 49.

³² Mål C-231/03, Coname, REG 2005, s. I-7287, punkt 26. Mål C-410/04 ANAV, se fotnot 14 ovan, punkt 32.

offentlig-privata partnerskapen bevarar med andra ord sina ursprungliga verksamhetsområden och kan i princip inte erhålla nya upphandlingskontrakt eller koncessioner utan att ett nytt konkurrensutsatt upphandlingsförfarande som respekterar gemenskapslagstiftningen för offentliga upphandlingskontrakt och koncessioner genomförs.

Eftersom ett IOPP emellertid vanligtvis bildas för att tillhandahålla en tjänst under en ganska lång tidsperiod, bör det kunna anpassas till vissa förändringar i den ekonomiska, juridiska eller tekniska omgivningen. Gemenskapsbestämmelserna om offentliga upphandlingskontrakt och koncessioner utgör inte något hinder för att dessa utvecklingstendenser ska kunna beaktas, under förutsättning att principerna om likabehandling³³ och insyn och överblickbarhet³⁴ respekteras. I de fall den upphandlande myndigheten, av noga angivna skäl, skulle önska att vissa tilldelningsvillkor vore möjliga att ändra efter valet av anbudstagare, är myndigheten skyldig att ange denna ändringsmöjlighet, liksom villkoren för dess tillämpning, i meddelandet om upphandling eller i kravspecifikationerna samt ange ramen för detta förfarande så att de företag som är intresserade att delta i upphandlingen från början får kännedom om denna möjlighet och på så sätt står på jämställd fot när de ska utforma sina anbud³⁵.

Varje ändring av väsentliga kontraktsvillkor som inte har nämnts i kravspecifikationerna kräver ett nytt anbuds förfarande³⁶. EG-domstolen anser att ett villkor är väsentligt, särskilt när det rör sig om en avtalsbestämmelse när det om det hade ingått i meddelandet om upphandling eller i kravspecifikationerna skulle ha gjort det möjligt för anbudsgivaren att lämna ett väsentligen annorlunda anbud³⁷. Man anger som exempel på väsentliga kontraktsvillkor, ändamålet med bygg- och anläggningsarbetena eller tjänsterna som anbudstagaren ska tillhandahålla eller avgifterna som tas ut av användarna av den tjänst som anbudstagaren tillhandahåller.

När det gäller de offentliga upphandlingskontrakt som helt och hållet omfattas av tillämpningsområdet för direktiven och koncessioner avseende byggtrepenader, är det lämpligt att påminna om att det i sekundärlagstiftningen preciseras i vilka undantagsfall som en direkt tilldelning utan anbudsinfordran för kompletterande arbeten eller tjänster, som inte förekommer i det ursprungligen planerade projektet, är tillåten³⁸.

³³ Se bland annat de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani, REG. 2001, I-9233, punkt 37, och mål C-315/01, GAT, REG. 2003, I-6351, punkt 73.

³⁴ Se bland annat Mål C-92/00, HI, REG. 2002, I-5553, punkt 45, och mål C-470/99, Universale-Bau med flera, REG. 2002, I-11617, punkt 91.

³⁵ Se mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA, REG. 2004, I-3801, punkt 118.

³⁶ Se mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike, REG. 2000, I-8377, punkt 50.

³⁷ Se mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA, se fotnot 35 ovan, punkterna 116 och följande.

³⁸ Se artiklarna 31 och 61 i direktiv 2004/18/EG och artikel 40.3 f och g i direktiv 2004/17/EG. Kommissionen anser att de relevant undantagen även är tillämpliga på upphandlingar som inte avses i direktiven, även tjänstekoncessioner (se generaladvokat Jacobs slutsatser i mål C 525/03, kommissionen mot Italien, punkterna 46-48). Kommissionen anser i princip att ändringarna av väsentliga villkor för en tjänstekoncession som inte har angetts i samrådsdokumenten endast är godtagbara när de har nödvändiggjorts av en oförutsedd händelse, eller när de motiveras av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa (artikel 46 i EG-fördraget).

I gemenskapslagstiftningen har den blandekonomiska enheten, på samma sätt som alla ekonomiska aktörer, rätt att delta i offentliga anbudsfordranden³⁹. Detta gäller även för de anbudsinfordringar som blivit nödvändiga till följd av en viktig ändring eller en förlängning av de offentliga upphandlingskontrakt eller koncessioner som redan tilldelats en blandekonomisk enhet av den upphandlande enhet som bildat den. I detta fall bör den upphandlande enheten särskilt iaktta skyldigheten att garantera överblickbarhet och lika behandling av alla anbudsgivare. Särskilda skyddsåtgärder måste vidtas för att garantera en strikt uppdelning mellan, å ena sidan, de personer som utarbetar inbjudan att lämna anbud och beslutar om tilldelningen av uppdraget inom den upphandlande enheten och, å andra sidan, de som leder det institutionella offentlig-privata partnerskapet, för att förhindra att förtroliga uppgifter överförs från den upphandlande enheten till den blandekonomiska enheten.

³⁹ I skäl 4 i direktiv 2004/18/EG uppmanas medlemsstaterna säkerställa att deltagande av en anbudsgivare som är ett organ som lyder under offentlig rätt i ett upphandlingsförfarande inte medför att konkurrensen gentemot privata anbudsgivare snedvrids.