

KOMMISSIONENS TOLKNINGSMEDDELANDE OM KONCESSIONER ENLIGT EG-RÄTTEN

(2000/C 121/02)

Den 24 februari 1999 antog och offentliggjorde kommissionen Utkast till kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten om offentlig upphandling (¹) och förelade detta för ett brett samråd. Kommissionen har antagit föreliggande tolkningsmeddelande och därvid tagit hänsyn till det stora antal bidrag (²) som tillställts den efter det att detta utkast offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

1. INLEDNING

- 1) Koncessioner har tillämpats länge i vissa medlemsstater, i synnerhet för att genomföra och finansiera stora infrastrukturprojekt som järnvägslinjer och större vägnätsprojekt. Under den första fjärdedelen av 1900-talet började den privata sektorns del krympa, eftersom länderna valde att uppföra och driva anläggningar och tjänster avsedda för allmänheten i det allmännas regi.
- 2) Budgetåtstramningarna och viljan att begränsa de offentliga myndigheternas inflytande och låta den offentliga sektorn få ta del av den privata sektorns erfarenheter och funktionssätt har skapat ett ökande intresse för koncessioner under de senaste åren.
- 3) Inledningsvis är det på sin plats att framhålla att gemenskapen inte gynnar någon ägandeform – offentlig eller privat – och att artikel 295 (f.d. artikel 222) i fördraget garanterar neutralitet i frågan om företagen är offentliga eller privata.
- 4) Eftersom denna form av avtal med företagen blir allt vanligare, i synnerhet i samband med stora infrastrukturprojekt och vissa tjänster, anser kommissionen det nödvändigt att genom detta tolkningsmeddelande informera berörda aktörer och offentliga myndigheter om de bestämmelser som den anser är tillämpliga på koncessioner enligt gällande EG-rätt. Kommissionen har nämligen vid upprepade tillfällen ställts inför klagomål om att de bestämmelser som är tillämpliga på koncessioner enligt EG-rätten inte har iakttagits i samband med komplexa projekt där de offentliga myndigheterna har vänt sig till de ekonomiska aktörerna för att få ta del av deras know-how och finansiella resurser. Kommissionen har därigenom beretts möjlighet att ringa in begreppet "koncession" och klargöra de riktlinjer som hittills tillämpats när dessa ärenden har utretts. Detta tolkningsmeddelande är således nödvändigt som ett förtydligande av gällande rättsregler mot bakgrund av de iakttagelser som kommissionen hittills har gjort.
- 5) I utkastet till detta tolkningsmeddelande (³) angav kommissionen att den även hade för avsikt att behandla övriga

former för samarbete som tillämpas för att få tillgång till privat finansiering och know-how. Kommissionen kommer dock inte att behandla sådana former för samarbete som inte har karakteristiska drag av koncessioner i den mening som avses i detta tolkningsmeddelande. De synpunkter som kommissionen har erhållit har också förordat ett sådant tillvägagångssätt. Det faktum att så många olika situationer förekommer och att dessa också ständigt förändras, vilket har framkommit i svaren på utkastet till tolkningsmeddelandet, manar till noggrann genomgång av de drag som är gemensamma för denna typ av företeelse. Den debatt som inleddes genom offentliggörandet av utkastet till tolkningsmeddelande bör därför fortsätta i denna fråga.

- 6) De synpunkter på koncessioner som har inkommit har berett kommissionen möjlighet att förfina sin analys och ringa in de egenskaper som utmärker koncessioner gentemot offentliga upphandlingskontrakt, i synnerhet vad beträffar tjänsteuppdrag av allmänt intresse som delegerats inom ramen för denna form av samarbete.
- 7) Kommissionen vill erinra om att detta meddelande inte är avsett som tolkningsunderlag för de mer specifika regelsystem som byggts upp genom direktiv på särskilda områden, t.ex. energi och transporter.

I föreliggande tolkningsmeddelande (nedan kallat meddelandet) behandlas dels de regler och principer enligt fördraget som gäller alla former av koncessioner, dels de särskilda regler som anges i direktiv 93/37/EEG om upphandling av bygg- eller anläggningsarbeten (⁴).

2. KONCESSIONER – DEFINITION OCH ALLMÄN PROBLEMSTÄLLNING

Fördraget innehåller inte någon definition av koncessioner. Den enda definitionen enligt sekundärrätten återfinns i byggdirektivet, som innehåller särskilda bestämmelser för koncessioner på offentliga bygg- eller anläggningsarbeten (nedan kallat byggkoncessioner) (⁵). Andra former av koncessioner omfattas däremot inte av direktiven om offentlig upphandling (⁶).

Detta innebär emellertid inte att koncessioner inte omfattas av fördragets bestämmelser och principer. Om koncessionerna har tillkommit som ett resultat av statliga åtgärder och avser utövande av ekonomisk verksamhet eller leverans av varor omfattas de av tillämpliga bestämmelser i fördraget samt av de principer som följer av domstolens rättspraxis på området.

För att avgränsa tillämpningsområdet för detta meddelande och innan tillämpliga regler behandlas bör anges vad som är särskilt utmärkande för koncessioner. I samband med detta är det lämpligt att redogöra för vad som anges om begreppet byggkoncession i byggdirektivet.

2.1 BYGGKONCESSION

2.1.1 Definitionen i direktiv 93/37/EEG

EG-lagstiftaren valde att utgå från begreppet offentliga upphandlingskontrakt för bygg- eller anläggningsarbeten för att definiera begreppet byggkoncession.

I byggdirektivet anges nämligen att offentliga upphandlingskontrakt för bygg- eller anläggningsarbeten är "skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en entreprenör och en (...) upphandlande myndighet, som omfattar utförandet eller såväl projekteringen som utförandet av arbeten hänförliga till någon av de i bilaga 2 angivna verksamheterna eller arbete (...), eller utförandet oavsett medel av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven" (artikel 1 a).

Enligt artikel 1 d i samma direktiv är en byggkoncession "ett kontrakt av samma typ som angivits i a utom det att ersättningen för utförda arbeten utgår i form av en rätt till att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning".

Av denna definition framgår att det som särskilt utmärker begreppet byggkoncession är att rätten till att utnyttja anläggningen utgör ersättning för arbetet; denna rätt kan dessutom kombineras med betalning.

2.1.2 Inringning av begreppen "offentliga upphandlingskontrakt för bygg- eller anläggningsarbeten" och byggkoncession

Kommissionen anser att rätten att utnyttja anläggningen är ett kriterium varigenom vissa element kan härledas som gör det möjligt att skilja mellan byggkoncessioner och offentliga upphandlingskontrakt för bygg- eller anläggningsarbeten.

Nyttjanderätten gör att koncessionshavaren kan påföra användarna avgifter (t.ex. i form av vägtullar eller andra avgifter) under en viss tidsperiod. Avtalstidens längd i en koncession är därför en viktig del av koncessionshavarens ersättning. Koncessionshavaren får således inte betalt direkt av den upphand-

lande enheten, utan får i stället rätt att göra intäkter genom driften av anläggningen efter det att den färdigställts (7).

Nyttjanderätten innebär även en överföring av ansvaret för nyttjandet. Detta ansvar omfattar såväl tekniska som finansiella och driftsmässiga aspekter av anläggningen ifråga. Det är t.ex. koncessionshavarens sak att företa de investeringar som krävs för att anläggningen skall ställas till användarnas förfogande på lämpligt sätt. Det är även koncessionshavaren som ansvarar för att investeringen amorteras. Denne tar inte endast risken under bygget utan dessutom de risker som är förenade med drift och nyttjandegrad av anläggningen (8).

Av ovanstående framgår att en byggkoncession innebär att de risker som är förenade med nyttjandet övergår på koncessionshavaren (9).

Kommissionen noterar att det blir allt vanligare att offentliga upphandlingskontrakt för bygg- eller anläggningsarbeten har en komplicerad juridisk konstruktion (10). Det kan därför ibland vara svårt att dra gränsen mellan dessa avtalskonstruktioner och koncessionsavtal för offentliga bygg- eller anläggningsarbeten.

För kommissionen gäller att det handlar om offentliga upphandlingskontrakt för bygg- eller anläggningsarbeten i EG-rätts mening när det är den upphandlande enheten som står för den största delen av kostnaderna för anläggningen och uppdragstagaren inte får ersättning i form av avgifter som direkt påförs användarna av anläggningen.

Det faktum att direktivet tillåter att nyttjanderätten kombineras med betalning påverkar inte bedömningen. Betalning förekommer i praktiken. Som exempel står staten ibland för en del av driftskostnaden för att sänka priset för användarna (vilket m.a.o. innebär priser under marknadsnivån) (11). Ett sådant stöd kan konstrueras på olika sätt (fast garantibelopp, fast belopp knutet till nyttjandegrad, osv.). Detta ändrar inte nödvändigtvis avtalets karaktär så länge det utbetalade beloppet endast täcker en del av kostnaden för och driften av anläggningen.

I definitionen av koncessionsbegreppet ingår därmed möjligheten att staten betalar ett pris för det arbete som utförts, förutsatt att detta inte eliminerar risken som är förenad med nyttjandet. När det i byggdirektivet anges att rätten att utnyttja anläggningen kan vara kombinerad med betalning, betyder detta att koncessionshavarens ersättning skall härröra från nyttjandet.

Även om källan till intäkterna – som tas ut direkt av användarna till anläggningen – i de flesta fall är ett viktigt element, är det dock risken i samband med nyttjandet, förenat med de investeringar som gjorts eller med investerat kapital, som är den avgörande faktorn, i synnerhet när den koncessionsgivande myndigheten även betalar ett pris.

Även i samband med offentliga upphandlingskontrakt kan det ibland förekommer att en del av risken vilar på uppdragstagararen⁽¹²⁾. De risker som är förenade med projektfinansieringen, den ekonomiska risken, är dock karaktäristiska för just koncessioner. Denna risk, som i hög grad hänger samman med de intäkter som koncessionshavaren kan få genom nyttjandet av anläggningen⁽¹³⁾, utgör därmed en viktig skillnad mellan koncessioner och offentliga upphandlingskontrakt.

Slutsatsen är att rätten att utnyttja anläggningen övergår på koncessionshavaren tillsammans med de risker som hänger samman med detta; riskfördelningen mellan koncessionsgivaren och koncessionshavaren är i varje enskilt fall beroende av vilken part som bäst kan förvalta riskerna ifråga.

Om de offentliga myndigheterna tar på sig de risker som är förenade med driften av anläggningen, t.ex. genom en garanterad återbetalning av investeringen, faller riskmomentet bort. Kommissionen är då av den åsikten att det rör sig om ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten och inte en koncession⁽¹⁴⁾.

2.2 TJÄNSTEKONCESSIONER

Enligt artikel 1 i direktiv 92/50/EEG om offentlig upphandling av tjänster (nedan kallat tjänstedirektivet) är direktivet tillämpligt på "offentliga tjänsteeftal" som definieras som "skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande enhet, med undantag av (...)".

I motsats till byggdirektivet innehåller tjänstedirektivet ingen definition på begreppet tjänstekoncession⁽¹⁵⁾.

För att kunna skilja mellan det ekonomiska begreppet tjänstekoncession och begreppet tjänsteupphandlingskontrakt och därmed avgränsa meddelandets tillämpningsområde är det dock viktigt att fastställa vad som i grunden kännetecknar det första begreppet.

Det förefaller därför ändamålsenligt att utgå från de faktorer, som kan härledas ur det ovan nämnda begreppet byggekonsession och som tar hänsyn till domstolens rättspraxis på området⁽¹⁶⁾ samt *opinio juris*⁽¹⁷⁾.

Förutsättningen är att föremålet för byggekonsessioner skiljer sig från föremålet för tjänstekoncessioner. Detta kan innebära skillnader i fråga om investeringar och avtalstidens längd mellan dessa två former av koncessioner. Om man utgår från ovan nämnda kriterier har dock koncessionsavtal samma särdrag, oavsett syfte.

På samma sätt som med byggekonsessioner gäller således att nyttjanderättskriteriet är avgörande när det gäller att fastställa

om ett avtal är en tjänstekoncession eller inte⁽¹⁸⁾. Enligt detta kriterium rör det sig om en koncession, om tjänsteleverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten (etablering och nyttjande) och tar ut ersättning av användaren, t.ex. via avgifter i vilken form det än vara må. Sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är, liksom för byggekonsessioner, en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med nyttjandet.

Tjänstekoncessioner kännetecknas, liksom byggekonsessioner, av att ansvaret för nyttjandet överförs på koncessionshavaren.

Tjänstekoncessioner gäller normalt sett verksamhet som, på grund av sin karaktär, sitt ändamål och de regler verksamheten omfattas av, kan falla inom det allmänna ansvarsområde och som kan vara föremål för särskilda eller exklusiva rättigheter⁽¹⁹⁾.

Härutöver bör det erinras om att domstolen i sin dom *Lottomatica-målet*, som nämns ovan, har gjort en klar åtskillnad mellan överföringen av ansvaret på koncessionshavaren ifråga om lotteri – som kan betecknas som verksamhet som hör till statens ansvarsområde i den mening som anges ovan – och leverans av datasystem till förvaltningen. Domstolen drog då slutsatsen att det rörde sig om ett upphandlingskontrakt, eftersom det i ifrågavarande fall inte förelåg någon sådan överföring.

2.3 GRÄNSDRAGNING MELLAN BYGGEKONCESSIONER OCH TJÄNSTEKONCESSIONER

Eftersom det endast är direktiv 93/37/EEG som innehåller särskilda regler för upphandling av byggekonsessioner är det viktigt att klarlägga vad som utmärker en sådan koncession, särskilt som det också kan förekomma "blandavtal" som också till viss del innehåller tjänster. Detta är för övrigt nästan alltid fallet i praktiken, eftersom koncessionshavaren av ett bygg- eller anläggningsarbete ofta tillhandahåller en tjänst som är knuten till den uppförda anläggningen.

Vad gäller avgränsningen av tillämpningsområdet för byggdirektivet och tjänstedirektivet anges i skäl 16 i det senare direktivet att om sådana arbeten är av underordnad betydelse och inte huvudsyftet med kontraktet är det inte tillräcklig grund för att kontraktet skall betraktas som ett upphandlingskontrakt för bygg- eller anläggningsarbeten. Dessa bestämmelser har tolkats av domstolen i målet *Gestión Hotelera Internacional* där domstolen förklarade att "då bygg- eller anläggningsarbetena endast är av underordnad betydelse i förhållande till huvudsyftet med upphandlingen kan denna inte anses vara ett bygg- eller anläggningskontrakt"⁽²⁰⁾ (ej officiell svensk översättning). Frågan om "blandavtal" har även tagits upp av domstolen i samband med ett annat mål⁽²¹⁾, där det framgår att när kontraktet innehåller två separata delar (t.ex. varor och tjänster) är det de särskilda reglerna som gäller för var och en av dessa som bör tillämpas.

Även om dessa principer har utvecklats med avseende på offentlig upphandling anser kommissionen att man bör tillämpa samma metoder för att avgöra om en koncession omfattas av byggdirektivet eller inte. Det materiella tillämpningsområdet är nämligen detsamma, oavsett om det rör sig om ett upphandlingskontrakt eller ett koncessionsavtal för bygg- eller anläggningsarbeten ⁽²²⁾.

Kommissionen anser därför att det framför allt handlar om att kartlägga om utförandet av ett bygg- eller anläggningsarbete för koncessionsgivarens räkning är huvudsyftet med kontraktet eller om ifrågavarande arbeten endast är av underordnad betydelse i förhållande till det huvudsakliga syftet med kontraktet.

Om kontraktet huvudsakligen gäller utförandet av ett bygg- eller anläggningsarbete för koncessionsgivarens räkning rör det sig enligt kommissionen om en byggkoncession.

I så fall är reglerna i byggdirektivet tillämpliga, förutsatt att tröskelvärdet enligt direktivet uppnås (5 000 000 euro), även om kontraktet också omfattar vissa tjänster. Om ifrågavarande arbeten utförs av tredje man ändras inte grundförutsättningarna för kontraktet. Föremålet för kontraktet är detsamma.

Om syftet med koncessionen uteslutande gäller driften av en befintlig anläggning eller då arbetena endast är av underordnad betydelse anses det däremot som en tjänstekoncession.

I praktiken förekommer dessutom avtal som både omfattar bygg- eller anläggningsarbeten och tjänster. Tjänstekoncessioner kan följaktligen ingå i anslutning till byggkoncessioner och då gälla verksamhet som utgör ett komplement men ändå är fristående från nyttjandet av anläggningen. Exempelvis kan cateringtjänster på en motorväg vara föremål för en tjänstekoncession i anslutning till koncessionen på att bygga och förvalta motorvägen. Kommissionen anser att när det rör sig om separata föremål för kontrakten är det de regler som gäller för varje enskild typ av kontrakt som är tillämpliga.

2.4 TILLÄMPNINGSSOMRÅDET FÖR DETTA TOLKNINGSMEDDELANDE

Som anförts ovan omfattas koncessioner – även om de inte omfattas av direktiven om offentlig upphandling – av reglerna och principerna i fördraget, såvitt koncessionerna tilldelas genom åtgärder som kan tillskrivas staten och rör utövande av ekonomisk verksamhet.

Varje statlig åtgärd ⁽²³⁾ – antingen det rör sig om ett avtalsförhållande eller en ensidig åtgärd – som anger villkor för utövande av ekonomisk verksamhet, omfattas följaktligen av

bestämmelserna och principerna enligt fördraget, särskilt bestämmelserna enligt artiklarna 43–55 (f.d. artiklarna 52–66) ⁽²⁴⁾.

Detta meddelande gäller således de åtgärder som kan tillskrivas staten genom vilka en offentlig myndighet uppdrar åt tredje man – både avtalshandlingar och ensidiga åtgärder med tredje mans samtycke – att helt eller delvis förvalta tjänster som myndigheterna normalt svarar för och för vilka denne tredje man tar på sig risken. Dessa tjänster omfattas endast av detta meddelande om det rör sig om utövande av ekonomisk verksamhet enligt artiklarna 43–55 (f.d. artiklarna 52–66) i EG-fördraget.

Dessa statliga åtgärder benämns i det följande ”koncessioner”, oavsett vilken juridisk beteckning som tillämpas i nationell lagstiftning.

Mot bakgrund av ovanstående och utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna enligt gemenskapsrätten omfattar detta meddelande inte följande:

— Åtgärder med hjälp av vilka en offentlig myndighet ger befogenhet eller tillstånd att utöva en ekonomisk verksamhet, även om dessa skulle benämnas just koncessioner i vissa medlemsstater ⁽²⁵⁾.

— Åtgärder som rör icke-ekonomisk verksamhet, t.ex. obligatorisk skolundervisning eller socialförsäkringar.

Noteras bör dock att om en koncession löper ut och sedan förnyas så är detta att betrakta som en ny koncession, som följaktligen omfattas av detta meddelande.

Ett särskilt problem uppstår när det mellan koncessionshavaren och koncessionsgivaren föreligger någon form av delegering mellan organ som inte utgår från den upphandlande myndigheten ⁽²⁶⁾. Frågan huruvida gemenskapsrätten är tillämplig på sådana relationer har behandlats av domstolen ⁽²⁷⁾. Ett antal mål som för närvarande är anhängiga vid domstolen skulle kunna ge ytterligare vägledning i detta avseende ⁽²⁸⁾.

Relationerna mellan offentliga myndigheter och statliga företag som har fått i uppdrag att utföra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse omfattas däremot i princip av detta meddelande ⁽²⁹⁾. Enligt domstolens fasta rättspraxis ⁽³⁰⁾ finns det ingenting i fördraget som hindrar medlemsstaterna från att på ideell grund av hänsyn till allmänintresset undanta vissa tjänster av allmänt intresse från konkurrensreglerna genom att ge exklusiva rättigheter ⁽³¹⁾. Domstolen tillägger dock att det sätt på vilket ett sådant monopol organiseras och utövas emellertid inte får strida mot fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor och tjänster eller mot konkurrensreglerna ⁽³²⁾. Dessutom omfattas det sätt på vilket dessa exklusiva rättigheter beviljas av fördraget och kan därmed också omfattas av detta meddelande.

3. REGLER FÖR KONCESSIONER

Enligt ovan sagda är det således endast byggkoncessioner som uppgår till eller överstiger det i direktiv 93/37/EEG fastställda tröskelvärden (5 000 000 euro) som är föremål för särskild reglering.

I likhet med varje statlig åtgärd som anger villkoren för utövande av ekonomisk verksamhet, är dock koncessioner underställda bestämmelserna i artiklarna 28–30 (f.d. artiklarna 30–36) och 43–55 (f.d. artiklarna 52–66) i fördraget samt de principer som följer av domstolens rättspraxis⁽³³⁾. Dessa principer är främst icke-diskriminering, likabehandling, insyn, ömsesidigt erkännande och proportionalitet⁽³⁴⁾.

Fördraget begränsar inte medlemsstaternas frihet att använda sig av koncessioner så länge koncessionerna upplåts på ett sätt som är förenligt med gemenskapsrätten.

Det framgår dessutom av domstolens rättspraxis att medlemsstaterna visserligen enligt fördraget är fria att reglera både innehåll och förfarande, men att de därvid måste följa alla relevanta bestämmelser i gemenskapsrätten och särskilt iakttä de förbud som följer av fördragets bärande principer när det gäller etableringsfriheten och rätten att fritt tillhandahålla tjänster⁽³⁵⁾. Domstolen understryker därutöver vikten av de principer och regler som följer av fördraget och anger bland annat att direktiven om offentlig upphandling syftar till att dels "inom gemenskapen underlätta genomförandet av etableringsfriheten och rätten att fritt tillhandahålla tjänster" dels "att säkra ändamålsenligheten för de rättigheter som fördraget föreskriver inom sektorn för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten" (ej officiell svensk översättning)⁽³⁶⁾.

Vissa medlemsstater har vid några tillfällen uppfattat att tilldelning av koncessioner inte omfattas av bestämmelserna i fördraget, eftersom det skulle röra sig om en på basis av ömsesidigt förtroende (*intuitu personae*) delegerad offentlig service. Av fördraget och av domstolens fasta rättspraxis framgår att de enda grunder för statliga åtgärder som tolkas som brott mot artiklarna 43 och 49 (f.d. artiklarna 52 och 59) i fördraget och ändå undgår förbudet i dessa artiklar är sådana som nämns i artiklarna 45 och 55 (f.d. artiklarna 55 och 66). Med ledning av domstolen tillämpas dessa artiklar på det mycket snäva sätt som redovisas nedan⁽³⁷⁾. Det finns varken i fördraget eller i domstolens rättspraxis några belägg för att något annat skulle gälla för koncessioner.

Nedan följer en genomgång av vilka bestämmelser i fördraget och vilka principer utifrån domstolens rättspraxis som gäller för sådana koncessioner som avses i detta meddelande.

3.1 BESTÄMMELSER OCH PRINCIPER ENLIGT FÖRDRAGET OCH DOMSTOLENS RÄTTSPRAXIS

Som redan nämnts innehåller fördraget inga uttryckliga hänvisningar vare sig till offentliga upphandlingskontrakt eller till koncessioner. Många av bestämmelserna i fördraget är icke

desto mindre relevanta, nämligen de som syftar till att skapa en inre marknad och borgen för att den fungerar väl, dvs.

- bestämmelserna som förbjuder all diskriminering på grund av nationalitet (artikel 12.1 (f.d. artikel 6.1)),
- bestämmelserna om den fria rörligheten för varor (artikel 28 ff. (f.d. artikel 30 ff.)), etableringsfriheten (artikel 43 ff. (f.d. artikel 52 ff.)) och rätten att fritt tillhandahålla tjänster (artikel 49 ff. (f.d. artikel 59 ff.)), liksom de undantag från dessa bestämmelser som avses i artiklarna 30, 45 och 46 (f.d. artiklarna 36, 55 och 56)⁽³⁸⁾,
- bestämmelserna i artikel 86 (f.d. artikel 90) i fördraget kan även ge vägledning vid bedömning av lagligheten i rättigheternas beviljande.

Dessa bestämmelser och de principer domstolen uttolkat förklaras nedan.

Denna rättspraxis rör till viss del offentliga upphandlingskontrakt. De principer som följer av detta har dock ofta betydelse på områden som inte endast gäller upphandling och är därmed även tillämpliga i andra situationer, t.ex. på koncessioner.

3.1.1 Likabehandling

I domstolens fasta rättspraxis slås fast att "den allmänna principen om likabehandling, av vilken principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet endast är ett speciellt uttryck, är en grundläggande princip inom gemenskapsrätten. Enligt denna princip krävs att lika situationer inte skall behandlas olika såvida inga objektiva skäl för detta föreligger" (ej officiell svensk översättning)⁽³⁹⁾.

Domstolen anger även att principen om likabehandling, vilka artiklarna 43 (f.d. artikel 52) och 49 (f.d. artikel 59) i EG-fördraget är ett speciellt uttryck för, "förbjuder inte endast öppen diskriminering på grund av nationalitet, (...) utan även varje form av dold diskriminering som genom tillämpning av andra särskiljande kriterier faktiskt leder till samma resultat"⁽⁴⁰⁾.

Principen om likabehandling innebär att alla presumtiva koncessionshavare skall känna till spelreglerna och att dessa skall gälla för alla på samma sätt. Det framgår av domstolens rättspraxis, särskilt domarna Raulin⁽⁴¹⁾ och parlamentet mot rådet⁽⁴²⁾, att principen om likabehandling inte endast är ett krav på icke-diskriminerande villkor för tillträde till en ekonomisk verksamhet, utan dessutom omfattar en skyldighet för offentliga myndigheter att vidta alla åtgärder som krävs för att det skall gå att utöva verksamheten.

Kommissionen anser att det framgår av denna rättspraxis att principen om konkurrensutsättning måste iakttas.

I domarna *Storebælt* och *Bus Wallons* fick domstolen tillfälle att klargöra likabehandlingsprincipens räckvidd när det gäller offentlig upphandling. Den slog dels fast att respekten för principen om likabehandling kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats⁽⁴³⁾, dels att en upphandlande enhet, om den tog hänsyn till en ändring i det ursprungliga anbudet från en enda anbudsgivare, skulle ge denna anbudsgivare en fördel i förhållande till konkurrenterna, vilket skulle strida mot principen om likabehandling av anbudsgivare och försämra insynen i förfarandet. Dessutom påpekade domstolen att "under de förfarande då anbuden jämförs måste således på alla stadier både principen om likabehandling av anbudsgivare och principen om insyn iakttas, så att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud"⁽⁴⁴⁾.

I denna rättspraxis som gäller offentlig upphandling anger domstolen därmed att principen om likabehandling mellan anbudsgivare inte rör eventuell diskriminering på grund av nationalitet eller andra kriterier.

Tillämpningen av denna likabehandlingsprincip på koncessioner (vilket naturligtvis endast kan ske när den upphandlande enheten förhandlar med flera presumtiva koncessionshavare) lämnar koncessionsgivaren fri att välja det mest lämpade förfarandet som skall tillämpas vid tilldelningen av kontrakt, bland annat med hänsyn till särdragen i den berörda sektorn, och att fastställa de krav anbudsgivarna skall uppfylla under förfarandets gång⁽⁴⁵⁾. Principen innebär dock att koncessionsgivaren skall välja anbudsgivare på objektiva grunder och genomföra upphandlingsförfarandet enligt de regler och grundläggande krav som fastställts från början⁽⁴⁶⁾. Då sådana regler inte har fastställts måste i vilket fall som helst valet av anbudsgivare ske på objektiva grunder för att kravet på likabehandling skall vara tillgodosett.

Vissa förfaringsätt måste alltså anses stå i strid med de ovan angivna bestämmelserna i fördraget och med principen om likabehandling. Det rör sig om sådant som att reservera offentliga kontrakt för bolag som direkt eller indirekt till övervägande del eller helt ägs av staten eller den offentliga sektorn⁽⁴⁷⁾, att godkänna anbud som inte motsvarar kravspecifikationen eller som ändrats efter öppnandet av anbuden samt att godta alternativa lösningar trots att den möjligheten inte aviseras i det ursprungliga projektet. Vidare får projektet inte förändras under förhandlingarna på ett sådant sätt att det avviker från de krav som ställts i början av förfarandet.

Ibland kan koncessionsgivaren inte definiera sina behov tillräckligt exakt i tekniska termer och efterfrågar då anbud med alternativa lösningar på ett problem som de redovisar på ett allmänt sätt. För att sund och verklig konkurrens skall kunna

tryggas även då måste kravspecifikationen ge anbudsgivarna objektiv och icke-diskriminerande information om vad som efterfrågas och, framför allt, hur de förväntas utforma sina anbud. Då vet anbudsgivarna från början att de kan föreslå olika tekniska lösningar. Allmänt sett får kravspecifikationen inte innehålla något som strider mot ovannämnda bestämmelser och principer enligt fördraget. Koncessionsgivaren kan också klarlägga sina behov i samarbete med företag i branschen om detta inte hindrar konkurrensen.

3.1.2 Insyn

Kommissionen erinrar om att domstolen i sin rättspraxis understrukt sambandet mellan principen om insyn och principen om likabehandling. Principen om insyn gör principen om likabehandling effektiv genom att säkerställa sunda konkurrensförhållanden⁽⁴⁸⁾.

Kommissionen noterar att praktiskt taget alla medlemsstater har regler eller föreskrifter om att enheter som planerar att överlåta förvaltningen av en ekonomisk verksamhet åt tredje man genom en koncession på lämpligt sätt måste offentliggöra sina planer för att trygga grundläggande insyn.

Såsom domstolen bekräftat i sin nyare rättspraxis innebär principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande enheten kan försäkra sig om att principen iakttas⁽⁴⁹⁾.

Insyn kan tillgodoses på lämpligt sätt, inklusive genom publicering, beroende på varje berörd sektor och med hänsyn till dess särdrag⁽⁵⁰⁾. Dessa publiceringsformer innehåller i allmänhet den information presumtiva koncessionshavare behöver för att ta ställning till om de vill delta i förfarandet (t.ex. om kvalificeringskrav och utvärderingskriterier). Detta innefattar även ändamålet med koncessionen samt uppgift om vilken typ av tjänster det rör sig om och hur omfattande de är.

Är detta uppfyllt betraktar kommissionen skyldigheten att ge insyn som uppfyllt.

3.1.3 Proportionalitet

Proportionalitetsprincipen hör enligt domstolens fasta rättspraxis "till gemenskapsrättens allmänna principer"⁽⁵¹⁾, och nationella myndigheter måste, när de tillämpar gemenskapsrätten, följa proportionalitetsprincipen⁽⁵²⁾, även om de har en vidsträckt bedömningsfrihet⁽⁵³⁾.

Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas⁽⁵⁴⁾. I valet mellan olika åtgärder skall en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störningar för den ekonomiska verksamheten⁽⁵⁵⁾.

När det gäller koncessioner ger denna princip koncessionsgivande organ frihet att utforma ändamålet, särskilt prestanda och tekniska specifikationer, men kräver att alla för detta ändamål valda åtgärder både skall vara nödvändiga och lämpliga.

En medlemsstat får t.ex. inte kräva teknisk kapacitet eller förmåga eller finansiell kapacitet av anbudsgivarna utöver det som står i proportion till ändamålet för koncessionen.

Proportionalitetsprincipen kräver också att konkurrens måste förenas med finansiell stabilitet; koncessionsavtalets löptid måste därför fastställas på ett sådant sätt att det inte inskränker eller begränsar den fria konkurrensen mer än vad som är nödvändigt för att investeringen skall amorteras och säkra en rimlig avkastning på det investerade kapitalet⁽⁵⁶⁾, samtidigt som risken förenad med nyttjanderätten förblir koncessionshavarens.

3.1.4 Ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande har domstolen utformat efter hand och klarlagt i en omfattande rättspraxis om fri rörlighet för varor, personer och tjänster. Enligt denna princip skall en medlemsstat godta varor och tjänster från ekonomiska aktörer i andra EU-länder om produkterna är jämförbara med dem som denna stat godkänner från inhemska producenter⁽⁵⁷⁾.

Tillämpningen av denna princip på koncessioner innebär att den medlemsstat där produkten erbjuds måste godta alla tekniska specifikationer, kontroller, bevis, intyg och kvalifikationer från en annan medlemsstat som erkänns som likvärdiga med de inhemska motsvarigheterna⁽⁵⁸⁾.

3.1.5 Undantagen i fördraget

De enda tillåtna begränsningarna i den fria rörligheten för varor, etableringsfriheten och rätten att fritt tillhandahålla tjänster är sådana som går att motivera med något av skälen i artiklarna 30, 45, 46 och 55 (f.d. artiklarna 36, 55, 56 och 66) i EG-fördraget.

Med hänsyn till i synnerhet artikel 45, f.d. artikel 55 (som tillåter begränsningar i etableringsfriheten och rätten att fritt tillhandahålla tjänster vid verksamhet som, om än endast tillfälligt, är förenad med utövande av offentlig makt) har domstolen upprepade gånger betonat⁽⁵⁹⁾ att "då detta är ett undantag från grundregeln om etableringsfrihet måste fördragets artikel 55 tolkas så restriktivt för att begränsa tillämpligheten till vad som är absolut nödvändigt för att medlemsstaterna skall kunna

tillvarata de intressen bestämmelsen ger dem rätt att tillvarata" (ej officiell svensk översättning). Ett sådant undantag bör således inskränkas till att gälla sådana verksamheter som nämns i artiklarna 43 och 49 (f.d. artiklarna 52 och 59) och som, i sig, är direkt och specifikt förenade med utövande av offentlig makt⁽⁶⁰⁾.

Undantaget i artikel 45 (f.d. artikel 55) bör alltså endast tillämpas i fall där koncessionshavaren deltar direkt och specifikt i utövandet av offentlig makt.

Därmed gäller detta undantag inte nödvändigtvis alla sådana uppgifter som antingen omfattas av en lagstadgad skyldighet eller ensamrätt eller som av de nationella myndigheterna betraktas som "offentlig service"⁽⁶¹⁾. Visserligen har alla uppgifter som offentliga myndigheter överlåter på någon annan något allmännyttigt syfte, men detta behöver inte betyda att alla dessa uppgifter är förenade med själva utövandet av offentlig makt.

Till exempel medgav domstolen inte undantag enligt artikel 45 (f.d. artikel 55) när den konstaterade följande:

— Myndigheten behöll kontrollen över de överlåtna uppgifterna och förfogade över medel som tillät den att effektivt bevaka de allmänintressen den ansvarade för⁽⁶²⁾.

— De överlåtna uppgifterna var av teknisk art och ingick därmed inte i utövandet av offentlig makt⁽⁶³⁾.

Som nämns ovan skall enligt proportionalitetsprincipen ingrepp som inskränker friheterna enligt artiklarna 43 och 49 (f.d. artiklarna 52 och 59) vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas⁽⁶⁴⁾. Detta innebär bland annat att en medlemsstat som kan välja mellan olika åtgärder för att nå ett visst mål skall sträva efter att begränsa dessa två friheter så lite som möjligt⁽⁶⁵⁾.

När det gäller rätten att fritt tillhandahålla tjänster måste värdmedlemsstaten också försäkra sig om att det skyddsvärda allmänintresset inte är skyddat enligt reglerna i den medlemsstat där den sökande normalt bedriver sin verksamhet.

3.1.6 Skydd av enskildas rättigheter

Domstolens fasta rättspraxis om de grundläggande friheterna enligt fördraget ger vid handen att ett beslut om avvisning eller avslag skall motiveras och måste kunna bli föremål för en rättslig prövning för den berörda parten⁽⁶⁶⁾.

Detta är generella krav som, enligt domstolen, är en del av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och som dessutom finns befästa i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna⁽⁶⁷⁾.

De gäller följaktligen även när enskilda anser att de behandlats felaktigt i samband med en koncessionsgivning i detta meddelandes mening.

3.2 SÄRSKILDA REGLER OM BYGGKONCESSIONER I DIREKTIV 93/37/EEG

Kommissionen vill påminna om att de regler och principer som den har redogjort för ovan är tillämpliga på byggkoncessioner. Därutöver finns det särskilda regler enligt direktiv 93/37/EEG som rör publicering.

För koncessioner som hamnar under det tröskelvärde som anges i direktiv 93/37/EEG är det följaktligen endast reglerna och principerna i fördraget som äger tillämpning.

3.2.1 Den första fasen: Urval av koncessionshavare

3.2.1.1 Bestämmelser om publicering och insyn

När det gäller byggkoncessioner måste de upphandlande enheterna offentliggöra ett koncessionsmeddelande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* enligt förslaget i bilaga till direktiv 93/37/EEG för att konkurrensutsätta koncessionen på EU-nivå⁽⁶⁸⁾.

Ett problem som kommissionen stött på är koncessionsgivning mellan offentligrättsliga organ. Vissa medlemsstater förefaller ha uppfattat de bestämmelser i direktiv 93/37/EEG om koncessioner som icke tillämpliga på avtal mellan en myndighet och en offentligrättslig juridisk person.

Enligt direktiv 93/37/EEG skall dock alla byggkoncessioner offentliggöras, oberoende av om den kommande koncessionshavaren förväntas bli privat eller offentlig. I artikel 3.3 i direktiv 93/37/EEG står det uttryckligen att koncessionshavaren kan vara en av de upphandlande myndigheter som direktivet gäller, vilket måste tolkas som att även ingående av denna form av samarbete skall ha varit föremål för publicering enligt artikel 3.1 i samma direktiv.

3.2.1.2 Val av förfarande

Vid koncessionsgivning på bygg- eller anläggningsarbeten får koncessionsgivaren själv välja vilket förfarande som är mest lämpligt och bland annat ta upp förhandlingar.

3.2.2 Den senare fasen: kontrakt som ingås av kontraktssinnehavaren⁽⁶⁹⁾

I direktiv 93/37/EEG finns vissa bestämmelser om upphandlingar som görs av koncessionshavare på offentliga bygg- eller anläggningsarbeten och som når upp till eller överskrider tröskelvärdet på 5 000 000 euro. Bestämmelserna är dock olika för olika typer av koncessionshavare.

Om koncessionshavaren är en "upphandlande myndighet" i direktivets mening skall bygg- eller anläggningsarbetena upphandlas enligt tillämpliga bestämmelser i direktivet⁽⁷⁰⁾.

Om koncessionshavaren inte är en sådan "upphandlande myndighet" förutsätter direktivet endast att vissa av dess regler om publicering följs. Dessa bestämmelser är dock inte tillämpliga då koncessionshavaren ingår kontrakt för bygg- eller anläggningsarbeten med anknutna företag i den mening som anges i artikel 3.4 i direktivet. En fullständig förteckning över sådana företag skall enligt direktivet bifogas ansökan om koncessionen och därefter uppdateras med hänsyn till förändringar som inträffar i förhållandet mellan företagen. Eftersom förteckningen skall vara fullständig kan koncessionshavaren inte hävda att bestämmelserna om publicering saknar verkan på entreprenader som anförtros åt icke förtecknade företag.

När koncessionshavare avser lägga ut arbete på entreprenad till tredje part måste de, antingen de är upphandlande myndigheter i direktivets mening eller ej, således alltid offentliggöra entreprenaden på EU-nivå.

När en medlemsstat använder ett anknutet företag som mellanhand för att sluta kontrakt om bygg- eller anläggningsarbeten med utomstående företag utan anbudsförfarande anser kommissionen att denna medlemsstat åsidosätter bestämmelserna i direktiv 93/37/EEG.

3.2.3 Bestämmelser om prövning

I artikel 1 i direktiv 89/665/EEG anges att "Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt (. . .). I synnerhet skall prövningar göras skyndsamt" enligt de regler som anges i direktivet "för de fall upphandlingsbeslut innefattar överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införande av sådan lag".

Denna bestämmelse gäller även byggkoncessioner⁽⁷¹⁾.

Kommissionen vill även erinra om följande lydelse enligt artikel 2.7 i direktiv 89/665/EEG: "Medlemsstaterna skall se till att införa bestämmelser, som garanterar, att granskningsorganens beslut verkligen åtlöds."

Detta innebär att medlemsstaterna skall undvika alla ingrepp i sak eller i form som kan leda till samma effekt för det rättsmedelssystem som fastställs i direktivet.

Utöver de regler som nämns ovan gäller för upphandlingar som görs av koncessionshavare som är upphandlande myndigheter även ett krav på motivering enligt artikel 8 i direktiv 93/37/EEG, som föreskriver att upphandlande myndigheter skall informera om skälen till sina beslut inom 15 dagar. Dessutom gäller bestämmelserna om rättsmedel i direktiv 89/665/EEG.

3.3 KONCESSIONER INOM FÖRSÖRJNINGSEKTORERNA

Direktiv 93/38/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (nedan kallat försörjningsdirektivet) innehåller inga särskilda bestämmelser om vare sig byggkoncessioner eller tjänstekoncessioner.

Avgörande för att man skall kunna fastslå vilka bestämmelser som är tillämpliga är dels vem koncessionsgivaren är, dels vilken verksamhet han bedriver. Flera situationer är härvid möjliga.

I det första fallet gäller det staten eller någon annan offentlig myndighet som inte bedriver verksamhet inom en av de fyra försörjningssektorerna och som vill ge koncession på viss ekonomisk verksamhet inom en av dessa fyra sektorer. I det fallet gäller de bestämmelser och principer enligt fördraget som behandlats ovan samt, om det rör sig om en byggkoncession, byggdirektivet.

I det andra fallet gäller det en offentlig enhet som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna och som vill upplåta till koncession. Bestämmelserna och principerna enligt fördraget är tillämpliga om koncessionsgivaren är en offentlig enhet. Även om det rör sig om en byggkoncession är det endast

bestämmelserna och principerna enligt fördraget som gäller. Byggdirektivet är nämligen inte tillämpligt på koncessioner som tilldelas av en enhet som bedriver verksamhet inom de sektorer som täcks av direktiv 93/38/EEG.

Koncessionsgivare som är privata omfattas inte av de bestämmelser och principer som behandlas ovan ⁽⁷²⁾.

Kommissionen förlitar sig på att offentliggörandet av detta meddelande kommer att bidra till att gällande regler blir tydligare och till att marknaderna öppnas för konkurrens på området för koncessioner.

Kommissionen vill dessutom framhålla att offentliggörandet av detta meddelande, som är ett led i strävandena för större insyn, inte utesluter ett eventuellt lagförslag om koncessioner, om detta skulle visa sig nödvändigt för att stärka rättssäkerheten.

Vidare är det möjligt att de aspekter som i nuläget följer av bestämmelserna enligt fördraget, direktiven och domstolens rättspraxis, kan komma att preciseras ytterligare av domstolen, som för närvarande behandlar ett antal frågor som hänskjutits dit för förhandsavgöranden ⁽⁷³⁾. Detta meddelande kan därmed komma att kompletteras framöver för att ta hänsyn till dessa nya aspekter.

⁽¹⁾ EGT C 94, 7.4.1999, s. 4.

⁽²⁾ Kommissionen vill härmed tacka alla ekonomiska aktörer, företrädare för kollektiva intressen, offentliga myndigheter och privatpersoner som genom sina bidrag har medverkat till att förbättra detta meddelande.

⁽³⁾ Se även punkt 2.1.2.4 i kommissionens meddelande om offentlig upphandling inom Europeiska unionen, KOM(98) 143, antaget den 11 mars 1998.

⁽⁴⁾ Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, 9.8.1993, s. 54).

⁽⁵⁾ Direktiv 93/37/EEG som nämnts ovan.

⁽⁶⁾ Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, 24.7.1992, s. 1). Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, 9.8.1993, s. 1). Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, 9.8.1993, s. 84).

⁽⁷⁾ Det mest näraliggande exemplet på en koncession på offentliga bygg- och anläggningsarbeten är ett avtal mellan det allmänna och ett företag om att bygga och nyttja en motorväg. Företaget får då ersättning genom att ta ut vägavgifter av användarna.

⁽⁸⁾ Bedömningen bör göras från fall till fall, med hänsyn till bland annat kontraktets föremål, längd och värde, koncessionshavarens finansiella och ekonomiska förmåga, samt med hänsyn till omständigheter som i övrigt visar att koncessionshavaren faktiskt tar en risk.

⁽⁹⁾ Om den upphandlande enheten hade garanterat full återbetalning av investeringen och därmed undanröjt alla risker i samband med driften av anläggningen skulle riskmomentet vara borta och avtalet betecknas som ett offentligt upphandlingskontrakt på bygg- och anläggningsarbeten och inte som ett koncessionsavtal. Om koncessionshavaren dessutom, under avtalstiden, eller till och med vid dess utgång, får någon annan form av, direkt eller indirekt, ersättning än den som är förenad med nyttjandet (t.ex. i form av återbetalning, täckning av förluster, osv.), kan kontraktet inte längre anses som ett koncessionsavtal. I en sådan situation bör den senare finansieringens laglighet prövas utifrån relevanta EG-bestämmelser.

⁽¹⁰⁾ Exempelvis har kommissionen stött på fall där ett konsortium av företag och banker åtagit sig att utföra ett bygg- och anläggningsprojekt åt en upphandlande enhet mot betalning av byggföretagens lån i bankerna inklusive en viss vinst för de privata projektdeltagarna. Kommissionen kvalificerade avtalet som ett offentligt upphandlingskontrakt eftersom konsortiet inte åtog sig att svara för drift och underhåll av anläggningen och därmed inte heller tog någon risk i samband med detta.

Kommissionen kom till samma slutsats i ett annat fall där den privata samarbetspartnern som utförde arbetet ytligt sett föreföll att ansvara för nyttjandet men i realiteten garanterades ersättning av den offentliga parten på ett sådant sätt att det allmänna i praktiken tog risken i samband med nyttjandet.

⁽¹¹⁾ Till exempel om staten beslutar om vägavgifter på en nivå som inte täcker driftskostnaderna.

⁽¹²⁾ Till exempel den risk som hänger samman med att lagstiftningen ändras under avtalstiden (t.ex. förändringar när det gäller miljöskyddet som innebär att det blir nödvändigt med justeringar i arbetet eller förändringar på skatteområdet (t.ex. förändringar på skatteområdet som gör att de finansiella förutsättningarna för kontraktet ändras) eller risken att tekniken blir föråldrad. I själva verket är sannolikheten för dessa risker faktiskt större i samband med koncessioner med hänsyn till att de normalt sett sträcker sig över en relativt längre period (beträffande koncessionsavtalets längd, se även rubrik 3.1.3).

⁽¹³⁾ Noteras bör att även om det handlar om en virtuell tullavgift (shadow toll), dvs. som betalas av koncessionsgivaren, föreligger det likväl en ekonomisk risk om ersättningen är berorende av antalet användare.

- (14) Kommissionen undersökte ett fall där den privata samarbetspartnern ytligt sett föreföll att ansvara för driften men i realiteten garanterades ersättning av de offentliga myndigheterna på ett sådant att det allmänna i praktiken övertog risken i samband med nyttjandet.
- (15) Det faktum att begreppet tjänstekoncession inte återfinns i tjänstedirektivet kräver en kommentar. Under arbetet med att bereda direktivet föreslog kommissionen att man skulle införa ett regelsystem för denna typ av koncessioner i stil med det som redan fanns för koncessioner på bygg- och anläggningsarbeten, men rådet förkastade förslaget. Frågan som därmed ställts är om inte upplåtelse av koncessioner på tjänsteområdet skulle regleras i sin helhet genom tjänstedirektivet. Detta direktiv gäller ju som anges ovan "skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet", med vissa i direktivet uttryckligen angivna undantag, bland vilka koncessioner inte finns uppräknade.
- En bokstavstrogen tolkning av definitionen, som hävdas av vissa, skulle innebära att dessa koncessioner omfattas av tjänstedirektivet, eftersom de är skriftliga avtal med ekonomiska villkor. En sådan tolkning skulle betyda att tjänstekoncessioner skulle följa reglerna i detta direktiv och därmed lyda under en mycket mer komplicerad reglering än koncessioner på bygg- och anläggningsarbeten.
- Eftersom det inte finns någon rättspraxis från domstolen på denna punkt har kommissionen inte följt denna tolkning i de ärenden som handlagts. En fråga som ställts i begäran om förhandsavgörande av domstolen tar upp frågan om definitionen av tjänstekoncessioner och vilka rättsregler som är tillämpliga (mål C-324/98, *Telaustria Verlags Gesellschaft mbH mot Post & Telekom Austria (Telaustria)*).
- (16) Domstolens dom av den 26 april 1994 i mål C-272/91, *kommissionen mot Italien (Lottomatica)*, Rec. 1994, s. I-1409.
- (17) Generaladvokat La Pergolas förslag till avgörande i mål C-360/96, *Arnhem*.
Generaladvokat Albers förslag till avgörande i mål C-108/98, *RI.SAN srl mot Commune d'Ischia*.
- (18) I dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, *Arnhem*, punkt 25, ansåg domstolen att det inte kunde röra sig om en tjänstekoncession eftersom ersättningen utgick i form av en betalning från myndigheten och inte i form av en rätt att utnyttja tjänsten.
- (19) Generaladvokatens förslag till avgörande i *Arnhem-målet* (se ovan); generaladvokatens förslag till avgörande i *målet RI.SAN srl* (se ovan).
- (20) Dom av den 19 april 1994 i mål C-331/92, *Gestion Hotelière*, Rec. 1994, s. I-1329.
- (21) Dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88, *Data Processing*, Rec. 1989, s. 4035.
- (22) Domstolen har för övrigt tillämpat samma metod för att avgränsa kontrakt för upphandling av varor från kontrakt för upphandling av tjänster i sin dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, *Teckal srl mot Commune di Viano et AGAC di Reggio Emilia (Teckal)*.
- (23) I ordets vidaste mening, dvs. åtgärder som vidtas av myndigheterna inom en stat (territoriella enheter, regioner, departement, självstyrande enheter, kommuner) och dessutom de åtgärder som vidtagits av andra enheter vilka, trots att de är egna juridiska personer, är så nära sammanbundna med staten att de måste anses vara en del av dess organisation. Till begreppet statliga åtgärder hör också beslutsfattande som kan tillskrivas staten på annat sätt t.ex. beslut som trots att de inte fattas direkt av en offentlig myndighet ändå kan tillskrivas denna p.g.a. de möjligheter myndigheterna har att förhindra att beslutet fattas eller att ändra dess innehåll.
- (24) Ett liknande resonemang skall tillämpas för koncessionsavtal om leverans av varor som omfattas av artiklarna 28–30 (f.d. artiklarna 30–36) i fördraget.
- (25) Till exempel taxitillstånd, tillstånd att använda allmän plats (tidningskiosker, uteserveringar) eller åtgärder rörande apotek eller bensinmackar.
- (26) Dessa relationer liknar det som ibland kallas "in-house" (egen regi). Frågan har först analyserats av generaladvokaterna La Pergola i *Arnhem-målet*, Cosmas i *Teckal-målet* och Alber i *RI.SAN-målet*, som alla nämns ovan.
- (27) I *Teckal-målet* angav domstolen att för att direktiv 93/36/EEG skall vara tillämpligt är det i "princip tillräckligt att avtalet har slutits mellan, å ena sidan, en lokal myndighet, och å andra sidan, en i förhållande till denna juridiskt fristående person". Dessutom tillfogas att "endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågakvarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla" (punkt 50).
- (28) Mål C-94/99 (*ARGE*) och C-324/98, (*Telaustria*).
- (29) Inom den audiovisuella sektorn bör hänsyn tas till Protokollet över systemet för allmän radioutsändning i medlemsstaterna bilagt *Amsterdamfördraget*, som ändrar *Fördraget om den Europeiska unionen* (i kraft sedan 1 maj 1999).
- (30) Dom av den 30 april 1974 i mål 155/73, *Sacchi*, och dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, *Elliniki Radiophonia*.
- (31) Dom i ovannämnda mål *Elliniki Radiophonia*, punkt 10.
- (32) Dom i ovannämnda mål *Elliniki Radiophonia*, punkt 12.
- (33) Vad gäller transportsektorn bör påminnas om att de väsentliga bestämmelserna om den fria rörligheten för tjänster, genom en hänvisning från artikel 51 (f.d. artikel 61), är artiklarna 70–80 (f.d. artiklarna 74–84) i fördraget. Detta berör inte den omständigheten att de generella principerna enligt EG-rätten, i enlighet med domstolens fasta rättspraxis, är tillämpliga på detta område (se dom av den 4 april 1974 i mål C-167/73, *kommissionen mot Frankrike*, dom av den 30 april 1986 i de förenade målen 209–213/84, *Ministère Public mot ASJES et al*, dom av den 17 maj 1994 i mål C-18/93, *Corsica ferries*, dom av den 1 oktober 1998 i mål C-38/97, *Autotransporti Librandi snc mot Cuttica*).
- Transporttjänster per järnväg, väg och navigerbara farleder omfattas bl.a. av förordning (EEG) nr 1191/69, ändrad genom förordning (EEG) nr 1893/91, som föreskriver de tillvägagångssätt och förfaranden som offentliga myndigheter skall använda för att försäkra sig om att målen för de allmänna kommunikationerna uppnås.
- (34) Naturligtvis lyder koncessionshavarens handlingar under dessa bestämmelser och principer endast i den utsträckning de, enligt domstolens rättspraxis, hänförs till det allmänna.
- (35) Dom av den 9 juli 1987 i de förenade målen 27/86, 28/86 och 29/86, *Bellini*.
- (36) Dom av den 10 mars 1987 i mål 199/85, *kommissionen mot Italien*, och dom av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*.
- (37) Se ovannämnda dom i *Lottomatica-målet*. Domstolen ansåg att koncessionshavarens uppgifter, med hänsyn till sakförhållandena, var uteslutande praktiska och därmed, som sådana, föll under fördraget.
- (38) Kommissionen erinrar om att icke diskriminerande inskränkningar strider mot artiklarna 43 (f.d. artikel 52) och 49 (f.d. artikel 59) i fördraget om de inte motiveras av tvingande skäl med hänsyn till allmänna intressen som är värda att skyddas. Detta är fallet när inskränkningarna varken står i proportion till eller är nödvändiga för det eftersträvade målet.
- (39) Dom av den 8 oktober 1980 i mål 810/79, *Überschär*.

- (40) Dom av den 13 juli 1993 i mål C-330/91, Commerzbank. Se även domstolens dom av den 3 februari 1982 i de förenade målen 62-63/81, Seco och Desquenne.
- (41) Dom av den 26 februari 1992 i mål C-357/89.
- (42) Dom av den 7 juli 1992 i mål C-295/90.
- (43) Dom av 22 juni 1993 i mål C-243/89, Storebaelt, punkt 37.
- (44) Dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, Bus Wallons. Se även förstainstansrättens dom av den 17 december 1998 i mål T-203/96, Embassy Limousines & Services.
- (45) I detta hänseende bör uppmärksammas att föreliggande meddelande inte påverkar tolkningen av de särskilda regler om transporter som gäller enligt fördraget eller i nu gällande eller framtida förordningar på området.
- (46) Om anbudsgivarna t.ex. i kravspecifikationen ombeds att föreslå förbättringar till de tekniska lösningar som koncessionsgivaren tänkt sig (vilket ofta är fallet vid stora infrastrukturprojekt), så får förbättringarna inte röra centrala delar av projektet och de måste dessutom vara begränsade.
- (47) Dom i ovannämnda mål Dataprocessing, punkt 30.
- (48) Dom i ovannämnda mål Bus Wallons, punkt 54.
- (49) Dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, punkt 31.
- (50) Insyn kan bl.a. tillgodoses genom att en annons eller ett förhandsmeddelande publiceras i dags- eller fackpress eller genom att informationen anslås.
- (51) Dom av den 11 juli 1989 i mål C-265/87, Schröder, punkt 21.
- (52) Dom av den 27 oktober 1993 i mål 127/92, punkt 27.
- (53) Dom av den 19 juni 1980 i de förenade målen 41/79, 121/79 och 796/79, Testa et al., punkt 21.
- (54) Detta är t.ex. fallet när det gäller dels skyldigheten att uppnå en hög skyddsnivå med avseende på miljön, dels tillämpningen av försiktighetsprincipen.
- (55) Se t.ex. dom av den 17 maj 1984 i mål 15/83, Denkvit Nederland eller förstainstansrättens dom av den 19 juni 1997 i mål T-260/94, Air Inter mot kommissionen, punkt 14.
- (56) I samband med detta se förstainstansrättens nyare rättspraxis enligt vilken fördraget skall "tillämpas när en medlemsstat vidtar en åtgärd som är en inskränkning i etableringsfriheten inom dess territorium för medborgare i en annan medlemsstat samtidigt som den ger ett företag fördelar genom att det får en ensamrätt, såvida medlemsstaten inte med denna statliga åtgärd eftersträvar ett legitimt mål som är förenligt med fördraget och åtgärden inte är konstant motiverad av sådana tvingande hänsyn till allmänintresset (. . .)". I sådana fall tillägger förstainstansrätten "måste den statliga åtgärden vara ägnad att säkerställa förverkligandet av det mål som eftersträvas och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål". (Dom av den 8 juli 1999 i mål T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV, punkt 108.
- (57) Denna princip framgår av rättspraxis på området etableringsfrihet och rätten att fritt tillhandahålla tjänster (särskilt dom av den 7 maj 1991 i mål C-340/89, Vlassopoulou, och dom av den 25 juli 1991 i mål C-76/90, Dennemeyer). I den första domen anger domstolen att "även om nationella villkor avseende kvalifikationer tillämpas utan diskriminering på grund av nationalitet, kan de hindra medborgare från andra medlemsstater från att utöva den etableringsfrihet som de garanteras genom artikel 43 (f.d. artikel 52) i fördraget. Detta skulle vara fallet om de nationella reglerna i fråga inte tar hänsyn till de kunskaper och kvalifikationer som den berörda personen redan har förvärvat i en annan medlemsstat". I Dennemeyer-domen anger domstolen att "en medlemsstat inte får ställa som krav för att tjänster fritt skall få tillhandahållas på dess territorium att alla regler för etablering skall vara uppfyllda, och därigenom beröva fördragets regler all praktisk betydelse, eftersom avsikten med reglerna just är att garantera den fria rörligheten" (ej officiell svensk översättning). Slutligen anger domstolen i Webb-domen (av den 17 december 1981 i mål 279/80) att rätten att fritt tillhandahålla tjänster kräver att "den medlemsstat i vilken tjänsten skall utföras (. . .) tar hänsyn till de krav på dokumentation och säkerhet som den som tillhandahåller tjänsten redan har uppfyllt för att få utöva sin verksamhet i den medlemsstat i vilken han är etablerad".
- (58) Exempelvis måste den medlemsstat där produkten erbjuds således godta alla likvärdiga bevis på yrkdeskunnande, fackkunskap och ekonomisk ställning som den part som tillhandahåller tjänsten har från en annan medlemsstat. Förutom tillämpning av direktiven om teknisk harmonisering, så kan likvärdig kvalificering hos ett företag bevisas genom t.ex. avtal om ömsesidigt erkännande av frivilliga intyg. Avtalen kan grunda sig på ackreditering som fungerar som ett bevis på utvärderingsorganens behörighet.
- (59) Se särskilt dom av den 15 mars 1998 i mål 147/86, kommissionen mot Grekland.
- (60) Dom av den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners.
- (61) Generaladvokat Jean Mischos förslag till avgörande i mål C-3/88, Dataprocessing (se ovan).
- (62) Dom av den 15 mars 1988 i mål 147/86 (se ovan).
- (63) Mål C-3/88, Dataprocessing, och mål C-272/91, Lottomatica (se ovan).
- (64) Mål T-260/94, Air Inter SA (se ovan). Domstolen medgav t.ex. inte undantag med hänvisning till allmän ordning när det inte var tillräckligt motiverat och ändamålet gick att uppnå på annat sätt som inte innebar någon inskränkning av etableringsfriheten eller rätten att fritt tillhandahålla tjänster (se punkt 15 i ovannämnda mål C-3/88, Dataprocessing).
- (65) Dom av den 28 mars 1996 i mål C-272/94, Guiot mot Climatec.
- (66) Dom av den 7 maj 1991 i mål C-340/89, Vlassopoulou, punkt 22.
- (67) Dom av den 15 oktober 1987 i mål 222/86, Heylens, punkt 14.
- (68) "För att tillgodose direktivets mål att garantera att en effektiv konkurrens utvecklas inom området för offentlig upphandling krävs att de upphandlande enheterna på ett tillfredsställande sätt offentliggör de kriterier och villkor som reglerar varje avtal" (ej officiell svensk översättning). (Se dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, punkt 21).

- (69) Det kan här nämnas att den upphandlande enheten enligt artikel 3.2 i direktivet får ålägga koncessionshavaren att lägga ut en minsta procentandel av koncessionens totala värde på underentreprenörer. Den upphandlande enheten får också ålägga anbudsgivarna att själva i sina anbud ange en minsta procentandel.
- (70) Detsamma gäller för innehavare av koncessioner på tjänster som samtidigt är "upphandlande myndigheter" i upphandlingsdirektivens mening. Bestämmelserna i dessa direktiv är tillämpliga på alla upphandlingar som görs i samband med koncessionen.
- (71) Generaladvokat M. Elmer angav i mål C-433/93, kommissionen mot Tyskland, att domstolens rättspraxis var att (se dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, och dom av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Constanzo) "direktiven om offentlig upphandling ger enskilda rättigheter som dessa, på vissa villkor, kan göra gällande direkt inför de nationella domstolarna gentemot staten och de upphandlande enheterna" (ej officiell svensk översättning). Generaladvokaten hävdade vidare att direktiv 89/665/EEG, som tidsmässigt antogs efter den rättspraxis som han hänvisade till, inte syftar till att begränsa de rättigheter som denna rättspraxis tillerkänner den enskilda visavi myndigheterna. Tvärtom är direktivet avsett att förstärka "gällande bestämmelser för tillämpning av direktiven på såväl nationell som gemenskapsnivå, (...) i synnerhet i ett skede, då överträdelser ännu kan korrigeras" (ej officiell svensk översättning). (Se skäl 2 i direktiv 8/665/EEG).
- (72) Koncessionshavare som har beviljats exklusiva eller särskilda rättigheter för att bedriva verksamhet inom försörjningssektorerna skall iakttä bestämmelserna i försörjningsdirektivet vid offentlig upphandling.
- (73) T.ex. Telaustria-målet (se ovan).

Förhandsanmälan av en koncentration

(Ärende COMP/M.1961 – NHS/MWCR)

(2000/C 121/03)

(Text av betydelse för EES)

1. Kommissionen mottog den 18 april 2000 en anmälan av en föreslagen koncentration enligt artikel 4 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89⁽¹⁾, senast ändrad genom förordning (EG) nr 1310/97⁽²⁾, genom vilken företaget Nuova Holding Subalpina SpA (NHS), som tillhör Sanpaolo/IMI-gruppen och MWCRLux Sarl, kontrollerat av Schrodersgruppen förvärfvar, på det sätt som avses i artikel 3.1 b i förordningen, gemensam kontroll över det italienska företaget MWCR SpA genom förvärv av tillgångar.
2. De berörda företagens affärsverksamheter omfattar följande:
 - NHS: bank- och finansiella tjänster.
 - MWCRLux Sarl: bank- och finansiella tjänster.
3. Kommissionen har vid en preliminär granskning kommit fram till att den anmälda koncentrationen kan omfattas av förordning (EEG) nr 4064/89, dock med det förbehållet att det slutliga beslutet på denna punkt fattas senare.
4. Kommissionen uppmanar intresserade tredje parter att lämna eventuella synpunkter på den föreslagna koncentrationen.

Synpunkterna måste vara kommissionen tillhanda inom tio dagar efter det att denna förhandsanmälan har offentliggjorts. Synpunkterna kan skickas per fax (nr (32-2) 296 43 01, 296 72 44) eller per post med referensnummer COMP/M.1961 – NHS/MWCR till följande adress:

Europeiska kommissionen
Generaldirektoratet för konkurrens
Direktorat B – Arbetsgruppen för kontroll av företagsfusioner
Avenue de Cortenberg/Kortenberglaan 150
B-1040 Bryssel

⁽¹⁾ EGT L 395, 30.12.1989, s. 1. Rättelse i EGT L 257, 21.9.1990, s. 13.

⁽²⁾ EGT L 180, 9.7.1997, s. 1. Rättelse i EGT L 40, 13.2.1998, s. 17.