



## GRUND- OG NÆRHEDSNOTAT TIL FOLKETINGETS EUROPAUDVALG

### Direktiv om tildeling af koncessionskontrakter

#### 1. Resumé

*Tildelingen af koncessioner om offentlige bygge- og anlægsarbejder er i dag genstand for et begrænset antal bestemmelser i udbudsdirektivet, mens koncessioner om offentlige tjenesteydelser kun er omfattet af de generelle principper i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF). Dette begrænser adgangen for europæiske virksomheder, især små og mellemstore virksomheder, til de økonomiske muligheder der opstår i forbindelse med tildelingen af koncessioner og er årsagen til ineffektivitet pga. mangel på retssikkerhed. Det er derfor grundtanken med forslaget, at skabe en passende retlig ramme for tildeling af koncessioner om både bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser med henblik på at sikre en effektiv og ikke-diskriminerende adgang til markedet for alle EU-økonomiske operatører og retssikkerhed i forbindelse med kontrakttildelingen.*

#### 2. Baggrund

Kommissionen har ved KOM(2011) 897 endelig af 20. december 2011 offentliggjort et forslag til direktiv om tildeling af koncessionskontrakter. Forslaget er oversendt til Rådet den 10. januar 2012 i dansk sprogversion. Forslaget er fremsat med hjemmel i TEUF artikel 53(1), 62 og 114 og skal behandles efter den almindelige lovgivningsprocedure i TEUF artikel 294. Rådet træffer afgørelse med kvalificeret flertal.

Den 12. maj 2010 igangsatte Kommissionen en offentlig online-høring vedrørende koncessioner, der var rettet mod den brede offentlighed. Den 5. august 2010 igangsatte Kommissionen endnu en høring vedrørende koncessioner, der var rettet mod erhvervslivet, arbejdsmarkedets parter og ordregivere. Disse høringer bekræftede eksistensen af juridisk usikkerhed og demonstrerede, at virksomheder oplever hindringer i adgangen til markedet for koncessionskontrakter. Herudover pegede høringerne på det ønskelige i et passende EU-indsat.

Kommissionen fastslår, at den nuværende situation indebærer, at de økonomiske aktører går glip af forretningsmuligheder, hvilket er til skade for virksomheder, ordregivere og forbrugere. Ligeledes er den nuværende definition af koncessioner, samt det præcise indhold af traktatens forpligtelser om gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling uklar, hvilket leder til juridisk usikkerhed. Kommissionen bemærker, at disse problemer ikke kan løses ved, at medlemsstaterne selv tager lovgivningsmæssige initiativer. Den optimale løsning i henhold til Kommissionen er derfor lovgivning baseret på en justering og supplerung af de gældende bestemmelser for koncessioner om offentlige bygge- og anlægsarbejder.

### **3. Formål og indhold**

Tildelingen af koncessioner om offentlige bygge- og anlægsarbejder er i dag genstand for et begrænset antal bestemmelser i udbudsdirektivet, mens koncessioner om offentlige tjenesteydelser kun er omfattet af de generelle principper i TEUF.

Det er grundtanken med forslaget om direktiv om tildelingen af koncessionskontrakter, at skabe en passende retlig ramme for tildeling af koncessioner om både bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser. Dette skal sikre en effektiv og ikke-diskriminerende adgang til markedet for alle EU-økonomiske operatører og retssikkerhed i forbindelse med kontrakttildelingen.

Forslaget indebærer, at størstedelen af de forpligtelser, der i dag gælder for koncessioner om bygge- og anlægsarbejder, også kommer til at gælde for koncessioner om tjenesteydelser. Desuden udvides anvendelsesområdet til koncessionskontrakter i forsyningssektoren.

Indholdet af forslaget er opdelt i følgende emner, der uddybes nedenfor:

1. Definitioner, generelle principper og anvendelsesområde
2. Undtagelser
3. Generelle bestemmelser
4. Specifikke situationer
5. Principper
6. Offentliggørelse og gennemsigtighed
7. Gennemførelsen af proceduren
8. Valg af deltagere og tildeling af koncessioner
9. Regler om udførelsen af koncessionen
10. Ændring af kontroldirektiverne
11. Afsluttende bestemmelser

#### *Definitioner, generelle principper og anvendelsesområde*

Direktivforslagets regler skal anvendes af ordregivende myndigheder. Herudover skal direktivforslagets regler anvendes af ordregivere, såfremt bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelser er beregnet til udøvelsen af en af de forsyningsaktiviteter, der er nævnt i direktivets bilag III såsom gas, varme, elektricitet, vand mv.

Forslaget indeholder en definition af koncessionsbegrebet, hvor der henvises til et krav om en betydelig operationel risiko.

Direktivets tærskelværdi er 5 mio. euro. En koncessionskontrakt omfattes således kun af direktivets regler, såfremt værdien af kontrakten er 5 mio. euro eller derover. Herudover følger det dog af direktivforslaget, at ordregiverne i forbindelse med indgåelsen af visse tjenesteydelseskoncessioner, der har en værdi på mellem 2.5 og 5 mio. euro, er forpligtet til at offentliggøre en tildelingsbekendtgørelse.

I direktivforslaget angives metoder for beregning af værdien af den anslåede værdi af en koncession. Af direktivforslaget følger også, at del-kontrakter, der har en værdi under 1 mio. og ikke overstiger 20 % af den samlede kontraktværdi kan tildeles uden at følge forslagens bestemmelser om tildeling.

#### *Undtagelser*

Direktivforslaget indeholder specifikke undtagelsesbestemmelser. Direktivet finder eksempelvis ikke anvendelse på koncessioner tildelt på basis af en eksklusiv rettighed, koncessioner på forsvars- og sikkerhedsområdet, når væsentlige sikkerhedsinteresser ikke kan tilgodeses af bestemmelserne i direktivforslaget og med forbehold for Traktatens artikel 346, eller når ordregivere tildeler en koncessionskontrakt til en selvstændig juridisk enhed, hvor in-house kriterierne er opfyldt.

#### *Generelle bestemmelser*

Varigheden af en koncession er ikke eksplicit begrænset. Det er dog angivet, at varigheden skal være begrænset til den tid, der vurderes at være nødvendig for, at koncessionshaveren kan genvinde investeringer og afholdte omkostninger samt få et rimeligt afkast af den investerede kapital.

Det følger af forslaget, at indgåelsen af koncessionskontrakter, der angår sociale tjenester og andre specifikke tjenester angivet i bilag X, er omfattet af direktivets forpligtelse til offentliggørelse af en vejledende forhåndsmeddelelse samt forpligtelsen til at offentliggøre en tildelingsbekendtgørelse senest 48 dage efter tildelingen af kontrakt.

Direktivforslaget indeholder bestemmelser om, hvilke regler der finder anvendelse, såfremt der er tale om indgåelsen af en blandet kontrakt. En sådan kontrakt kan vedrøre både ordregivende myndigheders og ordregiveres eget eller fælles køb af en blanding af varekøb, bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser, eller angå det sociale område eller forsvars- og sikkerhedsområdet. Direktivet angiver bl.a., at der skal ses på værdien af kontraktens bestanddele og på kontraktens hovedformål.

#### *Specifikke situationer*

Det følger af direktivforslaget, at medlemsstaterne under visse betingelser kan lade kontrakter være forbeholdt beskyttede værksteder.

Herudover følger det af forslaget, at direktivet finder anvendelse på tjenesteydelseskoncessioner vedrørende forskning og udvikling, når udbyttet udelukkende tilhører ordregiveren til brug for egen virksomhed, og hvis tjenesteydelsen i fuldt omfang betales af ordregiveren.

### *Principper*

Direktivforslaget indeholder en bestemmelse om økonomiske aktører, fortrolighed og kommunikation.

Direktivforslaget angiver yderligere, at medlemsstaterne som udgangspunkt skal sikre, at det senest 5 år efter implementeringen af direktivet er muligt at gennemføre alle procedurer via elektronisk kommunikation.

### *Offentliggørelse og gennemsigtighed*

Det følger af direktivforslaget, at ordregivende myndigheder eller ordregivere, der ønsker at tildele en koncessionskontrakt, skal offentliggøre en bekendtgørelse.

Denne forpligtelse er dog ikke gældende i følgende kort skitserede tilfælde:

- Når der i forbindelse med en procedure for indgåelsen af en koncessionskontrakt ikke afgives tilbud, ikke afgives egnede tilbud eller der ikke er modtaget nogen ansøgninger, og forudsat at de oprindelige koncessionsvilkår ikke ændres væsentligt.
- Når bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelsen kun kan leveres af en bestemt økonomisk aktør som følge af mangel på konkurrence af tekniske årsager, beskyttelsen af patenter, varemærker eller anden intellektuel ejendomsret eller beskyttelsen af andre eksklusive rettigheder.
- Ved nye bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der er en gentagelse af tilsvarende bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser og som overdrages til den økonomiske aktør, der blev tildelt den oprindelige koncession af de samme ordregivende myndigheder, forudsat at disse bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser er i overensstemmelse med det basisprojekt, som den oprindelige koncession var tildelt for. Basisprojektet skal angive omfanget af mulige supplerende bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser og de betingelser, hvorunder de vil blive tildelt.

Det følger af direktivforslaget, at ordregivende myndigheder eller ordregivere, som har tildelt en koncession inden 48 dage efter tildelingen, skal fremsende en tildelingsbekendtgørelse. Denne forpligtelse gælder også for de tjenesteydelseskoncessioner, der har en estimeret kontraktværdi på 2.5 mio. euro eller derover dog undtagen specifikke sociale tjenester og andre tjenester.

### *Gennemførelsen af proceduren*

Det følger af direktivforslaget, at ordregivende myndigheder eller ordregivere fra forskellige medlemsstater kan tildele koncessioner i fællesskab. I så fald skal de deltagende ordregivende myndigheder og ordregivere indgå en aftale, der bestemmer:

- Hvilke nationale bestemmelser der finder anvendelse på udbudsproceduren. De kan til det formål vælge de nationale bestemmelser i en medlemsstat, hvor mindst én af de deltagende myndigheder eller ordregivere er placeret.
- Den interne organisering af udbudsproceduren, herunder styring af proceduren, ansvarsfordeling, distribution af bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne, der skal indkøbes og afslutningen af koncessionen.

Direktivforslaget indeholder også regler om, hvilken national lovgivning der gælder ved tildelingen af koncessionen, såfremt ingen aftale er indgået, samt regler for udarbejdelsen af de tekniske specifikationer.

#### *Valg af deltagere og tildeling af koncessioner*

Direktivforslaget angiver, at koncessioner skal tildeles på basis af de kriterier, der er fastsat af den ordregivende myndighed eller ordregiveren, og på betingelse af

- at tilbuddet opfylder krav, betingelser og kriterier fastsat i udbudsmaterialet og
- at tilbudsgiveren ikke er udelukket fra at deltage i konkurrencen og opfylder udvælgelseskriterierne.

Af direktivforslaget følger, hvilke proceduremæssige garantier der gælder i løbet af udbudsprocessen. Det angives bl.a., at ordregivende myndigheder og ordregivere skal beskrive indholdet af koncessionen, tildelingskriterier og minimumsbetingelser, og at dette ikke må ændres i forbindelse med forhandlinger.

Herudover er det angivet, at ligebehandling af alle bydende skal sikres, og der angives krav, som ordregivende myndigheder skal overholde, når proceduren indebærer forhandling. Endvidere stilles krav til tidsfrister og egnethedsundersøgelse af leverandørerne.

I henhold til direktivforslaget skal koncessioner tildeles på baggrund af objektive kriterier, der sikrer overholdelse af principperne om gennemsigtighed, ikke-diskrimination og ligebehandling. Det angives bl.a., at kriterierne skal være knyttet til kontraktens genstand. Tildelingskriterier og vægtning af disse skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsdokumenterne. Det er også angivet, at medlemsstater kan give mulighed for at anvende tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”. Endelig indeholder direktivforslaget en specifik bestemmelse om anvendelsen af livscyklus-omkostninger.

#### *Regler om udførelsen af koncessionen*

Det følger af direktivforslaget, at den ordregivende myndighed eller ordregiveren kan bede – eller af medlemsstaten være forpligtet til at bede – tilbudsgivere om at specificere i deres tilbud, hvilken del af kontrakten de påtænker at få udført af tredjemand og underleverandører.

Herudover angiver direktivforslaget rammerne for en ændring af en indgået koncessionskontrakt. Eksempelvis er der som udgangspunkt tale om en ny kontrakt og dermed pligt til genudbud, såfremt der foretages væsentlige ændringer i en indgået koncessionskontrakt.

#### *Ændring af kontroldirektiverne*

Direktivforslaget indebærer, at anvendelsesområdet for kontroldirektiverne (direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF, som ændret ved direktiv 2007/66/EF) udvides til at gælde alle koncessionskontrakter, der overstiger direktivforslagets tærskelværdi. Dette indebærer, at der sikres en mulighed for at anfægte beslutningen om tildelingen af en koncessionskontrakt, og at visse retslige standarder skal overholdes af ordregiverne.

#### *Afsluttende bestemmelser*

I direktivforslagets afsluttende bestemmelser fremgår bl.a. bestemmelser om kommissionens kompetencer, implementeringsfrist og overgangsbestemmelser i udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet.

## **4. Europa-Parlamentets udtalelser**

Europa-Parlamentet har ikke udtalt sig om forslaget.

Forslaget vil blive behandlet i Europa-Parlamentets udvalg for det Indre Marked og Forbrugerbeskyttelse (IMCO). Det vides endnu ikke, hvornår det forventes sat på udvalgets dagsorden.

IMCO har udarbejdet en betænkning, hvori Parlamentet giver udtryk for dets holdning til Kommissionens modernisering af udbudsreglerne. Parlamentet udtaler fsva. koncessioner, at eventuelle forslag til en retsakt, som vedrører koncessioner på tjenesteydelser, kun er berettiget, hvis formålet er at afhjælpe forvridninger i det indre markeds funktion. Det påpeges, at der hidtil ikke er konstateret sådanne forvridninger, og at en retsakt om koncessioner på tjenesteydelser derfor er unødvendig, hvis målet ikke er en påviselig forbedring af det indre markeds funktion. Herudover udtales det bl.a., at hvis Kommissionen fremlægger separate bestemmelser om koncessioner på tjenesteydelser, bør disse ifølge EU-Domstolens seneste domme være begrænset til det mest nødvendige.

## **5. Nærhedsprincippet**

Kommissionen anfører, at nærhedsprincippet finder anvendelse, idet forslaget til direktiv ikke falder under EU's eksklusive kompetence.

Herudover tilkendegiver Kommissionen, at forslaget er i overensstemmelse med nærhedsprincippet af følgende grunde:

Samordningen af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb over visse tærskelværdier er et vigtigt redskab til at opnå et indre marked ved at sikre en

effektiv og lige adgang til koncessioner for erhvervslivet. Europæiske udbudsprocedurer indebærer gennemsigtighed og objektivitet i forbindelse med indkøbet, hvilket resulterer i betydelige besparelser og bedre indkøb, der kommer medlemsstaternes myndigheder og i sidste ende de europæiske skatteydere til gode.

Kommissionen angiver, at disse mål ikke i nødvendigt omfang kan opnås gennem medlemsstaternes egen indsats, der uundgåeligt fører til forskellige krav og eventuelt modstridende procedurer, hvilket indebærer øget kompleksitet og forårsager uberettigede hindringer for grænseoverskridende aktiviteter.

Kommissionen tilføjer, at mange medlemsstater ikke har en ensartet fortolkning af Traktatens principper om gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling i forbindelse med indgåelsen af koncessionskontrakter. Medlemslandene har ligeledes ikke i tilstrækkeligt omfang klargjort eller implementeret traktatprincipperne. Det er ikke sandsynligt, at den deraf følgende mangel på retssikkerhed og begrænsning af adgang til markederne kan elimineres uden intervention på et passende niveau.

Kommissionen tilkendegiver således, at et EU-indgreb er nødvendigt for i sidste ende at sikre fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser i EU's 27 medlemsstater. Forslaget er derfor i henhold til Kommissionen i overensstemmelse med nærhedsprincippet.

Regeringen er enig i Kommissionens vurdering.

## **6. Gældende dansk ret**

Direktiv 2004/18/EF, som implementeret i dansk ret ved bekendtgørelse nr. 712 af den 15. juni 2011 med senere ændring ved bekendtgørelse nr. 985 af den 17. august 2011, indeholder nogle enkle særregler for koncessionsaftaler om bygge- og anlægsarbejder, der finder anvendelse når direktivets tærskelværdi er overskredet. Bekendtgørelserne har hjemmel i Lovbekendtgørelse nr. 600 af den 30. juni 1992. Herudover er tildelingen af koncessionskontrakter ikke reguleret i dansk ret.

## **7. Lovgivningsmæssige eller statsfinansielle konsekvenser**

En vedtagelse af forslaget vil få lovgivningsmæssige konsekvenser, idet et direktiv om koncessioner vil skulle implementeres i dansk ret.

## **8. Samfundsøkonomiske konsekvenser**

Forslaget skønnes at have positive samfundsøkonomiske konsekvenser.

Det skyldes, at effektive regler om indgåelsen af koncessionskontrakter sikrer en effektiv allokering af ressourcer og bidrager til at styrke virksomhe-

dernes internationale konkurrenceevne. Herudover vil forslaget krav til gennemsigtighed og objektivitet i forbindelse med indgåelsen af koncessionskontrakter, resultere i besparelser og bedre kontrakter, der kommer medlemsstaternes myndigheder og i sidste ende de europæiske skatteydere til gode.

## **9. Administrative konsekvenser for erhvervslivet**

Forslaget forventes ikke si sig selv at få administrative konsekvenser for erhvervslivet.

Dog vil forslaget forventeligt medføre administrative lettelser for virksomheder, der indgår koncessionsaftaler, herunder færre transaktionsomkostninger forbundet med udarbejdelsen af tilbud på koncessionskontrakter.

## **10. Høring**

Forslaget har været sendt i høring i Specialudvalget for Konkurrenceevne, Vækst og Forbrugerspørgsmål med frist den 11. januar 2012.

Følgende organisationer har afgivet specifikke bemærkninger til koncessionsdirektivet: Danmarks Rederiforening, Danske Havne (DH), DI, KL, Mærsk og Offentligt Ansattes Organisationer (OAO).

Nedenfor gennemgås de dele af høringssvarene, som indeholder væsentlige bemærkninger til forslagens indhold:

Danmarks Rederiforening, DH, DI og KL bemærker, at kontrakter om udleje af havnearealer bør undtages fra direktivets anvendelsesområde. DH angiver herunder, at der er fri og lige adgang til arealleje i de danske havne, og der er ganske enkelt ikke tale om koncessionsmonopoler i dansk regi. Direktivet vil medføre, at al udlejning af havnearealer skal opfattes som en koncession og derfor i udbud. Forslaget vil være en stor administrativ byrde for de danske havne.

Mærsk bemærker, at det er deres forståelse, at koncessionsdirektivet ikke finder anvendelse, hvor en privat virksomhed har fået tildelt en særlig eller eksklusiv rettighed i henhold til procedurene i direktiv 94/22/EF, om betingelserne for tildeling og udnyttelse af tilladelser til prospektering, efterforskning og produktion af kulbrinte. Det bør præciseres i direktivet, at dette også gælder, når en særlig eller eksklusiv rettighed med hjemmel i artikel 13 i direktiv 94/22/EF er tildelt uden iagttagelse af artikel 3 og 5 i direktivet. Mærsk bemærker endvidere, at forholdet mellem koncessionsdirektivet og direktiv 94/22/EF bør præciseres.

OAO bemærker, at der også – som i udbuds- og forsyningsvirksomhedsdirektivet – bør være krav om national evaluering og overvågning.



### **11. Generelle forventninger til andre landes holdninger**

De øvrige medlemslandes holdninger til forslaget kendes endnu ikke.

### **12. Regeringens foreløbige generelle holdning**

Regeringen kan generelt støtte en samordning af medlemsstaternes regler for indgåelsen af koncessionskontrakter, der er afpasset de særlige forhold, der gør sig gældende på dette område. Dette indebærer bl.a., at regeringens foreløbige generelle holdning er, at behovet for tilstrækkelig proceduremæssig fleksibilitet i forbindelse med tildelingen af en koncessionskontrakt skal undersøges nærmere. Herunder er det regeringens foreløbige generelle holdning, at der bør foretages en nærmere undersøgelse af rækkevidden af de i direktivet angivne undtagelser.

Regeringens foreløbige generelle holdning er at støtte, at direktivforslaget indebærer en tydeliggørelse af definitionen af koncessioner. Herudover er regeringens foreløbige generelle holdning at støtte bestemmelserne om gennemsigtighed i forbindelse med indgåelsen af koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser. Udbudsprocedurerne indebærer gennemsigtighed og objektivitet i forbindelse med indkøbet, hvilket resulterer i betydelige besparelser og bedre indkøb, der kommer medlemsstaternes myndigheder og i sidste ende de europæiske skatteydere til gode.

### **13. Tidligere forelæggelse for Folketingets Europaudvalg**

Forslaget har ikke tidligere været forelagt Folketingets Europaudvalg.