



COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Brussel, 15.11.2005
COM(2006) 569 definitief

**MEDEDELING VAN DE COMMISSIE AAN HET EUROPEES PARLEMENT, DE
RAAD, HET EUROPEES ECONOMISCH EN SOCIAAL COMITÉ EN HET COMITÉ
VAN DE REGIO'S**

**over publiek-private samenwerking
en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten**

INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding	3
2.	Belangrijkste vraagstukken voor mogelijke follow-up	5
2.1.	Vraagstukken waarvoor follow-up op EG-niveau nodig is.....	5
2.2.	De concurrentiegerichte dialoog: de Commissie zorgt voor duidelijkheid.....	5
2.3.	Vraagstukken waarvoor in dit stadium geen afzonderlijk EG-initiatief wordt voorgesteld	5
2.3.1.	Geen nieuwe wetgeving voor alle soorten contractuele PPS	5
2.3.2.	Geen communautaire maatregelen inzake andere specifieke aspecten van PPS	6
2.4.	Voortzetting op EG-niveau van het debat over PPS	6
3.	Concessieovereenkomsten	7
3.1.	Achtergrond	7
3.2.	Opties om rechtszekerheid betreffende concessieovereenkomsten te bieden.....	7
3.3.	Inhoud van een mogelijk Gemeenschapsinitiatief over concessieovereenkomsten....	9
4.	Geïstitutionaliseerde PPS	10
4.1.	Benadering die de voorkeur heeft	10
4.2.	Inhoud van een mogelijk interpretatieve mededeling over geïstitutionaliseerde PPS	11
5.	Volgende stappen	12

**MEDEDELING VAN DE COMMISSIE AAN HET EUROPEES PARLEMENT, DE
RAAD, HET EUROPEES ECONOMISCH EN SOCIAAL COMITÉ EN HET COMITÉ
VAN DE REGIO'S**

**over publiek-private samenwerking
en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten**

(Voor de EER relevante tekst)

1. INLEIDING

Overheidsinstellingen op alle niveaus hebben steeds meer belangstelling voor samenwerking met de particuliere sector wanneer zij voor een infrastructurele voorziening moeten zorgen of een dienst moeten verlenen. De belangstelling voor dergelijke samenwerking, die gewoonlijk met publiek-private samenwerking (PPS) wordt aangeduid, vloeit ten dele voort uit het feit dat overheidsinstellingen zo van de kennis van de particuliere sector kunnen profiteren, met name om de doeltreffendheid te vergroten, en ten dele uit het feit dat zij over beperkte begrotingsmiddelen beschikken. PPS is echter geen wondermiddel: per project moet worden bezien of PPS daadwerkelijk een meerwaarde oplevert voor de specifieke dienst of werken ten opzichte van andere opties, zoals het uitschrijven van een gewone aanbesteding.

Het Gemeenschapsrecht is neutraal ten aanzien van de keuze van de overheidsinstellingen om een economische activiteit zelf uit te voeren of aan een derde toe te vertrouwen. Wanneer een overheidsinstelling echter besluit om bij de uitvoering van een activiteit een derde te betrekken, kan het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten mee gaan spelen.

Het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten is hoofdzakelijk bedoeld om een interne markt te creëren waarin het vrije verkeer van goederen en diensten en het recht van vestiging, alsmede de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en wederzijdse erkenning worden gewaarborgd en overheidsinstellingen waar voor hun geld krijgen wanneer zij producten aanschaffen of derden de opdracht geven diensten te verlenen of werken uit te voeren. Gezien het toenemende belang van PPS werd het noodzakelijk geacht te onderzoeken in hoeverre de bestaande Gemeenschapsregels deze doelstellingen adequaat verwezenlijken wanneer het om de gunning van PPS-opdrachten of -concessieovereenkomsten gaat. Dit zou de Commissie in staat moeten stellen te beoordelen of het nodig is het bestaande wettelijk kader op Europees niveau te verduidelijken, aan te vullen of te verbeteren. Te dien einde heeft de Commissie op 30 april 2004 het Groenboek over publiek-private samenwerking en het

Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten¹ vastgesteld.

Er was veel belangstelling voor het debat waartoe het groenboek aanzette, en het werd over het algemeen positief ontvangen. De Commissie ontving bijna 200 bijdragen van zeer uiteenlopende respondenten, waaronder vele van de lidstaten zelf. Zowel het Europees Economisch en Sociaal Comité² als het Comité van de Regio's³ hebben een advies over het groenboek uitgebracht. In mei 2005 is een verslag gepubliceerd met de analyse van alle bijdragen die tijdens de openbare raadpleging zijn ingediend⁴.

In deze mededeling worden de uit de raadpleging voortvloeiende beleidsopties uiteengezet om een doeltreffende concurrentie voor PPS te waarborgen zonder de benodigde flexibiliteit voor het opzetten van innovatieve en vaak ingewikkelde projecten onnodig te beperken. Met de bekendmaking van haar beleidsvoorkeuren in dit stadium komt de Commissie haar verplichting tot publieke verantwoording en transparantie bij de uitoefening van haar initiatiefrecht na, hetgeen een basisbeginsel is van "Betere regelgeving met het oog op economische groei en meer banen in de Europese Unie"⁵.

Hoewel de Commissie in deze mededeling probeert beleidsconclusies te trekken uit de raadpleging in het kader van het groenboek over PPS, moet de keuze van de opties die zij aangeeft toch in een bredere context worden gezien, met inbegrip van de conclusies die uit arresten van het Europese Hof van Justitie zijn getrokken, de ervaring met de procedures die de Commissie uit hoofde van artikel 226 van het EG-Verdrag tegen lidstaten heeft ingesteld, en bilaterale contacten met belanghebbenden.

De raadpleging heeft weliswaar zowel feitelijke informatie over praktische ervaringen met PPS opgeleverd, als meningen van belanghebbenden over beleidsopties die hun voorkeur genieten, maar is geen vervanging voor een diepgaande analyse van de gevolgen van dergelijk beleid. Alvorens het definitieve besluit over mogelijke wetgevingsinitiatieven ter verduidelijking, aanvulling of verbetering van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten wordt genomen, moet dan ook een effectbeoordeling worden uitgevoerd, zoals vereist uit hoofde van de beginselen van "Betere regelgeving".

¹ COM(2004) 327 van 30.4.2004.

² Advies over het "Groenboek over publiek-private samenwerking en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten", Brussel, 27-28 oktober 2004, CESE 1440/2004.

³ Advies van het Comité van de Regio's van 17 november 2004 over het Groenboek over publiek-private samenwerking en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten (COM(2004) 327 definitief), ECOS-037.

⁴ SEC(2005) 629 van 3.5.2005. Dit verslag en de meeste bijdragen die de Commissie heeft ontvangen, zijn beschikbaar op de website van de Commissie:
http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm.

⁵ Zie de mededelingen van de Commissie: Europese governance: Een betere wetgeving, COM(2002) 275 definitief van 5.6.2002, en Betere regelgeving met het oog op economische groei en meer banen in de Europese Unie, COM(2005) 97 definitief van 16.3.2005.

2. BELANGRIJKSTE VRAAGSTUKKEN VOOR MOGELIJKE FOLLOW-UP

2.1. Vraagstukken waarvoor follow-up op EG-niveau nodig is

In het groenboek over PPS is een hele reeks onderwerpen aan de orde geweest die betrekking hebben op PPS en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten. De antwoorden van belanghebbenden die aan de raadpleging hebben deelgenomen, geven aan dat slechts voor enkele van deze onderwerpen follow-upinitiatieven op EG-niveau nodig zijn. Het betreft met name:

- het gunnen van concessieovereenkomsten (vragen 4 t/m 6 van het groenboek - hoofdstuk 3 van deze mededeling) en
- de oprichting van ondernemingen om openbare diensten te verlenen die gezamenlijk eigendom zijn van zowel publieke als private partijen (geïstitutionaliseerde PPS-projecten) (vragen 18 en 19 van het groenboek - hoofdstuk 4 van deze mededeling).

Voor beide vraagstukken heeft een duidelijke meerderheid van de belanghebbenden om EG-initiatieven gevraagd die meer rechtszekerheid bieden. In afzonderlijke paragrafen van deze mededeling worden passende follow-upmaatregelen uiteengezet.

2.2. De concurrentiegerichte dialoog: de Commissie zorgt voor duidelijkheid

Een onderwerp dat onder de belanghebbenden bijzonder veel interesse genoot, was de concurrentiegerichte dialoog, een nieuwe gunningsprocedure die speciaal op complexe overheidsopdrachten is toegesneden en door Richtlijn 2004/18/EG in het leven is geroepen. Weinig belanghebbenden trokken het belang van deze procedure in twijfel. Veel respondenten vroegen om volledige bescherming van intellectuele eigendom en beperking van de middelen die inschrijvers in deze procedure moeten investeren.

De Commissie vertrouwt erop dat de praktische ervaring met deze procedure, die in de meeste lidstaten nog niet ten uitvoer is gelegd⁶, deze ongerustheid zal wegnemen. Omdat een aantal belanghebbenden heeft verzocht om verduidelijking van de bepalingen betreffende de concurrentiegerichte dialoog, zal een toelichting worden verstrekt die op de website van de Commissie toegankelijk wordt gemaakt⁷.

2.3. Vraagstukken waarvoor in dit stadium geen afzonderlijk EG-initiatief wordt voorgesteld

2.3.1. Geen nieuwe wetgeving voor alle soorten contractuele PPS

Alle PPS-constructies zijn - voorzover zij binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag vallen - overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten. Aangezien op de gunning van overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten echter

⁶ De lidstaten moeten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden om uiterlijk op 31 januari 2006 aan deze richtlijn te voldoen.

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

verschillende regels van toepassing zijn, kent de EG-wetgeving geen uniforme gunningsprocedure die speciaal op PPS-projecten is toegesneden.

Tegen deze achtergrond heeft de Commissie belanghebbenden gevraagd of zij nieuwe wetgeving voor alle soorten contractuele PPS-projecten zouden verwelkomen, ongeacht of deze als overheidsopdracht of als concessieovereenkomst zijn gekwalificeerd, waarbij hiervoor één gunningsregeling wordt ingevoerd (vraag 7 van het groenboek).

Uit de raadpleging bleek dat veel belanghebbenden zich verzetten tegen regelgeving voor alle soorten contractuele PPS-projecten, ongeacht of deze als overheidsopdracht of als concessieovereenkomst zijn gekwalificeerd. Dientengevolge is de Commissie niet voornemens om voor alle soorten contractuele PPS-projecten één gunningsregeling in te voeren..

2.3.2. *Geen communautaire maatregelen inzake andere specifieke aspecten van PPS*

Wat het vraagstuk van PPS op initiatief van de particuliere sector (vraag 9 van het groenboek) betreft, bleek uit de antwoorden dat er momenteel geen enkele behoefte bestaat aan maatregelen op EG-niveau om dergelijke regelingen aan te moedigen.

Er was evenmin steun voor Gemeenschapsinitiatieven om het contractuele kader van PPS-projecten op Gemeenschapsniveau te verduidelijken (vraag 14 van het groenboek) of de regels voor onderaanbesteding te verduidelijken of aan te passen (vraag 17 van het groenboek).

2.4. **Voortzetting op EG-niveau van het debat over PPS**

Deze mededeling is niet bedoeld om het debat over PPS en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten te beëindigen. De ervaring met PPS neemt gestaag toe. Alle spelers, met inbegrip van de nationale autoriteiten en de Commissie, leren voortdurend van de praktische ervaring met de toepassing van de EG-wetgeving op dergelijke samenwerkingsvormen. Hoewel dit proces de Commissie er niet van mag weerhouden initiatieven te nemen om nu reeds gesignaleerde tekortkomingen van het bestaande wettelijke kader aan te pakken, moet het overleg tussen de diensten van de Commissie en partijen die bij de ontwikkeling van PPS-projecten betrokken zijn, op alle niveaus worden voortgezet en zal bij de geplande effectbeoordeling worden gepoogd rekening te houden met deze permanente dialoog⁸.

Deze besprekingen worden in de bestaande comités op het niveau van de Commissie voortgezet, waar deskundigen inzake overheidsopdrachten⁹ en vertegenwoordigers¹⁰

⁸ In dit verband dient bijzondere aandacht te worden besteed aan PPS-projecten die zijn opgezet voor het bouwen en beheren van grensoverschrijdende infrastructuren.

⁹ Raadgevend Comité voor de openstelling van de markt voor overheidsopdrachten, opgericht bij Besluit 87/305/EEG van de Commissie.

¹⁰ Overeenkomstig de regeling voor de overgangperiode hebben niet alleen vertegenwoordigers van de lidstaten zitting in de comités, maar tevens waarnemers van de toetredende landen (Bulgarije en Roemenië).

van de lidstaten¹¹ bij elkaar komen, door deelname aan conferenties over PPS en overheidsopdrachten en door directe contacten tussen ambtenaren van de Commissie en PPS-deskundigen. Bovendien lijkt er onder nationale PPS-task forces algemene overeenstemming te heersen dat de ontwikkeling van infrastructuur verder kan worden verbeterd als de publieke sector over doeltreffender middelen beschikt om de bestaande ervaring met PPS-beleid, programmaontwikkeling en projectuitvoering te delen. Daarom overwegen de task forces samen met de Europese Investeringsbank een Europees PPS-expertisecentrum in het leven te roepen. In beginsel verwelkomt de Commissie een dergelijk initiatief.

3. CONCESSIEOVEREENKOMSTEN

3.1. Achtergrond

Een belangrijk kenmerk van een concessieovereenkomst is het recht van de concessiehouder het werk of de dienst te exploiteren als tegenprestatie voor het bouwen van het werk of het leveren van de dienst. Het grootste verschil met een overheidsopdracht is dat de concessiehouder, die gewoonlijk ten minste delen van de desbetreffende projecten financiert, het exploitatierisico moet dragen. Dergelijke financiering met particulier kapitaal wordt gezien als een van de belangrijkste stimulansen voor overheidsinstellingen om een PPS-project te starten. Ondanks het praktische belang ervan kent het afgeleide Gemeenschapsrecht slechts enkele bepalingen ter coördinatie van de gunningsprocedures voor concessieovereenkomsten voor werken. De regeling die in de gunningsfase van concessieovereenkomsten voor diensten van toepassing is, is uitsluitend gebaseerd op de beginselen die voortvloeien uit de artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag, met name de beginselen van transparantie, gelijke behandeling, evenredigheid en wederzijdse erkenning. Tegen deze achtergrond is belanghebbenden in het groenboek (vraag 6) gevraagd of zij een communautair wetgevingsinitiatief voor het reguleren van de procedure voor het gunnen van concessieovereenkomsten wenselijk achten.

De overgrote meerderheid van de aan de raadpleging deelnemende belanghebbenden bevestigde de vraag naar grotere rechtszekerheid betreffende de communautaire regels die op de gunningsfase van concessieovereenkomsten van toepassing zijn. De meningen over hoe dergelijke rechtszekerheid moet worden geboden - via wetgeving of via een niet-bindend interpretatief instrument -, waren echter verdeeld.

3.2. Opties om rechtszekerheid betreffende concessieovereenkomsten te bieden

Uit de raadpleging bleek de vraag naar een solide, samenhangend wettelijk kader voor de gunning van concessieovereenkomsten op EU-niveau, met name om de transactiekosten te verminderen (door de wettelijke risico's te verlagen) en meer in het algemeen om de concurrentie te versterken. Veel belanghebbenden betoogden dat vergroting van de rechtszekerheid en van doeltreffende concurrentie op het gebied van concessieovereenkomsten een praktische manier zou zijn om PPS-projecten te bevorderen, waarbij tevens de bijdrage die particuliere financiering van projecten in

¹¹ Raadgevend Comité inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, ingesteld bij Besluit 71/306/EEG van de Raad.

tijden van krappe overheidsbegrotingen kan leveren, wordt vergroot. Particuliere belanghebbenden wezen er met name op dat alleen maatregelen op EU-niveau een dergelijke rechtszekerheid kunnen bieden waarbij tegelijkertijd de problemen van een bonte schakering van nationale wetgeving worden vermeden, in het bijzonder voor de nieuwe lidstaten, die de particuliere financiering het hardst nodig hebben. Er zijn in principe twee manieren om aan deze vraag te voldoen: 1) niet-bindende richtsnoeren, met name in de vorm van een interpretatieve mededeling, en 2) wetgeving waarin de verplichtingen die uit de algemene beginselen van het EG-Verdrag voortvloeien, nader worden uitgelegd.

Interpretatieve mededeling

De Commissie heeft (in april 2000) al een interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten in het communautaire recht vastgesteld waarin het toepassingsgebied en de inhoud van de beginselen van het EG-Verdrag worden uitgelegd die op de gunning van concessieovereenkomsten van toepassing zijn. Veel belanghebbenden merkten op dat een interpretatieve mededeling een snel en doeltreffend instrument is om uitleg te geven. Uit de opmerkingen van de voornaamste belanghebbenden in de loop van het debat blijkt echter dat de bestaande interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten onvoldoende duidelijk heeft kunnen maken wat de exacte implicaties van de beginselen van het EG-Verdrag voor de gunning van concessieovereenkomsten zijn. De bijdragen van verschillende belangrijke belanghebbenden waren - verrassend genoeg - nog steeds gebaseerd op de veronderstelling dat de bestaande verplichtingen uit hoofde van de EG-wetgeving niet vereisen dat de gunning van concessieovereenkomsten wordt opengesteld voor concurrentie, met name door alle ondernemingen in staat te stellen hun belangstelling voor het sluiten van een concessieovereenkomst te laten blijken.

Andere belanghebbenden vonden een interpretatieve mededeling een ideaal instrument voor een duidelijker afbakening tussen contracten voor overheidsopdrachten enerzijds en concessieovereenkomsten anderzijds. Een interpretatieve mededeling heeft echter beperkte mogelijkheden om zekerheid te bieden, aangezien hierin slechts bestaande wetgeving wordt geanalyseerd en geïnterpreteerd. In veel gevallen kan gebrek aan duidelijkheid in de wetgeving nauwelijks worden ondervangen door interpretatie. Een geactualiseerde versie van de interpretatieve mededeling van april 2000 biedt wellicht enige toegevoegde waarde, maar kan naar alle waarschijnlijkheid niet aan de vraag naar meer rechtszekerheid voldoen.

Wetgevingsinitiatief

De gemelde misverstanden over het toepassingsgebied en de inhoud van de communautaire wettelijke verplichtingen voor aanbestedende diensten die concessieovereenkomsten sluiten, bevestigen het standpunt van belanghebbenden dat de algemene beginselen van het EG-Verdrag, zelfs als zij in een interpretatief document van de Commissie zijn verduidelijkt, niet voldoende rechtszekerheid bieden. Men vindt dat zij de aanbestedende diensten te veel vrijheid laten en derhalve geen gelijke behandeling van Europese ondernemingen in de hele EU waarborgen. Sterker nog, zowel uit de juridische praktijk als uit de doctrine blijkt dat - ondanks

verduidelijking door het Europese Hof van Justitie¹² - de vereisten van het EG-Verdrag op verschillende wijze worden uitgelegd. Er is gemeld dat dit specifieke problemen heeft opgeleverd voor inschrijvers die bij een nationale rechter een zaak tegen de gunning van een concessieovereenkomst aanhangig hebben gemaakt. Deze situatie kan bedrijven zeker ontmoedigen om op concessies in te schrijven, kan wellicht de concurrentie bij PPS-projecten verminderen en uiteindelijk zelfs het succes ervan in gevaar brengen.

Meer in het algemeen is het moeilijk te begrijpen waarom concessieovereenkomsten voor diensten die vaak voor ingewikkelde projecten van grote waarde worden gebruikt, volledig van het afgeleide EG-recht zijn uitgesloten. In de loop van de raadpleging in het kader van het groenboek over PPS zijn enkele argumenten gegeven die dit ontbreken van gedetailleerde gunningprocedures op EG-niveau verklaren. Genoemd werden onder meer de schijnbaar noodzakelijke flexibiliteit op het gebied van concessieovereenkomsten en het subsidiariteitsbeginsel. Deze argumenten tegen een bindend Gemeenschapsinitiatief op dit gebied zijn echter niet overtuigend: het goedkeuren van Gemeenschapswetgeving betreffende de gunning van concessieovereenkomsten houdt niet in dat overheidsinstellingen onvoldoende flexibel kunnen zijn wanneer zij een private partner voor PPS kiezen. In een wetgevingsinitiatief betreffende de gunning van concessieovereenkomsten moet rekening worden gehouden met de mogelijke complexiteit van concessieovereenkomsten en de noodzaak van onderhandelingen tussen de aanbestedende dienst en de inschrijvers. Tegen deze achtergrond is het moeilijk in te zien waarom het expliciet vermelden van de regels die op de gunning van concessieovereenkomsten van toepassing zijn, als zodanig de flexibiliteit van aanbestedende diensten bij de sluiting van concessieovereenkomsten voor dienstverlening onnodig zou beperken. Evenzo moet op basis van de exacte inhoud van een dergelijk initiatief worden bepaald of het wel of niet met het subsidiariteitsbeginsel verenigbaar is. Er is geen reden om aan te nemen dat een dergelijk initiatief per se niet met dit beginsel verenigbaar is.

Uit de zorgvuldige overweging van alle argumenten en feitelijke informatie die in de loop van de raadpleging in het kader van het groenboek over PPS zijn ingediend, blijkt momenteel dat voor concessieovereenkomsten een wetgevingsinitiatief de voorkeur verdient. Zoals hierboven al is vermeld moet een nadere diepgaande analyse overeenkomstig de beginselen van "Betere regelgeving" worden gemaakt alvorens formeel wetgeving voor te stellen, teneinde 1) vast te stellen of een Gemeenschapsinitiatief om de procedures voor het gunnen van concessieovereenkomsten te reguleren noodzakelijk is, 2) zo ja, een dergelijk initiatief vorm te geven en 3) de mogelijke gevolgen ervan beter te begrijpen.

3.3. Inhoud van een mogelijk Gemeenschapsinitiatief over concessieovereenkomsten

Zoals hierboven is toegelicht kan het noodzakelijk zijn de algemene beginselen die aan het EG-Verdrag zijn ontleend, expliciet in Gemeenschapswetgeving over de gunning van concessieovereenkomsten te vermelden. De wetgeving, die op concessieovereenkomsten voor werken en voor diensten van toepassing moet zijn,

¹² Zaak C-324/98, Telaustria, Jurispr. 2000, blz. I-10475, zaak C-231/03, Coname, Jurispr. 2005, nog niet gepubliceerd.

moet een duidelijke scheiding aanbrengen tussen concessieovereenkomsten en contracten voor overheidsopdrachten. Hiervoor zijn passende bekendmaking van het voornemen om een concessieovereenkomst te sluiten en vastlegging van de regels voor de selectie van concessiehouders op basis van objectieve en niet-discriminerende criteria vereist. Meer in het algemeen moeten de regels op de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van alle deelnemers aan de gunningsprocedure zijn gericht. Ook problemen in verband met de lange duur van concessieovereenkomsten, zoals de behoefte om de overeenkomst in de loop der tijd aan te passen, evenals vragen betreffende PPS-projecten die zijn opgezet om grensoverschrijdende infrastructuren te bouwen en te beheren, zouden in een dergelijk initiatief aan de orde kunnen komen.

Een gevolg van dergelijke wetgeving over concessieovereenkomsten zou een kwalitatieve sprong voorwaarts in de bescherming van inschrijvers in de meeste lidstaten zijn, aangezien concessieovereenkomsten, zodra zij onder het afgeleide Gemeenschapsrecht vallen, ook onder het toepassingsgebied van de communautaire richtlijnen over de rechtsbeschermingsprocedures voor de gunning van contracten voor overheidsopdrachten vallen die doeltreffendere en adequatere rechtsmiddelen bieden dan de basisbeginselen van rechtsbescherming die door het Europese Hof van Justitie zijn ontwikkeld.

Er kunnen in dit stadium geen details over de inhoud van een mogelijk Gemeenschapsinitiatief over concessieovereenkomsten worden verstrekt. Het bestaan en de vorm van dergelijke regels is afhankelijk van verder onderzoek dat de Commissie in de loop van een volledige effectbeoordelingsprocedure moet doen. Het is dan ook te vroeg om een mening te geven over het algehele bereik van dergelijke regels, met inbegrip van de vaststelling van drempelwaarden waarboven dergelijke regels van toepassing zouden zijn. In ieder geval zou een dergelijk initiatief er niet op zijn gericht de bestaande sectorspecifieke Gemeenschapsregelgeving betreffende de sluiting van concessieovereenkomsten in de desbetreffende sectoren te wijzigen.

4. GEÏNSTITUTIONALISEERDE PPS

4.1. Benadering die de voorkeur heeft

Uit de openbare raadpleging in het kader van het groenboek over PPS is de noodzaak gebleken om te verduidelijken in hoeverre de EG-regels voor overheidsopdrachten van toepassing zijn op de oprichting van ondernemingen om openbare diensten te verlenen die gezamenlijk eigendom zijn van zowel publieke als private partijen (geïstitutionaliseerde PPS-projecten). Sommige belanghebbenden vonden deze verduidelijking dringend noodzakelijk. Er is gemeld dat overheidsinstellingen van deelname aan innovatieve PPS-projecten afzien om het risico te vermijden dat zij een geïstitutionaliseerd PPS-project opzetten waarvan later zou kunnen blijken dat het niet met de EG-wetgeving verenigbaar is. Slechts weinig belanghebbenden waren echter van mening dat op dit gebied rechtszekerheid door middel van een wettelijk bindend instrument moet worden geboden.

Momenteel lijkt het dat, wat geïstitutionaliseerde PPS betreft, een interpretatieve mededeling de beste manier is om doeltreffende concurrentie te stimuleren en rechtszekerheid te bieden. Ten eerste is er in tegenstelling tot

concessieovereenkomsten tot dusverre geen ervaring met een interpretatieve mededeling waarin wordt uitgelegd hoe de regels voor overheidsopdrachten op de totstandkoming van geïnstitutionaliseerde PPS-projecten moeten worden toegepast. Bovendien is in de meeste lidstaten de oprichting van publiek-private rechtspersonen om diensten van algemeen economisch belang te verlenen een redelijk nieuw en innovatief concept. Een niet-bindend initiatief op dit gebied zou de nodige richtsnoeren bieden zonder innovatie in de kiem te smoren. Daarnaast lijkt het, wat geïnstitutionaliseerde PPS betreft, erg belangrijk snel op waargenomen onzekerheden te reageren.

Over het geheel genomen lijkt een interpretatieve mededeling momenteel een geschiktere reactie op deze vraag dan volledig ontwikkelde wetgeving. Mocht uit een toekomstige analyse echter blijken dat - net als bij concessieovereenkomsten - een interpretatieve mededeling onvoldoende is om de juiste toepassing van de EG-wetgeving te waarborgen, dan blijft het vaststellen van een wetgevingsvoorstel een optie.

4.2. Inhoud van een mogelijk interpretatieve mededeling over geïnstitutionaliseerde PPS

In een interpretatieve mededeling over geïnstitutionaliseerde PPS en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten moet allereerst de toepassing worden verduidelijkt van de regels voor overheidsopdrachten op 1) de oprichting van rechtspersonen met publiek en privaat kapitaal die bedoeld zijn om diensten van algemeen (economisch) belang te verlenen, en 2) de deelneming van particuliere bedrijven in bestaande overheidsbedrijven die dergelijke taken uitvoeren. In deze context moet in een eventuele toekomstige mededeling in het bijzonder worden geschetst op welke wijze geïnstitutionaliseerde PPS-projecten moeten worden opgezet om te waarborgen dat de bijbehorende gunning van taken verenigbaar is met de EG-wetgeving¹³.

In de context van geïnstitutionaliseerde PPS is in het groenboek gesproken over "in house"-relaties¹⁴. Hier werd benadrukt dat het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten in de regel van toepassing is wanneer een aanbestedende instantie besluit een taak aan een derde, dat wil zeggen een rechtens van hem onderscheiden persoon, toe te vertrouwen. Het is vaste rechtspraak¹⁵ van het Europese Hof van Justitie dat dit slechts anders kan zijn wanneer 1) het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en 2) deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen. In zijn arrest van 11 januari 2005 in de zaak Stadt Halle e.a.¹⁶ vult het Europese Hof van Justitie deze definitie van "in house"-relaties aan door te zeggen dat de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten waarin de richtlijnen voor overheidsopdrachten voorzien, - indien aan de overige voorwaarden voor de

¹³ In een dergelijke mededeling moeten met name de onderwerpen die in de punten 58 tot en met 69 van het groenboek over PPS worden benadrukt, nader worden onderzocht.

¹⁴ Punt 63 van het groenboek over PPS.

¹⁵ Arrest van 18 november 1999 in zaak C-107/98, Teckal/Comune di Viano e.a., Jurispr. 1999, blz. I-08121, punt 50.

¹⁶ Zaak C-26/03, Jurispr. 2005, nog niet gepubliceerd, punt 52.

toepassing ervan wordt voldaan - steeds moeten worden toegepast wanneer een aanbestedende dienst van plan is om met een vennootschap die rechtens van hem is onderscheiden, maar in het kapitaal waarvan hij met ten minste een particuliere onderneming deelneemt, een overeenkomst onder bezwarende titel te sluiten.

Met name belanghebbenden uit de publieke sector, waaronder de regeringen van enkele lidstaten, vroegen om verruiming van het "in house"-concept, dat naar hun mening door het Hof te beperkt wordt uitgelegd. Er lijkt echter momenteel geen dwingend bewijs te zijn om te suggereren dat de kwaliteit van overheidsdiensten kan worden verbeterd of de prijzen kunnen worden verlaagd, wanneer particuliere ondernemingen - via geïstitutionaliseerde PPS - taken op het gebied van overheidsdiensten krijgen zonder dat hieraan een concurrentiegerichte gunningsprocedure is voorafgegaan. Voorts is het moeilijk te zien hoe een bevoorrechte behandeling van geïstitutionaliseerde PPS-constructies ten opzichte van hun particuliere concurrenten in overeenstemming kan zijn met de verplichting tot gelijke behandeling die uit het EG-Verdrag voortvloeit.

Bijdragen aan het groenboek over PPS en discussies met belanghebbenden in het kader van deze openbare raadpleging, alsmede ervaring in het kader van procedures uit hoofde van artikel 226 van het EG-Verdrag hebben laten zien dat ook verduidelijking nodig is om vast te stellen in hoeverre het Gemeenschapsrecht van toepassing is op het delegeren van taken aan openbare instanties, en welke vormen van samenwerking buiten het toepassingsgebied van de bepalingen betreffende de interne markt blijven. Onlangs heeft het Europese Hof van Justitie¹⁷ duidelijk gemaakt dat relaties tussen overheidsinstanties, hun openbare organen en in het algemeen niet-commerciële publiekrechtelijke lichamen niet a priori kunnen worden uitgesloten van het recht inzake overheidsopdrachten. Verdere verduidelijking van dit vraagstuk kan zeker deel uitmaken van een interpretatieve mededeling over geïstitutionaliseerde PPS.

5. VOLGENDE STAPPEN

Er moet een nadere analyse worden gemaakt van de maatregelen die in deze mededeling worden besproken, met name het wetgevingsinstrument over concessieovereenkomsten en de interpretatieve mededeling over geïstitutionaliseerde PPS. Gerichte raadpleging van belanghebbenden zal deel uitmaken van deze werkzaamheden.

Het is de bedoeling het interpretatieve document over geïstitutionaliseerde PPS in de loop van 2006 op te stellen.

In 2006 zullen de diensten van de Commissie ook een diepgaande analyse van de gevolgen van een mogelijk wetgevingsinitiatief over concessieovereenkomsten uitvoeren. Het definitieve besluit om deze maatregel al dan niet te nemen en over de concrete vorm ervan is afhankelijk van het resultaat van deze effectbeoordeling.

¹⁷ Arrest van 13 januari 2005 in zaak C-84/03, Commissie/Spanje, Jurispr. 2005, nog niet gepubliceerd.