

Fiche 3: Publiek-Private Samenwerking en Gemeenschapsrecht t.a.v. aanbesteden en concessies

Titel:

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions (document niet in het Nederlands beschikbaar)

Datum Raadsdocument: 17 november 2005

Nr Raadsdocument: 12303/05

Nr. Commissiedocument: COM (2005) 569

Eerstverantwoordelijk ministerie: EZ in nauwe samenwerking met VROM en FIN i.o.m. V&W, DEF, BZ, BZK, JUST, VWS, LNV, OCW en VNG en UvW

Behandelingstraject in Brussel: Raadswerkgroep Aanbesteden, Raad voor Concurrentievermogen

Achtergrond, korte inhoud en doelstelling van het voorstel:

Deze mededeling presenteert de beleidsopties die volgen uit de consultatie van overheden en het bedrijfsleven in Europa naar aanleiding van het groenboek PPS¹. In het groenboek presenteerde de Commissie vraagstukken over het recht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten ten aanzien van Publiek-Private Samenwerking (PPS), om een discussie in gang te zetten over de toepasbaarheid van het Gemeenschapsrecht op PPS.

In het Groenboek maakt de Commissie onderscheid tussen strikt contractuele PPS, waarbij samenwerking tussen de publieke en private sector op een contract berust én geïnstitutionaliseerde PPS, waarbij de publieke en private sector in een afzonderlijke rechtspersoon samenwerken.

Ten behoeve van de analyse van dit groenboek gaat het derhalve om het gemeenschapsrecht inzake de navolgende aandachtsgebieden:

Groenboek PPS	overheidsopdrachten	concessies
contractuele PPS	x	x
geïnstitutionaliseerde PPS	x	x

In deze mededeling worden twee beleidsopties gepresenteerd, die als doel hebben om effectieve concurrentie te waarborgen, zonder dat dit ten koste gaat van de flexibiliteit die nodig is bij innovatieve en complexe projecten. Het gaat nadrukkelijk om beleidsopties, want er moet nog een 'impact assessment' gedaan worden in het kader van het 'Betere Regelgeving' programma, waaruit zal blijken of de plannen doorgang kunnen vinden en in welke vorm dit dan zal zijn. De beleidsinstrumenten die de Commissie in deze mededeling voorstelt zijn de interpretatieve mededeling op het gebied van geïnstitutionaliseerde PPS en nieuwe regelgeving voor concessie-verlening:

Mededeling Europese Commissie	overheidsopdrachten	concessies
contractuele PPS	-	regelgeving

¹ Groenboek over Publiek-Private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, 6 mei 2004, COM (2004) 327.

geïstitutionaliseerde PPS	<i>interpretatieve mededeling</i>	-
----------------------------------	--	---

1. Regelgeving voor Concessie verlening².

In navolging van de interpretatieve mededeling van april 2000, wil de Commissie regelgeving gaan maken om de toepassing van de algemene beginselen van het EG-Verdrag bij het verlenen van concessies te concretiseren. Bij de consultatie is naar voor gekomen dat toenemende rechtszekerheid en effectieve concurrentie het gebruik van PPS zullen stimuleren. De huidige interpretatieve mededeling biedt niet genoeg rechtszekerheid en duidelijkheid. De Commissie verwacht ten aanzien van rechtszekerheid niet voldoende verbeteringen te kunnen realiseren middels wijzigingen in de interpretatieve mededeling, daarom is nieuwe regelgeving nodig. Deze regelgeving dient betrekking te hebben op zowel werken als diensten. Hoewel het wetgevings-voorstel pas zal worden vormgegeven na een uitvoerige impact assessment, meldt de Commissie alvast dat het regels zal bevatten over de aankondiging en de selectie van concessiehouders, op basis van objectieve en non-discriminerende criteria. De regels zullen uitgaan van een gelijke behandeling voor alle deelnemers aan de concessie verlening.

2. Interpretatieve mededeling³ voor aanbestedingen bij geïstitutionaliseerde Publiek-Private samenwerkingen

Geïstitutionaliseerde Publiek-Private samenwerkingsprojecten zijn projecten waarbij de publieke en private sector in een afzonderlijke rechtspersoon samenwerken. Het gaat om ondernemingen die deels in publieke en deels in private handen zijn om publieke diensten te verlenen. Uit de consultatie is niet gebleken dat betrokkenen behoefte hadden aan regelgeving op het gebied van deze vorm van PPS. De Commissie beschouwt een interpretatieve mededeling daarom op dit moment als het beste instrument om concurrentie aan te moedigen en meer rechtszekerheid te scheppen. Een interpretatieve mededeling zal volgens de Commissie voorzien in de benodigde aansturing zonder innovatie in de weg te staan. Deze mededeling moet vooral verheldering bieden over hoe de aanbestedingsregels gebruikt dienen te worden bij 'public-private entities' die diensten van algemeen (economisch) belang verrichten én over de deelname van private bedrijven in bestaande publieke organisaties die dergelijke taken verrichten. Het gaat er volgens de Commissie om dat er gewaarborgd wordt dat de aanbestedingen bij PPS niet strijdig zijn met het Gemeenschapsrecht.

Rechtsbasis van het voorstel: n.v.t., betreft een mededeling.

Besluitvormingsprocedure en rol Europees Parlement: n.v.t., betreft een mededeling.

Instelling nieuw Comitologie-comité: n.v.t., betreft een mededeling.

Subsidiariteit en proportionaliteit:

Subsidiariteit: Strikt genomen niet van toepassing, het betreft een mededeling. Voor zover tot een beoordeling dient te worden overgegaan, luidt het oordeel: nog nader te bepalen

² Concessieovereenkomsten zijn niet gedefinieerd in het Verdrag. De enige definitie in het afgeleide communautaire recht is die van de aanbestedingsrichtlijn, waarin concessies voor werken gelijk worden gesteld aan overheids-opdrachten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat uit het uitsluitend recht het werk te exploiteren, eventueel gepaard gaande met een prijs.

³ Met een interpretatieve mededeling beoogt de Commissie met name de toepassing van bestaande regelgeving te verduidelijken. Een interpretatieve mededeling heeft formeel geen juridische binding. Het Hof hecht echter in de praktijk bij beoordeling van een geschil veel waarde aan de interpretatieve mededelingen van de Commissie.

De Europese aanbestedings- en concessieregels zijn bedoeld om een Europese interne markt te creëren, waarin zowel een vrij verkeer van goederen, diensten en personen gewaarborgd is, als waarin de fundamentele principes van gelijke behandeling, transparantie en wederzijdse erkenning geborgd zijn. De Commissie is bevoegd op te treden op het gebied van Europees aanbesteden en concessieverlening, omdat deze terreinen directe invloed hebben op de interne markt.

Met de subsidiariteitstoets wordt evenwel nagegaan of de doelstellingen van het door de Commissie voorgestelde optreden onvoldoende door de lidstaten zelf kunnen worden verwezenlijkt. Nederland is - evenals de Commissie - van mening dat dit afhankelijk is van de inhoud van het voorstel. De Commissie heeft in de mededeling aangegeven deze subsidiariteitsvraag nog niet te kunnen beantwoorden, omdat de inhoud van de voorstellen nog niet is vastgesteld (dit gebeurt pas na impact assessment). Derhalve moet vooralsnog worden geconcludeerd dat de subsidiariteitsvraag nog nader bepaald moet worden.

Proportionaliteit: Strikt genomen niet van toepassing, het betreft een mededeling. Voor zover tot een beoordeling dient te worden overgegaan, luidt het oordeel: twijfelachtig.

Ten aanzien van het voorstel tot regelgeving voor het verlenen van concessies is Nederland op dit moment niet overtuigd van de noodzaak daarvan en is derhalve geen voorstander van nieuwe regelgeving. De huidige Europese regelgeving biedt naar de mening van de Nederlandse overheid voldoende mogelijkheden en is ook voldoende duidelijk. Er is reeds een (vrij flexibele) regeling voor concessies voor openbare werken (titel III van richtlijn 2004/18) en artikel 17 van richtlijn 2004/18 bepaalt dat concessies voor diensten uitgesloten zijn van die richtlijn. Richtlijn 2004/18 is minder duidelijk over de reikwijdte van aanbestedingsregels t.a.v. openbaar vervoer (als dienst); Nederland verwacht echter dat helderheid wordt geschapen in een toekomstige Verordening inzake openbare dienstcontracten voor vervoer (public services).

Nederland staat in beginsel positief tegenover de interpretatieve mededeling op het gebied van geïnstitutionaliseerde Publiek-Private samenwerkingen. Het inzicht in de toepasselijkheid van het Gemeenschapsrecht in het kader van geïnstitutionaliseerde PPS-projecten is in Nederland toegenomen op decentraal niveau. Meer duidelijkheid omtrent de bestaande Europese regels en hoe beginselen vertaald dienen te worden op het gebied van de geïnstitutionaliseerde PPS constructies is daarom wenselijk, mits het niet ten koste gaat van de flexibiliteit van de aanbesteding. De Nederlandse regering ziet in aanvulling daarop op dit moment geen noodzaak voor nieuwe regelgeving.

Consequenties voor de EU-begroting: geen.

Financiële, personele en administratieve consequenties voor de rijksoverheid, decentrale overheden en/of bedrijfsleven en burger:

Het is niet ondenkbaar dat als tot de ontwikkeling en vaststelling van de voorgestelde regelgeving wordt besloten, dit financiële gevolgen zal hebben voor de aanbestedende diensten. Additionele kosten als gevolg van deze regelgeving bij het aanbesteden van projecten in PPS, zullen ten laste komen van de aanbestedende diensten.

Nieuwe regelgeving zal voorts van invloed zijn op de (administratieve) lasten voor ondernemers (afhankelijk van de concretisering van de voorstellen misschien ook voor speciale sector-bedrijven).

Consequenties voor nationale en decentrale regelgeving/beleid, (informatie over het inschakelen van nationale agentschappen / zelfstandige bestuursorganen e.d., implementatie en uitvoering, notificatie en handhaving en/of sanctionering):

Indien er nieuwe regels worden vastgesteld voor concessieverlening voor (openbare) werken en voor diensten, dan zal dit in de aanbestedingsregelgeving van EZ geïmplementeerd moeten worden. De bestaande aanbestedingsregels⁴ zullen moeten worden aangepast. Voorts kunnen deze regels,

⁴ Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), 16 juli 2005.

afhankelijk van de inhoud en reikwijdte van de regels, van invloed zijn op de regels (en praktijk) van het Ministerie van V&W ten aanzien van het openbaar vervoer. Het is hierbij van belang dat, ook gelet op de voorgestelde Verordening inzake openbare dienstcontracten op het gebied van vervoer, de Commissie duidelijk maakt welke regels van toepassing zijn op openbaar vervoercontracten en dat deze regels elkaar niet tegenspreken.

Voorgestelde implementatietermijn (bij richtlijnen) dan wel voorgestelde datum inwerking treding (bij verordeningen en beschikkingen) met commentaar t.a.v. haalbaarheid:n.v.t.

Consequenties voor ontwikkelingslanden:geen.

Nederlandse belangen en eerste algemene standpuntbepaling:

Ten aanzien van regelgeving concessies:

Nederland is vooralsnog geen voorstander van nieuwe regelgeving op het gebied van concessieverlening. In de mededeling van de Commissie is de noodzaak daartoe niet voldoende onderbouwd. Daarnaast is het opmerkelijk dat er niet wordt ingegaan op de bestaande regeling betreffende concessies voor werken in richtlijn 2004/18 of op de in deze richtlijn opgenomen bepaling waarbij concessies voor diensten duidelijk worden uitgesloten van de werkingssfeer van die richtlijn. Er is niet aangegeven of en op welke gronden de huidige regeling betreffende concessies voor openbare werken niet voldoet. Ook heeft de Commissie niet voldoende gemotiveerd waarom wijziging van de bestaande of een nieuwe interpretatieve mededeling geen optie is.

Kortom, Nederland is van mening dat de Commissie haar voorstel tot regelgeving voor het verlenen van concessies beter dient te onderbouwen. Op grond van de huidige mededeling kan Nederland niet inschatten in hoeverre de regelgeving noodzakelijk is in het licht van de naleving van het Verdrag. Daarbij wil Nederland dat er rekening wordt gehouden met bestaande richtlijnen, verordeningen en voorstellen tot verordeningen (bijvoorbeeld de voorgestelde Verordening inzake openbare dienstcontracten op het gebied van vervoer) én met het recht dat voortvloeit uit de beginselen van het Verdrag (zoals het in het Verdrag geborgde eigendomsrecht). Nederland wil vermijden dat er tegenstrijdige regels worden vastgesteld.

Ten aanzien van interpretatieve mededeling geïnstitutionaliseerde PPS:

Nederland is voorstander van een interpretatieve mededeling indien het gaat om een uitleg van *het doel en de reikwijdte van de bestaande* regelgeving. Een interpretatieve mededeling met een ruimere inhoudelijke strekking dan de uitleg van bestaande wetgeving is echter niet gewenst. Interpretatieve documenten blijken in de praktijk af en toe een meer regelend karakter te hebben. Dergelijke mededelingen dienen, zolang de behoefte aan regels volgens de daartoe geldende procedures niet is vastgesteld, op voorhand te worden afgewezen.

Tevens dient een interpretatieve mededeling op voorhand te worden afgewezen indien er *wel* behoefte bestaat aan nieuwe regelgeving en vooruitlopend op, of in plaats van, het doorlopen van de daartoe geldende procedures om die regelgeving vast te stellen, (op voorhand) wordt volstaan met een interpretatieve mededeling. Nederland is van mening dat regelgeving op een democratische wijze tot stand moet komen.

De Commissie gaat in de mededeling uit van een beperkte definitie van PPS. Hieronder vallen niet de vormen van PPS die in Nederland vaak voorkomen, zoals de gebiedsgebonden PPS. Nederland acht het van belang dat een eenduidige, praktisch hanteerbare beschrijving wordt gegeven over wat in Europa onder PPS moet worden verstaan.

Bij gebiedsgebonden PPS is vaak sprake van geïnstitutionaliseerde PPS. De Nederlandse regering wil daarom aandacht vragen voor de toepassing van een geïnstitutionaliseerde PPS in het geval van gebiedsontwikkeling. Bij een gebiedsgebonden PPS wordt een gebied integraal ontwikkeld, bijvoorbeeld voor te bouwen woningen, kantoren, winkels alsmede de infrastructuur en groenvoorzieningen. In grote lijnen komt het model er op neer dat de locatie bouw- en woonrijp wordt gemaakt en dat de investeringen, op basis van een sluitende grondexploitatie, worden terug-verdiend bij de verkoop van bouwrijpe grond. Het voordeel van een dergelijk model is dat uit de opbrengsten van de bouwrijpe grond zowel de rendabele als de onrendabele delen kunnen worden gefinancierd. Bij dit model is de gemeente (afgezien van het verstrekken van overheidsopdrachten) niet gebonden aan de aanbestedingsrichtlijnen bij het kiezen van haar PPS partners.

Meer duidelijkheid op het gebied van geïnstitutionaliseerde PPS is wenselijk, mits het niet ten koste gaat van de flexibiliteit van de aanbesteding. Ook bij niet gebiedsgebonden opdrachten zal deze flexibiliteit gewaarborgd moeten worden.

Als onderdeel van de voor 2006 aangekondigde impactanalyse acht Nederland het nodig dat de Commissie ten aanzien van de regelgeving concessies alsmede de interpretatieve mededeling geïnstitutionaliseerde PPS precies aangeeft wat het financieel beslag van de toekomstige voorstellen zal zijn. Dit geldt tevens voor de te verwachten gevolgen voor de administratieve lasten voor ondernemers en de gevolgen voor nationale en decentrale regelgeving. Ook zal - bij voorkeur kwantitatief - aangegeven moeten worden wat de maatschappelijke baten van de voorstellen zijn.