

Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het „Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten”

(COM(2004) 327 def.)

(2005/C 120/18)

De Europese Commissie heeft op 30 april 2004 besloten om het Europees Economisch en Sociaal Comité, overeenkomstig artikel 262 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, te raadplegen over het „Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten”

De gespecialiseerde afdeling „Interne markt, productie en consumptie”, die met de voorbereiding van de desbetreffende werkzaamheden was belast, heeft haar advies op 8 september 2004 goedgekeurd. Rapporteur was de heer LEVAUX.

Het Europees Economisch en Sociaal Comité heeft tijdens zijn 412e zitting op 27 en 28 oktober 2004 (vergadering van 27 oktober) onderstaand advies uitgebracht, dat met 96 stemmen vóór en twee stemmen tegen, bij twee onthoudingen is goedgekeurd.

1. Inleiding

1.1 De Commissie heeft op 30 april 2004 een Groenboek over publiek-private samenwerking (hierna: PPS) uitgebracht. Doel daarvan is om een discussie op gang te brengen over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake concessieovereenkomsten en PPS.

1.2 De aanbevelingen die het EESC in zijn initiatiefadvies van oktober 2000 ⁽¹⁾ heeft gedaan, hebben nog niets van hun actualiteit verloren. PPS is een verschijnsel dat een steeds hogere vlucht neemt en dat, ook in de uitgebreide EU en na de goedkeuring van de nieuwe richtsnoeren van 30 april 2004 ⁽²⁾, nog niets aan strategisch belang heeft ingeboet.

1.3 Inmiddels is ook in een aantal landen ervaring opgedaan met PPS-projecten. De resultaten daarvan zijn zeer wisselend; het zou dan ook wenselijk zijn om deze systematisch te beoordelen aan de hand van uiteenlopende criteria, zoals kosten, toegankelijkheid van de diensten, kwaliteit van de diensten en gevolgen voor de werkgelegenheid. Met name zou moeten worden nagegaan of en hoe PPS ertoe kan bijdragen dat Europa met de rest van de wereld kan blijven concurreren en welke voor- en nadelen dergelijke projecten ten opzichte van de traditionele dienstverleningsvormen hebben.

2. Nationale wetgeving inzake PPS en PPS-projecten nemen een hoge vlucht in Europa

2.1 In alle landen van Europa werd en wordt gebruik gemaakt van PPS- en concessieovereenkomsten. Desalniettemin is de Commissie er nog steeds niet in geslaagd om daarvan een inventaris op te maken. De EIB beschikt over deelstatistieken van een honderdtal projecten. Overigens werden er al in de tijd van de Romeinen, zo'n twee duizend jaar terug, toen „Europa” nog in de kinderschoenen stond, concessieovereenkomsten gesloten. In de negentiende eeuw is het netwerk van Europese

spoorwegen opgezet met behulp van concessieovereenkomsten. Die overeenkomsten spelen niet alleen bij de spoorwegen, maar ook bij de gemeentelijke dienstverlening (zoals de water-, gas- en stroomvoorziening, vuilophaal- en telefoondienst) een zeer grote rol.

2.2 Het is overal ter wereld al lang zo dat er voor het ontwerp, de financiering, de uitvoering en het beheer van snelwegen, parkeerfaciliteiten, waterleidingen, musea, vliegvelden, tram en metro, de ruimtelijke ordening in steden, de renovatie van scholen en ziekenhuizen e.d. allesomvattende overeenkomsten worden gesloten.

2.3 **Landen met een nieuwe wetgeving inzake PPS.** *Onderstaande beschrijvingen hebben betrekking op de in een beperkt aantal landen, te weten: Italië, Spanje, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk, geconstateerde feiten.*

2.3.1 Italië

2.3.1.1 In de tweede alinea van artikel 19 van de Italiaanse kaderwet 109/94 ⁽³⁾ (of: Merloni-wet) is bepaald wat onder een **bouw- of beheersconcessie** moet worden verstaan. Hoofdkenmerk van dergelijke overeenkomsten is dat concessiehouders de opdracht met eigen middelen verrichten, waarna het voorgesloten kapitaal door de **uitbating van het resultaat** wordt terugverdiend.

Het programma om de achterstand in te halen die in Italië bij de aanleg van infrastructuurvoorzieningen is opgelopen, omvat 220 als strategisch aangemerkte doelstellingen:

- voor een bedrag aan investeringen dat voor de periode 2002-2011 op 125 miljard euro is geraamd,
- waarvan 50 % voor rekening van de overheid komt en 50 % door particuliere ondernemingen wordt gefinancierd.

⁽¹⁾ PB C 14 van 16 januari 2001

⁽²⁾ PB L 134 van 30 april 2004

⁽³⁾ Kaderwet (L 109/94) (Italiaans Staatsblad nr. 41 van 19 februari 1994), gewijzigd bij de wet van 2 juni 1995 nr. 216 (Italiaans Staatsblad nr. 127 van 2 juni 1995)

Bij wet zijn aangepaste rechtsregels vastgelegd voor de „algemene contractant”, de „concessiehouder”, „uitbesteding” en de „projectontwikkelaar”.

Bij een nieuwe wet van 2001 is het begrip „**algemeen contractant**” in het leven geroepen, omdat bedrijven die zo'n algemeen contract sluiten, een bouwwerk kant-en-klaar afleveren en voor het onderhoud ervan zorgen. Ook moet de „algemeen contractant” het bouwwerk voorlopig financieren. Doel hiervan is de bouw efficiënter te maken en het probleem van te laat opgeleverde bouwwerken op te lossen.

2.3.1.2 De concessiehouder

Als alternatief voor de algemeen contractant kan er ook een beroep worden gedaan op een houder van een bouw- of beheersconcessie: een overeenkomst voor een dergelijke concessie wordt meestal gesloten met bedrijven die niet over het benodigde kapitaal beschikken, omdat bij bouw- of beheersconcessies de gebruiker een deel van de kosten of zelfs alle kosten betaalt. Als een bestuurlijke overheid een overeenkomst sluit met een algemeen contractant, moet de betaling worden uitgesmeerd.

2.3.1.3 Uitbesteding of beheersconcessie

Een concessie kan ook worden gegund voor het beheer van bestaande bouwwerken (ziekenhuizen, scholen, gevangenissen). Geruggensteund door een aanbeveling van het ministerie van financiën moet een bestuurlijke overheid in de gelegenheid worden gesteld om zich op haar basistaken te concentreren, terwijl voor het overige van het innovatief vermogen van de particuliere sector kan worden geprofiteerd.

2.3.1.4 De overeenkomst met een projectontwikkelaar

In dit geval gaat het om de mogelijkheid voor wie dan ook om, in het kader van driejarenprogramma's voor de investeringen van een bepaalde overheidsinstantie, met een idee voor een bouwwerk te komen. De betrokken bestuurlijke overheid kan die suggestie al dan niet overnemen. Zo ja, dan moeten diverse mededingers om de opdracht strijden. De projectontwikkelaar heeft recht van voorkoop en stelt de overeenkomst op.

In Italië zijn projectontwikkelaars een steeds grotere rol gaan spelen. Zo zijn er in drie en een half jaar tijd (van januari 2000 tot juni 2003):

- 1163 nieuwe initiatieven genomen,
- waarvan 660 voor rekening van projectontwikkelaars (waarvan alléén al in 2003 niet minder dan 302 op grond van voorstellen van particuliere ondernemingen)
- en 503 op grond van concessies van overheidswege.

2.3.2 Spanje

2.3.2.1 In de Spaanse Wet 13/2003 van 23 mei 2003 is vastgelegd hoe een concessieovereenkomst voor openbare werken eruit moet zien. Deze wet wijzigt de Wet op de overeenkomsten van overheidsinstellingen, de geconsolideerde tekst

die bij Koninklijk Besluit (*real decreto legislativo*) 2/2000 van 16 juni 2000 is goedgekeurd. Aan de regeling inzake de verschillende soorten overheidsovereenkomsten wordt namelijk een nieuwe titel „Concessieovereenkomsten voor openbare werken” toegevoegd, waarin de regels met betrekking tot deze (inmiddels volledig ingeburgerde) soort overheidsovereenkomst uiteen worden gezet, rekening houdend met het bijzondere karakter van dergelijke overeenkomsten en met de Spaanse rechtstraditie.

2.3.2.2 In de nieuwe regeling komen vier sleutelbegrippen voor: „openbaar werk”, „concessie-risico”, „economisch evenwicht van de concessie” en „diversificatie van de financiering”.

2.3.3 Het Verenigd Koninkrijk

2.3.3.1 De Britse regering heeft in de jaren 1993/1994 een beleid gevoerd waarbij een groot aantal overheidsdiensten en openbare werken naar particuliere ondernemingen is overgeheveld. Dit „*Private Finance Initiative*” (hierna: PFI) houdt in dat een particuliere onderneming wordt belast met een totaalopdracht voor bepaalde openbare diensten, waaronder zowel ontwerp en financiering als bouw, beheer en onderhoud zijn begrepen. Sinds de invoering van het PFI:

- zijn er meer dan 650 PPS-overeenkomsten gesloten (o.a. met 45 ziekenhuizen en meer dan twee honderd scholen);
- zijn er momenteel 400 projecten in uitvoering;
- is hiervoor 48 miljard pond (60 miljard euro) vastgelegd;
- staat er nog een programma op stapel;
- wordt daarin op jaarbasis ongeveer 12 % van het nationaal budget geïnvesteerd.

2.3.3.2 Het Britse ministerie van financiën baseert het PFI op twee overwegingen die tekenend zijn voor het belang ervan. Om te beginnen het uitgangspunt dat de particuliere sector in werkelijkheid het risico moet dragen; vervolgens het beginsel dat burgers waar voor hun geld moeten krijgen, ofwel dat de overheid moet bewerkstelligen dat openbare diensten zo goedkoop mogelijk zijn. Dit houdt in dat de gebruikskosten van de installaties zo gunstig mogelijk moeten zijn: aangezien de bouwers van installaties die installaties zelf ook exploiteren, hebben zij er alle belang bij om een installatie te bouwen waarvan de kwaliteit hoog is, de exploitatiekosten laag zijn en de levensduur lang is.

2.3.3.3 Momenteel lopen er overeenkomsten op alle mogelijke gebieden: watervoorziening, saneringswerken, openbaar vervoer, leger, ziekenhuizen, scholen, overheidsgebouwen, (snel)wegen enz.

2.3.3.4 Gezien de talrijke PPS-projecten die momenteel in het Verenigd Koninkrijk lopen, is daarmee inmiddels ook in dat land veel ervaring — met zeer wisselende resultaten — opgedaan. Deze ervaringen zouden stelselmatig moeten worden geanalyseerd en beoordeeld, waarvan dan weer profijt kan worden getrokken voor verdere ontwikkelingen.

2.3.4 Frankrijk

2.3.4.1 In Frankrijk is bij de Sapin-wet van 29 januari 1993 vastgelegd hoe door de gebruiker te betalen concessies moeten worden gegund. Sindsdien worden dergelijke overeenkomsten op grote schaal gesloten voor:

- de dienstverlening in steden (bv. watervoorziening, stadsreiniging en openbaar vervoer);
- de aanleg van grote infrastructuurvoorzieningen (bv. snelwegen, bruggen, stadia en tunnels).

2.3.4.2 Ook worden er in Frankrijk steeds meer met overheidsgeld gefinancierde PPS-overeenkomsten gesloten.

2.3.4.2.1 Sinds die mogelijkheid op 5 januari 1998 bij wet is vastgelegd, kent Frankrijk het BEA-contract, ofwel een langetermijncontract dat door de overheid wordt betaald. Dergelijke overeenkomsten worden gesloten voor openbare gebouwen (vooral scholen), als variant van de leasingcontracten die de Franse overheid ook wel sluit⁽¹⁾. Ook sluit de Franse overheid voor gebouwen en infrastructuurvoorzieningen huurcontracten met koopopties (bij een wet van 29 augustus 2002 voor de politie en bij een wet van begin 2003 voor het leger).

2.3.4.2.2 Ten slotte is bij een wet van 2 juli 2003 bepaald dat beschikkingen kunnen worden goedgekeurd voor langetermijncontracten inzake ontwerp, bouw, financiering en met overheidsgeld gefinancierd beheer. Inmiddels is in september 2003 de eerste beschikking openbaar gemaakt die betrekking had op het ziekenhuiswezen, en werd op 17 juni 2004 de tweede beschikking⁽²⁾ goedgekeurd, ditmaal voor partnerschapsovereenkomsten tussen de Franse nationale overheid en de lokale overheden.

2.3.5 Duitsland

2.3.5.1 Duitsland kent net als de andere lidstaten gedetailleerde regelgeving voor de gunning van overheidsopdrachten (bouwopdrachten), waarnaar particuliere ondernemingen en staatsbedrijven, maar ook publiek-private samenwerkingsverbanden op voet van gelijkheid kunnen dingen.

2.3.5.2 Het is belangrijk een fundamenteel onderscheid te maken tussen die wetgeving en de procedure voor de verlening van diensten van algemeen belang (hierna: DAB). Duitse gemeenten kiezen vaak voor publiek-private samenwerkingsverbanden voor de verlening van diensten van algemeen economisch belang (hierna: DAEB), voor met name energie- en watervoorziening, (afval)verwijdering e.d. Daarvoor worden alle mogelijke soorten overeenkomsten gesloten. Zo zijn er behalve de veel voorkomende dienstenconcessies ook nog overheidscontracten (bv. voor de stroomvoorziening) en in de gemeenten geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerkingsverbanden. Die laatste vorm van PPS is goed voor de werkgelegenheid en de economie van een regio.

2.3.5.3 Daarbij gaat het om een vorm van PPS waarvoor de gemeenten bij grondwet de nodige bevoegdheden hebben

gekregen. Krachtens die bevoegdheden mogen gemeenten in alle vrijheid beslissen welke soorten DAEB worden verleend en hoe die dienstverlening op hun grondgebied in het kader van concessieovereenkomsten wordt georganiseerd. Ook mogen gemeenten zelf bedrijven oprichten, met geschikte partners een PPS beginnen of DAEB aan particuliere ondernemingen uitbesteden. Op deze vorm van PPS zijn de regels voor de gunning van overheidsopdrachten niet van toepassing.

2.4 Kanttekeningen bij een overeenkomst met een projectontwikkelaar

2.4.1 Het systeem van projectontwikkelaars, dat voortkomt uit de Europese traditie om concessieovereenkomsten te sluiten, raakt in Europa steeds meer in zwang. Daardoor rijst de vraag of de regels daaromtrent moeten worden geharmoniseerd en hoe die regels in het Europese rechtstelsel kunnen worden ingepast.

2.4.2 Frankrijk en Spanje hebben dit systeem overgenomen van Italië waar de rechtsregels voor projectontwikkelaars al vergevorderd zijn. In Italië organiseert een bestuurlijke overheid een offerte-aanvraag tussen concurrenten uitgaande van het — evt. door die bestuurlijke overheid zelf aangepaste — voorlopige project van een projectontwikkelaar en van een door die projectontwikkelaar opgesteld financieringsplan (looptijd van het contract, gevraagd tarief enz.).

2.4.3 Vervolgens gunt de bestuurlijke overheid de concessie na een onderhandelingsprocedure of aan de projectontwikkelaar zelf of aan één van de twee bedrijven die de beste offertes hebben gedaan. Zowel de projectontwikkelaar als die bedrijven moeten een borg betalen die overeenkomt met 2,5 % van de waarde van de totale investering.

2.4.4 Als de bestuurlijke overheid de concessie niet aan de projectontwikkelaar gunt, ontvangt deze het bedrag van de borgstelling van het bedrijf waaraan de concessie wordt gegund. Dat bedrag is bedoeld als vergoeding voor de kosten van de projectontwikkelaar (met inbegrip van de intellectuele eigendom). Als de projectontwikkelaar de concessie wel krijgt, gaat het bedrag van zijn borgstelling naar de twee bedrijven die de beste offertes hebben ingediend (60 % van dat bedrag gaat naar het bedrijf dat de allerbeste en 40 % van dat bedrag gaat naar het bedrijf dat de op één na beste offerte heeft gedaan).

2.4.5 Naar het voorbeeld van artikel 19 van Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, waarin is bepaald dat lidstaten de gunning van overheidsopdrachten kunnen voorbehouden aan organisaties waarvan „de meerderheid van de betrokken werknemers personen met een handicap zijn”, zouden volgens het EESC bij de invoering van deze vorm van PPS ten gunste van de projectontwikkelaar of één van zijn contractanten bepaalde sociale criteria moeten worden gehanteerd.

⁽¹⁾ Het gebouw van het ministerie van financiën te Bercy is voor een deel ook met zo'n leasingcontract tot stand gekomen.

⁽²⁾ Beschikking nr. 2004-559, openbaar gemaakt in het staatsblad van 19 juni 2004

2.5 *Landen waar PPS en concessieovereenkomsten nog maar nauwelijks van de grond zijn gekomen. Onderstaande beschrijvingen hebben betrekking op de in een beperkt aantal landen geconstateerde feiten.*

2.5.1 België

2.5.1.1 In België zijn concessieovereenkomsten geregeld bij de wet van 24 december 1993 (artt. 24 en 25) en het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 (artikel 123 e.v.) ⁽¹⁾. Daarbij is steeds vastgelegd dat dergelijke overeenkomsten niet alleen betrekking hebben op de uitvoering en het eventuele ontwerp van bouwwerken, maar ook op de exploitatie ervan door de concessiehouder. **Voor overeenkomsten met projectontwikkelaars lijkt in het Belgisch recht echter nog maar nauwelijks iets te zijn geregeld.**

2.5.1.2 Kenmerkend voor overeenkomsten met projectontwikkelaars ⁽²⁾ is de koppeling tussen de financiering, de uitvoering en soms ook het ontwerp van een bouwwerk waarvan de aanbestedende overheid tegen betaling de gebruiker wordt ⁽³⁾.

2.5.2 Portugal

2.5.2.1 In Portugal is speciaal voor de verbetering van het wegnennet een (op het Britse schaduwtoel-systeem geïnspireerde) SCUT-overeenkomst uitgedacht, waardoor een particulier bouwbedrijf door een stelsel van delegaties aanspraak kan maken op een vergoeding door de overheid. De offerte-aanvragen voor dergelijke SCUT-overeenkomsten zijn in 1997 uitgeschreven. Momenteel wordt minder vaak van SCUT-overeenkomsten gebruik gemaakt.

2.5.3 Hongarije

2.5.3.1 Er is in Hongarije geen specifieke wet voor PPS-projecten van kracht. Wel zijn de voorschriften van de overheid voor de vastlegging van de benodigde kredieten vastgelegd bij Arrest nr. 2098/2003 (V29).

2.5.3.2 De Hongaarse overheid heeft in 1997, samen met de particuliere sector, een programma voor de oprichting van industrieparken opgestart. Daarvan waren er begin dit jaar 165.

3. Concessieovereenkomst en PPS: definities

3.1 De EU is er niet in geslaagd om in het Europees recht de broodnodige, realistische definities van PPS en concessieovereenkomsten op te nemen. De begrippen „PPS” en „concessies

voor openbare werken of voor openbare dienstverlening” komen daarin of helemaal niet voor of wel, maar dan op een laakbare wijze. De kritiek op de omschrijving die daarvan momenteel wordt gegeven, is driedelig:

- concessieovereenkomsten worden aan overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken gekoppeld (zie par. 3.1.1);
- er wordt geen onderscheid gemaakt tussen overeenkomsten met een lange en overeenkomsten met een korte looptijd, alhoewel daarlangs de breuklijn moet lopen voor de financiering door bronnen buiten de bestuurlijke overheid en dat verschil dus als uitgangspunt voor de overdracht van taken zou moeten dienen (zie par. 3.1.2);
- er wordt niet ingegaan op de mogelijkheid dat particuliere ondernemingen zelf met voorstellen voor concessies kunnen komen (zie par. 3.1.3).

3.1.1 PPS en concessieovereenkomsten worden aan overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken gekoppeld.

3.1.1.1 Het Europees recht inzake concessieovereenkomsten stoelt enerzijds op de in het Verdrag vastgelegde beginselen en voorschriften, en anderzijds op de richtlijnen waarmee deze beginselen en voorschriften in praktijk worden gebracht.

3.1.1.2 De richtlijnen die hiervoor in EU-verband zijn uitgewerkt, hebben tot doel de doorzichtigheid van de mededinging op de markten voor overheidsopdrachten te waarborgen. Het toepassingsgebied van deze richtlijnen is **soms** echter vaag wanneer het complexe concessieovereenkomsten of PPS betreft.

3.1.1.3 Momenteel wordt alleen in Richtlijn 93/37/EEG ⁽⁴⁾ betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken een definitie van concessieovereenkomsten gegeven (artikel 1 sub d), zij het jammer genoeg uitsluitend voor openbare werken ⁽⁵⁾. In **Richtlijn 92/50/EEG** ⁽⁶⁾ betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening wordt geen definitie van concessieovereenkomsten gegeven. Hetzelfde geldt voor **Richtlijn 93/38/EEG** ⁽⁷⁾, die betrekking heeft op overheidsopdrachten aan houders van concessies in de zogenoemde speciale sectoren, waarbij deze richtlijn dus in de plaats komt van de andere richtlijnen. Het EESC betreurt die laconieke en onrealistische handelwijze, waaraan helaas ook nog wordt vastgehouden in de Richtlijnen 2004/17 en 2004/18 ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ Wet op overheidsopdrachten van 24 december 1993, in het Belgisch Staatsblad van 22 januari 1994. Koninklijke Besluiten van 8 en 10 januari 1996, in het Belgisch Staatsblad van 26 januari 1996 (Koninklijk Besluit inzake overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en inzake concessies voor openbare werken).

⁽²⁾ Idem als voor voetnoot 6

⁽³⁾ Wet van 24 december 1993 (artikel 9) – Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 (artikel 21) – Koninklijk Besluit van 26 september 1996 Maurice-André Flamme. De wet van 24 december 1993 *Journal des tribunaux* 1994. Regelgeving voor de bouw.

⁽⁴⁾ PB L 199 van 9 augustus 1993

⁽⁵⁾ „Concessieovereenkomst voor openbare werken”: een overeenkomst met dezelfde kenmerken als die bedoeld onder a), met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs;

⁽⁶⁾ PB L 209 van 24 juli 1992

⁽⁷⁾ PB L 199 van 9 augustus 1993

⁽⁸⁾ PB L 134 van 30 april 2004

3.1.1.4 De Commissie heeft vanwege het groeiende belang van PPS in april 2000 een **interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten in het communautaire recht** ⁽¹⁾ uitgebracht. Doel ervan was om in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten een einde te maken aan de rechtsonzekerheid omtrent concessieovereenkomsten en PPS. Daarbij zij opgemerkt dat concessieovereenkomsten en PPS in het huidige nationale recht van de lidstaten een zeer grote variëteit kennen.

3.1.1.5 Volgens het EESC ontbreekt het aan definities voor „concessieovereenkomsten”, „PPS” en „delegatie” die echt duidelijkheid scheppen en waarvan de draagwijdte onomstotelijk vaststaat. Concessieovereenkomsten en het ruimere begrip „delegatie” kunnen nu eenmaal niet aan één enkel criterium worden opgehangen: het bedrijfsrisico of de betaling, zoals dat in Richtlijn 93/37, en later in de interpretatieve mededeling is gebeurd. In werkelijkheid speelt daarbij een reeks factoren een rol.

3.1.1.6 Hoe kan een concessieovereenkomst of PPS-contract beter worden omschreven?

3.1.1.6.1 De overeenkomst of de unilaterale akte waarmee een bestuurlijke overheid aan een niet onder haar ressorterende organisatie specifieke rechten toekent, nl. om een infrastructuurvoorziening of een dienst voor een lange, welbepaalde periode te „ontwerpen, bouwen/totstandbrengen, financieren, onderhouden en beheren”:

- is een concessie als die organisatie een bedrijf is dat zijn beloning voornamelijk haalt uit de prijs die door de gebruikers voor die infrastructuurvoorziening of die dienst wordt betaald;
- is PPS als het betrokken bedrijf zijn beloning voornamelijk van de bestuurlijke overheid krijgt.

3.1.1.6.2 Aan die definities moeten twee criteria worden ontleend die bij deze soorten overeenkomsten van belang zijn:

- de **noodzaak om de verantwoordelijkheid** van de bestuurlijke overheid op de houder van de overeenkomst **over te dragen**;
- het **allesomvattende karakter** van een overeenkomst, waarbij sprake is van talrijke taken (bouw, financiering, exploitatie, onderhoud enz.) die over een lange periode (doorgaans variërend van 10 tot 75 jaar) moeten worden vervuld.

3.1.1.6.3 Het EESC ziet geen reden om de (concessie-)overeenkomst, zoals in de interpretatieve mededeling van april 2000 wordt gedaan, alleen maar te beschouwen als de overdracht van een bedrijfsrisico, omdat daarmee slechts een deel van de lading wordt gedekt en een dergelijke interpretatie te limitatief is.

⁽¹⁾ PB C 121 van 29 april 2000

3.1.2 Het onderscheid dat moet worden gemaakt tussen overeenkomsten met een lange en overeenkomsten met een korte looptijd

3.1.2.1 In een op 28 mei 1997 goedgekeurd advies ⁽²⁾ over het door de Commissie in november 1996 uitgebrachte Groenboek over overheidsopdrachten ⁽³⁾ dringt het EESC er bij de Commissie op aan om haar zienswijze op concessieovereenkomsten te veranderen door daaraan meer autonomie te geven. Daartoe zouden concessieovereenkomsten moeten worden losgekoppeld van de definitie van een overheidsopdracht: „Ook concessies moeten uitgebreid worden bestudeerd, omdat deze op transparante wijze en aan de hand van objectieve criteria moeten worden verleend. Er bestaan fundamentele verschillen tussen enerzijds toekenning van een concessie en anderzijds een privaatrechtelijke overeenkomst: onderwerp, duur, financiering, exploitatie en aansprakelijkheid. Wellicht kan de Commissie, met name met het oog op de TEN's (Transeuropese Netwerken), bekijken hoe het gebruik van deze contracten met behulp van een specifiek juridisch instrument voor de uitvoering ervan kan worden gestimuleerd.” ⁽⁴⁾

3.1.2.2 Volgens het EESC moet bij een onderzoek naar de aard en indeling van overeenkomsten naar de doelmatigheid ervan worden gekeken.

3.1.2.3 Het gaat niet aan om een concessieovereenkomst of een PPS-contract alleen maar te beschouwen als een overeenkomst voor de overdracht van het bedrijfsrisico, zonder vermelding van de duur van het contract, omdat het er bij dit soort contracten vooral om gaat dat de verantwoordelijkheid voor het ontwerpen, bouwen, financieren, beheren en onderhouden van een werk of dienst aan een geselecteerde kandidaat wordt overgedragen.

3.1.3 In een aantal landen kunnen particuliere ondernemingen de verantwoordelijke overheid een voorstel voor een project voorleggen. Dat specifieke recht en de gewoonte om daarvoor zo'n al eerder genoemde **overeenkomst met een projectontwikkelaar** te sluiten, is inmiddels in Italië al helemaal ingeburgerd en zou ook in de andere EU-lidstaten waar dergelijke procedures nog niet zijn ingevoerd, doorgang moeten kunnen vinden.

3.2 Verschillen in de toepassing van het Europees recht leiden tot uiteenlopende juridische situaties.

3.2.1 De eenheid in Europa is niet gebaat bij verschillen in opvattingen over publieke contracten. Zo wordt één en hetzelfde contract in het ene land als een overheidsopdracht beschouwd en in het andere land als een concessie. Hoe een contract wordt gegund, hangt dus af van het betrokken land. In het Verenigd Koninkrijk dat in tegenstelling tot de zuidelijke landen geen lange traditie van administratief recht heeft, is PPS gewoon een overheidsopdracht, ook al had net zo goed kunnen worden geconcludeerd dat sprake is van een concessie voor openbare werken.

⁽²⁾ COM(96) 583 def.

⁽³⁾ PB C 287 van 22 september 1997

⁽⁴⁾ Andere belangrijke citaten uit dit advies:

„In verschillende lid-staten vindt particuliere financiering van publieke werken steeds meer ingang. Het gaat om lange-termijncontracten die, in tegenstelling tot overheidsopdrachten, (gedeeltelijk) particulier worden gefinancierd.”

„Wellicht kan de Commissie, met name met het oog op de TEN's (Transeuropese Netwerken), bekijken hoe het gebruik van deze contracten met behulp van een specifiek juridisch instrument voor de uitvoering ervan kan worden gestimuleerd”.

„(Het EESC) stelt voor dat de Commissie werkt aan de bevordering van nieuwe contractvormen die op particuliere financiering van openbare infrastructuur zijn gebaseerd”.

3.2.2 Er zijn inmiddels landen waar een wettelijke regeling voor PPS-contracten is uitgevaardigd, waaruit blijkt dat het hier om een speciaal soort overeenkomsten gaat: PPS-contracten bevinden zich op het raakvlak van een bestuursaangelegenheid en een handelstransactie, waardoor het moeilijk is om *a priori* regels te stellen.

3.3 *De vraag rijst dan ook of het volstaat om overeenkomsten in het EU-recht in te delen naar gelang van de manier waarop deze tot stand komen, zonder aandacht te schenken aan de vraag hoe met die overeenkomsten in institutioneel opzicht openbare diensten worden gedelegeerd. Is de regeling voor het tekenen van overeenkomsten dan zo belangrijk?*

3.3.1 De reikwijdte van de richtlijnen gaat duidelijk verder dan alleen de harmonisatie van de manier waarop staatscontracten worden gesloten, al was het maar omdat de definities uit die richtlijnen in tal van nationale wetten zonder meer zijn overgenomen waardoor in meerdere Europese landen gemeenschappelijke zienswijzen over overeenkomsten ingang hebben gevonden.

3.3.2 Daarentegen is in de Richtlijnen 2004/17 en 2004/18 bepaald dat de wettelijke regeling voor nationale contracten door de lidstaten zelf moeten worden getroffen: in iedere lidstaat dient wettelijk te worden vastgelegd hoe contracten moeten worden uitgevoerd. Welke plaats de particuliere sector vis-à-vis de beheerstaken van de bestuurlijke overheid inneemt, blijft daarbij een open vraag.

3.4 *In een markteconomie hebben openbare-dienstverplichtingen, met inachtneming van de sociale dimensie, in beginsel een bijzondere plaats in de rangorde van regels*

3.4.1 Het EESC stelt nogmaals vast dat:

- deze doelstellingen, overeenkomstig het door de Europese Raad goedgekeurde Verdrag tot vaststelling van een grondwet voor Europa, de duurzame ontwikkeling van Europa omvatten, en wel op basis van een evenwichtige economische groei, prijsstabiliteit, en een zeer concurrerende sociale markteconomie die gericht is op volledige werkgelegenheid, een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu;
- dat PPS-projecten, als van die mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, een bijdrage moeten vormen aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de Europese Unie;
- dat het beginsel van een open markteconomie in de tijdens de Top van Lissabon goedgekeurde strategie opnieuw is bekrachtigd, maar dan wel aangevuld met een sterke groei zonder dat wordt voorbijgegaan aan de sociale dimensie van Europa (onderwijs, opleiding, werkgelegenheid enz.).

3.4.2 Zonder aan het beginsel van subsidiariteit voorbij te gaan, moet de bevoegde bestuurlijke overheid bij haar streven naar de verwezenlijking van die doelstelling van een open markteconomie rekening houden met de mogelijkheden om te

concurreren en beslissen welke oplossing het meest aangewezen is.

3.4.3 Welke oplossing ook wordt gekozen, deze berust altijd op de toepassing van de sociale verplichtingen van het betrokken land en het nakomen van de in de overeenkomst vastgelegde voorwaarden. Als die sociale verplichtingen of die contractvoorwaarden niet worden nagekomen, zullen de bepalingen voor de ontbinding van de overeenkomst moeten worden toegepast.

4. Voorstellen die bedoeld zijn om duidelijkheid te scheppen over en verbetering te brengen in de rechtsregels die op PPS- en concessieovereenkomsten van toepassing zijn

4.1 Volgens het EESC kan een geharmoniseerd EU-kader het best tot stand worden gebracht aan de hand van één of meer interpretatieve mededelingen over de ontwikkelingen die PPS- en concessieovereenkomsten doorlopen, zodat mettertijd recht wordt gedaan aan het uiteenlopende en complexe karakter van dit verschijnsel. Dat verdient de voorkeur boven een richtlijn die op stel en sprong wordt goedgekeurd, maar binnen de kortste keren al weer is achterhaald.

4.2 Het EESC dringt er bij de Commissie op aan om het PPS-vraagstuk in zijn algemeenheid te bezien en om, als voorbereiding op die interpretatieve mededelingen, na een onderzoek in de lidstaten, een lijst van criteria vast te stellen waarmee de overheid vanuit sociaal en milieu-oogpunt rekening zou kunnen houden. Door de bestaande wetgeving met deze criteria uit te breiden, kunnen overheden voortaan de naleving van deze criteria als voorwaarde stellen voor de tenuitvoerlegging van een overeenkomst.

4.3 Verder is het EESC van mening dat:

- PPS een flexibel en dynamisch economisch instrument is met een mogelijke katalysatorwerking voor de verwezenlijking van bepaalde economische, sociale en milieudoelstellingen, zoals die van duurzame groei, werkgelegenheid en sociale insluiting;
- PPS de verhoudingen tussen publieke overheden en particuliere ondernemingen verbetert.

4.4 Met Richtlijn 2004/18 is een antwoord gegeven op meerdere belangrijke vragen over publieke contracten die op PPS- en concessieovereenkomsten kunnen worden afgestemd. Daarbij gaat het over de criteria, de „concurrentiegerichte dialoog” en de vertrouwelijkheid van de offertes. Onderstaande punten moeten daarbij nader worden toegelicht:

4.4.1 Vasthouden aan de open benadering van concessieovereenkomsten

4.4.1.1 Het is belangrijk vast te houden aan de open benadering van Richtlijn 2004/18, vooral omdat niet alle lidstaten concessieovereenkomsten sluiten.

4.4.2 De definitie van PPS- en concessieovereenkomsten in Europa harmoniseren

4.4.2.1 De in de lidstaten gehanteerde definities van PPS- en concessieovereenkomsten moeten worden geharmoniseerd. Met de in par. 3.1.1.6 van dit advies voorgestelde definitie kan recht worden gedaan aan het bijzondere karakter ervan, nl. dat dergelijke overeenkomsten zich op het raakvlak bevinden van een handelstransactie en een bestuursaangelegenheid.

4.4.3 Innovatie bevorderen

4.4.3.1 De EU-regelgeving inzake concessies voor openbare werken brengt voor de overheid die een dergelijke concessie toekent, niet de verplichting met zich mee om in de uitschrijving te preciseren dat innoverende varianten al dan niet worden geaccepteerd.

4.4.3.2 Tijdens het overleg over dit soort contracten zouden volgens het EESC alle mogelijke varianten in aanmerking moeten worden genomen, met een voorkeur voor innovaties.

4.4.3.3 Een gegadigde voor een concessie kan tijdens het overleg over een contract altijd met een origineel idee komen voor cruciale en vérstrekkende innovaties van technische, financiële of commerciële aard, waarmee de levens- en arbeidsomstandigheden van de betrokken consumenten of werknemers in sociaal-economisch opzicht kunnen worden verbeterd.

4.4.3.4 Gegadigden ertoe aanzetten om voor veel geld een intellectuele investering in dat overleg te doen waardoor dergelijke innovaties mogelijk worden, is conform de geest van de strategie van Lissabon. Daarom moet worden voorkómen dat concurrenten de beschikking krijgen over de intellectuele-eigendomsrechten van originele ideeën van gegadigden. Dat is de ethische zijde van de bevordering van innovatie. Daarvoor moet worden gezorgd door de nieuwe procedure, de zogeheten aan PPS verbonden „concurrentiegericht dialog”, in het nationale recht van de lidstaten om te zetten.

4.4.4 Een procedure voor overleg

4.4.4.1 Gegadigden voor een concessieovereenkomst moeten zich in hun offerte houden aan de door de overheid die de concessie toekent, vastgelegde doelstelling. Wel moet daarbij zoveel mogelijk vrijheid worden gelaten bij de bepaling van de manier waarop die doelstelling wordt bereikt (bv. met betrekking tot het ontwerp, de spreiding van de werkzaamheden in de tijd en de technische risico's die worden genomen). Het EESC zou willen dat er als er eenmaal één of meer offertes binnen zijn, een dialoog ontstaat tussen de overheid die de concessie toekent en de potentiële concessiehouder. Doel van dat overleg moet zijn, te bewerkstelligen dat in de uiteindelijke tekst van de PPS- of concessieovereenkomst rekening wordt gehouden met de diverse keuzemogelijkheden voor manieren waarop aan de behoeften van die overheid kan worden voldaan. Krachtens de vorige richtlijn (Richtlijn 94/37) moest die overlegprocedure alleen bij uitzondering worden toegepast. Voortaan moet in beginsel bij alle als „complex” aangemerkte contracten met de diverse concurrenten een „concurrentiegericht dialog” worden gevoerd.

4.4.4.2 In de eenmaal goedgekeurde procedure voor die „concurrentiegericht dialog” zou dus

— naar behoren moeten zijn gepreciseerd dat gevallen waarin sprake is van open vragen (bv. als het moeilijk blijkt om de antwoorden van bedrijven te beoordelen of als niet helemaal duidelijk is wat de behoeften van de betrokken overheid zijn of hoe een en ander financieel zal worden geregeld) heel ruim en in liberale zin moeten worden geïnterpreteerd;

— moeten zijn vastgelegd dat ieder bedrijf zijn eigen offerte mag voorleggen, waarbij de intellectuele eigendom van iedere concurrent beschermd is.

4.4.4.3 Ten slotte zij herinnerd aan de verplichting om in de overeenkomst tussen overheid en concessiehouder in navolging van de wetten van het betrokken land vast te leggen wie waarvoor verantwoordelijk is.

4.4.5 Algemene beginselen

4.4.5.1 Hoe belangrijk speciale rechtsregels voor PPS- en concessieovereenkomsten zijn, is vooral merkbaar bij de goedkeuring van beginselen voor de uitvoering van die overeenkomsten.

4.4.5.2 Of het al dan niet mogelijk is om een PPS-overeenkomst te sluiten, hangt in wezen af van de vraag of overeenstemming kan worden bereikt over de diverse onderdelen daarvan en of de gestelde termijnen kunnen worden aangehouden.

4.4.5.3 Het EESC pleit ervoor dat de Commissie in een interpretatieve mededeling vastlegt dat de risico's evenwichtig over overheid en concessiehouder moeten worden verdeeld, waarbij het iedere lidstaat vrij staat om uit te maken welke (evt. mettertijd evoluerende) middelen daarbij mogen worden gebruikt. De volgende denkbeelden zouden in die interpretatieve mededeling moeten worden genoemd als beginselen waaraan de partijen zich bij zo'n overeenkomst hebben te houden:

— de aan een concessieovereenkomst voor een infrastructuurvoorziening of een publiek-particulier samenwerkingsverband verbonden risico's moeten worden geïdentificeerd, gekwantificeerd en ondubbelzinnig bij de partij worden gelegd die het best in staat is om deze op zich te nemen;

— bij uitzonderlijk grote risico's moeten de overheid die de concessie toekent, en de concessiehouder op voorhand contractuele afspraken maken over het delen van die risico's. Daarbij moet worden gedacht aan onvoorziene gebeurtenissen waardoor de kosten van een contract oplopen (bv. een onverwachte wijziging in de van overheidswege te vervullen formaliteiten, niet te voorziene technische complicaties tijdens de bouw of een plotselinge verandering in het consumentengedrag);

— een concessiehouder die zich niet aan de bepalingen van de overeenkomst houdt, dient voor een schadeloosstelling te zorgen;

— een concessiehouder die voor de financiering zorgt, moet er, net als bij iedere privaatrechtelijke contractsluiting, vanuit kunnen gaan dat de voorwaarden van reeds lopende contracten niet worden gewijzigd door mogelijke veranderingen die door de wetgever in de (belasting)wetgeving worden ingevoerd;

- als de overheid die de concessie toekent, een nieuwe eis stelt zonder dat de oorspronkelijke bepalingen van de overeenkomst worden veranderd, moet de concessiehouder daarvoor onmiddellijk schadeloos worden gesteld;
- de concessiehouder moet op voldoende flexibiliteit kunnen rekenen om de opdracht te kunnen vervullen waarvoor de overheid de concessie heeft toegekend, waarbij aan die overheid alle kwesties van regaal recht en van openbare orde zijn voorbehouden.

4.4.5.4 De invoering van het concessiesysteem als een vorm van doeltreffende samenwerking bij de verlening van diensten van algemeen belang, waarbij het beheer en de financiering door de particuliere sector worden verzorgd en de overheid eveneens investeringen doet, vereist om succesvol te zijn een adequaat juridisch en boekhoudkundig kader, dat is aangepast aan de bijzondere structuur van de concessieovereenkomsten. De enorme investeringen en uitgaven die de particuliere onderneming de eerste jaren moet doen om de infrastructuur op poten te zetten en de dienstverlening op te starten, moeten in de boekhouding kunnen worden uitgesmeerd over de hele periode waarvoor de concessie is toegekend. In zijn huidige vorm maakt het plan voor de boekhoudkundige harmonisatie van Europa de concessieprocedure onuitvoerbaar. De boekhoudkundige oplossing die in Spanje op nieuwe concessies wordt toegepast, zou als voorbeeld kunnen dienen voor de totstandbrenging van vormen van PPS in bouw- en/of dienstverleningsprojecten in de Europese Unie.

5. Vergaande verduidelijking van de mededingingsregels vis-à-vis publieke, gemengde en particuliere ondernemingen

5.1 Aan gemengde (of parapublieke) ondernemingen worden dikwijls rechtstreeks concessies dan wel speciale of exclusieve rechten toegekend, waardoor in sommige gevallen hun activiteiten — nadat eenvoudigweg hun rechtspositie is veranderd — buiten hun gewone werkterrein kunnen worden uitgebreid. Als gevolg daarvan wordt de mededinging, als daarvan al sprake is, soms scheefgetrokken. In dit geval dienen die ondernemingen een gescheiden boekhouding te voeren, zodat kan worden nagegaan of geen sprake is van kruissubsidies waardoor de mededinging wordt scheefgetrokken.

5.2 Het EESC stelt voor de regels als volgt te verduidelijken:

5.2.1 Alvorens een gemengde onderneming in het leven te roepen, moet de bevoegde overheid rekening houden met de mogelijke concurrentie op de markt en beslissen welke oplossing het meest aangewezen is.

5.2.2 Omwille van de transparantie en doeltreffendheid moeten de procedures voor het in het leven roepen van gemengde ondernemingen vóór de offerte-aanvraag worden aangekondigd, en moet eventuele concurrenten duidelijk worden gevraagd om daaraan deel te nemen. Als een bestuur-

lijke overheid voor een nieuw project een offerte-aanvraag voor een lokale gemengde onderneming uitschrijft,

- moet die gemengde onderneming, wanneer zij actief is buiten haar oorspronkelijke grondgebied, verplicht worden een gescheiden boekhouding te voeren, zodat kan worden nagegaan of geen sprake is van kruissubsidies waardoor de mededinging wordt scheefgetrokken;
- moeten de EU-procedures, met inbegrip van de procedures in verband met het verlenen van staatssteun, worden toegepast;
- dient te worden nagegaan of de concurrentieverhoudingen met de particuliere sector eerlijk zijn (fiscaliteit en bedrijfskosten van een gemengde onderneming).

6. Conclusies

Het EESC stelt vast dat veel landen bezig zijn specifieke rechtsregels voor PPS uit te vaardigen. Gezien de ervaringen die momenteel worden opgedaan, verdient het de voorkeur om:

- af te wachten in welke vormen PPS zich de komende jaren gaat ontwikkelen;
- van de lidstaten te verkrijgen dat stelselmatig informatie wordt gegeven over de verschillende manieren waarop PPS wordt vormgegeven (en welke voor- of nadelen die nieuwe vormen van PPS in vergelijking met traditionele PPS hebben);
- met vertegenwoordigers van de lidstaten, de Commissie en maatschappelijke organisaties (waaronder leden van het EESC) een waarnemingspost voor de ontwikkeling van PPS op te richten (de inmiddels opgedane ervaring kan dan worden geëvalueerd aan de hand van diverse criteria, zoals kosten, toegang tot diensten, gevolgen voor de werkgelegenheid, het concurrentievermogen en het milieu);
- te benadrukken dat de Europese drempelwaarden voor openbaarmaking (voor werken en voor diensten) op PPS- en concessieovereenkomsten van toepassing zijn: onder die drempelwaarden wordt iedere lidstaat geacht haar eigen regels toe te passen, omdat zo onnodige administratieve rompslomp kan worden voorkómen;
- vóór 2007 met een interpretatieve mededeling duidelijkheid te scheppen omtrent:
 - de definitie van concessie- en PPS-overeenkomsten;
 - de mededingingspositie van gemengde of para-publieke ondernemingen;
 - de „concurrentiegerichtte dialoog” en de procedure voor openbaarmaking;
 - de invoering van het begrip „projectontwikkelaar”, waardoor innovatie wordt bevorderd;
 - de toepasselijkheid van staatssteun voor gemengde of parapublieke ondernemingen.

Brussel, 27 oktober 2004

De voorzitter
van het Europees Economisch en Sociaal Comité
A.-M. SIGMUND