

Interpretatieve mededeling van de commissie over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS)

(Voor de EER relevante tekst)

(2008/C 91/02)

1. INLEIDING

De afgelopen jaren heeft het verschijnen van de publiek-private samenwerking (PPS) op talrijke gebieden opgang gemaakt. Typisch voor deze vorm van samenwerking, die veelal is gericht op de lange termijn, is de rol van de private partner die aan de verschillende fasen van het project in kwestie deelneemt (ontwerp, uitvoering en exploitatie), risico's draagt die traditioneel voor rekening van de publieke sector komen en vaak ook aan de financiering van het project bijdraagt.

Het Gemeenschapsrecht laat overheden de keuze om economische activiteiten zelf te verrichten dan wel aan derden toe te vertrouwen, bijvoorbeeld aan een entiteit met gemengd kapitaal die in het kader van een PPS is opgericht. Als een overheid evenwel beslist om voor de uitvoering van een economische activiteit een beroep te doen op een derde partij in een vorm die als overheidsopdracht of concessieovereenkomst kan worden aangemerkt, moet zij de toepasselijke bepalingen van het Gemeenschapsrecht inacht nemen. Die bepalingen moeten garanderen dat alle belangstellende bedrijven op voet van gelijkheid en transparantie in de geest van de Europese interne markt op overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten kunnen inschrijven, wat de kwaliteit van dit soort projecten verhoogt en de kosten ervan door een sterkere mededinging verlaagt ⁽¹⁾.

Uit de openbare raadpleging over het Groenboek over publiek-private samenwerking en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten ⁽²⁾ is gebleken ⁽³⁾ dat er een sterke behoefte bestond aan een verduidelijking van de toepassing van die regelgeving ten aanzien van zogenaamde „geïnstitutionaliseerde” publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS). Onder geïnstitutionaliseerde PPS verstaat de Commissie een samenwerking tussen publieke en private partners die een entiteit met gemengd kapitaal oprichten voor de uitvoering van overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten ⁽⁴⁾. De private inbreng in de werkzaamheden van de geïnstitutionaliseerde PPS behelst, behalve de bijdrage aan het kapitaal of andere activa, de actieve deelname aan de uitvoering van de aan de entiteit met gemengd kapitaal toevertrouwde taken en/of het beheer van die entiteit. Wanneer het daarentegen uitsluitend om financiële inbreng van een private geldschieder in een publieke onderneming gaat, is er geen sprake van geïnstitutionaliseerde PPS. Een dergelijke situatie valt derhalve buiten het bestek van deze mededeling.

De rechtsonzekerheid die er heerst in verband met de deelname van private partijen aan geïnstitutionaliseerde PPS, kan het succes van dit soort projecten ondergraven. Het risico dat een structuur wordt opgezet op basis van een contract dat vervolgens niet in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht blijkt te zijn, kan overheden en private partijen er zelfs van weerhouden geïnstitutionaliseerde PPS op te zetten.

In zijn resolutie van 26 oktober 2006 over publiek-private samenwerking ⁽⁵⁾ heeft het Europees Parlement kennis genomen van de wens van het bedrijfsleven om meer duidelijkheid te krijgen over de toepassing van het recht inzake overheidsopdrachten op de oprichting van publiek-private ondernemingen in samenhang met de gunning van een opdracht of een concessie, en heeft het de Commissie verzocht om op dit gebied zo spoedig mogelijk duidelijkheid te verschaffen.

In deze mededeling beschrijft de Commissie hoe de communautaire bepalingen inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten ⁽⁶⁾ volgens haar toepassing moeten krijgen bij de totstandkoming en de werking van geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerkingsverbanden ⁽⁷⁾. Deze mededeling strekt ertoe

⁽¹⁾ Het Europees Parlement was in dit verband van oordeel dat de naleving van deze regels „een effectief instrument kan zijn ter vermindering van ondoelmatige beperkingen van de mededinging, dat tegelijkertijd de overheid in staat stelt de voorwaarden inzake kwaliteit, beschikbaarheid, sociale normen en milieuvorwaarden zelf te definiëren en te controleren”. (Resolutie van het Europees Parlement over het Groenboek over diensten van algemeen belang (P5_TA(2004) 0018), punt 32).

⁽²⁾ COM(2004) 327 van 30 april 2004.

⁽³⁾ Mededeling over publiek-private samenwerking en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, COM(2005) 569 definitief van 15 november 2005, blz. 9.

⁽⁴⁾ De benamingen en structuren die de lidstaten in dit verband gebruiken, lopen uiteen (bijvoorbeeld Kooperationsmodell, joint ventures, Sociétés d'Economie Mixte).

⁽⁵⁾ P6_TA(2006) 0462, punt 35.

⁽⁶⁾ De „concessieovereenkomst voor openbare werken” is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs. De „concessieovereenkomst voor diensten” is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs (zie artikel 1, lid 2, punten 3 en 4, van Richtlijn 2004/18/EG, PB L 1 34 van 30.4.2004, blz. 114).

⁽⁷⁾ Deze mededeling ziet niet op de overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor diensten waarop artikel 5, leden 2 tot en met 7, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PB L 315 van 3.12.2007, blz. 1) van toepassing is.

de rechtszekerheid te vergroten en met name een antwoord te geven op de zorgen die bij herhaling worden geuit ten aanzien van de toepassing van het Gemeenschapsrecht op de deelname van private partners aan geïnstitutionaliseerde PPS, waardoor deze formule volgens sommigen oninteressant of zelfs onmogelijk wordt. De vaststelling van deze mededeling past in het kader van de toezegging die de Commissie in haar mededeling over de diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang, van 20 november 2007 ⁽⁸⁾ heeft gedaan om ter zake richtsnoeren te verstrekken.

Met deze mededeling wordt geen nieuwe wet- of regelgeving ingevoerd. Zij vormt de interpretatie die de Commissie aan het EG-Verdrag, de richtlijnen inzake overheidsopdrachten en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen („het Hof”) geeft. Dat neemt echter niet weg dat de uitlegging van het Gemeenschapsrecht in laatste instantie een taak van het Hof is.

2. DE TOTSTANDKOMING VAN GEÏNSTITUTIONALISEERDE PPS

2.1. Beginselen

Op communautair niveau bestaat er geen specifieke regelgeving met betrekking tot de totstandkoming van geïnstitutionaliseerde PPS. Wat overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten betreft, zijn evenwel het beginsel van gelijke behandeling en de bijzondere uitdrukkingen daarvan — namelijk het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de artikelen 43 EG inzake de vrijheid van vestiging en 49 EG inzake het vrij verrichten van diensten — van toepassing wanneer een overheid een derde belast met de uitvoering van economische activiteiten ⁽⁹⁾. Meer in het bijzonder zijn de beginselen die uit de artikelen 43 en 49 EG voortvloeien, niet alleen de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling maar ook die van transparantie, wederzijdse erkenning en proportionaliteit ⁽¹⁰⁾. Op de situaties die binnen de werkingssfeer van de richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten vallen ⁽¹¹⁾ („de richtlijnen inzake overheidsopdrachten”), zijn welomschreven regels van toepassing.

Het feit dat een private entiteit en een aanbestedende dienst ⁽¹²⁾ samenwerken in het kader van een entiteit met gemengd kapitaal, is geen reden om de regels inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten niet na te leven wanneer aan die private entiteit of de entiteit met gemengd kapitaal een overheidsopdracht of concessieovereenkomst wordt gegund. Het Hof heeft immers geoordeeld ⁽¹³⁾ dat een deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, hoe dan ook uitsluit dat er sprake kan zijn van een „in house” relatie, die in beginsel niet onder het toepassingsgebied van de wetgeving betreffende overheidsopdrachten valt, tussen de aanbestedende dienst en de onderneming in kwestie ⁽¹⁴⁾.

2.2. De totstandkoming zelf

In de praktijk behelst het opzetten van geïnstitutionaliseerde PPS doorgaans:

- de oprichting van een nieuwe onderneming waarvan het kapitaal gezamenlijk wordt gehouden door de aanbestedende dienst en de private partner — in specifieke gevallen door verschillende aanbestedende diensten en/of verschillende private partners —, en de gunning van een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst aan de nieuw opgerichte entiteit met gemengd kapitaal; of
- de deelneming van een private partner in een reeds bestaande publieke onderneming die overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten uitvoert die zij in het verleden in het kader van een interne verhouding heeft verworven.

⁽⁸⁾ COM(2007) 725 van 20 november 2007. Zie ook het werkdocument van de diensten van de Commissie „Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest” (SEC(2007) 1514) bij de mededeling van 20 november 2007.

⁽⁹⁾ Zaak C-458/03, Parking Brixen, Jurispr. 2005, blz. I-8612, punt 61.

⁽¹⁰⁾ Zie de interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (PB C 121 van 29.4.2000, blz. 6).

⁽¹¹⁾ Richtlijn 2004/18/EG (zie voetnoot 6) en Richtlijn 2004/17/EG (PB L 134 van 30.4.2004, blz. 1).

⁽¹²⁾ In deze mededeling worden onder aanbestedende diensten zowel aanbestedende diensten in de zin van artikel 1, lid 9, van Richtlijn 2004/18/EG als die in de zin van artikel 2 van Richtlijn 2004/17/EG verstaan.

⁽¹³⁾ Zaak C-26/03, Stadt Halle, Jurispr. 2005, blz. I-1, punt 49.

⁽¹⁴⁾ Volgens het Hof (zaak C-410/04, ANAV, Jurispr. 2006, blz. I-3303, punten 30 e.v.) geldt met betrekking tot het recht inzake overheidsopdrachten evenwel niet alleen de effectieve deelneming van een derde in het kapitaal van een publieke onderneming, maar ook al het feit dat een aanbestedende dienst bereid is om de particuliere sector in de toekomst te laten deelnemen in het kapitaal van een dochteronderneming. Met andere woorden: de interne gunning van een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst aan een publieke onderneming is verboden als het voornemen bestaat om het kapitaal van deze onderneming tijdens de looptijd van die opdracht of overeenkomst open te stellen voor private partijen. De louter theoretische mogelijkheid dat een private partij deelneemt in het kapitaal van een dochteronderneming van een aanbestedende dienst, laat volgens de Commissie echter de „in house” relatie tussen de aanbestedende dienst en zijn dochter onverlet.

Ongeacht de wijze waarop geïnstitutionaliseerde PPS tot stand is gekomen, houden de communautaire rechtsregels inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor de aanbestedende dienst de verplichting in om een eerlijke en transparante procedure te volgen zowel bij de keuze van de private partner die in het kader van zijn deelneming in de entiteit met gemengd kapitaal leveringen, werken of diensten verricht ⁽¹⁵⁾, als bij de gunning van een overheidsopdracht of concessieovereenkomst aan een entiteit met gemengd kapitaal ⁽¹⁶⁾. Het mag in geen geval zo zijn dat de aanbestedende dienst zijn „toevlucht [kan] nemen tot kunstgrepen die de gunning van overheidsopdrachten voor dienstverlening aan gemengde ondernemingen dienen te maskeren” ⁽¹⁷⁾.

In dit verband is een dubbele procedure (de eerste voor de selectie van de private partner van de geïnstitutionaliseerde PPS, de tweede voor de gunning van de overheidsopdracht of de concessieovereenkomst aan de entiteit met gemengd kapitaal) volgens de Commissie niet praktisch.

De volgende werkwijze zou de mogelijkheid bieden om geïnstitutionaliseerde PPS op te zetten waarbij de beginselen van het Gemeenschapsrecht in acht worden genomen en ook de problemen in verband met een dubbele procedure worden vermeden: de private partner wordt geselecteerd in het kader van een transparante en op mededinging gebaseerde procedure die zowel betrekking heeft op de aan de entiteit met gemengd kapitaal te gunnen overheidsopdracht of concessieovereenkomst ⁽¹⁸⁾ als op de praktische bijdrage van de private partner aan de uitvoering van die taken en/of zijn administratieve bijdrage aan het beheer van de entiteit met gemengd kapitaal. De selectie van de private partner geschiedt in combinatie met de totstandkoming van de geïnstitutionaliseerde PPS en de gunning van de overheidsopdracht of de concessieovereenkomst aan de entiteit met gemengd kapitaal.

2.3. De selectie van private partners voor geïnstitutionaliseerde PPS

2.3.1. Rechtsgrondslag

Indien de taak waarmee een entiteit met gemengd kapitaal wordt belast, een overheidsopdracht is die volledig onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt, is de procedure voor de selectie van de private partner onderworpen aan de bepalingen van die richtlijnen. Wanneer het een concessieovereenkomst voor werken betreft of een overheidsopdracht die slechts ten dele onder de richtlijnen valt, gelden behalve de relevante bepalingen van die richtlijnen ook de uit het EG-Verdrag voortvloeiende regels en basisbeginselen. In het geval van de in bijlage II B bij Richtlijn 2004/18/EG vermelde diensten zijn de in de artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag neergelegde basisbeginselen van toepassing, indien die opdrachten kunnen worden geacht een duidelijk belang te hebben voor ondernemingen die in een andere lidstaat dan de aanbestedende dienst ⁽¹⁹⁾ zijn gevestigd. In het geval ten slotte van een concessieovereenkomst voor diensten of een overheidsopdracht die niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt, dient de selectie van een private partner te geschieden met inachtneming van de beginselen van het EG-Verdrag.

De in dit document aangehaalde jurisprudentie heeft gedeeltelijk betrekking op overheidsopdrachten die volledig onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen. Aangezien deze jurisprudentie echter vaak gebaseerd is op de beginselen van het EG-Verdrag, kan zij ook van belang zijn voor de toepassing van het Gemeenschapsrecht in andere gevallen, zoals concessieovereenkomsten of opdrachten die niet of slechts ten dele onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen ⁽²⁰⁾.

2.3.2. Wijze van aanbesteding

Wanneer de totstandkoming van geïnstitutionaliseerde PPS wordt gecombineerd met de gunning aan een entiteit met gemengd kapitaal van een overheidsopdracht die volledig onder Richtlijn 2004/18/EG valt, kan het gebeuren dat de in die richtlijn vastgestelde openbare of niet-openbare procedures onvoldoende flexibiliteit bieden, gelet op de financiële of juridische complexiteit van dergelijke opdrachten. Voor die

⁽¹⁵⁾ Een eerlijke en transparante procedure voor de selectie van de private partner in een geïnstitutionaliseerde PPS garandeert dat het doel van vrije en onvervalste mededinging en het beginsel van gelijke behandeling worden geëerbiedigd, met name doordat wordt vermeden dat de particuliere onderneming die deelneemt in het kapitaal van de geïnstitutionaliseerde PPS, onrechtmatig wordt bevoordeeld ten koste van haar concurrenten. In die zin is de totstandkoming van geïnstitutionaliseerde PPS volgens een eerlijke en transparante procedure voor de selectie van de private partner van deze entiteit met gemengd kapitaal in overeenstemming met de desbetreffende vereisten die het Hof heeft vastgelegd in de zaak-Stadt Halle, zie voetnoot 13, punt 51.

⁽¹⁶⁾ De aanbestedende diensten kunnen overheidsopdrachten die onder Richtlijn 2004/17/EG vallen, onderhands gunnen aan met hen verbonden ondernemingen in de zin van artikel 23 van die richtlijn.

⁽¹⁷⁾ Zaak C-29/04, Commissie tegen Oostenrijk, Jurispr. 2005, blz. I-9705, punt 42.

⁽¹⁸⁾ Indien geïnstitutionaliseerde PPS tot stand komt door de deelneming van een private partner in een bestaande publieke onderneming, kan het voorwerp van de procedure voor de selectie van de private partner van deze geïnstitutionaliseerde PPS bestaan in de gunning van de overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten die tot dan intern werden uitgevoerd door de publieke onderneming.

⁽¹⁹⁾ Zaak C-507/03, Commissie tegen Ierland, [2007], punt 32, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie.

⁽²⁰⁾ Voor de richtsnoeren inzake de gunning van dergelijke opdrachten wordt verwezen naar de interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (PB C 179 van 1.8.2006, blz. 2). Enkele lidstaten en het Europees Parlement hebben bij het Gerecht van eerste aanleg een beroep tot nietigverklaring van deze mededeling ingediend. Ten tijde van de goedkeuring van deze mededeling was de zaak nog aanhangig.

omstandigheden voorziet Richtlijn 2004/18/EG in een innovatieve procedure — de concurrentiegerichte dialoog ⁽²¹⁾ — die tot doel heeft de mededinging tussen ondernemers te vrijwaren en tegelijkertijd rekening te houden met de behoefte van aanbestedende diensten om met elke gegadigde een dialoog over alle aspecten van de opdracht aan te gaan ⁽²²⁾.

Bij overheidsopdrachten die volledig onder Richtlijn 2004/18/EG vallen, mag slechts in uitzonderlijke gevallen ⁽²³⁾ gebruik worden gemaakt van de procedure van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging van een opdracht. Bij concessieovereenkomsten of overheidsopdrachten die niet of slechts ten dele onder Richtlijn 2004/18/EG vallen, mag een aanbestedende dienst daarentegen altijd gebruikmaken van de procedure van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging van een opdracht.

2.3.3. Informatie over het project

Wanneer de opdracht waarvoor geïnstitutionaliseerde PPS wordt opgezet, onder het toepassingsgebied valt van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten of van sectorale communautaire voorschriften die ten aanzien van overheidsopdrachten verplichtingen opleggen ⁽²⁴⁾, dienen specifieke bekendmakingsregels in acht te worden genomen ⁽²⁵⁾. Wat andere opdrachten en concessieovereenkomsten voor diensten betreft, vereisen de uit het EG-Verdrag voortvloeiende beginselen van transparantie en gelijke behandeling ⁽²⁶⁾ dat potentiële inschrijvers toegang hebben tot relevante informatie over het voornemen van de aanbestedende dienst om een entiteit met gemengd kapitaal op te richten en aan deze entiteit een overheidsopdracht of concessieovereenkomst te gunnen. De verstrekking van relevante informatie kan slechts worden gegarandeerd als een aankondiging wordt bekendgemaakt die toegankelijk is voor potentiële geïnteresseerden vóórdat de private partner wordt geselecteerd.

2.3.4. Toegestane selectie- en gunningscriteria en transparantievereisten voor die criteria

Volgens de Commissie verplicht het Gemeenschapsrecht de aanbestedende dienst om de selectie- en gunningscriteria die bij de keuze van de private partner van de GPPS gebruikt zullen worden, bekend te maken. De gehanteerde criteria moeten in overeenstemming zijn met het beginsel van non-discriminatie. Deze verplichting geldt niet alleen voor overheidsopdrachten die volledig onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten ⁽²⁷⁾ vallen, maar, volgens de Commissie, ook voor andere overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten. Zowel de selectie van de gegadigden die aan de procedure mogen deelnemen, als de selectie van de inschrijvingen moet op die criteria worden gebaseerd en de aanbestedende dienst moet de procedureregels en de oorspronkelijk vastgestelde essentiële voorwaarden inachtnemen ⁽²⁸⁾.

De richtlijnen inzake overheidsopdrachten leggen specifieke verplichtingen op ten aanzien van de persoonlijke capaciteiten van de private partner, zoals zijn persoonlijke situatie, zijn economische en financiële draagkracht, zijn bevoegdheid om de beroepsactiviteit in kwestie uit te oefenen, en zijn technische en/of beroepsbekwaamheid ⁽²⁹⁾. Deze criteria kunnen ook worden gehanteerd bij het plaatsen van concessieovereenkomsten en overheidsopdrachten die niet volledig onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen.

De mogelijke selectie- en gunningscriteria met betrekking tot sociale diensten van algemeen belang zijn nader toegelicht in het werkdocument van de diensten van de Commissie „Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest” ⁽³⁰⁾.

2.3.5. Specifieke elementen van de statuten, de aandeelhoudersovereenkomst en de overheidsopdracht of de concessieovereenkomst

De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie impliceren een verplichting tot transparantie, die inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van bekendmaking wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt opengesteld ⁽³¹⁾. In het kader van de totstandkoming van geïnstitutionaliseerde PPS houdt deze verplichting volgens de Commissie in dat de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht of het bestek fundamentele informatie opneemt over de overheidsopdracht

⁽²¹⁾ Zie artikel 29 van Richtlijn 2004/18/EG.

⁽²²⁾ Zie overweging 31 van Richtlijn 2004/18/EG.

⁽²³⁾ Zie de artikelen 30 en 31 van Richtlijn 2004/18/EG.

⁽²⁴⁾ Zie bijvoorbeeld artikel 4 van Verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes (PB L 15 van 23.1.1993, blz. 33).

⁽²⁵⁾ Zie de artikelen 41 e.v. van Richtlijn 2004/17/EG en de artikelen 35, 36 en 58 van Richtlijn 2004/18/EG.

⁽²⁶⁾ Zaak C-324/98, Telaustria, Jurispr. 2000, blz. I-10745, punten 60 en 61.

⁽²⁷⁾ Zaak C-19/00, SIAC Constructions, Jurispr. 2001, blz. I-7725, punten 41-45; zaak C-31/87, Beentjes, Jurispr. 1988, blz. 4635, punten 29 e.v.

⁽²⁸⁾ Ook als het bestek voorziet in de mogelijkheid dat de gegadigden technische verbeteringen aanbrengen in de door de aanbestedende dienst voorgestelde oplossingen (wat bij geïnstitutionaliseerde PPS vaak het geval zal zijn), mogen deze wijzigingen geen betrekking hebben op de essentiële voorwaarden van het project en moeten zij beperkt blijven.

⁽²⁹⁾ Zie de artikelen 45 tot en met 48 van Richtlijn 2004/18/EG en artikel 54 van Richtlijn 2004/17/EG.

⁽³⁰⁾ Zie voetnoot 8.

⁽³¹⁾ Zie zaak C-324/98, Telaustria — zie voetnoot 26, punt 62; zaak C-458/03, Parking Brixen, zie voetnoot 9, punt 49.

en/of de concessieovereenkomst die aan de op te richten entiteit met gemengd kapitaal zal worden gegund, de statuten van die entiteit, de aandeelhoudersovereenkomst en alle overige elementen die de contractuele relatie tussen de aanbestedende dienst en de private partner enerzijds en de relatie tussen de aanbestedende dienst en de op te richten entiteit met gemengd kapitaal anderzijds regelen. Indien de aanbestedende dienst een beroep doet op de concurrentiegerichte dialoog of de procedure van gunning door onderhandelingen, hoeft een deel van deze informatie mogelijk niet van tevoren te worden vastgesteld, maar kan zij worden ingevuld in de loop van de dialoog of de onderhandelingen met de gegadigde bedrijven. In de oproep tot mededinging moet informatie worden verstrekt over de verwachte looptijd van de overheidsopdracht die de entiteit met gemengd kapitaal zal moeten verrichten of de concessieovereenkomst die zij zal moeten beheren.

Volgens de Commissie vereist het beginsel van transparantie dat in het aanbestedingsstukken duidelijk wordt aangegeven welke mogelijkheden er bestaan om de overheidsopdracht of de concessieovereenkomst die aan de entiteit met gemengd kapitaal zal worden gegund, te verlengen, te wijzigen of uit te breiden. In het aanbestedingsstukken zou ten minste moeten worden aangegeven hoe vaak dat kan gebeuren en onder welke voorwaarden. Deze informatie moet voldoende gedetailleerd zijn om een eerlijke en doeltreffende mededinging te garanderen.

Het is aan te raden dat onmiddellijk al in het contract tussen de aanbestedende dienst en de private partner wordt vastgelegd welke werkwijze moet worden gevolgd wanneer de entiteit met gemengd kapitaal geen extra opdracht krijgt en/of de haar toevertrouwde opdracht niet wordt verlengd. Volgens de Commissie moeten de statuten op zodanige wijze worden geformuleerd dat later een andere private partner kan worden gekozen. Aangezien de private partner niet ambtshalve van een nieuwe mededingingsprocedure kan worden uitgesloten, moet de aanbestedende dienst in dat geval in het bijzonder letten op de verplichting van transparantie en gelijke behandeling van alle inschrijvers.

3. DE FASE NA DE TOTSTANDKOMING VAN GEÏNSTITUTIONALISEERDE PPS

Het Hof heeft zich op het standpunt gesteld dat een vennootschap die, ook al is het maar ten dele, openstaat voor privékapitaal, niet kan worden beschouwd als een „in house” relatie van de aanbestedende dienst die haar beheerst⁽³²⁾. Hieruit volgt dat de regels die van toepassing zijn op overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, zij het op grond van het EG-Verdrag dan wel van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, moeten worden nageleefd wanneer aan een entiteit met gemengd kapitaal een andere overheidsopdracht of concessieovereenkomst wordt gegund dan die welke was aanbesteed in het kader van de procedure die aan de totstandkoming van de geïstitutionaliseerde GPPS in kwestie voorafging. Anders gezegd eïstitutionaliseerde PPS behoudt zijn oorspronkelijke werkterrein en mag in principe geen nieuwe overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten krijgen zonder een aanbestedingsprocedure in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten.

Aangezien een geïstitutionaliseerde PPS gewoonlijk wordt aangegaan voor het verlenen van een dienst over een relatief lange periode, moet deze entiteit evenwel ook de mogelijkheid hebben om zich aan economische, juridische of technische ontwikkelingen aan te passen. De communautaire bepalingen inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten verzetten zich hiertegen niet voor zover de beginselen van gelijke behandeling⁽³³⁾ en transparantie⁽³⁴⁾ in acht worden genomen. Als de aanbestedende dienst dus om specifieke redenen, na de gunning van de opdracht, bepaalde voorwaarden van de aanbesteding wil kunnen wijzigen, moet hij uitdrukkelijk in die mogelijkheid en de wijze van uitvoering ervan voorzien in de aankondiging van de opdracht of het bestek, zodat alle belangstellende bedrijven er van meet af aan kennis van hebben en zich bijgevolg op voet van gelijkheid bevinden bij het opstellen van hun offerte⁽³⁵⁾.

Een wijziging van de essentiële voorwaarden van een opdracht vereist een nieuwe aanbestedingsprocedure⁽³⁶⁾, indien het bestek niet in de mogelijkheid tot wijziging voorzagt. Volgens het Hof is een voorwaarde met name essentieel wanneer het een bepaling betreft die, indien zij in de aankondiging van de opdracht of het bestek had gestaan, de inschrijvers in staat zou hebben gesteld een aanzienlijk andere offerte in te dienen⁽³⁷⁾. Voorbeelden van essentiële voorwaarden van een opdracht zijn het voorwerp van de werkzaamheden of de diensten die door de begunstigde worden verricht, of de vergoeding die hij aan de gebruikers van de dienst vraagt.

⁽³²⁾ Zie zaak C-231/03, Coname, Jurispr. 2005, blz. I-7287, punt 26; zaak C-410/04, ANAV, zie voetnoot 14, punt 32.

⁽³³⁾ Zie o.a. de gevoegde zaken C-285/99 en C-286/99, Lombardini en Mantovani, Jurispr. 2001, blz. I-9233, punt 37, en zaak C-315/01, GAT, Jurispr. 2003, blz. I-6351, punt 73.

⁽³⁴⁾ Zie o.a. zaak C-92/00, HI, Jurispr. 2002, blz. I-5553, punt 45, en zaak C-470/99, Universale-Bau e.a., Jurispr. 2002, blz. I-11617, punt 91.

⁽³⁵⁾ Zie zaak C-496/99 P, Commissie tegen CAS Succhi di Frutta SpA, Jurispr. 2004, blz. I-3801, punt 118.

⁽³⁶⁾ Zie zaak C-337/98, Commissie tegen Frankrijk, Jurispr. 2000, blz. I-8377, punt 50.

⁽³⁷⁾ Zie zaak C-496/99 P, Commissie tegen CAS Succhi di Frutta SpA, zie voetnoot 35, punten 116 e.v.

Wat de overheidsopdrachten die volledig onder de richtlijnen vallen, en de concessieovereenkomsten voor werken betreft, moet eraan worden herinnerd dat het afgeleide recht bepaalt in welke uitzonderingsgevallen aanvullende werken of diensten die niet in het oorspronkelijke project waren opgenomen, rechtstreeks en zonder oproep tot mededinging mogen worden gegund ⁽³⁸⁾.

Volgens het Gemeenschapsrecht staat het de entiteit met gemengd kapitaal, zoals iedere andere ondernemer, vrij om aan openbare aanbestedingen deel te nemen ⁽³⁹⁾. Dit geldt ook voor aanbestedingen die noodzakelijk zijn geworden als gevolg van een ingrijpende wijziging of een verlenging van een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst die de aanbestedende dienst al aan de door hem opgerichte entiteit met gemengd kapitaal heeft gegund. In dat geval moet de aanbestedende dienst in het bijzonder letten op de verplichting van transparantie en gelijke behandeling van alle inschrijvers. Er moeten specifieke voorzorgsmaatregelen worden genomen om een strikte scheiding te garanderen tussen de personen die de aanbesteding opstellen en in de aanbestedende dienst over de gunning van de opdracht beslissen enerzijds en de personen die belast zijn met het beheer van de geïnstitutionaliseerde PPS anderzijds, en om te voorkomen dat vertrouwelijke informatie wordt doorgegeven van de aanbestedende dienst aan de entiteit met gemengd kapitaal.

⁽³⁸⁾ Zie de artikelen 31 en 61 van Richtlijn 2004/18/EG en artikel 40, lid 3, onder f) en g), van Richtlijn 2004/17/EG. De Commissie is van mening dat deze uitzonderingen ook kunnen worden toegepast op de opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen, inclusief de concessieovereenkomsten voor diensten (zie de conclusies van advocaat-generaal Jacobs in zaak C-525/03, Commissie tegen Italië, punten 46 tot en met 48). De Commissie is van mening dat een wijziging van de essentiële voorwaarden van een concessieovereenkomst voor diensten in principe niet acceptabel is als in de aanbestedingsstukken niet in die mogelijkheid was voorzien, tenzij deze wijziging door een onvoorziene gebeurtenis noodzakelijk is geworden of uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid gerechtvaardigd is (artikel 46 van EG-Verdrag).

⁽³⁹⁾ Krachtens overweging 4 van Richtlijn 2004/18/EG dienen de lidstaten erop toe te zien dat deelname van een publiekrechtelijke instelling als inschrijver op een overheidsopdracht geen concurrentieverstorende gevolgen heeft voor particuliere inschrijvers.