



COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Brussel, 30.4.2004
COM(2004) 327 definitief

GROENBOEK

**OVER PUBLIEK-PRIVATE SAMENWERKING EN HET GEMEENSCHAPSRECHT
INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN EN CONCESSIEOVEREENKOMSTEN**

(door de Commissie ingediend)

INHOUDSOPGAVE

1.	<i>Ontwikkeling van publiek-private samenwerking: stand van zaken en mogelijke verbeteringen.....</i>	3
1.1.	Het verschijnsel “publiek-private samenwerking” (PPS)	3
1.2	Een taak voor de interne markt: PPS ontwikkelen en tegelijkertijd zorgen voor daadwerkelijke concurrentie en rechtszekerheid	5
1.3.	Specifiek doel en opzet van het groenboek.....	8
2.	<i>Strikt contractuele PPS en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten.....</i>	9
2.1.	Selectie van de private partij	10
2.1.1.	Strikt contractuele samenwerking: contracten die als “overheidsopdracht” worden gekwalificeerd	10
2.1.2.	Strikt contractuele samenwerking: contracten die als “concessieovereenkomst” worden gekwalificeerd	11
2.2.	Specifieke vragen over de selectie van een onderneming bij PPS op particulier initiatief	14
2.3.	De fase na de selectie van de private partij	15
2.3.1.	Contractueel kader van het project.....	15
2.3.2.	Onderaanbesteding van bepaalde werkzaamheden	18
3.	<i>Geïstitutionaliseerde PPS en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten.....</i>	19
3.1.	Samenwerking waarbij ad hoc een rechtspersoon wordt opgericht die gezamenlijk eigendom is van de publieke en de particuliere sector.....	20
3.2.	Samenwerking waarbij een particuliere onderneming zeggenschap krijgt over een overheidsinstelling	22
4.	<i>Slotopmerkingen.....</i>	24

1. ONTWIKKELING VAN PUBLIEK-PRIVATE SAMENWERKING: STAND VAN ZAKEN EN UITDAGINGEN

1.1. Het verschijnsel “publiek-private samenwerking” (PPS)

1. Op Gemeenschapsniveau is de term “publiek-private samenwerking” niet gedefinieerd. Over het algemeen gaat het om vormen van samenwerking tussen overheidsinstellingen en het bedrijfsleven die bedoeld zijn om infrastructuur te financieren, bouwen, renoveren, beheren of onderhouden of een dienst te verlenen.
2. PPS-projecten hebben gewoonlijk de volgende kenmerken:
 - De samenwerking tussen de publieke en de private partij duurt relatief lang en betreft diverse aspecten van een uit te voeren project.
 - Het project wordt gedeeltelijk door de particuliere sector gefinancierd, soms via ingewikkelde constructies met diverse betrokkenen. De overheid kan echter ook aan de financiering bijdragen, soms met zeer aanzienlijke bedragen.
 - De private onderneming, die bij verschillende fasen van het project betrokken is (ontwerp, uitvoering, financiering), speelt een belangrijke rol. De publieke partij concentreert zich met name op het definiëren van de te bereiken doelstellingen betreffende het publieke belang, de kwaliteit van de geboden diensten en het prijzenbeleid, en controleert of deze doelstellingen worden gehaald.
 - De risico's worden door de publieke en de private partij gedeeld. Risico's die normaliter voor rekening van de overheid zijn, worden aan de private partij overgedragen. PPS betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat alle risico's, of het grootste deel ervan, door de private partij worden gedragen. De exacte verdeling van de risico's wordt per geval bepaald, afhankelijk van de capaciteit van de betrokken partijen om de risico's te beoordelen, controleren en beheersen.
3. Het afgelopen decennium heeft PPS een hoge vlucht genomen op vele terreinen van overheidsoptreden. Verschillende factoren verklaren de toegenomen populariteit van PPS. Enerzijds vormt het particuliere kapitaal dat door middel van PPS loskomt voor de publieke sector een welkome aanvulling op de beschikbare middelen, gezien de druk op de begrotingen waarmee de lidstaten te kampen hebben. Anderzijds leeft bij de overheid de wil om meer gebruik te maken van de kennis en werkwijzen van het bedrijfsleven. De ontwikkeling van PPS maakt daarbij deel uit van een algemene ontwikkeling waarbij de rol van de overheid in de economie verandert van rechtstreekse speler naar organisator, regelgever en controleur.
4. De overheidsinstellingen van de lidstaten maken vaak gebruik van PPS-constructies voor de uitvoering van infrastructuurprojecten, in het bijzonder op het gebied van vervoer, volksgezondheid, onderwijs en openbare veiligheid. In Europees verband is erkend dat PPS-constructies kunnen bijdragen aan de met name door gebrek aan investeringen aanzienlijk vertraagde totstandkoming van trans-Europese

vervoersnetwerken.¹ De Raad heeft in het kader van het Groei-initiatief een reeks maatregelen goedgekeurd om investeringen in de infrastructuur voor het trans-Europese netwerk en op het terrein van innovatie, onderzoek en ontwikkeling te bevorderen, met name door de toepassing van PPS-constructies.²

5. Hoewel samenwerking tussen de publieke en de private sector micro-economisch voordeel kan opleveren waardoor de prijs-kwaliteitverhouding van een project beter kan worden zonder dat het publieke belang eronder te lijden heeft, moet PPS niet worden gepresenteerd als wondermiddel waarmee de publieke sector zijn budgettaire problemen kan oplossen.³ De ervaring wijst uit dat per project moet worden gezien of PPS daadwerkelijk meerwaarde oplevert ten opzichte van andere opties, zoals het uitschrijven van een gewone aanbesteding.⁴
6. De Commissie stelt overigens met belangstelling vast dat sommige lidstaten en toetredende landen methoden hebben ontwikkeld om PPS te coördineren en te bevorderen, waarmee onder meer wordt beoogd in die landen of op Europese schaal bekendheid te geven aan “goede werkwijzen” op het gebied van PPS. Deze coördinatiemethoden strekken ertoe ervaringen uit te wisselen en zo de gebruikers te adviseren over de verschillende vormen van PPS en de fases ervan, zoals het initiële ontwerp, wijzen om de private partner te kiezen, de optimale verdeling van risico's, de keuze voor bepaalde contractuele bepalingen of het in aanmerking nemen van communautaire financiering (bijvoorbeeld de “task force” in het Verenigd Koninkrijk of in Italië).
7. Samenwerkingsconstructies met de privé-sector worden door overheidsinstellingen, met name op lokaal niveau, ook gebruikt voor het beheer van overheidsdiensten. Zo worden overheidsdiensten op het gebied van afvalbeheer of water- en energiedistributie steeds vaker overgelaten aan ondernemingen, waarbij het kan gaan om overheidsbedrijven, particuliere bedrijven of semi-overheidsbedrijven. In het *Groenboek over diensten van algemeen belang*⁵ is erop gewezen dat overheidsinstellingen die het beheer van een dienst aan een derde toevertrouwen het recht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten moeten naleven, ook wanneer het een dienst van algemeen belang betreft. Overigens heeft het Europees Parlement erkend dat de naleving van deze regels “een effectief instrument kan zijn ter vermijding van ondoelmatige beperkingen van de mededinging, dat tegelijkertijd

¹ Zie de mededeling van de Commissie van 23 april 2003 *Ontwikkeling van het trans-Europese vervoersnetwerk: vernieuwende financieringsvormen interoperabele elektronische tolheffing*, COM(2003) 132, en het rapport van de groep op hoog niveau inzake het trans-Europese vervoersnet van 27 juni 2003.

² Conclusies van het voorzitterschap, Europese Raad van Brussel van 12 december 2003.

³ Eurostat, het bureau voor de statistiek van de Europese Gemeenschappen, heeft op 11 februari 2004 een besluit genomen over de boekhoudkundige behandeling in de nationale rekeningen van samenwerkingsovereenkomsten tussen overheidseenheden en niet-overheidseenheden (zie persmededeling van STAT/04/18). In dat besluit zijn de gevolgen voor het begrotingsoverschot of begrotingstekort en de staatsschuld gepreciseerd. Eurostat beveelt aan om de activa betreffende publiek-private samenwerking als niet-overheidsactiva te beschouwen en bijgevolg niet in de overheidsbalans op te nemen indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan: 1. de private partij draagt het bouwrisico, en 2. de private partij draagt ten minste een van de volgende risico's: dat van de beschikbaarheid of dat van de vraag.

⁴ Zie de mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement *Openbare financiën in de EMU – 2003*, die is gepubliceerd in European Economy nr. 3/2003 (COM(2003) 283 definitief).

⁵ COM(2003) 270 definitief. De tekst van het groenboek en van bijdragen aan de raadpleging is te vinden op http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest.

de overheid in staat stelt de voorwaarden inzake kwaliteit, beschikbaarheid en milieuvoorwaarden zelf te definiëren en te controleren.”⁶

1.2 De uitdaging voor de interne markt: faciliteren van de ontwikkeling van PPS en tegelijkertijd zorgen voor daadwerkelijke concurrentie en rechtszekerheid

8. In dit groenboek wordt het verschijnsel PPS besproken in het licht van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten. In het Gemeenschapsrecht is geen specifieke regeling voor het verschijnsel PPS opgenomen. Elke handeling waarbij een overheidsinstelling het verlenen van een economische activiteit toevertrouwt aan een derde - of het nu gaat om een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling - moet echter wel worden gezien in het licht van de regels en beginselen van het Verdrag, in het bijzonder in het licht van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten (de artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag)⁷. Deze beginselen betreffen in het bijzonder het transparantiebeginsel, het beginsel van gelijke behandeling, het proportionaliteitsbeginsel en het beginsel van wederzijdse erkenning.⁸ Bovendien gelden gedetailleerde bepalingen in het geval de richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten van toepassing zijn.⁹ ¹⁰ Deze richtlijnen zijn bedoeld “ter bescherming van de belangen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden, en strekken er dus toe zowel het risico uit te sluiten dat een aanbestedende dienst bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geeft aan binnenlandse inschrijvers, als de mogelijkheid

⁶ Resolutie van het Europees Parlement over het Groenboek over diensten van algemeen belang, goedgekeurd op 14 januari 2004.

⁷ De regels betreffende de interne markt, waaronder de regels en beginselen voor overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, zijn van toepassing op elke economische activiteit, dat wil zeggen op elke activiteit die bestaat in het op een markt aanbieden van diensten, goederen of werken, ook als daarmee wordt beoogd een “overheidsdienst”, zoals gedefinieerd door een lidstaat, te verzorgen.

⁸ Zie de Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht, PB C 121 van 29.4.2000.

⁹ Dit zijn de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG, 93/37/EEG en 93/38/EEG, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van respectievelijk overheidsopdrachten voor dienstverlening, overheidsopdrachten voor leveringen, overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie. Deze richtlijnen zullen worden vervangen door 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, en Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, die binnenkort in het PB worden bekendgemaakt. De [voorlopige] versie van de nieuwe richtlijnen kan worden geraadpleegd op de website http://www.europarl.eu.int/code/concluded/default_2003_en.htm.

¹⁰ Bovendien kan in bepaalde sectoren, en met name in de vervoersector, specifieke sectoriale wetgeving op de totstandkoming van PPS van toepassing zijn. Zie Verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes, Verordening (EEG) nr. 3577/92 van de Raad houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer binnen de lidstaten, Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, gewijzigd bij Verordening (EEG) nr. 1893/91, en het gewijzigde voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van openbare-diensteisen en de gunning van openbare-dienstcontracten op het gebied van het personenvervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (COM(2002) 107 definitief).

dat deze dienst zich door andere dan economische overwegingen laat leiden.”¹¹ De toepassing van de gedetailleerde bepalingen van deze richtlijnen wordt echter afgebakend door bepaalde hypothesen, en betreft voornamelijk de gunningsfase.

9. De regeling die van toepassing is op de selectie van een private partij hangt in de eerste plaats af van het soort contractuele relatie dat de private partij met een aanbestedende instantie¹² aangaat. Volgens het afgeleide Gemeenschapsrecht wordt elke schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een aanbestedende instantie en een ondernemer en die betrekking heeft op de uitvoering van werken of het verlenen van diensten beschouwd als “overheidsopdracht” voor werken of diensten. Het begrip “concessieovereenkomst” is gedefinieerd als een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken of te verlenen diensten wordt gevormd door hetzij uitsluitend het recht het werk of de dienst te exploiteren, hetzij dit recht, gepaard gaande met een prijs.
10. De onderdelen van deze definities moeten volgens het Hof zodanig worden uitgelegd dat het nuttig effect van de desbetreffende richtlijn niet in gevaar wordt gebracht.¹³ Zo mogen vormvoorschriften in het nationale recht voor het begrip “contract” niet worden ingeroepen om de richtlijnen hun nuttig effect te doen verliezen. Ook hoeft “overeenkomst onder bezwarende titel” niet altijd te betekenen dat de publieke partij rechtstreeks een prijs betaalt; de private partij kan ook een andersoortige economische tegenprestatie ontvangen.
11. Contracten die als overheidsopdracht voor werken of als overheidsopdracht voor als prioritair aangemerkte diensten¹⁴ worden beschouwd, moeten aan de gedetailleerde bepalingen van de communautaire richtlijnen voldoen. Voor concessieovereenkomsten voor werken en overheidsopdrachten voor diensten die als “niet-prioritair” zijn aangemerkt, gelden slechts enkele bepalingen van het afgeleide recht. Ten slotte zijn er contracten, met name concessieovereenkomsten voor diensten, waarop geen enkele bepaling van het afgeleide recht van toepassing is. Dat geldt overigens ook voor alle opdrachten die door een eenzijdige rechtshandeling worden verleend.
12. Het regelgevingskader voor de keuze van de private partij is dus op verschillende niveaus en met wisselende intensiteit in Gemeenschapsverband gecoördineerd,

¹¹ Arrest van 27 november 2001 in de gevoegde zaken C-285/99 en C-286/99, *Impresa Lombardini/ANAS en Impresa Ing. Mantovani/ANAS*, Jurispr. 2001, blz. I-9233, punt 36, en in dezelfde zin zaak C-380/98, *University of Cambridge*, Jurispr. 2000, blz. I-8035, en zaak C-19/00, *SIAC construction*, Jurispr. 2001, blz. I-7725.

¹² De publieke partijen bij PPS zijn in de eerste plaats nationale, regionale of lokale overheden. Het kan ook gaan om publiekrechtelijke instellingen die zijn opgericht om een taak van algemeen belang onder staatstoezicht uit te voeren, of beheersmaatschappijen voor bepaalde netwerkindustrieën. Gemakshalve worden al deze instanties in dit document met de term “aangebestedende instantie” aangeduid. Deze term omvat dus zowel de “aangebestedende diensten” in de zin van de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG, 93/37/EEG en 2004/18/EG als de aanbestedende diensten die “overheidsdiensten” of “overheidsbedrijven” (dan wel “openbare bedrijven”) zijn in de zin van de richtlijnen 93/38/EEG en 2004/17/EG.

¹³ Arrest van 12 juli 2001 in zaak C-399/98, *Scala*, Jurispr. 2001, blz. I-5409, met name de punten 53, 54 en 55.

¹⁴ Dat wil zeggen de in bijlage IA bij Richtlijn 92/50/EEG of bijlage XVI A bij Richtlijn 93/38/EEG bedoelde diensten.

waardoor op nationaal niveau sprake blijft van zeer uiteenlopende aanpakken, ook al moeten alle opdrachten die aan derden worden verleend ten minste voldoen aan de beginselen van de artikelen 43 tot en met 49 van het EG-Verdrag.

13. De Commissie heeft al enkele initiatieven genomen met betrekking tot PPS in verband met het recht inzake overheidsopdrachten. In 2000 heeft ze een interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten gepubliceerd¹⁵ waarin ze het begrip concessieovereenkomst in het communautaire recht en de verplichtingen voor de overheidsinstellingen bij de keuze van ondernemingen waaraan concessieovereenkomsten worden verleend, duidelijker heeft afgebakend op grond van de regels en beginselen van het Verdrag en van het toepasselijke afgeleide recht. Bovendien bevatten de nieuwe richtlijnen van het Europees Parlement en de Raad waarmee wordt beoogd het communautaire wettelijk kader te moderniseren en vereenvoudigen, een innovatieve gunningsprocedure, die speciaal is toegesneden op de specifieke eisen voor de gunning van “bijzonder complexe opdrachten”, en daarmee ook op bepaalde vormen van PPS. Deze nieuwe procedure, de “concurrentiegericht dialoog”, stelt overheidsinstellingen in staat op hun behoeften afgestemde oplossingen te vinden door met geïnteresseerde ondernemingen te overleggen.
14. Verschillende vertegenwoordigers van betrokken partijen zijn niettemin van mening dat de communautaire regels voor de keuze van de ondernemingen die worden uitgenodigd om in het kader van PPS met een overheidsinstelling samen te werken en de gevolgen ervan voor de contractuele relaties die toezien op de uitvoering van de samenwerking, niet duidelijk genoeg zijn en per lidstaat zeer uiteenlopen. Deze situatie zou voor de communautaire spelers onzekerheden opleveren die een reële belemmering kunnen vormen voor de totstandkoming of de goede afloop van PPS, waar de financiering van belangrijke infrastructuur en de ontwikkeling van overheidsdiensten van goede kwaliteit onder te lijden zou hebben.
15. Het Europees Parlement heeft de Commissie opgeroepen de mogelijkheid te onderzoeken voor het aannemen van een ontwerp-richtlijn met het oog op het introduceren van gelijkvormige regelingen voor de sector van concessieovereenkomst en andere vormen van PPS.¹⁶ Het Economisch en Sociaal Comité heeft eveneens geoordeeld dat een wetgevingsinitiatief nodig is.¹⁷
16. In dit licht heeft de Commissie in haar Internemarktstrategie 2003-2006¹⁸ aangekondigd een groenboek over PPS en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten te zullen uitbrengen om een debat op gang te brengen over de beste wijze om te zorgen dat PPS kan worden ontwikkeld zonder de effectieve mededinging en de rechtszekerheid te schaden. Het uitbrengen

¹⁵ *Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht*, PB C 121 van 29.4.2000.

¹⁶ Standpunt van het Europees Parlement in eerste lezing over het voorstel van de Commissie COM(2000) 275 van 10.5.2002.

¹⁷ Advies van het ESC, PB C 14 van 16.1.2001, rapporteur de heer Levaux, punt 4.1.3, en advies van het ESC, PB C 193 van 10.7.2001, rapporteur de heer Bo Green, punt 3.5.

¹⁸ Internemarktstrategie - Prioriteiten 2003-2006, COM(2003) 238 definitief.

van een groenboek is ook een van de actiepunten van het Europese Groei-initiatief.¹⁹ Bovendien wordt met het uitbrengen van het groenboek gehoor gegeven aan bepaalde verzoeken die gedaan zijn tijdens de openbare raadpleging over het Groenboek over diensten van algemeen belang.²⁰

1.3. Specifiek doel en opzet van het groenboek

17. Dit groenboek is bedoeld om een debat op gang te brengen over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op het verschijnsel PPS. Het debat wordt toegespitst op de regels die moeten worden toegepast wanneer is besloten een opdracht of een taak aan een derde toe te vertrouwen. Het voorafgaande economische en organisatorische besluit van de lokale of nationale overheidsinstelling blijft buiten beschouwing en het is niet de bedoeling dat een algemeen waardeoordeel wordt gegeven over het al dan niet uitbesteden van het beheer van openbare diensten; deze beslissing wordt volledig aan de overheidsinstellingen overgelaten. Het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten is overigens neutraal ten aanzien van de keuze van de lidstaten om een overheidsdienst zelf uit te voeren of aan een derde toe te vertrouwen.
18. Meer in het bijzonder wordt in dit groenboek de reikwijdte van de communautaire regels voor de fase van de selectie van de private partij en de daaropvolgende fase aangegeven om de vinger te leggen op eventuele onzekerheden en te analyseren of het communautaire kader geschikt is voor PPS-vraagstukken en de specifieke kenmerken ervan. Er worden suggesties gedaan voor mogelijk maatregelen van de Gemeenschap. Aangezien het groenboek bedoeld is om een raadpleging op gang te brengen, is nog geen enkel besluit over mogelijke communautaire maatregelen genomen. De beschikbare instrumenten om PPS-projecten binnen een duidelijk wettelijk kader meer voor concurrentie open te stellen zijn zeer divers: wetgeving, interpretatieve mededelingen, maatregelen om de coördinatie van nationale werkwijzen of de uitwisseling van goede werkwijzen tussen de lidstaten te verbeteren.
19. Hoewel dit groenboek zoals gezegd gaat over vraagstukken in verband met het recht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, moet worden gewezen op maatregelen op andere terreinen die de Commissie al heeft genomen om mogelijke belemmeringen voor PPS-projecten weg te nemen. Zo zijn onlangs de regels voor de boekhoudkundige behandeling van PPS-contracten tussen overheidseenheden en niet-overheidseenheden in de nationale rekeningen verduidelijkt.²¹ Ook de instelling van het statuut van de Europese vennootschap zal de totstandkoming van trans-Europese publiek-private samenwerking vereenvoudigen.²²
20. Ten behoeve van de analyse van dit groenboek wordt voorgesteld onderscheid te maken tussen:

¹⁹ Mededeling van de Commissie "Een Europees groei-initiatief - Investeren in netwerken en kennis ten behoeve van groei en werkgelegenheid", COM(2003) 690 definitief van 11 november 2003. Dit verslag is goedgekeurd door de Europese Raad van Brussel van 12 december 2003.

²⁰ Zie het verslag over de resultaten van de raadpleging over het Groenboek over diensten van algemeen belang, zie voetnoot 5.

²¹ Zie voetnoot 3.

²² Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001.

- strikt contractuele PPS, waarbij de samenwerking tussen de publieke en de private sector uitsluitend op een contract berust, en
- geïnstitutionaliseerde PPS, waarbij de publieke en de private sector in een afzonderlijke rechtspersoon samenwerken.

Dit onderscheid is gebaseerd op de vaststelling dat alle uiteenlopende vormen van PPS in de lidstaten tot deze twee grote modellen kunnen worden herleid. Deze modellen leiden elk tot specifieke vragen over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten die afzonderlijk moeten worden onderzocht. Hierop wordt in de volgende hoofdstukken nader ingegaan.²³

2. STRIKT CONTRACTUELE PPS EN HET GEMEENSCHAPSRECHT INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN EN CONCESSIEOVEREENKOMSTEN

21. Met “strikt contractuele PPS” wordt bedoeld publiek-private samenwerking die uitsluitend op contractuele banden tussen de verschillende spelers is gebaseerd. De term omvat uiteenlopende constructies waarbij een of meer taken van uiteenlopende omvang aan de private partij worden toevertrouwd, waaronder het ontwerpen, financieren, uitvoeren, herstellen of exploiteren van een werk of dienst.
22. Een van de bekendste strikt contractuele modellen (vaak het “concessiemodel” genoemd²⁴) wordt gekenmerkt door een rechtstreekse band tussen de private partij en de eindgebruiker: de private partij verleent een dienst aan het publiek “in plaats van” de publieke partij, maar wel onder haar toezicht. Een ander kenmerkend aspect van dit model is dat de contractant wordt betaald door bijdragen van de gebruikers van de dienst, eventueel aangevuld met subsidie van de overheidsinstelling.
23. Bij andere soorten constructies zorgt de private partij voor de totstandkoming en het beheer van een infrastructuur voor de overheidsinstelling (bv. een school, ziekenhuis, gevangenis of vervoersinfrastructuur). Het duidelijkste voorbeeld van dit model is de PFI-constructie.²⁵ De vergoeding die de private partij ontvangt bestaat hierbij niet in bijdragen van de gebruikers van het werk of de dienst, maar in regelmatige betalingen door de publieke partij. Het kan daarbij om vaste bedragen gaan, maar ook om variabele bedragen die bijvoorbeeld afhangen van de beschikbaarheid van

²³ Het gemaakte onderscheid staat los van de juridische kwalificaties in het nationale recht en hiermee wordt niet vooruitgelopen op de kwalificatie van deze soorten constructies of contracten in het Gemeenschapsrecht. De analyse die volgt is uitsluitend bedoeld om een onderscheid te maken tussen verschillende constructies die gewoonlijk onder de noemer PPS vallen, teneinde in tweede instantie te bepalen welke regels van Gemeenschapsrecht inzake overheidsaanbestedingen en concessieovereenkomsten van toepassing zijn.

²⁴ De kwalificatie die het nationale recht of een van de partijen geeft, heeft echter geen gevolgen voor de juridische kwalificatie van deze contracten met het oog op de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten.

²⁵ De term PFI (“Private Finance Initiative”) gaat terug op een programma van de Britse regering voor de modernisering van openbare infrastructuur met behulp van particuliere financiering. Hetzelfde model is, soms met grote verschillen, in andere lidstaten toegepast. Zo heeft PFI als inspiratiebron gediend voor het Duitse “Betreibermodell”.

het werk of de eraan verbonden diensten, of zelfs van de mate waarin het werk wordt gebruikt.²⁶

1. Welke soorten strikt contractuele PPS-constructies kent u? Bestaat in uw land voor die constructies een specifiek (al dan niet wettelijk) kader?

2.1. Selectie van de private partij

2.1.1. Strikt contractuele samenwerking: contracten die als “overheidsopdracht” worden gekwalificeerd

24. De richtlijnen bevatten gedetailleerde bepalingen voor overheidsopdrachten voor werken en voor overheidsopdrachten voor diensten die als prioritair zijn aangemerkt²⁷, met name betreffende de bekendmaking en de deelname. Indien de overheidsinstelling een aanbestedende dienst is die werkzaam is op het terrein van de klassieke richtlijnen²⁸ moet voor de keuze van de private partij doorgaans de openbare of de niet-openbare procedure worden gevolgd. Bij wijze van uitzondering kan, onder bepaalde voorwaarden, de procedure van gunning door onderhandelingen worden toegepast. De Commissie wijst er in dit verband op dat de uitzondering van artikel 7, lid 2, van Richtlijn 93/37/EEG, die het mogelijk maakt de procedure van gunning door onderhandelingen te volgen “indien het werken betreft waarvan de aard en de onzekere omstandigheden een vaststelling vooraf van de totale prijs niet mogelijk maken”, een beperkt toepassingsgebied heeft. Deze afwijking geldt uitsluitend voor uitzonderlijke situaties waarin vooraf onzekerheid bestaat over de aard of de omvang van de uit te voeren werkzaamheden, maar niet voor situaties waarin de onzekerheden andere oorzaken hebben, zoals wanneer de prijs lastig vooraf kan worden vastgesteld als gevolg van de complexiteit van de financieel-juridische constructie.²⁹
25. Sinds de goedkeuring van Richtlijn 2004/18/EG kan bij het plaatsen van bijzonder complexe opdrachten een nieuwe procedure worden gevolgd, de “concurrentiegericht dialoog”.³⁰ Deze procedure is mogelijk wanneer de aanbestedende instantie niet op objectieve wijze kan vaststellen met welke technische middelen aan zijn behoeften en doelstellingen kan worden voldaan en wanneer de aanbestedende instantie niet op objectieve wijze de voor een project vereiste juridische en/of financiële constructie kan vaststellen. De nieuwe procedure stelt de aanbestedende instanties in staat met de gegadigden een dialoog te openen met als doel geschikte oplossingen te ontwikkelen waarmee aan deze behoeften wordt voldaan. Na beëindiging van de dialoog worden de gegadigden verzocht hun definitieve inschrijvingen in te dienen op basis van de tijdens de dialoog gespecificeerde oplossing of oplossingen. Deze inschrijvingen moeten alle vereiste en noodzakelijke elementen voor de uitvoering van het project bevatten. De

²⁶ Zie bijvoorbeeld de “virtuele tol” bij autowegprojecten, met name in het Verenigd Koninkrijk, Portugal, Spanje en Finland.

²⁷ Dat wil zeggen de in bijlage IA bij Richtlijn 92/50/EEG en bijlage XVI A bij Richtlijn 93/38/EEG bedoelde diensten.

²⁸ Hiermee worden de richtlijnen 93/37/EEG, 92/50/EEG en 2004/18/EG bedoeld.

²⁹ De afwijking kan bijvoorbeeld gelden wanneer werken in een geologisch onstabiel of archeologisch waardevol gebied worden uitgevoerd, waardoor de omvang van de uit te voeren werken aan het begin van de procedure niet valt te voorspellen. In artikel 11, lid 2, van Richtlijn 92/50/EEG en in artikel 30, lid 1, onder b), van Richtlijn 2004/18/EG zijn soortgelijke afwijkingen opgenomen.

³⁰ Artikel 29 van Richtlijn 2004/18/EG.

aanbestedende instanties beoordelen de inschrijvingen op basis van de van tevoren bepaalde gunningscriteria. De indiener van de economisch voordeligste inschrijving kan worden verzocht aspecten van zijn inschrijving te verduidelijken of de in de inschrijving vervatte beloften te bevestigen, op voorwaarde dat dit de wezenlijke aspecten van de inschrijving of van de oproep tot mededinging ongewijzigd laat en niet tot concurrentievervalsing of discriminatie leidt.

26. De procedure van de concurrentiegerichtte dialoog zou de nodige flexibiliteit moeten bieden om met de gegadigden tijdens het opzetten van het project alle aspecten van de opdracht te bespreken, terwijl tegelijkertijd wordt gewaarborgd dat bij deze gesprekken de beginselen van transparantie en gelijke behandeling worden nageleefd en de rechten van ondernemers op grond van het Verdrag niet worden geschonden. Uitgangspunt van deze procedure is dat te allen tijde gezorgd moet worden voor gestructureerde selectiemethoden, omdat deze bijdragen aan het waarborgen van de objectiviteit en integriteit van de procedure die leidt tot de keuze van een ondernemer. Daarmee wordt gezorgd voor een goede besteding van overheidsmiddelen, wordt de kans op ondoorzichtige praktijken beperkt en wordt de voor het opzetten van deze projecten vereiste rechtszekerheid versterkt.
27. Overigens moet worden benadrukt dat het voor de aanbestedende instanties met de inwerkingtreding van de nieuwe richtlijnen het aantrekkelijker wordt om de technische specificaties te definiëren aan de hand van prestaties of functionele eisen. Nieuwe bepalingen geven de aanbestedende instanties ruimere mogelijkheden om in de gunningsfase rekening te houden met innoverende oplossingen, ongeacht de toegepaste procedure.³¹

2. De Commissie is van mening dat de omzetting in nationaal recht van de procedure voor de concurrentiegerichtte dialoog de betrokken partijen bij het opzetten van een strikt contractuele PPS doet beschikken over een procedure die buitengewoon geschikt is voor het plaatsen van opdrachten die als overheidsopdracht zijn gekwalificeerd, zonder dat de fundamentele rechten van ondernemingen in gevaar worden gebracht. Deelt u dit standpunt? Zo nee, waarom niet?
3. Zijn er volgens u ten aanzien van deze contracten afgezien van de keuze van de aanbestedingsprocedure nog andere punten in verband met het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten die problemen kunnen opleveren? Zo ja, welke en om welke redenen?

2.1.2. Strikt contractuele samenwerking: contracten die als “concessieovereenkomst” worden gekwalificeerd

28. Het afgeleide recht kent weinig bepalingen ter coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten die in het Gemeenschapsrecht als concessieovereenkomsten worden gekwalificeerd. Voor concessieovereenkomsten voor werken bestaan slechts enkele verplichtingen betreffende de bekendmaking, die moeten waarborgen dat geïnteresseerde ondernemingen naar de opdracht kunnen meedingen, en een verplichting betreffende de minimumtermijn voor de indiening van inschrijvingen.³² De wijze waarop de private partij vervolgens wordt

³¹ Artikel 23 van Richtlijn 2004/18/EG en artikel 34 van Richtlijn 2004/17/EG.

³² Zie artikel 3, lid 1, van Richtlijn 93/37/EEG en de artikelen 56 tot en met 59 van Richtlijn 2004/18/EG.

geselecteerd, kan geheel vrij worden bepaald door de aanbestedende instanties, die daarbij echter wel de regels en beginselen van het Verdrag moeten naleven.

29. 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 Verdrag, met name de beginselen van transparantie, gelijke behandeling, proportionaliteit en wederzijdse erkenning.³³ Het Hof heeft in dit verband in het arrest *Telaustria* geoordeeld dat “[de] op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie [inhoudt], dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.”³⁴
30. Naar het oordeel van de Commissie kunnen de regels die voortvloeien uit de desbetreffende bepalingen van het Verdrag worden samengevat in de vorm van volgende verplichtingen: vastlegging van de regels voor de selectie van de private partij, passende bekendmaking van het voornemen om een concessieovereenkomst te sluiten en van de regels waarop de selectie wordt gebaseerd zodat tijdens de gehele procedure de onpartijdigheid kan worden gecontroleerd, daadwerkelijke openstelling voor concurrentie tussen potentieel geïnteresseerde ondernemingen en/of ondernemingen die de taken zouden kunnen uitvoeren, naleving van het beginsel van gelijke behandeling van alle deelnemers tijdens de gehele procedure en gunning op basis van objectieve en niet-discriminerende criteria.
31. Het Gemeenschapsrecht dat op het sluiten van concessieovereenkomsten van toepassing is, is dus voornamelijk gebaseerd op algemene verplichtingen die geen enkele coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten met zich meebrengen. Bovendien hebben de lidstaten slechts mondjesmaat gebruikgemaakt van de mogelijkheid om een algemeen en gedetailleerd nationaalrechtelijk kader voor de gunningsfase van concessieovereenkomsten voor werken of diensten vast te stellen.³⁵ Daardoor worden de regels die een aanbestedende instantie moet toepassen bij de keuze van een concessiehouder grotendeels van geval tot geval vastgesteld.
32. Deze situatie kan voor bedrijven in de Gemeenschap problemen opleveren. Het ontbreken van coördinatie van nationale wetgevingen kan feitelijk een belemmering vormen voor een daadwerkelijke openstelling van de dergelijke projecten binnen de Gemeenschap, in het bijzonder wanneer deze projecten op trans-nationaal niveau worden opgezet. De rechtsonzekerheid door het ontbreken van duidelijke en

³³ Hoewel de Commissie heeft voorgesteld concessieovereenkomsten voor diensten in het toepassingsgebied van Richtlijn 92/50/EEG op te nemen, heeft de Raad tijdens het wetgevingsproces anders besloten.

³⁴ Zaak C-324/98. Zie ook de beschikking van 30 mei 2002 in zaak C-358/00, *Deutsche Bibliothek*, Jurispr. 2002, blz. I-4685. Deze beginselen zijn eveneens van toepassing op andere handelingen van de staat waarbij een economische prestatie aan een derde wordt toevertrouwd, bijvoorbeeld op opdrachten die van het toepassingsgebied van de richtlijnen zijn uitgesloten omdat het bedrag onder de drempelwaarden voor de toepassing van het afgeleide recht ligt (Beschikking van het Hof van 3 december 2001 in zaak C-59/00, *Vestergaard*, Jurispr. 2001, blz. I-9505), en op “niet-prioritaire” diensten.

³⁵ Spanje (wet van 23 mei 2003 inzake concessieovereenkomsten voor werken), Italië (wet-Merloni uit 1994, die sindsdien is gewijzigd) en Frankrijk (wet-Sapin uit 1993) hebben niettemin dergelijke wetgeving.

gecoördineerde regels kan bovendien leiden tot een verhoging van de kosten voor het opzetten dergelijke projecten.

33. Ook hebben sommigen erop gewezen dat de doelstellingen van de interne markt in bepaalde situaties niet zouden kunnen worden bereikt, doordat daadwerkelijke mededinging op de markt ontbreekt. De Commissie wijst er in dit verband op dat de richtlijnen “overheidsopdrachten” niet alleen transparante procedures en gelijke behandeling van ondernemingen waarborgen, maar ook voorschrijven dat een minimumaantal gegadigden moet worden uitgenodigd om aan de procedures deel te nemen, ongeacht of het een openbare procedure, een niet-openbare procedure, een procedure van gunning door onderhandelingen of een procedure van concurrentiegericht dialogoog betreft.³⁶ Beoordeeld moet worden of de daadwerkelijke toepassing van deze bepalingen volstaat, of dat andere maatregelen nodig zijn om ertoe bij te dragen dat een klimaat ontstaat waarin de concurrentie beter gedijt.
34. De Commissie heeft overigens in reeds ingeleide inbreukprocedures vastgesteld dat niet altijd vanaf het begin eenvoudig kan worden bepaald of het bij een opdracht om een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst gaat. Bij opdrachten die aan het begin van de procedure als concessieovereenkomst worden gekwalificeerd kan immers tijdens de procedure worden onderhandeld over de verdeling van de risico's en de baten. De uitkomst van deze onderhandelingen kan zodanig zijn dat de opdracht bij nader inzien als overheidsopdracht moet worden gekwalificeerd, waardoor de wettigheid van de door de aanbestedende instantie gekozen gunningsprocedure veelal ter discussie komt te staan. Uit de standpunten van de betrokken partijen komt naar voren dat deze situatie veelal een schaduw van rechtsonzekerheid op de projecten werpt die zeer schadelijk is voor de ontwikkeling ervan.
35. De Commissie zou daarom kunnen overwegen om, naast de bestaande wetteksten betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, wetgeving voor te stellen om de procedures voor het sluiten van concessieovereenkomsten in de Europese Unie te coördineren. Daarin zou een gedetailleerde regeling voor het sluiten van concessieovereenkomsten moeten worden vastgesteld.
36. Overigens moet worden bekeken of er objectieve redenen zijn om op het sluiten van concessieovereenkomsten een andere regeling toe te passen dan de bestaande regeling voor de gunning van andere contractuele PPS-projecten. In dit verband wordt erop gewezen dat concessieovereenkomsten van overheidsopdrachten worden onderscheiden op grond van het criterium dat bij concessieovereenkomsten het exploitatierecht, met de daaruit voortvloeiende risico's, wordt overgedragen. Indien zou blijken dat in veel gevallen rechtsonzekerheid bestaat in verband met de moeilijkheid om vooraf de verdeling van de exploitatierisico's tussen de partijen vast te stellen bij de gunning van bepaalde soorten strikt contractuele PPS-projecten, dan zou de Commissie kunnen overwegen één gunningsregeling van toepassing te verklaren voor alle soorten contractuele PPS, ongeacht of deze als overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten zijn gekwalificeerd.

³⁶ Artikel 19 van Richtlijn 93/36/EEG, artikel 22 van Richtlijn 93/37/EEG, artikel 27 van Richtlijn 92/50/EEG en artikel 31 van Richtlijn 93/38/EEG. Zie ook artikel 44 van Richtlijn 2004/18/EG en artikel 54 van Richtlijn 2004/17/EG.

4. Hebt u wel eens een procedure voor het sluiten van een concessieovereenkomst in de Unie georganiseerd of willen organiseren dan wel aan een dergelijke procedure deelgenomen of willen deelnemen? Wat zijn uw ervaringen?
5. Bent u van mening dat het bestaande communautaire wettelijk kader voldoende nauwkeurig is om de effectieve deelname van buitenlandse bedrijven of groepen bedrijven aan procedures voor het sluiten van concessieovereenkomsten in de praktijk mogelijk te maken? Is een daadwerkelijke concurrentie in dit verband volgens u gewoonlijk gewaarborgd?
6. Acht u een communautair wetgevingsinitiatief voor het reguleren van de procedure voor het gunnen van concessieovereenkomsten, wenselijk?
7. Meer in het algemeen, indien u een nieuw wetgevingsinitiatief van de Commissie nodig acht: zijn er volgens u, objectieve redenen om die wetgeving te richten op alle soorten contractuele PPS-projecten, ongeacht of deze als overheidsopdrachten of als concessieovereenkomsten zijn gekwalificeerd, zodat er hiervoor één gunningsregeling komt?

2.2. Specifieke vragen over de selectie van een onderneming bij PPS op particulier initiatief

37. In enkele lidstaten is recentelijk de mogelijkheid ontstaan dat de particuliere sector het initiatief neemt voor een PPS-project.³⁷ Bij deze formules doen de ondernemingen, soms op verzoek van de overheidsinstelling, een gedetailleerd voorstel voor een project dat doorgaans de bouw en het beheer van infrastructuur betreft.
38. Door deze werkwijze kan in een vroeg stadium worden gepeild of ondernemingen in bepaalde projecten willen investeren. Tevens kunnen de ondernemers worden gestimuleerd innoverende technische oplossingen te ontwikkelen of toe te passen die op de specifieke behoeften van de aanbestedende instantie zijn toegesneden.
39. Het feit dat aan een project van openbaar nut een particulier initiatief ten grondslag ligt, heeft geen gevolgen voor de aard van de contracten tussen de aanbestedende instanties en de ondernemingen. Indien op de verrichtingen het afgeleide recht van toepassing is en de contracten onder bezwarende titel zijn gesloten, moeten zij als overheidsopdracht dan wel als concessieovereenkomst worden gekwalificeerd, en aan de daarvoor geldende gunningsregels voldoen.
40. De toegepaste procedures mogen dan ook niet tot gevolg hebben dat de Europese ondernemers worden beroofd van hun rechten op grond van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten. De Commissie is van mening dat met name moet worden gezorgd dat dit soort projecten ten minste voor alle Europese ondernemers toegankelijk is, in het bijzonder door op passende wijze bekendheid te geven aan de oproep om projecten te formuleren. Wanneer de

³⁷ In enkele lidstaten bestaat een specifiek wettelijk kader voor het particuliere initiatief (in Italië de wet “Merloni-ter” van 18 november 1998 en in Spanje de verordening voor diensten van lagere overheden uit 1955 en wet nr. 13/2003 inzake concessieovereenkomsten voor werken van 23 mei 2003). In andere lidstaten heeft PPS op particulier initiatief zich in de praktijk ontwikkeld.

overheidsinstelling een voorgesteld project wenst uit te voeren, moet een oproep tot mededinging worden uitgeschreven die openstaat voor alle ondernemingen die mogelijk belangstelling hebben voor de ontwikkeling van het project, met inachtneming van alle waarborgen voor een onpartijdige selectie.

41. Om het systeem aantrekkelijk te houden hebben de lidstaten mogelijkheden gezocht om initiatiefnemers bepaalde stimulansen te bieden. Zo hebben de initiatiefnemers van projecten een beloning ontvangen, bijvoorbeeld door hun buiten de latere aanbestedingsprocedure om de kosten voor het initiatief te vergoeden. Ook is overwogen de initiatiefnemer bepaalde voordelen te geven waarvan hij tijdens de aanbestedingsprocedure voor de ontwikkeling van het geselecteerde project zou kunnen profiteren. Deze oplossingen moeten zorgvuldig worden onderzocht om te voorkomen dat de initiatiefnemer van het project concurrentiële voordelen heeft, waardoor geen sprake is van gelijke behandeling van de gegadigden.

8. Hebt u de ervaring dat bij PPS-formules op particulier initiatief de toegankelijkheid voor buitenlandse ondernemers wordt gewaarborgd? Wordt, met name, voldoende bekendheid gegeven aan oproepen van aanbestedende diensten om een initiatief voor te stellen, zodat alle belangstellende ondernemers op de hoogte zijn? Wordt voor de uitvoering van het geselecteerde project een selectieprocedure op basis van reële concurrentie georganiseerd?
9. Met welke formule kan volgens u in de Europese Unie het beste PPS op particulier initiatief worden ontwikkeld, terwijl tegelijkertijd wordt gewaarborgd dat de beginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling worden nageleefd?

2.3. De fase na de selectie van de private partij

42. Het afgeleide recht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten betreft hoofdzakelijk de gunningsfase. De fase na de selectie van de private partij is in het afgeleide recht niet op algemene wijze geregeld. De uit het Verdrag voortvloeiende beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich echter in het algemeen tegen elk overheidsoptreden na de selectie van de private partij dat de gelijke behandeling van ondernemingen kan schaden.³⁸
43. Door de veelal complexe constructie, de tijd die tussen de selectie van de private partij en de ondertekening van het contract kan liggen, de relatief lange duur van de projecten en de veelvuldige onderaanbesteding van werkzaamheden is de toepassing van deze regels en beginselen soms lastig. Hieronder komen twee aspecten aan de orde: het contractuele kader van PPS en onderaanbesteding van werkzaamheden.

2.3.1. Contractueel kader van het project

44. Op de contractuele bepalingen voor de uitvoeringsfase van PPS-projecten is in eerste instantie het nationale recht van toepassing. Bij het opstellen van de contractbepalingen moeten echter ook de desbetreffende communautaire regels, in het bijzonder de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, worden nageleefd. Dit betekent met name dat de uitvoeringsvoorwaarden en -voorschriften duidelijk in de aanbestedingsstukken moeten zijn vermeld, zodat deze door alle gegadigden voor de samenwerking hetzelfde worden uitgelegd en de gegadigden

³⁸ Zie het arrest van 25 april 1994 in zaak C-87/94, *Commissie/België (Waalse bussen)*, punt 54. Zie ook het arrest van 22 juni 1992 in zaak C-243/89, *Commissie/Denemarken (Brug over Storebaelt)*.

daarmee bij het opstellen van hun inschrijvingen rekening kunnen houden. Bovendien mogen de uitvoeringsvoorwaarden en -voorschriften geen directe of indirecte discriminerende werking hebben of een ongerechtvaardigde belemmering voor het vrij verrichten van diensten of voor de vrijheid van vestiging vormen.³⁹

45. Een PPS-project staat of valt grotendeels met de volledigheid van het contractuele kader en met de optimale vastlegging van de elementen die bepalend zijn voor de uitvoering van het project. Daarbij is cruciaal dat de risico's adequaat worden beoordeeld en, aan de hand van de capaciteit van elke partij om die risico's op te vangen, optimaal tussen de publieke en de private partij worden verdeeld. Het lijkt tevens belangrijk dat mechanismen worden ingebouwd om de prestaties van de private partij regelmatig te evalueren. De elementen aan de hand waarvan de risico's worden beoordeeld en verdeeld en de prestaties worden geëvalueerd, moeten op grond van het transparantiebeginsel in de aanbestedingsstukken worden vermeld, zodat de inschrijvers daarmee bij het opstellen van hun inschrijving rekening kunnen houden.
46. Overigens moet de periode gedurende welke de private partij de exploitatie van een werk of dienst op zich neemt worden vastgesteld op grond van de noodzaak om het financieel en economisch evenwicht van het project te waarborgen. De duur van de samenwerking moet in het bijzonder zodanig zijn dat de vrije mededinging niet langer wordt beperkt of belemmerd dan nodig is om de investering terug te verdienen en een redelijk rendement voor de geïnvesteerde middelen te ontvangen. Een buitensporig lange contractduur kan op grond van de beginselen van de interne markt⁴⁰ of op grond van de Verdragsbepalingen inzake mededinging⁴¹ worden verboden. Uit hoofde van het transparantiebeginsel moeten de elementen aan de hand waarvan de duur wordt vastgesteld in de aanbestedingsstukken worden vermeld, zodat de inschrijvers daarmee bij het opstellen van hun inschrijving rekening kunnen houden.
47. PPS-relaties hebben een lange duur en moeten daarom in de loop der tijd kunnen worden aangepast aan een veranderde macro-economische of technologische omgeving of aan behoeften in verband met het algemene belang. In het algemeen verzet het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten zich niet tegen de mogelijkheid om rekening te houden met dergelijke ontwikkelingen, mits daarbij de beginselen van gelijke behandeling en transparantie worden nageleefd. In de aanbestedingsstukken die de inschrijvers of gegadigden bij de selectieprocedure ontvangen, kunnen bepalingen betreffende automatische aanpassingen, bijvoorbeeld prijsindexeringsclausules, worden opgenomen of omstandigheden worden vermeld waarin de tarieven kunnen worden herzien. Ook kunnen die stukken herzieningsclausules bevatten waarin precies moet zijn vermeld in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden de contractuele relatie kan worden aangepast. Ook deze bepalingen moeten zo duidelijk zijn dat alle ondernemingen ze tijdens de selectiefase op dezelfde wijze kunnen uitleggen.

³⁹ Arrest van 18 oktober 2001 in zaak C-19/00, *SIAC Constructions*, punten 41-45; arrest van 20 september 1988 in zaak C-31/87, *Gebroeders Beentjes/Nederland*, punten 29-37. Zie ook artikel 26 van Richtlijn 2004/18/EG en artikel 38 van Richtlijn 2004/17/EG.

⁴⁰ Zie de interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten, met name punt 3.1.3.

⁴¹ De artikelen 81 en 82 en artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag.

48. Bij bepaalde projecten behouden de financiële instellingen zich het recht voor in de plaats te treden van de beheerder van het project of een nieuwe beheerder aan te wijzen wanneer de door het project gecreëerde kasstroom onder een bepaald niveau komt. De uitvoering van deze “step-in rights” kan ertoe leiden dat de private partner van de aanbestedende instantie wordt vervangen zonder dat sprake is van mededinging. Bijzondere aandacht moet dan ook worden besteed aan de vraag of dergelijke projecten verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten.
49. Over het algemeen leiden wijzigingen tijdens de uitvoeringsfase van PPS-projecten die niet in het contractuele kader zijn vastgelegd er veelal toe dat ter discussie komt te staan of het beginsel van gelijke behandeling van ondernemingen wel wordt nageleefd.⁴² Deze wijzigingen buiten het contractuele kader zijn alleen aanvaardbaar wanneer zij door een onvoorziene gebeurtenis noodzakelijk zijn of uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn.⁴³ Elke andere wezenlijke wijziging betreffende het voorwerp van het contract moet worden beschouwd als het sluiten van een nieuw contract, waarvoor een nieuwe oproep tot mededinging moet worden gedaan.⁴⁴
50. Ten slotte moet erop worden gewezen dat in het afgeleide recht de uitzonderlijke situaties zijn vermeld waarin aanvullende werken of diensten die niet in het oorspronkelijke ontwerp of in het eerste contract waren opgenomen, rechtstreeks, zonder oproep tot mededinging, mogen worden gegund.⁴⁵ Deze uitzonderingen moeten restrictief worden uitgelegd. Zo hebben ze geen betrekking op de verlenging van een bestaande concessie voor een autoweg om de kosten van werken voor de realisatie van een nieuw traject te dekken. De bestaande praktijk om “rendabele” en “niet-rendabele” activiteiten te cumuleren bij één concessiehouder mag niet leiden tot een situatie waarbij een nieuwe activiteit zonder oproep tot mededinging aan een bestaande concessiehouder wordt gegund.

⁴² Zie het arrest van 5 oktober 2000 in zaak C-337/98, *Commissie/Frankrijk*, punt 44 en volgende. Het Gemeenschapsrecht verzet zich eveneens tegen wijzigingen bij de opstelling van het contract, nadat de contractant definitief is geselecteerd. Volgens de nieuwe bepalingen betreffende de concurrentiegerichte dialoog mag de geselecteerde inschrijver in dit verband slechts “aspecten van zijn inschrijving (...) verduidelijken of in de inschrijving vervatte beloften (...) bevestigen, op voorwaarde dat dit de wezenlijke aspecten van de inschrijving of van de oproep tot mededinging ongewijzigd laat en niet dreigt te leiden tot concurrentievervalsing of discriminatie.”

⁴³ Artikel 46 van het Verdrag.

⁴⁴ Arrest van 5 oktober 2000 in zaak C-337/98, *Commissie/Frankrijk*, punt 44 en volgende. In de interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten is in dit opzicht gepreciseerd dat de verlenging van een bestaande concessieovereenkomst nadat de oorspronkelijke looptijd is verstreken moet worden beschouwd als de verlening van een nieuwe concessie aan dezelfde concessiehouder.

⁴⁵ Zie artikel 11, lid 3, onder e), van Richtlijn 92/50/EEG, artikel 7, lid 3, onder d), van Richtlijn 93/37/EEG en artikel 20, lid 2, onder f), van Richtlijn 93/38/EEG. De nieuwe Richtlijn 2004/18/EG kent een soortgelijke uitzondering voor concessieovereenkomsten voor werken (zie artikel 61).

10. Welke ervaring hebt u met de fase na de selectie van de private partij bij contractuele PPS-projecten?
11. Kent u gevallen waarin de uitvoeringsvoorwaarden - waaronder de bepalingen betreffende aanpassingen na verloop van tijd - mogelijk een discriminerende werking hebben gehad of een ongerechtvaardigde belemmering voor het vrij verrichten van diensten of voor de vrijheid van vestiging hebben gevormd? Zo ja, kunt u beschrijven wat voor soort problemen zich hebben voorgedaan?
12. Kent u praktijken of mechanismen voor de beoordeling van inschrijvingen die een discriminerende werking hebben?
13. Bent u het met de Commissie eens dat bepaalde “step-inconstructies” problemen in verband met de transparantie en de gelijke behandeling kunnen opleveren? Kent u andere “standaardclausules” die soortgelijke problemen kunnen geven wanneer zij worden toegepast?
14. Bent u van mening dat op Gemeenschapsniveau bepaalde aspecten betreffende het contractuele kader van PPS-projecten moeten worden verduidelijkt? Zo ja, welke aspecten?

2.3.2. *Onderaanbesteding van bepaalde werkzaamheden*

51. De Commissie heeft ervaren dat soms twijfels of vragen ontstaan over de toepassing van de regels voor onderaanbesteding bij PPS-constructies. Zo hebben enkele partijen erop gewezen dat de contractuele banden tussen de projectonderneming, waaraan de opdracht of concessie wordt gegund, en de aandeelhouders ervan een aantal juridische vragen oplevert. De Commissie wijst er in dit verband op dat projectondernemingen die zelf een aanbestedende instantie zijn voor hun opdrachten of concessieovereenkomsten een oproep tot mededinging moeten doen, ongeacht of de opdracht of concessieovereenkomst al dan niet aan de eigen aandeelhouders wordt gegund. De enige situatie waarin dit niet geldt, is wanneer de verrichtingen die een projectonderneming aan haar aandeelhouders toevertrouwt reeds voorafgaand aan de totstandkoming van de projectonderneming door de publieke partij zijn aanbesteed.⁴⁶ Wanneer de projectonderneming geen aanbestedende instantie is, staat het haar in principe vrij contracten met derden te sluiten, ongeacht of dat al dan niet haar eigen aandeelhouders zijn. Bij wijze van uitzondering gelden bepaalde regels voor de bekendmaking van het plaatsen van opdrachten voor werken met een waarde van meer dan 5 miljoen euro indien de projectonderneming een “concessiehouder van openbare werken” is, behalve echter wanneer de opdracht wordt verleend aan de ondernemingen die een consortium hebben gevormd om de concessie te verwerven of ondernemingen die met deze ondernemingen zijn verbonden.⁴⁷
52. De private partijen zijn in principe vrij om de werkzaamheden van een overheidsopdracht of concessie geheel of gedeeltelijk in onderaanbesteding te geven.

⁴⁶ In artikel 13 van Richtlijn 93/38/EEG is een uitzondering opgenomen betreffende onderaanbestedingsopdrachten voor diensten die door een aanbestedende dienst die een netwerk exploiteert aan een verbonden onderneming worden gegund. In artikel 23 van Richtlijn 2004/17/EG is deze uitzondering uitgebreid tot contracten voor de onderaanbesteding van leveringen of werken.

⁴⁷ Artikel 3, lid 4, van Richtlijn 93/37/EEG en de artikelen 63, 64 en 65 van Richtlijn 2004/18/EG. De drempel in de laatstgenoemde artikelen bedraagt 6 242 000 euro.

Opgemerkt zij echter dat bij de aanbesteding van overheidsopdrachten van de inschrijvers kan worden verlangd dat zij in hun inschrijving aangeven welk deel van de opdracht zij voornemens zijn aan derden uit te besteden.⁴⁸ Voor concessieovereenkomsten voor werken met een waarde van meer dan 5 miljoen euro kan de aanbestedende instantie bovendien van de concessiehouder eisen dat hij opdrachten van ten minste 30% van de totale waarde van de werken waarvoor een concessie wordt verleend, aan derden uitbesteedt.⁴⁹

15. Kent u PPS-projecten waarbij zich specifieke problemen in verband met onderaanbesteding hebben voorgedaan? Zo ja, wat voor problemen?
16. Bent u van mening dat voor contractuele PPS-projecten, waarbij een aantal taken aan één private partij wordt overgedragen, gedetailleerdere regels en/of een ruimer toepassingsgebied nodig zijn ten aanzien van de onderaanbesteding van werkzaamheden?
17. Bent u, meer in het algemeen, van mening dat op Gemeenschapsniveau een aanvullend initiatief moet worden genomen om de regels voor onderaanbesteding te verduidelijken of aan te passen?

3. GEÏNSTITUTIONALISEERDE PPS EN HET GEMEENSCHAPSRECHT INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN EN CONCESSIEOVEREENKOMSTEN

53. Met “geïstitutionaliseerde PPS-projecten” worden in dit groenboek projecten bedoeld die worden uitgevoerd door een rechtspersoon die gezamenlijk eigendom is van de publieke en de private partij.⁵⁰ De gezamenlijke rechtspersoon heeft als taak te zorgen voor de totstandkoming van een werk of de verlening van een dienst van openbaar belang. In de lidstaten maken de overheidsinstellingen soms gebruik van deze structuren, met name voor het beheer van openbare diensten op lokaal niveau (bv. diensten voor de levering van water of het ophalen van vuilnis).
54. De rechtstreekse samenwerking tussen de publieke en de private partij binnen een entiteit met rechtspersoonlijkheid stelt de publieke partij, doordat zij medeaandeelhouder is en zitting heeft in de besluitvormingsorganen van de gezamenlijke rechtspersoon, in staat relatief veel controle te houden over het verloop van de werkzaamheden, dat zij op bepaalde momenten aan de omstandigheden kan aanpassen. Ook kan de publieke partij door deze samenwerking haar eigen ervaring met de exploitatie van de betrokken dienst uitbouwen en tegelijkertijd profiteren van de hulp van een private partij.
55. Een geïstitutionaliseerd PPS-project kan tot stand komen door hetzij een rechtspersoon op te richten die gezamenlijk eigendom is van de publieke en de private sector (punt 3.1), hetzij een private partij zeggenschap te geven over een bestaand overheidsbedrijf (punt 3.2).

⁴⁸ Artikel 17 van Richtlijn 93/36/EEG, artikel 20 van Richtlijn 93/37/EEG, artikel 25 van Richtlijn 92/50/EEG, artikel 27 van Richtlijn 93/38/EEG. Zie ook artikel 25 van Richtlijn 2004/18/EG en artikel 37 van Richtlijn 2004/17/EG.

⁴⁹ Artikel 3, lid 2, van Richtlijn 93/37/EEG. Zie ook artikel 60 van Richtlijn 2004/18/EG.

⁵⁰ In de lidstaten bestaan hiervoor verschillende termen en regelingen (bv. joint venture, PPP associatief, Kooperationsmodell).

56. Hieronder wordt uitsluitend ingegaan op vraagstukken in verband met het recht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten die specifiek zijn voor geïnstitutionaliseerde PPS-projecten. Een algemenere bespreking van de gevolgen van dit recht voor de totstandkoming en uitvoering van deze PPS-projecten treft u aan in de vorige hoofdstukken.
- 3.1. Samenwerking waarbij ad hoc een rechtspersoon wordt opgericht die gezamenlijk eigendom is van de publieke en de particuliere sector⁵¹**
57. Het recht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten bevat geen specifieke bepalingen betreffende de oprichting van een rechtspersoon met zowel publiek als privaat kapitaal. Wel moeten de uit dit recht voortvloeiende regels en beginselen (de algemene beginselen van het Verdrag of, in bepaalde gevallen, de bepalingen van de richtlijnen) worden nageleefd wanneer de oprichting gepaard gaat met het toevertrouwen van taken door middel van een handeling die als overheidsopdracht, dan wel concessieovereenkomst kan worden gekwalificeerd.⁵²
58. De keuze van de private partij die in het kader van de publiek-private rechtspersoon met de uitvoering van dergelijke taken wordt belast, mag dus niet uitsluitend op de kwaliteit van zijn bijdrage in de zin van kapitaal of ervaring worden gebaseerd, maar moet op alle kenmerken van zijn inschrijving in verband met de specifieke uit te voeren verrichtingen berusten (de economisch voordeligste inschrijving). Indien de aanbestedende dienst niet beschikt over duidelijke en objectieve criteria om de economisch voordeligste inschrijving vast te stellen, kan de kapitaalverrichting een schending van het recht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten inhouden.
59. De oprichting van een dergelijke rechtspersoon levert in dit verband over het algemeen geen problemen in verband met het toepasselijke Gemeenschapsrecht op wanneer dit een uitvoeringsbepaling is van het contract waarin de taken aan een private partij worden toevertrouwd. De voorwaarden voor de oprichting van de rechtspersoon moeten echter wel duidelijk vaststaan bij de aanbesteding van de aan een private partij toe te vertrouwen taken.⁵³
60. De Commissie heeft echter vastgesteld dat de nationale wetgeving van bepaalde lidstaten toelaat dat publiek-private rechtspersonen, waarbij de bijdrage van de publieke sector die van de aanbestedende instantie is, aan een

⁵¹ Het betreft hier de oprichting van geheel nieuwe rechtspersonen in het kader van een specifieke juridische constructie. Er wordt niet specifiek ingegaan op de deelname van reeds bestaande semi-overheidsbedrijven aan aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten, omdat in dat geval het toepasselijke Gemeenschapsrecht weinig toelichting behoeft. Het publiek-private karakter van de rechtspersoon die aan een aanbestedingsprocedure deelneemt, maakt namelijk geen verschil voor de regels die van toepassing zijn bij de gunning van een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst. Alleen indien de rechtspersoon voldoet aan de kenmerken van een “in house” entiteit, zoals beschreven in het *Teckal*-arrest van het Hof van Justitie, is de aanbestedende dienst niet gehouden de gebruikelijke regels toe te passen.

⁵² Er zij op gewezen dat de beginselen van het recht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten eveneens van toepassing zijn wanneer een taak wordt toevertrouwd door middel van een eenzijdige rechtshandeling (bv. een wet of bestuursbesluit).

⁵³ Bovendien mogen deze voorwaarden geen discriminatie inhouden of een belemmering van het vrij verrichten van diensten of van de vrijheid van vestiging vormen, of verplichtingen inhouden die niet in verhouding staan tot het beoogde doel.

aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst deelnemen terwijl die rechtspersonen nog in oprichting zijn. De definitieve oprichting vindt dan pas plaats nadat de opdracht daadwerkelijk aan deze rechtspersoon is verleend. In andere lidstaten is een praktijk ontstaan waarbij de oprichtingsfase van de rechtspersoon en de toewijzing van de taken van de opdrachten neigen samenvallen. De door de aanbestedende dienst gestarte procedure betreft dan de oprichting van een publiek-private rechtspersoon, waaraan bepaalde taken worden toevertrouwd.

61. Deze formules lijken in het licht van de toepasselijke bepalingen inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten geen bevredigende oplossingen te bieden.⁵⁴ In het eerste geval dreigt de daadwerkelijke mededinging te worden verstoord doordat het bedrijf in oprichting, en dus ook de private partij die daarin deelneemt, een bevoorrechte positie heeft. In het tweede geval levert de specifieke procedure voor de selectie van de private partij eveneens diverse problemen op. Zo doen zich in dit verband bepaalde moeilijkheden voor in verband met de verplichting voor de aanbestedende diensten om het voorwerp van de opdracht of de concessie duidelijk en nauwkeurig te definiëren. De Commissie heeft veelvuldig vastgesteld dat aan een samenwerkingsstructuur toevertrouwde taken niet duidelijk genoeg zijn gedefinieerd en in sommige gevallen zelfs buiten ieder contractueel kader staan. Dit leidt niet alleen tot problemen in verband met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, maar kan ook de door de overheidsinstelling nagestreefde doelstellingen van algemeen belang schaden. Ook kan worden vastgesteld dat de levensduur van de opgerichte rechtspersoon gewoonlijk niet samenvalt met de looptijd van de verleende opdracht of concessie, wat lijkt uit te nodigen tot verlenging van de aan de rechtspersoon toevertrouwde taken zonder dat daarbij sprake is van daadwerkelijke mededinging. Dit leidt soms tot situaties waarin taken *de facto* voor onbepaalde duur aan een rechtspersoon worden toevertrouwd.
62. Overigens moet erop worden gewezen dat bij de gezamenlijke oprichting van dergelijke rechtspersonen te allen tijde het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit in het algemeen en het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal in het bijzonder, moeten worden nageleefd.⁵⁵ Zo mogen de overheidsinstellingen aan hun positie als aandeelhouder van een dergelijke rechtspersoon normaliter geen buitensporige voorrechten onttelen die niet voortvloeien uit een normale toepassing van het vennootschapsrecht.⁵⁶

⁵⁴ Bij het ontwerpen of opzetten van dergelijke projecten blijkt overigens hoe moeilijk het kan zijn om een doeltreffende formule te vinden voor de bekendmaking van de aanbesteding van taken die binnen het toepassingsgebied van het recht inzake overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten vallen wanneer men probeert standaardformulieren te gebruiken, die de elementen bevatten die onmisbaar zijn voor een aanbesteding waarbij voldoende informatie wordt verstrekt.

⁵⁵ Artikel 56 van het Verdrag, betreffende het vrije verkeer van kapitaal, is van toepassing op deelname aan een nieuwe onderneming om duurzame economische banden aan te knopen. Zie bijlage I bij Richtlijn 88/361/EEG (die in verband met het oude artikel 67 is goedgekeurd), waarin de soorten verrichtingen zijn opgesomd die als kapitaalverkeer moeten worden beschouwd.

⁵⁶ Zie de arresten van 4 juni 2002 in zaak C-367/98, *Commissie/Portugal*, Jurispr. 2002, blz. I-4731 en zaak C-483/99, *Commissie/Frankrijk*, Jurispr. 2002, blz. I-4781, en de arresten van 13 mei 2003 in zaak C-463/00, *Commissie/Spanje*, Jurispr. 2003, blz. I-4581 en zaak C-98/01, *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, Jurispr. 2003, blz. I-4641. Zie voor de mogelijke rechtvaardigingen in dit verband het arrest van 4 juni 2002 in zaak C-503/99, *Commissie/België*, Jurispr. 2002, blz. I-4809.

63. De Commissie wil er tevens op wijzen dat de deelname van de aanbestedende instantie in de publiek-private rechtspersoon die als gevolg van de selectieprocedure een van de partijen bij het contract is, geen reden kan zijn om bij de selectie van de private partij het recht inzake opdrachten en concessieovereenkomsten niet toe te passen. De toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en hangt namelijk niet af van het publieke, private of publiek-private karakter van de partij waarmee de aanbestedende instantie het contract sluit. Zoals het Hof van Justitie in de zaak *Teckal* heeft bevestigd is dit recht van toepassing wanneer een aanbestedende instantie besluit een taak aan een derde, dat wil zeggen een rechtens van hem onderscheiden persoon, toe te vertrouwen. Dit zou slechts anders zijn wanneer de aanbestedende instantie op de betrokken persoon *toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten* en deze persoon tegelijkertijd *het merendeel van zijn werkzaamheden* verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.⁵⁷ Alleen rechtspersonen die cumulatief aan beide voorwaarden voldoen kunnen worden gelijkgesteld met “in house” entiteiten van de aanbestedende instantie, en alleen aan die rechtspersonen mogen zonder aanbestedingsprocedure taken worden toevertrouwd.⁵⁸
64. Ten slotte moet erop worden gewezen dat indien de publiek-private rechtspersoon een aanbestedende instantie is, deze om die reden eveneens het toepasselijke recht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten moet naleven wanneer hij taken aan de private partij toevertrouwt die niet voorafgaand aan de oprichting van de publiek-private rechtspersoon door de aanbestedende dienst zijn aanbesteed. De private partij mag namelijk niet van zijn bevoorrechte positie binnen de publiek-private rechtspersoon profiteren om bepaalde taken zonder voorafgaande oproep tot mededinging aan zichzelf voor te behouden.
- 3.2. Samenwerking waarbij een particuliere onderneming zeggenschap krijgt over een overheidsinstelling**
65. Geïstitutionaliseerde PPS kan ook tot stand komen door een aandeelhouderswijziging van een overheidsinstelling. In dit verband moet direct worden benadrukt dat de overgang van een bedrijf van de publieke naar de private sector een economische beleidskeuze is die als zodanig een exclusieve bevoegdheid van de lidstaten is.⁵⁹
66. Ook moet erop worden gewezen dat het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten op zichzelf niet van toepassing is op verrichtingen die uitsluitend de verstrekking van middelen aan (publieke of private) ondernemingen door kredietverstrekkers betreffen. Op die verrichtingen zijn de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal⁶⁰ van toepassing, wat met name betekent dat de

⁵⁷ Arrest van 18 november 1999 in zaak C-107/98, *Teckal*, punt 50.

⁵⁸ Aan het Hof van Justitie zijn drie prejudiciële vragen gesteld om een complementaire verduidelijking te krijgen van de reikwijdte van de criteria voor de vaststelling of sprake is van een “in house” relatie (de zaken C-26/03, C-231/03 en C-458/03).

⁵⁹ Dit vloeit voort uit het beginsel van neutraliteit ten opzichte van de regeling van het eigendomsrecht, dat is neergelegd in artikel 295 van het Verdrag.

⁶⁰ Artikel 56 en volgende van het EG-Verdrag.

hiervoor geldende nationale maatregelen geen belemmeringen voor investeringen uit andere lidstaten mogen vormen.⁶¹

67. Wanneer een overheidsinstelling echter besluit door middel van een kapitaalverrichting een deelneming over te dragen aan een derde waardoor deze een zekere invloed krijgt op de overheidsinstelling die economische verrichtingen uitvoert die gewoonlijk een verantwoordelijkheid van de overheid zijn, zijn de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging, als bedoeld in artikel 43 van het Verdrag, van toepassing.⁶²
68. Wanneer overheidsinstellingen door middel van kapitaaloverdracht een private onderneming een bepaalde invloed op een instelling geven, waardoor aan de private onderneming bepaalde taken worden toevertrouwd die binnen het materiële toepassingsgebied van het recht inzake overheidsopdrachten vallen die eerder, al dan niet rechtstreeks, door de overheidsinstellingen werden uitgevoerd, vereisen de bepalingen van de vrijheid van vestiging naleving van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, teneinde te waarborgen dat iedere potentiële exploitant gelijke toegang heeft tot de uitvoering van dergelijke activiteiten, die tot dan toe aan de overheidsinstellingen voorbehouden waren.
69. Bovendien wijst de praktijk uit dat het aanbeveling verdient ervoor te zorgen dat achter een dergelijke kapitaalverrichting niet in feite de gunning van een als overheidsopdracht, dan wel concessieovereenkomst, te kwalificeren contract aan een private partner schuilgaat. Dit geldt met name wanneer voorafgaand aan de kapitaalverrichting rechtstreeks, en zonder oproep tot mededinging, bijzondere taken aan de betrokken onderneming zijn toevertrouwd om de kapitaalverrichting aantrekkelijk te maken.

18. Welke ervaring hebt u met de totstandkoming van geïnstitutionaliseerde PPS-projecten? Bent u, op grond van uw ervaring, van mening dat het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten wordt nageleefd bij de totstandkoming van geïnstitutionaliseerde PPS-constructies? Zo nee, waarom niet?
19. Acht u een initiatief op Gemeenschapsniveau nodig ter verduidelijking of ter precisering van de verplichtingen van aanbestedende instanties ten aanzien van de voorwaarden verbonden aan een oproep tot mededinging tussen mogelijk in een geïnstitutionaliseerd PPS-project geïnteresseerde ondernemingen? Zo ja, met betrekking tot welke specifieke punten en in welke vorm? Zo nee, waarom niet?
- Algemene vragen die losstaan van de in dit document opgeworpen vragen:
20. Welke maatregelen of praktijken acht u een belemmering voor de totstandkoming van PPS in de Europese Unie?
21. Kent u andere vormen van PPS die in de landen buiten de Unie zijn ontwikkeld? Kent u voorbeelden van “goede praktijken” op dit gebied waarvan de Unie kan leren? Zo ja, welke?
22. Meer in het algemeen, mede gezien de belangrijke behoeften aan noodzakelijke investeringen in bepaalde lidstaten om een sociale en duurzame economische

⁶¹ Zie de *Mededeling van de Commissie betreffende bepaalde juridische aspecten van de intracommunautaire investeringen*, PB C 220 van 19.7.1997, blz. 15.

⁶² Zie het arrest van 13 april 2000 in zaak C-251/98, *Baars*, Jurispr. 2000, blz. I-2787.

ontwikkeling na te streven, acht u een periodieke gemeenschappelijke overweging van deze vragen door de betrokken partijen, die uitwisseling van “goede werkwijzen” mogelijk zou maken, zinvol? Bent u van oordeel dat de Commissie een dergelijk netwerk zou moeten opzetten?

4. SLOTOPMERKINGEN

70. De Commissie verzoekt alle belanghebbende partijen om te reageren op de in het groenboek aan de orde gestelde vragen. Antwoorden, opmerkingen en suggesties kunnen worden gezonden naar het volgende postadres:

Europese Commissie
Raadpleging “Groenboek over PPS en het Gemeenschapsrecht inzake
overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten”
C 100 2/005
B-1049 Brussel

of het volgende e-mailadres:

MARKT-D1-PPP@cec.eu.int

De opmerkingen moeten uiterlijk op **30 juli 2004** naar de Commissie zijn gezonden. Ter informatie van belanghebbende partijen zullen de per e-mail ontvangen bijdragen met de contactgegevens van de afzender op de website http://europa.eu.int/comm/internal_market worden geplaatst, tenzij de afzender uitdrukkelijk bezwaar tegen dergelijke publicatie heeft gemaakt.

71. De Commissie is voornemens onder meer aan de hand van de ontvangen reacties conclusies te trekken en eventueel concrete initiatieven als follow-up te nemen.