



Decentrale overheden dienen meer en meer rekening te houden met Europese staatssteunregels, de regels van het EG-verdrag en de Europese aanbestedingsregels. Deze versterking van de 'Brusselse' zeggenschap over de publieke sector is het gevolg van de uitbreiding van de regelgeving door de Europese Commissie via haar beleid van 'ingebrekestelling, zoals in deel 1 uiteen is gezet. In dit tweede en laatste deel wordt ingegaan op de problematiek van de aanbestedingen en publiek-private samenwerking.

Gemeenten in de Europese klem **deel 2**

DRS. A.P. RANNER Directeur Sovereign BV, Financial Consultancy

De Europese aanbestedingsregelgeving beoogt alle Europese ondernemingen een eerlijke kans te geven mee te dingen naar overheidsopdrachten. Aanbesteden leidt tot meer transparante inkoopprocessen. Het kan voor de betrokken overheden leiden tot grotere doelmatigheid en aanzienlijke kostenbesparingen. Het kan een sterkere bescherming bieden tegen corruptie en nepotisme. Voor binnen- en buitenlandse partijen kan een meer gelijk speelveld ontstaan en daarmee grotere concurrentie. Daarmee kan betere dienstverlening en 'value for money' voor de belastingbetalers het gevolg zijn. Uiteindelijk wordt dan bijgedragen aan een meer concurrerend Europa en een hogere economische groei.

Het Europese wetgevende kader wat aanbestedingen betreft, is tegenwoordig te vinden in de richtlijnen 2004/18/EG aangaande werken, leveringen en diensten respectievelijk 2004/17/EG wat betreft de nutssector. De nutssector betreft water, energie en transport en postdiensten. In tegenstelling tot het verleden, valt de telecomunicatiesector niet meer onder de richtlijn voor de nutssector, gelet op de inmiddels bereikte concurrentie op die markten. Als andere sectoren naar het oordeel van de Commissie ook voldoende concurrerend zijn, kan het aanbestedingsregiem voor hen ook niet meer van toepassing worden verklaard.

De aanbestedingsrichtlijnen richten zich op dienstverleners, gedefinieerd als elk natuurlijk of rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam inclusief een overheidslichaam of groepen van zulke personen en of lichamen die op de markten resp. het uitvoeren van werken, het maken van producten of het aanbieden van diensten verzorgt. Ze zijn daarmee van direct belang voor contracterende overheden, overheidsbedrijven en lichamen met speciale of exclusieve rechten die specifieke activiteiten verrichten.¹ Het gaat er daarbij niet om wat wordt aanbesteed als wel om hoe dat plaatsvindt. Bij het aanbesteden kunnen tegenwoordig ook sociale, werkgelegenheids- en milieucriteria worden gebruikt naast financiële.

Door de raamwet EEG – voorschriften aanbestedingen moeten de lokale en andere overheden de richtlijnen toepassen. Wel wordt men bij opdrachten voor werken vrijgelaten in de eventuele keuze van reglementen. Zoals hierna zal blijken is er is geen aanbestedingsplicht bij inbesteden, respectievelijk bij het van toepassing zijn van artikel 6 van de richtlijn Diensten of voor de concessies voor diensten.

Het inkoop- en aanbestedingsbeleid van een overheid valt binnen de eigen autonome bevoegdheden. Gemeenten kunnen evenals andere overheidslichamen die investeringen respec-

tievelijk diensten willen laten verrichten, dat doen met eigen middelen en in eigen beheer. Zij zijn vrij om te beslissen of 'diensten van algemeen belang' rechtstreeks worden verleend via het eigen bestuursapparaat of dat deze worden toevertrouwd aan derden. In beginsel kan men de diensten derhalve ook laten verrichten door een eigen dochter (het 'inbesteden'²) of deze samen met andere overheden uitvoeren. Echter zodra een contracterend lichaam besluit een taak aan een derde partij toe te kennen die juridisch gezien los van dat lichaam staat, is het Europese aanbestedingsrecht van toepassing. Hier zijn de bevoegdheden van overheden recent aanzienlijk ingeperkt, zowel wat de inschakeling van private partijen betreft, als andere publieke lichamen.

Het aanbestedingsrecht was al van toepassing als een contracterende overheid van plan is schriftelijk met een entiteit die er formeel los van staat en onafhankelijk is wat betreft de besluitvorming een contract aan te gaan tegen een financiële vergoeding voor het aanbod van producten/diensten.

Echter, het is niet langer vanzelfsprekend dat inbesteden via een dochterentiteit met een zelfstandige rechtspersoonlijkheid is toegestaan, zonder dat daarbij ook van een aanbesteding sprake is. Uitspraken van het Europese Hof leiden er toe dat begin 2005 duidelijk werd dat van 'inbesteden' zonder openbare aanbesteding geen sprake kon zijn voor gemeentelijke ondernemingen met ook private partijen als aandeelhouder.³ Dit was ongeacht de omvang van het minderheidsaandeel en zeggenschapsverhoudingen. In een dergelijke situatie is een gemeente verplicht over te gaan tot openbare aanbesteding. Later in 2005 bleek⁴ dat deze verplichting ook kan gelden bij een gemeentelijke onderneming met 100% van de aandelen, als kennelijk de zeggenschap en verantwoording niet langer volledig bij de gemeente berust. Alleen als dat wel het geval is kan nog sprake zijn van inbesteden. De Europese Commissie heeft inmiddels aangegeven⁵ dat zij geen voorstander is van verruiming van het begrip inbesteden.

De begrenzing kan nog strikter worden: ten principale ligt er momenteel de vraag bij het Europese Hof van Justitie voor wanneer een overheid die publieke taken vervult als ondernemer optreedt.⁶

Tenslotte, het is waarschijnlijk als gevolg van een recente uitspraak van het Hof⁷ dat de combinatie van gedeeltelijke privatisering van overheidsbedrijven via verkoop van een deel van de aandelen aan private partijen en het toekennen van een publieke taak alleen mogelijk zal zijn als de aanbestedingsvereisten in acht worden geno-

**De Europese
Commissie
heeft
inmiddels
aangegeven
dat zij geen
voorstander
is van
verruiming
van het
begrip
inbesteden.**

men. Dit impliceert dat in een dergelijke situatie van de ontwikkeling van een publiek-private samenwerking de mogelijke aandelenparticipatie aanbesteed zal moeten worden wil men niet het risico lopen dat bij de aanbesteding van de activiteit de nieuwe entiteit buiten de boot valt.

Aanbestedingsrichtlijnen: de intergemeentelijke samenwerking

Ook de mogelijkheden voor publiek publieke samenwerking, de samenwerking tussen overheidslichamen, zijn ingeperkt. Voornamelijk bij diensten als de drinkwatervoorziening en de verwerking van afvalwater om daarmee schaalvoordelen of efficiencyvoordelen te boeken, komt een dergelijke samenwerking veel voor.

De Europese Commissie heeft de jurisprudentie aangegrepen om in gemeentelijke samenwerking uitgevoerde publieke taken kritisch te toetsen. Bij intergemeentelijke samenwerkingsverbanden waarbij er alleen sprake is van een volledige organisatorische overdracht van publieke taken of bij andere samenwerking zonder vergoedingen, zijn er geen eisen vanuit de aanbestedingscontext. Echter, zodra sprake is van het verlenen van diensten tegen een vergoeding is er, aldus het Europese hof⁸ de Europese Commissie, geen reden meer voor een onderscheid tussen het aanbod van diensten door een gemeentelijk samenwerkingsverband en door private partijen. Het economische belang vereist dan 'best value for money'. Daarbij is er geen verschil tussen publieke en private contractuele afspraken. Ook het verlenen van een concessie aan een gemeentelijk samenwerkingsverband zonder het betrekken van de private sector in de concurrentie, is niet altijd meer mogelijk.

Onlangs is het Europese Hof nog verder gegaan: het kunnen (!) vervreemden van de aandelen (naar de publieke sector) in een samenwerkingsverband was voor het Europese hof doorslaggevend.⁹

Daarnaast is komen vast te staan¹⁰ dat, hoewel een openbare aanbesteding bij een concessie van diensten niet is vereist omdat de betrokken activiteit buiten de werkingssfeer van de richtlijnen valt (bijv. omdat de drempelbedragen niet worden gehaald of dat het gaat om opdrachten die behoren tot de zogenoemde categorie 1B-diensten) de betrokken aanbestedende diensten de beginselen van behoorlijk bestuur, de verdragsregels en de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht in acht moet nemen. Dit betekent naast objectiviteit en non-discriminatie daarom een transparantieverplichting in de zin dat elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd. Dit houdt een advertentieverplichting in zodanig dat concurrentie op de dienstenmarkt mogelijk is en de onpartijdigheid van de aanschafprocedures kan worden gezien. Onderhandse aanbesteding van overheidsopdrachten lijkt dan ook uit den boze te zijn. Ook bij con-

cessies voor diensten moeten de genoemde voorschriften worden toegepast.

Verder is duidelijk geworden dat bij een opdrachtverstrekking aan een andere juridische entiteit in eigendom de aanbestedende dienst hierop hoe dan ook toezicht moet uitoefenen zoals op de eigen diensten. Die entiteit moet daarbij het merendeel van zijn werkzaamheden verrichten ten behoeve van de aanbestedende dienst of de lichamen die haar beheersen.

Verstrakking toezicht op naleving gemeentelijke aanbestedingseisen

Sinds 1 december 2005 gelden er in Nederland nieuwe regels ter verbetering van de uitvoering van het aanbesteden. Deze regels vormen de weerslag van de herziene Europese richtlijnen.

In november dat jaar stemde het kabinet in met een wetsvoorstel voor de aanpak van problemen rond proportionaliteit en integriteit. Daarmee zou een beperking moeten worden gerealiseerd met betrekking tot eisen op het gebied van ervaring en financiën die niet in verhouding zouden staan tot de omvang en aard van de opdracht van de overheid. Dergelijke eisen blijken vooral een probleem voor nieuwe ondernemingen en het midden- en kleinbedrijf te zijn. Daarnaast wil het kabinet een uniform en helder kader betreffende de aanbestedingsregelgeving introduceren in de vorm van een aparte aanbestedingswet.

Het toezicht op de naleving van de voorschriften door de decentrale overheid is ingaande 2005 ook aanzienlijk verscherpt. Accountants moeten bij hun controles de gemeentelijke naleving van aanbestedingsregels betrekken. Zij zullen dat ook moeten gaan doen bij de waterschappen en publiekrechtelijke instellingen. Verder is er controle door de Algemene Rekenkamer op rechtmatigheid van de aanbestedingen.

Een verdere verscherping van het toezicht ligt in het verschiet: in het kader van arresten op het gebied van het communautaire aanbestedingsbeleid heeft het Europese Hof recent aangegeven, dat overheidsbeslissingen die buiten de normale aanbestedingsprocedures vallen en ook de besluiten die vooraf gaan aan de uitnodiging voor het doen van offertes beoordeeld moeten kunnen worden.

Gevolgen voor de lokale overheid

Het voorgaande betekent voor gemeenten en regionale overheden:

- Publiekrechtelijke instellingen die activiteiten van algemeen belang uitvoeren, een zelfstandige rechtspersoonlijkheid hebben en waarbij sprake is van belangrijke overheidsinvloed (zoals bij de benoeming van het bestuur, de bemoeienis met de financiering en met het beheer) worden ook aanbestedingsplichtig.
- Het verzelfstandigen in zelfstandige rechts-

Ook de
mogelijk-
heden voor
publiek
publieke
samen-
werking, de
samen-
werking
tussen
overheids-
lichamen,
zijn
ingeperkt.

personen van gemeentelijke diensten om daarmee efficiencyvoordelen te bereiken is nog slechts beperkt aantrekkelijk, omdat bij contractueel overeen te komen vergoedingen in ruil voor de dienstverlening vaak ook openbare aanbesteding onder private partijen inzake de te leveren diensten verplicht zal kunnen zijn.

- Overheden moeten voortaan kiezen tussen hetzij zelf uitvoeren van sociale niet marktgeoriënteerde publieke diensten en het uitbesteden daarvan met als nadelen de bureaucratie verbonden aan de aanbestedingsverplichtingen, de eventuele verplichte notificatie van staatssteun en het voeren van een gescheiden boekhouding door de verzelfstandigde dienst of publieke instelling die ook commerciële activiteiten verricht. Er is een minder aantrekkelijke keuze ontstaan tussen uitbesteding /privatisering (kosten selectieprocedures, gescheiden boekhouding en notificering) enerzijds en het in eigen beheer (dus met kostennadelen van de kleine schaal) uitvoeren van activiteiten anderzijds. Het inbesteden via een eigen entiteit op afstand is nog slechts zelden aantrekkelijk.
- Gedeeltelijk geprivatiseerde overheidsbedrijven of overheidsbedrijven die in het verleden om specifieke redenen de rechtsvorm van een vennootschap werden gegeven zoals sociale werkplaatsen moeten in de toekomst voor hun opdrachten van gemeentewege steeds concurreren met de markt.
- De effectiviteit en levensvatbaarheid van bestaande gemeentelijke samenwerkingsverbanden wordt ondermijnd als de toetreding van nieuwe gemeenten wordt bemoeilijkt.
- Publiek-publieke samenwerking wordt bemoeilijkt wat betreft gemeentelijke concessies van diensten waarbij financiële vergoedingen in het geding zijn. Onduidelijk blijft daarbij hoe een overheidsorganisatie met deelneming van meerdere overheidsorganisaties door het Europese Hof van Justitie wordt beoordeeld. Veel zal waarschijnlijk afhangen van de marktgerichtheid en de mate van beheersbaarheid van de gezamenlijke dochteronderneming. Een strikte opstelling door de rechter kan het einde betekenen van veel samenwerkingsvormen. Dat creëert een groot risico voor alle bij de dochteronderneming betrokken partijen waaronder de externe financiers.
- Het in een combinatie met een of meerdere private partij willen deelnemen aan openbare tenders van andere openbare lichamen wordt de facto nogal eens onmogelijk als voor die samenwerking eerst openbaar moet worden aanbesteed.
- Bij opdrachten waarvoor geldt dat zij onder de aanbestedingsrichtlijn vallen, maar die beneden de relevante aanbestedingsdrempels blijven zijn vanwege de verdragsregels toch activiteiten nodig die het gemeentebudget belasten vanwege personeels- en administratiekosten.
- Indien een gemeente veel gebruik maakt van de markt zal de interne organisatie en logistiek

daarop moeten worden aangepast en de nodige deskundigheid in huis moeten worden gehaald. Bij alle aanbestedende diensten zal het toezicht moeten worden versterkt.

Publiek private samenwerking

Publiek private samenwerking wordt nogal eens gezien als een oplossing voor verschillende problemen van de publieke sector. Het kan bijdragen aan de vermindering van budgettaire knelpunten door een beroep te doen op private financiering en het kan leiden tot efficiency via het benutten van marktkennis en de bedrijfsmethoden van de private sector. Deze projecten kunnen bovendien na de aanbesteding sneller worden gerealiseerd. Daarbij kan innovatie ook een rol spelen.

Voornamelijk infrastructurele investeringen – zoals gebiedsontwikkeling, wegen, nutsvoorzieningen en gebouwen – lenen zich voor samenwerking tussen publiek en private partijen. Juist bij dergelijke investeringen kunnen behoorlijke efficiencywinsten worden geboekt. Maar de laatste jaren zijn dergelijke constructies ook ontwikkeld om diensten van algemeen economisch belang te verzorgen.

Er zijn echter lokale of regionale overheden die opzien tegen de benodigde rompslomp zoals openbare aanbesteding en langdurige vaak technisch ingewikkelde onderhandelingen met de benodigde inzet van schaars aanwezige capaciteit. Andere hebben moeite met het verlies aan overheidsinvloed. Ook aan de voordelen wordt wel getwijfeld. Veel voordelen spelen pas op langere termijn, terwijl de kosten van voorbereiding van een PPS hoog zijn. Niet alles is in de begroeringen te vangen. In dat kader zijn niet direct op geld waardeerbare aspecten als sociale en culturele overwegingen (waaronder de toegankelijkheid en betaalbaarheid voor bepaalde bevolkingsgroepen), de kwaliteit en continue beschikbaarheid van de door de private sector te bieden dienstverlening en de bescherming van het milieu en niet te vergeten de publieke veiligheid belangrijke overwegingen om zelf de verantwoordelijkheid als overheid te willen blijven dragen. Ook vakbonden zijn huiverig omdat nogal eens een verlies aan werkgelegenheid of verslechtering van de arbeidsvoorwaarden het gevolg kunnen zijn van een dergelijke samenwerking.

Er zijn tot dusverre geen specifieke Europese richtlijnen betreffende publiek private samenwerking.

Maar omdat PPS die de vorm hebben van contracten kunnen worden beschouwd als een vorm van openbare aanbesteding¹¹ zijn de aanbestedingsrichtlijnen voor de overheden, nutsbedrijven en andere publieke lichamen van belang. Dit betreft dan vooral samenwerkingsvormen in de sfeer van werken, leveringen en diensten.

Het toezicht op de naleving van de voorschriften door de decentrale overheid is ingaande 2005 ook aanzienlijk verscherpt.

Bij de toepassing van de aanbestedingsregelgeving is er wel een groot probleem: in de nieuwe aanbestedingsrichtlijn voor werken, leveringen en diensten zijn concessies minder gereguleerd dan de contracten voor het aangaan van publieke werken. Concessies betreffen het recht van een concessiehouder om een onroerend goed of dienst te exploiteren als vergoeding voor het bouwen van het betrokken onroerend goed of het verlenen van de betrokken dienst. De markt moet voor zijn inkomsten zorgen. In tegenstelling tot bij openbare aanbesteding komt het exploitatierisico doorgaans voor rekening van de concessiehouder.

PPS die gezien kunnen worden als concessies van werken hebben slechts te maken met enkele vormen van secundaire regelgeving. Dienstenconcessies blijven geheel buiten bereik van de richtlijn. Dit geldt ook voor concessies voor publieke werken en diensten wat betreft de aan de nutsector gerelateerde activiteiten.

Echter, voor PPS-en in de vorm van concessies voor publieke werken of niet prioritaire diensten gelden, dat ondanks dat deze buiten de formele eisen van de relevante richtlijn¹² vallen, toch als randvoorwaarden hebben voldaan moet worden aan de grondbeginselen van het EG-verdrag in het bijzonder de beginselen van transparantie, gelijke behandeling, proportionaliteit en wederzijdse erkenning.¹³ Op grond van de jurisprudentie van het Europese Hof vraagt de Europese Commissie bij intenties tot het aangaan van concessieovereenkomsten dan ook om een passende mate van openbaarheid en concurrentie.

Een complicatie bij de verschillende behandeling van concessies en andere vormen van publieke samenwerking wat betreft de aanbestedingsverplichtingen is dat de categorisering van de verschillende vormen van publiek-private samenwerking op zich al een probleem kan zijn. Bij de start van een selectieproces is het vaak moeilijk vast te stellen of het gaat om een publiek contract dan wel om een concessie. Bovendien kan het karakter van de afspraken tijdens het onderhandelingsproces veranderen. Een omvattende Europese regelgeving is des te moeilijker omdat publiek private samenwerking in de Europese lidstaten verschillende begrippen kan omvatten, verschillende vormen kan aannemen en op verschillende manieren kan worden uitgevoerd. Er is daarbij geen coördinatie van de nationale praktijken.

De Europese Commissie is al jaren een sterke voorstander van publiek private samenwerking. Het verwacht van verbeterde aanbestedingsprocedures en -praktijken dat bijgedragen wordt aan oplossing van de problemen van de financiering van de publieke sector.¹⁴ Men acht PPS van vitaal belang voor de investeringen in infrastructuur en publieke dienstverlening. Het gaat daarbij uit van de merites van de marktwerking en van de meerwaarde van de inzet van private marktpartijen. De Commissie is van oordeel dat

bij dergelijke samenwerking 'Value for Money' het best kan worden bereikt als private partners worden gekozen op basis van 'faire concurrentie'.

Omdat ondernemingen beter moeten kunnen deelnemen aan de selectie van overheidsprojecten op het gebied van infrastructuur en de verlening van diensten wil de Europese Commissie naar aanleiding van de consultatieresultaten van haar Groenboek¹⁵ bezien of nieuwe regelgeving betreffende concessies nodig is.¹⁶ Ook wil het de termen betreffende concessies en het verlenen daarvan verhelderen. Dit geldt ook voor de procedure van de concurrerende dialoog. De Commissie wil wetgevende initiatieven niet uitsluiten. Voordat het dat zal doen acht het nadere analyse vereist.

Maar de Commissie is huiverig voor communautaire regelgeving die alle contractuele PPS-vormen omvat. In plaats daarvan denkt het aan een pakket van maatregelen. Behalve de resultaten van een nog uit te voeren effectstudie zullen nieuwe uitspraken van het Europese Hof van Justitie hierbij leidend zijn.

Verder is men van plan in de loop van 2006 een interpretatieve mededeling op te stellen om behulpzaam te zijn met de toepassing van aanbestedingsregels inzake PPS-en betreffende de creatie van een joint venture van een overheidslichaam en een (of meer) private partner(s). In het bijzonder betreft dat de regels voor de selectie van de partners. Daarvoor geldt momenteel geen specifiek systeem. Gesteld wordt dat de mededeling behulpzaam zou kunnen zijn op het terrein van het aanbieden van diensten van algemeen (economisch) belang.

De vraag is of de Commissie hiermee succes zal hebben. Uit de consultatierondes bleek dat veel marktpartijen weinig behoefte hebben aan meer regelgeving of bemoeienis van de Commissie.

Zo is ook kritisch gereageerd op het in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen ontwikkelde nieuwe instrument, de procedure van de concurrerende dialoog.

De Commissie was van oordeel dat met een dergelijke procedure een contracterende overheid die weet welke uitkomst het bij een aanbesteding wil bereiken maar nog niet hoe dat het beste te bereiken tijdens een tenderproces verschillende oplossingen met de gegadigden van de shortlist kan bespreken, onder erkenning van de vertrouwelijkheid van de ideeën van elke aanbieder. De finale aanbiedingen zouden dan gebaseerd kunnen zijn op de door bieders aangedragen specifieke oplossingen. Het zou een overheid het voordeel van beter maatwerk bieden. Er blijken echter veel nadelen¹⁷ die maken dat private partijen weinig op hebben met dit nieuwe instrument.

Het ontbreken van richtlijnen geeft enerzijds flexibiliteit maar anderzijds ook onzekerheid. Duidelijk is dat de grote verschillen tussen concessies en contracten die onder de aanbestedingsregels vallen aanleiding kunnen geven tot onduidelijkheden en ontwijkend gedrag. Het ri-

sico van in de ogen van het Europese Hof tekort schietende toepassing van de regelgeving is dan ook groot.

Gevolgen voor de lokale overheid

De vormen waarin de voorkeur van de Europese Commissie voor beperking van staatssteun respectievelijk de bevordering van publiek-private samenwerking wordt gegoten maakt dat sprake is van niet beoogde resultaten:

- Het is de vraag of een op zich zelf efficiënte uitbesteding bij ondernemingen (op contractsbasis of via een publiek-private samenwerking) of onderbrenging in een intergemeentelijke samenwerking in de toekomst per saldo nog steeds voordelig zal zijn. Het zijn vooral de gebruikers die voor de afgescheiden dienstverlening moeten betalen omdat de gemeentelijke bijdragen gelet op de randvoorwaarden van het staatssteunbeleid slechts beperkt mogen zijn. Dit beperkt de mogelijkheden voor PPS-constructies. Veel zal afhangen van de hoogte van de activiteiten die onder de door de Europese Commissie voorziene grotere groepsvrijstelling voor staatssteun zullen worden gebracht. Daarnaast moet de gemeente rekening houden met in rekening gebrachte kosten in verband met de voorgeschreven extra administratie. Die extra lasten brengen met zich dat de minimale omvang van een PPS-project om renderend te zijn toeneemt. De uitbesteding van een dienst betekent dat de gemeente ondanks het ontbreken van aanbestedingsregels duidelijke toetsingscriteria moet toepassen bij de uitgifte van de dienstenconcessie en dat de gemeentelijke greep op de resulterende marktpartner ten opzichte van de situatie van inbesteden beperkt is.
- Zowel de uitspraken van het Europese Hof van Justitie als de nieuwe regelgeving van de Europese Commissie en haar uitgesproken beleidsintenties leiden op een aantal terreinen voor de lokale overheidsautoriteiten tot onduidelijkheden. Bovendien is nog steeds niet helder hoe de Commissie de 'Altmarkttest' zal interpreteren, en hoe het om wil gaan met concessies, laat staan hoeveel ruimte zij wil geven aan andere dan economische overwegingen. Mochten er handelingen worden gedaan die strijdig blijken met en verdragsregels en andere Europese regelgeving dan kan dit betekenen terugbetaling of andere terugdraaiing van de handelingen. De financiële continuïteit van juridische entiteiten waarin de gemeente participeert, kan dan in het gedrang komen. Ook externe financiers zien hun risico's toenemen vooral bij de financiering van investeringen. Hogere rentevergoedingen of zelfs non-financierbaarheid zullen het gevolg kunnen zijn.
- Lokale overheden zullen vooral terughoudend kunnen worden om in innovatieve PPPs

met rechtspersonen met een gemengd aandelenvermogen te stappen. Men wil het oprichten van ondernemingen die vervolgens niet in overeenstemming met het Europese recht blijven te zijn voorkomen.

- Verzelfstandigde gemeentelijke entiteiten (vervoersondernemingen etc.) zullen in het vervolg voor hun financiering op zichzelf aangewezen zijn, waarbij als het aangaan van een concessie aan de orde is geconcurrereerd moet worden met de private sector. De budgettaire speelruimte wordt dus aanzienlijk minder. Daarbij is er een anomalie in de zin dat de marktpartijen waarmee geconcurrereerd moet worden geen soortgelijke beperkingen kennen: het kan gaan om private entiteiten waar gewerkt wordt met kruissubsidies etc.
- Op allerlei gemeentelijke beleidsterreinen zoals onderwijs, cultuur, wegen en gezondheidszorg en sociale zorg lijkt als gevolg van de kostenverhoging door de communautaire regelgeving vaak alleen gemeentelijke financiering aan de orde te kunnen zijn. De kwaliteit van dienstverlening en de efficiency kunnen daarmee op de tocht komen te staan.

Het moge duidelijk zijn dat de nieuwe communautaire regelgeving respectievelijk de uitleg van bestaande regelgeving door zowel de Europese Commissie als het Europese Hof steeds meer een obstakel kan vormen zowel voor privatiseringen als voor publiek-private samenwerkingsprojecten. Het illustreert daarnaast dat de manoeuvreerruimte van gemeenten voor de uitvoering van het gemeentelijke beleid recent aanzienlijk is verminderd. De communautaire interpretaties beperken de beslissingsvrijheid van de lokale en regionale overheden en verminderen de budgettaire speelruimte. Indirect wordt – vanwege het doel van betere marktwerking – door de Europese instellingen getornd aan de beginselen van subsidiariteit en lokaal zelfbestuur.

Helaas is de sterke oriëntatie op marktwerking niet altijd terecht. Het is helemaal niet zeker dat uitbesteding en privatisering steeds resulteren in lagere prijzen, en of toegenomen kwaliteit voor consumenten of in hogere investeringen of technologische innovatie. Alleen onder bepaalde voorwaarden zoals een echte markt met concurrentie, sterke consumenteninvloed en adequate overheidsinstrumenten om de sociale randvoorwaarden te kunnen effectueren kan daaraan worden voldaan. Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met andere dan economische overwegingen, die vooral spelen op lokaal niveau. Zeker is wel dat het notificeren van steunmaatregelen en het aangaan van aanbestedingsprocedures arbeidsintensief is en een administratieve maar ook budgettaire belasting vormt voor lokale overheden. Bovendien maakt de huidige communautaire benadering aanpassingen in de organisatie en in de informatiestromen nodig.

Noten

- 1 Wijzigingen ten opzichte van de eerdere richtlijnen afgezien van verduidelijkingen en vereenvoudigingen betreffen:
 - een richtlijn voor werken, leveringen en diensten;
 - modernisering; nu ook mogelijk elektronisch aanbesteden, veilen etc.;
 - dwingende uitsluitingsgronden moeten verplicht worden toegepast;
 - grotere transparantie ten aanzien van selectie- en gunningscriteria;
 - nieuwe mogelijkheden zoals raamovereenkomsten, aankoopcentrales en concurrentiegerichte dialoog.De drempel waarboven sprake is van aanbestedingsplicht ligt voor de decentrale overheden en bepaalde publiekrechtelijke instellingen voor leveringen zowel als diensten op € 236.945 en voor werken op € 5.923.624. Het is de bedoeling dat de implementatie van deze richtlijnen in 2008 in Nederland zijn beslag krijgt.
- 2 Opvallend is dat wat inbesteden (of in-house activities) niet geregeld is in de richtlijnen.
- 3 ECJ, C-26/03 Stadt Halle/Saale tegenover Trea Leuna. Het Hof stelde dat de openbare aanbestedingsregels (indien aan de andere voorwaarden is voldaan) altijd moeten worden toegepast als een contracterende overheid van plan is een contract van geldelijk belang af te sluiten met een onderneming die juridisch gezien los staat en waarin het samen met ten minste een private partij aandelen bezit. Eerder, bij de casus Teckal (ECJ, C-107/98), oordeelde het Europese Hof van Justitie dat de Europese aanbestedingsregels niet gelden als een aanbestedende dienst van een overheid binnen de eigen organisatie een opdracht verstrekt en de eigen administratieve, technische en andere interne middelen gebruikt om de opdracht uit te voeren. Dit geldt ook als het contract afsluit met een onderneming waarover het de controle heeft soortgelijk aan de eigen interne diensten. Maar naast deze voorwaarde zou ook moeten gelden dat de entiteit het essentiële deel van haar activiteiten verricht met de controlerende autoriteit(en).

Bij private betrokkenheid zijn bij contractuele afspraken volgens het Hof ook andere overwegingen dan algemene publieke belangen in het geding. De nadere interpretatie van de 'inbesteding' bij de casus van Stadt Halle betekent dat de uitzondering van verplichte aanbesteding niet geldt voor gemengde ondernemingen, waarmee de overheid een contract voor dienstverlening tegen een geldelijke vergoeding wil overeenkomen.

Op 10 november 2005 oordeelde het Hof bij de gemeente Mödling (ECJ, C-29/04) dat het aan een daar speciaal voor opgerichte 100% dochteronderneming toekennen van een publieke taak, waarna vervolgens een private onderneming 49% van de aandelen van deze dochteronderneming kocht niet in overeenstemming was met de aanbestedingsregelgeving. De gemeente had immers niet langer de volledige zeggenschap over de onderneming. Daarbij was het duidelijk dat de aandelenparticipatie en de toedeling van de dienstverlening met elkaar verbonden was.
- 4 ECJ, C-458/03 Parking Brixen. Het Hof oordeelde dat toepassing van de EG-verdragsregels (met name art. 43 en 49) met zich bracht dat een concessie altijd met een passende mate van openbaarheid ten opzichte van alle potentiële gegadigden in de markt gezet moet worden. De aanvankelijke gemeentelijke instelling had een hoge mate van onafhankelijkheid ten opzichte van de gemeente verworven. Het was getransformeerd tot een marktgerichte onderneming. Volgens het Hof is het uitgesloten dat de concessieverlenende overheidsinstantie op een concessiehouder toezicht uitoefent als op haar eigen diensten wanneer een concessiehouder over een mate van zelfstandigheid beschikt met de volgende kenmerken:
 - a de aard van het vennootschapstype;
 - b de verruiming van het maatschappelijke doel;
 - c de (uiteindelijke) verplichte openstelling voor ander kapitaal;
 - d de territoriale uitbreiding van de activiteiten en
 - e de aanzienlijke bevoegdheden van de raad van bestuur, waarvan het beheer door de gemeente nauwelijks wordt gecontroleerd.
- 5 Zie Mededeling van de Commissie inzake publiek- private samenwerking en de gemeenschapswetgeving inzake openbare

aanbesteding en concessies, COM (2005) 569 final van 15 november 2005.

- 6 De begrippen 'economische activiteit' en 'onderneming' worden door de het Europese Hof van Justitie of Gerecht van eerste aanleg per individuele situatie en aan de hand van de concrete omstandigheden en context uitgelegd. De rol van de overheid kan daarbij zowel in de tijd als per lidstaat verschillen. Op 10 november 2005 werden de opvattingen van de Advocaat-Generaal bekend inzake de bij het Europese Hof aangespannen procedure inzake FENIN C-205/03 P. Hij was van oordeel dat, teneinde te bepalen of de Spaanse overheid bij de voorziening van gezondheidszorg aan de regelgeving op het gebied van concurrentie moest voldoen, duidelijk moet worden of de overheid van plan was bij die verstrekking alle marktoverwegingen buiten beschouwing te laten door die voorziening exclusief toe te kennen aan overheidslichamen die alleen op basis van de solidariteitsbeginselen actief waren. Als deze opvatting door het Hof wordt overgenomen kunnen overheidsdiensten actief op (semi) commercieel gebied ook voor verplichte openbare aanbesteding in aanmerking komen.
- 7 Zie ECJ, C-29/04 (Mödling).
- 8 Zie ECJ, C-126/03 Commissie tegenover Duitsland inzake subcontract München. Hierbij had München ten onrechte zonder openbare aanbesteding met een private partij een contract afgesloten om samen deel te nemen aan een tender van een regionale overheid.
- 9 Zie, ECJ C-231/03) Coname tegenover Comune di Cingia de' Botti.
- 10 Zie ECJ, C-231/03) en ECJ, C-324/98 Telaustria
- 11 De Commissie onderscheidt in het Groenboek COM(2004) 27 final, een contractuele en een institutionele pps. Bij de eerste komen de contracterende autoriteit en een aanbieder een dienstverlening overeen, met hetzij te betalen door gebruikers dan wel door regelmatige betalingen door de autoriteit. Bij de tweede wordt een gezamenlijke entiteit van de autoriteit en de private partner(s) opgericht of wordt het eigendom van een bestaande overheidssector voor een deel overgedragen.
- 12 Richtlijn 93/38/EG met voorwaarden als voorgeschreven adverteren, uitnodiging om te concurreren in het mededelingenblad van de EG, tijdslimieten, strikte procedures etc
- 13 ECJ C-324/98 Telaustria versus GmbH v. Telekom Austria AG.
- 14 Zie bijvoorbeeld de toespraak van Europees Commissaris McCreevy "Public-Private Partnerships – Options to ensure effective competition" Copenhagen, 17 november 2005.
- 15 Zie Groenboek COM(2004) 27 final.
- 16 Zie Mededeling van de Commissie inzake publiek- private samenwerking en de gemeenschapswetgeving inzake openbare aanbesteding en concessies, COM (2005) 569 final van 15 november 2005.
- 17 Als nadelen zijn te onderkennen:
 - Het geeft niet meer de ruimte om het contract of bieding na de selectie van de bidders van voorkeur aan te passen.
 - Bij later blijvende te hoge calculaties of prognoses ten nadele van de overheid kan die overheid niet meer corrigeren.
 - Het bewaren van de vertrouwelijkheid kan moeilijk zijn.
 - Moeite moet worden gedaan om in elke fase van het proces te voldoen aan de aanbestedingsvoorwaarden.
 - Vooral kleinere private ondernemingen komen in een nadelige situatie ten opzichte van grote ondernemingen te verkeren. Het potentiële aanbod wordt daarmee kleiner.
 - Financiers krijgen te maken met grotere risico's. Zij kunnen immers niet altijd deelnemen aan de onderhandelingen en kunnen hun voorwaarden na de uiteindelijke selectie niet meer aanpassen. Slechtere financieringsvoorwaarden en verschralling van het aantal aanbieders kunnen daarvan het gevolg zijn.
 - Het de facto buiten sluiten van partijen betekent in potentie veel conflictstof met als mogelijk nadeel juridische procedures.