

Datum: 06-04-99

BRUSSEL VERPLICHT STRAKS TOT AANBESTEDING VAN CONCESSIONS

Gelijke behandeling nagestreefd van overheidsopdrachten en -concessies

Het zal de meesten niet zijn ontgaan dat de Minister van Verkeer en Waterstaat onlangs te kennen heeft gegeven de exploitatie van de HSL aan de NS te gunnen, mits de NS bereid is de door het Ministerie gewenste gebruiksvergoeding te betalen. De gunning van deze (vervoers)concessie geschiedde zonder dat andere vervoerders de mogelijkheid hebben gehad om mee te dingen naar deze concessie. Het is de vraag of in de toekomst een dergelijke onderhandse gunning van vervoers- en andere (diensten)concessies en derhalve zonder dat deze op enigerlei wijze in concurrentie met anderen zijn aanbesteed nog mogelijk zal zijn. 'Brussel' is doende terzake nadere regels te stellen.

Sedert een aantal jaren zijn overheden en zogenaamde publiekrechtelijke instellingen dat zijn, zeer in het kort gezegd, instellingen waarop de overheid in financiële of bestuurlijke zin een overwegende invloed kan uitoefenen, zoals de uitvoeringsinstellingen in de sociale zekerheid, de Nederlandse Bank, de Verzekeringskamer, e.d. gehouden voorgenomen opdrachten aan te besteden overeenkomstig de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Deze richtlijnen houden kortweg in dat indien de overheid of een publiekrechtelijke instelling een opdracht aan een private onderneming wenst te verstrekken tot het verrichten van diensten, de levering van produkten of het realiseren van werken, deze openbaar dienen te worden aanbesteed. Het gevolg daarvan is dat iedere private onderneming, in binnen- en buitenland, kan meedingen naar deze opdracht. In de aanbestedingsrichtlijnen wordt nauwgezet beschreven welke procedures gevolgd dienen te worden, welke eisen gesteld mogen worden aan de gegadigden alsmede op welke wijze de overheid tot een (gunnings)beslissing dient te komen. Om te voorkomen dat ook voor allerlei kleine opdrachten uitvoerige procedures gevolgd dienen te worden, dienen alleen de grotere opdrachten waarvan de waarde boven een bepaalde drempel ligt, overeenkomstig deze richtlijnen te worden aanbesteed.

Deze richtlijnen zijn echter niet van toepassing op concessies. Het meest wezenlijke verschil tussen een (aanbestedingsplichtige) opdracht en een (niet aanbestedingsplichtige) concessie is dat in geval van een concessie, de concessiehouder een (exploitatie)risico loopt. De concessiehouder dient door middel van een door het publiek te betalen heffing zijn investering terug te verdienen. In geval van een (aanbestedingsplichtige) opdracht ontvangt de opdrachtnemer daarentegen een volledige betaling van de overheid voor de uitgevoerde werkzaamheden. De opdrachtnemer draagt in dat geval geen enkel (exploitatie)risico. Overigens is ook sprake van een concessie indien de concessiehouder naast de door hemzelf van het publiek geïnde heffing, een aanvullende vergoeding van de overheid ontvangt. Ten aanzien van het voorgaande geldt overigens een uitzondering: concessies voor werken dienen wel te worden aanbesteed. Als voorbeeld van een concessie voor een werk kan worden gedacht aan een toltunnel, een tolbrug, een tolgeweg, een publieke parkeergarage e.d.: de concessiehouder dient zijn investering (mede) terug te verdienen door het heffen van tol of parkeergelden. Overigens gelden van de hierop van toepassing zijnde aanbestedingsrichtlijn slechts een beperkt aantal voorschriften.

Alle andere concessies vooral dienstenconcessies behoeven thans nog niet te worden aanbesteed. Beste voorbeeld van een dienstenconcessie is de vervoersconcessie: de overheid vergunt een vervoerder het recht om in een bepaald gebied een vervoersdienst (bus, tram, metro, trein e.d.) te exploiteren. De vervoerder dient derhalve door middel van de verkoop van vervoerbewijzen aan het publiek zijn investering terug te verdienen en draagt derhalve (het exploitatie)risico. Dat de vervoerder in de veel gevallen nog een aanvullende vergoeding van overheidswege verkrijgt doet aan het concessie karakter niet af. Deze concessies kunnen zonder enige vorm van concurrentiestelling worden gegund aan een private onderneming, tenzij een bijzondere wet in een aanbestedingsverplichting voorziet. Als voorbeeld van dit laatste kan dienen de verplichting voor lokale overheden die in de ontwerp-Wet Personenvervoer 2000 is opgenomen om het regionale openbaar vervoer openbaar aan te besteden. Deze wet dient echter nog ingevoerd te worden. Andere voorbeelden van dienstenconcessies zijn wellicht de volgende: de inzameling van (huishoudelijk) afval, telecom, postbezorging en het management annex de exploitatie van publieke voorzieningen.

Alhoewel er enige verschillen tussen de opdracht en de concessie te constateren zijn, kan men zich toch afvragen waarom in het ene geval een aanbestedingsverplichting geldt (de opdracht) en in het andere geval (de concessie) niet. Immers, in beide gevallen zijn direct of indirect overheidsmiddelen in het geding. In geval van een opdracht is sprake van een directe betaling door de overheid aan de private ondernemer. In geval van een concessie biedt de overheid een private ondernemer de mogelijkheid om een activiteit te exploiteren en aldus van het publiek een heffing te verlangen, terwijl normalerwijze de overheid deze activiteit zou hebben verricht en de heffing van het publiek zou hebben geïncasseerd. Bovendien is het niet ongebruikelijk dat de overheid in geval van concessies nog een betaling in de vorm van een subsidie aan de private exploitant dient te betalen. Het verschil tussen een opdracht en een concessie is derhalve relatief.

De Europese Commissie is, blijkens een bekendmaking en een recent verschenen ontwerpdocument, klaarblijkelijk ook van oordeel dat naar alle waarschijnlijkheid ook terzake (diensten) concessies overheden verplicht zullen worden deze aan te besteden. Hoe de betreffende regeling er uit zal zien is thans nog onduidelijk, doch men mag aannemen dat op afzienbare termijn een onderhandse gunning als genoemd in de inleiding van dit artikel niet langer zal zijn toegestaan. Geheel zeker is dit overigens nog niet omdat men kan verwachten dat, gelijk in de huidige aanbestedingsrichtlijnen het geval is, ook in de toekomstige regelgeving uitzonderingen zullen worden opgenomen, onder meer indien fundamentele landsbelangen in het geding zijn of andere (Europese) regelgeving in specifieke procedures voorziet. De toekomst zal het leren, maar dat in de nabije toekomst ook ten aanzien van de verlening van (diensten)concessies een aanbestedingsverplichting zal gaan gelden, lijkt een gegeven.

Mr R.D. Luteijn werkt bij PricewaterhouseCoopersLegal Services.

*** * * (c) 1999 Het Financieele Dagblad, Auteursrechten voorbehouden * * ***

Use, duplication, or sale of this service, or data contained herein, except as described in the Jacobs Information Licence Agreement, is strictly prohibited. Violators may be prosecuted.