

DEEL IV Feuilleton over voorstel nieuwe aanbestedingsrichtlijnen

Wat leest u in het vierde (en tevens laatste) deel van dit feuilleton?

In dit vierde en laatste deel van het feuilleton behandelen we het richtlijnvoorstel COM 2011/897 voor opdrachten voor concessies. Concessies betreffen ook overheidsopdrachten, met dit verschil dat bij concessieopdrachten sprake is van een opdracht tot de uitvoering van werken of diensten, waarbij een deel van de tegenprestatie die de uitvoerder ontvangt bestaat uit het recht het werk of de dienst te exploiteren. Voor dergelijke opdrachten voert het nieuwe richtlijnvoorstel een separaat aanbestedingsregime in. Hierna behandelen wij de belangrijkste elementen van dat voorstel.

Richtlijn concessies

Al een aantal jaar is er discussie over [concessies](#) en de wenselijkheid van een aparte richtlijn hiervoor. Op 20 december 2011 is de Europese Commissie met een voorstel betreffende een aanbestedingsregime voor concessies voor werken en diensten gekomen. Het betreft voorstel COM (2011) 897 def (hierna voorstel 897).

Waarom een aparte richtlijn?

Concessies voor werken en diensten

Voor het gunnen van concessies voor *werken* gelden momenteel enkele bepalingen in de bestaande richtlijn 2004/18 voor overheidsopdrachten in de zogenoemde klassieke sectoren (werken, leveringen en diensten) (zie art. 56 ev). Voor concessies voor *diensten* bepaalt richtlijn 2004/18 in artikel 17 dat die richtlijn daarop niet van toepassing is.

In artikel 18 van richtlijn 2004/17 staat dat die richtlijn niet van toepassing is op concessieovereenkomsten voor werken en diensten die gesloten worden door aanbestedende diensten die zogenoemde relevante activiteiten in de zin van die richtlijn uitvoeren. Hiermee worden activiteiten op het gebied van water, gas, elektriciteit, vervoer, post, etc. bedoeld.

Op concessies voor diensten zijn wel de algemene bepalingen van het VWEU van toepassing. Dit is inmiddels onder meer in jurisprudentie vastgelegd.

Lacune

Volgens de inleidende toelichting van voorstel 897 geeft deze lacune aanleiding tot aanzienlijke verstoringen van de interne markt en beperkt deze met name de toegang van Europese ondernemingen tot de economische kansen die met concessieopdrachten verband houden. Dit geldt in het bijzonder voor kleine en middelgrote ondernemingen. Het gebrek aan rechtszekerheid leidt daarnaast ook tot inefficiëntie.

Met dit initiatief wil de Commissie de rechtszekerheid voor zowel (aangebestede) autoriteiten als ondernemers vergroten.

In de inleiding wordt nog wel ingegaan op het feit dat het met dit richtlijnvoorstel gaat om een afzonderlijk rechtsinstrument dat de gunning van concessies regelt. En dat het samen met de twee voorstellen betreffende herziening van de bestaande richtlijnen inzake overheidsopdrachten (de elders in dit feuilleton behandelende richtlijnvoorstellen 895 en 896) ertoe strekt een modern wettelijk kader inzake overheidsopdrachten te creëren.

Er wordt aangegeven dat de optimale oplossing is wetgevende maatregelen te nemen op basis van de huidige bepalingen inzake concessie voor openbare werken, op toereikende wijze aangepast en aangevuld met bepaalde specifieke bepalingen. Dit is naar aanleiding van de resultaten van de openbare raadpleging van belanghebbenden vastgesteld. Deze raadpleging over concessies is in 2010 door de Commissie gehouden. De effectbeoordeling volgde begin 2011 daarop.

Een meer restrictieve aanpak zou kunnen zijn om bepalingen die voor overheidsopdrachten gelden uit te breiden tot concessies. Deze aanpak wordt als contraproductief beschouwd. De reden hiervan is dat aanbestedende diensten daarmee zouden kunnen worden ontmoedigd concessies te gebruiken. Dit staat op pagina. 4 van het voorstel.

Het is de verwachting dat in de diverse reacties die vanuit het veld op de voorstellen gaan volgen (zie ook de inleiding van het feuilleton, deel 1: hoe hierna?), aandacht gevraagd gaat worden voor het introduceren van een aparte richtlijn concessies naast de andere twee aanbestedingsrichtlijnen.

Voornaamste doelstellingen Commissie

De Commissie geeft aan dat het voorstel voor een concessierichtlijn naar verwachting de transparantie, eerlijkheid en rechtszekerheid bij de gunning van concessies waarborgt. Dit leidt volgens haar tot verbeterde investeringskansen en moet uiteindelijk bijdragen tot meer diensten en werken van een betere kwaliteit. De richtlijn moet gaan gelden voor concessies die na de inwerkingtreding van de richtlijn worden gegund.

In het voorstel is ook de bestaande jurisprudentie ten aanzien van concessies verwerkt. De voordelen worden naar verwachting behaald dankzij een aantal voor gunning van concessies geldende procedurele eisen en verduidelijkingen. Daarbij worden twee belangrijke doelstellingen worden nagestreefd: versterken van de rechtszekerheid en zorgen voor een betere toegang tot de concessiemarkten voor alle Europese ondernemingen.

Hieronder volgt een toelichting op beide punten.

Rechtszekerheid

Ten aanzien van de rechtszekerheid besteedt het nieuwe voorstel vooral veel aandacht aan de definitie van concessies en een uitbreiding van de meeste momenteel voor het gunnen van concessies voor openbare werken geldende verplichtingen tot alle concessies voor diensten.

Daarnaast verduidelijkt het voorstel in welke gevallen tussen aanbestedende diensten gesloten concessiecontracten (publiek-publieke samenwerking) niet aan de toepassing van de concessieregels gebonden zijn.

Ook gaat het voorstel in een specifieke bepaling betreffende de wijzingen van concessies in op basisoplossingen die in de rechtspraak inmiddels zijn ontwikkeld voor de wijzigingsproblematiek.

Tot slot geeft het een oplossing voor het naar aanleiding van onvoorziene omstandigheden aanpassen van een concessie gedurende haar looptijd.

Toegang tot concessiemarkten

Voor wat betreft het verbeteren van de toegang tot de concessiemarkten stelt het voorstel eisen aan de bekendmaking van concessies in het Publicatieblad van de EU. Dit geldt voor concessies met een

waarde gelijk aan of groter dan 5 miljoen euro. Deze drempel is ook van toepassing op dienstenconcessies. Er wordt een aparte drempelwaardeberekenningsmethodiek bepaald.

De nieuwe regels stellen ook een aantal andere eisen. Zo bepalen ze welke:

- minimuminformatie aan de potentiële inschrijvers moeten worden medegedeeld;
- minimumtermijnen voor aanmelding gelden;
- eisen, aan door aanbestedende diensten/ entiteiten gestelde selectie- en gunningscriteria gesteld kunnen worden.

Er worden geen standaard aanbestedingsprocedures aangewezen voor de gunning van concessies, maar er worden vooral een aantal procedurele waarborgen opgevoerd die met name tijdens onderhandelingen voor de gunning van concessies zouden moeten gelden.

Tot slot voorziet het voorstel in een uitbreiding van het toepassingsgebied van de bestaande Rechtsbeschermingsrichtlijnen tot alle concessieopdrachten die de drempel overschrijden.

Hierna gaan wij dieper op de bovenstaande punten in.

Definities

Artikel 1 van het voorstel definieert onder meer de verschillende soorten concessies.

NB: *De cursivering in de uitleg van de definities is aangebracht door Europa decentraal en geven een aantal wijzigingen ten opzichte van huidige definities weer :*

Een *concessie voor openbare werken* betreft een *contract* onder bezwarende titel dat schriftelijk tussen een of meer ondernemers en een of meer *aanbestedende diensten* wordt gesloten en de uitvoering van werken als voorwerp heeft, waarbij de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk dat het voorwerp van het contract vormt te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs.

De *uitvoering van werken* wordt nader gedefinieerd in artikel 1 lid 1 sub 5. Het gaat daarbij om de uitvoering of de uitvoering en het ontwerp van werken in het kader van één van de in bijlage I bedoelde activiteiten (de bekende NACE lijst) of van een werk (zie definitie hiervan in lid 1 sub 6), dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet *die een beslissende invloed op het soort werk of op het ontwerp van het werk uitoefenen*.

Artikel 3 lid 1 geeft een definitie van *aanbestedende diensten* in de zin van deze richtlijn: de staat, regionale (zie ook lid 2) of lokale autoriteiten (zie ook lid 3), publiekrechtelijke instellingen (zie ook lid 4) en verenigingen gevormd door een of meer van deze autoriteiten of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen, met uitzondering van die welke een concessie gunnen voor het uitoefenen van een activiteit als bedoeld in bijlage III bij het richtlijnvoorstel. Bijlage III stelt dat de bepalingen van het richtlijnvoorstel betreffende door *aanbestedende entiteiten* (als bedoeld in artikel 4) gegunde concessies van toepassing zijn op activiteiten op het gebied van gas en warmte, elektriciteit, water, vervoer, bepaalde havens, post, winning van olie of gas, steenkool of andere vaste brandstoffen (zeg dus maar: de ('nuts')sectoren uit de richtlijn speciale sectoren).

Een *concessie voor werken* betreft een *contract* onder bezwarende titel dat schriftelijk tussen een of meer ondernemers en een of meer *aanbestedende entiteiten* wordt gesloten en de uitvoering van werken als voorwerp heeft, waarbij de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij

uitsluitend in het recht het werk dat het voorwerp van het contract vormt te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs.

Artikel 4 lid 1 geeft een definitie van *aanbestedende entiteiten* in de zin van de richtlijn. Dit zijn:

- 1) de staat, regionale of lokale autoriteiten, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze autoriteiten of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen (zie ook weer verwijzing naar definities in artikel 3, lid 1 sub 2 t/m 4) of
- 2) overheidsbedrijven (gedefinieerd in artikel 4 lid 2)
- 3) entiteiten die geen aanbestedende diensten of overheidsbedrijven zijn en actief zijn op basis van een door een bevoegde autoriteit van een lidstaat verleende bijzondere of uitsluitende rechten (gedefinieerd in artikel 4 lid 3) wanneer zij een concessie gunnen voor de uitoefening van een van de activiteiten als bedoeld in bijlage III (zie hierboven; de 'nuts'sectoren).

Het voorgestelde concessierichtlijnregime voor ook de nutssectoren in dit voorstel 897 is dus nieuw ten opzichte van de huidige bepaling in richtlijn 2004/17, die stelt dat die richtlijn niet van toepassing is op concessies.

Rechtsoverweging 5 bij het voorstel licht toe dat met deze richtlijn ook voor de gunning van concessies voor werken en diensten in de sectoren water-, energievoorziening, vervoer en postdiensten bepaalde coördinatiebepalingen moeten worden ingevoerd aangezien nationale autoriteiten het gedrag kunnen beïnvloeden van entiteiten die in deze sectoren werkzaam zijn. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met het gesloten karakter van de markten waarop zij werkzaam zijn als gevolg van het bestaan van door de lidstaten verleende bijzondere of uitsluitende rechten.

Rechtsoverweging 9 en artikel 4 lid 3 gaan nader in op de definitie van *uitsluitende en bijzondere rechten*. Dit begrip staat centraal in de omschrijving van het toepassingsgebied van dit richtlijnvoorstel aangezien entiteiten die geen aanbestedende entiteiten, noch overheidsbedrijven zijn, alleen aan de bepalingen van de richtlijn zijn onderworpen voor zover zij activiteiten op basis van uitsluitende of bijzondere rechten uitvoeren. Geen bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van dit richtlijnvoorstel vormen daarom rechten die zijn verleend door middel van een procedure die gebaseerd was op objectieve criteria (met name uit hoofde van EU-wetgeving) en waarvoor voor toereikende publiciteit is gezorgd.

Tot die wetgeving behoren in elk geval richtlijnen 98/30/EG (aardgas), 96/92/EG (elektriciteit), 97/67/EG (postdiensten), 94/22/EG (koolwaterstoffen) en Verordening EG nr. 1370/2007 (openbaar personenvervoer). Artikel 4 lid 3, tweede deel beschrijft wat de 'procedure waarbij voor toereikende publiciteit is gezorgd' omvat, namelijk kort gezegd een aanbestedingsprocedure met voorafgaande uitnodiging tot inschrijving of procedures uit hoofde van andere wetgevingshandelingen van de Unie, opgenomen in bijlage XI bij het richtlijnvoorstel (vergunningen aardgasinstallaties, elektriciteitsproductie installaties, postdiensten, koolwaterstofactiviteiten en openbaardienstcontracten openbaar personenvervoer).

De regels inzake concessies hebben betrekking op de verwerving van werken of diensten voor een tegenprestatie die bestaat in de exploitatie van die werken of diensten. 'Verwerving' moet breed opgevat worden in de zin van het verkrijgen van de voordelen van de betrokken werken of diensten die niet in alle gevallen een overdracht van eigendom aan de aanbestedende diensten/entiteiten vereisen. Het louter financieren van een activiteit (vaak gekoppeld aan de verplichting om de ontvangen bedragen terug te betalen wanneer zij niet voor de beoogde doeleinden worden gebruikt) valt niet onder het richtlijnvoorstel.

In de definitie van bijzondere of uitsluitende rechten in artikel 4 lid 3 van het voorstel is terug te vinden dat het gaat om rechten die door een bevoegde autoriteit van een lidstaat zijn verleend middels enige wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefenen van in bijlage III omschreven activiteiten tot een of meer entiteiten beperkt blijft en het vermogen van andere entiteiten om die activiteit uit te oefenen substantieel wordt beïnvloed.

Een *concessie voor diensten* betreft een *contract* onder bezwarende titel dat schriftelijk tussen een of meer ondernemers en een of meer *aanbestedende diensten of aanbestedende entiteiten* wordt gesloten en de verrichting van diensten (met uitzondering van die als bedoeld onder de concessies voor openbare werken en voor werken) als voorwerp heeft, waarbij de tegenprestatie voor de uit te voeren diensten bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs.

Rechtsoverweging 6 ev. van het richtlijnvoorstel geven ook meer informatie over de definitie van concessies. Daaruit wordt ook duidelijk dat bepaalde staatshandelingen zoals machtigingen of vergunningen waarbij de staat of een overheid de voorwaarde voor de uitoefening van een economische activiteit vaststelt niet als concessies mogen kwalificeren. Hetzelfde geldt voor bepaalde overeenkomsten die tot voorwerp hebben het recht van een ondernemer om bepaalde publieke domeinen of rijkdommen te exploiteren, zoals pachtcontracten waarbij de staat of aanbestedende dienst of aanbestedende entiteit enkel algemene voorwaarden voor het gebruik ervan vaststelt zonder bepaalde werken of diensten te verwerven.

Voorts brengt het richtlijnvoorstel een nieuwe definitie met zich mee ten aanzien van het begrip exploitatierecht. Artikel 1 lid 2 geeft aan dat *het recht de werken of diensten te exploiteren* (als bedoeld in de definities van concessie voor werken, openbare werken en diensten) de overdracht inhoudt aan de concessiehouder van het *wezenlijk operationeel risico*. De concessiehouder wordt geacht het wezenlijk operationeel risico op zich te nemen wanneer er geen garantie voorhanden is dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de werken of diensten die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend.

Dat economische risico kan bestaan uit:

- het risico verbonden aan het gebruik van de werken of de vraag naar de verrichting van de dienst of
- het risico verbonden aan de beschikbaarheid van de infrastructuur die door de concessiehouder wordt aangeboden of wordt gebruikt voor de verrichting van diensten voor de gebruikers.

Zie voor meer informatie hierover ook rechtsoverweging 7 bij het richtlijnvoorstel.

Deze stelt onder meer dat het hoofdkenmerk van een concessie – het exploitatierecht- altijd de overdracht aan de concessiehouder van een economisch risico impliceert met de mogelijkheid dat hij de gedane investeringen en de met het exploiteren van de gegunde werken of diensten gepaard gaande kosten niet zal terugverdienen.

Het door de aanbestedende dienst/ entiteit garanderen van minimuminkomsten gelijk aan of hoger dan de kosten die de aannemer met betrekking tot de uitvoering van de opdracht moet maken is niet de bedoeling, maar ook niet dat bepaalde regelingen die door een aanbestedende dienst/ entiteit volledig worden betaald als concessie worden aangemerkt wanneer het terugverdienen van de investeringen en kosten die door de exploitant zijn gemaakt afhangt van de werkelijke vraag naar de beschikbaarheid van de dienst of het goed.

Publiek publieke samenwerking

Het EU-recht houdt geen beperking van de vrijheid van een aanbestedende dienst/entiteit om de binnen hun opzicht vallende taken van algemeen belang te verrichten door hun eigen middelen te gebruiken. Als een aanbestedende dienst besluit op een externe entiteit een beroep te doen om dergelijke taken uit te voeren, dan moet wel voor effectieve toegang tot de markt voor alle EU-ondernemers worden gezorgd.

Rechtsoverweging 3 bij het voorstel geeft ook aan dat de (voorgestelde) richtlijn op geen enkele wijze van invloed mag zijn op de vrijheid van lidstaten of autoriteiten om te beslissen over het rechtstreeks verrichten van werken of diensten voor het publiek of over de externalisering ervan aan derden. Lidstaten of autoriteiten moeten de vrijheid houden om de kenmerken van de te verrichten dienst, inclusief alle voorwaarden betreffende de kwaliteit of de prijs van de diensten te bepalen om hun overheidsbeleidsdoelstellingen na te streven.

Momenteel bestaat er nog rechtsonzekerheid over de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op samenwerking tussen overheidsdiensten. Daarom voorziet dit voorstel in verduidelijking in welke gevallen tussen aanbestedende diensten gesloten concessiecontracten niet aan de toepassing van de regels inzake gunning van concessies onderworpen zijn. Hierbij wordt met name de bestaande relevante rechtspraak van het Hof van Justitie EU gecodificeerd, aldus het voorstel.

Een toelichting op publieke samenwerking bij concessies staan in artikel 8, 10 t/m 12 en 31 van het voorstel en rechtsoverwegingen 13 t/m 17. Artikel 8 lid 1 ziet op concessies voor diensten die door een aanbestedende dienst/entiteit worden gegund aan een ondernemer die een aanbestedende entiteit (of een vereniging daarvan) is, op basis van een uitsluitend recht dat die ondernemer (dat voldoet aan genoemde voorwaarden) betreffende het beheer van een netwerkinfrastructuur in verband met bijlage III activiteiten (water, gas, elektra etc.). Het concessierichtlijnvoorstel is hierop niet van toepassing.

Artikel 10 (zie ook rechtsoverweging 13) stelt dat het voorstel niet van toepassing is op concessies die de aanbestedende entiteiten gunnen

- voor andere doelen dan de uitoefening van hun in bijlage III bedoelde activiteiten of
- voor de uitoefening van deze activiteiten in een derde land, in omstandigheden waarbij er geen fysieke exploitatie is van een net of van een geografisch gebied binnen de Unie.

Artikel 11 (zie ook rechtsoverweging 14) regelt de niet toepasselijkheid van de richtlijn op een aan een verbonden onderneming gegunde concessie. Het begrip verbonden onderneming wordt gedefinieerd in dit artikel. Het gaat om ondernemingen die voldoen aan de in lid 2 van artikel 11 genoemde voorwaarden. Die zien bijvoorbeeld op een overheersende invloed van een aanbestedende entiteit op de onderneming of andersom.

Artikel 12 regelt de niet toepasselijkheid van de richtlijn op gegunde concessies aan een gemeenschappelijke onderneming of aan een aanbestedende entiteit die deel uitmaakt van een gemeenschappelijke onderneming.

Artikel 31 ziet ten slotte op samenwerking tussen aanbestedende diensten en entiteiten uit verschillende lidstaten. Deze diensten/entiteiten kunnen gezamenlijk openbare concessies gunnen

door gebruik van in dit artikel beschreven middelen. Ook geeft dit artikel regels tot aanwijzing van het toepasselijke recht bij dergelijke samenwerking (zie ook rechtsoverweging 31).

Inbesteding, alleenrechten en voorbehouden

Bij publiek publieke samenwerking wordt in de praktijk ook veel gedacht aan de mogelijkheid via inbesteding, alleenrechten of voorbehoud-constructies een beroep te kunnen doen op niet toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijn. Zie hierover ook eerder deel 2 van dit feuilleton.

In het concessierichtlijnvoorstel komt inbesteding uitdrukkelijk aan de orde in artikel 15 (en rechtsoverweging 17). De mogelijkheid tot het verlenen van alleenrechten/ exclusieve rechten en het gevolg daarvan voor toepasselijkheid van de concessierichtlijn komt aan de orde in artikelen 2, 4 en 8 (en rechtsoverwegingen 5, 9, 13 alsmede bijlage XI van het voorstel). De consequenties van het verlenen van een voorbehoud aan een SW bedrijf om deel te nemen aan een procedure voor gunning van een concessie komt aan bod in artikel 20.

Volgens rechtsoverweging 17 bestaat rechtsonzekerheid over de vraag in hoeverre regels voor de gunning van concessies op de samenwerking tussen autoriteiten van toepassing zijn. Daarom moet volgens het voorstel worden verduidelijkt in welke gevallen tussen aanbestedende diensten/entiteiten gesloten concessies niet aan de toepassing van de regels inzake gunning van concessies onderworpen zijn. Het feit dat beide partijen bij een overeenkomst zelf aanbestedende dienst/entiteit zijn, sluit als zodanig de toepassing van de regels voor gunning van concessies niet uit.

De toepassing van de regels inzake gunning van concessies mag echter niet in de weg staan aan de vrijheid van autoriteiten om te beslissen hoe de wijze te organiseren waarop zij hun openbare dienst opdrachten uitvoeren. Wordt aan de in het richtlijnvoorstel gestelde voorwaarden voldaan, dan is de richtlijn niet van toepassing.

Het richtlijnvoorstel moet ervoor zorgen dat elke vrijgestelde publiek-publieke samenwerking geen concurrentievervalsing veroorzaakt ten aanzien van private ondernemers. De deelneming van een aanbestedende dienst als inschrijver bij een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht mag evenmin concurrentievervalsing veroorzaken.

Hierna geven wij een kort overzicht van de regeling in de voorgestelde concessierichtlijn aangaande inbestedings-, alleenrechten en voorbehoud-constructies:

Inbesteding

Artikel 15 geeft een regeling over wanneer een concessie die door een aanbestedende dienst/entiteit is gegund aan een andere rechtspersoon buiten het toepassingsgebied van het richtlijnvoorstel valt. Er moet dan worden voldaan aan de volgende cumulatieve criteria:

- De aanbestedende dienst/entiteit oefent op de betrokken rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten;
- tenminste 90 % van de activiteiten van de rechtspersoon wordt verricht voor de controlerende aanbestedende dienst/entiteit of voor andere rechtspersonen die door deze aanbestedende dienst/entiteit worden gecontroleerd;
- er is geen privédeelneming in de gecontroleerde rechtspersoon.

Wanneer is er sprake van toezicht zoals op eigen diensten? Dit is het geval indien de aanbestedende dienst/entiteit zowel op strategische doelstellingen als op significante beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent.

De inbestedingsregeling voor concessies lijkt verder op die in het richtlijnvoorstel voor de klassieke sectoren (896). Zie hiervoor deel 2 van dit feuilleton.

Alleenrecht

Onder de huidige aanbestedingsrichtlijn wordt er bij een toepassing van een alleenrecht-toekenning door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst vaak verwezen naar artikel 18 van richtlijn 2004/18. Er wordt dan vaak een beroep gedaan op niet toepasselijkheid van die aanbestedingsrichtlijn op de gunning van dienstenopdrachten die uit de vestiging van dat alleenrecht voortkomen.

Daarbij wordt in de praktijk wel de vraag gesteld in hoeverre de vestiging van een alleenrecht voor specifieke dienstverlening niet ook zou kunnen kwalificeren als het verlenen van een exclusief exploitatierecht aan een onderneming voor het verrichten van diensten? . En daarmee ook het karakter zou kunnen hebben van een dienstenconcessie? Het onderscheid tussen een alleenrecht en een dienstenconcessie lijkt dan niet in alle gevallen duidelijk.

De bestaande alleenrechtbepaling in de richtlijn 2004/18 is in voorstel 896 voor de klassieke sectoren verdwenen. Dit is reeds aangegeven in deel 2 van het feuilleton. In richtlijnvoorstel 897 voor de concessierichtlijn speelt het begrip alleenrecht (maar dan vertaald in de terminologie van 'uitsluitende en bijzondere rechten') een centrale rol. Zie ook onder meer rechtsoverweging 9.

In artikel 4 lid 3 wordt een definitie gegeven van bijzondere of uitsluitende rechten. Deze moeten (opsomming van de hand van Europa decentraal):

- 1) door een bevoegde autoriteit van een lidstaat zijn verleend,
- 2) middels enige wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling, en
- 3) tot gevolg hebben dat de uitoefening van bijlage III activiteiten (water, gas, warmte, elektriciteit, vervoer, post etc.; de activiteiten van de vroeger geheten nutsbedrijven) tot een of meer entiteiten beperkt blijft en het vermogen van andere entiteiten om die activiteit uit te oefenen substantieel wordt beïnvloed.

Deze definitie ziet dus op een specifieke groep bijzondere of uitsluitende rechten in het kader van uitoefening van bijlage III activiteiten.

Daarnaast geeft lid 3 van artikel 4 ook nog aan wat *geen* bijzondere of uitsluitende rechten zijn. Dit zijn rechten die zijn verleend door middel van 'een procedure' waarbij voor toereikende publiciteit is gezorgd en waarbij de verlening van die rechten gebaseerd was op objectieve criteria.

Een dergelijke procedure betreft

- 1) een aanbestedingsprocedure met voorafgaande uitnodiging tot inschrijving overeenkomstig richtlijn 2004/17 of 18 of overeenkomstig de concessierichtlijn
- 2) procedures uit hoofde van andere wetgevingshandelingen van de Unie, opgenomen in de lijst van bijlage XI. Dit zijn bijvoorbeeld een vergunning voor de exploitatie aardgasinstallaties, elektriciteitsproductie-installaties etc.

Zie ook eerder hierover op pagina 4 van dit deel van het feuilleton onder de uitleg van definities (uitsluitende en bijzondere rechten).

In het voorstel voor een concessierichtlijn komt de definitie van bijzondere en uitsluitende rechten dus

vooral aan bod in het kader van de bepaling wat aanbestedende entiteiten zijn. Dit kunnen de entiteiten zijn die geen aanbestedende dienst of overheidsbedrijven zijn en die actief zijn op basis van een verleend bijzonder of uitsluitend recht, welk recht meer specifiek op activiteiten ter uitvoering van nutsactiviteiten ziet.

De bepaling uit artikel 18 van de huidige richtlijn 2004/18 lijkt meer (in verschillende onderdelen) terug te komen in artikel 8 van het richtlijnvoorstel voor concessies. Hierin staat namelijk dat het richtlijnvoorstel niet van toepassing is op concessies voor diensten:

- die door een aanbestedende dienst/entiteit worden gegund aan een ondernemer die een aanbestedende entiteit of vereniging daarvan is,
- op basis van een uitsluitend recht dat die ondernemer ingevolge geldende en gepubliceerde nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet
- en dat is verleend in overeenstemming met het Verdrag en sectorale wetgeving van de EU betreffende het beheer van netwerkinfrastructuur in verband met bijlage III activiteiten.

In dit artikel wordt een link gelegd tussen een verleend uitsluitend recht (aan een ondernemer, zijnde aanbestedende entiteit of vereniging daarvan) voor netwerkinfra beheer in het kader van bijlage III (water, gas, warmte etc.) activiteiten en concessies voor diensten. Op dienstenconcessies die op basis van een dergelijk uitsluitend recht worden gegund is de richtlijn niet van toepassing.

Waar ligt nu het onderscheid tussen een gevestigd alleenrecht voor diensten en een concessie voor diensten (*uitsluitend (exploitatie) recht*)? Hierbij lijkt vooral de definitiebepaling van concessie voor diensten van belang ('contract onder bezwarende titel'). Dit geldt ook voor het element van de overdracht van wezenlijk operationeel risico. Zie hierover ook de uitleg onder definities, artikel 1 lid 2 van het voorstel.

Gunning van concessies zonder voorafgaande publicatie is alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden toegestaan. Dit volgt uit artikel 26 lid 5 en rechtsoverweging 19.

Deze situatie moet zich beperken tot gevallen waarin van meet af aan duidelijk is dat publicatie niet de aanleiding zal vormen voor meer concurrentie met name omdat er objectief gezien slechts één ondernemer is die de concessie kan uitvoeren. Alleen situaties van objectieve exclusiviteit kunnen de gunning van een concessie zonder publicatie aan een ondernemer rechtvaardigen. De situatie van exclusiviteit moet niet door de aanbestedende dienst of entiteit zelf zijn gecreëerd en er moeten geen toereikende alternatieven beschikbaar zijn. Dit moet grondig worden onderzocht.

Voorbehoud SW bedrijven

Lidstaten mogen het recht tot deelname aan procedures voor de gunning van concessies voor behouden aan beschermde werkplaatsen en ondernemers waarvan het hoofddoel de sociale en professionele integratie van gehandicapte en kansarme werknemers is. Of erin voorzien dat die concessies worden uitgevoerd in de context van programma's voor beschermde arbeid mits meer dan 30 % van de werknemers van die werkplaatsen ondernemers of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn. Dit staat in artikel 20 van het voorstel. De concessieaankondiging moet deze bepaling vermelden.

In de huidige richtlijnen 2004/18 en 17 ontbreekt een dergelijk specifiek op concessies aan SW-bedrijven toegeschreven bepaling tot mogelijkheid van voorbehoud. Zie ook deel 2 van dit feuilleton over het voorbehoud aan SW-bedrijven.

Wijziging concessies

Onder welke voorwaarden vereisen wijzigingen van een concessie tijdens de uitvoering ervan een nieuwe gunningsprocedure? Rechtsoverweging 34 ev. gaan in op het feit dat duidelijkheid moet worden verschaft over deze vraag.

Artikel 42 van het voorstel geeft een regeling voor wijzigingen van concessies gedurende de looptijd ervan. Veel van de elementen die hierin worden behandeld zijn ook al aan de orde gekomen in deel 1 (paragraaf 1.10) van dit feuilleton. Voor meer informatie verwijzen wij u ook daarnaar.

Wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging van de bepalingen van een concessie tijdens de looptijd ervan, dan wordt dit beschouwd als een nieuwe gunning. Artikel 42 geeft aan wanneer er sprake is van een wezenlijke wijziging. Het richtlijnvoorstel vereist dan een nieuwe concessiegunningsprocedure.

Uit rechtsoverweging 34 blijkt overigens dat een uitzonderlijke en tijdelijke verlenging van de termijn van de concessie normaliter niet als een materiële wijziging van de oorspronkelijke concessie kwalificeert. Die verlenging moet dan wel strikt gericht zijn op het zorgen voor continuïteit van de verrichting van de dienst in afwachting van de gunning van een nieuwe concessie.

Bekendmaking vanaf bepaalde drempelwaarden

Drempels

Het richtlijnvoorstel is van toepassing op concessies gesloten door aanbestedende diensten en concessies door aanbestedende entiteiten voor uitoefening van een van de bijlage III activiteiten wanneer de waarde 5.000.000 euro of meer bedraagt. Dit geeft artikel 5 (zie ook rechtsoverweging 18) van het voorstel aan.

De gunning van dergelijke opdrachten dienen vooraf te worden gegaand door een verplichte publicatie van een aankondiging van een concessie in het publicatieblad van de Europese Unie. Dit staat in artikel 26 ev. van het voorstel). Zie voor meer informatie over aanbestedingsprocedures het kopje procedures hierna.

Voor concessies voor diensten met een waarde tussen de 2.500.000 en 5.000.000 euro geldt dat zij in overeenstemming met artikel 27 en 28 van de richtlijn een verplichte aankondiging van gunning van concessie moeten plaatsen. Deze verplichting geldt niet voor sociale en andere specifieke diensten, zie hierna.

De drempels dienen volgens rechtsoverweging 18 het duidelijk grensoverschrijdende belang van concessies voor in andere lidstaten gevestigde ondernemers weer te geven.

De waardeberekening van concessies komt in artikel 6 aan bod. De geraamde waarde van een concessie wordt berekend als de waarde van een geheel van werken of dienstzelfs indien deze door verschillende opdrachten worden aangekocht wanneer de opdrachten deel uitmaken van één project.

Aanwijzingen voor het bestaan van één enkel project bestaan:

- in het geheel voorafgaand plannen en ontwerpen door de aanbestedende dienst/ entiteit,
- het feit dat de verschillende aangekochte onderdelen één economische en technische functie vervullen, of
- dat zij anderszins logisch met elkaar verbonden zijn.

Het richtlijnvoorstel kent ook een percelenregeling (artikel 6) voor concessies en een regeling voor gemengde concessies en concessies voor meerdere activiteiten (zie artikelen 18 en 19 en rechtsoverweging 12).

Sociale diensten en andere specifieke diensten

Rechtsoverweging 20 t/m 22 en artikel 17 van het voorstel stellen dat het niet gerechtvaardigd is de volledige toepassing van de aanbestedingswetgeving tot een gelimiteerde groep diensten te beperken. Daarom moet deze richtlijn van toepassing zijn op diensten die potentieel voor grensoverschrijdende handel vertonen. Van de volledige toepassing van de richtlijn worden alleen die diensten uitgesloten die een beperkte grensoverschrijdende dimensie hebben, namelijk de persoonsgebonden diensten, zoals bepaalde diensten op sociaal, gezondheids- en onderwijsgebied. Deze diensten worden verricht binnen een bijzondere context die als gevolg van verschillende culturele tradities sterk verschilt per lidstaat. Daarom is een specifieke regeling nodig voor concessies van deze diensten. Die regeling staat in artikel 17 (met een verwijzing naar bijlage X van het richtlijnvoorstel). Op bijlage X staat vermeld welke diensten in de zin van artikel 17 zijn: gezondheidszorg, maatschappelijke diensten, onderwijs, culturele diensten, sociale verzekering, uitkeringsdiensten, religieuze diensten, etc.

Er geldt een verplichting tot vooraankondiging (zie artikel 26 lid 3) en een aankondiging van gunning van een opdracht voor elke concessie met een waarde gelijk aan of groter dan de in deze richtlijn vastgestelde drempels (zie artikel 27 lid 2). Dit is een toereikende methode om informatie te verstekken over zakelijke kansen aan potentiële inschrijvers alsook over het aantal en soort gegunde opdrachten.

Lidstaten moeten daarnaast passende maatregelen invoeren met betrekking tot de gunning van concessieopdrachten voor deze diensten. Deze maatregelen moeten erop gericht zijn de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht te nemen. De lidstaten moeten er ook voor zorgen dat aanbestedende diensten/entiteiten rekening mogen houden met de noodzaak te zorgen voor onder meer kwaliteit, continuïteit, toegankelijkheid, beschikbaarheid en uitgebreidheid van de diensten, de specifieke behoeften van gebruikers, etc.

Vanwege het belang van de culturele context en het gevoelige karakter van deze diensten moeten de lidstaten een grote vrijheid krijgen om de keuze van de dienstverrichters te organiseren zoals zij dat het meest passend achten. De regels van het richtlijnvoorstel staan er niet aan in de weg dat de lidstaten voor de keuze van de dienstverrichters specifieke kwaliteitscriteria toepassen.

Lidstaten en of aanbestedende diensten blijven vrij om deze diensten zelf te verrichten. Of om sociale diensten zo te organiseren dat er geen sprake is van gunning van overheidsopdrachten. Dit kan bijvoorbeeld door deze diensten alleen te financieren. En andere mogelijkheid is door licenties of machtigingen te verlenen aan alle ondernemers die beantwoorden aan de vooraf door de aanbestedende dienst/entiteit vastgestelde voorwaarden. Zie hierover rechtsoverweging 22.

Minimuminfo verstrekken aan inschrijvers

Artikel 26 lid 2 van het richtlijnvoorstel stelt dat de concessieaankondiging de in een deel van bijlage IV genoemde inlichtingen bevatten en in voorkomend geval ook alle door de aanbestedende dienst of entiteit nuttig geachte inlichtingen, overeenkomstig de vorm van de standaardformulieren.

Voor sociale en andere specifieke diensten wordt verwezen naar de in bijlage XIII vastgestelde informatie die in aankondigingen moeten terugkomen. De Commissie stelt deze standaardformulieren op. Voor informatie betreffende de gunningsaankondigingen verwijst artikel 27 onder meer naar de in bijlage V en VI vastgestelde informatie. Artikel 28 verwijst naar de bijlagen IV tot en met VI bedoelde informatie in de vorm van standaardformulieren die van belang zijn in het kader van opmaak en wijze van bekendmaking van aankondigingen.

Zie voor wat betreft het informeren van inschrijvers in het kader van de procedurele waarborgen die artikel 35 van het voorstel stelt aangaande beschrijving van de concessie, gunningscriteria en minimumeisen hierna onder het kopje 'Procedures'.

Het huidige regime voor concessies van openbare werken in richtlijn 2004/18 kent overigens ook al regels voor de bekendmaking in artikelen 58, 63 en 64.

Duur concessie en te hanteren termijnen

Het concessierichtlijnvoorstel kent een bepaling ten aanzien van de duur van de concessie (artikel 16). In de huidige richtlijnen ontbreekt een dergelijke bepaling. In het voorstel is de duur van een concessie beperkt tot de 'termijn die naar schatting noodzakelijk is voor de concessiehouder om de gedane investeringen in verband met het exploiteren van de werken of diensten met een redelijke rendement op het geïnvesteerde kapitaal terug te verdienen.' In het voorstel is geen nadere toelichting op deze bepaling terug te vinden.

De huidige richtlijn 2004/18 kent in artikelen 59 en 65 termijnbepalingen voor concessies voor openbare werken. Artikelen 37 en 38 van het voorstel introduceren in acht te nemen termijnen voor aanmelding bij concessiegunningsprocedures. Deze termijn is 52 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de concessieaankondiging.

De bestaande aanbestedingsrichtlijn 2004/18 kent voor gunning van openbare werken concessies ook al een termijnbepaling (zie artikel 59) van 52 dagen. Gezien het gewoonlijk complexe karakter van concessieopdrachten is voor concessieopdrachten in het richtlijnvoorstel gekozen voor een langere termijn dan gewone overheidsopdrachten. Zie voor termijnen in richtlijnvoorstel 896 ook deel 1 van dit feuilleton.

Bij het gebruik van elektronische middelen kunnen de minimumtermijnen worden verkort met vijf dagen. Hiervoor gelden wel voorwaarden. Zie hierover artikel 38 lid 2 en rechtsoverweging 30 van het voorstel.

Selectie en uitsluiting

De huidige richtlijn 2004/18 kent in artikel 57 een uitsluitingsbepaling voor de gunning van concessies voor openbare werken. De huidige regeling kent geen specifieke bepaling over selectiecriteria.

De keuze en toepassing van evenredige, niet-discriminerende en eerlijke selectiecriteria op ondernemers is van essentieel belang voor hun daadwerkelijke toegang tot de economische kansen met betrekking tot concessieovereenkomsten. Dit staat in rechtsoverweging 24 van het concessierichtlijnvoorstel.

De mogelijkheid voor een gegadigde om op de capaciteit van andere diensten te steunen, kan met name een beslissende factor vormen die de deelneming van kleine en middelgrote ondernemingen mogelijk maakt.

Het voorstel vindt het daarom passend erin te voorzien dat de selectiecriteria

- uitsluitend betrekking moeten hebben op de technische, financiële en economische capaciteit van ondernemers;
- in de concessieaankondiging moeten worden bekendgemaakt; en
- niet kunnen uitsluiten dat een ondernemer op de capaciteit van andere entiteiten steunt ongeacht de juridische aard van de banden van de ondernemer met deze entiteiten, indien deze laatste ten genoegen van de aanbestedende dienst of aanbestedende entiteit kan aantonen dat hij de nodige middelen te zijner beschikking zal hebben.

Artikel 36 van het voorstel werkt de nadere regels ten aanzien van selectie, uitsluiting en kwalitatieve beoordeling van gegadigden verder uit.

De eisen kunnen zien op geschiktheid om een beroepsactiviteit uit te oefenen, economische en financiële positie en technische en beroepsbekwaamheid. Alle voorwaarden voor deelneming moeten worden beperkt tot die welke geschikt zijn ervoor te zorgen dat een gegadigde of inschrijver over de juridische, financiële, commerciële en technische capaciteit beschikt om de te gunnen concessie uit te voeren. Alle eisen houden verband en zijn strikt evenredig met het voorwerp van de opdracht, rekening houdend met de noodzaak om voor echte concurrentie te zorgen. De uitsluitingsgronden worden in lid 5 en volgende beschreven. De verplichte uitsluitingsgronden zijn op bijna identiek wijze beschreven als de uitsluitingsgronden in artikel 55 van richtlijnvoorstel 896 (overheidsopdrachten voor klassieke sectoren); de beschrijving van de facultatieve uitsluitingsgronden wijken wat af van elkaar.

Gunningscriteria

De huidige richtlijn 2004/18 kent in de regels voor concessies voor openbare werken in artikel 61 een bepaling voor de gunning van aanvullende werken aan de concessiehouder van concessies.

Om voor transparantie en gelijke behandeling te zorgen, moeten volgens rechtsoverweging 25 bij het concessierichtlijnvoorstel criteria voor de gunning van concessies altijd aan een aantal algemene normen voldoen.

Deze criteria moeten:

- vooraf aan alle potentiële inschrijvers openbaar worden gemaakt,
- verband houden met het voorwerp van de opdracht en de aanbestedende dienst, of aanbestedende entiteit geen onbeperkte keuzevrijheid laten
- ervoor zorgen dat effectieve concurrentie mogelijk blijft en gepaard gaan met eisen die het mogelijk maken de door de inschrijvers verstrekte informatie effectief te controleren.

Om aan deze normen te voldoen en de rechtszekerheid te verbeteren, mogen de lidstaten voorzien in het gebruik van het criterium van de economisch voordeligste inschrijving.

Wanneer aanbestedende diensten en aanbestedende entiteiten besluiten een concessie te gunnen aan de economisch voordeligste inschrijving, moeten zij bepalen op basis van welke economische en kwaliteitscriteria zij de inschrijvingen zullen beoordelen teneinde vast te stellen welke inschrijving de beste prijs-kwaliteitverhouding heeft. Bij de bepaling van deze criteria wordt rekening gehouden met het voorwerp van de concessie, aangezien de criteria het mogelijk moeten maken het prestatieniveau dat door iedere inschrijving wordt geboden ten aanzien van het in de technische specificaties omschreven voorwerp van de concessie te beoordelen en de prijs-kwaliteitverhouding van iedere inschrijving te bepalen.

Artikel 39 van het voorstel werkt de nadere regels ten aanzien van gunning verder uit. Het relatieve gewicht dat wordt toegekend aan de gunningscriteria moeten in dalende volgorde van belangrijkheid worden opgenomen in de aankondiging of de documenten. Lidstaten mogen voorzien in gunning van concessies op basis van het gunningscriterium van economisch voordeligste inschrijving (evi). Lid 4 geeft aan wat de criteria binnen evi mogen inhouden naast prijs of kosten.

Procedures

Zoals eerder aangegeven bevat het concessierichtlijnvoorstel geen opsomming van mogelijk te volgen aanbestedingsprocedures in het geval van gunning van concessies. Rechtsoverweging 27 bij het richtlijnvoorstel geeft aan dat concessieovereenkomsten gewoonlijk complexe lange termijnregelingen zijn waarbij de aannemer verantwoordelijkheden en risico's op zich neemt die traditioneel door de aanbestedende diensten/entiteiten worden gedragen en binnen hun opdracht vallen.

Om deze reden dienen de aanbestedende diensten/ entiteiten over een flexibiliteitsmarge te beschikken bij het organiseren van het gunningsproces. Hierbij bestaat de mogelijkheid over de inhoud van de overeenkomst met de gegadigden te onderhandelen.

Om voor gelijke behandeling en transparantie in de loop van de gunningsprocedure te zorgen, dient te worden voorzien in bepaalde vereisten. Dit zijn onder meer de structuur van het gunningsproces met inbegrip van onderhandelingen, de verspreiding van informatie en de beschikbaarheid van schriftelijke vastleggingen. Het is tevens noodzakelijk te bepalen dat er van de oorspronkelijke voorwaarden van de concessieaankondiging niet mag worden afgeweken, om oneerlijke behandeling van potentiële kandidaten te voorkomen.

Dit laatste ziet ook op de bepalingen inzake wijzigingen van concessies, die reeds hierboven werden behandeld. Artikel 26 ev. van het concessierichtlijnvoorstel beschrijven verder de randvoorwaarden van de flexibelere procedures voor concessiegunning. Deze stellen eisen aan de aankondiging en gunningsaankondigingen. Voor het verloop van de procedure stellen artikel 32 en 33 eisen aan de technische specificaties en testverslagen, certificatie en andere bewijsmiddelen. Ten aanzien van de keuze van deelnemers en gunning van opdrachten stellen artikelen 34 en volgende eisen in algemene zin, aan de beschrijving van de concessie, de gunningscriteria en minimumeisen/ selectie en termijnen (zie hierboven behandeld).

Artikel 34 stelt dat concessies worden gegund op basis van de door de aanbestedende dienst/ entiteit vastgestelde criteria (in overeenstemming met de gunningscriteria ingevolge artikel 39) mits wordt voldaan de aan voorwaarde dat de inschrijving voldoet aan de gunningseisen, voorwaarden en criteria en de inschrijving afkomstig is van een inschrijver die niet is uitgesloten van deelneming ingevolge artikel 36 en voldoet aan de selectiecriteria.

Procedurele waarborgen worden beschreven in artikel 35 van het richtlijnvoorstel. Hierin staat onder meer dat:

- de beschrijving van de concessie, de gunningscriteria en minimumeisen in de loop van de onderhandelingen niet mogen worden gewijzigd,
- de aanbestedende diensten/entiteiten de gelijke behandeling van alle inschrijvers moeten waarborgen,
- er eisen zijn op welke wijze een aanbestedende dienst/ entiteit tot een passend niveau kan beperken,
- de regels betreffende de organisatie van de procedure van de gunning, onder meer met procedurefasen en tijdschema, vooraf moeten worden vastgelegd en aan alle deelnemers worden meegedeeld.

Ook stelt artikel 35 regels waaraan aanbestedende diensten/entiteiten zich moeten houden wanneer de gunning van concessies onderhandeling inhoudt (lid 5).

Tot slot geeft artikel 35 regels over informeren over besluiten betreffende de gunning, niet gunning of herbeginnen van een procedure en afwijzing van gegadigden en inschrijvers.

Rechtsbeschermingsrichtlijn

Rechtsoverweging 39 en artikel 44 van het richtlijnvoorstel gaan in op de rechtsbescherming bij concessies. De bestaande [Rechtsbeschermingsrichtlijnen](#) worden ook van toepassing verklaard op alle concessieopdrachten voor diensten en werken die de drempel overschrijden en die door zowel aanbestedende diensten als aanbestedende entiteiten worden gegund.