



## Gemeenten in de Europese klem<sup>1</sup>

Gemeenten en andere decentrale overheden moeten bij hun beleid meer en meer rekening houden met de Europese staatssteunregels, de regels van het EG-verdrag en met de Europese aanbestedingsregels. De Europese Commissie is daarvan de veroorzaker door de uitbreiding van de reikwijdte van de regelgeving vooral naar de publieke sector en door haar beleid van ingebrekestelling. Maar ook de specifieke interpretatie door het Europese Hof van Justitie van de regels van het EG-verdrag draagt daartoe bij. Binnenkort komt daarbij de versterking van het toezicht op een juiste naleving van de aanbestedingsregels door de Nederlandse rijksoverheid. Dit alles zal er toe leiden dat de Europese component bij het gemeentelijke beleid aan betekenis moet winnen.

In dit in twee delen vorm gegeven artikel worden deze recente ontwikkelingen beschreven en geanalyseerd. Daarbij besteden wij ook aandacht aan het Commissiebeleid over publiek private samenwerkingsvormen. Het blijkt dat de Europese regelgeving sterk gericht is op betere marktwerking en ten koste gaat van het beleid van lokale en regionale overheden. De eventueel te behalen efficiencyvoordelen door een meer marktgericht beleid worden beperkt door extra bureaucratielasten, vermindering van de handelingsvrijheid en inefficiënties waar het gaat om samenwerking binnen de publieke sector.

## Staatssteunregels en diensten van algemeen belang<sup>2</sup>.

De Europese Commissie is ondermeer verantwoordelijk voor het goedkeuren van staatssteun die in Europese lidstaten aan bedrijven en instellingen wordt verstrekt. Volgens artikel 87 van het EG-verdrag vormt steun in welke vorm dan ook aan een onderneming staatssteun indien die steun:

- een voordeel oplevert voor de onderneming
- met staatsmiddelen wordt bekostigd
- alleen ten gunste komt van de onderneming
- de mededinging verstoort en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

Het verdrag kent afwijkingen van het verbod op staatssteun ingeval de steunregeling een gunstige uitwerking heeft op de EU als geheel. Staatssteun kan indien deze voldoet aan helder omschreven doelstellingen van gemeenschappelijk belang en aan een aantal voorwaarden is voldaan ook met het Verdrag verenigbaar worden verklaard. De Commissie bepaalt, meestal via mededelingen, kaderegelingen en richtsnoeren welk type steunmaatregelen die aan bepaalde voorwaarden voldoen buiten de werkingsfeer van artikel 87 vallen. Daarnaast zijn er vrijstellingen inclusief enkele groepsvrijstellingen.

Het communautaire toezicht op staatssteun heeft als achtergrond de noodzaak een gelijk speelveld te scheppen en in stand in te houden voor alle ondernemingen die op de Europese interne markt actief zijn. In de afgelopen decennia was de aandacht bij het mededingingsbeleid van de Europese Commissie vooral gericht op grote bedrijven die dankzij concurrentievervalsende steun van de overheid actief konden zijn of blijven. De laatste jaren is de aandacht daarnaast uitgegaan naar het handelen in allerlei vormen van de overheden zelf op terreinen die traditioneel tot het overheidsdomein behoren en waarbij van onterechte staatssteun sprake kan zijn. Daarbij is er in de praktijk geen onderscheid tussen nationale overheden en regionale of lokale overheidslichamen zoals de gemeenten.

Deze ontwikkeling is niet uit de lucht komen vallen. De grotere marktoriëntatie van de gemeenten is veroorzaakt door bewuste impulsen van de nationale overheden en door het streven efficiënter met de

<sup>1</sup> Opgenomen in B&G 33<sup>e</sup> jaargang nr 3 en nr 4 (april/mei 2006).

<sup>2</sup> Diensten van algemeen belang zijn niet gedefinieerd in de Verdragsteksten. Van belang is artikel 86, lid 2 EG dat stelt: "De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap". De diensten van algemeen belang verschillen sterk van karakter en betreffen een breed scala van activiteiten: van de grote netwerkindustrieën (energie, postdiensten, vervoer en telecommunicatie) tot gezondheid, onderwijs en sociale diensten. De diensten kunnen lokaal van aard zijn maar ook supranationaal. Sommigen zijn marktgericht en andere weer niet-marktgericht van aard. De organisatie van deze diensten varieert naar gelang van de culturele tradities, de geschiedenis en de geografische omstandigheden van iedere lidstaat en naar gelang van de kenmerken van de betrokken activiteit, met name de technologische ontwikkeling.

beschikbare budgettaire middelen om te gaan. De impulsen ontstonden in de periode van de aanloop naar de Euro en de jaren daarna. Afgezien van politiek-maatschappelijke overwegingen en economische inzichten was daarvan de belangrijkste oorzaak de communautaire budgettaire afspraken betreffende de ontwikkeling van de staatsschuld en financieringstekorten. Wat betreft het streven naar grotere efficiency speelden twee nieuwe inzichten een belangrijke rol:

- (a) gebleken was dat overheidsactiviteiten niet altijd het eigendom van onroerend goed en andere activa vereisen; vaak gaat het om het verlenen van diensten;
- (b) allerlei publieke taken kunnen op contractbasis tegen een vergoeding ook door de private sector worden verzorgd.

Gemeenten hebben traditioneel als uitgangspunt het verstrekken van publieke diensten van een kwalitatief hoge waarde. Concurrentie met het op rendement georiënteerde het bedrijfsleven is daarbij vaak niet beoogd. Wel is een grotere neiging ontstaan om wat commerciëler op te treden en met de verkregen opbrengsten verlieslatende activiteiten te subsidiëren. Factoren die daarvoor verantwoordelijk waren zijn krappe budgetten, het streven naar grotere efficiency, de toegenomen accountability en de mogelijkheid om op sommige markten profijtelijk diensten af te kunnen zetten. Deze factoren hebben daarnaast geleid tot privatisering, uitbesteding van activiteiten inclusief het eerder genoemde inbesteden en publiek private samenwerking. Dit heeft vooral plaats gevonden bij diensten van algemeen economisch belang. Dit betreft in het bijzonder het aanbod, transport en distributie van energie, post, telecommunicatie, de drinkwatervoorziening, de verwerking van afvalwater respectievelijk het huisvuil en het vervoer. Maar ook de traditionele taken als onderwijs, gezondheidszorg en sociale huisvesting zijn wel geprivatiseerd. Schoonmaken en vervoer werden daarbij nogal eens uitbesteed, vaak in de vorm van concessies. Deze ontwikkelingen hebben zich in de gehele publieke sector voorgedaan.

Zowel het op de markt actief worden van de publieke sector als het openen van nieuwe markten door het commercieel uitbesteden van traditioneel publieke taken veroorzaakten op sommige terreinen een intensieve concurrentie met de private sector. Niet verwonderlijk is dat het bedrijfsleven zich de afgelopen jaren steeds vaker beklaagde bij de Europese Commissie. Overheden leverden goederen en diensten die de private sector altijd al voor haar rekening nam. Die overheden deden dat nu tegen niet marktconforme voorwaarden.

De Commissie attendeerde meer nationale overheden op onjuiste praktijken en legde overtredingen voor aan het Europese Hof van Justitie.

Richtinggevend of de financiering door een overheid van derden voor verleende diensten moet worden beschouwd als staatssteun en daarmee verboden, is de laatste jaren sterk bepaald door de jurisprudentie van het Hof. In het bijzonder het Altmarkarrest<sup>3</sup> werd het richtsnoer. Uit dit arrest blijkt dat de uitvoerders van diensten van algemeen economisch belang zoals gemeenten en gemeentelijke diensten en bedrijven ondernemingen zijn en daarom onderworpen zijn aan de Europese mededingingsregels. Bovendien heeft het Hof bepaald dat financiering ter compensatie van openbare dienstverplichtingen geen ongerechtvaardigde staatssteun is en daarmee niet behoeft te worden aangemeld bij de Commissie. Maar dan moet tegelijkertijd wel aan vier voorwaarden zijn voldaan:

- De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van verplichtingen van de openbare dienst waarbij die verplichtingen duidelijk omschreven moeten zijn.
  - De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld.
  - De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de verplichtingen van de openbare dienst, geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen.
  - Als de keuze niet is gemaakt in het kader van een openbare aanbesteding, moet het bedrag van de compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt (rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitoefening van haar verplichtingen).
- NB. Duidelijk is dat als er voor een bepaalde dienst is getenderd volgens de aanbestedingsrichtlijnen de omvang van de vergoeding voor die dienst niet meer als compensatie er discussie staat.

---

3 ECJ, C-280/00 Altmark.

Als niet aan alle voorwaarden is voldaan of als de betrokken overheid twijfelt, moet de steun worden gemeld om goedkeuring van de Commissie op basis van artikel 86 lid 2 EG te verkrijgen.

De genoemde criteria zijn sindsdien op diverse terreinen door het Hof toegepast. De Europese Commissie heeft ze tot uitgangspunt genomen bij de geheel vernieuwde regelgeving betreffende staatsteun.

Zoals aangegeven heeft de Commissie daarbij oog gekregen voor de diensten van algemeen belang<sup>4</sup>. Aanvankelijk vaardigde het richtlijnen uit voor bepaalde sectoren zoals energie (elektriciteit en gas), telecommunicatie, post, luchtvervoer, zeetransport en openbaar vervoer. Die richtlijnen waren er in doorsnee op gericht te liberaliseren onder gelijktijdige veiligstelling van diverse publieke doelstellingen. Later verlegde de Commissie haar aandacht van een sectorgewijze benadering naar een meer horizontale en kwam het begrip diensten van algemeen belang meer op de voorgrond.

In 2003 stelde de Europese Commissie, dat zij de markt voor diensten van algemeen economisch belang en in het bijzonder de watersector wilde openstellen voor de private sector<sup>5</sup>. Via een Groenboek en vervolgens Witboek heeft de Commissie een breed debat gevoerd over de rol van de EU bij het garanderen van kwalitatief hoogwaardige diensten van algemeen belang aan de consumenten en de bedrijven. Bovendien kwam aan bod de wijze waarop deze diensten worden georganiseerd, gefinancierd en geëvalueerd. Een en ander kreeg vervolgens een plaats in het nieuwe Actieplan Staatsteun van de Commissie.

## Recente ontwikkelingen

### *Het Communautaire actieplan*

In juni 2005 publiceerde de Commissie een consultatiedocument<sup>6</sup> met voorstellen voor een fundamentele herziening van het staatssteunbeleid voor de periode 2005-2009. De herziening dient in deze periode zijn beslag ten krijgen. De regels voor staatssteun moeten de strategie van Lissabon voor economische groei en meer en betere werkgelegenheid ondersteunen door een focus op het verbeteren van de concurrentiekracht van de Europese industrie. De nieuwe benadering zal voorts rekening moeten houden de kwesties veroorzaakt door de uitbreiding van de unie.

Staatssteun zal minder verstoring moeten zijn en meer doelgericht. Het hervormingspakket moet leiden tot meer gestroomlijnde en efficiënte administratieve procedures, betere uitvoering, voorspelbaarheid en vergrote transparantie. Bovendien moet sprake zijn van een gedeelde verantwoordelijkheid van commissie en lidstaten.

De voorstellen betreffen vermindering van de omvang van de steun in totaliteit en vergroting van de effectiviteit van de staatsteun om economische en sociale doeleinden te realiseren. De staatssteun dient vooral te worden gericht op het inspringen bij marktfalen, in het bijzonder in sectoren met een hoog groeipotentieel, en op innovatie. Vooral de regionale steun zal doelgerichter moeten zijn. De intensiteit van de regionale steunverlening moet op de diverse soorten ondernemingen worden afgestemd.

De aandacht bij het bestrijden van ongewenste staatsteun dient uit te gaan naar de meest bezwaarlijke vormen van staatssteun. Meer categorieën van staatssteun zullen vrijstelling van de notificatieplicht verkrijgen. Daarbij denkt de Commissie aan een verordening voor een algemene groepsvrijstelling.

Afgezien van de integratie van de generieke vrijstellingen ten behoeve van kleine en middelgrote ondernemingen, O&O, milieubescherming en werkgelegenheid en opleiding gaat het dan om nieuwe categorieën van steun zoals regionale steun, milieusteun en reddingssteun. Zo kunnen de problemen van cumulatie van diverse vormen van steun worden aangepakt. Echter aparte aandacht voor steunmaatregelen in verband met stedelijke herstructurering is er niet. Verder overweegt de Commissie om vrijstelling te gaan verlenen voor steun ten behoeve van cultuur, de instandhouding

<sup>4</sup> Binnen de diensten van algemeen belang worden zoals uit de stukken van de Commissie kan worden afgeleid verschillende categorieën onderscheiden. Allereerst zijn er de diensten van algemeen *economisch* belang<sup>4</sup>. Dit betreft allereerst grote netwerkbedrijven waarvoor sectorspecifieke regelgeving op gemeenschapsniveau gelden en waarbij bovendien de regels van de interne markt respectievelijk regels over staatsteun van toepassing zijn. Daarnaast zijn er de overige diensten van algemeen economisch belang. Bepaalde zorgdiensten worden daartoe gerekend. Hiervoor bestaat géén sectorspecifiek raamwerk. Wel zijn hier de regels van de interne markt en de regels over staatssteun van toepassing. Daartoe behoort de verplichting van een gescheiden boekhouding uit hoofde van de transparantierichtlijn. Tenslotte zijn er de diensten van *algemeen belang die niet economisch van aard zijn* (zoals politie en justitie en sociale zekerheid) en diensten waarvoor geldt dat er *geen invloed is op de onderlinge handel* tussen de lidstaten. Hier is weer een sectorspecifiek raamwerk van regelgeving. Bij niet economische activiteiten is geen sprake van ondernemingsactiviteit. In dat geval lijkt het communautaire mededingingsrecht niet van toepassing te zijn. Wel gelden hier de Verdragsregels.

<sup>5</sup> European Commission, Internal Market strategy priorities 2003-2006 Communication from the Commission, May 2003.

<sup>6</sup> ACTIEPLAN STAATSSTEUN. Minder en beter gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009), COM(2005) 107 final - SEC(2005) 795.

van het culturele erfgoed en filmproductie. Tenslotte kan volgens de voorstellen het plafond voor de de-minimissteun worden verhoogd.

De Commissie wil indien relevant de economische analyse van de staatssteun wil versterken. De analyse moet daarbij zijn gebaseerd zijn op de te bereiken effecten. De Commissie wil haar analysemethodieken gebruikt op het terrein van de beheersing van fusies en concurrentiebevoordering ook bij staatsteun toepassen. Box 1. geeft de hoofdlijn van die economische analyse weer. Daarnaast zijn voorstellen gedaan om het systeem te herzien. Zo is het de bedoeling via richtlijnen de toepassing van regels voor staatsteun wat betreft diensten van algemeen economisch belang te verduidelijken en deze richtlijnen flexibel toe te passen.

De Commissie heeft als invalshoek bij het beleid over lagere staatssteun als doelstellingen vermindering van concurrentievervalsing, betere marktwerking en voorkoming van improductieve subsidieoorlogen tussen lidstaten. Verder wil het een vermindering van de omvang van de staatssteun door een beter gebruik van alternatieve instrumenten zoals algemene en regelende maatregelen die de concurrentie minder verstoren. Daartoe behoort ondermeer het instrument van de verplichte openbare aanbesteding door overheden. Het raamwerk voor de openbare aanbestedingen wordt de facto gebruikt om meer concurrentie in de publieke sector te realiseren bij het verlenen van diensten van algemeen belang. Daarnaast is het een vehikel voor het Europese hof en de Commissie om de regelgeving over staatssteun te versterken.

Staatsteun kan, aldus de Commissie, gerechtvaardigd zijn indien sprake is van marktfalen. Niet verwonderlijk is, zoals uit Box 1 blijkt, het leidende criterium bij de economische benadering voor de beheersing van staatssteun het criterium van marktfalen<sup>7</sup> en daarmee impliciet het belang van consumenten als marktpartij. De nagestreefde verlaging van de omvang van de staatssteun betekent daarnaast dat de Commissie bovendien voorrang geeft aan de belangen van belastingbetalers. Aspecten als sociale cohesie, cultuur, milieu, onderwijs en andere niet of niet goed op geld waardeerbare aspecten komen niet aan bod. Daarnaast lijkt er weinig ruimte te zijn voor overwegingen zoals sociale, maatschappelijke en territoriale cohesie.

#### **BOX 1. De economische benadering voor de beheersing van staatssteun**

*Staatsteun moet leiden tot een positieve balans tussen:*

- (a) *Aanwezigheid van marktfalen of sociaal probleem (is er een probleem?)  
Noodzakelijk maar niet voldoende voorwaarde  
Definiëringen beoordeling van marktfalen of sociale doelstelling*
- (b) *Aanpak van marktfalen of sociaal probleem (lost steun het probleem op?)  
Falend regelgeving:  
Informatieproblemen  
Selectie van winnaars/lobbyen/winstafroming  
Problemen wat betreft (aangevane) verplichtingen  
Geschikt (beter instrumenten?)  
Stimulerend effect (windfall profits)  
Proportionaliteit (noodzaak)*
- (c) *Verstoring concurrentie, effecten op de handel.  
Concurrentievervalsingen en effecten op de handel moeten beperkt zijn zodat  
geen strijdigheid ontstaat met het communautaire belang.*  
  
*Verminderde effectieve concurrentie door:  
Steun inefficiënte productie  
Verstoring dynamische stimulantia  
Versterking marktpositie en uitsluiting  
Verstoring productie en vestigingsvoorwaarden tussen lidstaten*  
  
*Criteria voor verstoringen:  
Procedurele aspecten  
Marktenmerken  
Omvang en type steun*

*Bron: Lars-Hendrik Roeller (Europese Commissie), Beesley Lecture 8 november 2005*

<sup>7</sup> Dit begrip is niet gebaseerd op het EG-verdrag. Ook een heldere definitie in de commissiedocumenten ontbreekt.

De Commissie wil vermindering van de omvang van de staatssteun en daarnaast een andere aanwending. Zo zou de staatssteun verstrekt aan innovatieve starters en kleine en middelgrote ondernemingen in de sfeer van onderzoek en ontwikkeling respectievelijk innovatie stimuleren en extra flexibiliteit voor risicokapitaal moeten worden bevorderd<sup>8</sup>.

Deze nieuwe koers heeft vermoedelijk geen gevolgen voor de omvang van de door decentrale overheden verstrekte staatssteun. Immers tot dusverre wordt deze soort staatssteun nauwelijks in de statistieken van de Europese Commissie meegerekend. De Commissie kan hooguit rekening houden met de omvang van de genotificeerde steun en de in het kader van Communautaire cofinanciering verstrekte steun. Andere steun begrepen in de uitgaven van de decentrale overheden is niet herleidbaar.

De Commissie acht weliswaar het aanbieden van diensten van algemeen economisch belang een van de belangrijkste onderdelen van de Europese welvaartstaat, maar het wil een betere marktwerking bij deze diensten. De Commissie wil daarbij vermijden, dat de voor deze diensten toegekende compensaties resulteren in overcompensatie.

Hier ligt een geweldig spanningsveld. De lidstaten beschikken over een ruime vrijheid om te beslissen of en hoe zij het verrichten van dergelijke diensten financieren. Cruciaal is dat diensten van algemeen belang (zowel de economische als niet economische) vaak onder de verantwoordelijkheid vallen van gemeenten en andere overheden. Deze diensten versterken de samenhang op lokaal niveau, zowel in sociaal als regionaal opzicht. Hulp aan sociaal zwakkeren is op dat niveau doorgaans belangrijk. Solidariteit en sociale doelstellingen zijn vaak uitgangspunt. Winstmotieven en marktoriëntatie zijn hierbij meestal van ondergeschikt belang.

Vanuit het in het EG-verdrag vastgelegde Europese subsidiariteitsbeginsel zou de Europese Commissie alleen marginaal moeten toetsten op het overtreden van de concurrentieregels. De vraag is echter welke de prioriteit is bij conflicten tussen het vervullen van taken van algemeen economisch belang en concurrentie (ergo tussen de artikelen 86 lid 2 en art 16 van het EG-verdrag), of anders gesteld welk betekenis het subsidiariteitsbeginsel in de praktijk heeft. Uit de nieuwe regelgeving lijkt te kunnen worden afgeleid dat de randvoorwaarden gesteld door het Commissiestreven naar meer marktwerking de lokale autonomie sterk kunnen inperken.

### *Nieuwe regelgeving*

De in het Actieplan aangekondigde nieuwe regelgeving heeft inmiddels al voor een deel haar beslag gekregen in de nieuwe Communautaire kaderregeling betreffende staatsteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst<sup>9</sup> en transparantierichtlijn<sup>10</sup> en een vrijstellingsbeschikking<sup>11</sup>.

Het pakket beoogt meer juridische zekerheid te geven betreffende de financiering van diensten van algemeen economisch belang. Ondernemingen kunnen als gevolg van dit pakket rekenen op overheidssteun ter vergoeding om alle gemaakte kosten inclusief een redelijke winst als zij als zodanig gedefinieerde publieke taken uitvoeren. Tegelijkertijd zou er geen sprake zijn van overcompensatie die de concurrentie verstoort.

De kaderregeling bevat richtsnoeren die vermelden onder welke voorwaarden compensaties voor diensten van algemeen belang staatssteun vormen die met het Verdrag verenigbaar zijn. Deze moeten wel vooraf worden aangemeld. Indien kan worden aangetoond dat aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan kan de Commissie steun verenigbaar achten met artikel 86, tweede lid van het EG-verdrag.

In de beschikking verleent de Commissie voor beperkte compensaties ontheffing van de verplichting tot aanmelding<sup>12</sup>. Ook gelden er bijzondere voorwaarden voor ziekenhuizen en woningcorporaties.

<sup>8</sup> Zie Commissiemededeeling betreffende staatsteun voor innovatie. Com(2005)XXX.

<sup>9</sup> PB C297/4.

<sup>10</sup> Richtlijn 2005/81/EG van de Commissie. PB EG 2005, L 312/47.

<sup>11</sup> Beschikking van de Commissie van 28 november 2005, PB EG, L 312/67.

<sup>12</sup> Aan de aanmeldingsplicht van compensatie behoeft aldus de op artikel 86, lid 3 gebaseerde beschikking niet te worden voldaan als

- de compensatie voor diensten van algemeen economisch belang zoals thuiszorg, lokale kinderopvang en lokale radiozenders waarvoor de subsidie minder is dan € 30 miljoen per jaar terwijl de jaarlijkse omzet gedurende de twee voorafgaande boekjaren minder is dan € 100 miljoen.
- de compensatie wordt verstrekt aan ziekenhuizen en woningcorporaties; de activiteiten moeten wel als een dienst van algemeen economisch belang zijn gekwalificeerd door de betrokken lidstaat.
- De compensatie wordt verstrekt voor vlieg- en zeeverbindingen met eilanden waarbij de het jaarlijkse luchtverkeer gedurende de twee voorafgaande boekjaren niet groter was dan 300.000 (zeehavens) en 1 miljoen passagiers (luchthavens).
- De compensatie wordt verstrekt aan kredietinstellingen met een omzet van minder dan € 100 miljoen per jaar, terwijl het balanstotaal minder bedraagt dan € 800 miljoen.

De wijziging van de transparantierichtlijn spooft met de recente jurisprudentie, maar vormt een nieuwe belemmering ter voorkoming van een verkeerde verstrekking van staatsteun ex artikelen 85 en 86 EG. Ondernemingen en instellingen worden verplicht tot het voeren van een gescheiden boekhouding als zij naast het verrichten van diensten van algemeen economisch belang, waarvoor zij compensaties ontvangen andere economische activiteiten ontplooiën. Deze verplichting beoogt concurrentievervalsing door kruislingse subsidiëring tegen te gaan. Deze verplichting geldt voor alle instellingen die actief zijn op zowel de markt voor de overheid als de commerciële markt, ongeacht of zij staatssteun in overeenstemming met de criteria van Altmark ontvangen of niet. Via de gescheiden boekhouding kan de afwezigheid van overcompensatie worden gecontroleerd. Dit betekent bijvoorbeeld dat niet alleen woningcorporaties maar ook zorginstellingen die in een of andere vorm staatsteun (van de zijde van rijk of gemeente) ontvangen naast vergoedingen van commerciële instellingen aparte boekhoudingen moeten aanhouden. Dezelfde boekhoudkundige verplichting geldt voor de diensten die beneden de drempel voor aanmelding vallen!

### **Gevolgen voor de lokale overheid**

Hoewel de Europese Gemeenschap zich nog bezint op een fundamentele herziening van het regiem van staatsteun werpen de recente jurisprudentie en de eerste beleidsmaatregelen sinds de aankondiging van de herziening hun schaduwen vooruit. Nu al lijkt te kunnen worden afgeleid dat:

- de Europese Commissie staatssteun wil beperken maar wel ten koste van extra bureaucratie. Allerlei instellingen en bedrijven die activiteiten uitvoeren en daarvoor een vergoeding van gemeente ontvangen en daarnaast commercieel actief zijn moeten een gescheiden boekhouding gaan voeren. Dat moet bovendien worden gecontroleerd door accountants en eventuele nationale toezichtinstanties. Overheden zullen ter voorkoming van procedures betreffende onterechte staatsteun daarnaast moeten aangeven welke activiteiten zij taken van publiek belang acht, in het bijzonder als die taken bij derden onderbrengt. Naast mandatering van de publieke dienst zal bij grotere projecten die door marktpartijen worden uitgevoerd zekerheid moeten worden gegeven dat geen overcompensatie plaats vindt. Indien de omvang van de dienstverlening de drempels overschrijdt moet hoe dan ook aanmelding bij de Europese Commissie plaatsvinden.
- De eis van boekhoudkundige transparantie betekent voor de gemeenten een aanzienlijke toeneming van de uitgaven en vermindering van de gemeentelijke actieradius. Marktpartijen zullen immers de door hen te maken kosten in rekening willen brengen bij de publieke opdrachtgevers. Daarmee verslechtert de gemeentelijke concurrentiepositie ten opzichte van marktpartijen. Een elementaire vraag is of die concurrentie van private zijde er wel altijd in voldoende mate is. Is dat niet het geval dan is het resultaat een hoger kostenniveau bij de publieke sector en een versterking van de marktpositie van de betrokken private partijen met hogere uitgaven en minder keuzemogelijkheden voor de consumenten als gevolg. Overigens moeten overheden kosten maken om te controleren dat geen overcompensatie plaatsvindt en regelmatig rapporteren aan de Europese Commissie.
- Het door derden laten uitvoeren van diensten van algemeen belang kan vooral in sociaal-economisch achtergebleven gebieden een probleem worden. In die gebieden zijn belangrijke investeringen nodig om essentiële diensten te kunnen bieden ondanks de lage winstgevendheid ervan. De kans op onterechte staatssteun, gemeten volgens de huidige door de Commissie gehanteerde economische criteria, is dan groot. Het gevolg kan zijn dat in die gebieden de gemeenten zelf actief (moeten) blijven en dat de gemeentelijke begrotingen relatief zwaar worden aangeslagen.

De mate waarin de hier genoemde nadelen zullen optreden is nog niet duidelijk. Veel zal afhangen van de specifieke invulling door de Europese Commissie van de groepsvrijstelling en van de bedragen die voor de de-minimisregeling zullen gaan gelden. Dan nog moet rekening worden gehouden met de zich ontwikkelende opvattingen van het Europese Hof van Justitie. Deze kan traditioneel door gemeenten aangeboden diensten in ruime mate bestempelen als diensten van algemeen economisch belang.

### **Gemeenten in de Europese klem (deel2)**

Gemeenten en andere decentrale overheden moeten bij hun beleid meer en meer rekening houden met de Europese staatssteunregels, de regels van het -verdrag en met de Europese

aanbestedingsregels. De Europese Commissie veroorzaakt dit via uitbreiding van de reikwijdte van de regelgeving vooral naar de publieke sector en via haar beleid van ingebrekestelling. Maar het komt ook door de specifieke interpretatie door het Europese Hof van Justitie van de regels van het EG-verdrag. Binnenkort komt daarbij de versterking van het toezicht op een juiste naleving van de aanbestedingsregels door de Nederlandse rijksoverheid. Dit alles zal er toe leiden dat de Europese component bij het gemeentelijke beleid aan betekenis moet winnen.

In dit in twee delen vorm gegeven artikel worden deze recente ontwikkelingen beschreven en geanalyseerd. Daarbij besteden wij aandacht aan het Commissiebeleid aangaande publiek-private samenwerkingsvormen. Het blijkt dat de Europese regelgeving sterk gericht is op betere marktwerking en ten koste gaat van het beleid van lokale en regionale overheden. De eventueel te behalen efficiencyvoordelen door een meer marktgericht beleid worden beperkt door extra bureaucratielasten, vermindering van de handelingsvrijheid en inefficiënties waar het gaat om samenwerking binnen de publieke sector.

In dit tweede deel gaan wij in het bijzonder in op de problematiek van de aanbestedingen en publiek-private samenwerking.

### **Aanbestedingsrichtlijnen: de overheid en ondernemingen**

De Europese aanbestedingsregelgeving is er op gericht 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 geven 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 dan bijgedragen aan een meer concurrerend Europa en een hogere economische groei.

Het Europese wetgevende kader wat betreft aanbestedingen is tegenwoordig te vinden in de richtlijnen 2004/18/EG wat betreft 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 telecommunicatiesector 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 eveneens 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 respectievelijk 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<sup>13</sup>. Het gaat er daarbij niet om wat wordt aanbesteed als wel om hoe dat gebeurt. Bij het aanbesteden kunnen tegenwoordig ook sociale, werkgelegenheids- en milieucriteria worden gebruikt naast financiële.

De raamwet EEG - voorschriften aanbestedingen maakt dat de lokale en andere overheden de richtlijnen moeten toepassen. Wel is men bij opdrachten voor werken vrij 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 respectievelijk 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 dus ook laten verrichten door

<sup>13</sup> 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 bij selectie- en guningscriteria;
- nieuwe mogelijkheden zoals raamovereenkomsten, aankoopcentrales en concurrentiegericht 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.

een eigen dochter (het “inbesteden”<sup>14</sup>) of deze samen met andere overheden uitvoeren. Maar 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 behoorlijk ingeperkt, zowel wat betreft de inschakeling van private partijen 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 eveneens sprake is van een aanbesteding. Uitspraken van het Europese Hof leidden 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<sup>15</sup>. 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 bleek<sup>16</sup> dat deze verplichting daarnaast 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 aangegeven<sup>17</sup> dat zij geen voorstander is 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<sup>18</sup>.

Tenslotte, het is waarschijnlijk als gevolg van een recente uitspraak van het Hof<sup>19</sup> 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 genomen. Het 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.

---

<sup>14</sup> Opvallend is dat wat inbesteden (of in-house activiteiten) niet geregeld is in de richtlijnen.

<sup>15</sup> 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 een contract afsluit met een onderneming waarover het de controle heeft soortgelijk aan de eigen interne diensten. Maar naast deze voorwaarde zou 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 niet 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.

<sup>16</sup> 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 was in hoge mate onafhankelijk geworden ten opzichte van de gemeente. 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 de gemeente het beheer nauwelijks controleert.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Het Europese Hof van Justitie of Gerecht van eerste aanleg leggen per individuele situatie en aan de hand van de concrete omstandigheden en context de begrippen “economische activiteit” en “onderneming” uit.

De rol van de overheid kan daarbij zowel in de tijd als per lidstaat verschillen. Op 10 november 2005 gaf de Advocaat Generaal zijn visie af betreffende de bij het Europese Hof aangespannen procedure betreffende FENIN C-205/03 P. Naar zijn oordeel moest eerst duidelijk 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 zijn. Op grond hiervan is te bepalen of de Spaanse overheid bij de voorziening van gezondheidszorg aan de regelgeving op het gebied van concurrentie moet voldoen. Als het Hof deze opvatting overneemt kunnen overheidsdiensten actief op (semi) commercieel gebied ook voor verplichte openbare aanbesteding in aanmerking komen.

<sup>19</sup> Zie ECJ, C-29/04 (Mödling).

## **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 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 hof<sup>20</sup> 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. Evenmin lijkt de verlening van een concessie aan een gemeentelijk samenwerkingsverband nog mogelijk zonder het in de concurrentie betrekken van de private partijen. Onlangs is het Europese Hof nog verder gegaan: doorslaggevend is het kunnen (!) vervreemden van de aandelen (naar de publiek sector) in een samenwerkingsverband was voor het Europese hof doorslaggevend<sup>21</sup>.

Daarnaast is komen vast te staan<sup>22</sup> dat, hoewel een openbare aanbesteding bij een concessie van diensten niet is vereist omdat de betrokken activiteit buiten de werkingssfeer van de richtlijnen valt (bijvoorbeeld 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 transparantieplichting in de zin dat elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd. Dit houdt een advertentieplichting in zodanig dat concurrentie op de dienstenmarkt mogelijk is en de onpartijdigheid van de aanschafprocedures kan worden gezien. Onderhandse aanbesteding van overheidsopdrachten lijkt dus uit den boze te zijn. Ook bij concessies 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 aangaande 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 te zijn voor nieuwe ondernemingen en het midden- en kleinbedrijf. 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 aanzienlijk verscherpt. Accountants moeten bij hun controles de gemeentelijke naleving van aanbestedingregels betrekken. Zij zullen dat bovendien 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 beoordeeld moeten

<sup>20</sup> Zie ECJ, C-126/03 Commissie tegenover Duitsland inzake subcontract München. Ten onrechte had München zonder openbare aanbesteding met een private partij een contract afgesloten om samen deel te nemen aan een tender van een regionale overheid.

<sup>21</sup> Zie, ECJ C-231/03) Coname tegenover Comune di Cingia de' Botti.

<sup>22</sup> Zie ECJ, C-231/03) en ECJ, C-324/98 Telaustria.

kunnen worden. Dit geldt ook voor de besluiten die vooraf gaan aan de uitnodiging voor het doen van offertes.

### **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 aanbestedingsplichtig.
- Verzelfstandiging van gemeentelijke diensten en in zelfstandige rechtspersonen met het doel daarmee efficiencyvoordelen te realiseren is nog maar beperkt aantrekkelijk. Immers bij contractueel overeen te komen vergoedingen in ruil voor de dienstverlening zal een gemeente vaak tegelijkertijd verplicht zijn tot openbare aanbesteding onder private partijen betreffende de te leveren diensten.
- Overheden moeten voortaan kiezen tussen hetzij zelf uitvoeren van sociale niet marktgeoriënteerde publieke diensten en het uitbesteden daarvan. Dit laatste heeft 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 daarnaast commercieel actief is. 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.
- Ondermijning van de effectiviteit en levensvatbaarheid van bestaande gemeentelijke samenwerkingsverbanden indien de toetreding van nieuwe gemeenten wordt bemoeilijkt.
- Publiek-publieke samenwerking wordt geremd voor zover het gaat om gemeentelijke concessies van diensten waarbij financiële vergoedingen in het geding zijn. Onduidelijk blijft daarbij hoe het Europese Hof van Justitie een overheidsorganisatie met deelneming van meerdere overheidsorganisaties beoordeelt. 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. Dit 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. Ook dit legt een beslag op de middelen.

### **Publiek private samenwerking**

Publiek private samenwerking wordt nogal eens gezien als een oplossing voor uiteenlopende 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. De risico's kunnen via een gerichte aanpak van risicodeling en -beheersing worden beperkt. Deze projecten kunnen bovendien na de aanbesteding sneller worden gerealiseerd. Daarbij kan innovatie van belang zijn.

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 daarnaast ontwikkeld ten einde 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. Anderen hebben moeite met het verlies aan overheidsinvloed. Ten slotte zijn er die twifelen aan de voordelen. Veel voordelen spelen in hun ogen 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 er belangrijke overwegingen om zelf de verantwoordelijkheid als overheid te willen blijven dragen. Die niet direct op geld waardeerbare overwegingen betreffen 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, de bescherming van het milieu en niet te vergeten de publieke veiligheid

Ook vakbonden zijn soms 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 aanbesteding<sup>23</sup> 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.

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.

PPSvormen 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. Ditzelfde geldt 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 richtlijn<sup>24</sup>) vallen, toch als randvoorwaarden hebben voldaan moet worden aan de grondbeginselen van het EG-verdrag. Het gaat in het bijzonder om de beginselen van transparantie, gelijke behandeling, proportionaliteit en wederzijdse erkenning<sup>25</sup>. Op grond van de jurisprudentie van het Europese Hof vraagt de Europese Commissie bij intenties tot het aangaan van concessieovereenkomsten om een passende mate van openbaarheid en concurrentie.

Een complicatie bij de uiteenlopende behandeling van concessies en andere vormen van publieke samenwerking wat betreft de aanbestedingsverplichtingen is, dat de categorisering van de diverse 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 uiteenlopende begrippen kan omvatten, diverse 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 een bijdrage aan de oplossing van

---

<sup>23</sup> 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 van 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.

<sup>24</sup> Richtlijn 93/38/EG met voorwaarden als voorgeschreven adverteren, uitnodiging om te concurreren in het mededelingenblad van de EG, tijdslieden, strikte procedures etc.

<sup>14</sup> ECJ C-324/98 Telaustria versus GmbH v. Telekom Austria AG.

de problemen van de financiering van de publieke sector<sup>26</sup>. 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 Groenboek<sup>27</sup> bezien of nieuwe regelgeving betreffende concessies nodig is<sup>28</sup>. Daarnaast wil het de termen betreffende concessies en het verlenen daarvan verhelderen. Datzelfde geldt 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. De Commissie meent dat de mededeling behulpzaam kan 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 kritisch gereageerd op het in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen ontwikkelde nieuwe instrument, de procedure van de concurrerende dialoog.

De Commissie meende 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 diverse oplossingen met de gegadigden van de shortlist kan bespreken. Dit onder erkenning van de vertrouwelijkheid van de ideeën van elke aanbieder. De finale aanbiedingen zouden dan gebaseerd kunnen zijn op de door bidders aangedragen specifieke oplossingen. Het zou een overheid het voordeel van beter maatwerk bieden. Er blijken echter veel nadelen<sup>29</sup> die maken dat een aantal private partijen weinig op heeft met dit nieuwe instrument.

Het ontbreken van richtlijnen geeft enerzijds flexibiliteit maar anderzijds 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 risico 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 publiekprivate samenwerking wordt gegoten maakt dat sprake is van niet beoogde resultaten:

---

<sup>26</sup>Zie bijvoorbeeld de toespraak van Europees Commissaris McCreevy "Public-Private Partnerships – Options to ensure effective competition" Copenhagen, 17 november 2005.

<sup>27</sup>Zie Groenboek COM(2004) 27 final.

<sup>28</sup>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.

<sup>29</sup>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 blijkende 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.

- 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 staatsteunbeleid 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 beperkter is. Gelet op de
- 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 wil omgaan 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. Verder zien externe financiers hun risico's toenemen, in het bijzonder bij de financiering van investeringen. Hogere rentevergoedingen of zelfs non-financierbaarheid kan het gevolg zijn.
- Lokale overheden zullen vooral terughoudend kunnen worden in innovatieve PPPs met rechtspersonen met een gemengd aandelenvermogen te stappen. Men zal de oprichting van ondernemingen die vervolgens niet in overeenstemming met het Europese recht blijken te zijn willen 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 vermindert dus aanzienlijk. 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 die werken 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.

### Tot slot

Het voorgaande maakt duidelijk 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 tornen de Europese instellingen - vanwege het doel van betere marktwerking- 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 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 en budgettaire belasting vormt voor lokale overheden. Bovendien maakt de huidige communautaire benadering aanpassingen in de organisatie en in de informatiestromen nodig.

Drs. A.P.Ranner  
(directeur Sovereign BV, financial consultancy)

Den Haag, 22 maart 2006