
KRONIEKEN / CHRONIQUES

De interpretatieve mededeling in ontwerp 1999/C 94/04 (Publicatieblad E.G., 7 april 1999): een eerste aanzet voor een nieuw wettelijk kader inzake publieke private samenwerking

Peter FLAMEY en Kris WAUTERS

Advocaten

1. Inleiding

Er is een toename van de deelname van de particuliere sector in de financiering van openbare investeringen om technische en financiële redenen. De Commissie ervaart dit als een positief fenomeen, maar dit dient te gebeuren met inachtneming van het communautair recht.

De samenwerking publiek-privé gebeurt meestal via een concessieovereenkomst. De Commissie wil echter nagaan welk rechtssysteem van toepassing is op concessies en soortgelijke publiek-private samenwerkingsvormen.

2. Definities

Een concessieovereenkomst voor werken is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.

De concessiehouder neemt het bouwrisico en het beheersrisico.

Als gevolg van de uitbreiding van het begrip 'overheidsopdracht voor de uitvoering van werken' (zie de definitie: "met welke middelen dan ook") valt elk contract onder deze opdracht, zolang de kosten in hun geheel worden betaald door de aanbestedende overheid en de andere contractspartij *geen enkel exploitatierisico* loopt.

Een concessieovereenkomst voor werken onder-

scheidt zich van een andere dienstverrichting doordat bij een concessieovereenkomst de bouw van een werk voor rekening van de concessieverlener betreft.

Ook bij een concessieovereenkomst van diensten blijft het exploitatiecriterium essentieel. In geval de overheden een onderneming met een gemengd publiek-privaat kapitaal oprichten, blijven de communautaire voorschriften van toepassing inzake non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie, wederzijdse erkenning en proportionaliteit.

De mededeling heeft betrekking op iedere handeling van de staat, waarmee hij het gehele of gedeeltelijke *beheer van diensten* (in de zin van de artikelen 52-66 EG-verdrag) die normaal gesproken tot zijn verantwoordelijkheden behoren, aan een derde *uitbestedt* en waarvoor die *derde* het belangrijkste *exploitatierisico* loopt.

In het ontwerp wordt er aan getwijfeld of de concessieovereenkomsten, andere dan voor werken onder de Richtlijn 92/50 (diensten) valt.

3. Voorschriften

Er zijn *enkel* specifieke voorschriften wat betreft de concessieovereenkomsten voor openbare werken boven 5.000.000 ECU.

Wat de *overige* samenwerkingsvormen betreft, zijn deze onderworpen aan de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, wederzijdse erkenning en proportionaliteit. Alle relevante communautaire regels dienen in acht genomen te worden.

3.1. Algemene beginselen

3.1.1 Gelijke behandeling

Uit het gelijkheidsbeginsel volgt dat de keuze van de kandidaat dient te gebeuren op grond van objectieve criteria en dat het verloop van de procedure moet voldoen aan vooraf vastgestelde procedurevoorschriften. In elk geval moeten de kandidaten op een objectieve wijze worden gekozen.

3.1.2. Transparantie

Gelijke kansen op deelname impliceert een transparant systeem, waardoor de spelregels op voorhand gekend zijn en de naleving ervan naderhand kan geverifieerd worden. Dit veronderstelt in de eerste plaats dat het voornemen om een economische activiteit uit te besteden aan een derde dient openbaar (kenbaar) gemaakt te worden.

3.1.3. Proportionaliteit

Elke maatregel genomen door een overheid moet zowel noodzakelijk als passend zijn gezien de beoogde doelen.

3.1.4 Wederzijdse erkenning

Een Lid-Staat is verplicht goederen en diensten van ondernemingen uit andere Lid-Statens toe te laten, voor zover die op gelijkwaardige wijze beantwoorden aan de legitieme doelstellingen van de Lid-Staat van bestemming.

3.1.5. Het EG-verdrag bepaalt wel dat er beperkingen kunnen worden gesteld aan de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting.

3.2. Voorschriften concessieovereenkomsten openbare werken

Deze voorschriften zijn actueel terug te vinden in de Richtlijn 93/37/EEG en in de Richtlijn 89/665/EEG inzake de beroepsprocedures, en die enkel in de klassieke sectoren gelden.

3.3. In de *nutssectoren* zijn er geen specifieke regels voor concessies van openbare werken of voor diensten. De algemene beginselen zijn derhalve van toepassing.

4. Beknopte evaluatie

Met de interpretatieve mededeling beoogt de

Commissie vooral na te gaan welke rechtsregels in het bestaande communautaire recht van toepassing zouden kunnen zijn op publiek-private projecten.

Hiermee gaat zij echter voorbij aan de preliminaire vraagstelling nl. of het niet opportuun is om een aparte reglementering tot stand te brengen, die louter en alleen van toepassing zou zijn op de publiek-private projecten.

Wegens de uitgebreidheid van het toepassingsgebied van de verschillende richtlijnen inzake overheidsopdrachten riskeert elk P.P.S.-project immers onder toepassing te vallen van deze bepalingen. Vraag is dan of in dat geval deze regels niet te stringent geformuleerd zijn om een soepele toepassing toe te laten van P.P.S.-projecten.

Anderzijds is de interpretatieve mededeling wel nuttig, in die zin dat zij uitgebreid beschrijft op grond van welke beginselen een eventuele reglementering inzake P.P.S.-projecten zou kunnen worden uitgewerkt. Teneinde de rechtszekerheid te waarborgen, is het wellicht noodzakelijk om deze beginselen te concretiseren in een richtlijn, zodat zowel de overheid (publieke partner ; niet langer "aanbestedende overheid" ?) als de ondernemers (privépartner ; niet langer "inschrijver" ?) op voorhand precies weten waaraan zich te houden indien zij een P.P.S.-project opstarten.

De interpretatieve mededeling moet worden beschouwd als een eerste stap naar een volwaardige regelgeving inzake P.P.S.-projecten, op voorwaarde dat men ermee rekening houdt dat veel zal afhangen van de wijze waarop een P.P.S.-project wordt gedefinieerd.

Conceptuele duidelijkheid is een absolute noodzaak, op risico dat de bestaande aanbestedingsregels worden uitgehoud.

De scheidingslijn tussen deze aanbestedingsregels en een nieuw P.P.S.-regime lijkt ons te moeten getrokken worden aan de hand van een duidelijke omschrijving en toerekening van de notie "*risico*".

Er zal tevens een kader moeten geboden worden om uit het orthodoxe beslissingskader te stappen (nl. de overheid beslist over offertes van de privé), nu zowel de overheid, de ondernemerswereld als het financiële milieu reeds in een zo vroeg mogelijk stadium dienen na te denken en samen te beslissen over de omvang, het hoe, het waarom en het waar van het project. Voorwaar een hele mentaliteitswijziging.