

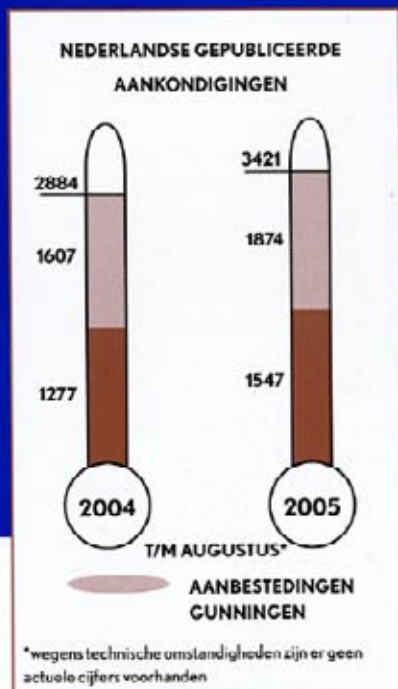
TENDER 8

N I E U W S B R I E F

IN DIT NUMMER:

1 Gemeentelijke sportaccommodaties: doe eens een concessie! 3 Integraal procesmanagement: what's in a name? 6 De Zaak Amphibia 8 GUNNINGEN IN NEDELAND GEZIEN?!

TENDER THERMOMETER



Aanbestedingsbeleid in de praktijk

Tijdens de studiemiddag 'Aanbestedingsbeleid voor overheden in de praktijk' krijgt u handvaten voor de vormgeving en uitvoering van een modern en verantwoord aanbestedingsbeleid door overheden, waterschappen en nutsbedrijven onder de nieuwe aanbestedingsregels. Thema's zijn onder andere de wijzigingen en actualiteiten in het aanbestedingsrecht en doelmatige besteding van overheidsmiddelen. Er wordt veel aandacht besteed aan ervaringen uit de (gemeente)praktijk. De studiemiddag vindt plaats op woensdag 14 december. Als locatie is gekozen voor het Deltahotel in Vlaardingen. Voor meer informatie en inschrijving kunt u terecht op www.elseviercongressen.nl.

Gemeentelijke sportaccommodaties: doe eens een concessie!

De afgelopen jaren onderzoeken steeds meer gemeenten of hun sport- of andere welzijnsaccommodaties kunnen privatiseren. Onder privatisering wordt dan veelal verstaan het laten exploiteren van een accommodatie door een marktpartij. De accommodatie zelf blijft in de meeste gevallen in eigendom van de gemeente. Voor de exploitatie ontvangt de marktpartij dan nog een bijdrage in de vorm van een subsidie met de voorwaarde dat zaken als het schoolzwemmen en het sporten in verenigingen voor de burger wordt gegarandeerd. Een privatiseringstraject gaat van start bij de eerste beleidsvoorstellen richting college van B&W en gemeenteraad. Helaas gaat het daar vaak al fout.

Meer dan eens wordt in de beleidsvoorstellen geen rekening gehouden met het Europese aanbestedingsrecht dat van toepassing is op de voorgenomen opdracht. Er wordt blind gestaard op te behalen kostenvoordelen. In dit artikel vindt u een korte uiteenzetting van de mogelijke implicaties van het aanbestedingsrecht op het gemeentelijke accommodatiebeleid waarbij aan een 'privatisering' op vier manieren invulling gegeven kan worden. In deze analyse wordt gebruikgemaakt van de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG die sinds 1 december jongstleden formele rechtskracht heeft gekregen.

Eerste optie

De eerste optie voor een 'privatiseringsoperatie' is het verkopen van de bestaande accommo-

datie, de grond en de dienstverlening aan een marktpartij. Omdat in dit geval het onroerend goed wordt verkocht, is het aanbestedingsrecht als zodanig niet van toepassing.¹ Niettemin moet rekening gehouden worden met Europese regelgeving en wel de met *Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties*.² De Europese Commissie merkt in deze mededeling op dat overheden, en dus gemeenten, bij de verkoop van grond en gebouwen, en dus sport- en welzijnsaccommodaties, in principe een openbare biedprocedure moeten volgen om het risico van staatssteun te vermijden.³ Staatssteun is verboden bij artikel 87 lid 1 van het EG-Verdrag.

Een openbare biedprocedure is in feite gelijk aan een openbare aanbestedingsprocedure.

Overigens is vanuit beleidsmatig oogpunt deze optie minder aantrekkelijk. Wanneer de accommodatie volledig is afgestoten, kan de exploitant in principe niet gedwongen worden zaken zoals schoolzwemmen toe te laten wanneer dit niet bij de verkoop van de accommodatie contractueel is bedongen. Zou de overheid dit dan later voor haar burgers willen regelen, dan zal zij, omdat zij een dienst van de markt vraagt, die dienst weer moeten aanbesteden. Naast de exploitant van de geprivatiseerde accommodatie moeten ook andere exploitanten van private accommodaties offertes kunnen indienen voor het verzorgen van bijvoorbeeld sporten in verenigingen.⁴ In feite dient dan dezelfde procedure gevolgd te worden als die gevolgd moet worden bij de tweede optie voor 'privatisering'.

Tweede optie

De tweede optie is het aantrekken door de gemeente van een marktpartij voor de niet-risicodragende exploitatie van de accommodatie. In feite sluit de gemeente dan een overeenkomst met de marktpartij waarbij de marktpartij een exploitatiedienst aanbiedt en de gemeente daarvoor een marktconforme vergoeding betaalt. De gemeente huurt als het ware personeel in om de accommodatie te 'runnen' en bijbehorende dienstverlening aan te bieden. De gemeente koopt dus alleen een dienst. Vraag is dan ook of er in dat geval wel sprake is van een privatisering, omdat feitelijk de gemeente eigenaar, beheerder en eindverantwoordelijke blijft voor de accommodatie en dienstverlening.

Niettemin valt deze vorm van opdrachtverlening onder de Europese Aanbestedingsrichtlijn.⁵ Het betreft hier een zogenaamde bijlage IIB dienst.⁶ In principe betekent dit dat de Richtlijn slechts gedeeltelijk van toepassing is. Echter, de huidige stand van het aanbestedingsrecht schrijft voor dat ondanks dat de Richtlijn slechts gedeeltelijk van toepassing is, de beginselen van het aanbestedingsrecht onverkort van toepassing zijn.⁷ De beginselen die op het selecteren van een marktpartij van toepassing zijn, zijn gelijkheid, transparantie, non-discriminatie, wederzijdse erkenning en proportionaliteit. Hoewel door de Commissie alleen 'een passende mate van openbaarmaking' wordt voorgeschreven bij dergelijke opdrachten, betekent dit praktisch gezien dat een Europese aanbestedingsprocedure, of een procedure die daarop lijkt, doorlopen moet worden. Deze principes komen ook weer terug bij de derde optie van 'privatisering' die door de meeste gemeenten wordt gekozen.

Derde optie

De derde optie bestaat uit het aantrekken van een marktpartij om deze de accommodatie te laten exploiteren, waarbij de exploitant uit de exploitatie van de accommodatie zijn kosten probeert te vergoeden en eventuele winst voor zijn rekening neemt. Dit is dus een risicodragende exploitatie. Meer dan eens wordt nog een exploitatiebijdrage door de gemeente ter beschikking gesteld om de prijzen van toegangskaartjes laag te houden en bijvoorbeeld schoolzwemmen te garanderen. De exploitatiebijdrage is dan een subsidie die de marktpartij voor een gedeelte in de kosten tegemoet ziet, zodat het algemeen belang dat de accommodatie vanuit welzijns oogpunt dient, wordt gewaarborgd.

Vaak maken gemeenten de vergissing dat op deze vorm van opdrachtverlening het aanbestedingsrecht niet van toepassing is. Niets is echter minder waar. In het aanbestedingsrecht wordt deze opdracht een concessie voor openbare diensten genoemd. Ondanks dat in de Richtlijn in artikel 17 staat dat de Richtlijn niet van toepassing is op concessies voor diensten, geldt vanuit vaste rechtspraak dat de algemene beginselen bij het selecteren van de marktpartij gewoon werking hebben.⁸ Die rechtspraak is in de nieuwe Richtlijn zijdelings gecodificeerd door de verwijzing in artikel 17 naar artikel 3 waarin overheden wordt opgedragen bij hun inkoopactiviteiten transparant te handelen.⁹ Praktisch gezien geldt dus ook hier dat beter een Europese aanbestedingsprocedure doorlopen kan worden, met dien verstande dat met de termijnen in de Richtlijn wat kan worden gespeeld. De toepassing van het aanbestedingsrecht in de vierde optie, die na de concessie voor diensten het meest voorkomt, is door de Europese wetgever wat beter uitgewerkt.

Vierde optie

De vierde optie bestaat uit het aantrekken van een marktpartij die wordt gevraagd voor eigen rekening en risico een accommodatie te ontwikkelen, te realiseren en te exploiteren (in feite is dan sprake van de zogenaamde geïntegreerde of DBFM-contracten). De marktpartij ziet dan zijn kosten vergoed uit de exploitatie en strijkt ook de eventuele winsten op. Ook hier geldt dat de gemeente een exploitatiebijdrage in de vorm van een subsidie kan verlenen voor het veiligstellen van het algemeen belang van de accommodatie. Ook bij deze optie is sprake van een concessie. De vraag is echter of sprake is van een concessie voor openbare diensten of een concessie voor openbare werken. Dit is van belang omdat, zoals is aangegeven, de concessie voor diensten niet in de Richtlijn geregeld is, maar de concessie

voor openbare werken wel.¹⁰ Of sprake is van een dienst of een werk, is alleen af te leiden uit de beleids- en besluitstukken voorafgaand aan het project. Daaruit moet namelijk blijken of de bouw van een accommodatie of de exploitatie van een accommodatie de hoofdpdracht is.¹¹ De waarde die de bouw dan wel de exploitatie hebben, is in de afgehele afweging daarbij van belang. Komt men tot de conclusie dat de dienst de boventoon voert, dan is sprake van optie drie zoals reeds besproken. Komt men tot de conclusie dat het werk de boventoon voert, dan is de Richtlijn van toepassing. De Richtlijn schrijft dan enkele vereisten voor waaraan de procedure moet voldoen. Echter, in de te kiezen procedure voor het selecteren van een marktpartij is de overheid nagenoeg vrij, zij het dat deze wel in de Richtlijn genoemd moet zijn.¹² Kortom, voor de gunning van een concessie van openbare werken kan zowel voor de openbare, de niet-openbare, de onderhandelingsprocedure als voor de concurrentiegerichte dialoog gekozen worden.

Advies

In dit artikel zijn de mogelijke 'privatiserings'-operaties van sportaccommodaties en het toepassingsbereik van het Europese aanbestedingsrecht daarop nader uitgewerkt. Wellicht ten overvloede kan nog vermeld worden, dat het niet naleven van het Europese aanbestedingsrecht marktpartijen mogelijkheden geeft gerechtelijke procedures tegen de gemeente te starten. Daarnaast is het mogelijk dat de Europese Commissie, die momenteel toch al een vrij agressief handhavingsbeleid op het gebied van aanbestedingen voert, de Nederlandse Staat aansprakelijk stelt voor het niet naleven van Europese regelgeving door haar gemeenten. Des te verstandiger om bij de 'privatiserings'-operaties al in de beginfase goed advies in te winnen over de te volgen routes en bijbehorende procedures. Liefst al bij de concepiëring van de eerste beleidsstukken.

Mr. Tim H.G. Robbe

Juridisch adviseur bij Alfa Delta Compendium
Legal Services

Noten

1. Zie deze uitzonderingsgrond in artikel 16 sub a Richtlijn 2004/18/EG (Huidig: artikel 1 sub a punt iii Richtlijn Diensten 92/50/EEG).
2. Gepubliceerd op 10 juli 1997 in Publicatieblad C 209/3.
3. Ook mogelijk is een waardebepaling door een erkende taxateur, de openbare biedprocedure verdient echter de voorkeur.

4. Saillant detail is dat ook een verzelfstandigde sportafdeling van de gemeente in concurrentie zal moeten gaan in een dergelijke procedure, wanneer niet alles goed is vastgesteld in de statuten van die verzelfstandigde entiteit.
5. Artikel 21 Richtlijn 2004/18/EG.
6. Huidig: Bijlage 1B, categorie 26, Richtlijn Diensten 92/50/EEG.
7. Op het moment van schrijven is door de Europese Commissie de Ierse zaak 'AnPost' bij het Hof van Justitie EG voorgelegd. Ook in deze zaak gaat het om een 1B-dienst die niet door middel van een volledige procedure werd aanbesteed.
8. HvJEG Zaak C-59/00 van 3 december 2001 (Telaustria).
9. In de huidige Richtlijn Diensten 92/50/EEG is geen enkel artikel aan de concessie voor openbare diensten gewijd.
10. Artikel 56 e.v. Richtlijn 2004/18/EG (Huidig: artikel 3 Richtlijn Werken 93/37/EEG).
11. HvJEG Zaak C-331/92 van 19 april 1994 (Gestion Hotelera).
12. Interpretatieve Mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht van 12 april 2000, Publicatieblad C 121/02, par. 3.2.1.2.

Verwarring Europese drempelbedragen aanbesteden

Europa decentraal krijgt de laatste tijd nogal wat vragen over de nieuwe Europese drempelwaarden. In verschillende bronnen lijken diverse drempelbedragen genoemd te worden. Hoe zit dat met die toekomstige wijzigingen?

De eerste verwarring ontstaat door de drempelbedragen zoals deze staan vermeld in de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG. Als gevolg van latere (internationale) afspraken hebben deze bedragen inmiddels hun geldigheid verloren. De Europese Commissie heeft deze wijzigingen doorgevoerd met behulp van een verordening.

Ook deze 'gewijzigde' drempelbedragen zullen echter maar één maand geldig zijn. Om precies te zijn van 1 december 2005 tot 31 december 2005. De reden hiervoor heeft te maken met de tweejaarlijkse indexering van de Europese Commissie. Aangezien de huidige drempelbedragen zijn vastgesteld voor de periode 2004-2006, mogen we per 1 januari 2006 weer nieuwe drempelbedragen verwachten.

Kijk voor meer informatie op
www.europadecentraal.nl