



EUROPESE COMMISSIE

Brussel, 20.12.2011  
SEC(2011) 1589 definitief

**COMMISSION STAFF WORKING PAPER**  
**WERKDOCUMENT VAN DE COMMISSIE**  
**SAMENVATTING VAN DE EFFECTBEOORDELING**

*bij*

**VOORSTEL VOOR EEN RICHTLIJN VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE  
RAAD**

**betreffende de gunning van concessieopdrachten**

{COM(2011) 897 definitief}  
{SEC(2011) 1588 definitief}

## SAMENVATTING

### VAN DE EFFECTBEOORDELING VAN HET VOORSTEL VOOR EEN RICHTLIJN BETREFFENDE DE GUNNING VAN CONCESSIEOPDRACHTEN

#### 1. PROBLEEMSTELLING

De gunning van concessieopdrachten wordt bij de overheid veel gebruikt om te voorzien in de verrichting van diensten of de aanleg van infrastructuur. Concessies houden een contractuele regeling in tussen een overheid en een ondernemer (de concessiehouder), waarbij deze laatste diensten verricht of werken uitvoert en substantieel wordt vergoed in zoverre het hem wordt toegestaan het werk of de dienst te exploiteren. Concessies zijn een bijzonder aantrekkelijke manier om projecten van openbaar belang uit te voeren wanneer nationale of plaatselijke overheden particulier kapitaal en knowhow moeten mobiliseren om de schaarse publieke middelen aan te vullen. Zij ondersteunen een significant deel van de economische activiteit in de EU en komen met name veel voor bij netwerkindustrieën en voor de verrichting van diensten van algemeen economisch belang. Concessiehouders kunnen bijvoorbeeld autosnelwegen aanleggen en beheren, luchthavendiensten verrichten of waterdistributienetten beheren.

Concessies waarbij private partners betrokken zijn, zijn een bijzondere vorm van publiek-privaat partnerschap (PPP)<sup>1</sup>. Volgens de beschikbare informatie gelden meer dan 60 % van alle PPP-opdrachten als concessies. Als een model waarbij aan de private partner tegen tegenprestatie het recht wordt verleend om het werk of de dienst te exploiteren, met de financiële risico's die daaraan verbonden zijn, vormen concessies een geschikt juridisch kader voor de uitvoering van openbare taken middels PPP's en kunnen er daardoor hoognodige openbare werken en diensten worden uitgevoerd, terwijl deze activa uit de overheidsbalans worden gehouden.

Aangezien het aanbesteden van concessies (en derhalve indirect van PPP's) de efficiënte toewijzing van overheidsmiddelen inhoudt, is het bijzonder belangrijk in de huidige context van ernstige budgettaire beperkingen en economische moeilijkheden in veel EU-lidstaten. Het initiatief met betrekking tot concessies moet worden gezien als een van de maatregelen die kan bijdragen tot efficiëntere toewijzing van overheidsgeld door voorwaarden te scheppen voor de aanbesteding van een opdracht.

Momenteel is de gunning van *concessies voor diensten* enkel onderworpen aan de Verdragsbeginselen (gelijke behandeling, niet-discriminatie, transparantie en evenredigheid), terwijl op *concessies voor werken* (met uitzondering van de sector "nutsbedrijven") ook deels afgeleide wetgeving van toepassing is. Contracten inzake overheidsopdrachten daarentegen vallen onder nadere afgeleide wetgeving (die de 'klassieke' sectoren en de sectoren 'nutsbedrijven' omvat)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Voor de statistische verwerking wordt onder "concessies" verstaan, projecten waarbij de meeste inkomsten door derdegebruikers worden gegenereerd, terwijl bij PPP's de meeste inkomsten van overheden afkomstig zijn.

<sup>2</sup> Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en

Het gebrek aan duidelijke EU-regels voor concessies is de belangrijkste oorzaak van de ten aanzien van de huidige situatie vastgestelde problemen: rechtsonzekerheid (1.1.), toetredingsbelemmeringen (1.2.) en gebrek aan passende juridische waarborgen voor de inschrijvers (1.3.).

### **1.1. Gebrek aan rechtszekerheid die tot economische inefficiënties leidt**

De rechtsonzekerheid is zowel van invloed op de definitie van concessie als op de toepasselijke wettelijke regeling. De huidige definitie maakt het moeilijk een onderscheid te maken tussen concessies en overheidsopdrachten (en ook tussen concessies voor werken en concessies voor diensten). Hoewel het Hof heeft verduidelijkt dat het aan de exploitatie van een werk of een dienst inherente risico dat de concessiehouder moet dragen het hoofdkenmerk van een concessie vormt, blijven essentiële elementen van de definitie, zoals de omvang van het risico en het soort risico's, nog steeds ongedefinieerd. Voorts blijft de precieze inhoud van de uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen van transparantie en niet-discriminatie onduidelijk. Nationale rechtskaders bieden ook geen oplossing voor het probleem, aangezien de verenigbaarheid ervan met de EU-regels om dezelfde redenen niet op een eenvoudige wijze kan worden gewaarborgd.

De huidige situatie van onzekerheid op verschillende gebieden veroorzaakt grote economische inefficiëntie en brengt schade toe aan aanbestedende diensten en entiteiten, ondernemers en gebruikers van diensten. Voor aanbestedende diensten en entiteiten verhoogt het gebrek aan rechtszekerheid namelijk het risico van opzegging of vroegtijdige beëindiging van onwettig gegunde opdrachten en weerhoudt het hen er uiteindelijk van om concessies te gebruiken in gevallen waarin dit soort overeenkomst een goede oplossing kan vormen. Ondernemers kunnen er ook voor terugdeinzen om zich in te laten met projecten die misschien in strijd met het EU-recht werden gegund. Een beperkte interesse in concessies kan ook een negatief effect hebben op het gebruik van PPP's en bijgevolg verhoogde efficiëntie en innovatie bij het verrichten van diensten die van levensbelang zijn voor de EU-burgers in het gedrang brengen.

### **1.2. Toetredingsbelemmeringen**

Naast rechtsonzekerheid, wordt de huidige situatie gekenmerkt door de aanwezigheid van barrières voor markttoegang.

De rechtsstelsels van de lidstaten verschillen aanzienlijk wat betreft het toepassingsgebied van de regels met betrekking tot de gunning van concessies, het niveau van de normen inzake bekendmaking en transparantie, de keuze van de procedures, de selectie en -gunningscriteria en de technische specificaties. Deze situatie draagt bij tot de fragmentatie van nationale kaders, hetgeen door de vaak onwettige praktijken van aanbestedende diensten en entiteiten, zoals de rechtstreekse gunning van concessieopdrachten of het gebruik van niet-objectieve criteria, nog wordt verergerd.

Hierdoor hebben ondernemers met ongelijke concurrentievoorwaarden te kampen, hetgeen vaak tot het mislopen van marktkansen leidt. Veel respondenten op de openbare raadplegingen hebben bevestigd dat deze situatie tot kosten met betrekking tot juridisch

---

diensten en Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134 van 30.4.2004).

advies en tot de behoefte aan diepgaande kennis van specifieke plaatselijke omstandigheden aanleiding geeft en belemmeringen opwerpt voor de toegang tot deze markten van niet-binnenlandse EU-ondernemers. Naast de aan in andere lidstaten gevestigde concurrenten toegebrachte schade, kunnen ook aanbestedende entiteiten en consumenten hierbij verlies lijden als zij voor hun geld niet krijgen wat zij mogelijk hadden verwacht.

### **1.3. Onvoldoende rechtsbescherming van inschrijvers**

Concessies voor diensten, en tot op een bepaalde hoogte concessies voor werken, vallen niet onder de regels die op het gebied van overheidsopdrachten in rechtsmiddelen voorzien. Benadeelde inschrijvers genieten aldus niet de aanzienlijke rechtsbescherming die door de richtlijn inzake rechtsmiddelen wordt geboden. Hoewel bepaalde lidstaten de toepassing van deze richtlijn tot concessies voor diensten hebben uitgebreid, hebben sommige dit niet gedaan. Bijgevolg kunnen mogelijke schendingen van de beginselen van het EU-Verdrag niet op toereikende wijze worden aangepakt.

## **2. SUBSIDIARITEIT**

Alhoewel de bovengenoemde problemen materiële effecten op nationaal niveau hebben, beïnvloeden zij ook de efficiënte werking van de interne markt van de EU.

Zelfs indien de lidstaten wetgevende maatregelen zouden nemen om een op de Verdragsbeginselen gebaseerd rechtskader te scheppen, zouden ten minste nog twee problemen onopgelost blijven: het risico van rechtsonzekerheid met betrekking tot de interpretatie van deze beginselen door nationale wetgevers en grote verschillen tussen de wetgeving in de verschillende lidstaten.

Een gemeenschappelijke interpretatie in alle lidstaten van de uit de EU-beginselen voortvloeiende verplichtingen, kan enkel door actie op EU-niveau worden bereikt. Ook is een onderlinge aanpassing van de regels door de EU-wetgever het meest aangewezen om verschillen tussen nationale stelsels weg te werken.

## **3. DOELSTELLINGEN**

De hoofddoelstelling van het huidig initiatief is het scheppen van een ondersteunend kader voor breder gebruik van concessies om zo bij te dragen aan economische groei en innovatie. Het initiatief is gericht op oplossingen waarmee de kwaliteit van en de toegang tot veel sociaal en economisch belangrijke diensten kan worden verbeterd door het bevorderen van investeringen en verhoogde concurrentie voor de gunning van concessies, waardoor meer commerciële mogelijkheden voor EU-bedrijven worden gecreëerd en innovatie wordt gestimuleerd.

## **4. TOEPASSINGSGEBIED VAN DE WETGEVING**

Wetgeving inzake concessies moet betrekking hebben op het gunnen van dit soort opdrachten, niet alleen met betrekking tot de 'klassieke' sector' (Richtlijn 2004/18/EG), maar ook de sector 'nutsbedrijven' (Richtlijn 2004/17/EG), die goed is voor een significant aantal concessies.

Niet-prioritaire diensten (bijv. gezondheid, onderwijs en sociale diensten) worden momenteel slechts gedeeltelijk door de richtlijnen inzake overheidsopdrachten geregeld aangezien het potentieel ervan voor grensoverschrijdende handel niet als aanzienlijk werd beschouwd. In het licht van de recente bevindingen van de Commissie na de evaluatie van de impact en de effectiviteit van de EU-wetgeving inzake overheidsaanbestedingen, werden veel categorieën van diensten die vroeger bij de niet-prioritaire diensten werden ingedeeld echter in relatief hoge mate grensoverschrijdend verricht. Elk nieuw voorstel op het gebied van overheidsaankopen moet rekening houden met deze bevindingen. Derhalve rechtvaardigen die conclusies de uitbreiding van de beoogde regels tot die diensten. Niettemin hebben diensten op onder meer sociaal, gezondheids- en onderwijsgebied als gevolg van de sterke impact van de verschillende nationale culturele tradities nog steeds een beperkte grensoverschrijdende dimensie en worden zij minder vaak als concessie gegund.

Concessieopdrachten voor bepaalde specifieke soorten diensten, zoals openbaar personenvervoer per spoor en over de weg (geregeld bij Verordening 1370/2007) en luchtvervoerdiensten (geregeld bij Verordening 1008/2008), zijn reeds aan specifieke regelgeving onderworpen en moeten derhalve van het toepassingsgebied van toekomstige wetgeving inzake concessies worden uitgesloten.

## **5. BELEIDSOPTIES**

De Commissie heeft verschillende beleidsopties onderzocht die op de verwezenlijking van de in de vorige afdeling uiteengezette doelstellingen zijn gericht. Deze opties omvatten de volgende wetgevende en niet-wetgevende maatregelen: geen wijziging van het beleid; gericht inbreukbeleid; zachte wetgeving; wetgeving: basisregels, nadere regels, gemengde regels.

Alleen de bovenstaande wetgevende opties zullen in detail worden geanalyseerd, aangezien, zoals hieronder zal worden uitgelegd, noch het gerichte inbreukbeleid, noch de optie van zachte wetgeving geheel toereikend lijken om de vastgelegde doelstellingen te verwezenlijken.

### **5.1. Uitgangsscenario (optie 1)**

Deze optie houdt in dat er geen maatregelen worden genomen om de status-quo aan te pakken. In dit geval zullen de economische inefficiëntie als gevolg van de rechtsonzekerheid en de bestaande toegangsdrempels tot de EU-markt van concessies blijven bestaan: aanbestedende diensten en entiteiten zouden de kans missen om kostenefficiënt te werk te gaan bij het gunnen van concessies, ondernemers zouden belangrijke commerciële mogelijkheden mislopen en de voordelen voor de consument zouden beperkt blijven.

### **5.2. Gericht inbreukbeleid (optie 2)**

Deze optie zou bestaan uit verhoogd en meer systematisch gebruik van de inbreukprocedure van artikel 258 van het VWEU om gevallen van inbreuken op de Verdragsbeginselen bij het gunnen van concessies aan te pakken. Terwijl deze optie bepaalde positieve effecten biedt, zou zij de vastgestelde problemen niet aanpakken en kunnen resultaten enkel op lange termijn worden verwacht. Deze optie zou daarom niet aan de doelstellingen van het initiatief voldoen en kan eveneens terzijde worden geschoven.

### **5.3. Zachte wetgeving (optie 3)**

De optie van zachte wetgeving zou ofwel een interpretatieve mededeling van de Commissie ofwel een aanbeveling met zich meebrengen. De mededeling van 2000 over concessies heeft tot dusver niet voor rechtszekerheid en de naleving van de Verdragsbeginselen gezorgd<sup>3</sup>. Een nieuwe mededeling zou de belanghebbenden waarschijnlijk bekender maken met de rechtspraak van het Hof, maar zou niet verder kunnen gaan dan interpretatie van de bestaande rechtspraak. Verder is een mededeling niet bindend en zou zij er derhalve waarschijnlijk niet voor zorgen dat publiciteit wordt gegeven aan concessieopdrachten in de EU of de gebruikte procedures om deze te gunnen eerlijk verlopen.

Een en ander geldt eveneens voor een aanbeveling van de Commissie. Hieruit blijkt dan ook dat noch met een mededeling, noch met een aanbeveling, de doelstellingen van het initiatief zouden worden bereikt. Deze optie kan derhalve terzijde worden geschoven.

### **5.4. Wetgeving — inhoud van de opties**

De twee ‘uiterste’ wetgevende opties zijn de invoering van basisregels die overeenstemmen met de bestaande bepalingen voor concessies voor werken van Richtlijn 2004/18/EG of nadere regels die op het huidige rechtskader voor overheidsopdrachten zijn gebaseerd. De derde optie, gemengde regels, zou enigszins een compromis tussen de twee vormen.

## **6. BEOORDELING VAN DE EFFECTEN VAN DE WETGEVENDE OPTIES**

### **6.1. Toepassingsgebied van de wetgeving**

Een voorstel voor een richtlijn inzake concessies zou, ongeacht de werkelijke inhoud ervan, op concessies in zowel de ‘klassieke’ sector als de sector ‘nutsbedrijven’ van toepassing zijn.

Daartegenover staat dat nieuwe regels niet van toepassing zouden zijn op concessies voor diensten, die, ter wille van de stabiliteit van de betrokken afzonderlijke rechtsregelingen, momenteel door de vervoersverordening<sup>4</sup> en de verordening luchtvervoerdiensten<sup>5</sup> worden geregeld, en slechts gedeeltelijk op sociale diensten van toepassing zouden zijn. De drempel voor zowel concessies voor werken als concessies voor diensten moet ervoor zorgen dat deze regels enkel op concessies met een kennelijk grensoverschrijdend belang van toepassing zijn.

### **6.2. Optie 4: wetgeving — basisregels**

De basisregels zouden bepalingen omvatten die momenteel van toepassing zijn op concessies voor werken in de ‘klassieke’ sectoren, alsook een verduidelijking van het begrip concessie.

Duidelijkere criteria met een onderscheid tussen overheidsopdrachten en concessies zouden naar verwachting het aantal verkeerdelijk als concessies gelabelde overheidsopdrachten doen dalen.

---

<sup>3</sup> Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessies in het communautaire recht (PB C 121 van 29.4.2000).

<sup>4</sup> Verordening 1370/2007, PB L 315 van 3.12.2007.

<sup>5</sup> Verordening 1008/2008, PB L 293 van 31.10.2008.

De belangrijkste van deze regels is de verplichting om een aankondiging van de concessie in het Publicatieblad van de EU te publiceren. Deze verplichting zal naar verwachting het aantal onderhandse gunningen doen afnemen, bijdragen tot betere informatie inzake concessies, rechtsonzekerheid met betrekking tot de al dan niet vervulling van de richtlijnen inzake "toereikende bekendmaking" wegnemen en de kosten met betrekking tot het inschrijven op concessies voor kleine en middelgrote ondernemingen verminderen.

Meer concurrentie en aanvechtbaarheid zal wellicht resulteren in meer concurrerende inschrijvingen en dus ook in betere resultaten voor aanbestedende diensten en entiteiten en consumenten.

Bepalingen inzake de minimumtermijnen voor het indienen van inschrijvingen zouden kunnen helpen discriminatie te vermijden, corruptie te bestrijden en de deelname van grensoverschrijdende inschrijvers te bevorderen.

Wetgeving is de enige optie waaronder procedures voor de gunning van concessies voor diensten onder de werkingssfeer van de richtlijnen inzake rechtsmiddelen kunnen worden gebracht. Dit zou de juridische bescherming van inschrijvers aanzienlijk moeten verbeteren, wat wellicht hun vertrouwen in de onpartijdigheid van de beslissingen van aanbestedende diensten en entiteiten zal verhogen en hen zal stimuleren vaker in te schrijven.

De basisregels zouden ook gelijke behandeling tijdens de procedure kunnen garanderen. Hun doeltreffendheid in dat opzicht is echter minder zeker. Eén mogelijk nadeel is dat grotere transparantie bij het gunnen van concessies tot een verhoogde dominantie door grote bedrijven zou kunnen leiden. Een dergelijke afloop is echter helemaal niet zeker. De belanghebbenden zien de door basiswetgeving waarschijnlijk gegenereerde administratieve en nalevingskosten als eerder miniem en menen dat deze kosten door de dankzij de verhoogde concurrentie verwezenlijkte efficiëntie zouden worden gecompenseerd.

Wat de mogelijke sociale nadelen aangaat, verhindert de huidige EU-wetgeving betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen de mogelijkheid van ontslagen wanneer een zittende exploitant een opdracht verliest.

Basisregels zouden geen invloed hebben op het vermogen van aanbestedende diensten en entiteiten of toezichthouders om vast te stellen welke milieunormen moeten worden nageleefd.

Basisregels zouden een stabiel juridisch kader kunnen creëren, het gebruik van concessies stimuleren en derhalve investeringen vergemakkelijken en innovatie bevorderen. Meer transparantie, die leidt tot innovatievere benaderingen van openbare diensten en een grotere keuze en efficiëntie, zou positieve resultaten voor de aanbestedende diensten en entiteiten en voor de gebruikers opleveren, de toegang tot de markt verbeteren en nieuwe zakelijke kansen scheppen.

### **6.3. Optie 5: wetgeving — nadere regels**

De nadere regels zouden alle juridische oplossingen omvatten waarin de optie basisregels voorziet. Het effect van nadere regels op de rechtszekerheid zou dus deels identiek zijn aan het effect van basisregels. Daarnaast zou deze optie echter de toepassing van dezelfde regels, met name de regels inzake selectie- en gunningscriteria en gunningsprocedures, als voor overheidsopdrachten impliceren. In bepaalde opzichten zouden deze regels waarschijnlijk

voor meer rechtszekerheid zorgen, aangezien zij de Verdragsbepalingen die op veel aspecten van de gunningsprocedure van toepassing zijn breed zouden verankeren. Ondanks alle verwachte voordelen, zou de invoering van nadere regels toch contraproductief kunnen blijken en de aantrekkelijkheid van concessies aanzienlijk kunnen doen afnemen. De complexiteit van regels en specifieke bepalingen (zoals verplicht gebruik van standaardaanbestedingsprocedures of de criteria inzake de economisch voordeligste inschrijving) zou een afschrikkend effect kunnen hebben en ook de algehele rechtszekerheid verminderen door een hoger risico op rechtszaken, waardoor het gebruik van concessies uiteindelijk zou worden ontmoedigd. Verscheidene belanghebbenden beschouwen de complexiteit van de nadere regels als een grote bedreiging.

Het economische effect van de invoering van de nadere regels is daarom wellicht negatief, aangezien bedrijven voor het inschrijven op concessies zouden terugdeinzen, aanbestedende diensten en entiteiten de voordelen die zij mogelijk verwachten niet zouden verwezenlijken en consumenten geen toegang tot goedkopere diensten van betere kwaliteit zouden krijgen.

Het effect op de werkgelegenheid en de kwaliteit van jobs is waarschijnlijk beperkt, terwijl het algehele effect op sociaal en milieugebied met minder innovatie en een slechtere kwaliteit van de diensten negatief zou kunnen zijn.

#### **6.4. Optie 6: Wetgeving — gemengde regels**

De basisregels zouden echter zinvol kunnen worden aangevuld met enkele bepalingen inzake de selectie- en gunningscriteria, en inzake het verloop van procedures. Deze bepalingen zouden de inhoud (zoals bijvoorbeeld de regels betreffende de economisch voordeligste inschrijving) van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten niet strikt overnemen, maar zouden bijvoorbeeld bestaan uit verplichtingen om selectie- en gunningscriteria met betrekking tot het voorwerp van de opdrachten voorafgaandelijk bekend te maken of minimumtermijnen voor de indiening van inschrijvingen in acht te nemen. Deze bepalingen kunnen onder andere ook regels inzake technische specificaties, verplichtingen om tijdens de onderhandelingen dezelfde informatie aan alle inschrijvers mee te delen, publiek-publieke samenwerking en wijzigingen van concessies tijdens de uitvoering inhouden. Tot slot kan middels deze bepalingen verplichte bekendmaking van de aankondiging van de overeenkomst worden opgelegd.

Die bepalingen zouden naar verwachting een gunstig effect op het gebied van transparantie, eerlijkheid en rechtszekerheid kunnen hebben en daardoor bijdragen tot een betere verwezenlijking van een aantal doelstellingen van onderhavig initiatief, met name betere toegang tot de markt, verbeterde investeringskansen en bijgevolg meer diensten van een betere kwaliteit. Door het gebruik van concessies meer te stimuleren dan een van de alternatieve opties, zouden deze bepalingen ook een positief effect hebben op het aangaan van een PPP. Een substantieel aantal belanghebbenden steunde de invoering van de gemengde regels.

Met gemengde regels zouden, in vergelijking met de basisregels, alle effecten (economische, sociale en milieu-effecten) licht moeten verbeteren.



## **7. VERGELIJKING VAN DE OPTIES**

Zowel met de optie basisregels als de optie gemengde regels kan een significante versterking van de rechtszekerheid worden bereikt en kan zo de toegang tot de markt worden bevorderd. Dit leidt tot verbeterde resultaten voor de aanbestedende diensten en entiteiten, de gebruikers en de ondernemingen. Met de nadere regels kunnen betere resultaten worden bereikt op het gebied van eerlijkheid van de procedures, maar is er meer kans op belangrijke nadelen door een minder succesvolle toepassing van concessies. Gemengde regels lijken de beste resultaten op te leveren op het gebied van eerlijkheid en prijs-kwaliteitverhouding, maar dankzij de flexibiliteit ervan ook voor het stimuleren van het gebruik van concessies.

In het licht van het voorgaande verdient het aanbeveling te kiezen voor optie 6 — gemengde regels, die een ambitieuze en veelomvattende oplossing inhouden.

## **8. TOEZICHT EN EVALUATIE**

Evaluatie van de wetgeving zal gebaseerd zijn op indicatoren zoals veranderingen in het aantal en de waarde van gepubliceerde en gegunde concessies, het aantal inschrijvers en niet-binnenlandse begunstigden, en het percentage kleine en middelgrote ondernemingen onder de inschrijvers.