

## Niet meer aanbesteden?

Bij het privatiseren van zwem- en sportvoorzieningen is tot dusverre gebruikelijk dat een gemeente het (Europese) aanbestedingsrecht van toepassing verklaart. Maar hoe noodzakelijk is dat? En is dat te vermijden? Want door het aanbestedingsrecht van toepassing te verklaren, komt elke procesvrijheid voor de gemeente te vervallen op straffe van voortdurend gesteggel met de gegadigde of zelfs van een rechtszaak.

### 1 Twee regimes aanbestedingsrecht

1: BAO

2: EG verdrag

#### *EG Verdrag*

Dit verdrag, dat ten grondslag ligt aan de oprichting van de Europese Gemeenschap, dateert van 1957. Voor zover het diensten betreft, zijnde het domein van een privatiseringstraject, is het EG Verdrag van toepassing in geval van voldoen aan de navolgende kenmerken:

1. er is/komt een schriftelijke overeenkomst
2. onder bezwarende titel
3. tussen gemeente en private exploitant
4. over diensten, werken en leveringen

Bij het privatiseren van een zwem- of sportcomplex bestaat de bezwarende titel uit de jaarlijkse financiële bijdrage die de gemeente ter dekking van de onrendabele top aan de exploitant verstrekt. De diensten zijn dan het beheren en exploiteren van het object, zijnde het betreffende zwembad of sportcomplex.

Elke aankoop of te verstrekken overheidsopdracht, dus ook het aangaan van een overeenkomst tussen gemeente en exploitant over het beheer en de exploitatie van een zwembad of sportcomplex, is vervolgens onderworpen aan de navolgende beginselen:

1. non-discriminatie
2. transparantie (publicatieplicht)
3. proportionaliteit (wijze van publicatie, selectie- en gunningcriteria moeten in verhouding zijn met de omvang van de opdracht)
4. wederzijdse erkenning
5. rechtsbescherming

#### *BAO*

Met ingang van juli 2005 is het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) van kracht. Hiermee werd in Nederland de vroegere EG Richtlijn Diensten geïmplementeerd. Het Bao is van toepassing indien:

1. dezelfde kenmerken als genoemd bij het EG Verdrag zich voordoen en
2. de diensten een waarde vertegenwoordigen boven € 193.000,-.

Of de waarde van de opdracht boven het drempelbedrag ligt, hangt samen met enerzijds de omvang van de jaarlijkse bijdrage en anderzijds het aantal contractjaren. De praktijk wijst uit dat de contractwaarde – jaarlijks bedrag vermenigvuldigd met het aantal contractjaren - bij nagenoeg elke privatisering al snel uitstijgt boven genoemde drempelwaarde.

Het wezenlijke onderscheid tussen beide aanbestedingsregimes zit hem in de vormvastheid en regelgeving die het Bao oplegt aan de betreffende gemeente. Waar het EG Verdrag 'slechts' toeziet op het respecteren van genoemde vijf basisbeginselen, schrijft het Bao tevens een straf keurslijf voor van vorm- en procedureregels. De meest knellende regel daarbij wellicht is het verbod om tijdens het privatiseringsproces onderhandelingen te voeren.

Niettegenstaande het duidelijke voordeel van beperking tot het regime van het ERG Verdrag biedt, is tot op dit moment het van toepassing verklaren van het Bao op de aanbesteding van zwembaden eerder regel dan uitzondering. Daarmee onderwerpt de gemeente als aanbestedende dienst zich op voorhand aan een strak gereguleerde procesgang. Zo vereist deze om in een vroeg stadium van de aanbesteding al keuzes te maken over mechanismen, waarvan gedurende het aanbestedingsproces niet meer van mag worden afgeweken.

Onder meer gaat het dan om de formulering van technische specificaties en van gunningcriteria. De gemeente moet zich vooraf vastleggen op een beschrijving van de gewenste diensten, eisen, randvoorwaarden en criteria. Latere bijstellingen en/of aanvullingen hiervan op ingebrachte kwaliteiten, visie en mogelijkheden van de gegadigde marktpartijen is niet mogelijk. Dat kan bijvoorbeeld inhouden dat de gemeente een ontvangen aanbod niet mag afwijzen met als reden dat een concurrerend aanbod beter past binnen het gemeentelijke, echter niet met prestatie eisen nader gespecificeerde, beleid.

Ook het voeren van onderhandelingen met partijen die zich als gegadigde hebben gemeld is niet toegestaan. Alleen bij bijzonder complexe overheidsopdrachten – en daartoe wordt privatisering van een sportcomplex niet gerekend - kan de gemeente onder voorwaarden gebruik maken van de zogenaamde 'concurrentiegerichte dialoog'.

De vraag die zich nu voordoet is, in hoeverre sprake is van gedwongen dan wel vrijwillige onderwerping van gemeenten aan bedoelde restricties. Wet- en regelgeving en niet in de laatste plaats nieuwe jurisprudentie bieden in dezen naar mijn mening perspectief op grotere vrijheid voor gemeenten.

## **2 Typologie privatiseringsopdrachten beheer en exploitatie.**

Typologie privatisering

Het in de markt zetten van het beheer en de exploitatie van zwembaden c.a. kan onder uiteenlopende voorwaarden plaatsvinden.

Hoofdtypologie:

1. de te verrichten diensten geven de marktpartij het recht om, al dan niet voor een prijs, het zwembad *risicodragend te exploiteren*.
2. de marktpartij verleent uitsluitend beheerdiensten *zonder risicodragend exploitatierecht*.

*Concessieovereenkomst voor diensten*

Op grond van dit onderscheid kwalificeert het *risicodragend* in de markt zetten van beheer en exploitatie van een zwembad of ander sportcomplex zich als een 'concessie voor diensten'. Ingevolge Bao artikel 16, is het Bao op deze overheidsopdracht echter **niet van toepassing**

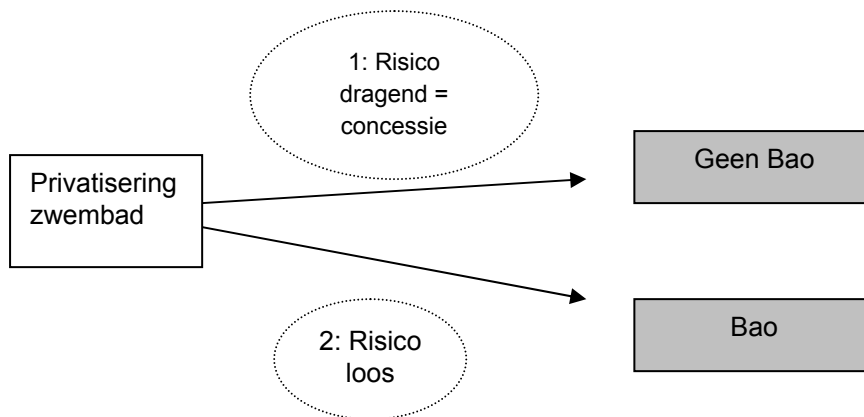
*Overheidsopdracht voor diensten*

Bij het ontbreken van het exploitatierecht beperkt het in de markt zetten van een zwembad zich tot het overlaten aan een marktpartij van het verrichten van beheerdiensten tegen een bepaalde vergoeding. De marktpartij, in de wandelgangen exploitant geheten, beheert het complex *niet-risicodragend*. Een dergelijke overheidsopdracht kwalificeert zich als een overheidsopdracht voor diensten. Hierop is het Bao, voor zover wordt voldaan aan de onder 1 genoemde kenmerken, **ten volle van toepassing**.

## **3 Betekenis**

Welke betekenis heeft het voorgaande nu voor de praktijk?

1. In alle gevallen waarin de ondernemer het exploitatierisico op zich neemt, is het Bao niet bindend. In al die situaties mag de gemeente, anders dan veelal de huidige praktijk, volstaan met het in acht nemen van de basisbeginselen van het EG Verdrag.
2. Alleen in geval van risico-loos in de markt zetten van een zwembad of sportcomplex is de gemeente gebonden aan het Bao.



Risicodragend exploiteren, zijnde een concessie van diensten, valt dus niet onder het Bao. Niettemin gaf het Hof van justitie EG echter in het arrest Telaustria aan, dat sprake is van economisch verkeer en dat economisch verkeer wel is onderworpen aan het EG recht zelf. Ook bij concessies moet de gemeente dus wel een passende mate van openbaarmaking betrachten; transparantie dus.

De Europese Commissie ging op grond van deze uitspraak uiteindelijk zo ver toe te betogen dat bij elke overheidsaanbesteding de facto een aanbestedingsprocedure noodzakelijk zou zijn. Dus volgens deze redenering zouden ook voor opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijn vallen, de aanbestedingsrechtelijke beginselen voortvloeiend uit het EG Verdrag van toepassing zijn.

Gelukkig heeft het Hof van Justitie inmiddels weer wat meer licht op de zaak geworpen. In een aantal recente uitspraken heeft zij aangegeven dat het EG recht voortvloeiend uit het Verdrag EG alleen werking heeft bij grensoverschrijdende situaties. Sterker nog, bij aanbestedingen die niet onder de richtlijn vallen moet zelfs sprake zijn van "duidelijk grensoverschrijdend belang".

Opmerking:

Tot zoverre de opzet van dit artikel. Ter afhechting wil ik nog ingaan op:

- bedoelde recente jurisprudentie (casus: beheer parkeergarage te Maastricht) en
- de relevantie van die uitspraak voor het aanbesteden van beheer en exploitatie van zwembaden c.a.
- het vervolgens voor een gemeente resterende en dus wel van toepassing blijvende **eigen** gemeentelijke aanbestedingsbeleid.

Houten, 10 maart 2010  
 Grontmij | Marktplan  
 Drs. Anton Robers