

Overheidsopdrachten, concessies, vergunningen en subsidies: het onderscheid vervaagt

Najaarsvergadering NVvA 24 november 2016

Prof. mr. Pieter Kuypers

*Hoogleraar Europees en nationaal aanbestedingsrecht,
Radboud Universiteit Nijmegen*

*Advocaat en partner bij AKD, sectie Europees en
Mededingingsrecht te Brussel*



Agenda

1. Inleiding
2. Wettelijk kader
 - Overheidsopdracht
 - Concessie
 - Vergunning
 - Subsidie
3. Kijken over de grens
4. Conclusie

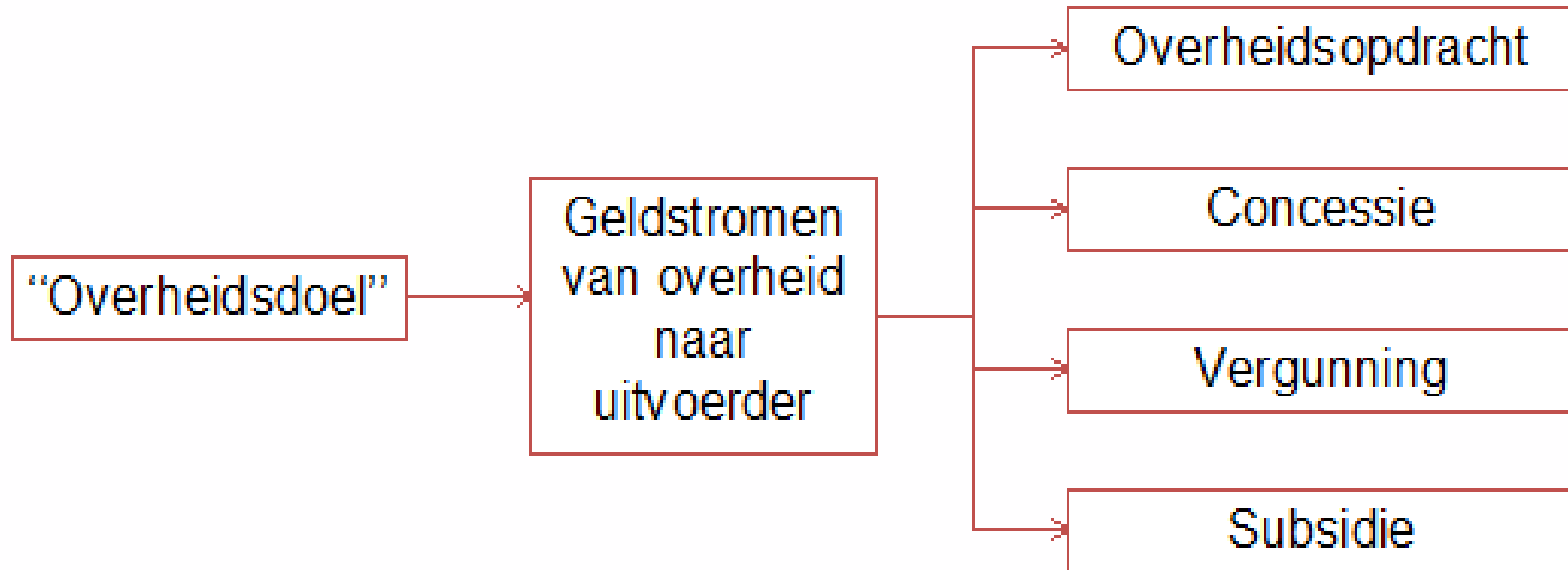


1. Inleiding

Actualiteiten

- De Volkskrant, 20 oktober 2016: 'Rechter: De Lotto kreeg op onjuiste wijze vergunning'
 - Rechtbank Den Haag: de Nederlandse Kansspelautoriteit heeft vorig jaar in strijd met Europees aanbestedingsrecht onderhands een vergunning gegeven aan De Lotto
 - Geen openbare en transparante gunningsprocedure
- HLN.be, 17 maart 2016: 'Paniek in frietkotland'
 - Concessie Gent voor het frietkot
 - Samenloop concessie en vergunning
- Afdeling Rechtspraak Raad van State, 2 november 2016: 'Schaarse vergunningen'
ECLI:NL:RVS:2016:2927

2. Wettelijk kader



Overheidsopdracht

- Definitie art. 1.1 Aanbestedingswet 2012:
 - “Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer leveranciers/dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op...”
- Art. 13 Richtlijn 2014/24/EU:
 - Door aanbestedende diensten gesubsidieerde opdrachten
 - Overheidsopdrachten en subsidies zijn via dit artikel met elkaar verbonden
 - Opvallend: art. 13 komt niet terug in de Concessierichtlijn 2014/23/EU



Concessie (1)

- Definitie concessie:
 - *"een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel (...) waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend (...), te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling.."*
 - Exploitatieverplichting
 - Samenloop tussen concessie en vergunning: een vergunning kan vallen onder de Concessierichtlijn indien uitvoeringsverplichting (HvJ EU C-221/12, Belgacom)
- Concessies voor diensten aanbestedingsplichtig
 - Drempelwaarde: EUR 5.225.000,-
 - Onder de drempel: algemene beginselen van aanbestedingsrecht bij grensoverschrijdend belang (transparantie, gelijke behandeling, non-discriminatie en proportionaliteit)

Concessie (2)

Richtlijn 2014/23/EU	Aw 2015	Memorie van Toelichting	Raad van State	Hof van Justitie
Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel (...) waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend (...), te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling	Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel (...) waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend (...), te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling.	Concessies kunnen in bepaalde gevallen ook geheel of gedeeltelijk worden vormgegeven als vergunning, subsidie of anderszins. Er moet gekeken worden naar de aard van de inhoud van concessie, ongeacht de vorm	Moet naast de specifieke vergunnings- of subsidieverlening -regimes ook het concessieregime geleden?	<ul style="list-style-type: none">▪ C-206/08 (Eurawasser)▪ C-211/12 (Belgacom)▪ Uitsluitend recht op exploitatie en verplichting▪ Soort tegenpresentatie▪ Verschil concessie en vergunning: verplichting▪ Publiek en privaat

Concessie (3)

- Exploitatie inherent aan operationeel risico
 - Operationeel risico voor de concessiehouder. De concessie staat onder druk van de grillen van de markt (C-324/98, Telaustria en C-458/03, Parking Brixen)
- Concessieduur (langer dan 5 jaar): beperkt tot terugverdienen investering vermeerderd met rendement
 - Mogelijkheid tot, niet de feitelijke situatie (grillen van de markt)
 - Meeste concessies duren langer dan 5 jaar

Vergunning

- Definitie vergunning: *“de beschikking op een aanvraag, die toestaat voorgenomen activiteiten te verrichten die in de wet- of regelgeving verboden zijn”*
- Terrasvergunning, bouwvergunning, horecavergunning etc
- Hoofdregel: vergunningen zijn niet aanbestedingsplichtig
 - Tenzij: het schaarse rechten betreffen of als de vergunning in essentie een concessie is en een economische achtergrond heeft
- ABRvS 2 november 2016 ECLI:NL:RVS:2016:2927
 - Gelijke kansen en transparantie bij verdeling van schaarse vergunningen
- Vergunning en concessie: HvJ EU C-221/12, Belgacom
 - Uitvoeringsverplichting in sommige vergunningen
 - Vergunning kan worden aangemerkt als concessie: samenloop vergunning- en concessieregelgeving?

Subsidie (1)

- - Definitie subsidie (art. 4:21 lid 1 Awb):

“De aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten”

- Subsidie kan een overheidsopdracht zijn: dan verplichte aanbesteding
 - Verschil overheidsopdracht en subsidie: zie ook ECLI:NL:CBB:2008:BD8180
 - Algemeen belang, bepaalde activiteiten, betaling minder dan de kosten, initiatief
- Subsidie kan een concessie zijn: dan verplichte aanbesteding
 - Verplichte uitvoering van economische activiteiten
- Subsidie of concessie zonder aanbesteding: risico van ongeoorloofde staatssteun ex art. 107 lid 1 VWEU

Vergelijking subsidie - opdracht

Subsidie	Opdracht
Transacties met derden	Geen transacties met derden
Maximaal kostendekkend	winstopslag
Initiatief van ontvanger	Initiatief van verstrekker
Ontvanger bepaalt inhoud van de activiteit	Verstrekker bepaalt inhoud van de activiteit
Bijdrage is noodzakelijk voor de activiteit	Bijdrage is niet noodzakelijk voor activiteit

Vergelijking overheidsopdracht - vergunning

	Overheidsopdracht	Vergunning
Afdwingbaarheid	Concrete afdwingbare prestatie conform voorwaarden gemeente	Economische activiteit niet afdwingbaar
Soort overeenkomst	Tweezijdig; overeenkomst onder bezwarende titel	Geen contract, maar een publiekrechtelijke toestemming
Betaling	Op basis van facturatie; veelal n.a.v. geleverde prestatie	Verplichte betaling
Plicht aangaan rechtsrelatie	Ook bij voldoen aan selectiecriteria; geen verplichting om een opdracht te gunnen	-
Wijzigingen uitvoering	Beperkt, anders wezenlijke wijziging opdracht (artikel 2.163a)	Beperkt mogelijk

Vergelijking overheidsopdracht - subsidie

	Overheidsopdracht	Subsidie
Afdwingbaarheid	Concrete afdwingbare prestatie conform voorwaarden gemeente	Niet nakoming; lagere subsidie of terugvorderingsmogelijkheid wegens onverschuldigde betaling
Soort overeenkomst	Tweezijdig; overeenkomst onder bezwarende titel	Eenzijdig; subsidiebeschikking, eventueel aangevuld met een subsidieovereenkomst
Betaling	Op basis van facturatie; veelal n.a.v. geleverde prestatie	Bevoorschotting
Plicht aangaan rechtsrelatie	Ook bij voldoen aan selectiecriteria; geen verplichting om een opdracht te gunnen	Afhankelijk van de inrichting van de subsidieregeling
Wijzigingen uitvoering	Beperkt, anders wezenlijke wijziging opdracht	Bestuursorgaan kan subsidieontvanger ruimte geven voor gewijzigde uitvoering
Naleven van beginselen	Algemene beginselen van aanbestedingsrecht	Algemene beginselen van aanbestedingsrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Vergelijking concessie - subsidie

	Concessie	Subsidie
Afdwingbaarheid	Concreet afdwingbaar	Niet nakoming; lagere subsidie of terugvorderingsmogelijkheid wegens onverschuldigde betaling
Soort overeenkomst	Tweezijdig; overeenkomst onder bezwarende titel	Eenzijdig; subsidiebeschikking, eventueel aangevuld met een subsidieovereenkomst
Betaling	Op basis van de vooraf afgesproken indicatoren	Bevoorschotting
Plicht aangaan rechtsrelatie	Ook bij voldoen aan selectiecriteria; geen verplichting om een opdracht te gunnen	Afhankelijk van de inrichting van de subsidieregeling
Wijzigingen uitvoering	Beperkt, anders wezenlijke wijziging opdracht	Bestuursorgaan kan subsidieontvanger ruimte geven voor gewijzigde uitvoering

3. Concessies over de grens



Concessies over de grens (1)

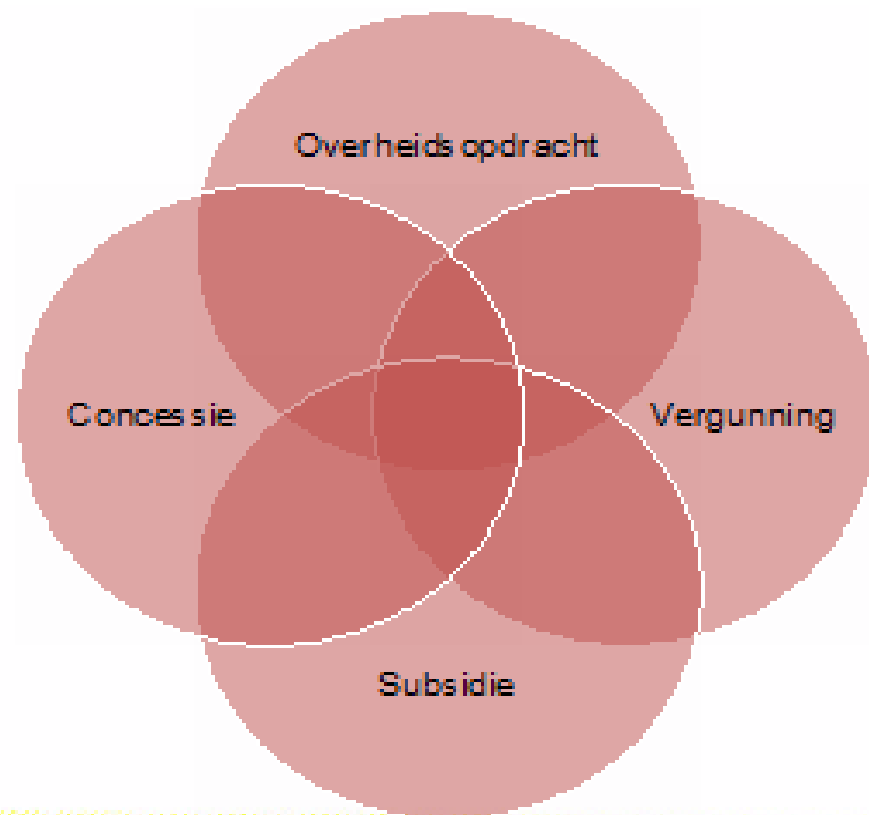
- Aantal concessies tussen 2006 en 2010 (bron: Europese Commissie, *Directive of the European Parliament and of the Council on the Award of Concession Contracts – Frequently Asked Questions*, 15 januari 2014):
 - Italië: 817
 - Spanje: 6.169
 - Frankrijk: 10.000
- Welke mogelijkheden?

Concessies over de grens (2)

- Mogelijkheden voor concessies:
 - Innen van belastingen (vergunning)
 - Infrastructuur
 - Afval
 - MFA
 - Parkeergarages
 - Diensten op vliegvelden en havens

4. Conclusie

Conclusie 1



Wettelijke bepalingen over de aard en de inhoud van de verschillende vormen van overheidssteun

Conclusie 2

- Wettelijk kader concessies: flexibel
- Scheidlijnen: niet scherp
- Concessie: partnerschap waarbij privaat kapitaal publieke middelen en kennis aanvult
- Risico's



Vragen of overleg later?

Pieter Kuypers

Telefoon: +31 88 253 5083

E-mail: pkuyppers@akd.eu

Wij houden liever geen afstand

Koffie?