

Vergaderjaar 2010-2011

VOORONTWERP Wet inbesteding Openbaar Vervoer grote steden

MEMORIE VAN TOELICHTING (VOORONTWERP)

Inleiding

Onderhavig wetsvoorstel strekt tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000. Met dit voorstel van wet wordt het mogelijk gemaakt voor de gemeentes Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht om een openbaar vervoer-concessie te verlenen aan een vervoerder waarop zij zeggenschap uitoefenen, zonder dat daartoe een aanbesteding is gehouden. Hiermee wordt invulling gegeven aan de motie Roefs (32645 nr. 165).

De Europese richtlijn vormt geen belemmering voor een dergelijke vorm van onderhandse gunning in stedelijk gebied dankzij een in 2002 aangenomen amendement van voormalig SP-Europarlementariër Erik Meijer (COM(2001) 370 – C5-0658/2001 – 2001/2281(COS) Amendement Meijer onder nr. 33, Paragraaf 12).

Deze wet beperkt zich tot de vier grote steden omdat daar de meest complexe OV-systemen liggen met meerdere modaliteiten, waarbij de onderlinge aansluiting essentieel is om een goed openbaar vervoer aan te kunnen bieden aan de reizigers. Voor tramlijnen en metrolijnen geldt daarnaast dat de investeringen in de vaste infrastructuur niet bij de concessionaris kunnen worden neergelegd als deze de concessieperiode overstijgen. Er zal in die gevallen dus een splitsing plaats moeten vinden tussen vervoer en netten. Deze wet maakt het mogelijk dit wèl in één hand te houden: bij de vervoerder die langjarig kan en zal investeren.

In de afgelopen jaren zijn er al grote efficiëntieslagen gemaakt door de OV-bedrijven RET, GVB en HTM. Uit onderzoek (PM) in 2005 bleek een bezuiniging mogelijk van 120 miljoen bij aanbesteding. Inmiddels is bij de publieke vervoerders, GVB, RET en HTM, gezamenlijk 162 miljoen structureel bezuinigd.

Het is aan de concessieverlener om afspraken te maken met de concessionair over kosten, kwaliteit en efficiëntieverbetering. De situatie van gunning aan een vervoerder waarop de concessionair zeggenschap uitoefent biedt daarvoor de mogelijkheid. De wet dwingt de G4 niet tot onderhandse gunning, maar geeft hen hiertoe de mogelijkheid. Gemeente/vervoersregio Utrecht heeft inmiddels haar openbaar vervoer aanbesteed. Deze wetswijziging geeft de mogelijkheid om na afloop van een concessie-periode te kiezen voor onderhandse gunning aan een eventueel op te richten eigen gemeentelijk vervoersbedrijf.

Keuze voor inbesteding

Het voorgestelde artikel 63a betreft een uitzondering op de aanbestedingsverplichting waar de plusregio die de gemeente Amsterdam, Den Haag, Rotterdam of Utrecht omvat een beroep op kunnen doen. Deze uitzondering op de aanbestedingsverplichting is een uitwerking van het de motie Roefs c.s. De uitzondering betreft een keuzemogelijkheid tot het verlenen van een concessie voor openbaar vervoer, anders dan openbaar vervoer per trein, zonder dat er een aanbesteding voor is gehouden. Het niet hoeven aanbesteden van een concessie voor openbaar vervoer (anders dan per trein) is mogelijk indien er zeggenschap wordt uitgeoefend over de vervoerder door de plusregio. Indien er op deze manier een concessie wordt gegund aan een vervoerder waarover de plusregio zeggenschap heeft, is er sprake van het «inbesteden» van een concessie. De vervoerder waarover een van de genoemde plusregio's zeggenschap heeft, wordt aangeduid als interne exploitant. Door het voorgestelde artikel 63a ontstaat er voor de plusregio die de gemeente Amsterdam, Den Haag, Rotterdam of Utrecht omvat, een keuzemogelijkheid tussen het aanbesteden van concessies op zijn grondgebied of onder bepaalde voorwaarden het onderhands verlenen van een concessie aan een interne exploitant (inbesteden). De voorwaarden waaronder concessieverlening aan een interne exploitant plaats kan vinden, is enerzijds gelegen in (de mate van) zeggenschap over de interne exploitant, anderzijds in de grenzen die zijn gesteld aan de gevallen waarin deze mogelijkheid is in te roepen (het voorgenomen tweede lid). Met het voorgenomen artikel 63a wordt het voor vier stadsregio's mogelijk gemaakt om een beroep te doen op deze uitzondering.

Inbesteding en zeggenschap; de Europeesrechtelijke context

De Wp2000 regelt dat openbaar vervoer wordt verricht op basis van concessies. Een concessie in de Wp2000 is in artikel 1 gedefinieerd als het recht om gedurende een bepaald tijdvak met uitsluiting van anderen openbaar vervoer te verrichten in een bepaald gebied. Daarmee geeft een concessie een vervoerder een exclusief recht op de exploitatie van openbaar vervoer binnen een bepaald gebied en legt tegelijkertijd een verplichting aan de vervoerder op om openbaar vervoer binnen dat gebied te verrichten. Zoals aangegeven, biedt de PSO-verordening (EG 1370/2007) een kader voor openbare dienstcontracten voor openbaar personenvervoer per spoor en over de weg. In de verordening is het begrip openbardienstcontract gedefinieerd als «een of meer juridisch bindende overeenkomsten tussen een bevoegde instantie en een exploitant van openbare diensten waarbij de exploitant van openbare diensten in het kader van de openbare dienstverplichting wordt belast met het beheer en de exploitatie van openbare personenvervoerdiensten» (artikel 2, onder a). Een Nederlandse concessie voor openbaar vervoer op grond van de Wp2000 valt gelet op de definitie binnen het verzamelbegrip openbare dienstcontracten voor openbare personenvervoerdiensten. De verordening maakt in het eerste lid van artikel 5 een uitzondering op het van toepassing zijn van richtlijn nr. 2004/18/EG. Als bij inbesteding het openbare dienstcontract de vorm aanneemt van een dienstenconcessie naar Europees recht, dan gelden de bepalingen omtrent de gunning van openbare personenvervoersdiensten van de verordening.

Dienstenconcessie naar Europees recht

Gezien het voorgaande is het belangrijk om te bepalen of er sprake is een dienstenconcessie naar Europees recht om vast te kunnen stellen welk gunningsregime van toepassing is op de

openbaarvervoerdiensten. Dit is ook van belang voor de investering van openbaar vervoerconcessies in de zin van de Wp2000. De verordening regelt immers in artikel 5, tweede lid, hoe de investeringsconstructie voor dienstenconcessies naar Europees recht moet worden vormgegeven. Voor het verdere vervolg van deze uiteenzetting is ervoor gekozen om een concessie voor openbaar vervoer in de zin van de Wp2000 aan te duiden als een concessie voor openbaar vervoer en een dienstenconcessie naar Europees recht aan te duiden als dienstenconcessie. Zoals aangegeven, is richtlijn nr. 2004/18/EG, geïmplementeerd in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten (artikel 16 Bao). De richtlijn en het Bao geven aan dat «een concessieovereenkomst een overeenkomst is met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht gepaard gaande met een prijs» (artikel 1, onderdeel m, Bao). De Europese Commissie heeft dit geïnterpreteerd door aan te geven dat de vervoerder de risico's moet dragen die verbonden zijn aan de verrichting en de exploitatie van de dienst. De vervoerder moet daarbij voor ten dele worden vergoed door de gebruiker.

Het zeggenschaps criterium

In het voorgenomen artikel 63a is opgenomen dat een aanbesteding van de concessie voor openbaar vervoer anders dan per trein achterwege kan worden gelaten als de plusregio zeggenschap uitoefent. Artikel 5, tweede lid, geeft aan dat indien het niet verboden is bij nationale wet, een bevoegde plaatselijke overheid zelf kan besluiten openbare personenvervoersdiensten aan te bieden of onderhands te gunnen aan een juridisch onafhankelijke entiteit waarover de bevoegde plaatselijke overheid net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent. De vraag of de bevoegde plaatselijke overheid een dergelijke zeggenschap uitoefent, wordt onder meer beoordeeld op basis van de mate van vertegenwoordiging in de bestuurs- beheers- of toezichtsorganen, de bepalingen ter zake in de statuten, de eigendomsstructuur en de daadwerkelijke invloed op en de daadwerkelijke zeggenschap over strategische en individuele beheersbeslissingen. Volgens de verordening heeft een bevoegde overheidsinstantie, met name in het geval van publiek-private partnerschappen, niet voor honderd procent eigenaar te zijn om een dergelijke zeggenschap uit te oefenen, mits de overheid een overheersende invloed heeft en die zeggenschap op grond van andere criteria kan worden uitgeoefend. De verordening geeft aan dat ook een groepering van overheden de bedoelde zeggenschap kan uitoefenen. De zeggenschap kan ook «via de leden» worden uitgeoefend. De verordening geeft aan dat er sprake kan zijn van «zeggenschap als over de eigen diensten» wanneer één van de in de groepering deelnemende overheden dergelijke zeggenschap uitoefent. De verordening geeft aan dat deze overheid een «bevoegde plaatselijke overheid» dient te zijn.

Randvoorwaarden concessieverlening zonder aanbesteding

Inleiding

Aan de verlening van een concessie zonder dat daarvoor een aanbesteding heeft plaatsgevonden, is een aantal randvoorwaarden verbonden. Ze vloeien deels voort uit de verordening en betreffen deels een nadere uitwerking daarvan. Die randvoorwaarden zijn: eisen ten aanzien van de reciprociteit en de verplichting een gescheiden boekhouding te

voeren teneinde kruissubsidie te vermijden. De Wp2000 voorziet reeds in bepalingen met betrekking tot reciprociteit en gescheiden boekhouding. De Wp2000 voorziet nu nog in een aanbestedingsverplichting voor de GVB'en. Bedoelde eisen en verplichtingen zijn opgenomen voor de duur dat er GVB'en zijn en zijn derhalve eindig. Door de introductie van de mogelijkheid tot inbesteding moet blijvend voorzien worden in bepalingen als hiervoor bedoeld om het uitgangspunt van eerlijke mededinging te kunnen blijven waarborgen.

Reciprociteit

De verordening bevat regels over reciprociteit. Zo mag een interne exploitant niet meedingen naar aanbestedingen voor openbare personen-vervoerdiensten. Dit geldt niet alleen voor de interne exploitant zelf, maar ook voor iedere entiteit waarop de interne exploitant zelfs een minimale invloed heeft. De verordening staat wel toe dat een interne exploitant buiten zijn gebied een concessie voor trein onderhands gegund mag krijgen of in onderaanneming daarop diensten mag verrichten. Onderaanneming kan volgens de verordening bijdragen aan een efficiënter openbaar personenvervoer en biedt de mogelijkheid tot deelname van andere ondernemingen dan de exploitanten van openbare diensten aan wie het openbare dienstcontract was gegund.

De regels over reciprociteit zijn opgenomen in de voorgestelde artikelen 61a en 63b. De concessieverlener wordt op grond van artikel 61a verplicht om een interne exploitant en een aanbieder waarop die exploitant invloed heeft, uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure voor openbaar vervoer. Daarnaast voorziet artikel 61a in een bepaling omtrent internationale reciprociteit. Dit houdt in dat een buitenlandse vervoerder die gevestigd is buiten de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte alleen mag deelnemen aan een aanbesteding indien diens thuismarkt toegankelijk is voor vervoerbedrijven die in Nederland zijn gevestigd. Waar artikel 61a ziet op de concessieverlener, ziet artikel 63b op de interne exploitant. Die exploitant mag op basis van dit artikel niet meedoen aan een aanbesteding van een concessie voor openbaar vervoer. Het verbod van de artikelen 61a en 63b geldt overigens ook voor een aanbesteding van openbaar vervoer dat op grond van artikel 2 Wp2000 gelijk is gesteld met dat vervoer. In het Bp2000 zal worden bepaald voor welke vormen van vervoer dat dan geldt. Dat zal in ieder geval voor collectief vraagafhankelijk vervoer gebeuren omdat dit vervoer onder de werkingssfeer van de verordening valt. Daarnaast zal worden bezien of dit ook zal moeten gelden voor het openbaar vervoer te water. De handhaving van de regels met betrekking tot reciprociteit geschiedt door de decentrale overheden als opdrachtgevers voor het verrichten van openbaar vervoer en door de concurrerende vervoerders. Deze partijen hebben evenals de reiziger baat bij eerlijke concurrentie, hetgeen zij zelf kunnen bewaken en desnoods bij de rechter kunnen afdwingen. Als aangegeven, is de hoofdregel van de verordening en van de Wp2000 dat de interne exploitant niet mag meedingen naar andere concessies voor openbaar vervoer die openbaar worden aanbesteed. De verordening bepaalt echter dat een interne exploitant vanaf twee jaar voor de afloop van zijn ondershands gegunde concessie mee mag dingen aan openbare aanbestedingen van personenvervoerdiensten. De voorwaarde daarvoor is dat onherroepelijk is besloten dat zijn inbestede concessie na het aflopen daarvan wordt aanbesteed. Indien de interne exploitant naar zijn voormalige concessie wil meedingen, zullen de zeggenschaprelaties met de stadsregio moeten worden aangepast, zodat er geen sprake meer is van een interne exploitant. De interne exploitant houdt als zodanig immers dan op te bestaan, en krijgt de gelegenheid zich voor te bereiden als marktpartij op de openbaar vervoermarkt. Dit is derhalve een uitzondering op de bepalingen

inzake reciprociteit. Opgemerkt zij nog dat in de Nederlandse situatie het besluit tot aanbesteden een politiek en democratisch besluit is en geen administratieve beslissing waartegen bezwaar en beroep kan worden aangetekend. Omdat een besluit omtrent aanbesteding of inbesteding door een democratische meerderheid in principe kan worden teruggedraaid, is dit niet absoluut onherroepelijk. Toch wordt een politiek besluit beschouwd als «onherroepelijk» in de zin van de verordening.

Gescheiden boekhouding en vermijden van kruissubsidie

Ingevolge de bijlage bij de verordening moeten vervoerders die een concessie voor openbaar vervoer onderhands gegund hebben gekregen en daarvoor een financiële compensatie krijgen, een gescheiden boekhouding voeren om inzichtelijkheid in de geldstromen te vergroten en kruissubsidies te vermijden. Die verplichting geldt dus zowel voor een interne exploitant als voor een private vervoerder aan wie een concessie in voorgaande zin is gegund. Het doel van de bijlage, in samenhang met de PSO-verordening, is dat overheidssubsidie voor de uitvoering van de concessie niet gebruikt mag worden voor andere marktactiviteiten. De consequente toepassing van de gescheiden boekhouding vermijdt kruissubsidiëring van andere activiteiten met de subsidies voor de vervoersactiviteiten met een onrendabele top. In dit wetsvoorstel wordt in artikel 54 de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding nader uitgewerkt. Er wordt onderscheid gemaakt tussen het bijhouden van een gescheiden boekhouding en het bijhouden van een gescheiden administratie binnen een boekhouding. Welke verplichting van toepassing is, hangt af van de organisatievorm van de interne exploitant. De private vervoerder die een onderhands gegunde concessie met een subsidie heeft verkregen, behoeft enkel voor die concessie de financiële geldstromen inzichtelijk te maken. Dat betekent dat die vervoerder een gescheiden administratie binnen de boekhouding moet voeren in plaats van een gescheiden boekhouding voor zijn gehele bedrijf. In de artikelsgewijze toelichting wordt nader ingegaan op deze verplichtingen en de inhoud van de gescheiden boekhouding en de gescheiden administratie.

Toezicht en Handhaving

Nederlandse Mededingingsautoriteit

De NMa is ingevolge artikel 87, vierde lid, Wp2000 toezichthouder ten aanzien van de GVB'en. De NMa houdt een toezichthoudende rol in het kader van dit wetsvoorstel. Het zal dan ook de NMa zijn die toezicht houdt op het – tijdig- overleggen van een onafhankelijke accountantsverklaring waaruit blijkt dat de interne exploitant voldoet aan de eisen ten aanzien van het voeren van een gescheiden boekhouding. In het wetsvoorstel wordt met betrekking tot het overleggen van een accountantsverklaring een zelfde verplichting opgenomen voor andere vervoerders aan wie onderhands een concessie is gegund en daarvoor compensatie verkrijgt. Derhalve wordt voorgesteld dat de NMa eveneens toeziet op die verplichting. De NMa beschikt ingevolge de Wp2000 ten behoeve van haar toezichthoudende taak over een aantal bevoegdheden uit de Algemene wet bestuursrecht. Het betreft het vorderen van inlichtingen, het betreden van plaatsen en het vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden. Op basis van die bevoegdheden kan de NMa ook inzicht krijgen in de gescheiden boekhouding of gescheiden administratie. De NMa kan momenteel indien een gemeentelijk vervoerbedrijf zich niet houdt aan de regels een last onder dwangsom opleggen. Zij heeft geen mogelijkheden om een punitieve sanctie op te leggen in geval van overtredingen van de

Wp2000. Dit wordt gezien als een onnodige tekortkoming in het handhavinginstrumentarium. Derhalve wordt voorgesteld om de NMa de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete te geven.

Plusregio's

In dit wetsvoorstel wordt verder voorgesteld de toezicht- en handhavings-mogelijkheden van de dagelijkse besturen van de plusregio's in de Wp2000 te verankeren. Voor de provincies vloeien deze bevoegdheden reeds voort uit de Provinciewet. Voor de plusregio's is in de Wp2000 niet in deze bevoegdheden voorzien. Met dit wetsvoorstel wordt voorgesteld deze omissie te herstellen. De plusregio's kunnen momenteel wel op grond van het bepaalde in de desbetreffende concessie handhavend optreden, bijv. op grond van het malus-systeem van artikel 32 Wp2000. Het feit dat de plusregio's moeten kunnen toezien op de juiste naleving van de bepalingen met betrekking tot inbesteding is des te meer een reden om de plusregio's over deze bevoegdheden te laten beschikken.