

Bijlage 1: Europese en nationale regelgeving inzake de gunning van openbaar stads- en streekvervoer.

In deze bijlage wordt getracht antwoord te geven op de vraag wat de Europeesrechtelijke mogelijkheden en voorwaarden zijn om onderhands een openbaar vervoer concessie te gunnen. Deze optie kan vooral voor de grote steden een rol spelen. Omdat het huidige Europese kader verschilt van het toekomstige kader, worden beide kaders weergegeven. Het huidige kader bestaat uit de aanbestedingsrichtlijn¹ en de uitspraken (jurisprudentie) van het Hof van Justitie van de EG (hierna: het Hof). Het toekomstige kader bestaat hoofdzakelijk uit de verordening betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg (de Public Service Obligations of PSO-verordening)² die op 10 mei 2007 door het Europees Parlement is aangenomen en 2 jaar na publicatie in het Publicatieblad EG in werking zal treden. Verwacht wordt dat de verordening medio/eind 2009 in werking zal treden.

Er wordt ingegaan op:

1. de regeling van de aanbestedingsverplichting in de Wet personenvervoer 2000 (hierna Wp2000) en het Besluit personenvervoer 2000 (hierna Bp2000);
2. het voorstel voor de verordening Public Service Obligations (hierna PSO-verordening);
3. de huidige uitzonderingen in het aanbestedingsrecht;
4. de conclusie.

1. De Nederlandse aanbestedingsverplichting

Aanbestedingen

In de Wp2000 wordt de aanbestedingsplicht voor het stads- en streekvervoer gefaseerd ingevoerd. Eind 2006 heeft dit geleid tot het huidige wettelijk kader. Vanaf 1 januari 2007 dient het stads- en streekvervoer verplicht te worden aanbesteed. De bevoegdheid tot de verlening van een concessie voor het verrichten van stads- en streekvervoer berust bij de provincies. In en rondom de grote steden berust die bevoegdheid bij de stadsregio's. De stadsregio's (plusregio's als bedoeld in artikel 104 van de Wet gemeenschappelijke regelingen) in de vier grote steden (de gemeenten Amsterdam, Den Haag, Rotterdam en Utrecht) en in het concessiegebied rond de gemeenten Arnhem en Nijmegen hebben meer tijd gekregen, alvorens zij tot openbare aanbesteding van de concessies dienen over te gaan. Bij de aanbestedingsverplichting zijn vaste procedures voor aanbesteding uit de Europese richtlijn geïntroduceerd voor de aanbesteding van openbaar vervoer.³

¹ Er zijn 2 aanbestedingsrichtlijnen. Richtlijn 2004/18 EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten is in dit kader het meest relevant. Deze ziet toe op opdrachten geplaatst door overheden. RI. 2004/18 EG is in Nederland omgezet in het Bao, Stb 2005, 408

² Nog onduidelijk is hoe de definitieve tekst die door de Europese Raad nog moet worden vastgesteld, er uit ziet. In deze bijlage wordt uitgegaan van de tekst van het gemeenschappelijke standpunt, in eerste lezing door de Raad vastgesteld op 11 december 2006 (PB 2007, C 70 E, blz. 1) en de diverse door het Europees Parlement in tweede lezing ingediende amendementen.

³ Artikel 61 Wp2000 introduceert de aanbestedingsverplichting. Artikel 36b Bp2000 geeft de data aan waarop een concessie uiterlijk moet zijn aanbesteed en artikel 37 Bp2000 geeft de manier van aanbesteden aan. Hierin wordt verwezen naar het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), Stb 2005, 408.

Concessies

De Wp2000 regelt openbaar vervoer door middel van eenzijdige concessies. Een concessie geeft een exclusief recht op de exploitatie van openbaar vervoer binnen een bepaald gebied en legt tegelijkertijd een verplichting aan de vervoerder op om OV binnen dat gebied te verrichten.

2. PSO-verordening

Het aanbestedingsregime van de PSO-verordening

De PSO-verordening gaat uit van inwerkingtreding 2 jaar na publicatie en kent een overgangstermijn van 10 jaar. De PSO-verordening zal derhalve pas na 12 jaar volledig van kracht zijn. Na inwerkingtreding van de PSO-verordening dienen openbare-dienstcontracten voor personenvervoer te worden gegund volgens de voorschriften van de verordening. Als hoofdregel geldt dat de contracten via een openbare aanbestedingsprocedure moeten worden gegund. Deze procedure moet open staan voor alle exploitanten en open en eerlijk verlopen, met inachtneming van de beginselen van transparantie en niet-discriminatie⁴. Op deze aanbestedingsplicht bestaan enkele uitzonderingen voor kleine contracten, tijdelijk vervoer ter voorkoming van uitval, vervoer per spoor anders dan tram en metro, en vervoer door interne exploitanten.

Openbare-dienstcontracten voor het verrichten van openbaar vervoer per bus of tram moeten worden gegund overeenkomstig de procedures van Richtlijn 2004/18⁵, tenzij het contract de vorm van een dienstenconcessie (concessieovereenkomst) aanneemt. Wanneer in Nederland een concessie voor openbaar vervoer op grond van de Wp2000 de vorm van een concessieovereenkomst aanneemt (zie ook hierna onder 3a. “De Europese concessieovereenkomst”), zijn vanuit Europeesrechtelijk perspectief alleen de voorschriften van de PSO-verordening en niet die van de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing. Er moet dan in beginsel een openbare aanbesteding plaatsvinden die voor alle exploitanten openstaat en open en eerlijk verloopt, maar niet de voorgeschreven procedures uit de richtlijn.

Interne exploitant

De PSO-verordening (artikel 5, tweede lid) biedt de lidstaten na de inwerkingtreding van de verordening onder een aantal voorwaarden de nu in de belangstelling staande mogelijkheid om het lokaal openbaar vervoer onderhands te gunnen aan interne exploitanten. Lidstaten zijn op grond van de PSO-verordening niet verplicht deze mogelijkheid op te nemen in de nationale regelgeving. Deze uitzondering geldt voor de situatie die in de rechtspraak van het Hof bekend staat als de inhouse of quasi inhouse. Inhouse geeft in het aanbestedingsrecht de situatie aan waarin geen sprake is van een

⁴ Artikel 5, derde lid, van de PSO-verordening.

⁵ Zie voetnoot 8.

(aankoopplichtige) overeenkomst tussen twee zelfstandige entiteiten, namelijk wanneer een opdracht wordt gegund aan een eigen dienst van de opdrachtgever.

Bij quasi inhouse is sprake van een zelfstandige, rechtens van de aanbestedende dienst te onderscheiden vervoerder, waarover de opdrachtgever een vergelijkbare zeggenschap heeft als bij een eigen dienst. In de PSO-verordening wordt in dit verband gesproken over een “interne exploitant”.

Het begrip zeggenschap

Volgens de PSO-verordening kan een bevoegde plaatselijke overheid besluiten een openbare-dienstcontract onderhands te gunnen aan een interne exploitant waarover de bevoegde plaatselijke overheid net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent. In geval van een groepering van overheden bestaat die mogelijkheid ook. Dan moet er sprake zijn van tenminste één bevoegde plaatselijke overheid die zeggenschap uitoefent over het vervoerbedrijf als over haar eigen diensten.

De tekst van artikel 5, tweede lid, in relatie tot artikel 2, onderdelen b en c, van de PSO-verordening laat ruimte voor interpretatie. Onduidelijk is bijvoorbeeld of de uitzondering ook geldt als de gemeente niet bevoegd is tot concessieverlening inzake openbaar vervoer (zoals in de Nederlandse situatie het geval is). Volgens vaste rechtspraak moeten uitzonderingen strikt worden uitgelegd. Bij een letterlijke interpretatie zou kunnen worden betoogd dat de gemeente die zeggenschap heeft over het vervoerbedrijf, ook moet beschikken over de bevoegdheid om concessie te verlenen voor openbaar vervoer, teneinde gebruik te mogen maken van onderhandse gunning aan een interne exploitant zoals bedoeld in artikel 5, tweede lid van de PSO-verordening.

De vraag of *de bevoegde plaatselijke overheid* een dergelijke zeggenschap uitoefent, wordt beoordeeld onder meer 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 PSO-verordening behoeft een bevoegde overheidsinstantie, met name in het geval van publiek-private partnerschappen, niet voor 100 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. Die “andere criteria” zijn niet nader uitgewerkt.

Zoals ook uit het hierna gestelde onder 3b. ‘De inbesteding of quasi-inbesteding’ blijkt, is de terminologie niet één op één overgenomen uit de rechtspraak van het Hof over inhouse en quasi-inhouse. Waar het Hof spreekt over doorslaggevende invloed op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen, zijn in de PSO-verordening de begrippen daadwerkelijke invloed op en daadwerkelijke zeggenschap over strategische en individuele beheersbeslissingen opgenomen. Bij de beoordeling of in een concreet geval een beroep op de uitzondering wel of niet mogelijk is, staat de tekst van de verordening voorop en niet de rechtspraak van

het Hof. Afgewacht moet worden of de zeggenschap als bedoeld in de PSO-verordening eerder aanwezig kan worden geacht dan in de inhouse of quasi inhouse-gevallen waar de rechtspraak van het Hof op ziet en hoe begrippen als *groepering van overheden* en *bevoegde overheid* moeten worden uitgelegd. Of er sprake is van zeggenschap net als over de eigen diensten is afhankelijk van de concrete rechtsverhouding die (in het Nederlandse geval) de grote gemeenten hebben op de vervoerbedrijven. Dit zal moeten worden beoordeeld op basis van onder meer de bovengenoemde criteria uit artikel 5, tweede lid, onder a van de PSO-verordening. Uiteindelijk is het laatste woord over de uitleg van de PSO-verordening aan het Hof.

Voorwaarden voor uitzondering interne exploitant

Onder de navolgende (cumulatieve) voorwaarden kan (gelet op het bovenstaande) gebruik worden gemaakt van de uitzondering van artikel 5 tweede lid, van de PSO-verordening:

1. de nationale wetgeving verbiedt onderhandse gunning niet;
2. het betreft openbare-dienstcontracten in de vorm van concessieovereenkomsten;
3. het betreft geïntegreerde diensten voor lokaal en regionaal openbaar personenvervoer per bus, tram, metro of per spoor;
4. de bevoegde plaatselijke overheid oefent zeggenschap uit over het vervoerbedrijf als over haar eigen diensten;
5. in geval van een groepering van overheden moet er sprake zijn van tenminste één bevoegde plaatselijke overheid die zeggenschap uitoefent over het vervoerbedrijf als over haar eigen diensten;
6. de zeggenschap wordt beoordeeld overeenkomstig artikel 5 tweede lid onder a, van de PSO-verordening en
7. het vervoerbedrijf en eventuele dochtervennootschappen nemen niet deel aan openbare aanbestedingen voor verrichten van openbaar personenvervoer buiten het grondgebied van de bevoegde plaatselijke overheid.

3. Uitzonderingen in het huidige aanbestedingsrecht

De aanbestedingsrichtlijn

De aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG geeft verschillende vaste uniforme procedures voor de aanbesteding van opdrachten voor werken, leveringen en diensten. Richtlijn 2004/18 EG kent al enkele uitzonderingen op de aanbestedingsverplichting, welke ook relevant kunnen zijn voor het aanbesteden van het openbaar vervoer. Op een paar uitzonderingen wordt hierna nader ingaan.⁶

⁶ Voor een andere uitzondering, namelijk artikel 18 van de aanbestedingsrichtlijn 2004/18 verwijs ik naar het Europees rechtelijk kader in de Nota van Toelichting bij het Besluit van 14 december 2006 tot wijziging van het Besluit personenvervoer 2000 in verband met de ingangsdata van de aanbestedingsverplichting in het openbaar vervoer en de verlenging van de maximale concessieduur. Staatsblad 2006, nr 691.

a. *De Europese concessie overeenkomst*

Richtlijn 2004/18 EG is allereerst niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten.⁷ De richtlijn geeft 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”⁸. 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 een belangrijk gedeelte worden vergoed door de gebruiker.⁹ Het Hof heeft “belangrijke mate” later afgezwakt naar “ten dele”.¹⁰ Het begrip “concessie” in de Wp2000 is niet zonder meer gelijk aan het Europese begrip concessieovereenkomst, maar deze lijkt wel onder de Europese definitie te kunnen vallen. Op grond van Europees recht staat momenteel daarom ook niet onomstotelijk vast hoe de aanbesteding van concessies voor openbaar vervoer zou moeten plaatsvinden¹¹. Daar komt met de PSO-verordening meer duidelijkheid over.

b. *De investering of quasi-investering*

De uitzondering voor gunning in inhouse of quasi-inhouse-gevallen bestaat ook in het huidige Europese kader. Bij investering of quasi-investering zijn de richtlijnen en de beginselen niet van toepassing. Voor de vaststelling of zich een situatie van quasi-investering voordoet, heeft het Hof twee voorwaarden gesteld:

- een overheid moet op de opdrachtnemer *toezicht uitoefenen zoals op haar eigen diensten*. Daarbij moet de overheid een *doorslaggevende invloed* hebben op de *strategische doelstellingen en de belangrijke beslissingen* van de opdrachtnemer.
- de opdrachtnemer verricht het *merendeel* van zijn werkzaamheden *ten behoeve van de aanbestedende dienst* die hem beheerst.¹²

Het Hof heeft met betrekking tot toezicht aangegeven dat dit onder meer wordt beïnvloed door de rechtsvorm (zo kan een holdingsconstructie leiden tot verzwakking van het toezicht¹³), de openstelling op korte termijn van het kapitaal van de vennootschap voor privé-kapitaal, de bevoegdheden van de raad van bestuur, de territoriale reikwijdte van de activiteiten van de private vennootschap en het maatschappelijk doel. Als uitzondering op de regel dient de quasi-inhouse strikt te worden uitgelegd en in beginsel te worden beoordeeld op het moment van de gunning. Niettemin houdt het Hof ook rekening met omstandigheden die zich

⁷ Zie artikel 17 Bao

⁸ Artikel 1 “definities” onder 4 Richtlijn 2004/18.

⁹ De interpretatieve mededeling van de commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (2000/C 121/02) geeft hierover nadere richtlijnen.

¹⁰ In punt 16 van het arrest ANAV spreekt het Hof van Justitie over het ‘ten dele’ worden vergoed door de gebruikers.

¹¹ Zie over het al dan niet gelden van de aanbestedingsverplichting ook de Nota van Toelichting behorende bij Besluit van 14 december 2006 tot wijziging van het Besluit personenvervoer 2000 in verband met de ingangsdata van de aanbestedingsverplichting in het openbaar vervoer en de verlenging van de maximale concessieduur. Staatsblad 2006, nr 691.

¹² HvJ EG 18 november 1999, Zaak C-107/98 (Teckal)

¹³ HvJ EG 6 april 2006 C –410/04 (ANAV)

nadien voordoen; constructies die als doel hebben de aanbestedingsrichtlijnen te omzeilen, worden door het Hof niet geaccepteerd. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat een groep overheden onder bepaalde omstandigheden ook een beroep kan doen op quasi-inbesteding. In dat geval moet worden voldaan aan dezelfde voorwaarden.¹⁴ Vooral met betrekking tot het merendeel gaat de PSO-verordening verder door aan te geven dat de interne exploitant niet mag deelnemen aan aanbestedingen voor het verrichten van openbaar personenvervoersdiensten buiten zijn grondgebied.

4. Conclusie

Volgens het Europees recht gelden verschillende vaste uniforme procedures voor de aanbesteding van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, tenzij er sprake is van één van de uitzonderingen. Na inwerkingtreding van de PSO-verordening geldt in beginsel een openbare aanbesteding die open staat voor alle exploitanten en open en eerlijk verloopt voor de gunning van opdrachten voor het verrichten van openbaar vervoer, tenzij sprake is van een interne exploitant (en het nationale recht deze uitzondering toelaat). Er zal door de (Europese en nationale) rechter niet snel worden geanticipeerd op de verplichtingen voortvloeiend uit de PSO-verordening tijdens de inwerkingtredingstermijn of tijdens de overgangsperiode.¹⁵

Tot het tijdstip dat de PSO-verordening in werking treedt, is een Europese aanbestedingsplicht minder duidelijk, als een concessie op grond van de Wp2000 de vorm aanneemt van een Europese concessieovereenkomst. De PSO-verordening geeft weliswaar aan dat er een openbare aanbestedingsprocedure moet zijn, maar geeft niet specifiek aan hoe deze eruit moet zien.

De Wp2000 hanteert uit uniformiteit en rechtszekerheid één regime, namelijk de verschillende vaste uniforme procedures van de aanbestedingsrichtlijn. De Wp2000 gaat daarmee wat betreft de wijze van aanbesteding verder dan de toekomstige PSO-verordening.

Het huidige EG-recht biedt een uitzondering in gevallen van inhouse of quasi-inhouse waarbij specifieke eisen gelden en kunstmatige constructies niet zullen worden getolereerd. De komende PSO-verordening geeft de lidstaat de keuze om onder voorwaarden onderhandse gunning aan een interne exploitant mogelijk te maken. De Wp2000 geeft deze mogelijkheid nu niet, hoewel de huidige Europese regelgeving en de PSO-verordening daarvoor ruimte laten.

De wetgever kan op termijn in beginsel de mogelijkheid benutten om de stadsregio's de keuzevrijheid te bieden om aan te besteden of indien wordt voldaan aan de voorwaarden

¹⁴ HvJ EG 11 mei 2006 C-340/04 (Cabotermo)

¹⁵ Het Hof van Justitie EG zal onder omstandigheden er wel rekening mee kunnen houden of een bepaalde gedraging van een lidstaat het resultaat dat met de PSO-verordening wordt beoogd, ernstig in gevaar wordt gebracht.¹⁵

gebruik te maken van de uitzondering waarbij de concessie onderhands wordt gegund aan een interne exploitant . Gelet op de bovenstaande voorwaarden, de interpretatieruimte in de tekst van de PSO-verordening en de specifieke situaties in de grote steden bestaat, ook indien de stadsregio's een keuzevrijheid wordt geboden, de mogelijkheid dat de (Europese) rechter een beroep op de uitzondering voor gunning aan een interne exploitant niet honoreert. Bij de uitleg van artikel 5, tweede lid van de PSO-verordening waarin deze uitzondering is geregeld, zal de rechtspraak van het Hof over de quasi-inhouse zeker richtinggevend maar niet zonder meer doorslaggevend zijn, nu de tekst van de verordening op onderdelen afwijkend is.

Hoe dan ook zal het van de interpretatie van het begrip *bevoegde plaatselijke overheid* en van de zeggenschap van de stadsregio dan wel van de gemeentelijke eigenaar van het vervoerbedrijf in een concreet geval afhangen of van die mogelijkheid gebruik kan worden gemaakt. Uiteindelijk zal het Hof hierover het laatste woord hebben.