

Vergaderjaar 2009–2010

32 376

Wijziging van de Wet personenvervoer 2000 in verband met verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PbEU L 315)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 29 januari 2010 en het nader rapport d.d. 21 april 2010, aangeboden aan de Koningin door de minister van Verkeer en Waterstaat. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 7 december 2009, no. 09.003443, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van de Wet personenvervoer 2000 in verband met verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1170/70 van de Raad (PbEU L 315), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000 (hierna: Wp2000) in verband met de Pso-verordening.² Deze verordening regelt onder andere de wijze van gunning van openbaredienstcontracten voor openbaar personenvervoer per spoor en over de weg. Uitgangspunt is dat deze dienstcontracten worden aanbesteed. Artikel 5 van de verordening kent op dit punt een aantal uitzonderingen. Aanbesteding is niet verplicht indien een openbaredienstcontract onderhands wordt gegund aan een juridisch onafhankelijke entiteit waarover de bevoegde plaatselijke overheid net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent (hierna: inbesteding). In het wetsvoorstel wordt in dit verband een mogelijkheid geïntroduceerd voor de gemeenten Amsterdam, 's-Gravenhage en Rotterdam om onder strikte voorwaarden af te zien van de aanbestedingsplicht voor dienstenconcessies in het openbaar personenvervoer.

De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt onder andere opmerkingen over de reikwijdte van het verbod op kruissubsidies en de verlenging van de looptijd van een openbaredienstcontract. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Verordening nr.1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PbEU L315).

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 7 december 2009, nr. 09.003443, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 29 januari 2010, nr. W09.09.0513/IV, bied ik U hierbij aan.

De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een aantal opmerkingen.

1. Verbod op kruissubsidie

De Pso-verordening beoogt overcompensatie voor openbardienstcontracten te voorkomen. Hiertoe zijn in artikel 6 en de bijlage van de verordening regels opgenomen waaraan de berekening van de compensatie moet voldoen. Punt 1 van de bijlage bepaalt dat deze regels betrekking hebben op onderhands gegunde contracten op grond van:

- inbesteding (artikel 5, tweede lid van de Pso-verordening)*
- contracten die een gemiddelde jaarlijkse waarde van minder dan € 1 000 000 vertegenwoordigen of een jaarlijks aantal kilometers van openbaar personenvervoer betreffen dat lager ligt dan 300 000 (artikel 5, vierde lid Pso-verordening)*
- een noodmaatregel wanneer de dienstverlening uitvalt of dreigt uit te vallen (artikel 5, vijfde lid Pso-verordening)*
- openbardienstcontracten voor het vervoer per spoor, met uitzondering van andere vormen van spoorvervoer, zoals metro of tram (artikel 5, zesde lid Pso-verordening).*

Voorts bepaalt punt 5 van de bijlage dat de exploitant van openbare diensten, indien hij ook andere activiteiten uitoefent, voor de exploitatie van openbare vervoersdiensten over een gescheiden boekhouding moet beschikken, die tenminste aan bepaalde voorwaarden voldoet. Hiermee wordt beoogd om de transparantie te verhogen en de kruissubsidies te vermijden. Als voorwaarde geldt op grond van punt 5, derde gedachtestreepje, van de bijlage dat de winst, die voortvloeit uit de compensatie voor een openbardienstcontract, niet wordt doorgeschoven naar andere activiteiten van de exploitant van de openbare dienst. Omgekeerd geldt voor alle variabele kosten, een evenredige bijdrage en een redelijke winst die verband houden met enige andere activiteiten van de exploitant, dat die in geen geval mogen worden toegeschreven aan de betrokken openbare dienst.¹ De Raad leest in deze bepalingen, in onderlinge samenhang bezien, een verbod op kruissubsidie.

Artikel 54 van het wetsvoorstel bevat in dit kader een verbod op kruissubsidie. Dit verbod betreft alleen de onderhands gegunde contracten op grond van inbesteding en geldt niet voor de andere contracten die worden genoemd in punt 1 van de bijlage van de verordening.²

De Raad wijst in dit kader op een advies van de NMa over onderhavig wetsvoorstel. De NMa merkt op dat het verbod op kruissubsidie ingevolge de verordening ook op andere vervoerders dan de interne exploitant (inbesteding) van toepassing is.³ De toelichting vermeldt, in reactie op dit advies, dat de verordening geen expliciet verbod op kruissubsidie bevat. Het maken van enige winst is op grond van de verordening immers toegestaan, aldus de toelichting.⁴ Een interne exploitant is altijd verzekerd van een vaste thuismarkt. Om te voorkomen dat vanuit die positie oneerlijke concurrentie kan ontstaan, wordt ervoor gekozen om in het wetsvoorstel wel een verbod op kruissubsidie op te leggen voor interne exploitanten. Voor de andere vervoerders is een andere afweging gemaakt. De Raad beaamt dat de verordening het maken van redelijke winst niet verbiedt. Echter, zoals eerder opgemerkt, leest de Raad in punt

¹ Punt 5, tweede gedachtestreepje, van de bijlage bij de verordening.

² Artikel 5, tweede lid, van de Pso-verordening en artikel 50, eerste lid, van het wetsvoorstel.

³ Memorie van toelichting, paragraaf 15.

⁴ Idem.

5 van de bijlage wel degelijk een verbod op kruissubsidie. Dat de verordening het maken van een redelijke winst in het kader van de openbare dienstverplichting toestaat, kan aan dat verbod niet afdoen. Het verbod op kruissubsidie heeft geen betrekking op de vraag van overcompensatie voor de openbare dienstverplichting,¹ maar op het scheiden van de geldstromen voor de openbare dienstverplichting en andere activiteiten. De Raad meent aldus dat met deze toelichting onvoldoende is weerlegd dat de verordening verplicht tot het verbieden van kruissubsidie voor alle vormen van onderhandse gunning.

Gelet op het bovenstaande is de Raad van oordeel dat het voorgestelde artikel 54 van de Wp2000 aanpassing behoeft, waardoor dit artikel van toepassing wordt op alle onderhands gegunde contracten die worden opgesomd in punt 1 van de bijlage.

De Raad adviseert het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.

1. Verbod op kruissubsidie

De Raad merkt op dat hij in punt 5 van de bijlage bij de PSO-verordening een expliciet verbod op kruissubsidies leest. Derhalve oordeelt de Raad dat het verbod op kruissubsidie niet alleen van toepassing is op de inbestede exploitant, maar op alle vervoerders aan wie een openbaarvervoerconcessie is verleend zonder dat daartoe een aanbesteding is gehouden én voor het verrichten van het daarin beschreven openbaar vervoer subsidie krijgen.

Naar aanleiding van het advies is de noodzaak van het regelen van een verbod op kruissubsidie in de Wet personenvervoer 2000 (Wp2000) heroverwogen. Dat heeft geleid tot het laten vervallen van artikel 54 (oud). Er wordt derhalve volledig aangesloten bij de voorwaarden van genoemde bijlage en er worden ten aanzien van dit onderwerp geen nadere uitvoeringsregels meer gesteld. De memorie van toelichting is daaraan aangepast. De bijlage bij de verordening werkt rechtstreeks. Doel van de bijlage is dat – financiële – compensatie voor de uitvoering van een concessie voor openbaar vervoer niet gebruikt mag worden voor andere (markt)activiteiten. Op grond van de huidige Wp2000 is het al mogelijk dat er subsidie, een wijze van compensatie, verleend kan worden voor het openbaar vervoer dat in de desbetreffende concessie is beschreven. De Wp2000 bevat dus slechts een subsidiemogelijkheid voor openbaar vervoer. Dat artikel leidt in combinatie met het vereiste van de PSO-verordening dat geen overcompensatie wordt verstrekt, er in feite al toe dat subsidiegelden voor concessies voor openbaar vervoer niet voor andere activiteiten ingezet mogen worden. Daarmee wordt aan de bijlage van de verordening voldaan en zijn ten aanzien van dat punt geen nadere uitvoeringsregels nodig.

2. Verlenging van de looptijd van een openbare dienstcontract

a. Optie tot verlenging

Artikel 4, derde lid, van de Pso-verordening bepaalt de maximale looptijd van openbare dienstcontracten. Het vierde lid van dit artikel bevat uitzonderingen op deze maximale looptijd en stelt voorwaarden aan een verlenging van de looptijd. Artikel 24, eerste lid, van het wetsvoorstel verwijst in dit verband expliciet naar de bepalingen in de verordening. Dit artikel is van toepassing bij een aanbesteding en een onderhandse gunning. Uit de toelichting bij artikel 24 blijkt dat de optie tot verlenging van de looptijd van openbare dienstcontracten, in geval van aanbesteding voorwerp moet zijn geweest van de oorspronkelijke aanbesteding. «De verordening doelt niet op een verlenging van de concessietermijn nadat de concessie aan de concessiehouder verleend is indien die mogelijkheid

¹ Met name punt 2 en 6 van de bijlage bij de verordening.

tot verlenging geen onderwerp van de aanbesteding is geweest», aldus de toelichting.

Hoewel de Raad de logica en het belang van de hiervoor genoemde eis voor verlenging van de looptijd voor de concurrentie onderkent, merkt hij op dat niet wordt geëxpliciteerd uit welke bepalingen van de verordening kan worden afgeleid dat de verlenging voorwerp moet zijn geweest van de oorspronkelijke aanbesteding.

Voorts merkt de Raad op dat deze in de memorie van toelichting gestelde eis voor verlenging, wat betreft artikel 4, vierde lid, eerste en tweede alinea, van de verordening, niet is opgenomen in artikel 24 van het wetsvoorstel. Daar de toelichting niet behoort te worden gebruikt voor het stellen van nadere regels, adviseert de Raad artikel 24 aan te passen in het licht van het vorenstaande.¹

De Raad adviseert artikel 24 van het wetsvoorstel in het licht van het vorenstaande aan te passen en in de toelichting te expliciteren welke bepalingen van de verordening ten grondslag liggen aan de hiervoor genoemde eis voor verlenging van de maximale looptijd.

b. Eis van publicatie van een besluit

Het tweede en derde lid van artikel 24 van het wetsvoorstel hebben betrekking op een uitzondering op de maximale looptijd die in artikel 4, vierde lid, derde alinea, van de verordening is opgenomen. Het betreft openbaredienstcontracten waarbij er sprake is van kapitaalafschrijvingen met betrekking tot uitzonderlijke infrastructuurinvesteringen, rollend materiaal of voertuigen die dat rechtvaardigen. Artikel 24, vierde lid, van het wetsvoorstel bepaalt dat voor het openbaredienstcontract in dat geval een maximale looptijd van 25 jaar geldt. Indien de concessieverlener besluit een openbaredienstcontract voor 25 jaar te verlenen, publiceert hij dit besluit voorafgaand aan de vaststelling van het programma van eisen op grond van artikel 24, tweede lid, van het wetsvoorstel. De toelichting bij dit artikel vermeldt dat door middel van de publicatieplicht wordt geborgd dat belanghebbenden die dit besluit aangaat op de hoogte zijn van het genomen besluit. Tegen een dergelijk besluit staat ingevolge de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). bezwaar en beroep open, aldus de toelichting.²

De Raad merkt op dat de eis van publicatie reeds voortvloeit uit de Algemene wet bestuursrecht. Artikel 3:40 Awb regelt dat een besluit niet in werking treedt voordat het bekend is gemaakt. Artikel 3:42 Awb bevat in dit verband een verplichting tot algemene bekendmaking indien het besluit niet tot een of meer belanghebbenden is gericht. Gelet op deze artikelen adviseert de Raad de verplichting tot publicatie te schrappen in artikel 24, tweede lid, van het wetsvoorstel en in plaats daarvan te bepalen dat de concessieverlener een besluit neemt voorafgaand aan de vaststelling van het programma van eisen.

Voorts wijst de Raad erop dat de eis tot het nemen van een besluit tot verlenging van de looptijd, voorafgaand aan de vaststelling van het programma van eisen, in artikel 24, vierde lid, blijktens de toelichting is ingegeven door de wens om vervoerders in staat te stellen bezwaar te maken tegen een te lange looptijd van een contract. Het artikel geldt niet voor openbaredienstcontracten die worden verlengd op grond van artikel 4, vierde lid, eerste en tweede alinea, van de verordening. Dit betreft, na verlenging, een maximale looptijd voor een busconcessie van 15 jaar en een maximale looptijd van 22,5 jaar voor spoorvervoer of een multi-modale concessie waarvan meer dan 50% van de totale waarde spoorvervoer betreft. Uit de toelichting blijkt niet waarom de voornoemde eis tot het nemen van een besluit voorafgaand aan de vaststelling van het programma van eisen, niet geldt voor deze openbaredienstcontracten. De Raad acht het wel wenselijk dat dit wordt gemotiveerd in de toelichting nu de maximale looptijden op grond van artikel 24 van het wetsvoorstel niet

¹ Zie ook Aanwijzing 214 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

² Toelichting bij artikel I, onderdeel H, van het wetsvoorstel.

ver uiteenlopen en vervoerders ook in die gevallen bezwaar zouden kunnen hebben.

De Raad adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen en het voorstel in het licht van het bovenstaande aan te passen.

2. Verlenging van de looptijd van een openbaar dienstcontract

a. Optie tot verlenging

De Raad merkt op dat in de memorie van toelichting niet wordt vermeld uit welke bepalingen van de verordening kan worden afgeleid dat de verlenging van de duur van een concessie voorwerp moet zijn geweest van de oorspronkelijke aanbesteding. De Raad merkt daarbij tevens op dat ten aanzien van dit punt de toelichting wordt gebruikt voor het stellen van nadere regels, hetgeen niet behoort.

Terecht merkt de Raad op dat het stellen van nadere regels niet in toelichtingen behoort te geschieden. De passage waarop de Raad doelt, bevat echter geen nadere regels, maar gaat in op een van de beginselen van het aanbestedingsrecht: het transparantiebeginsel. In artikel 4, vierde lid, eerste alinea, van de PSO-verordening wordt het woord «verlengen» gebruikt. Daardoor zou het misverstand kunnen ontstaan dat een concessieverlener die een concessie voor bijv. 10 jaar heeft verleend, na afloop van die termijn aan dezelfde concessiehouder een concessie mag verlenen voor maximaal de helft van die termijn zonder daartoe een aanbestedingsprocedure te volgen. Ingevolge het algemene aanbestedingsrecht is dat niet toegestaan. Een dergelijke optie moet vooraf bekend zijn (bijv. in het bestek zijn opgenomen), zodat de concessieduur en de concessieomvang voor de inschrijvers tot deelname aan de aanbestedingsprocedure duidelijk is. Het gaat er om dat de rechten en plichten van de concessie duidelijk zijn zodat die inschrijvers de omvang van de daarvoor benodigde investeringen kunnen bepalen. Verder moeten op grond van het algemene aanbestedingsrecht eventuele verlengingen van de opdracht worden meegeteld bij het bepalen van de waarde van de opdracht om te bepalen of de totale waarde al dan niet boven de drempelbedragen ligt. Indien – mede – door de verlengingen de waarde van de opdracht boven de drempelbedragen uitkomt, moet de gehele opdracht, dus inclusief de verlengingen, worden aanbesteed. In de memorie van toelichting is naar aanleiding van de opmerkingen van de Raad verduidelijkt dat uit het aanbestedingsrecht voortvloeit dat een eventuele verlenging van de concessieduur overeenkomstig artikel 4, vierde lid, van de PSO-verordening onderwerp moet zijn van de – oorspronkelijke – aanbestedingsprocedure.

b. Eis van publicatie van een besluit

De Raad geeft aan dat de in het artikel 24 opgenomen verplichting tot publicatie van een besluit tot het verlenen van een concessie van 25 jaar al uit de Algemene wet bestuursrecht volgt. Dat ben ik met de Raad eens, zij het dat in het wetsvoorstel uit oogpunt van transparantie een specifiek moment van publicatie was geregeld. De reden daarvoor was, dat bedoeld moment niet zonder meer uit de Algemene wet bestuursrecht volgt, namelijk voorafgaand aan de vaststelling van in de Wp2000 bedoelde programma van eisen. Echter, naar aanleiding van het advies van de Raad is de noodzaak van artikel 24, tweede lid, Wp2000 heroverwogen. Die heroverweging heeft geleid tot het schrappen van genoemd lid. De memorie van toelichting is daaraan aangepast. Op grond van het voorgestelde tweede lid van artikel 24 zou ingeval van verlening van een concessie voor 25 jaar een – mogelijke – geïnteresseerde inschrijver tot deelname aan de aanbestedingsprocedure voor die concessie bezwaar en beroep in kunnen stellen tegen die concessieduur. Bij nader inzien biedt het reeds bestaande juridisch kader voldoende mogelijkheden om een

procedure te starten tegen vermeende onredelijke voorwaarden in een aanbesteding of de concessieverplichtingen. Verder kan degene die meent dat in strijd met de PSO-verordening wordt gehandeld, zich tot de Europese Commissie wenden.

Met het vervallen van de verplichting een besluit te nemen omtrent het verlenen van een concessie met een duur van 25 jaar, is tevens tegemoet gekomen aan de vraag van de Raad waarom deze verplichting voor andere concessies met een lange looptijd niet was opgenomen.

3. Reciprociteit

Op grond van artikel 5, tweede lid, onderdeel b, van de verordening mag een interne exploitant (inbesteding) niet deelnemen aan aanbestedingen voor het verrichten van openbaar personenvervoersdiensten buiten het grondgebied van de concessieverlener («reciprociteit»). In de artikelen 48 en 53 van het wetsvoorstel zijn soortgelijke normen opgenomen. De toelichting bij artikel 53 vermeldt in dit kader het volgende: «Daar artikel 5, tweede lid, van de verordening slechts ziet op interne exploitanten van dienstenconcessies is ervoor gekozen om, ongeacht welke vorm de openbaarvervoerconcessie aanneemt, dit voor elke interne exploitant expliciet in de wet te regelen.» Hetzelfde geldt voor artikel 48 van het wetsvoorstel.¹ De Raad merkt op dat in de toelichting geen andere vormen van openbaarvervoerconcessies worden vermeld dan de dienstenconcessie die wordt genoemd in de verordening. De Raad wijst er op dat in de toelichting wel wordt verwezen naar andere vormen van vervoer in verband met de mogelijke medegelding van de artikelen 48 en 53 voor openbaar vervoer te water.² Echter, andere vormen van openbaar vervoerconcessies worden in dit verband niet genoemd. Hierdoor is niet onmiddellijk duidelijk wat de reikwijdte is van de voorgestelde artikelen 48 en 53. De Raad acht dit wel wenselijk in verband met de toegankelijkheid van het wetsvoorstel.

De Raad adviseert de toelichting in te gaan op andere vormen van een openbaar vervoerconcessie.

3. Reciprociteit

De Raad adviseert om in de memorie van toelichting op de artikelen 48 en 53 in te gaan op andere vormen van een openbaarvervoerconcessie, zodat de reikwijdte van deze artikelen wordt verduidelijkt.

In genoemde artikelen wordt bepaald dat een interne exploitant aan wie een concessie voor openbaar vervoer als bedoeld in de Wp2000 is verleend, niet mag deelnemen aan aanbestedingen van concessies voor openbaar vervoer (reciprociteit). Deze reciprociteitsbepaling is van toepassing op iedere exploitant ongeacht de vorm die de openbaarvervoerconcessie aanneemt. Het in de Wp2000 gehanteerde begrip «concessie» komt niet per definitie overeen met het Europeesrechtelijke concessiebegrip. Afhankelijk van de aard van de Nederlandse concessie kan er sprake zijn van een opdracht of van een dienstenconcessie naar Europees recht. De door de Raad genoemde passage doelt daarop. In de toelichting op artikel 50 (o.m. op blz. 26, 27 en 28) is reeds op deze verschillende begrippen ingegaan. Wel is nu in de toelichting op artikel 53 een voetnoot opgenomen waarin naar die passages wordt verwezen.

4. Redactionele opmerkingen

Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

¹ De toelichting bij artikel 1, onderdeel W, paragraaf «Het merendeels criterium».

² Memorie van toelichting, paragraaf 8.

4. Redactionele kanttekeningen.

De redactionele kanttekeningen van de Raad zijn overgenomen.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Verkeer en Waterstaat,
C. M. P. S. Eurlings

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W09.09.0513/IV met redactionele kanttekeningen die de Raad
in overweging geeft.**

- In artikel 50, gelet op artikel 2, onderdeel j, van de verordening, de zinsnede «plusregio zeggenschap uitoefent» vervangen door: plusregio net zoals over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent.
- Aan de toelichting een transponeringstabel toevoegen overeenkomstig aanwijzing 344 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving.