

Vergaderjaar 2012–2013

22 026

**Nederlands deel van een
hogesnelheidsspoorverbinding
Amsterdam–Brussel–Parijs en
Utrecht–Arnhem–Duitse grens**

Nr. 429

VERSLAG VAN EEN HOORZITTING

Vastgesteld 7 augustus 2013

De vaste commissie voor Infrastructuur en Milieu heeft op dinsdag 2 juli 2013 gesprekken gevoerd over **Juridische aspecten ten aanzien van een HSL-marktconsultatie**.

Van deze gesprekken brengt de commissie bijgaand stenografisch verslag uit.

Voorzitter: Paulus Jansen
Griffier: Israel

Gesprek met:

- De heer Jansen, hoogleraar privaatrecht, VU Amsterdam, tevens hoogleraar privaatrechtelijk bouwrecht, Universiteit Tilburg
- Mevrouw Manunza, hoogleraar internationaal en Europees Aanbestedingsrecht, Universiteit Utrecht
- De heer Van Nouhuys, gespecialiseerd advocaat op het gebied van aanbestedingsrecht, staatssteunrecht en bouwrecht, Straatman Koster
- Mevrouw Sütö, advocaat en juridisch adviseur LegalRail

Aanvang 17.00 uur

Aanwezige leden: Bashir, De Boer, Hoogland, Jansen, De Rouwe, Van Veldhoven

De **voorzitter**: Welkom bij deze hoorzitting. Ik heet onze gasten van harte welkom. Ik stel voor dat we beginnen met een korte introductie waarin iedereen alvast een statement geeft over de manier waarop hij of zij tegen het onderwerp aankijkt. Ik geef als eerste het woord aan de heer Jansen, hoogleraar privaatrecht aan de VU Amsterdam, tevens hoogleraar privaatrechtelijk bouwrecht aan de Universiteit Tilburg.

De heer **Jansen**: Voorzitter. Dank voor de uitnodiging. Ik heb al een korte notitie toegestuurd over de manier waarop ik op hoofdlijnen tegen de centrale vraagstelling aankijk. Die vraag is: in hoeverre heeft de Staat juridisch de ruimte om een marktconsultatie te houden over een mogelijke alternatieve invulling voor de HSL-Zuid? Ik zou die vraag graag in drie deelvragen willen splitsen. Mag de Staat dat? Hoe moet de Staat dat dan doen? Welke speelruimte heeft de Staat nog na afloop van die marktconsultatie?

Bij de beantwoording van die vragen ga ik ervan uit dat de Kamerleden van mij willen horen wat er juridisch kan, mag en moet. Daarom wil ik dit abstraheren van een aantal beleidsvragen die bij de voorbereiding en de inrichting van een marktconsultatie in een concreet geval kunnen worden gesteld. Er kan bijvoorbeeld gevraagd worden wat nu het doel is van de marktconsultatie of welke vorm er het beste gekozen kan worden; gesloten of open, schriftelijk of mondeling. Het antwoord op de juridische vragen wordt namelijk niet anders door de specifieke beleidskeuzes die in dezen door de Staat gemaakt worden.

Dat brengt me bij de eerste vraag: mag de Staat tot een marktconsultatie overgaan? Ja. Aanbestedingsrechtelijk mag dat zolang de Staat er bij de inrichting en afwikkeling van zo'n marktconsultatie en bij het eventueel doorschakelen naar een aanbesteding maar voor zorgt dat er sprake blijft van een level playing field voor iedereen die aan die aanbesteding meedoet. Dan ben ik in feite al bij de tweede vraag, maar er is nog veel meer te zeggen over die eerste vraag.

In het Kamerdebat van dinsdag 18 juni heeft de staatssecretaris de vraag naar de mogelijkheid van een marktconsultatie vooral geproblematiseerd vanuit de verhouding die dan mogelijk ontstaat tussen de Staat aan de ene kant en de marktpartijen aan de andere kant. Daar kom ik zo nog op terug. Het was echter de minister van Financiën die de mogelijkheid van een marktconsultatie problematiseerde in het licht van de bestaande concessieverhouding tussen de Staat en de High Speed Alliance (HSA). Daar kan ik het volgende over zeggen. De omstandigheid dat er op dit moment een contract bestaat tussen de Staat en de HSA als zittende concessiehouder doet niets af aan de mogelijkheid om nu al een marktconsultatie te organiseren. Aanbestedingsrechtelijk is er niets op tegen dat de Staat zich als concessieverlener anticiperend op een

eventuele beëindiging van de lopende concessie op de markt oriënteert met het oog op de continuering van de dienstverlening na die beëindiging. Normaal gesproken zou dat gebeuren tegen de einddatum van een overeengekomen gewone concessietermijn, maar het kan natuurlijk ook als er een reële kans bestaat dat de concessie op een ongewone manier tot een einde komt, bijvoorbeeld als de Staat zou besluiten die overeenkomst te ontbinden omdat de HSA zich niet langer aan haar verplichtingen houdt.

Dat het de Staat op dit moment aanbestedingsrechtelijk vrij staat om een marktconsultatie te houden, laat onverlet dat de Staat zich mogelijk contractueel jegens de HSA heeft verbonden om af te zien van het houden van een marktconsultatie. Een dergelijke contractuele afspraak kan worden vergeleken met een afspraak tussen twee onderhandelende partijen – vaak wordt die vastgelegd in een letter of intent – om gedurende een bepaalde periode niet met derden te onderhandelen over het object van de onderhandeling. Als zo'n afspraak bestaat tussen de Staat en de HSA heeft de Staat daarmee de weg naar een marktconsultatie voor zichzelf afgesneden gedurende de periode waarin aan de HSA een exclusieve positie is toegekend, bijvoorbeeld tot 1 oktober 2013.

Dat brengt me bij de tweede vraag. Welke grenzen stelt het recht, in het bijzonder het aanbestedingsrecht, aan de inrichting van een marktconsultatie? De kern van de zaak is dat voorkomen moet worden dat een deelnemer aan zo'n marktconsultatie op een later tijdstip, namelijk bij een eventuele aanbesteding, een oneerlijke voorsprong op de concurrentie heeft. Dan gaat het om een voorsprong die verkregen is doordat de Staat belangrijke informatie die tijdens de marktconsultatie is gegenereerd en die aan die ene marktpartij ter beschikking is gesteld, niet ter beschikking stelt aan marktpartijen die wel aan de aanbesteding deelnemen, maar eerder niet aan de marktconsultatie hebben deelgenomen, bijvoorbeeld omdat zij daartoe niet waren uitgenodigd.

Verder wil ik nog opmerken dat de Staat op twee verschillende manieren de marktconsultatie zou kunnen ingaan. In de eerste plaats door aan te sluiten bij de kaders van de bestaande concessie. Daarmee wordt in feite de vraag naar een volwaardig alternatief voor de invulling van die bestaande concessie zoals de Staat die op 7 juni bij de HSA heeft neergelegd, de facto ook aan andere marktpartijen voorgelegd. In de tweede plaats zou de Staat ervoor kunnen kiezen de kaders van de huidige concessie los te laten en aan te passen aan nieuwe, gegroeide inzichten. In dat geval heeft de marktconsultatie betrekking op de verkenning van een mogelijke nieuwe concessie. In die optie zou ook de HSA de ruimte krijgen om als deelnemer aan die marktconsultatie de kaders van de huidige concessie te verlaten. Die ruimte heeft de HSA op dit moment niet aangezien ze met een volwaardig alternatief voor de invulling van de bestaande concessie zal moeten komen.

Dat brengt me bij de derde en laatste vraag. Daar zit, zoals ik uit het verslag heb begrepen, voor de staatssecretaris de echte zorg. Zij meent dat de Staat met het houden van een marktconsultatie mogelijk verwachtingen wekt die zelfs zouden kunnen leiden tot een aanbestedingsplicht voor de Staat. Voor die zorg bestaat geen juridische grond. Zelfs als de Staat het onderwerp niet zou adresseren in de uitnodiging tot deelname aan de marktconsultatie, zal iedere marktpartij moeten begrijpen dat de Staat zich met die uitnodiging tot niets verplicht. Eventuele verplichtingen ontstaan pas zodra de Staat daadwerkelijk zou besluiten om na de marktconsultatie door te schakelen naar een aanbesteding. Dan komen we in feite weer bij de tweede vraag uit, namelijk hoe de Staat zich dan moet gedragen. Ook zouden ongewenste verwachtingen vooraf in heldere bewoordingen kunnen worden beperkt in de uitnodiging tot deelname aan de marktconsultatie zelf. Dat is wat mij betreft de manier waarop de juridische vragen op hoofdlijnen beantwoord zouden moeten worden.

De **voorzitter**: Dank u zeer. Dan is nu het woord aan mevrouw Manunza, hoogleraar internationaal en Europees aanbestedingsrecht aan de Universiteit Utrecht.

Mevrouw **Manunza**: Voorzitter. Ik zie de zaken toch enigszins anders. In aanvulling op wat collega Jansen gezegd heeft, wil ik toch kijken naar wat er over marktconsultaties gereguleerd is. Dat is tot nu toe heel weinig. Alleen de huidige aanbestedingsrichtlijnen zeggen er kort iets over in de overwegingen en in de preambule bij de richtlijn. De Commissie is wel bezig met een aanpassing van de huidige richtlijn en heeft voorstellen gedaan die door de Raad op 16 juni zijn aangenomen. Daarin worden zowel in de richtlijn voor de klassieke sectoren als in de richtlijn voor de nieuwe sectoren twee nieuwe bepalingen geïntroduceerd over «markt-raadplegingen», zoals ze genoemd worden, geen «marktconsultaties» dus. Het is nog geen hard, bestaand recht – dat zal het misschien wel heel snel worden – maar er blijkt duidelijk uit dat de marktconsultatie door de aanbesteder moet worden geplaatst. Dit beantwoordt direct de vraag of de Kamer tot marktconsultatie zou kunnen overgaan. Dat is een intrigerende vraag die je zowel wilt beantwoorden qua wenselijkheid als qua juridische aspecten. Beide zou ik negatief willen beantwoorden en ik zal ook toelichten waarom.

Ik ga eerst even terug naar de marktconsultatie zoals die ontworpen is op Europees niveau. De aanbesteder moet die plaatsen. Anders dan mijn collega net zei, vind ik dat dit wel de verwachting schept dat er later een aanbesteding zal plaatsvinden.

Ik ben ook van mening dat zolang een concessie nog staande is en niet opengebroken is, je misschien wel tot consultatie kunt overgaan, maar het de vraag blijft of die beslissing wenselijk zou zijn. Natuurlijk zal de situatie anders zijn als de verleende concessie binnen afzienbare tijd vanzelf zal ophouden te bestaan omdat de termijn dan verloopt, terwijl dat toch anders is. Als ik het in eenvoudige woorden mag zeggen, vind ik dat de Staat niet van twee walletjes moet eten. Zolang die concessie nog staande is, kan het onwenselijk zijn dat er op dit moment al een marktconsultatie plaatsvindt. Het zou dus anders zijn als die concessie wordt opengebroken.

Een eventuele marktconsultatie door de Tweede Kamer zou ik zeer onwenselijk vinden. Vanuit het aanbestedingsrecht is dat ook juridisch gezien een gekke situatie omdat de Kamer zelf geen aanbesteder is en het ook niet zal worden. Ik vraag me af hoe dat staatsrechtelijk zit, maar dat is mijn terrein niet, dus daar durf ik mij niet over uit te spreken.

De **voorzitter**: Dank u zeer. Dan is het woord aan de heer Van Nouhuys, advocaat op het gebied van aanbestedingsrecht, staatssteunrecht en bouwrecht bij Straatman Koster.

De heer **Van Nouhuys**: Voorzitter. Ik denk dat dit typisch een onderwerp is waarvan veel mensen denken: wat maken die juristen het toch ingewikkeld. Ik denk echter dat we misschien het tegenovergestelde beeld zouden kunnen opwerpen, namelijk dat het juridisch niet zo ingewikkeld ligt op dit moment. De eerste vraag die voorligt, is of we een marktconsultatie kunnen houden. Als eerste moet dan worden vastgesteld dat een marktconsultatie geen omlijnd begrip is. Dat wordt het wellicht in de toekomst wel; mevrouw Manunza zei daar al wat over. Op dit moment geldt eigenlijk: vragen staat vrij en iedereen mag vragen wat hij wil. Daarmee kom je wel meteen op de vraag of dat wenselijk is. Dat je alles mag vragen, betekent niet dat het zin heeft om alles zomaar te vragen of dat je blij bent met de antwoorden die op die vragen terugkomen. Het enige voorbehoud is dat de Staat wellicht afspraken heeft gemaakt over dit soort marktconsultaties met bestaande partijen en dan is de Staat daaraan gebonden. Ik ken dat soort afspraken niet. Als de Staat geen

afspraken heeft gemaakt, zou op dit moment iedereen alles mogen vragen.

Ik begrijp uit de correspondentie en uit de reactie van de staatssecretaris dat er vooral angst bestaat dat er valse verwachtingen worden gewekt. Maar daar ben je zelf bij. Zodra de staatssecretaris bij een eventuele marktconsultatie zegt dat het volstrekt vrijblijvend is en dat zij nog niet weet of zij in de toekomst gaat aanbesteden, dan worden er geen valse verwachtingen gewekt. De keerzijde daarvan is de vraag wat het dan oplevert. Ik denk dat mensen dan niet zo snel het achterste van hun tong laten zien. Dat is bij dat soort marktconsultaties vaak een probleem. Een marktconsultatie eindigt namelijk met een zekere mate van openheid over de resultaten. Concrete aanbiedingen liggen daar dan niet voor. We weten ook al dat er groot enthousiasme in de markt is om hierop in te springen. Dat zal dus ook niet het verrassende resultaat van de marktconsultatie kunnen zijn. Mijn verwachting is, door de oogharen bezien, dat partijen wat concreter zijn over de termijnen waarop ze wat zouden kunnen en de eventuele randvoorwaarden die de markt daaraan stelt. Dan heb je een beeld. Ik denk ook dat het goed is om te beseffen dat, als er een marktconsultatie plaatsvindt, je in het najaar niet per se een concrete oplossing van een contractpartij hebt zoals de High Speed Alliance aan de ene kant en concrete voorstellen aan de andere kant. Ik verwacht dat dus niet. Natuurlijk, zelfs zonder een marktconsultatie zou iemand een aanbieding op tafel kunnen leggen en kunnen zeggen: kijk eens wat ik kan; daar heb je de marktconsultatie niet voor nodig. In het kader van de marktconsultatie kun je dan echter niet op dat aanbod ingaan, want het mag geen verkapte aanbesteding zijn. Dat kun je er ook niet van maken als je toevallig iets in de brievenbus krijgt waarvan je buitengewoon gecharmeerd bent. Is er een situatie denkbaar waarin een marktconsultatie heel veel zal gaan opleveren? Ik denk dat aan mensen die beter in dit dossier zitten, gevraagd moet worden wat er nog open staat, wat we nog willen weten en welke zaken er te zien zijn. Juridisch gezien lijkt me dit echter geen enkel probleem.

De **voorzitter**: Dank u zeer. Het woord is aan mevrouw Sütö, advocaat en juridisch adviseur bij LegalRail.

Mevrouw **Sütö**: Voorzitter. Dank voor de uitnodiging. Ik heb een klein memo gestuurd waarin ik kort inga op de vragen die hier gesteld zijn. Ik kan zeggen dat ik mij aansluit bij mijn collega's Jansen en Van Nouhuys. De vrees van de staatssecretaris dat zij door het houden van een marktconsultatie iets doet wat juridisch niet door de beugel kan, is onterecht. Mijns inziens zijn er geen belemmeringen, ook niet onder de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, die een marktconsultatie in de weg staan. Zij kan dat gewoon doen. Het moet wel op een open en transparante manier gebeuren. Over de manier waarop ze het moet doen, is wel het een en ander te zeggen. Als het open en transparant gebeurt, zijn er geen problemen. In deze markt is het, anders dan bijvoorbeeld in de shipping, sowieso minder problematisch omdat er minder aanbieders zijn. We hebben niet met zeer veel partijen te maken. Het aantal partijen dat iets kan met een hogesnelheidslijn is beperkt. Men kan zich dus heel gericht aandienen.

Is het noodzakelijk om na een marktconsultatie over te gaan tot een aanbesteding? Ik ken die wettelijke regel niet. Die is er volgens mij ook niet. Nogmaals, het is al eerder gezegd, ook die belemmering is niet aanwezig.

De vraag die overblijft, is dus de volgende. Is het wenselijk? Vanuit de spoormarkt geredeneerd zou ik denken: hoe sneller, hoe beter. Als we wachten tot 1 oktober en als dan blijkt dat NS een plan heeft dat misschien niet werkbaar is of niet voldoende doortastend is, is er kostbare tijd verloren gegaan als we dan pas met consulteren beginnen. En er is al

heel veel tijd verloren gegaan. Waarom zouden we wachten? Heeft dit traject niet al genoeg vertraging opgelopen? Partijen hoeven niet mee te doen aan een marktconsultatie. Zij kunnen daartoe worden uitgenodigd. Het is vervolgens aan de vervoerders om al dan niet mee te doen.

De **voorzitter**: Dank u zeer. Ik stel voor dat we nu een eerste ronde vragen stellen. Elk Kamerlid kan zijn vragen stellen. Geef daarbij ook aan wie de vraag gericht is.

De heer **De Rouwe** (CDA): Voorzitter. Dank voor uw aanwezigheid. Wij hebben vrij laat het initiatief genomen om u te horen om toch wat meer duidelijkheid te krijgen. Dat u gekomen bent, waardeer ik ontzettend. Dank ook voor uw inbrengen.

Ik vind het eigenlijk ontluisterend om te horen hoeveel mogelijkheden er gewoon zijn. Terecht wordt de vraag gesteld of we het moeten willen, maar juridisch is er kennelijk geen enkele belemmering. Uw adviezen lijken me glashelder, maar zijn wel tegenovergesteld aan wat ik eerder heb gehoord. De staatssecretaris heeft in haar antwoorden op vragen van de Kamer een tweetal zaken aangegeven op basis van een juridisch advies van de landsadvocaat. Zij verwijst ook naar antwoord 78. Daarin zegt zij: «Ik werk op dit moment binnen de huidige juridische relaties. Daarbinnen zijn NS en NMBS in de gelegenheid gesteld een alternatieve invulling van hun verplichtingen uit te werken. Wanneer er op dit moment met andere vervoerders gesproken wordt, kan dit juridische consequenties hebben.» Dat is haar basis om een verkenning of consultatie tegen te houden. Ik zou echt heel graag van de deskundigen willen horen of dit klopt. Eigenlijk zeggen zij al heel duidelijk dat het wel kan, mits het maar goed ingekaderd wordt.

Daarnaast heb ik nog twee vragen. De staatssecretaris heeft niet aangegeven – niet in de debatten, noch in de schriftelijke beantwoording – dat er sprake is van een onderlinge overeenkomst waarbij consultatie niet toegestaan zou zijn. De Kamer is dus geïnformeerd dat het niet kan, terwijl er meerdere keren naar gevraagd is waarom het wel of niet kan. Ik denk dus dat we ervan uit kunnen gaan dat dat niet aan de orde is. Mocht de Kamer nu of in oktober een consultatie willen – nu omdat we een goede vergelijking willen hebben en geen tijd willen verliezen of straks omdat we nu nog geen goed beeld hebben omdat we de anderen nog niet hebben gehoord – dan is mijn vraag: waar moet een consultatie dan uit bestaan? En wat is het verschil tussen nu consulteren, terwijl NS om een nieuw plan gevraagd is – dat is gewoon een feit – en straks consulteren als alle kaarten op tafel liggen omdat kennelijk besloten is dat de NS-aanbieding niet voldoende is en er alsnog moet worden overgegaan tot consultatie? Mijn laatste vraag is veel korter. Vandaag en in de afgelopen dagen kwam in het nieuws dat NS treinen aanschaf ter vervanging en om een tijdelijke oplossing aan te kunnen bieden. Dat zijn treinen die 160 km/u rijden terwijl in de concessie een veel hogere snelheid is afgesproken. Wanneer krijgen we de situatie dat de concessie dermate is aangepast dat zij eigenlijk gewoon opnieuw moet worden aanbesteed? Mij bekruipt namelijk het idee dat door dit soort zaken de concessie niet meer is wat zij oorspronkelijk was. Wat zegt het aanbestedingsrecht hierover?

De **voorzitter**: En aan wie stelt u deze vraag?

De heer **De Rouwe** (CDA): Ik stel die vraag aan iedereen.

Mevrouw **De Boer** (VVD): Voorzitter. We hebben nu de situatie waarin een meerderheid van de Kamer min of meer heeft ingestemd – misschien nog niet expliciet, maar ik heb geen andere voorstellen gezien – met het feit dat NS tot 1 oktober de gelegenheid krijgt om alsnog aan de concessie te voldoen. Gebeurt het vaker dat parallel daaraan marktconsultaties

plaatsvinden? Die vraag zou ik aan iedereen willen stellen. Hoe weeg je die twee tegen elkaar af? Dat lijkt mij moeilijk. Of je doet het een, of je doet het ander. Als je NS de gelegenheid geeft alsnog aan het contract te voldoen – dat is juridisch te doen gebruikelijk tussen partijen die een contract hebben nadat de een de ander in gebreke heeft gesteld – is het dan gebruikelijk dat daarnaast een marktconsultatie plaatsvindt? Hoe weeg je dan het een af tegen het ander? Als de NS alsnog voldoet, wat doe je dan met de marktconsultaties? Hoe toets je een en ander? Dat vind ik een moeilijkheid in dezen. Volgens mij is het het een of het ander. Ik begrijp tussen de regels door dat een marktconsultatie een vrij nieuwe figuur is. Wat is een marktconsultatie eigenlijk? Kan iemand zeggen: in plaats van twaalf keer kunnen wij wel achttien keer per dag rijden? Zijn er voorbeelden van marktconsultaties die hebben geleid tot een aanbesteding? Ik heb goed geluisterd en gehoord dat je onder voorwaarden een marktconsultatie kunt houden. Kan een marktconsultatie overgaan in een aanbesteding?

Mevrouw **Van Veldhoven** (D66): Voorzitter. Ik heb een korte vraag aan de heer Van Nouhuys. Hij sprak over het openbaar worden van de resultaten van de marktconsultatie. Hoe openbaar worden die? Wat wordt er precies openbaar? Dat was gerelateerd aan de vraag of men het achterste van zijn tong laat zien en of we er dan wat aan hebben. Wat zijn de regels daaromtrent?

Aan mevrouw Sütö en de heer Jansen – de heer Van Nouhuys was het er volgens mij ook mee eens – zou ik willen vragen waar de zorgen vandaan komen dat we een aanbesteding ingerommeld worden. Wij krijgen die zorg van het ministerie door. Als het ministerie hiermee gaat beginnen, wordt het misschien een aanbesteding ingerommeld, terwijl er misschien helemaal geen reden is om tot een aanbesteding over te gaan omdat NS misschien wel met een goed plan komt. Dan zou een marktconsultatie verder geen gevolgen moeten hebben. Het gaat inderdaad om het managen van de verwachtingen, maar welke andere randvoorwaarden moeten bij een eventuele marktconsultatie scherp in de gaten worden gehouden om zo'n risico te voorkomen?

In relatie tot de tijdswinst die je zou boeken als je nu een marktconsultatie uitvoert, vraag ik me af of je niet in de situatie kunt komen dat een aantal partijen op achterstand komt te staan als je van een marktconsultatie overgaat naar een aanbesteding. Mevrouw Sütö zei al dat bedrijven niet verplicht zijn mee te doen, maar hebben zij een achterstand als zij niet meedoen aan de marktconsultatie? Moet je dan alsnog tijd uittrekken voor die overige partijen? Kun je dan nog rekenen op tijdswinst?

De heer **Bashir** (SP): Voorzitter. Ik zou de aanwezigen willen bedanken voor hun komst en hun uiteenzettingen. Ik heb eigenlijk een korte vraag. Is de heer Jansen bereid om te reageren op mevrouw Manunza? Wil mevrouw Manunza nog reageren op de heer Van Nouhuys en mevrouw Sütö?

De heer **Hoogland** (PvdA): Voorzitter. Ik heb een aantal vragen. Ik richt die niet speciaal aan bepaalde personen. Misschien kan er in het algemeen op worden ingegaan? Ik begin met de evenwaardigheid die in het debat naar voren kwam. Kunnen de deskundigen toelichten wat evenwaardigheid precies is? De staatssecretaris heeft aangegeven dat zij bekijkt of het bod waarmee de NS komt op 1 oktober evenwaardig is aan hetgeen er nu ligt. Wat betekent dat precies? Wat is dat voor toets? Welke status heeft dat? Daarnaast heb ik een vraag over marktconformiteit. Hoe wordt daar precies naar gekeken? Hoe wordt dat getoetst? Welke rol heeft dat in de beoordeling of er kan worden doorgegaan? Stel nu dat zo'n toets negatief uitvalt of een bod niet evenwaardig is, kan er dan alsnog worden doorgegaan met de concessie? Of volgt daaruit een verplichting om

andere partijen te consulteren? Is er voor partijen een mogelijkheid om in beroep te gaan als die marktconformiteit niet goed blijkt uit te pakken of als die evenwaardigheid niet blijkt te kloppen? Als het NS-bod de toets niet doorstaat, moet dan de concessie worden ingetrokken? Of kan de staatssecretaris ervoor kiezen dat niet te doen? Ligt die keuze bij haar of is dat open?

De **voorzitter**: Ik heb zelf een vraag die in het verlengde ligt van die van de heer De Rouwe. Wanneer treed je eigenlijk buiten de grenzen van de huidige concessie? Bij de hoorzitting die we recentelijk hebben gehouden met NS, NMBS en AnsaldoBreda is gebleken dat zowel NS en NMBS zeiden dat de klant eigenlijk een andere productmix wil dan oorspronkelijk in de concessie is opgenomen tien jaar geleden. In het verlengde van de vraag van de heer De Rouwe zou ik graag willen weten hoe je van partijen bij een marktconsultatie kunt vragen hoe volgens hen de huidige concessie te optimaliseren is, zodat je beter kunt inspelen op de vraag. Wat is dan het risico dat je tegelijkertijd loopt dat daarmee de huidige concessie wordt aangetast?

Ik stel voor dat we het rijtje afgaan en dat de deskundigen antwoorden op de vragen die aan hen in het bijzonder of in het algemeen zijn gesteld.

De heer **Jansen**: Ik begin met de vraag van de heer De Rouwe en van de voorzitter. Ik wil benadrukken dat ik me echt wil beperken tot de juridische kant van het verhaal. De heer De Rouwe vraagt hoe zo'n marktconsultatie precies moet worden ingericht. Dat is in belangrijke mate een doelmatigheidsvraag. Daarover zijn heel leesbare stukken beschikbaar, ook van het ministerie van Infrastructuur en Milieu zelf. Daarin worden complete spoorboekjes gegeven met het antwoord op de vraag welke beleidsbeslissingen in welke situatie genomen moeten worden. Dat zijn heel toegankelijke en beproefde documenten. Rijkswaterstaat is een van de meest ervaren partijen in Nederland als het gaat om het organiseren van marktconsultaties.

Ik kan wel iets zeggen over het verschil tussen nu of straks een marktconsultatie houden, want dat is wellicht de vraag die achter die vraag zit. Mevrouw Sütö wees er ook al op: het is gewoon een kwestie van tijd. Als wij nu al aan zien komen dat er een onnatuurlijk einde aan deze concessie gaat komen, dan is het beleidsmatig verstandig om op tijd je zaken op orde te hebben. Als mijn auto begint te sputteren, dan wacht ik ook niet met het kopen van een nieuwe totdat hij definitief langs de kant staat. Dan ga ik toch een dakpanconstructie aan en ga ik al eerder kijken naar vervanging. Het is niet aan mij maar aan u om te beoordelen hoe reëel de kans is dat de Staat zo meteen tegen de HSA zegt: tot hier en niet verder; ik gooi jullie van de concessie af. Als er een reële kans is dat dit gaat plaatsvinden, dan is het niet onverstandig om in een eerder stadium dan het echte einde al een marktverkenning uit te voeren.

De heer **Bashir** (SP): Dit lijkt me toch meer een politiek antwoord. Ik dacht dat dit toch een meer juridische hoorzitting zou zijn. Ik wil de heer Jansen vragen de verschillen in juridisch opzicht uit te leggen, als die er zijn tenminste.

De heer **Jansen**: Die zijn er niet. Er zijn geen juridische verschillen. Je kunt op elk willekeurig ogenblik een marktconsultatie starten, zoals we eerder al zeiden. Het is verder een kwestie van de inrichting van die procedure. Je moet zorgen voor een level playing field voor alle deelnemende partijen. Verder is het puur een beleidsbeslissing om te wachten tot oktober, tot 2014 of om er nu al mee te beginnen. Daar moet een jurist zich verder buiten houden, dat ben ik met de heer Bashir eens. Maar als hij mij naar het verschil vraagt, dan zit het «m daar.

Mevrouw **Manunza**: Ik wil toch even reageren op de mythe van de tijdwinst. Als je een marktconsultatie doet omdat je tijd wilt winnen, dan moet je je wel afvragen wat het argument daarvoor is. Je moet je afvragen wat je met de marktconsultatie wilt. Het heet niet voor niets een «marktverkenning». Je wilt de markt verkennen. Je wilt je voorbereiden op hetgeen komen gaat, namelijk een aanbesteding. Maar als dat zo pregnant is en urgent, wat let je dan om direct aan te besteden, zonder een marktconsultatie? Met andere woorden, het is de vraag of je echt tijd wint, juist in een markt met weinig partijen. Terecht zou kunnen worden opgemerkt dat dit een politiek antwoord is, maar in het aanbestedingsrecht lopen doelmatigheids- en rechtmatigheidsaspecten door elkaar. Je krijgt nooit een echt helder beeld als je beide aspecten niet bij elkaar betreft. Onlangs hebben we in Utrecht niet voor niets een research center opgericht dat juist het doel heeft om de economische en de juridische aspecten met elkaar in synergie te onderzoeken en te bekijken wat op welk moment de beste beslissing kan zijn. Er zijn heel veel keuzes in het aanbestedingsrecht. Dit is het bewijs dat er voor een bepaald stramien gekozen is. Ik zou het heel anders hebben gedaan, als ik de keuze had gehad en in de plaats had gestaan van de staatssecretaris. Maar de situatie is nu eenmaal zoals zij is. De vraag is wat gezien de situatie de beste beslissingen zijn, ook juridisch. Zelfs in juridische beslissingen kun je doelmatigheidsvragen stellen. In die zin wil ik bevestigen wat collega Jansen net gezegd heeft.

De **voorzitter**: Voordat we teruggaan naar de heer Jansen zou ik ook de heer Van Nouhuys en mevrouw Sütö willen uitnodigen om in te breken op de bijdrage van hun collega's als zij dat willen. Doe dat gerust. Dat maakt het alleen maar levendiger, maar doe het wel puntig, want we willen het wel een beetje to the point houden.

De heer **Jansen**: Dan kom ik bij de tweede vraag van de heer De Rouwe. Die sluit ook aan bij de vraag van de voorzitter. Wanneer ben je de grens overgestoken naar een ander contract dan het contract dat ooit gesloten is? Dat is een vraag die mij in dit dossier ook al heel lang bezighoudt. Hij is lastig te beantwoorden omdat je er bepaalde voorinformatie voor nodig hebt. Je zult namelijk moeten weten wat de partijen in concreto hebben afgesproken in de concessieovereenkomst. Welke verplichtingen en risico's liggen er exact bij de HSA? Dat is een belangrijke vraag. Ook is het belangrijk om te weten wat het contract tussen die twee partijen zegt over de mogelijkheden om tot wijziging over te gaan. Waren die wijzigingsmogelijkheden bij alle deelnemers aan de aanbesteding destijds in 1999/2000 bekend? Als we het antwoord op die vragen niet weten – ik weet het niet – dan is het heel lastig om te beoordelen in hoeverre dit contract inmiddels zodanig is gewijzigd dat het aanbestedingsrechtelijk zo wezenlijk gewijzigd is dat het een ander contract is geworden.

Mevrouw **De Boer** (VVD): Europa gaat inderdaad bekijken of het marktconform is en of het een nieuwe concessie is. Dat kan immers. Als het zo veel afwijkt dat het een nieuwe concessie is, dan hadden we moeten aanbesteden. Die toets gaat Europa volgens mij doen. Bent u daarmee bekend?

De heer **Jansen**: Jazeker. Het kan bijna niet anders – nu ga ik speculeren, want ik heb het contract niet gezien – of we zijn het stadium van de wezenlijke wijziging allang gepasseerd. Tot twee keer toe is het risico van de HSA aanzienlijk verlicht. De concessievergoeding die betaald moest worden, is bij mijn weten twee keer aanzienlijk verlaagd. Daarmee is een belangrijk risico uit de risicoportefeuille van de HSA weggehaald. In theorie zou een andere partij die destijds aan de aanbesteding heeft deelgenomen, het standpunt kunnen innemen dat zijn kansen heel anders

waren geweest als dat standpunt bij het begin van het spel al was ingenomen. Waarom gaan die partijen dan niet procederen? Dat is een terechte vraag waarop ik het antwoord niet weet. Dat zouden we aan die partijen moeten vragen. Het intrigeert mij in ieder geval dat dit debat nog niet openlijk gevoerd is.

Mevrouw **Sütö**: Ik sluit mij opnieuw aan bij collega Jansen. Ik heb wel een idee waarom men niet gaat procederen. Als je op het vinkentouw zit om een concessie over te nemen, dan wil je de Staat ook niet tegen je innemen door onnodig te polariseren. Het is inderdaad waar dat de concessie tot tweemaal toe dermate is aangepast dat het heel reëel is om je af te vragen of dit nog het verhaal is dat indertijd in de markt is gezet. We zien nu ook dat de TRAXX die worden aangeschaft lang niet de snelheid halen die beoogd is in de concessie. We zien dus opnieuw een wijziging op een cruciaal punt. Tja, hoever kan dit doorgaan? Wat betreft die TRAXX vind ik nog iets anders interessant. Ik dacht dat NS in 2008 ook al een aantal TRAXX had aangeschaft. Waar die gebleven zijn, is een vraag die buiten dit debat valt.

Mevrouw **De Boer** (VVD): Ik heb begrepen dat we niet weten waarvoor NS ze eigenlijk heeft aangeschaft, misschien voor ander gebruik. Weet u dat wel? Weet u voor welk doel ze zijn aangeschaft?

De **voorzitter**: Ik denk dat dit een beetje buiten het kader van deze bijeenkomst valt. Volgens mij moet mevrouw Sütö daar ook over speculeren. Bovendien is dit niet het onderwerp waarvoor wij onze specialisten hebben uitgenodigd. Ik zou de discussie willen focussen op de vragen die hier aan de orde zijn.

De heer **Van Nouhuys**: Ik denk dat het goed is om ons te realiseren waarom deze discussies niet zomaar worden gevoerd. De juridische figuur van het wezenlijk wijzigen van een contract en vervolgens opnieuw moeten aanbesteden, heeft een groot gehalte aan gelijk hebben maar niet gelijk krijgen, en andersom. We hebben er in dit land voor gekozen om alles wat een partij aanbestedingsrechtelijk niet bevalt bij de rechter op te lossen. Dat moet ook wel: als je een contract wilt openbreken, moet iemand dat bestaande contract doorknippen met alle gevolgen van dien. Dat is nogal wat. Je moet dus een ontzettend sterke zaak hebben om überhaupt een kans te maken. Meestal is er dan een voorzieningenrechter die zich een beeld vormt. Die moet op een achternamiddag in zijn eentje dan maar durven zeggen dat een miljoenenconcessie niet meer verder mag worden uitgevoerd. Dat maakt dat partijen alleen gaan bewegen als ze het heel zeker weten én als er een alternatief voorhanden is. Zitten we nu buiten de grenzen? Op het eerste gezicht is het wel opvallend wat er nu allemaal verandert. We moeten ons echter ook realiseren dat de vraag of er opnieuw aanbesteed moet worden, moet worden beantwoord in het licht van het aanbestedingsrecht. Het lastige is dat concessies voor vervoer, bijvoorbeeld op het hoofdrailnet, niet worden aanbesteed. Dus zelfs het feit dat je vroeger wel hebt aanbesteed, werpt volgens vaste rechtspraak in Nederland geen plicht op om een volgende keer weer verplicht aan te besteden; hoe «on-netjes» het ook is tegenover de andere deelnemers van destijds dat je eerst Pietje aanwijst als winnaar en vervolgens aan alle touwtjes gaat trekken.

De heer **De Rouwe** (CDA): De HSA en de Fyra zijn wel aanbesteed. In principe ligt daar een situatie die aansluit bij de aanbestedingswetgeving. Nu heb ik begrepen dat in die aanbestedingswetgeving, die u vele malen beter kent dan ik, wel gesproken wordt – ik zeg het in mijn eigen woorden – over minimale en majeure veranderingen. Klopt dat? Wat wordt daar in het recht over gezegd? Welke afstanden worden gehanteerd?

De heer **Van Nouhuys**: Als er een aanbestedingsplicht is en er is aanbesteed, dan heb je een duidelijk voorwerp dat is aanbesteed. Als dat wezenlijk wijzigt, kan dat worden aangemerkt als het verlenen van een nieuwe opdracht. Dan moet je opnieuw aanbesteden. Dan geldt echter ook dat die nieuwe opdracht weer onder de aanbestedingsplicht valt. Bij de concessie waar het hier om gaat, is het maar de vraag of die aanbesteed moet worden. Dat is destijds gebeurd. Het is niet netjes ten opzichte van de andere deelnemers om haar te wijzigen. Uit het enkele feit dat je hebt aanbesteed, volgt echter geen nieuwe aanbestedingsplicht. Daar worden ook debatten over gevoerd, want vriend en vijand zijn het erover eens dat dit wel een beetje gek is. Je kunt dus Jan en alleman gebruiken om leuk mee te doen in die aanbestedingsprocedure en daarna eigenlijk te doen waar je zelf zin in hebt. Dat kan volgens sommigen niet de bedoeling zijn. Maar zolang de wetgever daar niets voor regelt, kan het dus gewoon.

Het formele aanbestedingsrecht maakt inderdaad onderscheid tussen kleine en grote wijzigingen, maar ook dat moet in de context van de opdracht worden gezien. In een langdurige overeenkomst die veel meer functioneel is omschreven, zal relatief veel meer mogelijk zijn dan in een bestek dat tot op de euro is uitaanbesteed en waarin elke kleine wijziging mogelijk consequenties heeft. Zo zul je altijd naar de context moeten kijken om te bepalen of het een wezenlijke wijziging is. Dit geval, met een snelheidsverandering en zo, klinkt wel majeur.

De **voorzitter**: Ik geef ook de andere deskundigen even de gelegenheid om hierop te reflecteren. Daarna keren we terug naar de heer Jansen.

Mevrouw **Manunza**: Ik wil toch iets aanvullen. De heer De Rouwe vroeg hoe het zit met wezenlijke wijzigingen en met de treinstellen die zijn aanbesteed. Er moet een onderscheid worden gemaakt. Er is een concessie voor het uitvoeren van diensten op de rails. Daarnaast heb je het kopen van de treinen. Dat valt heel eenvoudig onder het harde aanbestedingsrecht. Daar zijn harde regels voor. Als er veranderingen komen binnen die contracten gelden alle regels die door het Hof van Justitie van de Europese Unie in het Presetext-arrest zijn vermeld. Dat gaat over forse wijzigingen, bijvoorbeeld van de prijzen. Dat soort dingen geeft aanleiding tot een nieuwe aanbesteding. Iets anders zijn de concessies voor diensten. Die zijn in Europa tot nu toe niet gereguleerd. Dat verandert want er komt een nieuwe richtlijn. In Nederland heeft de wetgever er met de invoering van de Aanbestedingswet in 2012 wel voor gekozen om een minimumaantal eisen te stellen aan concessies voor diensten. Daarin ben je dus niet totaal vrij. In tegendeel, daar gelden ook beginselen en die moeten in acht worden genomen. Het belangrijkste beginsel is het transparantiebeginsel. Als je zo'n concessie wilt verlenen, word je wel geacht dat met inachtneming van het transparantiebeginsel, gelijkheidsbeginsel en proportionaliteitsbeginsel te doen. Dat komt dus vaak neer op aanbesteden. De zaken worden gecompliceerd door het feit dat personenvervoer per spoor toch een andere zaak is als het gaat om de concessie voor diensten. Daar kunnen uitzonderingen een rol spelen. Die moeten goed in kaart worden gebracht.

De **voorzitter**: Dank u wel. Dan keren we terug naar de heer Jansen.

De heer **Jansen**: Ik kom bij de vragen die mevrouw De Boer heeft gesteld. Zij vroeg of het vaker voorkomt dat een marktconsultatie plaatsvindt parallel aan een bestaande relatie met de zittende partij. Zij vroeg hoe je dan precies de afweging maakt om – vergeef me de beeldspraak – voor een parallel spoor te gaan en hoe je die toetst. We moeten vooropstellen dat het hierbij om zakelijke partijen gaat. Dat is precies ook de achtergrond van de opmerking die minister Dijsselbloem van Financiën tijdens

het debat maakte: hoe kan hij dit nou gaan doen terwijl er nog een afspraak loopt met een andere partij? We moeten echter niet uit het oog verliezen dat, als een bestaande relatie op haar eind dreigt te lopen, hetzij langs natuurlijke hetzij langs onnatuurlijke weg, en je te maken hebt met niet alleen je eigen belang, maar ook met publieke belangen, er best iets voor te zeggen valt om een parallel spoor op te gaan, zeker als je daar ook duidelijk over bent tegenover je contractpartij. Die krijgt de kans om er tot 1 oktober het beste van te maken en je vindt hem net zo aardig als anders, maar intussen ga je wel voor de zekerheid en gelet op dat publieke belang een parallel pad bewandelen. Dat is niets persoonslijks, maar gewoon iets zakelijks.

Dan kom ik op de vraag wat een marktconsultatie eigenlijk is. Zijn er voorbeelden van marktconsultaties die hebben geleid tot een aanbesteding? Ik zou zeggen: alleen maar! De meeste marktconsultaties monden uit in een aanbesteding. Maar soms brengt een marktconsultatie informatie in de markt naar boven waardoor de beoogde aanbestedende partij de verstandige beleidsbeslissing kan nemen om niet toe aanbesteding over te gaan. Het is dus het voorportaal van een eventuele aanbesteding. Je gebruikt de informatie-uitwisseling in zo'n marktconsultatie om belangrijke beleidsbeslissingen te kunnen nemen over een bepaalde inkoop. De beleidsbeslissing kan zijn – en is ook vaak – dat men gaat aanbesteden op basis van een opdrachtspecificatie die is vastgesteld op basis van informatie uit de markt.

Dan kom ik op de vraag van mevrouw Van Veldhoven. Waar komen de zorgen vandaan over het eventueel in een aanbesteding gerommeld worden? Dat is namelijk een zorg van de staatssecretaris. Deze vraag sluit ook aan bij die van mevrouw De Boer. Kunnen we eventueel voorzorgsmaatregelen nemen? In het document dat binnen het ministerie zelf als een belangrijk document wordt gezien om marktconsultaties te organiseren, namelijk de werkwijzer marktconsultatie van Rijkswaterstaat, en ook in documenten van PIANOo Expertisecentrum Aanbesteden zien we dat er juist op dit punt duidelijke instructies worden gegeven aan organisatoren van een marktconsultatie om verwachtingen goed te managen. In een uitnodiging tot marktconsultatie geef je duidelijk aan dat je je er niet toe verplicht om tot een aanbesteding over te gaan. Dat zijn gewoon standaard instructies uit deze documenten en die worden ook standaard toegepast. Die zorg deel ik dus eigenlijk niet.

Dan kom ik op de vraag over de eventuele achterstand van partijen die niet aan de marktconsultatie hebben deelgenomen. Die raakt aan de vraag hoe je een marktconsultatie inricht. De kernverplichting van de overheid is ervoor te zorgen dat er in die marktconsultatie geen informatievoorsprong gegenereerd kan worden die partijen die niet aan de marktconsultatie hebben deelgenomen en wel meedoen aan de aanbesteding, op achterstand zet. Dat schept een verplichting voor de aanbesteder om die informatievoorsprong zo veel mogelijk te neutraliseren. Dat verklaart ook dat je niet iedereen hoeft uit te nodigen voor een marktconsultatie. Dat kun je doen, dat zou dan een beleidsbeslissing zijn, maar juridisch bestaat die verplichting niet. Als je er maar wel voor zorgt dat de informatieachterstand bij de aanbesteding zelf volledig geneutraliseerd wordt.

Mevrouw **Manunza**: Dat is natuurlijk een enorme uitdaging. Ik onderschrijf deze uitleg geheel. Vergeet echter niet dat je niet kunt verbieden dat NS en de HSA zich inschrijven voor de marktconsultatie. Die hebben een enorme voorsprong. Dan zul je wel bijzonder handig moeten zijn om ervoor te zorgen dat al die beginselen waarover we het hadden, niet in het gedrang komen. Natuurlijk, niets is onmogelijk, maar het wordt wel complex om ervoor te zorgen dat die spanning niet ontstaat.

Mevrouw **Van Veldhoven** (D66): Als er een partij deelneemt die zo veel voorkennis heeft, zou die heel goed uit de marktverkenning kunnen

komen. Ik proef echter ook iets anders. Het neutraliseren van die informatieverschillen als er tot aanbesteding wordt overgegaan, kan een enorme overdracht van informatie betekenen van NS naar derde partijen. Dat kan voor NS een reden zijn om niet mee te doen. Ligt het risico dan bij die partijen? Of is er echt een risico op er ingerommeld worden en dan verplicht zijn tot aanbesteding? Dat hoor ik mevrouw Manunza eigenlijk zeggen.

Mevrouw **Manunza**: «Rommelen» is een woord dat in mijn woordenboek eigenlijk niet voorkomt. Ik ben van mening dat je het op de meest rationele wijze moet laten aansluiten. Je moet wel trachten dat te doen. Er zijn genoeg aanwijzingen om het goed te laten doorlopen.

De heer **Van Nouhuys**: Ik zie een beetje een spraakverwarring ontstaan over die informatievoorsprong. In het kader van een marktconsultatie ligt het volgens mij niet heel erg voor de hand dat bepaalde partijen een informatievoorsprong krijgen omdat uiteindelijk de vraagsteller bepaalde informatie beschikbaar stelt. Hij stelt de vraag, geeft de achtergrondinformatie en vraagt wat men voor hem kan betekenen. Die informatie is voor iedereen hetzelfde. Bij een aanbestedingsprocedure kun je ervoor zorgen dat die informatie nog steeds beschikbaar is en mensen kunnen die ook in de tussentijd opvragen. Als je naar aanleiding van de marktconsultatie bij de aanbesteding die daar eventueel op volgt, gaat toeschrijven naar iemand, of dingen hebt gehoord en nog wat extra informatie geeft, dan gaat het mis. Maar dat speelt bij elke aanbesteding, ook zonder marktconsultatie, en is dus niets bijzonders.

Daarnaast heb je bij elke aanbesteding een zittende partij. De High Speed Alliance heeft nu een paar jaar ervaring opgedaan. Dat voordeel hoeft je haar niet af te nemen en kun je haar niet afnemen. Ik denk zelfs dat er mensen zullen zijn die denken: nou, wat een voordeel is dat. Het belet ook anderen niet om een beter voorstel neer te leggen. Bij een aanbesteding hoeft je dus niet alle verschillen tussen marktpartijen weg te halen. Integendeel, daardoor bestaat er juist marktwerking; zonder verschillen geen marktwerking.

Mevrouw **Van Veldhoven** (D66): Wat moet er nou precies openbaar gemaakt worden aan het einde van zo'n marktconsultatie? Dat kan het natuurlijk meer of minder aantrekkelijk maken voor partijen om eraan deel te nemen.

De **voorzitter**: Die vraag had u geloof ik al wel gesteld, maar ik stel voor de lijn vast te houden. De heer Jansen was nog bezig met zijn beantwoording.

De heer **Jansen**: Ik zal die vraag toch maar meteen meenemen. Een van de instructies die wordt meegegeven aan de organisatoren van een marktconsultatie is om van de gedachtewisselingen die daar plaatsvinden een zo gedetailleerd mogelijk verslag te maken en ook ter beschikking te stellen aan iedereen die erbij was én aan degenen die aan de aanbesteding besluiten mee te doen terwijl ze niet bij de marktconsultatie waren.

Mevrouw **Van Veldhoven** (D66): Mag ik dan vragen wat die uitwisseling precies betekent? Tot nu toe heb ik begrepen dat een verzoek ook na een marktconsultatie aan de aanbestedende partijen ter beschikking moet worden gesteld als ze daar interesse in hebben. Maar wordt het bod van bij de marktconsultatie betrokken partijen ook openbaar gemaakt? Waar heeft die uitwisseling precies betrekking op?

De heer **Jansen**: Dat hangt af van het doel van de marktconsultatie. Welke informatie wil je uit die marktconsultatie halen? Een aanbesteder kan zijn probleem en zelfs de oplossing daarvoor zelf al kennen, maar graag een check van de markt willen. Moet je het zo doen of moet je überhaupt die vraag wel stellen? Ook omgekeerd kan het. De Staat kan heel vaag zeggen dat er een verbinding van A naar B nodig is, maar dat hij graag van de markt waar de expertise zit, wil horen hoe dat moet. Welke vraag moet de Staat in de aanbesteding stellen zodat de dekseltjes van de markt mooi op het potje van de Staat passen en er sprake is van een goede match? Daar kan een marktconsultatie ook over gaan. Van de marktconsultatie moet je niet verwachten dat er verschillende partijen bij elkaar zitten en dat ze zeggen: als je het zo opschrijft, bied ik zo veel. Daar gaat het niet om. Men helpt als het ware de aanbesteder om beter over zijn vraag na te denken. Ook laat men zien wat mogelijke oplossingsrichtingen zijn en hoe de vraag moet worden opgeschreven zodat die oplossing ook is toegestaan. Dat is het doel.

Ik was gebleven bij de vraag van de heer Bashir of ik wil reageren op de stellingname van mevrouw Manunza. Die reactie moet dan over twee onderwerpen gaan. In de eerste plaats is het volkomen waar dat de marktconsultatie in de toekomstige richtlijnen iets meer gereguleerd wordt dan nu het geval is. Ik val haar dus bij. Feit is wel dat die regeling er nu nog niet is. We zullen dus even moeten wachten tot de nieuwe richtlijnen aangenomen en geïmplementeerd zijn. Dan mogen we onze nationale Aanbestedingswet op zijn kant leggen om deze richtlijnen te implementeren. Daarnaast sprak zij over de verwachtingen die gewekt worden. Daarvoor verwijs ik naar mijn eerdere beantwoording. Die verwachtingen moet je goed managen in de manier waarop je de marktconsultatie organiseert. De bestaande instructies voor organisatoren van marktconsultaties sluiten daar in feite al bij aan: let op, u wordt uitgenodigd, maar dat schept geen verplichtingen; of ik ga aanbesteden moet ik ook nog maar zien. Ik denk dus dat dat vrij eenvoudig te onderwerpen is.

De heer **Bashir** (SP): Dank, maar ik heb wel een vraag over dat verwachtingenmanagement. U sluit dus eigenlijk uit dat er risico's ontstaan als je de verwachtingen goed managet. Er kan toch een risico optreden ondanks de verwachtingen. Uit het verleden bestaat de ervaring dat een marktconsultatie bijna altijd tot een aanbesteding leidt. Mensen zouden rechten kunnen ontlenen aan het feit dat er een marktconsultatie is geweest.

De heer **Jansen**: Het makkelijke antwoord is dat je dat kunt uitsluiten omdat in de uitnodiging standaard geëxpliciteerd wordt dat een marktconsultatie geen enkele verplichting schept. Dan ben je duidelijk naar de partijen. Maar zelfs als je dat niet zou doen, zal een professionele partij dat weten, gelet op de aard en het doel van de marktconsultatie. Ik moet mij als aanbesteder namelijk oriënteren op de markt. Misschien wijst die oriëntatie wel uit dat het heel onverstandig is om een opdracht via aanbesteding in de markt te zetten. Dus ook impliciet kan die verwachting eigenlijk niet gewekt worden. Maar de veilige weg is om dit in de uitnodiging zelf expliciet te maken. De standaardinstructies wijzen daar ook op.

De heer **Van Nouhuys**: Wellicht is het wel een beetje vreemd om allerlei partijen om ideeën te vragen als nu al het besluit is genomen om niet aan te besteden, wat er ook uit die marktconsultatie komt. Alleen in die situatie zou ik zeggen dat je het niet moet doen. Dat je het overweegt, ook al is het misschien heel voorzichtig, is de enige verwachting die je wekt. Je geeft aan dat je erover nadenkt en wilt weten wat er nog meer te koop is.

Mevrouw **Sütö**: Zelfs als er werkelijk geen enkele intentie is om tot aanbesteding over te gaan, zou een marktconsultatie mogelijk zijn als je afsprekt een bepaalde rekenvergoeding te hanteren voor die marktconsultatie. Dan betaal je inderdaad voor het consulteren van de markt. Misschien zijn partijen dan bereid hun informatie te verstrekken, zelfs zonder de worst die hen wordt voorgehouden.

Mevrouw **Manunza**: Dat klinkt toch bijna als een aanbesteding.

Mevrouw **Sütö**: Zo zie ik het helemaal niet. Je consulteert de markt en je noemt het ook «marktconsultatie». De worst dat iemand straks de treinen mag rijden op dat spoor wordt duidelijk niet voorgehouden. Er wordt gewoon gevraagd welke oplossingen men kan verzinnen voor ons. Voor het aanleveren van die oplossingen wordt een bepaalde som overgemaakt.

De heer **Jansen**: Ik ben inmiddels aangekomen bij de vragen van de heer Hoogland. Hij vroeg wat we moeten verstaan onder de term «evenwaardigheid». Ik denk dat daarmee bedoeld wordt op het begrip dat ook in het kabinetsbesluit van 7 juni staat dat de HSA voor 1 oktober met een volwaardig alternatief moet komen. Ik vat «volwaardig alternatief» als volgt op. De bestaande concessieovereenkomst tussen de Staat en de HSA is gebaseerd op bepaalde eisen die de Staat heeft gesteld. Daar is ooit een aanbod op gekomen van de HSA: zo gaan we jullie probleem oplossen. Daarvoor is een overeenkomst gesloten. Daar is in de loop der tijd het een en ander aan veranderd – ik verwijs naar de discussie die we daarover gehad hebben – maar de kaders liggen vast. Er moet aan bepaalde randvoorwaarden voldaan worden en daarbij zullen ook NS en de HSA zich moeten houden aan de eigen invulling van die randvoorwaarden. Dat kan nu niet, zoals blijkt uit de Fyra-kwestie. Die eisen en randvoorwaarden zullen op een andere manier moeten worden ingevuld. Dan zullen we in de overeenkomst zelf moeten bekijken wat precies de eisen zijn waaraan de Staat de HSA kan houden, net als naar het aanbod dat de HSA destijds heeft gedaan, maar wat enigszins aangepast mocht worden, gelet op de ontwikkelingen in de tijd. Daar moeten we naar kijken.

De heer **Hoogland** (PvdA): Het ging mij om de juridische waarde van de term «evenwaardig». Wat betekent die? Ik heb in Van Dale gekeken. Daar gaat het om een activiteit van economisch gelijke waarde. Is het een term die bestaat? En wat is de betekenis er dan van? Misschien was het een verspreking; dat zou kunnen. Of het is een term die ik niet ken. Er werd echter wel een aantal keer gezegd dat dit een criterium was. Maar misschien is het een kwestie van spraakverwarring.

De heer **Jansen**: Ik zie in het stenografisch verslag dat de staatssecretaris inderdaad het begrip evenwaardigheid gebruikt en verwijst naar de marktconformiteitstoets. Volgens mij bedoelt ze daar gewoon het volwaardig alternatief mee dat naast de marktconformiteitstoets in het kabinetsbesluit is genoemd. Als ik er juridisch naar kijk, zie ik het volgende. Er ligt al een contractuele afspraak over wat er geleverd moet worden. Dat kan nu niet via de Fyra. Volgens mij staat er het volgende: dan zorg je maar dat je het op een andere manier levert, als ik maar krijg wat wij met elkaar hebben afgesproken.

De heer **Van Nouhuys**: Ik denk dat het logisch is om het te beschouwen als een term die de Staat zelf als contractpartner gebruikt. De partij met wie je de afspraak hebt, komt de bestaande afspraak niet na. Je kunt ook van je eigen aannemer vragen om met een evenwaardig alternatief te komen voor een kastdeurtje dat niet op een bepaalde manier kan worden

uitgevoerd. Dat is iets tussen contractpartijen. We hebben ook nog twee andere juridische gebieden. Klopt het qua staatssteun? Als je hetzelfde betaalt, maar er veel minder voor krijgt, zou dat een probleem kunnen zijn. Wellicht is er ook een aanbestedingsrechtelijk probleem, gelet op de procedure die is gevolgd, en kun je niet zomaar met elkaar door. Dat zijn losse of afzonderlijke rechtsgebieden die je zou moeten beoordelen. In die gebieden komt de term «evenwaardig» in ieder geval niet voor.

De heer **Jansen**: Dan kom ik op de vraag over de marktconformiteitstoets. Daar kan ik geen antwoord op geven. De marktconformiteitstoets ziet vooral op een financiële analyse. Ik weet dat de staatssecretaris op dezelfde vraag antwoord heeft gegeven in de schriftelijke behandeling die aan het Kamerdebat vooraf is gegaan. Het is een financieel-technische analyse; ik kan daar geen antwoord op geven.

Kunnen partijen in beroep gaan als de HSA de toets niet doorstaat in oktober? Kan de Staat besluiten om toch door te gaan? De Staat is niet verplicht om het contract met de HSA te ontbinden als zij zich niet aan het contract houdt. Dat hoeft de Staat niet te doen. Dat is een bevoegdheid van de Staat. Het kan zijn, maar dan belanden we weer in de discussie over de wezenlijke wijziging, dat concurrenten dan zeggen dat het welletjes is en dat de Staat maar risico's van het bordje van de HSA af blijft halen. Maar die discussie hebben we net gevoerd. Stel nu dat de HSA zegt dat ze die toets niet doorstaat. Op voorhand geeft ze dan dus al aan dat ze zich niet aan het contract gaat houden. Daarmee geeft de HSA in feite aan dat ze gaat wanpresteren: we hebben een afspraak, maar daar gaan we ons niet aan houden. Dan heeft de Staat de mogelijkheid, en die kan zij dan ook benutten, om te zeggen: nu is het klaar en we ontbinden de overeenkomst. Als de HSA er dan nog behoefte aan heeft, heeft zij de normale juridische mogelijkheden om daar in rechte tegen in het verweer te komen. Maar dat lijkt me lastig als je al aangegeven hebt dat je het contract niet gaat nakomen.

De **voorzitter**: Dan gaan we naar mevrouw Manunza.

Mevrouw **Manunza**: Ik heb steeds al gezegd wat ik vond van de uitleg van collega Jansen.

Ik kom nog even op de evenwaardigheid. De betekenis daarvan kun je opzoeken in de Van Dale, maar verder moet je daarover aan een Italiaanse niets vragen. Ik zal me hierover verder op de vlakte houden.

Wat betreft de marktconformiteitstoets kan ik moeilijk in de gedachten van de staatssecretaris treden. Ik weet niet of zij dat bedoeld heeft. Het is wel aannemelijk. Waarschijnlijk wordt er gedoeld op de marktconformiteit in het kader van een uitmaakttoets. Is er sprake van staatssteun als er niet wordt aanbesteed? De uitmaakttoets houdt eigenlijk kort gezegd in dat als niet volgens een bekend gemaakte openbare aanbestedingsprocedure een opdracht wordt verleend, de vraag rijst of de prijs wel conform het market investor principle is, dus of die marktconform is. Het is verder een financiële analyse die zorgvuldig zal moeten worden verricht. Daar kan ik dus ook niet inhoudelijk op antwoorden.

Ik wil nog even kort reageren op de heer Bashir. Hij vroeg ons om op elkaar te reageren omdat wellicht de indruk is gewekt dat wij niet op één lijn zitten. Ik wil meegeven dat zolang de concessie standhoudt je je heel goed moet afvragen in hoeverre een marktconsultatie zin heeft. Wat wil je met zo'n marktconsultatie te weten komen? Wat betreft het wekken van verwachtingen, moet je onderscheid maken. Voor zover ik de standpunten van de staatssecretaris begrepen heb uit het verslag, denk ik dat zij vooral bedoelt dat de verwachting wordt gewekt dat de concessie zal moeten worden opgebroken.

De heer **De Rouwe** (CDA): In uw eerste termijn gaf u vooral uw mening. U hebt nu de drie anderen gehoord. Deelt u, los van de vraag of het wenselijk is – daar hebt u vraagtekens bij gezet; prima – de analyse van uw collega's dat een marktconsultatie mogelijk is als je die maar goed inkleedt? Of klopt die opvatting niet? In eerste termijn wekte u een wat andere indruk. Ik wil het graag duidelijk hebben.

Mevrouw **Manunza**: Ik wil geen verkeerde indruk wekken. Ik ben voorstander van een aanbesteding op een zeker moment en wil dan ook andere partijen daarbij betrekken, maar ik vraag me af wat de winst is van een marktconsultatie daaraan voorafgaand. Wat wil je dan precies weten? Als je op 1 oktober niet blij bent met het voorstel van NS – het zou eigenlijk de HSA moeten zijn, maar dat staat niet in de brief van de staatssecretaris, wat gek is, want NS is strikt genomen niet de concessiehouder – dan breek je de concessie open en ga je opnieuw aanbesteden.

De heer **De Rouwe** (CDA): Dat was mijn vraag niet. U hebt het nu weer over de aanbesteding. Ik denk dat we een onderscheid moeten maken tussen een aanbesteding en een marktconsultatie. Door de andere experts is al aangegeven dat een en een niet per se twee is. Deelt u dat? Deelt u de opvatting dat het juridisch wel degelijk mogelijk is om nu een marktconsultatie te houden mits je die goed vormgeeft, met duidelijke voorwaarden vooraf? Of is dat juridisch onmogelijk?

Mevrouw **Manunza**: Zoals ik in het begin al zei, zou ik toch het onderscheid willen hanteren tussen het moment dat je dat doet omdat de concessie verloopt doordat die afgebroken wordt en het moment dat je dat doet omdat zij vanzelf verloopt. Mag het wel of mag het niet? In beginsel mag het. Ik ben er echter niet helemaal van overtuigd dat het dan doelmatig is.

De heer **De Rouwe** (CDA): Dat is een doelmatigheidsvraag, maar die staat los van de wet. U bent ervaringsdeskundige op het gebied van wetten. De vraag is heel simpel. Kan volgens de wet een marktconsultatie gehouden worden, los van de doelmatigheidsvraag?

Mevrouw **Manunza**: Er is niks gereguleerd. Dat zei ik al. Er is nog steeds niets gereguleerd. Er ligt een voorstel en dat wordt behandeld. Men is niet positief over het voorstel over de marktconsultatie. Dat lezen we tenminste in de vele amendementen die daarover op Europees niveau zijn ingediend. Men is bang voor wat er in de toekomst wordt vastgesteld aan bepalingen. Dat is het enige wat over de marktconsultatie gereguleerd is. De heer De Rouwe vraagt naar de positie van de wet, maar er is dus niets vast gereguleerd over marktconsultaties. Het is niet verboden, als je je maar houdt aan de uitgangspunten van het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel et cetera.

Mevrouw **De Boer** (VVD): U begon over de concessie. Pleeg je met het doen van een marktconsultatie contractbreuk? Kom je dan in die sferen terecht? Ik zou deze vraag eigenlijk wel aan alle vier de deskundigen willen stellen. Dat is een andere invalshoek.

De **voorzitter**: Ik stel voor om deze vraag eventueel in een tweede ronde terug te laten komen. Dit is meer een discussiethema. Daarmee glijden we een beetje af van de beantwoording waar we mee bezig waren. Ik wil graag de laatste twee sprekers ook de ruimte geven.

Mevrouw **Van Veldhoven** (D66): Ik heb een punt van orde. De heer Bashir en ik moeten om 19.00 uur naar het plenaire debat over minister

Schultz en misschien geldt dat wel voor meer mensen. Ik zou graag de eerste ronde van antwoorden afmaken.

De **voorzitter**: Dat gaan we doen.

De heer **Van Nouhuys**: Ik denk dat mijn collega Jansen een heel aantal vragen al goed heeft beantwoord. Daar sluit ik me dus bij aan. Een aantal vragen staat nog open en die zal ik langslopen.

Allereerst kom ik bij de vraag van de heer De Rouwe of het juridische consequenties heeft als we dit doen. Het is wel een beetje een doodoener om juristen als boemannen te gebruiken. Alles kan immers juridische consequenties hebben. Ik zie die nu niet. Het kan echter best zijn dat er een concreet gevaar is, bijvoorbeeld een contractuele afspraak of de overtuiging van de staatssecretaris dat zij het haar partner High Speed Alliance onmogelijk maakt om met een alternatief te komen als zij nu gaat bewegen. Personen die zij nodig heeft, zouden kunnen gaan stilzitten. Aan dat soort omstandigheden zou je kunnen denken. Ik denk dat je zeer concreet moet zijn over het risico en het daar met elkaar over moet hebben.

Dat leidt tot de vraag of het logischer is om het nu te doen of straks. Het hangt ervan af welk debat en welke informatie men te zijner tijd op tafel wil hebben. Als plan B, dat nu in opdracht van de staatssecretaris wordt gemaakt, niet werkt en er discussie komt over de vraag hoe het verder moet, kan ik me voorstellen dat het handig is om een beetje te weten wat de mogelijkheden zijn. Het kan zijn dat je zegt: laten we dat dan maar eens gaan uitzoeken. Dat is een keuze. Die tijdwinst zou je kunnen behalen. Het grootste risico is dat de markt op dit moment nog niet zo veel kan vertellen. Dan ben je hoogstens nauwelijks opgeschoten. Dat is dan zo. Hoe vaak loopt een marktconsultatie parallel aan deze fase? Ik ken daar niet heel veel voorbeelden van. Maar een marktconsultatie loopt bijna altijd parallel met een bestaande situatie waarvan je weet dat die op enig moment gaat aflopen en waarbij je ook weet dat er een nieuwe situatie gaat komen. In die zin is dat niet spannend. Ik ken geen voorbeelden uit de jurisprudentie waarbij een marktconsultatie tot een aanbestedingsplicht heeft geleid. In die zin kan men gerustgesteld zijn.

Mevrouw Van Veldhoven stelde twee vragen. Allereerst vroeg zij naar de openbaarheid van de resultaten. Zoals mevrouw Manunza al zei, is er niets gereguleerd, dus is er ook geen verplichting op dat punt. Er zijn wel twee kaders waarmee je rekening wilt houden. Er zal een discussie moeten plaatsvinden in oktober, of wanneer dan ook, over de verschillende oplossingsrichtingen. Dat betekent dat je bepaalde informatie op tafel wilt hebben. Dan is het logischer om vooraf in het kader van die marktconsultatie te vermelden wat je gaat publiceren zodat daarover in de openbaarheid kan worden gesproken. Dat helpt ook om ervoor te zorgen dat iedereen achteraf kan controleren dat je niet de oplossing van één bepaalde partij hebt omarmd omdat je die heel leuk vond en dat je de rest bent vergeten.

Daar zit misschien ook de zorg over het feit dat je een aanbestedingsprocedure ingerommeld kunt worden. Dat is natuurlijk een ongemakkelijk woord en misschien wordt het juist daarom wel gebruikt. Ik zie niet het risico dat je moet aanbesteden als je eenmaal met een marktconsultatie bent begonnen. Dat hebben we zojuist besproken. Maar misschien bedoelt de staatssecretaris iets anders. Als de marktconsultatie het resultaat oplevert dat allerlei marktpartijen best aardige oplossingen hebben die niet zo veel verschillen van wat de High Speed Alliance te bieden heeft, dan rijst de vraag waarom we samenwerken met de High Speed Alliance. Waarom vragen we dan niet iedereen om mee te doen? In die zin rommel je dan wel in de richting van een voor de hand liggende keuze: als het er toch zo uitziet, laat dan iedereen maar meedoen in plaats van slechts één partij waar we toevallig al zaken mee doen. Die zorg zou ik

kunnen begrijpen. Als je meer weet, zie je ook dat er andere smaken zijn en dat het gras elders groener is. In die zin komt er misschien meer politieke, praktische druk om meerdere partijen daadwerkelijk een aanbod te gaan vragen. Dat is de enige manier waarop ik die woorden zou kunnen begrijpen. Het is dus niet juridisch, wel politiek.

Ik heb het idee dat hiermee alle vragen die zijn gesteld, zijn beantwoord.

Mevrouw **Sütö**: Ik sluit me aan bij wat de collega's gezegd hebben en zal niet in herhaling vallen, want de meeste vragen zijn volledig en juist beantwoord. Ik wil nog wel even kort ingaan op de zorg van de staatssecretaris dat het houden van een marktconsultatie leidt tot het in een aanbesteding gerommeld worden. Wij zijn het erover eens: daar is geen sprake van.

Hoe waardevol is het dan om te wachten met het consulteren van de markt? De partijen die geconsulteerd kunnen worden, beschikken natuurlijk over een heleboel expertise. Dit zal voor hen niet nieuw zijn. Diverse partijen hebben indertijd ook meegedaan met de aanbesteding. Hun kennis en kunde kan veel informatie opleveren die waardevol kan zijn. Dat dit geen tijdwinst zou opleveren, zoals door een van de sprekers werd gevreesd, zie ik niet. Ik denk dat er juist wel tijdwinst te halen is. De hele discussie is op een hoger niveau te tillen door een marktconsultatie te starten en het gesprek met de markt aan te gaan. Juridisch zijn daarvoor geen belemmeringen.

De **voorzitter**: Mevrouw Van Veldhoven en de heer Bashir moeten nu helaas weg vanwege het volgende debat. Laten we nog even een korte ronde maken langs de overgebleven woordvoerders.

De heer **De Rouwe** (CDA): Voorzitter. Ik moet naar hetzelfde debat als mevrouw Van Veldhoven en de heer Bashir. Ik moet mijn inbreng nog schrijven, maar dat lukt me wel in vijf minuten. Ik dank de deskundigen hartelijk voor hun heel duidelijke beantwoording. De juridische complexiteit kunnen zij ook aan een niet-jurist ontzettend duidelijk uitleggen. Daar wil ik het bij laten, want ik heb geen vragen meer.

Mevrouw **De Boer** (VVD): Voorzitter. Ik heb nog een korte vraag aan alle vier de deskundigen. Kan een marktconsultatie leiden tot contractbreuk in dit geval? Er is een contract met NS en we hebben de contractpartner in gebreke gesteld. NS heeft tot 1 oktober de mogelijkheid om te bekijken of het kan leveren of niet. In de normale contractwereld is dat gebruikelijk, anders word je eenzijdig aangeklaagd voor contractbreuk. Heeft de marktconsultatie daar invloed op?

De heer **Hoogland** (PvdA): Voorzitter. Ik heb nog twee korte vragen. Hoe zien de deskundigen de rol van de Kamer in het houden van een marktconsultatie? Heeft de Kamer überhaupt een rol? Laat ik het wat opener formuleren: kan de Kamer een rol spelen in dit traject, wetende dat zij geen concessieverlener is en de staatssecretaris wel? Naar aanleiding van de laatste opmerking van mevrouw Sütö heb ik nog een vraag. Hoe zijn de kansen van andere partijen die hebben meegedaan aan de aanbesteding om juridisch in het verweer te komen tegen het bod van NS op 1 oktober als dat niet voldoet aan de concessie-eisen? Hoe lang gaat zoiets duren? Kunnen zij die procedures winnen?

De **voorzitter**: Laten we voor de beantwoording eens aan de andere kant van het rijtje beginnen. Het woord is aan mevrouw Sütö.

Mevrouw **Sütö**: Eerst zal ik de vraag van mevrouw De Boer behandelen. Nee, contractbreuk doet zich niet voor als je de markt gaat consulteren. Het is niet zo dat de HSA geen redelijke termijn gegund is doordat je de

markt begint te consulteren. Het is een heel normale, zakelijke en professionele manier om je te oriënteren voor het geval die wanprestatie zich blijvend voordoet.

De heer Hoogland vroeg naar de rol van de Tweede Kamer. De Kamer kan de staatssecretaris uiteraard helpen een bepaalde richting te kiezen. Zij kan vrees wegnemen door in het debat in te gaan op de mogelijkheden die de staatssecretaris heeft in plaats van de leeuwen en beren op de weg te vergroten. Afdwingen dat zij een marktconsultatie houdt of in haar plaats een marktconsultatie houden, kan niet.

Hoe zijn de kansen van de andere partijen? Dat ligt eraan hoe zij zich in die marktconsultatie presenteren. De HSA is inmiddels op veel punten de concessie niet meer aan het uitvoeren zoals zij die gekregen heeft. Ik ken de vervoersconcessie en ik weet dat de Staat zich een beetje met de rug tegen de muur gemanoeuvreerd heeft. De HSA heeft een heel sterke positie. Het zal niet makkelijk zijn om van die concessie af te komen. We hebben te maken met een wanpresterende partij – althans dat dreigt – en dat is een sterk argument in een juridische procedure. Aan de andere kant heeft de HSA ook sterke argumenten. Als je bekijkt waartoe zij verplicht is op grond van de concessie zal het nog niet meevallen om daar zomaar van af te komen. Daar zal heel goed naar gekeken moeten worden.

De heer **Hoogland** (PvdA): Mijn vraag was bedoeld in de volgende richting: stel dat NS het contract blijft uitvoeren en blijft wanpresteren, hoe zijn dan de kansen om daartegen in het verweer te komen in het licht van het feit dat er ingeschreven is onder heel andere voorwaarden, andere eisen en een andere concessievergoeding?

Mevrouw **Sütö**: Dat vind ik heel interessant. Het zou het proberen waard kunnen zijn. Alleen kom je dan in een procedure die geen winnaars kent. Stel dat na een aantal jaren procederen blijkt dat de concessie inderdaad te lang bij de HSA is gebleven, wat levert dat dan op? Maar er is zeker een kans dat de rechter de klager gelijk zou geven.

De heer **Hoogland** (PvdA): Wat zou het kunnen opleveren? Kunt u daar iets over zeggen?

Mevrouw **Sütö**: Wellicht zou je kunnen gaan denken in de sfeer van schadevergoedingen. Het lijkt mij echter een procedure die geen winnaars kan kennen. Ik zou het niet aanraden.

De heer **Van Nouhuys**: Heeft de Kamer een rol? Ik denk niet dat het voor de hand ligt dat een parlement een marktconsultatie gaat houden. Vragen staat natuurlijk vrij en het parlement is er ook om vragen te stellen en antwoorden te krijgen, dus in die zin zou het misschien voor de hand liggen, maar vanwege het feit dat een aanbesteder, opdrachtgever of concessieverlener met iets bezig is, ligt het veel meer voor de hand dat de toekomstige eventuele concessieverlener zich met marktpartijen verstaat. Anders wordt het toch een politiek spel waar marktpartijen tussen zitten. Ik denk niet dat dit de marktconsultatie als zodanig ten goede komt of dat dit meer zal opleveren dan het gegeven dat er enthousiasme is in de markt. Ik ben daar dus geen voorstander van, maar puur juridisch gezien is er geen beletsel dat een parlement dit soort vragen stelt.

Dan kom ik op de kansen van andere partijen als zij gaan procederen. Daar kan ik helemaal geen zinnig antwoord op geven. Dat is net zoiets als aan je aannemer vragen wat het kost om je badkamer te verbouwen als hij nog niet eens binnen is geweest. Het hangt ervan af wat de vraag is, vanuit welke positie die gesteld wordt, wat de mogelijkheden zijn, wat voor vorderingen je instelt, wat je kunt bewijzen et cetera. Zeggen dat het kansrijk of juist kansloos is, is allemaal puur speculeren. Ik snap dat dit

heel weinig concreet is, maar de patiënt zal eerst moeten worden onderzocht om een diagnose te kunnen stellen. Contractbreuk wordt niet gepleegd door het enkele feit dat er een marktconsultatie wordt gehouden, tenzij het contract zelf een expliciete bepaling bevat die zegt dat er geen enkele gedraging als een marktconsultatie mag plaatsvinden zolang het contract loopt. Dan zou het namelijk wel contractbreuk zijn. Het lijkt me overigens heel vreemd als er zo'n clausule in het contract zou staan, maar ik weet natuurlijk niet hoe het zit.

Mevrouw **Manunza**: Ik sluit me aan bij de antwoorden over contractbreuk.

Een ander punt is de rol van de Tweede Kamer. Ik wil toch benadrukken dat een marktconsultatie gehouden moet worden door de mogelijke concessieverlener. De Kamer houdt zich bezig met controleren en vragen stellen; dat is de rol van de Kamer. Ik hoop dat zij dat vooral zal blijven doen.

De heer **Jansen**: Ik sluit me ook aan bij de antwoorden over contractbreuk.

Moet de Kamer een rol hebben in de marktconsultatie? Politiek kun je het proberen, maar uiteindelijk ligt het contract bij de concessieverlener en dat is het ministerie. Dat zou de lead moeten nemen.

Dan wil ik in reactie op de vraag van de heer Hoogland nog kort iets zeggen over mogelijke scenario's waarbij juridische risico's een rol spelen. Stel dat er een marktconsultatie zou plaatsvinden die uitgaat van de kaders van de bestaande concessie. NS krijgt tot 1 oktober de tijd om binnen de bestaande kaders met een volwaardig alternatief te komen. Hetzelfde wordt aan marktpartijen in de consultatie gevraagd. Stel nu dat de HSA voor 1 oktober met een volwaardig alternatief zou komen, dan kan de staatssecretaris gewoon besluiten dat de HSA voldoet, dat de lopende concessie haar niet wordt afgenomen en dat de marktpartijen uit de marktconsultatie worden bedankt voor de verleende diensten. Verder hebben zij geen enkele aanspraak. Dat is het scenario dat zich zou kunnen voordoen.

Een ander scenario is een marktconsultatie op basis van aangepaste kaders, dus niet uitgaande van de bestaande concessiekaders. Dan spelen er dus nieuwe wensen en nieuwe inzichten en wordt de markt breed benaderd. Daaraan kan ook de HSA meedoen. Dan ligt in feite alles open en kan de staatssecretaris alle kanten uit op basis van de uitkomsten die dan bereikt worden.

Het interessantste scenario lijkt me het volgende. Wat gebeurt er als de HSA voor 1 oktober met een oplossing komt, maar wel met een oplossing die niet beantwoordt aan de bestaande kaders? Misschien is het een prachtoplossing, maar juridisch is het dan geen volwaardig alternatief omdat er met iets nieuws gekomen wordt. Ik denk dat er inmiddels zo veel reuring is dat dat het moment kan zijn waarop andere marktpartijen zullen zeggen: en nu is het welletjes geweest, want de HSA treedt buiten de kaders en wij hebben geen enkele kans gekregen. Daar ligt volgens mij op dit moment het grootste risico op een juridisch conflict.

De heer **Hoogland** (PvdA): Dat scenario herken ik. Maar kunt u nog één stap verder zetten in uw redenering? Wat gaat er dan gebeuren?

De heer **Jansen**: Dan volgt de stap naar de rechter. Dat gaat een heel lange procedure worden. Het gaat dan niet zozeer om financiële schade. Als we naar de grote bedragen kijken, zit er best een flinke financiële buffer in de bestaande concessievergoeding. De Staat kan heel ver gaan voordat hij de HSA aan het aanbestedingsrecht gaat houden. Daarmee zeg ik niet dat de Staat dat niet zou willen doen, begrijp me goed, maar er zit een flinke financiële buffer in de bestaande concessievergoeding. Je

kunt je ook voorstellen dat het tot politieke schade leidt. Als het hogeropgepeeld wordt, richting Brussel, staat Nederland natuurlijk toch een beetje te kijk. We roepen altijd dat het aanbestedingsrecht in bepaalde landen van de Unie met voeten getreden wordt, maar we kunnen er zelf ook wat van. Een tweede Schokland of een tweede kindertop komt er dan alweer aan.

De **voorzitter**: Dank u wel. Daarmee zijn we aan het einde gekomen van dit werkcollege aanbestedingsrecht. Ik dank de heer Jansen, mevrouw Manunza, de heer Van Nouhuys en mevrouw Sütö voor hun deskundige bijdrage.

Sluiting 18.32 uur