

Vergaderjaar 2010–2011

32 845

Voorstel van wet van de leden Monasch, Bashir, Van Gent en Verhoeven tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000 teneinde inbesteding van openbaar vervoer mogelijk te maken in een plusregio die de gemeente Amsterdam, 's-Gravenhage, Rotterdam of Utrecht omvat

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN DEEL

1. Inleiding

Onderhavig wetsvoorstel strekt tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000 (hierna: Wp2000). Met dit voorstel van wet wordt het mogelijk gemaakt voor de gemeentes Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht om een openbaar vervoer-concessie te verlenen aan een vervoerder waarop zij zeggenschap uitoefenen, zonder dat daartoe een aanbesteding is gehouden. Hiermee wordt invulling gegeven aan de motie Roefs (32 645, nr. 165).

De Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG vormt geen belemmering voor een dergelijke vorm van onderhandse gunning in stedelijk gebied dankzij een in 2002 aangenomen amendement van voormalig SP-Europarlementariër Erik Meijer (COM(2001) 370 – C5-0658/2001 – 2001/2281(COS) Amendement Meijer onder nr. 33, Paragraaf 12).

Deze wet beperkt zich tot de vier grote steden omdat daar de meest complexe OV-systemen liggen met meerdere modaliteiten, waarbij de onderlinge aansluiting essentieel is om een goed openbaar vervoer aan te kunnen bieden aan de reizigers. Voor tramlijnen en metrolijnen geldt daarnaast dat de investeringen in de vaste infrastructuur niet bij de concessionaris kunnen worden neergelegd als deze de concessieperiode overstijgen. Er zal in die gevallen dus een splitsing plaats moeten vinden tussen vervoer en netten. Deze wet maakt het mogelijk dit wél in één hand te houden: bij de vervoerder die langjarig kan en zal investeren. In de afgelopen jaren zijn er al grote efficiëntieslagen gemaakt door de OV-bedrijven RET, GVB en HTM. Uit onderzoek (Onderzoek Twynstra en Gudde, bijlage Kamerstukken II 2005/06, 30 421, nr. 1) in 2005 bleek een bezuiniging mogelijk van 120 miljoen bij aanbesteding. Inmiddels is bij de publieke vervoerders, GVB, RET en HTM, gezamenlijk 162 miljoen structureel bezuinigd.

Het is aan de concessieverlener om afspraken te maken met de concessionair over kosten, kwaliteit en efficiëntieverbetering. De situatie van gunning aan een vervoerder waarop de concessionair zeggenschap uitoefent biedt daarvoor de mogelijkheid. De wet dwingt de steden Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht (hierna: G4) niet tot onderhandse gunning, maar geeft hen hiertoe de mogelijkheid. Stadsregio Utrecht heeft inmiddels haar openbaar vervoer aanbesteed. Deze wetswijziging geeft de mogelijkheid om na afloop van een concessieperiode te kiezen voor onderhandse gunning aan een eventueel op te richten eigen gemeentelijk vervoersbedrijf.

2. Inbesteding

2.1. Keuze voor inbesteding

In de vier grote steden is sprake van complexe netwerken van openbaar vervoer met verschillende modaliteiten (bus, metro, tram). Het is in het belang van de reiziger dat eenheid wordt bewaard in het OV-systeem met goede aansluitingen en geen versnippering optreedt. Alleen dan is een integrale aanpak van bereikbaarheidsoplossingen, maar ook van maatschappelijke doelen als sociale veiligheid gewaarborgd. Juist in gebieden met complexe multimodale netwerken is het denkbaar dat dit reizigersbelang beter geborgd wordt door een vervoerbedrijf dat dicht bij de concessieverlenende overheid staat, derhalve middels een inbestede concessie. Bovendien kan er in het geval van een complex en uitgebreid netwerk van openbaar vervoer ook de behoefte bestaan van tussentijdse aansturing. Dit kan in sommige gevallen beter in een situatie van inbesteding. Voor de investeringen in het onderhoud van met name de vaste netwerken van tram- en metrolijnen is het van belang langjarig te investeren. Behoud van het netwerk is ook in het belang van de stadsregio die in geval van inbesteding meer invloed kan uitoefenen op de keuzes die hierin gemaakt worden. De doelen van reizigersgroei, comfort, klantgerichtheid, kwaliteit en efficiëntie kunnen ook behaald worden bij inbesteding door in de concessie hierover afrekenbare doelen op te nemen. Het aanbesteden van het OV kan weer andere voordelen opleveren. Het is vervolgens aan lokale overheid om te bepalen of er gekozen wordt voor in- of aanbesteding. Dit moet niet centraal opgelegd worden. De plusregio is aangewezen om de belangenafweging te maken omdat daar het meeste zicht is op de lokale (markt) omstandigheden. Ook liggen daar de kosten voor het vervoer.

De verordening biedt, zoals eerder beschreven, een uitzondering op de aanbestedingsverplichting, namelijk de onderhandse gunning aan een interne exploitant. Deze mogelijkheid wordt ook wel inbesteden genoemd en bestond overigens reeds door rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (verder: HvJEG).¹ De verordening introduceert deze optie als keuzemogelijkheid voor de lidstaat. In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld van die mogelijkheid gebruik te maken om zo invulling te geven en uitvoering te geven aan de motie Roefs c.s. Op 5 juli 2007 werd die motie aangenomen waarbij de regering werd verzocht voor de stadsregio's Amsterdam, Rotterdam, Haaglanden en Utrecht de openbare aanbesteding van het openbaar vervoer niet langer te verplichten.

In het kabinetsbesluit van 7 september 2007² is aangegeven dat de motie wordt uitgevoerd door in de Wp2000 ruimte te creëren om het openbaar vervoer in de vier grote steden niet langer verplicht aan te besteden. Dit wordt gerealiseerd door de mogelijkheid te introduceren om OD-contracten te gunnen aan een interne exploitant zoals de verordening en de rechtspraak van het HvJEG dit hebben vormgegeven.

¹ Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 januari 2010 is de benaming van het Hof: Hof van Justitie van de Europese Unie. Aangezien de jurisprudentie in deze toelichting uitspraken betreft van voornoemde datum, wordt hier de voormalige benaming nog gehanteerd.

² Kamerstukken II 2006/07, 30 421 en 23 645, nr. 17.

2.2. Zeggenschap

Inbesteding is mogelijk indien de bevoegde overheid zeggenschap uitoefent over het vervoerbedrijf waaraan gegund wordt. Zowel de jurisprudentie van het HvJEG als de verordening bevatten aanknopingspunten voor het bepalen of er sprake is van voldoende zeggenschap over de interne exploitant. Er wordt bewust gekozen voor het hanteren van de term «interne exploitant» in plaats van «gemeentelijk vervoerbedrijf», omdat de term interne exploitant de genoemde zeggenschapsverhoudingen impliceert. De term gemeentelijk vervoerbedrijf impliceert deze zeggenschapsverhoudingen uitdrukkelijk niet. De zeggenschapsverhoudingen tussen de bevoegde overheid – in de Nederlandse situatie de stadsregio's Amsterdam, Rotterdam, Haaglanden en Utrecht – en de vervoerbedrijven waaraan gegund wordt, zijn van belang bij de keuze van de stadsregio's tussen inbesteding en aanbesteding. Indien voor inbesteding aan een interne exploitant wordt gekozen, is het aan de stadsregio zelf om te beoordelen of de eigen specifieke situatie voldoet aan de mogelijkheid voor inbesteding met inachtneming van de Europeesrechtelijke criteria daarvoor. Indien niet aan deze criteria wordt voldaan, bestaat het risico op een onterechte onderhandse gunning. Dit betekent dat de stadsregio mogelijkerwijs de zeggenschapsverhoudingen zal moeten aanpassen om te kunnen inbesteden of alsnog zal moeten aanbesteden.

2.3. Concessie-indeling

In het geval dat de vier stadsregio's kiezen voor inbesteding, moet bepaald worden welk concessiegebied binnen de stadsregio wordt inbesteed. Dit wetsvoorstel laat die verdeling, net als nu, over aan de stadsregio's. Zij zijn bevoegd tot het maken van een keuze voor een indeling die aansluit op de regionale vervoerkundige vraag en aanbod, dat bovendien toekomstgericht is. Dit sluit aan bij de decentralisatiegedachte van de Wp2000. Feitelijk zijn er binnen de grenzen van de stadsregio's concessies die reeds zijn aanbesteed. Het gaat veelal om de gebieden waar streekvervoer plaatsvindt of het vervoer van en naar overige steden binnen een stadsregio.

Een stadsregio kan ook hybride keuzes maken voor in- en aanbesteding. Zo is het denkbaar dat bepaalde delen van het stadsvervoer aanbesteed worden of dat de interne exploitant delen van het feitelijke vervoer bijvoorbeeld in onderaanneming geeft aan een of meerdere private vervoerders.

2.4. Prikkel op goed presteren

Met de introductie van een uitzonderingsmogelijkheid op de aanbestedingsverplichting krijgen de stadsregio's Amsterdam, Haaglanden, Rotterdam en Utrecht de keuze of zij het openbaar vervoer dat nu door de gemeentelijke vervoerbedrijven wordt verricht, willen aanbesteden of inbesteden. Daarmee is niet gezegd dat deze gebieden definitief van de markt verdwijnen. Zoals eerder aangegeven, kan een deel van de inbestede concessie ook in onderaanneming door private vervoerders worden uitgevoerd.

2.5. Overgang gemeentelijk vervoerbedrijf naar interne exploitant

Zoals aangegeven, is de benaming «interne exploitant» een materieel begrip om aan te duiden dat de zeggenschapsrelaties geschikt zijn voor een inbestedingsconstructie. De term gemeentelijk vervoerbedrijf is de term voor de huidige vervoerbedrijven in de grote steden. Deze gemeen-

telijke vervoerbedrijven kunnen in hun huidige vorm nog enige tijd voortbestaan. In het overgangrecht is een aantal data opgenomen waarop er voor de stadsregio een keuzemoment is tussen in- of aanbesteding. Het eerste keuzemoment is 1 januari 2013 voor zover het busconcessies of multimodale concessies (tram-/metro- in combinatie met busvervoer) betreft. Per 1 januari 2013 moet er een aanbestede of inbestede concessie zijn vormgegeven, voor wat betreft de drie eerder genoemde stadsregio's. Als een stadsregio per 1 januari 2013 een concessie wil inbesteden in plaats van aanbesteden, dan moeten de zeggenschapsrelaties op orde zijn. Het gemeentelijk vervoerbedrijf moet, conform de verordening en de jurisprudentie, te kwalificeren zijn als een interne exploitant. Een volgend keuzemoment is 1 januari 2017. Per 1 januari 2017 geldt hetzelfde voor een tram- of een metroconcessie. Deze data zijn niet nieuw, maar zijn oorspronkelijk geïntroduceerd als data waarop een stadsconcessie die momenteel wordt uitgevoerd door een gemeentelijk vervoerbedrijf zou moeten zijn aanbesteed. De concessieduur van lopende concessies zal hier in het algemeen op afgestemd zijn. Er wordt daarom in dit wetsvoorstel voorgesteld deze data over te nemen, maar dan als keuzemoment voor in- dan wel aanbesteding. Het is mogelijk dat een stadsregio besluit om de busconcessie per 1 januari 2013 aan te besteden. Er ontstaat dan een situatie dat een gemeentelijk vervoerbedrijf naast private vervoerders mag meedingen naar deze concessie via een openbare aanbestedingsprocedure, terwijl deze nog wel een tramconcessie heeft die doorloopt tot 1 januari 2017. Voor deze tussenoplossing was reeds gekozen bij introductie van de aanbestedingsverplichting en dat wordt nu voortgezet. Reden hiervoor is dat het gemeentelijk vervoerbedrijf wel een kans moet hebben zich op de private markt te begeven. Overigens wordt erop toegezien dat het gemeentelijk vervoerbedrijf dan wel eerlijk handelt. Indien een stadsregio er voor heeft gekozen om een concessie aan te besteden, kan de stadsregio na afloop van de aanbestedingsperiode opnieuw de keuze maken tot aanbesteding over te gaan, dan wel in te besteden.

Indien een stadsregio besluit om zijn busconcessie aan te besteden en een tram-/metro-concessie in te besteden, dan kan het vervoerbedrijf dat de tram-/metroconcessie door middel van inbesteding heeft verkregen in een G4 plusregio zich tevens kandidaat stellen voor een aanbesteding van bijvoorbeeld busvervoer in diezelfde plusregio, tenzij hem dit door de concessieverlener in de betreffende G4 plusregio is verboden (zie artikel 62 van het wetsvoorstel).

Indien er zeggenschap is van de inbestede vervoerder op een andere aanbieder van personenvervoersdiensten dient deze aanbieder enkel verplicht uitgesloten te worden bij een aanbestedingsprocedure indien deze aanbestedingsprocedure plaatsvindt buiten de plusregio, of verboden wordt door de concessieverlener in de betreffende G4 plusregio, ook indien deze invloed slechts minimaal is.

3. Randvoorwaarden concessieverlening zonder aanbesteding

3.1. Inleiding

Aan de verlening van een concessie zonder dat daarvoor een aanbesteding heeft plaatsgevonden, is een aantal randvoorwaarden verbonden. Ze vloeien deels voort uit de verordening en betreffen deels een nadere uitwerking daarvan. Die randvoorwaarden zijn: eisen ten aanzien van de reciprociteit en de verplichting een gescheiden boekhouding te voeren teneinde kruissubsidie te vermijden. De Wp2000 voorziet reeds in bepalingen met betrekking tot reciprociteit en gescheiden boekhouding. De Wp2000 voorziet nu nog in een aanbestedingsverplichting voor de gemeentelijke vervoersbedrijven. Bedoelde eisen en verplichtingen zijn

opgenomen voor de duur dat er gemeentelijke vervoerbedrijven zijn en zijn derhalve eindig. Door de introductie van de mogelijkheid tot investering moet blijvend voorzien worden in bepalingen als hiervoor bedoeld om het uitgangspunt van eerlijke mededinging te kunnen blijven waarborgen.

3.2. Reciprociteit

De verordening bevat regels over reciprociteit. Zo mag een interne exploitant niet meedingen naar aanbestedingen voor openbare personenvervoerdiensten, indien die niet plaatsvinden binnen de bevoegde plusregio waar de concessie verleend is indien hiervoor geen toestemming wordt verleend door de concessieverlener. Dit geldt niet alleen voor de interne exploitant zelf, maar ook voor iedere entiteit waarop de interne exploitant zelfs een minimale invloed heeft. Onderaanneming kan volgens de verordening bijdragen aan een efficiënter openbaar personenvervoer en biedt de mogelijkheid tot deelname van andere ondernemingen dan de exploitanten van openbare diensten aan wie het openbare dienstcontract was gegund.

De regels over reciprociteit zijn opgenomen in de voorgestelde artikelen 62 en 63b. De concessieverlener wordt op grond van artikel 62 verplicht om een interne exploitant en een aanbieder waarop die exploitant invloed heeft, uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure voor openbaar vervoer buiten de plusregio waar de concessie als bedoeld in artikel 63a verleend is. Binnen deze plusregio mag de interne exploitant slechts meedingen naar aanbestedingen indien hiervoor toestemming van de concessieverlener is verkregen. Daarnaast voorziet artikel 62 in een bepaling omtrent internationale reciprociteit. Dit houdt in dat een buitenlandse vervoerder die gevestigd is buiten de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte alleen mag deelnemen aan een aanbesteding indien diens thuismarkt toegankelijk is voor vervoerbedrijven die in Nederland zijn gevestigd. Waar artikel 62 ziet op de concessieverlener, ziet artikel 63b op de interne exploitant. Die exploitant mag op basis van dit artikel niet meedoen aan een aanbesteding van een concessie voor openbaar vervoer buiten de plusregio waar de concessie als bedoeld in artikel 63a verleend is. Het verbod van de artikelen 62 en 63b geldt overigens ook voor een aanbesteding van openbaar vervoer dat op grond van artikel 2 Wp2000 gelijk is gesteld met dat vervoer. De handhaving van de regels met betrekking tot reciprociteit geschiedt door de decentrale overheden als opdrachtgevers voor het verrichten van openbaar vervoer en door de concurrerende vervoerders. Deze partijen hebben evenals de reiziger baat bij eerlijke concurrentie, hetgeen zij zelf kunnen bewaken en desnoods bij de rechter kunnen afdwingen.

De verordening bepaalt echter dat een interne exploitant vanaf twee jaar voor de afloop van zijn ondershands gegunde concessie mee mag dingen aan openbare aanbestedingen van personenvervoerdiensten buiten de plusregio waar de concessie als bedoeld in artikel 63a van het wetsvoorstel verleend is – binnen deze plusregio mag de interne exploitant slechts meedingen naar aanbestedingen indien hiervoor toestemming van de concessieverlener is verkregen. De voorwaarde daarvoor is dat onherroepelijk is besloten dat zijn investeerde concessie na het aflopen daarvan wordt aanbesteed. Indien de interne exploitant naar zijn voormalige concessie wil meedingen, zullen de zeggenschapsrelaties met de stadsregio moeten worden aangepast, zodat er geen sprake meer is van een interne exploitant. De interne exploitant houdt als zodanig immers dan op te bestaan, en krijgt de gelegenheid zich voor te bereiden als marktpartij op de openbaar vervoermarkt. Dit is derhalve een

uitzondering op de bepalingen inzake reciprociteit. Dit is geregeld in artikel 63b, tweede lid, van het wetsvoorstel.

3.3. Gescheiden boekhouding en vermijden van kruissubsidie

Ingevolge de bijlage bij de verordening moeten vervoerders die een concessie voor openbaar vervoer onderhands gegund hebben gekregen en daarvoor een financiële compensatie krijgen, een gescheiden boekhouding voeren om inzichtelijkheid in de geldstromen te vergroten en kruissubsidies te vermijden. Die verplichting geldt dus zowel voor een interne exploitant als voor een private vervoerder aan wie een concessie in voorgaande zin is gegund. Het doel van de bijlage, in samenhang met de PSO-verordening, is dat overheidssubsidie voor de uitvoering van de concessie niet gebruikt mag worden voor andere marktactiviteiten. De consequente toepassing van de gescheiden boekhouding vermijdt kruissubsidiëring van andere activiteiten met de subsidies voor de vervoersactiviteiten met een onrendabele top. In dit wetsvoorstel wordt in artikel 63c de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding nader uitgewerkt. Er wordt onderscheid gemaakt tussen het bijhouden van een gescheiden boekhouding en het bijhouden van een gescheiden administratie binnen een boekhouding. Welke verplichting van toepassing is, hangt af van de organisatievorm van de interne exploitant. De private vervoerder die een onderhands gegunde concessie met een subsidie heeft verkregen, behoeft enkel voor die concessie de financiële geldstromen inzichtelijk te maken. Dat betekent dat die vervoerder een gescheiden administratie binnen de boekhouding moet voeren in plaats van een gescheiden boekhouding voor zijn gehele bedrijf. In de artikelsgewijze toelichting wordt nader ingegaan op deze verplichtingen en de inhoud van de gescheiden boekhouding en de gescheiden administratie.

4. Toezicht en Handhaving

4.1. Nederlandse Mededingingsautoriteit

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

4.2. Plusregio's

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

II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel I, onderdeel B (artikel 2)

Het nieuw voorgestelde artikel 2, vierde lid, maakt het mogelijk om de verordening of onderdelen ervan van toepassing te verklaren op vervoer dat overeenkomsten vertoont met openbaar vervoer. Dit betreft bijvoorbeeld het personenvervoer over water of collectief vraagafhankelijk vervoer, dat is opgenomen in het Besluit personenvervoer 2000 (hierna: Bp2000). Omdat niet iedere vorm van dit gelijkgestelde vervoer valt onder de brede reikwijdte van het begrip personenvervoersdiensten van de verordening, wordt deze afweging per vervoersvorm gemaakt en vastgelegd in het Bp2000. Bepaalde typen personenvervoer kunnen wél onder de werkingssfeer van de verordening vallen maar niet onder de directe werkingssfeer van de Wp2000. Dat komt doordat de verordening van toepassing is op openbaar personenvervoer, dat is gedefinieerd als personenvervoerdiensten van algemeen economisch belang die op permanente en niet-discriminerende basis aan het publiek worden aangeboden (artikel 2, onderdeel a van de verordening). Collectief vraagafhankelijk vervoer bijvoorbeeld, valt onder deze definitie uit de verordening maar past niet onder de definitie van openbaar vervoer in de zin van de Wp2000.

Artikel I, onderdeel C (artikel 23)

Onderdeel C voorziet in een technische aanpassing van artikel 23, derde lid. Het eerste lid regelt dat geen concessie kan worden verleend aan een vervoerder van wie de eigenaar of de bestuurder tevens een functie bekleedt bij het algemeen vertegenwoordigend orgaan van de concessieverlener. Onderhavig wetsvoorstel wijzigt het derde lid, waarin een uitzondering was opgenomen voor een gemeentelijk vervoerbedrijf waarbij zich een dergelijke situatie voordoet. Die uitzondering wordt in dit wetsvoorstel gekoppeld aan de mogelijkheid van inbesteding die ingevolge dit voorstel mogelijk wordt gemaakt in het nieuwe artikel 63a.

Artikel I, onderdeel D (artikel 38)

Onderdeel D stelt een wijziging van artikel 38 voor en betreft een technische wijziging. In het eerste en tweede lid wordt een verwijzing naar artikel 69 vervangen door een verwijzing naar het bij dit wetsvoorstel nieuw voorgestelde artikel 63a.

Artikel I, onderdelen E en F (wijziging opschrift en artikel 44)

Onderdeel F bevat een wijziging van artikel 44. Die wijziging houdt verband met het nieuw voorgestelde artikel 63a. In artikel 63a wordt ingevolge dit wetsvoorstel de mogelijkheid opgenomen voor de stadsregio's Amsterdam, Haaglanden, Rotterdam en Utrecht om een concessie te verlenen aan een vervoerder waarop zij zeggenschap uitoefenen zonder dat daartoe een aanbesteding is gehouden. Artikel 44, eerste lid, bepaalt thans dat de concessieverlener ten behoeve van een aanbesteding van een concessie een programma van eisen vaststelt. Voor een onderhands gegunde concessie behoeft derhalve geen programma van eisen te worden opgesteld. Aangezien het programma van eisen een instrument is om sturing te geven aan de kwaliteit van het openbaar vervoer waarop de concessie betrekking heeft, ligt het niet direct voor de hand om het opstellen van een programma van eisen uitsluitend te koppelen aan de aanbesteding van een concessie. Ook bij de onderhandse gunning van concessies voor het openbaar vervoer per bus, tram of metro is deze sturing op kwaliteit van belang. Er is daarom – mede vanuit het oogpunt van eenduidigheid en transparantie – gekozen voor het koppelen van het opstellen van het programma van eisen aan de verlening van een concessie voor de hiervoor genoemde modaliteiten, in plaats van aan de aanbesteding ervan. Aangezien paragraaf 1 niet langer gericht is op de aanbesteding van een concessie, maar op de concessieverlening in brede zin wordt – ingevolge onderdeel E – ook het opschrift van paragraaf 1 gewijzigd.

Artikel I, onderdelen G en H (artikelen 45 en 46)

Zoals eerder is opgemerkt, wordt een gewijzigde werkingssfeer van hoofdstuk III, paragraaf 1, voorgesteld. Deze zal dan niet langer zien op de aanbesteding van een concessie, maar op de verlening van een concessie in brede zin en derhalve ook op de onderhandse gunning van een concessie. De onderdelen G en H brengen de artikelen 45 en 46 daarmee in overeenstemming.

Artikel I, onderdelen I en J (artikel 48 en wijziging opschrift)

Onderdeel I betreft een technische wijziging die samenhangt met de introductie van het nieuwe artikel 62. Voorts voorziet onderdeel J in het toevoegen van een nieuwe paragraafaanduiding.

Artikel I, onderdeel K (artikel 61)

Artikel 61, eerste lid, en artikel 62, eerste lid van de huidige Wp2000, worden in dit voorstel geïntegreerd in één lid, namelijk in het voorgestelde eerste lid van artikel 61. Het voorgestelde eerste lid van artikel 61 bevat een verplichting voor de aanbesteding van iedere vorm van openbaar vervoer, met uitzondering van het openbaar vervoer per trein. Daarmee komt de grondslag voor het bij algemene maatregel van bestuur vaststellen van de data waarop de aanbestedingsverplichting gaat gelden te vervallen. Momenteel is die grondslag opgenomen in artikel 61, eerste lid. Reden voor deze wijziging is het feit dat de verordening aangeeft dat in principe dient te worden aanbesteed – hoewel bepaalde groepen van deze verplichting worden uitgezonderd. De huidige tijdstippen die het Bp2000 heeft geïntroduceerd, worden bij dit voorstel van wet, opgenomen in de overgangsbepalingen voor (voormalige) gemeentelijke vervoerbedrijven (zie onderdeel T).

Het huidige artikel 48 regelt de uitsluiting van deelname aan een aanbesteding. Dat regelt het voorgenomen artikel 62 eveneens. Door de introductie van de mogelijkheid tot inbesteding (zie hiervoor onderdeel M, artikel 63a) in de Wp2000 als vorm om een concessie te verlenen, vervalt artikel 48 en wordt een nieuw artikel 62 opgenomen. In het eerste lid van het voorgenomen artikel wordt geregeld dat een concessieverlener een interne exploitant, waarop de plusregio, die de gemeente Amsterdam, Rotterdam, Den Haag of Utrecht omvat, zeggenschap heeft, uitsluit van deelname aan een aanbesteding van concessies voor openbaar vervoer buiten de plusregio waar de concessie op grond van artikel 63a verleend is. Dit is conform de verordening. De verordening legt aan de interne exploitant op dat deze niet mee mag dingen aan openbare aanbestedingen voor het verrichten van openbare personenvervoersdiensten buiten het grondgebied waarop deze actief is (artikel 5, tweede lid, onderdeel b van de verordening). Door het opnemen van een spiegelbepaling in artikel 62 rust op decentrale overheden de verplichting om een interne exploitant die toch mee doet aan een aanbesteding buiten de plusregio waar de concessie op grond van artikel 63a verleend is, uit te sluiten. Zo krijgen deze overheden een expliciete rol bij het toezien op het in de verordening neergelegde verbod. Overigens geldt dat ook voor vervoerbedrijven waarop de interne exploitant invloed heeft. De verordening geeft aan dat dit al geldt voor een minimale invloed. Indien daarvan sprake is, moet de decentrale overheid ook deze onderneming uitsluiten van deelname aan een aanbesteding buiten de plusregio waar de concessie op grond van artikel 63a verleend is.

In Nederland kan zich de situatie voordoen waarbij er op het grondgebied van een overheid die zeggenschap heeft over een interne exploitant, tevens concessies worden afgegeven die aanbesteed moeten worden. Een stadsregio die op grond van het in artikel I, onderdeel M, voorgestelde artikel 63a, de mogelijkheid krijgt om een concessie te verlenen aan een interne exploitant, heeft op zijn grondgebied tevens (streek)concessies die reeds zijn aanbesteed. Voor deze gebieden geldt dat indien niet voor inbesteding aan de interne exploitant wordt gekozen of mag worden gekozen, de interne exploitant mee mag dingen bij een aanbesteding naar een concessie voor openbaar vervoer. In principe is dit toegestaan tenzij de concessieverlener dit heeft uitgesloten, zo stelt het derde lid van dit voorgestelde artikel.

Het tweede lid van het voorgenomen artikel 62 betreft eenzelfde situatie als het eerste lid, maar ziet toe op vervoersvormen die door het Bp2000 gelijk worden gesteld met openbaar vervoer. Voorbeelden daarvan zijn collectief vraagafhankelijk vervoer of passagiersdiensten over water.

In het derde lid is neergelegd dat de concessieverlener of het bestuursorgaan een vervoerder aan wie door middel van inbesteding een concessie is verleend, of een vervoerder waarop die vervoerder invloed heeft, uit kan sluiten van de aanbesteding van vervoer binnen de plusregio waar de inbesteding heeft plaatsgevonden. Bij de toestemming dient rekening te worden gehouden met het merendeels criterium (zie onderdeel M).

Het voorgenomen vierde lid geeft aan dat wanneer een vervoerder die gevestigd is in een andere staat, niet zijnde een lidstaat van de Europese Unie of een andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER), uitsluitend mag meedingen naar concessies op de Nederlandse vervoermarkt indien ook in het land van herkomst de markt open staat voor Nederlandse vervoerders of

vervoerders uit een van de andere lidstaten van de EU of landen partij bij de EER. Met andere woorden er moet sprake zijn van wederkerigheid van de toegang tot de desbetreffende markt voor het personenvervoer voor vervoerders die in Nederland, de Europese Unie of de EER zijn gevestigd en vervoerders die zijn gevestigd in een land buiten de Europese Unie of de EER.

Het voorgenomen vijfde lid betreft een uitzondering op de uitsluiting van aanbesteding buiten de plusregio in de eerste twee leden. Deze uitzondering ziet toe op een situatie waarin is besloten door één van de eerder genoemde plusregio's dat de concessie die op dat moment nog aan een interne exploitant is verleend, bij de eerst komende concessieverlening zal worden aanbesteed. Op dat moment is er een situatie als bedoeld in artikel 5, tweede lid, onder c, van de verordening. Op het moment dat een dergelijk besluit door de plusregio wordt genomen, mag de interne exploitant wel meedoen aan aanbestedingen voor openbaar vervoer door de gehele Europese Unie, en hoeft deze dus niet meer te worden uitgesloten van deelname aan een aanbesteding voor concessies voor openbaar vervoer of overeenkomsten dan wel concessies voor vervoersvormen die gelijk gesteld zijn met openbaar vervoer.

Artikel I, onderdeel M (inbesteding)

Artikel 63a: keuze voor inbesteding

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

Inbesteding en zeggenschap; de Europeesrechtelijke context

De Wp2000 regelt dat openbaar vervoer wordt verricht op basis van concessies. Een concessie in de Wp2000 is in artikel 1 gedefinieerd als het recht om gedurende een bepaald tijdvak met uitsluiting van anderen openbaar vervoer te verrichten in een bepaald gebied. Daarmee geeft een concessie een vervoerder een exclusief recht op de exploitatie van openbaar vervoer binnen een bepaald gebied en legt tegelijkertijd een verplichting aan de vervoerder op om openbaar vervoer binnen dat gebied te verrichten. Zoals aangegeven, biedt de verordening een kader

voor openbare dienstcontracten voor openbaar personenvervoer per spoor en over de weg. In de verordening is het begrip openbardienstcontract gedefinieerd als «een of meer juridisch bindende overeenkomsten tussen een bevoegde instantie en een exploitant van openbare diensten waarbij de exploitant van openbare diensten in het kader van de openbare dienstverplichting wordt belast met het beheer en de exploitatie van openbare personenvervoerdiensten» (artikel 2, onder a). Een Nederlandse concessie voor openbaar vervoer op grond van de Wp2000 valt gelet op de definitie binnen het verzamelbegrip openbare dienstcontracten voor openbare personenvervoerdiensten. Deze openbare personenvervoerdiensten moeten worden gegund volgens de voorschriften van de verordening (artikel 5, eerste lid). Als hoofdregel schrijft de verordening voor dat de contracten via een openbare aanbestedingsprocedure moeten worden gegund. In principe moeten openbare dienstcontracten voor het verrichten van openbaar vervoer per bus, tram of metro gegund worden overeenkomstig richtlijn nr. 2004/18/EG (PbEU L 134), die in Nederland is omgezet in het Bao. De verordening maakt in het eerste lid van artikel 5 echter een uitzondering op het van toepassing zijn van richtlijn nr. 2004/18/EG. Als het openbare dienstcontract de vorm aanneemt van een dienstenconcessie naar Europees recht, dan gelden de bepalingen omtrent de gunning van openbare personenvervoerdiensten van de verordening.

Dienstenconcessie naar Europees recht

Gezien het voorgaande is het belangrijk om te bepalen of er sprake is van een dienstenconcessie naar Europees recht om vast te kunnen stellen welk gunningsregime van toepassing is op de openbaarvervoerdiensten. Dit is ook van belang voor de inbesteding van openbaar vervoerconcessies in de zin van de Wp2000. De verordening regelt immers in artikel 5, tweede lid, hoe de inbestedingsconstructie voor dienstenconcessies naar Europees recht moet worden vormgegeven. Voor het verdere vervolg van deze uiteenzetting is ervoor gekozen om een concessie voor openbaar vervoer in de zin van de Wp2000 aan te duiden als een concessie voor openbaar vervoer en dienstenconcessie naar Europees recht aan te duiden als dienstenconcessie.

Zoals aangegeven, is richtlijn nr. 2004/18/EG, geïmplementeerd in het Bao, niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten (artikel 16 Bao). De richtlijn en het Bao geven aan dat «een concessieovereenkomst een overeenkomst is met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht gepaard gaande met een prijs» (artikel 1, onderdeel m, Bao). De Europese Commissie heeft dit geïnterpreteerd door aan te geven dat de vervoerder de risico's moet dragen die verbonden zijn aan de verrichting en de exploitatie van de dienst. De vervoerder moet daarbij ten dele worden vergoed door de gebruiker.¹

Het zeggenschaps criterium

In het voorgenomen artikel 63a is opgenomen dat een aanbesteding van de concessie voor openbaar vervoer anders dan per trein achterwege kan worden gelaten als de plusregio zeggenschap uitoefent. Artikel 5, tweede lid, van de verordening geeft aan dat indien het niet verboden is bij nationale wet, een bevoegde plaatselijke overheid zelf kan besluiten openbare personenvervoerdiensten aan te bieden of onderhands te gunnen aan een juridisch onafhankelijke entiteit waarover de bevoegde plaatselijke overheid net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent. De vraag of de bevoegde plaatselijke overheid een dergelijke

¹ De interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (2000/C 121/02) geeft hierover nadere richtlijnen.

zeggenschap uitoefent, wordt onder meer beoordeeld op basis van de mate van vertegenwoordiging in de bestuurs- beheers- of toezichtorganen, de bepalingen ter zake in de statuten, de eigendomsstructuur en de daadwerkelijke invloed op en de daadwerkelijke zeggenschap over strategische en individuele beheersbeslissingen. Volgens de verordening heeft een bevoegde overheidsinstantie, met name in het geval van publiek-private partnerschappen, niet voor honderd procent eigenaar te zijn om een dergelijke zeggenschap uit te oefenen, mits de overheid een overheersende invloed heeft en die zeggenschap op grond van andere criteria kan worden uitgeoefend. Wat onder andere criteria moet worden begrepen, is niet nader uitgewerkt. De begrippen zijn niet een op een overgenomen uit de rechtspraak van het HvJEG over inbesteding. Waar het Hof spreekt over doorslaggevende invloed op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen, zijn in de verordening de begrippen daadwerkelijke invloed op en daadwerkelijke zeggenschap over strategische en individuele beheersbeslissingen opgenomen.

Ook heeft het HvJEG een lijn ontwikkeld waarin een uitzondering die het gunnen aan een interne exploitant is, is gecreëerd. Voor de vaststelling of zich een situatie van, zoals het Hof aangeeft, quasi-inbesteding voordoet, heeft het Hof twee voorwaarden gesteld:

- Een overheid moet op de opdrachtnemer toezicht uitoefenen zoals op haar eigen diensten (zeggenschaps criterium).
- De opdrachtnemer verricht het merendeel van zijn werkzaamheden ten behoeve van de aanbestedende dienst die hem beheerst (merendeels criterium).¹

Het Hof heeft in de jurisprudentie met betrekking tot het zeggenschaps criterium aangegeven dat een kenmerk voor zeggenschap is dat men bij de beoordeling daarvan rekening moet houden met alle wetsbepalingen en omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de aanbestedende dienst een doorslaggevende invloed moet hebben op strategische doelstellingen en de belangrijke beslissingen van de opdrachtnemer.² Het Hof geeft daarbij geen lijst met criteria om te toetsen of dit het geval is, maar geeft een aantal kenmerken of omstandigheden waaruit kan worden afgeleid of dit toezicht voldoende is:³

- de rechtsvorm;
- de verplichte openstelling van het kapitaal van de vennootschap voor ander kapitaal;
- de bevoegdheden van de Raad van Bestuur;
- de territoriale reikwijdte van de activiteiten;
- het maatschappelijk doel.

Een groepering van overheden

De verordening geeft aan dat een groepering van overheden de bedoelde zeggenschap kan uitoefenen. De zeggenschap kan ook «via de leden» worden uitgeoefend. De verordening geeft aan dat er sprake kan zijn van «zeggenschap als over de eigen diensten» wanneer één van de in de groepering deelnemende overheden dergelijke zeggenschap uitoefent. De verordening geeft echter aan dat deze overheid een «bevoegde plaatselijke overheid» dient te zijn.

Het merendeels criterium

Het HvJEG geeft expliciet aan dat werkzaamheden die de interne exploitant verricht voor het merendeel moet worden verricht voor de aanbestedende dienst die zeggenschap kan uitoefenen, dan wel hem beheerst. De verordening beperkt dit merendeels criterium expliciet voor dienstenconcessies door aan te geven dat interne exploitanten niet mogen mee doen aan aanbestedingen voor openbare personenvervoers-

¹ Deze basisbeginselen zijn ontwikkeld in HvJ EG 18 november 1999, Zaak C-107/98, Teckal.

² HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03, Parking Brixen.

³ Een vijftal kenmerken gedestilleerd uit Parking Brixen.

diensten buiten het grondgebied van de plusregio waar de inbesteding heeft plaatsgevonden. Daaruit kan worden afgeleid dat interne exploitanten nog wel diensten in onderaanneming voor een andere overheid dan de overheid die zeggenschap heeft kan uitvoeren, dan wel van een andere overheid onderhands een concessie gegund kan krijgen, dan wel deel kan nemen aan de aanbestedingen voor openbaar vervoer binnen het grondgebied van de plusregio, mits voldaan wordt aan het merendeels criterium en er geen uitsluiting door de concessieverlener of het bestuursorgaan heeft plaatsgevonden.

Artikel 63b

Het voorgenomen artikel 63b regelt de reciprociteit ten aanzien van de concessie van de interne exploitant. Dit artikel is de spiegelbepaling van artikel 62, dat regelt dat een decentrale overheid een interne exploitant, of een vervoerder waarop de interne exploitant een minimale invloed uitoefent uitsluit van deelname aan een aanbesteding buiten het grondgebied van de plusregio waar de concessie als bedoeld in artikel 63a is verleend. Onderhavig artikel regelt dat de interne exploitant zelf niet mag meedoen aan aanbestedingen voor openbaar vervoer buiten het grondgebied van de plusregio waar de concessie als bedoeld in artikel 63a is verleend. Binnen het grondgebied van deze plusregio kan de interne exploitant worden uitgesloten van deelname aan aanbestedingen door de concessieverlener of het bestuursorgaan. De verordening legt deze reciprociteitsbepaling eveneens op aan de interne exploitant in artikel 5, tweede lid, van de verordening. Daar artikel 5, tweede lid, van de verordening slechts ziet op interne exploitanten van dienstenconcessies is ervoor gekozen om ongeacht welke vorm de openbaar vervoerconcessie aanneemt dit voor elke interne exploitant expliciet in de wet te regelen. Dat geldt ook voor vervoer dat door middel van artikel 2 van de Wp2000 aan openbaar vervoer gelijk is gesteld en waarvoor ook deze bepaling van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Het voorgenomen tweede lid is eveneens een spiegelbepaling van het voorgenomen artikel 62, vijfde lid. Dit geeft de interne exploitant de mogelijkheid om zodra de stadsregio een onherroepelijk besluit heeft genomen om de concessie van de interne exploitant aan te besteden, mee te doen aan aanbestedingen van openbare personenvervoerdiensten in brede zin, zoals de verordening dat omschrijft.

Artikel 63c

Het voorgenomen artikel 63c regelt de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding. Zo kan worden nagegaan of kruissubsidie wordt vermeden. De verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding is gericht op onderhandse concessieverlening in bredere zin. De verplichting geldt ten aanzien van iedere onderhands gegunde concessie waarvoor compensatie is toegekend. De verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding voor gesubsidieerde vervoersactiviteiten richt zich dus tot interne exploitanten en private vervoerders voor zover deze tevens andere activiteiten verrichten. Dit vloeit voort uit artikel 6, eerste lid, juncto de bijlage, van de verordening. De PSO-verordening maakt slechts subsidiëring van vervoersactiviteiten met een onrendabele top mogelijk. De aan de gesubsidieerde vervoersactiviteiten toe te rekenen kosten en opbrengsten moeten in een gescheiden boekhouding worden opgenomen en mogen derhalve niet aan andere activiteiten worden toegeschreven. De consequente toepassing van de gescheiden boekhouding vermijdt kruissubsidiëring van andere activiteiten met de subsidies voor de vervoeractiviteiten met een onrendabele top. De PSO-verordening bevat geen belemmering voor de bekostiging van vervoeractiviteiten met een onrendabele top met de opbrengsten van

andere activiteiten van de vervoerder. De bijlage bepaalt tevens dat de aan gesubsidieerde vervoersactiviteiten toe te rekenen kosten niet mogen worden toegeschreven aan de andere activiteiten. Het te veel toeschrijven van kosten dan wel het te weinig toeschrijven van opbrengsten aan de gesubsidieerde vervoersactiviteiten kan betekenen dat er overcompensatie is. Overcompensatie is op grond van de verordening niet toegestaan. In het huidige artikel 22 Wp2000 is al bepaald dat er subsidie verleend kan worden voor het openbaar vervoer dat in de desbetreffende concessie is beschreven. De Wp2000 bevat dus alleen een subsidiemogelijkheid voor openbaar vervoer. Dat artikel leidt in combinatie met de PSO-verordening 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. Het voldoen aan de bijlage kan worden gecontroleerd door de verplichting een gescheiden boekhouding te voeren voor openbare dienstverplichtingen, het openbaar vervoerdeel, en voor eventuele overige activiteiten. De verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding uit de verordening behoeft echter wel enige uitwerking. In Nederland is namelijk verschil te maken tussen de gescheiden boekhouding en de gescheiden administratie. De verordening bedoelt beide maar werkt dat als zodanig niet uit. In dit artikel wordt onderscheid gemaakt naar organisatievorm. Voor de interne exploitant geldt de plicht tot het voeren van een gescheiden boekhouding dan wel gescheiden administratie voor de gehele interne exploitant. De interne exploitant heeft immers voor het merendeel concessies die niet zijn aanbesteed. Voor de private vervoerder geldt dit niet. Het is niet wenselijk een dergelijke boekhoudkundige verplichting ten aanzien van het gehele bedrijf op te leggen terwijl deze slechts een enkele concessie zonder aanbesteding gegund heeft gekregen. Voor de private vervoerder is daarom de verplichting beperkt tot het voeren van een gescheiden administratie ten aanzien van de onderhands gegunde concessies. Ook is de openbaarmaking voor een private vervoerder minder vergaand dan voor een interne exploitant. Dit is ingegeven door het feit dat het gaat om bedrijfsgevoelige informatie. Deze hoeft slechts ten aanzien van de onderhands gegunde concessie(s) een accountantsverklaring aan te leveren, waaruit blijkt dat deze voldoet aan de eisen inzake kostprijsadministratie. Voor interne exploitanten is het inzichtelijk maken van gegevens uitgebreider vormgegeven. Een en ander komt per lid verder aan de orde. Het huidige artikel 69 Wp2000 bevat regels ten aanzien van de werkzaamheden die een gemeentelijk vervoerbedrijf mag verrichten. Het voorgenomen artikel 63c bevat daaromtrent geen regels meer. Dit sluit aan bij de verordening die niets bepaalt omtrent de organisatiestructuur van een interne exploitant. Daardoor worden verschillende constructies mogelijk. Te denken valt aan de volgende vormen:

- een interne exploitant die qua organisatie «lean en mean» wordt vormgegeven en een openbaar vervoerbedrijf is dat geen onderdeel uitmaakt van een groep c.q. concern en geen andere activiteiten verricht dan openbaar vervoer;
- een interne exploitant die deel uitmaakt van een groep c.q. concern; de groep verricht veelal tevens andere activiteiten dan openbaar vervoer; de huidige gemeentelijke vervoerbedrijven zijn vaak zo ingericht;
- een interne exploitant die geen deel uitmaakt van een groep c.q. concern maar wel zelf andere activiteiten verricht;
- een interne exploitant die onderdeel uitmaakt van de bevoegde plaatselijke overheid.

Het eerste lid richt zich tot de interne exploitant die deel uitmaakt van een groep. Voor een interne exploitant betekent dit in principe dat het onderdeel uit de groep dat openbaar vervoer verricht in zijn totaliteit een gescheiden boekhouding voert.

Het tweede lid ziet toe op de situatie waarin de interne exploitant geen onderdeel uitmaakt van een groep c.q. concern. De gescheiden administratie geldt dan voor de onderhands verleende concessie aan het aparte openbaar vervoerdeel binnen dat bedrijf ten opzichte van de overige activiteiten van het bedrijf. Omdat er dan een afzonderlijke boekhouding moet zijn van het organisatieonderdeel dat openbaar vervoer verricht, is er geen sprake meer van een gescheiden boekhouding, maar van een gescheiden administratie van dat onderdeel binnen de boekhouding van het totale bedrijf. Op deze manier wordt ook onderscheid gemaakt tussen het openbaar vervoerdeel van de interne exploitant ten opzichte van andere onderdelen, zoals dat ook in een groep gebeurt waar er een plicht is tot het voeren van een gescheiden boekhouding voor het openbaar vervoerbedrijf ten opzichte van andere bedrijven binnen de groep c.q. concern.

Het derde lid legt aan de vervoerder, anders dan een interne exploitant, de plicht op om een gescheiden administratie te voeren ten aanzien van de onderhands gegunde concessie(s) die deze vervoerder verleend heeft gekregen en voor de uitvoering waarvan een subsidie is verkregen. Deze verplichting geldt daarmee alleen ten aanzien van die concessies. Het is, als gezegd, niet de bedoeling dat deze vervoerder zijn gehele boekhouding moet scheiden op grond van dit artikel en op grond van dit artikel openbaar moet maken.

Het vierde lid regelt de manier waarop de gescheiden boekhouding moet worden vormgegeven voor wat betreft de toerekening en de registratie. Deze moet worden vormgegeven conform de beginselen inzake kostprijsadministratie.

In het vijfde lid is een grondslag opgenomen om nadere regels omtrent de gescheiden administratie, boekhouding en kostprijsadministratie te stellen. Het kan de inzichtelijkheid van de boekhouding bevorderen hiervoor uniforme regels gelden waarop kan worden toegezien. De verordening geeft namelijk wel aan dat er een gescheiden boekhouding moet worden gevoerd teneinde kruissubsidie te vermijden, maar geeft geen nadere regels ten aanzien van deze gescheiden boekhouding. Een ministeriële regeling op grond van het vijfde lid zou hier nadere invulling aan kunnen geven.

Het zesde lid legt een bewaartermijn op. Voor de boekhouding geldt een bewaartermijn van vijf jaar zoals deze ook is opgenomen in het huidige artikel 69 van de Wp2000. Deze bepaling wijkt daar niet vanaf.

Het zevende en achtste lid regelen de verantwoording van de gescheiden boekhouding of administratie van de interne exploitant. In het zevende lid is opgenomen dat als er niet uit hoofde van een andere wet een jaarrekening moet worden opgesteld, een financieel verslag opgesteld moet worden. De jaarrekening of het financieel overzicht ligt op alle kantoren van de vervoerder ter inzage. Een dergelijke bepaling was reeds opgenomen in artikel 69, vijfde lid, onderdeel a. Dit voorgestelde lid is echter aangevuld met de mogelijkheid om in een ministeriële regeling te bepalen wanneer dit jaarverslag of financieel verslag ter inzage moet liggen. Dit is eraan toegevoegd omdat uit de praktijk blijkt dat de terinzagelegging en het opstellen van deze verslagen in een aantal gevallen geruime tijd op zich laat wachten, waardoor toezicht daarop niet tijdig kan plaatsvinden. Door een tijdstip in te voeren dat deze verslagen gereed moeten zijn en inzichtelijk moeten zijn, zijn deze beter te vergelijken en is toezicht in een eerder stadium mogelijk. Deze verplichting is niet opgelegd aan een private vervoerder, omdat dit bedrijfsgevoelige

informatie kan betreffen en hier kan de vervoerder bij het meedingen naar aanbestedingen voor openbaar vervoer mogelijk nadeel door ondervinden.

Het negende en het tiende lid verplichten tot een verklaring van een ondertekeningsbevoegde accountant als bedoeld in artikel 393, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Uit die verklaring moet blijken dat de financiële verhouding tussen de onderhands verleende concessie en de overige activiteiten voldoet aan de gestelde uitgangspunten die in artikel 63c, vierde en vijfde lid, zijn gesteld. De verplichting tot het laten opstellen van een verklaring van een accountant is voor de interne exploitant en de vervoerder, bedoeld in het derde lid, van artikel 63c uit elkaar getrokken. Voor de vervoerder, niet zijnde een interne exploitant, geldt slechts dat de accountant een verklaring moet afgeven dat er een gescheiden administratie is gevoerd ten aanzien van een of meer onderhands gegunde concessies en dat deze gescheiden administratie is gevoerd conform hetgeen is neergelegd in het vierde en vijfde lid.

Het elfde lid verklaart de eisen met betrekking tot het voeren van een gescheiden boekhouding, respectievelijk een gescheiden administratie van overeenkomstige toepassing op openbaar vervoer verricht op grond van een experiment of vervoer verricht dat op grond van de Wp2000 gelijk is gesteld met openbaar vervoer of waarop de verordening van toepassing is verklaard. Ook voor dit vervoer geldt dat de eisen van artikel 63c van toepassing zijn voor zover er geen aanbesteding is gehouden en voor het verrichten van dat vervoer subsidie wordt verleend. De basis voor het in het elfde lid genoemde vervoer zijn artikel 2, tweede en vierde lid, en artikel 3 Wp2000.

Artikel I, onderdeel N (vervallen paragraaf 6)

Het voorgestelde onderdeel N laat paragraaf 6 van hoofdstuk III vervallen.

Artikel I, onderdeel O (artikel 87)

De voorgestelde wijziging van het eerste lid strekt ertoe om toezichtmogelijkheden van de plusregio's te verankeren in de Wp2000. De plusregio's houden uiteraard geen toezicht op de verlichtingen met betrekking tot het openbaar vervoer per trein waarvoor de minister het bevoegde bestuursorgaan is, zoals de concessie voor het hoofdrailnet. Met de voorgenomen wijzigingen van de Wp2000 worden grote delen van artikel 69 overgebracht naar artikel 63c. De toezichtmogelijkheden die in het vierde lid van artikel 87 voor de NMa zijn geregeld met betrekking tot de handhaving van deze artikelen komen overeen met de huidige mogelijkheden. Met de wijzigingen van het vierde lid is slechts een technische wijziging beoogd. De NMa houdt op grond van dit voorstel ook toezicht op de verplichtingen, bedoeld in artikel 63c, elfde lid, onderdeel b, voor zover het met openbaar vervoer gelijkgesteld vervoer betreft dat door een interne exploitant wordt verricht. Ingevolge de systematiek van de Wp2000 wordt bij algemene maatregel van bestuur (het Bp2000) bepaald of artikel 63c, elfde lid, onderdeel b, en de relevante bepalingen inzake toezicht en handhaving op dat vervoer van toepassing zijn.

Artikel I, onderdeel P (nieuw artikel 93a)

In de huidige Wp2000 is niet voorzien in handhavingsbevoegdheden voor het dagelijks bestuur van de plusregio's. In het voorgestelde artikel 93a wordt in deze omissie voorzien door dat dagelijks bestuur de bevoegdheid te verlenen om een last onder bestuursdwang op te leggen. Die bevoegdheid betreft de verplichtingen met betrekking tot het hebben van

een concessie voor het verrichten van openbaar vervoer en het verschaffen van informatie ten behoeve van de voorbereiding van een aanbesteding (artikelen 19, 29 en 46). Verder betreft de handhavingsbevoegdheid onder meer de naleving van de voorschriften, verbonden aan de concessie (artikelen 32 en 34) en verplichtingen met betrekking tot de overgang van personeel in geval van overgang van een concessie naar een andere concessieverlener (artikel 39) en het toezicht op het voeren van een gescheiden boekhouding of een gescheiden administratie door een vervoerder als bedoeld in artikel 63c, eerste, tweede, derde en elfde lid, onderdeel b, voor zover het vervoer betreft waarop de artikelen 63c en 93a van toepassing is verklaard. Dit toezicht ligt overigens bij de minister indien het bijvoorbeeld een concessie als bedoeld in artikel 64, eerste lid, Wp2000 betreft.

Artikel I, onderdeel Q (artikel 94: handhavingsbevoegdheid NMa)

Artikel 94 Wp2000 regelt de bevoegdheid van de NMa om een last onder dwangsom op te leggen. De voorgestelde wijziging betreft met name een technische aanpassing die verband houdt met de voorgestelde verplaatsing van -een deel van- de inhoud van het huidige artikel 69 naar de artikelen 63b en 63c van de Wp2000. De NMa ziet toe op de naleving van de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding door vervoerders die een concessie hebben verkregen via een onderhandse gunning en voor de uitvoering van die concessie een subsidie op grond van de Wp2000 hebben gekregen. Voor de toelichting op die artikelen zij verwezen naar artikel I, onderdeel M. Zoals uiteengezet bij de toelichting op het voorgestelde artikel 63c, wordt de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding of gescheiden administratie binnen de boekhouding uitgebreid tot alle vervoerders die een concessie voor openbaar vervoer via een onderhandse gunning hebben verkregen en voor de uitvoering daarvan een subsidie hebben gekregen. De NMa zal ingevolge het nieuwe eerste lid van artikel 94 ook toezien op het opstellen en publiceren van de verklaring van een ondertekeningbevoegde accountant waaruit blijkt dat aan de gestelde eisen is voldaan. Indien daartoe aanleiding bestaat, kan een beleidsregel worden opgesteld aangaande de invulling van de gescheiden boekhouding, administratie dan wel de kostprijsadministratie (artikel 63c, vierde lid).

Artikel I, onderdeel R (artikel 96a: bestuurlijke boete NMa)

De NMa heeft momenteel geen mogelijkheden om een punitieve sanctie op te leggen in geval van overtredingen van de Wp2000. De mogelijkheden om handhavend op te treden zijn derhalve beperkt. Dat wordt gezien als een onnodige tekortkoming in het handavingsinstrumentarium van de NMa. Daarom wordt voorgesteld om de NMa de bevoegdheid te geven om een bestuurlijke boete op te leggen, zodat een overtreding die in het verleden is begaan, ook gesanctioneerd kan worden. Voor de hoogte van de bestuurlijke boete is aangesloten bij de Elektriciteitswet.

Artikel I, onderdeel S (artikel 109 vervalt)

Dit betreft een artikel dat is uitgewerkt en derhalve kan vervallen.

Artikel I, onderdeel T (overgangsrecht gemeentelijke vervoerbedrijven)

De in onderdeel T voorgestelde nieuwe artikelen 124a tot en met 124f in paragraaf 2 van hoofdstuk VIII bevatten het overgangsrecht.

Artikel 124a (nieuw; overgangsrecht, definitie gemeentelijk vervoerbedrijf)

Dit artikel regelt de definitie van het «oude» gemeentelijk vervoerbedrijf zoals deze thans onder de huidige Wp2000 bestaat. Deze definitie wordt gehanteerd in relatie tot het in de artikelen 124b tot en met 124e opgenomen overgangsrecht. De huidige Wp2000 maakt het mogelijk om verschillende zeggenschapsrelaties te hebben tussen gemeentelijk vervoerbedrijf en overheid. De huidige gemeentelijke vervoerbedrijven kennen daardoor verschillende vormen van zeggenschapsrelaties met de overheid. Voorbeelden hiervan zijn invloedrelaties via het moederbedrijf, sommigen zijn op afstand geplaatst door verzelfstandiging, op andere gemeentelijke vervoerbedrijven heeft de gemeente doorslaggevende invloed, en in weer andere gevallen de plusregio zelf. Vanaf het moment dat een stadsregio Amsterdam, Haaglanden, Rotterdam of Utrecht gebruik maakt van de mogelijkheid om onderhands te gunnen aan een bedrijf waarover deze stadsregio zeggenschap heeft, is er bewust in dit voorstel voor gekozen te spreken van interne exploitanten. De term gemeentelijk vervoerbedrijf, waar relaties met de plusregio diffuus zijn, is een term die gehanteerd wordt om de huidige gemeentelijke vervoerbedrijven mee aan te duiden en is daarmee verplaatst naar het overgangsrecht. Deze gemeentelijke vervoerbedrijven kunnen immers in de huidige vorm voortbestaan tot de in het voorgestelde artikel 124b genoemde data. Daarna is slechts aanbesteden of inbesteden een optie. Indien een genoemde plusregio voor onderhandse gunning van een concessie kiest, moeten de zeggenschapsrelaties tussen de plusregio en de vervoerder op orde zijn, er is dan sprake van een interne exploitant.

Artikel 124b (nieuw; overgangsrecht huidige gemeentelijk vervoerbedrijf-concessies)

De huidige wet voorziet in een gefaseerde inwerkingtreding van de verplichting tot aanbesteding van het openbaar vervoer per bus, tram of metro. Deze verplichting is neergelegd in het huidige artikel 61 en verder uitgewerkt in het huidige artikel 36b van het Bp2000. Voor het streekvervoer geldt reeds een aanbestedingsverplichting sinds 1 januari 2007. Voor de gemeentelijke vervoerbedrijven treedt de verplichting later in werking. Zo was oorspronkelijk ingezet op 1 januari 2009 voor de aanbesteding van de busconcessies voor gemeentelijke vervoerbedrijven. Indien een busconcessie werd gecombineerd met tram of metro gold een verplichting vanaf 1 januari 2012, met dien verstande dat werkzaamheden die een vervoerder in het kader voor OV concessies verricht zijn overgedragen aan een privaatrechtelijke rechtspersoon. Voor tram- of metroconcessies zou een aanbestedingsverplichting ingaan in per 1 januari 2017. Door de motie Roefs c.s. is een wetswijziging nodig. Om die te kunnen realiseren en de plusregio's die het betreft meer bedenktijd te bieden, heeft de regering de ingangsdata voor de aanbestedingsverplichting in het Bp2000 herzien (Stb 2008, 253). De aanbestedingsverplichting in het Bp2000 bleef daarmee gehandhaafd. Met dit wetsvoorstel wordt de ingangsdatum voor de aanbesteding van busconcessies bepaald op 1 januari 2013. Deze fasering past binnen de overgangstermijn van de verordening. Na deze overgangstermijn voorziet de verordening in een aanbestedingsverplichting tenzij een beroep kan worden gedaan op in de verordening omschreven uitzonderingen. Een fasering is na 3 december 2019 uitgesloten. Er is met dit voorstel voor gekozen de fasering over te brengen van het Bp2000 naar het overgangsrecht, zoals opgenomen in dit wetsvoorstel. Op deze manier kunnen de huidige concessies wel worden uitgediend, maar geldt er een onverkorte aanbestedingsplicht tenzij een uitzonderingsmogelijkheid van toepassing is. Bovendien wordt er op die manier onder meer rekening gehouden met de afschrijvingen van

aangeschaft materieel. In het voorgenomen artikel 124b is aangegeven dat een bus of multimodale concessie aan een gemeentelijk vervoerbedrijf van kracht blijft tot 1 januari 2013. De plusregio die het betreft moet voor 1 januari 2013 een keuze hebben gemaakt tussen aanbesteding of inbesteding. Bij inbesteding zal de plusregio die keuze moeten vormgeven zoals is beschreven in het voorgenomen artikel 63a. Als de plusregio reeds eerder kiest voor inbesteden zal hij aan het voorgenomen artikel 63a moeten voldoen en wordt het gemeentelijk vervoerbedrijf, al dan niet met een gewijzigde organisatiestructuur, interne exploitant en wordt op basis van dat artikel een nieuwe concessie verleend. Een dergelijke concessie komt derhalve eerder te vervallen en niet van rechtswege per 1 januari 2013. Het betreft immers dan een inbestede concessie. Het voorgenomen onderdeel b van artikel 124b regelt hetzelfde voor concessies voor openbaar vervoer per tram of metro. Deze concessies mogen doorlopen tot 1 januari 2017. Per 1 januari 2017 moet de desbetreffende plusregio, bedoeld in artikel 63a, eveneens voor deze vorm van openbaar vervoer de keuze hebben gemaakt. Wel verdient het aandacht te kijken naar de status van het gemeentelijk vervoerbedrijf gedurende de overgang. Indien een van de genoemde stadsregio's besluit het busvervoer per 2013 aan te besteden en het tramvervoer nog tot 2017 onderhands gegund blijft aan het gemeentelijk vervoerbedrijf dan gelden er regels omtrent kruissubsidiëring tussen deze concessies (zie het voorgenomen artikel 124d en de toelichting daarbij). Op het moment dat de decentrale overheid besluit dat het vervoer per tram of metro per 1 januari 2017 inbesteed blijft, is het van belang rekening te houden met artikel 5, tweede lid, onderdeel b, van de verordening. Daar is aangegeven dat, indien er sprake is van een slechts minimale invloed door de interne exploitant, een entiteit ook niet mag deelnemen aan openbare aanbestedingen voor het verrichten van personenvervoersdiensten op het grondgebied. Dit is met name van belang als er een verzelfstandigd (bus)vervoer bedrijf is afgesplitst van het gemeentelijk vervoerbedrijf dat zich op de private markt gaat begeven.

Artikel 124c (nieuw; overgangsrecht gemeentelijk vervoerbedrijf bij besluit tot aanbesteding)

Dit voorgenomen artikel 124c is analoog aan artikel 5, tweede lid, onder c, van de verordening. Het houdt in dat een gemeentelijk vervoerbedrijf mag meedingen naar concessies voor openbaar vervoer die worden verleend door middel van een aanbesteding (en dus niet hoeft te worden uitgesloten door de desbetreffende decentrale overheid) als de concessieverlener, zijnde de stadsregio Amsterdam, Haaglanden, Rotterdam of Utrecht besluit dat zij de concessie die tot op dat moment is verleend aan een gemeentelijk vervoerbedrijf gaat aanbesteden. Deze bepaling is opgenomen naast de bepaling van artikel 5, tweede lid, onderdeel c, van de verordening, omdat het onduidelijk is of de huidige gemeentelijke vervoerbedrijven voldoen aan de status van interne exploitant. Dit is mede ingegeven doordat door de vooralsnog geldende toekomstige aanbestedingsverplichting gemeenten zich genoodzaakt voelden hun gemeentelijk vervoerbedrijf op afstand te plaatsen. Door het gestelde in het voorgenomen artikel 110 geldt voor het gemeentelijk vervoerbedrijf een zelfde overgangsmogelijkheid als voor de interne exploitant.

Artikel 124d (nieuw; overgangsrecht werkzaamheden gemeentelijk vervoerbedrijf en verbod op kruissubsidiëring)

Dit voorgenomen artikel is vrijwel identiek aan het huidige artikel 69, dat regelt welke werkzaamheden door een gemeentelijk vervoerbedrijf mogen worden uitgevoerd en dat een verbod op kruissubsidie regelt. Dit verbod ziet onder andere toe op geldstromen tussen concessies voor verschillende modaliteiten zolang één van de modaliteiten nog niet is aanbesteed.

Deze bepaling is voor wat betreft de overgangssituatie zeer van belang omdat de mogelijkheid reëel blijft dat een gemeentelijk vervoerbedrijf (als bedoeld in artikel 124a) tot 1 januari 2017 een onderhands gegunde concessie voor tram of metro vervoer kan hebben, in combinatie met één of meer aanbestede busconcessies. De handhavingsmogelijkheden ten aanzien van de werkzaamheden en het verbod zijn echter wel aangescherpt. Dit mede omdat de uitzonderingspositie van een gemeentelijk vervoerbedrijf grote overeenkomsten vertoont met de uitzonderingspositie van een interne exploitant. Deze aangescherpte handhavingsmogelijkheden zijn opgenomen in het voorgestelde derde lid van artikel 124d. Dit omvat dus ook de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete.

Artikel 124e (nieuw; overgangsrecht bepalingen ten aanzien van overgang van personeel van een gemeentelijk vervoerbedrijf)

Indien de stadsregio Amsterdam, Haaglanden, Rotterdam of Utrecht besluit de concessies die thans verleend zijn aan een gemeentelijk vervoerbedrijf aan te besteden, per 1 januari 2013 of 2017, betekent dit dat er een zelfde situatie ontstaat ten aanzien van het personeel bij een overgang van een concessie zoals dat is bedoeld in het voorgenomen artikel 38, tweede en derde lid, met dien verstande dat een gemeentelijk vervoerbedrijf ten aanzien van de zeggenschapsrelaties niet aan de definitie van een interne exploitant hoeft te voldoen. Daarom moet dit apart worden geregeld. Er is voor gekozen om dit in het overgangsrecht te regelen omdat de status van een gemeentelijk vervoerbedrijf zoals dit onder de huidige wetgeving mogelijk is, eindig is. Na 1 januari 2017 zal er slechts sprake zijn van een private vervoerder of een interne exploitant.

Artikel 124f (nieuw; vervallen van het overgangsrecht)

Het overgangsrecht is relevant tot 1 januari 2017. Op die datum eindigen immers de concessies van de voormalige gemeentelijke vervoerbedrijven voor tram en metro. Dan zijn alle overgangsrechtelijke artikelen uitgewerkt. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat na een besluit om de busconcessie of de multimodale concessie aan te besteden of in te besteden, voor die concessie de – gewijzigde – eisen en voorschriften van de Wp2000 gelden. In geval van inbesteding zal dus o.m. de relatie tussen de interne exploitant en de plusregio moeten voldoen aan de zeggenschapsstructuur zoals neergelegd in het voorgestelde artikel 63a, juncto de bijlage van de verordening. Artikel 124f strekt er niet toe de hiervoor bedoelde termijn alsnog te verlengen. Doel van het artikel is om, hoewel dat strikt genomen niet nodig is, de – uitgewerkte – overgangsrechtelijke bepalingen te laten vervallen. Daardoor wordt voorkomen dat er onduidelijkheid ontstaat over het moment waarop het overgangsrecht eindigt en voldaan moet worden aan de rechten en verplichtingen van het hoofdsysteem van de – gewijzigde – Wp2000.

Artikel II (inwerkingtreding/bepaling)

Dit wetsvoorstel zal met ingang van de eerste dag van de tweede kalendermaand na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst, in werking treden.

Monasch
Bashir
Van Gent
Verhoeven