

.....

Mr J.G.J. Janssen
Ir. L.A. Roelofs
Ir. R. Postulart

HSL-Zuid Tender Board Vervoer

Aan de heer Ir Wim Korf
Projectdirecteur HSL-Zuid

2 november 1999

Geachte heer Korf,

U heeft ons hedenmiddag het voornemen toegelicht NS alsnog een laatste kans te bieden de concessie voor het vervoer over de HSL-Zuid te verwerven ditmaal uitgebreid met het internationale vervoer en gekoppeld aan een oplossing voor de dossiers Prestatiecontract en Taakorganisaties.

Wij hechten er aan u erop te wijzen dat dit de facto het afbreken van de lopende procedure inhoudt. Wij hebben deze procedure in het voorjaar met u uitgewerkt na zorgvuldige afweging van de strategische, politieke en juridische aspecten. Wij waren en zijn ervan overtuigd dat de lopende procedure de meeste marktspanning oproept en daarmee de beste mogelijkheden biedt om tot aanbiedingen met een goede prijs/kwaliteitverhouding voor de HSL-Zuid vervoersconcessie(s) te komen.

1. De laatste kans die NS zou moeten worden geboden en de vormgeving daarvan baart ons grote zorgen:
 - Gegeven het stellige (negatieve) oordeel van de Commissie van Wijzen omtrent de ontvankelijkheid en de kwaliteit van het door NS uitgebrachte en bijgestelde voorstel voor het binnenlands HSL-vervoer, is zowel politiek als juridisch niet goed begrijpelijk te maken dat NS beloond wordt voor eerder inadequaate handelen: zij krijgt thans de kans (buiten concurrentie) zowel de binnenlandse als internationale vervoersconcessies te verwerven.
 - Het zal zeer moeilijk blijken dit besluit internationaal uit te leggen. De geloofwaardigheid van de Nederlandse (aanbestedende) overheid komt ter discussie te staan. U moet ermee rekenen dat de interesse van internationale marktpartijen voor deelname aan de aanbesteding van vervoersconcessies voor de HSL-Zuid sterk zal afnemen en dat dit een afstraling zal hebben op de interesse voor Nederlandse PPS-projecten in het algemeen.
 - De kans dat NS op dit moment voldoende gemotiveerd zal zijn om een allesomvattende regeling met VenW te treffen, achten wij niet groot. Dat bergt een risico in zich. De consequenties die VenW van plan is te verbinden aan het niet aanvaarden door NS van een eindvoorstel van de overheid waarin zijn opgenomen (zonder dat dit in de bekendgemaakte procedure is vermeld) de onderwerpen internationaal vervoer, taakorganisaties en prestatiecontract, zouden door de Kamer en mogelijk ook door de rechter als disproportioneel kunnen worden aangemerkt. Het is de vraag of de (onaangekondigde) verbinding met andere dossiers gepaard aan enerzijds de grote druk die een "take

.....

it or leave it" voorstel op het NS-concern zal uitoefenen en anderzijds de korte tijdsspanne die beschikbaar is voor het bereiken van een allesomvattende regeling, niet op gespannen voet staat met de beginselen van behoorlijk bestuur.

Wij zijn daarom van mening dat het ten eerste aan te raden is om vast te houden aan de genomen kabinetsbesluiten, de aangekondigde en in gang gezette procedures voort te zetten en nu door te gaan met een openbare aanbesteding van beide vervoersconcessies.

2. Mocht, vanwege andere redenen, niettemin besloten worden NS een bijzondere positie te verschaffen, dan menen wij dat daarvoor varianten denkbaar zijn waarin tegemoet gekomen wordt aan de hierboven gesignaleerde bezwaren. Wij denken daarbij met name aan een variant die recht blijft doen aan het principe van concurrentie om het spoor en het verkrijgen van een optimale prijs/kwaliteitsverhouding via openbare aanbesteding. Met de definitieve vaststelling van de specificatie van wat aanbesteed wordt zou gewacht kunnen worden tot een later moment. Daarmee wordt de mogelijkheid gecreëerd dat (i) eerst een aantal onzekerheden wordt weggenomen/opgelost, (ii) de toekomstige betrokkenheid van NS kan worden ingepast en (iii) de beleidsvrijheid van de overheid wordt gewaarborgd.

Dit kan er als volgt uitzien:

- De vervoersrechten inzake de HSL-Zuid worden voor een periode van stel 15 jaar ondergebracht in een HSL-Zuid BVv, waarvan de Staat in eerste aanleg alle aandelen houdt.
- Vervolgens wordt met NS onderhandeld over de operationele betrokkenheid van NS bij dit bedrijf: te denken valt aan een managementcontract en –op termijn– een eventueel (minderheids)aandeel van NS.
- Onder toezicht van de Staat zal HSL-Zuid BV vervolgens de operatie opstarten en zal in dat kader contracten sluiten met materieelbouwers, toeleveranciers, NMBS en SNCF, NS-Reizigers en de taakorganisaties.
- Tenslotte kan de Staat een (meerderheids)deel van de aandelen van de hand doen door middel van een openbare inschrijving .
- Na ommekomst van de eerste concessieperiode kan de Staat kiezen uit verlenging van de concessie of heraanbesteding (met overgang van mensen en materieel).

Wij zijn gaarne bereid om, desgewenst, dit advies nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,

namens de Tenderboard HSL-Zuid,

Mr J.G.J. Janssen

Aan: Wim Korf
Van: Gerben Schuhmacher
Datum: 3 november 1999
Betreft: juridische risico's van de spoedprocedure n.a.v. de vragen van SG Geelhoed

Beste Wim,

De heer Geelhoed heeft vier vragen gesteld over de juridische risico's die verbonden zijn aan de spoedprocedure zoals deze nu in concept gereed is om voor te leggen aan de MR aanstaande vrijdag.

Vanavond zal de Landsadvocaat deze vragen beantwoorden. Morgen in de loop van de ochtend kan ik over het antwoord beschikken.

Vooruitlopend op het advies van de Landsadvocaat zet ik hierbij op papier wat mijn verwachting is van de inhoud van het advies. De vragen zijn namelijk niet nieuw en zijn op ons verzoek door de Landsadvocaat (weliswaar in een andere context) al zorgvuldig beantwoord.

Vraag 1. Kunnen andere vervoersondernemingen (bijvoorbeeld de ondernemingen die zich geregistreerd hebben) met succes een claim indienen, als het Kabinet in afwijking van de lopende procedure door middel van deze spoedprocedure aan NSR de exploitatie van het vervoer over de HSL uit de hand gunt.

Antwoord: waarschijnlijk niet, mits het Kabinet rekening houdt met het volgende.

Er zijn twee juridische claims mogelijk: een schadeclaim en een claim dat het contract nietig is, want onrechtmatig totstand gekomen. Verder kan een ieder een klacht indienen bij de Europese Commissie over een onregelmatige aanbesteding. Het risico van een schadeclaim is klein, want andere partijen hebben zich louter geregistreerd, er is nog geen aanbesteding gaande, niemand heeft kosten gemaakt. Het risico van nietig verklaring van het contract is wat groter. Als het kabinet echter met een deugdelijke motivering van het besluit en een beroep op de disclaimer in het Registration Document voorafgaande aan de onderhandelingen met NS de huidige procedure beëindigd of opschort en dit openbaar maakt en meldt aan de geregistreerde partijen, dan is dit risico beperkt. Het risico van een klacht bij de Europese Commissie is nog wat groter. Het kabinet heeft duidelijk besloten dat het internationaal vervoer aanbesteed zal worden. Hiervan kan afgeweken worden, maar dit vergt een goede motivering en transparante besluitvorming. Of de EC serieus werk maakt van een dergelijke klacht valt nog te bezien. Het creëert in ieder geval langdurige onzekerheid op dit terrein als een klacht is ingediend.

Vraag 2. Zijn er juridische risico's verbonden aan het in het geheim uitonderhandelen met NS van het contract, zoals het Kabinet dat nu voor ogen heeft (nationaal + internationaal, onder condities van de Staat + condities t.a.v. taakorganisaties en HRN).

Antwoord: ja.

Hier zijn grote juridische risico's aan verbonden. Het in strijd met de huidige procedure met NS een geheel andere deal regelen, kan door andere partijen aangevochten worden bij de burgerlijke rechter en bij het Europese Hof. Juist omdat de deal gesloten wordt met de nationale dominante partij ('the favourite son') en juist omdat de wijziging van de procedure niet transparant en open wordt doorgevoerd, wordt de kans groter dat een rechter de overheid hard op de vingers tikt en het contract ongeldig verklaart.

Vraag 3. Zijn er juridische risico's verbonden aan het uit de hand gunnen van het internationaal vervoer aan NS.

Antwoord: ja

Voor zover wij weten wordt nergens in Europa het recht op internationaal vervoer getenderd. Waarom moet Nederland dan het recht op internationaal vervoer wel tenderen? Het verschil is dat wij voor de HSL een langdurig, vrijwel exclusief, recht op internationaal vervoer willen verlenen. Voor dit recht moet de vervoerder fors betalen. Deze twee dingen gebeuren nergens anders. Overal geldt formeel 'open acces' en nergens wordt door de overheid serieus geld gevraagd voor het recht op internationaal vervoer. Het Europees recht laat vrijwel geen ruimte open om dergelijke rechten te verlenen en er geldt voor te vragen, zonder een openbare aanbesteding.

Vraag 4. Wat is de kans dat een andere partij daadwerkelijk een proces begint.

Hierover is weinig te zeggen. Mijn indruk is dat, als de besluitvorming over de spoedprocedure correct en open geschied, dat deze risico's wel meevallen. Is de besluitvorming echter onzorgvuldig, dan is het goed denkbaar dat een geregistreerde partij zich bedonderd voelt en een 'knuppel in het hoenderhok gooit'. Vele sectoren zijn hierin de spoorsector voor gegaan.

Aan: De Secretaris Generaal van Verkeer en Waterstaat
Van:
Datum: 3 november 1999
Betreft: juridische risico's van de voorgenomen spoedprocedure

Wim:
Vraag, zijn
dere de juiste
vragen.

U verzocht ons te adviseren over de verdere besluitvorming met betrekking tot het vervoer over het traject HSL-Zuid. U stelde ons een aantal vragen en u stelde ons ter beschikking:

- een concept-kabinetsbesluit
- een concept-brief aan NS

In het kort begrijp ik de voorgestelde aanpak als volgt:

1. De lopende procedure in het kader van het Registration Document wordt opgeschort.
2. Daarna wordt NS binnen een zeer korte tijdspanne de kans geboden om een contract te tekenen met de Staat.
3. Het contract betreft het verlenen van het recht op internationaal en binnenlands vervoer over de HSL-Zuid voor een periode van 10 jaar, onder in het contract door Verkeer en Waterstaat vastgestelde condities.
4. Het contract bevat tevens een aantal door Verkeer en Waterstaat vastgestelde hoofdpunten ten aanzien van de uitplaatsing van de taakorganisaties en ten aanzien van het prestatiecontract met NS over het kernnet.
5. Indien dit contract met NS niet binnen de gestelde korte termijn tot stand komt zal het vervoer over de HSL openbaar worden aanbesteed. In dit geval zal NS worden uitgesloten van deze aanbesteding.

Eerst memoreer ik de juridisch relevante feiten en stappen in dit proces.

1. In januari 1999 heeft de Ministerraad onder meer besloten dat de exploitatie van het vervoer over de HSL Zuid transparant moet worden opgezet en dat de financiële baten en lasten moeten worden gescheiden van de rest van het spoorvervoer.
2. In maart heeft de Ministerraad besloten om het internationaal vervoer over de HSL-Zuid aan te besteden en om aan NS Reizigers de gelegenheid te bieden om een eerste bod te doen op de rechten op het binnenlands vervoer over de HSL-Zuid. Indien NS Reizigers dit recht uit de hand zou verwerven zou NS Reizigers geen meerderheid mogen verwerven ten aanzien van het nederlands aandeel in het internationaal vervoer.
3. In mei heeft de Ministerraad de procedure voor het verlenen van de rechten op het vervoer vastgesteld. Het criterium voor het uit de hand verlenen van de rechten op het binnenlands vervoer aan NS Reizigers luidde als volgt: indien het bod van NS kwalitatief beter en financieel vergelijkbaar is aan wat uit een openbare aanbesteding mag worden verwacht, dan wordt het recht op het binnenlands vervoer uit de hand aan NS Reizigers gegund.
4. In juni hebben de ministers van VenW en Financiën het Registration Document uitgebracht. Dit document is verstuurd aan verschillende vervoersondernemingen met de uitnodiging om zich te registreren en het is verstuurd aan NS Reizigers met de uitnodiging om zich te registreren en met de uitnodiging om een voorstel te doen voor het binnenlands vervoer. Van belang is dat in het Registration Document een zogenaamde disclaimer is opgenomen. Dit is een eenzijdig voorbehoud van de Staat, waarmee de Staat het recht reserveert om van de vastgestelde procedure af te wijken of deze in te trekken.
5. NS Reizigers diende voor 18 augustus zijn voorstel in te dienen. Aan NS Reizigers is op hun verzoek door VenW uitstel verleend tot 1 september.
6. Op 31 augustus heeft NS Reizigers zijn voorstel 'a future without borders' ingediend.

7. Bij eerste lezing bleek dat, in strijd met de gestelde voorschriften, de informatie in het voorstel onder meer qua transparantie en scheiding van de rest van het vervoer onvoldoende was om een beoordeling van het voorstel te doen.
8. Aan NS Reizigers is vervolgens door VenW de mogelijkheid geboden om het voorstel aan te vullen. Hiervan heeft NS gebruik gemaakt.
9. Bij de beoordeling van het voorstel is gebleken dat het op significante punten afwijkt van de kabinetsbesluiten van maart en mei jongstleden. In mijn advies van ... september heb ik geconcludeerd dat het voorstel om deze reden niet ontvankelijk verklaard dient te worden. Tevens is bij de beoordeling gebleken dat het voorstel – kort gezegd – beneden de maat was, zowel ten aanzien van de vervoerkundige aspecten als in financieel opzicht.
10. Het voorstel is conform de procedure voorgelegd aan de daartoe ingestelde Commissie van Wijzen. De Commissie van Wijzen heeft bovenstaande beoordelingen onomwonden bekrachtigd.

Ik stel vast dat dit dossier reeds nu omvangrijk is. In dit dossier zijn door het Kabinet en door NS Reizigers juridisch relevante feiten gecreëerd. Dit gegeven beperkt materieel de ruimte voor een afwijking van de geldende procedure. Ik benadruk hierbij dat de aard en inhoud van het voorstel van NS Reizigers en het uitdrukkelijk ~~negatieve~~ oordeel hierover van de Commissie van Wijzen hierbij eveneens van belang zijn.

Voorafgaand aan de beantwoording van uw vragen hecht ik er aan om te benadrukken dat de overheid gebonden is aan de beginselen van behoorlijk bestuur, beginselen op grond van het Europees recht en beginselen van pré-contractuele goede trouw. Het lijkt mij bijzonder moeilijk dat het Kabinet in de nu voorgestelde afwijking van de geldende procedure in overeenstemming met deze beginselen kan blijven handelen. Ik vraag met name uw aandacht voor het motiveringsbeginsel (in relatie tot de afwijking van de procedure), het beginsel van non-discriminatie (in relatie tot geregistreerde vervoersondernemingen) en het beginsel van openheid en transparantie van besluitvorming (in relatie tot de timing van de spoedonderhandelingen met NS).



Vraag 1. Kunnen anderen met succes een claim indienen, als het Kabinet in afwijking van de lopende procedure door middel van deze spoedprocedure aan NSR de exploitatie van het vervoer over de HSL uit de hand gunt.

Antwoord: de risico's van sommige claims moeten serieus genomen worden. In zal aangegeven op welke punten het Kabinet de risico's kan beperken.

Er zijn twee juridische claims van geregistreerde vervoersondernemingen mogelijk: een schadeclaim tegen de Staat en een claim tegen de Staat en NS dat het contract nietig is, want onrechtmatig totstand gekomen.

Verder kan een ieder een klacht tegen de Staat indienen bij de Europese Commissie over een onregelmatige aanbesteding.

Tenslotte kan de Centrale Ondernemingsraad van NS een procedure aanspannen en tegen de Raad van Bestuur van NS en nietigheid van het contract vorderen, omdat zij niet in de gelegenheid is gesteld om te adviseren.

Het risico van een schadeclaim is klein, want andere partijen hebben zich louter geregistreerd, er is nog geen aanbesteding gaande, niemand heeft kosten gemaakt.

Het risico van nietig verklaring van het contract is groter. Als het kabinet echter met een deugdelijke motivering van het besluit en een beroep op de disclaimer in het Registration Document voorafgaande aan de onderhandelingen met NS de huidige procedure beëindigd of opschort en dit openbaar maakt en meldt aan de geregistreerde partijen, dan wordt dit risico beperkt. Materieel zit het grootste probleem in de motivering van het besluit. Nu NS uitdrukkelijk een niet-ontvankelijk voorstel heeft gedaan en nu in het NS-voorstel tot nog toe geen positieve aanknopingspunten zijn gevonden, is het heel moeilijk om met overtuiging te motiveren dat de lopende procedure wordt beëindigd en dat NS deze gunning uit de hand heeft verdiend.

Het risico van een klacht bij de Europese Commissie is eveneens reëel. Het kabinet heeft duidelijk besloten dat het internationaal vervoer aanbesteed zal worden. Hiervan kan afgeweken worden, maar dit vergt een goede motivering en transparante besluitvorming. Of de EC serieus werk maakt van een dergelijke klacht valt nog te bezien. Het creëert in ieder geval langdurige onzekerheid op dit terrein als een klacht is ingediend.

Het risico van een procedure van de Centrale Ondernemingsraad ...



Vraag 2. Zijn er juridische risico's verbonden aan het in het geheim uitonderhandelen met NS van het contract, zoals het Kabinet dat nu voor ogen heeft (nationaal + internationaal, onder condities van de Staat + condities t.a.v. taakorganisaties en HRN).

Antwoord: ja.

Hier zijn grote juridische risico's aan verbonden. Het in strijd met de huidige procedure met NS een geheel andere deal regelen, kan door andere geregistreerde partijen aangevochten worden bij de burgerlijke rechter en bij het Europese Hof. Juist omdat de deal gesloten wordt met de nationale dominante partij ('the favourite son') en juist omdat de wijziging van de procedure niet transparant en open wordt doorgevoerd, wordt de kans groter dat een rechter de overheid hard op de vingers tikt en het contract ongeldig verklaart.

PM. Tegen wie wordt geprocedeerd en hoe zit 't met het Europees Hof.



Vraag 3. Zijn er juridische risico's verbonden aan het uit de hand gunnen van het internationaal vervoer aan NS.

Antwoord: ja

Voor zover wij weten wordt nergens in Europa het recht op internationaal vervoer getenderd. Waarom moet Nederland dan het recht op internationaal vervoer wel tenderen? Het verschil is dat wij voor de HSL een langdurig, vrijwel exclusief, recht op internationaal vervoer willen verlenen. Voor dit recht moet de vervoerder fors betalen. Deze twee dingen gebeuren nergens anders. Overal geldt formeel 'open acces' en nergens wordt door de overheid serieus geld gevraagd voor het recht op internationaal vervoer. Nergens worden concessies of andere bijzondere rechten verleend. Gebruikelijk is dat de nationale vervoersondernemingen in samenwerking een vergunning vragen en vervolgens de exploitatie starten. Formele marktregulering doet zich dus niet voor. Nu Nederland dit juist wel wenst te doen, dient Nederland vervolgens rekening te houden met het Europese recht op dit punt. Het Europees recht laat vervolgens vrijwel geen ruimte open om dergelijke rechten te verlenen en er geldt voor te vragen, zonder een openbare aanbesteding.

PM tegen wie wordt waar geprocedeerd.



Vraag 4. Wat is de kans dat een andere partij daadwerkelijk een proces begint.

Hierover is weinig te zeggen. Mijn indruk is dat, als de besluitvorming over de spoedprocedure correct en open geschied, dat deze risico's wel meevallen. Is de besluitvorming echter onzorgvuldig, dan is het goed denkbaar dat een geregistreerde partij zich bedonderd voelt en een 'knuppel in het hoenderhok gooit'. Vele sectoren zijn hierin de spoorsector voor gegaan. Ik denk hierbij met name aan een bedrijf als CGEA (de eigenaar van Lovers). Het is niet ondenkbaar dat deze onderneming nog 'een appeltje te schillen heeft' met Nederland.

Vraag 5. Wat is de kans van een claim van NS indien zij na mislukken van de spoedprocedure wordt uitgesloten van de aanbesteding.

PM.

Tenslotte wil ik u attenderen op de gang van zaken als daadwerkelijk een procedure wordt gestart. Met name een procedure bij het Europese Hof, maar ook