

## Nota

Aan  
Minister

Contactpersoon	Doorkiesnummer
Jeroen Kok	030 - 2728845
Datum	Bijlage(n)
4 februari 1999	1
Ons kenmerk	Uw kenmerk
DGP/HSL	-
Onderwerp	
Vorbereiding gesprek Den Besten 10/2	

### 1. Doel van deze nota

Deze nota heeft twee doelen

- 1) u te informeren over de laatste stand van zaken over de HSL-zuid ter voorbereiding van het gesprek met de NS op 10 februari 9.00 uur;
- 2) u een voorstel te doen hoe de voorbereiding van de HSL-zuid aanbesteding de komende periode wordt vormgegeven;
- 3) een second-best-oplossing aan te reiken in geval u de zekerheden ten aanzien van een level-playing-field onvoldoende acht.

### 2. Gebeurtenissen sinds het vorige gesprek

Tijdens het vorig overleg met de NS ( op 25 januari 1999) heeft u aangekondigd het vervoer over de de HSL-zuid te gaan aanbesteden, waarbij NS natuurlijk mee kan bieden. NS gaf aan wel in staat te zijn een kwalitatief goed bod in te brengen, maar een kleinere financiële ruimte te hebben dan die van kapitaalkrachtige geïnteresseerden. Tijdens het gesprek heeft u de NS uitgenodigd ideeën in te brengen waarmee oneerlijke prijsstunten door bijvoorbeeld Franse staatsbedrijven kan worden voorkomen.

Postbus 20901, 2500 EX Den Haag

Telefoon + 31 30 2728845

Telefax 030 2728843

E-mail jeroen.kok@dgp.minvenw.nl

### NS reactie

NS is helaas niet ingegaan op uw verzoek. De NS heeft geen ideeën aangeleverd hoe voorkomen kan worden dat een buitenlandse spoorwegonderneming een bod doet dat kwalitatief minder is dan het NS bod, maar door grotere financiële slagkracht qua prijs altijd boven de NS kunnen gaan zitten. In een vervolgggesprek met commercieel directeur van NSR werd aangegeven dat NS een aanbesteding van het HSL-vervoer pertinent afwijst, en dat hij zeker niet wil meewerken aan mogelijke uitwerking ervan. Bovendien heeft NS aangegeven een langdurige juridische strijd te voorzien bij de aanbesteding. NS zal zelf naar de rechter stappen omdat zij meent dat haar onrecht wordt aangedaan en potentiële bidders zullen naar de rechter stappen omdat ze menen dat er geen voldoende waarborgen voor een eerlijk speelveld zijn zolang NS mee mag doen.

### V&W voorbereiding

Ondanks het uitblijven van informatie van de NS, zullen in deze nota de volgende vragen beantwoord worden:

- Op welke wijze kunnen biedende partijen een oneigenlijk voordeel behalen bij openbare aanbesteding?
- Op welke wijze kan het aanbestedingsproces voorkomen dat partijen onderlinge afspraken maken of hun machtspositie misbruiken?
- Welke randvoorwaarden moet de Staat additioneel invullen om een 'eerlijk speelveld' te garanderen?
- Heeft NS een eerlijke kans om een openbare aanbesteding te winnen?

## 3. Uitgangspunten

Uitgangspunt blijft altijd dat er goede en gemotiveerde vervoerder(s) moeten worden aangetrokken voor het HSL-vervoer. 'Goed' in de zin dat zij maximaal bijdragen aan de realisatie van de maatschappelijke voordelen van de lijn, te weten:

1. aansluiting op het Europese net van HST-verbindingen
2. substitutie van auto- en vliegverkeer
3. ontsluiting van de Randstad
4. een gedeeltelijke vergoeding van de aanlegkosten.

Door het openbaar aanbesteden beoogt u om biedende partijen te stimuleren tot een maximaal bod in termen van kwaliteit en prijs. Dit gebeurt alleen maar bij voldoende "marktspanning"; er moeten voldoende partijen een goede bieding kunnen doen, en geen van de partijen kan bij voorbaat zeker zijn van het winnen van de concessie door oneigenlijk concurrentie-voordeel. De procedure en aanbestedingssystematiek moet dan ook zo zijn ingericht dat voldoende marktspanning gewaarborgd is, en voldoende terugvalopties voorhanden zijn indien dit niet mogelijk is. Dit geldt niet alleen bij de aanbesteding van de HSL-zuid, maar bij iedere

aanbesteding van de overheid. Ook bij de recente veilingen van de telecom heeft V&W weer ruime ervaring opgedaan hoe dit te regelen, naast de ontelbare bouw-aanbestedingen waar dit net zo geldt. In het MR-besluit van 15/1 heeft u reeds een eerste stap gezet om dit te realiseren door uitgangspunten te formuleren gelden ten aanzien van elke vorm van aanbesteding van het HSL-vervoer:

- de exploitatie moet financieel transparant zijn opgezet en de financiële lasten en baten worden gescheiden van de rest van het spoorvervoer in Nederland;
- bij concurrentie van ongeacht welke vorm is gelijke berechtiging ("level playing field") voor alle partijen noodzakelijk (waarbij ook specifieke aandacht voor de machtspositie van buitenlandse staatsmaatschappijen aan de orde is).

In deze nota wordt aangegeven hoe deze principes uitgewerkt kunnen worden. Centraal staat de gedachte om op basis van een goede analyse van de markt, de juridische mogelijkheden en voortgang van het beleid in de aanbestedingsfilosofie steeds scherp te kijken naar welke vervolgstap voor de overheid de maximale prijs/kwaliteit verhouding oplevert, zonder de opleverdatum van het project in gevaar te brengen.

#### 4. Oneigenlijk concurrentievoordeel

Voordat op de aanbestedingsmethodiek wordt ingegaan, volgt een kort overzicht van het begrip oneerlijke concurrentie in het geval van de HSL-zuid. Er zijn tal van redenen waarom de ene bidder meer kan bieden voor een concessie dan een andere bidder. Het is prima als een bedrijf zijn specifieke kracht en expertise inzet in het belang van de HSL. Het wordt oneigenlijk als een bedrijf zijn machtspositie misbruikt om te voorkomen dat anderen een concurrerend bod uitbrengen. Voor alle duidelijkheid: SNCF zou best een beter bod kunnen uitbrengen dan NS omdat ze veel ervaring hebben en groot zijn, zonder dat hier enig oneigenlijk element in zit.

Een oneigenlijk concurrentievoordeel bij de HSL-zuid kan op verschillende manieren ontstaan:

- 1  Een bidder kan goedkoper of meer lenen door verkapte staatsteun (relaties met een "bevriende" bank of overheidsgaranties);
- 2  Een bidder kan zijn dominante positie bij bijvoorbeeld leveranciers van rollend materieel misbruiken in de zin dat andere bidders minder gunstige voorwaarden en prijzen worden aangeboden;
- 3  Een bidder kan zijn dominante positie of monopolie bij verkoopkanalen, stations, en feeder-verkeer misbruiken door deze diensten slechts op ongunstige voorwaarden aan te bieden aan andere bidders;
- 4  Een bidder kan andere bidders afschrikken door te innige relaties met noodzakelijke instituties als de capaciteits manager,

infrabeheerder of door het niet vrijgeven van informatie over de huidige markt.

De vraag bij de creatie van een level playing field is nu wie welk voordeel heeft en hoe dit voordeel kan worden geneutraliseerd.

Kijken we naar de positie van de SNCF ten opzichte van NS voor de nationale concessie, dan zou er een "oneigenlijk" concurrentievoordeel kunnen voordoen in de eerste twee categorieën. Uiteraard is het geen oneigenlijk voordeel als SNCF goedkoper materieel kan bestellen door de order mee te laten lopen met een andere SNCF-order en een kwantumkorting te bedingen.

Opvallend is overigens dat blijkt dat de NS een aantal "oneigenlijke" voordelen heeft ten opzichte van nieuwe toetreders en de 3<sup>e</sup> en 4<sup>e</sup> categorie, die veel minder makkelijk zijn op te vangen in de aanbestedings-systeem. De hiervoor benodigde randvoorwaarden worden in paragraaf 6 besproken.

## 5. Beschrijving van het aanbestedingsproces

Gegeven deze mogelijk oneigenlijke voordelen, wordt in deze paragraaf geschetst de aanbestedingsmethodiek zodanig kan worden ingezet, dat er voldoende "markspanning" aanwezig is, en NS een "eerlijke" kans heeft.

De kernvraag is de volgende:

*Is het mogelijk de aanbestedingsprocedure zo te regelen, dat*

- *er voldoende daadwerkelijke marktspanning ontstaat, zodat tijdens aanbesteding ook daadwerkelijk beste prijs/kwaliteit verhouding tot stand komt;*
- *er een voldoende eerlijk speelveld gecreëerd wordt voor alle partijen .*

In de aanbesteding voor het nationale vervoer over de HSL-zuid worden de rechten verleend om voor nader te bepalen periode het vervoer te mogen verzorgen tussen Amsterdam - Breda (of Amsterdam - Rotterdam). Naast de prijs die zij daarvoor willen betalen, geeft een partij inzicht in o.a. de volgende aspecten:

- 1  Samenstelling van het bedrijf, financiële onderbouwing, kredietwaardigheid, ervaring met grote projecten.
- 2  Onderbouwing bieding met prognoses, inzicht in kostenstructuur, opbrengsten.
- 3  Kwaliteit van aanbod door o.a. aantal treinen per uur, stimulering inter-modaliteit, veiligheid, punctualiteit, kaartverkoop, en bemensing.

De belangrijkste stappen zijn de volgende:

1. In een eerste ronde worden partijen gevraagd een algemene beschrijving te geven hoe zij denken te gaan bieden op de HSL-zuid (prequalificatie). In deze ronde zijn ook ten aanzien van

- kwaliteit reeds minimum eisen geformuleerd waar de consortia aan moeten voldoen.
2. In een tweede ronde wordt met een beperkt aantal consortia de volgende stap gemaakt. Op basis van een gedetailleerd bidboek moeten partijen precies aangegeven hoe het businessplan wordt ingevuld. Van kwalitatief slechte voorstellen of bidders is in deze ronde geen sprake meer, die zijn er in de prequalificatie uitgefilterd.
  3. De evaluatie van een bieding bestaat uit een weging van alle factoren, waarbij de prijs van de bieding er een van is. Een bieding die goed scoort op het dienstenaanbod, heeft dus een voorsprong op een kwalitatief slechte bieding. De overheid zal de betrouwbaarheid van de bieding toetsen aan het eigen referentiemodel of door boeken-onderzoek.
  4. Vervolgens wordt de partij met de beste 'eerlijke' aanbidding uitgenodigd voor nadere onderhandelingen. Mocht hier geen contract uit voortvloeien dan wordt met de tweede beste aanbieder onderhandeld.

## 6. Waarborgen voor een eerlijk speelveld

Er zijn 4 typen waarborgen voor een eerlijk speelveld te onderscheiden:

- 1  waarborgen in de systematiek van aanbesteden
- 2  juridische waarborgen tegen oneerlijke concurrentie
- 3  procedurele waarborgen in het tijdpad van aanbesteden
- 4  institutionele waarborgen

Hieronder worden deze nader uitgewerkt.

### 6.1 Waarborgen in de aanbestedingssystematiek

De aanbesteding wordt zodanig opgezet dat mogelijkheid tot oneigenlijke verdringing van concurrentie geminimaliseerd wordt. Waar sprake is van dominante posities van mogelijke aanbieders zal door voorcontractering verzekerd worden dat alle bidders dezelfde uitgangspositie wordt aangeboden. Alleen hun eigen sterkten en inschattingen zullen tot kwalitatief betere of mindere aanbiedingen leiden. Daarnaast kan de financiële kant van de aanbesteding zo worden opgezet dat bedrijven met een grote financiële slagkracht geen oneigenlijk concurrentievoordeel hebben. Bovendien is het alleen na deze voorbereiding goed mogelijk om ook een onderhandse aanbidding van NS te kunnen beoordelen (zie procedure).

### 6.2 Juridische waarborgen tegen oneerlijke concurrentie

Uit de juridische analyse blijkt het zeer lastig om op voorhand

'verdachte' partijen uit te sluiten (zie bijlage CDJZ). Het is wel mogelijk om in de procedure voldoende waarborgen in te bouwen:

- Bij de selectie kan men eisen dat biedende partijen inzicht geven in hun financiële positie en zeggenschapstructuur en als criterium te stellen dat deze transparant zijn en vrij van (in)directe staatsinvloed. Indien sprake van staatssteun kan bieding op grond daarvan niet zonder meer afgewezen worden. Eerst moet EC mogelijkheid hebben tot onderzoek of sprake is van ontoelaatbare staatssteun (2 maanden). Pas wanneer EC deze conclusie trekt kan de bieder afgewezen worden.
- Bij de evaluatie van de biedingen zullen strikte en zwaarwegende kwaliteitseisen gehanteerd worden;
- Alleen transparante biedingen zullen geaccepteerd worden. Deze zullen onderzocht worden op:
  - \* Prijsdumping. De aanbestedingsrichtlijn (artikel 37 92/50) biedt de mogelijkheid om prijsdumping aan te pakken. De aanbieder moet aannemelijk maken dat de (substantieel) betere bieding verband houdt met de opzet van het dienstverleningsproces, de gekozen technische oplossing, of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de aanbieder kan profiteren.
  - \* Misbruik van een dominante positie. Als uit de analyse blijkt dat de betere aanbieder mogelijk gemaakt werd door een oneerlijk prijsverschil met andere bidders van ingekochte diensten.

Wanneer blijkt dat er na bovenstaande filters geen goed contract gesloten kan worden, behoudt de Staat het recht om niet de te gunnen en terug te vallen op de terugvalopties.

### 6.3 Procedure

Bij elke stap wordt beoordeeld of alle lichten nog op groen staan, te weten de marktkansen, de juridische positie en de voortgang van noodzakelijk beleid (bijv. uitplaatsing taakorganisaties). Als dit niet zo is kunt u op elke van deze momenten besluiten om terug te vallen op een goed alternatief.

- mei 1999: audit experts op tenderstrategie gereed;
- januari 2000 : referentiemodellen gereed, advertentiedatum;
- januari 2001 : prekwalificatie voltooid: zijn er voldoende gekwalificeerde bidders?
- januari 2002 : onderhandelingen voltooid: voldoet het resultaat aan de minimumeisen inzake kwaliteit en prijs?

Uit onderzoek is gebleken dat aanbesteden van de meervoudige concessie vanuit vervoerskundig en economisch oogpunt de voorkeur verdient boven onderhandse gunning.

#### 6.4 Institutionele waarborgen

Het vermoeden van misbruik door de NS van haar dominante positie kan andere bidders afschrikken, of achteraf zou verleiden tot tijdrovende rechtszaken. In paragraaf 4 is aangegeven dat het met name gaat om innige relaties met bijvoorbeeld de capaciteitstoewijzer of om monopolieposities bij kaartverkoop, stations etc.

Om de Staat te verzekeren van een concurrerende bieding en de NS de mogelijkheid te geven ook echt mee te doen dient een aantal randvoorwaarden vervuld te zijn. Deze randvoorwaarden zijn grotendeels dezelfde als degene die u al eerder hebt benoemd, zoals de uitplaatsing van de taakorganisaties, heldere toedelingscriteria voor treinpaden en verkeersleiding enzovoorts.

Als verdere uitwerking van deze lijn verwachten andere bidders op vergelijkbare voorwaarden als NS gebruik te mogen maken van stations en andere voorzieningen die zij niet doelmatig van anderen dan de NS kan betrekken. Alleen zo kan vooraf de schijn van misbruik door NS van haar dominante positie voorkomen worden.

Met andere woorden: het is onjuist te denken dat NS haar concurrentiepositie verzwakt door dergelijke zaken vooraf goed te regelen en voldoende informatie te verschaffen:

- Alleen onder deze voorwaarden kan zij effectief de concurrentie om de concessie aangaan.
- Als NS niet wenst mee te bieden is er geen sprake van concurrentie en verdwijnt het argument om niet mee te werken aan de belangen van haar aandeelhouder, de Staat.

Nu ingaan op het dreigement van de NS dat zij een naar de rechter zullen lopen bij een aanbesteding van de HSL-zuid betekend defacto dat er geen aanbestedingen in de spoorsector mogelijk zijn, zonder dat NS daar toestemming voor geeft. Het is de vraag of dit voor de reiziger en overheid de beste kwaliteit OV oplevert, zowel korte, maar vooral lange termijn.

#### 7. Heeft de NS een eerlijke kans?

Mijns inziens is er geen reden om aan te nemen dat NS geen eerlijke kans heeft in het biedingsproces als aan de bovenstaande waarborgen wordt voldaan.

Zoals eerder vermeld is het niet onwaarschijnlijk dat voor dit soort projecten consortia worden gevormd. Indien de financiële slagkracht van NS te klein zou zijn, dan biedt deze tender ook gelijk de aanleiding voor NS om partners op te zoeken waarmee de concurrentiekracht vergroot kan worden. Niet alleen voor de HSL, maar juist ook voor de toekomstige EU-markt. NS geeft bij de

mobiele telefonie daarin zelf een mooi voorbeeld. Samen met British Telecom is NS er in geslaagd om de 4<sup>e</sup> licentie voor mobiele telefonie het hoogste te bieden, in een zeer concurrerende markt.

Daarnaast is de financiële positie van de NS zeer gunstig vergeleken de collega spoorbedrijven. Voor de verzelfstandiging heeft de overheid de schulden van de NS overgenomen en het bedrijf is in '95 verzelfstandigd met een goed gevulde kas. Daarmee is NS waarschijnlijk het enige spoorbedrijf zonder schuld in EU.

## 8. Een second-best-oplossing

In uw standpunt t.a.v. aanbesteding HSL-Zuid is een belangrijk element het kunnen waarborgen van een level playing field tussen de verschillende vervoerders. Ook minister Zalm heeft u gemeld dat reciprociteit een belangrijk element is. Bij dit level playing field spelen twee elementen: zullen de andere gegadigden accepteren dat hun positie gelijkwaardig is aan die van de NS (gegeven de grote kennisvoorsprong van NS, mogelijkheid tot schaalvoordeel etc.) en hebben wij er het vertrouwen in dat grote staatsbedrijven niet door middel van kruissubsidies tot een bod komen dat onder de kostprijs ligt.

Hiervoor is beschreven op welke wijze dit plaats zou kunnen hebben. Ook de juridische analyse (zie bijlage) maakt aannemelijk dat het zeer wel het proberen waard is een dergelijk level playing field in de wijze van aanbesteding te bereiken, maar dat succes van die poging niet verzekerd is. Anders gezegd: indien u een garantie zou willen hebben op een werkelijk level playing field, kan die nu niet gegeven worden.

Het is denkbaar dat u de positieve inschatting dat er in elk geval veel mogelijkheden lijken te zijn om eraan te werken, voldoende basis vindt om het theoretisch grote voordeel van openbare aanbesteding voor reizigers en overheid zwaarder te laten wegen. Het kan ook zijn, dat u het ontbreken van zo'n garantie zwaarder vindt wegen. Voor dat geval hebben we twee voorstellen voor een second-best oplossing.

### 1. Eerste bod NSR

In deze second-best oplossing zou het volgende gebeuren. U handhaaft naar NS uw principiële voorkeur voor de openbare aanbesteding, maar tevens uw twijfel aan de garantie van level playing field. U zegt dat dit voor u zo zwaar weegt, dat u de NS een kans wil geven op een eerste bod. Dat zou in twee stappen kunnen plaatsvinden.

- In een zeer beperkte periode, zeg 2 weken, doet NS een kwantitatief voorstel inzake mobiliteit en financiën voor de HSL (evt. in combinatie met het overige hoofdrailnet). Dit hebben ze



- waarschijnlijk klaar liggen, dus dat kan.
- Na dat bod beoordeelt u of u het bod zo veelbelovend vindt dat we erop doorgaan. Zo ja, dan is er een periode van bv. 4 weken waarin diepgaand over het bod wordt gesproken. U zult dan een persoon (al of niet binnen VenW) moeten aanwijzen die namens VenW dat gesprek voert, en die zal zich zeker extern moeten laten adviseren.
  - Na 4 weken wordt u dan een uitgewerkt bod voorgelegd. Indien het eerste bod beneden de maat is, gaat de derde eeuw spoor als voorzien naar de Kamer inclusief het voorstel tot openbare aanbesteding. Overigens zal het zeer lastig blijken om het bod van NS te beoordelen omdat er geen vergelijkingsmateriaal voor handen is. Dit is de achilleshiel van dit model, omdat u het beargumenteerd zal moeten toewijzen of afwijzen.

In dit model staat u in de Kamer sterker, omdat de NS immers een benedenmaats bod heeft gedaan. Dat geldt ook indien we er na de daaropvolgende 4 weken niet bevredigend uitkomen. Omdat de optie openbare aanbesteding steeds boven de markt hangt, kan de NS het zich niet te gemakkelijk maken. In onze optiek zou zo'n bod betrekking moeten hebben op zowel de mobiliteits- als de financiële kant. Om het ook voor EZ en Financiën aanvaardbaar te maken, zou ook de relatie met NS in algemene zin er onderdeel van kunnen zijn (eindelijk afspraken over winstbestemming, dividend e.d.). EZ en Financiën zullen dit als een zware terugval t.o.v. de bestaande positie zien, dus als u dit wilt inbrengen dienen zij er o.i. wel van op de hoogte te zijn. U heeft er echter wel argumenten voor die in lijn liggen met uw eerdere opstelling namelijk dat reciprociteit verzekerd moet zijn en dat niet alleen geprobeerd moet worden dat te realiseren.

## 2. Schoonheidswedstrijd

Een andere second-best-oplossing zou zijn om een "schoonheidswedstrijd" te organiseren, zoals dat ook is gebeurd met de toewijzing van telecomrechten aan Libertel. Die houdt in dat een bidbook wordt opgesteld, waarin precies staat wat we willen en welke beoordelingscriteria worden gehanteerd. Partijen kunnen alleen deelnemen als ze hiermee accoord gaan. Vervolgens kiezen wij één der partijen uit in een "black box procedure". Omdat men vooraf met het proces instemt, is achteraf geen verzet mogelijk. In het vervoer hebben we geen ervaring met zo'n aanpak en deze optie is niet geanalyseerd, maar in de telecom werkte het doeltreffend.

## 9. Conclusie

Bij aanbesteding van de HSL-zuid zal naast prijs zeer bewust op kwaliteit worden geselecteerd. Net als bij elke aanbesteding zal de aanbestedende partij moeten zorgen voor een eerlijk speelveld en

gelijke berechtiging van alle biedende partijen. De overheid heeft in de wijze waarop de aanbesteding wordt ingevuld meerdere middelen voorhanden om dit te bewerkstelligen qua aanbestedingssystematiek, juridische handvatten en procedure met valide terugvalopties. Er is op voorhand geen reden om aan te nemen dat SNCF een oneigenlijk concurrentievoordeel heeft. In de MR staf heeft u hierover reeds laten vastleggen dat

- de exploitatie moet financieel transparant zijn opgezet en de financiële lasten en baten worden gescheiden van de rest van het spoorvervoer in Nederland
- bij concurrentie van ongeacht welke vorm is gelijke berechtiging ("level playing field") voor alle partijen noodzakelijk (waarbij ook specifieke aandacht voor de machtspositie van buitenlandse staatsmaatschappijen aan de orde is)

Met behulp van deze uitgangspunten en de geschetste procedure kan de voorbereiding van de aanbesteding worden gestart. Indien u de zekerheden (die niet 100% zijn maar wel positief worden ingeschat) voor de creatie van een level playing field voldoende vindt, zal dit worden beschreven in "de derde eeuw spoor". Uiteraard zullen er geen formele stappen gezet tot na het debat in de Tweede Kamer.

Indien u dit niet vindt en een terugvaloptie bespreekbaar wilt maken, dan moeten de andere betrokken Ministers dat voor het overleg met Den Besten weten. Gezien de korte termijn worden minister Zalm en Jorritsma hierover pas maandagavond geïnformeerd.

DE DIRECTEUR-GENERAAL PERSONENVERVOER

drs J.M.F. Diris