

Landsadvocaat

Koningin Julianaplein 30
Gebouw Babylon
Kantoren A
2595 AA Den Haag

Correspondentie
Postbus 11756
2502 AT Den Haag
Internet
www.prdt.nl

SPOED
HSL Projectdirectie
De heer B. van Os

datum 5 februari 2001
onze ref. 1368486
inzake Advies inzake uitingen Deutsche Bahn In
Volkscrant

telefoon 070-3488830
fax 070-3857899
e-mail acm.fischer@prdt.nl

Geachte heer Van Os,

Vanmorgen vroeg u ons om advies hoe te reageren op de uitlatingen van Deutsche Bahn (DB) in een interview met de Volkscrant (artikel van 3 februari jl.) over de prijs van de HSL-vervoerstender. DB stelt daarin dat de 3,3 miljard gulden (220 miljoen gulden op jaarbasis) voor de vijftienjarige concessie extreem hoog is en dat zij hoopt op medestanders. Het gaat mede om de passage: "Wij hopen dat de andere combinaties net als wij zullen zeggen: deze prijs is te gek. En dat wij zo de som omlaag kunnen brengen."

Uitgangspunt is dat de uitlatingen van consortiumpartner DB aan de andere partners van het consortium zijn toe te rekenen. Wij bezien de betrokken uitlatingen onder drie invalshoeken: mededingingsrechtelijk, aanbestedingsrechtelijk en verbintenissenrechtelijk.

Om met dit laatste te beginnen, de uitlatingen kwalificeren als strijdig met de bepalingen omtrent "Competitive Behaviour" in artikel 2 van de - ook door het consortium waarvan DB deel uitmaakt ondertekende - Process Agreement. Met name valt te wijzen op artikel 2.3: "During the Tender the Tenderer will not behave in any way that is, or can be considered to be, harmful to the competitive characteristics of the Tender." In feite wordt hier immers gepoogd het biedgedrag van andere partijen te beïnvloeden (zie ook artikel 2.1), hetgeen daadwerkelijk of potentieel afbreuk doet aan de door de Staat nagestreefde "competitive Tender environment" (zie considerans Process Agreement). Artikel 7 bepaalt wat de consequenties hiervan (kunnen) zijn, te weten: Any breach of the provisions of this agreement by the Tenderer may lead to *exclusion* of the Tenderer from the Tender Process or any other remedy as deemed adequate and appropriate by the State with a view to restore the competitive characteristics of the said Tender." De beginselen van behoorlijk bestuur die

datum 5 februari 2001
onze ref. 1368486

p. 2/3

ook in civielrechtelijke situaties door de Staat in acht moeten worden genomen, vereisen dat de te kiezen maatregel (remedy) bij afweging van de betrokken belangen evenredig, althans niet onevenredig is. De proportionaliteitseis behoort ook tot de algemene beginselen van EG-recht.

Mededingingsrechtelijk kan het betrokken gedrag van DB worden geduid als het aanzetten tot/uitlokken van onderling afgestemde feitelijke gedragingen bij het uitbrengen van een bod, dat ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel ervan wordt verhinderd. Als die aanzet daadwerkelijk zou leiden tot een overeenkomst of onderling afgestemd feitelijk gedrag van ondernemingen, is sprake van strijd met de mededingingsregels (artikel 6 Mw en/of artikel 81 EG). Het is zeer wel denkbaar dat de NMa via de Volkskrant zelf reeds kennis heeft genomen van de in dit verband dubieuze uitslatingen van DB.

Aanbestedingsrechtelijk is in feite eveneens sprake van een poging tot beïnvloeding van het biedgedrag van anderen, waardoor het aanbestedingsrechtelijke concurrentiebeginsel, althans potentieel, geweld wordt aangedaan.

Deze drie invalshoeken leiden, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel ertoe dat een maatregel jegens DB aangewezen is. Naar ons voorlopig oordeel, en uiteraard afhankelijk van mogelijk nog onbekende nadere feiten (bijv. onjuiste citering), is sprake van een nogal zware overtreding van DB/Arriva van de Process Agreement. Een zwaardere overtreding, behoudens feitelijke kartelvorming, lijkt ons nauwelijks denkbaar. Uitsluiting van DB/Arriva is naar ons oordeel dan ook wel degelijk een optie die, mits de feiten niet anders blijken te liggen, in rechte stand zou kunnen houden. Wel achten wij het noodzakelijk, op grond van het bestuursrecht, dat, alvorens tot uitsluiting wordt besloten, DB /Arriva worden gehoord. Zou u uitsluiting een te zware maatregel vinden in dit stadium, dan zijn enkele varianten denkbaar zoals een waarschuwing en een voorwaardelijke uitsluiting. Voor het opleggen van een boete zien wij geen expliciete grondslag in de Process Agreement. Wel zou de President in kort geding een verbod van verdere inbreuken op de norm van artikel 2.3 van de Process Agreement kunnen bevelen onder oplegging van een dwangsom.

In het licht van vorenstaande redenering concipieerden wij reeds een brief aan DB/Arriva, die u hierbij als bijlage aantreft.

Landsadvocaat

datum 5 februari 2001
onze ref. 1368486

p. 3/3

René van de Klashorst en ikzelf zijn vanmiddag zonodig mobiel bereikbaar onder de nummers
06 206 04322 respectievelijk 06 532 43 168.

Met vriendelijke groet



A.C.M. Fischer-Braams

Landsadvocaat

HSL Projectdirectie
De heer B. van Os

datum concept 5 februari 2001

telefoon 070-3488830
fax 070-3857899
e-mail acm.fischer@prdf.nl

Geachte heer Van Os,

Hieronder de tekst van de conceptbrief aan Deutsche Bahn, op te nemen in ons advies aan de HSL projectdirectie:

*Deutsche Bahn/Arriva

Dear sirs,

The State has taken notice of your statements in the Volkskrant newspaper of Saturday february 3 2001. The State is of the provisional opinion that by various statements, publized by said newspaper, you have acted in serious conflict with your obligations under the HSL tender procedures. Your statement, for example, that-*quote*-Wij hopen dat de andere combinaties net als wij zullen zeggen deze prijs is te gek. En dat wij zo de som omlaag kunnen brengen-*unquote*- clearly and irreversibly infringes on your obligations deriving from article 2.1 and 2.3 of the Process Agreement of the ITT.

The State is considering , in order to safeguard the competitive characteristics of the Tender, to exclude you from the Tender. Until further notice by the State you are suspended from the Tender process.

The State hereby requests your immediate response on the above mentioned matter and the considered exclusion of your combination from the Tender.

Regards,

H:\080\EEG\HSL\BRIEVEN\conceptbrief Deutsche Bahn.doc