

II

(Mededelingen)

MEDEDELINGEN VAN DE INSTELLINGEN, ORGANEN EN INSTANTIES VAN
DE EUROPESE UNIE

EUROPESE COMMISSIE

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

**interpretatieve richtsnoeren bij Verordening (EG) nr. 1370/2007 betreffende het openbaar
personenvervoer per spoor en over de weg**

(2014/C 92/01)

1. INLEIDING

Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad ⁽¹⁾ is vastgesteld op 23 oktober 2007. Deze verordening, die op 3 december 2009 in werking trad, heeft tot doel een interne markt voor het aanbieden van openbaar personenvervoer tot stand te brengen. De verordening vormt hiertoe een aanvulling op de algemene regels voor overheidsopdrachten. Bovendien zijn in de verordening de voorwaarden vastgesteld waaronder in overeenkomsten en concessies voor openbaar personenvervoer vastgelegde compensatiebetalingen worden geacht verenigbaar te zijn met de interne markt en zijn vrijgesteld van voorafgaande aanmelding van staatssteun bij de Commissie.

Verordening (EG) nr. 1370/2007 is van groot belang voor de organisatie en financiering van openbaar vervoer per bus, tram, metro en spoor in de lidstaten. De coherente en correcte toepassing van de bepalingen uit deze verordening is in economisch en politiek opzicht belangrijk omdat het openbaar vervoer een toegevoegde waarde en werkgelegenheid vertegenwoordigt van telkens ongeveer 1 % van het bbp en van de totale werkgelegenheid in de Unie. Een goed functionerende openbaarvervoerssector is een hoeksteen van een doeltreffend sociaal, economisch en milieubeleid.

In een door een externe consultant uitgevoerde ex post evaluatie van de tenuitvoerlegging van Verordening (EG) nr. 1370/2007 ⁽²⁾ werd de Commissie verzocht richtsnoeren te geven over bepaalde bepalingen van die verordening. Eenzelfde verzoek is geformuleerd door vertegenwoordigers van Europese verenigingen en van lidstaten op een door de Commissie op 14 november 2011 gehouden EU-conferentie van belanghebbenden over de tenuitvoerlegging van de verordening ⁽³⁾. Uiteenlopende interpretaties van bepalingen inzake de definitie van openbaredienstverplichtingen, de reikwijdte van openbaredienstcontracten, de gunning van die contracten en de compensatie voor openbaredienstverplichtingen kunnen de totstandkoming van een interne markt voor openbaar vervoer in de weg staan en tot ongewenste marktverstoringen leiden.

Alvorens deze mededeling goed te keuren heeft de Commissie de lidstaten en vertegenwoordigers van belanghebbenden op dit terrein geraadpleegd, waaronder Europese organisaties uit de openbaarvervoerssector, personeel uit de vervoerssector en passagiersorganisaties.

⁽¹⁾ PB L 315 van 3.12.2007, blz. 1.

⁽²⁾ DLA Piper, Study on the implementation of Regulation (EC) No 1370/2007 on public passenger transport services by rail and by road, 31 oktober 2010, gepubliceerd op http://ec.europa.eu/transport/modes/rail/studies/rail_en.htm

⁽³⁾ Documenten over de conferentie zijn gepubliceerd op http://ec.europa.eu/transport/modes/rail/events/2011-11-14-workshop_en.htm

In deze mededeling licht de Commissie toe hoe zij, zich inspirerend op beste praktijken, een aantal bepalingen van de verordening uitlegt om de lidstaten te helpen alle mogelijkheden die de interne markt biedt optimaal te benutten. Deze mededeling beoogt niet alle bepalingen uitputtend te behandelen en er wordt evenmin nieuwe wet- of regelgeving ingevoerd. Er zij op gewezen dat uiteindelijk het Hof van Justitie van de Europese Unie verantwoordelijk is voor de interpretatie van de Uniewetgeving.

Op 30 januari 2013 heeft de Commissie een voorstel goedgekeurd tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1370/2007 in afwachting van de openstelling van de markt voor het binnenlands passagiersvervoer per spoor ⁽¹⁾. Een aantal bepalingen van de verordening waarvoor de Commissie aanpassingen heeft voorgesteld, zoals de bepalingen inzake de gunning van openbaredienstcontracten voor vervoer per spoor, wordt in deze mededeling uitgelegd. Wat deze bepalingen betreft, gelden de in dit document gegeven richtsnoeren totdat de wijziging van Verordening (EG) nr. 1370/2007 in werking treedt.

2. INTERPRETATIE VAN VERORDENING (EG) Nr. 1370/2007 DOOR DE COMMISSIE

2.1. Toepassingsgebied van Verordening (EG) nr. 1370/2007

Dit hoofdstuk over het toepassingsgebied van Verordening (EG) nr. 1370/2007 voorziet in richtsnoeren voor de interpretatie van het verband tussen die verordening enerzijds en de volgende richtlijnen anderzijds: Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG ⁽²⁾ („Richtlijn 2014/24/EU”), Richtlijn 2014/25/EU betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en tot intrekking van Richtlijn 2004/17/EG ⁽³⁾ („Richtlijn 2014/25/EU”) en Richtlijn 2014/23/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten ⁽⁴⁾ („Richtlijn 2014/23/EU”). Dit hoofdstuk verduidelijkt ook de modaliteiten voor de toepassing van de verordening op de binnenwateren en nationale zee-wateren, en verduidelijkt de toepasselijkheid ervan voor het goederenvervoer tot en met 2 december 2012.

2.1.1. Artikel 1, lid 3, en artikel 5, lid 1. Verband tussen Verordening (EG) nr. 1370/2007 en de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten en concessies

Verordening (EG) nr. 1370/2007 regelt de gunning van openbaredienstcontracten, zoals gedefinieerd in artikel 2, onder i), voor openbaar personenvervoer over de weg en per spoor. Deze openbaredienstcontracten kunnen echter ook onder het toepassingsgebied van de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten vallen (Richtlijn 2014/24/EU en Richtlijn 2014/25/EU). Aangezien de in Verordening (EG) nr. 1370/2007 bedoelde richtlijnen (Richtlijn 2004/17/EG en Richtlijn 2004/18/EG) zijn ingetrokken en vervangen door de hierboven vermelde richtlijnen, moeten de verwijzingen in Verordening (EG) nr. 1370/2007 worden opgevat als verband houdend met de nieuwe richtlijnen.

Volgens artikel 1, lid 3, is Verordening (EG) nr. 1370/2007 niet van toepassing op concessies voor openbare werken in de zin van artikel 1, lid 3, onder a), van Richtlijn 2004/17/EG of artikel 1, lid 3, van Richtlijn 2004/18/EG. Na de inwerkingtreding van Richtlijn 2014/23/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten is de term „concessie voor werken” gedefinieerd in artikel 5, lid 1, onder a), van deze richtlijn. Concessies voor werken op het gebied van openbaar personenvervoer per spoor en andere vormen van railvervoer en vervoer over de weg vallen daarom uitsluitend onder Richtlijn 2014/23/EU.

Voor het verband tussen Verordening (EG) nr. 1370/2007, de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en Richtlijn 2014/23/EU is het belangrijk om onderscheid te maken tussen opdrachten voor diensten en concessies voor diensten.

Artikel 2, onder 1), 2) en 5), van Richtlijn 2014/25/EU definieert „opdrachten voor diensten” als schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tussen een of meer aanbestedende instanties en een of meer ondernemers die betrekking hebben op het verrichten van diensten. Wanneer deze opdrachten betrekking hebben op „aangeboden diensten” als bedoeld in artikel 2, lid 1, onder 1), van Richtlijn 2014/24/EU, worden ze als „overheidsopdrachten voor diensten” beschouwd overeenkomstig artikel 2, lid 1, onder 6) en 9), van Richtlijn 2014/24/EU.

⁽¹⁾ Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1370/2007 met betrekking tot de openstelling van de markt voor het binnenlands passagiersvervoer per spoor, COM/2013/028 final.

⁽²⁾ PB L 94 van 28.3.2014, blz. 65.

⁽³⁾ PB L 94 van 28.3.2014, blz. 243.

⁽⁴⁾ PB L 94 van 28.3.2014, blz. 1.

In artikel 5, lid 1, onder b), van Richtlijn 2014/23/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten wordt een „concessie voor diensten” gedefinieerd als „een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij een of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties de verrichting van diensten met uitzondering van de uitvoering van werken als bedoeld in punt a) laten uitvoeren door een of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling”. In artikel 5, lid 1, wordt voorts bepaald dat „de gunning van een concessie voor werken of diensten de overdracht aan de concessiehouder inhoudt van het operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van de werken of diensten en dat het vraagrisico of het aanbodrisico of beide omvat. De concessiehouder wordt geacht het operationeel risico op zich te nemen wanneer er geen garantie voorhanden is dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de werken of diensten die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend. Het deel van het aan de concessiehouder overgedragen risico behelst een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt, hetgeen betekent dat elk potentieel door de concessiehouder geleden verlies niet louter nominaal of te verwaarlozen is”.

Het onderscheid tussen (overheids)opdrachten en concessies voor diensten is belangrijk omdat overeenkomstig artikel 10, lid 3, van Richtlijn 2014/23/EU deze richtlijn niet van toepassing is op concessies voor openbaar personenvervoer per spoor in de zin van Verordening (EG) nr. 1370/2007. De gunning van concessieovereenkomsten voor diensten voor openbaar personenvervoer valt uitsluitend onder Verordening (EG) nr. 1370/2007.

In artikel 5, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 wordt bepaald dat de gunning van (openbare)dienstcontracten voor vervoer per bus of tram onder de Richtlijnen 2004/17/EG ⁽¹⁾ en 2004/18/EG ⁽²⁾ valt, behalve als dergelijke contracten de vorm aannemen van concessieovereenkomsten voor diensten. Het gunnen van (overheids)opdrachten voor diensten voor openbaar personenvervoer per bus of tram valt derhalve uitsluitend onder de Richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU.

Het gunnen van (overheids) opdrachten voor diensten voor openbaar personenvervoer per spoor en metro valt onder Verordening (EG) nr. 1370/2007 en is uitgesloten van het toepassingsgebied van Richtlijn 2014/24/EU volgens overweging 27 en artikel 10, onder i), van die richtlijn en van het toepassingsgebied van Richtlijn 2014/25/EU volgens overweging 35 en artikel 21, onder g), van laatstgenoemde richtlijn.

Tabel

Overzicht van de toepasselijke rechtsgrondslag voor contractgunningen per type contractuele regeling en per vervoerswijze

Openbaar personenvervoer per	(Overheids)opdrachten voor diensten als gedefinieerd in de Richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU	Concessies voor diensten als gedefinieerd in Richtlijn 2014/23/EU
Bus en tram	Richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU	Verordening (EG) nr. 1370/2007
Spoor en metro	Verordening (EG) nr. 1370/2007	Verordening (EG) nr. 1370/2007

2.1.2. Artikel 1, lid 2. Toepassing van Verordening (EG) nr. 1370/2007 op de binnenwateren en nationale zee-wateren

Volgens artikel 1, lid 2, is Verordening (EG) nr. 1370/2007 van toepassing op nationaal en internationaal openbaar personenvervoer per spoor, andere vormen van spoorvervoer en vervoer over de weg, en kunnen de lidstaten de verordening toepassen op openbaar personenvervoer over de binnenwateren. Om de rechtszekerheid te waarborgen, moet een besluit van een lidstaat voor de toepassing van Verordening (EG) nr. 1370/2007 op het openbaar personenvervoer over de binnenwateren op transparante wijze worden vastgesteld door middel van een juridisch bindende handeling. De toepassing van Verordening (EG) nr. 1370/2007 op passagiersvervoerdiensten over de binnenwateren kan met name nuttig zijn wanneer deze diensten deel uitmaken van een ruimer stedelijk, voorstedelijk of regionaal openbaarvervoernet.

⁽¹⁾ Ingetrokken en vervangen door Richtlijn 2014/25/EU.

⁽²⁾ Ingetrokken en vervangen door Richtlijn 2014/24/EU.

Indien een besluit voor de toepassing van Verordening (EG) nr. 1370/2007 op passagiervervoersdiensten over de binnenwateren ontbreekt, vallen deze diensten rechtstreeks onder artikel 93 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Bepaalde aspecten van het personenvervoer over de binnenwateren vallen onder Verordening (EEG) nr. 3921/91 van de Raad van 16 december 1991 tot vaststelling van de voorwaarden waaronder vervoersondernemers worden toegelaten tot binnenlands goederen- en personenvervoer over de binnenwateren in een lidstaat waar zij niet gevestigd zijn ⁽¹⁾ en Verordening (EG) nr. 1356/96 van de Raad van 8 juli 1996 tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor het vervoer van goederen of personen over de binnenwateren, tussen lidstaten, om voor dit vervoer het vrij verrichten van diensten te verzekeren ⁽²⁾.

Artikel 1, lid 2, stipuleert bovendien dat de lidstaten Verordening (EG) nr. 1370/2007 alleen kunnen toepassen op het vervoer in de nationale zeewateren indien dit Verordening (EEG) nr. 3577/92 van de Raad van 7 december 1992 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer binnen de lidstaten (cabotage in het zeevervoer) ⁽³⁾ onverlet laat. Een aantal belangrijke bepalingen uit deze verordening stemmen niet geheel overeen met de bepalingen in Verordening (EG) nr. 1370/2007 (zoals de bepalingen over de toepassing op het vrachtvervoer, de looptijd van contracten, exclusieve rechten en de drempelwaarden waaronder kleinere contracten onderhands kunnen worden gegund). De toepassing van Verordening (EG) nr. 1370/2007 op nationale zeewateren roept een aantal problemen op. In een mededeling ⁽⁴⁾ verstrekt de Commissie richtsnoeren over Verordening (EEG) nr. 3577/92, waarin deze problemen worden aangepakt.

2.1.3. Artikel 10, lid 1. Toepasselijkheid van Verordening (EEG) nr. 1191/69 op contracten voor goederenvervoer tot 2 december 2012

In het verleden vielen bepaalde goederenvervoersdiensten per spoor soms onder openbardienstverplichtingen, waarop Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren ⁽⁵⁾ van toepassing was. Verordening (EG) nr. 1370/2007, houdende intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69, is echter niet van toepassing op goederenvervoersdiensten. Om bij te dragen tot de geleidelijke afschaffing van compensatie waarvoor de Commissie geen toestemming heeft verleend krachtens de artikelen 93, 107 en 108 VWEU, is in artikel 10, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 vastgelegd dat Verordening (EEG) nr. 1191/69 na de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1370/2007 gedurende drie jaar van toepassing blijft op goederenvervoersdiensten, d.w.z. tot 2 december 2012). Goederenvervoersdiensten kunnen alleen als diensten van algemeen economisch belang worden aangemerkt indien de betrokken lidstaat vaststelt dat zij speciale kenmerken hebben ten opzichte van commerciële vrachtdiensten ⁽⁶⁾. Indien lidstaten ervoor opteren staatssteunregelingen te behouden voor goederenvervoersdiensten per spoor die niet voldoen aan de specifieke voorwaarden zoals bedoeld in het Altmark-arrest ⁽⁷⁾, dienen zij de Commissie van deze regelingen op de hoogte te stellen zodat deze vooraf kunnen worden goedgekeurd. De regelingen zullen rechtstreeks worden getoetst aan artikel 93 VWEU. Als deze regelingen niet vooraf worden aangemeld, gelden deze als nieuwe en onrechtmatige steun, aangezien zij niet langer vrijgesteld zijn van de verplichting om staatssteun aan te melden.

2.2. Definitie van openbardienstverplichtingen en algemene bepalingen/inhoud van openbardienstcontracten

Dit hoofdstuk voorziet in richtsnoeren voor de interpretatie van de wezenlijke kenmerken van openbardienstcontracten, belangrijke kenmerken van algemene regels, en de wijze waarop bevoegde instanties de aard en omvang van openbardienstverplichtingen en van exclusieve rechten in het kader van Verordening (EG) nr. 1370/2007 definiëren. Daarnaast worden de voorwaarden behandeld waaronder een verlenging van de looptijd van openbardienstcontracten kan worden toegestaan, alsmede de voorwaarden voor onderaanneming, met inbegrip van contracten die aan interne exploitanten zijn gegund.

⁽¹⁾ PB L 373 van 31.12.1991, blz. 1.

⁽²⁾ PB L 175 van 13.7.1996, blz. 7.

⁽³⁾ PB L 364 van 12.12.1992, blz. 7.

⁽⁴⁾ Mededeling van de Commissie over de interpretatie van Verordening (EEG) nr. 3577/92 van de Raad houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer binnen de lidstaten (cabotage in het zeevervoer) (moet nog worden bekendgemaakt).

⁽⁵⁾ PB L 156 van 28.6.1969, blz. 1.

⁽⁶⁾ Zaak C-179/90 — *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA vs. Siderurgica Gabrielli SpA*, Jurispr. 1991, blz. I-5889, punt 27. Zaak C-242/95 — *GT-Link A/S vs. De Danske Statsbaner (DSB)*, Jurispr. 1997, blz. I-4449, punt 53. Zaak C-266/96 — *Corsica Ferries France SA vs. Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop, arl en anderen*, Jurispr. 1998, blz. I-3949, punt 45.

⁽⁷⁾ Zaak C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg vs. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, en Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, Jurispr. 2003, blz. I-7747.

2.2.1. Artikel 2, onder i). *Wezenlijke kenmerken van een openbardienstcontract*

Volgens artikel 2, onder i), bestaat een openbardienstcontract uit „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 openbardienstverplichtingen wordt belast met het beheer en de exploitatie van openbare personenvervoersdiensten”. Het contract kan ook bestaan uit een door een bevoegde instantie vastgesteld besluit dat de vorm aanneemt van een specifieke handeling van wetgevende of regelgevende aard of de voorwaarden bevat waaronder de bevoegde instantie de diensten zelf verricht of aan een interne exploitant toevertrouwt. Het begrip „openbardienstcontract” in de zin van Verordening (EG) nr. 1370/2007 omvat dus ook concessies voor openbare diensten.

Om rekening te houden met de verschillende wettelijke regelingen en tradities in de lidstaten is de definitie van een openbardienstcontract in Verordening (EG) nr. 1370/2007 erg breed en omvat deze verschillende soorten juridisch bindende handelingen. Op die manier wordt gewaarborgd dat die verordening op alle rechtssituaties van toepassing is, zelfs als de relatie tussen de bevoegde instantie en de exploitant niet formeel en nauwgezet is vastgelegd in de vorm van een contract in de meest strikte zin van het woord. De definitie omvat daarom ook openbardienstcontracten die bestaan uit een besluit in de vorm van een specifieke handeling van wetgevende of regelgevende aard. Een combinatie van een algemene rechtshandeling die de exploitatie van diensten toewijst aan een exploitant en een administratieve handeling die de gedetailleerde eisen ten aanzien van de te leveren diensten bevat alsmede de toe te passen methode voor de compensatieberekening, kan ook een openbardienstcontract vormen. De definitie bestrijkt ook besluiten van de bevoegde instantie waarin de voorwaarden zijn vastgelegd waaronder de instantie zelf de diensten levert of de levering van diensten aan een interne exploitant toevertrouwt.

2.2.2. Artikel 2, onder l). *Kenmerken en vastlegging van algemene regels*

Een algemene regel is in artikel 2, onder l), gedefinieerd als een regel die „zonder onderscheid van toepassing is op gelijksoortige openbare personenvervoersdiensten in een bepaald geografisch gebied dat onder de verantwoordelijkheid van een bevoegde instantie valt”. Algemene regels zijn dus maatregelen voor één of meerdere soorten vervoersdiensten over de weg of per spoor die eenzijdig, op niet-discriminerende wijze, door de overheidsinstanties worden opgelegd aan exploitanten van openbare diensten, of die kunnen worden opgenomen in contracten tussen de bevoegde instantie en de exploitanten van openbare diensten. De maatregel is beperkt tot het geografisch gebied waarvoor een bevoegde instantie verantwoordelijk is maar hoeft niet per se het gehele geografische gebied te beslaan. Een algemene regel kan ook een regionale of nationale wet zijn die van toepassing is op alle bestaande of potentiële vervoersexploitanten in een regio of lidstaat. Doorgaans wordt er derhalve niet over onderhandeld met afzonderlijke exploitanten van openbare diensten. Zelfs als de algemene regel door middel van een eenzijdige handeling wordt opgelegd, staat niets een transparante en niet-discriminerende raadpleging van exploitanten van openbare diensten voorafgaand aan de vaststelling van algemene regels in de weg.

2.2.3. Artikel 3, leden 2 en 3. *Vaststelling van algemene regels binnen en buiten een openbardienstcontract. Toepassingsgebied van algemene regels*

In overweging 17 van Verordening (EG) nr. 1370/2007 staat: „In overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel staat het de bevoegde instanties vrij om sociale en kwaliteitscriteria vast te stellen om de kwaliteitsnormen voor openbardienstverplichtingen te handhaven en te verhogen, bijvoorbeeld met betrekking tot minimale arbeidsomstandigheden, rechten van reizigers, de behoeften van mensen met een verminderde mobiliteit, milieubescherming, de veiligheid van passagiers en werknemers alsook verplichtingen uit hoofde van collectieve overeenkomsten en andere voorschriften en overeenkomsten betreffende arbeidsplaatsen en sociale bescherming op de plaats waar de dienst wordt verricht. Met het oog op transparante en voor alle exploitanten vergelijkbare mededingingsvoorwaarden en ter voorkoming van het gevaar van sociale uitsluiting moeten de bevoegde instanties specifieke eisen betreffende sociale en dienstkwaliteitsnormen kunnen opleggen.”

Lidstaten en/of bevoegde instanties kunnen het openbaar vervoer organiseren middels algemene regels zoals wetten, besluiten of regelgevende maatregelen. Wanneer deze algemene regels impliceren dat compensatie of een exclusief recht wordt toegekend, geldt bovendien de verplichting een openbardienstcontract te sluiten volgens artikel 3, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1370/2007. Deze verplichting geldt niet wanneer in algemene regels maximumtarieven voor alle passagiers of voor bepaalde categorieën passagiers zijn vastgelegd overeenkomstig artikel 3, lid 2, van deze verordening. In dat geval hoeft er geen openbardienstcontract te worden gesloten en kan de compensatieregeling op een niet-discriminerende, algemeen geldende grondslag worden gedefinieerd.

Een bevoegde instantie kan besluiten algemene regels toe te passen voor de vaststelling van sociale of kwalitatieve normen overeenkomstig het nationaal recht. Als de algemene regels voorzien in compensatie of als de bevoegde instantie van mening is dat compensatie vereist is voor de toepassing van algemene regels, moeten ook een of meer openbare dienstcontracten met daarin de verplichtingen en de parameters voor de compensatie van het netto financieel effect van die regels worden gesloten, overeenkomstig de artikelen 4 en 6 en de bijlage van Verordening (EG) nr. 1370/2007.

2.2.4. Artikel 3, lid 3. Aanmelding overeenkomstig de voorschriften van de Unie inzake staatssteun van algemene regels inzake maximumtariefregelingen voor het vervoer van scholieren, studenten, leerlingen en personen met verminderde mobiliteit die buiten het toepassingsgebied van Verordening (EG) nr. 1370/2007 vallen

Volgens artikel 3, lid 3, mogen de lidstaten algemene regels inzake financiële compensaties voor openbare dienstverplichtingen waarbij de maximumtarieven voor het vervoer van scholieren, studenten, leerlingen en personen met verminderde mobiliteit worden vastgesteld, uitsluiten van het toepassingsgebied van Verordening (EG) nr. 1370/2007. Wanneer een lidstaat hiertoe besluit, moeten de nationale instanties de compensatiebepalingen toetsen aan de voorschriften van het Verdrag, met name die betreffende staatssteun. Indien deze algemene regels staatssteun vormen, dient de lidstaat de bepalingen overeenkomstig artikel 108 VWEU aan te melden bij de Commissie.

2.2.5. Artikel 2, onder e), en artikel 4, lid 1. Definieren door de bevoegde instanties van de aard en de omvang van openbare dienstverplichtingen en de werkingssfeer van openbare dienstcontracten

Artikel 14 VWEU en het aan het VWEU gehechte Protocol nr. 26 over diensten van algemeen belang bevatten de algemene beginselen volgens welke de lidstaten diensten van algemeen economisch belang definiëren en verrichten. Krachtens artikel 14 VWEU „dragen de Unie en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van de Verdragen er zorg voor dat deze diensten (van algemeen economisch belang (DAEB)) functioneren op basis van beginselen en, met name economische en financiële, voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.” Het aan het VWEU gehechte Protocol nr. 26 betreffende diensten van algemeen belang wijst op de essentiële rol en de ruime discretionaire bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers. Het streven naar een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruikers met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang behoort tot de gedeelde waarden van de Unie. De mogelijkheden voor lidstaten om diensten van algemeen economisch belang op het gebied van openbaar personenvervoer per spoor en over de weg te verrichten, te doen verrichten en te organiseren, zijn geregeld bij Verordening (EG) nr. 1370/2007. Artikel 1 van Verordening (EG) nr. 1370/2007 heeft „tot doel vast te stellen op welke manier instanties die bevoegd zijn voor het openbaar personenvervoer er, in het licht van het Unierecht, voor kunnen zorgen dat, in vergelijking met een volledig vrije marktwerking, onder meer het aantal, de veiligheid en de kwaliteit van de diensten van algemeen belang toenemen en deze diensten worden verzekerd tegen een lagere kostprijs”. Zoals vermeld in artikel 2, onder e), van Verordening (EG) nr. 1370/2007 is een openbare dienstverplichting een verplichting met het oog op de algemene dienstverlening inzake openbaar personenvervoer die een exploitant, indien hij zich door zijn eigen commerciële belangen zou laten leiden, zonder compensatie niet, of niet in dezelfde mate of onder dezelfde voorwaarden, zou aangaan⁽¹⁾. Lidstaten hebben zodoende binnen het bij Verordening (EG) nr. 1370/2007 vastgestelde kader ruime bevoegdheid bij de omschrijving van openbare dienstverplichtingen in overeenstemming met de behoeften van eindgebruikers.

Openbare dienstverplichtingen hebben gewoonlijk, maar niet uitsluitend, betrekking op specifieke vereisten die aan de exploitant van de openbare dienst worden opgelegd wat betreft bijvoorbeeld de frequentie en kwaliteit van de diensten, de dienstverlening met name op kleinere tussenstations, die commercieel niet aantrekkelijk kan zijn, en de verlening van treindiensten in de vroege ochtend en late avond. Ter illustratie is de Commissie van oordeel dat diensten, om als openbare diensten te kunnen worden aangemerkt, gericht moeten zijn op burgers of in het belang moeten zijn van de samenleving als geheel. Bevoegde instanties stellen de aard en omvang van openbare dienstverplichtingen vast met inachtneming van de algemene beginselen van het Verdrag. Om de doelstelling van de verordening te verwezenlijken, namelijk het garanderen van veilig, kostenefficiënt en hoogwaardig personenvervoer, moeten bevoegde instanties streven naar

⁽¹⁾ Deze benadering strookt met de algemene benadering van de Commissie van diensten van algemeen economisch belang in andere sectoren. Zie met name punt 48 van de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (PB C 8 van 11.1.2012, blz. 4).

een economisch en financieel duurzame verrichting van de betreffende diensten. In het kader van de vastlegging in contracten zoals bepaald in artikel 3, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 kunnen beide partijen ervan uitgaan dat hun rechten worden gerespecteerd en moeten beide partijen hun contractuele verplichtingen nakomen, met inbegrip van financiële rechten en verplichtingen. Aan de hand van de geografische werkingssfeer van openbaredienstcontracten kunnen bevoegde instanties de rendabiliteit van openbaarvervoersdiensten die onder hun verantwoordelijkheid worden geëxploiteerd, waaronder eventuele lokale, regionale en subnationale netwerkeffecten, optimaliseren. Netwerkeffecten maken een kostenefficiënte levering van openbaarvervoersdiensten mogelijk dankzij de kruisfinanciering tussen meer dan kostendekkende diensten en niet-kostendekkende diensten. Dit moet de autoriteiten op hun beurt in staat stellen vastgestelde vervoersbeleidsdoelstellingen te verwezenlijken en er, desgevallend, voor te zorgen dat de voorwaarden voor effectieve, eerlijke mededinging op het netwerk vervuld zijn, eventueel bijvoorbeeld voor bepaalde hogesnelheidsdiensten.

2.2.6. Artikel 2, onder f), en artikel 3, lid 1. Vaststelling van de aard en omvang van exclusieve rechten om de naleving van het Unierecht te garanderen

Volgens artikel 3, lid 1, moet een openbaredienstcontract worden gesloten wanneer een bevoegde instantie besluit een exploitant een exclusief recht en/of compensatie te verlenen als tegenprestatie voor het vervullen van openbaredienstverplichtingen. Een exclusief recht wordt in artikel 2, onder f), gedefinieerd als „het recht van een exploitant van openbare diensten om bepaalde openbare personenvervoersdiensten van een lijn, net of gebied te exploiteren, met uitsluiting van andere exploitanten”. Dit recht kan worden vastgelegd in een wettelijk of bestuursrechtelijk besluit. Vaak worden in het openbaredienstcontract de voorwaarden voor de uitoefening van het exclusieve recht genoemd, met name de geografische werkingssfeer en de duur van het exclusieve recht. Exclusiviteit beschermt de onderneming tegen concurrentie van andere exploitanten in een bepaalde markt in die zin dat andere ondernemingen niet dezelfde dienst mogen verlenen. Lidstaten kunnen echter bepaalde rechten toekennen die niet-exclusief lijken te zijn, maar via rechtsregels of administratieve praktijken wel feitelijk verhinderen dat andere ondernemingen aan de markt deelnemen. Administratieve regelingen waarin onder voorwaarden, zoals eisen aan volume en kwaliteit van de diensten, toestemming wordt verleend voor de exploitatie van openbaarvervoersdiensten, zouden bijvoorbeeld het aantal exploitanten op de markt in de praktijk kunnen beperken. De Commissie is van mening dat het begrip exclusiviteit zoals dat in Verordening (EG) nr. 1370/2007 wordt gebruikt, ook in de laatstgenoemde situatie van toepassing is.

Om de goede werking van de interne markt voor openbaarvervoersdiensten te garanderen moeten de bevoegde instanties een precieze definitie van exclusieve rechten geven als rechten die niet verder gaan dan wat nodig is om de betreffende diensten de benodigde economische bescherming te bieden en tegelijkertijd waar mogelijk ruimte bieden voor andere soorten vervoersdiensten. In deze context is in overweging 8 van Verordening (EG) nr. 1370/2007: bepaald dat „gedereguleerde markten voor personenvervoer waar geen exclusieve rechten meer gelden de mogelijkheid moeten hebben hun kenmerken en hun wijze van functioneren te behouden voor zover een en ander verenigbaar is met de eisen van het Verdrag”. De Commissie wil er echter op wijzen dat het introduceren van contractuele regelingen om busdiensten voor bepaalde delen van de bevolking toegankelijker te maken ook in een gedereguleerd systeem een openbaredienstverplichting vormt. Deze verplichting valt onder Verordening (EG) nr. 1370/2007 ⁽¹⁾.

Indien alle voorwaarden voor de toepassing van Verordening (EG) nr. 1370/2007 van toepassing zijn, inclusief de voorwaarde dat een exploitant van openbaarvervoersdiensten een exclusief recht geniet, kan het te sluiten openbaredienstcontract onderhands worden gegund, bijvoorbeeld als het gaat om een contract van geringe waarde en om een kleine en middelgrote onderneming, mits aan de voorwaarden van artikel 5, lid 4, is voldaan.

2.2.7. Artikel 4, lid 4. Voorwaarden waaronder een verlenging van de looptijd van een openbaredienstcontract met 50 % kan worden toegestaan

In artikel 4, lid 3, is bepaald dat de maximumduur van een openbaredienstcontract „tien jaar (bedraagt) voor busdiensten en vijftien jaar voor personenvervoersdiensten per spoor of met andere vormen van spoorvervoer”. Volgens artikel 4, lid 4, kan de looptijd van een openbaredienstcontract zo nodig met 50 % worden verlengd, rekening houdend met de afschrijvingstermijn van de activa. Verlenging is mogelijk als

⁽¹⁾ Zie de Beschikking van de Commissie betreffende een subsidieregeling voor langeafstandsdiensten met touringcars, N 588/2002 — Verenigd Koninkrijk — BSO.

de exploitant van openbare diensten een aanzienlijk deel van de totale activa beschikbaar stelt die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de in het openbaredienstcontract vastgestelde vervoersdiensten en de betrokken activa hoofdzakelijk worden ingezet voor de vervoersdiensten uit hoofde van het contract.

De interpretatie van deze twee voorwaarden hangt af van de specifieke omstandigheden in elk afzonderlijk geval. In overweging 15 van Verordening (EG) nr. 1370/2007 wordt benadrukt dat „langlopende contracten kunnen leiden tot een onnodig lange uitsluiting van de markt, waardoor het gunstige effect van concurrentie verloren gaat. Om concurrentievervalsing zoveel mogelijk te beperken en tegelijk de kwaliteit van de dienstverlening te beschermen, dienen openbaredienstcontracten van beperkte duur te zijn”. Daarnaast wordt het bij een zeer lange looptijd van contracten moeilijk, vanwege toenemende onzekerheden, om risico's correct toe te wijzen tussen de exploitant en de instantie. Anderzijds stelt overweging 15 dat „(h)et (...) noodzakelijk (is) te voorzien in de mogelijkheid om openbaredienstcontracten te verlengen met ten hoogste de helft van hun oorspronkelijke looptijd, wanneer de exploitant van openbare diensten moet investeren in activa met een uitzonderlijke terugverdientijd alsmede, vanwege hun specifieke kenmerken en beperkingen, in het geval van ultraperifere gebieden, als vermeld in artikel 349 VWEU”.

Elk besluit om de looptijd van een openbaredienstcontract met 50 % te verlengen, moet worden getoetst aan de overweging dat het openbaredienstcontract de exploitant ertoe moet verplichten te investeren in activa met een uitzonderlijk lange terugverdientijd, zoals rollend materieel, onderhoudsinstallaties of infrastructuur.

Normaliter besluit de bevoegde instantie vóór de gunning van een nieuw contract de looptijd van het contract te verlengen. Indien gedurende de looptijd van het contract moet worden besloten over verlenging ervan, omdat voorgenomen investeringen in nieuw rollend materieel niet aan het begin van de contractperiode worden gedaan maar, bijvoorbeeld om technische redenen, in een later stadium, moet die mogelijkheid duidelijk in de aanbestedingsdocumenten worden aangegeven en naar behoren in de compensatie tot uiting komen. In ieder geval mag het contract met niet meer dan 50 % van de in artikel 4, lid 4, bedoelde periode worden verlengd.

2.2.8. Artikel 4, lid 5. Beschikbare opties voor bevoegde instanties indien zij het wenselijk achten om maatregelen te nemen voor de bescherming van personeel bij verandering van exploitant

Artikel 4, lid 5, bepaalt het volgende: „Onverminderd de nationale wetgeving en het Gemeenschapsrecht, inclusief collectieve overeenkomsten tussen sociale partners, kunnen de bevoegde instanties, van de geselecteerde exploitant van openbare diensten eisen dat hij het reeds eerder in de diensten werkzame personeel de rechten aanbiedt die het genoten zou hebben, indien een overgang in de zin van Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen ⁽¹⁾ zou hebben plaatsgevonden. Wanneer de bevoegde instanties van exploitanten van openbare diensten eisen dat zij bepaalde sociale normen in acht nemen, bevatten aanbestedingsdocumenten en openbaredienstcontracten een lijst van het betrokken personeel en een transparant gedetailleerd overzicht van de contractuele rechten van het personeel en van de voorwaarden waaronder de werknemers geacht worden met de diensten te zijn verbonden.”

Overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel en zoals bepaald in de overwegingen 16 en 17 hebben de bevoegde instanties in principe de volgende mogelijkheden op het vlak van personeelsbescherming in geval van verandering van exploitant:

- (i) Niets doen. In dit geval moeten rechten van werknemers, zoals een overgang van personeel, alleen verleend worden indien de voorwaarden voor de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG zijn vervuld, bijvoorbeeld wanneer essentiële materiële activa, zoals rollend materieel, worden overgedragen ⁽²⁾.

⁽¹⁾ PB L 82 van 22.3.2001, blz. 16.

⁽²⁾ Overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie is Richtlijn 2001/23/EG van toepassing bij een overgang van onderneming die plaatsvindt na een inschrijvingsprocedure voor de gunning van een openbaredienstcontract. In bedrijfstakken die gebaseerd zijn op materiële activa, zoals vervoer per bus of per spoor, is de richtlijn van toepassing indien essentiële activa worden overgedragen. Het bestaan van een overgang in de zin van Richtlijn 2001/23/EG sluit de omstandigheid niet uit dat de eigendom van de materiële activa die voorheen door een overdrager zijn gebruikt en door een overnemer zijn overgenomen niet overgaat, bijvoorbeeld indien de door de nieuwe aannemer overgenomen materiële activa geen eigendom van diens voorganger waren, doch door de aanbestedende instantie ter beschikking waren gesteld. Zie in dit verband het memorandum van de Commissie over de rechten van werknemers bij overgangen van ondernemingen op: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPageld=208>

- (ii) Verzoeken om een overgang van personeel dat eerder in dienst is genomen om diensten te verrichten met de rechten waarover het personeel zou beschikken, ongeacht of Richtlijn 2001/23/EG al dan niet van toepassing is, indien er een overgang in de zin van Richtlijn 2001/23/EG heeft plaatsgevonden. Overweging 16 van Verordening (EG) nr. 1370/2007 luidt als volgt: „Deze richtlijn belet de lidstaten niet om, met inachtneming van de voorwaarden voor de overdracht van rechten van werknemers andere rechten van werknemers te waarborgen dan die welke worden bestreken door Richtlijn 2001/23/EG en, in voorkomend geval rekening houdend, met sociale normen, vastgesteld bij nationale wetgeving, wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of tussen de sociale partners gesloten collectieve overeenkomsten of bedrijfsovereenkomsten”.
- (iii) De openbaarvervoerexploitant verzoeken bepaalde sociale normen te eerbiedigen ten behoeve van alle werknemers die betrokken zijn bij de levering van openbaarvervoersdiensten „(m)et het oog op transparantie en voor alle exploitanten vergelijkbare mededingingsvoorwaarden en ter voorkoming van het gevaar van sociale uitsluiting”, zoals bepaald in overweging 17 van Verordening (EG) nr. 1370/2007. Deze normen kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op een collectieve overeenkomst op ondernemings- of marktsegmentniveau.
- (iv) Kiezen voor een combinatie van de opties (ii) en (iii).

Om de transparantie van de arbeidsvoorwaarden te waarborgen, moeten de bevoegde instanties, indien zij een overgang van personeel of bepaalde sociale normen opleggen, de betreffende verplichtingen duidelijk en uitvoerig omschrijven in de aanbestedingsdocumenten en openbardienstcontracten.

2.2.9. Artikel 5, lid 2, onder e). Voorwaarden voor onderaanneming indien openbardienstcontracten door interne exploitanten worden gegund

Openbardienstcontracten die onderhands aan een interne exploitant zijn gegund kunnen onder strikte voorwaarden in onderaanneming worden gegeven. In dit geval is de interne exploitant volgens artikel 5, lid 2, onder e), verplicht de openbare personenvervoersdienst „grotendeels” zelf uit te voeren. De wetgever heeft deze bepaling opgenomen om te voorkomen dat het concept van een „interne exploitant” onder de controle van de bevoegde instantie geen betekenis meer zou hebben, aangezien de interne exploitant de vervoersdiensten anders geheel of grotendeels door een andere onderaannemer zou mogen laten uitvoeren. Artikel 5, lid 2, onder e), is derhalve bedoeld om de aanwijzing van „onechte” interne exploitanten te voorkomen. Het aanbieden van openbaar personenvervoer door een interne exploitant is een uitzondering op het beginsel zoals uiteengezet in artikel 5, lid 3, op grond waarvan openbardienstcontracten worden gegund „via een openbare aanbestedingsprocedure”. In overweging 7 van Verordening (EG) nr. 1370/2007 wordt gesteld dat „de invoering (...) van gecontroleerde mededinging tussen exploitanten heeft geleid tot een aantrekkelijkere en innovatievere goedkopere dienstverlening”. Een beoordeling van geval tot geval onverlet latende, lijkt het redelijk om te stellen dat de onderaanneming van meer dan een derde van de openbaarvervoersdiensten nadrukkelijk moet worden gerechtvaardigd, in het bijzonder gezien de doelstellingen van artikel 5, lid 2, onder e), zoals uiteengezet. In de regel worden deze vervoersdiensten in waarde uitgedrukt. Hoe dan ook moet het in onderaanneming geven van opdrachten door interne exploitanten geschieden onder naleving van de desbetreffende wetgeving inzake overheidsopdrachten.

Tot slot mag volgens Verordening (EG) nr. 1370/2007 in het openbardienstcontract een minimumpercentage van vervoersdiensten, uitgedrukt in waarde, worden vastgesteld de exploitant uit hoofde van het contract door een onderaannemer mag laten verrichten. Dit kan in het contract worden opgenomen mits de bepalingen van die verordening worden nageleefd, met name de bepalingen over het maximale aandeel van een openbardienstcontract dat in onderaanneming kan worden gegeven.

2.3. Gunning van openbardienstcontracten

Dit hoofdstuk voorziet in richtsnoeren voor de interpretatie van een aantal bepalingen in verband met de gunning van openbardienstcontracten. De richtsnoeren hebben betrekking op de voorwaarden waaronder openbardienstcontracten onderhands mogen worden gegund en op de procedurele voorschriften voor de openbare aanbestedingsprocedure.

2.3.1. Artikel 5, lid 2, onder b) Voorwaarden waaronder een openbardienstcontract onderhands aan een interne exploitant mag worden gegund

Krachtens Verordening (EG) nr. 1370/2007 mogen bevoegde plaatselijke overheden zelf openbare personenvervoersdiensten over de weg of per spoor aanbieden of een openbardienstcontract onderhands aan een interne exploitant gunnen. Kiezen zij voor de tweede optie, dan moeten zij een aantal strikte, in artikel 5, lid 2, genoemde regels en voorwaarden in acht nemen. In dit verband doet de Commissie het volgende opmerken.

- (i) Volgens artikel 5, lid 2, mag een openbardienstcontract door een bevoegde plaatselijke overheid of een groepering van overheden onderhands aan interne exploitanten worden gegund voor de levering van geïntegreerde diensten voor openbaar personenvervoer. Dit wil zeggen dat de openbare personenvervoersdiensten uit hoofde van een contract dat onderhands is gegund door een groepering van bevoegde plaatselijke overheden vanuit geografisch, vervoers- en tarifair oogpunt moeten worden geïntegreerd over het volledige grondgebied dat onder de verantwoordelijkheid van de betrokken groepering van overheden valt. De Commissie is voorts van mening dat het geografische toepassingsgebied van dergelijke diensten die verleend worden onder verantwoordelijkheid van een bevoegde plaatselijke overheid of een groepering van dergelijke overheden, zodanig moet worden gedefinieerd dat deze plaatselijke diensten in de meeste gevallen aan de behoeften van een stedelijke agglomeratie en/of een plattelands-regio beantwoorden.
- (ii) De regels betreffende het uitoefenen van zeggenschap over de interne exploitant door de bevoegde overheid zoals bepaald in artikel 2, onder j), en uiteengezet in artikel 5, lid 2, moeten in elk geval worden nageleefd. Een interne exploitant moet „een juridisch onafhankelijke entiteit (zijn) waarover een bevoegde plaatselijke overheid (...) net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent”. Artikel 5, lid 2, onder a), geeft een aantal criteria aan de hand waarvan zal worden beoordeeld of een bevoegde overheid daadwerkelijk zeggenschap uitoefent over haar interne exploitant. Deze criteria zijn „de mate van vertegenwoordiging in de bestuurs-, beheers- of toezichtsorganen, de bepalingen ter zake in de statuten, de eigendomsstructuur en de daadwerkelijke invloed op en de daadwerkelijke zeggenschap over strategische en individuele beheersbeslissingen”. De beoordeling van de zeggenschap moet in voorkomend geval op alle criteria zijn gebaseerd.

Met betrekking tot het eigendoms criterium wordt in Verordening (EG) nr. 1370/2007 niet vereist dat de bevoegde overheden 100 % van het kapitaal van de interne exploitant in handen hebben. Dit kan bijvoorbeeld relevant zijn in het geval van publiek-private partnerschappen. In dit verband wordt het begrip "interne exploitant" in Verordening (EG) nr. 1370/2007 breder geïnterpreteerd dan door het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn jurisprudentie⁽¹⁾. Daadwerkelijke zeggenschap door de bevoegde overheid moet echter worden aangetoond aan de hand van andere criteria, zoals vermeld in artikel 5, lid 2, onder a).

- (iii) Om concurrentievervalsingen te voorkomen, is in artikel 5, lid 2, onder b), vastgelegd dat de vervoersactiviteiten van interne exploitanten en elk orgaan waarover zij zeggenschap uitoefenen geografisch moeten worden afgebakend, d.w.z. beperkt moeten blijven tot het grondgebied van de bevoegde overheid of een gebied dat onder gezamenlijke zeggenschap met een bevoegde plaatselijke overheid staat. Deze exploitanten of organen kunnen derhalve niet deelnemen aan openbare aanbestedingsprocedures voor openbaar personenvervoer buiten het grondgebied van de bevoegde overheid. Artikel 5, lid 2, onder b), is doelbewust in algemene bewoordingen gesteld om te voorkomen dat er ondernemingsstructuren worden opgezet om deze geografische afbakening te omzeilen. Zonder afbreuk te doen aan de bepalingen inzake uitgaande lijnen zoals vermeld in punt (v), zal de Commissie de genoemde bepaling betreffende de geografische afbakening bijzonder strikt toepassen, met name wanneer de interne exploitant en een ander orgaan dat vervoersdiensten levert beide onder de zeggenschap van een bevoegde overheid staan.
- (iv) Naar analogie van de rechtspraak inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, volgens welke de activiteiten van interne exploitanten niet „marktgericht”⁽²⁾ mogen zijn, moet de voorwaarde van artikel 5, lid 2, onder b), dat „de interne exploitant (...) personenvervoersdiensten exploiteren op het grondgebied van de bevoegde plaatselijke overheid, (...) en niet deelnemen aan openbare aanbestedingen voor het verrichten van openbare personenvervoersdiensten buiten dit grondgebied” als volgt worden geïnterpreteerd. De interne exploitant of de entiteit onder diens invloed, mag geen openbare personenvervoersdiensten verrichten, ook niet als onderaannemer, of deelnemen aan aanbestedingsprocedures buiten het grondgebied van de bevoegde overheid binnen de Unie of, vanwege een mogelijk indirect effect op de interne markt, elders in de wereld.
- (v) Volgens artikel 5, lid 2, onder b), mogen interne exploitanten „uitgaande lijnen of andere kleinere elementen van die activiteit die het grondgebied van naburige bevoegde plaatselijke overheden binnenkomen” exploiteren. Deze bepaling biedt enige flexibiliteit doordat zij het mogelijk maakt vervoer tussen naburige regio's aan te bieden. Interne exploitanten kunnen daarom tot op zekere hoogte diensten

⁽¹⁾ Zaak C-324/07 — Coditel Brabant SA vs Commune d'Uccle en Région de Bruxelles-Capitale, Jurispr. 2008, blz. I-8457, punt 30.

⁽²⁾ De rechtspraak inzake interne ondernemingen maakt geen gewag van een voorwaarde die het deze ondernemingen verbiedt in te schrijven op openbare aanbestedingen buiten het grondgebied van de bevoegde overheid. Uit de rechtspraak komt echter duidelijk naar voren dat een onderneming die marktgericht gaat opereren, de zeggenschap door de gemeente verzwakt. (Zie zaak C-458/03 — Parking Brixen GmbH vs. Gemeinde Brixen en Stadtwerke Brixen AG, Jurispr. 2005, blz. I-08585).

verrichten buiten het grondgebied van hun bevoegde plaatselijke overheid. Om te beoordelen of de diensten uit hoofde van een openbaredienstcontract in overeenstemming zijn met deze bepaling, moeten de volgende criteria worden toegepast: of deze diensten het grondgebied van de bevoegde overheid in kwestie verbinden met een naburig gebied, en of het gaat om kleinere diensten, en niet om het hoofddoel van de openbaarvervoersactiviteiten op grond van het openbaredienstcontract. De Commissie zal beoordelen of de openbaarvervoersactiviteiten secundair van aard zijn door de omvang in voertuig- of spoorkilometers af te zetten tegen de totale omvang van de openbaarvervoersactiviteiten die de interne exploitant uit hoofde van het/de contract(en) aanbiedt.

2.3.2. Artikel 5, lid 3. Procedurele voorschriften voor de openbare aanbestedingsprocedure van openbaredienstcontracten

In artikel 5, lid 3, is bepaald dat wanneer een bevoegde instantie voor het aanbieden van openbare personenvervoersdiensten een beroep doet op een andere derde partij dan een interne exploitant, zij openbaredienstcontracten dient te gunnen via een eerlijke, open, transparante en niet-discriminatoire openbare aanbestedingsprocedure.

Artikel 5, lid 3, bevat verder weinig informatie over de voorwaarden voor het organiseren van een openbare aanbestedingsprocedure. Zoals vermeld in punt 2.4.1 moet er bij de vaststelling van procedures voor de gunning van contracten voor worden gezorgd dat er sprake is van daadwerkelijke mededinging. De toepassing van de algemene beginselen van het Verdrag, zoals transparantie en niet-discriminatie, brengt bijvoorbeeld met zich mee dat de beoordelingscriteria voor de selectie van inschrijvingen samen met de aanbestedingsdocumenten moeten worden gepubliceerd. De lidstaten mogen desgewenst de gedetailleerdere voorschriften van de EU-wetgeving inzake overheidsopdrachten toepassen, zoals de Richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU of Richtlijn 2014/23/EU betreffende concessies. Er bestaat evenwel geen verplichting daartoe.

Krachtens artikel 5, lid 3, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 kan de bevoegde instantie er echter voor opteren met partijen die na de eerste selectie zijn overgebleven te onderhandelen over specifieke of complexe behoeften. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer exploitanten die meedoen aan de aanbesteding, technologisch innovatieve vervoersoplossingen moeten voorstellen om te voldoen aan de eisen uit de aanbestedingsdocumenten. Ook wanneer gebruik wordt gemaakt van een eerste selectie en onderhandelingen, moeten de selectieprocedure en de gunningsprocedure voldoen aan alle voorwaarden van artikel 5, lid 3.

Om potentiële inschrijvers eerlijke en gelijke kansen te bieden, moeten de termijnen tussen respectievelijk de bekendmaking van de openbare aanbestedingsprocedure en de indiening van de offertes, en de bekendmaking van de openbare aanbestedingsprocedure en het moment vanaf waar de exploitatie van de vervoersdiensten een aanvang neemt, passend en redelijk zijn.

Om de openbare aanbestedingsprocedure transparanter te maken, dienen bevoegde instanties alle relevante technische en financiële gegevens, met inbegrip van eventueel beschikbare informatie over de toewijzing van kosten en inkomsten, beschikbaar te stellen aan mogelijke inschrijvers om behulpzaam te zijn bij de opstelling van een inschrijving. Deze gedeelde informatie mag de wettige bescherming van commerciële belangen van derden evenwel niet ondermijnen. Spoorwegondernemingen, spoorinfrastructuurbeheerders en alle overige relevante partijen dienen passende accurate gegevens beschikbaar te stellen aan de bevoegde instanties om hen in staat te stellen aan hun informatieverplichting te voldoen.

2.3.3. Artikel 5, lid 4. Voorwaarden waaronder een bevoegde instantie een openbaredienstcontract onderhands kan gunnen als het gaat om een contract van geringe waarde of het mkb

Voor de onderhandse gunning van een openbaredienstcontract van geringe waarde of aan een kleine of middelgrote exploitant (artikel 5, lid 4) is de bevoegde instantie niet verplicht een openbare aanbestedingsprocedure te starten. Een openbaredienstcontract is van geringe waarde wanneer de gemiddelde jaarlijkse waarde kleiner is dan 1 miljoen EUR of wanneer het aantal kilometer openbaar personenvervoer lager ligt dan 300 000 kilometer per jaar. Een kleine of middelgrote exploitant is een onderneming die met niet meer dan 23 voertuigen werkt. In dit geval kunnen de drempelwaarden worden verhoogd tot hetzij een geschatte gemiddelde jaarlijkse waarde van 2 miljoen EUR, hetzij minder dan 600 000 kilometer openbaar personenvervoer per jaar.

De aan de hand van „voertuigen” gedefinieerde mkb-drempel geeft aan dat deze bepaling is afgestemd op busvervoer, maar niet op vervoer per spoor, metro, of tram. De drempel van 23 voertuigen moet op restrictieve wijze worden uitgelegd om te voorkomen dat het begrip „uitzonderlijke aard” van artikel 5, lid 4, wordt misbruikt. Derhalve moet het begrip „voertuigen die geëxploiteerd worden” worden uitgelegd als het totale aantal voertuigen dat door de exploitant van openbaar vervoer wordt geëxploiteerd en niet als het aantal voertuigen dat wordt geëxploiteerd voor diensten die onder een bepaald openbaredienstcontract vallen.

De nationale wetgever kan echter besluiten de bevoegde instantie te verplichten in dergelijke gevallen de regel toe te passen dat openbaredienstcontracten moeten worden gegund via een eerlijke, open, transparante en niet-discriminatoire openbare aanbestedingsprocedure.

2.3.4. Artikel 5, lid 4. Mogelijkheid om de drempelwaarden te verlagen zodat zij bij contracten van geringe waarde of kleine en middelgrote exploitanten onderhands kunnen gunnen

Net zoals artikel 5, lid 4, de lidstaten de mogelijkheid geeft om (i) hun bevoegde instanties te verplichten de regel toe te passen dat openbaredienstcontracten via een eerlijke, open, transparante en niet-discriminatoire openbare aanbestedingsprocedure moeten worden gegund in geval van contracten met een geringe waarde of gunning aan kleine en middelgrote exploitanten, kunnen de lidstaten ook besluiten (ii) de drempelwaarden uit die bepaling voor de onderhandse gunning van dergelijke contracten te verlagen, of (iii) de drempelwaarden toe te passen waarin artikel 5, lid 4, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 voorziet.

2.3.5. Artikel 5, lid 6. Spoordiensten die voor onderhandse gunning in aanmerking komen

Volgens artikel 5, lid 6, mogen bevoegde instanties openbaredienstcontracten voor vervoer per spoor, „met uitzondering van andere vormen van spoorvervoer, zoals metro of tram”, onderhands gunnen.

De gunning van contracten voor de verrichting van diensten van algemeen belang door een overheid aan een derde partij moet in overeenstemming zijn met de algemene beginselen van het Verdrag, waaronder transparantie en gelijke behandeling⁽¹⁾. Contracten die op grond van artikel 5, lid 6, onderhands worden gegund, zijn niet vrijgesteld van naleving van deze beginselen uit het Verdrag. Om die reden is in artikel 7, leden 2 en 3, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 bepaald dat bevoegde instanties bepaalde informatie over onderhands gegunde openbaredienstcontracten voor vervoer per spoor ten minste één jaar voor en één jaar na de gunning bekendmaken.

De uitzondering op de algemene regel voor een openbare gunningsprocedure moet eveneens op restrictieve wijze worden toegepast. Spoorvervangende busdiensten bijvoorbeeld, waarin de openbaarvervoerexploitant mogelijk contractueel moet voorzien bij een verstoorde treinloop, kunnen niet als spoorvervoerdiensten worden aangemerkt en vallen derhalve niet onder artikel 5, lid 6. Onderaanneming van spoorvervangend busvervoer overeenkomstig de toepasselijke wetgeving inzake overheidsopdrachten is dan vereist.

Of bepaalde typen stedelijke of voorstedelijke vervoersystemen per spoor, zoals de S-Bahn (in Oostenrijk, Duitsland en Denemarken) en de RER (in Frankrijk), of vervoerswijzen die vergelijkbaar zijn met „andere vormen van spoorvervoer” (bijvoorbeeld metro- of tramdiensten), zoals tramtreinen en bepaalde automatische treindiensten die gebruikmaken van optische geleidingssystemen, onder de uitzondering voor vervoer per spoor vallen van artikel 5, lid 6, moet geval per geval worden beoordeeld aan de hand van passende criteria. Dit hangt met name af van factoren zoals de vraag of de betreffende systemen doorgaans inter-operabel zijn en/of infrastructuur delen met het traditionele „heavy rail”-netwerk. Tram-treindiensten maken geen gebruik van „heavy rail”-infrastructuur, maar op basis van hun specifieke kenmerken moeten zij toch worden gezien als een „andere vorm van spoorvervoer”.

2.3.6. Aanpassing van openbaredienstcontracten

Wanneer een lopend openbaredienstcontract moet worden gewijzigd, bijvoorbeeld wanneer de omvang van de vervoersdienst en het bijbehorende compensatiebedrag moeten worden aangepast ten gevolge van de uitbreiding van een metrolijn, rijst de vraag of de bevoegde instantie een nieuwe gunningsprocedure moet starten of dat het contract zonder een nieuwe gunning kan worden aangepast.

Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat in het geval van kleine niet-substantiële aanpassingen een nieuwe gunning niet noodzakelijk is om naleving van de algemene beginselen van het Verdrag, zoals transparantie en non-discriminatie, te waarborgen en dat een eenvoudige aanpassing van het contract voldoende kan

⁽¹⁾ Zie bijvoorbeeld overweging 20 van Verordening (EG) nr. 1370/2007: „Wanneer een overheid ervoor opteert een taak van algemeen belang toe te vertrouwen aan een derde partij, is zij gehouden bij de keuze van de exploitant van openbare diensten het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten na te leven zoals dat voortvloeit uit de artikelen 43 tot en met 49 van het Verdrag en uit de beginselen van transparantie en gelijke behandeling.”

zijn ⁽¹⁾. Ter verzekering van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers vereisen wezenlijke wijzigingen van de essentiële bepalingen van een concessieovereenkomst voor diensten of opdrachten die aan de richtlijnen inzake overheidsopdrachten zijn onderworpen volgens het Hof in bepaalde gevallen de gunning van een nieuwe overeenkomst. Dit is met name het geval wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van die van de oorspronkelijke overeenkomst en bijgevolg blijk geven van de wil van de partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst.

Volgens het Hof kan de wijziging van een nog lopende concessieovereenkomst voor diensten worden aangemerkt als wezenlijk wanneer hierbij voorwaarden worden ingevoerd die, indien zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren vastgesteld, hadden kunnen leiden tot toelating van andere dan de oorspronkelijk toegelaten inschrijvers of tot de keuze van een andere dan de oorspronkelijk uitgekozen offerte.

Bij het ontbreken van specifieke bepalingen in Verordening (EG) nr. 1370/2007 zijn de beginselen van bovengenoemde rechtspraak onverkort van toepassing op aanpassingen van openbare dienstcontracten die zijn onderworpen aan deze verordening. Van geval tot geval zal aan de hand van objectieve criteria moeten worden beoordeeld wat niet-wezenlijke wijzigingen zijn ⁽²⁾.

2.4. Compensaties voor de openbare dienst

De regels inzake overcompensatie zoals beschreven in Verordening (EG) nr. 1370/2007 waarborgen dat er geen sprake is van overcompensatie en dat de regels van het Verdrag worden nageleefd. Andere begrippen die aan bod komen zijn: redelijke winst en efficiëntieprikkels, kruissubsidiëring van commerciële activiteiten door compensatiebetalingen voor openbare dienstverplichtingen en ondercompensatie, alsmede de procedures van de Commissie voor ex ante en ex post onderzoeken inzake compensatie voor de openbare dienst.

2.4.1. Artikel 4, lid 1, en artikel 5, lid 3. Afwezigheid van overcompensatie in geval van openbare dienstcontracten die zijn gegund op basis van een open en openbare aanbestedingsprocedure

Anders dan bij andere economische sectoren is artikel 106, lid 2, VWEU niet van toepassing in gevallen waarbij compensatie wordt betaald voor openbare dienstverplichtingen bij vervoer over land. Dergelijke compensatie valt onder artikel 93, VWEU. Voorschriften van de Unie betreffende compensatie voor diensten van algemeen economisch belang ⁽³⁾, die gebaseerd zijn op artikel 106, lid 2, VWEU, zijn niet van toepassing op over-landvervoer ⁽⁴⁾.

In het geval van openbaar personenvervoer per spoor en over de weg wordt, indien compensatie voor deze diensten wordt betaald die voldoet aan Verordening (EG) nr. 1370/2007, deze compensatie geacht met de interne markt verenigbaar te zijn en van de verplichting tot voorafgaande aanmelding als bedoeld in artikel 108, lid 3, VWEU te zijn vrijgesteld overeenkomstig artikel 9, lid 1, van genoemde verordening.

Deze veronderstelling van verenigbaarheid en vrijstelling van de aanmeldingsverplichting gaat niet in op de vraag of de compensatie die is betaald voor de verrichting van openbaarvervoersdiensten staatssteun vormt. Om niet als staatssteun te worden aangemerkt, moet de compensatie voldoen aan elk van de vier voorwaarden die zijn vastgesteld in het Altmark-arrest ⁽⁵⁾ van het Europese Hof van Justitie.

⁽¹⁾ Zaak C-337/98 — Commissie vs. Frankrijk, Jurispr. 2000, blz. I-8377, punten 44 en 46; Zaak C-454/06 — presstext Nachrichtenagentur, Jurispr. 2008, blz. I-4401, punt 34; Zaak C-91/08 — Wall AG, Jurispr. 2010, blz. I-02815, punten 37 en 38.

⁽²⁾ Het Hof van Justitie wees in de zaak Wall AG op het volgende: „Een vervanging van een onderaannemer kan, zelfs indien de overeenkomst in deze mogelijkheid voorziet, in uitzonderlijke gevallen een dergelijke wijziging van een van de essentiële elementen van de concessieovereenkomst vormen wanneer de omstandigheid dat een beroep is gedaan op een bepaalde onderaannemer en niet op een andere, rekening houdend met de specifieke kenmerken van de betrokken dienst, een beslissend element is geweest bij de sluiting van de overeenkomst, wat hoe dan ook door de verwijzende rechter dient te worden onderzocht”.

⁽³⁾ Met name het besluit van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst toegekend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (PB L 7 van 11.1.2012, blz. 3) en de EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (PB C 8 van 11.1.2012, blz. 15).

⁽⁴⁾ Verordening (EU) nr. 360/2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 VWEU op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen (PB L 114 van 26.4.2012, blz. 8) is wel van toepassing op vervoer over land.

⁽⁵⁾ Zaak C-280/00 — Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg vs. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, en Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, Jurispr. 2003, blz. I-7747. Zie met name punt 3 van de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, PB C 8 van 11.1.2012, blz. 4.

Een open, transparante en niet-discriminatoire openbare aanbestedingsprocedure in de zin van artikel 5, lid 3, zal de compensatie die de bevoegde instanties aan de dienstverlener moeten betalen om het in de aanbesteding verlangde niveau van openbare dienstverlening te bereiken drukken, waardoor overcompensatie wordt voorkomen. In dergelijke gevallen hoeven de gedetailleerde voorschriften inzake compensatie uit de bijlage niet te worden toegepast.

Om te voldoen aan artikel 5, lid 3, moet er bij de vaststelling van de procedures voor overheidsopdrachten voor worden gezorgd dat de voorwaarden voor daadwerkelijke mededinging aanwezig zijn. De precieze kenmerken van de aanbesteding kunnen verschillen overeenkomstig artikel 5, lid 3, dat bijvoorbeeld een zekere marge toelaat bij onderhandelingen tussen de bevoegde instantie en ondernemingen die binnen de aanbestedingsprocedure inschrijvingen hebben ingediend. De onderhandelingen moeten echter eerlijk zijn en de beginselen van transparantie en niet-discriminatie eerbiedigen. Zo is plaatsing van een opdracht puur door toepassing van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in strijd met de beginselen van transparantie en niet-discriminatie zoals bedoeld in artikel 5, lid 3. Een dergelijke procedure voldoet dus niet aan artikel 5, lid 3. Eveneens in strijd met artikel 5, lid 3, is een aanbestedingsprocedure op dusdanige wijze organiseren dat het aantal potentiële inschrijvers op een niet te rechtvaardigen wijze wordt beperkt. Bevoegde instanties moeten extra waakzaam zijn als er duidelijke aanwijzingen zijn dat er geen sprake is van reële concurrentie, bijvoorbeeld wanneer slechts één inschrijving wordt ingediend. In dergelijke gevallen is het ook waarschijnlijker dat de Commissie inlichtingen zal inwinnen over de specifieke omstandigheden van de aanbestedingsprocedure.

De selectiecriteria, met inbegrip van bijvoorbeeld kwaliteits-, milieu of sociale criteria, moeten nauw verband houden met het voorwerp van de verleende dienst. Een en ander staat er niet aan in de weg dat de gunnende dienst kwaliteitsnormen bepaalt waaraan alle economische spelers moeten voldoen, of kwaliteitsaspecten met betrekking tot de verschillende voorstellen in aanmerking neemt in zijn gunningsbesluit.

Ten slotte kunnen er omstandigheden zijn waarin een aanbestedingsprocedure overeenkomstig artikel 5, lid 3, niet voldoende open en daadwerkelijke mededinging oplevert. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als gevolg van de complexiteit of omvang van de te verrichten diensten, of van de noodzakelijke infrastructuur of activa die hetzij eigendom zijn van een bepaalde dienstverrichter, hetzij voor de uitvoering van het contract beschikbaar moeten worden gesteld.

2.4.2. Artikel 6. Afwezigheid van overcompensatie in geval van onderhands gegunde openbardienstcontracten

De onderhandse gunning van een openbardienstcontract overeenkomstig artikel 5, leden 2, 4, 5 of 6, of het opleggen van algemene regels in de zin van artikel 3, lid 2, garandeert niet dat de compensatie tot een minimum wordt beperkt. Dit komt doordat deze onderhandse gunning niet het resultaat is van de interactie tussen concurrerende marktpartijen, maar van de directe onderhandeling tussen de bevoegde instantie en de dienstverrichter.

Volgens artikel 6, lid 1, moet de compensatie in geval van onderhands gegunde openbardienstcontracten of algemene regels voldoen aan de bepalingen van Verordening (EG) nr. 1370/2007 alsook de bijlage bij deze verordening om overcompensatie te voorkomen. De bijlage bij die verordening voorziet in een ex post controle om ervoor te zorgen dat de compensatiebetalingen niet hoger zijn dan de werkelijke nettokosten voor de levering van de openbare dienst gedurende de looptijd van het contract. Voorts is de Commissie van mening dat regelmatige controles gedurende de looptijd van het contract in beginsel noodzakelijk zijn om duidelijke gevallen van overcompensatie in een vroeg stadium op te sporen en aan te pakken. Dat geldt met name voor langetermijncontracten.

Compensatie moet worden beperkt tot het netto financiële effect van de openbardienstverplichting. Dit wordt berekend als kosten minus door de exploitatie van de openbare dienst gegenereerde opbrengsten, minus potentiële inkomsten voortvloeiend uit netwerkeffecten, plus een redelijke winst.

Aan de kostenzijde kunnen alle kosten die direct verband houden met het verrichten van de openbare dienst in aanmerking worden genomen (zoals salarissen van machinisten, tractiespanning, onderhoud van rollend materieel, algemene kosten (zoals beheer- en administratiekosten) en contractgebonden kosten van dochterbedrijven). Wanneer de onderneming ook activiteiten onderneemt die buiten het bestek van de openbare dienst vallen, kan een passend deel van de kosten die worden verdeeld over openbardienst- en andere activiteiten (zoals huur van kantoorruimte, salarissen van accountants of administratief personeel) ook in aanmerking worden genomen, bovenop de directe kosten die voortvloeien uit de uitvoering van de openbare dienst. Als de onderneming meerdere openbardienstcontracten heeft gesloten, moeten de algemene kosten niet alleen worden verdeeld tussen de openbardienstcontracten en andere activiteiten, maar ook

tussen de verschillende openbaredienstcontracten onderling. Voor zover beschikbaar kunnen marktprijzen voor het gebruik van de middelen als referentie worden gehanteerd bij de bepaling van de passende bijdrage in de gemeenschappelijke kosten. Zijn deze marktprijzen niet beschikbaar, dan kunnen andere methodieken worden gebruikt.

Opbrengsten die direct of indirect verband houden met de uitvoering van de openbare dienst, zoals inkomsten uit de verkoop van vervoerbewijzen of uit de verkoop van voedingsmiddelen en dranken, moeten worden afgetrokken van de kosten waarvoor compensatie wordt gevraagd.

De exploitatie van openbare personenvervoersdiensten uit hoofde van een openbaredienstcontract door een vervoersonderneming die ook andere commerciële diensten verricht, kan positieve netwerkeffecten met zich meebrengen. Door bijvoorbeeld uit hoofde van een openbaredienstcontract een bepaald netwerk te bedienen dat is aangesloten op andere routes die onder commerciële voorwaarden worden geëxploiteerd, kan een exploitant zijn klantenbestand uitbreiden. De Commissie is voorstander van netwerkeffecten door bijvoorbeeld het aanbieden van doorgaande tickets en een geïntegreerde dienstregeling, mits deze de passagiers ten goede komen. De Commissie is zich ook bewust van de praktische moeilijkheden bij het kwantificeren van deze mogelijke netwerkeffecten. Niettemin moeten eventuele kwantificeerbare financiële baten overeenkomstig de bijlage bij Verordening (EG) nr. 1370/2007 worden afgetrokken van de kosten waarvoor compensatie wordt gevraagd.

2.4.3. Artikel 4, lid 1, en de bijlage. Het begrip „redelijke winst”

In artikel 4, lid 1, onder c), is bepaald dat de kosten die in een openbaredienstcontract in aanmerking moeten worden genomen „een passende vergoeding voor het eigen kapitaal” kunnen omvatten. In de bijlage wordt vermeld dat de compensatie voor een openbaredienstverplichting niet hoger mag zijn dan het netto financiële effect van de verplichting, vastgesteld als kosten minus door de uitvoering van openbare diensten gegenereerde opbrengsten minus potentiële netwerkinkomsten die daaruit voortvloeien plus een „redelijke winst”.

In de bijlage staat: „Onder redelijke winst wordt een vergoeding verstaan die overeenstemt met de gebruikelijke kapitaalbeloning in de sector in een bepaalde lidstaat, rekening houdend met het risico, of het ontbreken daarvan, voor de exploitant van de openbare dienst ingevolge de tussenkomst van de overheid”. Er wordt echter niet nader vermeld wat een passend niveau van „vergoeding voor eigen kapitaal” of „redelijke winst” is.

De mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie ⁽¹⁾ (DAEB-mededeling) is gebaseerd op een andere rechtsgrondslag dan Verordening (EG) nr. 1370/2007 en is derhalve niet van toepassing in gevallen waarin compensatie wordt betaald voor openbaredienstverplichtingen bij vervoer over land, maar biedt een aantal aanknopingspunten voor de bepaling van de hoogte van een redelijke winst die voor bevoegde instanties als indicator kunnen dienen bij de gunning van openbaredienstcontracten overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1370/2007 ⁽²⁾. In de DAEB-mededeling wordt dit nader toegelicht: “Wanneer er voor een bepaalde dienst een algemeen geaccepteerde marktvergoeding bestaat, biedt die marktvergoeding de beste benchmark voor de compensatie wanneer er geen aanbesteding plaatsvindt” ⁽³⁾. Deze benchmarks zijn idealiter opgenomen in contracten in dezelfde bedrijfstak met soortgelijke kenmerken en in dezelfde lidstaat. De redelijke winst moet daarom in overeenstemming zijn met de normale marktvoorwaarden en mag niet hoger zijn dan nodig om het risico van de verrichte dienst weer te geven.

Dergelijke benchmarks bestaan echter niet altijd. In dat geval kan het niveau van redelijke winst worden bepaald door de winstmarge te vergelijken met die welke een gemiddelde, goed geleide onderneming die in dezelfde branche actief is, zou hanteren voor het aanbieden van de dienst in kwestie ⁽⁴⁾.

In een standaardmethode om het rendement op kapitaal van een openbaredienstcontract te meten, moet gebruik worden gemaakt van de interne opbrengstvoet (IRR) die de onderneming voor de looptijd van het project op haar geïnvesteerde kapitaal behaalt, d.w.z. de IRR op de kasstromen van het contract. Ook andere boekhoudkundige maatstaven, zoals het rendement op eigen vermogen (ROE), het rendement op geïnvesteerd vermogen (ROCE) of andere algemeen aanvaarde economische indicatoren voor het rendement op kapitaal, kunnen worden benut.

⁽¹⁾ PB C 8 van 11.1.2012, blz. 4.

⁽²⁾ Zie met name punt 61 van de DAEB-mededeling.

⁽³⁾ Punt 69 van de DAEB-mededeling.

⁽⁴⁾ In de DAEB-mededeling wordt verder uitgelegd wat onder een „gemiddelde, goed geleide onderneming” moet worden verstaan. Zie met name de punten 70 tot en met 76.

Er zij op gewezen dat indicatoren kunnen worden beïnvloed door de boekhoudmethoden die de onderneming gebruikt en een afspiegeling vormen van de situatie van de onderneming in een bepaald jaar. Is dit het geval, dan moet ervoor worden gezorgd dat de boekhoudpraktijken van de onderneming de economische realiteit op de lange termijn van het openbaredienstcontract weerspiegelen. In die context moet de redelijke winstmarge waar mogelijk worden bepaald over de gehele looptijd van het openbaredienstcontract. Ook moet rekening worden gehouden met de verschillen in de economische modellen van vervoer per trein, tram, metro en bus. Zo is treinvervoer in het algemeen zeer kapitaalintensief, terwijl bij busvervoer de personeelskosten zwaarder wegen.

In elk geval moet de bevoegde instantie, naargelang de specifieke omstandigheden van elk openbaredienstcontract, geval per geval bepalen wat een passend niveau van redelijke winst is. Daarbij moet zij onder andere de specifieke kenmerken van de onderneming in kwestie, de normale marktvergoeding voor soortgelijke diensten en het risiconiveau van elk openbaredienstcontract in aanmerking nemen. Een openbaredienstcontract dat specifieke bepalingen bevat ter bescherming van de hoogte van de vergoeding in geval van onvoorziene kosten is bijvoorbeeld minder riskant dan een openbaredienstcontract dat niet in dergelijke waarborgen voorziet. De redelijke winst in het eerstgenoemde contract moet bij voor het overige gelijke omstandigheden daarom lager zijn dan in het laatstgenoemde contract.

De toepassing van efficiëntieprikkels in het compensatiemechanisme moet in het algemeen worden aangemoedigd ⁽¹⁾. Benadrukt moet worden dat compensatieregelingen die simpelweg zijn bedoeld om de werkelijke kosten te dekken wanneer die zich aandienen, het vervoerbedrijf maar weinig zullen stimuleren de kosten te beheersen of efficiënter te werken. Het gebruik ervan kan daarom beter worden beperkt tot momenten waarop grote onzekerheid heerst over de kosten en de vervoerder goed moet worden beschermd tegen die onzekerheid.

2.4.4. Artikel 4, leden 1 en 2, en de bijlage. Voorkomen dat compensatie voor een openbaredienstverplichting wordt gebruikt voor de kruissubsidiëring van commerciële activiteiten

Wanneer een openbaredienstverlener ook commerciële activiteiten verricht, moet ervoor worden gezorgd dat de overheidscompensatie die hij ontvangt niet wordt aangewend om zijn concurrentiepositie bij zijn commerciële activiteiten te verstevigen. In deze context bevat de bijlage voorschriften ter vermijding van kruissubsidiëring van commerciële activiteiten met inkomsten uit openbare dienstverlening. In wezen bestaan deze voorschriften uit een boekhoudkundige scheiding tussen de twee soorten activiteiten (openbare en commerciële diensten) en een deugdelijke kostentoewijzingsmethode waarin de werkelijke kosten van de openbare dienstverlening tot uitdrukking komen.

Volgens artikel 4, leden 1 en 2, alsmede de voorschriften zoals vermeld in de bijlage, moeten de kosten en opbrengsten van de dienstverlening uit hoofde van elk openbaredienstcontract dat aan een vervoersonderneming wordt gegund en de kosten en opbrengsten van commerciële activiteiten correct worden verdeeld over de twee soorten activiteiten. Doel is om effectief toezicht te houden op de overheidscompensatie en mogelijke kruissubsidiëring tussen de twee soorten activiteiten. De adequaatheid van de kostenverdelings- en afschermingsmaatregelen tussen de openbaredienstverplichting en de commerciële activiteiten is in dit verband cruciaal. Wanneer bijvoorbeeld vervoersmiddelen (zoals rollend spoor materieel of bussen) of andere bedrijfsmiddelen of diensten die nodig zijn voor het uitvoeren van de openbaredienstverplichting (zoals kantoorruimte, personeel of stations) worden verdeeld over openbare diensten en commerciële activiteiten, moeten de kosten hiervan worden toegewezen aan de twee verschillende soorten activiteiten, naargelang hun relatieve gewicht in alle vervoersdiensten die de vervoersonderneming verricht.

Wanneer de openbare dienst en de commerciële activiteiten van dezelfde vervoersonderneming bijvoorbeeld gebruik hebben gemaakt van diensten in stations, maar de totale kosten van deze diensten alleen zijn toegerekend aan de openbaredienstverrichtingen, is er sprake van kruissubsidiëring die strijdig is met Verordening (EG) nr. 1370/2007. In Richtlijn 2012/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte ⁽²⁾ zijn ook specifieke verplichtingen vastgelegd voor de gescheiden boekhouding van spoorwegondernemingen.

⁽¹⁾ Zie met name punt 7 van de bijlage bij de verordening.

⁽²⁾ PB L 343 van 14.12.2012, blz. 32. Zie artikel 6 over de scheiding van rekeningen van spoorwegondernemingen en spoorweginfrastructuurbeheerders.

Elk openbardienstcontract moet specifieke voorschriften betreffende compensatie bevatten en moet specifieke boekingen opleveren. Met andere woorden: als dezelfde onderneming partij is in verschillende openbardienstcontracten moet in de boekhouding van de vervoersondernemingen worden vermeld welke overheidscompensatie aan welk openbardienstcontract is gekoppeld. Op schriftelijk verzoek van de Commissie moet deze boekhouding worden overgelegd overeenkomstig artikel 6, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1370/2007.

2.4.5. Artikel 4, lid 1. Compensatieregelingen om de efficiëntie te bevorderen

In overweging 27 van Verordening (EG) nr. 1370/2007 staat dat er bij de bepaling van de parameters voor compensatie in geval van onderhandse gunning of algemene regels voor moet worden gezorgd dat een passende vergoeding wordt vastgesteld en dat de diensten op een efficiënte manier en met een hoog kwaliteitsniveau worden verricht. Dit betekent dat de bevoegde instantie de dienstverleners via het compensatiemechanisme moet stimuleren om efficiënter te werken door met zo min mogelijk middelen te voorzien in het vereiste niveau en de vereiste kwaliteit van de dienst.

De regels inzake compensatie in Verordening (EG) nr. 1370/2007 bieden de bevoegde instanties enige ruimte om stimuleringsregelingen voor openbardienstverleners op te zetten. Zij dienen echter in elk geval „aan te zetten tot het behoud of de ontwikkeling van een objectief controlebaar, efficiënt beheer door de exploitant van openbare diensten” (punt 7 van de bijlage). Dit houdt in dat het compensatiestelsel zo moet worden opgezet dat de efficiëntie mettertijd een zekere mate van verbetering te zien geeft.

Efficiëntieprikkels moeten desondanks evenredig zijn en binnen redelijke perken blijven, rekening houdend met de inspanningen die nodig zijn om de efficiëntiedoelstellingen te bereiken. Daar kan bijvoorbeeld voor gezorgd worden via een evenwichtige verdeling van eventuele, aan efficiëntiewinsten gekoppelde beloningen tussen de exploitant, overheidsinstanties en/of gebruikers. Er moet in elk geval een systeem worden ingevoerd dat voorkomt dat de onderneming zich verzekert van onevenredige efficiëntievoordelen. Daarnaast moeten de parameters van dergelijke stimuleringsregelingen volledig en precies worden gedefinieerd in het openbardienstcontract.

Stimuleringsmaatregelen voor een efficiëntere openbare dienstverlening mogen de levering van hoogwaardige diensten echter niet in de weg staan. In het kader van Verordening (EG) nr. 1370/2007 wordt onder efficiëntie verstaan: het verband tussen de kwaliteit of het niveau van de openbare dienst en de middelen die voor de levering ervan nodig zijn. Efficiëntieprikkels moeten daarom gericht zijn op kostenbesparing en/of op verhoging van de kwaliteit of het niveau van de dienstverlening.

2.4.6. Artikel 6, lid 1. Omstandigheden waaronder de Commissie zal onderzoeken of een compensatieregeling in overeenstemming is met Verordening (EG) nr. 1370/2007

Compensatie voor de openbare dienst die wordt betaald uit hoofde van Verordening (EG) nr. 1370/2007 is vrijgesteld van de verplichting om staatssteun aan te melden voordat deze wordt verleend, zoals vastgelegd in artikel 108, lid 3, VWEU. Niettemin kan een compensatieregeling aan de Commissie ter beoordeling worden voorgelegd om rechtszekerheid te verkrijgen wanneer een lidstaat er niet zeker van is dat de regeling in overeenstemming is met de verordening. Wanneer de Commissie aanwijzingen heeft dat de regeling in strijd is met de compensatievoorschriften van de verordening, kan zij een compensatieregeling ook beoordelen op basis van een klacht of een ambtshalve onderzoek.

2.4.7. Artikel 6, lid 1. Verschillen tussen de ex ante en ex post onderzoeken van de Commissie naar compensatieregelingen

Het belangrijkste verschil tussen de ex ante en ex post onderzoeken van de Commissie naar compensatieregelingen houdt verband met het moment waarop de Commissie de regeling beoordeelt en niet met de gebruikte methode voor de beoordeling of er sprake is van overcompensatie.

Bij de beoordeling ex ante of een compensatieregeling overcompensatie voorkomt, bijvoorbeeld in de context van een aanmelding, kijkt de Commissie onder andere naar de precieze compensatieparameters. Zij schenkt in het bijzonder aandacht aan de kostencategorieën die voor de berekening van de compensatie in aanmerking worden genomen, en aan de voorgestelde omvang van de redelijke winst. Bovendien zal de Commissie kijken of er een geschikt mechanisme voorhanden is dat ervoor zorgt dat, mochten de inkomsten uit de levering van openbare diensten gedurende de looptijd van het openbardienstcontract hoger uitvallen dan verwacht, de exploitant een buitensporige compensatie die uitgaat boven de werkelijke nettokosten, een redelijke winstmarge en eventuele beloningen uit efficiëntiewinsten zoals bepaald in het contract, niet mag houden.

Het openbaredienstcontract moet in beginsel ook voorzien in regelmatige controles gedurende de looptijd van het contract, met name bij langetermijncontracten, om in een vroeg stadium duidelijke gevallen van overcompensatie op te sporen en aan te pakken. De bevoegde instanties zijn verplicht om gedurende de looptijd van het contract te controleren of aan de voorwaarden van het openbaredienstcontract wordt voldaan. Er kunnen IT-tools worden ontwikkeld om deze controles op een gestandaardiseerde manier uit te voeren. Overcompensatie moet voor elk openbaredienstcontract apart worden onderzocht om buitensporige winsten te vermijden voor afzonderlijke openbare diensten die worden verdeeld over verschillende contracten.

In geval van een ex post onderzoek kan op basis van de werkelijke gegevens over financiële inkomsten en kosten worden bepaald of de ontvangen compensatie het netto financiële effect van de openbare dienst overschrijdt, zoals bedoeld in de bijlage bij Verordening (EG) nr. 1370/2007, aangezien de compensatieregelingen al zijn opgesteld. De methode verandert echter niet: de compensatie mag niet hoger zijn dan het bedrag waarop de onderneming volgens de vooraf gestelde parameters in het contract recht had, zelfs als dit bedrag niet toereikend is om de werkelijke nettokosten te dekken.

2.4.8. Artikel 1, lid 1, en artikel 6, lid 1. Waarborgen dat bevoegde instanties exploitanten een „passende” compensatie betalen voor de vervulling van openbaredienstverplichtingen

In artikel 1 van Verordening (EG) nr. 1370/2007 is echter het volgende bepaald: „Deze verordening heeft tot doel vast te stellen op welke manier instanties die bevoegd zijn voor het openbaar personenvervoer er, in het licht van het Gemeenschapsrecht, voor kunnen zorgen dat, in vergelijking met een volledig vrije marktwerking, onder meer het aantal, de veiligheid en de kwaliteit van de diensten van algemeen belang toenemen en deze diensten worden verzekerd tegen een lagere kostprijs. Daartoe worden in deze verordening de voorwaarden gesteld waaronder de bevoegde instanties, wanneer zij een openbaredienstverplichting opleggen of daartoe een contract afsluiten, aan exploitanten van openbare diensten een compensatie voor de kosten en/of exclusieve rechten verlenen als tegenprestatie voor het vervullen van openbaredienstverplichtingen”. Daarnaast staat in punt 7 van de bijlage bij Verordening (EG) nr. 1370/2007: „De compensatieregeling dient aan te zetten tot het behoud of de ontwikkeling van (...) de verlening van personenvervoersdiensten van voldoende kwaliteit”.

Dit betekent dat de bepalingen van Verordening (EG) nr. 1370/2007 niet alleen tot doel hebben een mogelijke overcompensatie voor openbaredienstverplichtingen te voorkomen, maar er ook voor moeten zorgen dat de verlening van openbare diensten uit hoofde van een openbaredienstcontract financieel haalbaar is om een hoogwaardige dienst te kunnen (blijven) leveren. De openbaredienstverplichting moet daarom op passende wijze worden gecompenseerd zodat de eigen middelen van de exploitant die een openbare dienst levert op de lange termijn niet worden uitgehold, waardoor hij niet langer in staat zou zijn naar behoren aan zijn contractuele verplichtingen te voldoen en niet langer de hoogwaardige personenvervoersdiensten zou kunnen leveren als bedoeld in punt 7 van de bijlage bij Verordening (EG) nr. 1370/2007.

Wanneer de bevoegde instantie onvoldoende compensatie betaalt, riskeert zij in elk geval dat er minder inschrijvers zullen zijn bij openbare aanbestedingen voor de gunning van openbaredienstcontracten waardoor de exploitant in ernstige financiële moeilijkheden komt wanneer het openbaredienstcontract onderhands is gegund. Een ander risico is dat het algemene niveau en de kwaliteit van de verrichte openbare diensten in hun geheel afnemen gedurende de looptijd van het contract.

2.5. Bekendmaking en transparantie

De interpretatieve richtsnoeren in dit hoofdstuk betreffen de verplichting van bevoegde instanties om jaarverslagen te publiceren over de openbaredienstcontracten die onder hun bevoegdheid vallen, alsmede hun verplichting om voor en na de gunningsprocedure de transparantie te waarborgen bij de gunning van openbaredienstcontracten.

2.5.1. Artikel 7, lid 1. Verplichtingen inzake de bekendmaking van jaarverslagen over openbaredienstcontracten waarvoor de bevoegde instanties bevoegd zijn

Volgens artikel 7, lid 1, moet elke bevoegde instantie jaarlijks een overzichtsverslag publiceren van de openbaredienstverplichtingen die onder haar bevoegdheid vallen, de aangewezen exploitanten van openbare diensten en de compensaties en de exclusieve rechten die als vergoeding voor de dienstverlening aan die exploitanten zijn toegekend. Dit verslag maakt onderscheid tussen busvervoer en spoorvervoer, maakt het mogelijk de prestaties, de kwaliteit en de financiering van het openbaarvervoersnet te toetsen en te beoordelen en bevat informatie over de aard en de reikwijdte van eventuele toegekende exclusieve rechten, indien van toepassing.

De term „overzichtsverslag” betekent volgens de Commissie dat een bevoegde instantie een uitvoerig verslag dient te publiceren over alle door haar gegunde openbaredienstcontracten, met vermelding van alle afzonderlijke contracten. De verstrekte informatie moet daarom, afgezien van de totale waarden, betrekking hebben op elk contract zonder afbreuk te doen aan de bescherming van de rechtmatige handelsbelangen van exploitanten.

De exploitanten van openbaar vervoer moeten alle informatie en gegevens verstrekken aan de bevoegde instantie zodat die aan haar bekendmakingsverplichtingen kan voldoen.

Om de doelstelling van deze bepaling te realiseren, namelijk de zinvolle toetsing en beoordeling van het openbaarvervoersnetwerk mogelijk te maken zodat binnen een transparant, gestructureerd kader een vergelijking kan worden gemaakt met andere openbaarvervoersnetwerken, moedigt de Commissie de lidstaten en hun instanties aan om deze informatie op vrijwillige basis toegankelijker te maken en een zinvolle vergelijking mogelijk te maken. Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat de informatie wordt gepubliceerd op een centrale website van bijvoorbeeld een vereniging van bevoegde instanties of het ministerie van vervoer. De informatie en gegevens moeten ook op een methodologisch consistente en uniforme manier worden samengesteld en aangeboden.

2.5.2. Artikel 7, leden 2 en 3. Mogelijkheden van bevoegde instanties om te voldoen aan hun bekendmakingsverplichtingen inzake openbaredienstcontracten overeenkomstig artikel 7, leden 2 en 3

Bevoegde instanties hebben volgens artikel 7 van Verordening (EG) nr. 1370/2007 bepaalde verplichtingen om de voorgenomen (en gesloten) gunning van openbaredienstcontracten in het *Publicatieblad van de Europese Unie* te publiceren.

In artikel 7, lid 2, is bepaald dat bevoegde instanties ten minste één jaar vóór de bekendmaking van de uitnodiging tot inschrijving of de onderhandse gunning van een openbaredienstcontract bepaalde informatie over het beoogde contract dienen bekend te maken in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

Op grond van artikel 7, lid 3, dienen de bevoegde instanties binnen een jaar vanaf de onderhandse gunning van een openbaredienstcontract voor spoorwegdiensten bepaalde informatie over het gegunde contract te publiceren.

De diensten van de Commissie hebben modelformulieren en -procedures opgesteld aan de hand waarvan instanties kunnen voldoen aan deze bekendmakingsvereisten. Dankzij de mogelijkheid gegevens te hergebruiken, moeten de formulieren en de bekendmakingsprocedure bevoegde instanties in staat stellen desgewenst synergieën te bewerkstelligen bij de bekendmaking van een openbare aanbesteding voor diensten overeenkomstig artikel 5, lid 3, van Verordening (EG) nr. 1370/2007.

De formulieren voldoen aan de volgende vereisten:

- ze vereenvoudigen de toegang tot en navigatie op de webapplicatie voor instanties en zijn begrijpelijk en duidelijk;
- ze maken duidelijk onderscheid tussen de bekendmakingsvereisten van Verordening (EG) nr. 1370/2007 en die van de Richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU;
- ze vereisen een bepaalde detaillering van informatie die door instanties niet als belastend wordt gezien en dus acceptabel wordt geacht;
- ze zijn geschikt om bruikbare statistieken te genereren over de gunningsprocedure van openbaredienstcontracten en dus over de effectieve tenuitvoerlegging van Verordening (EG) nr. 1370/2007.

In 2013 heeft het Publicatiebureau een onlinebekendmakingsprocedure beschikbaar gesteld op „eNotices” ⁽¹⁾. De modelformulieren voor bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie* zijn hiervoor als uitgangspunt genomen, overeenkomstig artikel 7, leden 2 en 3, van Verordening (EG) nr. 1370/2007. De bekendmaking van informatie over onderhands gegunde openbaredienstcontracten voor vervoer per spoor in het *Publicatieblad van de Europese Unie* overeenkomstig artikel 7, lid 3, gebeurt op vrijwillige basis.

⁽¹⁾ <http://simap.europa.eu/enotices/choiceLanguage.do>

2.5.3. Artikel 7, lid 4. Het recht van belanghebbenden om informatie aan te vragen over te gunnen openbare dienstcontracten vlak vóór de datum van de gunning

In artikel 7, lid 4, is bepaald dat een bevoegde instantie een belanghebbende op diens verzoek haar redenen voor de onderhandse gunning van een openbare dienstcontract dient toe te zenden. Overweging 30 luidt als volgt: „Voor onderhands gegunde openbare dienstcontracten moet een hoger niveau van transparantie gelden”. Dit moet worden gezien in samenhang met overweging 29, waarin staat dat voorgenomen aanbestedingen van contracten moeten worden bekendgemaakt zodat potentiële exploitanten van openbare diensten over de nodige tijd beschikken om in te schrijven. Een bevoegde instantie moet ten minste een jaar van tevoren uiting geven aan haar voornemen een contract onderhands te gunnen, omdat deze informatie in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (artikel 7, lid 2, met name onder b)) moet worden bekendgemaakt. Op die manier worden belanghebbenden in staat gesteld om gedurende een lange periode voordat het contract wordt gegund, hetgeen ten vroegste een jaar later zal gebeuren, vragen te stellen. Om doeltreffende rechtsbescherming te verlenen, moet overeenkomstig artikel 7, lid 4, gevraagde informatie onverwijld worden verstrekt.

Het transparanter maken van contracten is per definitie ook verbonden aan de procedure voor gunning van een contract. De eis van grotere transparantie in overweging 30 omvat dus niet alleen transparantie na gunning van het contract, maar heeft ook betrekking op de procedure voorafgaand aan de daadwerkelijke gunning van het contract aan het betreffende openbaar vervoerbedrijf.

2.6. Overgangsregelingen

Dit hoofdstuk voorziet in richtsnoeren voor de interpretatie van enkele aspecten van de bepalingen betreffende overgangsregelingen voor contracten die respectievelijk vóór de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1370/2007 en in de overgangsperiode van 2009 tot december 2019 worden gegund.

2.6.1. Artikel 8, lid 2. Het toepassingsgebied van de overgangsperiode van tien jaar, die op 3 december 2009 is begonnen

Artikel 8, lid 2, luidt als volgt: „Onverminderd lid 3 verloopt de gunning van openbare dienstcontracten voor vervoer per spoor en over de weg volgens artikel 5, en wel vanaf 3 december 2019.” Tijdens deze overgangsperiode nemen de lidstaten maatregelen om geleidelijk te voldoen aan artikel 5, teneinde te vermijden dat zich ernstige structurele problemen voordoen, in het bijzonder wat betreft de vervoerscapaciteit.

Artikel 8, lid 2, verwijst naar artikel 5 in zijn geheel. De Commissie is echter van mening dat alleen artikel 5, lid 3, betreffende de verplichting om open, transparante, niet-discriminatoire en eerlijke procedures toe te passen bij de gunning van openbare dienstcontracten in deze context relevant lijkt. Zoals blijkt uit overweging 31 hebben de overgangsregelingen tot doel bevoegde instanties en exploitanten van openbare diensten voldoende tijd te geven om zich aan te passen aan de bepalingen van Verordening (EG) nr. 1370/2007. De aan de lidstaten opgelegde verplichting om geleidelijk te voldoen aan artikel 5 is alleen redelijk als het gaat om de verplichting om openbare dienstcontracten volgens open, transparante, niet-discriminatoire en eerlijke procedures te gunnen. Het heeft geen zin dat de lidstaten het begrip interne exploitant of de uitzonderingen uit de leden 4, 5 en 6 van artikel 5 van Verordening (EG) nr. 1370/2007 „geleidelijk” toepassen, aangezien de bepalingen hiervan minder strikt zijn dan de algemene beginselen uit het Verdrag en de overeenkomstige rechtspraak. Voorts kan redelijkerwijs niet worden aangenomen dat de wetgever de volledige toepassing van artikel 5, lid 7, betreffende de procedurele waarborgen en rechterlijke toetsing wilde uitstellen tot 3 december 2019.

2.6.2. Artikel 8, lid 2. Verplichtingen van de lidstaten tijdens de overgangsperiode tot 2 december 2019

In artikel 8, lid 2, staat: „Binnen zes maanden na de eerste helft van de overgangsperiode (voor 3 mei 2015) leggen de lidstaten de Commissie een voortgangsverslag voor over de invoering van het geleidelijk gunnen van openbare dienstcontracten volgens artikel 5”. Hieruit blijkt duidelijk dat de lidstaten niet mogen wachten tot 2 december 2019 met de naleving van de algemene regel volgens welke openbare dienstcontracten moeten worden gegund volgens openbare aanbestedingsprocedures die op een eerlijke, transparante en niet-discriminatoire basis openstaan voor alle exploitanten. De lidstaten dienen passende maatregelen te nemen om gedurende de overgangsperiode geleidelijk te voldoen aan deze eis om te voorkomen dat vervoersbedrijven op de markt voor openbaar vervoer over onvoldoende capaciteit beschikken om in te kunnen schrijven op alle openbare aanbestedingen die aan het einde van de overgangsperiode worden uitgeschreven.

2.6.3. *Artikel 8, lid 3. De betekenis van „beperkte duur met een looptijd die vergelijkbaar is met de in artikel 4 vermelde looptijden”*

In artikel 8, lid 3, onder d), staat dat „vanaf 26 juli 2000 en vóór 3 december 2009, op grond van een andere procedure dan een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure” gegunde openbare dienstcontracten „kunnen doorlopen tot zij verstrijken, op voorwaarde dat het gaat om contracten van beperkte duur met een looptijd die vergelijkbaar is met de in artikel 4 vermelde looptijden.”

De Commissie meent dat de bewoordingen „vergelijkbaar met de in artikel 4 vermelde looptijden” restrictief moeten worden geïnterpreteerd om ervoor te zorgen dat de lidstaten proberen de doelstellingen van de verordening te realiseren vanaf de datum van inwerkingtreding op 3 december 2009. De Commissie is daarom van mening dat het aanbeveling verdient de looptijd van openbare dienstcontracten niet te laten afwijken van de in artikel 4 genoemde looptijden.
