

36 569

Voorstel van wet van de leden De Hoop en Olger van Dijk tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000 in verband met het mogelijk maken van provinciale inbesteding van openbaar vervoerconcessies (Wet provinciale inbesteding vervoerconcessies)

Nr. 5

ADVIES VAN DE AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INITIATIEFNEMERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 2 oktober 2024 , No. W17.24.00116/IV en de reactie van de initiatiefnemers d.d. 22 april 2025, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 24 mei 2024 heeft de Tweede Kamer bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden De Hoop en Olger van Dijk tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000 in verband met het mogelijk maken van provinciale inbesteding van openbaar-vervoerconcessies (Wet provinciale inbesteding vervoerconcessies), met memorie van toelichting.

Provincies zijn wettelijk verplicht om openbaar-vervoerconcessies openbaar aan te besteden. Dit initiatiefwetsvoorstel introduceert hierop een uitzondering: het biedt provincies ruimte om hun openbaar vervoer onderhands te gunnen aan een eigen vervoerbedrijf, ook wel ‘inbesteding’ genoemd. Hiermee willen de initiatiefnemers bereiken dat verschillende actuele problemen rond de organisatie en bekostiging van regionaal openbaar vervoer (OV) beter kunnen worden aangepakt.

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt op dat het Unierecht¹ ruimte biedt om in nationale wetgeving af te wijken van de openbare aanbestedingsplicht in het openbaar vervoer. Een uitzondering op die plicht is dan ook niet in strijd met het Unierecht.

De Afdeling adviseert de initiatiefnemers de geschetste probleemanalyse in de toelichting te verduidelijken, met een helder onderscheid tussen

¹ Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg (hierna: PSO-verordening). Artikel 5 lid 2 daarvan bevat de uitzonderingsmogelijkheid om onderhands concessievervoer te gunnen aan een ‘interne exploitant’.

oorzaken en gevolgen. Zij adviseert verder te verduidelijken hoe (de mogelijkheid tot) inbesteding, in plaats van openbare aanbesteding van OV-concessies, een oplossing vormt voor de verschillende gesignaleerde problemen. Daarbij zou ook aandacht moeten worden besteed aan oplossingen die nu al mogelijk zijn binnen het huidige regime van openbare aanbesteding. Tevens moet worden ingegaan op de mogelijke gevolgen voor het stelsel zoals we dat nu kennen.

De Afdeling adviseert daarnaast om in de toelichting meer aandacht te besteden aan de uitvoerbaarheid van inbesteding door provincies, en om de Autoriteit Consument en Markt het wetsvoorstel te laten toetsen op de vraag of het uitvoerbaar en handhaafbaar is.

In verband met deze opmerkingen is aanpassing van de toelichting wenselijk.

De initiatiefnemers danken de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) voor hun reactie op het wetsvoorstel. Zij verwelkomen de opmerkingen van de Afdeling en zullen daar in het hierop volgende nader op ingaan.

1. Openbaar vervoer en het Unierecht

De PSO-verordening en de Wet personenvervoer 2000 (Wp2000) bepalen dat openbaar-vervoersdiensten in de regel openbaar worden aanbesteed zodat (private) vervoerbedrijven daarop kunnen inschrijven. De PSO-verordening bepaalt ook wanneer bij wijze van uitzondering van die verplichting kan worden afgeweken. Deze mogelijkheid wordt met dit wetsvoorstel, dat de Wp2000 wijzigt, benut. Eerder gebeurde dat ook voor de vier grote steden. Zij beschikten destijds al over een eigen vervoersbedrijf. Een wijziging van de Wp2000 maakte in 2011 inbesteding van OV-concessies aldaar mogelijk. Die wijziging geldt voor de initiatiefnemers als voorbeeld.

De PSO-verordening stelt voorwaarden aan een concessieverlener die wil afwijken van de openbare aanbestedingsplicht.² Zo geldt de voorwaarde dat een vervoerder aan wie is inbesteed niet mag deelnemen aan openbare aanbestedingen buiten het eigen concessiegebied. Daarnaast moet de vervoerder een gescheiden boekhouding voeren om te voorkomen dat overheidsmiddelen worden aangewend voor andere taken dan concessievervoer en daarmee de markt zou worden verstoord. Het wetsvoorstel bepaalt dat deze voorwaarden ook van toepassing zijn op concessieverleners en concessiehouders bij inbesteding zoals hier aan de orde is.

De Afdeling constateert dat de ruimte die het Unierecht op dit punt biedt om af te wijken van de hoofdregel van openbare aanbesteding in dit

² Artikel 5, tweede lid PSO-verordening.

voorstel wordt benut en dat deze uitzondering niet in strijd is met het Unierecht.

De initiatiefnemers verwelkomen de constatering van de Afdeling dat het wetsvoorstel niet strijdig is met het Unierecht. Met het wetsvoorstel wordt beoogd om het ook voor provincies en vervoersregio's mogelijk te maken om gebruik te maken van de ruimte die de PSO-verordening tot inbesteden biedt.

2. Probleemanalyse

In de toelichting op het voorstel wordt geschetst welke ontwikkelingen aanleiding vormen voor dit wetsvoorstel. Aanbestedingsprocedures lopen in de praktijk niet altijd zoals ze in theorie zouden moeten lopen, door toenemende onzekerheden in de markt. Het gebruik van het OV liep tijdens de Coronacrisis terug en provincies zagen zich genoodzaakt de 'opbrengstverantwoordelijkheid' op zich nemen - met andere woorden: de financiële risico's over te nemen van vervoerders. Ook waar provincies dat deden waren er soms maar enkele of zelfs geen inschrijvingen voor nieuwe concessies, zo vermeldt de toelichting.

De toelichting beschrijft verder de rol van tekortschietende financiële middelen voor het streekvervoer: kostenstijgingen in het OV zijn onvoldoende vertaald in de gelden die de rijksoverheid in het provinciefonds ter beschikking stelt. Provincies hebben daardoor geen ruimte om extra geld op tafel te leggen voor het OV. Daardoor hebben zij al langere tijd 'weinig zeggenschap' meer over de dienstregeling. Vervoerders kunnen, aldus de toelichting, zonder consequenties in lopende concessies buslijnen schrappen of besluiten dorpen over te slaan.³

Al met al is er sprake van een neerwaartse spiraal, van verslechterend aanbod en hogere prijzen van OV, aldus de indieners. Daardoor reizen minder mensen met het OV. Dat leidt ertoe dat verbindingen onrendabel worden en worden geschrapt. De neerwaartse spiraal wordt volgens de initiatiefnemers versterkt door de naar hun inzicht gebrekkige marktwerking. Er is volgens hen geen gezonde concurrentie meer tussen de vervoerbedrijven: de dienstverlening verschaalt, de tarieven stijgen en er ontstaat vervoersarmoede.

De Afdeling merkt op dat de probleemanalyse van het wetsvoorstel nog onvoldragen is. Vrijwel alle problemen in de OV-sector van de afgelopen jaren worden aan elkaar verbonden. Daarbij is niet altijd duidelijk of sprake is van een lokaal of tijdelijk probleem, of van structurele problemen. Oorzaak en gevolg worden onvoldoende onderscheiden. Vooral is niet duidelijk of de genoemde (deelaspecten van) problemen

³ Toelichting, paragraaf 2.1.

door het stelsel van openbare aanbesteding worden veroorzaakt, of daar los van staan.

De Afdeling wijst er in dit verband op dat veel van de recente financiële moeilijkheden nauw samenhangen met tijdelijke schokken, veroorzaakt door de Coronapandemie en de inflatie. De beperkte mogelijkheid om aanvullende eisen te stellen aan het vervoer, de beperkte financiële slagkracht bij provincies maar ook de mogelijkheid om eisen aan (emissiearm) materieel te stellen, worden bijvoorbeeld aangedragen als onderdelen van het probleem.

Niet inzichtelijk wordt echter of deze problemen specifiek veroorzaakt worden door het stelsel van openbare aanbesteding en in hoeverre inbesteding een oplossing kan bieden voor de in de toelichting beschreven punten. In het bijzonder voor het probleem van tekortschietende financiële middelen geldt dat dit niet wordt veroorzaakt door verplichte aanbesteding, laat staan dat inbesteding daarvoor een oplossing biedt (zie verder in paragraaf 3).

De toelichting haalt slechts een enkel voorbeeld aan waarbij er geen inschrijving op een aanbesteding was (provincie Zeeland) en verwijst niet naar onderzoek waaruit blijkt wat hiervan de oorzaken waren.

De Afdeling adviseert de probleemanalyse in de toelichting op de genoemde punten aan te vullen.

De initiatiefnemers nemen de opmerking van de Afdeling dat de probleemanalyse van het wetsvoorstel nog onvoldragen is ter harte. Specifiek wijst de Afdeling erop dat vrijwel alle bestaande problematiek in het openbaar vervoer met elkaar worden verbonden. De initiatiefnemers hebben de toelichting van het wetsvoorstel hierop aangepast door enkele passages te schrappen en meer aandacht te besteden aan de problematiek waar het wetsvoorstel een oplossing voor biedt. De initiatiefnemers hechten er waarde aan te benadrukken dat zij niet in de veronderstelling verkeren dat dit wetsvoorstel alle problematiek in het openbaar vervoer op zal lossen. Wel zijn de initiatiefnemers ervan overtuigd dat het beschikbaar maken van het inbestedingsinstrumentarium aan provinciale overheden en vervoersregio's een oplossing kan bieden wanneer er geen geïnteresseerde partijen gevonden kunnen worden om de rol van concessienemer op te pakken.

3. Inbesteding als oplossing

De toelichting stelt dat inbesteding de provincies de kans biedt om de geschetste problemen beter te adresseren dan dat via openbare aanbesteding aan marktpartijen kan. Uit de toelichting blijkt nog onvoldoende wat de effecten van inbesteden zijn op het bestaande stelsel

en waarom de verscheidenheid aan mogelijkheden binnen het bestaande stelsel niet toereikend is.

a. Stelsel

Het wetsvoorstel vormt een breuk met de grondgedachte achter het huidige wettelijke regime, dat bij vervoersconcessies marktwerking geldt: ze worden verleend na openbare aanbesteding. De toelichting gaat hier summier op in en vermeldt dat ‘de mogelijkheid tot inbesteding bij[draagt] aan het versterken van de concurrentie in de vervoersmarkt’.⁴

De Afdeling merkt op dat de toelichting onvoldoende aandacht besteedt aan het mogelijk tegenovergestelde effect. Wanneer provincies kunnen kiezen voor inbesteding in plaats van openbare aanbesteding, ontstaat er voor marktpartijen onzekerheid over de markt die er voor hen resteert. Indien, als gevolg daarvan, partijen zich terugtrekken uit de Nederlandse markt, dan is er juist minder in plaats van meer concurrentie.

Belangrijk aandachtspunt hierbij is dat een provinciaal vervoerbedrijf niet mag inschrijven op aanbestedingen buiten het eigen verzorgingsgebied.⁵ Daardoor kan een provinciaal vervoerbedrijf minder schaalvoordelen creëren dan marktpartijen die op grotere (ook internationale) schaal kunnen opereren. Zeker voor het bereiken van de noodzakelijke omvang van investeringen, bijvoorbeeld in zero-emissiematerieel, is het bereiken van voldoende schaal een belangrijke randvoorwaarde.

De Afdeling adviseert in de toelichting de mogelijke effecten van inbesteden op het bestaande stelsel evenwichtiger in kaart te brengen.

De initiatiefnemers begrijpen het verzoek van de Afdeling om nader in te gaan op de effecten van optie tot inbesteden op het bestaande stelsel en hebben de toelichting hierop aangepast. Zij merken in deze context op dat de optie tot inbesteden bedoeld is als een oplossing voor marktfalen, specifiek wanneer er geen geïnteresseerde marktpartij gevonden kan worden om de concessie in te vullen. Voorts merken de initiatiefnemers op dat het wetsvoorstel de mogelijkheid niet uitsluit dat meerdere (aangrenzende) provincies dan wel vervoersregio's gezamenlijk een vervoersbedrijf opzetten.

b. Benutting optie tot inbesteding ten opzichte van huidig instrumentarium

De Afdeling wijst er verder op dat nog onvoldoende uit de toelichting blijkt hoe bij inbesteding de bereikbaarheid en betaalbaarheid (voor reizigers) van het OV beter gewaarborgd kunnen worden dan bij het instrumentarium dat provincies nu hebben. Provincies zitten immers zelf aan de knoppen bij het vormgeven van de aanbesteding van een concessie. Er is in de huidige praktijk dan ook geen sprake van een

⁴ Toelichting, paragraaf 3.5.

⁵ Dit volgt uit de PSO-verordening, artikel 5, lid 2 onder b.

dichotomie publiek – privaat maar van een spectrum met tal van tussenvormen. Provincies kunnen in vérgaande mate sturen op de dienstverlening en op de mate waarin zij zelf (financieel) betrokken zijn en risico's dragen.

De initiatiefnemers stellen bijvoorbeeld dat inbesteding zou kunnen zorgen voor betere arbeidsomstandigheden en arbeidsvoorwaarden.⁶ Zij gaan er echter niet op in dat de arbeidsomstandigheden ook onderdeel kunnen vormen van een programma van eisen bij openbare aanbesteding. Uiteraard zullen aanvullende wensen voor betere arbeidsomstandigheden zich vertalen in de kosten die een vervoerder maakt. Om het dan voor een vervoerder rendabel te laten zijn, zal ook additioneel publiek geld vrij moeten worden gemaakt.

In het verlengde hiervan maakt de toelichting niet duidelijk wat de financiële gevolgen van inbesteding zijn. De Afdeling wijst erop dat in een situatie van inbesteding de hogere kosten voor personeel en materieel als gevolg van hogere eisen aan de dienstverlening immers door de provincie worden gedragen.

De Afdeling adviseert in de toelichting de mogelijkheden binnen het bestaande stelsel van openbare aanbesteding uitvoeriger en evenwichtiger te bespreken, en daarmee overtuigend de meerwaarde van inbesteding te motiveren.

De initiatiefnemers hebben kennisgenomen van het advies en de memorie van toelichting van het wetsvoorstel hierop aangepast en verwijzen hierbij ook naar de beantwoording onder '2. Probleemanalyse'.

4. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

De keuze voor inbesteding van openbaar vervoer bij een eigen vervoerbedrijf heeft vérstrekkende consequenties voor provincies en voor het markttoezicht. De toelichting gaat daarop nog onvoldoende in.

a. Uitvoering door provincies

Er wordt geen aandacht besteed aan de praktische gevolgen van de oprichting of verwerving van een eigen OV-bedrijf door de provincies. Het opzetten van een goed functionerend bedrijf dat voldoet aan de vervoerseisen die de provincie stelt vraagt tijd, kennis en – zeker in de opstartfase – aanzienlijke financiële middelen.

Ook de langjarige exploitatie van een vervoerbedrijf vraagt de nodige inspanningen. De initiatiefnemers onderkennen weliswaar dat 'oprichting van een provinciaal vervoerbedrijf in financieel en organisatorisch opzicht complex' is, maar gaan niet nader in op de vraag of het als

⁶ Toelichting, paragraaf 3.4 en 3.5.

zodanig uitvoerbaar is voor provincies.⁷ Een belangrijk verschil met de G4, die bij een eerdere wettelijke regeling al ruimte kregen om hun OV in te besteden, is dat daar al gemeentelijke vervoerbedrijven actief waren.

De beheersing van risico's die een eigen OV-bedrijf meebrengt, vormt een belangrijk element in de uitvoerbaarheid van het voorstel door provincies. De Afdeling merkt op dat de toelichting onvoldoende ingaat op de (vooral financiële) risico's van investering en op de vraag hoe deze zouden kunnen worden ondervangen. Tekorten in de exploitatie zullen moeten worden aangevuld via de aandeelhoudersrelatie of de concessierelatie.

Er kunnen ook consequenties zijn voor de provinciale sturing en de provinciale begroting. Een publiek bedrijf moet evengoed een sluitende kosten-baten-afweging maken bij het ontplooiën van activiteiten en moet daarin zelfstandig keuzes maken, met gevolgen voor de exploitatielast voor de betrokken provincie. Als de provincie eigenaar is, komen ook externe factoren zoals terugval in vraag voor rekening van de provincie.

Een ander element dat raakt aan de uitvoerbaarheid van het voorstel voor provincies is het bepalen van de omvang van onderhands te gunnen concessies. Dit betreft vooral de lastige situaties waarbij in één provincie zowel openbaar aanbesteed als inbesteed concessievervoer plaats zou vinden.⁸ Provincies zijn dan gehouden zo te opereren dat hun positie als exploitant van een eigen vervoerbedrijf niet van invloed is op de openbare aanbesteding.

Ook complex in de uitvoering zijn vraagstukken over concessies die provinciegrenzen overschrijden, concessies van meerdere provincies en concessies waar regionaal spoorvervoer deel uitmaakt van het concessievervoer. Deze problematiek van de reikwijdte van de activiteiten die aan een eigen vervoerbedrijf worden gegund (ook wel 'scoping' van de vervoersomvang) verdient aandacht in de toelichting omdat deze medebepalend is voor de uitvoerbaarheid van het voorstel door provincies.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de genoemde uitvoeringsaspecten.

De initiatiefnemers begrijpen de opmerkingen van de Afdeling over de gevolgen voor provincies onder andere rondom de tekorten in de exploitatie en hebben de memorie van toelichting aangevuld. Hierbij merken zij op dat dit wetsvoorstel slechts de mogelijkheid tot investeren biedt voor provincies en vervoersregio's en dit geenszins verplicht stelt. Deze mogelijkheid bestaat in andere EU-landen ook. De te maken afweging rondom de oprichting van een eigen vervoersbedrijf ligt bij de

⁷ Toelichting, paragraaf 3.5.

⁸ Er zijn veel meer concessiegebieden dan provincies, wat betekent dat de contouren van concessiegebieden meestal niet samenvallen met die van de provincies.

provincies en vervoersregio's, waarmee ook de afweging rondom de gevolgen waar de Afdeling naar verwijst uiteindelijk bij deze partijen ligt.

b. Uitvoerbaarheid door de toezichthouder

Het initiatiefwetsvoorstel lijkt niet aan de Autoriteit Consument en Markt (ACM) te zijn voorgelegd voor een toetsing of het wetsvoorstel uitvoerbaar en handhaafbaar is. De Afdeling adviseert dit alsnog te doen, in het bijzonder met betrekking tot die bepalingen die de 'inbestede' vervoerder verplichten tot het voeren van een gescheiden boekhouding.⁹ Dit met het oog op het voorkomen van kruissubsidiëring die marktactiviteiten zou kunnen verstoren.

Daarnaast zou de ACM gelegenheid moeten worden geboden om aan te geven of voor de goede uitvoering van het toezicht extra mensen en middelen nodig zijn, wat de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het voorstel treft.

De Afdeling adviseert de toelichting ook op deze punten aan te vullen.

De initiatiefnemers verwelkomen het advies om het wetsvoorstel voor te leggen aan het ACM. Dat hebben zij gedaan en daarop hebben zij ook de toelichting van het wetsvoorstel aangevuld. Inmiddels heeft de ACM bij brief van 18 april haar zienswijze op het initiatiefwetsvoorstel gegeven. Deze zienswijze is bij de stukken van het wetsvoorstel toegevoegd als bijlage.

De Afdeling heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel in behandeling wordt genomen.

*De Vice-President van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

De initiatiefnemers,
De Hoop
Olger van Dijk

⁹ Specifiek betreft dit het toezicht op de naleving van artikel 63c, vierde, zesde tot en met tiende lid en elfde lid, onderdeel b (indien toepasselijk) van de Wp2000.