

Besluit «Openbare versie»

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2015/201308

Zaaknummer: 14.0983.53

Datum: 6 maart 2015

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) op grond van artikel 71 van de Spoorwegwet (hierna: Sw) inzake overtreding van artikel 67 Sw en 71 Sw door de NV Nederlandse Spoorwegen en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek (hierna tezamen: NS).

1 Verloop van de procedure

1. Bij brieven van 5 en 23 september 2014 heeft Veolia Transport Holding Nederland BV (hierna: Veolia) ACM verzocht handhavend op te treden tegen NS in verband met verschillende gedragingen van NS die verband houden met de Europese openbare aanbesteding van de 'Openbaar Vervoer Concessie Limburg 2016-2031' (hierna: de Aanbesteding). ACM heeft bij brief van 30 september 2014 aan Veolia bevestigd dat haar klacht in behandeling is genomen op grond van artikel 71 Sw. Een afschrift van die brief is op 2 oktober 2014 verzonden aan NS. Op 24 oktober 2014 is een openbare versie van de klacht van Veolia naar belanghebbenden verstuurd. Daarbij zijn ProRail BV (hierna: ProRail) en de Provincie Limburg als derde belanghebbenden aangemerkt.
2. Op 18 september en 24 oktober 2014 heeft Veolia aanvullende stukken aan ACM gestuurd. Bij brief van 27 oktober 2014 heeft ACM vragen gesteld aan Veolia. Op 29 oktober 2014 heeft Veolia haar klacht nader toegelicht ten kantore van ACM. De vragen zijn vervolgens bij brieven van 3 en 13 november 2014 door Veolia beantwoord.
3. Arriva Transport Holding BV (hierna: Arriva), Veolia en Abellio Transport Holding B.V. (hierna: Abellio), een dochteronderneming van NS die omwille van een duidelijke beschrijving van het feitencomplex in dit besluit verder apart wordt benoemd, hebben op 3 november 2014 een bod gedaan in de Aanbesteding. Bij brieven van 4 november 2014 heeft ACM nadere vragen gesteld aan Abellio, Arriva, NS en ProRail. Arriva is daarbij aangemerkt als derde belanghebbende in deze procedure. Arriva en ProRail hebben op 10, 13 en 18 november 2014 deze vragen beantwoord. Abellio en NS hebben tussen 14 november en 5 december 2014 in reactie op de vragen van ACM informatie opgeleverd.
4. Bij e-mails en brieven van 12 november 2014 heeft ACM (derde-) belanghebbenden uitgenodigd voor de hoorzitting op 28 november 2014 in de onderhavige zaak. In de brief heeft ACM aan NS gemeld dat bij haar het vermoeden van een overtreding bestaat. In de brief is NS tevens de cautie gegeven. Ter voorbereiding op de zitting hebben partijen een openbare versie ontvangen

Besluit «Openbare versie»

van de antwoordbrieven van Abellio, ProRail, NS en Veolia alsmede het dossier.

5. NS, ProRail en Veolia waren aanwezig bij het openbare deel van de hoorzitting op 28 november 2014. Tijdens het openbare deel van de hoorzitting is medegedeeld dat ACM een vooraankondiging van het besluit aan partijen zal toesturen. Abellio en Arriva hebben daarnaast ieder afzonderlijk deelgenomen aan een besloten deel van de hoorzitting op diezelfde dag.
6. Belanghebbenden zijn in de gelegenheid gesteld om in aanvulling op de hoorzitting tot uiterlijk 3 december 2014 schriftelijk hun zienswijze te geven. NS en Veolia hebben van deze gelegenheid bij brieven van 3 december 2014 gebruikgemaakt. Daarnaast zijn NS en ProRail ieder afzonderlijk bij brieven van 3 december 2014 ingegaan op een aantal vragen dat tijdens en kort na de hoorzitting door ACM is gesteld.
7. Bij brief van 18 december 2014 is aan partijen medegedeeld dat de vooraankondiging van het besluit naar verwachting in januari 2015 aan hen zou worden verzonden. Op 27 januari 2015 is de vooraankondiging van het besluit per brief naar NS verstuurd. Daarbij is NS in de gelegenheid gesteld een vertrouwelijkheidstoets uit te voeren en haar zienswijze te geven. Veolia heeft daarnaast vooruitlopend op de vertrouwelijkheidstoets van NS op 27 januari 2015 als indiener van de klacht alleen het dictum van de vooraankondiging van het besluit ontvangen.
8. NS heeft op 30 januari 2015 per brief aangegeven dat volgens haar hoofdstuk 6.3.2 van de vooraankondiging van het besluit en alle daarmee samenhangende randnummers integraal bedrijfsvertrouwelijk zijn. In reactie daarop heeft ACM bij brief van 4 februari 2015 onder meer gemotiveerd waarom de door NS genoemde passages niet allen integraal vertrouwelijk zijn. Op 6 februari 2015 heeft NS er per e-mail mee ingestemd dat een versie van de vooraankondiging van het besluit met alle vertrouwelijkheidsclaims, toegezonden zou worden aan Arriva, de Provincie Limburg en Veolia. NS heeft echter op 8 februari 2015 alsnog verzocht om een voorlopige voorziening bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB). Om een spoedige behandeling van de klacht van Veolia niet onnodig te vertragen, heeft ACM in reactie daarop afgezien van het versturen van een vertrouwelijke dan wel openbare versie van de vooraankondiging van het besluit naar partijen.
9. Op 6 februari 2015 heeft ACM bevestigd dat Abellio als belanghebbende is aangemerkt in de procedure.
10. Bij brieven van 8 februari 2015 heeft NS een zienswijze gegeven op de vooraankondiging van het besluit. ACM heeft het deel van de zienswijze van NS dat niet ziet op hoofdstuk 6.3.2 geschoond van de door NS genoemde passages en op 10 februari 2015 voor een zienswijze aan Veolia voorgelegd. Veolia heeft in reactie hierop op 17 februari 2015 haar zienswijze gegeven. In de bij dit besluit behorende nota van bevindingen gaat ACM puntsgewijs in op de

Besluit «Openbare versie»

aanvullende zienswijzen van NS en Veolia. Voor zover deze zienswijzen aanleiding hebben gegeven tot aanpassing van het besluit, is dit expliciet aangegeven in de nota van bevindingen. De aanpassingen zijn verwerkt in dit besluit.

2 Achtergrond van de Aanbesteding

11. Op 26 juni 2014 heeft de Provincie Limburg een Europese aanbesteding uitgeschreven (2014/S 123-219479) voor de concessie voor het openbaar vervoer in de provincie Limburg per trein, bus en auto van 11 december 2016 tot en met 10 december 2031.
12. De Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland (FMN), een samenwerkingsverband van openbaar vervoerbedrijven Arriva, Connexxion, Syntus en Veolia, heeft onder meer op 3 juli 2014 bij de Provincie Limburg haar zorgen geuit over een gebrek aan level playing field in de Aanbesteding door een vermeende voorsprong van NS. Die vermeende voorsprong heeft onder meer betrekking op de gevraagde treinstellen, het eigendom van stations en het risico op kruissubsidiëring binnen het NS-concern. Diverse gegadigden, waaronder Veolia, hebben aan de Provincie Limburg vragen gesteld over dit vermeende gebrek aan een level playing field. De Provincie Limburg heeft in reactie daarop aangegeven dat de positie van NS op het hoofdrailnet niet het gevolg is van een gedraging van de Provincie Limburg als aanbestedende dienst en niet een situatie is die de Provincie Limburg zou kunnen en moeten opheffen. Naar de mening van de Provincie Limburg is geen sprake van een oneigenlijke voorsprong van NS in de Aanbesteding.¹
13. Veolia heeft vervolgens op 11 september 2014 bij kort geding de Voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg verzocht om de Provincie Limburg te gebieden aan NS gelieerde ondernemingen bij voorbaat uit te sluiten van de Aanbesteding of maatregelen te treffen om een level playing field te creëren. In die procedure heeft de Provincie Limburg gesteld dat zij met betrekking tot de verplichtingen van NS op grond van de Spoorwegwet niet kan beoordelen of door NS een redelijk aanbod is gedaan, maar dat dit aan ACM is. Ook de Voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat het niet aan de Provincie Limburg is om concurrentie om of op het spoor te monitoren en te beoordelen en heeft de vordering van Veolia afgewezen.²
14. Abellio, Arriva en Veolia hebben zich op 3 november 2014 ingeschreven voor de concessie. De Provincie Limburg heeft op 10 februari 2015 de concessie aan Abellio gegund.

¹ Eerste Nota van Inlichtingen van de Aanbesteding en het daarbij behorende memo '*level playing field aanbesteding concessie openbaar vervoer Limburg*', 24 juli 2014.

² Uitspraak Rechtbank Maastricht, kenmerk: ECLI:NL:RBLIM:2014:8758, 16 oktober 2014, randnummers 3.3 en 4.8.

Besluit

«Openbare versie»

3 Klacht Veolia

15. Veolia heeft bij brief van 5 september 2014 – kort zakelijk weergegeven – aangegeven dat NS in de Aanbesteding naar haar mening artikel 67 Sw en artikel 24 Mededingingswet (hierna: Mw) heeft overtreden. Veolia heeft ACM gevraagd hier onderzoek naar te verrichten.³ Veolia heeft voor de Aanbesteding op 12 augustus 2014 een schriftelijk verzoek aan NS gedaan om voor (de toegang tot) meerdere diensten en voorzieningen een redelijk aanbod uit te brengen in de zin van artikel 67 Sw. Op 26 augustus 2014 heeft NS na rappel medegedeeld half september nader te kunnen berichten. Het daarop volgende aanbod van NS van 15 september 2014 was volgens Veolia te laat, onvolledig, niet kostengeoriënteerd en discriminatoir zodat zij ACM per brief van 23 september 2014 verzocht het onderzoek onverminderd voort te zetten.⁴
16. Veolia merkt in haar brieven voorts op dat sprake is van overige ongelijkheden in de Aanbesteding. In de eerste plaats stelt Veolia dat NS als enige de werkelijke reizigersaantallen kent van de twee lijnen die aan het hoofdrailnet worden onttrokken ten behoeve van de Limburgse concessie. Volgens Veolia heeft NS daarmee een kennisvoorsprong over de verwachte inkomsten uit de concessie. De regionale vervoerders moeten gebruikmaken van de ‘Meten in de Trein’-systematiek (hierna: MidT), waardoor NS de concurrentie kan beïnvloeden en zichzelf kan bevoordelen, aldus Veolia. In de tweede plaats bestaat er volgens Veolia een risico dat NS kruissubsidiëring toepast op haar bod in de Aanbesteding (in het bijzonder vanuit de exploitatie van het hoofdrailnet).
17. Veolia heeft ACM kort gezegd verzocht te onderzoeken of NS in het kader van de Aanbesteding voldoet aan artikel 67 Sw en artikel 24 Mw, en zo niet, handhavend op te treden. ACM heeft bij brief van 30 september 2014 aan Veolia bevestigd dat haar klacht in behandeling is genomen op grond van artikel 71 Sw.
18. Op 29 oktober 2014 heeft Veolia haar klacht nader toegelicht ten kantore van ACM. Daarbij heeft Veolia benadrukt dat het van belang is dat ACM op korte termijn tot een oordeel komt gezien de lopende aanbestedingsprocedure. ACM heeft in reactie daarop aangegeven gelet op het spoedeisend belang in eerste instantie onderzoek te verrichten op basis van de Sw. Het onderhavige besluit ziet op artikel 67 Sw en artikel 71 Sw. Dit laat onverlet dat ACM in een later stadium in het onderzoek de overige delen van de klacht van Veolia kan beoordelen.
19. Ten slotte heeft Veolia op 17 februari 2015 schriftelijk haar zienswijze gegeven op de aanvullende zienswijze van NS. Deze is samengevat en geadresseerd in de bij dit besluit

³ Brief Veolia, kenmerk: 02-1157, 5 september 2014.

⁴ Brief Veolia, kenmerk: 2014102652, 23 september 2014.

Besluit

«Openbare versie»

behorende nota van bevindingen.

4 Zienswijze NS

20. NS heeft bij brief van 3 december 2014 – in aanvulling op haar mondelinge zienswijze ten tijde van de hoorzitting op 28 november 2014 – haar zienswijze gegeven op de klacht van Veolia.⁵
21. NS merkt daarin – kort zakelijk weergegeven – in de eerste plaats op dat Veolia niet heeft onderbouwd waarom de door Veolia genoemde diensten onder artikel 67 Sw zouden vallen en waarom sprake zou zijn van overtreding door NS van dit wetsartikel. Artikel 67 Sw ziet volgens NS met name op diensten die binnen het domein van ProRail vallen, met uitzondering van de diensten die onderdeel 2c van Bijlage II van de Richtlijn 2001/14/EG (hierna: Bijlage II) vallen; maar voor een groot deel van deze klacht is dat niet het geval. In dit kader stelt NS dat Veolia alternatieven voor deze diensten ter beschikking staan en dat Veolia dit ook heeft erkend. Dit zou ertoe leiden dat de verplichting voor NS om desgevraagd op basis van artikel 67 Sw een redelijk aanbod te doen niet geldt. Dat NS op alle relevante onderdelen aangetoond zou hebben dat de door Veolia verlangde diensten tegen marktvoorwaarden (ook) elders verkrijgbaar zijn, maakt dat de klacht volgens NS geen doel kan treffen.
22. In de tweede plaats brengt NS onder de aandacht dat – nog daargelaten of sprake is van toepasselijkheid van artikel 67 Sw – ook andere aspecten van belang zijn voor de beoordeling. Het betreft allereerst de redelijkheid van het verzoek van Veolia, daarnaast de wijze waarop NS op dit verzoek heeft gereageerd, alsook de tijdigheid van het handelen van Veolia.
23. NS stelt dat de verschaffing van offertes en informatie door NS tijdig en op non-discriminatoire wijze heeft plaatsgevonden, gelet op de datum van de formele aankondiging van de Aanbesteding (26 juni 2014), het verzoek van Veolia op 12 augustus 2014 en de termijn waarop de inschrijvingen binnen moesten zijn (op dat moment nog 10 oktober 2014). Het handavingsverzoek van Veolia in september 2014 was dan ook prematuur, aldus NS.
24. Waar het gaat om het verzoek van Veolia stelt NS dat zij binnen 13 dagen een voor haar bindend, maar voor Veolia volledig vrijblijvend aanbod moest doen, terwijl dat verzoek een gedetailleerde onderbouwing bevatte op meerdere punten. Dat is volgens NS onredelijk te noemen, mede gelet op de omstandigheid dat het verzoek veeleisend maar op nagenoeg ieder punt onvoldoende gespecificeerd is. Elk verzoek tot verheldering van de vraag van Veolia is volgens NS onbeantwoord gebleven.

5/62

⁵ Brief NS, kenmerk: 2014308729, 3 december 2014.

Besluit

«Openbare versie»

25. Daarnaast heeft NS zich op het standpunt gesteld dat iedere grond voor het opleggen van een last onder dwangsom ingevolge artikel 71 Sw ontbreekt.
26. Ten slotte heeft NS op 8 februari 2015 schriftelijk haar zienswijzen gegeven op de vooraankondiging van het besluit. Deze is samengevat en geadresseerd in de bij dit besluit behorende nota van bevindingen.

5 Juridisch kader

27. Ingevolge artikel 1 Sw wordt onder *beheerder* verstaan: houder van een concessie als bedoeld in artikel 16, eerste lid.
28. Ingevolge artikel 1 Sw wordt onder *rechthebbende* verstaan: eigenaar, bezitter of degene die een recht van erfpacht, opstal, vruchtgebruik, gebruik, huur of pacht heeft.
29. Ingevolge artikel 1 Sw wordt onder *spoorwegonderneming* verstaan: spoorwegonderneming als bedoeld in richtlijn 95/18/EG, alsmede iedere andere onderneming die gebruik maakt of beoogt te maken van de spoorweg en daarvoor de beschikking heeft over tractie.
30. Voor de beoordeling van de voorliggende klacht zijn artikel 67 en 71 Sw relevant, alsmede Bijlage II van de Richtlijn. Artikel 67 Sw luidt:

“1. Een rechthebbende ten aanzien van een dienst als bedoeld in artikel 10, zesde lid, van richtlijn 91/440/EEG ten behoeve van spoorwegactiviteiten als bedoeld in dat lid, ten aanzien van een voorziening of dienst als bedoeld in onderdeel 2 van bijlage II bij richtlijn 2001/14/EG of ten aanzien van een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen, voor het verrichten van vervoer via spoorwegen noodzakelijke voorziening of dienst doet een spoorwegonderneming die daarom verzoekt een redelijk aanbod voor het ter beschikking stellen van die dienst of voorziening tegen kostengeoriënteerde tarieven en onder voorwaarden die de mededinging niet beperken.

2. De rechthebbende onthoudt zich van iedere vorm van discriminatie tussen degenen jegens wie de in het eerste lid bedoelde verplichting geldt.

3. Op de grondslag van hetgeen ingevolge het eerste lid is overeengekomen, stelt de rechthebbende de dienst of voorziening ter beschikking. De rechthebbende mag slechts weigeren om de voorziening ter beschikking te stellen, indien de spoorwegonderneming onder marktvoorwaarden op een voor haar haalbare andere wijze kan voorzien in de behoefte die ten grondslag ligt aan haar verzoek.

4. Indien de beheerder rechthebbende is ten aanzien van een dienst als bedoeld in onderdeel 3 van bijlage II bij richtlijn 2001/14/EG, zijn het eerste tot en met derde lid van overeenkomstige toepassing op een zodanige dienst.

Besluit

«Openbare versie»

5. Indien er in Nederland slechts één rechthebbende is ten aanzien van een dienst als bedoeld in onderdeel 3 of 4 van bijlage II bij richtlijn 2001/14/EG, zijn, onverminderd het vierde lid, het eerste en tweede lid en het derde lid, eerste volzin, van overeenkomstige toepassing op een zodanige dienst”

31. Artikel 71 Sw luidt, voor zover hier van belang:

“1. Een gerechtigde als bedoeld in artikel 57 of een andere belanghebbende kan de Autoriteit Consument en Markt schriftelijk verzoeken om te onderzoeken of de beheerder, een spoorwegonderneming of een rechthebbende als bedoeld in artikel 67 of 95 de verzoeker oneerlijk heeft behandeld, heeft gediscrimineerd of anderszins heeft benadeeld als bedoeld in artikel 10, zevende lid, van richtlijn 91/440/EEG of artikel 30, tweede lid, van richtlijn 2001/14/EG.

[...]

3. De Autoriteit Consument en Markt geeft haar oordeel over de klacht uiterlijk twee maanden na ontvangst van de gegevens en bescheiden die voor haar oordeel nodig zijn.

4. Indien de Autoriteit Consument en Markt van oordeel is dat de klacht gegrond is, legt zij zo nodig een last onder dwangsom op.

[...]

32. Bijlage II van de Richtlijn luidt, voor zover hier van belang:

“Aan de spoorwegondernemingen te verlenen diensten

[...]

2. De toegang via het spoor tot voorzieningen en de verlening van diensten omvatten:

[...]

c) passagiersstations, de gebouwen en andere voorzieningen daarvan;

[...]

3. De aanvullende diensten kunnen omvatten:

a) tractiestroom;

b) voorverwarmen van passagierstreinen;

c) levering van brandstof, rangeren en alle andere diensten die bij de bovengenoemde voorzieningen worden verstrekt;

d) speciaal opgestelde overeenkomsten voor:

. de controle op het vervoer van gevaarlijke stoffen;

. ondersteuning bij het laten rijden van speciale treinen.

4. Ondersteunende diensten kunnen omvatten:

Besluit

«Openbare versie»

[...]

b) levering van aanvullende informatie;”

6 Overwegingen ACM

33. In paragraaf 6.1 wordt uiteengezet welke in deze zaak door Veolia aan NS verzochte diensten en voorzieningen zijn te kwalificeren als diensten en voorzieningen in de zin van Bijlage II en daarmee artikel 67 Sw. Daarbij acht ACM in ieder geval het volgende van belang:
- i. Artikel 67 Sw stelt de voorwaarde dat alleen voor zover NS rechthebbende is, zij gehouden kan zijn een aanbod te doen voor de gevraagde diensten. Voor zover NS op basis van de definitie van de Sw voor specifieke diensten niet als rechthebbende kan worden aangemerkt, zal dat in paragraaf 6.1 nader worden toegelicht. In die gevallen acht ACM artikel 67 Sw niet van toepassing op NS; en
 - ii. Voor zover geconcludeerd wordt dat Veolia om diensten heeft verzocht zoals bedoeld in onderdeel 2 tot en met 4 van Bijlage II, dient NS op basis van artikel 67 Sw daarvoor een redelijk aanbod te doen aan vervoerders, waarbij NS zich onthoudt van iedere vorm van discriminatie.
34. ACM beoordeelt vervolgens in paragraaf 6.2 voor welke van de diensten onder Bijlage II een redelijk aanbod is gedaan conform artikel 67 Sw. Artikel 67 Sw stelt dat een redelijk aanbod in ieder geval gedaan moet worden tegen kostengeoriënteerde tarieven en onder voorwaarden die de mededinging niet belemmeren. Naar oordeel van ACM brengt het doen van een redelijk aanbod conform artikel 67 Sw ten minste de vereisten met zich mee om:
- i. tijdig te reageren op verzoeken van vervoerders. De mededinging kan immers worden beperkt als NS de beantwoording van verzoeken vertraagt, zelfs als een dergelijk aanbod volledig, kostengeoriënteerd en non-discriminatoire zou zijn. Vervoerders moeten in een aanbestedingsprocedure in staat zijn om een aanbod van NS te verwerken in hun inschrijving;
 - ii. een onherroepelijk aanbod te doen. Vervoerders hebben de zekerheid van een onherroepelijk aanbod nodig om vervolgens bijvoorbeeld zo zorgvuldig mogelijk voor een aanbesteding een bindende offerte (inschrijving) samen te stellen. Er is sprake van een onherroepelijk aanbod als na aanvaarding daarvan voor NS een verplichting ontstaat om de betreffende diensten ook daadwerkelijk te leveren. Dit voorkomt dat NS nadat een bepaalde partij de aanbesteding heeft gewonnen, terug kan komen op haar aanbod of de voorwaarden daarvan verslechtert. Een dergelijk vrijblijvend dan wel herroepelijk aanbod zou de mededinging beperken; en
 - iii. een volledig aanbod te doen. Daarbij is het volgens ACM onder meer van belang dat alle (tarief)voorwaarden kenbaar zijn. Vervoerders moeten bijvoorbeeld in het geval van een aanbesteding de (tarief)voorwaarden in hun inschrijving kunnen verwerken.

8/62

Besluit

«Openbare versie»

35. Op basis van artikel 67 lid 3 Sw mag NS slechts weigeren om de voorziening ter beschikking te stellen, indien de vervoerder onder marktvoorwaarden op een voor haar haalbare andere wijze kan voorzien in de behoefte die ten grondslag ligt aan haar verzoek. Voor zover NS een beroep heeft gedaan op dit onderdeel van artikel 67 Sw, is dit door ACM eveneens beoordeeld in paragraaf 6.2. ACM is van oordeel dat vervoerders onder marktvoorwaarden op een voor hen haalbare andere wijze in hun behoefte kunnen voorzien indien ten minste:

- i. dit vanuit het oogpunt van de reizigers en de concessieverlener een gelijkwaardig alternatief is; en
- ii. vervoerders tegen vergelijkbare kosten op andere wijze de dienstverlening kunnen realiseren.

ACM overweegt hierbij dat NS reeds voor de exploitatie van het hoofdrailnet voorzieningen heeft gerealiseerd op passagiersstations. Indien NS andere vervoerders de toegang tot deze voorzieningen zou weigeren, zouden vervoerders in de concurrentie met NS op achterstand worden gezet. NS zou dan met haar dochteronderneming Abellio gebruik kunnen maken van deze bestaande voorzieningen en daardoor beperkte tot geen additionele kosten maken, terwijl andere vervoerders tegen hogere kosten geheel nieuwe voorzieningen zouden moeten aanschaffen, installeren en/of exploiteren. In dergelijke gevallen is het voor vervoerders niet haalbaar om tegen vergelijkbare kosten op andere wijze de dienstverlening te realiseren.

36. In paragraaf 6.3 wordt beoordeeld of NS vervoerders oneerlijk heeft behandeld of anderszins heeft benadeeld in de zin van artikel 71 Sw. ACM overweegt hierbij dat de Sw tot doel heeft om eerlijke concurrentie op het spoor mogelijk te maken. Een basisvoorwaarde daarvoor is dat NS haar positie als rechthebbende van bepaalde diensten en voorzieningen niet gebruikt om haar concurrenten op achterstand te zetten. Dit geldt met name in aanbestedingsprocedures waarbij NS (al dan niet via een dochteronderneming) in directe concurrentie staat met regionale vervoerders. ACM is daarom van oordeel dat er sprake is van oneerlijke behandeling en/of benadeling als ten minste is gebleken dat:

- i. NS geen redelijk aanbod heeft gedaan zoals bedoeld in artikel 67 Sw. Dit geldt naar oordeel van ACM temeer als vervoerders in een concrete aanbestedingsprocedure geen redelijk aanbod hebben gekregen om te kunnen verwerken in hun inschrijving; en/of
- ii. NS op andere wijze haar positie als rechthebbende gebruikt om de concurrentiepositie van regionale vervoerders nadelig te beïnvloeden.

37. Ten slotte concludeert ACM in paragraaf 6.4 of er grond bestaat voor het opleggen van een last onder dwangsom.

Besluit

«Openbare versie»

6.1 Bijkomende diensten en voorzieningen (artikel 67 Sw)

6.1.1 Pauzelocaties voor personeel en servicepunten

Verzoek Veolia

38. Veolia heeft NS per brief van 12 augustus 2014 verzocht om een aanbod voor pauzelocaties voor trein- en buspersoneel en servicepunten voor reizigers.⁶ Veolia heeft daarbij specifiek aangegeven op welke stations zij de huidige bij NS gehuurde pauzelocaties ook voor de nieuwe Limburgse concessie wil continueren. Daarnaast heeft Veolia aan NS gevraagd een aanbod te doen voor een pauzelocatie in een toekomstig stationsgebouw in Heerlen. Veolia vraagt NS om haar aanbod te specificeren naar een kostprijs per jaar per vierkante meter en daarbij een opgave te doen van de voorwaarden voor het (mede)gebruik van de (nuts)voorzieningen.
39. Voor de servicepunten heeft Veolia NS verzocht om een aanbod voor servicepunten op maximaal 150 meter loopafstand van een aantal specifieke stations, maar bij voorkeur in de publiek toegankelijke stationsgebouwen zelf. Veolia verwijst hiervoor naar eis C.3.24 en eis C.3.25 in het programma van eisen van de Aanbesteding en de specificaties die daar zijn opgenomen over de functionaliteit van de servicepunten en de minimale openingstijden. Veolia heeft NS vervolgens specifiek verzocht om een aanbod met prijsopgave er vanuit gaande dat:
- i. de huidige servicepunten van NS inclusief het aanwezige (of extra) NS-personeel tevens worden gebruikt voor Veolia als nieuwe concessiehouder in Limburg;
 - ii. NS en Veolia gezamenlijk de exploitatie van de huidige servicepunten verzorgen; en
 - iii. alleen Veolia zorg draagt voor de bemensing van de servicepunten en hiervoor ruimtes huurt van NS.

Overwegingen ACM

40. In Bijlage II staan de, door rechthebbende, aan de spoorwegondernemingen te verlenen diensten. De verlening van diensten omvat “*passagiersstations, de gebouwen en andere voorzieningen daarvan*” (hierna: onderdeel 2c).
41. Veolia heeft NS verzocht een aanbod te doen voor pauzelocaties. ACM stelt vast dat het verzoek van Veolia ziet op pauzelocaties op een aantal specifiek genoemde stations. Pauzelocaties bevinden zich logischerwijs op passagiersstations, althans kunnen worden gezien als gebouwen of als andere voorzieningen. Derhalve is ACM van oordeel dat dit verzoek van Veolia ziet op onderdeel 2c van Bijlage II.

⁶ Brief Veolia, onderwerp: ‘*Verstrekken informatie t.b.v. Concessie Openbaar Vervoer Limburg dec. 2016 – dec. 2031*’, 12 augustus 2014, pagina's 2 en 5.

Besluit

«Openbare versie»

42. Daarnaast stelt ACM vast dat Veolia NS heeft verzocht om een aanbod voor locaties voor servicepunten op maximaal 150 meter loopafstand van een aantal specifiek genoemde stations (maar bij voorkeur in de publiek toegankelijke stationsgebouwen). De vraag van Veolia betrof ook specifiek de dienstverlening vanuit de bestaande NS servicepunten. Servicepunten bevinden zich logischerwijs op passagiersstations, althans kunnen worden gezien als gebouwen of als andere voorzieningen. ACM is derhalve van oordeel dat het verzoek van Veolia ziet op onderdeel 2c van Bijlage II.

Conclusie

43. ACM is van oordeel dat pauzelocaties voor personeel en servicepunten kwalificeren als bijkomende diensten en voorzieningen in de zin van artikel 67 Sw.

6.1.2 Huur/lease/koop/gebruik/ombouwkosten van elektrische treinen en van dieseltreinen

Verzoek Veolia

44. Veolia heeft NS per brief van 12 augustus 2014 verzocht om een aanbod voor enerzijds elektrische treinen voor de periode december 2016 – december 2017 en anderzijds dieseltreinen voor de periode 2010 tot 2020 of 2021.⁷ Veolia verwijst voor nadere specificaties van haar verzoek onder andere naar bijlage 1 van haar brief en deel D van het programma van eisen. Veolia heeft NS vervolgens specifiek verzocht om een opgave van de typen materieel en bijbehorende prijzen (inclusief eventuele ombouwkosten) voor treinen die in deze periode beschikbaar zijn. Veolia vraagt NS – voor zover het niet mogelijk zou zijn de treinen te huren of leasen – een aanbod te doen voor verkoop van het treinmaterieel.
45. Veolia stelt onder andere in haar brief van 13 november 2014 dat NS de enige partij is die beschikt over de benodigde treinstellen. Daarom is volgens Veolia sprake van een overmachtssituatie waarbij partijen tijdelijk voor dit materieel afhankelijk zijn van NS. Om deze reden dient NS volgens Veolia een dergelijk aanbod te doen op grond van onderdeel 3d van Bijlage II.

Overwegingen ACM

46. ACM overweegt dat het verzoek van Veolia om rijdend materieel niet valt binnen de reikwijdte van artikel 67 Sw. Ingevolge onderdeel 3d van Bijlage II dient een aanbod te worden gedaan voor “speciaal opgestelde overeenkomsten voor ondersteuning bij het laten rijden van speciale treinen” (onderstreping ACM). Uit de wet volgt niet dat NS verplicht zou zijn om een aanbod te doen voor de treinen zelf.

⁷ Brief Veolia, 12 augustus 2014, pagina's 3 en 4.

Besluit

«Openbare versie»

passagiersstations zoals genoemd onder onderdeel 2c van Bijlage II.

Conclusie

53. ACM is van oordeel dat (de locaties voor) noodknopvoorzieningen op passagiersstations kwalificeren als bijkomende diensten en voorzieningen in de zin van artikel 67 Sw.

6.1.4 Kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen

Verzoek Veolia

54. NS is door Veolia per brief van 12 augustus 2014 verzocht om te bevestigen dat zij bereid is tot (her)installatie van NS-kaartverkoopautomaten en daarbij een prijsopgave te doen voor de huur van de NS-kaartverkoopautomaten. Veolia heeft haar verzoek gespecificeerd naar individuele passagiersstations waaronder een aantal Duitse stations.¹⁰ Veolia verwijst daarbij naar eis C.04.11 in het programma van eisen van de Aanbesteding.
55. Daarnaast is NS in dezelfde brief door Veolia verzocht een aanbod te doen voor OV-chipkaartvoorzieningen op een aantal passagiersstations. Veolia vraagt NS specifiek om in ieder geval te bevestigen dat de aanwezige betonpoeren en elektriciteitsaansluitingen behouden blijven voor de perronvalidatoren en er toegangspoortjes geplaatst kunnen worden. Verder vraagt Veolia NS een prijsopgave te doen voor de OV-chipkaartperronvalidators.

Overwegingen ACM

56. ACM stelt vast dat de verzoeken van Veolia grotendeels zien op NS-kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen op Nederlandse passagiersstations. Ook het programma van eisen van de Aanbesteding stelt dat de kaartverkoopautomaten op de passagiersstations aanwezig moeten zijn. Derhalve is ACM van oordeel dat dit verzoek van Veolia ziet op voorzieningen op passagiersstations zoals genoemd onder onderdeel 2c van Bijlage II. Daarbij komt dat in onderdeel 2a van Bijlage II van de Richtlijn 2012/34/EU (hierna: de nieuwe richtlijn) is verduidelijkt dat de toegang tot gebouwen en voorzieningen op passagiersstations met inbegrip is van “*passende locaties voor diensten in verband met kaartverkoop*”.¹¹
57. ACM constateert dat een deel van deze verzoeken van Veolia betrekking heeft op Duitse passagiersstations. NS heeft in haar aanvullende zienswijze verduidelijkt dat zij geen kaartverkoopautomaten of OV-chipkaartvoorzieningen bezit op Duitse stations. ACM is van oordeel dat artikel 67 Sw in dat geval geen toepassing heeft op Duitse passagiersstations.¹²

¹⁰ Brief Veolia, 12 augustus 2014, pagina's 5 en 6.

¹¹ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad, kenmerk: 2012/34/EU, 21 november 2012, Bijlage II onderdeel 2a.

¹² ACM heeft dit randnummer aangepast naar aanleiding van de zienswijze, hetgeen is toegelicht in de nota van bevindingen, randnummer 219.

Besluit «Openbare versie»

Conclusie

58. ACM is van oordeel dat (de locaties voor) kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen kwalificeren als bijkomende diensten en voorzieningen in de zin van artikel 67 Sw.

6.1.5 Reisinformatie

Verzoek Veolia

59. Veolia heeft NS per brief van 12 augustus 2014 verzocht een aanbod te doen voor het gebruik van reisinformatie op passagiersstations. Het betreft zogenoemde actuele reisinformatie waaronder de omroepberichten en informatieborden op passagiersstations. Veolia heeft NS verzocht om een prijsopgave te doen voor deze dienstverlening.¹³
60. Daarnaast heeft Veolia NS verzocht een aanbod te doen voor de levering van reisinformatie met betrekking tot overstaprelaties op knooppunten. Het betreft onder meer zogenoemde statische reisinformatie (alle vooraf vastgelegde informatie, zoals het spoorboekje en vertrekstaten op de stations). Veolia verwijst daarbij naar eis C.04.11 in het programma van eisen van de Aanbesteding.

Overwegingen ACM

61. Het verzoek van Veolia ziet ten eerste op actuele reisinformatie die wordt verstrekt op passagiersstations. Derhalve is ACM van oordeel dat dit verzoek van Veolia ziet op voorzieningen op passagiersstations zoals genoemd onder onderdeel 2c van Bijlage II. Daarbij komt dat in de nieuwe richtlijn is verduidelijkt dat de toegang tot gebouwen en voorzieningen op passagiersstations met inbegrip is van “*de weergave van reisinformatie*”. Ten tweede ziet het verzoek van Veolia op statische reisinformatie die direct door NS wordt geleverd aan vervoerders. Vervoerders hebben deze informatie nodig om hun eigen dienstregeling optimaal te kunnen vaststellen en hun reizigers te informeren. ACM is van oordeel dat dit de “*levering van aanvullende informatie*” betreft zoals genoemd onder onderdeel 4b van Bijlage II, waardoor deze onder de reikwijdte valt van artikel 67 lid 5 Sw.
62. Hierbij zij opgemerkt dat NS tijdens de hoorzitting naar voren heeft gebracht dat ACM in de beroepsprocedure tegen haar concentratiebesluit van 3 oktober 2012 (hierna: het concentratiebesluit) het standpunt zou hebben ingenomen dat reizigersinformatie niet onder de reikwijdte van artikel 67 Sw valt.¹⁴ ACM wijst er echter op dat in het concentratiebesluit wel degelijk is geoordeeld dat de toegang tot reisinformatie zowel is geregeld in artikel 14 van de

¹³ Brief Veolia, 12 augustus 2014, pagina's 7 en 8.

¹⁴ Besluit Nederlandse Mededingingsautoriteit, kenmerk: 7436 / 49, 3 oktober 2012.

Besluit

«Openbare versie»

Wet personenvervoer 2000 als in artikel 67 Sw¹⁵:

“Naast de genoemde artikelen uit de Wp2000 kunnen spoorvervoerders voor de feitelijke doorgifte van informatie op stations (bijvoorbeeld omroepberichten) en het gebruik van de presentatiemiddelen waarmee reisinformatie kan worden doorgegeven (bijvoorbeeld de CTA-bakken) een beroep doen op artikel 67 Sw.” (onderstreping ACM)

Dit concentratiebesluit is na uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 16 oktober 2014 in rechte komen vast te staan.¹⁶

Conclusie

63. ACM is van oordeel dat het leveren van reisinformatie kwalificeert als bijkomende diensten en voorzieningen in de zin van artikel 67 Sw.

6.1.6 Aansluitende treinverbindingen

Verzoek Veolia

64. Veolia heeft NS per brief van 12 augustus 2014 verzocht om een non-discriminatoire referentieaanbod voor de best mogelijke aansluitingen tussen de regionale Limburgse treinlijnen en het hoofdrailnet.¹⁷
65. Veolia stelt onder andere in haar brief van 13 november 2014 dat NS als enige partij beschikt over de informatie en mogelijkheden voor aansluitingen tussen de Limburgse treinlijnen en het hoofdrailnet. Deze informatie zou volgens Veolia vallen onder onderdeel 4b van Bijlage II (“*levering van aanvullende informatie*”).

Overwegingen ACM

66. ACM constateert dat Veolia reeds op basis van zowel artikel 14 van de Wet personenvervoer 2000 als artikel 67 Sw statische reisinformatie kan opvragen bij NS (zie paragraaf 6.1.5). Op basis daarvan is Veolia al bekend met de huidige dienstregeling van NS op het hoofdrailnet. ProRail is verantwoordelijk voor de capaciteitsverdeling en de knooppuntenplanning op het Nederlandse spoor. Als de dienstregeling op het hoofdrailnet in het nadeel van regionale vervoerders zou wijzigen, kunnen vervoerders dit bij ProRail aanhangig maken. Het is ook mogelijk gebruik te maken van de geschillencommissie van ProRail. Als dat niet tot een oplossing leidt, kunnen vervoerders een klacht indienen bij ACM op basis van artikel 71 Sw. ACM is van oordeel dat deze procedures vervoerders voldoende mogelijkheden geven om te reageren op eventuele wijzigingen in de dienstregeling op het hoofdrailnet.

¹⁵ Het concentratiebesluit, randnummers 16, 17, 29 en 30.

¹⁶ Uitspraak Rechtbank Rotterdam, kenmerk: ECLI:NL:RBROT:2014:8351, 16 oktober 2014.

¹⁷ Brief Veolia, 12 augustus 2014, pagina's 8 en 9.

Besluit

«Openbare versie»

67. Ook Veolia heeft tijdens de hoorzitting aangegeven dat in beginsel ProRail hier de regie zou moeten voeren: *“NS heeft de mogelijkheid om te spelen tussen het hoofdrailnetwerk, daar waar samenloop is, en het regionale netwerk. Als zij erin slaagt om in 2017, 2018 of 2020 het netwerk zo te beïnvloeden dat de inkomsten meer in de ene richting of in de andere richting gaan, dan kan Veolia nadelen of voordelen hebben van miljoenen euro's. In 2009 bleek dat een aansluiting van enkele minuten Veolia een half miljoen euro per jaar kostte. Op basis daarvan heeft zij nieuwe afspraken gemaakt met ProRail, die een paar jaar lang gerespecteerd werden. In 2012 zijn zij opnieuw niet gerespecteerd. Er is nu nog steeds geen wetgeving ten aanzien van ProRail, die zeer zijn best doet en de regie wel neemt, maar geen beslissende macht heeft.”*¹⁸
68. Naar oordeel van ACM heeft Veolia onvoldoende duidelijk gemaakt welke concrete aanvullende informatie zij van NS verlangt om de aansluitingen tussen de Limburgse treinlijnen en het hoofdrailnet te kunnen bepalen. Voor zover Veolia van NS de garantie wil dat de dienstregeling op het hoofdrailnet voor de totale concessieduur van 2016-2031 niet zal wijzigen of op welke manier deze zal wijzigingen, acht ACM het verzoek van Veolia bovendien disproportioneel en daarmee onredelijk. Daarmee zou NS de vrijheid worden ontnomen om de komende decennia haar dienstregeling aan te passen aan onder meer de behoefte van de reiziger.

Conclusie

69. Aangezien Veolia onvoldoende duidelijk heeft gemaakt welke concrete aanvullende informatie zij van NS verlangt om de aansluitingen tussen de Limburgse treinlijnen en het hoofdrailnet te kunnen bepalen, heeft ACM niet kunnen vaststellen of het verzoek onder de reikwijdte van artikel 67 Sw valt.

6.1.7 Kosten en verkoopprovisie van internationale vervoersopbrengsten

Verzoek Veolia

70. Veolia betaalt NS een verkoopprovisie over de af te dragen internationale vervoersopbrengsten. Per brief van 12 augustus 2014 heeft Veolia NS verzocht hiervoor een gedetailleerde prijsopgave te doen voor de concessiejaren 2016 – 2031.
71. NS heeft per brief van 15 september 2014 aan Veolia laten weten dat de provisievergoeding over af te dragen internationale vervoersopbrengsten 9% bedraagt, ter dekking van de door NS gemaakte verkoopkosten. Bij brief van 30 september 2014 heeft NS hierop aan Veolia een nadere toelichting gegeven. Zij geeft onder meer aan dat het percentage van 9% is gebaseerd op de huidige afspraken met andere internationale partners met betrekking tot internationale vervoersopbrengsten. NS heeft geen inzicht in de daadwerkelijke verkoopkosten van haar buitenlandse partners en kan alleen refereren aan de geldende internationale afspraken. Veolia

¹⁸ Verslag openbaar deel hoorzitting, 28 november 2014 09.30 – 12.30 uur, pagina 20.

Besluit

«Openbare versie»

genoemd onder onderdeel 2c van Bijlage II.

Conclusie

81. ACM is van oordeel dat de levering van energie en storingsafhandeling voor voorzieningen op passagiersstations kwalificeren als bijkomende diensten en voorzieningen in de zin van artikel 67 Sw.

6.1.10 Omzetinformatie

Verzoek Veolia

82. Veolia stelt onder meer in haar brief van 23 september 2014 dat NS als enige de werkelijke reizigersaantallen kent van de twee lijnen die aan het hoofdrailnet worden onttrokken ten behoeve van de Limburgse concessie. Daarnaast wijst Veolia erop dat ook voor de lijnen die al binnen de huidige regionale concessie vallen, de opbrengsten van abonnementen door NS worden toegerekend aan verschillende vervoerders. Volgens Veolia heeft NS daarmee een kennisvoorsprong over de verwachte inkomsten uit de concessie. De regionale vervoerders moeten gebruikmaken van de 'Metten in de Trein'-systematiek (MidT), waardoor NS de concurrentie kan beïnvloeden en zichzelf kan bevoordelen, aldus Veolia. Sinds 1 april 2014 vindt de toerekening van de opbrengsten van abonnementen niet langer plaats door middel van MidT, maar op basis van het systeem van regional pricing. Dit nieuwe systeem is kortgezegd gebaseerd op de informatie uit het gebruik van de OV-chipkaart. Ook dit systeem levert volgens Veolia onzekerheid op, omdat de OV-chipkaart niet registreert of een reiziger op een traject gebruikmaakt van een intercity of een stoptrein.
83. Veolia stelt daarom niet over betrouwbare omzetinformatie te beschikken, waardoor Veolia genoodzaakt zou zijn geweest om een risico-opslag op te nemen voor haar inschrijving op de concessie. Deze omzetinformatie zou volgens Veolia vallen onder onderdeel 1e van Bijlage II (*"alle overige gegevens die nodig zijn om de dienst waarvoor capaciteit aangevraagd is, tot stand te brengen of te exploiteren"*). Veolia draagt daarvoor aan dat het informatie betreft die nodig zou zijn om de vervoersdienst te exploiteren.

Overwegingen ACM

84. Naar oordeel van ACM heeft Veolia onvoldoende duidelijk gemaakt welke concrete aanvullende omzetinformatie zij nog van NS verlangt. Veolia heeft ook tijdens de hoorzitting aangegeven dit niet te kunnen specificeren. Derhalve heeft ACM niet kunnen beoordelen of het verzoek valt onder de reikwijdte van Bijlage II.
85. Daargelaten of sprake is van bijkomende diensten en voorzieningen constateert ACM dat vervoerders, waaronder Veolia, de beschikbare omzetinformatie hebben verkregen via de Provincie Limburg als concessieverlener. Op 9 oktober 2014 hebben vervoerders op deze wijze aanvullend meer in detail omzetinformatie verkregen. **[vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX]**

Besluit

«Openbare versie»

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX]

Conclusie

86. Aangezien Veolia onvoldoende duidelijk heeft gemaakt welke concrete aanvullende informatie zij nog van NS verlangt, heeft ACM niet kunnen vaststellen of het verzoek onder de reikwijdte van artikel 67 Sw valt.

6.2 Redelijk aanbod (artikel 67 Sw)

87. In paragraaf 6.1 heeft ACM geoordeeld dat de volgende door Veolia in haar aanbod verzochte diensten en voorzieningen kwalificeren als bijkomende diensten en voorzieningen in de zin van artikel 67 Sw:

- i. pauzelocaties voor personeel en servicepunten;
- ii. (de locaties voor) noodknopvoorzieningen op passagiersstations;
- iii. (de locaties voor) de kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen;
- iv. reisinformatie; en
- v. energie en afhandeling van storingen.

88. ACM beoordeelt in deze paragraaf voor bovengenoemde diensten en voorzieningen of (i) NS een redelijk aanbod heeft gedaan onder voorwaarden die de mededinging niet beperken en (ii) het NS is toegestaan om te weigeren de betreffende voorzieningen ter beschikking te stellen. In randnummers 34 en 35 heeft ACM uiteengezet welke uitgangspunten daarbij van belang zijn. ACM beoordeelt in paragraaf 6.2.1 of NS tijdig heeft gereageerd op het verzoek van Veolia. Vervolgens wordt in paragraaf 6.2.2 tot en met 6.2.6 per individuele dienst beoordeeld of NS Veolia een volledig en onherroepelijk aanbod heeft gedaan. Ten slotte wordt in paragraaf 6.2.7 de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven en het verbod op discriminatie behandeld.

6.2.1 Reactietermijn NS

Gedragingen NS

89. Veolia heeft op 12 augustus 2014 per brief NS verzocht om in de zin van artikel 67 Sw een redelijk aanbod te doen voor bovengenoemde diensten en voorzieningen. Veolia heeft NS daarbij verzocht te garanderen dat (i) zij haar aanbiedingen gestand doet tot de definitieve gunning van de Aanbesteding en (ii) de aangeboden (tarief)voorwaarden non-discriminatoir zijn.
90. Veolia heeft dit verzoek gericht aan **[vertrouwelijk: een functionaris van NS]**. Veolia heeft een afschrift van haar brief verzonden naar meerdere **[vertrouwelijk: functionarissen]** van afdelingen en dochterondernemingen van NS. Het verzoek van Veolia is gespecificeerd per individuele dienst. Voor zover van toepassing heeft Veolia daarbij voor enkele door haar

Besluit

«Openbare versie»

gevraagde diensten verwezen naar de in het programma van eisen van de Aanbesteding opgenomen criteria. NS is door Veolia verzocht om uiterlijk 25 augustus 2014 te reageren op dit verzoek.

91. Veolia heeft – na het uitblijven van een reactie van NS – per brief van 26 augustus 2014 een rappel naar NS gestuurd. NS heeft daarop gereageerd door op 26 augustus 2014 namens **[vertrouwelijk: een functionaris van NS]** per e-mail een brief te sturen. In de brief bevestigt NS het verzoek van Veolia in goede orde te hebben ontvangen, maar stelt zij gelet op de omvang van het verzoek naar verwachting niet eerder dan medio september nader te kunnen berichten.
92. NS heeft vervolgens op 15 september 2014 met meerdere brieven gereageerd op het verzoek van Veolia. In één van die brieven (een brief van NS-Reizigers) benadrukt NS dat het verzoek van Veolia soms een zeer ruime vraagstelling bevat en de beantwoording van NS daarom op onderdelen algemeen van aard is gebleven.²¹ NS geeft aan eerst een concrete offerteaanvraag nodig te hebben voordat zij meer informatie aan Veolia kan verstrekken over onder meer noodknopvoorziening, assistentieverlening aan gehandicapten en OV-chipkaartvoorzieningen. Daarom zou haar beantwoording op onderdelen noodzakelijkerwijs algemeen van aard zijn gebleven. In een andere brief (van NS-Stations) stelt NS juist dat een aantal vragen zeer specifiek is en daarom moeilijk in algemene zin beantwoord kan worden.²²

Overwegingen ACM

93. ACM overweegt dat het doen van een redelijk aanbod voor bijkomende diensten en voorzieningen voor NS de verplichting met zich brengt om tijdig te reageren op verzoeken van vervoerders. De mededinging kan immers worden beperkt als NS de beantwoording van verzoeken vertraagt, zelfs als een dergelijk aanbod volledig, kostengeoriënteerd en non-discriminatoir zou zijn. Anders zou het NS zijn toegestaan om (bij wijze van vergaand voorbeeld) enkele dagen voordat de inschrijvingstermijn afloopt, een aanbod te doen. Vervoerders moeten in staat zijn om een aanbod van NS tijdig te verwerken in hun inschrijving.
94. ACM constateert dat NS na ruim een maand heeft gereageerd op het verzoek van Veolia. In haar reactie stelt NS alsnog dat het verzoek van Veolia op belangrijke onderdelen onvoldoende concreet zou zijn om nadere informatie te verstrekken. ACM is echter van oordeel dat het verzoek van Veolia voldoende concreet en gespecificeerd is per onderwerp. Daarbij komt dat, zelfs al zou het verzoek van Veolia voor NS onduidelijk zijn geweest, NS dit per omgaande had kunnen aangeven. NS heeft daar echter ruim een maand mee gewacht. In die periode heeft NS

²¹ Brief NS, kenmerk: 11555_Informatie m.b.t. Concessie Openbaar Vervoer Limburg dec. 2016-dec. 2031, 15 september 2014, pagina 1.

²² Brief NS, kenmerk: 14.395576, 15 september 2014, pagina 1.

Besluit

«Openbare versie»

evenmin op andere wijze bij Veolia navraag gedaan over eventuele onduidelijkheden in het verzoek.

95. Voorts heeft NS na herhaaldelijk verzoek van Veolia pas op 30 oktober 2014 – slechts twee werkdagen voor de sluitingsdatum voor inschrijvingen – de nodige garanties afgegeven voor een deel van haar aanbod (zie verder paragraaf 6.2.2).
96. Ten slotte heeft NS in haar reactiebrief van 15 september 2014 voor een deel van het verzoek van Veolia aangegeven pas ná de gunning van de concessie een concreet aanbod te willen doen. NS heeft daarmee dit deel van haar aanbod zelfs zodanig vertraagd dat vervoerders geheel geen tijd hadden om dit te verwerken in hun inschrijvingen.
97. Bovenstaande klemt te meer nu uit interne e-mailcorrespondentie van NS is gebleken dat NS wel in staat was om op korte termijn (binnen een week) uitgebreide verzoeken van Abellio te beantwoorden in het kader van de Aanbesteding. Zo heeft NS Reizigers namens Abellio op 22 september 2014 gevraagd om een kostenindicatie voor het installeren en onderhouden van OV-chipkaartvoorzieningen. Op 29 september 2014 heeft NS in reactie daarop een gedetailleerde kostenindicatie verstrekt voor tientallen individuele stations, met een uitsplitsing naar verschillende kostenposten.
98. Bovenstaande feiten en omstandigheden moeten worden geplaatst in het licht van de aanbestedingstermijn. NS was ermee bekend dat vervoerders (in eerste instantie) tot uiterlijk 10 oktober 2014 hadden om zich in te schrijven voor de Aanbesteding. NS had een prikkel om de dienstverlening aan haar directe concurrenten in de Aanbesteding te vertragen en anderszins te belemmeren; NS wist dat zij de inschrijving van directe concurrenten zodoende kon frustreren. Ook uit interne e-mailcorrespondentie blijkt dat NS deze prikkel heeft en daarnaar wil handelen. Zo stelt **[vertrouwelijk: een functionaris van NS]** in een interne e-mail in reactie op een verzoek van Arriva: *"Mijn standpunt is dat we op geen enkele wijze moeten meewerken aan het vergroten van het concurrentieel voordeel van Arriva"*.²³
99. ACM is daarom op basis van het voorgaande van oordeel dat NS de behandeling van het verzoek van Veolia onnodig heeft vertraagd en daarmee geen redelijk aanbod heeft gedaan. Dit is in strijd met artikel 67 Sw.

Conclusie

100. ACM concludeert dat NS de behandeling van het verzoek van Veolia onnodig heeft vertraagd en daarmee geen redelijk aanbod heeft gedaan. NS heeft daarmee artikel 67 Sw

²³ E-mail NS, onderwerp: aanbesteding Limburg **[vertrouwelijk: XXXXXX]**, kenmerk: 207, 28 februari 2014, 11:31 uur.

Besluit

«Openbare versie»

overtreden.

6.2.2 Pauzelocaties voor personeel en servicepunten

Gedragingen NS

101. NS heeft op 15 september 2014 per brief gereageerd op het verzoek van Veolia om een aanbod voor pauzelocaties voor personeel en servicepunten. In een bij die brief gevoegde bijlage geeft NS een overzicht van locaties voor pauzelocaties en servicepunten inclusief een prijsopgave. In het overzicht stelt NS:

“Beschikbaarheid en bijbehorende prijzen kunnen afwijken op moment contracteren en zijn mede afhankelijk van onder andere locatie, marktontwikkelingen en van specifieke wensen vervoerder.”

In een interne e-mail van 17 september 2014 legt NS uit dat zij vervoerders hiermee een ‘non-binding offer’ heeft gedaan en daarmee eventuele risico's heeft beperkt.²⁴

102. Veolia heeft zowel in haar initiële verzoek van 12 augustus 2014 als in een vervolgoverleg met NS op 16 oktober 2014 NS verzocht om haar aanbod gestand te doen tot ten minste de definitieve gunning van de concessie. Veolia heeft aangegeven een gegarandeerd aanbod van NS nodig te hebben voor de Aanbesteding. NS heeft na intern beraad per e-mail van 30 oktober 2014 aan Veolia medegedeeld:

“Hierbij concreet onze reactie op de meegenomen acties:

- *Garantie op beschikbaarheid van ruimte/m2: het gedane aanbod in de mail van 15 september jl. doen wij gestand voor de toekomstige concessiehouder tot 6 weken na gunning en uiterlijk 3 augustus 2015.*
- *Garantie over de genoemde huurprijzen: Ja , de garantie is tot 3 augustus 2015.”²⁵*

103. Daarnaast meldt NS in haar brief van 15 september 2014 dat het door Veolia verzochte aanbod voor het inrichten van gezamenlijke servicepunten voor meerdere vervoerders ná de definitieve gunning van de concessie besproken kan worden.

Overwegingen ACM

104. ACM constateert dat NS op 15 september 2014 Veolia slechts een niet-bindend aanbod heeft gedaan. Een dergelijk vrijblijvend dan wel herroepelijk aanbod geeft Veolia geen zekerheid over de aangeboden diensten. ACM acht het van belang dat NS voor bijkomende diensten en voorzieningen in de zin van artikel 67 Sw aan vervoerders een onherroepelijk aanbod doet. Vervoerders hebben de zekerheid van een onherroepelijk aanbod nodig om vervolgens zo zorgvuldig mogelijk voor een aanbesteding een bindende offerte (inschrijving) samen te stellen.

²⁴ E-mail NS, onderwerp: RE: belangrijk : Limburg, kenmerk: 451, 17 september 2014, 14:37 uur.

²⁵ E-mail NS, onderwerp: RE: belangrijk : Limburg, kenmerk: 359, 30 oktober 2014, 16:51 uur.

Besluit

«Openbare versie»

Conclusie

112. ACM concludeert dat NS geen redelijk aanbod heeft gedaan voor pauzelocaties voor personeel en servicepunten en daarmee artikel 67 Sw heeft overtreden. Daarnaast is naar oordeel van ACM niet gebleken dat Veolia op een voor haar haalbare andere wijze kan voorzien in de van NS gevraagde dienstverlening, waardoor er geen grondslag voor NS is om op basis van artikel 67 lid 3 Sw te weigeren de diensten ter beschikking te stellen.

6.2.3 Noodknopvoorzieningen

Gedragingen NS

113. NS heeft in haar reactiebrief van 15 september 2014 op verzoek van Veolia bevestigd dat er noodknopvoorzieningen geplaatst kunnen worden op de passagiersstations. Volgens NS is het verzoek van Veolia om de huur of overname van bestaande noodknopvoorzieningen echter te ruim gesteld. NS geeft aan een concrete vraagspecificatie nodig te hebben alvorens zij de mogelijkheden tot huur of overname van noodknopvoorzieningen kan verkennen. Als kostenindicatie noemt NS een bedrag van circa € 50 voor gebruik van de bestaande noodknopvoorzieningen.
114. Veolia benadrukt dat de door NS opgegeven kostenindicatie van circa € 50 niet nader is gespecificeerd. Daardoor is het voor Veolia niet duidelijk wanneer dit bedrag in rekening wordt gebracht. Uit de brief van NS blijkt niet of het bedrag van circa € 50 in rekening wordt gebracht per noodknopvoorzieningen of voor meerdere noodknopvoorzieningen en of dit de maandelijkse huur of anderszins betreft. Tijdens de hoorzitting heeft NS verduidelijkt dat de circa € 50 in rekening gebracht zou worden elke keer dat een noodknopvoorziening daadwerkelijk wordt gebruikt.

Overwegingen ACM

115. Naar oordeel van ACM is het verzoek van Veolia om een aanbod voor de huur of overname van bestaande noodknopvoorzieningen voldoende gespecificeerd. Veolia heeft specifiek aangegeven voor welke treinlijnen zij een aanbod vraagt en welke voorziening het betreft. Daarbij heeft Veolia haar verzoek verduidelijkt door te verwijzen naar het relevante onderdeel van het programma van eisen van de Aanbesteding. Ten slotte heeft Veolia duidelijk gemaakt dat haar verzoek alleen ziet op de bestaande noodknopvoorzieningen en zij zelf zorg zal dragen voor de aanschaf en installatie van nog niet aangebrachte noodknopvoorzieningen.
116. NS heeft tijdens de hoorzitting gesteld dat Veolia heeft verzuimd om een serviceniveau te specificeren voor de noodknopvoorzieningen. Veolia heeft echter op geen enkele wijze de indruk gewekt dat zij een serviceniveau wenst dat afwijkt van de thans door NS voor het hoofdrailnet gehanteerde dienstverlening.

Besluit

«Openbare versie»

117. ACM constateert dat NS op 15 september 2014 ondanks een voldoende gespecificeerd verzoek van Veolia geen aanbod heeft gedaan voor de gevraagde huur of overname op passagiersstations van bestaande noodknopvoorzieningen. De door NS opgegeven kostenindicatie van circa € 50 kwalificeert niet als een redelijk aanbod alleen al omdat NS in haar brief op geen enkele wijze heeft toegelicht op welke wijze het door haar genoemde bedrag van circa € 50 in rekening zou worden gebracht. Het betreft bovendien slechts een indicatie van de kosten, terwijl Veolia om een onherroepelijk aanbod heeft gevraagd.
118. NS heeft onder meer tijdens de hoorzitting aangegeven dat Veolia geen gebruik hoeft te maken van de bestaande noodknopvoorzieningen van NS. Volgens NS kan Veolia ook zelf noodknopvoorzieningen realiseren.
119. ACM overweegt dat NS reeds vanuit de exploitatie van het hoofdrailnet noodknopvoorzieningen heeft op een deel van de stations in het nieuwe concessiegebied. Indien NS andere vervoerders de toegang tot deze voorzieningen zou weigeren, zouden vervoerders in de concurrentie met NS op achterstand worden gezet. NS zou met haar dochteronderneming Abellio gebruik kunnen maken van deze bestaande voorzieningen en daardoor beperkte tot geen additionele kosten maken, terwijl andere vervoerders dan tegen hogere kosten geheel nieuwe noodknopvoorzieningen zouden moeten aanschaffen en installeren. ACM is daarom van oordeel dat het voor Veolia niet haalbaar is om tegen vergelijkbare kosten op een andere wijze noodknopvoorzieningen te realiseren. Het is NS derhalve niet toegestaan het ter beschikking stellen van bestaande noodknopvoorzieningen op passagiersstations op deze grond te weigeren.

Conclusie

120. ACM concludeert dat NS geen redelijk aanbod heeft gedaan voor bestaande noodknopvoorzieningen en daarmee artikel 67 Sw heeft overtreden. Daarnaast is naar oordeel van ACM niet gebleken dat Veolia op een voor haar haalbare andere wijze kan voorzien in de van NS gevraagde dienstverlening, waardoor er geen grondslag voor NS is om op basis van artikel 67 lid 3 Sw te weigeren de dienst ter beschikking te stellen.

6.2.4 Kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen

Gedragingen NS

121. NS heeft in haar reactiebrief van 15 september 2014 gemeld in principe bereid te zijn de door Veolia verzochte NS-kaartverkoopautomaten te plaatsen en te verhuren als Veolia de concessie wint. NS stelt dat als uitgangspunt dezelfde huurprijzen gelden als op andere stations in Nederland. NS zegt dat deze huurprijs mogelijk wordt verhoogd voor de periode tot en met 2019. Vanaf 2020 zullen volgens NS mogelijk nieuwe kaartverkoopautomaten worden geplaatst waarvan de kosten nog onbekend zijn. NS heeft aangegeven nog geen kostenoverzicht te kunnen geven voor de (her)installatie van de kaartverkoopautomaten, omdat die kosten

Besluit

«Openbare versie»

afhankelijk zijn van de lokale omstandigheden.

122. NS geeft in de dezelfde brief aan dat de kosten voor het plaatsen van nieuwe OV-chipkaartvoorzieningen voor rekening van Veolia komen. NS verwijst daarbij naar een overzicht van de verschillende door NS geleverde ondersteunende (nuts)voorzieningen op de passagiersstations (zie verder paragraaf 6.2.6). Daarnaast stelt NS pas een aanbod te kunnen doen voor het (mede)gebruik van de bestaande OV-chipkaartperronvalidators als Veolia hiervoor een concrete offerteaanvraag indient.

Overwegingen ACM

123. Veolia vraagt NS specifiek om in ieder geval te bevestigen dat de aanwezige betonpoeren en elektriciteitsaansluitingen behouden blijven en er toegangspoortjes kunnen worden geplaatst. Verder vraagt Veolia NS een prijsopgave te doen voor de OV-chipkaartperronvalidators.
124. Naar oordeel van ACM is het verzoek van Veolia om een aanbod voor de NS-kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen voldoende gespecificeerd. Veolia heeft specifiek aangegeven voor welke stations zij een aanbod wil ontvangen. Daarbij heeft Veolia haar verzoek voor de NS-kaartverkoopautomaten verduidelijkt door te verwijzen naar het relevante onderdeel van het programma van eisen van de Aanbesteding. Ten slotte heeft Veolia duidelijk gemaakt dat zij van NS in ieder geval een bevestiging wil dat de bestaande betonpoeren en elektriciteitsaansluitingen aan Veolia ter beschikking worden gesteld en daarnaast een kostenoverzicht wil voor het gebruik van de reeds aanwezige OV-chipkaartperronvalidators.
125. ACM constateert dat NS op 15 september 2014 ondanks een voldoende gespecificeerd verzoek van Veolia geen aanbod heeft gedaan voor de aanwezige OV-chipkaartperronvalidators op passagiersstations. NS heeft evenmin bevestigd dat de aanwezige betonpoeren en elektriciteitsaansluitingen beschikbaar blijven voor Veolia. De mededeling van NS dat zij “*in beginse*l” bereid is NS-kaartverkoopautomaten te plaatsen en te verhuren waarbij de bestaande huurprijzen als “*uitgangspunt*” gelden, kwalificeert zich naar oordeel van ACM niet als een redelijk aanbod. Er is immers geen sprake van een onherroepelijk aanbod waarvan Veolia gebruik kan maken voor haar inschrijving. De door NS gecreëerde onzekerheid wordt versterkt door de mededeling dat er mogelijk een prijsverhoging volgt tot en met 2019 en de prijzen voor kaartverkoopautomaten ná 2020 nog geheel onbekend zijn.
126. NS heeft onder meer tijdens de hoorzitting aangegeven dat Veolia geen gebruik hoeft te maken van de NS-kaartverkoopautomaten en de OV-chipkaartperronvalidators van NS. Volgens NS kan Veolia ook zelf deze voorzieningen realiseren.
127. ACM overweegt dat NS reeds vanuit de exploitatie van het hoofdrailnet op meerdere

Besluit

«Openbare versie»

passagiersstations in het nieuwe concessiegebied kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartperronvalidators heeft. Indien NS andere vervoerders de toegang tot deze voorzieningen zou weigeren, zouden vervoerders in de concurrentie met NS op achterstand worden gezet. NS zou met haar dochteronderneming Abellio gebruik kunnen maken van deze bestaande voorzieningen en daardoor beperkte tot geen additionele kosten maken, terwijl andere vervoerders dan tegen hogere kosten geheel nieuwe kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartperronvalidators zouden moeten aanschaffen en installeren. ACM is daarom van oordeel dat het voor Veolia niet haalbaar is om tegen vergelijkbare kosten op een andere wijze kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartperronvalidators te realiseren. Het is NS derhalve niet toegestaan het ter beschikking stellen van deze bestaande voorzieningen op passagiersstations op deze grond te weigeren.

128. ACM acht het daarnaast aannemelijk gemaakt dat Veolia zelf *nieuwe* kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartperronvalidators kan plaatsen op locaties waar deze voorzieningen nog niet aanwezig zijn. Op grond hiervan is het NS toegestaan het ter beschikking stellen van nieuwe kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartperronvalidators te weigeren.
129. Veolia heeft tijdens de hoorzitting uitgelegd dat zij ook voor de (her)installatie van nieuwe NS-kaartverkoopautomaten vooral op de Maaslijn afhankelijk blijft van NS. De Maaslijn heeft een verbinding met Nijmegen en verder waardoor de kaartautomaten op deze treinlijn ook alle tickets voor het hoofdrailnet moeten kunnen verstrekken aan reizigers. Veolia is daardoor – naar eigen zeggen tegen haar wil – verplicht om op die locaties gebruik te maken van de aanzienlijk duurdere NS kaartverkoopautomaten.²⁹ NS heeft echter in haar aanvullende zienswijze verduidelijkt dat externe leveranciers hun kaartverkoopautomaten geschikt kunnen maken voor de uitgifte van alle vervoersbewijzen. Dit is door Veolia niet weersproken in haar zienswijze.³⁰

Conclusie

130. ACM concludeert dat NS geen redelijk aanbod heeft gedaan voor de reeds aanwezige kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartperronvalidators op passagiersstations en daarmee artikel 67 Sw heeft overtreden. Daarnaast is naar oordeel van ACM niet gebleken dat Veolia op een voor haar haalbare andere wijze kan voorzien in de van NS gevraagde dienstverlening, waardoor er geen grondslag voor NS is om op basis van artikel 67 lid 3 Sw te weigeren de dienst

²⁹ Veolia heeft tijdens de hoorzitting toegelicht dat zij circa € 20.000 per jaar aan NS moet betalen voor kaartverkoopautomaten. Voor circa € 20.000 kan Veolia ook zelf een kaartverkoopautomaat aanschaffen waardoor zij gedurende de looptijd van de geheel concessie aanzienlijk lagere kosten maakt. Waar mogelijk gaat Veolia hier dan ook toe over.

³⁰ ACM heeft randnummer 128 en 129 aangepast naar aanleiding van de zienswijze, hetgeen is toegelicht in de nota van bevindingen, randnummer 217.

Besluit

«Openbare versie»

ter beschikking te stellen. ACM acht het daarnaast aannemelijk gemaakt dat Veolia zelf *nieuwe* kaartverkoopautomaten en OV-chipkaart-perronvalidators kan plaatsen op locaties waar deze voorzieningen nog niet aanwezig zijn. Op grond hiervan is het NS toegestaan het ter beschikking stellen van nieuwe kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartperronvalidators te weigeren.

6.2.5 Reisinformatie

Gedragingen NS

131. NS heeft in haar reactiebrief van 15 september 2014 aangegeven voor de komende jaren nog geen prijsaanbod te kunnen doen voor de verstrekking van reisinformatie. NS heeft in die brief de verwachting uitgesproken zeer binnenkort (begin oktober 2014) met vervoerders overeenstemming te bereiken over de uitgangspunten voor een dergelijk aanbod. Zelfs als NS niet met partijen overeenstemming bereikt, dan zullen volgens NS de door ACM in het concentratiebesluit vastgestelde kaders leidend zijn voor de tarieven voor reisinformatie.
132. ACM heeft vervolgens in haar vragenbrief van 4 november 2014 expliciet aan NS gevraagd welk aanbod voor reisinformatie zij inmiddels aan Veolia heeft gedaan. NS heeft in reactie hierop niet aangetoond dat zij een aanbod heeft gedaan in de zin van artikel 67 Sw.

Overwegingen ACM

133. ACM constateert dat in het concentratiebesluit specifieke remedies zijn opgenomen om te komen tot een aanbod voor reisinformatie aan de regionale vervoerders, waaronder Veolia. Deze specifieke remedies worden momenteel nog tussen partijen besproken in een onderhandelingstraject. Dit verschoont NS echter niet van de verplichting om voor de Aanbesteding op verzoek een redelijk aanbod voor reisinformatie te doen op grond van artikel 67 Sw. Nu NS geen tijdig aanbod heeft gedaan, kon Veolia deze dienst niet verwerken in haar bieding.

Conclusie

134. ACM concludeert dat NS in de zin van artikel 67 Sw geen redelijk aanbod heeft gedaan voor reisinformatie en daarmee artikel 67 Sw heeft overtreden.

6.2.6 Energie en afhandeling van storingen

Gedragingen NS

135. NS heeft op 15 september 2014 per brief een overzicht gestuurd met de energietarieven en de tarieven voor storingsafhandelingen voor de huur van locaties voor pauzelocaties en servicepunten, noodknopvoorzieningen, kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen. Vervoerders zouden volgens NS in ieder geval verplicht gebruik moeten maken van deze energietarieven: “*Deze diensten worden (verplicht) geleverd door NS Stations*”.
136. Veolia stelt dat niet door NS is aangetoond dat de in het overzicht genoemde tarieven

Besluit

«Openbare versie»

6.2.7 Non-discriminatie en kostenoriëntatie

Gedragingen NS

141. ACM heeft per brief van 4 november 2014 aan NS gevraagd of de tarieven voor energie en storingsafhandeling kostengeoriënteerd zijn. NS heeft in reactie daarop per brief van 24 november 2014 toegelicht dat de door NS gehanteerde 5% opslag op de energietarieven is gebaseerd op de gegevens/kosten van een aantal jaar daarvoor. NS heeft in diezelfde brief aangekondigd dat zij hiervoor waar mogelijk zo spoedig mogelijk een kwantitatieve onderbouwing oplevert.
142. NS heeft tijdens de hoorzitting gesteld dat er geen nadere invulling bekend is voor het in artikel 67 Sw gehanteerde begrip kostenoriëntatie. Volgens NS zal de norm om kostengeoriënteerde tarieven te hanteren pas in werking treden zodra deze bij Algemene Maatregel van Bestuur nader is ingevuld door het Ministerie van Infrastructuur en Milieu. Naar oordeel van NS zal vanaf dat moment haar dienstverlening aan de verkrijger van de concessie in Limburg tegen kostengeoriënteerde tarieven moeten plaatsvinden. Daarnaast heeft NS in haar brief van 15 september 2014 aangegeven dat volgens haar de wijziging van de Spoorwegwet afgewacht moet worden voordat duidelijk wordt op welke wijze een kostengeoriënteerd tarief moet worden berekend. NS heeft aangegeven tot die tijd ervan uit te gaan dat alle gevraagde voorzieningen commercieel van aard zijn en daarvoor marktconforme tarieven te hanteren.³²
143. De door NS aangekondigde kostenonderbouwing is uiteindelijk niet aan ACM opgeleverd. NS legt in haar brief van 5 december 2014 uit dat een kwantitatieve onderbouwing voor kostenoriëntatie ontbreekt, evenals de betreffende brondocumenten met kostengegevens. NS stelt zich daarbij op het standpunt dat zij niet gehouden is voor deze diensten kostengeoriënteerde tarieven te hanteren, omdat de betreffende diensten niet onder de reikwijdte van artikel 67 Sw vallen.
144. Daarnaast heeft NS zowel tijdens de hoorzitting als in verschillende brieven gegarandeerd dat zij de door Veolia gevraagde dienstverlening non-discriminatoir heeft aangeboden, zonder onderscheid te maken tussen Abellio, Arriva en Veolia.

Overwegingen ACM

145. NS is op basis van artikel 67 Sw verplicht om kostengeoriënteerde tarieven te hanteren voor toegang tot bijkomende diensten en voorzieningen. Dat niet wordt gespecificeerd hoe NS de kostengeoriënteerde tarieven moet bepalen, betekent niet dat NS verschoond is van deze verplichting. Dit betekent slechts dat NS niet op voorhand gehouden is om een specifiek hiervoor

³² Brief NS, kenmerk: 14.395576, 15 september 2014, pagina 2.

Besluit

«Openbare versie»

behandeld en heeft benadeeld in de zin van artikel 71 Sw.

Conclusie

153. ACM is van oordeel dat NS artikel 71 Sw heeft overtreden door geen redelijk aanbod te doen voor bijkomende diensten en voorzieningen in de zin van artikel 67 Sw.

6.3.2 Doorspelen concurrentiegevoelige informatie

Gedragingen NS

154. Veolia heeft NS op 12 augustus 2014 per brief verzocht om een redelijk aanbod te doen voor een aantal diensten en voorzieningen in de zin van artikel 67 Sw. Veolia heeft dit verzoek gericht aan **[vertrouwelijk: een functionaris van NS]**. NS heeft daarop gereageerd door op 26 augustus 2014 namens **[vertrouwelijk: een functionaris van NS]** per e-mail een brief te sturen. Die bewuste e-mail was niet alleen gericht aan **[vertrouwelijk: een functionaris van Veolia]**, maar is ook verzonden aan **[vertrouwelijk: een functionaris van Abellio Nederland]**.
155. Tijdens de hoorzitting heeft NS uitgelegd dat bij het verzenden van deze e-mail niet inhoudelijk is gereageerd door NS en er derhalve geen concrete informatie is gedeeld met Abellio. NS stelt verder tijdens de hoorzitting: *“Dat was het enige geval waarbij iemand van QBuzz of Abellio onder ‘cc’ is vermeld”*. NS heeft verder tijdens de hoorzitting toegelicht dat de concrete vraag van vervoerders bedrijfsvertrouwelijk is en deze informatie daarom niet door NS wordt gedeeld met concurrerende vervoerders. Zo stelt NS als voorbeeld dat Veolia, Arriva en Abellio niet van elkaar behoren te weten welke treinstellen zij bij NS Financial Services hebben gevraagd:
- “De concrete vraag van individuele spoorvervoerders is bedrijfsvertrouwelijke informatie, als bijvoorbeeld Veolia, Arriva of Abellio bij NS Financial Services een offerte vraagt voor treinstellen, is het vertrouwelijk voor welke treinstellen dat is, voor hoeveel treinstellen, voor welke periode, enzovoorts. Zij behoren dat niet van elkaar te weten en dit wordt door NS ook niet over en weer gedeeld.”³⁵* (onderstreping ACM)
156. Ook in haar antwoordenbrief van 26 november 2014 stelt NS:
- “Voorts geldt dat het niet toelaatbaar is om tijdens een aanbestedingsprocedure bedrijfsvertrouwelijke informatie van de ene inschrijver door te geven aan de ander. Het staat NS derhalve geenszins vrij om inschrijvers op een concessie direct of indirect inzicht te geven in de vraag van ander[e] inschrijvers naar voorzieningen/diensten bij NS-vennootschappen.”³⁶* (onderstreping ACM)

³⁵ Verslag openbaar deel hoorzitting, 28 november 2014 09.30 – 12.30 uur, pagina 11.

³⁶ Brief NS, kenmerk: M22138624/1/94000220, 26 november 2014, pagina 3.

Besluit

«Openbare versie»

157. Tijdens de hoorzitting is NS gevraagd waarom desondanks de e-mail van **[vertrouwelijk: een functionaris van NS]** aan Veolia mede gericht is aan **[vertrouwelijk: een functionaris van Abellio Nederland]**. NS stelt dat niet te weten, maar intern de instructie te hebben gegeven dat niet meer te doen:

[vertrouwelijk: zaakbehandelaar ACM]: *Ik stel toch nog een keer de vraag: waarom is dat mailtje door de secretaresse van [vertrouwelijk: een functionaris van NS] naar Veolia gestuurd met [vertrouwelijk: een functionaris van Abellio Nederland] in CC?*

[vertrouwelijk: bedrijfsjurist NS]: *Dat weet ik niet ... ik heb ... dat zult u aan die secretaresse moeten vragen. Ik kan u wel zeggen dat daarna een instructie is gegeven om dat niet meer te doen en dat dat de enige correspondentie is geweest.*

[...]

[vertrouwelijk: zaakbehandelaar ACM]: *Waarom is de instructie gegeven om dat niet meer te doen?*

[vertrouwelijk: bedrijfsjurist NS]: *Omdat wij vinden dat ... en dat hangt samen met de inrichting van het proces ... dat wij willen waarborgen dat de communicatie tussen NS als toeleverancier en verschillende afnemers, die met elkaar in concurrentie staan, van elkaar gescheiden zijn zodat informatie over dat aanbod niet gedeeld wordt met anderen omdat dat bedrijfsvertrouwelijke informatie is.* ³⁷

158. **[vertrouwelijk: Een functionaris van Abellio Nederland]** heeft vervolgens tijdens de hoorzitting verklaard dat hem – buiten de bovengenoemde e-mail – geen andere informatie heeft bereikt van Veolia, Arriva of andere potentiële inschrijvers:

[vertrouwelijk: Zaakbehandelaar ACM]: *OK. En klopt het dan [vertrouwelijk: een functionaris van Abellio Nederland] dat er verder geen informatie van Veolia, Arriva of andere potentiële inschrijvers u heeft bereikt? Geen vragen die zij hebben gesteld aan NS als leverancier van deze twaalf punten of andere punten in de aanbesteding?*

[vertrouwelijk: Een functionaris van Abellio Nederland]: *Ja.* ³⁸

159. Uit interne e-mailcorrespondentie tussen NS en haar dochteronderneming Abellio blijkt echter het tegengestelde. Zo heeft NS al in februari 2014 aan Abellio doorgegeven dat Arriva voor de Aanbesteding een offerteaanvraag heeft gedaan voor een aantal **[vertrouwelijk: treinstellen]**. NS merkt daarbij op dat de **[vertrouwelijk: treinstellen]** geleverd kunnen worden aan Arriva, **[vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX]**. NS

³⁷ Verslag besloten deel hoorzitting, 28 november 2014 14.37 – 15.37 uur, pagina 8.

³⁸ Verslag besloten deel hoorzitting, 28 november 2014 14.37 – 15.37 uur, pagina 8.

Besluit

«Openbare versie»

vraagt echter intern of Abellio zich zal inschrijven op de Aanbesteding en daarom uit concurrentieoverwegingen nog wel treinen aan Arriva aangeboden moeten worden:

“Beste [vertrouwelijk: XXX],

Arriva heeft ons benaderd (via NSFSC) voor de lease van een aantal [vertrouwelijk: treinstellen]. Dit ivm een lopende aanbesteding in Limburg. Hier wordt een traject ge-electrificeerd waar tot 2017/18 dan nog met Diesel gereden moet worden.

Onze [vertrouwelijk: treinstellen] (het deel wat niet actief ingezet wordt) staan in de etalage [vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX], dus wat dat betreft zou het kunnen.

Ik kreeg echter ook signalen dat wij zelf als NS (NSR? / Abellio?) gaan inschrijven op deze aanbesteding en ik vroeg mij af of wij uit concurrentieoverwegingen dan nog deze stellen aan Arriva willen aanbieden.

Kun je hier iets over zeggen?

Met vriendelijke groet,

[vertrouwelijk: XXX]

[vertrouwelijk: Functionaris NS]

[...]

Hoi [vertrouwelijk: XXX],

Goed dat je me hierbij involveert, want wij (lees Abellio NL en NSR) gaan inderdaad VOL inzetten op deze bieding. Ik heb ook meteen [vertrouwelijk: XXX] ingecopieerd, omdat hij als [vertrouwelijk: een functionaris van Abellio Nederland] het bidteam gaat leiden. Mijn standpunt is dat we op geen enkele wijze moeten meewerken aan het vergroten van het concurrentieel voordeel van Arriva.

Groet,

[vertrouwelijk: XXX] [vertrouwelijk: een functionaris van NS]

[...]

Besluit

«Openbare versie»

161. **[vertrouwelijk: Een functionaris van Abellio Nederland]** bleek op de hoogte van de beslissing van NS om concurrenten een aanbod te doen voor **[vertrouwelijk: treinstellen]** nog voordat deze vervoerders deze kennis hadden. NS heeft namelijk de volgende dag (maandag 15 september 2014) Arriva en Veolia een aanbod gedaan voor de door hen gevraagde **[vertrouwelijk: treinstellen]**.

Overwegingen ACM

162. ACM is van oordeel dat vervoerders erop moeten kunnen vertrouwen dat zij voor een aanbesteding NS als leverancier om diensten kunnen vragen, zonder dat NS deze concurrentiegevoelige informatie deelt met andere potentiële inschrijvers. Dat geldt temeer voor concrete aanbestedingen waarbij dochterondernemingen van NS in directe concurrentie staan met de betreffende vervoerders. Het is daarom – zoals NS ook zelf meerdere keren heeft benadrukt – ontoelaatbaar dat een inschrijver (i.c. Abellio) direct of indirect inzicht krijgt in de verzoeken van andere inschrijvers (i.c. Arriva en Veolia).
163. ACM overweegt dat alleen al het gegeven dat Arriva en Veolia voornemens waren een bod uit te brengen in de aanbestedingsprocedure, Abellio strategische informatie geeft. Zo kon Abellio in ieder geval al vanaf februari 2014 bij de voorbereiding van haar inschrijving anticiperen op het voornemen van Arriva om zich eveneens in te schrijven. Nu daarbij is gebleken dat Abellio ook concreet de inhoud van de verzoeken van concurrenten kende, heeft Abellio haar kennisvoorsprong in de Aanbesteding verder kunnen vergroten. Daarbij blijkt NS deze concurrentiegevoelige informatie te hebben gebruikt om haar eigen biedingsstrategie te bepalen. Zo legt Abellio in een interne e-mail de overweging voor om andere treinen in te zetten en zich daarmee te onderscheiden van concurrenten. ACM is daarom van oordeel dat NS hiermee Arriva en Veolia oneerlijk heeft behandeld en heeft benadeeld in de zin van artikel 71 Sw.
164. ACM benadrukt dat dit bovendien geen gedraging betreft van een individuele NS-medewerker of anderszins een op zichzelf staand incident vormt. De bestuurlijke top van zowel Abellio Nederland als NS bleek op de hoogte van de concurrentiegevoelige informatie van Arriva en Veolia, ondanks dat dit op de hoorzitting door de vertegenwoordigers van NS expliciet meerdere keren is ontkend.

Conclusie

165. ACM is van oordeel dat NS artikel 71 Sw heeft overtreden door concurrentiegevoelige informatie van Arriva en Veolia te delen met haar dochteronderneming Abellio.

⁴¹ ACM heeft dit randnummer aangepast naar aanleiding van de zienswijze, hetgeen is toegelicht in de nota van bevindingen, randnummer 243.

Besluit

«Openbare versie»

6.4 Noodzaak last onder dwangsom

166. Veolia heeft ACM op basis van artikel 71 Sw verzocht te onderzoeken of NS in het kader van de Aanbesteding voldoet aan de Spoorwegwet, en zo niet, handhavend op te treden. Het vierde lid van artikel 71 Sw geeft ACM de mogelijkheid om – indien ACM van oordeel is dat de betreffende klacht gegrond is – zo nodig een last onder dwangsom op te leggen.
167. ACM heeft in paragraaf 6.3 geoordeeld dat NS artikel 71 Sw heeft overtreden door Veolia geen redelijk aanbod te doen voor bijkomende diensten en voorzieningen. ACM overweegt echter dat Abellio, Arriva en Veolia zich inmiddels hebben ingeschreven voor de Aanbesteding, de termijn voor inschrijvingen voor de Aanbesteding is gesloten en de Provincie Limburg de concessie heeft gegund. ACM is daarom van oordeel dat het gelasten van NS tot een redelijk aanbod voor de door Veolia gevraagde bijkomende diensten en voorzieningen, op dit moment geen effect heeft op de mededinging.
168. ACM heeft daarnaast in paragraaf 6.3 geoordeeld dat NS artikel 71 Sw heeft overtreden door concurrentiegevoelige informatie van inschrijvers door te spelen naar haar dochtermaatschappij Abellio. ACM overweegt dat deze overtreding niet ongedaan te maken is met een last onder dwangsom. Een last onder dwangsom is naar het oordeel van ACM op dit moment dan ook niet het geschikte middel om op te treden tegen deze overtreding.

7 Dictum

169. De Autoriteit Consument en Markt oordeelt – als bedoeld in artikel 71 derde lid van de Spoorwegwet – dat de klacht van Veolia Transport Holding Nederland BV op onderdelen gegrond is en stelt vast dat de NV Nederlandse Spoorwegen en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek:
- I. artikel 67 eerste lid en artikel 71 eerste lid van de Spoorwegwet heeft overtreden, omdat geen redelijk aanbod is gedaan ten aanzien van de bijkomende diensten en voorzieningen zoals vastgesteld in paragraaf 6.2.1 tot en met 6.2.6 en paragraaf 6.3.1; en
 - II. artikel 71 eerste lid van de Spoorwegwet heeft overtreden, omdat sprake is van oneerlijke behandeling en benadeling als gevolg van het doorspelen van concurrentiegevoelige informatie zoals vastgesteld in paragraaf 6.3.2.

Besluit «Openbare versie»

170. De Autoriteit Consument en Markt oordeelt in het licht van artikel 71 vierde lid van de Spoorwegwet dat:

- III. nu de termijn voor inschrijvingen voor de Aanbesteding is gesloten, het op dit moment niet nodig is een last onder dwangsom op te leggen. Voor zover Veolia Transport Holding Nederland BV heeft verzocht om handhavend optreden in de vorm van een last onder dwangsom, wijst ACM dit af.

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

[w.g.]

drs. J. Keetelaar
Directeur Telecom, Vervoer en Post

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.

Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.

Besluit «Openbare versie»

Nota van bevindingen behorende bij het besluit van de Autoriteit Consument en Markt d.d. 6 maart 2014 met kenmerk ACM/DTVP/2014/206376

1 Algemeen

171. In dit hoofdstuk worden de zienswijzen van partijen behandeld voor zover deze algemeen van aard zijn en niet zien op een specifiek hoofdstuk van het besluit. Veolia heeft in haar aanvullende zienswijze een reactie op hoofdlijnen gegeven, omdat zij niet de beschikking had over de vooraankondiging van het besluit.
172. **NS** stelt dat ACM de lezer op het verkeerde been zet door het document aan te duiden met 'vooraankondiging van het besluit'.⁴² Daaruit kan de indruk ontstaan dat er sprake is van een vooraankondiging van een reeds door ACM genomen besluit. NS benadrukt dat het in feite een aankondiging van een voorgenomen besluit behelst. ACM is gehouden hoor en wederhoor toe te passen alvorens zij tot een definitief besluit komt.
173. **Veolia** snapt de relevantie van de opmerkingen van NS niet.⁴³ Zij onderschrijft dat er in het kader van het onderhavige besluit hoor en wederhoor moet plaatsvinden. Veolia stelt dat de procedure correct is verlopen doordat de vooraankondiging van het besluit aan NS is voorgelegd en NS daarop een zienswijze heeft kunnen geven.
174. **ACM** constateert dat er sprake is van een semantische discussie. ACM heeft er in deze procedure vanuit het oogpunt van zorgvuldigheid maar zonder daartoe rechtens verplicht te zijn voor gekozen om partijen – in aanvulling op de hoorzitting en hun eerdere schriftelijke zienswijzen – ook in de gelegenheid te stellen hun zienswijze te geven op een concreet voorgenomen besluit. Partijen kunnen op basis daarvan ook het feitencomplex verifiëren. ACM heeft partijen zowel tijdens de hoorzitting als daarna per brief geïnformeerd over deze procedurestap. ACM is het eens met NS en Veolia dat de vooraankondiging van het besluit wordt aangepast voor zover de zienswijzen van partijen daar aanleiding toe geven.
175. Volgens **NS** heeft ACM in het voorgenomen besluit niet gemotiveerd gereageerd op hetgeen NS tijdens de hoorzitting en in haar nadere zienswijze naar voren heeft gebracht.⁴⁴ ACM is naar de mening van NS nagenoeg volledig voorbij gegaan aan het verweer van NS.

42/62

⁴² Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 2.

⁴³ Zienswijze Veolia op zienswijze NS, pagina 2.

⁴⁴ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 2.

Besluit

«Openbare versie»

176. **ACM** heeft bij het opstellen van de vooraankondiging van het besluit de zienswijzen van partijen betrokken. Dit blijkt ook uit het besluit. Zo is in hoofdstuk 4 van het besluit de eerdere zienswijze van NS samengevat. In randnummer 21 is vermeld dat deze zienswijze kort en zakelijk is weergegeven evenals de zienswijze van Veolia in hoofdstuk 3 van het besluit. Waar relevant heeft ACM de zienswijze van NS en andere partijen herhaald bij de specifieke onderdelen van het besluit. Verder behandelt ACM in deze nota van bevindingen de aanvullende zienswijzen van NS en Veolia puntsgewijs.
177. **NS** wijst erop dat ACM in de vooraankondiging van het besluit te kennen heeft gegeven dat zij voldoende aanleiding ziet om een rapport op te stellen voor het opleggen van een boete.⁴⁵ NS stelt dat ACM echter in dit geval niet bevoegd is om een boete op te leggen en acht deze aankondiging daarom kennelijk misplaatst. Naar de mening van NS stuit de passage in het dictum af op het rechtszekerheidsbeginsel, daar het een onderzoek betreft op basis van een klacht van Veolia op grond van artikel 71 Sw. ACM kan in een artikel 71 Sw procedure enkel overgaan tot oplegging van een last onder dwangsom. Voor oplegging van een bestuurlijke boete is ACM volgens NS niet bevoegd. NS stelt dat ACM na afronding van een geschilbeslechtsingsprocedure ingevolge artikel 71 Sw niet alsnog kan overgaan tot het opstellen van een rapport tot het opleggen van een boete.
178. **Veolia** meent dat ACM wel bevoegd is om in onderhavig geval een boete op te leggen. Deze bevoegdheid volgt uit artikel 76 lid 2 Sw.⁴⁶ Veolia stelt dat ACM in deze situatie ook geen ander middel ter beschikking stond, aangezien een last onder dwangsom waarschijnlijk geen effect zou hebben.
179. **ACM** stelt voorop dat met dit besluit een oordeel – in de zin van artikel 71 derde lid Sw – wordt gegeven over de klacht van Veolia. Met dit besluit wordt géén bestuurlijke boete opgelegd aan NS. ACM constateert in onder meer randnummer 167 dat een last onder dwangsom niet het geschikte middel is om op te treden tegen de in hoofdstuk 6 vastgestelde overtredingen. Dit neemt niet weg dat ACM in dit besluit heeft vastgesteld dat NS de Sw heeft overtreden en daarmee de mededinging heeft geschaad. Het eventueel opstellen van een onderzoeksrapport voor het opleggen van een boete valt vanzelfsprekend buiten de onderhavige artikel 71 Sw procedure. Daarom heeft ACM de betreffende passage niet in het definitieve besluit opgenomen. Bij het opstellen van een eventueel onderzoeksrapport zullen uiteraard de wettelijke procedurele eisen in acht worden genomen.
180. **NS** stelt verder dat het optreden van ACM jegens NS kennelijk onrechtmatig is. ACM heeft

⁴⁵ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 3.

⁴⁶ Zienswijze Veolia op zienswijze NS, pagina 3.

Besluit «Openbare versie»

ten onrechte de Provincie Limburg als belanghebbende aangemerkt in de procedure.⁴⁷ Dit getuigt volgens NS klaarblijkelijk van een misbruik van bevoegdheden, omdat ACM de Provincie Limburg zou willen beïnvloeden ten nadele van NS. NS meent dat het voor de Provincie Limburg niet van belang is conclusies van het besluit van ACM te kennen. Bovendien zou de financiële omvang van de in het besluit aangehaalde diensten en voorzieningen te beperkt zijn om van belang te zijn voor de gunningsbeslissing.

181. **ACM** merkt op dat de klacht van Veolia ziet op beweerdelijke overtredingen van de Sw en Mw die ertoe zouden leiden dat er geen level playing field bestaat in de Aanbesteding. Het is de taak van ACM om duidelijkheid te geven over die klacht. Zo heeft de Provincie Limburg onder meer in het kort geding van oktober 2014 aangegeven niet zelfstandig tot een oordeel te kunnen komen over de vermeende overtredingen, maar dat dit aan ACM is:

“De Provincie stelt met betrekking tot de verplichtingen van NS op grond van de Spoorwegwet dat de Provincie niet kan beoordelen of door NS een redelijk aanbod is gedaan, maar dat dit aan de ACM is.”⁴⁸ (onderstreping ACM)

De voorzieningenrechter heeft bevestigd dat het niet aan de Provincie Limburg is om te beoordelen of de Sw of Mw is overtreden. Het is aan ACM om dit in het concrete geval aan te tonen:

“De gevolgen van de door de ACM gesignaleerde omstandigheid dat NS door haar positie een prikkel heeft om de concurrentie op een voor NS gunstige wijze te beïnvloeden, zijn in beginsel eerst achteraf te beoordelen, tenzij reeds op dit moment kan worden aangetoond dat NS haar marktmacht misbruikt en/of een onredelijk aanbod doet.”⁴⁹ (onderstreping ACM)

Daarbij komt nog dat behalve Veolia ook NS in haar brief van 23 december 2014 heeft gewezen op het spoedeisende belang van het onderzoek in het kader van de lopende aanbesteding.⁵⁰ ACM erkent dit belang en heeft zich daarom ingezet om op korte termijn tot een oordeel te komen. Het is vervolgens aan de Provincie Limburg om op basis van die gepresenteerde feiten een zorgvuldige gunningsbeslissing te nemen, ACM heeft daar zelf geen invloed op.

182. Volgens **NS** blijkt de onrechtmatigheid van het handelen van ACM eens te meer uit het feit dat ACM ogenblikkelijk na toezending van de vooraankondiging van het besluit aan NS reeds

⁴⁷ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina's 18 tot en met 21.

⁴⁸ Uitspraak Rechtbank Maastricht, kenmerk: ECLI:NL:RBLIM:2014:8758, 16 oktober 2014, randnummer 3.3.

⁴⁹ Uitspraak Rechtbank Maastricht, kenmerk: ECLI:NL:RBLIM:2014:8758, 16 oktober 2014, randnummer 4.5.

⁵⁰ Brief NS, M22342710/1/94000220/sb, 23 december 2014.

Besluit «Openbare versie»

het dictum van het document aan de Provincie Limburg, Arriva en Veolia heeft toegezonden.⁵¹

183. Deze stelling mist feitelijke grondslag. **ACM** heeft NS gemeld dat het dictum van de vooraankondiging van het besluit uitsluitend is toegezonden aan Veolia als indiener van de klacht. Veolia heeft op die manier kennis kunnen nemen van het dictum vooruitlopend op de vertrouwelijkheidstoets die NS nog moest uitvoeren voor de rest van de vooraankondiging van het besluit. De vooraankondiging van het besluit zou immers ook naar Veolia en andere partijen toegestuurd worden voor een zienswijze en feitencheck, zoals tijdens de hoorzitting aangegeven. Dit is een processtap die ACM vaker toepast in vergelijkbare procedures. NS heeft er overigens ook zelf in haar brief van 23 december 2014 ACM op gewezen dat zij ervan uitgaat dat de vooraankondiging van het besluit zowel naar NS als Veolia wordt verzonden:
- “Tot slot maak ik u er opmerkzaam op dat NS ervan uitgaat dat het voorgenomen besluit enkel met het oog op indiening van een zienswijze zal worden toegezonden aan de direct belanghebbenden, dat wil zeggen aan de aanvrager en degenen tegen wie het verzoek tot handhaving is gericht”*⁵²

2 Redelijk aanbod (artikel 67 Sw)

184. In dit hoofdstuk behandelt ACM de zienswijze van NS voor zover deze ziet op paragraaf 6.1 en paragraaf 6.2 van het besluit waarin is geconstateerd dat NS artikel 67 Sw heeft overtreden. Veolia heeft in haar aanvullende zienswijze een reactie op hoofdlijnen gegeven, omdat zij niet de beschikking had over de vooraankondiging van het besluit.

2.1 Vereisten redelijk aanbod

185. **NS** stelt dat de uitleg door ACM in randnummer 34 van het begrip ‘redelijk aanbod’ extensief is. NS meent dat zij er niet bedacht op hoefde te zijn dat ACM een dergelijke uitleg zou geven.⁵³ NS vindt de kennelijke stelling van ACM te ver gaan dat telkens wanneer een deelnemer aan een aanbesteding van een concessie een aanbieding vraagt voor bepaalde faciliteiten of diensten binnen het bereik van Bijlage II van de Richtlijn, de betrokken dochteronderneming van NS te allen tijde een volledig, bindend en onherroepelijk aanbod zou dienen uit te brengen, geruime tijd voor het sluiten van de inschrijvingstermijn, op straffe van overtreding van artikel 67 Sw. NS ziet bovendien niet in waarom die verplichting zou gelden voor iedere (willekeurige) dochteronderneming van NS, maar niet voor andere ondernemingen.

⁵¹ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina's 21.

⁵² Brief NS, M22342710/1/94000220/sb, 23 december 2014.

⁵³ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 4.

Besluit «Openbare versie»

186. **ACM** merkt op dat NS meer vereisten opsomt dan door ACM zijn opgenomen in randnummer 34. ACM acht het verder van belang te benadrukken dat NS niet verplicht is om met elke willekeurige dochteronderneming een redelijk aanbod te doen voor gevraagde diensten. NS is in dit geval alleen verplicht een redelijk aanbod te doen voor zover (i) zij rechthebbende is van de betreffende dienst en (ii) de betreffende dienst onder Bijlage II van de Richtlijn valt. ACM is het eens met NS dat die verplichting evengoed geldt voor andere ondernemingen die rechthebbende zijn van diensten zoals opgesomd in onderdelen 2 tot en met 4 van Bijlage II van de Richtlijn. Het verzoek van Veolia om diensten en voorzieningen en haar handhavingsverzoek aan ACM zijn echter specifiek gericht aan NS. Andere eventuele rechthebbenden van bijkomende diensten en voorzieningen vallen derhalve buiten deze procedure.
187. **NS** acht het – mede gezien de aard van de in Bijlage II van de Richtlijn omschreven diensten en voorzieningen – vergaand onaannemelijk dat een inschrijver op een vervoersconcessie in enig concreet geval een volledig, bindend en onherroepelijk aanbod nodig zal hebben om een inschrijving voor te kunnen bereiden.⁵⁴ NS stelt ook dat die bijkomende diensten en voorzieningen van dien aard zijn dat er geen substantiële kosten mee zijn gemoeid.⁵⁵
188. **Veolia** stelt dat NS ten onrechte doet voorkomen dat er beperkte kosten zijn gemoeid met de betreffende diensten en voorzieningen.⁵⁶ De impact van de onderdelen waarop Veolia geen redelijk aanbod heeft gekregen, is aanzienlijk. Verder meent Veolia dat niet uit de wet blijkt dat voor toepassing van artikel 67 Sw de financiële impact van de betreffende diensten van belang is.
189. **ACM** constateert dat de toepassing van artikel 67 Sw niet afhankelijk is gesteld van de financiële omvang van de betreffende diensten en voorzieningen. De reikwijdte van artikel 67 Sw wordt bepaald door de opsomming van diensten in Bijlage II van de Richtlijn. Overigens acht ACM het aannemelijk dat er voor Veolia significante kosten zijn gemoeid met de bijkomende diensten en voorzieningen waarom zij heeft verzocht. Zo heeft Veolia in haar antwoordenbrief van 13 november 2014 de individuele kostenposten toegelicht. Daaruit blijkt dat de kosten voor pauzelocaties, servicepunten, NS-kaartautomaten en reisinformatie opgeteld **[vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXX]** per jaar bedragen, voor een periode van 15 jaar. De kosten voor noodknop- en OV-chipkaartvoorzieningen dienen daarbij nog te worden opgeteld, **[vertrouwelijk: XXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX]**.

⁵⁴ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 5.

⁵⁵ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 2.

⁵⁶ Zienswijze Veolia op zienswijze NS, pagina 4.

Besluit «Openbare versie»

190. **NS** stelt dat enkel in zeer uitzonderlijke gevallen uit de aanbestedingsstukken kan blijken dat een volledig, bindend en onherroepelijk aanbod van NS noodzakelijk is om een spoorwegonderneming in staat te stellen een inschrijving samen te stellen.⁵⁷ Een dergelijk geval zal duidelijk kenbaar moeten zijn uit het programma van eisen.
191. **Veolia** meent dat het voor zichzelf spreekt dat een aanbod tijdig door NS wordt gedaan zodat dit nog verwerkt kan worden in de inschrijving.⁵⁸ Verder is het volgens Veolia van belang dat het aanbod volledig is. Zo stelt Veolia dat het onvoldoende is als zij bijvoorbeeld slechts voor een deel van de gevraagde servicepunten een aanbod zou krijgen. Vervolgens licht Veolia toe dat het een bindend aanbod moet zijn, omdat een vervoerder in (financiële) problemen kan komen als NS na de gunning haar aanbod zou wijzigen of intrekken. Tot slot stelt zij dat NS een aanbod dient te doen voor diensten in de zin van Bijlage II van de Richtlijn, indien NS rechthebbende is. Daarbij is het naar de mening van Veolia niet aan NS om vervolgens te bepalen of het aanbod noodzakelijk is.
192. **ACM** is van oordeel dat er sprake is van een redelijk aanbod als dit tijdig, volledig en bindend is. ACM verwijst hiervoor naar haar motivatie in randnummer 34. Verder constateert ACM dat de wetgever reeds heeft bepaald voor welke bijkomende diensten en voorzieningen het van belang is dat een redelijk aanbod wordt gedaan. Het is vervolgens niet aan spoorwegondernemingen om binnen elke individuele aanbesteding de noodzaak en het belang aan te tonen van deze diensten. De wettekst van artikel 67 Sw lid 1 biedt geen ruimte voor een dergelijke interpretatie.
193. **NS** leidt uit de opvattingen van ACM af dat er op basis van artikel 67 Sw een tijdig, volledig en bindend aanbod gedaan moet worden zonder dat daarbij enige objectieve toets plaatsvindt.⁵⁹ Dit is een extreme opvatting die haaks staat op het proportionaliteitsbeginsel en geen enkele steun vindt in doel en strekking van de wet. Daarbij komt volgens NS nog dat ACM evenmin heeft beoordeeld of er door Veolia een redelijk verzoek is gedaan. Volgens NS was het verzoek van Veolia op alle relevante onderdelen onvoldoende specifiek en volledig. ACM dient dit in haar overwegingen te betrekken tezamen met het gegeven dat NS alle inschrijvers een non-discriminatoire aanbod heeft gedaan.
194. **Veolia** meent dat een redelijkheidstoets van een verzoek niet te lezen is in artikel 67 Sw.⁶⁰ Bovendien had NS – indien zij van mening was dat het verzoek onvoldoende specifiek en

⁵⁷ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 5.

⁵⁸ Zienswijze Veolia op zienswijze NS, pagina 4.

⁵⁹ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina's 5 en 6.

⁶⁰ Zienswijze Veolia op zienswijze NS, pagina 5.

Besluit

«Openbare versie»

volledig was – kunnen vragen om een verduidelijking. In plaats daarvan heeft NS na ruim een maand gemeld dat het niet mogelijk was een passend antwoord te formuleren.

195. **ACM** hanteert wel een objectieve toets bij het beoordelen van het aanbod. De in randnummer 34 genoemde vereisten maken het mogelijk om op objectieve wijze te toetsen of er sprake is van een redelijk aanbod. In paragraaf 6.2 van het besluit vindt deze toetsing dan ook plaats. Verder wijst ACM erop dat zij in paragraaf 6.2 van het besluit expliciet heeft beoordeeld of de verschillende onderdelen van het verzoek van Veolia voldoende specifiek en concreet zijn. Daarbij heeft ACM beoordeeld of Veolia haar verzoek bijvoorbeeld heeft gespecificeerd naar passagiersstations, heeft verwezen naar concrete criteria uit het programma van eisen en/of heeft gerefereerd aan bestaande dienstverlening. Veolia heeft haar verzoek voor de meeste diensten op deze wijze voldoende gespecificeerd. NS heeft overigens in haar reactiebrief van 15 september 2014 ook gesteld dat een aantal vragen juist “*zeer specifiek*” is.⁶¹ ACM heeft ook kenbaar in haar overwegingen betrokken dat Veolia voor een aantal onderwerpen onvoldoende duidelijk heeft gemaakt welk aanbod zij van NS verlangt (zie randnummers 68 en 86). Tot slot heeft ACM het al dan niet discriminatoire karakter van het aanbod van NS behandeld in paragraaf 6.2.7 van het besluit.

2.2 Pauzelocaties voor personeel en servicepunten

196. Volgens **NS** bevinden pauzelocaties voor personeel zich zowel op als buiten passagiersstations.⁶² NS is van mening dat voor Veolia een voor haar haalbare andere wijze beschikbaar is waarin zij kan voorzien in de behoefte aan pauzelocaties dan door de huur van een ruimte in een stationsgebouw. Zo huurt Veolia een ruimte tegenover het stationsgebouw te Heerlen van een derde. De afstand tussen het stationsgebouw en het gebouw van Veolia is niet groter dan de afstand tussen de ingang van het stationsgebouw en het einde van de perrons. NS wijst erop dat ook in het bestek geen eisen worden gesteld aan de afstand tussen stations en pauzelocaties.
197. **Veolia** geeft aan dat zij vanuit kostenoverwegingen de pauzelocaties zo dicht mogelijk bij de stations wenst te huren.⁶³
198. **ACM** heeft in paragraaf 6.1.1 geoordeeld dat pauzelocaties binnen de reikwijdte vallen van Bijlage II van de Richtlijn. In randnummer 108 heeft ACM vervolgens geconstateerd dat de alternatieven van locaties buiten stations niet aantrekkelijk zijn voor vervoerders, omdat een

⁶¹ Brief NS, kenmerk: 14.395576, 15 september 2014, pagina 1.

⁶² Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 7.

⁶³ Zienswijze Veolia op zienswijze NS, pagina 5.

Besluit

«Openbare versie»

dienstverlening door infrastructuurbedrijven.

209. **ACM** constateert dat artikel 67 Sw voorschrijft dat de rechthebbende van diensten en voorzieningen zoals bedoeld in Bijlage II van de Richtlijn, daarvoor op verzoek een redelijk aanbod moet doen. NS heeft haar diensten en voorzieningen op stations organisatorisch verdeeld tussen verschillende dochterondernemingen. Afhankelijk van de dienst zijn dus verschillende NS onderdelen rechthebbend. Dat blijkt ook uit de brieven die zij op 15 september 2014 heeft verstuurd in reactie op de verzoeken van Veolia. Zo is NS Reizigers rechthebbende van een aantal diensten en voorzieningen, zoals bestaande servicepunten, reisinformatie en noodknopvoorzieningen. Dat NS Reizigers het hoofdrailnet exploiteert neemt niet weg dat zij ingevolge artikel 1 Sw rechthebbende is van bovengenoemde diensten en voorzieningen. Onder rechthebbende wordt immers verstaan: eigenaar, bezitter of degene die een recht van erfpacht, opstal, vruchtgebruik, gebruik, huur of pacht heeft.
210. Volgens **NS** betekent de stelling van ACM in randnummer 109 dat gezamenlijke exploitatie van servicepunten een kostenvoordeel oplevert, niet dat NS andere vervoerders toegang moet verlenen tot bestaande servicepunten. NS geeft aan desondanks bereid te zijn om zowel Abellio als andere vervoerders toegang te geven tot deze voorzieningen. De stelling in randnummer 111 dat Abellio er in tegenstelling tot andere vervoerders vanuit kan gaan dat zij gebruik kan maken van bestaande servicepunten, ontbeert volgens NS feitelijke grondslag.⁷¹
211. **ACM** beoordeelt in de door NS aangehaalde randnummers niet of gezamenlijke servicepunten onder de reikwijdte van artikel 67 Sw vallen, daarvoor verwijst zij naar paragraaf 6.1.1. In randnummers 108 tot en met 111 beoordeelt ACM of Veolia op een voor haar andere haalbare wijze kan voorzien in de aan NS gevraagde dienstverlening. ACM concludeert daarbij dat het voor Veolia niet haalbaar is om tegen vergelijkbare kosten op een andere wijze servicepunten te realiseren. Ook uit de interne e-mailcorrespondentie blijkt dat Abellio bij de inkoop van diensten ervan uitgaat gebruik te maken van de bestaande voorzieningen op stations, om de kosten zo laag mogelijk te houden. Zo heeft **[vertrouwelijk: een functionaris van Abellio Nederland]** NS verzocht om een aanbod voor verschillende diensten en voorzieningen waaronder bestaande servicepunten. **[vertrouwelijk: Een functionaris van NS]** stelt vervolgens ervan uit te gaan dat het verzoek om diensten van Abellio geen additionele investeringen vergt vanuit NS. ACM heeft in reactie op de zienswijze van NS deze e-mail opgenomen in randnummer 110.

⁷¹ Zienswijze NS op voor aankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 10.

Besluit

«Openbare versie»

2.3 Noodknopvoorzieningen

212. **NS** meent dat Veolia heeft aangegeven zelf noodknopvoorzieningen aan te schaffen en te plaatsen op regionale NS-perrons.⁷² NS stelt dat met deze vraagstelling van Veolia vaststaat dat Veolia conform artikel 67 lid 3 Sw onder marktvoorwaarden op een voor haar haalbare andere wijze kan voorzien in de behoefte die ten grondslag ligt aan haar verzoek. Dit bewijst dat artikel 67 Sw niet op deze voorziening van toepassing is. Daarnaast heeft NS Reizigers ook zelf de noodknopvoorzieningen op de markt ingekocht en geplaatst. Artikel 67 Sw ziet volgens NS niet op de levering van diensten van de ene spoorvervoerder aan de andere. Ten slotte benadrukt NS dat een verzoek om noodknopvoorzieningen te plaatsen aan ProRail moet worden gericht.
213. **ACM** heeft in paragraaf 6.2.3 van het besluit aangegeven dat Veolia NS wel degelijk heeft verzocht om een aanbod voor de huur of overname van bestaande noodknopvoorzieningen. Alleen voor stations waar deze voorzieningen niet bestaan, heeft Veolia bevestigd zelf noodknoppen te realiseren. In randnummer 119 wordt geconcludeerd dat er geen haalbaar alternatief is voor de reeds bestaande noodknopvoorzieningen op de regionale stations. ACM verwijst ook hiervoor naar de geciteerde e-mail in randnummer 110. Daaruit blijkt dat ook voor het verzoek van Abellio om diensten en voorzieningen naar verwachting van NS geen additionele investeringen gedaan hoeven te worden. ACM heeft verder in randnummer 209 al gemotiveerd waarom NS Reizigers evengoed rechthebbende kan zijn van bijkomende diensten en voorzieningen. Tot slot benadrukt ACM dat zij in het besluit niet het standpunt inneemt dat NS beheerder is van alle stations. In randnummer 50 is alleen aangegeven dat Veolia haar verzoek van 12 augustus heeft gericht aan NS. Vervolgens is in paragraaf 6.2.3 van het besluit geconcludeerd dat NS geen redelijk aanbod heeft gedaan voor bestaande noodknopvoorzieningen. In het besluit is niet beoordeeld of ProRail een redelijk aanbod heeft gedaan, omdat dit geen onderdeel is van het handhavingsverzoek van Veolia.
214. **NS** geeft daarnaast aan dat de noodknopvoorziening 'van nul tot generlei betekenis is met het oog op de Aanbesteding'.⁷³
215. **ACM** verwijst naar randnummer 192 waarin zij reeds heeft aangegeven dat de financiële omvang of de noodzaak van bijkomende diensten niet bepalend is voor de toepassing van artikel 67 Sw.

⁷² Zienswijze NS op voor aankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 12.

⁷³ Zienswijze NS op voor aankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 13.

Besluit

«Openbare versie»

2.4 Kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen

216. **NS** stelt dat een aanbod voor kaartverkoopautomaten en in- en uitcheckpalen evident buiten het toepassingsbereik van artikel 67 Sw valt, om een aantal redenen.⁷⁴ Deze diensten en voorzieningen worden geplaatst en geëxploiteerd door NS Reizigers. Zoals NS eerder heeft aangegeven, ziet artikel 67 Sw niet op NS Reizigers als spoorwegonderneming. Daarnaast is NS van mening dat voor de kaartverkoopautomaten en in- en uitcheckpalen haalbare alternatieven bestaan waardoor is voldaan aan artikel 67 lid 3 Sw. Er zijn diverse leveranciers die een passend aanbod kunnen doen. Bovendien schrijft het bestek volgens NS geen NS-kaartverkoopautomaten voor. Externe leveranciers kunnen hun kaartverkoopautomaten ook geschikt maken voor de uitgifte van zogenoemde 'doorgaande ticketing', waardoor vervoersbewijzen voor het netwerk van NS kunnen worden uitgegeven. NS verwijst hiervoor ook naar het antwoord van Abellio in het besloten deel van de hoorzitting.
217. **ACM** heeft in randnummer 209 al gemotiveerd waarom NS Reizigers evengoed rechthebbende kan zijn van bijkomende diensten en voorzieningen. In randnummer 127 is daarnaast geconcludeerd dat er geen haalbaar alternatief is voor de reeds bestaande kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen. ACM is het eens met NS dat het voor vervoerders haalbaar is om zelf nieuwe OV-chipkaartpaaltjes te plaatsen op locaties waar deze voorzieningen nog niet aanwezig zijn. Dit heeft ACM ook al in randnummer 128 geconcludeerd. ACM neemt daarbij in overweging dat NS in haar aanvullende zienswijze heeft verduidelijkt dat externe leveranciers ook kaartverkoopautomaten kunnen leveren die vervoersbewijzen voor het hoofdrailnet uitgeven, waardoor vervoerders hiervoor evenmin afhankelijk zijn van NS. Dit heeft ACM aangevuld in randnummers 128 en 129.
218. **NS** merkt op dat zij geheel geen kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen heeft op Duitse stations.⁷⁵ Zij is daarom geen rechthebbende van dergelijke voorzieningen.
219. **ACM** heeft in de vooraankondiging van het besluit geconcludeerd dat bestaande kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen – voor zover NS rechthebbende is – kwalificeren als bijkomende diensten en voorzieningen in de zin van artikel 67 Sw. Nu NS heeft toegelicht dat zij op Duitse stations geen rechthebbende is van deze voorzieningen, heeft ACM dit aangepast paragraaf 6.1.4 van het besluit.
220. Tot slot merkt **NS** op dat ACM heeft geconcludeerd dat Prorail artikel 67 Sw niet heeft

⁷⁴ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina's 14 en 15.

⁷⁵ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 16.

Besluit «Openbare versie»

overtreden.⁷⁶

221. **ACM** merkt op dat de klacht van Veolia gericht was tegen gedragingen van NS. Het onderhavige besluit ziet daarmee enkel op gedragingen van NS.

2.5 Energie en afhandeling van storingen

222. **NS** stelt dat Veolia in haar verzoek van 12 augustus 2014 aan NS niet vraagt om een aanbod voor de levering van energie of storingsafhandeling.⁷⁷ NS heeft deze diensten aangeboden, alhoewel Veolia daar niet om had gevraagd en NS daartoe niet wettelijk verplicht was. NS meent dat specifiek storingsafhandeling op de markt kan worden ingekocht en derhalve niet behoort tot de diensten die verhuurders van locaties op stations dienen te leveren. Dat NS deze dienst wel aanbiedt aan verhuurders doet daar niets aan af, aldus NS.
223. **ACM** verwijst naar het verzoek van Veolia van 12 augustus 2014 waarin onder meer expliciet wordt vermeld: *“De pauzelocaties (dienen tevens te) zijn voorzien van toilet(ten), water/elektra. De verbruikskosten voor deze nutsvoorzieningen (gas, water, elektra) worden door Veolia gedragen.”*⁷⁸ In dezelfde brief verzoekt Veolia ook voor andere diensten een opgaaf van de kosten van verbruik van aanvullende diensten. Veolia heeft vervolgens deze diensten onderdeel gemaakt van haar klacht.⁷⁹ Het is naar oordeel van ACM niet meer dan logisch dat de toegang tot diensten en voorzieningen ook de noodzakelijke ondersteunende (nuts)voorzieningen omvat. Vervoerders moeten immers daadwerkelijk gebruik kunnen maken van de verhuurde diensten en voorzieningen. Een pauzelocatie of servicepunt is van weinig nut als de verhuurder weigert om elektriciteit te leveren of weigert storingen aan de verhuurde objecten te repareren. Vanzelfsprekend biedt NS daarom ook deze ondersteunende diensten aan. ACM merkt op dat NS in haar zienswijze niet ontkent dat vervoerders voor de levering van energie van haar afhankelijk zijn. In haar aanbod staat ook dat huurders verplicht zijn om gebruik te maken van deze voorziening.
224. **NS** neemt nota van het feit dat ACM het aanbod voor energielevering en storingsafhandeling op voorhand niet onredelijk acht.⁸⁰ NS snapt echter niet waarom dit aanbod niet tijdig zou zijn. Daarbij wijst NS er wederom op dat Veolia NS geheel niet heeft verzocht om deze diensten.

⁷⁶ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 16.

⁷⁷ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina's 16 en 17.

⁷⁸ Brief Veolia, 12 augustus 2014, pagina 3.

⁷⁹ Brief Veolia, kenmerk: 2014102652, 23 september 2014, pagina's 4 en 5.

⁸⁰ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 17.

Besluit

«Openbare versie»

225. Deze stelling van NS geeft het oordeel van ACM niet juist weer. In paragraaf 6.2.6 van het besluit heeft **ACM** geoordeeld dat inhoud van het aanbod op voorhand niet onredelijk lijkt, maar dat ACM (i) reeds heeft geconcludeerd dat het aanbod niet tijdig was en (ii) niet in staat is geweest om te beoordelen of de tarieven kostengeoriënteerd zijn.
226. Ten slotte meent **NS** dat ook deze diensten een geringe betekenis hebben voor de voorbereiding van de inschrijvingen op de aanbesteding.⁸¹
227. **ACM** verwijst naar randnummer 192 waarin zij reeds heeft aangegeven dat de financiële omvang of de noodzaak van bijkomende diensten niet bepalend is voor de toepassing van artikel 67 Sw.

2.6 Reisinformatie

228. **NS** leidt uit de tekst van de vooraankondiging van het besluit af dat ACM inziet dat het onderdeel reisinformatie geen enkel verband houdt met de aanbesteding.⁸²
229. **ACM** stelt dat deze conclusie niet kan worden getrokken. ACM had in de vooraankondiging van het besluit nog geen oordeel gegeven over dit onderwerp. ACM verwijst verder naar paragraaf 6.2.5 van het besluit.

2.7 Non-discriminatie en kostenoriëntatie

230. **NS** stelt dat ACM bij het beoordelen of er sprake is van (non-)discriminatoir handelen van NS, alleen de activiteiten van Abellio en Veolia dient te betrekken.⁸³ De overige onderdelen van NS dienen daarbij buiten beschouwing te worden gelaten.
231. **ACM** heeft in paragraaf 6.2.7 geconcludeerd dat zij bij de huidige stand van het onderzoek niet kan beoordelen of NS een non-discriminatoir aanbod heeft gedaan. In randnummer 18 heeft ACM dan ook aangegeven dat zij in een later stadium de overige onderdelen van de klacht Veolia kan beoordelen. ACM heeft in paragraaf 6.2.7 alleen toegelicht waarom de verticale integratie van NS eraan bijdraagt dat dit onderdeel van de klacht nader onderzoek vereist.
232. Daarnaast lijkt **NS** op te merken dat de klacht van Veolia voor zover deze betrekking heeft

⁸¹ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 17.

⁸² Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 17.

⁸³ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina's 17 en 18.

Besluit

«Openbare versie»

op kostenoriëntatie alleen ziet op de kosten voor de levering van elektriciteit.⁸⁴ NS stelt dat zij ondertussen in de gelegenheid is geweest om voor deze dienst handelingkosten te specificeren en meldt dat het tarief [vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXX] ligt.

233. **ACM** stelt dat NS de klacht van Veolia onjuist lijkt weer te geven. Veolia heeft in haar brief van 12 augustus 2014 NS verzocht om voor alle gevraagde diensten te bevestigen dat er kostengeoriënteerde tarieven worden gehanteerd. Ook in haar klacht heeft Veolia aangegeven dat NS niet heeft aangetoond dat de aangeboden tarieven kostengeoriënteerd zijn. Voor een aantal diensten heeft Veolia nader gemotiveerd waarom er mogelijk geen sprake is van kostenoriëntatie. ACM heeft NS in de gelegenheid gesteld om aan te tonen dat deze specifieke tarieven voor storingsafhandeling en de levering van energie voldoen aan de norm van kostenoriëntatie. NS heeft echter aangegeven geen zicht te hebben op de onderliggende kosten en dat de tarieven hier destijds niet op zijn gebaseerd. ACM heeft derhalve moeten constateren dat zij dit onderdeel van de klacht niet kan beoordelen. Dat geldt evenzeer voor de overige in paragraaf 6.2 beoordeelde diensten. Dat NS in haar zienswijze op hoofdlijnen alsnog een aantal kostengegevens noemt voor alleen de levering van energie, maakt dit niet anders. ACM kan alleen op basis van volledige kostenrapportages beoordelen of tarieven van NS kostengeoriënteerd zijn.

3 Oneerlijke behandeling en benadeling (artikel 71 Sw)

234. In dit hoofdstuk behandelt ACM de zienswijze van NS voor zover deze ziet op paragraaf 6.3.2 van het besluit waarin is geconstateerd dat NS artikel 71 Sw heeft overtreden. Veolia heeft geen reactie kunnen geven op deze paragraaf, omdat zij noch de beschikking had over de vooraankondiging van het besluit noch over de zienswijze van NS op paragraaf 6.3.2 van het besluit.
235. **NS** stelt dat het feitelijk onjuist is dat zij concurrentiegevoelige informatie zou hebben doorgespeeld aan haar dochteronderneming Abellio.⁸⁵ Volgens NS zou het geen gangbare praktijk zijn dat concurrentiegevoelige informatie in het kader van aanbesteding door bestuurders wordt gedeeld met Abellio. NS zou hierover evenmin hebben gelogen tijdens de hoorzitting van ACM. NS legt daarbij uit dat binnen de NS-organisatie nog geen ervaring was met een situatie waarbij een volle NS-dochter met andere vervoerders concurreert om een vervoersconcessie in Nederland. De in randnummers 95 en 159 geciteerde functionarissen van NS hadden nog geen voorlichting gehad over de zogenoemde 'chinese walls' voor de aanbesteding.

⁸⁴ Zienswijze NS op vooraankondiging besluit (uitgezonderd paragraaf 6.3.2), pagina 18.

⁸⁵ Zienswijze NS op paragraaf 6.3.2 van vooraankondiging besluit, pagina's 3 en 4.

Besluit

«Openbare versie»

236. **ACM** maakt uit de zienswijze van NS niet op dat de in paragraaf 6.3.2 gepresenteerde feiten onjuist zouden zijn. NS bevestigt in haar zienswijze het bestaan van de geciteerde e-mailcorrespondentie tussen NS en Abellio. NS wist ook al van de correspondentie (die NS reeds aan ACM had opgeleverd) op het moment dat zij het bestaan ervan expliciet ontkende tijdens de hoorzitting. Dat het delen van informatie over concurrenten niet gangbaar zou zijn binnen de NS-organisatie valt overigens evenmin af te leiden uit de zienswijze van NS. NS legt immers in haar zienswijze uit dat de betreffende NS functionarissen niet beter wisten dan dat er informatie van concurrenten gedeeld mocht worden met Abellio. ACM constateert dat hier geen controle op plaatsvond binnen NS. Dat de NS functionarissen in kwestie nog geen voorlichting zouden hebben gehad over de chinese walls, verschoont NS niet van haar verplichtingen. NS is zelf verantwoordelijk om aan relevante wet- en regelgeving te voldoen en dient haar medewerkers hierover vanzelfsprekend tijdig te informeren.
237. Ten overvloede wijst **ACM** erop dat de stelling dat NS geen ervaring zou hebben met binnenlandse concessies, onjuist is. Al in 2005 bood NS op de regionale concessie 'de Valleilijn' (Amersfoort-Ede-Wageningen) en bracht zij met haar inmiddels opgeheven dochterbedrijf RegiolinQ een bod uit op de MerwedeLingelijn (Dordrecht-Geldermalsen). Begin 2014 heeft NS de concessie Gouda-Alphen aan den Rijn gewonnen in een combinatie met haar dochteronderneming Abellio. In al deze aanbestedingsprocedures stond NS in directe concurrentie met Arriva en andere spoorvervoerders. Daarbij komt nog het bod van NS met Fyra voor de reeds in 1999 uitgeschreven aanbestedingsprocedure voor de hogesnelheidslijn Schiphol-Antwerpen.
238. **NS** geeft in haar zienswijze context bij de e-mailcorrespondentie van februari 2014.⁸⁶ Volgens NS was de offerteaanvraag van Arriva aan NS om treinstellen prematuur, tentatief en inmiddels volledig achterhaald. Daarom zou volgens NS de inhoud van het offerteverzoek van Arriva geen concurrentiegevoelige informatie bevatten. NS stelt dat het uiterst onaannemelijk was dat Arriva niet aan de aanbesteding zou deelnemen en dat de moederbedrijven van Arriva en Veolia bovendien vele malen groter zijn dan NS. Verder draagt NS aan dat het programma van eisen van de aanbesteding nog niet bekend was op het moment dat de offerteaanvraag werd ingediend en de e-mails werden verstuurd.
239. **ACM** acht de offerteaanvraag van Arriva in het voorjaar van 2014 niet prematuur. Het programma van eisen werd pas 24 juni 2014 gepubliceerd terwijl de termijn voor inschrijvingen op 11 oktober 2014 zou sluiten. Die periode bedraagt circa drie maanden. Elke spoorvervoerder die voornemens was om een bod uit te brengen in de Aanbesteding, diende daar vóór het verschijnen van het programma van eisen vanzelfsprekend al voorbereidingen voor te treffen. Zo

⁸⁶ Zienswijze NS op paragraaf 6.3.2 van vooraankondiging besluit, pagina's 4 en 5.

Besluit

«Openbare versie»

is Arriva een jaar van tevoren aangevangen met de voorbereidingen van haar bod, waarvoor zij circa één miljoen aan kosten heeft gemaakt.⁸⁷ [vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX]

NS is zich hiervan bewust en kon dus redelijkerwijs aannemen dat het offerteversoek van Arriva een voorbereiding was voor haar inschrijving. Ten slotte acht ACM het in deze procedure niet van belang welke moedermaatschappijen Veolia en Arriva hebben.

240. **NS** stelt dat de in randnummer 160 van het besluit geciteerde e-mailcorrespondentie slechts een toetsing betreft van de biedingsstrategie van Abellio door de leden van de hoofddirectie van NS.⁸⁸ Daarnaast is volgens NS met de betreffende e-mails niet bewezen dat Abellio actief is geïnformeerd over het voornemen van NS om Veolia en Arriva een aanbieding te doen voor [vertrouwelijk: treinstellen]. NS licht toe dat binnen haar organisatie actief was gecommuniceerd dat alle offerteversoeken van vervoerders op non-discriminatoire wijzen zouden worden behandeld. Daaruit kon [vertrouwelijk: een functionaris van Abellio Nederland] indirect afleiden dat NS offertes voor treinen zou uitbrengen aan Veolia en Arriva. Het stond volgens NS namelijk als een paal boven water dat Veolia en Arriva offertes zouden ontvangen voor de [vertrouwelijk: treinstellen].

241. **ACM** benadrukt dat de toetsing van de biedingsstrategie bij de directie van NS op zichzelf geheel niet bezwaarlijk is. NS meldt echter niet in haar zienswijze dat deze strategie in de bewuste e-mail nadrukkelijk werd afgezet tegen de bij NS bekende plannen van concurrenten om gebruik te maken van haar [vertrouwelijk: treinstellen]:

"Abellio NL onderscheidt zich in Limburg met de inzet van materieel toev concurrenten die wel met de [vertrouwelijk: treinstellen] komen"

242. **ACM** acht het niet aannemelijk dat Abellio indirect kon afleiden dat er een offerte voor [vertrouwelijk: treinstellen] aan Veolia en Arriva verstrekt zou worden, omdat NS verplicht was alle partijen een non-discriminair aanbod te doen. Los van het feit dat NS herhaaldelijk het standpunt heeft ingenomen dat zij geen verplichting heeft om vervoerders een non-discriminair aanbod te doen voor treinen of enige andere dienst of voorziening, heeft NS in haar brief van 26 november 2014 zelf toegelicht dat vervoerders niet vanzelfsprekend dezelfde offertes krijgen. Vervoerders krijgen van NS alleen dezelfde offerte onder de voorwaarde dat zij dezelfde offerteaanvraag hebben gedaan:

"Aangezien de offerte (aan)vragen van de diverse gegadigden sterk verschilden, is ook verschillend geantwoord. Dat is ook logisch. Immers, de concrete vraag van een partij zegt wat over hoe die partij zijn bieding construeert en in welke mate hij daarbij gebruik wil maken van de

⁸⁷ Onder meer Artikel NRC Handelsblad, titel: Marktwerving wordt vies woord, 17 februari 2015.

⁸⁸ Zienswijze NS op paragraaf 6.3.2 van vooraankondiging besluit, pagina's 5 en 6.

Besluit

«Openbare versie»

245. **NS** geeft in haar zienswijze aan dat de brief die op 26 augustus 2014 namens **[vertrouwelijk: een functionaris van NS]** per e-mail aan Veolia is gestuurd met **[vertrouwelijk: een functionaris van Abellio Nederland]** in de CC, inmiddels voldoende is toegelicht door NS.⁹² Tijdens de hoorzitting heeft NS al uitgelegd dat dit een incident betrof.
246. **ACM** wijst erop dat NS tijdens de hoorzitting niet heeft verklaard waarom de betreffende e-mail mede is verstuurd aan **[vertrouwelijk: een functionaris van Abellio Nederland]**. In reactie op die vraag van ACM heeft NS immers geantwoord: *“Dat weet ik niet ... ik heb ... dat zult u aan die secretaresse moeten vragen.”* ACM constateert dat ook in de zienswijzen van NS geen nadere uitleg volgt. Tijdens de hoorzitting heeft NS overigens ontkend dat er gesproken moet worden van een incident en heeft de e-mail gebagatelliseerd: *“Ik vind de term ‘incident’ al wat zwaar aangezet. Er zijn en waren maatregelen om die informatiestromen te beheersen en zo is het ook gegaan. Dit is ‘klein bier’ om die term nog maar eens te gebruiken”*. NS heeft desondanks niet aangetoond of toegelicht welke concrete maatregelen er binnen haar organisatie bestaan om dergelijke informatiestromen te beheersen, ook niet nadat zij daar op de hoorzitting naar werd gevraagd:
- “[vertrouwelijk: zaakbehandelaar ACM]: [...] Er is een instructie gegeven aan de secretaresse om dat niet meer te doen en u ziet daar de noodzaak ook toe. Welke maatregelen bestaan er binnen NS om te waarborgen dat er geen informatie van de ene inschrijver naar de ander gaat. Dus als een externe vervoerder diensten opvraagt in het kader van een aanbesteding of daar een aanbod voor vraagt, hoe waarborgt NS dan binnen de organisatie dat dat niet naar een van haar dochters gaat die ook in diezelfde aanbesteding zit?*
- “[vertrouwelijk: bedrijfsjurist NS]: Door die informatie niet te versturen. En daar hebben we een aparte afdeling voor ... waar ik deel van uitmaak ... die daarover adviseert en die dat ook begeleidt.”⁹³*
247. **NS** erkent dat er in februari 2014 binnen de organisatie nog geen communicatie had plaatsgevonden over het uitgangspunt dat NS geen informatie van inschrijvers deelt met andere inschrijvers.⁹⁴ NS is echter van oordeel dat dit buiten het bereik van artikel 67 juncto 71 Sw valt, omdat de levering van treinen niet onder de Richtlijn valt. Daarnaast stelt NS dat NSFSC, NS Groep B.V. noch N.V. Nederlandse Spoorwegen kunnen worden aangemerkt als een beheerder, een spoorwegonderneming of een rechthebbende in de zin van artikel 71 lid 1 Sw.

⁹² Zienswijze NS op paragraaf 6.3.2 van vooraankondiging besluit, pagina 6.

⁹³ Verslag besloten deel hoorzitting, 28 november 2014 14.37 – 15.37 uur, pagina 8.

⁹⁴ Zienswijze NS op paragraaf 6.3.2 van vooraankondiging besluit, pagina's 6 en 7.

Besluit

«Openbare versie»

248. **ACM** is het eens met NS dat het aanbod van treinen niet onder artikel 67 Sw valt. Dit heeft ACM geconcludeerd in paragraaf 6.1.2 van het besluit. In paragraaf 6.3.2 van het besluit is dan ook geen overtreding van artikel 67 Sw vastgesteld. ACM is echter van oordeel dat de NV Nederlandse Spoorwegen en haar groepsmaatschappijen ten minste gezien moeten worden als een spoorwegonderneming in de zin van artikel 1 Sw.
249. **NS** stelt dat artikel 71 Sw een geschilbeslechtsingsprocedure betreft die uitsluitend kan worden geïnitieerd op basis van een klacht van een verzoeker.⁹⁵ De klacht is van Veolia. Eventuele gedragingen van NS ten aanzien van Arriva kunnen daarom geen voorwerp vormen van het onderzoek. Daarnaast wijst NS erop dat de betreffende e-mails resultaat zijn van een ‘fishing expedition’ van ACM.
250. **ACM** constateert dat vrijwel alle in paragraaf 6.3.2 opgenomen citaten zich niet beperken tot Arriva. Een uitzondering hierop is de in randnummer 159 geciteerde e-mailcorrespondentie. ACM acht echter ook deze e-mail van belang voor de beoordeling van de klacht van Veolia. Uit de bewuste e-mails blijkt dat er binnen NS geen maatregelen bestonden om te voorkomen dat Abellio concurrentiegevoelige informatie zou verkrijgen over Veolia of andere concurrenten. NS erkent ook in haar zienswijze dat dergelijke maatregelen in ieder geval begin 2014 ontbraken. De e-mailcorrespondentie van februari 2014 toont verder aan dat er ook vrijelijk informatie werd gedeeld tussen Abellio en andere onderdelen van NS. Het delen van concurrentiegevoelige informatie levert naar het oordeel van ACM een oneerlijke behandeling op van haar concurrenten, inclusief Veolia.
251. Ten slotte wijst **ACM** erop dat de e-mails niet het resultaat zijn van een zogenoemde ‘fishing expedition’, maar door NS zelf zijn opgeleverd naar aanleiding van een gerichte informatievordering. NS is verzocht om de correspondentie op te leveren tussen Abellio / QBuzz B.V. en de overige NS-onderdelen specifiek met betrekking tot de Aanbesteding. Dit informatieverzoek heeft NS overigens – zonder nader overleg met ACM – verder ingeperkt tot de oplevering van correspondentie van vier functionarissen van Abellio / QBuzz B.V.
252. **NS** is van mening dat de beweringen van ACM in randnummer 163 onzinnig zijn.⁹⁶ ACM stelt daar dat het gegeven dat Arriva en Veolia voornemens waren een bod uit te brengen in de aanbestedingsprocedure, Abellio strategische informatie geeft. Verder concludeert ACM in randnummer 163 dat is gebleken dat Abellio concreet de inhoud van de verzoeken van concurrenten kende en deze concurrentiegevoelige informatie heeft gebruikt om haar eigen biedingsstrategie te bepalen. Al deze passages vormen volgens NS een grove verdraaiing van

⁹⁵ Zienswijze NS op paragraaf 6.3.2 van vooraankondiging besluit, pagina 7.

⁹⁶ Zienswijze NS op paragraaf 6.3.2 van vooraankondiging besluit, pagina 7.

Besluit

«Openbare versie»

de feiten en geven blijk van een ernstige mate van vooringenomenheid. Volgens NS was het namelijk al lange tijd in de markt bekend dat Veolia en Arriva zich zouden inschrijven. Deze partijen hadden zich volgens NS al ingespannen om te voorkomen dat NS zou kunnen deelnemen aan de Aanbesteding. Volgens NS is de beweerdelijke “informatie” uit de bewuste e-mails dan ook geen informatie c.q. informatie van algemene bekendheid. De bewering dat Abellio hier een concurrentievoordeel zou hebben kunnen opbouwen, grenst aan het absurde, aldus NS. Het was volgens NS al duidelijk voor Abellio dat Veolia en Arriva een offerteaanvraag zouden doen voor de **[vertrouwelijk: treinstellen]**.

253. **ACM** verwijst in reactie hierop naar haar overwegingen in met name randnummers 236 en 242 van deze Nota van Bevindingen.
254. Ten overvloede stelt **NS** dat, wat ook zij van de e-mailcorrespondentie tussen de functionarissen van verschillende NS-onderdelen in februari 2014, de definitieve offerteaanvraag van Arriva niet bekend is gemaakt aan Abellio. NS heeft uiteindelijk alle vervoerders een non-discriminatoir aanbod gedaan voor de betreffende **[vertrouwelijk: treinstellen]**.⁹⁷
255. **ACM** constateert dat de definitieve offerteaanvraag van concurrenten wel degelijk met Abellio is gecommuniceerd. ACM verwijst hiervoor naar de geciteerde e-mailcorrespondentie uit randnummer 161 en randnummer 242. Verder overweegt ACM dat het al dan niet niet-discriminerende aanbod voor treinen alleen van belang zou zijn, indien deze diensten binnen de reikwijdte van artikel 67 Sw zouden vallen. ACM heeft in paragraaf 6.1.2 van het besluit geconcludeerd dat dit niet het geval is.

⁹⁷ Zienswijze NS op paragraaf 6.3.2 van vooraankondiging besluit, pagina 9.