



Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat
Mevrouw drs. S. van Veldhoven
Postbus 20901
2500 EX 's-Gravenhage

Den Haag,

Aantal bijlagen : 1
Uw kenmerk : IENW/BSK-2018/106138
Ons kenmerk : ACM/UIT/506013
Contactpersoon :
Onderwerp : ACM/18/033688 Update Quickscan personenvervoer 2013

Geachte mevrouw Van Veldhoven,

De Autoriteit Consument en Markt (ACM) heeft uw verzoek ontvangen om de risico's op een verstoring van een gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen van spoorvervoer in kaart te brengen. Dit staat in uw brief van 4 juni 2018 (kenmerk: IENW/BSK-2018/106138).

De ACM heeft invulling gegeven aan uw verzoek. We hebben gekeken naar de facetten die van belang zijn voor een gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen. In deze 'quickscan' hadden we speciale aandacht voor uw vraag of de huidige beheersmaatregelen de risico's in voldoende mate ondervangen. In totaal zijn er in deze quickscan tien risico's geïdentificeerd. In deze brief komen drie risico's aan de orde waarvoor volgens de ACM een versterking van de bestaande beheersmaatregelen mogelijk is. Deze resultaten kunt u gebruiken bij uw voorbereiding op de besluitvorming in 2020 over de (markt)ordering op het spoor na 2024.

Voor een uitgebreid verslag van alle resultaten van de quickscan verwijzen we naar de **bijlage** bij deze brief. Hierin komen aanvullend op de drie in deze brief benoemde risico's onder meer de volgende andere onderwerpen aan de orde: toegang tot de spoorweginfrastructuur en dienstvoorzieningen, de financiering van treinmaterieel en strategische grond- en vastgoedposities. Een overzicht van alle geïdentificeerde risico's treft u aan in de tabel in bijlage 2 van de quickscan.

Onze uitgangspunten

De ACM gaat allereerst uit van de huidige marktordering, het 'concessiestelsel', op het spoor. Hierbij is de exploitatie van het hoofdrailnet (HRN) onderhands gegund aan NS en worden de regionale spoorconcessies openbaar aanbesteed. Bij de regionale spoorconcessies krijgt een aanbieder – na het winnen van een aanbesteding – het alleenrecht om openbare spoorvervoersdiensten aan te bieden in een bepaald gebied en voor een bepaalde periode. In de quickscan gaan we ook in op het 'recht op open toegang'. Met dit recht krijgen vervoerders de mogelijkheid om met ingang van de 'dienstregeling 14-12-2020' binnenlands personenvervoer per trein uit te voeren zonder dat zij beschikken over een concessie. Voor het HRN geldt een overgangsregeling. Hierdoor hebben regionale vervoerders en eventuele nieuwe toetreders tot 2025 nog geen recht op open toegang tot het HRN.

Begripsbepaling gelijk speelveld

Bij een 'gelijk speelveld' gaan we ervan uit dat alle vervoerders eerlijke kansen krijgen om de spoorconcessie te winnen. Dit betekent niet dat de uitgangspositie voor elke aanbieder gelijk moet zijn. De uitgangsposities kunnen verschillen als één vervoerder bijvoorbeeld beschikt over bepaalde schaal- en/of netwerkvoordelen. Hiermee kan deze partij kostenvoordelen behalen waarvan de reiziger profiteert. Dat zien we als gezonde concurrentie. Door efficiënter te werken, een hogere kwaliteit te leveren of te innoveren heeft iedere aanbieder zo een eerlijke kans om een concessie te winnen.

De ACM benadrukt dat de concessieverlener in overeenstemming met het aanbestedingsrecht in de eerste plaats dient te voorzien in een gelijk speelveld. Een aanbestedende dienst moet de inschrijvers in gelijke mate op een eerlijke manier in staat stellen om een concurrerende inschrijving te doen. Het aanbestedingsrecht ziet erop dat de procedure voldoet aan het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Met deze spelregels zouden aanbestedingen eerlijk moeten verlopen. Maar ook al is dat het geval, dan nog kan er sprake zijn van een verstoring van het gelijke speelveld. Er kunnen namelijk specifieke redenen zijn waarom niet alle vervoerders in staat zijn een concurrerende inschrijving te doen.

Mogelijke oorzaken verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen

Wanneer er 'een verstoring van een gelijk speelveld' optreedt, zijn er meerdere oorzaken mogelijk die leiden tot een concurrentievoordeel van één vervoerder. Dat kan ertoe leiden dat juist niet de meest efficiënte of innovatieve aanbieder de concessie wint. Hierdoor kan de uitkomst van een aanbesteding oneerlijk of suboptimaal zijn. De mogelijke oorzaken zijn volgens de ACM:

- Als een aanbieder **marktmacht** kan uitoefenen op basis van een (historische) economische machtspositie. Denk hierbij bijvoorbeeld aan verlieslatende biedingen op regionale spoorconcessies (roofprijzen) om de machtspositie te beschermen.
- Er is sprake van (discriminatoire) **bevoordeling**. Dat is bijvoorbeeld het geval als niet alle aanbieders onder gelijke voorwaarden toegang krijgen tot de spoorweginfrastructuur en bijbehorende diensten en voorzieningen die nodig zijn voor de exploitatie van spoorvervoersdiensten.
- Er is sprake van **asymmetrische regels**. Dat wil zeggen dat er verschillende spelregels¹ gelden voor verschillende aanbieders.
- Er is sprake van **ongelijke toegang tot relevante data** die bijvoorbeeld nodig is om een goede inschatting te maken van de kosten/opbrengsten van vervoersdiensten.

De ACM heeft in het kader van de quickscan meerdere signalen ontvangen van vervoerders en concessieverleners over risico's die verband houden met deze mogelijke oorzaken. We hebben een inschatting gemaakt van de mogelijke impact van deze risico's op het gelijke speelveld. We hebben 10 risico's nader onderzocht om te bepalen of de huidige beheersmaatregelen voldoende zijn. Hiervoor hebben we gericht informatie opgevraagd bij diverse partijen.

Risico's en eventuele aanvullende beheersmaatregelen

Op basis van de quickscan van de ACM komen in deze brief drie risico's aan de orde, namelijk:

1. Kruissubsidiëring / verlieslatende biedingen
2. Ongelijke beschikbaarheid (tweedehands) materieel
3. Ongelijke toegang tot relevante (gebruikers)data

¹ Hiermee bedoelen we alle vormen van overheidsbeleid, dus niet alleen wetten, maar bijvoorbeeld ook subsidies.

Dit betreft onderwerpen die een relatief grote impact kunnen hebben op het gelijke speelveld bij regionale aanbestedingen. Hoewel er al de nodige beheersmaatregelen zijn om deze risico's te ondervangen, is het mogelijk om deze bestaande beheersmaatregelen aan te scherpen of om aanvullende beheersmaatregelen te nemen. Elk punt lichten we hierna kort toe. Voor een uitgebreide beschrijving verwijzen we naar de bijlage bij deze brief.

1. Kruissubsidiëring / verlieslatende biedingen

Een gelijk speelveld kan worden verstoord als gevolg van verlieslatende biedingen door 'kruissubsidiëring' of roofgedrag². Kruissubsidiëring betekent dat een vervoerder in staat is om een dienst onder de incrementele kosten aan te bieden ('verlieslatende bieding') omdat het hieruit volgende verlies in een andere markt wordt gedekt door positieve opbrengsten. Kruissubsidiëring is alleen onder bepaalde omstandigheden problematisch. Hierna komt aan de orde wanneer er wel risico's zijn op een verstoring van een gelijk speelveld en wanneer niet.

Volgens de ACM resulteert kruissubsidiëring in een verstoring van het gelijke speelveld als er geen goede marktwerking is en een partij met een economische machtspositie dit toepast. We zien risico's omdat NS een economische machtspositie heeft en er prikkels bestaan voor NS om in een aanbesteding een concurrent uit te sluiten. Zulke prikkels bestaan bijvoorbeeld als de uitkomst van een regionale aanbesteding mogelijke effecten heeft op de positie van NS op het HRN. Dit risico heeft alleen betrekking op NS gelet op haar economische machtspositie³ op het HRN. Op voorhand kunnen we niet aangeven bij welke regionale concessies dergelijke situaties zich voordoen. Dit moet van geval tot geval worden beoordeeld. Ter illustratie van de hiervoor genoemde prikkels verwijzen we naar besluiten van de ACM over de gedragingen van NS bij de aanbesteding in Limburg. Hierin concludeerde de ACM dat NS misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie door concurrenten uit te sluiten bij de aanbesteding in Limburg door onder meer een risicovol en onrealistisch bod te doen dat naar verwachting verlieslatend was.⁴

Let wel, kruissubsidiëring is *geen* probleem als er sprake is van een goede marktwerking, oftewel effectieve concurrentie. Vervoerders hebben bij een goede werking van de markt geen prikkel om een verlieslatend bod uit te brengen omdat er dan geen vooruitzicht bestaat om het verlies te compenseren. Mogelijk hebben nieuwe toetreders wel een prikkel om een scherpe bieding te doen, maar dit is niet schadelijk voor de mededinging. Reizigers kunnen hier juist van profiteren.

De meest effectieve bestaande beheersmaatregel tegen verlieslatende biedingen (en kruissubsidiëring) is de Mededingingswet. De ACM houdt (ex post) toezicht op deze spelregels. Dat betekent dat de ACM achteraf een besluit kan nemen over een bod op een concessie. Van dit instrument gaat uiteraard een preventieve werking uit. Om die preventieve werking te versterken, zijn er aanvullende beheersmaatregelen denkbaar.

Allereerst kunt u de verplichting voor NS tot het voeren van een gescheiden boekhouding voor het HRN op basis van de PSO-verordening expliciet maken. Het rendement van NS op het HRN wordt zo zichtbaar. Bij een eventueel hoog rendement kan de concessieverlener de door NS verschuldigde concessievergoeding verhogen. Zo valt een mogelijke bron van kruissubsidie weg. Een accountant kan controleren op de juiste naleving van de gescheiden boekhouding.

² Van roofprijzen is sprake als een onderneming met een economische machtspositie een prijs onder een bepaalde kostennorm hanteert.

³ Een economische machtspositie betekent dat een partij het vermogen heeft zich in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten en zijn afnemers te gedragen.

⁴ Overigens is de NS in beroep gegaan tegen dit besluit en staat het daarmee nog niet in rechte vast.

Verder benadrukken we in dit verband dat de Staat als enig aandeelhouder van NS ook een belangrijke rol vervult om kruissubsidie te voorkomen. De aandeelhouder toetst namelijk bij investeringen van meer dan 100 miljoen euro of het verwachte rendement van NS bij een regionale spoorconcessie voldoende hoog is. De Nederlandse Staat zou deze toets ook kunnen uitvoeren bij alle biedingen van NS op regionale concessies, dus ook bij investeringen van minder dan 100 miljoen euro. Zo kan de Staat in haar rol als aandeelhouder verder bijdragen aan het voorkomen van kruissubsidie.

Er zijn ook andere – verdergaande – beheersmaatregelen denkbaar (zie bijlage). Het gaat hierbij onder andere om een verbod op het meebieden van NS op aanbestedingen voor spoorvervoer en het ex ante toetsen van biedingen van NS op regionale aanbestedingen door een toezichthouder. De ACM vindt deze beheersmaatregelen echter niet passend. De eerste reden hiervoor is dat het niet op voorhand aan te geven is dat het risico op verlieslatende biedingen en/of kruissubsidiëring zich bij iedere regionale concessie zal voordoen. Daarnaast neemt een verbod op het meebieden door NS de concurrentie van NS bij regionale aanbestedingen weg. Dat is nadelig omdat die concurrentiedruk juist belangrijk is voor het goed functioneren van de markt. Een ‘ex ante toets’ door een toezichthouder is niet goed uitvoerbaar vanwege de hoge administratieve lasten en juridische complexiteit. Deze toets zorgt in het bijzonder voor een vertraging in de aanbestedingsprocedure omdat de concessieverlener pas na de beoordeling van het bod van NS tot gunning kan overgaan.

2. Ongelijke beschikbaarheid (tweedehands) materieel

Ten tweede blijkt uit de quickscan van de ACM dat er sprake is van ongelijke beschikbaarheid van treinmaterieel. Allereerst beschikt de ‘zittende’ (huidige) vervoerder over het materieel dat al voldoet aan de specifieke eisen die door de concessieverlener zijn gesteld. Bovendien heeft NS meer materieel tot haar beschikking (dat voldoet aan de Nederlandse eisen) dan andere vervoerders. Dit komt door haar historische/beschermde positie op het HRN. Relevant hierbij is ook dat er sprake is van hoge technische eisen van het Nederlandse spoornet. Hierdoor is (tweedehands) buitenlands materieel niet zo maar toepasbaar. De zittende vervoerder of NS kan zo een concurrentievoordeel hebben bij regionale spoorconcessies. Dit is een risico op een verstoring van een gelijk speelveld.

De bepalingen uit de gewijzigde Wp2000 die op 1 januari 2019 in werking zijn getreden (artikel 43a t/m c) en de (gewijzigde) PSO-Verordening bieden voldoende basis om dit risico weg te nemen. Er zijn mogelijkheden voor versterking van deze beheersmaatregelen door hier vaker gebruik van te maken. Concessieverleners zijn bijvoorbeeld nu niet verplicht om een overnameverplichting voor materieel in het bestek op te nemen. U kunt meer duidelijkheid geven over de spelregels voor concessieverleners, in het bijzonder over hun verplichting om bij aanbestedingen te beoordelen of er maatregelen nodig zijn om een non-discriminatoire toegang tot materieel te waarborgen. Het is immers van belang dat ook nieuwe vervoerders voldoende kansen hebben om tot de markt toe te treden.

3. Ongelijke toegang tot relevante (gebruikers)data

Ten derde blijkt uit de quickscan van de ACM dat er een risico op een verstoring van een gelijk speelveld is op het moment dat sprake is van ongelijke toegang tot relevante (gebruikers)data. De ACM vindt het van belang dat bij regionale concessies de OV-chipkaartdata beschikbaar is voor alle aanbieders. Die data is namelijk nodig om bijvoorbeeld de benodigde capaciteit voor het vervoeren van reizigers en de verwachte opbrengsten te berekenen.

Door het creëren van een wettelijke basis kunt u de toegang tot deze gegevens mogelijk maken. Het nog niet in werking getreden artikel 30c van de WP2000 () biedt al ruimte hiervoor. Hierin is namelijk de mogelijkheid opgenomen om met een algemene maatregel van bestuur regels te bepalen over het beschikbaar stellen van gegevens over de reizigersstromen. Zo krijgen alle vervoerders gelijke toegang tot relevante data en zijn ze niet meer afhankelijk van andere vervoerders voor het verkrijgen van deze data. Misschien ten overvloede, de ACM heeft al eerder het belang van gelijke beschikbaarheid van OV-chipkaartdata benadrukt.⁵ De analyse in deze update is een bevestiging van het belang hiervan.

Stand van zaken ex ante toezicht ACM

Tot slot merken we nog het volgende op over het huidige ex ante toezicht van de ACM op de tarieven en voorwaarden van exploitanten van dienstvoorzieningen bij regionale aanbestedingen. Deze bevoegdheid heeft de ACM in 2017 voor het eerst ingezet. Dat was in het kader van de aanbesteding van de Merwedelinglijn en de Noordelijke nevenlijnen. Concessieverleners en vervoerders zijn overwegend positief over de inzet van onze bevoegdheid in dit geval. Het draagt namelijk bij aan de transparantie vooraf over de tarieven en voorwaarden van het gebruik van dienstvoorzieningen op stations, en zo ook aan een gelijk speelveld.

Afsluiting

Hiervoor zijn de drie meest relevante risico's op een verstoring van een gelijk speelveld voor regionale spoorconcessies benoemd. De ACM heeft daarbij enkele suggesties gedaan voor versterking van de bestaande beheersmaatregelen. Ook voor de overige zeven geïdentificeerde risico's geldt dat er al beheersmaatregelen zijn. Denk hierbij aan de Mededingingswet, de Wp2000 en de PSO-verordening. Bij een aantal van deze risico's zijn tevens aanvullende beheersmaatregelen te overwegen om de risico's beter te kunnen ondervangen. Zo kan het risico op strategische capaciteitsclaims worden verkleind als ProRail een ruimere bevoegdheid krijgt om een optimaal gebruik van de spoorweginfrastructuur te stimuleren. Daarnaast kunnen concessieverleners aanvullende maatregelen nemen om het gelijk speelveld te waarborgen, bijvoorbeeld om te voorkomen dat NS als enige partij kan aanbieden om een regionale trein door te laten rijden op het HRN. Een overzicht van alle geïdentificeerde risico's en mogelijke aanvullende beheersmaatregelen treft u aan in de tabel in bijlage 2 van de quickscan.

De ACM is graag bereid om een en ander aan u toe te lichten.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

dr. F.J.H. Don
bestuurslid

⁵ ACM, Advies Regulering van de OV-betaalmarkt, 31 augustus 2018, p. 7.