

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2017/204176
Zaaknummer: 16.1145.53
Datum 13 juli 2017

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot wijziging van het besluit van 23 december 2016, met kenmerk ACM/DTVP/2016/408953.

1 Overwegingen

1. Bij besluit van 23 december 2016 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) goedgekeurd de door ProRail B.V. (hierna: ProRail) aan haar voorgelegde voorwaarden voor toegang, bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdeel b, Spoorwegwet (hierna: Sw) en voor levering van diensten, bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdeel c, Sw en de vergoedingen, bedoeld in artikel 68, eerste lid, Sw, voor zover deze betrekking hebben op de aanbesteding van het spoorvervoer langs de MerwedeLingeLijn als onderdeel van de DAV-concessie (hierna: de concessie).
2. Bij het besluit zijn aan de goedkeuring de volgende voorschriften verbonden:
 - “a. Als de vergoeding voor een dienst of dienstvoorziening gedurende een kalenderjaar met 5% of meer wijzigt ten opzichte van het kalenderjaar daarvoor, dan doet ProRail hiervan schriftelijk mededeling aan de ACM. De ACM kan op basis van deze mededeling besluiten dat de gewijzigde vergoeding ter goedkeuring aan de ACM moet worden voorgelegd;
 - b. Als de vergoeding voor een dienst of dienstvoorziening gedurende vijf opeenvolgende kalenderjaren in totaal met 10% of meer wijzigt, dan doet ProRail hiervan schriftelijk mededeling aan de ACM. De ACM kan op basis van deze mededeling besluiten dat de gewijzigde vergoeding ter goedkeuring aan de ACM moet worden voorgelegd.
 - c. Als ProRail de kostentoerekeningsystematiek voor een dienst of dienstvoorziening wijzigt, dan doet ProRail hiervan schriftelijk mededeling aan de ACM. De ACM kan op basis van deze mededeling besluiten dat de kostentoerekeningsystematiek ter goedkeuring aan de ACM moet worden voorgelegd.”¹
3. Tegen dit besluit heeft ProRail bij brief van 27 januari 2017, aangevuld bij brief van 27 februari 2017, beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. ProRail richt zich daarbij uitsluitend tegen het aan het besluit verbinden van de hiervoor weergegeven voorschriften en tegen de inhoud daarvan. ProRail voert onder meer aan dat

¹ Zie de randnummers 48 en 49 van het besluit.

de voorschriften in strijd zijn met het specialiteitsbeginsel van artikel 3:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Volgens ProRail is artikel 68c Sw niet bedoeld om enig ondernemersrisico van de winnende partij bij een aanbesteding voor de duur van de concessie weg te halen door de tarieven te reguleren gedurende de gehele concessieduur. Dat zou echter wel zijn wat de ACM lijkt te willen bewerkstelligen door opname van de bestreden voorschriften. Terzijde wijst ProRail er op dat er na de aanbesteding maar één partij is die de concessie uitvoert, wat betekent dat ProRail de diensten slechts kan aanbieden aan die partij. Dan kan niet worden gezegd dat de voorwaarden discriminatoir zijn of dat er geen level playing field is voor de verschillende aanbieders. Voorts wijst ProRail er op dat de ACM onder meer ook een ex post bevoegdheid heeft om toezicht uit te oefenen bij discriminatoire onevenredige prijzen. Het is ProRail dan ook niet duidelijk waarom de ACM meent dat de bestreden voorschriften noodzakelijk zijn.

4. Naar aanleiding van deze beroepsgrond overweegt de ACM als volgt.

2 Beoordeling

5. Uit de tekst van artikel 68c, eerste lid, Sw, gelezen in samenhang met artikel 68b, eerste lid, Sw volgt dat een exploitant van een dienstvoorziening, in het kader van een aanbesteding als bedoeld in hoofdstuk III, paragraaf 4, van de Wet personenvervoer 2000 van een concessie voor openbaar vervoer per trein, de voorwaarden voor toegang, bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdeel b, Sw, of voor verlening van diensten, bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdeel c, Sw, of de vergoedingen, bedoeld in artikel 68, eerste lid, Sw, pas mag toepassen nadat deze voorwaarden of vergoedingen zijn goedgekeurd door de ACM.
6. De voorafgaande goedkeuring van de ACM ziet dus op de voorwaarden of vergoedingen die worden toegepast in het kader van een aanbesteding. Daarmee worden de goedkeuringsbevoegdheid van de ACM én de bevoegdheid van de ACM om aan die goedkeuring voorschriften te verbinden, begrensd door wat moet worden verstaan onder 'in het kader van een aanbesteding'.
7. Blijkens de geschiedenis van totstandkoming van de artikelen 68b en 68c Sw² beoogde de wetgever dat de goedkeuring plaats vindt voor aanvang van de aanbestedingsprocedure op het spoor, dat wil zeggen vóór het begin van de inschrijvingstermijn, zodat vervoerders die inschrijven op een aanbesteding de goedgekeurde voorwaarden en tarieven kunnen

² TK, 31 maart 2015, TK 69, p. 69-16-4 rk, 5 rk en 6 lk; en TK, 27 mei 2015, TK 88, p. 88-6-2 lk en 4 rk.

betrekken bij hun aanbesteding. Dan zou het belang van een level playing field voor de inschrijvende partijen geborgd zijn.

8. Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat de wetgever heeft beoogd dat de goedkeuringsbevoegdheid die bij artikel 68c Sw aan de ACM is toegekend, gericht is op de voorwaarden en vergoedingen zoals die vóór aanvang van de aanbestedingsprocedure van de betreffende concessie gelden binnen het concessiegebied. De ACM kan dus, anders dan uit de randnummers 45 en 46 van het besluit van 23 december 2016 kan worden afgeleid, geen goedkeuring verlenen aan bepaalde wijzigingen van vergoedingen die zich voordoen na de inschrijving op de aanbesteding.
9. Gelet hier op dient het besluit van 23 december 2016 aldus te worden gewijzigd, dat de in randnummer 49, onder II, van dat besluit aan de goedkeuring verbonden voorschriften worden geschrapt.
10. Hiermee wordt geheel tegemoet gekomen aan het door ProRail tegen het besluit van 23 december 2016 ingestelde beroep.
11. Gelet op het hiervoor overwogene wordt als volgt besloten.

3 Besluit

12. De Autoriteit Consument en Markt wijzigt het besluit van 23 december 2016, kenmerk ACM/DTVP/2016/408953, aldus dat de in randnummer 49, onder II, van dat besluit aan de goedkeuring verbonden voorschriften worden geschrapt.

De Autoriteit Consument en Markt,
Namens deze,

Mw. A.M. Schilperoort
Teammanager Telecom, Vervoer en Post

Besluit
Openbaar

Dit besluit betreft de wijziging van het eerdere besluit van de ACM van 23 december 2016, kenmerk ACM/DTVP/2016/408953, waartegen door ProRail beroep is ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Op grond van artikel 6:19, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zal hiervan onverwijld mededeling worden gedaan aan het CBb.