

# PSO-verordening in de openbaar vervoerregelgeving: een lex specialis of juist niet?

Mr. J.R. van Angeren en mr. F.E. ten Hove\*

De PSO-verordening brengt sinds de inwerkingtreding op 3 december 2009 het specifieke karakter van het openbaar personenvervoer ten opzichte van andersoortige overheidsopdrachten tot uitdrukking. Dat heeft geleid tot rechtspraak van het Hof van Justitie over de verhouding van de PSO-verordening met de algemene aanbestedingsregelgeving. In deze bijdrage belichten wij de verschillende regelgeving die op de aanbesteding van openbaar busvervoer van toepassing is. Die regelgeving is ingewikkeld en bevestigt onze veronderstelling dat de positie van het openbaar vervoer binnen het aanbestedingsrecht een bijzondere plaats inneemt.

*HvJ 21 maart 2019, gevoegde zaken C-26617 en C-26711,7 ECLI:EU:C:2019:241 (Rhein-Sieg-Kreis/Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH en BVR Busverkehr Rheinland GmbH en Rhenus Veniro GmbH & Co. KG/Kreis Heinsberg)*

*HvJ 8 mei 2019, zaak C-253/18, ECLI:EU:C:2019:386 (Stadt Euskirchen/Rhenus Veniro GmbH & Co. KG)*

## Inleiding

De aanbesteding van openbaarvervoerconcessies neemt een aparte plaats in ten opzichte van de aanbesteding van andersoortige overheidsopdrachten. Weliswaar bepaalt de Wet personenvervoer 2000 (Wp 2000) dat concessies voor openbaar vervoer slechts worden verleend nadat daartoe een aanbesteding is gehouden,<sup>1</sup> maar op de aanbestedingsprocedure is de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing. Ook staat tegen de verlening van de openbaarvervoerconcessies na een aanbestedingsprocedure geen rechtsbescherming open bij

de civiele rechter, maar bij de bestuursrechter. In het Europese recht neemt de verlening van openbaarvervoercontracten eveneens een aparte plaats in. Op de aanbesteding van openbaardienstcontracten voor het verrichten van openbaar vervoer is Verordening (EG) nr. 1370/2007 (hierna: PSO-verordening) van toepassing. De PSO-verordening regelt de gunning van openbaardienstcontracten voor personenvervoer per spoor en over de weg.<sup>2</sup> De PSO-verordening brengt sinds de inwerkingtreding op 3 december 2009 het specifieke karakter van het openbaar personenvervoer ten opzichte van andersoortige overheidsopdrachten tot uitdrukking. Gelet op de uitzonderingspositie van het openbaar vervoer ten opzichte van reguliere overheidsopdrachten gelden ingevolge de PSO-verordening op bepaalde onderdelen aanvullende of afwijkende regels voor openbaarvervoercontracten. Als hoofdregel geldt dat openbaarvervoercontracten onder het toepassingsbereik van de PSO-verordening vallen, maar hierop bestaan uitzonderingen.<sup>3</sup> Voor de uitzonderingen gelden de algemene aanbestedingsrichtlijnen 2014/24/EU<sup>4</sup> en 2014/25/EU<sup>5</sup> (hierna: algemene aanbestedingsrichtlijnen of -regels). In deze bijdrage belichten wij de samenhang tussen de PSO-verordening en aanbestedingsregels aan de hand van twee recent gewezen arresten van het Hof van Justitie van 21 maart 2019<sup>6</sup> en 8 mei 2019.<sup>7</sup>

271

\* Mr. J.R. (Jan Reinier) van Angeren is advocaat bij Stibbe. Mr. F.E. (Frédérique) ten Hove is advocaat bij Stibbe.

1. Art. 61 lid 1 Wp 2000.

2. In deze bijdrage beperken wij ons tot regels voor het openbaar busvervoer.

3. Art. 5 lid 1 PSO-verordening.

4. Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *PbEU* 2014, L 94/65-242.

5. Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG, *PbEU* 2014, L 94/242-374.

6. HvJ 21 maart 2019, gevoegde zaken C-266/17 en C-267/17, ECLI:EU:C:2019:241 (*Verkehrsbetrieb Hüttebräucker en BVR Busverkehr Rheinland*).

7. HvJ 8 mei 2019, zaak C-253/18, ECLI:EU:C:2019:386 (*Rhenus Veniro*).

Wij beperken ons hierbij uitsluitend tot het openbaar busvervoer.

## Deze bijdrage en opbouw

Het Hof van Justitie heeft in de recente arresten van 21 maart 2019 en 8 mei 2019 bevestigd dat de regels van de PSO-verordening, daar waar het gaat om de regels voor gunning, geen *lex specialis* vormen die in de plaats dienen te komen van de algemene aanbestedingsregels. Dat brengt met zich dat de algemene aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn op de gunning van *overheidsopdrachten* voor busvervoer. De PSO-verordening is uitsluitend van toepassing op de gunning van *concessies* voor diensten bestaande uit busvervoer. De rechtsvorm van de openbaarvervoercontracten bepaalt dan het toepasselijke juridische kader. Wij weten inmiddels uit eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie dat de regels van de PSO-verordening wel een *lex specialis* vormen ten opzichte van de algemene aanbestedingsregels voor wat betreft de *overige* bepalingen uit de PSO-verordening.<sup>8</sup> In die gevallen is dus niet van belang of sprake is van een *concessie* voor diensten of een *overheidsopdracht* voor diensten. De verhouding tussen de PSO-verordening en de algemene aanbestedingsrichtlijnen is met de twee recente arresten van het Hof van Justitie verder verduidelijkt. Wij zien daarom aanleiding om de verhouding tussen de PSO-verordening en de algemene aanbestedingsrichtlijnen aan de hand van deze arresten nader te beschouwen.

Voor een goed begrip van de arresten bespreken wij achtereenvolgens het onderscheid tussen *overheidsopdrachten* en *concessies* in het kader van de verschillende openbaarvervoersregelgeving: de aanbestedingsrichtlijnen, de concessierichtlijn en de PSO-verordening. Wij lichten ook toe hoe het openbaar vervoer in Nederland is geregeld. Pas dan komen wij toe aan een bespreking van beide arresten. Aan de hand hiervan bespreken wij de verhouding tussen de PSO-verordening en de algemene aanbestedingsrichtlijnen: een *lex specialis*, of juist niet? Dat onderscheid is van belang omdat op grond van de PSO-verordening andere (soms strengere, soms minder strenge) regels gelden dan op grond van de algemene aanbestedingsregels (zie verder hierna). Wij besluiten met een verwijzing naar de interpretatieve richtsnoeren van de Europese Commissie (hierna: Commissie),<sup>9</sup> waarin ook meer duidelijkheid wordt gegeven over de verhouding tussen verschillende openbaarvervoersregels en tot slot een conclusie.

## De rechtsvorm van het openbaarvervoercontract: overheidsopdracht of concessie voor diensten

Het onderscheid tussen *concessies* voor het verrichten van openbaar vervoer per bus, enerzijds, en *contracten* voor het verrichten van openbaar vervoer per bus die niet de vorm aannemen van een concessie voor diensten, anderzijds, is, zoals gezegd, van belang voor het toepasselijke juridische kader. De gunning van openbaar vervoer contracten kent andere spelregels ingeval van een concessie dan ingeval van een overheidsopdracht. Wij lichten het onderscheid toe.

### ‘Overheidsopdracht’ in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen

Op de aanbesteding van reguliere overheidsopdrachten zijn de algemene aanbestedingsrichtlijnen 2014/24/EU (gunnen overheidsopdrachten) en 2014/25/EU (gunnen opdrachten water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten) van toepassing. Dit zijn de opvolgers van de oude aanbestedingsrichtlijnen 2004/17/EG<sup>10</sup> en 2004/18/EG.<sup>11</sup> De algemene aanbestedingsregels zijn van toepassing op overheidsopdrachten voor werken, diensten of leveringen. Wij beperken ons hier tot diensten, omdat een contract voor personenvervoer per bus een overheidsopdracht voor diensten betreft.

De algemene aanbestedingsrichtlijnen definiëren ‘overheidsopdrachten voor diensten’ als een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen één of meer aanbestedende instanties en één of meer ondernemers die betrekking heeft op het verrichten van diensten.<sup>12</sup> In de considerans van de aanbestedingsrichtlijnen wordt het verband tussen de PSO-verordening en de aanbestedingsrichtlijnen geëxpliciteerd. Considerans 27<sup>13</sup> resp. 35<sup>14</sup> roept uitdrukkelijk in herinnering dat de PSO-verordening uitdrukkelijk bepaalt dat de algemene aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn op de gunning van overheidsopdrachten voor personenvervoer per bus, terwijl de PSO-verordening van toepassing is op de gunning van concessies voor openbaar personenvervoer per bus. De algemene aanbestedingsrichtlijnen lichten de verhouding tussen de PSO-verordening en de aanbestedingsrichtlijnen dus uitdrukkelijk toe.

8. HvJ 20 september 2018, zaak C-518/17, ECLI:EU:C:2018:757 (*Rudigier*) en HvJ 27 oktober 2016, zaak C-292/15, ECLI:EU:C:2016:817 (*Hörman Reisen*).

9. Interpretatieve richtsnoeren bij verordening (EG) nr. 1370/2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg, Mededeling van de Commissie, 29 maart 2014, 2014/C 92/01.

10. Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *PbEU* 2004, L 134/1-113.

11. Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *PbEU* 2004, L 134/114-240.

12. Art. 2 onder 1, 2 en 5 Richtlijn 2014/24/EU.

13. Richtlijn 2014/24/EU.

14. Richtlijn 2014/25/EU.

**‘Concessie’ in de zin van de Concessierichtlijn**

Het aanbestedingsregime kent een aparte richtlijn voor het plaatsen van concessieovereenkomsten, Richtlijn 2014/23/EU (hierna: Concessierichtlijn).<sup>15</sup> In de Concessierichtlijn is het begrip ‘concessie voor diensten’ gedefinieerd. Die definitie is van belang, omdat hoofdregel is dat concessies voor personenvervoerdiensten moeten worden gegund volgens de voorschriften van de PSO-verordening. Zoals gezegd vindt gunning van een concessie voor diensten niet plaats volgens de regels van de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>16</sup> Het onderscheid tussen *opdrachten voor diensten* in de zin van de algemene aanbestedingsrichtlijnen en *concessies voor diensten* in de zin van de Concessierichtlijn is dus van belang. De regels van de Concessierichtlijn zijn voor het overige niet van toepassing op de gunning van concessies betreffende openbaar personenvervoer in de zin van de PSO-verordening.<sup>17</sup>

De definitie van ‘concessie voor diensten’ houdt in

‘een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties de verrichting van diensten (...) laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling’.

Deze definitie gaat dus uit van een schriftelijke overeenkomst waarmee de concessiehouder zich ertoe verbindt de diensten die het voorwerp van de overeenkomst vormen, zoals busdiensten, te exploiteren. Essentieel is dat de concessiehouder wordt geacht hiermee het operationeel risico op zich te nemen. Dat wil zeggen dat voor de concessiehouder geen garantie bestaat dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de werken of diensten die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend.<sup>18</sup> De overdracht van een operationeel risico kan worden omschreven als het risico van blootstelling aan de grillen van de markt. Het is een risico dat voortvloeit uit factoren waarop de partijen geen invloed hebben. Een risico dat voorzienbaar is maar niet zeker.<sup>19</sup>

Hierbij merken wij op dat de overdracht van operationeel risico ook plaatsvindt of kan plaatsvinden wanneer wordt gegund aan een interne exploitant van de aanbestedende dienst. Hoewel de overdracht van een operationeel risico aan een interne exploitant contradictoair lijkt – het risico blijft immers intern – moet worden bedacht dat de interne exploitant een aparte rechtspersoon is. In Nederland kennen wij bijvoorbeeld het

Gemeentelijk Vervoersbedrijf (GVB)<sup>20</sup> waarin de gemeente Amsterdam enig aandeelhouder is. Het gegeven dat de gemeente Amsterdam volledig aandeelhouder is, laat onverlet dat GVB als zelfstandige marktpartij afhankelijk is van de grillen van de markt. Zodoende wordt het operationeel risico aan GVB overgedragen als de gemeente Amsterdam aan GVB een concessie gunt. Hierop komen wij hierna nog uitgebreider terug.

**‘Openbaredienstcontract’ in de zin van de PSO-verordening**

De PSO-verordening is een aanvulling op de algemene aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten. Met de PSO-verordening zijn specifieke regels gesteld ten aanzien van de organisatie en financiering van openbaar personenvervoer per spoor en over de weg. De PSO-verordening bevat bijvoorbeeld bijzondere voorschriften over de wijze waarop openbaredienstcontracten dienen te worden gegund. Ook bevat het bijzondere regelgeving ten aanzien van staatssteunregels.<sup>21</sup> Het doel van de PSO-verordening is om te verzekeren dat personenvervoerdiensten kunnen worden aangeboden op een veilige, efficiënte wijze en voor een acceptabele prijs. In een vrije markt kunnen personenvervoerdiensten die voor het algemeen economisch belang noodzakelijk zijn, vaak niet commercieel worden geëxploiteerd. Op grond van de PSO-verordening kunnen bevoegde instanties maatregelen nemen om te waarborgen dat deze diensten toch commercieel kunnen worden aangeboden. Dergelijke maatregelen zijn bijvoorbeeld het verlenen van exclusieve rechten en het geven van financiële compensatie.

De PSO-verordening gaat uit van het bredere begrip ‘openbaredienstcontract’.<sup>22</sup> Dit begrip is niet aan duidelijke criteria verbonden, zodat rekening wordt gehouden met de verschillende nationaalrechtelijke rechtssituaties die de openbaarvervoerscontracten op andere manieren juridisch vorm geven. Denk aan contracten (Zweden, Duitsland), vergunningen (Ierland) of concessies (Nederland). De PSO-verordening bepaalt uitdrukkelijk dat *openbaredienstcontracten* worden gegund volgens de voorschriften van de PSO-verordening. De aanbestedingsrichtlijnen zijn van toepassing op de gunning van *overheidsopdrachten* voor openbare diensten inzake personenvervoer per bus.<sup>23</sup> Dat komt overeen met de hiervoor opgenomen tekst van considerans 27 resp. 35 van de aanbestedingsrichtlijnen.

15. Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *PbEU* 2014, L 1-64.

16. Art. 5 lid 1 PSO-verordening. De PSO-verordening verwijst nog naar de oude aanbestedingsrichtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG, dat zijn thans richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU.

17. Art. 10 lid 3 Concessierichtlijn.

18. *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 22.

19. *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 12.

20. Dat is ondergebracht in GVB Holding N.V.

21. Art. 9 PSO-verordening.

22. Art. 2 onder i PSO-verordening.

23. Art. 5 lid 1 PSO-verordening.

## Resumerend: de rechtsvorm van het openbaarvervoerscontract bepaalt het toepasselijke rechtskader

Resumerend hangt de verhouding tussen de PSO-verordening en de algemene aanbestedingsrichtlijnen samen met de kwalificatie van het contract waarmee het openbaar vervoer in de markt wordt gezet. Dat is in ieder geval zo wanneer het de regels voor gunning betreft. Een goed begrip van het concessiebegrip (zowel nationaalrechtelijk, maar vooral ook Europeesrechtelijk) en de definitie van overheidsopdracht voor busvervoer is dus van belang om het toepasselijke juridische kader te bepalen. Dat blijkt ook uit de hierna te bespreken arresten van het Hof van Justitie.

## Hoe is dat in Nederland geregeld?

In Nederland kennen wij het concessiebegrip op grond van de Wp 2000, dat ook kwalificeert als openbare dienstcontract in de zin van de PSO-verordening. In de Wp 2000 en het daarop gebaseerde Besluit personenvervoer 2000 (Bp 2000) verwijst de wetgever ook expliciet naar de PSO-Verordening. In het Bp 2000 is geregeld dat ‘in het belang van een goede uitvoering van de PSO-verordening’ bij ministeriele regeling nadere regels kunnen worden gesteld ten aanzien van de wijze waarop aanbesteding van concessies voor openbaar vervoer plaatsvindt.<sup>24</sup> Van deze delegatiegrondslag is overigens nog geen gebruik gemaakt. Dat komt mede doordat die bepaling pas op 1 oktober 2019 in werking is getreden. De wetgever heeft in de toelichting bovendien verduidelijkt dat de regels pas gesteld worden als in de praktijk blijkt dat er onduidelijkheden bestaan over de te volgen aanbestedingsprocedures. Van dergelijke onduidelijkheden is de wetgever tot op heden nog niets gebleken. Er is dan ook geen aanleiding om reeds nu regels te stellen.<sup>25</sup> Voorheen verwees de Bp 2000 nog naar aanbestedingsregelgeving.<sup>26</sup> Het is dus verstandig dat de Nederlandse wetgever deze verwijzing heeft aangepast. Niet alleen omdat die regelgeving al geruime tijd verouderd was, maar ook omdat de bijzondere regels van de PSO-verordening van toepassing zijn op concessies ingevolge de Wp 2000. Wij lichten dat hierna toe.

De ‘concessie’ is in de Wp 2000 gedefinieerd als ‘recht om met uitsluiting van anderen openbaar vervoer te verrichten in een bepaald gebied gedurende een bepaald tijdvak’.<sup>27</sup> Dat staat gelijk aan wat onder de PSO-verordening als een ‘exclusief recht’ wordt gedefinieerd.<sup>28</sup> De PSO-verordening verplicht iedere bevoegde instantie die besluit aan een exploitant een exclusief recht toe te kennen, een openbare dienstcontract te sluiten.<sup>29</sup> De Nederlandse wetgever voldoet dus aan die verplichting. Een concessie in de zin van de Wp 2000 is niet per se een concessie in de zin van de Concessierichtlijn. Kenmerkend voor het nationaalrechtelijke concessiebegrip is het exclusieve recht. Kenmerkend voor de concessie voor diensten in de zin van de Concessierichtlijn is de overdracht van het operationeel risico van de geëxploiteerde diensten. Er zou naar Nederlands recht dus – op zijn minst in theorie – een exclusief recht voor het verrichten van openbaar vervoer kunnen worden verleend, waarbij het operationeel risico voor de exploitatie van het openbaar vervoer niet overgaat op de exploitant. Dan is wel sprake van een concessie in de zin van de Wp 2000, maar niet van een concessie voor diensten in de zin van de Concessierichtlijn. Dat maakt de openbaarvervoersterminologie er niet inzichtelijker op.

In het eerste evaluatierapport ‘Juridisch-technische toetsing van de Wet personenvervoer 2000’ over de doeltreffendheid en de effecten van de Wp 2000 werd nog het standpunt ingenomen dat de Nederlandse concessie op grond van de Wp 2000 niet als concessie voor diensten in de zin van de Concessierichtlijn zou kwalificeren. Het hoge niveau van de subsidies in het openbaar vervoer zou meebrengen dat niet voldaan werd aan het criterium van overdracht van een wezenlijk deel van het operationeel risico.<sup>30</sup> In de Nederlandse rechtspraak is inmiddels echter verduidelijkt dat het operationeel risico van de concessies verleend op grond van de Wp 2000 bij de vervoerder ligt. Dat betekent dat de huidige Nederlandse concessies wél aan het begrip concessie voor diensten in de zin van de Concessierichtlijn voldoet. De vervoerder ontvangt immers een belangrijk deel van de vergoeding door de verkoop van vervoersbewijzen.<sup>31</sup> Hiermee bestaat geen garantie voor de vervoerder dat de gedane investeringen of gemaakte kosten kunnen worden terugverdiend. Dat is niet anders als de vervoerder ook nog een bijdrage ontvangt in de exploitatie van het busvervoer in de vorm van subsidie.<sup>32</sup> Dat is in de praktijk overigens altijd het geval: alle huidige concessies worden deels gesubsidieerd. Met de inkomsten van de verkoop van vervoersbewijzen ligt het zwaartepunt van het operationeel risico van de concessie desalniettemin bij de vervoerder en niet bij de aanbestedende vervoersautoriteit.

24. Art. 37 lid 1 Bp 2000.

25. Besluit van 26 juni 2019 tot wijziging van het Besluit personenvervoer 2000 in verband met de vereenvoudiging van de taxiregelgeving en enkele meer technische aanpassingen aan een aantal regels over aanbestedingen in het openbaar vervoer en daarmee vergelijkbare vervoersvormen, *Stb.* 2019, 242.

26. Namelijk het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten, dat al per 1 april 2013 was vervallen.

27. Art. 1 Wp 2000.

28. Art. 2 onder f PSO-verordening.

29. Art. 3 lid 1 PSO-verordening.

30. Bijlage bij de brief van de minister van Verkeer en Waterstaat van 23 december 2005, *Kamerstukken II* 2005/06, 30421, nr. 1. Juridisch-technische toetsing van de Wet personenvervoer 2000, juli 2005, p. 16.

31. CBB 12 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7753.

32. Art. 23 Wp 2000.

## De arresten van 21 maart 2019 en 8 mei 2019

Het Hof van Justitie heeft het afgelopen jaar een aantal uitspraken gedaan over de gunning van openbaarvervoerscontracten onder de PSO-verordening. Dat is op zichzelf het signaleren waard, want er is nog niet veel jurisprudentie over de toepassing van deze verordening. Deze arresten betroffen onder meer de vraag hoe de bekendmakingsplicht van artikel 7 lid 2 en 4 PSO-verordening wordt uitgelegd,<sup>33</sup> hoe het overgangsrecht van artikel 8 lid 2 PSO-verordening dient te worden opgevat<sup>34</sup> en wat de sanctie is van het niet publiceren van een vooraankondiging.<sup>35</sup> Wij bespreken in deze bijdrage de arresten waarin het Hof van Justitie duidelijkheid geeft over het toepassingsbereik van artikel 5 lid 2 PSO-verordening. Deze bepaling regelt de onderhandse gunning van openbaarvervoerscontracten. De vraag ligt voor welk rechtskader van toepassing is op de onderhandse gunning van een overheidsopdracht voor busvervoer: de PSO-verordening of de algemene aanbestedingsrichtlijnen.

### De zaken

Het arrest van 21 maart 2019 betreft twee gevoegde zaken.<sup>36</sup> Met zijn eerste vraag in beide zaken wenst de verwijzende rechter te vernemen of de PSO-verordening van toepassing is op de onderhandse gunning aan een interne exploitant. Meer specifiek is de vraag of artikel 5 lid 2 PSO-verordening van toepassing is. Dat artikel bevat de bepalingen over onderhandse gunning. Belangrijk is dat de betreffende opdracht voor busdiensten niet de vorm aanneemt van een concessie voor diensten in de zin van de Concessierichtlijn. Het operationeel risico werd namelijk niet overgedragen aan de interne exploitant. In het arrest van 8 mei 2019<sup>37</sup> wijken de relevante feiten weinig af van deze twee zaken, maar een verschil met de zaken van het arrest van 21 maart 2019 is dat de onderhandse gunning plaatsvond ná inwerkingtreding van de huidige aanbestedingsrichtlijnen.<sup>38</sup> Dat verschil is voor de vraag in hoeverre de PSO-verordening van toepassing is, minder van belang. Wij behandelen de zaken daarom tezamen.

### De feiten en prejudiciële vraag

De zaken gaan over de onderhandse gunningen door Duitse plaatselijke overheden van een opdracht aan een interne exploitant. De opdrachten betreffen openbaar

personenvervoer per bus en kwalificeren zoals gezegd niet als een concessie voor diensten.<sup>39</sup> Dan is de vraag: worden de opdrachten gegund overeenkomstig de regels voor onderhands gunnen van artikel 5 lid 2 PSO-verordening of volgens de regels van de aanbestedingsrichtlijnen?

In beroep verzoeken de rechters het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te nemen over de toepassing van artikel 5 lid 2 PSO-verordening, met name aangaande opdrachten voor vervoersdiensten die niet de vorm aannemen van een concessie voor diensten. De verwijzende rechter in zaak C-266/17 stelt dat over deze toepassing op nationaal niveau uiteenlopende rechtspraak bestaat. Volgens bepaalde Duitse rechterlijke instanties kan artikel 5 lid 2 PSO-verordening niet worden toegepast op opdrachten voor personenvervoer per bus die niet de vorm aannemen van concessies voor diensten. De PSO-verordening bepaalt volgens deze rechters immers uitdrukkelijk dat die opdrachten onderworpen blijven aan de aanbestedingsrichtlijnen. Denk hierbij aan de considerans die wij eerder ook aanhaalden. Andere Duitse rechters menen daarentegen dat artikel 5 lid 2 PSO-verordening als *lex specialis* moet worden toegepast op onderhandse gunningen van opdrachten voor personenvervoer per bus, zelfs wanneer deze opdrachten niet de vorm aannemen van concessies voor diensten. Met andere woorden: gelet op de bijzondere positie van het openbaar vervoer moet de PSO-verordening in alle gevallen van toepassing zijn op alle vormen van openbaarvervoerscontracten.

### Artikel 5 lid 2 PSO-verordening

Allereerst in het kort de bepaling van artikel 5 PSO-verordening. Artikel 5 lid 1 eerste volzin bepaalt dat openbaardienstcontracten worden gegund volgens de voorschriften van de PSO-Verordening. Artikel 5 lid 1 tweede volzin voorziet in een uitzondering daarop voor wat betreft opdrachten of overheidsopdrachten voor openbaar personenvervoer per bus of tram die niet de vorm aannemen van concessie voor diensten. Dan is sprake van een overheidsopdracht en zijn de algemene aanbestedingsrichtlijnen van toepassing. De derde zin preciseert de reikwijdte van die afwijking: wanneer opdrachten moeten worden gegund overeenkomstig de algemene aanbestedingsrichtlijnen, 'zijn de leden 2 tot en met 6 van [artikel 5] niet van toepassing'.

### Oordeel van het Hof van Justitie: artikel 5 lid 2 PSO-verordening is geen *lex specialis*

Naar het oordeel van het Hof van Justitie van 21 maart 2019 blijkt uit de eerste zin van artikel 5 lid 1 PSO-verordening inderdaad dat openbaardienstcontracten worden gegund volgens de voorschriften van de PSO-verordening. Het volgt naar het oordeel van het Hof van Justitie echter ook duidelijk uit de tekst dat een afwijkings-

33. HvJ 24 oktober 2019, zaak C-515/18, ECLI:EU:C:2019:893 (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*).

34. HvJ 21 maart 2019, gevoegde zaken C-350/17 en C-351/17, ECLI:EU:C:2019:237 (*Mobit*).

35. HvJ 20 september 2019, zaak C-518/17, ECLI:EU:C:2018:757 (*Rudigier*). Voor een uitgebreidere beschrijving van deze arresten verwijzen wij naar E. Verweij, I.A.F. Hendriksen, S.J. Petiet en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2019/124.

36. HvJ 21 maart 2019, gevoegde zaken C-266/17 en C-267/17, ECLI:EU:C:2019:241 (*Verkehrsbetrieb Hüttebräucker en BVR Busverkehr Rheinland*).

37. HvJ 8 mei 2019, zaak C-253/18, ECLI:EU:C:2019:386 (*Rhenus Veniro*).

38. Richtlijn 2014/24/EU en 2014/25/EU.

39. Voor het arrest *Verkehrsbetrieb Hüttebräucker en BVR Busverkehr Rheinland* geldt de definitie in de oude aanbestedingsrichtlijnen 2004/17/EG en voor het arrest *Rhenus Viro* de definitie zoals gegeven in de Concessierichtlijn. Dat maakt voor de definitie overigens geen verschil.

regeling is getroffen in de tweede en derde zin. Uit die afwijkingsregeling volgt volgens het Hof van Justitie expliciet dat de algemene aanbestedingsregels van toepassing zijn op de gunning van overheidsopdrachten voor busvervoer. In zoverre volgt uit een letterlijke lezing van de tekst dat de PSO-verordening niet van toepassing is op de gunning van overheidsopdrachten voor busvervoer.

Daar voegt het Hof van Justitie aan toe dat uit de algemene opzet en de ontstaansgeschiedenis van de aanbestedingsrichtlijnen ook niet, zelfs juist niet, kan worden afgeleid dat artikel 5 lid 2 PSO-verordening als *lex specialis* moet worden uitgelegd. Hiertoe overweegt het Hof van Justitie dat de Uniewetgever met deze bepaling heeft voorzien in een specifieke regeling voor de onderhandse gunning van openbaardienstcontracten, die voorheen niet bestond. Een regeling voor onderhandse gunning van overheidsopdrachten bestond al wel. De nieuwe regeling brengt dus nog niet met zich dat deze ook geldt voor overheidsopdrachten. Overheidsopdrachten voor openbaar personenvervoer per bus vielen al vóór de vaststelling van de PSO-verordening onder de algemene aanbestedingsrichtlijnen en vallen ook na de invoering van de PSO-verordening hieronder. De PSO-verordening brengt daar geen verandering in.

Artikel 5 lid 2 PSO-verordening is dus niet van toepassing op de (onderhandse) gunning van openbaardienstcontracten voor personenvervoer per bus die niet de vorm van een concessie voor diensten aannemen. Anders dan de verwijzende rechter kennelijk van mening was, vormt artikel 5 lid 2 PSO-verordening volgens het Hof van Justitie geen *lex specialis* die in de plaats dient te komen van de algemene regeling voor onderhandse gunning op grond van de aanbestedingsrichtlijnen. Het Hof van Justitie volstaat in de uitspraak van 8 mei 2019 met een verwijzing naar het oordeel in het eerste arrest van 21 maart 2019.

## Verhouding PSO-verordening en algemene aanbestedingsrichtlijnen: *lex specialis* of niet?

Duidelijk is dus dat de PSO-verordening geen *lex specialis* is ten opzichte van de algemene aanbestedingsrichtlijnen als het gaat om regels over *gunning*. Zo bezien is de verhouding tussen de PSO-verordening en de algemene aanbestedingsrichtlijnen helder. Hier dient te worden bedacht dat de afwijkingsregeling van artikel 5 lid 1 PSO-verordening uitsluitend de regels over *gunning* betreft. Tot voor kort bestond nog onduidelijkheid over de reikwijdte van de afwijkingsregeling die in de tweede en derde zin van artikel 5 lid 1 geformuleerd is: had die afwijkingsregeling ook betrekking op de overige PSO-bepalingen? Het Hof van Justitie heeft in een tweetal vrij recente uitspraken verhelderd dat dat niet

het geval is. Dat oordeel is van belang voor de verhouding van de PSO-verordening en de algemene aanbestedingsrichtlijnen voor de overige PSO-bepalingen. Duidelijk is nu ook dat de PSO-verordening voor de overige bepalingen, dus buiten de gunningsregels van artikel 5, wel een *lex specialis* vormt ten opzichte van de algemene aanbestedingsrichtlijnen.

Het Hof van Justitie heeft dit verduidelijkt in het arrest van 27 oktober 2016 (*Hörmann Reisen*)<sup>40</sup> en van 20 september 2019 (*Rudigier*).<sup>41</sup> In *Hörmann Reisen* heeft de advocaat-generaal in zijn conclusie<sup>42</sup> overwogen dat de wetgever overduidelijk geenszins de bedoeling had om andere opdrachten voor openbaar personenvervoer per bus dan concessies voor diensten in het algemeen uit te sluiten van de werkingssfeer van de PSO-verordening. Dat blijkt volgens de advocaat-generaal onder meer uit het feit dat de PSO-verordening een breed toepassingsgebied kent. De verordening is van toepassing op ‘de nationale en internationale exploitatie van openbaar personenvervoer (...) over de weg (...)’.<sup>43</sup>

Het Hof van Justitie volgt deze conclusie. Vastgesteld moet worden dat artikel 5 lid 1 PSO-verordening een afwijking bevat op de in de verordening vastgelegde algemene regel dat op concessies voor diensten de PSO-verordening van toepassing is. De afwijking in artikel 5 lid 1 tweede zin heeft echter uitsluitend betrekking op de in artikel 5 vastgestelde bijzondere voorschriften over de gunningsprocedure. Geen enkele andere bepaling van dat artikel breidt de reikwijdte van deze afwijking verder uit. Hieruit volgt volgens het Hof van Justitie dat voor de gunning van een opdracht voor openbaar personenvervoer per bus, uitsluitend de bepalingen ten aanzien van *gunning* niet van toepassing zijn, terwijl de andere bepalingen van PSO-verordening van toepassing blijven. In *Rudigier* volstaat het Hof van Justitie met een verwijzing naar *Hörmann Reisen*.<sup>44</sup>

Conclusie is dus: de PSO-verordening is van toepassing op openbaarvervoerscontracten zowel als deze de vorm aannemen van overheidsopdrachten als van concessies voor diensten, maar in afwijking hierop is voor de voorschriften voor de *gunning* wel van belang of sprake is van een overheidsopdracht dan wel concessie voor diensten. In dat eerste geval (er is sprake van een overheidsopdracht) dient de gunningsprocedure met inachtneming van de algemene aanbestedingsregels plaats te vinden.

40. HvJ 27 oktober 2016, zaak C-292/15, EU:C:2016:817 (*Hörmann Reisen*).

41. HvJ 20 september 2018, zaak C-518/17, ECLI:EU:C:2018:757 (*Rudigier*).

42. Conclusie A-G 28 juni 2016, zaak C-292/15, ECLI:EU:C:2016:480 (*Hörmann Reisen*).

43. Art. 1 lid 2 PSO-verordening.

44. *Rudigier*, punt 52.

## Verschillen PSO-verordening en algemene aanbestedingsrichtlijnen

De verhouding tussen de PSO-verordening en de algemene aanbestedingsrichtlijnen is van belang om te bepalen aan welk juridisch kader het openbaardienstcontract onderworpen is. Voor de gunning en de onderhandse gunningsuitzondering van artikel 5 lid 2 PSO-verordening gelden bijvoorbeeld andere voorwaarden waaronder een aanbestedende dienst een openbaardienstcontract mag gunnen aan een interne exploitant dan de voorwaarden waaronder een aanbestedende dienst een overheidsopdracht onderhands mag gunnen op grond van de algemene aanbestedingsrichtlijnen.<sup>45</sup> Wij lichten kort de verschillen toe, zodat duidelijk is waarom dit onderscheid van belang is.

Op grond van de aanbestedingsrichtlijnen geldt ten eerste het verbod op directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon. De ratio van dit in de jurisprudentie ontwikkelde verbod is dat de directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon er hoe dan ook aan in de weg zou staan dat de aanbestedende dienst toezicht op die rechtspersoon kan uitoefenen zoals op de eigen diensten. In de PSO-verordening is uitdrukkelijk opgenomen dat de bevoegde overheidsinstantie bij onderhandse gunningen aan een interne exploitant niet voor honderd procent eigenaar hoeft te zijn om de vereiste zeggenschap uit te oefenen. De PSO-verordening is op dit punt dus soepeler dan de algemene aanbestedingsrichtlijnen. In de tweede plaats geldt dat artikel 5 lid 2 PSO-verordening bepaalt dat de interne exploitant niet mag deelnemen aan aanbestedingen van openbaar vervoerdiensten buiten het grondgebied van de bevoegde plaatselijke overheid. Een dergelijke geografische beperking van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon geldt niet bij de onderhandse gunning aan een interne exploitant op grond van de aanbestedingsrichtlijnen. In die zin zijn de algemene aanbestedingsrichtlijnen dus weer soepeler.

## De interpretatieve richtsnoeren bij de PSO-verordening

Wij wijzen voor de uitleg van de PSO-verordening ook naar de interpretatieve richtsnoeren die de Commissie in maart 2014 heeft vastgesteld.<sup>46</sup> Omdat in de praktijk sprake bleek te zijn van uiteenlopende interpretaties van belangrijke bepalingen van de PSO-verordening, heeft de Commissie interpretatieve richtsnoeren opgesteld.

Die richtsnoeren zijn goed leesbaar en daarom handig, ook waar het de verhouding tussen de PSO-verordening en de algemene aanbestedingsrichtlijnen betreft. Uit de richtsnoeren volgt bijvoorbeeld ook dat de gunning van (openbare)dienstcontracten voor vervoer per bus onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen, *behalve* als dergelijke contracten de vorm aannemen van concessies voor diensten. Dat is precies de uitleg die het Hof van Justitie in de besproken arresten geeft, alhoewel er niet zonder meer van uit kan worden gegaan dat de betekenis die de Commissie in de richtsnoeren aan de bepalingen in de PSO-verordening toekent rechtens juist is. Uiteindelijk is het Hof van Justitie immers verantwoordelijk voor de interpretatie van de Uniewetgeving.<sup>47</sup> In zijn conclusie van 25 oktober 2018 bij het *Mobit*-arrest<sup>48</sup> zette de advocaat-generaal bijvoorbeeld nog gemotiveerd uiteen waarom de uitleg van de Commissie in de interpretatieve richtsnoeren bij de PSO-Verordening juist niet zou moeten worden gevolgd.<sup>49</sup> Het Hof van Justitie heeft met de hier besproken arresten in ieder geval aangesloten bij het oordeel van de Commissie in de interpretatieve richtsnoeren ten aanzien van artikel 5 lid 2 PSO-verordening.

## Conclusie

In de twee besproken arresten heeft het Hof van Justitie duidelijk gemaakt dat niet voor alle contracten voor het verrichten van openbaar vervoer de regels van de PSO-verordening gelden. Alleen voor contracten die kwalificeren als openbaardienstcontract in de zin van de PSO-verordening geldt de PSO-verordening. Enkele Duitse nationale rechters zaten eerst op een andere lijn. De PSO-verordening geldt volgens het Hof van Justitie niet als *lex specialis* ten opzichte van de algemene aanbestedingsrichtlijnen als het gaat om de gunning van contracten die betrekking hebben op het verrichten van openbaar vervoer. Uitgangspunt is dus dat de bepalingen uit de PSO-verordening een *lex specialis* vormen ten opzichte van de bepalingen uit de aanbestedingsrichtlijnen. Maar ten aanzien van de gunningsprocedure juist niet. De arresten hebben tot gevolg dat bij overeenkomsten die betrekking hebben op het verrichten van openbaar vervoer nader moet worden onderzocht of het openbare dienstcontracten zijn in de zin van de PSO-verordening. In Nederland zal dat welhaast altijd het geval zijn omdat in Nederland openbaar vervoer wordt verricht op basis van een concessie die het exclusief recht geeft om in een bepaald gebied openbaar vervoer te verrichten. Verder is het in Nederland altijd zo geregeld dat de vervoerder de opbrengst uit de verkoop van vervoersbewijzen mag behouden, zodat deze deels het operationeel risico draagt. Toch zijn de arresten van

45. Art. 12 Richtlijn EU/2014/24.

46. Interpretatieve richtsnoeren bij Verordening (EG) nr. 1370/2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg, Mededeling van de Commissie, 29 maart 2014, 2014/C 92/01.

47. Zie ook interpretatieve richtsnoeren, p. 2.

48. HvJ 21 maart 2019, gevoegde zaken C-350/17 en C-351/17, ECLI:EU:C:2019:237 (*Mobit*).

49. Conclusie A-G 25 oktober 2018, gevoegde zaken C-350/17 en C-351/17, ECLI:EU:C:2018:869 (*Mobit*), punt 43.

belang. Ze geven een mooie aanvulling op de rechtspraak die er al was over de verhouding van de PSO-verordening met de algemene aanbestedingsregelgeving. Die verhouding is ingewikkeld en bevestigt onze veronderstelling dat de positie van het openbaar vervoer binnen het aanbestedingsrecht een bijzondere plaats inneemt.