



> Retouradres Postbus 20901 2500 EX Den Haag

Directeur ProRail
Postbus 2038
3500 GA UTRECHT

Ministerie van
Infrastructuur en Milieu
Plesmanweg 1-6
Den Haag
Postbus 20901
2500 EX Den Haag

Contactpersoon

T 070
M Manager
F 070

Ons kenmerk
IenM/BSK-2014/272653

Datum 10 december 2014
Betreft PGO 3.0

Bijlage(n)

Geachte heer

Op 13 november jl. heeft u per brief (kenmerk 3653510) de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu geïnformeerd over de voortgang met betrekking tot de uitvoering van het convenant PGO 3.0, zoals dat in 2013 tussen ProRail en spooronderhoudsaannemers is overeengekomen. In deze brief heeft u een voorstel gedaan voor het vervolg van het transitieproces van de bestaande onderhoudscontracten naar PGO 3.0. Concreet stelde u voor de komende 3 jaar eerst de huidige 9 OPC-contracten openbaar en in concurrentie aan te besteden, en de 7 bestaande PGO 2.0 contracten te transformeren naar PGO 3.0 door middel van een enkelvoudige onderhandse gunning aan de zittende aannemer voor een periode van (in beginsel) 10 jaar. In uw brief spreekt u de wens uit dit voornemen met het ministerie te bespreken en verzoekt u de Staatssecretaris de houdbaarheid van de door u gemaakte afweging door de Landsadvocaat te laten onderzoeken, alvorens u hierover opnieuw het gesprek met de onderhoudsaannemers voert in de stuurgroep PGO 3.0.

Over uw voornemen is de voorbije weken diverse malen gesproken tussen vertegenwoordigers van ProRail en het ministerie. Ook is conform uw verzoek door het ministerie juridisch advies ingewonnen over de houdbaarheid van uw voornemen, zowel bij de Hoofddirectie Bestuurlijk Juridische Zaken (HBJZ) van het ministerie als bij de Landsadvocaat.

Zowel HBJZ als de Landsadvocaat komen tot de conclusie dat het omzetten en onderhands gunnen van PGO 2.0 naar PGO 3.0 contracten met een looptijd van 10 jaar, zoals door u wordt voorgesteld, buiten twijfel aanbestedingsrechtelijk niet toegestaan is. Een overeenkomst die een dergelijke wezenlijke wijziging inhoudt dient Europees te worden aanbesteed. De Landsadvocaat concludeert dat een enkelvoudige onderhandse gunning van een dergelijke wijziging een evidente schending van het aanbestedingsrecht oplevert, waarvoor geen juridische rechtvaardiging (bijvoorbeeld spoed of onvoorziene omstandigheden) geldt. Ook een afweging van operationele belangen maakt dit niet anders. Evenmin is er ruimte voor de Staats-



secretaris om aan ProRail de ruimte te geven om af te wijken van de voorschriften die zijn vastgelegd in Europese regels en de Aanbestedingswet 2012.

Ministerie van
Infrastructuur en Milieu

Datum
10 december 2014

Ons kenmerk
IenM/BSK-2014/272553

Alhoewel duidelijk is dat elke verlenging van de onderhandse gunning van contracten een risico met zich brengt, concluderen HBJZ en Landsadvocaat dat in de aanloop tot een rechtmatige gunning van de PGO 3.0 contracten hooguit een kortdurende gedoogsituatie verdedigbaar kan zijn; waarbij de rechter na weging van belangen mogelijk geen verbod op verdere uitvoering (dan wel een vernietiging) zal uitspreken, mits de (onrechtmatige) verlenging niet langer duurt dan strikt noodzakelijk is om alsnog via een aanbesteding tot een rechtmatige gunning te kunnen komen. Hierbij zouden enkele van de aangevoerde operationele redenen een rol kunnen spelen. Daarbij zij opgemerkt dat een inhoudelijk significante wijziging van het contractuele regime minder goed past in dit kortdurend gedogen. Een dergelijk gedogen laat overigens onverlet, aldus de Landsadvocaat, dat ook uit een dergelijke kortdurende verlenging schadeplichtigheid zou kunnen volgen.

Het ministerie heeft begrip voor de operationele overwegingen die u in uw brief van 13 november jl. hebt aangevoerd. Ook het ministerie hecht aan een beheerste transformatie naar PGO 3.0 teneinde tot kwalitatief beter onderhoud en minder verstoringen op het spoor te komen. Ik heb waardering voor alle spelers die binnen het transitieproces PGO 3.0 met elkaar samenwerken om deze beweging mogelijk te maken. Het ministerie hecht echter ook aan een juridisch robuuste transformatiestrategie, waarbij de huidige situatie van *non-compliance* met geldende aanbestedingsregels zo kort als redelijkerwijs mogelijk moet worden gehouden. Het voornoemde oordeel van HBJZ en de Landsadvocaat is daarbij voor mij leidend. Ik heb daarbij begrip voor uw voornemen om met name de bestaande OPC contracten voortvarend om te zetten naar PGO 3.0 en in concurrentie aan te besteden. Met een dergelijke omzetting kan immers de meeste kwaliteitswinst geboekt worden. Bovendien zijn de OPC contracten tot op heden uitsluitend onderhands gegund. Tegelijkertijd dring ik er echter op aan ook de bestaande PGO 2.0 contracten zo kort als redelijkerwijs mogelijk is na afloop van de huidige contractduur in concurrentie aan te besteden en daarbij om te zetten naar PGO 3.0.

Hoogachtend

De SECRETARIS-GENERAAL