

Aan de Raad van Bestuur van ProRail B.V.
t.a.v. dhr P. Eringa (Chief Executive Officer)

prof. mr. T. Barkhuysen
mr. A.A. al Khatib
Advocaten

Advocaten en notarissen
Beethovenplein 10
Postbus 75640
1070 AP Amsterdam
Nederland
www.stibbe.com

Onze ref.
TB/AaK 1035532-20427296v1
Datum
22 juni 2018

Advisering beëindiging PGO pilotcontracten

Geachte heer Eringa,

Hierbij berichten wij u over de beëindiging van de zogeheten PGO pilotcontracten.

Inleiding en adviesvraag

ProRail heeft een PGO-contracten verbeterprogramma ("**PGO compliance programma**"), waarover aan (thans) de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat diverse malen is gerapporteerd. De inzet van dit programma is om eind 2019 de contracten voor alle onderhoudsgebieden (opnieuw) aan te besteden in overeenstemming met de toepasselijke wet- en regelgeving.

In het jaar 2014 zijn PGO-contracten voor vier pilotgebieden Wadden, Den Haag, Twente en Gelre onderhands aanbesteed aan de spooraanneemers voor een periode van tien jaar ("**PGO pilotcontracten**"). ProRail heeft daarna door PricewaterhouseCoopers (**PWC**) laten onderzoeken of de totstandkoming en gunning van deze contracten in lijn is met de vigerende regels. Uit dit onderzoek bleek dat (zorg omtrent) non-compliance met verschillende bij de gunning van overheidsopdrachten geldende concurrentieregels aan de orde was.¹ Dit onderzoek is aan de Tweede Kamer voorgelegd. Toegezegd is daarbij zo spoedig mogelijk compliant met alle geldende (concurrentie)regels te zijn en met het oog daarop deze contracten zo snel mogelijk, en meer concreet eind 2019, te beëindigen.²

Aan deze toezegging zal ProRail, zo begrepen wij, uitvoering geven. U hebt ons in het kader van het PGO compliance programma onder meer gevraagd welke juridische aspecten met het oog op de voorgenomen beëindiging van de PGO pilotcontracten, tot nu toe niet of onderbelicht zijn gebleven. In deze brief gaan wij op die vraag in. Wij doen dit op basis van een analyse van door ProRail aan ons verschaft feitelijke informatie.³

¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 29 984, nr. 607. Brief d.d. 26 augustus 2015 van het (toen) Ministerie van Infrastructuur en Milieu, Kenmerk: IENM/BSK-2015/172359.

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 29 984, nr. 671.

³ Het al genoemde PWC-rapport alsook andere door ProRail verschaft informatie.

Bevindingen

Deze analyse heeft tot de conclusie geleid dat de vergoedingen in de PGO pilotcontracten mogelijk niet marktconform zijn, met name om de volgende redenen:

- (I) de vergoedingen lijken niet terug te voeren op de gebruikelijke concrete onderbouwing of taxatie ten tijde van het aangaan van de pilotcontracten;
- (II) interne ramingen van ProRail gaan uit van een lagere vergoeding dan uiteindelijk is overeengekomen;
- (III) het is op basis van het beschikbare feitelijke materiaal niet op voorhand duidelijk welk relevant bedrijfsbelang ProRail had bij het accepteren van een hogere vergoeding;
- (IV) eerdere aanbestedingen lieten een dalende trend zien in de aan de sporaanemers te betalen vergoeding hetgeen de vraag oproept welk relevant bedrijfsbelang rechtvaardigt dat van deze markttrend afgeweken wordt; en
- (V) de overeengekomen bonusregelingen zijn mogelijk soepeler (ten gunste van de sporaanemers) dan vergelijkbare contracten.

Deze aspecten gezamenlijk leiden tot een vermoeden dat de sporaanemers niet-marktconforme vergoedingen hebben ontvangen voor de door hen verrichte werkzaamheden. Als dit uiteindelijk zou worden bevestigd, zou dit betekenen dat ProRail recht heeft op terugbetaling van het teveel betaalde. Op basis van de PGO pilotcontracten is ProRail bij een voortijdige beëindiging daarvan mogelijk een vergoeding verschuldigd. De vaststelling dat deze contracten niet-marktconform zijn kan echter ertoe leiden dat een dergelijke beëindigingsvergoeding zelf staatssteun behelst. Onderzoek zal moeten uitwijzen of inderdaad sprake is van niet-marktconforme vergoedingen en zo ja hoeveel.

Gevolgen voor beëindiging PGO pilotcontracten

Wij adviseren ProRail om bij de beëindiging van de PGO pilotcontracten dit aspect te betrekken en onderzoek te doen naar de marktconformiteit van de gehele PGO pilotcontracten, derhalve inclusief de daarin mogelijk opgenomen beëindigingsvergoeding.

Graag vertrouwen wij erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

Hoogachtend,



T. Barkhuysen



A.A. al Khatib