

**Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Provincie Limburg en de Commissie van  
Advies voor Bezwaarschriften en Klachten Provincie Gelderland**

over

*Bezwaarschrift 1*

Het bezwaarschrift van Veolia Transport Limburg B.V. te Maastricht, alsmede Veolia Transport Brabant N.V. te Breda (hierna gezamenlijk: Veolia) van 20 maart 2015 en aangevuld bij schrijven van 21 april 2015, bij Gedeputeerde Staten van Limburg (hierna: GS Limburg), gericht tegen de beslissing van GS Limburg van 10 februari 2015, inhoudende:

- a. het gunnen van de Concessie Openbaar Vervoer Limburg 2016-2031 (hierna te noemen: de Concessie) aan Abellio Limburg B.V. (hierna te noemen: Abellio);
- b. het ongeldig verklaren van de inschrijving van Veolia;
- c. het afwijzen van de inschrijving van Arriva Personenvervoer Nederland B.V. (hierna te noemen: Arriva).

*Bezwaarschrift 2*

Het bezwaarschrift van Veolia van 21 april 2015 bij GS Limburg ingekomen op 21 april 2015, gericht tegen:

het besluit van Gedeputeerde Staten van Limburg (hierna: GS Limburg), mede genomen namens GS Gelderland, van 10 maart 2015, inhoudende de verlening van de Concessie aan Abellio.

*Bezwaarschrift 3*

Het (aanvullende) bezwaarschrift van Veolia van 23 juni 2015, bij GS Limburg, ingekomen op 24 juni 2015, gericht tegen:

het besluit van GS Limburg van 2 juni 2015, inhoudende (voor zover hier van belang):

- a. herroeping van de besluiten tot gunning (10 februari 2015), concessieverlening en subsidieverlening (beiden van 10 maart 2015), gericht aan Abellio;
- b. gunning en verlening van de Concessie aan Arriva.

*Bezwaarschrift 4*

Het bezwaarschrift van Veolia Transport Limburg B.V. te Maastricht, alsmede Veolia Transport Brabant N.V. te Breda (hierna gezamenlijk: Veolia) van 20 maart 2015 en aangevuld bij schrijven van 21 april 2015, bij Gedeputeerde Staten van Gelderland (hierna: GS Gelderland) per fax ingekomen op 20 maart 2015, gericht tegen de beslissing van GS Gelderland van 10 februari 2015, inhoudende:

- a. het gunnen van de Concessie Openbaar Vervoer Limburg 2016-2031 (hierna te noemen: de Concessie) voor het spoordeeltraject Nijmegen-Cuijk aan Abellio Limburg B.V. (hierna te noemen: Abellio);
- b. het ongeldig verklaren van de inschrijving van Veolia;
- c. het afwijzen van de inschrijving van Arriva Personenvervoer Nederland B.V. (hierna te noemen: Arriva).

*Bezwaarschrift 5*

Het bezwaarschrift van Veolia van 21 april 2015 bij GS Gelderland ingekomen op 21 april 2015, gericht tegen:

het besluit van Gedeputeerde Staten van Limburg (hierna: GS Limburg), mede genomen namens GS Gelderland, van 10 maart 2015, inhoudende de verlening van de Concessie aan Abellio.

### *Bezwaarschrift 6*

Het (aanvullende) bezwaarschrift van Veolia van 23 juni 2015, bij GS Gelderland ingekomen op 24 juni 2015, gericht tegen:

het besluit van GS Gelderland van 2 juni 2015, inhoudende (voor zover hier van belang):

- a. herroeping van de besluiten tot gunning (10 februari 2015), concessieverlening en subsidieverlening (beiden van 10 maart 2015), gericht aan Abellio;
- b. gunning en verlening van de Concessie aan Arriva.

### **Samenvatting van de feiten**

Op 10 februari 2015 besloten Gedeputeerde Staten van Limburg en Gedeputeerde Staten van Gelderland (hierna gezamenlijk: 'GS') om de Concessie Openbaar Vervoer Limburg 2016-2031 aan Abellio Limburg BV te gunnen (GS Gelderland voor het spoordeeltraject Nijmegen-Cuijk), de inschrijving van Veolia als ongeldig terzijde te leggen en de Concessie niet aan Arriva te gunnen (hierna het Gunningsbesluit). Dit Gunningsbesluit is bij brieven van 11 februari 2015 aan partijen toegezonden. Op 10 maart 2015 hebben GS het Concessiebesluit vastgesteld. Dit besluit is op 11 maart 2015 aan belanghebbenden toegezonden.

Bij schrijven van 20 maart 2015 tekent Veolia bezwaar aan tegen het Gunningsbesluit. Bij schrijven van 21 april 2015 tekent Veolia bezwaar aan tegen het Concessiebesluit en worden de gronden van het bezwaarschrift van 20 maart 2015 kenbaar gemaakt.

Op 2 juni 2015 besluiten GS tot intrekking van de gunning en concessieverlening aan Abellio om vervolgens de OV-concessie aan Arriva te gunnen en te verlenen.

De door Veolia op 20 maart 2015 ingediende bezwaren hebben op grond van artikel 6:19 Awb van rechtswege mede betrekking op het concessiebesluit van 2 juni 2015. Veolia heeft de gronden van haar bezwaar in het licht van het nieuwe concessiebesluit op 23 juni 2015 aangevuld met de bezwaargronden gericht tegen dit nieuwe besluit.

### **De ontvankelijkheid**

De Adviescommissie bezwaarschriften Provincie Limburg en de Commissie van Advies voor Bezwaarschriften en Klachten Provincie Gelderland (voortaan de commissies) constateren dat de bezwaarschriften zijn ingediend binnen de termijn, voortvloeiend uit de artikelen 6:7 en 6:8 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Ook de gronden van bezwaar en aanvullende gronden zijn steeds ingediend binnen de hiervoor gestelde termijnen.

De commissies overwegen dat uit de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (ECLI:NL:CBB:2014:265) blijkt dat de beslissing om niet te gunnen aan een partij een besluit is ter voorbereiding van de uiteindelijke concessieverlening. De gunningsbeslissing brengt in het geheel van de besluitvorming gezien geen zelfstandig rechtsgevolg teweeg, waardoor de partij aan wie niet wordt gegund los van het voorgenomen concessiebesluit, in haar belang wordt geschaad. Nu het gunningsbesluit geen besluit is in de zin van artikel 1:3 van de Awb, is het bezwaar gericht tegen deze gunningsbeslissing niet ontvankelijk.

Vanuit een oogpunt van wenselijkheid van concentratie van rechtsbescherming wordt het gunningsbesluit geacht deel uit te maken van het besluit tot concessieverlening. In het licht hiervan zijn de commissies van mening dat Veolia bij deze gebundelde besluiten als belanghebbende kan worden aangemerkt en ontvankelijk is voor zover de bezwaren zich richten tegen het concessiebesluit.

### **Het horen ex artikel 7:13, derde lid, Awb**

Op 1 september 2015 is door de commissies (gezamenlijk) een hoorzitting gehouden. Tijdens de hoorzitting zijn belanghebbende(n) en een vertegenwoordiging van GS in de gelegenheid gesteld hun standpunten nader toe te lichten. Van het horen is een verslag gemaakt dat bij dit advies is gevoegd.

### Overwegingen van de commissie

Veolia stelt dat haar inschrijving ten onrechte door GS als ongeldig is aangemerkt. GS stellen zich op het standpunt dat de inschrijving ongeldig is omdat Veolia een aanvullende exploitatiebijdrage heeft gevraagd van meer dan € 3.000.000,00. De commissie stelt vast dat in de aanbestedingsleidraad (de Leidraad) hierover het volgende is opgenomen:

*"De Aanbestedende Dienst gaat ervan uit dat Inschrijvers een Inschrijving kunnen uitbrengen binnen de in de paragraaf I.6.1 genoemde maximale Exploitatiebijdrage van 55.500.000 euro per jaar. Mocht echter een inschrijver menen dat dit genoemde maximumbedrag voor hem onvoldoende is om een besteksconforme Inschrijving te kunnen doen, dan kan hij in zijn Inschrijving verzoeken om een aanvullende Exploitatiebijdrage van maximaal 3.000.000 euro per jaar. Het gaat om één aanvullend bedrag dat Inschrijver jaarlijks bovenop het genoemde maximumbedrag wenst te ontvangen. Dit dient ingevuld te worden in het standaardformulier J.17 (zie bijlage J.17).*

*Een Inschrijver die verzoekt om een aanvullende Exploitatiebijdrage komt in beginsel niet voor gunning in aanmerking. Indien de Aanbestedende Dienst binnen het genoemde maximumbedrag van 55.500.000 euro per jaar één of meer geldige Inschrijvingen ontvangt, zal zij alleen die Inschrijving(en) in haar beoordeling betrekken. Inschrijvingen waarin een aanvullende Exploitatiebijdrage wordt gevraagd, worden dan niet in behandeling genomen.*

*Indien echter de Aanbestedende Dienst binnen het gestelde maximumbedrag géén geldige Inschrijving ontvangt, zal alsnog een beoordeling plaatsvinden van Inschrijving(en) waarin een aanvullende Exploitatiebijdrage wordt gevraagd."*

Ook is in de Leidraad, in paragraaf I.4.2, onder meer neergelegd dat inschrijvingen volledig moeten voldoen aan de eisen als neergelegd in het Bestek (waaronder dus ook de eisen als neergelegd in de Aanbestedingsleidraad). In paragraaf I.4.3 is aangegeven dat een inschrijving die niet voldoet aan de voorwaarden van paragraaf I.4.2 ongeldig kan worden verklaard.

De commissie constateert dat Veolia in haar inschrijving om een hogere aanvullende Exploitatiebijdrage heeft verzocht dan de op grond van de aanbestedingsleidraad maximaal toegestane € 3.000.000 per jaar.

In samenhang gelezen, kunnen voornoemde passages en bepalingen uit de Leidraad naar het oordeel van de commissie niet anders worden begrepen dan dat GS de inschrijving van Veolia, nu zij hierin om een hogere aanvullende Exploitatiebijdrage heeft verzocht dan de op grond van de aanbestedingsleidraad maximaal toegestane € 3.000.000 per jaar, ongeldig konden verklaren. Uit de overgelegde stukken en het verhandelde op de hoorzitting is de commissie niet gebleken dat GS van deze bevoegdheid geen gebruik mochten maken, zeker niet nu uit jurisprudentie (o.a. CBb, 15 juli 2011, Vz. Rb. Zwolle 28 april 2004, artikel 2.22.1 ARW 2012) blijkt dat uit het beginsel van gelijke behandeling volgt dat de discretionaire bevoegdheid van GS in deze nihil is.

Naar het oordeel van de commissie heeft Veolia daarnaast niet aangetoond dat zij als gevolg van deze tegenwerking niet geldig kon inschrijven. Op het terrein van spoorvervoer – het onderdeel waarop alle klachten van Veolia bij de ACM zien - was Veolia zelfs de goedkoopste inschrijver. De commissie is voorts niet gebleken dat een dergelijke tegenwerking automatisch betekent dat er een onvoldoende eerlijk level playing field is geweest en dat er sprake is van een onrechtmatige aanbesteding.

Veolia stelt dat er geen sprake is geweest van een eerlijke mededinging. Enerzijds omdat Veolia tijdens de aanbestedingsprocedure is tegengewerkt door de NS. Deze laatste organisatie heeft volgens Veolia, in strijd met de Spoorwegwet, desgevraagd geen adequaat aanbod gedaan voor noodzakelijke voorzieningen. Anderzijds door de discriminatoire vraagstelling vanuit de Provincie Limburg. Deze vraagstelling was naar de aard in het voordeel van NS en Abellio. Volgens Veolia is de onderhavige aanbestedingsprocedure onrechtmatig en dient een heraanbesteding plaats te vinden.

Artikel 67 Spoorwegwet bepaalt dat de NS aan andere aanbieders van spoorvervoer die daarom verzoeken een redelijk aanbod doen voor het ter beschikking stellen van diensten en noodzakelijke voorzieningen, tegen kostengeoriënteerde tarieven en onder voorwaarden die de mededinging niet beperken. Zowel Veolia alsook Arriva zijn voor een aantal noodzakelijke diensten dus aangewezen op de NS. In deze bevinden zij zich in een identieke positie. De commissie overweegt dat door Veolia niet is weersproken dat ook Arriva last heeft gehad van de tegenwerking van de NS. Daarnaast is van de zijde van Veolia niet aangetoond dat de positie van Arriva in deze wezenlijk anders is dan die van Veolia. De commissie overweegt dat GS geen enkele invloed hebben op het aanbod dat de NS beide organisaties heeft gedaan. Aan GS als aanbestedende dienst kan het gedrag van de NS dan ook niet toegerekend worden. Met de tegenwerking is ook geen onrechtmatig handelen van de aanbesteder gemoeid.

Tussen partijen staat vast dat NS en Abellio zich schuldig hebben gemaakt aan ernstige beroepsfouten. De commissie constateert dat GS naar aanleiding hiervan Abellio hebben uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Hiermee is naar het oordeel van de commissie de benadeling van Veolia en Arriva opgeheven en de inhoud van het besluit d.d. 6 maart 2015 van ACM voor de verdere aanbestedingsprocedure niet meer van belang. Na de uitsluiting van Abellio is immers alleen nog maar aan de orde of er een voldoende level playing field was tussen beide overgebleven inschrijvers. Ondanks dat het op de weg van Veolia heeft gelegen, heeft deze naar het oordeel van de commissie niet aannemelijk gemaakt dat er op enigerlei wijze sprake is geweest van oneerlijke mededinging c.q. een ongelijk level playing field tussen Veolia en Arriva.

Voorts is de commissie niet gebleken – ook niet op grond van de door bezwaarmaker ingebrachte jurisprudentie - dat GS op grond van een geschreven dan wel ongeschreven rechtsregel bij een dergelijke tegenwerking verplicht zijn tot heraanbesteding.

Wat de vermeende discriminatoire vraagstelling betreft, constateert de commissie dat Veolia zich vooral gediscrimineerd voelt ten opzichte van NS en Abellio. Na uitsluiting van Abellio is naar het oordeel van de commissie niet meer aan de orde of Abellio eventueel een voordeel had in de aanbesteding. De commissie is daarnaast van mening dat, ondanks dat dit op haar weg heeft gelegen, Veolia niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij benadeeld is door de vraagstelling van de aanbestedende dienst.

Op grond van het bovenstaande, de overgelegde stukken en het verhandelde ter hoorzitting komt de commissie dan ook tot de conclusie dat niet is gebleken dat GS onrechtmatig hebben gehandeld en verplicht waren om over te gaan tot heraanbesteding.

#### **Advies**

De Adviescommissie bezwaarschriften Provincie Limburg en de Commissie van Advies voor Bezwaarschriften en Klachten Provincie Gelderland adviseren om de bezwaren van Veolia Transport Limburg B.V. alsmede Veolia Transport Brabant N.V. d.d. 20 maart 2015 en 23 juni 2015:

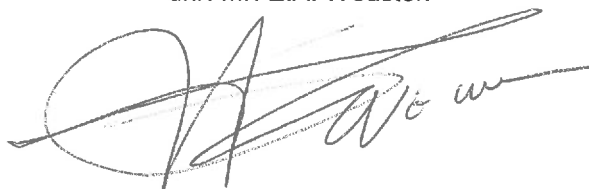
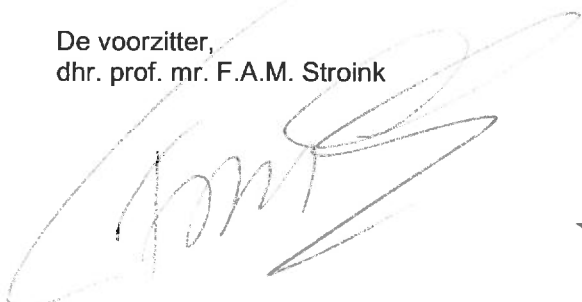
- niet ontvankelijk te verklaren voor zover ze gericht zijn tegen de besluiten tot gunning,
- niet ontvankelijk te verklaren voor zover gericht tegen het besluit van 10 maart 2015 van GS Limburg, mede genomen namens GS Gelderland, inhoudende de verlening van de Concessie aan Abellio, en
- voor het overige ongegrond te verklaren.

Aldus vastgesteld op 1 september 2015 door de heer prof. mr. F.A.M. Stroink (voorzitter), de heer mr. dr. J.L.W. Broeksteeg (lid) en de heer mr. drs. J.J.J. Sillen (lid).

De Adviescommissie bezwaarschriften Provincie Limburg,

De voorzitter,  
dhr. prof. mr. F.A.M. Stroink

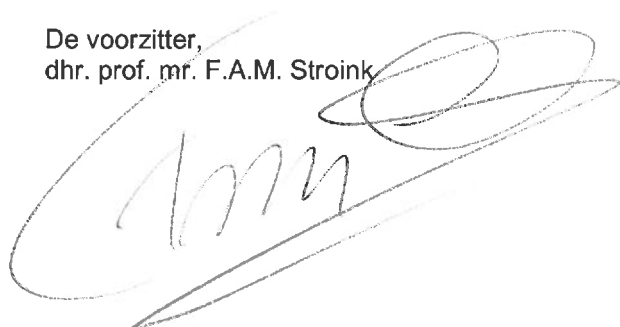
De secretaris,  
dhr. mr. E.A. Weusten



en

De Commissie van Advies voor Bezwaarschriften en Klachten Provincie Gelderland,

De voorzitter,  
dhr. prof. mr. F.A.M. Stroink

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read 'F.A.M. Stroink', written over a horizontal line.

De secretaris,  
mw. mr. L.A. Sluiter

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'L.A. Sluiter', written over a horizontal line.