

NOTITIE

Aan: Algemeen Bestuur Regio Utrecht
Van: Portefeuillehouder Gerritsen
Datum: 12 december 2011
Inzake: Aanbesteding concessies OV Regio Utrecht

1 Inleiding

De aanbesteding concessies OV Regio Utrecht staat geagendeerd op de agenda van het algemeen bestuur op 14 december 2011. Deze notitie is bedoeld om u te informeren over het proces tot nog toe en het vervolg.

2 Het proces tot nu toe: korte terugblik

De openbare aanbesteding

- 2.1 Het BRU heeft vorig jaar een openbare aanbesteding gehouden. In die aanbesteding vroeg BRU van inschrijvers onder meer een concept leasecontract voor 218 bussen met een periode van 12 jaar. Het leasecontract moet na afloop van de aanbestede concessie overgaan op de opvolgende concessiehouder. BRU heeft in het bestek strikte eisen gesteld, onder meer om de opvolgende concessiehouder te beschermen en om bij de aanbesteding van een opvolgende concessie een 'level playing field' te waarborgen.
- 2.2 Op de aanbesteding hebben Connexxion en Qbuzz ingeschreven. Dat was in september 2010.
- 2.3 Bij de beoordeling van de inschrijvingen heeft BRU vastgesteld dat zowel Connexxion als Qbuzz een leasecontract had overgelegd dat niet voldeed aan de eisen van het bestek. BRU heeft toen beide inschrijvers verzocht de gebreken in het leasecontract te herstellen. Beide inschrijvers hebben aan dat verzoek binnen enkele dagen voldaan.
- 2.4 Vervolgens heeft BRU de herstelde inschrijvingen beoordeeld en heeft zij de concessie gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving¹: Qbuzz
- 2.5 Dat gunningsbesluit is onderwerp geweest van een voorlopige voorziening procedure bij de Voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

¹ Als een opdracht wordt gegund op basis van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI), wordt niet alleen naar de prijs gekeken, maar wordt eveneens veel waarde gehecht aan kwalitatieve criteria

- 2.6 In een uitspraak van 3 februari 2011 heeft de Voorzieningenrechter het gunningsbesluit geschorst. De Voorzieningenrechter oordeelde dat BRU de inschrijvers niet in de gelegenheid had mogen stellen de gebreken in hun inschrijvingen te herstellen. BRU had volgens de Voorzieningenrechter, zoals het bestek ook voorschrijft, moeten besluiten beide inschrijvingen terzijde te leggen, waarna beide partijen (voorlopig) in rechte beoordeeld zouden kunnen krijgen of die terzijdeleggingen al dan niet terecht waren. (Uitspraak 1)
- 2.7 BRU heeft de uitspraak van de Voorzieningenrechter ter harte genomen. Zij heeft besloten, zoals het bestek inderdaad voorschrijft, beide inschrijvingen ongeldig te verklaren en terzijde te leggen.
- 2.8 In haar besluit inzake ongeldigheid van 1 maart 2011 heeft BRU de eerder door haar geconstateerde gebreken nader geconcretiseerd en expliciet benoemd van welke bestekseisen het door elk van de inschrijvers ingediende leasecontract afweek.
- 2.9 Connexion en Qbuzz hebben bezwaar gemaakt tegen de ongeldigverklaring van de inschrijvingen. Het dagelijks bestuur is op 23 maart 2011 gemandateerd door het algemeen bestuur om een adviescommissie aanbesteding in te stellen. De commissie bestond uit drie onafhankelijk deskundigen die tot dat moment niet waren betrokken bij de aanbesteding. Deze commissie heeft het dagelijks bestuur geadviseerd de primaire besluiten van 1 maart 2011 te handhaven. Het dagelijks bestuur heeft dit advies gevolgd.
- 2.10 Het besluit van BRU om de primaire besluiten van 1 maart 2011 te handhaven, hebben Connexion en Qbuzz in beroep bestreden, maar met de uitspraken van het CBb van 15 juli 2011 is de ongeldigheid van beide inschrijvingen in rechte komen vast te staan. (Uitspraak 2)

Onderhandelingsprocedure

- 2.11 Daarmee stond ook vast dat de oorspronkelijke openbare aanbesteding niet meer kon leiden tot verlening van de concessie. Hoe nu verder?
- 2.12 BRU heeft de voorkeur gegeven aan een onderhandelingsprocedure boven een nieuwe aanbesteding omdat de in de openbare procedure ontvangen inschrijvingen grotendeels voldeden aan haar verwachtingen en slechts op enkele punten afweken van het bestek. Deze inschrijvingen vormden dan ook een goede basis voor een onderhandelingsprocedure, waarin de inschrijvers de gebreken in hun inschrijving konden herstellen.
- 2.13 Op 27 juli 2011 heeft BRU Connexion en Qbuzz uitgenodigd voor de onderhandelingsprocedure. In een bijlage bij die uitnodiging heeft BRU aangegeven op welke wijze de gebreken in de oorspronkelijke inschrijving konden worden hersteld.
- 2.14 BRU heeft de inschrijvers voor dat herstel drie weken gegeven.

- 2.15 In die drie weken heeft Connexxion een groot aantal (98) vragen gesteld over de onderhandelingsprocedure. BRU heeft al die vragen steeds binnen enkele dagen beantwoord. Ook is Connexxion naar aanleiding van de onderhandelingsprocedure een civiel kort geding gestart. Op 10 juli 2011, zes dagen voor de sluitingstermijn van de onderhandelingsprocedure (16 juli 2011), heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht Connexxion niet-ontvankelijk verklaard. (Uitspraak 3)
- 2.16 Uiteindelijk heeft Connexxion geen gebruik gemaakt van de door BRU geboden kans om een gewijzigd leasecontract over te leggen. Qbuzz heeft wel een gewijzigd leasecontract overgelegd. BRU heeft dat leasecontract getoetst en heeft vastgesteld dat het voldoet aan de door BRU gestelde eisen.
- 2.17 BRU heeft dus in het kader van de onderhandelingsprocedure één geldige inschrijving ontvangen, die van Qbuzz. BRU heeft op 29 augustus 2011 besloten de concessie te verlenen aan Qbuzz. Connexxion en Arriva hebben beiden de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening treffen, in die zin dat het bestreden besluit wordt geschorst.
- 2.18 De voorzieningenrechter van het CBb heeft op 3 november 2011 geoordeeld dat BRU aan alle voorwaarden heeft voldaan om een onderhandelingsprocedure te starten en dat BRU juist heeft gehandeld door alleen de oorspronkelijke inschrijvers, Connexxion en Qbuzz, toe te laten tot de onderhandelingsprocedure. (Uitspraak 4)
- 2.19 Mede omdat inschrijvers reeds veel inzicht hebben verkregen in elkaars inschrijvingen, zijn de onderhandelingen beperkt tot het herstellen van de gebreken in de oorspronkelijk inschrijvingen. Het was de inschrijvers niet toegestaan andere onderdelen van hun inschrijving aan te passen. De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat het uitsluitend bieden van de gelegenheid de gebreken in eerdere, ongeldige inschrijvingen te herstellen, niet als onderhandelen kan worden aangemerkt. De voorzieningenrechter is van oordeel dat BRU de inschrijvers de gelegenheid had moeten bieden een geheel nieuwe inschrijving te doen. De voorzieningenrechter heeft het bestreden besluit geschorst.

3 Welke wegen kunnen we inslaan?

- 3.1 Voor het vervolg van de concessieverlening liggen twee mogelijkheden voor de hand.
- 3.2 De eerste mogelijkheid is vervolgen van de onderhandelingsprocedure met (uitsluitend) Connexxion en Qbuzz en conform de uitspraak van de rechter de onderhandeling breder in te steken opdat mededinging mogelijk is. Met andere woorden, de beide inschrijvers moeten de kans krijgen om een geheel nieuwe bieding in te leveren. Bij een onderhandelingsprocedure mag het bestek niet wezenlijk wijzigen.

- 3.3 De tweede mogelijkheid is een geheel nieuwe Openbare Europese Aanbesteding te starten, waarbij een wezenlijke wijziging van het bestek wel is toegestaan (en mogelijk zelfs verplicht is).
- 3.4 In beide gevallen geldt dat BRU in ieder geval nog het besluit tot gunning aan Qbuzz zal moeten herroepen. Tevens zal BRU de gehouden onderhandelingsprocedure moeten intrekken.
- 3.5 Tegen een herroeping van het concessiebesluit staat voor belanghebbenden bezwaar en beroep open. Gelet op de uitspraak van de voorzieningenrechter van het CBb lijkt de kans op bezwaar en beroep evenwel klein.
- 3.6 Na herroeping van het gunningsbesluit en intrekking van de onderhandelingsprocedure, zal BRU een beslissing moeten nemen over het verdere gunningsproces. BRU is daarbij - uiteraard binnen de wettelijke kaders - vrij in haar keuze voor een nieuwe aanbestedingsprocedure.
- 3.7 Uit de rechtspraak volgt dat de beslissing om een bepaalde aanbestedingsprocedure te volgen geen besluit is, zodat tegen die beslissing geen bezwaar en beroep open staat. De keuze voor een bepaalde aanbestedingsprocedure kan wel aan de orde komen in bezwaar- en beroepsprocedures gericht tegen een gunningsbesluit dat uit de gevolgde aanbesteding voortvloeit.

4 Vervolgen onderhandelingsprocedure

- 4.1 Een onderhandelingsprocedure waarbij Connexion en Qbuzz de gelegenheid moeten krijgen een geheel nieuwe inschrijving te doen, is feitelijk een nieuwe aanbesteding met twee partijen zonder de mogelijkheid het bestaande bestek te wijzigen.
- 4.2 Een variant in de onderhandelingsprocedure zou zijn om zonder een nieuwe inschrijving in overleg met beide partijen tot een verdeling van de opdracht te komen. Deze of een vergelijkbare variant is wettelijk niet toegestaan.
- 4.3 De voordelen van vervolgen van de onderhandelingsprocedure zijn:
- Continuïteit/koersvastheid: de door het dagelijks bestuur ingezette lijn om een onderhandelingsprocedure te volgen, wordt doorgezet;
 - De voorbereidingstijd voor een onderhandelingsprocedure is korter dan de voorbereidingstijd voor een geheel nieuwe openbare aanbesteding;
- 4.4 De nadelen van het heropenen van de onderhandelingsprocedure zijn:
- De inschrijvers hebben veel inzicht verkregen in elkaars biedingen, waardoor het risico aanwezig is dat Qbuzz BRU zal betichten van onrechtmatig leuren. Connexion

weet precies hoe groot en op welke punten zij achterstand heeft op Qbuzz. Dit nadeel was in een eerder stadium een reden om de onderhandelingen te beperken tot het herstellen van de gebreken.

- Er is een kans op collusie tussen beide vervoerbedrijven. Beide vervoerbedrijven *kunnen* in een onderhandelingsprocedure, waarbij een geheel nieuwe inschrijving gedaan mag worden, samenspannen. Dit samenspannen *kan* leiden tot een ongunstige prijs en is juridisch niet toegestaan.
- De meer- en minderwerkregeling met het vervoersaanbod van 2010 als basis in het huidige bestek uit voorjaar 2011, valt voor BRU nu ongunstig uit. Dit omdat als gevolg van de verlaging van de BDU-inkomsten vanuit het Rijk het voorzieningenniveau per dienstregeling 2012 en in de komende jaren naar beneden moet worden aangepast. Hiertoe heeft het AB ook besloten in het kader van de besparingsmaatregelen 2011-2014. Met deze regeling leidt een budgetdaling van ongeveer 15% tot een verlaging van het vervoeraanbod met ruim 20%. Omdat bij een onderhandelingsprocedure het bestek niet wezenlijk mag worden gewijzigd, kan deze ongunstige regeling niet worden aangepast.
- Bij een onderhandelingsprocedure waarbij de partijen een nieuwe bieding mogen doen, is de kans aanwezig dat de partijen een hogere prijs aanbieden. Het inbouwen van een budgetplafond is niet mogelijk door het verbod op een wezenlijke wijziging van het bestek.

5 Nieuwe Europese openbare aanbesteding

5.1 Om een nieuwe Europese openbare aanbesteding te starten, moet de lopende procedure worden stopgezet. De nieuwe procedure moet een wezenlijke wijziging ten opzichte van de lopende procedure bevatten en staat weer voor alle marktpartijen open voor mededinging naar de opdracht.

5.2 De voordelen van een nieuwe openbare Europese aanbesteding zijn:

- Verlaging van de BDU is bij een heraanbesteding makkelijker op te vangen dan bij een onderhandelingsprocedure (zoals schrappen kostenverhogende bepalingen, inbouwen budgetplafond en een vervoeraanbod op basis van een lagere BDU voorschrijven).
- Aanpassing van het bestek zoals de concessieduur, de omvang van de concessie, de meer- en minderwerkregeling en de leaseconstructie is mogelijk. Een samenvoeging van de provinciale concessie met de concessies van het BRU is niet mogelijk omdat de concessie van de provincie Utrecht pas in december 2016 eindigt.

- De marktspanning is door een toename van de potentiële concurrentie groter. Naast de vervoerbedrijven Connexxion en Qbuzz, kunnen ook de andere in binnen- en buitenland actieve vervoerbedrijven meedingen naar de opdracht.
- 5.3 Het nadeel van een nieuwe openbare Europese aanbesteding is een langere voorbereidingstijd dan bij het opnieuw starten van de onderhandelingsprocedure.

6 Tijdsplanning

- 6.1 Het bestaande bestek gaat uit van een implementatieperiode van 14 maanden. Beide inschrijvers hebben aangegeven dat deze periode, gezien de materieelvoorwaarden en de daarbij bijbehorende boete en bonus bepaling, krap is. De huidige concessies zijn met een jaar verlengd tot december 2012. Dit wringt. Bij een onderhandelingsprocedure is een wezenlijke wijziging van het bestek niet toegestaan, dus ook geen kortere implementatieperiode, waardoor het niet mogelijk is de concessie te verlenen per december 2012. Een verlenging van de huidige concessies met vier (4) maanden is derhalve noodzakelijk.
- 6.2 Een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure (zonder gerechtelijke procedures) heeft een doorlooptijd van minimaal 5 à 6 maanden. Na de aanbestedingsprocedure rest nog maximaal 6 maanden voor implementatie tot expiratie van de huidige concessies. Dit is zeer kort gezien de omvang van de concessie. Het is wenselijker om een implementatieperiode van minimaal 12 maanden te hanteren. Dat betekent eveneens een verlenging, tussen de zes (6) en twaalf (12) maanden, van de huidige concessie.
- 6.3 De concessie van Connexxion zou oorspronkelijk aflopen in december 2011. Eerder dit jaar is de concessie verlengd met een jaar, dus tot december 2012. Die verlenging was toegestaan op grond van artikel 47 van de Wet personenvervoer 2000.
- 6.4 De concessie zelf biedt geen mogelijkheden voor een (verdere) verlenging, en de enige mogelijkheid die de Wp2000 biedt (artikel 47) is reeds volledig benut. Dat betekent dat het 'verlengen' van de concessie van Connexxion in feite alleen mogelijk is door aan Connexxion een nieuwe concessie te verlenen voor de overbruggingsperiode december 2012 - december 2013.
- 6.5 Bij verlening van een nieuwe concessie is het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) van (overeenkomstige) toepassing. Op grond van het Bao dient in beginsel een openbare of niet-openbare procedure te worden gevolgd. In bepaalde gevallen mag echter ook een procedure van gunning door onderhandelingen worden gevolgd. Bij deze procedure is niet vereist dat met meerdere partijen wordt onderhandeld. Onderhandse (één op één) gunning behoort dus tot de mogelijkheden.
- 6.6 Belanghebbenden kunnen een onderhandse gunning in rechte aanvechten. Echter, BRU staat voor een voldongen feit. Om voldoende mededinging te waarborgen in een nieuwe

aanbesteding is de tijd te kort om in december 2012 een opvolgende concessiehouder te laten starten met de exploitatie.

6.7 Bovendien is goed mogelijk dat concurrerende vervoerders een verlenging niet in rechte zullen aanvechten, indien reeds een nieuwe aanbesteding is aangekondigd. Daarbij geldt dat het risico op een rechtszaak zal toenemen, naarmate de duur van de verlenging langer is.

6.8 Er is thans, na eerste ambtelijke verkenningen geen aanleiding te veronderstellen dat een concurrerend vervoerbedrijf zich tegen een dergelijke overbruggingsperiode zal gaan verzetten.

6.9 Ambtelijk is bij Connexxion verkend hoe zij denken over een tweede verlenging. Connexxion is zeker genegen de concessie ook in 2013 uit te voeren.

7 Welke weg gaan we inslaan?

7.1 Het dagelijks bestuur neemt op 19 december 2011 een besluit over de vervolprocedure. Zij zal in haar overwegingen om tot een besluit te komen de uitkomsten meenemen van de behandeling in het algemeen bestuur op 14 december 2011 van de aanbesteding concessies OV Regio Utrecht .