

Onderzoek aanbestedingen Openbaar Vervoer in Noord-Brabant

Datum

19 maart 2007

Colofon:**tekst:**

Provincie Noord-Brabant
Onderzoekscommissie Aanbestedingen concessies Stads- en Streekvervoer

Contactgegevens:

mw. P.F.L. Feimann
Griffie - Provincie Noord-Brabant
Brabantlaan 1
5200 MC 's Hertogenbosch
Telefoon (073) 681 2687
pfeimann@brabant.nl

Vormgeving omslag:

Studio van Elten

Drukwerk omslag:

OBT, Leiden

Drukwerk binnenwerk:

Provincie Noord-Brabant

Bestellingen via Servicecentrum:

Telefoon (073) 681 2525

Inhoudsopgave

1	Inleiding	5
1.1	Voorgeschiedenis en aanleiding tot het onderzoek	5
1.2	Wettelijk kader van het onderzoek	6
1.3	Instelling van de onderzoekscommissie	6
1.4	Opdracht aan de onderzoekscommissie	6
1.5	Uitvoering van het onderzoek	7
	Leeswijzer	8
2	Aanbestedingsprocedures: feiten, analyse en evaluatie	9
2.1	Eerste aanbestedingsprocedure, fase voorbereiding maart 2004 – maart 2005	9
2.2	Eerste aanbestedingsprocedure, fase gunning april 2005 – juli 2005	13
2.3	Eerste aanbestedingsprocedure, fase implementatie juli 2005 – oktober 2005	14
2.4	Tussen eerste en tweede aanbestedingsprocedure, periode oktober 2005 – december 2005	15
2.5	Tweede aanbesteding fase voorbereiding januari 2006 – april 2006	18
2.6	Tweede aanbesteding fase gunning april 2006 – juni 2006	19
2.7	Tweede aanbesteding fase implementatie juli 2006 – oktober 2006	24
2.8	Relaties met actoren in beide aanbestedingen	27
3	Conclusies en aanbevelingen	31
3.1	Context	31
3.2	Algemeen beeld	32
3.3	Onderzoeksconclusies	33
3.4	Aanbevelingen	35
	Bijlagen	39
	Bijlage 1 Instellingsbesluit	41
	Bijlage 2 Onderzoeksopdracht	42
	Bijlage 2 Onderzoeksopdracht	43
	Bijlage 3 Verantwoording	45
	Bijlage 4 Lijst van geïnterviewde en gehoorde personen	49
	Bijlage 5 Kaartbeeld concessiegebieden eerste aanbesteding	51
	Bijlage 6 Kaartbeeld concessiegebieden tweede aanbesteding	52
	Bijlage 7 Arrest LJN: AY3951, Rechtbank Haarlem , 124763/KG ZA 06-238	53
	Bijlage 8 Woordenlijst en lijst van gebruikte afkortingen	57

1 Inleiding

1.1 Voorgeschiedenis en aanleiding tot het onderzoek¹

De Provincie Noord-Brabant is op grond van de Wet Personenvervoer 2000 verantwoordelijk voor het stads- en streekvervoer op haar grondgebied (exclusief het gebied van het Samenwerkingsverband Regio Eindhoven). Voor het openbaar vervoer is in die Wet een concessiestelsel ingevoerd, waarbij aan Gedeputeerde Staten² de bevoegdheid van concessieverlening is toegekend (artikel 20). Gedeputeerde Staten dragen tevens zorg voor de coördinatie en afstemming van het openbaar vervoer (artikel 21).

Daarbij is bepaald dat de concessieverlener bevoegd is subsidies te verstrekken voor het in een concessie omschreven openbaar vervoer (artikel 22). Ten behoeve van die subsidieverlening ontvangen Gedeputeerde Staten jaarlijks van de Minister van Verkeer en Waterstaat een rijksbijdrage voor openbaar vervoer.

Tot 1 januari 2004 waren GS bevoegd voor het stads- en streekvervoer met uitzondering van het gebied van de Stadsregio Eindhoven (SRE) en de steden Breda, 's-Hertogenbosch en Tilburg. Per 1 januari 2004 hebben 's-Hertogenbosch en Breda hun bevoegdheid voor het stadsvervoer verloren en met ingang van 1 januari 2007 Tilburg. Ingevolge een daartoe strekkend besluit van de hiervoor genoemde Minister is die bevoegdheid overgedragen aan GS. Met het oog op de afloopdatum van diverse hierboven genoemde concessies besluiten GS in maart 2004 te starten met de voorbereiding van het via een Europese openbare aanbesteding verlenen van nieuwe concessies vanaf 1 januari 2006.

Na het doorlopen van de gebruikelijke stappen in een aanbestedingsproces besluiten GS op 5 juli 2005 tot een voorlopige gunning van de vijf onderscheiden percelen. Tevens besluiten GS tot de terzijdelegging van de gecombineerde offerte van de BBA m.b.t. de percelen 1 en 3 wegens overschrijding van het structureel beschikbare budget. Op 11 juli ontdekt het projectteam een invoerfout in het rekenprogramma. Op 15 juli wordt deze fout door GS hersteld en wordt opnieuw voorlopig gegund.

Naar aanleiding van bezwaren van de BBA doen achtereenvolgens het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) en de provinciale Hoor- en Adviescommissie (HAC) in oktober 2005 uitspraak over het gunningproces. Beide concluderen dat de gevolgde procedure op het punt van transparantie te kort schoot. Externe juridische adviseurs adviseren GS de aanbestedingsprocedure te staken en een nieuwe aanbesteding te starten. Het College trekt daarop in november 2005 haar besluit van 15 juli in. GS geven de directie E&M de opdracht een evaluatie uit te voeren en een nieuwe aanbestedingsprocedure voor te bereiden.

Opnieuw worden alle gebruikelijke stappen in een aanbestedingsproces doorlopen. Op 27 juni 2006 gunt het College de concessies aan Connexxion en Hermes. Beide vervoerders geven kort voor dit moment aan dat zij bij jaarlijkse afrekening niet gehouden willen worden aan de door hun geoffreerde zgn. meerwerkfactor. Uiteindelijk leiden de problemen hierover tot de terugtrekking

¹ conform de considerans van het onderzoeksvoorstel

² in dit rapport verder aangeduid met: GS of College (van GS)

van beide vervoerders als concessiehouders. De tijd vóór deze terugtrekking wordt gekenmerkt door:

- acties en stakingen van buschauffeurs wegens de onzekerheid over hun positie;
- onzekerheid bij reizigers die door de acties en stakingen van vervoer verstoken bleven;
- een provinciebestuur dat onder vuur ligt en dat ernstig rekening houdt met een dreiging van geen openbaar vervoer na 10 december.

Op 24 oktober sluiten de vervoersbedrijven en de provincie een akkoord dat inhoudt dat Connexxion en Hermes de concessies niet gaan uitvoeren en dat het College van GS de concessies verleent aan Arriva en BBA/Veolia.

Terugkijkend op dit proces en met inachtneming van de taken van Provinciale Staten³ (kaderstellen en controleren) zijn PS unaniem voorstander van een onderzoek naar de aanbesteding in het openbaar stads- en streekvervoer met als doel daar lering uit trekken. Dit op voorstel van de fractie van de SP.

1.2 Wettelijk kader van het onderzoek

Het onderzoek vond plaats in het kader van artikel 151a t/m e van de Provinciewet. Hierin is geregeld dat PS op voorstel van één of meer van hun leden een onderzoek kunnen instellen naar het door Gedeputeerde Staten of de Commissaris van de Koningin gevoerde bestuur. In de Verordening op het Onderzoeksrecht van Provinciale Staten (PS 78/06) zijn ten opzichte van artikel 151 van de Provinciewet nadere regels met betrekking tot deze onderzoeken gesteld.

1.3 Instelling van de onderzoekscommissie

Bij besluit van 15 december 2006, nr. PS 79/06 B, zie bijlage 1, gaan PS over tot instelling en benoeming van de onderzoekscommissie en tot opdrachtverstrekking. Als leden zijn benoemd de heer G.P.J.H.M. Coonen (CDA), de heer F.J.M. Stoffels (VVD), de heer J.G. Arkes (PvdA), de heer N. Schouten (SP) en mevrouw S. Schokker (GL). Uit hun midden koos de Commissie de heer Stoffels tot voorzitter. De commissie is begeleid door de griffier, twee medewerkers van de griffie en een communicatie-adviseur. De commissie is ondersteund door een drietal medewerkers van de ambtelijke organisatie.

1.4 Opdracht aan de onderzoekscommissie

De opdracht aan de onderzoekscommissie, opgenomen in bijlage 2, komt in de kern op het volgende neer:

“Deze commissie onderzoekt de gang van zaken rond de eerste aanbesteding van het stads- en streekvervoer van 2005 en de nieuwe aanbesteding van 2006. In dit onderzoek betreft zij in elk geval de procedures rond aanbesteding en besluitvorming, de informatie aan de Statenleden en zoveel andere informatie als voor een goed begrip noodzakelijk is. Doel van het onderzoek is, naast het verkrijgen van duidelijkheid, het voorkomen van fouten in de toekomst.”

Het onderzoek moet de volgende vragen beantwoorden:

- Is de aanbesteding van het stads- en streekvervoer verlopen volgens de Europese regels voor openbare aanbestedingen zoals vastgelegd in Besluit Aanbesteding Overheidsopdrachten en volgens de Wet Personenvervoer 2000?

³ In dit rapport verder aangeduid met: PS

- Is de provincie Noord-Brabant toegerust voor het uitvoeren van een proces als de aanbesteding in het openbaar vervoer?
- Zijn de handelingen en/of besluiten door GS op grond van de beschikbare en/of bekende informatie tijdig, juist en adequaat geweest?
- Tot welk resultaat heeft de aanbesteding exact geleid? Was een beter resultaat mogelijk geweest indien GS op bepaalde punten anders gehandeld of besloten had?

De onderzoekscommissie heeft de begrippen ‘tijdig, juist en adequaat’ geïnterpreteerd als de aanduiding voor de effectiviteit van de handelingen en/of besluiten door GS: bereiken GS wat zij willen bereiken. Overigens merkt de onderzoekscommissie ter toelichting op dat deze interpretatie niet zover gaat dat ook de beleidsmatige component van het handelen/besluiten is onderzocht. Dit zou onderwerp zijn van beleidsevaluatie.

1.5 Uitvoering van het onderzoek

De uitvoering van het onderzoek wordt beschreven in de verantwoording (zie bijlage 3). In grote lijnen komt de uitvoering van het onderzoek op het volgende neer.

In eerste instantie is in deskresearch het gehele besluitvormingsproces gereconstrueerd. Deze reconstructie is gecompleteerd en verdiept in de interviews (achter gesloten deuren) met 23 in- en externe betrokkenen en in openbare verhoren van vier GS-leden en de secretaris van GS. Bijlage 4 bevat van deze personen een opgave van de namen en functies ten tijde van de aanbestedingsprocedures. Na de verhoren is een fase ingetreden, waarin alle verkregen feiten zijn geanalyseerd en geëvalueerd. Ten slotte is dit rapport tot stand gekomen. Het is in het kader van hoor en wederhoor in concept voorgelegd aan het College van GS met het verzoek dit te bezien op feitelijke onjuistheden en/of omissies van feiten, waar de onderzoekscommissie geen weet van zou hebben.

Blijkens de reactie ging het merendeels om een gewenste verduidelijking van de tekst. Daarin is voorzien.

Leeswijzer

Het onderzoeksrapport is als volgt opgebouwd.

In hoofdstuk 2 worden de twee aanbestedingstrajecten volgens een vast stramien beschreven.

Elk aanbestedingstraject is onderscheiden in drie fasen, gekoppeld aan data van besluitvorming van GS.

1. voorbereidingsfase (par. 2.1 en par. 2.5)
2. gunningfase (par. 2.2 en par. 2.6)
3. implementatiefase (par. 2.3 en par. 2.7).

De periode tussen beide aanbestedingstrajecten in is apart beschreven (par. 2.4).

Elke paragraaf kent twee subparagrafen: in de eerste worden de feiten weergegeven en in de tweede een analyse en evaluatie die per fase uitmondt in een conclusie.

Daarna volgt in hoofdstuk 2 onder 2.8 een paragraaf waarin specifiek ingegaan wordt op de relaties van GS met actoren in beide aanbestedingen: de vervoerders (par. 2.8.1), de andere concessieverlenende steden Breda, Tilburg en Den Bosch (par. 2.8.2) en PS/Commissie EMG (par. 2.8.3).

In hoofdstuk 3 zijn de conclusies en aanbevelingen geformuleerd. Allereerst wordt de context van de aanbestedingstrajecten kort weergegeven: de provinciale ambities, het wettelijke kader, de marktontwikkelingen (par. 3.1). Dan volgt een algemeen beeld, zoals de onderzoekscommissie dat heeft gedestilleerd uit haar onderzoek (par. 3.2). Dit vormt, samen met de bevindingen uit hoofdstuk 2, het perspectief van waaruit de onderzoekscommissie antwoord geeft op de onderzoeksvragen (par. 3.3) en aanbevelingen formuleert (par. 3.4).

In de bijlagen zijn achtergronddocumenten ondergebracht, twee kaartbeelden van de concessiegebieden, een overzicht van personen die geïnterviewd en gehoord zijn en een woordenlijst/lijst van gebruikte afkortingen.

2 Aanbestedingsprocedures: feiten, analyse en evaluatie

In de uitvoering van haar opdracht is de onderzoekscommissie chronologisch te werk gegaan. Na een paragraaf, waarin kort de voorgeschiedenis is weergegeven, doorloopt dit hoofdstuk van het rapport in hoofdlijnen achtereenvolgens de eerste en de tweede aanbestedingsprocedure en gaat het specifiek in op het handelen van GS. Ten slotte besteedt dit hoofdstuk aandacht aan het aspect dat gedurende de gehele onderzochte periode speelt: de relaties met andere actoren.

Wat ging aan de eerste aanbestedingsprocedure vooraf?

De concessies voor het openbaar vervoer zijn in 2001 verleend aan de BBA. In westelijk Noord-Brabant gebeurde dit via onderhandse aanbesteding en in oostelijk Noord-Brabant via openbare aanbesteding (met uitzondering van de steden Breda, Tilburg, 's-Hertogenbosch en het SRE-gebied d.w.z. de regio Eindhoven). De concessieduur is vier jaar: van 1 januari 2002 tot en met 31 december 2005. In de concessiebeschikking is opgenomen dat, wanneer GS van mening zijn dat de uitvoering voldoende heeft bijgedragen aan de provinciale beleidsdoelstellingen, de concessie met maximaal twee jaar verlengd kan worden, overeenkomstig het bepaalde in par. 3.1 van het Programma van Eisen. In dit artikel is bepaald dat in dat geval de concessieverlener (i.c. GS) voor 1 april 2004 een overleg start met de concessiehouder. In algemene termen is vastgelegd welke aspecten GS betrekken in hun afweging.

GS hebben die aspecten laten monitoren door een extern adviesbureau, dat zich daarbij heeft gebaseerd op de BBA-jaarrapportage 2002 en de BBA ontwikkelingsagenda's voor 2002, 2003 en 2004.

2.1 Eerste aanbestedingsprocedure, fase voorbereiding maart 2004 – maart 2005

2.1.1 Feitenrelas fase voorbereiding maart 2004 – maart 2005

Op 5 maart 2004 informeert de portefeuillehouder de Commissie EMG dat, afhankelijk van de uitkomsten van de monitor m.b.t. de uitvoering van de concessies door de BBA, het College van GS op 23 maart 2004 een voorstel zal bespreken om de concessies al dan niet te verlengen. In een besloten deel van die vergadering geeft de portefeuillehouder aan dat uit de eerste evaluatie van de marktwerking blijkt dat vooral van de afgesproken ontwikkelfunctie te weinig terecht is gekomen. Het is tijd voor nieuwe scherpere spelregels in het kader van de sturing. De BBA is in een nieuwe aanbestedingsronde een potentiële kandidaat, gelijkwaardig aan alle andere kandidaten.

Op 15 maart 2004 bespreekt de Commissie EMG in een vertrouwelijke bijeenkomst de notitie "Formele positie Provincie bij concessieverlening in relatie tot de ontwikkelfunctie". De portefeuillehouder beoogt de Commissie een rol te geven in de voorbereiding van het GS-besluit: "dit is het meest geschikte moment om inbreng te leveren". In deze vergadering wordt gesproken over:

- het nog op te stellen Programma van Eisen
- succes- en faalfactoren
- de druk op de ambtelijke organisatie
- de financieel noodzakelijke concessie-omvang (in relatie tot het bestaansrecht van vervoerders)
- de mogelijke fasering en perceelsomvang.

Aan het slot van de vergadering concludeert de voorzitter dat er een "algemene overweging" is voor één aanbesteding in twee percelen.

Op 23 maart 2004 nemen GS het besluit de bestaande concessies niet te verlengen en één grote aanbesteding te starten voor het stads- en streekvervoer in Noord-Brabant (uitgezonderd het SRE-gebied) met ingang van 1 januari 2006. De BBA tekent tegen het niet verlengen bezwaar aan. De steden, met name Tilburg, geven aan niet gelukkig te zijn met het GS-besluit.

In het voorjaar van 2004 treft de ambtelijke organisatie voorbereidingen voor het opstarten van de aanbestedingsprocedure. Tegelijk speelt het faillissement van het MTI-Oss.

Op 14 september 2004 wordt het bezwaarschrift van de BBA (tegen het GS-besluit van 23 maart 2004) gedeeltelijk gegrond verklaard. Dit besluit is gebaseerd op het standpunt van de HAC. Deze acht het niet juist dan wel niet redelijk:

- dat GS niet tevoren overleg hebben gepleegd over de wijze waarop de resultaten en de uitkomsten van de inspanningen van de concessiehouder gemeten worden, wat wel is vastgelegd in de concessiebeschikking;
- dat de BBA wordt afgerekend op oorspronkelijke doelstellingen, waar deze in overleg naderhand zijn bijgesteld;
- dat de BBA wordt afgerekend op onvoorziene omstandigheden zoals bezuinigingen bij het Rijk, onhaalbare uitgangspunten van de concessie en tussentijdse wijzigingen van de provinciale beleidsdoelstellingen.

Het College van GS besluit om in overleg met de BBA te komen tot een aanvullende monitor. De BBA werkt onder protest mee, maar tekent nog dezelfde dag tegen dit besluit beroep aan bij het CBB.

Op 17 september 2004 bespreekt de portefeuillehouder met de Commissie EMG het rapport dat accountantskantoor Deloitte heeft uitgebracht over het faillissement van het MTI-Oss. Naar aanleiding van dit rapport concludeert het College dat de voorbereiding van de nieuwe concessies vraagt om de inzet van meer financiële en juridische expertise. Het aanbestedingsteam wordt in het najaar van 2004 met financiële expertise uitgebreid. Ook de organisatiestructuur vergt aanpassing. Het College vertaalt dit in het Plan van Aanpak Beheer Concessies dat ten behoeve van deze vergadering van de Commissie EMG ter kennisneming is toegezonden. In dit plan van aanpak wordt ook beknopt het voorbereidingstraject van de concessieverlening aangegeven (de planning van documenten en besluitvorming).

Op 24 september 2004 is er bestuurlijk contact tussen de BBA en de portefeuillehouder. In dit contact roept de BBA de provincie op om verder te praten over verlenging van de concessie gekoppeld aan het afzien/temperen van haar beroepszaak. Hier gaat de portefeuillehouder niet op in. Tegelijkertijd spelen discussies over de taakstellende bezuinigingen van het Rijk voor de lopende concessies (€ 1,9 mln).

Op 8 oktober 2004 bespreekt de Commissie EMG op haar verzoek alsnog het plan van aanpak. De Commissie maakt zich namelijk zorgen of het verstandig is om de concessies in één keer aan te besteden, gelet op de gewenste kwaliteit van het Programma van Eisen en de druk op het ambtelijk apparaat (n.a.v. de rechtgangprocedures van de BBA en de situatie rond het MTI). De Commissie neemt echter geen duidelijke standpunten in. De planning van het College, zoals die aan de Commissie EMG is voorgelegd, gaat op dat moment uit van het vaststellen van alle voorbereidingsdocumenten per eind december 2004. De gunning zou dan in juni 2005 afgerond kunnen zijn.

Op 12 oktober 2004 stellen GS de ‘Consultatienota Programma van Eisen Openbaar Vervoer’ vast. Deze Consultatienota wordt toegezonden aan de Commissie EMG, aan de steden die tot dan toe hun eigen concessie verleenden (Breda, ’s-Hertogenbosch en Tilburg), aan alle overige gemeenten in de onderhavige concessiegebieden en aan het Reizigers Overleg Brabant (ROB). De vervoerders worden formeel niet om advies gevraagd.

Op 12 november 2004 bespreekt de Commissie EMG de Consultatienota, en discussieert met name over de kaderstelling. Vanuit de Commissie wordt opgemerkt dat het, gezien het tijdpad, niet mogelijk is om volgens de normale procedures nog vooraf kaders te stellen. Ook wordt aandacht gevraagd voor het omgaan met marktrisico’s. De discussie binnen de Commissie over de status van het stuk (PS-voorstel of besprekstuk) is reden voor de Commissie EMG om het opnieuw te agenderen voor de vergadering van 10 december.

Op 23 november 2004, na het gereed komen van de aanvullende monitor, besluiten GS hun besluit van 14 september 2004 op het bezwaarschrift van de BBA in te trekken, maar handhaven het besluit van 23 maart 2004 om te komen tot de nieuwe aanbestedingsprocedure voor de periode vanaf 1 januari 2006. De BBA dient op 29 december tegen dit besluit een aanvullend beroepschrift in bij het CBb.

Op 10 december 2004 bespreekt de Commissie EMG de status van de Consultatienota in relatie tot kaderstelling door PS. De portefeuillehouder zegt toe een visie openbaar vervoer op te stellen die zal worden toegevoegd aan het PVVP+. De Commissie zal deze tegelijk met het Programma van Eisen krijgen toegestuurd. Commissieleden uiten hun zorg over de kwaliteit en de werkdruk in relatie tot het krappe tijdpad. Deze signalen blijven onbeantwoord.

In januari en februari 2005 worden adviezen ontvangen in reactie op de Consultatienota. In de voorbereidingsfase is in het najaar nader advies gevraagd aan accountantskantoor Deloitte over de Consultatienota, gelet op de ervaringen met het MTI-Oss. Half december wordt dit advies in conceptvorm doorgesproken met de verantwoordelijke manager. De oplevering van het advies volgt in februari 2005. Het advies, dat uitvoerig ingaat op de beschikbare voorbereidingsdocumenten en op het belang van transparantie, roept er dringend toe op nadere adviezen te vragen op juridisch en financieel terrein.

In aanvulling hierop zijn op ad hoc basis adviezen gevraagd aan het advocatenkantoor Van der Eerden en Van Leeuwen, de provinciale huisadvocaat. Het ging daarbij om de juridische aspecten die te maken hebben met de koppeling van het bestuursrecht (Algemene Wet Bestuursrecht) aan het privaatrecht (Aanbestedingsrecht). Beide juridische kaders zijn belangrijk binnen de Wet Personenvervoer 2000. Het interne aanbestedingsteam is dan inmiddels uitgebreid met een intern juridisch adviseur.

Ook de overige adviezen worden in de loop van januari en februari 2005 ontvangen. De adviezen gaan verder dan “een enkele opmerking”: er blijkt meer tijd nodig dan oorspronkelijk gepland om de aanbestedingsdocumenten op te stellen.

Op 1 maart 2005 stelt het College van GS het Concept-Programma van Eisen vast. De ontwikkelingsfunctie is geen onderdeel meer van de concessie. De provincie trekt deze functie naar zich toe. Er volgt een ronde besprekingen, waaronder met de Commissie EMG op 18 maart 2005. De relatie naar de kaderstelling is via een soort noodverband gelegd met twee notities: OV-Visie en Basisvoorzieningenniveau.

In *februari en maart 2005* wordt (ambtelijk) nog steeds volop onderhandeld met de BBA over de beroep- en bezwaarprocedures, over de bezuinigingen en over de uitvoering van de lopende concessies. De BBA pleit voor een fasering van de aanbesteding van de concessies. De provincie beoogt het intrekken van de beroep- en bezwarenprocedures om de weg vrij te maken voor de openbare aanbesteding. In april 2005 leiden de onderhandelingen niet tot overeenstemming vanwege een niet te overbruggen financieel verschil. De BBA meldt bij brief van 16 april 2005 de beroepen in te trekken en geen procedure te starten voor de concessie Breda Stad. De BBA wil zich richten op de aanbesteding van de nieuwe concessies.

Op *29 maart 2005* stellen GS de aanbestedingsdocumenten vast.

2.1.2 Analyse en evaluatie fase voorbereiding maart 2004 – maart 2005

In lijn met het gebleken draagvlak in de Commissie EMG hebben GS besloten tot een ambitieuze aanpak van de aanbestedingen. Inhoudelijk blijkt deze ambitie uit het aanbesteden van heel Brabant in één keer. Planmatig blijkt de ambitie uit de beoogde datum van publicatie van de aanbestedingsdocumenten en uit de beoogde ingangsdatum van de nieuwe concessies. GS hebben de planning in de voorbereidingsfase bijgesteld om alle inbreng van actoren te kunnen verkrijgen en verwerken, en om de financiële en juridische kwaliteit te verbeteren.

De concessies aan de BBA voor het streekvervoer liepen tot 2006, met een optie tot verlenging van twee jaar. Het besluit hierover moest op 1 april 2004 genomen zijn. GS hebben op 23 maart 2004 ervoor gekozen het gehele openbare stads- en streekvervoer waartoe GS bevoegd zijn, opnieuw in één keer aan te besteden. Er was een ambtelijk advies om dit niet in één keer te doen, om zo ruimte te creëren voor lering van het aanbesteden van openbaar vervoer. Ook de steden hebben het advies afgegeven niet alles in één keer aan te besteden. De Commissie EMG heeft in een vertrouwelijke vergadering, zonder schriftelijke voorbereiding op dit punt, overwegingen meegegeven om wel in één keer aan te besteden. GS noch de commissie EMG hebben in de besluitvorming ruimte ingebouwd om de BBA eerst te horen voordat een besluit wordt genomen.

Op het moment van het besluit van 23 maart 2004 lijkt er volop tijd te zijn om de eerste aanbesteding voor te bereiden. Na het faillissement van het MTI-Oss, en de adviezen die naderhand zijn uitgebracht, leren GS in het najaar van 2004 dat de voorbereiding van de aanbesteding specifiek gestructureerd moet worden, waarbij brede kennis (juridisch, financieel) nodig is. Projectorganisatie en planning worden in het najaar aan de Commissie EMG voorgelegd. De aangegeven planning komt in de praktijk in de knel. Het gehele traject tot aan de gunning staat voor de ambtelijke organisatie erg onder tijdsdruk, met name de verwerking van adviezen. In de planning is geen rekening gehouden met mogelijke bezwaarschriften ná de gunning en de gevolgen daarvan. De implementatietijd die vervoerders nodig hebben, is naar de mening van de onderzoekscommissie te rooskleurig ingeschat.

Concluderend meent de onderzoekscommissie dat het College van GS onnodige risico's heeft ingebouwd in de opzet van de eerste aanbestedingsprocedure door:

- voor geheel Brabant in één keer aan te besteden;
- een te krappe tijdplanning te hanteren;
- een grote druk te zetten op het uit te voeren werk.

Tevens concludeert de onderzoekscommissie dat Gedeputeerde Staten in de aanpak geen rekening hebben gehouden met het bestaan van deze risico's.

2.2 Eerste aanbestedingsprocedure, fase gunning april 2005–juli 2005

2.2.1 Feitenrelaas fase gunning april 2005 – juli 2005

Op 29 maart 2005 besluiten GS formeel tot Europese aanbesteding, en worden de aanbestedingsdocumenten (waaronder het Programma van Eisen inclusief bestek) definitief vastgesteld. De provincie besluit dat de vervoerder met de “economisch meest voordelige aanbidding” de concessie gegund krijgt om zowel de kwaliteit (voor 15%) als de prijs (voor 85%) mee te laten wegen.

Op 14 april 2005 vindt, zoals voorgeschreven, publicatie van de aanbesteding plaats in het supplement Europees Blad⁴. Op 27 april volgt een informatiedag voor potentiële inschrijvers. Eén van de cruciale elementen in de stukken is het rekenmodel waarin meerdere factoren, waar onder een efficiencyfactor, een belangrijke rol spelen. De aanbestedingsstukken leveren veel vragen op. De provincie besluit aanvullende externe juridische adviezen in te winnen. Die volgen binnen een week.

Vanaf 4 mei 2005 worden drie Nota's van Inlichtingen vastgesteld en verzonden. Zelfs na die tijd ontvangen GS nog een vraag van een vervoerder over manipulatiemogelijkheden binnen het rekenmodel. De provincie legt deze vraag terzijde, omdat deze te laat is ingediend. Naar later blijkt is hiermee wat als signaal bedoeld was, vanuit een formele opvatting terzijde gelegd.

Op 7 juni 2005 stellen GS de selectie- en gunninghandleiding vast en deponeren deze bij een notaris. Er is een onder- en bovengrens, waarbinnen de aanbidding zich zou moeten bewegen. De gegadigden voor de concessies leveren op 8 juni hun biedingen in. Vanaf 15 juni 2005 roept het gunningsteam de hulp in van de huisadvocaat van de provincie om het gunningproces juridisch te begeleiden.

Op 5 juli 2005 komt het College tot een voorlopig gunningbesluit voor de percelen 1 t/m 5⁵. De gecombineerde offerte van de BBA op de percelen 1 en 3 wordt terzijde gelegd met een beroep op art. 12.1 van het Programma van Eisen. Via een persbericht brengen GS het besluit naar buiten. Het persbericht meldt dat er ook een aanzienlijk financieel voordeel is behaald en dat de provincie ruim budget overhoudt voor ontwikkelingsprojecten (de vernieuwing van het openbaar vervoer). Twee dagen later vinden gebruikelijke nazorggesprekken plaats met alle inschrijvers.

Op 11 juli 2005 ontdekt de provincie een fout in de doorrekening van de offertes. Opnieuw buigen GS zich over de concessieverlening, en besluiten in een extra vergadering op 15 juli 2005 alle besluiten te handhaven met uitzondering van die over perceel 5. Dit perceel wordt alsnog voorlopig toegewezen aan Arriva (i.p.v. aan Hermes). Het tweede nazorggesprek is op 18 juli 2005.

⁴ Nr. 2005/S 73-070651

⁵ Perceel 1 West-Brabant: Connexion Openbaar Vervoer NV
Perceel 2 Breda-Oosterhout-Utrecht: Arriva Touring/Taxicentrale Renesse
Perceel 3 Midden-Brabant (muv concessie Tilburg-Goirle tot einddatum 1-7-2007 bij BBA): Connexion Openbaar Vervoer NV
Perceel 4 Meijerij: Hermes
Perceel 5 Oost-Brabant: Hermes
Zie ook het kaartbeeld in bijlage 5

2.2.2 Analyse en evaluatie fase gunning april 2005 – juli 2005

Er is in dit stadium gekozen voor een eng juridische benadering, een bijna technische operatie. Opmerkelijk is in dit verband dat in het eigenlijke gunningproces het College van GS volledig buitenspel staat. Sterker nog: heeft geaccepteerd dat het door de ambtelijke organisatie buitenspel is gezet, zoals verklaard in de interviews. Voor het College was aan het einde van dit proces uitsluitend de rol weggelegd om de uitkomsten ervan formeel te bekrachtigen in casu om te zetten in een (gunning)besluit.

Er zijn juridische en financieel-technische externe adviezen ingewonnen, waarbij vraagtekens geplaatst kunnen worden waarom niet vooraf, zeker gezien de jonge wetgevingstrajecten, gekozen is voor second opinions (wat in de tweede aanbesteding wel het geval is geweest).

De bieding van BBA op de gecombineerde percelen 1 en 3 is te kenschetsen als een bieding waarin bewust de grenzen van het rekenmodel zijn opgezocht om het “economisch meest voordelige” aanbod neer te leggen. Artikel 12.1 van het Programma van Eisen is gehanteerd als grond voor het terzijde leggen. De argumentatie voor deze terzijdelegging wordt later door de rechter als onvoldoende transparant beoordeeld.

Concluderend meent de onderzoekscommissie dat het gunningproces in de eerste aanbestedingsprocedure te zeer is opgevat als een technische ambtelijke exercitie. De afstand tussen GS en ambtelijke organisatie heeft een afweging van belangen tijdens de besluitvorming over de gunning in de weg gestaan. Overigens lijkt dit, zij het minder uitdrukkelijk, ook voor de tweede aanbestedingsprocedure te hebben gegolden.

2.3 Eerste aanbestedingsprocedure, fase implementatie juli 2005 – oktober 2005

2.3.1 Feitenrelas fase implementatie juli 2005 – oktober 2005

Op *15 juli 2005* dagvaardt de BBA in kort geding GS bij de civiele rechter (niet ontvankelijk). Er volgt een zomer(vakantie)periode waarin de BBA een bezwaarschrift indient bij de HAC en om een voorlopige voorziening vraagt bij het CBB.

Op *25 augustus 2005* geeft de juridisch adviseur zijn opvatting af over de kans dat de BBA (op onderdelen) gelijk krijgt. Het is op dat moment duidelijk dat het rekenmodel ruimte biedt voor manipulatie van de gunninguitkomst en dat de gekozen aanpak tijdens de gunning om op basis van artikel 12.1 van het Programma van Eisen de bieding van de BBA terzijde te leggen, niet met zekerheid overeind blijft. In het verweerschrift t.b.v. het bij de rechter ingestelde beroep wordt verdedigd dat terecht artikel 12.1 is gehanteerd: vrijwel het volledige budget aan beschikbare middelen voor 2006 zal opgaan aan het openbaar vervoer voor de percelen 1 + 3.

Op *29 augustus 2005* vindt een extra vergadering plaats van de Commissie EMG. In die vergadering praat de portefeuillehouder de Commissie bij over de procedure tot dan toe, en in dat verband ook over de gemaakte rekenfout. Deze maakte het immers noodzakelijk de voorlopige gunningbesluiten, die GS op 5 juli 2005 genomen hadden, gedeeltelijk bij te stellen op 15 juli 2005. De gehele Commissie EMG stemt in met een evaluatie van procesgang en selectiekeuze van de eerste aanbestedingsprocedure.

Op 6 september 2005 besluiten GS de definitieve besluitvorming over de concessieverlening uit te stellen, in afwachting van de uitspraak van het CBb. GS accepteren de consequenties: vanaf 1 januari 2006 zullen zeer waarschijnlijk de nieuwe concessiehouders nog niet rijden. GS geven opdracht nu reeds gesprekken te starten over overbruggingscontracten met de BBA en Area (vervoer Oss) voor de periode vanaf 1 januari 2006 tot het tijdstip waarop de nieuwe concessiehouders de exploitatie ter hand kunnen nemen.

Op 17 oktober 2005 volgt de uitspraak van het CBb: het besluit van 15 juli 2005 van GS met betrekking tot de terzijdelegging van de gecombineerde aanbidding (voor de percelen 1 en 3) wordt geschorst met als reden: onvoldoende transparantie van de procedure die heeft geleid tot uitsluiting op grond van art. 12.1 van het Programma van Eisen. Vlak nadien, namelijk op 31 oktober, adviseert de HAC aan GS over het bezwaarschrift van de BBA tegen het terzijde leggen van de offerte voor de percelen 1 en 3. Het advies komt erop neer het bezwaarschrift om dezelfde reden gegrond te verklaren.

2.3.2 Analyse en evaluatie fase implementatie juli 2005 – oktober 2005

De onderzoekscommissie stelt vast dat het College van GS in deze fase actief heeft gehandeld. GS besloten op 6 september om overbruggingscontracten te verkrijgen, omdat de mogelijkheid heel reëel was dat als gevolg van de lopende bezwaar- en beroepprocedures er per 1 januari 2006 geen bussen meer zouden rijden. Het College van GS informeerde ook vóór deze datum de Commissie EMG.

Er moet bij worden aangetekend dat zoals blijkt uit de daaropvolgende gebeurtenissen (zie paragraaf 2.4.1), de voorbereiding van die contracten erg lang op zich heeft laten wachten en zelfs dusdanig lang, dat het College van GS de contracten op het nippertje (d.w.z. in de laatste GS-vergadering van 2005) heeft kunnen respectievelijk heeft moeten vaststellen.

Concluderend stelt de onderzoekscommissie vast dat het College van GS in deze fase van de eerste aanbestedingsprocedure, althans eind augustus/begin september, tijdig, juist en adequaat heeft gehandeld.

2.4 Tussen eerste en tweede aanbestedingsprocedure, periode oktober 2005 – december 2005

2.4.1 Feitenrelaas periode oktober 2005 – december 2005

Daags na de uitspraak van 17 oktober 2005 van het CBb (zie paragraaf 2.3.1) komt deze uitspraak aan de orde in GS. Daarbij ligt een *Memo Secretaris* voor, waarin wordt gewezen op de noodzaak van een op korte termijn uit te voeren, grondige evaluatie van het aanbestedingstraject.

Op 24 oktober 2005 stuurt het College van GS een notitie naar de Commissie EMG die betrekking heeft op de actuele stand van zaken en waarin de opvattingen van GS daarover zijn verwoord. Daarin staat: “Duidelijk is in ieder geval dat een - al eerder toegezegde - evaluatie van het aanbestedingstraject op korte termijn nodig is”. En verderop in de notitie: “Een externe evaluatie van het gehele aanbestedingsproces is reeds eerder toegezegd. Over het moment en de wijze waarop deze evaluatie zal plaatsvinden, zal de Commissie EMG nog nader worden geïnformeerd”.

Op 29 november 2005 ligt in de GS-vergadering een dossier voor, waarin (onder meer) wordt voorgesteld “vast te stellen dat het aanbeveling verdient om op korte termijn het aanbestedingsproces te evalueren en deze evaluatie toe te spitsen op de toets op de technische specificaties van het rekenmodel en het maximaal gebruik maken van de ontvangen juridische adviezen in het vervolgtraject, waarbij aan de directie E&M de opdracht wordt gegeven deze evaluatie uit te laten voeren”. Met dit voorstel stemt het College in.

In november en december 2005 vindt op basis van de uitspraak van het CBb een verkenning plaats van de keuzemogelijkheden voor het vervolg d.w.z. ofwel volledig opnieuw aanbesteden dan wel doorzetten van de gunning voor de percelen 2, 4 en 5, mede aan de hand van de juridische en financiële risico's van beide. Na het inwinnen van extra externe juridische adviezen en na een eerste bespreking in GS op 22 november 2005 wordt op 28 november 2005 de Commissie EMG op verzoek van de portefeuillehouder in een extra besloten vergadering geïnformeerd. GS geven aan het voornemen te hebben om een compleet nieuwe Europese openbare aanbesteding te starten.

In deze maanden speelt ook de discussie via welke juridische constructie het overgangscontract met de BBA en Area vorm moet krijgen voor de periode van 1 januari 2006 tot 10 december 2006 d.w.z. de datum waarop de nieuwe dienstregeling van de NS voor 2007 ingaat. De keus is óf een nieuwe verlening (met de mogelijkheid om opnieuw met een jaar te verlengen) óf een éénmalige verlenging tot 1 januari 2007 (uiterste datum zonder uitlopmogelijkheden na 31 december 2006). GS besluiten op 29 november tot onderhandse verlening, maar daaropvolgend op 20 december 2005 tot éénmalige verlenging, met als consequentie dat de datum van 1 januari 2007 een fatale termijn wordt. Het GS-dossier vermeldt als reden van deze switch dat bij een verlenging de steden die tot dan toe hun eigen concessies hadden, geen inspraak behoefde te worden gegeven. De inspraak kwam gegeven de tijdsdruk niet uit. In de interviews is hier als reden aan toegevoegd het risico van bezwaar en beroep tegen een onderhandse verlening.

Op 20 december 2005 nemen GS het besluit om tot een geheel nieuwe aanbesteding te komen met ingang van 1 januari 2007. Dat betekent voor Arriva het verlies van de gunning voor de percelen 2 en 5. Arriva tekent hiertegen bezwaar en beroep aan, wat later niet-ontvankelijk c.q. ongegrond wordt verklaard. Tevens besluiten GS op 20 december tot een evaluatie van het proces (zoals eerder aan de Commissie EMG toegezegd). GS geven opdracht de evaluatie uit te voeren.

In dit chronologische overzicht van feiten past ten slotte melding te maken van de bijdrage die de BBA aan het eind van de eerste aanbestedingsprocedure op eigen initiatief aan de provincie aanreikt. Die bijdrage, vervat in een brief van 5 december 2005, komt feitelijk neer op een advies, waarmee de provincie haar voordeel kan doen bij de inrichting van de tweede aanbestedingsprocedure. De aandachtspunten hierin hebben vooral betrekking op het hanteren van een langere implementatietijd dan zes maanden en op het (om meerdere redenen) gefaseerd aanbesteden van de percelen. In dat verband wijst de BBA naar het feit dat in 2006 in meerdere provincies aanbestedingstrajecten lopen, wat een wissel trekt op de vervoerders om tot kwalitatief goede biedingen te komen.

2.4.2 Analyse en evaluatie periode oktober 2005 – december 2005

Zoals in paragraaf 2.3.1 is aangegeven heeft de Commissie EMG al eind augustus 2005 om een evaluatie van de eerste aanbestedingsprocedure verzocht. Vervolgens zegt het College/de portefeuillehouder eind oktober die evaluatie toe en besluit het College nádien - namelijk eind november - expliciet tot die evaluatie. Opmerkelijk is de formulering van het beslispunt: de noodzaak van de evaluatie is afgezwakt tot wenselijk en de aard van de evaluatie is ingeperkt. De onderzoekscommissie vindt dit niet stroken met de verwachtingen die de Commissie EMG van een evaluatie mocht hebben.

Maar ongeacht dat, meent de onderzoekscommissie dat er alle aanleiding toe was de procedure breed te evalueren en in dit verband uitdrukkelijk stil te staan bij de wijze waarop de provincies de relaties met externe partijen heeft onderhouden. Ook had zeker de planning/duur van het proces in het algemeen moeten zijn geëvalueerd, en van de implementatieperiode in het bijzonder. De onderzoekscommissie vindt het onjuist dat een zodanig brede evaluatie niet is uitgevoerd. Sterker nog: de wél opgedragen evaluatie evenmin. Het feit dat, zoals tijdens de interviews en de hoorzittingen is opgemerkt, de eerste aanbestedingsprocedure in die zin wél is geëvalueerd dat de - grotendeels inhoudelijke - leerervaringen zijn verdisconteerd in de opzet van de tweede aanbestedingsprocedure, doet daar niets aan af. Immers zodoende zijn GS en de Commissie EMG niet in de gelegenheid gesteld uitdrukkelijk stil te staan bij bijvoorbeeld de gebleken nadelige kanten van de tijdsdruk waaronder het eerste aanbestedingsproces is doorlopen. Wat dat betreft is het merkwaardig dat in het plan van aanpak van de tweede aanbestedingsprocedure d.d. 12 december 2005, dus bij voorbaat, al(weer) wordt gesteld dat de planning “zeer krap” is.

Op 6 september 2005 besluiten GS voorbereidingen te treffen voor overbruggingscontracten voor de periode vanaf 1 januari 2006. In november 2005 moeten de voorgeschreven gesprekken met belanghebbenden (concessieverleners van aanpalende gebieden en reizigersoverleg) over de concessies nog beginnen. De onderzoekscommissie meent dat GS hier tijd hebben verloren.

In de onderhavige fase is nog een andere gang van zaken opmerkelijk. De onderzoekscommissie doelt dan op de verlening dan wel verlenging van de concessies. Het was mogelijk om de bestaande concessies opnieuw onderhands te verlenen voor één jaar, met de uitloop van verlenging van maximaal 12 maanden. Op 29 november 2005 besluiten GS mede op grond van een drietal juridische adviezen voornemens te zijn tot onderhandse concessieverlening. De keuze op 20 december 2005 om toch niet tot concessieverlening over te gaan, maar om de bestaande concessies met één jaar te verlengen, heeft tot effect dat 1 januari 2007 een fatale datum wordt, waarop de concessies definitief aflopen. Deze consequentie was bekend op het moment van besluitvorming. Blijkens de interviews gaf daarbij de doorslag dat in geval van een onderhandse verlening het besluit daartoe vatbaar is voor bezwaar en beroep.

Concluderend meent de onderzoekscommissie dat het nalaten van de, ook toegezegde, evaluatie (in de breedte) onjuist is.

Tevens concludeert de onderzoekscommissie dat het College van GS bij het organiseren van de concessies voor het overbruggingsjaar 2006 tijd heeft verloren. GS hebben de eigen handelingsruimte voor het volgende aanbestedingsproces in de tijd beknot door in tweede instantie te kiezen voor verlengen in plaats van verlenen.

2.5 Tweede aanbesteding fase voorbereiding januari 2006 – april 2006

2.5.1 Feitenrelaas fase voorbereiding januari 2006 – april 2006

Op 20 december 2005 nemen GS kennis van het Plan van aanpak voor de tweede aanbesteding. De interne evaluatie van het eerste aanbestedingsproces is verwerkt in de aanpak. De borging van de juridische kwaliteit krijgt vorm door de inhuur van externe specialistische expertise en door het inzetten van een nieuw aanbestedingsteam, bestaande uit eigen medewerkers die met succes hun inbreng hebben gehad in het PPS A59-project. Daarnaast komt er een adviesgroep van externe deskundigen (vervoerskundig, juridisch, financieel).

Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt om nieuwe inzichten te verwerken in het op te stellen nieuwe programma van eisen. In ieder geval is het alleen mogelijk om opnieuw de procedure te starten als deze in belangrijke mate afwijkt van de eerdere procedure. Zo wijzigt de duur van de concessie (langere looptijd naar acht jaar), de perceelsomvang (vijf concessies binnen twee percelen⁶), en wordt de gunning gebaseerd op de laagste prijs, om het rekenmodel te vereenvoudigen en omdat de aanbiedingen in de eerste aanbestedingsprocedure zich nauwelijks onderscheidden op kwaliteit. Daarmee is de beoordeling van de aanbiedingen een stuk eenvoudiger en transparanter. De milieueisen worden aangescherpt.

Op 17 februari 2006 bespreekt de Commissie EMG de (beleids)uitgangspunten aanbestedingen openbaar vervoer⁷ vanuit haar kaderstellende rol.

In maart 2006 worden de gebruikelijke adviezen en opvattingen van betrokken derden verzameld. Hierin wordt met name gewezen op mogelijke afstemmingsproblemen door verschillen in fasering van de concessies openbaar vervoer ten opzicht van andere vervoersmodaliteiten zoals het Collectief Vraaggericht Vervoer en ten opzicht van de realisering van de Regionale Integrale Aanpak.

Begin april 2006 brengen de leden van de adviesgroep van externe deskundigen ieder afzonderlijk een advies uit. Ook deze adviezen worden verwerkt.

Op 18 april 2006 stellen GS het Programma van Eisen inclusief bestek, vast. De gunning wordt dit keer op de laagste prijs gedaan. Het Programma van Eisen bevat, als hoog ervaren, basiskwaliteitseisen waaraan elke aanbieder dient te voldoen.

2.5.2 Analyse en evaluatie fase voorbereiding januari 2006 – april 2006

In een korte tijd is volgens een strakke planning een nieuwe versie van de aanbestedingsdocumenten opgeleverd. In deze documenten zijn vele inhoudelijke, financiële en juridische lessen uit de eerste aanbesteding verwerkt. Die zaken die niet tot problemen leidden in de eerste aanbesteding, zijn ongewijzigd overgenomen, met name om daarmee de doorlooptijd van de procedure te verkorten.

⁶ Perceel 1: West-Brabant, Midden-Brabant, Breda-Oosterhout-Utrecht

Perceel 2: De Meijerij en Oost-Brabant

Zie ook het kaartbeeld in bijlage 6

⁷ EMG-0444

Concluderend stelt de onderzoekscommissie vast dat de provincie in deze fase van de tweede aanbestedingsprocedure onder hoge tijdsdruk (voor haar ambtenaren) goed werk heeft geleverd. Dit neemt niet weg dat dit kwalitatief nog beter had kunnen uitpakken, wanneer de eerste aanbestedingsprocedure voordien wél in de breedte zou zijn geëvalueerd en de ervaringen in die procedure minder selectief zouden zijn opgepakt.

2.6 Tweede aanbesteding fase gunning april 2006 – juni 2006

2.6.1 Feitenrelaas fase gunning april 2006 – juni 2006

Op *21 april 2006* ontvangt de provincie de verzoeken tot toezending van de aanbestedingsdocumenten. In tegenstelling tot de eerste aanbestedingsprocedure zijn er maar vier (grote) vervoerders die reageren. Evenals vorige keer het geval was, roept het nieuwe Programma van Eisen vragen op. In mei 2006 worden deze via twee Nota's van Inlichtingen beantwoord. De vragen en inlichtingen betreffen onder andere de werking van de zogenaamde meerwerkfactor.

Op *14 juni 2006* komt de tweede aanbestedingsprocedure in een beslissende fase, wanneer de termijn van inzending van offertes gesloten is en het gunningsteam aan de slag gaat. Het gunningsteam heeft tot taak de offertes te toetsen aan het Programma van Eisen en aan het bestek. Op basis daarvan stelt men vervolgens vast welke aanbieder de laagste prijs heeft uitgebracht en daarom voor gunning door GS in aanmerking komt.

Op *maandag 19 juni 2006* stelt het gunningsteam in deze beoordeling van offertes vast dat Connexxion en Hermes erg laag hebben ingeschreven. De lage inschrijving is het gevolg van het hanteren in de offerte van een meerwerkfactor van 0,9. Nog dezelfde dag besluit de provincie beide aanbieders uit te nodigen voor een toelichtend gesprek.

Op *dinsdag 20 juni 2006* vinden beide gesprekken plaats. Van deze gesprekken met vertegenwoordigers van Connexxion en Hermes worden geluidsopnamen gemaakt. Blijkens het transcript van het gesprek met Connexxion staan in het gesprek twee zaken centraal. In de eerste plaats gaat het om de vraag of Connexxion zich ervan bewust is dat, wanneer het meerwerk toeneemt en wanneer de geboden meerwerkfactor wordt losgelaten op het gunningmodel, de prijs van alle gereden kilometers in meerjarig perspectief procentueel sterk daalt. Connexxion realiseert zich dit, zij het in de verwachting dat dit gunningmodel tegelijkertijd d.w.z. in de praktijk niet als afrekenmodel zal worden toegepast.

Dit duidelijk zijnde spitst het gesprek zich vervolgens toe tot de vraag van het gunningsteam waar die verwachting op is gebaseerd. Immers, oorspronkelijk in het bestek en later in een aanvulling op zowel de Eerste als de Tweede Nota van Inlichtingen is uitgelegd dat het model "rigide" als afrekenmodel zal worden toegepast. Connexxion zegt die verwachting te baseren op haar opvatting dat het om een "redelijk absurd" model gaat dat als afrekenmodel in zijn effecten door de provincie manipuleerbaar is en zou leiden tot onbedoelde, onrechtvaardige effecten en van daaruit zou kunnen leiden tot situaties die voor alle partijen onaanvaardbaar zijn. Volgens het gunningsteam is het nog maar de vraag of die onbedoelde effecten voortvloeien uit het model óf het gevolg zijn van de invulling van het model door Connexxion in casu de door haar gehanteerde meerwerkfactor.

Aan het eind van het gesprek geeft de woordvoerder van Connexxion te kennen nog niet het gevoel te hebben dat "(...) wij een oplossing op tafel hebben voor wat er van onze kant uitdrukkelijk bedoeld is (...)".

Op basis van de gesprekken van 20 juni komt het gunningsteam tot de volgende concluderende interpretatie namelijk:

- dat de inschrijving weliswaar laag is;
 - maar dat de inschrijvers de doorwerking van de aangeboden waarden in het rekenmodel hebben begrepen;
 - en dat de inschrijvers overwegingen kunnen hebben gehad om bewust zo laag in te schrijven.
- Blijkens een interne notitie is de externe juridisch adviseur op 20 juni 2006 van mening dat “de huidige bieding niet gegund kan worden, omdat hier sprake is van een niet reële bieding. De bedragen zijn abnormaal laag. Niet alleen voor de inschrijvers maar ook voor de provincie is deze bieding op termijn ongewenst.”⁸ Op 22 juni 2006 is er een overleg van het gunningsteam, waarin vijf opties voorliggen. In overleg met de directeur Economie en Mobiliteit en de juridisch adviseur wordt besloten tot optie 3: het schrijven van een brief aan Connexxion (zie hierna).

Op *vrijdag 23 juni 2006* laat de provincie een brief naar beide aanbieders uitgaan in reactie op het argument van Connexxion dat het gunningmodel niet bedoeld kan zijn als afrekenmodel (in de praktijk). Met verwijzing naar de gevoerde gesprekken verzoekt de provincie Connexxion en Hermes uiterlijk dinsdag 27 juni (d.w.z. op de dag van de GS-besluitvorming) om 12.00 uur schriftelijk te laten weten “(...) indien u uw aanbieding toch niet gestand kunt of wenst te doen. Bij gebreke van een dergelijk bericht gaan wij (...) ervan uit dat u uw aanbieding onverkort en onvoorwaardelijk gestand doet”.

Op *dinsdag 27 juni 2006* reageert Connexxion mede namens Hermes per fax op de brief van 23 juni 2006. De juridisch adviseur brengt vervolgens advies uit aan GS. In de fax komt Connexxion (na gevoerd overleg tussen de juridisch adviseurs) met een andere benadering: de aanvankelijk geboden factoren zouden beschouwd moeten worden als een “kennelijke verschrijving” (woorden juridisch advies aan GS) of een “evidente verschrijving” (woorden Connexxion). Connexxion verzoekt de provincie “onze aanbieding op de bedoelde wijze mee te nemen in de beoordeling”. De juridisch adviseur van de provincie ziet dit als “een wezenlijke wijziging van de aanbieding van Connexxion” en acht de nieuwe benadering “lastig verdedigbaar” als kennelijke verschrijving. Zijn advies komt niet tot een conclusie maar spreekt over risico’s, die “bij de besluitvorming terzake dienen (...) te worden betrokken”.

Een *Memo Secretaris* van die dag aan GS bevat een uitleg van de fax van Connexxion. Voorts wordt hierin geredeneerd dat “aangezien de inschrijvingen niet zijn ingetrokken, de biedingen ongewijzigd in stand blijven”. De memo mondt uit in het advies de concessies te verlenen aan Connexxion en Hermes conform de oorspronkelijke aanbiedingen, dus met een meerwerkfactor van 0,9. GS besluiten conform. De motivatie voor het GS-besluit is dat op grond van de algemene beginselen van een eerlijke aanbesteding en op grond van de interpretatie van de toelichtingen de aanbidding niet als “irreëel” of “abnormaal laag” valt uit te sluiten. De algemene beginselen houden in dat “de gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd” (considerans nr. 46, Europese richtlijn 2004/18/EG).

Nog dezelfde dag, dus op 27 juni, gaat naar beide aanbieders een brief uit om deze van het genomen GS-besluit in kennis te stellen, onder bijsluiting van het desbetreffende gunningbesluit.

⁸ De interne notitie citeert uit een advies dat niet is aangetroffen in het dossier.

2.6.2 Analyse en evaluatie fase gunning april 2006 – juni 2006

De hiervoor beschreven gang van zaken is van cruciale betekenis geweest in de tweede aanbestedingsprocedure. Daarom heeft de onderzoekscommissie zich hier heel intensief in verdiept, in eerste aanleg aan de hand van de beschikbare stukken; in tweede aanleg door in de interviews met betrokkenen respectievelijk in de hoorzittingen met de leden van GS, aan de resterende vragen veel aandacht te schenken. Op basis van een en ander is het de onderzoekscommissie mogelijk geworden om die gang van zaken goed te evalueren.

De onderzoekscommissie neemt daarbij als vertrekpunt het besluit tot het toelichtende gesprek met Connexxion respectievelijk Hermes op 20 juni. Het is de onderzoekscommissie duidelijk geworden dat het gunningsteam in overleg met de ambtelijk opdrachtgever tot het voeren van de gesprekken heeft besloten met het oog op het onderzoek naar een mogelijk te lage bieding. Het gesprek is voorgezeten door een functionaris die de zieke projectleider verving en die, als projectleider ad interim, op dat moment pas één week in functie was.

De onderzoekscommissie zet bij een en ander uitdrukkelijk vraagtekens. In de eerste plaats is het gepast dat de provincie in deze situatie de inschrijver verzoekt “de door haar dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving” te verschaffen (artikel 37, Europese richtlijn 92/50/EG). Maar het voorschrift geeft tevens aan dat de toelichtingen van de inschrijver schriftelijk dienen te zijn. Hieraan wordt niet voldaan. In plaats daarvan wordt een geluidsopname van het gesprek gemaakt.

In de tweede plaats bepaalt dezelfde Europese richtlijn dat de aanbestedende dienst vervolgens de samenstelling van de aanbidding onderzoekt aan de hand van de ontvangen toelichtingen. De nieuwe Europese richtlijn 2004/18/EG, die verwerkt is in het Besluit Aanbesteding Overheidsopdrachten (BAO), schrijft voor dat dit onderzoek plaatsvindt “in overleg met de inschrijver”. De provincie heeft de ‘oude’ handelswijze gehanteerd door de ontvangen toelichtingen zonder nader overleg te interpreteren. Wel zijn de besprekingsverslagen van de gesprekken in overleg vastgesteld. Voor de onderzoekscommissie is op basis van de correspondentie over het verslag zichtbaar dat er verschillen bestonden in de interpretatie van het gesprek. Daarnaast heeft overleg plaatsgevonden tussen de juridisch adviseur van de provincie en de advocaat van Connexxion en Hermes. Over de inhoud van dit overleg is geen directe informatie beschikbaar.

Voor wat betreft de opzet van het gesprek met de vertegenwoordigers van Connexxion en Hermes plaatst de onderzoekscommissie ten slotte een vraagteken bij het besluit over de leiding ervan. Om reden van de onderkende juridische betekenis, met alle potentiële risico's vandien, had het naar het oordeel van de onderzoekscommissie zonder meer voor de hand gelegen dit gesprek van provinciezijde te laten voeren door de directeur.

Om een goed beeld te krijgen van de inhoud en sfeer van het gesprek op 20 juni, is het transcript ervan uitvoerig bestudeerd. Uit dit stuk kan volgens de onderzoekscommissie worden opgemaakt dat Connexxion en Hermes zich bij het opstellen van hun aanbiedingen terdege bewust zijn geweest van het algoritme van het gunningmodel, maar dat zij zich niet realiseerden dat de provincie dit algoritme in de afrekeningen onvoorwaardelijk zou hanteren. Connexxion concludeert na afloop van het gesprek dat in de aanbidding een fout is gemaakt. Nu het model wel als een afrekenmodel moet worden beschouwd kan de aangeboden meerwerkfactor voor Connexxion tot onaanvaardbare situaties leiden. Op de opmerking van Connexxion te zoeken naar een handreiking voor een oplossing, wordt niet gereageerd.

De onderzoekscommissie meent dat dit gesprek voldoende grond had kunnen zijn voor een advies aan GS de offerte van beide aanbesteders te kwalificeren als zgn. “irreële bieding” en om ze als zodanig terzijde te leggen. Ze staat hierin niet alleen. Naast de juridisch adviseur (zie het feitenrelaas) zat uitdrukkelijk ook het gunningsteam, althans in eerste aanleg, op de lijn dat beide offertes terzijde zouden moeten worden gelegd. Sterker nog: het gesprek op 20 juni had in de ogen van de onderzoekscommissie geen andere nut kunnen hebben dan als opstap voor (een advies over) de terzijdelegging. De onderzoekscommissie merkt op dat in het GS-gunningdossier aan de optie van de terzijdelegging op geen enkele manier aandacht is besteed. Zelfs het blote feit dat de juridisch adviseur deze optie bepleitte, is niet aangestipt. De onderzoekscommissie merkt dit uitdrukkelijk als omissie aan.

Overigens is wel verklaard, waarom van het advies tot terzijdelegging is afgezien c.q. uiteindelijk is volstaan met het op 23 juni schriftelijk aan Connexxion en Hermes vragen van hom of kuit. Daaraan lag de volgende redenering ten grondslag. Connexxion had in het gesprek van 20 juni te kennen gegeven dat het gunningmodel in de praktijk niet naar de letter als afrekenmodel kon worden gehanteerd, omdat het in zijn effecten door de provincie manipuleerbaar was. Op grond hiervan bestond bij GS de vrees - terecht of niet - dat, als de aanbiedingen van Connexxion en Hermes terzijde zouden zijn gelegd, de mogelijkheid bestond dat het besluit daartoe met succes gerechtelijk kon worden aangevochten, en alles misschien wel opnieuw aanbesteed zou moeten worden.

Inzoomend op de GS-besluitvorming van 27 juni d.w.z. op de stukken die toen voorlagen resp. op datgene wat de GS-leden daarover aan de onderzoekscommissie hebben verteld, valt een aantal dingen op. In de eerste plaats de datum van aanlevering van het dossier aan GS. Dit was 26 juni 2006, dus daags ervoor. De onderzoekscommissie kan zich voorstellen dat, zeker daar waar het hier gaat om een verstrekkend besluit, aan de aanleveringregels terdege de hand zou zijn gehouden. Om dezelfde reden kan de onderzoekscommissie zich voorstellen dat gegeven de aanleverdatum bij voorbaat zou zijn besloten het dossier één week later te bespreken namelijk in een extra GS-vergadering. Immers, het dossier strekte tot gunning aan Connexxion en Hermes, terwijl op het moment van aanlevering nog onbekend was hoe Connexxion en Hermes zouden reageren op de brief van 23 juni 2006.

Uit voornamelijk de verhoren van de GS-leden is gebleken dat zelfs toen de fax van Connexxion en het ambtelijke advies daarover op de GS-tafel lagen, niet is overwogen het dossier aan te houden en daarmee de gunning uit te stellen. Bij monde van enkele GS-leden was daar geen reden toe. In elk geval gold dat het College van GS niet wilde dat - naar het gevoel van GS - een spelletje met GS werd gespeeld.

Overigens hebben GS op basis van hun gunningbesluiten geen uitspraken gedaan over de follow up van die besluiten. Volgens één van de gehoorde ging het College er zonder meer van uit dat de concessies, gegeven de gunningbesluiten, onverkort zouden worden uitgevoerd.

De onderzoekscommissie meent dat de directe voorbereidingstijd van de GS-besluitvorming op 27 juni te kort is geweest. Dit meet zij af aan het feit dat, gegeven de inhoud van de fax, het ontbroken heeft aan een goed doordenken van de ontstane situatie en van de daaraan gekoppelde, zowel bestuurlijke als juridische risico's. Dit doordenken, dat nu eenmaal tijd kost, had tegenwicht kunnen bieden tegen het toen klaarblijkelijk heersende ‘gevoel’ dat er door Connexxion en Hermes een spelletje werd gespeeld resp. tegen de eveneens heersende ‘gedachte’ dat beide vervoerders de gunningen, eenmaal verstrekt, zonder meer zouden uitvoeren.

Daarmee wil de onderzoekscommissie tevens hebben opgemerkt dat het commentaar van de eigen juridisch adviseur op de kennelijke verschrijving, wellicht onder druk van de tijd, onvoldragen was. Immers, het bevatte weliswaar de ingrediënten niet in te gaan op het voorstel van Connexxion en Hermes, maar liet buiten beschouwing wat in juridische zin wél de voorkeur genoot. Een vrijwel twee maanden na dato d. w. z. op 28 augustus 2006 uitgebracht advies van de juridisch adviseur, dat ingaat op de mate van houdbaarheid van de gunningbesluiten en dat in dat opzicht als mosterd na de maaltijd te beschouwen is, maakt dit pijnlijk duidelijk. Zie het feitenrelaas bij die datum in paragraaf 2.7.1. Dit brengt de onderzoekscommissie tegelijk tot haar oordeel dat zij het collegebesluit niet voldoende overwogen vindt.

Indien de provincie niet over had willen gaan tot het terzijde leggen van de aanbiedingen van Connexxion en Hermes, dan was een actieve koers aan te bevelen geweest om via besprekingen met alle aanbieders tot een resultaat te komen. Uiteraard hadden die besprekingen dan wel binnen de algemene beginselen van een eerlijke aanbesteding dienen te zijn gevoerd. Dat dit niet op voorhand uit te sluiten is blijkt bijvoorbeeld uit jurisprudentie: de Rechtbank Haarlem droeg de Provincie Noord-Holland op om met alle inschrijvers te “onderhandelen” om tot een correcte selectie van de winnende aanbieder te komen nadat één van de aanbiedingen onregelmatig was bevonden. Die jurisprudentie was bij de provincie bekend, zij het in de context van de vraag of de provincie verplicht is inschrijvers te informeren over de inschrijvingen van anderen (zie bijlage 7).

Ten slotte merkt de onderzoekscommissie op dat het College van GS haar publiekrechtelijke besluit tot gunning qua effect lijkt te hebben verward met een privaatrechtelijke overeenkomst. In het eerste geval d.w.z. van een gunningbesluit kan, weliswaar onbedoeld, te gemakkelijk worden verondersteld dat de werkelijkheid van de ander, zoals in dit geval de fax van Connexxion, overruled kan worden. Anders gezegd, de onderzoekscommissie stelt zich op het standpunt dat het College van GS zich ervan had moeten vergewissen dat Connexxion en Hermes beseften dat zo'n besluit qua karakter een eenzijdig genomen besluit is dat niet kan worden geweigerd en dus, eenmaal genomen, niet onderhandelbaar is. Dit had, vindt de onderzoekscommissie, het beste kunnen gebeuren voorafgaand aan de besluitvorming ná ontvangst van de fax.

Het (nagelaten) alternatief zou zijn geweest dat, toen op 27 juni eenmaal het besluit was genomen, in telefonisch contact en vervolgens bevestigd in de brief aan Connexxion en Hermes, zou zijn duidelijk gemaakt dat aan het GS-besluit niet te tornen was. De onderzoekscommissie merkt dit met stelligheid op, omdat zij ervan uitgaat dat Connexxion en Hermes zich vóór en na 27 juni – vanuit hun belangen geredeneerd: begrijpelijk – vastklampten aan de hoop op een vergelijk met de provincie. Uit stukken, interviews en verhoren blijkt dat deze hoop door de provincie niet consequent de bodem is ingeslagen. Zie hiervoor met name het feitenrelaas in paragraaf 2.7.1.

Concluderend kan de onderzoekscommissie de vraag of het College van GS in deze cruciale fase van de tweede aanbestedingsprocedure tijdig, juist en adequaat heeft gehandeld, niet op alle onderdelen bevestigend beantwoorden:

- In deze fase hebben GS onvoldoende distantie en tijd genomen om tot een goed onderbouwd besluit te komen.
- GS hebben een wisseling in het management toegestaan die de continuïteit in gevaar heeft gebracht.
- GS hebben zich onvoldoende juridisch laten adviseren.
- GS hebben niet op het juiste niveau de relatie met de vervoerders onderhouden.

2.7 Tweede aanbesteding fase implementatie juli 2006 – oktober 2006

2.7.1 Feitenrelaas fase implementatie juli 2006 – oktober 2006

Na het besluit volgen de gebruikelijke nazorggesprekken en wordt het zogenaamde implementatieoverleg gestart, voor beide partijen op het niveau van uitvoering. De implementatieoverleggen vinden plaats op 5 juli, 19 juli, 2 augustus en 2 september 2006. De bankgarantie wordt ontvangen.

Op *20 juli 2006* schrijft FNV-Bondgenoten GS een brief waarin zij zich erover verbaast dat het overleg op werkgeversniveau tussen de zittende en komende concessiehouders nog niet is gestart⁹. De FNV vraagt het College een eerder gedane toezegging om daarin een initiërende rol te vervullen, na te komen. GS wijzen er in hun antwoord van 21 augustus 2006 op dat de verantwoordelijkheid geheel bij de vervoerders ligt en dat zij er alle vertrouwen in hebben dat dit overleg op gang zal komen: op 2 september was er een overleg gepland tussen vervoerders en vakbonden.

Op *21 augustus 2006* vindt de eerste vergadering plaats van GS na de zomervakantie. De stand van zaken wordt besproken. De concessiebeschikkingen zijn nog niet ondertekend terugontvangen. BBA/Veolia heeft een bezwaarschrift ingediend. Ook Connexxion en Hermes hebben (op 7 augustus) een - vooralsnog pro forma - bezwaarschrift ingediend. De provincie vraagt haar externe juridisch adviseur na te gaan welk doel het bezwaarschrift van Connexxion en Hermes heeft. Na overleg met de provincie vraagt de advocaat van Connexxion uitstel aan van de onderbouwing van het bezwaarschrift. De BBA trekt haar bezwaarschrift op 29 augustus 2006 in.

Op *28 augustus 2006* brengt de juridisch adviseur een advies uit aan de provincie. Hij constateert dat het bezwaarschrift vooral ten doel heeft te voorkomen dat Connexxion en Hermes gehouden worden aan hun oorspronkelijk gedane biedingen. Naast het bezwaarschrift zal ook de weg naar de voorzitter van College voor Beroep voor het bedrijfsleven opgegaan worden. Hij laat weten dat het, gelet op de jurisprudentie, allerm minst zeker is dat het ingenomen standpunt om Connexxion en Hermes te houden aan de oorspronkelijke gunning, bij de rechter stand zal houden. Hij concludeert dat er sprake behoort te zijn van een politieke afweging. Een second opinion van professor Wedekind d.d. 5 september bevestigt dit standpunt: “een echt koninklijke weg is thans lastig te bepalen”. De provincie moet kiezen uit twee kwaden.

Op *1 september 2006* is er op initiatief van Connexxion een telefoongesprek met de directeur E&M. Connexxion geeft aan dat er sprake is van een lastige en ongewenste situatie. Connexxion meldt dat de meerwerkfactor écht een probleem is, en zoekt mogelijkheden om niet in een juridische strijd verwickeld te raken.

Op *8 september 2006* vindt een vergadering plaats van de Commissie EMG. De uitvoering van de concessies komt niet ter sprake.

Op *12 september 2006* praten GS opnieuw over de situatie. Er ligt een ambtelijk voorstel (gebaseerd op het extern juridisch advies) om toch mee te gaan met de aanpassing van de meerwerkfactor.

⁹ Dit overleg dient volgens de wet binnen 30 dagen na gunning tot stand te komen

Het voorstel wordt aangehouden. Op 19 september 2006 vervolgen GS de afweging en nemen het besluit om onverkort vast te houden aan het eerdere besluit van 27 juni 2006.

Eind *september 2006* neemt de al eerder gesignaleerde onrust onder de buschauffeurs verder toe. De ondernemingsraden nemen contact op met de provincie. Op dat moment blijkt dat de nieuwe bussen nog niet zijn besteld.

Op *29 september 2006* vindt overleg plaats tussen de directeur E&M en de directie van Connexxion en Hermes. Er is een brief gedateerd 26 september 2006 waarin de provincie Connexxion en Hermes vraagt om schriftelijk aan te geven hoe de concessies gerealiseerd zullen worden. Deze brief is op 29 september 2006 verzonden, maar de inhoud van deze brief is wel in het gesprek betrokken. In het gesprek wisselen beide partijen standpunten en risico's uit; bespreken de gevolgen van de gang naar de rechter; en over de bereidheid van de provincie (onder voorbehoud van instemming van GS) om naar een vorm van geschillenbemiddeling te zoeken. Beide partijen spreken vertrouwen uit in de gang naar de rechter.

Op *4 oktober 2006* geeft Connexxion mede namens Hermes antwoord op de brief van GS met als strekking:

- dat op allerlei manieren zowel vooraf als ná de gunning is aangegeven dat de geoffreerde meerwerkfactor niet hanteerbaar is;
- dat op verschillende niveaus overleg is gepleegd over de ontstane situatie;
- dat GS besluiten zouden nemen over een voorstel of oplossing;
- dat nu schorsing van de gunning is gevraagd bij de voorzitter van de CBb;
- dat in het licht daarvan "...geen onverkorte implementatie van de concessies per 10 december 2006 kan plaatsvinden".

Wat de vervoerders met deze laatste zinsnede precies bedoelden, leggen zij vast in een vervolgbrief van 6 oktober: in afwachting van de uitkomst van de voorzieningenprocedure zijn zij niet bereid de zorg voor het openbaar vervoer vanaf 10 december op zich te nemen. Ze vinden het voor de hand liggen dat de 'oude' vervoerders met die zorg worden belast en willen daarvan uitgaande wel ondersteuning verlenen.

Op *9 oktober 2006* komt overleg op gang maar aanleiding van beide brieven, eerst tussen de directie van Connexxion en de directeur E&M, vervolgens met de portefeuillehouder. Doel van het overleg is het vinden van een oplossing zonder het voeren van een juridische procedure. Over de uitkomsten van het overleg dat de portefeuillehouder met Connexxion had op 9 oktober 2006, wordt gerapporteerd in een *Memo Secretaris* van 10 oktober.

Op *10 oktober 2006*, dus op dezelfde dag, ligt de *Memo Secretaris* voor in de reguliere GS-vergadering. Het voorstel is "een bestuurlijke afweging te maken" tussen óf het alsnog gunnen op basis van acceptatie van de kennelijke verschrijving óf het overgaan tot het nemen van rechtsmaatregelen. Het College van GS besluit tot dit laatste: het wil overgaan tot het aanspannen van een kort geding resp. tot het opleggen van een dwangsom (per 10 december 2006) voor elke dag dat de betrokken vervoerders in gebreke blijven.

Het College besluit tevens de Commissie EMG hierover in beslotenheid te informeren, om reden waarvan de leden van de Commissie EMG worden uitgenodigd voor een extra vergadering op woensdagavond 11 oktober 2006. Omdat geen quorum aanwezig is om een besluit te nemen over het al dan niet achter gesloten deuren vergaderen, gaat deze vergadering niet door. De Commissie EMG wordt vervolgens op vrijdag 13 oktober 2006 geïnformeerd.

Op 12 oktober 2006 belegt de provincie een spoedoverleg met alle vervoerders, die voor de concessies hadden ingeschreven, omdat de provincie ernstig betwijfelt of vanaf 10 december het busvervoer is verzekerd, rechtsmaatregelen of niet. Het overleg heeft ten doel de mogelijkheden te verkennen voor de organisatie van het busvervoer in Brabant vanaf 10 december.

Op 16 oktober 2006 demonstreren BBA-chauffeurs massaal bij en in het Provinciehuis naar aanleiding van het spoedoverleg dat die dag tussen de provincie en de vervoerders wordt voortgezet. Dit overleg, en de onrust onder de chauffeurs met werkonderbrekingen als gevolg, leidt tot verzoeken vanuit de Commissie EMG om met spoed nader te worden geïnformeerd over de gang van zaken. De Commissie EMG krijgt deze informatie op donderdagavond 19 oktober 2006 tijdens een besloten vergadering.

Op 16 oktober 2006 resulteert het spoedoverleg tussen de provincie en de vervoerders met name hierin dat Connexxion en Hermes onder voorwaarden instemmen met een intrekking van hun concessies (door het College van GS) en dat de bij het overleg betrokken vervoerders tezamen zullen zoeken naar een oplossing. De vervoerders geven zich hiervoor twee dagen de tijd. Maar op 18 oktober blijkt dat er tussen hen geen akkoord kan worden bereikt. De chauffeurs besluiten tot nieuwe stakingen. Achter de schermen duurt het overleg voort, maar een doorbraak blijft uit.

Op 23 oktober 2006 wordt op initiatief en onder druk van de vakbonden een finale poging ondernomen om de vervoerders tot overeenstemming over een oplossing te brengen. Die overeenstemming wordt in de nacht van 23 op 24 oktober bereikt en vastgelegd in een document met "finale afspraken". Deze finale afspraken strekken ertoe dat de provincie de aan Connexxion en Hermes verleende concessies zal intrekken en dat zij deze vervolgens zal verlenen aan BBA/Veolia en Arriva, onder gelijktijdige intrekking van de dan nog lopende bezwaar- en beroepsprocedures van de kant van Connexxion en Hermes resp. van de provinciale aanzegging tot het heffen van een dwangsom. Het is de bedoeling dat de finale afspraken door alle betrokken partijen d.w.z. de provincie, de vervoerders en de vakbonden, worden ondertekend.

Op 24 oktober 2006 vindt in het College van GS langdurig overleg plaats over de finale afspraken. Uiteindelijk gaan GS met deze afspraken als laatsten akkoord.

2.7.2 Analyse en evaluatie fase implementatie juli 2006 – oktober 2006

Het College van GS geeft aan dat pas in de loop van september helder wordt dat er meer aan de hand is dan een "af te wikkelen en oplosbaar geschil over de meerwerkfactor". De mededeling van Connexxion en Hermes op 4 oktober dat geen onverkorte implementatie van de concessies per 10 december 2006 kan plaatsvinden typeren GS als een "schok en omslagpunt". De onderzoekscommissie constateert dat al op 21 augustus 2006 signalen in de vergadering van GS voorlagen, die GS hadden kunnen doen inzien dat er meer aan de hand was. Bijvoorbeeld het pro forma bezwaar van Connexxion en Hermes tegen de door hen gewonnen concessies is uitzonderlijk: er is geen andere procedure bekend waar de winnende aanbieder bezwaar aantekent. Ook dat de door Connexxion en Hermes te ondertekenen concessiebeschikkingen niet retour zijn ontvangen, was op te vatten als een signaal.

Tijdens de hoorzittingen is van de kant van GS-leden naar voren gebracht dat het College n.a.v. de brief van Connexxion en Hermes van 4 oktober haar bestuurlijke rol heeft aangezet, om een oplossing van de problematische situatie te forceren.

De onderzoekscommissie ziet hiervan iets terug namelijk in het initiatief dat de provincie nam tot het voeren van overleg met de vervoerders, op 12 resp. 16 oktober. Deze overleggen waren gericht op de continuering van het openbaar vervoer per 10 december 2006. Wanneer men de feitenreeks sinds de cruciale datum van 27 juni 2006 in zijn totaliteit overziet, komt een ander beeld boven drijven. Dit beeld komt hierop neer dat de provincie vanuit een eenzijdig juridisch perspectief consequent blijft vasthouden aan haar interpretatie van het optreden van Connexxion en Hermes, aan haar besluiten van 27 juni 2006 (herhaald op 19 september 2006) en aan de onverkorte uitvoering ervan.

Ook begin oktober lijkt de provincie alleen via de rechter tot een oplossing te willen komen wanneer ze besluit tot het treffen van rechtsmaatregelen, met als doel Connexxion en Hermes te houden aan de uitvoering van de gegunde concessies. De onderzoekscommissie vindt dit besluit met dit doel markant, en dan niet alleen omdat de termijn tot 10 december, als ingangsdatum van de concessies, steeds krappere werd, maar ook om een andere reden. Rondom het moment dat het getroffen werd, had de provincie intussen al een inschatting gemaakt van haar kansen bij het CBB. Daar zou namelijk op 25 oktober 2006 het verzoek van Connexxion en Hermes tot het treffen van een voorlopige voorziening spelen. Uit het verslag van een besloten extra vergadering van de Commissie EMG kan worden opgemaakt dat de portefeuillehouder de kans het grootst acht dat de rechter de gunningen zal schorsen.

Met het perspectief van GS voor ogen is het verrassend dat het proces een totaal andere wending kreeg op 12 en 16 oktober 2006. Terwijl het overleg bedoeld was voor het vinden van een (nood)oplossing om gewaarborgd te hebben dat vanaf 10 december 2006 de busreizigers niet verstoken blijven van openbaar vervoer, is toen in de kring van de betrokken vervoerders zélf het fundament gelegd voor de definitieve oplossing. Daarmee hebben zij én uiteindelijk ook de vakbonden een belangrijke rol gespeeld in het tot stand komen van het principeakkoord.

Concluderend meent de onderzoekscommissie dat in deze periode (van de ontknoping) het optreden van GS niet uitblonk in flexibiliteit en slagvaardigheid. Het College heeft onvoldoende opengestaan voor signalen uit de omgeving, voor een andere kijk op de gang van zaken en op basis daarvan voor alternatieve oplossingen. Zij meent dat, wanneer het College zich meer bestuurlijk had opgesteld en meer initiatief had getoond om tezamen met de betrokken vervoerders uit de ontstane impasse te komen, dit getuigd zou hebben van adequater gedrag.

2.8 Relaties met actoren in beide aanbestedingen

Deze paragraaf biedt aanvullend een analyse en evaluatie van het aanbestedingsproces vanuit de optiek van de relaties met achtereenvolgens de vervoerders, de steden en PS/Commissie EMG. Deze analyse en evaluatie hebben een meer beschouwend karakter en bevatten daarom geen 'harde' conclusies.

2.8.1 De relatie met de vervoerders

Voor het maken van afspraken met derden, of het nu gaat om het geven van subsidies of het aangaan van privaatrechtelijke contracten, speelt een aantal elementen een rol. Een wat wel genoemd wordt 'zakelijke' kant: de inhoudelijke aspecten (worden beleidsdoelen beantwoord?) en

de financiële kant (voor een reële prijs) . Maar daarnaast is een belangrijke factor de relatie: heb ik een zodanige verstandhouding met de zakenpartner dat ordentelijk tot zaken is te komen.

Het feit dat de ontwikkelingstaak expliciet uit het Programma van Eisen is gehaald (eerste aanbesteding) en gehouden (tweede aanbesteding) geeft aan dat de provincie weinig vertrouwen heeft in het vermogen van vervoerders om te komen tot innovatie en kwaliteitsverbetering of zelfs zich aan contracten te houden. Deze opvatting is gebaseerd op de ervaringen in de allereerste concessie van de BBA in 2002 en 2003. De OV-Visie¹⁰ zegt:

“De opzet van de concessies in Brabant vanaf 2002, geheel ingericht volgens de liberale principes van de Wet personenvervoer, bleek niet effectief genoeg. De effecten van externe factoren op het financieringssysteem via suppletie van opbrengsten bleken de bedoelde effecten van de sturing – een vervoerder die ook in zijn eigen belang volledig gaat voor groei en kwaliteit – in hoge mate te verdringen. De vervoerders hebben in die periode niet geïnvesteerd in ontwikkeling van het vervoer, maar daarop juist bezuinigd.”

Over deze opvatting hebben beide partijen overigens geen overeenstemming bereikt.

Uit het onderzoek komt naar voren dat er geen functionele relaties bestaan bij de provincie op bestuurlijk en topambtelijk niveau met de managementtop van de vervoerders. Blijkens de uitspraken in de hoorzittingen is er zelfs sprake van een zeker wantrouwen: er wordt een spelletje gespeeld, we worden gepiepeld, we gaan als egeltjes met elkaar om. Dergelijke vermoedens worden echter niet expliciet getoetst.

De vervoerders geven overigens ook voeding aan het wantrouwen door “gebruik te maken” van de ruimte die wet en aanbestedingsdocumenten bieden voor eigen gewin.

De reactie van de provincie op het wantrouwen is een zeer formele opstelling en een juridisering van het proces. Vervoerders worden beschouwd als private aanbieders, van wie de opvattingen geen rol mogen spelen in de voorbereiding van de aanbestedingsdocumenten. Dit om elke schijn van discriminatie te vermijden. De Consultatienota voor de eerste aanbesteding en de voorbereidingsstukken voor de tweede aanbesteding zijn gestuurd naar vele betrokken instanties, maar niet naar de vervoerders. Signalen van de BBA dat het rekenmodel in de eerste aanbesteding manipuleerbaar is, worden om formele redenen terzijde gelegd (buiten de termijn ingekomen).

Toch is in de OV-Visie het belang expliciet benoemd gebruik te maken van de kennis en ervaring van de vervoerders. In de fase van het formuleren van de ambities zijn de vraagkant (provincie, gemeenten en reizigers) en aanbodzijde (vervoerders) wel met elkaar in gesprek gegaan, maar niet in de periode, waarin de stukken voor de aanbesteding werden voorbereid. Het besef van het belang van de relatie is kennelijk wel aanwezig, maar komt in het proces van aanbesteding niet tot uitvoering.

De onderzoekscommissie beschouwt deze opstelling als niet-adequaat. Een opstelling van wantrouwen is geen goede basis voor het doen van zaken. Er worden volop juridische adviezen ingewonnen van experts, maar zelfs waar deze ruimte lieten voor interpretatie en bestuurlijk handelen, is dat door GS genegeerd: de angst voor procedures van derden heeft het gewonnen, zonder dat de basis van de angst onderzocht is.

Ook naar de nabije toekomst toe kan het volharden in deze opstelling de provincie parten blijven spelen.

¹⁰ ‘OV in Brabant: Snel-Schoon-Sociaal’, vastgesteld door PS op 22 juni 2006

2.8.2 De steden Breda, Tilburg, en Den Bosch

Concessieverleners voor het stadsvervoer en belangrijke partners voor de provincie geven aan dat GS hen wel vooraf betrokken hebben bij de aanbestedingen in de adviesrol. Maar GS hebben met de steden niet tijdig en adequaat gecommuniceerd over de ontstane situaties in het openbaar vervoer, op het moment dat de aanbestedingen misliepen. Het mislopen had directe negatieve gevolgen voor het stadsvervoer.

2.8.3 PS/Commissie EMG

Het aanbesteden van het openbaar vervoer is een bevoegdheid van GS. PS kunnen vooraf kaders stellen om als richtsnoer mee te geven bij het proces, en kunnen achteraf controleren. PS hebben in de afgelopen jaren al lerend inhoud gegeven aan hun kaderstellende en controlerende rol. Op dit dossier maar ook op andere dossiers.

De Commissie EMG is zich bewust van haar rol. Dit blijkt onder andere uit een verzoek om te komen tot een provinciale visie op het openbaar vervoer (OV-Visie). Dit document zou kaderstellend zijn voor de aanbesteding door het College. Kaderstelling en opstelling van de gunningdocumenten hebben parallel plaatsgevonden, waardoor de OV-Visie feitelijk niet als kader voor het Programma van Eisen heeft kunnen dienen.

De Commissie EMG is veelvuldig geraadpleegd over keuzes die in het kader van de aanbesteding te maken waren. Deze raadpleging lijkt soms het karakter te hebben van een advies, terwijl een commissie geen adviserende rol richting het College heeft. Zo heeft de Commissie EMG aan GS met name het signaal meegegeven de ambities aangaande het openbaar vervoer in volle vaart te realiseren. Daarnaast is vooral gewezen op de belangen van zorgvuldigheid (in juridische zin) en op de belangen van de reizigers. Uit het onderzoek blijkt dat standpunten die in discussies in de Commissie EMG zijn geuit, aantoonbaar invloed hebben gehad op de besluiten die vervolgens in GS zijn genomen.

Tevens is te constateren dat de Commissie EMG met regelmaat is geïnformeerd over de voortgang van de aanbesteding. De Commissie EMG wil ook graag geïnformeerd blijven, zo blijkt uit een op initiatief van de Commissie EMG belegde commissievergadering en uit agendering van notities die ter kennisname waren aangeboden.

Het veelvuldige contact leidt tot een (te) nauwe betrokkenheid van de Commissie EMG bij het aanbestedingsproces. Het adviserend raadplegen van de Commissie EMG over het proces van aanbesteden strookt niet met de bevoegdheid die bij het College ligt, maar is te verklaren van uit een gebrek aan kaders. De veelvuldige informatieverstrekking leidt tot de vraag: wat kon de commissie in haar rol doen met de ontvangen informatie? Zonder goede kaders was controle niet goed mogelijk.

De toezeggingen van het College aan de Commissie EMG om te komen met een evaluatie van de eerste aanbesteding boden een duidelijk controlemoment. Op deze toezeggingen komen zowel het College als de Commissie EMG niet meer terug. Dit mag als leerpunt worden aangemerkt. Statenleden willen wel graag geïnformeerd blijven vanuit hun volksvertegenwoordigende rol.

3 Conclusies en aanbevelingen

In hoofdstuk 3 zijn de conclusies en aanbevelingen geformuleerd. Allereerst wordt de context van de aanbestedingstrajecten kort weergegeven: de provinciale ambities, het wettelijke kader, de marktontwikkelingen (par. 3.1). Dan volgt een algemeen beeld, zoals de onderzoekscommissie dat heeft gedestilleerd uit haar onderzoek (par. 3.2). Dit vormt, samen met de bevindingen uit hoofdstuk 2, het perspectief van waaruit de onderzoekscommissie antwoord geeft op de onderzoeksvragen (par. 3.3) en aanbevelingen formuleert (par. 3.4).

3.1 Context

Met de aanbesteding van het stads- en streekvervoer in Noord-Brabant willen GS een significante stap zetten om de ambities aangaande het openbaar vervoer te realiseren.

Deze ambities vinden hun oorsprong in het Programma Personenvervoer van Morgen uit 1999. Parallel aan de aanbesteding zijn de ambities nader ingevuld en geactualiseerd: op 22 juni 2006 is door PS de hernieuwde Visie Openbaar Vervoer (OV-Visie) vastgesteld. De Visie is geïnspireerd door regionale bijeenkomsten met burgers en partners van de provincie.

Het beeld van de huidige situatie van het openbaar vervoer is negatief. Toch wordt het openbaar vervoer een belangrijke functie toegedacht met het oog op bereikbaarheid (economisch), leefbaarheid (sociaal) en milieu (ecologie). GS beogen een omslag naar een positieve perceptie van het openbaar vervoer.

Met de Wet Personenvervoer 2000 is vanuit het Rijk het handelingskader aangereikt voor de aanbesteding van concessies voor het openbaar vervoer. Via openbare aanbestedingsprocedures moeten GS concessies 'beschikken' aan vervoerders voor het verzorgen van het openbaar vervoer gedurende een periode van maximaal acht jaar. De regels zijn nog nieuw en worden nog regelmatig bijgesteld. Er zijn diverse onzekerheden wat precies wel en niet mag of kan. Jurisprudentie hierover is nog beperkt.

Er vormt zich een nieuwe markt waarbij zowel de 120 vragende partijen wijzigen (stadsvervoer van steden naar provincie) als ook de aanbiedende partijen: een beperkt aantal bedrijven schrijft in Nederland in op de concessies en winnen deze: Arriva, BBA/Veolia en Connexxion/Hermes (de "ABC").

De praktijk van de aanbesteding leidt ertoe dat er in Nederland een arsenaal aan bussen bestaat en een arbeidspool aan chauffeurs en ander personeel. Bij het overgaan van concessies gaat een deel van het arsenaal aan bussen in een ander gebied rijden. Het personeel, vooral de chauffeurs, blijven in het eigen gebied, maar krijgen een nieuwe werkgever.

Het is in deze context dat GS volgens de regels van de Wet Personenvervoer tot concessiebeschikkingen hebben moeten én willen komen om opdracht te verlenen voor het openbaar vervoer voor de komende acht jaren.

3.2 Algemeen beeld

De onderzoekscommissie heeft een beeld gekregen hoe GS het proces om te komen tot concessiebeschikkingen hebben uitgevoerd.

1] GS en ambtelijke organisatie hebben ambitieus gewerkt aan het aanbesteden van het openbaar vervoer. De ambities waren hoog:

- In de tijd gezien: een half jaar de tijd om de aanbesteding voor te bereiden, drie maanden de tijd om aan te besteden, een half jaar de tijd om de concessiebeschikkingen te implementeren.
- In de reikwijdte van de aanbestedingen: in één keer aanbesteden voor alle stad- en streekvervoer dat onder de bevoegdheid van de provincie Noord-Brabant valt.
- In vervoerskundige zin: als opdrachtgever een gedetailleerd bestek aanbesteden dat exact definieert wat de inschrijvende vervoerders moeten leveren.
- In juridisch-procedurele zin: zuiver volgens het boekje willen werken.

GS hebben zich naar anderen en naar zichzelf gecommitteerd aan deze ambities.

De keerzijde van de ambities en het committent is dat GS zelf de handelingsruimte hebben ingeperkt voor het verdere verloop van de aanbesteding.

2] Het aanbestedingsproces is opgevat als een zakelijke uitvoeringsopgave: volgens voorschriften in wet- en regelgeving moet het ambtelijk apparaat procesmatig de handelingen behorend bij een openbare aanbesteding uitvoeren en documenten ter besluitvorming voorleggen. Om elke schijn van subjectiviteit of oneerlijke concurrentie te vermijden is daarbij een strikte interne werkverdeling doorgevoerd. Mede in het licht van de bouwfraudezaken is het proces bovendien zo ingericht dat inschrijvende partijen zo min mogelijk gelegenheid wordt geboden tot concurrentievervalsend handelen. Deze interpretatie van de regels is aan het bestuur geduid als vanzelfsprekend en onontkoombaar.

Vanuit het streven tot ‘een zuivere aanbesteding’ ontstaat als neveneffect een grote afstandelijkheid tussen provincie en vervoerders.

3] Bij de uitwerking van de aanbestedingsdocumenten blijkt dat de combinatie aan regelgeving van Wet Personenvervoer, Aanbestedingsrichtlijn en Algemene Wet Bestuursrecht geen eenduidig kader bieden: hoe je ook handelt, er is altijd onzekerheid omdat het handelen moet voldoen aan meerdere juridische kaders tegelijk. Elke beslissing van GS levert een serieus risico op dat anderen, vooral de vervoerders, bezwaar of beroep aantekenen. Gezien de ambitie om snel en aanwijsbaar resultaat te bereiken willen GS deze risico's minimaliseren. Daartoe wordt op beslismomenten uitgebreid stilgestaan bij mogelijke reacties van vervoerders op alternatieve beslissingen en vooral bij de daaraan verbonden juridische gevolgen. De opvattingen over ‘zuiver handelen bij aanbestedingen’ weerhouden GS ervan de aannames over mogelijke reacties te toetsen bij de vervoerders: er zou daardoor een schijn van onderhandelen of niet-gelijke behandeling kunnen ontstaan.

Het streven naar risicobeperking leidt tot beslissingen van GS op basis van veronderstelde reacties van anderen, die - paradoxaal - niet getoetst mogen worden naar de eigen opvatting van GS en daarom juist tot extra onzekerheid leiden.

Vanwege de grote afstandelijkheid tussen vervoerders en provincie is er bovendien geen “informele” omgeving waarin dreigende conflicten kunnen worden afgetast en/of voorkomen.

4] Op het moment dat de vervoerders hun inschrijvingen indienen, interpreteren GS de offertes en alle vervolghandelingen als “zetten” in een “schaakspel” om tot een optimaal contract te komen tussen opdrachtgever (provincie) en opdrachtnemer (vervoerder). De vervoerders geven met hun handelen voeding aan deze interpretatie. GS doen tegenzetten in het licht van deze interpretatie en trachten te anticiperen op vervolgzetten. Tegelijk blijven GS strak volgens de ‘zuivere’ aanbestedingslijn werken, waarin geen ruimte bestaat voor onderhandelingen: “ons besluit is helder, er is geen spel mogelijk”.

De paradox van zetten in een schaakspel en een aanbestedingsproces waarin geen spel mogelijk is, leidt tot het wederzijdse gevoel bij provincie en vervoerders dat de één de ander aan het lijntje houdt.

5] Daar waar GS belanden in (juridische) bezwaar- en beroepsprocedures, raakt de provincie als speler gevangen in de procedure. De bedoeling van de Wet Personenvervoer en van de OV-Visie is dat de provincie de rol van regisseur vervult, en blijft vervullen. GS beschikken echter niet over een plan hoe als regisseur te handelen op het moment dat er bezwaar- en beroepsprocedures spelen. De risico’s van mogelijke procedures worden wel geanalyseerd, maar er is geen risicomangement aan verbonden dat aangeeft hoe te handelen om het optreden van de risico’s te vermijden en/of dat aangeeft hoe als regisseur te handelen op het moment dat het risico zich wél voordoet (contingency-plan).

De vijf in het voorgaande genoemde beelden hebben samen geleid tot een patstelling waarin - zoals de media berichten - “de zaak tergend langzaam op de spits wordt gedreven”. Dankzij het doorbreken van de stelling door betrokkenen in oktober 2006 kon toch tot een resultaat worden gekomen. Door anders om te gaan met de vijf opvattingen is te voorkomen dat een dergelijke stelling ontstaat. GS hadden deze mogelijkheid in eigen hand.

3.3 Onderzoeksconclusies

Opdracht van de onderzoekscommissie was om vier toekomstgerichte leervragen te beantwoorden. In deze paragraaf geven wij antwoorden op deze vragen.

3.3.1 Is de aanbesteding van het stads- en streekvervoer verlopen volgens de Europese regels voor openbare aanbestedingen zoals vastgelegd in Besluit Aanbesteding Overheidsopdrachten en volgens de Wet Personenvervoer 2000?

De reconstructie van het besluitvormingsproces levert geen concrete aanwijzingen op dat door GS of door een van de andere actoren is gehandeld in strijd met de regelgeving. GS hebben zich uitgebreid juridisch laten adviseren over de van toepassing zijnde wettelijke kaders en in haar afwegingen het reduceren van juridische risico’s zwaar laten wegen.

Toch is de eerste aanbesteding op één onderdeel juridisch onderuit gegaan op een gebrek aan transparantie in de beoordeling van biedingen aan de hand van het gehanteerde rekenmodel en heeft de tweede aanbesteding in een problematische situatie geresulteerd. Op juridische gronden was geen eenduidig advies te geven hoe deze situatie viel op te lossen.

De enge interpretatie van de wettelijke kaders heeft alternatieven voor genomen besluiten en voor handelingen doen afvallen. Wanneer dergelijke alternatieven wel waren toegepast, was de kans op een soepeler verloop van het aanbestedingsproces groter geweest.

3.3.2 Is de provincie Noord-Brabant toegerust voor het uitvoeren van een proces als de aanbesteding in het openbaar vervoer?

De provincie Noord-Brabant is voldoende toegerust om een proces als de aanbesteding in het openbaar vervoer uit te voeren, waar nodig versterkt met inschakeling van externe expertise en capaciteit. De eerste aanbesteding had kunnen slagen als geen fout was gemaakt in de transparantie. De tweede aanbesteding had kunnen slagen als de beoordeling van de offertes van Connexxion en Hermes tot een andere (juridische) conclusie had geleid.

Er zijn wel leerpunten in acht te nemen:

- In de planningen is geen rekening gehouden met de benodigde tijd voor bezwaar- en beroepsprocedures.
- De gehanteerde tijdplanningen zijn erg krap geweest en hebben geleid tot een te hoge werkdruk met problemen als gevolg.
- Er zijn veel wisselingen geweest in het management, in het bijzonder ook op cruciale momenten, waardoor de continuïteit niet optimaal is geweest.
- Van een actief management van de relaties met externe betrokkenen is niet consequent sprake geweest.
- Voor de juridische expertise op zowel publiek- als privaatrechtelijk gebied en op zowel wettelijke kaders als jurisprudentie, is GS sterk afhankelijk geweest van externe adviseurs. De adviezen van juristen waren lastig hanteerbaar in de context van bestuurlijke afwegingen.
- Bij nieuwe aanbestedingen moet meer aandacht worden besteed aan de bedrijfseconomische belangen die een rol spelen bij het uitbrengen van offertes.

3.3.3 Zijn de handelingen en/of besluiten door Gedeputeerde Staten op grond van de beschikbare en/of bekende informatie juist, tijdig en adequaat geweest?

Het staat voor de onderzoekscommissie vast dat het College van GS niet op alle momenten tijdig, juist en adequaat gehandeld heeft. De onderzoekscommissie beschouwt de begrippen 'tijdig, juist en adequaat' als een verzamelbegrip voor de effectiviteit van het handelen. In dit licht meent zij dat het College van GS het zichzelf erg moeilijk heeft gemaakt onder invloed van te krappe planningen, van te beperkte d.w.z. eenzijdige analyses van risico's en van een fixatie op haar juridische positie (zie ook het algemene beeld in par. 3.2). Hierdoor is de realisatie van de doelstellingen van de aanbesteding, te weten de kwalitatieve verbetering van het openbaar vervoer tegen een zo laag mogelijke prijs, op zijn minst vertraagd. Ook is hierdoor de continuïteit van het openbaar vervoer in gevaar gekomen vanwege stakingen.

3.3.4 Tot welk resultaat heeft de aanbesteding exact geleid? Was een beter resultaat mogelijk geweest indien Gedeputeerde Staten op bepaalde punten anders gehandeld of besloten had?

De tweede aanbesteding heeft geleid tot een scherpe prijs voor een gedetailleerd bestek dat een hoge kwaliteit openbaar vervoer beoogt. Voor de korte termijn is een noodmaatregel getroffen waardoor de kwaliteit zichtbaar achteruit is gegaan.

3.4 Aanbevelingen

De onderzoekscommissie doet conform haar opdracht tevens aanbevelingen met betrekking tot twee specifieke vragen.

3.4.1 Welke knelpunten kunnen bij aanbestedingen in het stads- en streekvervoer worden voorzien? Bij het zoeken naar knelpunten gaat het vooral om het proces van aanbesteding en uitvoering van de gunning o.a. met het oog op de borging van de continuïteit van het openbaar vervoer.

In antwoord op deze vraag heeft de onderzoekscommissie aanbevelingen gericht op:

- De planning van processen
- De relaties met externe partijen
- De relatie tussen PS en GS

3.4.1.1 Planning van processen

Zoals in de conclusies is aangegeven, kan de aanbesteding van stads- en streekvervoer in de knel komen als gevolg van een te krappe planning.

Onder het motto ‘bezint eer ge begint’ beveelt de onderzoekscommissie aan om, zeker wanneer sprake is van “grote” dossiers met een hoog maatschappelijk afbreukrisico, de tijd te nemen voor een betere planning van het proces. Deze planning dient te zijn gebaseerd op een heldere visie/kaderstelling, of ten minste te zijn afgestemd op de geplande ontwikkeling hiervan. Een visie mag ambitieus zijn, maar dient tegelijk realistisch te blijven waar het gaat om de tijd die benodigd is om maatschappelijke effecten te bereiken.

Vervolgens is in de planning bij voorbaat rekening te houden met de tijd die nodig is voor het inwinnen en verwerken van adviezen van externe betrokkenen, experts en eventuele second opinions. In het proces van aanbesteding is het van wezenlijk belang gebleken voldoende tijd in te plannen voor de beslismomenten in GS en PS, voor de bezwaar- en beroepsprocedures die op elke beslissing kunnen (gezien de huidige praktijk: zullen) volgen en voor de implementatie na het definitief worden van het gunningbesluit.

Ten slotte, maar niet het minst belangrijke: zet de planning dusdanig ruim op dat onvoorziene problemen voldoende aandacht kunnen krijgen. Hiermee verband houdend is het tevens van belang dat van meet af aan risicoanalyses worden uitgevoerd en dat op die risico's permanent wordt gemanaged.

Het extra werk en de extra doorlooptijd die dit vergt, verdient zich altijd terug.

3.4.1.2 De relaties met externe partijen

Een tweede knelpunt in de aanbesteding van het stads- en streekvervoer kan zich voordoen indien de actoren die samen het openbaar vervoer moeten realiseren, te afstandelijk met elkaar omgaan, waardoor de gezamenlijke maatschappelijke verantwoordelijkheid naar de achtergrond schuift.

De onderzoekscommissie doet de aanbeveling om veel meer aandacht te besteden aan én werk te maken van de onderlinge relaties tussen actoren, daar waar een samenwerking tussen overheid en markt moet instaan voor de realisatie van een complexe publieke functie, zoals het openbaar vervoer. Als de provincie meer investeert in de omgang met marktpartijen ontstaat een beter wederzijds beeld van argumenten en motieven. De provincie kan hierop dan beter inspelen met een effectiever optreden als resultaat.

Deze aanbeveling geldt overigens ook voor andere beleidsterreinen waar marktwerking sterk in ontwikkeling is - zoals de jeugdzorg - en waarin beleidsmatig en financieel veel op het spel staat.

Niet alleen voor volgende aanbestedingsprocessen, maar zeker ook voor de uitvoering van de gunning is het cruciaal dat GS nu snel een goede relatie opbouwen en onderhouden met de meest betrokken actoren (vervoerders, steden, belangenorganisaties). Een dergelijke gezonde (zakelijke) relatie kan de basis vormen voor een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid voor, en voortvarende realisatie van, de OV-doelstellingen en voor de oplossing van complexe situaties die onvermijdelijk optreden in dit soort trajecten.

3.4.1.3 De relatie tussen PS en GS

Het aanbesteden van het openbaar vervoer is een bevoegdheid van GS. Zij zijn zonder specifiek kader van PS aan de slag gegaan. Implementatie van het rapport 'Sturen met Kaders' kan bijdragen aan een duidelijkere en zuivere rolverdeling voor kaderstelling (zie ook de aanbevelingen over de planning van het proces). Goede kaders bevorderen de controlemogelijkheden. De onderzoekscommissie beveelt PS aan zich te beraden over de vraag hoe de controlerende rol in praktijk is te brengen, zeker wanneer het gaat om uitvoerende bevoegdheden die bij wet aan GS zijn opgedragen. Kaderstelling en de actieve informatieplicht zijn belangrijke aspecten daarbij.

Op een toegezegde evaluatie van de eerste aanbesteding werd zowel door het College als door de Commissie EMG niet meer teruggekomen. Een leerpunt is het bewaken van de nakoming van afspraken en toezeggingen in het verkeer tussen GS en de Commissies.

3.4.2 Hoe kan de aanbesteding in het stads- en streekvervoer binnen de mogelijkheden van de Wet Personenvervoer 2000 en het besluit Aanbesteding Overheidsopdrachten verbeterd worden?

Wanneer men alle dossiers over de twee aanbestedingsprocedures op rij zet, valt op dat ongeveer de helft ervan betrekking heeft op juridische adviezen richting GS resp. op de gevoerde bezwaar- en beroepsprocedures. Het illustreert niet alleen de enorme juridisering van die aanbestedingsprocedures, maar ook de onmacht om daar op een bevredigende manier uit te komen. De kans dat deze juridisering verder domineert, wordt groter naarmate de financiële belangen die in het geding zijn, toenemen. Er kan voor vervoerders veel aan gelegen zijn om uit oogpunt van veiligstellen van ondernemingsbelangen langs de weg van bezwaar en beroep te procederen.

De onderzoekscommissie beveelt een diepgaande herbezinning aan door betrokkenen (Rijk, provincies, grote steden en andere betrokkenen) van de Wet Personenvervoer als praktisch kader voor de aanbesteding van het openbaar vervoer.

Kernvraag zou in die herbezinning moeten zijn of de directe koppeling (in de wet) van het bestuursrecht en het aanbestedingsrecht wel een gelukkige is. Deze koppeling roept het beeld op van een januskop: enerzijds zaken willen doen met marktpartijen via privaatrechtelijke mechanismen, anderzijds autoriteit willen zijn via een publiekrechtelijke beschikking en betaling in de vorm van subsidies (waarbij de Algemene Wet Bestuursrecht de belangen van de andere actoren beschermt). Anders gesteld is het de vraag of de gunning (in de vorm van een publiekrechtelijke beschikking) wel een adequaat instrument is om private partijen voor een langere periode te binden aan een dienstverlening die maatschappelijk van groot belang is en die

aan hoge kwaliteitseisen moet voldoen. Is er een alternatief te vinden waarin de sturende rol van de provincie gewaarborgd kan zijn zonder dat van te voren heel veel contractueel vastgelegd moet worden? Kunnen ervaringen met PPS-constructies helpen bij het zoeken naar een alternatief?

En, als dan toch de conclusie is dat de gunningbeschikking als fenomeen in stand moet blijven, dan beveelt de onderzoekscommissie aan de juridische procedures aanmerkelijk te bekorten. De wettelijke kaders voor de aanbesteding van openbaar vervoer worden nu gevormd door een combinatie van verschillende rechtssystemen: Wet en Besluit Personenvervoer, Besluit Aanbesteding Overheidsopdrachten én Algemene Wet Bestuursrecht. Er is sprake van een stapeling van voorschriften die elkaar soms overlappen en niet altijd goed op elkaar aansluiten. De stapeling roept omslachtige procedures op en verdient vereenvoudiging.

Wettelijk kader

Het wettelijke kader voor het aanbestedingsproces is gebaseerd op de Wet en het Besluit Personenvervoer 2000. Gedurende de onderzochte processen is dit wettelijke kader nog sterk in ontwikkeling. De eerste ervaringen worden opgedaan, de eerste jurisprudentie bouwt zich op (voornamelijk in kort geding) en diverse wijzigingen worden nog doorgevoerd.

Gedurende de onderzochte aanbestedingsprocessen verwijst het Besluit Personenvervoer 2000 voor de aanbestedingskaders naar de Europese richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening. Per december 2006 is het Besluit Aanbesteding Overheidsopdrachten (BAO) van toepassing. Het BAO vormt de Nederlandse implementatie van de nieuwe Europese richtlijn 2004/18/EG, en bevat diverse verbeteringen ten opzichte van de oude richtlijn.

De aanbesteding van concessies voor openbaar vervoer neemt een uitzonderingspositie in binnen het aanbestedingskader: de aanbesteding resulteert niet in een tweezijdige privaatrechtelijke overeenkomst (zoals gebruikelijk bij aanbestedingen) maar in een eenzijdige publiekrechtelijke beschikking.

Een tweede bijzonderheid is dat de besluiten van de provincie in het kader van zowel aanbestedingen als de Wet op het Personenvervoer onder het regime vallen van de Algemene Wet Bestuursrecht (AWB). Naast alle procedure- en zorgvuldigheidseisen van het aanbestedingsrecht zijn dus óók de overeenkomstige eisen van de AWB van toepassing.

Bijlagen

Bijlage 1 Instellingsbesluit

Provincie Noord-Brabant

Besluit 79/06 B

Voorgestelde behandeling:
PS-vergadering : 15 december 2006

07 - 03 - 07
Provinciale Statenverkiezingen

Onderwerp

Instelling en benoeming van de onderzoekscommissie en de opdrachtverstrekking aangaande het onderzoek naar de aanbesteding van het stads- en streekvervoer

's-Hertogenbosch

Datum

1 december 2006

DIS-nummer

1245717

griffie

Provinciale Staten van Noord-Brabant,

- gelet op het verzoek van de fractie van de SP om een commissie in te stellen die de gang van zaken onderzoekt met betrekking tot de aanbestedingen in het stads- en streekvervoer;
- gelet op de besluitvorming in de vergadering van Provinciale Staten d.d. 3 november 2006;
- gelet op de Provinciewet artikelen 151 a t/m e;
- gelezen het voorstel van de voorbereidingscommissie, d.d. 1 december 2006;
- gelet op de verordening op het onderzoeksrecht van Provinciale Staten (PS 78/06), d.d. 15 december 2006;

Bijlage(n)

-

besluiten:

1. een onderzoekscommissie in te stellen naar de aanbesteding van het stads- en streekvervoer,
2. te benoemen als lid van deze onderzoekscommissie:

G.P.J.H.M. Coonen	CDA
J.G. Arkes	PvdA
F.J.M.Stoffels	VVD
N. Schouten	SP
S. Schokker	GroenLinks



3. deze commissie de opdracht te geven onderzoek uit te voeren naar de aanbesteding van het stads- en streekvervoer conform het onderzoeksvoorstel van de voorbereidingscommissie.

Datum

1 december 2006

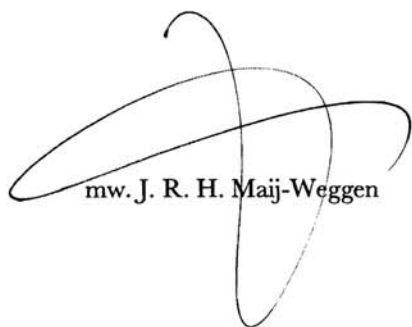
DIS-nummer

1245717

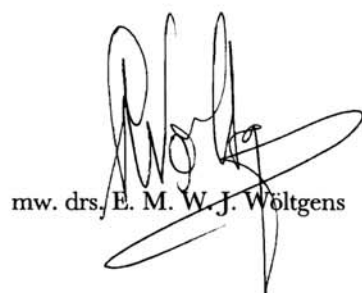
's-Hertogenbosch, 15 december 2006.
Provinciale Staten van Noord-Brabant,

de voorzitter,

de griffier,



mw. J. R. H. Maij-Weggen



mw. drs. E. M. W. J. Wöltgens

Bijlage 2 Onderzoeksopdracht

Opdracht

Uitgangspunt voor het onderzoek is het verzoek van de SP. Daarmee is de opdracht als volgt geformuleerd:

‘Deze commissie onderzoekt de gang van zaken rond de eerste aanbesteding van het stads- en streekvervoer van 2005 en de nieuwe aanbesteding van 2006. In dit onderzoek betreft zij in ieder geval de procedures rond aanbesteding en besluitvorming, de informatie aan de Statenleden en zoveel andere informatie als voor een goed begrip noodzakelijk is. Doel van het onderzoek is, naast het verkrijgen van duidelijkheid, het voorkomen van fouten in de toekomst.’

Focus en reikwijdte

De focus van het onderzoek is het door GS gevoerde bestuur ten aanzien van beide aanbestedingstrajecten van het stads- en streekvervoer.

Het onderzoek strekt zich uit over de periode vanaf maart 2004 (het moment dat de provincie besloot om de bestaande concessies niet te verlengen vanaf 1 januari 2006) tot en met 3 november 2006 (opdracht voor het onderzoek).

De analyse van het besluitvormingsproces richt zich op de volgende acht majeure beslismomenten, en de daaraan gerelateerde voorgaande en opvolgende acties en beslissingen:

23 maart 2004	Besluit tot het niet verlengen van de bestaande concessies OV Oostelijk en Westelijk Noord-Brabant, en het treffen van voorbereidingen voor nieuwe concessieverleningen
29 maart 2005	Besluit tot de aanbesteding van het openbaar vervoer en vaststelling van de aanbestedingsdocumenten
15 juli 2005	Besluit tot voorlopige gunning en tot terzijdelegging van de gecombineerde offerte van BBA op percelen 1 en 3
29 november 2005	Besluit tot intrekking van de aanbestedingsprocedure en tot aangaan van een nieuwe aanbestedingsprocedure
20 december 2005	Besluit tot vaststelling van plan van aanpak aanbesteding
18 april 2006	Besluit tot vaststelling aanbestedingsdocumenten
27 juni 2006	Besluit tot gunning aan Connexxion en Hermes.
24 oktober 2006	Besluit tot een definitief akkoord met vervoersbedrijven over formele intrekking van gunningbesluit en tot gunning aan BBA/Veolia en Arriva.

Aangezien het college opereerde in interactie met haar omgeving heeft het onderzoek ook de interactie tussen het College van GS (incl. haar ambtelijke organisatie) van de provincie Noord-Brabant en de overige actoren in beschouwing genomen, te weten:

- Provinciale Staten van Noord-Brabant;
- de Commissie Economie, Mobiliteit en Grotestedenbeleid;
- de directie van de vervoersmaatschappijen (Connexxion, Arriva en BBA/Veolia);
- de betrokken accountantbureaus en juridische adviseurs;
- de vakbonden (in het bijzonder de FNV);
- het ReizigersOverleg Brabant (ROB);
- gemeenten in de concessiegebieden;

- de GGA's;
- en de organisatie van buurtbuschauffeurs.

Met al deze actoren is contact gezocht in het onderzoek, of schriftelijk met een verzoek om informatie of in gesprekken. De geïnterviewde en gehoorde personen zijn in de bijlagen van dit rapport opgenomen evenals degene waarvan schriftelijke informatie ontvangen is.

Het onderzoek richt zich uitsluitend op de relatie tussen het College van GS en de overige actoren en niet op de interactie tussen de overige actoren onderling (gelet op artikel 151 PW).

Het onderzoek hanteert de Wet Personenvervoer 2000 en het Besluit Aanbesteding Overheidsopdrachten (BAO) als uitgangspunt. Het onderzoek zal niet ingaan op de vraag of marktwerking in zijn algemeenheid of specifiek in het openbaar vervoer wenselijk is en of aanbesteding het middel is om deze marktwerking vorm te geven.

Onderzoeksdoelen

Het doel van het onderzoek was tweeledig:

1. Een reconstructie van het gehele besluitvormingsproces van het besluit tot aanbesteding, de eerste aanbesteding en de tweede aanbesteding om op basis daarvan te kunnen bepalen of het College van GS juist, tijdig en adequaat gehandeld en besloten heeft. In de reconstructie van het besluitvormingsproces worden niet alleen de genomen besluiten gereconstrueerd maar wordt ook aandacht besteed aan de adviezen betreffende de besluitvorming, de afwegingen bij het nemen van het besluit en de mogelijke alternatieven.
2. Het doen van aanbevelingen ter lering voor de toekomst waarbij ingegaan wordt op de vraag hoe de aanbesteding van het stads- en streekvervoer optimaal kan geschieden binnen de daarvoor geldende regels van het BAO en de Wet Personenvervoer 2000.

Onderzoeksvragen

Het onderzoek beantwoordt de volgende vragen:

- Is de aanbesteding van het stads- en streekvervoer verlopen volgens de Europese regels voor openbare aanbestedingen zoals vastgelegd in Besluit Aanbesteding Overheidsopdrachten en volgens de Wet Personenvervoer 2000?
- Is de provincie Noord-Brabant toegerust voor het uitvoeren van een proces als de aanbesteding in het openbaar vervoer?
- Zijn de handelingen en/of besluiten door GS op grond van de beschikbare en/of bekende informatie juist, tijdig en adequaat geweest?
- Tot welk resultaat heeft de aanbesteding exact geleid? Was een beter resultaat mogelijk geweest indien GS op bepaalde punten anders gehandeld of besloten had?

Tot slot worden naar aanleiding van het onderzoek aanbevelingen opgesteld met betrekking tot de volgende vragen:

- Welke knelpunten kunnen bij aanbestedingen in het stads- en streekvervoer worden voorzien? Bij het zoeken naar knelpunten gaat het vooral om het proces van aanbesteding en uitvoering van de gunning o.a. met het oog op de borging van de continuïteit van het openbaar vervoer.
- Hoe kan de aanbesteding in het stads- en streekvervoer binnen de mogelijkheden van de Wet Personenvervoer 2000 en het BAO verbeterd worden?

Bijlage 3 Verantwoording

Nadere uitwerking onderzoeksvragen

De twee aanbestedingen hebben beide nagenoeg dezelfde fasen doorlopen:

Fase 1 Ontwikkeling en vaststelling van het Programma van Eisen en bestek;

Fase 2 Beoordeling offerten en (voornemen tot) gunning;

Fase 3 Nazorg waaronder de behandeling van bezwaren en de periode van implementatie.

Tevens is het GS-besluit d.d. 23 maart 2004 tot de voorbereiding van een Europese openbare aanbesteding van de concessies onder de loep genomen.

Alle drie fasen en de keuze tot een Europese openbare aanbesteding zijn in het onderzoek bekeken vanuit een drietal invalshoeken: 1) proces, 2) inhoud en 3) rol van betrokken actoren. De eerste aanbesteding is gedeeltelijk geëvalueerd door de ambtelijke organisatie. In dit onderzoek is die evaluatie betrokken en is onderzocht welke lering uit de eerste aanbesteding is getrokken en tot welke veranderingen dit geleid heeft in de tweede aanbesteding.

De onderzoeksvragen zijn vanuit de eerdergenoemde drie invalshoeken als volgt nader uitgewerkt en onderzocht:

Vanuit de inhoudelijke invalshoek:

- Wat zijn de concrete handelingen en/of besluiten geweest van GS?
- Welke adviezen heeft de provincie ontvangen om te komen tot deze handelingen en/of besluiten van GS?
- Welke signalen heeft de provincie vanuit de verschillende actoren ontvangen en hoe zijn deze betrokken bij de handelingen en/of besluiten van GS
- Welke alternatieven waren er naast de gekozen handelingen en/of besluiten van GS?
- Op basis van welke afweging is gekozen voor handelingen en/of besluiten van GS?
- Welke kaders, overwegingen en discussiepunten hebben PS aan GS meegegeven rondom dit proces en op welke wijze hebben GS uitvoering gegeven aan deze kaders?

Vanuit de procesmatige invalshoek:

- Welke informatie was wanneer bij welke personen, instanties, fracties of Commissie EMG bekend en hoe is door personen, instanties, fracties, commissie EMG of GS met die informatie omgegaan?
- Welke signalen zijn op basis van die informatie gegeven?
- Op welke wijze zijn de aanbevelingen uit de eerste aanbesteding verwerkt in de tweede aanbesteding?

Vanuit de rol van de betrokken actoren

- Wat is de rol geweest van de betrokken actoren (in het bijzonder PS, de Commissie EMG en de inschrijvers)?
- Hoe en wanneer hebben zij richting GS signalen gegeven over de handelingen en/of besluiten van GS en de uitwerking daarvan?

Opzet van het onderzoek

Het onderzoek is uitgevoerd door een onderzoekscommissie. In het onderzoek zijn de volgende fasen te onderscheiden geweest.

Fase 1: Reconstructie van het besluitvormingsproces

Gestart is met een reconstructie van het gehele besluitvormingsproces. Daarbij zijn niet alleen de genomen besluiten gereconstrueerd, maar is ook aandacht gegeven aan de verstrekt adviezen, aan de gemaakte afwegingen, en aan de overwogen mogelijke alternatieven.

Fase 2a: Interviews en hoorzittingen

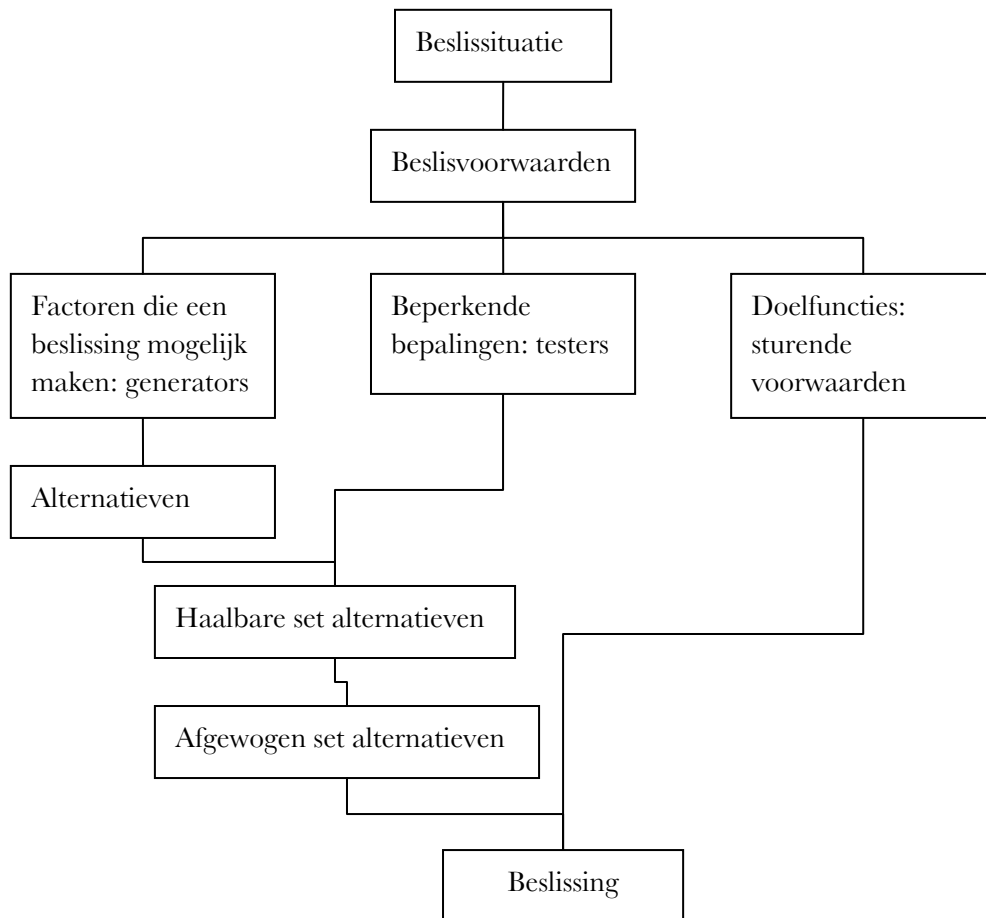
Nader onderzoek van de onderzoekscommissie in de vorm van gesprekken met de diverse actoren heeft de besluitvormingsreconstructie verdiept en gecompleteerd. Tevens is gebruik gemaakt van de mogelijkheid van artikel 151c om personen te horen die aan het provinciebestuur verbonden zijn of zijn geweest.

Fase 2b: Analyse en evaluatie

De onderzoekscommissie heeft de opgestelde reconstructie met het oog op de beantwoording van de onderzoeksvragen, vervolgens geanalyseerd.

Per beslissing zijn de volgende vragen aan de orde geweest:

1. Wat is de inhoudelijke kwaliteit van de beslissing: waarom is deze beslissing genomen, was de beslissing consistent en volledig, is (impliciet) het volledige model van Simon (zie hierna) doorlopen?
2. Was de beslissing goed onderbouwd: waren alle voorwaarden en alternatieven in beeld?
3. Wie was de beslisser, of was bij de beslissing betrokken (mandaat, functie, persoon), welke doelfuncties had de beslisser voor ogen?
4. Welke risico's en consequenties waren aan de beslissing verbonden, waren deze in beeld?
5. Is voor, tijdens en na het beslismoment gehandeld op de onderkende risico's en consequenties ("managing the crowd")?
6. Wat valt op (diverse opmerkelijke constatering(en))?
7. Welke vragen zijn te stellen in interviews en/of hoorzittingen?



Fase 3 Formuleren van conclusies en aanbevelingen

De onderzoekscommissie heeft vervolgens de eindrapportage vervaardigd. De onderzoekscommissie oordeelde daarbij de dossierstudie, de interviews en de hoorzittingen genoeg informatie hebben opgeleverd om de eindrapportage af te ronden. Wel is een week extra tijd genomen om enkele specifieke onduidelijkheden nog te verhelderen en is een procedure van hoor en wederhoor ten behoeve van GS ingelast.

Fase 4 Besluitvormings- en afrondingsfase

Het is aan PS om een politiek oordeel uit te spreken over de conclusies, beslissingen te nemen over de aanbevelingen van de onderzoekscommissie en de onderzoekscommissie décharge te verlenen.

Begeleiding en ondersteuning van de onderzoekscommissie

De onderzoekscommissie is begeleid door de provinciale Griffie, te weten door de griffier der Staten mevr. drs. E.M.W.J. Wöltgens; door twee statenadviseurs te weten mevr. ir. P.F.L. Feimann en de heer mr. J.W.L.M. Zwepink, die optraden als secretaris resp. plaatsvervangend secretaris van de onderzoekscommissie.

De onderzoekscommissie is ondersteund door de heer ir. H.M. Sasse (concerncontroller) en door mevr. C.H.M. Nelis en de heer drs. G. Huisman (medewerkers Concernstaf). Ze hebben gedrieën met name zorg gedragen voor de reconstructie van het besluitvormingsproces en voor het analyseren van de feiten.

Planning van het onderzoek

De oorspronkelijke planning was erop gericht om uiterlijk op 23 februari 2007 het eindrapport gereed te hebben. Die planning maakte het mogelijk dat het eindrapport nog vóór de verkiezingen van 2007 besproken had kunnen worden in een extra Statenvergadering. De kwaliteit van onderzoek stond echter voorop. Dit heeft het noodzakelijk gemaakt om langer tijd te nemen om het onderzoek af te ronden.

Communicatie

De contacten met de media zijn uitsluitend gelegd óf via persberichten óf door de voorzitter. De overige commissieleden hebben zich van die contacten onthouden. De commissie heeft zich laten adviseren door de heer drs. H.P.Veld, communicatie-adviseur.

Bijlage 4 Lijst van geïnterviewde en gehoorde personen

Geïnterviewde personen (achter gesloten deuren)

Eerste en tweede aanbesteding, provinciale bestuurders

Naam	Functie	Periode
De heer dr. E.J. Janse de Jonge	lid Gedeputeerde Staten, portefeuillehouder verkeer en vervoer	gehele onderzoeksperiode
de heer drs. P. Rüpp	lid Gedeputeerde Staten	gehele onderzoeksperiode
de heer W. Luijendijk	lid Gedeputeerde Staten	gehele onderzoeksperiode
de heer drs. P.A. van Vugt	lid Gedeputeerde Staten	gehele onderzoeksperiode
de heer drs. W.G.H.M. Rutten	secretaris Gedeputeerde Staten	gehele onderzoeksperiode
mevrouw drs. J.M.P. Moons	voorzitter Commissie EMG	tot 1 januari 2005
de heer P.C. von Meijenfeldt	voorzitter Commissie EMG	vanaf 1 januari 2005

Eerste aanbesteding, provinciale organisatie en adviseurs

Naam	Functie	Periode
de heer drs. P.W.M. Veelenturf	afdelingshoofd, lid directie E&M en opdrachtgever eerste aanbesteding	gehele onderzoeksperiode
de heer drs. H. Mensink	hoofd bureau openbaar vervoer	tot juni 2005
de heer ing. C.A.Th. Werner	interim-hoofd bureau openbaar vervoer	medio augustus 2005 tot mei 2006
de heer P.J.C. van Wijck	projectleider	vanaf zomer 2004
de heer mr. J. A.M. van Heijningen	extern adviseur en tevens advocaat, Van Leeuwen van der Eerden Advocaten	tot 16 juni 2006 op ad hoc basis, daarna een 'open contract'.
de heer mr. W.J. Kolkert jr.	extern adviseur en tevens advocaat, Van Leeuwen van der Eerden Advocaten	tot 16 juni 2006 op ad hoc basis, daarna een 'open contract'

Tweede aanbesteding, provinciale organisatie en adviseurs

Naam	Functie	Periode
de heer ir. H.H.G. Dijk	directeur directie E&M, opdrachtgever tweede aanbesteding	vanaf juni 2004
de heer ing. C.A.Th. Werner	interim-hoofd bureau openbaar vervoer	medio augustus 2005 tot mei 2006
de heer ir. J.C. Slagboom	hoofd bureau openbaar vervoer	vanaf mei 2006
mevrouw drs. E. Vergroesen	projectleider	tot juli 2005
de heer mr. K.S.R. van Driel	projectleider	vanaf juli 2005

Eerste en tweede aanbesteding, externe partijen

Naam	Functie
de heer ing. A.H. Kienhorst	algemeen directeur BBA/Veolia
de heer R. van Holten	algemeen directeur Connexion Holding
de heer A.B. Hettinga RA	algemeen directeur Arriva
de heer H.H. Bouma	voorzitter ReizigersOverleg Brabant (ROB)
de heer L.P.C. van der List	bestuurder FNV-Bondgenoten

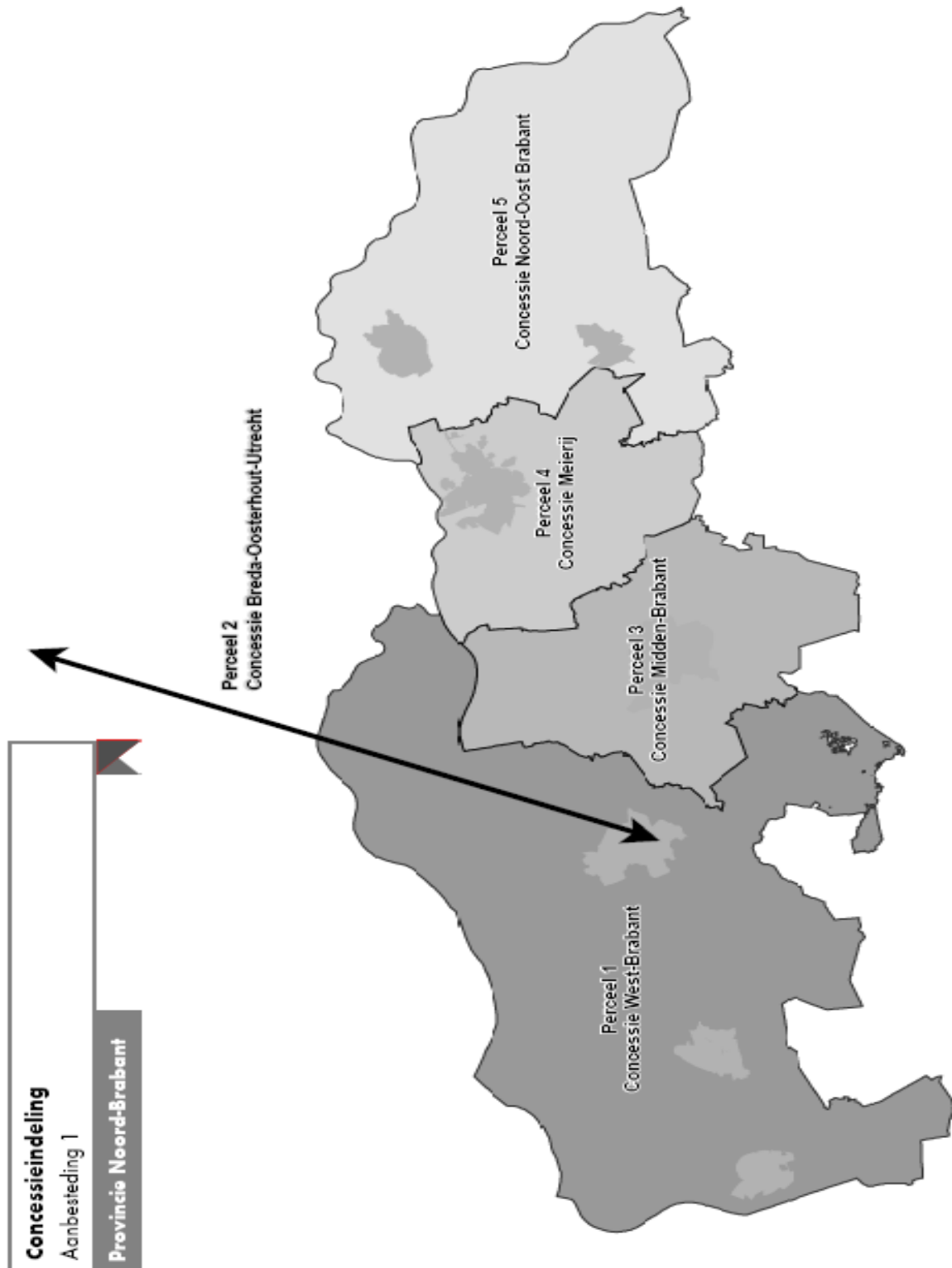
Niet ingegaan op uitnodiging voor interview

Naam	Functie	Reden	Periode
de heer mr. G. Verberne	extern juridisch adviseur Van Doorne N.V.	beroepsgeheim	tweede aanbesteding
de heer prof. mr. W.G.Ph.E. Wedekind	extern juridisch adviseur, emeritus hoogleraar aanbestedingsrecht, Universiteit van Amsterdam	beroepsgeheim	tweede aanbesteding

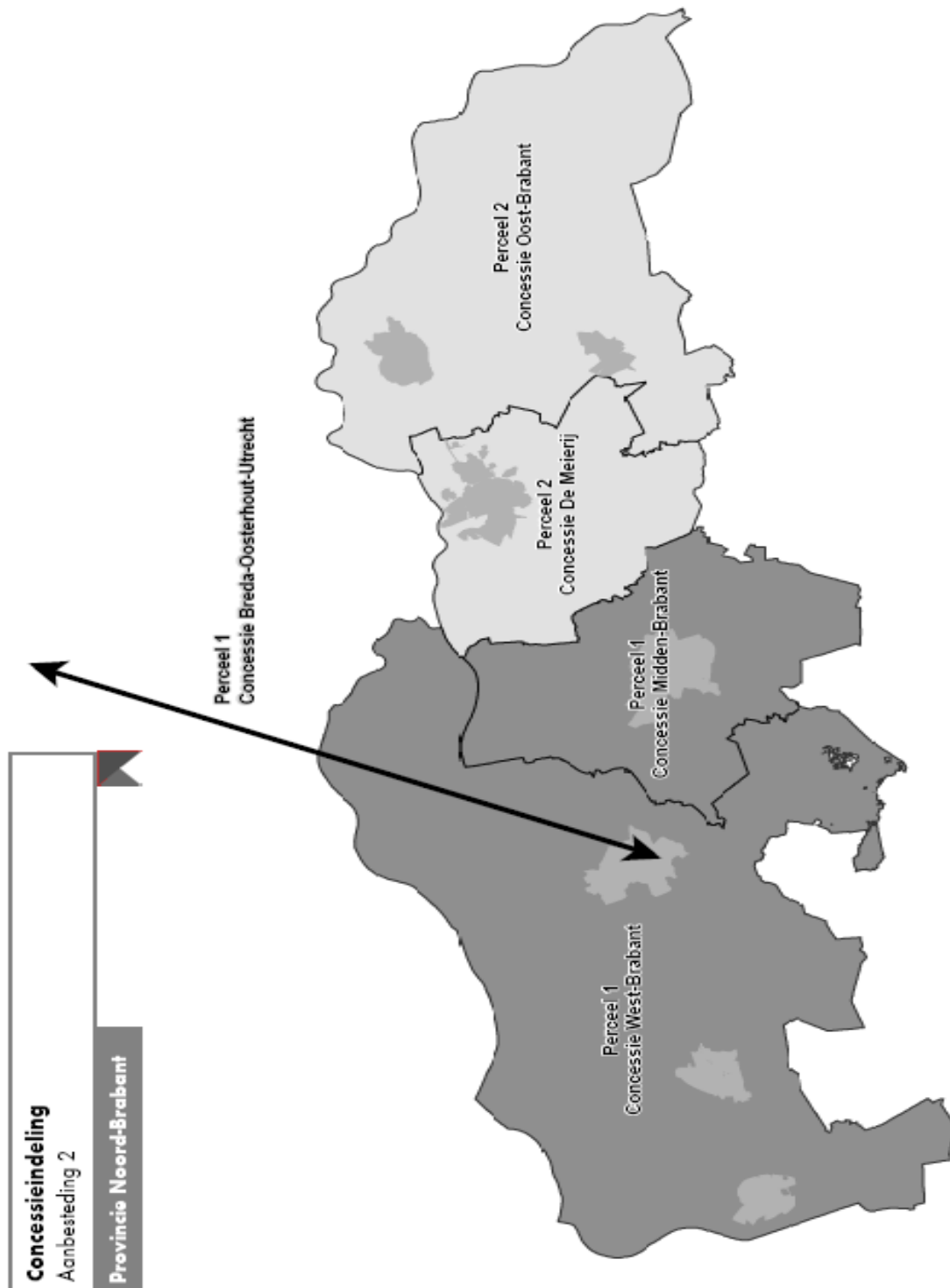
Gehoorde personen (in het openbaar)

Naam	Functie	Periode
de heer dr. E.J. Janse de Jonge	lid Gedeputeerde Staten, portefeuillehouder verkeer en vervoer	gehele onderzoeksperiode
de heer drs. P.L.A. Rüpp	lid Gedeputeerde Staten	gehele onderzoeksperiode
de heer W.C. Luijendijk	lid Gedeputeerde Staten	gehele onderzoeksperiode
de heer drs. P.A. van Vugt	lid Gedeputeerde Staten	gehele onderzoeksperiode
de heer drs. W.G.H.M. Rutten	secretaris Gedeputeerde Staten	gehele onderzoeksperiode

Bijlage 5 Kaartbeeld concessiegebieden eerste aanbesteding



Bijlage 6 Kaartbeeld concessiegebieden tweede aanbesteding



Bijlage 7 Arrest LJN: AY3951, Rechtbank Haarlem , 124763/KG ZA 06-238

Ter illustratie van de stelling van de onderzoekscommissie dat GS op 27 juni 2006 een andere interpretatie van de juridische context hadden kunnen overwegen, bevat deze bijlage een uittreksel van een arrest van de Rechtbank Haarlem en de tekst van artikel 30 BAO.

“Ten gronde is primair in geschil of de inschrijving van xxx als geldig kan worden aangemerkt. Bij de beantwoording van deze vraag moet worden vooropgesteld dat een (openbare) aanbestedingsprocedure geacht moet worden op de fundamentele veronderstelling te berusten dat de inschrijvingen in die zin reëel zijn, dat daaraan de pretentie ten grondslag ligt dat zij in geval van gunning zullen worden waargemaakt. Weliswaar kent het aanbestedingsrecht correctiemechanismen, die de aanbesteder de mogelijkheid bieden om zichzelf te beschermen tegen inschrijvingen waarin deze pretentie (mogelijk) te weinig fundament heeft, zoals het onaanvaardbaar verklaren van een abnormaal hoge of lage inschrijving, maar ook aan die mechanismen ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de inschrijver aan wie wordt gegund zich bij het aanvaarden van de opdracht ertoe verbindt om zijn aanbod waar te maken.

In de onderhavige aanbesteding heeft yyy een inschrijving gedaan waarvan zij blijkens haar aanbestedingsbrief d.d. 10 april 2006 (deels hiervoor onder 2.5 geciteerd) zelf inziet dat daarin een aanbod wordt gedaan dat niet kan worden waargemaakt.

De Provincie heeft betoogd dat met het gunningcriterium “streefwaarden” een mechanisme is ontworpen, waarmee een balans wordt gecreëerd tussen enerzijds de puntenwaardering in het kader van de aanbestedingsprocedure en anderzijds het bonus-malus mechanisme in de uiteindelijk te sluiten overeenkomst. De Provincie heeft benadrukt dat de inschrijvers hierdoor kunnen kiezen voor een biedstrategie met een voorzichtige benadering en bescheiden vooruitgang op de streefwaarden maar een grote kans op het incasseren van de malus, of een agressievere biedstrategie met een hoge ambitie ten aanzien van de streefwaarden maar een grotere kans op het incasseren van een malus. Volgens de Provincie lijkt xxx in dat perspectief een voorzichtige aanpak te hebben gekozen terwijl yyy de voorkeur heeft gegeven aan een agressievere aanpak. De door yyy gekozen biedstrategie is in de visie van de Provincie echter niet zo agressief dat haar inschrijving als onaanvaardbaar laag moet worden gekwalificeerd.

De Provincie heeft verder nog betoogd dat de inschrijving van yyy - ten gevolge van de door haar gekozen biedstrategie - hooguit neerkomt op een abnormaal lage bieding. In dat verband heeft de Provincie benadrukt dat een aanbesteder de bevoegdheid heeft om een zodanige inschrijving - na toetsing en eventuele verduidelijking door de inschrijver - buiten beschouwing te laten, maar daartoe niet door de andere inschrijvers kan worden verplicht.

Op grond van het voorgaande moet voorshands worden geconcludeerd dat de inschrijving van yyy onregelmatig is. Strikt genomen brengt dit met zich dat de inschrijving van yyy bij de gunning buiten beschouwing moet blijven. Die consequentie zou echter te drastisch zijn, nu de door yyy gevolgde wijze van inschrijving moet worden geacht mede te zijn uitgelokt door de beoordelingssystematiek en de gunningcriteria die door de Provincie zijn vastgesteld. De subsidiair door xxx gevraagde voorziening is evenmin nodig om het belang van xxx tot gelding te brengen. In aanmerking genomen dat er niet meer dan twee inschrijvers zijn, wordt het belang van xxx bij een eerlijke kans op het verkrijgen van de opdracht voldoende recht gedaan, indien een

voorziening wordt gegeven die de Provincie opdraagt met beide inschrijvers te onderhandelen met als doel de selectie van de economisch voordeligste aanbidding.

Teneinde die onderhandelingen ordelijk te laten verlopen zal de Provincie daarbij het volgende in acht moeten nemen:

- de Provincie dient beide partijen in de gelegenheid te stellen hun inschrijvingen in het licht van de overwegingen in dit vonnis op het onderdeel “streefwaarden” aan te passen, waarbij zij vooraf de grenzen dient aan te geven waarboven de ontvangen inschrijvingen als irreëel zullen worden gekwalificeerd;
- de Provincie dient het bepaalde in art. 30, lid 3, 4 en 5 BAO als richtsnoer te nemen voor de wijze waarop zij de onderhandelingen voert (waarbij in het midden kan blijven of die bepalingen in deze situatie los van deze voorziening toepasselijk zijn).

De hierna te treffen voorziening zal daarom enerzijds strekken tot een bevel aan de Provincie om met xxx en yyy over de gunning van de onderhavige opdracht in onderhandelingen te treden en anderzijds een verbod om vooruitlopend op deze onderhandelingen deze opdracht aan enige marktpartij te gunnen. Uit de opmerking van de Provincie dat toewijzing van een dwangsomveroordeling jegens haar niet in de rede ligt, leidt de voorzieningenrechter af dat zij dit vonnis - ook hangende een eventueel daartegen ingesteld hoger beroep - vrijwillig zal naleven. Om die reden zal aan dit bevel en verbod geen dwangsom worden verbonden. De door yyy gevraagde voorzieningen zullen tenslotte worden geweigerd.”

Het arrest is overigens in december 2006 door het Gerechtshof Amsterdam vernietigd: de aanbesteding moet in het geheel worden overgedaan omdat de provincie Noord-Holland in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel. De voor dit onderzoek relevante verwijzing naar een mogelijke oplossingsrichting conform artikel 30 BAO is door het Hof niet bevestigd noch verworpen.

Artikel 30 BAO

1. Een aanbestedende dienst kan voor het gunnen van zijn overheidsopdrachten gebruik maken van een procedure van gunning door onderhandelingen na voorafgaande mededeling van een aankondiging van een overheidsopdracht:
 - a. indien in het kader van een openbare procedure of niet-openbare procedure of een concurrentiegerichte dialoog inschrijvingen zijn gedaan die onregelmatig zijn, of indien inschrijvingen zijn gedaan die onaanvaardbaar zijn op grond van de artikelen 4, 24, 25, 27, 44 tot en met 54 en 57, mits de oorspronkelijke voorwaarden van de overheidsopdracht niet wezenlijk worden gewijzigd,
 - b. in buitengewone gevallen, wanneer het werken, leveringen of diensten betreft waarvan de aard en de onzekere omstandigheden een vaststelling vooraf van de totale prijs niet mogelijk maken,
 - c. wanneer, in het geval van overheidsopdrachten voor diensten als bedoeld in categorie 6 van bijlage 2, onderdeel A, en intellectuele diensten, vanwege de aard van de te verlenen diensten de specificaties voor de overheidsopdracht niet voldoende nauwkeurig kunnen worden vastgesteld om de opdracht overeenkomstig de voorschriften inzake de openbare procedure of de niet-openbare procedure door de keuze van de beste inschrijving te gunnen, of
 - d. in het geval van overheidsopdrachten voor werken, wanneer het werken betreft die worden uitgevoerd ten behoeve van onderzoek, proefnemering of ontwikkeling, en zonder het doel winst te maken of de kosten van onderzoek en ontwikkeling te dekken.

2. Een aanbestedende dienst kan, wanneer de omstandigheden, bedoeld in het eerste lid, aanhef en onderdeel a, zich voordoen, van de mededeling van een aankondiging van een overheidsopdracht afzien, indien hij bij de procedure van gunning door onderhandelingen alleen de inschrijvers betreft die voldoen aan de criteria van de artikelen 45 tot en met 53 en die gedurende de voorafgaande openbare procedure of niet-openbare procedure of concurrentiegericht dialogoog inschrijvingen hebben ingediend die aan de formele eisen van de procedure voor het gunnen van overheidsopdrachten voldoen.
3. In de gevallen, bedoeld in het eerste en tweede lid, onderhandelt de aanbestedende dienst met de inschrijvers over de door de inschrijvers ingediende inschrijvingen, teneinde deze aan te passen aan de eisen die hij in de aankondiging van de overheidsopdracht, het beschrijvend document en de eventuele aanvullende documenten heeft gesteld en teneinde het beste bod, bedoeld in artikel 54, eerste lid, te zoeken.
4. Tijdens de onderhandelingen waarborgt de aanbestedende dienst de gelijke behandeling van alle inschrijvers, en verstrekt geen informatie, waardoor bepaalde inschrijvers boven andere inschrijvers bevoordeeld kunnen worden.
5. Een aanbestedende dienst kan bepalen dat de procedure van gunning door onderhandelingen in opeenvolgende fasen verloopt, zodat het aantal inschrijvingen waarover onderhandeld wordt, door toepassing van de gunningcriteria die in de aankondiging van de overheidsopdracht of in het beschrijvend document zijn vermeld, verminderd wordt. Een aanbestedende dienst vermeldt in de aankondiging van de overheidsopdracht of in het beschrijvend document dat van deze mogelijkheid gebruik kan worden gemaakt.

Bijlage 8 Woordenlijst en lijst van gebruikte afkortingen

Aanbesteding	Proces van concessieverlening via meervoudige en openbare inschrijving conform de Wet Personenvervoer 2000 en uitgevoerd conform de Europese richtlijn 92-50.
BAO	Besluit Aanbesteding Overheidsopdrachten.
Bestek	Het document waarin de te leveren prestatie is beschreven t.b.v. een offerte door een bedrijf in een aanbestedingsprocedure.
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven.
Concessiegebied (ook wel: perceel)	Het gebied en/of de verbindingen waarop een concessie betrekking heeft.
Concessie	Besluit van een overheid op wettelijke basis om aan een derde een exploitatierecht te gunnen, waarbij voorwaarden in het algemeen belang gesteld worden.
E & M (directie-)	Directie Economie en Mobiliteit
EMG (Commissie-)	Commissie uit Provinciale Staten voor behandeling van de beleidsvelden economie, mobiliteit en grotestedenbeleid.
GGA	GebiedsGewijze Aanpak, titel voor beleidsafstemming en samenwerking van provincie, gemeenten en eventuele andere organisaties ten behoeve van het beleidsterrein verkeer en vervoer.
Hoor- en Adviescommissie (HAC)	Hoor- en AdviesCommissie voor de behandeling van bezwaren en van administratieve beroepen t.b.v. Gedeputeerde Staten en van de Commissaris van de Koningin.
MTI-Oss	Millennium Transportation International. Klein, vernieuwend en jong vervoerbedrijf, concessiehouder in de gemeente Oss; failliet in 2004.
Memo secretaris	Notitie van de secretaris van GS/algemeen directeur van de provincie aan het College van GS.
Perceel (ook wel: concessiegebied)	Het gebied en/of de verbindingen waarop een concessie betrekking heeft.
Programma van Eisen (PvE)	Document waarin een opdrachtgever formuleert wat zijn eisen zijn aan een te leveren werk, produkt of dienst t.b.v. een aanbestedingsprocedure. Bij het openbaar vervoer vormt het de basis voor een bestek.

PVVP	Provinciaal Verkeer- en VervoerPlan. Plan met wettelijke status ter uitvoering en invulling van het nationale verkeer- en vervoerplan en het provinciale mobiliteitsbeleid.
ReizigersOverleg Brabant (ROB)	De door het College van GS aangewezen consumentenorganisatie als bedoeld in artikel 31 van de Wet Personenvervoer 2000. Deze bestaat uit een samenwerking van ruim 10 organisaties in een verenigingsvorm.
SRE	Samenwerkingsverband Regio Eindhoven; is bij wet bevoegd zelf een OV-concessie te verlenen voor de eigen regio.