

# Vervoerrecht

Jan Reinier van Angeren, advocaat bij Stibbe



## Meld tijdig fouten in OV-aanbestedingen!

**Het gevecht tussen Veolia en Arriva over de OV-concessie voor West-Brabant is ten einde. Op 10 juli 2014 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) het beroep van Veolia ongegrond verklaard (CBb 10 juli 2014, ECLI:NL:2014:244). Veolia had beroep ingesteld tegen het besluit van Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant om de concessie alsnog te verlenen aan Arriva.**

Het gevecht om deze concessie heeft wel iets nieuws opgeleverd. Nieuw is namelijk dat ook in OV-aanbestedingen van de inschrijvende vervoerder mag worden verwacht dat deze tijdig fouten meldt in de aanbestedingsdocumentatie. In dit geval ging het om een berekeningsformule die in de Nota van Inlichtingen was opgenomen en waartegen Veolia eerder niets had aangevoerd. Pas toen de concessie aan Arriva was gegund, voerde Veolia bij de rechter aan dat de berekeningsmethode onjuist was.

In de aanbestedingsleidraad was opgenomen dat indien daarin onvolkomenheden staan, de inschrijver de aanbestedende daarvan onverwijld schriftelijke op de hoogte moet stellen. Doet de inschrijver dat niet, dan verwerkt hij zijn recht om hiertegen later bezwaren te maken. Deze formule, die ook wel de Grossmannformule – naar het Grossmann-arrest (HvJ EG 16 oktober 2003, C-230/02) – wordt genoemd, is in het civiele aanbestedingsrecht gebruikelijk en werkt ook. Het opmerkelijke is dat een dergelijke formule nu ook in een bestuursrechtelijke procedure werkt. Het verschil met een 'normale' aanbestedingsprocedure is namelijk groot. Een OV-aanbesteding leidt tot een concessie op grond van de Wet personenvervoer 2000. Die concessie is een besluit in de

zin van de Algemene wet bestuursrecht. Een dergelijk besluit is onderworpen aan een bestuursrechtelijke procedure die afwijkt van een civielrechtelijke procedure. Zo gelden er bij de aanbesteding van een OV-concessie geen Alcatel-termijnen omdat tegen een besluit tot het verlenen van een concessie binnen zes weken een bezwaarschriftprocedure moet worden gevolgd. Gedurende die termijn van zes weken moet de aanbestedende dienst met in achtname van alle bezwaren de verlening van een concessie opnieuw beoordelen. Dat was overigens tussen Veolia en Arriva ook gebeurd. Eerst was de concessie verleend aan Veolia; na bezwaren van Arriva, was de concessie verleend aan Arriva.

Kenmerkend voor een bestuursrechtelijke procedure in een OV-concessie is dat alle bezwaren nog kunnen worden aangevoerd binnen de bezwaartermijn. Ook als een bezwaar niet eerder is gemeld. Een Grossmann-formule heeft dan ook strikt genomen geen effect. Een concept als 'rechtsverwerking' kent het bestuursrecht eigenlijk niet.

Met de uitspraak van het CBb is de Grossmann-formule nu ook in OV-aanbestedingen geïntroduceerd. Als een inschrijver niet tijdig zijn bezwaren meldt tegen onvolkomenheden in de aanbestedingsdocumentatie, moet hij er rekening

mee houden dat hij later bij de verlening van de concessie aan een ander, daartegen geen bezwaar meer kan maken. Het hanteren van een Grossmann-formule bevordert het efficiënt procederen in aanbestedingen. Het voorkomt dat iemand een foutje in de aanbestedingsdocumentatie later bij een teleurstellende uitkomst van de procedure als 'troefkaart' achter de hand kan houden. Het is wel jammer dat het CBb niet wat uitgebreider heeft gemotiveerd waarom de Grossmann-formule nu ook in OV-aanbestedingen geldt. Het is daarom niet duidelijk of dit een principiële nieuwe lijn is of een 'witte raaf'.

Een tweede aspect is dat uit de uitspraak van het CBb niet duidelijk volgt of de Grossmann-formule in OV-aanbestedingen verder gaat dan alleen onvolkomenheden of onjuistheden. Zouden juridische fouten en/of onrechtmatig handelen daaronder kunnen vallen? Als dat laatste het geval is, zou dat verstrekkend zijn. In elk geval levert deze uitspraak een belangrijke les op. Aanbestedende diensten doen er verstandig aan om een Grossmann-formule in hun documentatie op te nemen, die niet alleen onvolkomenheden dekt, maar ook andere juridische aspecten. Inschrijvende vervoerders zullen nog meer dan voorheen de documentatie zorgvuldig moeten doornemen op onvolkomenheden of (juridische) onjuistheden. En zij zullen, zodra zij hierop stuiten, richting aanbestedende dienst moeten reageren. Doen zij dat niet, dan lopen zij het risico dat zij later in het proces daartegen geen bezwaar meer kunnen maken. ◀