Bijlage Nvl 7: Vraag 870

Wij hebben kennisgenomen van uw antwoord op vraag 832 in Nota van inlichtingen 6. De Provincie stelt kort gezegd dat geen sprake is van een ongerechtvaardigd voordeel dat door de Provincie is gecreëerd. Wij constateren dat de Provincie, ondanks de uitgebreid toegelichte voordelen voor de huidige concessiehouder, niet bereid is om maatregelen te treffen om dat voordeel op te heffen en een level playing field te garanderen. Daarmee handelt de Provincie in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Wij wijzen op het arrest van het Gerecht van 12 maart 2008 in zaak T-345/03 (nrs. 158-160) waarin het Gerecht overweegt dat een voordeel van een zittende contractant moet worden geneutraliseerd als dat eenvoudig te realiseren valt, economisch aanvaardbaar is en geen inbreuk maakt op rechten van de zittende contractant. Wij constateren dat sprake is van een voordeel van de huidige concessiehouder dat eenvoudig kan worden geneutraliseerd, op economisch aanvaardbare wijze zonder dat inbreuk wordt gemaakt op rechten van de huidige concessiehouder. Desondanks laat de Provincie na om maatregelen te treffen. Wij wijzen tevens op de uitspraak van Rechtbank Dordrecht van 24 januari 2008, ECLI:NLRBDOR:2008:BC2882 en de uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 4 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4205, r.o. 4.10 waarin de nationale rechter toepassing geeft aan de verplichting voor een aanbestedende dienst / concessieverlener om voordelen voor een zittende dienstverlener op te heffen.

Wij constateren dat de antwoorden onder nrs. 1 en 2 tegenstrijdig zijn. Wij adresseren dat in een separate vraag. Wij nemen vooralsnog aan dat het materieel dat bij de start van de concessie wordt ingezet een rol kan spelen in de beoordeling van gunningscriterium G2.

Wij merken op dat de Provincie van mening lijkt te zijn dat het voordeel voor de huidige concessiehouder is veroorzaakt door marktwerking en niet het gevolg is van het handelen van de Provincie. Dat standpunt is onjuist. Onder nr. 4 schrijft u dat een voordeel niet door de Provincie is gecreëerd. Wij hebben inmiddels meerdere malen toegelicht dat het voordeel van de huidige concessiehouder niet is gelegen in het feit dat zij de beschikking hebben over bussen uit de huidige concessie maar in het feit dat de wijze waarop gunningscriterium G2 is opgesteld ervoor zorgt dat de huidige concessiehouder een voordeel heeft. Dat voordeel is wel degelijk door de Provincie gecreëerd. Onder nr. 5 schrijft u dat het onderdeel van marktwerking is dat een vervoerder makkelijker over bussen kan beschikken dan een andere vervoerder. Daarmee miskent de Provincie het kernpunt dat het voor de huidige concessiehouder gemakkelijker is om een hoge score te halen op gunningscriterium G2 dan voor concurrenten. Dat is geen marktwerking maar een ongerechtvaardigd voordeel dat juist niet is gebaseerd op eerlijke concurrentie tussen de inschrijvers.

Daarnaast merken wij op dat de Provincie (bij nrs. 3 en 6) lijkt aan te geven dat een voordeel voor de huidige concessiehouder niet zeker is. Ook daarmee miskent de Provincie dat de huidige concessiehouder een ongerechtvaardigd voordeel heeft omdat zij gemakkelijker een hoge score kan halen op gunningscriterium G2 dan andere inschrijvers. Dat voordeel is gecreëerd door de wijze waarop het gunningscriterium is opgesteld en dient dan ook opgeheven te worden door de Provincie.

Onder nr. 7 schrijft u dat kostenvoordelen van de huidige concessiehouder niet worden opgelost met de voorgestelde aanpassing van gunningscriterium G2. Dat is juist. Dat betekent echter niet dat de Provincie geen stappen hoeft te nemen om het level playing field zoveel als mogelijk te herstellen. Wij constateren dat de Provincie in de aanbesteding voor de huidige concessie ervoor heeft gekozen om geen overnameregeling voor het huidige materieel op te nemen. Dat leidt in de onderhavige aanbesteding tot een (kosten)voordeel voor de huidige concessiehouder.

Tegen de achtergrond van het voorgaande verzoeken wij de Provincie daarom nogmaals passende maatregelen te treffen om het voordeel voor de huidige concessiehouder op te heffen. Wij stellen voor de criteria omtrent de betrouwbare transitie naar 100% zero-emissie bussen te verwijderen uit gunningscriterium G2 en toe te voegen aan toetsingscriterium T1. Wij behouden alle rechten en weren voor om bij gebreke daarvan rechtsmaatregelen te nemen. Wij verzoeken de Provincie om daarbij het voorgaande in acht te nemen.