

JAAN2014/164 Concessie openbaar vervoer, Bezwaar tegen voorgenomen gunning, Ve...**Wetsbepaling(en):** AWB artikel 1:3, AWB artikel 6:3**Ook gepubliceerd in:** ECLI:NL:CBB:2014:265

Aflevering	2014 afl. 6
College	CBB
Datum	18 juli 2014
Rolnummer	14/322
Rechter(s)	mr. Van den Berk Syntus BV te Deventer, verzoekster, gemachtigde mr. A.W. Broesterhuizen, en
Partijen	het College van Gedeputeerde Staten van Zeeland, verweerder, gemachtigden mr. G. Verberne en mr. P.W. Juttman, en als derde-partij Connexxion Openbaar Vervoer NV te Haarlem, gemachtigden mr. J.F. van Nouhuys en mr. drs. M.C. Smidt.
Noot	<i>mr. dr. A.J. van Heeswijck</i>
Trefwoorden	Concessie openbaar vervoer, Bezwaar tegen voorgenomen gunning, Verzoek om voorlopige voorziening, Voorgenomen gunningsbesluit is geen besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb, Een niet-gunningsbeslissing is een beslissing ter voorbereiding van een besluit in de zin van art. 6:3 Awb, Deze beslissing staat niet los van het gunningsvoornemen en treft belanghebbende daarom niet rechtstreeks in zijn belang, Niet-ontvankelijkheid
Regelgeving	Awb - 1:3 lid 1, art. 6:3 Wp 2000

[JAAN 2014/164 CBB, 18-07-2014, 14/322, ECLI:NL:CBB:2014:265](#)
Concessie openbaar vervoer, Bezwaar tegen voorgenomen gunning, Verzoek om voorlopige voorziening, Voorgenomen gunningsbesluit is geen besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb, Een niet-gunningsbeslissing is een beslissing ter voorbereiding van een besluit in de zin van art. 6:3 Awb, Deze beslissing staat niet los van het gunningsvoornemen en treft belanghebbende daarom niet rechtstreeks in zijn belang, Niet-ontvankelijkheid

»Samenvatting

Syntus maakt op 2 juni 2014 bezwaar tegen de brief van 22 april 2014, waarbij verweerder bericht dat zij van plan is de concessie openbaar vervoer Zeeland niet aan Syntus te gunnen, maar aan Connexxion. Syntus verzoekt de voorzieningenrechter van het College om een voorlopige voorziening te treffen.

Voordat het inhoudelijke bezwaar van Syntus kan worden beoordeeld, toetst de voorzieningenrechter het rechtskarakter van de brief van 22 april 2014.

Op grond van art. 1:3 lid 1 Awb wordt onder een besluit verstaan een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Ingevolge art. 6:3 Awb is een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit niet vatbaar voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft.

De voorzieningenrechter overweegt dat de brief van 22 april 2014 twee elementen bevat: het voornemen om de concessie aan Connexxion te verlenen en de beslissing dat de concessie niet aan Syntus wordt verleend

Een voorgenomen besluit is naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen besluit in de zin van art. 1:3 Awb nu een enkel voornemen niet op rechtsgevolg is gericht. Het beoogt naar zijn aard niet een bevoegdheid, recht of verplichting te doen ontstaan of teniet te doen of de juridische status van een persoon of zaak vast te stellen.

De beslissing om niet aan Syntus te gunnen is een besluit ter voorbereiding van de uiteindelijke concessieverlening. Het brengt in het geheel van de besluitvorming gezien geen zelfstandig rechtsgevolg teweeg, waardoor Syntus los van het voorgenomen concessiebesluit, in haar belang wordt getroffen. De aanbestedingsprocedure is gericht op het besluit tot verlening van de concessie aan, in dit geval, de vervoerder die de economisch meest voordelige aanbieding heeft gedaan, hetgeen tot automatische uitsluiting leidt van de andere vervoerders. De niet-gunningsbeslissing heeft voor Syntus niet een zodanig zelfstandige betekenis dat het gerechtvaardigd is deze ondanks art. 6:3 Awb voor bezwaar vatbaar te achten. Syntus verzet zich immers alleen tegen een definitieve concessieverlening aan Connexxion en dat besluit moet nog door verweerder worden genomen. Syntus kan op grond van art. 6:3 Awb verweerders' besluit van 22 april 2014 om de concessie niet aan haar te gunnen thans niet aanvechten in bezwaar. De juistheid van dit besluit kan aan de orde worden gesteld in de procedure tegen het uiteindelijke besluit waarbij de concessie wordt verleend. Er zijn in dit geval geen redenen om af te zien van een concentratie van rechtsbescherming.

De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat het door Syntus gemaakte bezwaar niet-ontvankelijk zal worden verklaard. Er is daarom geen reden om de door haar gevraagde voorziening te treffen.

beslissing/besluit

»Uitspraak

Procesverloop

Syntus heeft op 2 juni 2014 bezwaar gemaakt tegen de brief van 22 april 2014, waarbij verweerder aan Syntus heeft bericht dat de Concessie openbaar vervoer over de weg Provincie Zeeland 2015-2024 (de concessie Zeeland) niet aan Syntus wordt gegund en dat verweerder voornemens is de concessie aan Connexxion te gunnen.

Op 2 juni 2014 heeft Syntus de voorzieningenrechter verzocht om een voorlopige voorziening te treffen.

Bij beslissing van 30 juni 2014 heeft de voorzieningenrechter op het verzoek van verweerder van 23 juni 2014 om toepassing te geven aan 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) beslist dat beperking van de kennisneming van de door verweerder aangegeven producties 7, 9 en 11 gerechtvaardigd is.

Bij beslissing van 4 juli 2014 heeft de voorzieningenrechter op het verzoek van verweerder van 3 juli 2014 beslist dat beperking van de kennisneming van de inschrijvingen van Syntus en Connexxion gerechtvaardigd is.

Partijen hebben toestemming verleend als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 11 juli 2014.

Gemachtigden van partijen zijn ter zitting verschenen. Voorts zijn voor Syntus verschenen [naam 1] en [naam 2]. Voor verweerder zijn verschenen M. Gerritsen en A. van Dijk.

Overwegingen

1. Ingevolge het bepaalde in artikel 8:81 van de Awb kan, indien tegen een besluit bij het College beroep is ingesteld, dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep, bezwaar is gemaakt, op verzoek een voorlopige voorziening worden getroffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

2. Voordat het inhoudelijke bezwaar van verzoekster kan worden beoordeeld, moet de voorzieningenrechter ingaan op het ambtshalve te toetsen rechtskarakter van de brief van 22 april 2014.

3. Verweerder heeft Syntus in voornoemde brief, voor zover van belang, het volgende bericht:

“Op 13 maart j.l. hebben wij uw inschrijving voor de Europese aanbesteding van het openbaar vervoer over de weg in het concessiegebied Zeeland in ontvangst genomen. Conform het advies van het beoordelingsteam zijn wij voornemens om de concessie te gunnen aan Connexxion Openbaar Vervoer N.V. Dit onder de opschortende voorwaarde dat er binnen de hiervoor geldende termijn geen bezwaar wordt uitgebracht tegen dit voornemen.

Hieronder lichten we ons voornemen besluit kort toe.

Beoordeling

De inschrijvingen zijn beoordeeld aan de hand van de in het bestek opgenomen criteria, volgens de daarvoor vastgestelde beoordeling en weging. Op basis daarvan is de economisch meest voordelige inschrijving bepaald. De eindscore voor uw inschrijving is onvoldoende gebleken om u als economisch meest voordelige inschrijving aan te merken.

(...)"

4. Op grond van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb moet onder een besluit worden verstaan een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

Ingevolge artikel 6:3 van de Awb is een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit niet vatbaar voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft.

5. Syntus heeft in haar verzoekschrift gesteld en ter zitting nader toegelicht dat haar verzoek zich richt tegen de gunning van de concessie aan Connexxion. Volgens Syntus is gunning van de concessie onder deze aanbesteding onrechtmatig.

Meer in het algemeen heeft Syntus zich op het standpunt gesteld dat het College, in dit geval de voorzieningenrechter van het College, besluiten die voortvloeien uit de Wet personenvervoer 2000 in volle omvang toetst. Daarbij wordt niet alleen de inhoud van de concessie getoetst, maar ook de zorgvuldigheid en rechtmatigheid van de besluitvormingsprocedure die heeft geleid tot het besluit omtrent de concessie. De aanbesteding wordt op deze wijze onderdeel van de besluitvormingsprocedure omtrent de concessie, aldus Syntus.

6. Verweerder heeft gesteld dat sprake is van een appellabel besluit. De afwijzing van de inschrijving roept voor Syntus immers rechtsgevolgen in het leven, omdat dit betekent dat Syntus definitief niet het openbaar vervoer voor de concessie Zeeland mag gaan verrichten. Daarnaast behelst de afwijzing van de inschrijving van Syntus ook een weigering van verweerder om subsidie te verlenen aan Syntus.

7. Connexxion heeft opgemerkt dat het bestreden besluit alleen een voornemen tot het nemen van een concessiebeschikking betreft en ook nog eens een opschortende voorwaarde bevat. Dat roept bij haar de vraag of er sprake is van een (appellabel) besluit, waarvan zij in haar zienswijze voorlopig is uitgegaan.

8. De voorzieningenrechter overweegt dat de brief van 22 april 2014 twee elementen bevat: de beslissing dat de concessie niet aan Syntus wordt verleend en het voornemen om de concessie aan Connexxion te verlenen.

Een voorgenomen besluit is naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb nu een enkel voornemen niet is gericht op rechtsgevolg. Het beoogt naar zijn aard niet een bevoegdheid, recht of verplichting te doen ontstaan of teniet te doen of de juridische status van een persoon of zaak vast te stellen.

9. De beslissing om niet aan Syntus te gunnen is een besluit ter voorbereiding van de uiteindelijke concessieverlening. Het brengt in het geheel van de besluitvorming gezien geen zelfstandig rechtsgevolg teweeg, waardoor Syntus los van het voorgenomen concessiebesluit, in haar belang wordt getroffen. De aanbestedingsprocedure is gericht op het besluit tot verlening van de concessie aan, in dit geval, de vervoerder die de economisch meest voordelige aanbidding heeft gedaan, hetgeen tot automatische uitsluiting leidt van de andere vervoerders die aan de aanbesteding hebben meegedaan. De niet-gunningsbeslissing heeft voor Syntus niet een zodanig zelfstandige betekenis dat het gerechtvaardigd is deze ondanks artikel 6:3 van de Awb voor bezwaar vatbaar te achten. Syntus verzet zich immers alleen tegen een definitieve concessieverlening aan Connexxion en dat besluit moet nog door verweerder worden genomen. Syntus kan op grond van artikel 6:3 van de Awb verweerders besluit van 22 april 2014 om de concessie niet aan haar te gunnen thans niet aanvechten in bezwaar. De juistheid van dit besluit kan aan de orde worden gesteld in de procedure tegen het uiteindelijke besluit waarbij de concessie wordt verleend. Er zijn in dit geval geen redenen om af te zien van een concentratie van rechtsbescherming.

10. Hetgeen hiervoor is overwogen brengt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat het door Syntus gemaakte bezwaar niet-ontvankelijk zal worden verklaard. Er is daarom geen reden om de door haar gevraagde voorziening te treffen.

11. Voor een veroordeling in de proceskosten bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst het verzoek om voorlopige voorziening af.

»Annotatie

Dit vonnis heeft betrekking op de aanbesteding van een concessie voor openbaar vervoer over de weg in de provincie Zeeland van 2015 tot en met 2024. Een dergelijke concessie kwalificeert als een concessie voor diensten in de zin van art. 1 lid 4 Richtlijn 2004/18/EG, die van de werkingssfeer van deze richtlijn is uitgesloten. [noot:1] In art. 61 lid 1 Wet personenvervoer 2000 is niettemin een aanbestedingsplicht voor concessies voor openbaar vervoer in het leven geroepen. Op de aanbesteding van een concessie voor openbaar vervoer waarvan de geraamde waarde hoger is dan de drempelwaarde voor diensten, is in art. 37 lid 1 Besluit personenvervoer 2000 een groot aantal bepalingen uit het inmiddels ingetrokken Bao van overeenkomstige toepassing verklaard.

In tegenstelling tot een gunningsbeslissing in de zin van art. 1.1 Aanbestedingswet 2012 is een besluit tot gunning van een concessie voor openbaar vervoer een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. [noot:2] Dit heeft wezenlijke gevolgen voor de rechtsbescherming, hetgeen in de onderhavige uitspraak van het CBB goed tot uitdrukking komt. Voor de rechtsbescherming bij de aanbesteding van een overheidsopdracht zijn ondernemers aangewezen op de burgerlijke rechter. Tegen een besluit tot gunning van een concessie voor openbaar vervoer staat op grond van de art. 7:1 en 8:1 Awb na bezwaar beroep open bij de bestuursrechter, meer in het bijzonder het CBB. [noot:3]

In de onderhavige uitspraak oordeelt de voorzieningenrechter van het CBB over een verzoek van Syntus, een vervoerder, om een voorlopige voorziening in verband met het voornemen van het College van Gedeputeerde Staten (hierna: GS) van de provincie Zeeland om de concessie aan een andere vervoerder, Connexxion, te gunnen. Het CBB onderscheidt in de brief van 22 april 2014 waarin GS dit voornemen bekend heeft gemaakt twee elementen. Ten eerste de beslissing om de concessie niet aan Syntus te gunnen en ten tweede het voornemen om de concessie aan Connexxion te gunnen (r.o. 8).

Het CBB overweegt dat een voorgenomen besluit geen besluit is in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb, omdat een enkel voornemen niet is gericht op rechtsgevolg (r.o. 8). Op deze overweging valt weinig af te dingen. Het lijkt erop dat GS te veel heeft gekeken naar de praktijk van de gunning van overheidsopdrachten die uitmonden in een overeenkomst in de zin van art. 6:213 lid 1 BW. Bij de gunning van een overheidsopdracht maakt de aanbesteder in de mededeling van de gunningsbeslissing bekend met wie hij voornemens is een overeenkomst te sluiten. [noot:4] Naar aanleiding hiervan kan de benadeelde ondernemer in kort geding een voorlopige voorziening vorderen om te voorkomen dat de aanbesteder gevolg geeft aan zijn voornemen. De verlening van een bestuursrechtelijke concessie voor openbaar vervoer verloopt anders. Het bestuursorgaan neemt een besluit tot gunning, waarin het direct de concessie verleent. Belanghebbenden kunnen tegen dit besluit bezwaar maken en daarna beroep instellen. Wanneer niet tijdig een rechtsmiddel is aangewend of wanneer het besluit tot gunning in bezwaar en beroep standhoudt, verkrijgt het besluit tot gunning formele rechtskracht. GS heeft dus ten onrechte een voornemen tot gunning bekendgemaakt.

Het CBB overweegt dat de beslissing om niet aan Syntus te gunnen, het eerste element van de brief van 22 april 2014, een besluit is ter voorbereiding van de concessieverlening waarop de aanbestedingsprocedure uiteindelijk is gericht. Daarom staat tegen dit besluit op grond van art. 6:3 Awb in beginsel geen bezwaar open. Dit zou anders zijn, indien de beslissing Syntus los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in haar belang zou hebben getroffen. Daarvan is volgens het CBB echter geen sprake. De verlening van de concessie aan de ene vervoerder leidt namelijk automatisch tot de uitsluiting van de andere vervoerders, terwijl de bezwaren van Syntus zich beperken tot verlening van de concessie aan Connexxion. Daarom heeft de beslissing van GS om de concessie niet aan Syntus te verlenen naar het oordeel van het CBB niet zodanig zelfstandige betekenis, dat een uitzondering op de hoofdregel van art. 6:3 Awb moet worden aangenomen (r.o. 9). Ook dit oordeel is in mijn ogen juist. Het CBB concludeert dat het bezwaar van Syntus niet-ontvankelijk zal worden verklaard en wijst de gevraagde voorziening af.

Op de onderhavige uitspraak van het CBB valt weinig af te dingen. De uitspraak illustreert echter dat het

keurslijf van de Awb, in het bijzonder het besluitbegrip van art. 1:3 lid 1 Awb, niet geschikt is als juridisch kader voor de rechtsbescherming bij aanbestedingen waarop de rechtsbeschermingsrichtlijnen van toepassing zijn. [noot:5] De rechtsbeschermingsrichtlijnen kennen net als de Awb een besluitbegrip. Onder een 'voor beroep vatbaar besluit' wordt blijkens de jurisprudentie van het HvJ EU verstaan elke handeling van een aanbestedende dienst die is vastgesteld in verband met een overheidsopdracht die onder de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijn valt en die rechtsgevolgen kan hebben, ongeacht of de handeling in het kader van een aanbestedingsprocedure is verricht of daarbuiten en ongeacht de aard en de inhoud van het besluit. [noot:6] Op het eerste gezicht lijkt het besluitbegrip van de Awb aan te sluiten bij dat van de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Zowel de Awb als de rechtsbeschermingsrichtlijnen vereisen 'rechtsgevolg'. Maar schijn bedriegt. Het HvJ EU gaat op basis van de bekende functionele uitleg uit van een zeer ruim begrip 'voor beroep vatbaar besluit'. Blijkens het arrest *Stadt Halle* moet beroep openstaan '(...) tegen de uiting van de wil van de aanbestedende dienst in verband met een opdracht die op enigerlei wijze ter kennis komt van de belanghebbenden, wanneer die uiting het in punt 35 van dit arrest genoemde stadium [bedoeld is het stadium van marktonderzoek of zuiver voorbereidende handelingen; AJvH] voorbij is en rechtsgevolgen kan hebben'. [noot:7] Daarvan is al sprake, aldus het HvJ EU, wanneer de aanbestedende dienst met een partij concrete onderhandelingen aangaat over een overeenkomst die mogelijk een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht behelst. [noot:8]

Het besluit van GS om niet aan Syntus te gunnen zou naar mijn mening zonder meer zijn aan te merken als een 'voor beroep vatbaar besluit' in de zin van de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Indien de rechtsbeschermingsrichtlijnen van toepassing zouden zijn geweest, zou het nationale recht in strijd zijn geweest met het Unierecht. Er zijn in de jurisprudentie van het CBB meer voorbeelden te vinden van uitspraken waarin de toepassing van het besluitbegrip van de Awb in strijd zou komen met dat van de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Te wijzen valt op uitspraken van respectievelijk 15 juli 2011 en 13 maart 2012. [noot:9] In eerstgenoemde uitspraak werd de beslissing om over te stappen op een onderhandelingsprocedure niet als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb aangemerkt en in laatstgenoemde uitspraak de vaststelling van het programma van eisen. In het verleden is er weleens voor gepleit de rechtsbescherming bij aanbesteding van overheidsopdrachten bij de bestuursrechter onder te brengen. [noot:10] Mocht de wetgever daartoe ooit besluiten, dan zal hij zich moeten realiseren dat de Awb op de schop moet of dat een afzonderlijk procesrecht moet worden vastgesteld.

mr. dr. A.J. van Heeswijck, Advocaat bij PlasBossinade advocaten en notarissen

»Voetnoten

[1]

Art. 17 Richtlijn 2004/18/EG. Art. 5 lid 3 Verordening (EU) 1370/2007 (*PbEU* 2007, L 315/1) bepaalt wel dat een openbare aanbestedingsprocedure moet worden gehouden met in achtneming van de beginselen van transparantie en niet-discriminatie.

[2]

Zie over het rechtskarakter van een gunningsbeslissing A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013, p. 62-67.

[3]

Zie Bijlage 2 bij Awb, art. 4 van Hoofdstuk 2.

[4]

Art. 1.1 Aanbestedingswet 2012.

[5]

Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (*PbEG* 1989, L 395/33) en Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (*PbEG* 1992, L 76/14), beide laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2014/23/EU (*PbEU* 2014, L 94/1).

[6]

HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*), r.o. 34; HvJ EU 4 juli 2013, C-100/12, ECLI:EU:C:2013:448 (*Fastweb*), r.o. 26.

[7]

HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*), r.o. 39.

[8]

HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*), r.o. 39.

[9]

CBB 15 juli 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR2187; CBB 13 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW3665.

[10]

Zie bijv. D.C. Orobio de Castro & J.R. van Angeren, 'Een voorstel om toetsing van gunningsbeslissingen bij de bestuursrechter onder te brengen; reactie op E.H. Pijnacker Hordijk, *BR* 1999, p. 1024', *BR* 2000, p. 650-652.