

*nog sprake is van enige verdenking van Tussenkommende partij van het schenden van verplichtingen op het gebied van milieurecht, is dat onvoldoende om de vraag in het UEA die daarop betrekking heeft in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure bevestigend te moeten beantwoorden. Van een vastgestelde schending is (in ieder geval) op dit moment geen sprake. Daarbij komt dat Tussenkommende partij op 30 oktober 2019 een Gedragsverklaring Aanbesteden heeft ontvangen van het Ministerie van Justitie en Veiligheid, in welk kader is geoordeeld dat geen bezwaren bestaan in verband met de inschrijving van Tussenkommende partij op onder andere overheidsopdrachten en speciale-sectoropdrachten. Dat Tussenkommende partij een valse verklaring heeft afgelegd bij het invullen van de UEA is dan ook niet aannemelijk.*

#### **Conclusie**

*De vorderingen van de Combinatie worden afgevoerd.*

*1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
[naam] B.V.,  
statutair gevestigd en kantoorhoudende te Oss,*  
*2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
[naam] B.V.,  
statutair gevestigd te Oss en kantoorhoudende te Teeffelen,  
eiseressen,  
advocaten mrs. J.F. van Nouhuys en C.R.V. Lagendijk te Rotterdam,  
tegen  
de publiekrechtelijke rechtspersoon  
WATERSCHAP RIVIERENLAND,  
zetelend te Tiel,  
gedaagde,  
advocaat mr. I. van der Hoeven te Middelburg,  
waarin heeft gevorderd als tussenkommende partij,  
althans voegende partij aan de zijde van het Waterschap, te worden toegelaten:  
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
[Tussenkommende partij],  
gevestigd te Hattermeerbroek,  
eiseres in het incident tot tussenkomst, althans voeging,  
advocaat mr. S.S. Schouten te Deventer.*

De volledige uitspraak is te raadplegen op [opmaat.sdu.nl](http://opmaat.sdu.nl).

## 75

### **Intrekken aanbestedingsprocedure en heraanbesteden geoorloofd?**

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland  
21 februari 2020, zaaknr. C/05/363186/KG ZA  
19-512, ECLI:NL:RBGEL:2020:1324  
(mr. R.J.B. Boonekamp)  
Noot mr. J.P.M. van Beers

**Europees openbare onderhandelingsprocedure. Gebrek aan mededinging. Intrekken aanbestedingsprocedure. (On-)geldigheid intrekking aanbestedingsprocedure. Wezenlijke wijziging. Heraanbesteding.**

*TenneT TSO B.V. (hierna: TenneT) heeft in januari 2019 een Europese openbare onderhandelingsprocedure aangekondigd voor de uitvoering van de opdracht "Realisatie Zuidwest West 380 Kv Tracé Borselle (BSL) – Rilland (RLL) Civiel Werk". De opdracht vormt een belangrijk onderdeel van het Wintrack III programma van TenneT, dat ziet op de uitbreiding van het bestaande 380 netwerk om zo de transportcapaciteit en -flexibiliteit op land te vergroten. De opdracht bestaat uit twee percelen. De selectiecriteria van de opdracht vermelden onder andere dat het niet mogelijk is dat beide percelen aan dezelfde inschrijver worden gegund. Indien één inschrijver op beide percelen de beste prijs en kwaliteit aanbiedt, krijgt hij perceel 2 gegund. Perceel 1 gaat in dat geval naar de opvolgende inschrijver. In totaal hebben zich zeven gegadigden voor de opdracht gemeld. Van deze gegadigden heeft TenneT er zes geselecteerd om een initiële inschrijving te doen, waaronder de Combinatie (eiseres sub 1 tezamen met KWS Infra B.V.). De Combinatie heeft op 29 oktober 2019 haar initiële inschrijving ingediend. TenneT heeft de initiële inschrijvingen van de Combinatie en de enige resterende andere inschrijver beoordeeld en vervolgens (in ieder geval) de Combinatie uitgenodigd voor de onderhandelingsfase, ook wel de Best and Final Offer fase (BAFO-fase). De bedoeling hiervan is dat gegadigden aan het eind daar-*

van, in dit geval uiterlijk op 6 december 2019, een laatste en finale aanbidding doen.

TenneT heeft op 20 november 2019 bericht de aanbestedingsprocedure te stoppen, omdat er maar twee aanmeldingen zijn en deze inschrijvers daarmee zijn verzekerd van een opdracht. De Combinatie heeft bij brief van 4 december 2019 laten weten dat er volgens haar sprake is van onrechtmatige stopzetting van de aanbesteding. De Combinatie stelt hiertoe dat nu TenneT kenbaar heeft gemaakt de opdracht vanwege een gebrek aan mededinging in te trekken en zij dezelfde opdracht ongewijzigd opnieuw in de markt heeft aangekondigd, de in januari 2019 aangevangen aanbestedingsprocedure voort dient te zetten. TenneT is van mening dat de opdracht in het onderhavige geval niet wezenlijk gewijzigd hoeft te worden om opnieuw te mogen worden aanbesteed.

### Beoordeling van het geschil

In de eerste plaats moet volgens de voorzieningenrechter worden geconstateerd dat de huidige aanbestedingsprocedure zodanig is opgezet dat uit alle gegadigden zes partijen zijn geselecteerd om een initiële inschrijving te doen, om zo een voldoende mate van concurrentie te bewerkstelligen in het kader van uiteindelijke gunning van de opdracht. Die handelwijze is een welbewuste keuze van TenneT geweest om zo voldoende mededinging te creëren. Geconstateerd moet worden dat die doelstelling van de aanbestedingsprocedure in ieder geval niet is bereikt, omdat drie van de zes geselecteerde gegadigden geen initiële inschrijving hebben ingediend en ook een vierde gegadigde op de dag van inschrijving kenbaar heeft gemaakt niet aan de procedure te zullen deelnemen. Aangenomen moet worden dat daarmee ook een algemene doelstelling van het aanbestedingsrecht, waarbij in onderlinge concurrentie tot een aanbod wordt gekomen dat in voldoende mate reflecteert wat de markt te bieden heeft, niet is verwezenlijkt. De situatie waarin slechts twee initiële inschrijvers resteerden, heeft zich in de loop van de aanbesteding afgetekend en die omstandigheid was dan ook niet (eerder) door TenneT te voorzien.

In de tweede plaats is vanwege het feit dat slechts twee inschrijvers resteerden als gevolg van de systematiek die TenneT in deze aanbestedingsprocedure heeft gekozen een situatie ontstaan waarbij vóór aanvang van de BAFO-fase reeds objectief vaststond dat, voor zover de aanbiedingen

van die twee partijen aan de door TenneT opgestelde vraagspecificaties zouden voldoen, aan beide partijen een perceel van de opdracht zou worden gegund. Of die beide inschrijvers er voorafgaand aan de onderhandelingen van op de hoogte waren dat zij met zijn tweeën over waren, is in wezen niet doorslaggevend. Feit is dat TenneT een onderhandeling met slechts twee partijen zou moeten voeren in een situatie waarin daaraan voorafgaand al zou vaststaan dat aan beide partijen een perceel zou moeten worden gegund, zonder dat enige vergelijking op de onderdelen prijs en kwaliteit van die inschrijvingen met de inschrijvingen van andere partijen zou kunnen worden gemaakt (behalve dan om uit te maken welke partij perceel 1 zou krijgen en welke perceel 2). Dat is ook de reden die TenneT heeft opgegeven als motivering voor de intrekking van de opdracht. Volgens TenneT kan in de ontstane situatie op geen enkele wijze worden geverifieerd of de inschrijvingen hebben te gelden als representatief voor wat de markt op dit moment te bieden heeft. Op basis van deze specifieke omstandigheden moet worden geconcludeerd dat gedurende de aanbestedingsprocedure inderdaad een situatie is ontstaan waarin in wezen geen concurrentie meer plaatsvond bij de mededinging naar de opdracht. Deze situatie is niet wezenlijk anders dan de situatie genoemd in het *Croce Amica*-arrest (HvJ EU 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2435), waarbij één gegadigde resteerde aan wie de opdracht kon worden gegund. In beide gevallen kan geen (zinvolle) vergelijking worden gemaakt van aanbiedingen aan de hand waarvan kan worden bepaald welke inschrijver het beste aanbod heeft gedaan en daarom voor gunning van de opdracht in aanmerking komt. Daaraan doet niet af dat op het moment dat de initiële inschrijvingen werden ingediend nog sprake was van drie gegadigden, omdat voor het vaststellen van een voldoende mate van mededinging niet bepalend is het moment van inschrijven, maar het moment waarop de vergelijking tussen de inschrijvingen van de verschillende gegadigden in het kader van de beoordeling daarvan wordt gemaakt.

### Conclusie

Gelet op het vorenstaande moet worden aangenomen dat TenneT de aanbestedingsprocedure mocht intrekken en tot heraanbesteding daarvan mocht overgaan zonder de inhoud van de opdracht wezenlijk te wijzigen. Van belang is dat de

*aanbestedende dienst op het moment van intrekking tot de conclusie heeft kunnen komen dat sprake is van onvoldoende concurrentie en een dergelijke conclusie kan in beginsel op ieder moment gedurende de aanbestedingsprocedure worden getrokken. Daarvoor is niet zonder meer vereist dat de onderhandelingsfase met de initiële inschrijver(s) wordt doorlopen. Het volledig doorlopen van de onderhandelingsfase zou er in onderhavig geval niet toe kunnen leiden dat wel (alsnog) voldoende concurrentie zou plaatsvinden.*

*1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

*[eiseres sub 1],*

*gevestigd te Vianen,*

*2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

*KWS INFRA B.V.,*

*gevestigd te Vianen,*

*eiseressen,*

*advocaat mr. D.R. Versteeg te Amsterdam,*

*tegen*

*de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

*TENNET TSO B.V.,*

*gevestigd te Arnhem,*

*gedaagde,*

*advocaten mrs. J.F. van Nouhuys en A. de Jong te Rotterdam.*

Partijen zullen hierna de Combinatie en TenneT worden genoemd.

*1. De procedure*

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

– de dagvaarding met producties 1 tot en met 12  
– de nagezonden producties 13 tot en met 16 van de Combinatie

– de mondelinge behandeling van 11 februari 2020

– de pleitnota van de Combinatie

– de pleitnota van TenneT.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

*2. De feiten*

2.1. TenneT heeft in januari 2019 een Europese openbare onderhandelingsprocedure aangekondigd voor de uitvoering van de opdracht “Realisatie Zuidwest West 380 kV Tracé Borselle (BSL) – Rilland (RLL) Civiel Werk”. De opdracht vormt

een belangrijk onderdeel van het Wintrack III programma van TenneT, dat ziet op de uitbreiding van het bestaande 380 kV netwerk om zo de transportcapaciteit en -flexibiliteit op land te vergroten. De opdracht bestaat uit twee percelen, te weten mastlocaties 1001 tot en met 1050A/B (perceel 1) en mastlocaties 1051 tot en met 1104 (perceel 2). De “Inleiding t.b.v. selectiefase, doelstelling en selectieprocedure” vermeldt onder meer het volgende:

“(…)

*e) Aanmelding als gegadigde*

Iedere ondernemer die voor verkrijging van de opdracht in aanmerking wenst te komen (‘gegadigde’) kan bij TenneT een ‘aanmelding als gegadigde’ via het Negometrix platform indienen. (...)

*Doelstelling en omschrijving van de opdracht*

(...)

Het doel van de selectieprocedure is om per perceel maximaal 6 geschikte gegadigden te selecteren. Geselecteerde gegadigden worden uitgenodigd voor de inschrijffase c.q. onderhandelingsfase van deze tender.

(...)

*g) Procedure van beoordeling van de aanmelding als gegadigde*

(...)

TenneT zal vervolgens voor:

Perceel 1 (Borselle – Willem Annapolder) de (maximaal 6) best scorende gegadigden uitnodigen om een inschrijving in te dienen.

Perceel 2 (Willem Annapolder – Rilland) de (maximaal 6) best scorende gegadigden uitnodigen om een inschrijving in te dienen.

(...)

2.2. De selectiecriteria van de opdracht vermelden onder andere dat het niet mogelijk is dat beide percelen aan dezelfde inschrijver worden gegund. Indien één inschrijver op beide percelen de beste prijs en kwaliteit aanbiedt, krijgt hij perceel 2 gegund. Perceel 1 gaat in dat geval naar de opvolgende inschrijver.

2.3. In totaal hebben zich zeven gegadigden voor de opdracht gemeld. Van deze gegadigden heeft TenneT er zes geselecteerd om een initiële inschrijving te doen, waaronder de Combinatie.

2.4. De Combinatie heeft op 29 oktober 2019 haar initiële inschrijving ingediend. Van de vijf overige geselecteerde gegadigden hebben drie partijen direct aan TenneT bericht geen inschrijving te zullen indienen. Van de twee resterende gegadigden heeft één partij op de dag van inschrijving

aan TenneT kenbaar gemaakt niet aan de aanbesteding te zullen deelnemen. TenneT heeft de initiële inschrijvingen van de Combinatie en de enige resterende andere inschrijver beoordeeld en vervolgens (in ieder geval) de Combinatie uitgenodigd voor de onderhandelingsfase, ook wel de Best And Final Offer fase (BAFO-fase). De bedoeling van de BAFO-fase is dat gegadigden aan het eind daarvan, in dit geval uiterlijk op 6 december 2019, een laatste en finale aanbieding doen.

2.5. Het eerste onderhandelingsgesprek tussen TenneT en de Combinatie stond gepland op 19 november 2019. In verband daarmee heeft TenneT aan de Combinatie op 11 november 2019 een vragenlijst gestuurd met betrekking tot verschillende aspecten van de initiële inschrijving van de Combinatie. Deze vragenlijst zou tijdens het gesprek worden doorlopen.

2.6. Op 14 november 2019 heeft TenneT het eerste onderhandelingsgesprek met de Combinatie afgezegd. Partijen zijn daardoor niet gestart met de BAFO-fase. In de daarop volgende brief van TenneT aan de Combinatie van 20 november 2019 staat onder meer het volgende:

“Op 29 oktober 2019 heeft u in het kader van de aanbestedingsprocedure voor ZZW 380 kV Civile Werkzaamheden de initiële inschrijving op perceel 1 en op perceel 2 ingediend. TenneT heeft die dag helaas moeten constateren dat er slechts door twee inschrijvers een initiële offerte is ingediend. De derde inschrijver is die dag door ons benaderd en heeft aangegeven niet deel te nemen aan de aanbesteding. Beide inschrijvers zijn vanaf dat moment verzekerd van een opdracht aangezien de beide percelen aan verschillende opdrachtnemers worden opgedragen. Daardoor is er geen sprake meer van daadwerkelijke mededinging. TenneT heeft op grond van dit feit besloten de aanbestedingsprocedure te stoppen.

TenneT is zeer teleurgesteld in de gang van zaken gezien de negatieve consequenties voor het Wintrack III programma en de inspanningen die TenneT zich heeft getroost om voldoende marktpartijen aan boord te krijgen en te houden. Tegelijkertijd beseft TenneT ook dat het uw bedrijf niet aan te rekenen is en dat u daadwerkelijk veel inspanning heeft gedaan om te komen tot een goede inschrijving. Ondanks dat TenneT daar niet toe verplicht is, stelt TenneT daarom een tegemoetkoming in de tenderkosten beschikbaar van 200.000 euro (excl. BTW) aan iedere inschrij-

ver die een initiële inschrijving heeft ingediend voor deze aanbesteding. (...)”

2.7. De Combinatie heeft bij brief van 4 december 2019 gereageerd en aan TenneT medegedeeld dat volgens haar sprake is van een onrechtmatige stopzetting van de aanbesteding. Bij brief van 9 december 2019 heeft TenneT aan de Combinatie kenbaar gemaakt dat de bezwaren van de Combinatie er niet toe zullen leiden dat zij haar besluit tot intrekking van de aanbesteding zal heroverwegen.

2.8. Op 20 januari 2020 heeft TenneT een nieuwe aankondiging gedaan voor de opdracht “Realisatie Zuidwest West 380 kV Tracé Borselle (BSL) – Rilland (RLL) Civiel Werk”. De opdracht bevat op de onderdelen planning en gunningscriteria enkele wijzigingen ten opzichte van de eerdere aanbestedingsprocedure.

### 3. Het geschil

3.1. De Combinatie vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I TenneT te gebieden de aanbesteding te hervatten en de resterende onderdelen van de procedure met de inschrijvers, die een initiële inschrijving hebben ingediend, voort te zetten, overeenkomstig het bepaalde in de aanbestedingsstukken, teneinde tot de voorlopige gunning van één of meer percelen te komen;

II TenneT te gebieden:

– alle activiteiten met betrekking tot de (verdere) stopzetting en intrekking van de aanbesteding, alsmede

– alle activiteiten in het kader van, dan wel ter voorbereiding op, een heraanbesteding van de opdracht

te staken en gestaakt te houden;

III te bepalen dat TenneT een dwangsom verbeurt ter hoogte van € 5.000.000,00, althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen bedrag, bij schending van één van de hiervoor onder I en II genoemde ge- en verboden, te vermeerderen met een bedrag van € 500.000,00 per dag dat de overtreding voortduurt;

IV TenneT te veroordelen in de proces- en nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

3.2. Tennet voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen.

3.3. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover voor de beoordeling van dit geschil van belang, worden ingegaan.

#### 4. De beoordeling van het geschil

4.1. De spoedeisendheid van de vorderingen vloeit voldoende uit de stellingen van de Combinatie voort.

4.2. De Combinatie vordert veroordeling van TenneT de aanbestedingsprocedure die zij op 20 november 2019 heeft ingetrokken voort te zetten en in dat kader de BAFO-fase van die procedure met de twee resterende inschrijvers te doorlopen om zo tot gunning van (één van) de percelen te komen. De Combinatie legt aan deze vordering ten grondslag dat de beslissing van TenneT om de aanbestedingsprocedure in te trekken onrechtmatig is. Volgens de Combinatie mocht TenneT enkel tot intrekking daarvan overgaan indien zij de opdracht niet langer wilde laten uitvoeren of, in geval zij de opdracht nog wel wenst te laten uitvoeren en opnieuw wil aanbesteden, indien zij de inhoud van de opdracht wezenlijk zou wijzigen ten opzichte van de ingetrokken variant. Nu TenneT kenbaar heeft gemaakt de opdracht vanwege een gebrek aan mededinging in te trekken en zij dezelfde opdracht ongewijzigd opnieuw in de markt heeft aangekondigd, is niet aan deze voorwaarden voldaan en dient TenneT volgens de Combinatie de in januari 2019 aangevangen aanbestedingsprocedure voort te zetten en ten minste de BAFO-fase met de initiële inschrijvers te doorlopen. TenneT voert verweer en voert aan dat de opdracht in het onderhavige geval niet wezenlijk hoeft te worden gewijzigd om opnieuw te mogen worden aanbesteed. Volgens TenneT is de intrekking van de aanbestedingsprocedure niet onrechtmatig en dienen de vorderingen van de Combinatie, die daarvan uitgaan, te worden afgevoerd.

4.3. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. Partijen zijn het er op zichzelf over eens dat een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure mag afbreken zonder dat daarvoor bijzondere omstandigheden zijn vereist (zie ook HvJ EU 11 december 2014, C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435 (*Croce Amica*)). Uit dit arrest blijkt ook dat een goede reden voor een besluit tot afbreking/intrekking van de aanbesteding gelegen kan zijn in het gegeven dat het concurrentieniveau te laag was, gelet op het feit dat aan het einde van de procedure voor het plaatsen van de opdracht nog slechts één inschrijver geschikt bleek om deze uit te voeren (r.o. 35). Kern van het geschil tussen partijen betreft de vraag of een aanbestedende dienst de ingetrokken opdracht ver-

volgens onder alle omstandigheden slechts opnieuw mag aanbesteden indien de inhoud daarvan ten opzichte van de eerdere opdracht wezenlijk is gewijzigd. Dat een opdracht na een intrekking van de aanbesteding in alle gevallen enkel onder die voorwaarde opnieuw mag worden aanbesteed, heeft het Europese Hof van Justitie in het *Croce Amica*-arrest niet overwogen. Ook uit andere rechtspraak van het Europese Hof volgt dat niet met zoveel woorden. In het geval zich een situatie voordoet waarin in een lopende aanbestedingsprocedure niet of niet langer sprake is van een voldoende mate van concurrentie, moet binnen zekere grenzen worden aangenomen dat de aanbestedende dienst bevoegd kan zijn de aanbestedingsprocedure af te breken en de opdracht opnieuw aan te besteden zonder de inhoud van de opdracht wezenlijk te wijzigen. Daarvoor zullen dan wel strikte eisen moeten worden gesteld aan de vaststelling ervan dat een voldoende mate van concurrentie en daarmee de met het aanbestedingsrecht beoogde mate van mededinging ontbreken. Het zou immers onjuist en niet te verenigen zijn met de beginselen van het aanbestedingsrecht indien een aanbestedende dienst zonder dat daarvoor zwaarwegende gronden vastgesteld kunnen worden hem onwettig verlopene aanbestedingen zou kunnen intrekken en ongewijzigd zou kunnen heraanbesteden met als reden dat sprake zou zijn van onvoldoende concurrentie. Dat zou de weg openen naar favoritisme en willekeur in strijd met de beginselen van gelijkheid en transparantie en kunnen leiden tot tijdverlies en veroorzaking van onredelijke inspanningen en kosten voor inschrijvers. Indien echter concreet en nauwkeurig kan worden vastgesteld dat de mede door het aanbestedingsrecht beoogde (voldoende mate van) concurrentie ontbreekt, is het wel in overeenstemming met de beginselen van het aanbestedingsrecht dat de opdracht dan opnieuw kan worden aanbesteed zonder wezenlijke wijziging. Van de aanbestedende dienst mag in dat verband worden verlangd dat hij nauwkeurig motiveert dat zich in de aanbestedingsprocedure een situatie voordoet waarbij in wezen geen concurrentie meer plaatsvindt en de rechter moet vervolgens ten volle kunnen toetsen of daarvan werkelijk sprake is.

4.4. De voorzieningenrechter is van oordeel dat zich in het onderhavige geval een situatie voordoet waarin voldoende concurrentie in de aanbesteding is komen te ontbreken en geen wezenlijke

wijziging is vereist om de ingetrokken opdracht opnieuw te mogen aanbesteden. In de eerste plaats moet worden geconstateerd dat de huidige aanbestedingsprocedure zodanig is opgezet dat uit alle gegadigden zes partijen zijn geselecteerd om een initiële inschrijving te doen, om zo een voldoende mate van concurrentie te bewerkstelligen in het kader van de uiteindelijke gunning van de opdracht. Die handelwijze is een welbewuste keuze van TenneT geweest om zo voldoende mededinging te creëren. Geconstateerd moet worden dat die doelstelling van de aanbestedingsprocedure in ieder geval niet is bereikt, omdat drie van de zes geselecteerde gegadigden geen initiële inschrijving hebben ingediend en ook een vierde gegadigde op de dag van inschrijving kenbaar heeft gemaakt niet aan de procedure te zullen deelnemen. Aangenomen moet worden dat daarmee ook een algemene doelstelling van het aanbestedingsrecht, waarbij in onderlinge concurrentie tot een aanbod wordt gekomen dat in voldoende mate reflecteert wat de markt te bieden heeft, niet is verwezenlijkt. De situatie waarin slechts twee initiële inschrijvers resteerden, heeft zich in de loop van de aanbesteding afgetekend en die omstandigheid was dan ook niet (eerder) door TenneT te voorzien.

4.5. In de tweede plaats is vanwege het feit dat slechts twee inschrijvers resteerden als gevolg van de systematiek die Tennenet in deze aanbestedingsprocedure heeft gekozen een situatie ontstaan waarbij vóór aanvang van de BAFO-fase reeds objectief vaststond dat, voor zover de aanbiedingen van die twee partijen aan de door TenneT opgestelde vraagspecificaties zouden voldoen, aan beide partijen een perceel van de opdracht zou worden gegund. Of die beide inschrijvers er voorafgaand aan de onderhandelingen van op de hoogte waren dat zij met zijn tweeën over waren, is in wezen niet doorslaggevend. Feit is dat TenneT een onderhandeling met slechts twee partijen zou moeten voeren in een situatie waarin daaraan voorafgaand al zou vaststaan dat aan beide partijen een perceel zou moeten worden gegund, zonder dat enige vergelijking op de onderdelen prijs en kwaliteit van die inschrijvingen met de inschrijvingen van andere partijen zou kunnen worden gemaakt (behalve dan om uit te maken welke partij perceel 1 zou krijgen en welke perceel 2). Dat is ook de reden die TenneT heeft opgegeven als motivering voor de intrekking van de opdracht. Volgens TenneT kan in de ontstane situa-

tie op geen enkele wijze worden geverifieerd of de inschrijvingen hebben te gelden als representatief voor wat de markt op dit moment te bieden heeft. Op basis van deze specifieke omstandigheden moet worden geconcludeerd dat gedurende de aanbestedingsprocedure inderdaad een situatie is ontstaan waarin in wezen geen concurrentie meer plaatsvond bij de mededinging naar de opdracht. Deze situatie is niet wezenlijk anders dan de situatie genoemd in het hiervoor onder 4.3. aangehaalde Croce Amica-arrest, waarbij één gegadigde resteerde aan wie de opdracht kon worden gegund. In beide gevallen kan geen (zinvolle) vergelijking worden gemaakt van aanbiedingen aan de hand waarvan kan worden bepaald welke inschrijver het beste aanbod heeft gedaan en daarom voor gunning van de opdracht in aanmerking komt. Daaraan doet niet af dat op het moment dat de initiële inschrijvingen werden ingediend nog sprake was van drie gegadigden, omdat voor het vaststellen van een voldoende mate van mededinging niet bepalend is het moment van inschrijven, maar het moment waarop de vergelijking tussen de inschrijvingen van de verschillende gegadigden in het kader van de beoordeling daarvan wordt gemaakt.

4.6. Bij deze stand van zaken moet worden aangenomen dat TenneT de aanbestedingsprocedure mocht intrekken en tot heraanbesteding daarvan mocht overgaan zonder dat de inhoud van de opdracht wezenlijk te wijzigen. De stelling van de Combinatie dat TenneT eerst de BAFO-fase van de procedure had moeten doorlopen, kan niet tot een ander oordeel leiden. Van belang is dat de aanbestedende dienst op het moment van intrekking tot de conclusie heeft kunnen komen dat sprake is van onvoldoende concurrentie en een dergelijke conclusie kan in beginsel op ieder moment gedurende de aanbestedingsprocedure worden getrokken. Daarvoor is niet zonder meer vereist dat de onderhandelingsfase met de initiële inschrijver(s) wordt doorlopen. In het onderhavige geval zou het doorlopen van de onderhandelingsfase er niet toe kunnen leiden dat wel (alsnog) voldoende concurrentie zou plaatsvinden. Inmiddels heeft TenneT de ingetrokken opdracht begin januari 2020 opnieuw aangekondigd. Gelet op hetgeen hiervoor reeds is geoordeeld kan in het midden blijven of de inhoud van die opdracht ten opzichte van de eerdere aanbestedingsprocedure al dan niet wezenlijk is gewijzigd, zodat de

daartoe over en weer aangevoerde stellingen van partijen onbesproken zullen blijven.

4.7. De Combinatie zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Deze kosten worden aan de zijde van TenneT tot op heden begroot op:

- griffierecht € 656,00
- salaris advocaat € 980,00

Totaal € 1.636,00

### 5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt de Combinatie tot betaling van de proceskosten, tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.636,00, waarin begrepen € 980,00 aan salaris advocaat,

5.3. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

## NOOT

### **Intrekking aanbestedingsprocedure vanwege te laag concurrentieniveau: tevens legitimatie om de opdracht bij heraanbesteding niet wezenlijk te wijzigen?**

In bovenstaand vonnis wordt – onder verwijzing naar het Croce Amica-arrest van het HvJ EU – het uitgangspunt herhaald dat aanbestedingsprocedures mogen worden afgebroken zonder dat deze beslissing moet berusten op gewichtige redenen (r.o. 4.3). Een intrekkingbeslissing kan volgens het HvJ EU zijn ingegeven “door redenen die met name verband houden met de beoordeling of het uit oogpunt van het algemeen belang opportuun is om een aanbestedingsprocedure te voltooien, onder meer gelet op het feit dat de economische context of de feitelijke omstandigheden dan wel de behoeften van de betrokken aanbestedende dienst zijn gewijzigd.”<sup>1</sup> Aan een intrekkingbesluit kan volgens het HvJ EU ook de vaststelling ten grondslag liggen dat het concurrentieniveau te laag was, gelet op het feit dat aan het einde van de procedure nog slechts één inschrijver geschikt bleek om deze uit te voeren.

1 HvJ EU 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2435, r.o. 35 (Croce Amica).

Voor de praktijk is advies 210 van de CvAE van belang, waaruit volgt dat het enkele feit dat slechts één inschrijving is ontvangen niet altijd de conclusie rechtvaardigt dat het concurrentieniveau zodanig laag is dat dit tot een intrekking van de aanbesteding mag leiden, bijvoorbeeld als het concurrentieniveau op voorhand aanzienlijk is beperkt bijvoorbeeld door gebruik te maken van een meervoudig onderhandse procedure en in dat kader slechts drie ondernemingen uit te nodigen.<sup>2</sup> Blijkens bovenstaand vonnis zijn partijen en het er klaarblijkelijk over eens dat de intrekking vanwege het te lage concurrentieniveau gerechtvaardigd is (r.o. 4.3), terwijl ook in dit geval – hoewel sprake is van een openbare Europese onderhandelingsprocedure met voorafgaande aankondiging – het concurrentieniveau door TenneT reeds op voorhand is beperkt tot maximaal 8 gegadigden per perceel. Bovendien zou gesteld kunnen worden dat nog wel sprake was van concurrentie tussen de twee inschrijvers aangezien perceel 2 (Willem Annapolder – Rilland) klaarblijkelijk het interessantste perceel was (r.o. 2.1 en 2.2). De voorzieningenrechter heeft zich hierover niet hoeven uitlaten, omdat dit door eiseressen niet lijkt te zijn aangedragen.

De beginselen van gelijkheid en transparantie dienen in acht te worden genomen bij het nemen van een intrekkingbeslissing. Dit betekent onder meer dat een intrekkingbeslissing gemotiveerd dient te worden. Voor de praktijk is van belang dat uit een arrest van het Gerechtshof Den Haag<sup>3</sup> en advies 498 van de CvAE volgt dat een intrekkingbeslissing na het bekendmaken daarvan kan worden aangevuld, hoewel voorzieningenrechtters – ook nadien – andersluidend lijken te oordelen.<sup>4</sup>

2 CvAE advies 210, ov. 5.7.3.

3 Gerechtshof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1318, r.o. 4.5, «JAAN» 2019/122 en CvAE advies 498, ov. 5.6.1 e.v., «JAAN» 2020/19. Zie ook Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2234, r.o. 4.6, «JAAN» 2016/147.

4 Zie o.a. Vzr. Rb. Overijssel 19 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4819, r.o. 4.8, «JAAN» 2020/41 en Vzr. Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, r.o. 4.8, «JAAN» 2017/81, m.nt. mr. dr. A.J. van Heeswijck.

In veel gevallen zal een ingetrokken aanbestedingsprocedure (uiteindelijk) leiden tot een heraanbesteding. Uit de jurisprudentie volgt dat indien vaststaat dat een heraanbesteding zal volgen – vanwege de nauwe samenhang tussen de intrekking en heraanbesteding – eerst de rechtmatigheid van de beslissing tot heraanbesteding wordt beoordeeld. Doorgaans gaat het in dat geval om de vraag of de opdracht wezenlijk gewijzigd moet worden. Gaat de aanbestedende dienst daar “onderuit”, dan treft de intrekkingsofschikking hetzelfde lot.<sup>5</sup> Ik ben kritisch op deze benadering, omdat beide beslissingen – intrekking en heraanbesteding – vanwege het verschillende juridisch kader mijns inziens gescheiden zouden moeten worden beoordeeld. In bovenstaand vonnis lijkt de rechtbank ook zo te werk te gaan, door eerst te overwegen dat partijen het er op zichzelf over eens zijn dat voor een intrekkingsofschikking geen bijzondere redenen zijn vereist. Vervolgens beoordeelt de voorzieningenrechter pas of de opdracht bij heraanbesteding wezenlijk gewijzigd had moeten worden.

Heraanbesteding van een niet wezenlijk gewijzigde opdracht is onder een aantal omstandigheden mogelijk. Het gaat dan in de eerste plaats om de situatie waarin de aanbestedingsprocedure wordt ingetrokken op een moment dat de aanbestedende dienst nog geen kennis heeft genomen van de inschrijvingen.<sup>6</sup> Daarnaast hoeft de opdracht bij heraanbesteding na een eerdere intrekking niet wezenlijk te worden gewijzigd indien sprake is van procedurele gebreken die een rechtmatige gunning onmogelijk maken en in-

dien er geen geschikte inschrijvingen zijn ingediend.<sup>7</sup> In deze gevallen wordt aangenomen dat het risico van (ongeoorloofde) manipulatie, favoritisme en willekeur niet aan de orde is. Dat is de ratio achter het wezenlijk moeten wijzigen van een opdracht indien deze na intrekking opnieuw in de markt wordt gezet: een aanbestedende dienst zou een winnende, maar hem onwelgevalige inschrijver kunnen trachten te passeren door opnieuw een aanbesteding ten aanzien van (vrijwel) dezelfde opdracht uit te schrijven, met een beoordelingskader dat nader toegesneden is op de wel gewenste ondernemer.<sup>8</sup>

Ik kom op het wat mij betreft meest wezenlijke punt. In bovenstaand vonnis gaat het om een extra categorie gevallen waarin de opdracht na een eerdere intrekking volgens de voorzieningenrechter niet wezenlijk gewijzigd hoeft te worden: de situatie waarin sprake is van een te laag concurrentieniveau. Deze situatie komt terug in een eerder vonnis uit 2015,<sup>9</sup> maar is mijns inziens overstreden. Van belang is dat een te laag concurrentieniveau in het Croce Amica-arrest door het HvJ EU is genoemd als reden om een aanbestedingsprocedure in te trekken en niet is aangeduid als categorie om een heraanbestede opdracht niet wezenlijk te hoeven wijzigen. In de zaak die heeft geleid tot het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland trok RAV Fryslân een aanbestedingsprocedure in, onder meer omdat slechts één inschrijving was ingediend.<sup>10</sup> De voorzieningenrechter oordeelt onder verwijzing naar het Croce Amica-arrest dat de intrekking – in dat geval – (enkel) vanwege het te lage concurrentieniveau weliswaar geoorloofd is, maar wordt desondanks geconcludeerd dat de opdracht bij heraanbesteding wezenlijk gewijzigd moet worden (hetgeen

5 Vzr. Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8025, r.o. 4.20, «JAAN» 2016/623, m.nt. ir. M.B. Klijn en Vzr. Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, r.o. 4.9, «JAAN» 2017/81, m.nt. mr. dr. A.J. van Heeswijck.

6 Vzr. Rb. Den Haag 6 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6288, r.o. 4.2, «JAAN» 2016/162; Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2234, r.o. 4.11, «JAAN» 2016/147; Vzr. Rb. Den Haag 23 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ1444, r.o. 5.8, «JAAN» 2009/96; Rb. Rotterdam 10 maart 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH5386, r.o. 4.4; Vzr. Rb. Den Haag 20 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4943, r.o. 3.1.

7 Zie voetnoot 12 hierna.

8 Vzr. Rb. Overijssel 19 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4819, r.o. 4.7, «JAAN» 2020/41.

9 Vzr. Rb. Oost-Brabant 14 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2162, r.o. 4.7, «JAAN» 2015/145, m.nt. mr. C.G. van Blaaderen en mr. R.S. Damsma.

10 Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2234, r.o. 4.5-4.8, «JAAN» 2016/147.



ook gebeurd was).<sup>11</sup> Ook uit andere vonnissen van ná het Croce Amica-arrest lijkt te kunnen worden afgeleid dat redenen om een heraanbestede opdracht niet wezenlijk te hoeven wijzigen enkel zijn het bestaan van procedurele gebreken en het ontbreken van geschikte inschrijvingen; de categorie “te laag concurrentieniveau” wordt in het juridisch kader stevast niet genoemd.<sup>12</sup>

De overweging in r.o. 4.3 dat indien “concreet en nauwkeurig kan worden vastgesteld dat de mede door het aanbestedingsrecht beoogde (voldoende mate van) concurrentie ontbreekt” een heraanbestede opdracht niet wezenlijk gewijzigd hoeft te worden vindt mijns inziens vooralsnog, voor zover mij bekend op één hiervoor aangehaald vonnis uit 2015 na, geen steun in de jurisprudentie. Met de door de voorzieningenrechter gebruikte termen “(voldoende mate van) concurrentie” lijkt zelfs ruimte te worden geboden aan aanbestedende diensten om een aanbestedingsprocedure vanwege een te laag concurrentieniveau in te trekken en niet wezenlijk gewijzigd weer in de markt te zetten indien er meer dan één inschrijver resteert. Dat lijkt mij zonder meer niet toegestaan.

#### Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Een aanbestedingsprocedure kan worden ingetrokken onder meer indien sprake is van een te laag concurrentieniveau. Dat bij heraanbesteding op deze grond een niet wezenlijk gewijzigde opdracht gelegitimeerd kan worden is gelet op de huidige jurisprudentie omstreden. Zolang er geen hogere jurisprudentie voorhanden is waarin bovenstaand vonnis wordt bevestigd, ben ik van oordeel dat aanbestedende diensten de eerder vanwege een te laag concurrentieniveau in-

getrokken opdracht, in het geval van heraanbesteding, wezenlijk zouden moeten wijzigen.

mr. J.P.M. van Beers  
advocaat bij Holla Advocaten

## 76

### Bestekwijziging op TenderNed duidelijk voor nauwkeurig oplettende inschrijver? I

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag  
9 maart 2020, nr. C/09/586874 / KG ZA 20-45,  
ECLI:NL:RBDHA:2020:2077  
(mr. G.P. van Ham)

#### TenderNed. Wezenlijke wijziging. (On-) geldigheid inschrijving. Uitsluiting. Gelijheidsbeginsel. Transparantiebeginsel.

*Ten behoeve van de gemeente Wormerland en de gemeente Oostzaan (hierna: gemeenten) heeft De Stichting Regionaal Inkoopbureau IJmond en Kennemerland (hierna: RIJK) een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd, betreffende de opdracht voor het bomenonderhoud van Gemeenten.*

*Op 16 oktober 2019 is de aanbesteding op TenderNed gepubliceerd. In het aldaar te raadplegen aanbestedingsdocument was vermeld dat de inschrijfprijzen door inschrijvers dienden te worden aangegeven op het bij het bestek gesloten inschrijfbiljetten en de staten.*

*Op TenderNed pagina waar de aanbesteding was gepubliceerd, konden inschrijvers kiezen uit de categorieën (i) Aankondigingen, (ii) Aanbestedingsdocumenten en (iii) Nota van Inlichtingen, teneinde de relevante informatie betreffende de aanbesteding te raadplegen. Het bestek, inclusief de inschrijfbiljetten en -staten, waren raadpleegbaar onder categorie (ii) Aanbestedingsdocumenten.*

*Op 6 november 2019 heeft RIJK in de Nota van Inlichtingen (hierna: Nvl) aangegeven dat het bestek gewijzigd was. Het aangepaste bestek – met tevens nieuwe inschrijfbiljetten en -staten is vervolgens op TenderNed gepubliceerd onder categorie (ii) Nota van Inlichtingen.*

*MV Bomen B.V. (hierna: MV Bomen) heeft tijdig een inschrijving ingediend voor de aanbesteding.*

11 Ibid. r.o. 4.12 en 4.13.

12 Vzr. Rb. Overijssel 19 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4819, r.o. 4.7, «JAAN» 2020/41; Vzr. Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, r.o. 4.3-4.5, «JAAN» 2017/81, m.nt. mr. dr. A.J. van Heeswijk; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7113, r.o. 4.5 en Vzr. Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7359, r.o. 4.5, «JAAN» 2015/6.