

JAAN 2017/81, Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland, 11-01-2017,**ECLI:NL:RBMNE:2017:280, C/16/426737/KG ZA 16-865, (annotatie)****Gegevens****Instantie** Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland**Datum uitspraak** 11-01-2017**Publicatie****Zaaknummer** C/16/426737/KG ZA 16-865**Rechtsgebied****Rechters** mr. Hagedoorn
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[eiseres] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
eiseres,
advocaten mrs. G. Verberne en P.W. Juttman te Amsterdam,**Partijen** tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE UTRECHT,
zetelend te Utrecht,
gedaagde,
advocaat mrs. P.F.C. Heemskerk en E.J.M. Brenders te Utrecht.**Regelgeving****Inhoudsindicatie**

Intrekking aanbestedingsprocedure, Heraanbesteding, Wezenlijke wijziging, Integriteitsschending, Best Value Procurement

Ga direct naar[Samenvatting](#)[Uitspraak](#)[Beslissing/besluit](#)[Noot](#)**Samenvatting**

De gemeente Utrecht (hierna: gemeente) heeft op 31 maart 2016 een Europese aanbesteding aangekondigd voor een opdracht. Op 6 juni 2016 heeft de gemeente de opdracht voorlopig gegund aan eiseres. Daarmee is de concretiseringsfase van de procedure aangevangen. Op 20 oktober 2016 heeft eiseres bericht ontvangen dat de gemeente voornemens is de onderhavige aanbesteding te staken, gestaakt te houden en zich wenst te beraden op een heraanbesteding. Daarbij is onder meer vermeld dat dit voornemen is gebaseerd op de wijze waarop de gesprekken met eiseres in de concretiseringsfase zijn verlopen en op het hierdoor bij de gemeente ontstane gevoel dat zij haar belangen beter kan waarborgen door te kiezen voor een ander type aanbestedingsprocedure en contract waarin zij meer dan nu de regie over het werk behoudt en waarin zij tevens concrete eisen en normen kan stellen, waaraan zij kan toetsen.

Onderzoek integriteitsschending

Eiseres heeft naast haar vorderingen die de aanbestedingsprocedure als zodanig betreffen, gevorderd dat een onafhankelijke deskundige een onderzoek zal uitvoeren naar de integriteitsschending binnen de afdeling [team X] van de gemeente en dat de resultaten daarvan aan eiseres bekend worden gemaakt.

Gebleken is dat een en ander voor de gemeente aanleiding is geweest om eerst een intern en nadien een extern onderzoek binnen de betreffende afdeling te laten plaatsvinden. De uitslag daarvan is thans nog niet bekend. Nu de uitkomst daarvan onzeker is en niet op voorhand kan worden geoordeeld dat dit onderzoek niet op de juiste wijze wordt uitgevoerd, heeft eiseres op dit moment geen belang bij het door haar gevorderde onderzoek.

Heraanbesteding

Tenzij geen geschikte inschrijvingen zijn gedaan of indien er procedurele gebreken aan de aanbestedingsprocedure kleven die maken dat een rechtmatige gunning niet mogelijk is, zal een aanbestedende dienst niet tot heraanbesteding mogen overgaan zonder de specificaties van de opdracht wezenlijk te wijzigen.

In het onderhavige geval is niet gebleken van procedurele gebreken en was de opdracht voorlopig gegund. Het staat de gemeente dus alleen vrij om tot heraanbesteding over te gaan indien zij een wezenlijke wijziging in de opdracht wenst aan te brengen. Die wijziging moet dan ook de opdracht (het werk) betreffen en niet het systeem van de aanbesteding. De gemeente heeft aangegeven dat zij de opdracht opnieuw wil aanbesteden maar nog niet weet welke aanbestedingssystematiek zij daarbij wil hanteren. De voorlopige conclusie moet derhalve luiden dat de voorgenomen wijziging niet het karakter van de opdracht als zodanig betreft en dat de voorgenomen wijziging dus geen wezenlijke wijziging van de opdracht is. Dat betekent dat de door de gemeente beoogde heraanbesteding niet geoorloofd is.

Intrekking aanbesteding

Bij de beoordeling van de vraag of de gemeente de aanbesteding heeft mogen intrekken, heeft als uitgangspunt te gelden hetgeen door het Hof van Justitie EU is overwogen en beslist in het arrest van 11 december 2014 (C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, Croce Amica/AREU). Blijkens het arrest moet een besluit tot intrekking door de rechter kunnen worden getoetst aan de regels van Europees recht, en wel integraal om zo te voldoen aan het doel dat tegen genomen besluiten van een aanbestedende dienst op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld als de aanbestedingsregels geschonden zijn.

De gemeente heeft aan haar beslissing om de aanbesteding te staken de in de brief van 20 oktober 2016 genoemde redenen ten grondslag gelegd. Die argumenten moeten de beslissing kunnen dragen.

Daargelaten hoe indringend de toets precies dient te zijn bij een besluit tot intrekking van een aanbesteding, is de voorzieningenrechter van oordeel dat de onderhavige intrekking de toets in rechte niet kan doorstaan.

De (juridische) voorwaarden waaronder een aanbesteding mag worden ingetrokken verschillen van de voorwaarden waaronder een ingetrokken aanbesteding mag worden heraanbesteed. Intrekking is als regel eerder geoorloofd dan heraanbesteding. Tussen intrekking en heraanbesteding is in dit geval echter sprake van een nauwe samenhang. Uit de stellingen van de gemeente is onvoldoende gebleken dat wordt voldaan aan de door het Hof van Justitie (HvJ) EU 18 juni 2002 C-92/00, EU:C:2002:379) geformuleerde criteria dat 'de economische context of feitelijke omstandigheden' dan wel de 'behoefte van de betrokken aanbestedende dienst' zijn gewijzigd en evenmin dat 'het concurrentieniveau te laag was' (**ECLI:NL:RBROT:2016:8025**).

De gemeente Utrecht heeft in de mededeling van 20 oktober 2016 drie oorzaken aangewezen voor het geconstateerde gebrek aan vertrouwen. Ten eerste voert zij aan dat eiseres een onjuist begrip heeft van de reikwijdte van de opdracht. De voorzieningenrechter is van oordeel dat deze discussie in juli 2016 al is gevoerd. Partijen hebben vervolgens op 28 september 2016 afgesproken het verleden te laten rusten. Ten tweede voert de gemeente Utrecht aan dat de aangeboden resultaten onvolledig zijn verwerkt. Het gaat dan blijkens de toelichting om de financiële onderbouwing van de verlaging van de onderhoudskosten. De voorzieningenrechter constateert dat het aanbestede contract gebaseerd is op een vaste jaarlijkse aanneemsom waardoor de gemeente Utrecht geen risico loopt op kostenoverschrijding. Voorts heeft eiseres niet de gelegenheid gekregen haar financiële onderbouwing toe te lichten. Ten derde voert de gemeente Utrecht aan dat eiseres onjuiste informatie aan haar heeft verstrekt waar het gaat om een onderzoek. Ook op dit punt wringt de omstandigheid dat er nooit is gesproken over het concept Plan van Aanpak.

Ten aanzien van de laatste twee door de gemeente Utrecht aangevoerde omstandigheden is de voorzieningenrechter van oordeel dat de gemeente onvoldoende feiten heeft aangevoerd die ertoe nopen om in deze fase van dit type aanbesteding tot intrekking over te kunnen gaan. Daarbij is van belang dat partijen feitelijk slechts vijf keer overleg hebben gevoerd, dat de gemeente nooit heeft gereageerd op het concept Plan van Aanpak en dat hier sprake is van een aanbesteding volgens de Best

Value-methode. Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is de gemeente Utrecht de uitwerkingsfase van het proces niet te goeder trouw ingegaan en is zij te snel tot de conclusie gekomen dat de aanbesteding moet worden ingetrokken.

Beslissing

De voorzieningen rechter gebiedt de gemeente onder meer haar beslissing tot het staken en gestaakt houden van de aanbesteding ongedaan te maken en de aanbesteding te hervatten en de concretiseringsfase met eiseres te goeder trouw voort te zetten.

Uitspraak

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met 22 producties;
- de op voorhand toegezonden toelichting met 28 producties van de gemeente Utrecht;
- de mondelinge behandeling van 19 december 2016;
- de pleitnota van [eiseres] ;
- de pleitnota van de gemeente Utrecht.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. De gemeente Utrecht heeft in 2012 uit hoofde van een daartoe uitgeschreven aanbestedingsprocedure, het uitvoeren van (preventief) onderhoud en reparaties aan kolken en (nieuwe) huisaansluitingen alsmede het oplossen van storingen aan kolken en huisaansluitingen op werkdagen tussen 07:00 en 16:00 uur, uitbesteed aan [eiseres] .

2.2. Het oplossen van storingen aan kolken en huisaansluitingen tussen 16.00 en 07.00 uur en tijdens de weekenden en feestdagen, alsmede het onderhoud en de reiniging van het hoofdriool wordt als resultaat van een in 2011 gevoerde aanbestedingsprocedure, verzorgd door de firma [naam commanditaire vennootschap] c.v (hierna: [naam commanditaire vennootschap]).

2.3. De werkverdeling tussen [eiseres] en [naam commanditaire vennootschap] is de afgelopen jaren meerdere malen onderwerp van gesprek geweest waarbij het de gemeente Utrecht is gebleken dat de werkzaamheden in het licht van de gesloten overeenkomsten niet altijd correct – ten nadele van [eiseres] - zijn verdeeld. Om die reden heeft in juni 2015 een minnelijk overleg tussen [eiseres] en de gemeente Utrecht plaatsgevonden en heeft de gemeente Utrecht het plan opgevat om in een nieuwe aanbestedingsprocedure alle meldingen die bij het team [team X] binnenkomen alsmede het planmatig onderhoud van afwateringsobjecten, bij dezelfde aannemer onder te brengen.

2.4. De gemeente Utrecht heeft op 31 maart 2016 een Europese aanbesteding aangekondigd voor een opdracht inzake ' [...] '. Deze aanbesteding is opgezet volgens de Best Value-methode.

2.5. In de Leidraad is onder 1.3. de scope van de opdracht als volgt vermeld:

"De Gemeente Utrecht vertegenwoordigd door het team [team X] beoogt tot een overeenkomst te komen om een partnerschap aan te gaan betreft:

"Het behandelen van alle meldingen die binnenkomen bij team [team X] en het planmatig onderhouden van afwateringsobjecten (kolken en lijnafwatering) gedurende een periode van vier jaar met mogelijk twee keer twee jaar verlenging, om het goed functioneren en een goede toestand te waarborgen."

Scope

De werkzaamheden die binnen de scope vallen zijn:

- Het ontvangen, behandelen en opvolgen van meldingen die bij het team [team X] binnenkomen.
- Het planmatig onderhouden van kolken en lijnafwatering.
- Het verzamelen en beschikbaar stellen van data m.b.t. het presteren van de te onderhouden objecten.
- De coördinatie over de werkzaamheden behorende tot deze scope.
- Leveringen benodigde materialen ten behoeve van het oplossen van meldingen en ten behoeve van het planmatig onderhoud, behorende bij deze scope.
- Ontdoen van vrijgekomen materialen.

De volgende werkzaamheden vallen buiten de scope:

- Het planmatig reinigen, inspecteren, en repareren en vervangen van hoofdriolering en drainage.
- Het definitief herstel van asfaltverharding wordt door groep Projecten uitgevoerd.
- Straatvegen wordt gedaan door de afdeling [...] ."

2.6. Op 6 juni 2016 heeft de Gemeente Utrecht de opdracht voorlopig gegund aan [eiseres] . Daarmee is de concretiseringsfase van de procedure aangevangen. Deze fase is bedoeld om de Inschrijving van de beoogde opdrachtnemer gedegen te verifiëren en vangt aan met een overleg waarin alle risico's tot in detail worden besproken. In de Leidraad is onder 2.12. onder meer vermeld dat de gemeente Utrecht de beoogde opdrachtnemer zal verzoeken om de uit te voeren opdracht tot in detail uit te werken in een Plan van Aanpak op basis van de door hem ingediende inschrijving, waarna het [team Y] van de gemeente naar eigen deskundigheid toetst of het definitief ingediende Plan van Aanpak en de bewijsvoering voldoen aan de kwaliteit die de beoogde opdrachtnemer heeft opgegeven bij zijn inschrijving.

2.7. Na een eerste, "inofficiële", bijeenkomst -door de gemeente Utrecht aangeduid als de influistersessie- op 7 juni 2016 heeft de gemeente Utrecht op 15 juni 2016 een uitgebreide (80 punten) risico-en zorgenlijst aan [eiseres] gestuurd waarin zij [eiseres] vooral verzocht om onderdelen van haar bieding te onderbouwen of te verduidelijken. Op 21 juni 2016 vond het officiële startgesprek plaats. [eiseres] heeft direct daarna de besproken documenten, zoals het totaaloverzicht in-out scope, plannings, VPI (dominance check beweringen en risico's) en de Zorgen en risico-lijst aan de gemeente doen toekomen. Voor een toelichting van de VPI was een sessie op 27 juni ingepland en voor de toelichting zorgen en risico een sessie op 28 juni 2016.

2.8. De gemeente Utrecht heeft de sessies van 27 en 28 juni 2016 wegens tijdgebrek laten vervallen waarna [eiseres] heeft voorgesteld om op 1 juli 2016 bij elkaar te komen.

De gemeente Utrecht heeft bij e-mail van 28 juni aan [eiseres] laten weten dat het door [eiseres] opgestelde in-out scope overzicht, verwarring veroorzaakt omdat de Opdracht alle meldingen die bij team [team X] binnenkomen, behelst. [eiseres] heeft diezelfde dag geantwoord dat zij uiteraard alle meldingen die zij ontvangen binnen [team X] zullen "behandelen, beoordelen en rapporteren. Ook de meldingen die niet "binnen" scope vallen zullen wij behandelen, rapporteren en ervoor zorgen dat deze op de juiste afdeling terecht komen."

2.9. Op 1 juli en op 8 juli 2016 heeft overleg tussen partijen plaatsgevonden. In het laatste gesprek is opnieuw gesproken over in- en out scope.

2.10. Op 14 juli heeft gemeente Utrecht naar aanleiding van de discussie over de precieze scope van de opdracht, [eiseres] meegedeeld dat de inschrijving van [eiseres] ongeldig was verklaard. Deze ongeldigheid is op 20 juli 2016 weer ongedaan gemaakt. In de email van 20 juli 2016 van TenderNed is daarover het volgende vermeld:

" [eiseres] gaf tijdens het gesprek van 20 juli 2016 aan "dat het ontvangen, behandelen en uitvoeren van alle meldingen die bij het team [team X] binnenkomen (m.u.v. planmatig reinigen, planmatig inspecteren, en planmatig repareren en planmatig vervangen van hoofdrioleringen en drainage) in de reikwijdte en geoffreerde prijs van de inschrijving [eiseres] zit.

Dit betekent dat alle type meldingen zonder extra kosten door te berekenen, worden opgelost door u. Dit betreft alle meldingen

Op basis van bovenstaande heeft de gemeente Utrecht besloten om opnieuw het gesprek te openen met [eiseres].”

2.11. De gemeente Utrecht heeft op 28 augustus 2016 een actuele versie van alle documenten bij [eiseres] opgevraagd.

2.12. Op 28 september 2016 hebben partijen een overleg gehad waarbij onder meer is afgesproken het verleden te laten rusten en de concretiseringsfase op een positieve manier te hervatten. Volgens afspraak heeft [eiseres] op 4 oktober 2016 een concept Plan van Aanpak bij de Gemeente ingediend.

2.13. Tijdens de bijeenkomst van 6 oktober 2016 bleek dat de daar aanwezige vertegenwoordiger van de gemeente Utrecht onvoldoende mandaat had, waarna de BVP-begeleider van [eiseres] de Gemeente bij mail van 6 oktober 2016 heeft gewezen op het belang van voldoende beschikbaarheid en mandaat aan de zijde van de gemeente.

Op 11 oktober heeft de gemeente Utrecht aan [eiseres] bericht dat het haar niet lukt om tijdig te reageren op het concept Plan van Aanpak. Daarbij heeft zij het geplande overleg van 14 oktober 2016 afgezegd.

2.14. Op 20 oktober 2016 heeft [eiseres] bericht ontvangen dat de gemeente Utrecht voornemens is de onderhavige aanbesteding te staken, gestaakt te houden en zich wenst te beraden op een heraanbesteding. Daartoe wordt het volgende vermeld:

“Dit voornemen is gebaseerd op de wijze waarop de gesprekken met uw onderneming zijn verlopen in de concretiseringsfase (voor de gemeente zijn deze niet naar tevredenheid gevoerd) en op het hierdoor bij de gemeente ontstane gevoel dat zij haar belangen beter kan waarborgen door te kiezen voor een ander type aanbestedingsprocedure en contract waarin zij meer dan nu de regie over het werk behoudt en waarin zij tevens concrete eisen en normen kan stellen, waaraan zij kan toetsen. Ter toelichting het volgende:

Gebrek aan vertrouwen in expertise [eiseres]

De gemeente heeft tot op heden niet het vertrouwen gekregen dat zij op dit punt in de concretiseringsfase hoopte te hebben met betrekking tot de expertise van uw onderneming om de aanbestede opdracht uit te voeren op een manier waarop (i) het goed functioneren en de goede toestand van het riool wordt gewaarborgd, en (ii) de gemeente wordt ontzorgd. De gemeente heeft na rijp beraad ook moeten vaststellen dat zij niet langer verwacht dat vertrouwen nog te zullen krijgen.

Voor dit gebrek aan vertrouwen in de expertise van uw onderneming bestaan drie oorzaken:

1. uw onderneming heeft er eerder blijk van gegeven de reikwijdte van de opdracht niet correct te hebben begrepen en uw onderneming heeft daaromtrent minst genomen verwarrende en tegenstrijdige uitlatingen gedaan; en
2. bepaalde maatregelen die uw onderneming heeft aangeboden in haar inschrijving en die de basis zijn geweest voor de beoordeling in het kader van de voorlopige gunning, zijn ondanks herhaalde verzoeken daartoe niet te relateren aan de planning en financiële onderbouwing van uw inschrijving; en
3. de informatie die uw onderneming heeft aangeleverd ter onderbouwing van haar inschrijving is wisselend en blijkt soms onjuist te zijn. Discussie tussen de gemeente en uw onderneming hierover hebben de afgelopen drie maanden alleen maar tot verdere verwarring en nieuwe vragen geleid.

(....)”

2.15. De gemeente Utrecht heeft bovenstaande oorzaken als volgt toegelicht:

“Ad (1) - onjuist begrip reikwijdte opdracht

Gedurende de concretiseringsfase is gebleken dat uw onderneming bij het opstellen van haar bieding is uitgegaan van een andere reikwijdte van de opdracht dan de gemeente in de inschrijvingsleidraad heeft uitgevraagd. Daar waar de gemeente inschrijvers heeft verzocht om het ontvangen, behandelen en opvolgen van alle meldingen die bij het team [team X] ([team X]) binnenkomen als uitgangspunt te nemen, bleek uit de zgn. 'in/out scopelijsten' die uw onderneming in de concretiseringsfase heeft aangeleverd, dat uw onderneming er bij het opstellen van haar inschrijving van is uitgegaan dat zij meldingen die betrekking hebben op het hoofdriool zou kunnen doorsturen aan de huidige contracthouder.

Ad (2) – onvolledige verwerking aangeboden resultaten

In haar inschrijving heeft uw onderneming als ‘bewering 1’ opgenomen dat zij de onderhoudskosten zal verlagen (27,5% voor kolken/lijnafwatering en 5% voor perceelaansluitleidingen) en tevens haar prestaties zal verbeteren. In de concretiseringsfase heeft uw onderneming verschillende documenten aangeleverd waarmee de juistheid van deze bewering zou moeten worden aangetoond, waaronder een planning en een financiële onderbouwing van de inschrijving. De gemeente heeft geconstateerd dat de maatregelen die uw onderneming heeft aangeboden om de kostenbesparingen ten aanzien van het onderhoud aan de kolken en de lijnafwatering te bewerkstelligen, niet (volledig) zijn verdisconteerd in deze documenten en daarmee in elke geval niet zijn te rijmen. In de aangeleverde planning die uitgaat van zowel de initiële looptijd van de overeenkomst als de optionele verlengingen (en dus een periode van acht jaar beslaat), zijn de aangeboden 0-metingen immers maar één keer verwerkt, terwijl deze conform de inschrijving tweemaal zouden moeten zijn opgenomen (eens per vier jaar). Ook de aangeboden frequentie waarmee het preventieve onderhoud aan de kolken zal worden uitgevoerd (eens per 1,8 jaar), is niet als zodanig in de planning terug te vinden.

Ad (3) – onjuiste informatie

Uw onderneming heeft toegelicht dat zij naar aanleiding van een onderzoek van de [...] het cyclisch onderhoud aan de kolken dat momenteel eens per jaar wordt uitgevoerd, slechts eens per 1,8 jaar zal uitvoeren. Ter onderbouwing van haar standpunt dat een periodieke reiniging per 1,8 jaar optimaal zou zijn, heeft uw onderneming de gemeente een grafiek van de [...] toegestuurd.

Omdat de gemeente de optimale reinigingsperiode van 1,8 jaar niet direct uit de grafiek heeft kunnen herleiden, heeft de gemeente om opheldering over de interpretatie van deze grafiek gevraagd bij zowel uw onderneming, als de [...]. (...) De gemeente meent dat een expert die een onderhoudsmaatregel aanbiedt die uitgaat van een substantieel gewijzigde onderhoudsfrequentie hier een gedegen onderbouwing voor heeft om zo de kwaliteit en goede toestand van het riool te waarborgen. Het staat voor de gemeente vast dat die onderbouwing, zelfs na drie maanden concretiseringsfase, ontbreekt.”

2.16. [eiseres] heeft verklaringen ontvangen van een aantal ambtenaren die bij de gemeente Utrecht werkzaam zijn. De strekking van deze verklaringen is - sterk verkort weergegeven - dat de door de gemeente Utrecht vermelde gronden voor de intrekking van de aanbestedingsprocedure zijn verzonden omdat een aantal van de bij de procedure betrokken ambtenaren, waarbij met name de heer [A] wordt genoemd, [eiseres] “buiten de deur wenst te houden”.

2.17 De gemeente Utrecht is naar aanleiding van het bovenstaande een intern onderzoek op de betreffende afdeling gestart.

3 Het geschil

3.1. [eiseres] vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad,:

primair

1) De gemeente Utrecht te gebieden haar (voornemen tot een) beslissing tot het staken en gestaakt houden van de aanbesteding ongedaan te maken, althans de aanbesteding te hervatten en (2) de aanbestede opdracht aan [eiseres] te gunnen, en (3) de gemeente te verbieden om tot heraanbesteding over te gaan en (4) te gemeente te verbieden om ten aanzien van de aanbestede dienstverlening een overeenkomst te sluiten met een ander dan [eiseres] ; dan wel

subsidiar

(1) De gemeente Utrecht te gebieden haar (voornemen tot een) beslissing tot het staken en gestaakt houden van de aanbesteding ongedaan te maken, althans de aanbesteding te hervatten en (2) de gemeente te gebieden de concretiseringsfase met [eiseres] te goeder trouw voort te zetten en daarbij (3) ter waarborg de nodige maatregelen te nemen zoals het beëindigen van de betrokkenheid van de heer [A] , en het aanstellen van een onafhankelijke derde partij die op het eerlijk verloop van de concretiseringsfase toeziet, en (4) en (5) conform de hiervoor onder primair 3 en 4 omschreven vorderingen , dan wel

meer subsidiar (1) de gemeente Utrecht te veroordelen tot betaling aan [eiseres] van een schadevergoeding van € 1.500.000,- en/of een kostenvergoeding van € 150.000,- en (2) de gemeente te verbieden om anders dan op grond van een rechtmatig verlopen Europese aanbestedingsprocedure ten aanzien van de aanbestede dienstverlening, een overeenkomst te sluiten met een ander dan [eiseres] , en de gemeente (3) te gebieden bij een eventuele heraanbesteding maatregelen te nemen om een eerlijk verloop van die procedure te waarborgen, waarbij in ieder geval zal worden bepaald dat de heer [A] niet bij de heraanbesteding wordt betrokken, dan wel

meest subsidiair, de gemeente te gebieden om met [eiseres] in gesprek te treden teneinde overeenstemming te bereiken over een redelijke vergoeding van de door [eiseres] gemaakte kosten en geleden schade met een verbod en gebod zoals hiervoor onder meer subsidiair onder 2 en 3 weergegeven.

Daarnaast heeft [eiseres] gevorderd de gemeente Utrecht te gebieden een onafhankelijke deskundige partij een onderzoek te laten uitvoeren naar integriteitsschending binnen haar afdeling [team X] en de resultaten daarvan met [eiseres] te delen, en aan alle vorderingen (primair tot en met meest subsidiair) dwangsommen te verbinden.

3.2. [eiseres] leegt aan haar vorderingen – kort gezegd – het volgende ten grondslag.

De gemeente handelt onrechtmatig jegens [eiseres] door de aanbesteding te staken. De gemeente heeft de aanbesteding op oneigenlijke gronden ingetrokken. De gemeente heeft in het intrekingsbericht van 20 oktober 2016 een aantal gronden genoemd die de beslissing niet kunnen dragen.

3.3 Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. [eiseres] heeft naast haar vorderingen die de aanbestedingsprocedure als zodanig betreffen, gevorderd dat een onafhankelijke deskundige een onderzoek zal uitvoeren naar de integriteitsschending binnen de afdeling [team X] van de gemeente Utrecht en dat de resultaten daarvan aan [eiseres] bekend worden gemaakt.

4.2. De voorzieningenrechter overweegt dienaangaande het volgende. De mondelinge behandeling van het onderhavige kort geding is bijgewoond door een aantal ambtenaren van de gemeente Utrecht. Twee daarvan hebben zich bekend gemaakt en hebben verklaard dat zij bij hun (aanvankelijk geanonimiseerde) verklaringen over het verloop van de aanbestedingsprocedure blijven. In deze door [eiseres] in het geding gebrachte (geanonimiseerde) schriftelijke verklaringen worden zware beschuldigingen jegens collegae, waaronder met name de heer [A], geuit.

Gebleken is dat een en ander voor de Gemeente aanleiding is geweest om eerst een intern en nadien een extern onderzoek binnen de betreffende afdeling te laten plaatsvinden. De uitslag daarvan is thans nog niet bekend. Nu de uitkomst daarvan onzeker is en niet op voorhand kan worden geoordeeld dat dit onderzoek niet op de juiste wijze wordt uitgevoerd, heeft [eiseres] op dit moment geen belang bij het door haar gevorderde onderzoek. De vordering op dit punt zal daarom worden afgewezen. Ook de vordering dat de resultaten van het onderzoek aan [eiseres] bekend worden gemaakt, zal worden afgewezen. De gemeente Utrecht heeft terecht aangevoerd dat die resultaten mogelijk vertrouwelijke informatie bevatten en dat het onderzoek verder gaat dan alleen een onderzoek naar deze aanbesteding. Nu de resultaten van het onderzoek nog niet bekend zijn, is ook nog niet bekend in hoeverre [eiseres] hierover zal worden geïnformeerd. Deze vordering is derhalve in zoverre prematuur.

4.3. De voorzieningenrechter stelt voorop dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de bevoegdheid om een aanbesteding in te trekken en de bevoegdheid om tot heraanbesteding over te gaan. De gemeente Utrecht heeft expliciet aangegeven dat zij tot heraanbesteding over zal gaan. De voorzieningenrechter zal daarom eerst beoordelen of de gemeente Utrecht tot heraanbesteding mag over gaan.

4.4. De aanbestedingsrechtelijke grondbeginselen (het gelijkheids- en het transparantiebeginsel) alsook de eisen van redelijkheid en billijkheid verzetten zich ertegen dat een aanbestedende dienst zonder objectieve rechtvaardiging tot heraanbesteding overgaat wanneer eenmaal een aanbesteding heeft plaatsgehad en een inschrijver kan worden aangewezen die voor de gunning van de opdracht in aanmerking komt. Tenzij geen geschikte inschrijvingen zijn gedaan of indien er procedurele gebreken aan de aanbestedingsprocedure kleven die maken dat een rechtmatige gunning niet mogelijk is, zal een aanbestedende dienst dan ook niet tot heraanbesteding mogen overgaan zonder de specificaties van de opdracht wezenlijk te wijzigen.

4.5. In het onderhavige geval is niet gebleken van procedurele gebreken en was de opdracht voorlopig gegund. Het staat de gemeente Utrecht dus alleen vrij om tot heraanbesteding over te gaan indien zij een wezenlijke wijziging in de opdracht wenst aan te brengen. Die wijziging moet dan ook de opdracht (het werk) betreffen en niet het systeem van de aanbesteding. De gemeente Utrecht heeft aangegeven dat zij de opdracht opnieuw wil aanbesteden maar nog niet weet welke aanbestedingssystematiek zij daarbij wil hanteren. De voorlopige conclusie moet derhalve luiden dat de voorgenomen wijziging niet het karakter van de opdracht als zodanig betreft en dat de voorgenomen wijziging dus geen wezenlijke wijziging van de opdracht is. Dat betekent dat de door de Gemeente beoogde heraanbesteding niet geoorloofd is. Daarmee is de vordering van [eiseres] strekkende tot het verbieden van de heraanbesteding, toewijsbaar.

4.6. Vervolgens dient te worden beoordeeld of de intrekking van de aanbesteding geoorloofd is.

Vast staat dat het stopzetten van de onderhavige aanbestedingsprocedure op 20 oktober 2016 is gepubliceerd op TenderNet. De vraag die ter beoordeling voorligt is of de gemeente Utrecht dit in de gegeven omstandigheden heeft mogen doen.

4.7. Bij beoordeling van deze vraag heeft als uitgangspunt te gelden hetgeen door het Hof van Justitie EU is overwogen en beslist in het arrest van 11 december 2014 (ECLI:EU:C:2014:2435, *Croce Amica / AREU*).

In dit arrest heeft het Hof van Justitie EU de regel bevestigd dat de aanbestedende dienst niet slechts in uitzonderlijke gevallen van het plaatsen van een overheidsopdracht kan afzien en dat het besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen behoeft te berusten. Het Hof van Justitie EU heeft verder overwogen dat een besluit tot intrekking van de aanbesteding kan zijn ingegeven door redenen die met name verband houden met de beoordeling of dat het uit het oogpunt van het algemeen belang niet 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 aanbestedende dienst zijn gewijzigd. Het overwoog verder dat aan een dergelijk besluit ook de vaststelling ten grondslag kan liggen dat het concurrentieniveau te laag was, gelet op het feit dat aan het einde van de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht nog slechts één geschikte inschrijver geschikt bleek om deze uit te voeren.

Dat alles laat echter onverlet dat de aanbestedende dienst die besluit tot intrekking van een aanbesteding, verplicht is de redenen voor zijn besluit aan de gegadigden en inschrijvers mee te delen, welke verplichting is ingegeven door de zorg om in de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten waarop de regels van het Unierecht van toepassing zijn, een minimaal transparantieniveau en bijgevolg ook de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen.

Blijkens het arrest moet een besluit tot intrekking door de rechter kunnen worden getoetst aan de regels van Europees recht, en wel integraal om zo te voldoen aan het doel dat tegen genomen besluiten van een aanbestedende dienst op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld als de aanbestedingsregels geschonden zijn.

4.8. De gemeente Utrecht heeft aan haar beslissing om de aanbesteding te staken de in de brief van 20 oktober 2016 genoemde redenen ten grondslag gelegd. Het kader van de beoordeling wordt derhalve gevormd door de argumenten die in deze brief zijn verwoord. Die argumenten moeten de beslissing kunnen dragen.

De gemeente Utrecht heeft ter zitting nog betoogd dat in een aanbestedingsprocedure die volgens [eiseres] zo zeer is belast met vooringenomenheid, nooit tot gunning kan worden overgegaan omdat alles wat [eiseres] dienaangaande heeft aangevoerd alleen maar leidt tot de conclusie dat de gemeente niet anders kan dan de procedure te staken en zich te herbezinnen. Dit is echter een nieuw argument dat buiten het genoemde beoordelingskader valt en om die reden buiten beschouwing zal blijven.

4.9. Daargelaten hoe indringend (marginaal, dan wel ten volle) de toets precies dient te zijn bij een besluit tot intrekking van een aanbesteding, is de voorzieningenrechter van oordeel dat de onderhavige intrekking de toets in rechte niet kan doorstaan. De argumenten op grond waarvan de gemeente tot intrekking is overgegaan hebben te weinig overtuigingskracht om de intrekking te kunnen rechtvaardigen op grond van het volgende.

De (juridische) voorwaarden waaronder een aanbesteding mag worden ingetrokken verschillen van de voorwaarden waaronder een ingetrokken aanbesteding mag worden heraanbesteed. Intrekking is als regel eerder geoorloofd dan heraanbesteding. Dit onderscheid heeft met name nut indien een aanbestedende dienst er voor kiest om een ingetrokken aanbesteding niet opnieuw aan te besteden. In de onderhavige zaak ligt dit echter anders. De gemeente Utrecht is wél van plan de opdracht opnieuw aan te besteden. Het gaat hier ook niet om een opdracht die achterwege kan of zal blijven. De voorzieningenrechter is van oordeel dat het oordeel waarom niet tot heraanbesteding mag worden overgegaan in dit geval eveneens de conclusie rechtvaardigt dat intrekking van de aanbesteding niet gerechtvaardigd is. Tussen intrekking en heraanbesteding is in dit geval sprake van een nauwe samenhang. Uit de stellingen van de gemeente Utrecht is onvoldoende gebleken dat wordt voldaan aan de door het Hof van Justitie (HvJ EU 18 juni 2002 C-92/00, EU:C:2002:379) geformuleerde criteria dat "de economische context of feitelijke omstandigheden" dan wel de "behoefte van de betrokken aanbestedende dienst" zijn gewijzigd en evenmin dat "het concurrentieniveau te laag was". ([ECLI:NL:RBROT:2016:8025](#))

4.10. De gemeente Utrecht heeft in de mededeling van 20 oktober 2016 drie oorzaken aangewezen voor het geconstateerde gebrek aan vertrouwen. Ten eerste voert zij aan dat [eiseres] een onjuist begrip heeft van de reikwijdte van de opdracht. De voorzieningenrechter is van oordeel dat deze discussie in juli 2016 al is gevoerd. Partijen hebben vervolgens op 28 september 2016 afgesproken het verleden te laten rusten. Om nu datzelfde punt weer naar voren te halen om een gebrek aan

vertrouwen te motiveren is op zijn minst vereist dat nieuwe argumenten kunnen worden aangevoerd. De voorzieningenrechter constateert dat geen nieuwe argumenten zijn aangevoerd.

Ten tweede voert de gemeente Utrecht aan dat de aangeboden resultaten onvolledig zijn verwerkt. Het gaat dan blijkens de toelichting om de financiële onderbouwing van de verlaging van de onderhoudskosten. De voorzieningenrechter constateert dat het aanbestede contract gebaseerd is op een vaste jaarlijkse aanneemsom waardoor de gemeente Utrecht geen risico loopt op kostenoverschrijding. Voorts heeft [eiseres] niet de gelegenheid gekregen het concept Plan van Aanpak toe te lichten. Ze heeft ook haar financiële onderbouwing niet kunnen toelichten. De accountant van [eiseres] heeft ter zitting aangegeven te beschikken over een uitgebreide onderbouwing van de aanbieding, maar niet in de gelegenheid te zijn gesteld om die onderbouwing met de gemeente Utrecht door te nemen.

Ten derde voert de gemeente Utrecht aan dat [eiseres] onjuiste informatie aan haar heeft verstrekt waar het gaat om een onderzoek van de [...]. [eiseres] heeft in dit verband gesteld dat de grafiek van de [...] die zij aan de gemeente heeft toegestuurd nooit is bedoeld als een onderbouwing voor haar kostenbesparing of als onderbouwing van de optimale reinigingsperiode. [eiseres] heeft in dit verband gesteld dat hierover tussen partijen geen gesprek op gang is gekomen. Ook op dit punt wringt de omstandigheid dat er nooit is gesproken over het concept Plan van Aanpak.

Ten aanzien van de laatste twee door de gemeente Utrecht aangevoerde omstandigheden is de voorzieningenrechter van oordeel dat de gemeente onvoldoende feiten heeft aangevoerd die ertoe nopen om in deze fase van dit type aanbesteding tot intrekking over te kunnen gaan. Daarbij is van belang dat partijen feitelijk slechts vijf keer overleg hebben gevoerd, dat de gemeente nooit heeft gereageerd op het concept Plan van Aanpak en dat hier sprake is van een aanbesteding volgens de Best Value-methode. Dat laatste brengt met zich dat na de voorlopige gunning een uitwerkingsfase start waarin de inschrijver aangeeft hoe hij de projectdoelstellingen optimaal gaat realiseren en waarin de inschrijver zijn beweringen verifieerbaar onderbouwd. De aanbestedende dienst vervolgens, zo blijkt uit de door de gemeente Utrecht in deze aanbesteding gegeven presentatie heeft dan als rol: "in plaats van sturen en controleren deelt opdrachtgever zijn zorgen stelt vragen". Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is de gemeente Utrecht deze fase van het proces niet te goeder trouw ingegaan en is zij te snel tot de conclusie gekomen dat de aanbesteding moet worden ingetrokken. De gemeente had eerst serieus het gesprek moeten aangaan over het concept Plan van Aanpak en over de financiële onderbouwing.

4.11. Dit brengt mee dat zowel de beoogde heraanbesteding als de intrekking niet geoorloofd zijn. De desbetreffende vorderingen van [eiseres] zijn om die reden toewijsbaar. Het verbod op intrekking impliceert echter niet dat met [eiseres] een overeenkomst moet worden gesloten. Nu de primair gevorderde gunning wordt afgewezen zal het subsidiair gevorderde worden toegewezen. De gemeente Utrecht zal de concretiseringsfase te goeder trouw moeten voortzetten. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding om af te zien van het opleggen van dwangsommen.

4.12. De toezegging van de gemeente Utrecht om de heer [A] niet meer in de procedure te laten deelnemen, brengt mee dat [eiseres] geen belang bij de daartoe strekkende vordering heeft. De aanstelling van een onafhankelijke derde zal worden toegewezen. Begeleiding door een onafhankelijke derde wordt onder de gegeven omstandigheden in het belang van beide partijen geacht. De voorzieningenrechter gaat ervan uit dat de gemeente Utrecht [eiseres] bij de keuze van een onafhankelijke derde partij zal betrekken.

4.13. De gemeente Utrecht zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [eiseres] worden begroot op:

- dagvaarding 79,81

- griffierecht € 619,00

- salaris advocaat 816,00

Totaal € 1.514,81

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. gebiedt de gemeente Utrecht haar beslissing tot het staken en gestaakt houden van de aanbesteding ongedaan te maken en de aanbesteding te hervatten;

5.2. gebiedt de gemeente Utrecht de concretiseringsfase met [eiseres] te goeder trouw voort te zetten;

- 5.3. gebiedt te gemeente Utrecht de nodige maatregelen te nemen om te waarborgen dat het vervolg van de concretiseringsfase eerlijk en te goeder trouw verloopt door het aanstellen van een onafhankelijke derde partij die op het eerlijk verloop van de concretiseringsfase toeziet;
- 5.4. verbiedt de gemeente Utrecht over te gaan tot heraanbesteding van de aanbestede dienstverlening;
- 5.5. veroordeelt de gemeente Utrecht aan [eiseres] een dwangsom te betalen van € 25.000,- per dag voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij, na betekening van dit vonnis, niet aan (één van) de hiervoor genoemde hoofdveroordelingen voldoet zults tot een maximum van € 250.000,- is bereikt;
- 5.6. veroordeelt de Gemeente Utrecht in de proceskosten, aan de zijde van [eiseres] tot op heden begroot op € 1.514,81;
- 5.7. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.8. wijst het overige of anders gevorderde af.

Noot

Intrekking aanbestedingsprocedure en heraanbesteding

Voor intrekking van een aanbestedingsprocedure enerzijds en heraanbesteding van een opdracht anderzijds gelden verschillende voorwaarden.¹ In bovenstaande uitspraak toont de voorzieningenrechter zich bewust van dit onderscheid. Dit onderscheid heeft volgens de voorzieningenrechter echter met name nut, wanneer de aanbestedende dienst ervoor kiest de opdracht niet opnieuw aan te besteden. Wanneer duidelijk is dat de aanbestedende dienst wel zal overgaan tot heraanbesteding, bestaat er een nauwe samenhang tussen intrekking en heraanbesteding. In dat geval valt de beoordeling van de rechtmatigheid van de beslissing tot intrekking van de aanbestedingsprocedure in wezen samen met de beoordeling de rechtmatigheid van de beslissing tot heraanbesteding (r.o. 4.9).

De overwegingen in bovenstaande uitspraak sluiten aan bij een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam in 2016.² Ook daarin werd de samenhang tussen intrekking van een aanbestedingsprocedure en heraanbesteding benadrukt. De voorzieningenrechter oordeelde in die zaak dat intrekking niet gerechtvaardigd was, omdat de door de aanbestedende dienst aangekondigde wijzigingen geen wezenlijke wijziging van de opdracht inhielden.

De wenselijkheid van deze ontwikkeling in de rechtspraak is voor discussie vatbaar.³ Een aanbestedende dienst is gehouden de redenen voor zijn beslissing tot intrekking van een aanbestedingsprocedure mede te delen. Naar mijn mening mag van een aanbestedende dienst die een opdracht opnieuw wil aanbesteden worden verwacht dat hij aangeeft waarom gunning van de betreffende opdracht in de oorspronkelijke vorm niet opportuun is. De rechter moet die beslissing vervolgens aan de hand van de toepasselijke voorwaarden kunnen toetsen.⁴ Of er sprake is van een wezenlijke wijziging, en dus of heraanbesteding is geoorloofd, is echter pas goed te beoordelen, wanneer de aanbestedende dienst de opdracht in gewijzigde vorm in de markt heeft gezet. Het oordeel over de rechtmatigheid van de beslissing tot intrekking van de aanbestedingsprocedure zou naar mijn mening niet afhankelijk mogen worden gesteld van een (naar de aard van de zaak) prematuur oordeel over het karakter van de wijzigingen van de opdracht.

Opvallend is overigens dat de voorzieningenrechter in bovenstaande uitspraak de gronden die niet zijn opgenomen in de mededeling van intrekkingbeslissing buiten beschouwing laat bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de intrekkingbeslissing (r.o. 4.8). Hiermee lijkt analoge toepassing te zijn gegeven aan de rechtspraak over de toelaatbaarheid van het aanvullen van de motivering van een gunningsbeslissing.⁵ De voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland deed dat in ieder geval een keer eerder.⁶

mr. dr. A.J. van Heeswijck, zelfstandig advocaat te Groningen en tevens verbonden als docent aan de Rijksuniversiteit Groningen

Voetnoten

1

Zie uitgebreid over dit onderwerp M.B. Klijn en mr. M. de Vette in «JAAN» 2016/904.

2

Vzr. Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8025, «JAAN» 2016/263, m.nt. Klijn.

3

Zie ook Klijn in zijn noot onder Vzr. Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8025, «JAAN» 2016/263.

4

Zie met name HvJ EU 11 december 2014, C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435 (*Croce Amica/AREU*).

5

HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 en HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, «JAAN» 2013/6, m.nt. Mutsaers.

6

Vzr. Rb. Midden-Nederland 15 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:BZ1349, r.o. 4.17.4. Anders: Vzr. Rb. Den Haag 10 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15717, «JAAN» 2014/9, m.nt. Damsma en Lombert.
