

Landsadvocaat

Koningin Julianaplein 30
Gebouw Babylon
Kantoren A
2595 AA Den Haag

Correspondentie
Postbus 11756
2502 AT Den Haag
Internet
www.prdf.nl

Projectorganisatie HSL-Zuid
De heer mr. G.B.J. Schuhmacher
Postbus 43
3500 AA UTRECHT

datum 8 juni 2001
onze ref. RvdK/sk/1368486
inzake HSL-Zuid Vervoer; negotiation phase

telefoon 070-5153847
fax 070-5153129
e-mail r.vandeklashorst@prdf.nl

Geachte heer Schuhmacher,

Vraagstelling/uitgangspunten

Tijdens onze bespreking van 1 juni 2001 vroeg u ons te adviseren omtrent een andere invulling van de Negotiation Phase, waartoe inmiddels door HSL is besloten. Meer in het bijzonder vroeg u ons daarbij aandacht te besteden aan de volgende punten:

- (1) is het aanbestedingsrechtelijk toegestaan de Negotiation Phase in te gaan met 1 Tenderer?
- (2) is het mogelijk om de Negotiation Phase anders in te richten dan in de ITT van 15 december 2000 voorzien?
- (3) kan de andere overgebleven Tenderer vooralsnog in de "wachtkamer" worden geplaatst, ervan uitgaande dat diens bod compliant is, behoudens het drempelbedrag van 100 miljoen Euro?

Er is per saldo door twee Tenderers geboden, waarvan de hiervoor sub 3 bedoelde Tenderer onder de drempelwaarde biedt. Een derde Tenderer geeft zelf aan geen bod te doen. Een combinatie van een nationaal en internationaal kavel, als voorzien in op p. 37/38 van de ITT, valt onder deze omstandigheden niet te maken, nu er slechts één Tenderer is die volledig (d.w.z. ook financieel) compliant is. Dit betekent dat vooralsnog uitsluitend met laatstbedoelde Tenderer desgewenst de Negotiation Phase kan worden ingegaan.

datum 8 juni 2001
onze ref. RvdK/sk/1368486

p. 2/4

Beoordeling**Ad 1.**

Op p. 37/58 van de ITT is aangegeven onder welke voorwaarden de Tender in de Negotiation Phase overgaat:

"The Tender will proceed into the next phase, if at least two Tenderers have submitted a qualitative and financially sufficient Bid and the State is convinced that there will be sufficient competitive tension during the Negotiation Phase. A Bid will be found sufficient in terms of:

- Quality, if it has passed the completeness and compliance check (including the feasibility).
- Finance, if the Financial Bid for the Base case amounts to at least 100 million Euro per year (with discounts in the first four years)."

Het Qualification Document van 7 juni 2000 vermeldt op p. 6/14 evenwel:

"The tender of the contracts will proceed if at least two qualitative and financially sufficient bids are received and the State is convinced that there will be sufficient competitive tension during the negotiation phase. However the State may decide to proceed when only one acceptable bid is received, if it is comparable to the reference position made by the State's advisors."

De ITT bepaalt niet dat het daarin gestelde prevaleert boven de eerdere Tender Documents, zoals het Qualification Document. Daarom lijkt niets eraan in de weg te staan om met één Tenderer de Negotiation Phase in te gaan. Bovendien is het in de ITT verwoorde uitgangspunt om met tenminste twee Tenderers bedoelde fase in te gaan ons inziens met name geschreven in het belang van de Staat, die er vanzelfsprekend belang bij heeft dat er zoveel mogelijk marktspanning overblijft.

Ad 2.

Wij begrijpen dat thans door HSL eerst een Onderhandelingsprotocol is opgesteld dat wordt gevolgd door een ITDN, op basis waarvan partijen een MoU zullen tekenen waarin tevens Enhanced Specifications zullen worden opgenomen. Deze volgorde wijkt af van de ITT, waarin is voorzien dat eerst een ITN zou uitgaan naar de Tenderer(s) met wie de Negotiation Phase wordt ingegaan. In feite is door het opstellen en ondertekenen van het Onderhandelingsprotocol al een deel van de onderhandelingen gevoerd. Dit is aanbestedingsrechtelijk kwetsbaar, zij het dat het daaraan verbonden risico beperkt is indien objectief kan worden aangetoond dat deze onderhandelingen pas zijn aangegaan op het moment dat de evaluatie volledig was afgerond (en dat dus niet naar een bepaald evaluatieresultaat is toegeredeneerd).

datum 8 juni 2001
onze ref. RvdK/sk/1368486

p. 3/4

Het onderhandelingsprotocol geeft een andere invulling aan de Negotiation Phase, dan de procedure, zoals in hoofdlijnen in de ITT beschreven. Op p. 38/58 van de ITT onder 3.3 is die fase als volgt beschreven:

"The Negotiation Phase consists of two rounds. In the first round, the remaining Tenderers will receive Enhanced Specifications and have the opportunity to negotiate with SNCB and SNCF and the Infrastructure Provider to improve their Bids. After submission of the Enhanced Bids, one or two Tenderers will be invited to direct negotiations with the State."

De andere invulling, die neerkomt op het in elkaar schuiven van de ITN en de ITDN ligt in de rede, gegeven het feit dat er slechts één - ook financieel - compliant Bid ligt. Naar wij aannemen, was de tussenstap met de Enhanced Bids bedoeld en nodig voor de situatie waarin er sprake is van tenminste twee volledig compliant Bids, waarvan er uiteindelijk één (of twee) zou(den) overblijven, waarmee vervolgens Direct Negotiations zouden worden aangegaan. In casu is er nu reeds sprake van een preferred Tenderer, hetgeen, naar wij begrijpen, ook al aan de betreffende Tenderer is medegedeeld. Uit aanbestedingsrechtelijk oogpunt zien wij geen overwegende bezwaren in de andere invulling omdat de concurrentie vooralsnog (zie hierna ad 3) is uitgespeeld.

Denkbaar is natuurlijk wel dat de preferred Tenderer - onder verwijzing naar de spelregels als verwoord in de ITT - op zichzelf gerechtvaardigde bezwaren inbrengt tegen deze gewijzigde procedure, in het bijzonder waar het betreft een verschuiving te haren nadele in de risico-allocatie (zoals het "wegschrijven" van de in de ITT beschreven working assumptions en het wegvallen van de gelegenheid om voorafgaand aan de ITDN zaken uit te onderhandelen met de SNCB en SNCF).

Ad 3.

Wat de evaluatie van de Bids betreft, is in de ITT onder meer het volgende vermeld (zie p. 33/58):

"The Bids will be evaluated by assessment teams, consisting of internal and external experts. These assessment teams will check the Bids on completeness and compliance:

- The Bids have to be complete and in line with the format and general aspects as stated in the bid instructions. Bids that prove to be not complete, will not be taken into account.
- The Bids will be checked for compliance with the base Case, the Variants and the tender terms and conditions. The feasibility of the Bid will also be evaluated as part of the compliance check. Bids on the Base Case and each of the Variants that are non-compliant will get no points."

Naar de letter van de ITT betekent dit dat incomplete Bids terzijde moeten worden gelegd en dat non-compliant Bids daarentegen niet (direct) leiden tot uitsluiting van de Tender. Strikt genomen is dat merkwaardig nu doorgaans wordt aangenomen dat incomplete biedingen

datum 8 juni 2001
onze ref. RvdK/sk/1368486

p. 4/4

alsnog - afhankelijk van de aard en het belang van het ontbrekende document of gegeven - kunnen worden aangevuld, terwijl non-compliance meestal als ernstiger wordt beschouwd en juist kan leiden tot de conclusie dat geen geldig bod is gedaan. Bovendien zou elders in de ITT (p. 37/58; zie hiervoor citaat ad 1) gelezen kunnen worden dat een voorwaarde voor het (alsnog) uitgenodigd (kunnen) worden voor de Negotiation Phase is dat er wel degelijk een (volledig) compliant Bid is gedaan.

Wat hier van zij, verdedigbaar is dat compliance niet direct (dat wil zeggen in de fasen vóór de gunning) is bedoeld als "knock out-criterium", gelet op de ruim geformuleerde mogelijkheid om gedurende de Negotiation Phase Tenderers, die oorspronkelijk daarvoor niet zijn geselecteerd, alsnog daarin te betrekken. Als voorbeeld wordt expliciet genoemd het geval waarin de initieel tot de Negotiation Phase uitgenodigde Tenderer zijn Bid verlaagt. Overigens is een dergelijke verlaging alleen toegestaan als de Enhanced Specifications daartoe aanleiding kunnen geven (p. 39/58 van de ITT).

Conclusie

Op grond van het voorgaande zijn wij van oordeel dat het vooralsnog uitsluitend met de Tenderer die boven het drempelbedrag heeft geboden aangaan van Negotiations aanbestedingsrechtelijk de meest voor de hand liggende handelwijze is. Wat betreft de eventuele verdere rol van de andere Tenderer zien wij in de ITT op zichzelf beschouwd voldoende aanknopingspunten om te verdedigen dat deze nog "in de race" is, zij het vanaf de zijlijn. Het antwoord op de vraag of - en zo ja, op welke wijze - laatstbedoelde Tenderer alsnog daadwerkelijk in de Negotiations kan worden betrokken valt op dit moment niet te geven; veel zal hier vanzelfsprekend afhangen van het verloop van de verdere Negotiations met eerstgenoemde Tenderer.

Hoogachtend,
de landsadvocaat,
voor deze,

R. van de Klashorst

M. van Rijn

Landsadvocaat