

## 19

**Aanbesteding ten onrechte ingetrokken**

Commissie van Aanbestedingsexperts  
28 februari 2019, Advies 498  
Noot mr. W.J.W. Engelhart

**Meervoudig onderhandse procedure.  
Concessie. Intrekking aanbesteding. Uitleg.  
Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel.  
Proportionaliteitsbeginsel.**

[Aw 2012 art. 1.1, art. 1.15, art. 1.16]

*Aanbesteder is op 15 juni 2018 een meervoudig onderhandse procedure gestart voor een concessieopdracht voor diensten voor plaatsing, beheer, onderhoud en exploitatie van 35 A0-reclamedisplays.*

Aanbesteder heeft een viertal inschrijvingen ontvangen, waaronder die van ondernemer en van ondernemer A. Op 4 september 2018 heeft aanbesteder ondernemer de mededeling van de gunningsbeslissing gezonden. Daarbij is vermeld dat de inschrijving van ondernemer niet gekwalificeerd is als de economisch meest voordelige inschrijving, waardoor de opdracht niet aan ondernemer is gegund. De score en toelichting zijn daarbij vermeld.

Ondernemer heeft op 10 september 2018 aan aanbesteder een e-mail verzonden waarbij hij onder andere stelt dat de door ondernemer A aangeboden A0-reclamedisplays niet voldoen aan de eisen die worden gesteld in de aanbestedingsdocumenten, omdat de reclamedisplays aan de boven- en onderzijde openingen hebben.

Op 12 september 2018 heeft aanbesteder aan ondernemer laten weten dat de gunningsbeslissing wordt ingetrokken en de aanbestedingsprocedure wordt beëindigd, omdat de eis ofwel voor meerdere uitleg vatbaar is ofwel dat hij (aangebesteder) een te strenge eis heeft gesteld.

Op 15 november 2018 heeft ondernemer een klacht bij aanbesteder ingediend, inhoudende dat de beslissing van aanbesteder om de aanbestedingsprocedure te beëindigen op ondeugdelijke gronden berust.

#### **Klachtonderdeel 1**

Aanbesteder handelt in strijd met de beginselen van gelijke behandeling, transparantie, proportionaliteit, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de (precontractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid door een meervoudig onderhandse procedure voor een concessieopdracht in te trekken vanwege de reden dat eis 5.2.10 voor meerderlei uitleg vatbaar zou zijn.

#### **Klachtonderdeel 2**

Aanbesteder handelt in strijd met de beginselen van gelijke behandeling, transparantie, proportionaliteit, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de (precontractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid door een meervoudig onderhandse procedure voor een concessieopdracht in te trekken vanwege de reden dat eis 5.2.10 onbedoeld zou zijn gesteld.

#### **Klachtonderdeel 3**

Aanbesteder handelt in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door na

mededeling van de gunningsbeslissing de in die mededeling gegeven redenen voor intrekking van de meervoudig onderhandse procedure aan te vullen met de reden dat – wanneer aan eis 5.2.10 de uitleg zou worden gegeven – die ondernemer daaraan heeft gegeven – ondernemer de enig overgebleven (geldige) inschrijver zou zijn en het concurrentieniveau in dat geval te laag zou zijn om tot gunning van de concessieopdracht aan ondernemer over te gaan.

#### **Klachtonderdeel 4**

Aanbesteder handelt in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid door de concessieopdracht opnieuw aan te besteden.

#### **Beoordeling**

##### **Klachtonderdeel 1**

De te beantwoorden vraag is of aanbesteder eis 5.2.10 in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers die eis op dezelfde wijze zullen uitleggen.

Naar het oordeel van de Commissie zal iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de eis op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat het is toegestaan in te schrijven met A0-reclamedisplays met gaten of sleuven in of rond de displays, onder de voorwaarde dat personen geen ledematen in die gaten of sleuven kunnen steken.

Dit betekent dat aanbesteder zijn besluit tot intrekking niet kon baseren op de reden dat eis 5.2.10 voor meerderlei uitleg vatbaar was. Het eerste klachtonderdeel is gegrond.

##### **Klachtonderdeel 2**

Aanbesteder heeft zich op het standpunt gesteld dat wanneer (i) eis 5.2.10. niet voor meerderlei uitleg vatbaar is en (ii) die eis moet worden uitgelegd zoals ondernemer dat heeft gedaan – namelijk: dat onder geen beding mocht worden ingeschreven met reclamedisplays met openingen aan de bovenkant of onderkant – hij de aanbestedingsprocedure intrekt vanwege de subsidiaire reden dat eis 5.2.10 onbedoeld zou zijn gesteld.

Zoals de Commissie bij de beoordeling van klachtonderdeel 1 heeft geoordeeld, is aan de eerste voorwaarde voldaan, maar aan de tweede

voorwaarde niet. Aanbesteder kon zijn besluit tot intrekking dan ook niet baseren op de subsidiaire reden dat eis 5.2.10 onbedoeld zou zijn gesteld. Ook het tweede klachtonderdeel is gegrond.

### Klachtonderdeel 3

Ondernemer stelt dat het een aanbestedende dienst niet is toegestaan om de redenen waarop hij een besluit tot intrekking van een aanbestedingsprocedure baseert aan te vullen, nadat hij dat besluit inmiddels aan de inschrijvers heeft medegedeeld.

Dat standpunt vindt naar het oordeel van de Commissie geen steun in het recht. Het begrip “gunningsbeslissing” in art. 1.1 Aw 2012 ziet mede op de beslissing van een aanbestedende dienst om géén overeenkomst te sluiten. Dat betekent echter niet dat de eisen die de wetgever in art. 2.130 Aw 2012 aan de motivering van de gunningsbeslissing stelt, onverkort gelden in het geval dat een aanbestedende dienst besluit tot intrekking van de aanbestedingsprocedure.

Dit betekent dat de door ondernemer bedoelde rechtsregel zich niet tevens uitstrekt tot het besluit van een aanbestedende dienst om een aanbestedingsprocedure in te trekken.

Klachtonderdeel 3 is ongegrond.

### Klachtonderdeel 4

Nu de Commissie de klachtonderdelen 1 en 2 gegrond heeft geoordeeld, was aanbesteder niet gerechtigd de aanbestedingsprocedure in te trekken vanwege de in het kader van die klachtonderdelen beoordeelde redenen. Dat betekent dat hij evenmin gerechtigd is om in het verlengde van de op die redenen gebaseerde onrechtmatige intrekking de opdracht opnieuw aan te besteden, ook niet wanneer hij de eisen van de opdracht wezenlijk wijzigt. Aanbesteder zal eerst een reden voor zijn besluit tot intrekking van de aanbestedingsprocedure moeten geven die de op grond van het aanbestedingsrecht daaraan te stellen eisen kan doorstaan.

Het voorgaande oordeel geldt ook ten aanzien van de aanvullende reden die aanbesteder aan zijn besluit tot intrekking ten grondslag heeft gelegd.

Klachtonderdeel 4 is daarmee ook gegrond.

### Advies

De Commissie acht onderdelen 1, 2 en 4 van de klacht gegrond en onderdeel 3 ongegrond.

(mr. C.E.C. Jansen en mr. T.H. Chen)

Het volledige advies is te raadplegen op [www.commissievanaanbestedingsexperts.nl](http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl).

### NOOT

#### CvAE te assertief?

De zaak draait om de uitleg van een specifieke eis. De inschrijver die naast de opdracht greep (“ondernemer”), stelde dat de winnaar niet aan deze eis voldeed en dus een ongeldige inschrijving had gedaan. Volgens ondernemer was het niet toegestaan in te schrijven met reclamedisplays met openingen aan de bovenkant of onderkant. Aanbesteder bestreed dit. Voor aanbesteder ging het om de veiligheid en zij stelde dat openingen waren toegestaan zolang die geen reële of realistische kans op verwondingen aan personen zouden opleveren. Desondanks had aanbesteder begrip voor het standpunt van ondernemer, in die zin dat hij vond dat de eis zo gelezen kon worden dat reclamedisplays met openingen niet waren toegestaan. Aanbesteder trok de aanbesteding in, op basis van twee argumenten: de eis bleek voor meerdere uitleg vatbaar en (subsidiair) de eis was per abuis te streng geformuleerd.

Met klachtonderdeel 1 ageert ondernemer tegen de intrekking van de aanbesteding omdat de eis voor meerdere uitleg vatbaar zou zijn. De klacht wordt gegrond verklaard. De CvAE stelt terecht voorop dat wanneer de eis voor meerdere uitleg vatbaar is, aanbesteder de aanbesteding mocht intrekken.<sup>1</sup> De CvAE is vervolgens kennelijk van mening dat de eis niet voor meerdere uitleg vatbaar is. De CvAE geeft aan hoe de eis moet wor-

1 Een aanbestedende dienst heeft niet de verplichting een aanbesteding te voltooien en dus niet de verplichting om een opdracht te gunnen, vergelijk bijvoorbeeld HvJ EG 16 september 1999, C-27/98 (Fracasso en Leitschutz) en HvJ EU 11 december 2014, C-440/13, met name r.o. 36 (Croce Amica One Italia Srl/AREU). Vergelijk ook Rb. Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2155, «JAAN» 2018/79, m.n. ro. 4.3, waarin is overwogen dat in geval van tegenstrijdigheden de aanbestedende dienst tot heraanbesteding kan of zelfs moet overgaan.

den uitgelegd. Precair daarbij is dat de CvAE een eigen, afwijkende, uitleg aan de eis geeft. Met die stap gaat de CvAE mijns inziens te ver. De CvAE gaat op de stoel van aanbesteder zitten. Een aanbesteder bepaalt welke eisen hij stelt en alleen hij kan waar nodig aangeven hoe een eis is bedoeld. De CvAE had zich wat mij betreft moeten beperken tot de vraag of aanbesteder in redelijkheid kon vinden dat de eis voor meerdere uitleg vatbaar was.<sup>2</sup>

De CvAE stelt vast dat de eis door iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver zodanig had moeten worden begrepen, dat het was toegestaan in te schrijven met reclamedisplays met gaten of sleuven in of rond de displays, onder de voorwaarde dat personen geen ledematen in die gaten of sleuven konden steken. Dat de CvAE hiermee een andere uitleg geeft aan de eis dan aanbesteder blijkt uit het advies. In onderdeel 5.5.6 stelt de CvAE dat aanbesteder zich nog niet heeft kunnen uitlaten over de vraag of hij de aanbesteding had willen intrekken wetende dat de eis moet worden uitgelegd zoals de CvAE doet. Hiermee legt de CvAE zelf op tafel dat de eis dus wél voor meerdere uitleg vatbaar is. Daarmee is moeilijk te accepteren dat klachtonderdeel 1 gegrond is verklaard.

Mogelijk had de CvAE niet veel op met de uitleg die ondernemer aan de eis gaf, maar die boodschap had de CvAE ook in een overweging ten overvloede kunnen verwoorden, zulks dus nadat zij had vastgesteld dat de eis voor meerdere uitleg vatbaar was en aanbesteder de aanbesteding rechtmatig had ingetrokken. Bijkomend gevolg was dan dat ondernemer geen belang meer had bij haar andere klachtonderdelen en dan had de CvAE haar wat merkwaardige gedachtegang in relatie tot klachtonderdeel 2 achterwege kunnen laten.

Met klachtonderdeel 2 keert ondernemer zich tegen de intrekking van de aanbesteding op de grond dat de eis onbedoeld zou zijn gesteld. De CvAE stelt haar uitleg van de eis voorop, benadrukt dat ondernemer de eis niet mocht uitleggen zoals zij deed en concludeert dat aanbestede-

der de intrekking van de aanbestedingsprocedure niet kon baseren op zijn stelling dat de eis onbedoeld was gesteld. Het moet voor aanbesteder wrang zijn dat de CvAE tegelijkertijd aangeeft zich wel voor te kunnen stellen dat aanbesteder – bij die uitleg van de eis – de eis onbedoeld heeft gesteld.

Hoewel de exercitie van de CvAE in onderdeel 5.5.7 en verder als vingerwijzing aan aanbesteder is bedoeld, dus strikt genomen achterwege had kunnen blijven, is met name onderdeel 5.5.9 interessant. Het gaat om de situatie dat er maar één geldige inschrijving zou zijn overgebleven. De CvAE concludeert dat aanbesteder hier de aanbesteding (ook) niet had mogen intrekken op basis van het argument dat er geen concurrentie meer zou zijn. Op zich begrijp ik dat de CvAE hier kritisch is op aanbesteder. De stelling van aanbesteder dat er te weinig concurrentie is omdat er maar één geldige inschrijving is overgebleven, is simpelweg niet juist. Of een inschrijving formeel geldig is of niet, doet er als zodanig niet aan af dat die inschrijving inhoudelijk in concurrentie tot stand is gekomen. Deze discussie maakt echter nog niet dat de conclusie van de CvAE terecht is. Dat aanbesteder de aanbesteding niet mocht intrekken terwijl hij vond dat er te weinig concurrentie is overgebleven, rijmt niet met het arrest *Croce Amica*.<sup>3</sup>

De CvAE is een doorkijk gaan maken naar een eventuele heraanbesteding. De CvAE concludeert dat een heraanbesteding in de veronderstelde situatie weer maar één geldige inschrijving zou opleveren. Het maken van de doorkijk vind ik niet terecht. Het besluit tot intrekken van de aanbesteding moet worden onderscheiden van het besluit tot heraanbesteding (ik kom daar nog op terug). Het is aan de aanbesteder te bepalen óf hij een heraanbesteding start en zo ja, hoe hij die inricht. Het zou ook nog zo kunnen zijn dat aanbesteder de opdracht wezenlijk wijzigt (daar kom ik ook nog op terug). Ik ben het in elk geval niet eens met de gevolgtrekking van de CvAE dat een heraanbesteding hier weer maar één geldige inschrijving zal opleveren. Dat weet je niet. Ook als

2 Vergelijk Rb. Den Haag 8 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10571

3 HvJ EU 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2435, zaak C-440/13, «JAAN» 2015/28 m.nt. mr. W.M. Ritsema van Eck (vergelijk met name r.o. 35).

het gaat om een meervoudig onderhandse procedure en de inschrijvers hetzelfde zullen zijn, wil dat nog niet zeggen dat hun aanbiedingen hetzelfde zullen zijn. Aanbieders kunnen hun producten doorontwikkelen of nieuwe producten op de markt brengen.

Bij de behandeling van klachtonderdeel 3 gaat het vervolgens over de vraag of aanbesteder zijn argumenten voor intrekking van de aanbesteding nog mocht aanvullen (met het argument dat er te weinig concurrentie zou zijn overgebleven, zie hiervoor). Hoewel de CvAE met haar exercitie in onderdeel 5.5.9 het belang van ondernemer bij klachtonderdeel 3 heeft weggenomen, behandelt zij ook dit klachtonderdeel inhoudelijk. De CvAE stelt dat een aanbesteder zijn redenen om tot intrekking van een aanbesteding over te gaan nog mag aanvullen nadat hij het besluit tot intrekking aan de inschrijvers heeft meegedeeld. Dat standpunt kan ik volgen. Art. 2.130 Aw bepaalt weliswaar dat een gunningsbeslissing de relevante redenen voor die beslissing moet vermelden en ingevolge art. 1.1 Aw moet de beslissing om géén overeenkomst te sluiten – waaronder dan dus ook het besluit om de aanbesteding in te trekken – als een gunningsbeslissing worden gezien. Dat doet er echter niet aan af dat in het licht van de inhoud en strekking van § 2.3.8.8 Aw, art. 2.130 zodanig moet worden uitgelegd dat dit specifiek ziet op de gunningsbeslissing die inhoudt dat een inschrijver voor gunning in aanmerking komt. De CvAE concludeert dan vervolgens terecht dat de les uit de KPN-arresten<sup>4</sup> hier niet van toepassing is. Daarbij teken ik aan, dat volgens mij in de door klager aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland<sup>5</sup> vooral om proceseconomische redenen een nog aangevoerd argument niet meer meegewogen is. Bovendien, wanneer aan de motivering van de beslissing tot intrekking van de aanbesteding dezelfde (strengere) eisen zouden worden gesteld als aan de motivering van de beslissing om de opdracht aan een inschrijver te gunnen, zou dit al

snel strijd opleveren met de lijn van het Europees Hof in het Croce Amica-arrest, die veel ruimte geeft aan een aanbestedder om een aanbesteding in te trekken.

De CvAE sluit haar advies bij klachtonderdeel 4 af met de conclusie dat aanbestedder niet gerechtigd was de aanbestedingsprocedure in te trekken. Die conclusie snap ik als gevolgtrekking van het standpunt van de CvAE dat de door aanbestedder aangevoerde argumenten ongeldig waren. Er moet echter voor gewaakt worden dat het beeld ontstaat, dat het besluit tot intrekking van de aanbesteding kan worden vereenzelvigd met het besluit tot heraanbesteding. In de praktijk wordt nog wel eens een loopje genomen met de in onderdeel 3.1.11 van het advies genoemde uitspraken. Die uitspraken zagen op zulke specifieke casussen, dat daar geen rechtsontwikkeling aan kan worden ontleend. In een latere, (nog) niet gepubliceerde uitspraak heeft de Rechtbank Midden-Nederland ook expliciet aangegeven zich niet aan te sluiten bij de genoemde jurisprudentie. Kort en goed, het gaat om verschillende besluiten die aan een verschillend regime onderworpen zijn. De intrekking van een aanbestedingsprocedure is al snel geoorloofd (arrest Croce Amica), terwijl een heraanbesteding in de meeste gevallen alleen is toegestaan wanneer er sprake is van een wezenlijk gewijzigde opdracht. In dat licht is overigens de opmerking van de CvAE dat aanbestedder ook niet opnieuw mag aanbesteden als hij de eisen van de opdracht wezenlijk wijzigt, opmerkelijk. Ik neem aan dat deze opmerking moet worden gelezen in het licht van de afsluitende opmerking van de CvAE, namelijk dat aanbestedder eerst een rechtmatig besluit tot intrekking van de aanbestedingsprocedure moet nemen.

### Conclusie

Hoewel de CvAE de zaak eenvoudig had kunnen afdoen door te concluderen dat aanbestedder hier in redelijkheid had kunnen vaststellen dat de eis voor meerdere uitleg vatbaar was en daarmee terecht de aanbestedingsprocedure had ingetrokken, doet de CvAE het tegenovergestelde en exerceert zij op verschillende onderwerpen door. Het siert de CvAE dat zij de maatschappij het aanbestedingsrecht wil uitleggen. Zij is er echter ook om laagdrempelige geschilbeslechting te bieden. Dan kan het helpen om zaken die zich

4 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 (met name r.o. 3.10 e.v.) en HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (met name r.o. 3.8 e.v.).

5 Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, «JAAN» 2017/81 m.nt. mr. dr. A.J. van Heeswijck, r.o. 4.8.

daarvoor lenen eenvoudiger af te doen. Dat creëert meer ruimte voor andere zaken. Daar komt bij dat het doorexerceren van de CvAE hier op meerdere punten schuurt. Interessant daarbij vind ik dat de klacht tegen de intrekking van de aanbestedingsprocedure is ingesteld door de ondernemer die niet direct voor gunning van de opdracht in aanmerking kwam. Als aanbesteder met de intrekking van de aanbesteding uit de bocht zou zijn gevlogen, had ook de winnende inschrijver rechtsmaatregelen kunnen nemen.

mr. W.J.W. Engelhart  
advocaat/partner bij Van Benthem & Keulen