



# AANBESTEDING INTREKKEN? OVER DE GRENZEN VAN CONTRACTSVRIJHEID



## DE ZAAK

De gemeenten Oudewater en Woerden ('de Gemeenten') organiseren een Europese openbare aanbesteding voor de uitvoering van elementenonderhoud. De aanbesteding moet resulteren in een raamovereenkomst. Deze raamovereenkomst wordt gesloten met de inschrijver die inschrijft met de laagste prijs. Negen partijen schrijven in op deze aanbesteding. De Gemeenten ontdekken onvolkomenheden bij een aantal inschrijvingen, twee daarvan worden ongeldig verklaard en terzijde gelegd. Dit heeft uiteindelijk ervoor gezorgd dat de aanbesteding een maand vertraging heeft opgelopen.

De Gemeenten maken in de gunningsbeslissing bekend dat KVDM Intra B.V. ('KVDM') op de derde plaats is geëindigd. In reactie op de gunningsbeslissing geven de als eerste en vervolgens ook de als tweede geëindigde inschrijver echter aan niet langer in staat te zijn de opdracht uit te kunnen voeren. Mede door de ontstane vertraging hebben beide partijen hebben inmiddels ander werk aangenomen. Zij geven aan geen capaciteit meer te hebben voor de uitvoering van deze opdracht.

De Gemeenten trekken de aanbesteding daarna in. In de intrekingsbeslissing stellen de Gemeenten dat zij tot de conclusie zijn gekomen dat het resultaat van de aanbestedingsprocedure:

- 1) onvoldoende zekerheid biedt op een verantwoorde uitvoering van de opdracht die leidt tot het gewenste resultaat; en
- 2) in haar huidige vorm niet leidt tot zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.

KVDM is van mening dat er onvoldoende grond bestaat voor intrekking van de aanbesteding en start een kort geding. KVDM stelt dat de contractsvrijheid van een aanbestedende dienst niet onbegrensd is. KVDM voldoet aan alle eisen van de opdracht, heeft een marktconforme aanbieding gedaan en kan – in tegenstelling tot de twee hoger geëindigde inschrijvers – het werk wel uitvoeren. Volgens KVDM is de eerste reden voor de intrekking onbegrijpelijk en de tweede reden onjuist.

De Gemeenten merken op dat de twijfels over de verantwoorde uitvoering van de opdracht geen betrekking hadden op KVDM, maar alleen op de twee hoger geëindigde inschrijvers. De Gemeenten hadden die inschrijvers kunnen verplichten om de opdracht uit te voeren, maar dat zou een risico met betrekking tot de zekerheid van de uitvoering van de opdracht met zich brengen. Die onderbouwing voldoet niet volgens de voorzieningenrechter. De Gemeenten hadden redenen moeten noemen waarom KVDM de opdracht niet volgens de gestelde eisen zou kunnen uitvoeren en dat hebben de Gemeenten niet gedaan.

De Gemeenten stellen ook dat er met een heraanbesteding meer maatschappelijke waarde gecreëerd kan worden, onder meer omdat de inschrijfprijs van KVDM niet reëel zou zijn, dan wel buiten de geraamde waarde voor de opdracht valt. Daarnaast vanwege de wens van de Gemeenten om kwaliteitsaspecten mee te nemen in de beoordeling van de inschrijvingen, welke geen onderdeel uitmaken van de aanbestedingsprocedure in de huidige opzet. De voorzieningenrechter gaat daar niet in mee; onder meer omdat de inschrijfprijs van KVDM binnen de raming van 4 miljoen voor de initiële looptijd blijft. Ook de stelling dat de Gemeenten tot het inzicht zijn gekomen dat zij met kwalitatieve eisen meer maatschappelijke waarde voor publieke middelen kunnen realiseren, is onvoldoende concreet volgens de rechter. Dit staat ook haaks op de toelichting in de aanbestedingsleidraad dat alleen de prijs onderscheidend is.

De voorzieningenrechter komt dan ook tot de conclusie dat de door de Gemeenten aangedragen argumenten om de aanbesteding in te trekken deze beslissing niet kunnen dragen. De voorzieningenrechter verbiedt de Gemeenten om verdere uitvoering te geven aan de intrekingsbeslissing en verplicht de Gemeenten om de aanbesteding te vervolgen in de stand waarin deze zich bevond.



## JURIDISCH KADER

- De contractsvrijheid maakt dat aanbestedende diensten in beginsel een aanbesteding mogen intrekken. Zij zijn immers niet verplicht om een overeenkomst aan te gaan. Deze contractsvrijheid is echter niet onbegrensd (zie het kader 'rechtens aan het woord' hieronder).
- Een aanbestedende dienst is verplicht de relevante redenen voor de gunningsbeslissing op te nemen in de mededeling van die beslissing (artikel 2.130 lid 1 Aw 2012). Naar analogie met deze eis geldt in voorkomende gevallen dat de relevante redenen voor een besluit tot intrekking van een aanbesteding vermeld dienen te worden in de mededeling van dat besluit.
- Een aanbestedende dienst is verplicht om zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een overeenkomst (artikel 1.4 lid 2 Aw 2012).



## RECHTERS AAN HET WOORD

- Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in het [Croce Amica arrest](#) overwogen dat aanbestedende diensten een grote mate van vrijheid toekomt om tot intrekking van een aanbesteding over te gaan. Dat kan ook in andere dan uitzonderlijke gevallen en dat kan ook zonder dat zich gewichtige redenen voordoen. Een aanbestedende dienst is wel verplicht de redenen voor zijn besluit aan de gegadigden en inschrijvers mee te delen om een minimaal transparantieniveau en de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen. Een besluit tot intrekking kan gerechtvaardigd zijn door omstandigheden die maken dat het uit het oogpunt van het algemeen belang niet (langer) opportuun is om de aanbestedingsprocedure te voltooien. Er valt onder meer te denken aan situaties waarin sprake is van een gewijzigde economische context of gewijzigde feitelijke omstandigheden. Of als de behoefte van de aanbestedende dienst is gewijzigd of waarin sprake was van een te laag concurrentieniveau.
- De voorzieningenrechter van [de rechtbank Midden-Nederland](#) oordeelde in 2017 dat de gemeente Arnhem een aanbestedingsprocedure niet mocht intrekken. Er was sprake van een aanbesteding op basis van de Best Value-methode. De opdracht was voorlopig gegund en de winnende inschrijver was uitgenodigd voor de concretiseringsfase. In deze fase stelde de gemeente dat de inschrijver een onjuist begrip had van de scope van de opdracht, dat de aangeboden resultaten onvoldoende waren verwerkt en dat er onjuiste informatie was verstrekt. De voorzieningenrechter oordeelde echter dat dit oordeel van de gemeente prematuur was, aangezien de inschrijver nog niet eens in de gelegenheid was gesteld om haar plan van aanpak mondeling toe te lichten, hetgeen toch een wezenlijk kenmerk is van een dergelijke aanbestedingsmethodiek.
- In 2021 oordeelde de voorzieningenrechter van [de rechtbank Den Haag](#) dat de Nederlandse Staat een aanbesteding wel mocht intrekken. De Staat had zich niet gehouden aan het splitsingsgebod. In de aanbestedingsdocumentatie stond dat de Staat de opdracht ook aantrekkelijk wilde maken voor kleinere marktpartijen, maar de opdracht was vervolgens in twee grote percelen verdeeld. Daarmee voldeed de Staat niet aan het splitsingsgebod, hetgeen een gegronde reden was om de aanbesteding in te trekken en te heraanbesteden.
- [Het gerechtshof Den Haag](#) oordeelde in 2021 dat een reëel verschil van inzicht over de uitleg van het bestek de intrekking van een aanbesteding rechtvaardigde. Er was maar één inschrijver en de gemeente mocht de gesprekken met deze inschrijver dus beëindigen.
- In 2022 oordeelde de voorzieningenrechter van [de rechtbank Den Haag](#) dat het toepassen van een correctiemarge en filter op testresultaten, terwijl dat niet in het testprotocol was opgenomen, een gegronde reden was om de aanbesteding in te trekken. Het toepassen van een correctiemarge en filter was noodzakelijk voor het behalen van betrouwbare meetgegevens en er was geen ruimte meer voor aanpassing van het testprotocol. De rechter overweegt dat het niet gaat om de vraag of de beslissing de aanbesteding te staken de enige juridisch houdbare mogelijkheid was, maar de vraag of de beslissing tot intrekking als willekeurig moet worden beschouwd.



## TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

- Als je een aanbesteding intrekt omdat je zorgen hebt over de uitvoering van de opdracht, zorg er dan voor dat je op basis van een inhoudelijke onderbouwing aannemelijk kan maken dat de inschrijver de opdracht niet conform de gestelde eisen kan uitvoeren.
- Als de partij aan wie je voornemens bent de opdracht te gunnen binnen de gestanddoeningstermijn weigert om de opdracht uit te voeren, kan je van die partij eisen dat deze zijn aanbod gestand doet. Dit leidt mogelijk wel tot uitvoeringsrisico's.
- Als je als aanbestedende dienst de mogelijkheid wil hebben om inschrijvingen met een te hoog inschrijfbedrag terzijde te leggen, neem dan ofwel een plafondprijs op in de aanbestedingsdocumenten, of leg vooraf in een intern document vast welk inschrijfbedrag als te hoog wordt aangemerkt en voeg dit document aan het aanbestedingsdossier toe. Je kan voor deze laatste optie kiezen als je de markt niet wijzer wil maken dan nodig omtrent het beschikbare budget.

## EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves  
Benefit

Van Doorne

Het  
NIC.

Vragen? Mail naar [legal@aevesbenefit.com](mailto:legal@aevesbenefit.com)