



DEFENSIE VERDEDIGT ZICH MET SUCCES: INTREKKEN AANBESTEDING TOELAATBAAR



DE ZAAK

Het Ministerie van Defensie (“Defensie”) houdt een Europese openbare aanbesteding voor de inkoop van kunststof koffers. De koffers worden gebruikt voor uiteenlopende doeleinden binnen Defensie en de afmetingen van de koffers zijn zeer divers. Defensie is voornemens een raamovereenkomst te sluiten met drie leveranciers.

De koffers moeten kunnen worden geleverd in diverse kleuren. In het kader van de gunningscriteria moeten inschrijvers levertijden opgeven voor zwarte koffers en voor koffers in een afwijkende kleur. In de Nota van Inlichtingen geeft Defensie aan dat de standaardkleur zwart is, en dat in voorkomend geval de kleuren desert of olijfgroen de meest gangbare kleuren zijn. Na de bekendmaking van de gunningsbeslissing stelt een van de afgewezen inschrijvers vragen over de aangeboden levertijden voor koffers in alle kleuren. Uit nader onderzoek door Defensie blijkt dat inschrijvers het antwoord in de Nota van Inlichtingen verschillend hebben geïnterpreteerd. Sommige inschrijvers hebben de aangeboden levertijden voor koffers in een afwijkende kleur alleen gebaseerd op de kleuren desert en olijfgroen, terwijl ten minste één inschrijver ervan uit is gegaan dat de aangeboden levertijd moet gelden voor alle mogelijke kleuren.

Defensie oordeelt dat het antwoord in de Nota van Inlichtingen onvoldoende transparant is geweest en besluit de aanbesteding in te trekken. Daarbij voert Defensie ook aan dat het niet de bedoeling is geweest dat binnen een gunningscriterium wordt gescoord op een situatie die zich in werkelijkheid nauwelijks zal voordoen (te weten de levering van koffers in andere kleuren dan zwart, desert of olijfgroen) en dat dit een fout is in de beoordelingssystematiek. Eén van de aanvankelijk winnende inschrijvers maakt bezwaar tegen de intrekking en start een kort geding bij [de Rechtbank Den Haag](#).

De voorzieningenrechter stelt voorop dat op een aanbestedende dienst in beginsel geen rechtsplicht rust tot het sluiten van een overeenkomst. De aanbestedende dienst kan in ieder stadium van de procedure van opdrachtverlening afzien, zij het dat de

redenen van intrekking van de procedure niet willekeurig mogen zijn en door de rechter integraal kunnen worden getoetst.

De voorzieningenrechter volgt Defensie niet in de stelling dat de aanbestedingsstukken onvoldoende transparant zouden zijn. De voorzieningenrechter oordeelt dat een behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettende inschrijver uit de aanbestedingsstukken (die moeten worden uitgelegd conform de zogenaamde CAO-norm) had moeten afleiden dat Defensie alle kleuren kan uitvragen, waarbij de verwachting is dat de kleuren desert en olijfgroen het vaakst zullen worden uitgevraagd. Nu van een daadwerkelijke intransparantie of onduidelijkheid geen sprake is, moet het om deze reden afbreken van de aanbesteding onrechtmatig worden geacht.

De voorzieningenrechter volgt Defensie wel in de stelling dat sprake is van een fout in de beoordelingssystematiek die niet strookt met zijn bedoeling. Onweersproken is dat Defensie naast koffers in de kleur zwart hoofdzakelijk behoefte heeft aan koffers in de kleuren desert en olijfgroen, andere kleuren worden slechts incidenteel besteld. De voorzieningenrechter is met Defensie van oordeel dat daarmee voldoende grond bestaat voor de intrekking van de aanbesteding. Bij een heraanbesteding kan Defensie dan alsnog – zoals beoogd – alleen levertijden uitvragen voor koffers in de kleuren zwart, desert en olijfgroen en daarmee het gewicht van het gunningscriterium ten aanzien van de levering van de gekleurde koffers in lijn brengen met zijn daadwerkelijke inkoopbehoefte.

Daarnaast heeft Defensie in het kort geding aangevoerd dat de waarde van de oorspronkelijke opdracht bij heraanbesteding meer dan verdubbeld wordt en dat daarmee sprake is van een wijziging van het economisch evenwicht van de overheidsopdracht ten gunste van de opdrachtnemer. Een dergelijke wezenlijke wijziging van de opdracht vormt volgens de voorzieningenrechter eveneens grond voor Defensie om over te gaan tot heraanbesteding van de opdracht.

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen daarom af.



JURIDISCH KADER

- Het juridisch kader voor het intrekken van aanbestedingen is beschreven in het arrest *Croce Amica* (waarnaar de voorzieningenrechter ook in onderhavige zaak verwijst). Het HvJ EU overweegt daarin allereerst dat een aanbestedende dienst niet gehouden is een opgestarte aanbestedingsprocedure te voltooien en de opdracht te gunnen. Een besluit tot stopzetten van de aanbesteding is niet op voorhand beperkt tot uitzonderlijke gevallen en hoeft ook niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen te berusten. De reden voor intrekking van de aanbesteding kan met name verband houden met de vraag of het – vanuit het oogpunt van het algemeen belang – opportuun is om een aanbesteding te voltooien. Daarbij kan onder meer een rol spelen het feit dat de economische context of de feitelijke omstandigheden dan wel de behoeften van de betrokken aanbestedende dienst zijn gewijzigd. De vrijheid van de aanbestedende dienst is zeker niet onbe-

grensd; de beginselen van transparantie en gelijke behandeling gelden onverkort. De aanbestedende dienst die besluit tot intrekking van een aanbesteding is verplicht de redenen voor zijn besluit transparant kenbaar te maken.

- Het HvJ EU heeft overwogen dat een besluit tot intrekking door de rechter ‘vol’ moet kunnen worden getoetst aan de regels van Europees recht. Dat betekent dat het onderzoek door de rechter niet beperkt tot mag zijn tot de vraag of de aanbestedende dienst ‘in redelijkheid’ tot het besluit heeft kunnen komen. De rechter kan bij de toetsing dus rekening houden met de betrouwbaarheid en de conformiteit van de aanbiedingen van de inschrijvers, en moet zelf een oordeel vellen over de vraag of het opportuun is de aanbesteding in te trekken.



RECHTERS AAN HET WOORD

De 'volle' toetsing van intrekingsbesluiten heeft er in de Nederlandse rechtspraak al meerdere keren toe geleid dat een rechter de intrekking ongedaan maakte. De rechter kijkt – terecht – kritisch naar de argumenten die de aanbestedende dienst aanvoert.

- In een andere recente uitspraak oordeelde de [voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag](#) dat van de door de aanbestedende dienst in het intrekingsbesluit geconstateerde onduidelijkheid in de aanbestedingsstukken geen sprake was. De gunningssystematiek was in de aanbestedingsstukken op transparante wijze verwoord en daarmee niet voor meerderlei uitleg vatbaar. De rechter gebiedt de aanbestedende dienst het intrekingsbesluit in te trekken.
- In 2017 oordeelde de [voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland](#) dat de argumenten die de aanbestedende dienst had aangevoerd 'te weinig overtuigingskracht hadden om de intrekking te kunnen rechtvaardigen'. De voorzieningenrechter oordeelde dat de aanbestedende dienst de uitwerkingsfase van het (Best Value) proces niet te goeder trouw was ingegaan en dat zij te snel tot de conclusie was gekomen dat de aanbesteding moest worden ingetrokken.
- Een ander voorbeeld van een rechter die kritisch kijkt naar de onderbouwing die een aanbestedende dienst geeft voor het intrekken van een aanbesteding is te vinden in een uitspraak van de [voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam uit 2016](#). Hij constateerde dat de aanbestedende dienst een wel erg tweeslachtig standpunt innam; enerzijds betoogde deze dat sprake was van een wezenlijke wijziging van de opdracht, en tegelijkertijd stelde hij dat nog niet kon worden getoetst of sprake is van een wezenlijke
- wijziging omdat deze kwestie pas aan de orde kan komen bij de nieuwe aanbestedingsprocedure. De rechter vond de wijzigingen die de aanbestedende dienst wilde doorvoeren, evenwel niet wezenlijk.
- In een arrest uit 2021 oordeelde het [gerechtshof Den Haag](#) dat een bestekspost voor meerdere uitleg vatbaar was en dat dit voldoende rechtvaardiging vormde voor intrekking van de aanbesteding. Aanleiding voor de intrekking was in dit geval een interpretatieverschil tussen de aanbestedende dienst en de enige inschrijver dat naar voren kwam na bekendmaking van de gunningsbeslissing, maar voor ondertekening van de overeenkomst.
- In een uitspraak uit 2020 oordeelde de [voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland](#) dat het een aanbestedende dienst vrij stond een aanbesteding in te trekken wegens een gebrek aan concurrentie. De intrekking vond plaats op het moment dat er (in een onderhandelingsprocedure) nog twee partijen in de race waren. Omdat de opdracht in twee percelen was verdeeld, en een inschrijver slechts één perceel gegund kon krijgen, stond feitelijk al vast dat beide inschrijvers verzekerd waren van een opdracht. Daardoor was er geen sprake meer van daadwerkelijke mededinging.
- In een arrest uit 2019 oordeelde het [gerechtshof Den Haag](#) dat het [KPN-arrest](#) van de Hoge Raad uit 2012, dat bepaalt dat de gunningsbeslissing alle relevante redenen voor die beslissing dient te bevatten, niet analoog van toepassing is op een intrekingsbeslissing. Dit betekent dat de gronden voor intrekking na bekendmaking daarvan nader kunnen worden onderbouwd.



TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

- Aanbestedende diensten hebben – nog steeds – een ruime mate van vrijheid om te beslissen of zij een aanbestedingsprocedure willen voltooien en of zij de opdracht willen gunnen. Bedenk wel: hoe verder in het proces, hoe kritischer de rechter zal zijn op de argumenten die een aanbestedende dienst aanvoert om van gunning af te zien. Wanneer de inschrijvingen al zijn ontvangen en beoordeeld, is het risico op favoritisme immers groter. Niet uit te sluiten is dan dat een besluit tot intrekking vooral is ingegeven door de wens niet de gunnen aan de partij die als beste beoordeeld is.
- Het is zaak transparant te zijn in de onderbouwing van de intrekking. 'Voortschrijdend inzicht' bij een aanbestedende dienst kan wel degelijk een reden zijn om van gunning af te zien; volgens de rechtspraak kunnen wijzigingen in de economische context of de feitelijke omstandigheden, of in de behoeften van de aanbestedende dienst legitieme redenen voor intrekking zijn. Gooi het in dat geval dan niet (uitsluitend) over de boeg van 'procedurele gebreken', zoals onvoldoende transparantie, maar leg ook uit waarom het voortzetten van de procedure zou leiden tot onbedoelde en/of onwenselijke gevolgen.
- Is een aanbestedende dienst voornemens – vanwege gewijzigde inzichten – de aanbestede opdracht bij heraanbesteding wezenlijk anders in te richten? Vermeld dit dan in het intrekingsbesluit als aanvullende reden voor intrekking van de aanbesteding. Leg daarbij dan wel uit waarom de aanbestedende dienst die gewijzigde opzet noodzakelijk acht.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP