



AANBESTEDENDE DIENST MAAKT HET (TE)BONT: VERBOD OP TOEKOMSTIGE INTREKKINGSBESLISSINGEN



DE ZAAK

In [Jurisprudentiealarm editie nr. 23/2024](#) schreven wij over het kort geding dat KVDM Intra B.V. (**'KVDM'**) aanspande tegen de gemeenten Oudewater en Woerden (**'de Gemeenten'**) vanwege hun beslissing de openbare Europese aanbesteding voor de uitvoering van elementenonderhoud, waarop KVDM had ingeschreven, in te trekken. De rechtbank Midden-Nederland kwam in die zaak tot de conclusie dat de aanbesteding niet op grond van de door de Gemeenten aangedragen argumenten kon worden ingetrokken. De rechtbank verbood de Gemeenten verdere uitvoering te geven aan de intrekkingbeslissing en verplichtte de Gemeenten de aanbesteding te vervolgen in de stand waarin deze zich bevond. Twee maanden nadien namen de Gemeenten een nieuwe beslissing waarmee zij de aanbesteding wederom introkken. [In deze uitspraak](#) vocht KVDM die beslissing (succesvol) aan.

In de door KVDM aangevochten intrekkingbeslissing voerden de Gemeenten een aantal redenen aan voor het intrekken van de aanbesteding. Ten eerste zou de inschrijfprijs van KVDM de raming van de Gemeenten hebben overschreden. De rechtbank kon de Gemeenten daarin niet volgen. De Gemeenten hebben het gestelde maximale budget immers onvoldoende onderbouwd. Zelfs al zouden de Gemeenten dat budget wel voldoende hebben onderbouwd, zou de inschrijfprijs van KVDM dat budget niet hebben overschreden. Ten tweede zou sprake zijn van een onduidelijkheid in de aanbestedingsprocedure. De onduidelijkheid bestaat er volgens de Gemeenten in dat zij de bedoeling hadden hoeveelheid uit te vragen voor een periode van één jaar, terwijl uit de aanbestedingsstukken blijkt dat het zou gaan om een periode van twee jaren. De rechtbank stelde vast dat alle inschrijvers het uitgevraagde op dezelfde manier hebben geïnterpreteerd, en dat de onduidelijkheid niet van invloed is op de inschrijfprijs. Ondanks dat de Gemeenten de aanbestedingsprocedure niet in overeenstemming met hun eigen bedoeling hebben ingericht, is van strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel dus geen sprake. Ten derde zouden de behoeften

van de Gemeenten zijn gewijzigd, omdat zij (a) de aanbesteding wilden opdelen in twee percelen en (b) een duurzaamheidseis wilden stellen. De rechtbank ging (ook) daarin niet mee. De gewijzigde behoeften waren onvoldoende onderbouwd. Alle door de Gemeenten aangevoerde redenen konden dus niet slagen, waardoor de intrekkingbeslissing niet in stand kon blijven.

Nadat de rechtbank de intrekkingbeslissing afkeurde, ging zij een stap verder. De rechtbank overweegt dat het de Gemeenten weliswaar in beginsel is toegestaan meerdere intrekkingbeslissingen te nemen, maar dat is niet onbeperkt. Het houdt een keer op. In dit geval zijn de Gemeenten bij het nemen van de (tweede) intrekkingbeslissing niet over één nacht ijs gegaan; zij hebben voor deze beslissing twee maanden de tijd genomen, intern overleg gevoerd en zich juridisch laten adviseren door hun advocaten. Het is hen desondanks niet gelukt een rechtmatige intrekkingbeslissing te nemen. Onder deze omstandigheden neemt de rechtbank aan dat het de Gemeenten een volgende keer ook niet zal lukken. Het opnieuw intrekken van de aanbestedingsprocedure zou gezien het voorgaande in strijd zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waaronder het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel). De rechtbank verbiedt de Gemeenten de aanbesteding opnieuw in te trekken en verplicht hen de opdracht voorlopig te gunnen aan KVDM.

De Gemeenten kunnen evenwel besluiten om de opdracht niet definitief aan KVDM te gunnen, maar dat betekent dan wel dat zij de raamovereenkomst voor elementenonderhoud niet in de markt kunnen zetten. De voorzieningenrechter realiseert zich dat dit mogelijk erop neerkomt dat de Gemeenten zich "gedwongen" voelen om definitief aan KVDM te gunnen, maar dat is het gevolg van het feit dat zij er tot twee keer toe niet in zijn geslaagd om deugdelijk te motiveren dat zij een reden hebben voor intrekking van de aanbestedingsprocedure, en er geen kans meer is omdat alsnog te doen.



JURIDISCH KADER

- De contractsvrijheid maakt dat aanbestedende diensten in beginsel een aanbesteding mogen intrekken. Zij zijn niet verplicht om een overeenkomst aan te gaan. Deze contractsvrijheid is echter niet onbegrensd, zoals de hier besproken uitspraak ook illustreert (zie verder 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.

- Het juridisch kader voor het intrekken van aanbestedingen is beschreven in het arrest Croce Amica (waarnaar de voorzieningenrechter ook in onderhavige zaak verwijst). Allereerst geldt 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 om een aanbesteding in te trekken is zeker niet onbegrensd; de beginselen van transparantie en gelijke behandeling gelden onverkort.
- Een besluit tot intrekking kan door de rechter worden getoetst aan de regels van Europees recht. De rechter kan bij de toetsing rekening houden met de betrouwbaarheid en de conformiteit van de aanbiedingen van de inschrijvers.



RECHTERS AAN HET WOORD

- 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 2021 oordeelde de voorzieningenrechter van de [rechtbank Den Haag](#) dat de Nederlandse Staat een aanbesteding 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.
- 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 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 een wezenlijk kenmerk is van de gekozen aanbestedingsmethode.



TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

- Ga niet lichtzinnig om met intrekkingbeslissingen. In bepaalde, meer uitzonderlijke, gevallen kunnen inschrijvers als gevolg van zo'n beslissing eventueel daaropvolgende intrekkingen bij voorbaat laten verbieden. Dat is aan de orde als de opvolgende intrekking in strijd is met de beginselen van behoorlijk bestuur. Het deugdelijk motiveren van de 'eerste' intrekkingbeslissing kan het voorgaande voorkomen.
- Het is aan te raden alle redenen voor intrekking in de intrekkingbeslissing te noemen. Als die beslissing succesvol wordt aangevochten, kan de aanbestedende dienst daaruit de conclusie trekken dat elke daaropvolgende intrekking – bij ongewijzigde omstandigheden – zinloos zou zijn.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP