



# AANVULLEN GUNNINGSBESLISSING? ALLEEN IN GEVAL VAN BIJZONDERE OMSTANDIGHEDEN



## DE ZAAK

Een samenwerkingsverband van de gemeenten Barendrecht, Albrandswaard en Ridderkerk – BAR c.s. - start een meervoudig onderhandse aanbesteding voor de ontwikkeling en het leveren van een softwaresysteem. Het te ontwikkelen systeem bepaalt de afstand tot de arbeidsmarkt van een uitkeringsgerechtigde om zo een gericht ontwikkeltraject in te zetten. BAR c.s. heeft gezien de geraamde opdrachtwaarde van € 50.000,- gekozen voor een meervoudig onderhandse procedure. De opdracht wordt gegund op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, met een weging van 30% - 70%.

CompetenSYS en MatchCare B.V. zijn de enige twee partijen die inschrijven op de aanbesteding. Tijdens het verificatiegesprek met CompetenSYS blijkt dat BAR c.s. abusievelijk een bepaalde eis - een specifieke module als element van de koppeling tussen het te leveren softwaresysteem en het bestaande systeem - niet in de aanbestedingstukken heeft opgenomen. Omdat het noodzakelijk is dat er direct bij aanvang van de opdracht een werkende koppeling is en BAR c.s. met de gestelde eisen in de aanbesteding niet het systeem krijgt wat zij wenst, trekt BAR c.s. de aanbesteding in. Kort daarna maakt BAR c.s. bekend dat zij overgaat tot onderhandse gunning aan MatchCare B.V. Volgens BAR c.s. is zij gerechtigd om de

opdracht enkelvoudig onderhands aan MatchCare te gunnen, omdat de waarde ver onder de Europese drempel ligt en MatchCare de enige is die de noodzakelijke koppeling binnen de gewenste termijn kan realiseren. CompetenSYS maakt bezwaar tegen dit voornemen. In reactie daarop stelt BAR c.s. dat de opdracht is herzien en afgeschaald naar een pilot waardoor de opdracht wezenlijk is gewijzigd en waarna de opdracht onderhands gegund is aan MatchCare. CompetenSYS is het oneens met dit besluit en start een kort geding.

De voorzieningenrechter stelt CompetenSYS in het gelijk. BAR c.s. heeft volgens de rechter geen heldere en voldoende objectieve rechtvaardiging gegeven voor de gekozen procedure van enkelvoudig onderhandse gunning aan MatchCare. BAR c.s. heeft telkens relevante redenen aan de eerste gunningsbeslissing toegevoegd en haar onderbouwing niet voldoende geconcretiseerd. BAR c.s. noemt de pilot pas in een later stadium, benoemt deze niet consequent en is niet transparant over een eventuele looptijd daarvan. BAR c.s. heeft niet duidelijk gemaakt welke aspecten van de opdracht precies wezenlijk zijn gewijzigd. BAR c.s. is onvoldoende transparant geweest en heeft niet aan haar zorgplicht voldaan door als aanbestedende dienst achteraf de redenen voor de beslissing aan te vullen.



## JURIDISCH KADER

- Op grond van vaste rechtspraak mag een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure intrekken zonder dat daarvoor bijzondere omstandigheden zijn vereist (zie HvJEU 11 december 2014, C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, onder 35 (Croce Amica)).
- Een aanbestedende dienst is verplicht de relevante redenen voor de gunningsbeslissing op te nemen in de mededeling van die beslissing (art. 2.130 lid 1 Aw 2012). Overeenkomstig de definitie van 'gunningsbeslissing' uit artikel 1.1 Aw 2012 geldt de verplichting dat in voorkomende gevallen de relevante redenen voor een besluit tot intrekking van een aanbesteding vermeld dienen te worden in de mededeling van dat besluit.
- Een besluit tot intrekking van een aanbesteding houdt voor de aanbestedende dienst niet de verplichting in de aanbestedingsprocedure te voltooien (zie HvJEU 18 juni 2002, C-92/00 ECLI:EU:C:2002:379, onder 41).
- In beginsel geldt dat gunning op basis van de ingetrokken aanbesteding uitgesloten is wanneer op het moment van intrekking al inschrijvingen zijn ontvangen. In dat geval is heraanbesteding in principe alleen toegestaan als de aanbesteder de voorwaarden van de opdracht 'wezenlijk' wijzigt.
- De Gids Proportionaliteit is aangewezen als verplicht te volgen richtsnoer (artikel 1.10 lid 3, artikel 1.13 lid 3 en artikel 1.16 lid 3 Aw 2012, in samenhang met artikel 10 lid 1 Aanbestedingsbesluit). In voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit staat onder meer aangegeven welke procedure in beginsel gekozen moet worden bij welke opdrachtwaarde.



## RECHTERS AAN HET WOORD

- Uit een arrest van de Hoge Raad volgt dat een gunningsbeslissing in beginsel direct volledig moet zijn gemotiveerd; het aanvullen van de gunningsbeslissing in beginsel niet is toegestaan. Dit kan volgens de Hoge Raad alleen anders zijn, als de aanbestedende dienst aannemelijk maakt dat sprake is van bijzondere redenen of omstandigheden.
- Volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag mag een gunnings- of afwijzingsbeslissing niet worden aangevuld met een nieuwe ongeldigheidsgrond, ook niet als hierop een nieuwe bezwaartermijn volgt. In deze zaak gaf de aanbestedende dienst - na ontvangst van de dagvaarding - een nadere toelichting op de reeds gegeven afwijzingsgrond. In deze toelichting werd een nieuwe afwijzingsgrond opgevoerd en kwalificeerde de aanbestedende dienst de brief als een nieuwe gunningsbeslissing voor het geval inschrijver van mening was dat de toelichting een nieuwe afwijzingsgrond betrof.
- De voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland oordeelt dat het is toegestaan om een gunningsbeslissing in te trekken en dan een nieuwe gunningsbeslissing te nemen op andere (aanvullende) gronden. In dit geval constateerde de aanbestedende dienst pas na de gunningsbeslissing dat de inschrijving van de winnende inschrijver ongeldig was. Het wijzigen van de beslissing was in deze omstandigheden geoorloofd volgens de rechter.
- De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag oordeelt dat het mogelijk moet zijn om in aanvullende correspondentie ontstane misverstanden of fouten op te helderen of te herstellen. De aanbestedende dienst had eerst aan de verliezende inschrijver medegedeeld dat zij een bijlage was vergeten en daardoor lager had gescoord dan de winnende inschrijver. Later deelde de aanbestedende dienst mede dat de bijlage wél was meegestuurd en dat deze was beoordeeld, maar dat dit niets veranderde aan het resultaat van de aanbesteding. De aanbestedende dienst nam vervolgens een nieuwe standstill-termijn van 20 dagen in acht. De rechter overweegt dat in dit geval weliswaar formeel een nieuwe gunningsbeslissing had moeten worden genomen, maar dat in dit geval achterwege kon blijven omdat de handelwijze van de aanbestedende volgens de rechter op hetzelfde neerkomt. Het is duidelijk op welke gewijzigde gronden de gunningsbeslissing tot stand is gekomen en er is de mogelijkheid geboden om bezwaar te maken tegen deze beslissing.
- De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam oordeelt dat het later aanvullen van de gunningsbeslissing niet is toegestaan. De aanbestedende dienst had in de gunningsbeslissing niet gemeld dat de inschrijving ongeldig was en kon dat volgens de rechter nadien niet alsnog doen. De winnende inschrijver (die als tussenkomende partij deelnam aan de kortgedingprocedure) kon zich volgens de rechter echter wel beroepen op de ongeldigheid van de inschrijving. De inschrijving werd daarom alsnog ongeldig verklaard.



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Ga zorgvuldig te werk bij het opstellen van de gunningsbeslissing. Wees duidelijk en zorg ervoor dat alle relevante redenen voor de gunning of afwijzing in de gunningsbeslissing worden opgenomen.
- Wijzig de gunningsbeslissing enkel op basis van gegronde redenen. Gewijzigde omstandigheden of nieuwe feiten kunnen aanleiding zijn voor het wijzigen van uw beslissing. Trek in dat geval formeel de eerder genomen beslissing in en neem een nieuwe gunningsbeslissing.
- Neem altijd een nieuwe standstill-termijn in acht als u de gunningsbeslissing wijzigt.

### EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

**VANDOORNE** ⊕

**Aeves  
Benefit** 

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