



DE ZAAK

AEB, een restafvalverwerkingsbedrijf dat met afvalverwerking ook energie produceert, organiseert een aanbesteding voor het ontwerpen, produceren en inbouwen van zogeheten 'luchtvoorverwarmers'. De aanbestedingsstukken vermelden dat de maximale inschrijvergoeding € 10.000,-- bedraagt. De procedure bestaat uit meerdere fasen: een selectiefase, een selectie evaluatiefase, een offertefase, een evaluatiefase en een gunningsfase.

Tijdens de inlichtingenronde vraagt een gegadigde (Wilton) of alle inschrijvers de inschrijvergoeding ontvangen als zij geldig inschrijven op de aanbesteding. AEB antwoordt dat alle inschrijvers een inschrijvergoeding krijgen en dat ook de winnaar een inschrijvergoeding ontvangt, wanneer AEB tijdens de evaluatiefase om wat voor reden dan ook besluit om niet te gunnen. Wilton vraagt vervolgens of inschrijvers na het indienen van een inschrijving ook recht hebben op deze inschrijvergoeding indien de aanbesteding wordt afgebroken, bijvoorbeeld omdat AEB niet voldoende budget beschikbaar blijkt te hebben. AEB antwoordt daarop dat zij de aanbesteding niet zal intrekken in de selectie- of offertefase.

Wilton is de enige partij die inschrijving indient. AEB gaat vervolgens een aantal keer het gesprek aan met Wilton over haar inschrijving en Wilton past deze vervolgens een aantal keer aan. Uiteindelijk besluit AEB de aanbesteding in te trekken. Het ontwerp van Wilton zou onvoldoende overtuigend zijn, aldus AEB. Wilton is van mening dat het AEB niet meer vrijstaat de

aanbesteding in te trekken. Haar inschrijving voldoet immers aan alle gestelde eisen (waaronder de technische en financiële voorwaarden). Daar komt nog bij dat Wilton aan AEB gevraagd heeft of AEB voornemens was de aanbesteding in te trekken en AEB heeft toen geantwoord dat zij de aanbesteding in de selectie- of offertefase niet zou intrekken. AEB heeft dus afstand gedaan van haar recht de aanbesteding in te trekken. Volgens AEB bevindt de aanbesteding zich echter nog in de evaluatiefase (en niet in de selectie- of offertefase), waardoor het gegeven antwoord in de Nota van Inlichtingen nu niet geldt.

De voorzieningenrechter stelt AEB in het gelijk. In het genoemde antwoord op de vraag van Wilton heeft AEB haar recht op intrekking weliswaar ingeperkt door toe te zeggen in de offerte- en selectiefase de aanbesteding niet in te trekken, maar daarmee heeft AEB volgens de rechter niet volledig afstand gedaan van haar recht de aanbesteding in te trekken. Het antwoord op vraag 15 gaat over de selectie- en offertefase. De gunningsfase en ook de in de planning opgenomen evaluatiefasen, die door AEB als aparte fasen worden gezien, worden daarin niet genoemd. Het zou volgens de voorzieningenrechter ook onlogisch zijn als AEB in deze fase van de aanbestedingsprocedure al afstand zou doen van het recht tot intrekking, omdat zij op dat moment nog niet wist of er (besteksconforme) inschrijvingen zouden worden ingediend. De vorderingen worden afgewezen.



JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst mag een aanbesteding uit eigen beweging intrekken, ook wanneer de gunningsbeslissing al is bekendgemaakt. De aanbestedende dienst is wel verplicht de redenen voor zijn besluit transparant kenbaar te maken (**HvJEU Croce Amica**). Mogelijk dient een aanbestedende dienst in geval van (laattijdige) intrekking van een aanbesteding ook een tenderkostenvergoeding dient te betalen; zie in dat verband voorschrift (3.8B) van de herziene Gids Proportionaliteit: "De aanbestedende dienst sluit niet op voorhand iedere vergoeding van inschrijfkosten uit in geval van een laattijdige intrekking van de aanbesteding."
- De rechter mag het besluit tot intrekking 'vol' toetsen aan de regels van Europees recht. Dat betekent dat het onderzoek door de rechter niet beperkt is 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 zal zelf een oordeel vellen over de vraag of het opportuun is de aanbesteding in te trekken.
- Daarnaast kan de rechter nog toetsen of de aanbestedende dienst, als privaatrechtelijk handelende partij, het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat er een overeenkomst tot stand zou komen.



RECHTERS AAN HET WOORD

- De voorzieningenrechter van **de rechtbank Midden-Nederland** maakte in 2017 onderscheid tussen de bevoegdheid om tot heraanbesteding over te gaan en de bevoegdheid om een aanbesteding in te trekken. In deze zaak stond het vast dat heraanbesteding niet geoorloofd was. Vervolgens beoordeelde de rechter of de intrekking van de aanbesteding wél geoorloofd zou kunnen zijn. De voorzieningenrechter oordeelde in dat verband dat de aanbestedende dienst onvoldoende feiten had aangevoerd die ertoe dwongen in de concretiseringsfase tot intrekking over te kunnen gaan. Aangezien hier sprake was van een aanbesteding volgens de Best Value-methode, had de aanbestedende dienst eerst het inhoudelijke gesprek met eiseres moeten aangaan. Door eiseres niet de gelegenheid te geven het concept Plan van Aanpak en de financiële onderbouwing toe te lichten was de aanbestedende dienst te snel en ongeoorloofd overgegaan tot intrekking.
- In een zaak uit 2019 oordeelde de voorzieningenrechter van **de rechtbank Midden-Nederland** dat de intrekking van de aanbestedingsprocedure na voorlopige gunning (lees: na de datum van de gunningsbeslissing), maar nog voor definitieve gunning (lees: het sluiten van de overeenkomst), geoorloofd was. Doordat de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken voorzag in de mogelijkheid de aanbestedingsprocedure in te trekken tot het moment van ondertekening van de beoogde overeenkomst en er geen concrete aanwijzingen waren dat de reden van intrekking van de aanbestedingsprocedure werd ingegeven door een onzuiver motief, was het intrekken van de aanbestedingsprocedure toegestaan.
- **De rechtbank Noord-Nederland** oordeelde in 2021 dat een besluit tot intrekking wegens een te laag concurrentieniveau op goede gronden werd genomen. Volgens de rechter was het niet relevant waarom er maar één (geldige) inschrijving overbleef; enkel de daadwerkelijke uitkomst van de aanbesteding was van belang om het concurrentieniveau te bepalen. Dat er nog maar één geldige inschrijver voor gunning in aanmerking bleek te komen, schuurde volgens de rechter met het principe dat aanbesteding draait om concurrentie.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Al kent een intrekking van een lopende aanbesteding een ander – minder vergaand – toetsingskader dan bij een besluit tot heraanbesteding, dat neemt niet weg dat intrekking vaak niet los staat van een (voornemen tot) heraanbesteding. Alleen als een aanbestedende dienst ervoor kiest om een ingetrokken aanbesteding niet opnieuw aan te besteden, is dat anders. Wees kritisch op dit verband en zet je eigen argumentatie af tegen het zwaarste toetsingskader.
- De bevoegdheid tot het intrekken van een aanbesteding wordt – voor aanbestedende diensten die tevens kwalificeren als bestuursorgaan – beperkt door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Zorg daarom altijd voor goede en volledige verslaglegging van de feiten, bevindingen en overwegingen op basis waarvan een intrekkingbesluit wordt genomen.
- Leg ook uit waarom je de aanbesteding intrekt. Benoem in de motivering de (legitieme) reden(en) voor intrekking, zoals wijzigingen in de economische context of de (gewijzigde) feitelijke omstandigheden die ten grondslag liggen aan de beslissing. Hoe verder in het proces, hoe kritischer de rechter zal kijken naar 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. Laat de motivering voor een intrekking van een aanbesteding ook altijd toetsen door een deskundige partij.
- Een intrekkingbesluit is een besluit waartegen beroep openstaat. Dat betekent dat bij het bekendmaken van een intrekkingbesluit ook een bezwaartermijn toegepast moet worden. Vermeldt dit ook als zodanig in de aanbestedingsdocumenten.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves
Benefit

VANDOORNE[⊕]

Het NIC.

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com