



# GEBREKEN IN PROCEDURE GEBREKKIG OPGELOST



## DE ZAAK

De gemeente Heeze-Leende nodigt drie architecten uit om een ontwerp in te dienen voor een gymzaal. Deze meervoudig onderhandse procedure kent gebreken. Het belangrijkste gebrek is dat de gemeente de puntenweging tijdens de procedure wijzigt. De gemeente erkent de gebreken en beëindigt de procedure. Vervolgens besluit de gemeente over te gaan tot een enkelvoudig onderhandse procedure met [A], die het hoogste aantal punten heeft behaald tijdens de afgebroken – gebrekkige – procedure. Eiseres is het daar niet mee eens. Volgens eiseres handelt de gemeente onrechtmatig, namelijk in strijd met aanbestedingsregels en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. De gemeente meent daarentegen deze eerste procedure te mogen beëindigen en over te stappen naar een tweede procedure. Doordat de opdracht onder de drempel van € 30.000,00 valt en dus conform het eigen inkoopbeleid niet aanbestedingsplichtig is, is volgens de gemeente een enkelvoudig onderhandse procedure immers toegestaan.

**De voorzieningenrechter** is het niet met de gemeente eens. Door de gebrekkige meervoudig onderhandse procedure heeft eiseres geen eerlijke kans gekregen: haar vragen zijn niet adequaat beantwoord en de weging van de punten is niet naar behoren verlopen. Door [A] te kwalificeren als winnaar van de eerste procedure en op basis daarvan te besluiten om met [A] over te gaan tot een tweede procedure is de gemeente door die gebrekkige procedure beïnvloed. Door dit handelen werkt namelijk het gebrek in de eerste procedure door in de tweede procedure. [A] profiteert van de invloed die de doorwerking van de gebreken heeft op de besluitvorming door de gemeente en eiseres wordt om dezelfde reden benadeeld. Het gevolg van een gebrek in de ene procedure mag echter niet doorwerken in de volgende procedure. De gemeente hoort daarom een werkwijze te volgen die in voldoende mate waarborgt dat de gebreken niet doorwerken. Het overgaan tot een enkelvoudig onderhandse procedure met [A] voldoet niet aan deze eis.



## JURIDISCH KADER

- 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). Overeenkomstig de definitie van ‘gunningsbeslissing’ uit artikel 1.1 Aw 2012 wordt onder gunningsbeslissing niet alleen verstaan de keuze van de aanbestedende dienst voor de ondernemer met wie de aanbestedende dienst voornemens is de overeenkomst te sluiten, maar wordt tevens verstaan de keuze om géén overeenkomst te sluiten. De verplichting om alle relevante redenen voor een besluit te vermelden geldt daarmee óók ten aanzien van de mededeling van het besluit tot intrekking van een aanbesteding.
- 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 alleen toegestaan als de aanbesteder de voorwaarden van de opdracht ‘wezenlijk’ wijzigt.
- Wat een ‘wezenlijke wijziging’ is, is vastgelegd in hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet. Artikel 2.163g Aw 2012 bepaalt dat een wijziging van een overheidsopdracht – ongeacht de waarde ervan – alleen ‘wezenlijk’ is indien de overheidsopdracht hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht. Een wijziging is wezenlijk als de wijziging
  - a) leidt tot andere kring van gegadigden, of
  - b) leidt tot een verandering van het economisch evenwicht, of
  - c) leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht, of
  - d) in belangrijke mate een uitbreiding van de relevante markt tot gevolg heeft.
- 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.



## RECHTERS AAN HET WOORD

- Een besluit tot intrekking van een aanbesteding houdt voor de aanbestedende dienst niet de verplichting in de aanbestedingsprocedure te voltooien (zie **HvJ EU 18 juni 2002, C-92/00**).
  - De voorzieningenrechter van **de rechtbank Midden-Nederland** maakte in 2017 onderscheid tussen de bevoegdheid om een aanbesteding in te trekken en de bevoegdheid om tot heraanbesteding over te gaan. Omwille van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel alsook de eisen van redelijkheid, is het niet toegestaan om zonder objectieve rechtvaardiging tot heraanbesteding over te gaan wanneer eenmaal een aanbestedingsprocedure is doorlopen en een inschrijver kan worden aangewezen die in aanmerking komt voor gunning van de opdracht. Een objectieve rechtvaardiging voor de heraanbesteding is vereist en de specificaties van de opdracht dienen bij een heraanbesteding wezenlijk te wijzigen. Doordat de voor-
- genomen wijziging niet het karakter van de opdracht, maar de aanbestedingsystematiek betrof, kwalificeerde de voorgenomen wijziging niet als een wezenlijke wijziging van de opdracht. Daardoor was de beoogde heraanbesteding niet geoorloofd.
- In 2021 oordeelde **de rechtbank Den Haag** dat de Nederlandse Staat een aanbesteding wel mocht intrekken en tot heraanbesteding mocht overgaan. De Staat had zich namelijk niet gehouden aan het splitsingsgebod. In de aanbestedingsdocumentatie stond dat de Staat de opdracht ook aantrekkelijk wilde maken voor kleinere spelers, maar de opdracht was vervolgens in twee grote percelen verdeeld. Daarmee voldeed de Staat niet aan het splitsingsgebod, hetgeen een objectieve rechtvaardiging was om de aanbesteding in te trekken en – na wezenlijke wijziging – te heraanbesteden.



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Als het niet opportuun is om een aanbesteding te voltooien – bijvoorbeeld omdat de economische context, de feitelijke omstandigheden of de behoeften van de betrokken aanbestedende dienst zijn gewijzigd – dan is een aanbestedende dienst niet verplicht om een opgestarte aanbestedingsprocedure te voltooien en de opdracht te gunnen. Bij een dergelijk besluit tot intrekking van de aanbesteding is overigens wel vereist dat daarbij de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen.
- Als je als aanbestedende dienst besluit om de opdracht (na intrekking) opnieuw aan te besteden, dan dien je in beginsel de aard en omvang van de opdracht te wijzigen. De wijziging moet de opdracht betreffen en niet het ontwerp van de aanbesteding. Een wijziging van uitsluitend de aanbestedingsystematiek is niet toegestaan. Dat geldt overigens niet wanneer de aanvankelijke aanbesteding is ingetrokken wegens procedurele gebreken.
- Indien eenmaal gekozen is voor een meervoudig onderhandse procedure, is het niet snel toegestaan over te stappen naar een enkelvoudige procedure.
- Indien je besluit om tot heraanbesteding over te gaan, dien je in voldoende mate te waarborgen dat deze gebreken niet doorwerken in de nieuwe aanbestedingsprocedure. Het is aan te raden vooraf schriftelijk vast te leggen hoe dit wordt gewaarborgd.

### EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves  
Benefit

VANDOORNE<sup>⊕</sup>

Het  
NIC.

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