

Ontoelaatbare heraanbesteding en dus ontoelaatbare intrekking

Vaak wordt gedacht dat een aanbesteder te allen tijde een aanbestedingsprocedure kan intrekken. De Utrechtse kort gedingrechter maakt (nogmaals) duidelijk dat dit niet zonder meer het geval is.¹ In het onderhavige geval was de door de gemeente Utrecht voorgenomen, niet wezenlijk gewijzigde, heraanbesteding ontoelaatbaar en daarmee volgens de rechter ook de grond om de aanbestedingsprocedure in te trekken. De meegedeelde redenen voor intrekking mogen nadien niet door de aanbestedende dienst worden aangevuld. Pikant detail daarbij is dat zelfs ambtenaren van de gemeente belastende verklaringen hadden afgelegd. Een en ander noopt tot een nadere beschouwing in deze rubriek.

De zaak

De gemeente Utrecht had onderhoud voor een deel van haar riolering Europees aanbesteed. Tot de reikwijdte van de opdracht behoorde het (preventief) onderhoud van kolken, die regenwater afvoeren naar het riool, en van huisaansluitingen. Ook zou de opdrachtnemer storingen aan deze onderdelen oplossen die zich voordoen tussen 7:00 en 16:00 uur.

Die aanbesteding was opgezet volgens de methode van Best Value Procurement (BVP). Nadat aan eiseres voorlopig was gegund, is met haar de 'concretiseringsfase' ingegaan. Conform de BVP-systematiek moest de beoogde opdrachtnemer dan zijn inschrijving in detail uitwerken. De concretiseringsfase verliep stroef. Na een 'inofficiële' bijeenkomst – door de gemeente de 'inluistersessie' genoemd(!) – en een 'officieel startgesprek' leverde de beoogd opdrachtnemer de vereiste documenten aan. Daartoe behoorde een 'totaaloverzicht in-out scope'. Naar het oordeel van de gemeente had de beoogd opdrachtnemer de scope te nauw beschreven. Correspondentie en besprekingen leidden niet tot overeenstemming en de gemeente verklaarde de inschrijving ongeldig. Die ongeldigverklaring heeft zij een kleine week later weer 'ongedaan gemaakt' nadat de beoogd opdrachtnemer zich alsnog had geconformeerd aan de uitleg van de gemeente van de reikwijdte van de opdracht.

De procedure is daarop hervat. Drie maanden later kwam de aanbesteding alsnog tot een voortijdig einde. De gemeente berichtte dat zij de aanbesteding zou intrekken ('te staken' en 'gestaakt te houden') en dat zij zich nog beraadde op een heraanbesteding. Als motivering voerde

de gemeente aan dat in de motiveringsfase een 'gebrek aan vertrouwen in de expertise van [de beoogd opdrachtnemer]' is ontstaan en dat de gemeente daardoor liever kiest voor een 'ander type aanbestedingsprocedure en contract', lees: niet meer de BVP-methode.

De beoogde opdrachtnemer heeft daarop een kort geding aanhangig gemaakt waarin hij vordert de intrekking van de aanbesteding ongedaan te maken.

Pikant detail

Enkele ambtenaren van de gemeente hebben na de intrekkingbeslissing de beoogde opdrachtnemer een kijkje in de – kennelijk rommelige – keuken van de gemeente Utrecht gegeven. Zij hebben anoniem verklaard dat bij de aanbesteding betrokken ambtenaren tot intrekking zijn overgegaan om de beoogd opdrachtnemer 'buiten de deur [...] te houden'.² Ter zitting zijn enkele ambtenaren van de gemeente Utrecht verschenen – kennelijk niet aan de zijde van de gemeente(!). Zij hebben zich bekend gemaakt en verklaard bij de – aanvankelijk nog anonieme – verklaringen te blijven.³ De gemeente had inmiddels een intern en – later – een extern onderzoek naar de betreffende afdeling laten plaatsvinden. Ten aanzien van de beweerdelijke integriteitsschendingen treft de voorzieningenrechter geen maatregelen, nu dat onderzoek nog loopt.

Intrekking niet toegestaan

Contracterende partijen komt contractsvrijheid toe. Het aanbestedingsrecht treedt aanzienlijk in de (contractsvrijheid om de vorm en inhoud van aanbestede overeenkomsten te bepalen en om

een contractspartij te kiezen. Een aanbestedder komt (veel) meer vrijheid toe ten aanzien van de vraag of hij überhaupt contracteert – in Duitstalige literatuur spreekt men van *Abschlussfreiheit*. Een aanbestedder kiest zelf of hij een opdracht vergeeft en of hij een eenmaal in gang gezette aanbestedingsprocedure doorzet dan wel intrekt.

Die vrijheid om in te trekken is niet onbegrensd. Zij wordt beperkt door de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, de precontractuele redelijkheid en billijkheid en (bij een overheid als de gemeente Utrecht) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁴ In de onderhavige zaak verwijst de voorzieningenrechter naar het arrest *Croce Amica* van het Europese Hof van Justitie.⁵ Daarin bevestigt het Hof dat de aanbestedende dienst aan inschrijvers de redenen voor intrekking van de aanbesteding moet mededelen. Die plicht volgt uit de beginselen van gelijkheid en transparantie. Inhoudelijk mogen aan die motivering geen strenge eisen worden gesteld. Voldoende is dat uit het algemeen belang opportuun is om toch niet (ongewijzigd) te contracteren. Die opportuniteit volgt dan bijvoorbeeld uit wijziging van de economische context of de feitelijke omstandigheden van de opdracht of uit wijziging van de behoeften van de aanbestedende dienst. De voorzieningenrechter, onder verwijzing naar voornoemd Europees arrest, overwoog nog dat een besluit tot intrekking ook kan worden gedragen door de vaststelling dat sprake is van slechts één geschikte inschrijving.⁶ In een dergelijk geval kan overigens ook ongewijzigd worden heraanbesteed, aldus de Bossche voorzieningenrechter.⁷

De voorzieningenrechter komt via twee wegen tot de conclusie dat de gemeente Utrecht aan haar motiveringsplicht niet heeft voldaan en dus (zo) niet had mogen intrekken. Met betrekking tot het opgevoerde ‘gebrek aan vertrouwen’ oordeelt de rechter dat de gemeente de concretiseringsfase niet te goeder trouw is ingegaan. De andere (kennelijk zelfstandige) reden voor de ontoelaatbaarheid van de intrekking is het feit dat de voorgenomen heraanbesteding niet is toegestaan.

Heraanbesteding werpt haar schaduw vooruit

De voorzieningenrechter stelt vast dat de gemeente Utrecht ‘expliciet heeft aangegeven dat zij tot heraanbesteding over zal gaan’. De opdracht kan en zal bovendien niet achterwege blijven: rioolonderhoud zal toch moeten worden uitgevoerd. Onder die omstandigheden acht de voorzieningenrechter een nauwe samenhang

tussen heraanbesteding en intrekking aanwezig. Als de voorgenomen heraanbesteding niet mogelijk is, dan is de voorgenomen intrekking eveneens niet mogelijk.

Heraanbesteding van een ongewijzigde opdracht is volgens vaste jurisprudentie slechts mogelijk indien:

- i. de aanbestedingsprocedure procedurele gebreken bevat die rechtmatige gunning onmogelijk maken;
- ii. er geen geschikte inschrijvingen zijn gedaan;
- iii. het concurrentieniveau te laag was doordat slechts één geschikte inschrijving is ontvangen.

De gemeente had echter slechts een ‘gebrek aan vertrouwen’ in de beoogde opdrachtnemer aangetoond. De voorzieningenrechter overweegt terecht dat in dat geval een heraanbesteding zonder wezenlijke wijziging van de opdracht niet toelaatbaar is. De voorgenomen wijziging was geen wijziging van ‘het karakter van de opdracht als zodanig’ maar een wijziging in ‘het systeem van de aanbesteding’.⁸ Niettemin sluiten wij in principe niet uit dat in geval van een (ingrijpende) wijziging van ‘het systeem van de aanbesteding’ de kring van gegadigden geraakt kan worden en daardoor toch sprake is van een wezenlijke wijziging. Een BVP-aanbesteding kenmerkt zich immers onder andere door een minder specifiek omschreven scope en beperkte minimumeisen. Als bij een heraanbesteding de BVP-systematiek wordt losgelaten (‘en de teugels worden aangeetrokken’) zouden er wellicht meer of minder partijen geïnteresseerd kunnen zijn met als gevolg dat er sprake is van een toelaatbare wezenlijke gewijzigde (her)aanbesteding.

Aan de regel dat een ongewijzigde heraanbesteding als uitgangspunt niet is toegestaan, ligt bestrijding van het risico van (ongeoorloofde) manipulatie ten grondslag. Het mag niet zo zijn dat een aanbestedende dienst voor een ‘herkansing’ gaat omdat het resultaat hem onwelgevallig is.⁹ Nu de voorgenomen heraanbesteding niet was toegelaten, en die heraanbesteding nauw samenhang met de intrekking, oordeelde de voorzieningenrechter dat ook daarom die intrekking ontoelaatbaar was.

Het standpunt dat een intrekking niet uitsluitend kan worden gedragen door een op voorhand ontoelaatbare heraanbesteding kunnen wij volgen. De voorzieningenrechter gaat echter een stap verder. Hij gaat ervan uit dat een intrekking *altijd* niet gerechtvaardigd is als een voorgenomen heraanbesteding niet is toegestaan.¹⁰ Daarmee sluit hij de mogelijkheid uit dat een aanbestedende dienst zijn intrekking voldoende heeft gemotiveerd al is een voorgenomen her-

aanbesteding niet toelaatbaar. In de praktijk komt het voor dat een aanbestedende dienst al wel de keuze heeft gemaakt een lopende aanbesteding in te trekken, maar nog niet precies voor ogen heeft of en hoe een nieuwe aanbesteding wordt vormgegeven. In dat geval zou een aanbestedende dienst bij intrekking naar onze mening ook kunnen volstaan – zoals de gemeente Utrecht aanvankelijk had gedaan – met de mededeling dat hij zich op een heraanbesteding nog beraadt. Een aanbestedende dienst moet ‘terug naar de tekentafel’ kunnen gaan. Zo nodig kan de rechter een aanbestedende dienst een voorgenomen heraanbesteding verbieden, maar de intrekking niet.

Aanvulling van de redenen tot intrekking

De gemeente Utrecht had overigens ter zitting nog aangevoerd dat de aanbesteding zo zeer was belast met vooringenomenheid, dat nooit tot gunning kon worden overgegaan. Er zou dus sprake zijn van bovengenoemde eerste grond (bij i.) voor ongewijzigde heraanbesteding. De voorzieningenrechter liet dit argument buiten beschouwing omdat het een nieuw argument was ten opzichte van de in de intrekkingbrief genoemde redenen voor intrekking.¹¹ Die intrekkingbrief vormt het exclusieve beoordelingskader. Het is (ons) niet duidelijk hoe de voorzieningenrechter tot die overweging is gekomen. Als zijn redenering is dat het nieuwe argument pas ter zitting is gemeld, zodat de goede procesorde gebiedt dat het terzijde moet worden geschoven, dan volgen wij de voorzieningenrechter.¹² Dat alleen de intrekkingbrief het beoordelingskader vormt, is dan het gevolg van het feit dat de gemeente geen nieuwe argumenten heeft opgevoerd in de periode ná die brief maar vóór het moment dat nieuwe argumenten strijd met de goede procesorde zouden opleveren. Op zijn laatst is dat moment tijdens de zitting maar in de regel zal het (verder) voor de zitting liggen.

We kunnen de terzijdelegging van het nieuwe argument van de gemeente ook anders beschouwen. De Utrechtse voorzieningenrechter kan ook hebben bedoeld dat een intrekkingbeslissing in geen geval op een later moment met nieuwe argumenten mag worden ondersteund. Hij zou dan de regel dat een *gunningsbeslissing* niet op een later moment met *relevante redenen* mag worden aangevuld, uit het arrest *Staat/KPN* van de Hoge Raad, toepassen op het besluit tot intrekking van de aanbesteding.¹³ Die (analoge) toepassing van *Staat/KPN* achten wij om twee redenen niet juist. Ten eerste geldt bij een

lees verder op pagina 8 >

gunningsbeslissing een opschortingstermijn (Alcateltermijn) van minimaal twintig dagen voor definitieve gunning die niet aan de orde is bij een intrekkingbeslissing. Die opschortingstermijn is nu juist met name de reden dat aanvulling van een gunningsbeslissing tot rechtsonzekerheid kan leiden. Daarvan is met name sprake als definitieve gunning al heeft plaatsgevonden ten tijde van de aanvullende motivering. De situatie kan dan ontstaan dat met die definitieve gunning (achteraf) een opschortende termijn niet in acht is genomen. Die termijn gaat immers jegens een bepaalde inschrijver pas lopen zodra hem alle relevante redenen voor de gunningsbeslissing zijn gegeven. Het gevolg is dat een inmiddels door de aanbestedende dienst gesloten overeenkomst kan worden vernietigd.¹⁴ Ten tweede heeft de Hoge Raad de (vergaande) regel uit Staat/KPN gebaseerd op nationale wetgeving. Ten aanzien van de gunningsbeslissing heeft de Nederlandse wetgever namelijk uitdrukkelijk gekozen voor een motiveringsplicht die verder gaat dan de Europese Rechtsbeschermingsrichtlijn voorschrijft.¹⁵ Die keuze is niet gemaakt voor de motivering van de intrekking van een aanbesteding. Wij zouden het daarom onjuist achten als de voorzieningenrechter van een dergelijke (zwaardere) motiveringsplicht wel zou zijn uitgegaan.

Conclusie

De voorzieningenrechter van de rechtbank Mid-

den-Nederland legt een strenge maatstaf aan voor intrekking. Als een voorgenomen heraanbesteding niet is toegestaan, is de intrekking van een lopende aanbesteding evenmin toegestaan. Bovendien lijkt de voorzieningenrechter te overwegen dat een intrekkingbeslissing niet op een later moment met nieuwe argumenten mag worden gemotiveerd. Op beide punten menen wij dat de onderhavige uitspraak te ver gaat. Niettemin doet een voorzichtige aanbestedende dienst er op basis van deze rechtspraak goed aan niet te snel tot intrekking van een aanbesteding over te gaan. De motivering van de intrekking verdient veel aandacht. In ieder geval is het aan te raden dat een aanbestedende dienst zich vóór intrekking reeds beraadt op (de wijze van) heraanbesteding.

mr. T van Wijk en mr. drs. F.J.J. Cornelissen
Dirkzwager advocaten & notarissen

Noten

1. Vzr. Rb. Midden-Nederland, 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280.
2. R.o. 2.16.
3. R.o. 4.2.
4. Vgl. Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7113, JAAN r.o. 4.5.
5. HvJEU 11 december 2014, C-440/13, JAAN 2015/28 m.nt. W.M. Ritsema van Eck.
6. R.o. 4.7. Vgl. HvJEG 16 september 1999, C-27/98, JAAN 2007/5033, r.o. 24 en 32.

7. Vzr. Rb. Oost-Brabant 14 april 2015, ECLI:NL:R-BOBR:2015:2162, r.o. 4.6. Volgende dat vonnis is de slotzin van r.o. 4.4. van de hier besproken uitspraak dus strikt genomen onjuist (althans onvolledig). Anders, Commissie van Aanbestedingsexperts advies 210, JAAN 2015/26, m.nt. G. 't Hart, randnr. 5.7.3.
8. R.o. 4.5. Zie ook Vzr. Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RDBHA:2015:4864, JAAN 2015/149, m.nt. mr. T. van Wijk, r.o. 4.7; Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RB-NNE:2013:BY8197, JAAN 2013/66, m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 4.4.
9. Zie o.a. Vzr. Rb. Noord-Nederland 7 september 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4075, JAAN 2016/236, r.o. 4.7; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7113, JAAN 2016/24 m.nt. mr. D.R. Versteeg, r.o. 4.5.
10. R.o. 4.10.
11. R.o. 4.8.
12. Vgl. Vzr. Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8025, JAAN 2016/263 m.nt. mr. ir. M.B. Klijn, r.o. 4.5.
13. HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, NJ 2013/154, m.nt. M.R. Mok.
14. Artikel 4.15 lid 1 aanhef en onder b Aanbestedingswet.
15. HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, NJ 2013/154, m.nt. M.R. Mok, r.o. 3.10. De HR verwijst naar de memorie van toelichting bij (artikel 6 van) de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (de voorloper van artikel 4.15 Aw); Kamerstukken II 2008/09, 32027, nr. 3, p. 6-8.