

BR 2022/59

## Initieel meervoudig onderhandse aanbesteding. Enkelvoudig onderhands gegund. Motivering intrekkingbeslissing. Aanvulling redenen tot intrekking. Gelijkheids- en transparantiebeginsel.

Rb. Rotterdam 19-04-2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3351, m.nt. T.A. Terlien

|                |   |
|----------------|---|
| Instantie      | Rechtbank Rotterdam   |
| Datum          | 19 april 2022   |
| Magistraten    | Mr. P. de Bruin   |
| Zaaknummer     | C/10/633138 / KG ZA 22-101  |
| Noot           | T.A. Terlien  |
| Folio weergave |   |
| JCDI           | JCDI:ADS655284:1  |
| Vakgebied(en)  | Civiel recht algemeen (V)   |
| Brondocumenten | ECLI:NL:RBROT:2022:3351, Uitspraak, Rechtbank Rotterdam, 19-04-2022 |
| Wetingang      | Art. 1.7, 1.11, 1.14, 1.15, 1.16, 2.132 Aanbestedingswet            |

### Essentie

*Initieel meervoudig onderhandse aanbesteding. Enkelvoudig onderhands gegund. Motivering intrekkingbeslissing. Aanvulling redenen tot intrekking. Gelijkheids- en transparantiebeginsel.*

### Samenvatting

*De BAR-organisatie heeft namens de gemeenten Barendrecht, Albrandswaard en Ridderkerk ('BAR c.s.') een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor de ontwikkeling en het leveren van een 'diagnose instrument participatie' georganiseerd. In totaal hebben twee inschrijvers tijdig een inschrijving ingediend. BAR c.s. kwam bij de beoordeling van de inschrijvingen tot de ontdekking dat een benodigde koppeling abusievelijk niet in de aanbestedingsstukken was opgenomen, in verband waarmee BAR c.s. de aanbestedingsprocedure heeft ingetrokken. BAR c.s. besluit vervolgens om de opdracht onderhands te gunnen aan een van de twee inschrijvers, mede gelet op de geraamde waarde, gewijzigde – nog niet eerder medegedeelde – technische wensen en een gewenste digitaliseringsslag. De betreffende partij zou de enige partij zijn die de koppeling beschikbaar heeft en in 2022 de implementatie gerealiseerd kan krijgen. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam komt tot het oordeel dat BAR c.s. door haar handelen en/of nalaten diverse beginselen van het aanbestedingsrecht heeft geschonden.*

### Partij(en)

Vonnis in kort geding van 19 april 2022 in de zaak van de besloten vennootschap met beperkte

aansprakelijkheid COMPETENSYS B.V.,

gevestigd te Hengelo,

kantoorhoudende te Enschede,

eiseres,

tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon op basis van de Wet gemeenschappelijke regeling, het openbaar lichaam BAR-ORGANISATIE,

zetelend te Ridderkerk,

2. de publiekrechtelijke rechtspersoon GEMEENTE BARENDRECHT,

zetelend te Barendrecht,

3. de publiekrechtelijke rechtspersoon GEMEENTE ALBRANDSWAARD,

zetelend te Rhoon,

4. de publiekrechtelijke rechtspersoon GEMEENTE RIDDERKERK,

zetelend te Ridderkerk,

gedaagden.

## **Uitspraak**

Partijen worden hierna CompetenSYS en (aangeduid in vrouwelijk enkelvoud) BAR c.s. genoemd. Gedaagden sub 2 tot en met 4 worden hierna samen aangeduid als de gemeenten.

(...)

## **2. De feiten**

### **2.1**

Gedaagde sub 1 is als aanbestedende dienst namens de gemeenten als opdrachtgevers op 28 september 2021 een meervoudig onderhandse aanbesteding gestart voor de ontwikkeling en het leveren van een 'diagnose instrument participatie'. De opdracht betreft het verkrijgen van een instrument ('Software as a Service' (SaaS-oplossing)) dat kan worden ingezet bij de dienstverlening door de gemeenten aan uitkeringsgerechtigden. Met dit instrument kan door middel van diagnoses de afstand tot de arbeidsmarkt van een uitkeringsgerechtigde worden bepaald en kan gericht een ontwikkeltraject worden ingezet. BAR c.s. heeft gekozen voor een meervoudig onderhandse procedure in verband met de initieel geraamde waarde van de opdracht tussen € 50.000 en de Europese drempelwaarde.

(...)

### **2.3**

Het gunningscriterium is de Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI) op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding is (weging van 30% -70%). In de Leidraad staats:

“ *Eisen ten aanzien van de opdracht.*”

Programma

(...)

**2.**

Het programma dient een werkende koppeling te hebben met Suite voor het Sociaal Domein (Centric) zodat dubbele registraties (uitkomsten van de diagnoses) niet nodig is en automatisch geregistreerd worden in ons klantvolgsysteem (Centric). (...)

**10.**

De uitkomst van de profiel diagnoses (2de diagnose) dient aan te sluiten bij de profielen van HalloWerk. (...)

Beheer van het systeem (...)

**21.**

De uitkomst van de profiel diagnoses dienen aan te sluiten bij de profielen van HalloWerk. (...)

(...)

**2.5**

CompetenSYS en MatchCare B.V. (hierna: MatchCare) zijn de enige twee inschrijvers op deze aanbesteding.

**2.6**

Op 16 november 2021 vond tussen vertegenwoordigers van BAR c.s. en CompetenSYS een verificatiegesprek plaats. Partijen verschillen van mening over wat er precies tijdens dat gesprek aan de orde is gekomen. Zij zijn het erover eens dat in elk geval naar voren kwam dat BAR c.s. een niet in de Leidraad opgenomen wens had ten aanzien van de snelbalie-module van Centric als element van de koppeling met Suite voor Sociaal Domein van Centric. Die wens heeft BAR c.s. op 1 december 2021 gepubliceerd via TenderNed.

**2.7**

Bij brief van 24 november 2021 heeft BAR c.s. aan CompetenSYS kenbaar gemaakt dat de aanbesteding werd ingetrokken. Over de beoordeling van de twee inschrijvingen en de reden voor de intrekking schrijft BAR c.s. het volgende:

"Op 8 november 2021 is de digitale klus van TenderNed geopend en waarbij twee (2) partijen een inschrijving hebben ingediend voor deze aanbesteding. De inschrijvingen zijn beoordeeld op juistheid en volledigheid.

Vervolgens zijn de inschrijvingen gecontroleerd aan de hand van de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen.

Ook hier voldeden beide inschrijvingen volledig aan dit onderdeel van de beoordeling.

Als laatste step in het beoordelingsproces zijn de inschrijvingen beoordeeld aan de hand van de sub-

gunningscriteria.

Gedurende de beoordeling van de sub-gunningscriteria heeft de BAR-organisatie een ommissie in de aanbestedingsstukken geconstateerd. Namelijk dat er een specifieke eis, een benodigde koppeling voor de snelbalie/e-dienstverlening, abusievelijk niet opgenomen was in de aanbestedingsstukken.

Omdat de BAR-organisatie een digitale aanvraag heeft via de snelbalie/e-dienstverlening van Centrik en input voor de poortdiagnose vanuit de digitale aanvraag dient te komen, is het noodzakelijk dat er direct bij aanvraag een werkende koppeling met de snelbalie van Centric dient te zijn.

Aanbestedende dienst vindt deze eis dusdanig belangrijk dat de BAR-organisatie genoodzaakt is de aanbesteding in te trekken, omdat zij met de gestelde eisen in de aanbesteding niet het diagnose instrument participatie krijgt wat zij wenst."

## 2.8

Tussen partijen is in de periode van 25 november 2021 tot en met 15 december 2021 uitvoerig gecorrespondeerd over de bezwaren van CompetenSYS tegen de (gronden van de) intrekking en/of de eis(en) die BAR c.s. in de visie van CompetenSYS in aanvulling op de aanbestedingsstukken stelde. Het bezwaar tegen de intrekking van CompetenSYS heeft niet geleid tot het instellen van een kort geding binnen de verlengde bezwaartermijn tot en met 14 december 2021.

## 2.9

In de brief van 25 januari 2022 van BAR c.s. aan de advocaat van CompetenSYS staat, voor zover relevant, het volgende vermeld:

"In reactie op uw brief van 15 december 2021 en in vervolg op mijn brief van 13 december 2021, bericht ik u als volgt. Na uw brief van 15 december 2021 intern besproken te hebben en na overleg met onze huisadvocaat, bericht ik u volledigheidshalve dat de aanbestedende dienst:

1. Bij haar besluit blijft om de meervoudig onderhandse aanbesteding 'Diagnose instrument participatie' ingetrokken te houden; en
2. zal overgaan tot onderhandse gunningen van deze opdracht aan MatchCare.

### *Intrekking aanbesteding*

De aanbestedende dienst heeft het recht om de aanbesteding in te trekken, gelet op het bepaalde in de aanbestedingsdocumenten, de jurisprudentie en de argumenten die eerder zijn gecommuniceerd met partijen.

Zie hiervoor ook met name de brief van 29 november 2021, waarin stond:

"De algemene koppeling die benoemd is in de ingetrokken aanbesteding betreft een koppeling vanuit het programma diagnose instrument naar suite, die de professional zal gaan gebruiken. De gewenste koppeling met de snelbalie/e-dienstverlening zorgt voor input, die de cliënt heeft gegeven, in het programma diagnose instrument.

Vanuit de snelbalie/e-dienstverlening dient de cliënt vragen te beantwoorden welke vervolgens in het programma terecht komen. Om te bewerkstelligen dat deze informatie in het programma van het diagnose instrument participatie terecht komt, is een koppeling met de snelbalie/e-dienstverlening benodigd. Daarnaast kan de algemene koppeling geen gegevens vanuit de snelbalie/e-dienstverlening koppelen aan een programma van het diagnose instrument participatie.

De reden dat aanbestedende dienst deze koppeling dusdanig essentieel vindt voor een werkend programma is dat de cliënt (burger) niet op twee plaatsen de antwoorden op de vragen hoeft in te vullen. Eventuele discrepanties tussen de gegevens antwoorden wordt middels de gewenste werkwijze voorkomen.

Aanbestedende dienst hanteert de deadline voor een operationeel systeem op 1 juni 2022 om de reden dat de werkwijze van aanbestedende dienst overgaat op e-dienstverlening.

### *Onderhandse gunning aan MatchCare*

In tegenstelling tot hetgeen u in uw brief van 15 december 2021 opmerkt, betekent het bovenstaande niet dat de opdracht aan CompetentSYS gegund moet worden of de opdracht (wezenlijk gewijzigd) opnieuw aanbesteed moet worden. Integendeel, de aanbestedende dienst heeft gekeken naar waar zij staat in de tijd, de geraamde opdrachtwaarde (ver onder de Europese drempelwaarde) en haar inhoudelijke wensen (de koppelingen met Centric en HalloWerk om de e-dienstverlening te kunnen realiseren zoals zij wenst). Hieruit volgt de mogelijkheid van een onderhandse gunning aan MatchCare, waartoe zij dan ook zal overgaan.

Mocht CompetentSYS hier bezwaren tegen hebben, dan meent aanbestedende dienst dat zij, gelet op de vele correspondentie en het bepaalde in de aanbestedingsdocumenten, niet tijdig en proactief bezwaren bij de rechter herkenbaar heeft gemaakt."

## **2.10**

Bij brief van 28 januari 2022 heeft de advocaat van CompetenSYS bezwaar gemaakt tegen de enkelvoudig onderhandse gunning aan MatchCare.

## **2.11**

In de brief van 15 maart 2022 van de advocaat van BAR c.s. aan de advocaat van CompetenSYS, in reactie op de door CompetenSYS in dit kort geding uitgebrachte dagvaarding, staat het volgende:

"Namens cliënte, de gemeenten Barendrecht, Albrandswaard en Ridderkerk en de BAR-organisatie (hierna gezamenlijk te noemen '*BAR-gemeenten*'), reageer ik hierbij op de dagvaarding die u namens CompetenSYS B.V. ('*CompetenSYS*') heeft uitgebracht. De dagvaarding bevat namelijk enkele feitelijke onjuistheden en aannames, waardoor de vorderingen van CompetenSYS naar de mening van BAR-gemeenten niet tot toewijzing kunnen leiden.

### *Feiten*

1. De BAR-gemeenten zijn op 28 september 2021 een meercoudige onderhandse aanbestedingsprocedure gestart voor de ontwikkeling en het leveren van de Diagnose instrument participatie. Bij deze aanbesteding zijn drie marktpartijen uitgenodigd (CompetenSYS, MatchCare en Dariuz). Het gunningscriterium was de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding (30/70).
  
2. Het doel van de aanbesteding was om een digitaliseringsslag te maken in de e-dienstverlening voor inwoners en gemeente. Ter toelichting:
  - Bij het aanvragen van een uitkering, dient de betreffende inwoner een e-aanvraag in te dienen waarbij vragen worden gesteld naar de achtergrond van de aanvraag. Hiermee wordt bepaald of de inwoner in aanmerking komt voor een uitkering.
  - Hierbij wordt via de koppeling diagnose tegelijkertijd ook vragen gesteld voor het vervolg: is het een inwoner die valt onder het segment sociale activering of de segmenten werk of re-integratie?
  - Bij de laatste twee segmenten wordt via een koppeling met HalloWerk de in de e-aanvraag ingevulde gegevens overgenomen, zodat sprake is van een HalloWerk-profiel in de arbeidsmarktregio. Door deze laatste koppeling hoeft de inwoner de

gegevens niet te controleren/te verwerken en is de kans op discrepanties het kleinst.

3. CompetenSYS en MatchCare B.V. ('MatchCare') hebben 8 november 2021 tijdig een inschrijving ingediend.
4. Bij de beoordeling van de prijs viel de beoordelingscommissie op dat er een zeer groot verschil was tussen beide inschrijvers: waar CompetenSYS voor het eerste jaar had ingeschreven met een prijs van EUR 9.250, had MatchCare ingeschreven met een bedrag van bijna zes keer zo hoog. Bij nader inzien plaatst BAR vraagtekens over de geldigheid van de inschrijving van MatchCare die het maximale budget zou kunnen overschrijden.
5. Via de berichtenmodule heeft de BAR-gemeenten aan CompetenSYS nadere vragen gesteld, omdat zij vermoedde dat de eisen uit de PvE niet op de manier werden geïnterpreteerd zoals de BAR-gemeenten bedoelden. CompetenSYS bevestigde dat zij aan de opdracht en de koppeling kon voldoen, een en ander binnen de opgegeven all-inclusief prijzen. Dit riep bij de BAR-gemeenten juist meer vragen op.
6. Op 16 november 2021 vond naar aanleiding van het grote prijsverschil met MatchCare en de schriftelijke correspondentie een gesprek plaats tussen de BAR-gemeenten en CompetenSYS. Hieruit bleek dat CompetenSYS geen e-dienstverlening koppeling met Centric hebben en ook geen samenwerking met HalloWerk, CompetenSYS beschikte dus niet over de benodigde koppelingen met:
  - (i) De snelbalie/e-dienstverlening van Centric; en
  - (ii) De benodigde koppeling met HalloWerk (eis 21).
7. Over de eerste koppeling kwam de beoordelingscommissie bij de beoordeling erachter dat dit aspect per abuis niet expliciet was opgenomen in de Aanbestedingsleidraad. De koppeling met HalloWerk was wel expliciet opgenomen in de Aanbestedingsleidraad, maar bleek CompetenSYS niet voor 1 juni 2022 tot stand te kunnen brengen.

#### *Intrekking aanbestedingsprocedure rechtmatig*

8. Het bovenstaande maakte dat de BAR-gemeenten geen andere keuze hadden dan de aanbesteding in te trekken: de uitvraag beschrijft niet op uitputtende wijze de specificaties die de BAR-gemeenten vereisten en nodig waren voor de gewenste e-oplossing die niet geïmplementeerd kunnen worden
9. Een wijziging van de aanbesteding, met toevoeging van de snelbalie/e-dienstverleningkoppeling als extra eis of met wijziging van de termijnen in het voordeel van CompetenSYS, zou kwalificeren als een niet-toegestane wezenlijke wijziging.
10. Hierbij gold voorts dat de inschrijving van CompetenSYS niet voldeed – niet aan de expliciet voorgeschreven koppeling met HalloWerk, maar ook niet aan de per abuis niet expliciet opgenomen benodigde koppeling met de snelbalie/e-dienstverlening.
11. Met andere woorden, zowel procedureel als inhoudelijk waren er gegronde redenen om de aanbesteding in te trekken.



## Opdrachtverlening aan MatchCare

12. De vervolgvraag is uiteraard wat er hierna dient te gebeuren.
  13. Gelet op de procedurele fouten konden de BAR-gemeenten kiezen voor een herstel om vervolgens dezelfde opdracht aan te besteden.
- 1  
4.
- De BAR-gemeenten hebben de aanbesteding echter geëvalueerd en concluderen dat een heraanbesteding zinledig zou zijn: de twee koppelingen zouden expliciet uitgevraagd kunnen worden met onderbouwing dat deze binnen de gestelde termijnen konden worden gerealiseerd. Hierdoor zou CompetenSYS zeker buiten de boot vallen en niet mee kunnen doen. Gelet op het belang van de koppelingen, was dit niet een aspect waar de BAR-gemeenten concessies zouden kunnen doen. Eenvoudigweg omdat dan een SaaS-oplossing zou worden aangekocht waar de BAR-gemeenten niet door de gewenste digitaliseringslag mee zouden kunnen maken.
- 1  
5.
- De opdracht is daaro herzien en na wezenlijke wijziging onderhands gegund aan MatchCare. De redenen hiertoe zijn als volgt:
- MatchCare is de enige partij die de gewenste koppelingen beschikbaar heeft, omdat deze ontwikkeling (e-dienstverlening en HalloWerk) vrij nieuw is en Centrik bij navraag (na de inschrijving van MatchCare en CompetenSYS) aangaf dat zij dit met MatchCare opgezet heeft.
  - Verder is MatchCare de enige partij die de implementatie in 2022 gerealiseerd kan krijgen. Voor CompetenSUS stat vast dat dergelijke koppelingen niet gereed zullen zijn in 2022 en of 2023 een mogelijkheid is, althans wanneer in 2023 is ook nog onzeker.
- Vervolgens dient de implemtatie nog plaats te vinden.
- De digitaliseringslag leidt tot een wijziging van werkwijze voor de BAR-gemeenten, maar ook en met name voor de inwoners en werkgevers binnen de BAR-gemeenten. Dit betekent dat de BAR-gemeenten eerst een pilot wensen te doorlopen en de overeenkomst met MatchCare als zodanig hebben ingestoken. Pas ná de pilot zal een opdracht voor meerdere jaren worden aanbesteed, waarschijnlijk Europees openbaar.
  - De opdrachtwaarde is hierdoor een stuk lager, waardoor zowel op grond van de Gids Proportionaliteit als het eigen inkoopbeleid de BAR-gemeenten kozen voor een onderhandse gunning aan MatchCare. De geraamde opdrachtwaarde van EUR 1000.000 – EUR 125.000 als aangevoerd door CompetenSYS in de dagvaarding randnr. 95 is dan ook inmiddels achterhaald.

## Conclusie en vervolg

- 1  
6.
- De feiten zoals die door CompetenSYS zijn geschetst in de dagvaarding, zijn volgens de BAR-gemeenten dan ook onjuist, althans onvolledig. De uitleg die wordt gegeven aan de laatste stand van zaken en het onderhands gunnen aan MatchCare is rechtmatig geschied.

- 1 Tegelijkertijd betreuren de BAR-gemeenten dat CompetenSYS tijd en moeite heeft gestoken in
7. de BAR-aanbesteding, welke vervolgens is ingetrokken. In dat kader zijn de BAR-gemeenten bereid om een tegemoetkoming te betalen voor de gemaakte inschrijfkosten. Dit dient dan uiteraard wel te zijn op voorwaarde dat het kort geding van dinsdag 22 maart 2022 wordt ingetrokken.

Gelet op het bovenstaande verneem ik graag uiterlijk woensdag aanstaande om 12.00 uur of CompetenSYS bereid is dit aanbod aan te nemen. Zo niet, dan zal ik namens de BAR-gemeenten de producties gereed maken en de pleitnota nader voorbereiden."

## 2.12

Inmiddels hebben BAR c.s. en MatchCare een opdrachtovereenkomst gesloten. MatchCare beschikt over de snelbalie-module.

## 3. Het geschil

### 3.1

CompetenSYS vordert om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

primair

1. BAR c.s. te gebieden het gunningsvoornemen aan MatchCare van 25 januari 2022 in te trekken;
2. BAR c.s. te verbieden een overeenkomst te sluiten met MatchCare;
3. indien reeds een overeenkomst is gesloten met MatchCare, BAR c.s. te gebieden om de overeenkomst met MatchCare binnen twee werkdagen na de datum van het vonnis te beëindigen en/of BAR c.s. te verbieden om verdere uitvoering te geven aan deze overeenkomst;
4. BAR c.s. te gebieden de beslissing tot intrekking van de meervoudig onderhandse aanbesteding in te trekken;
5. BAR c.s. te gebieden de opdracht voorlopig te gunnen aan CompetenSYS, althans te verbieden om de opdracht voorlopig te gunnen aan een andere partij dan CompetenSYS;

subsidiar

6. BAR c.s. te gebieden het gunningsvoornemen aan MatchCare van 25 januari 2022 in te trekken;
7. BAR c.s. te verbieden een overeenkomst te sluiten met MatchCare;
8. indien reeds een overeenkomst is gesloten met MatchCare, BAR c.s. te gebieden om de overeenkomst met MatchCare binnen twee werkdagen na de datum van het vonnis te beëindigen en/of BAR c.s. te verbieden om verdere uitvoering te geven aan deze overeenkomst;
9. BAR c.s. te gebieden om, voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen, met inachtneming van het vonnis minimaal een meervoudig onderhandse aanbesteding te organiseren en hiervoor CompetenSYS uit te nodigen en BAR c.s. te verbieden om in deze aanbesteding eisen/voorwaarden/specificaties te hanteren die de mededinging kunstmatig beperken, althans



eisen/voorwaarden/specificaties te hanteren waaraan MatchCare als enige partij kan voldoen;

meer subsidiair

1 zodanige maatregelen te treffen, die de voorzieningenrechter op zijn plaats acht;

0. primair, subsidiair en meer subsidiair

1 alles op straffe van verbeurte van een dwangsom ten laste van BAR c.s. en ten gunste van

1. CompetenSYS van € 100.000 ineens, indien BAR c.s. niet aan het vonnis voldoet, althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen dwangsom; en

1 BAR c.s. hoofdelijk te veroordelen in de proces- en nakosten van dit kort geding, waarbij betaling dient

2. te geschieden binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis, bij gebreke waarvan BAR c.s. de wettelijke rente op de voet van artikel 6:119 BW verschuldigd is over de proces- en nakosten tot aan de dag van volledige betaling.

(...)

## 4. De beoordeling

### 4.1

De voorzieningenrechter begrijpt het verweer van BAR c.s. aldus dat zij meent dat CompetenSYS niet kan worden ontvangen in haar vorderingen, omdat de (verlengde) bezwaartermijn waarbinnen zij een kort geding aanhangig had moeten maken (eindigend op 14 december 2021) ruimschoots was verstreken bij het uitbrengen van de dagvaarding op 9 februari 2022. Dat verweer slaagt niet. Daartoe is het volgende van belang.

### 4.2

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 (*Croce Amica*)). Gelet hierop heeft CompetenSYS gemeend dat zij weinig kansrijk was om binnen de gegeven termijn in kort geding geslaagd te protesteren tegen de intrekking. Dit heeft zij dan ook nagelaten.

Relevant is dat op het moment van het verstrijken van de bezwaartermijn het vervolgtraject nog niet duidelijk was. Dit veranderde met de ontvangst van de brief van 25 januari 2022, waarin BAR c.s. bekend maakte dat de opdracht enkelvoudig onderhands zou worden gegund aan de enige andere inschrijver op de aanbesteding, MatchCare. Dit heeft de situatie ingrijpend gewijzigd. Dat werd versterkt doordat BAR c.s. over de gang van zaken omtrent de intrekking en de onderhandse gunning buitengewoon vaag was en in feite nog steeds is. In de aanloop naar dit kort geding en zelfs tijdens de mondelinge behandeling bracht BAR c.s. nog nieuwe standpunten naar voren die in plaats van verheldering alleen maar meer onduidelijkheden hebben gebracht. Het gelijkheidsbeginsel en de precontractuele goede trouw brengen mee dat een aanbestedende dienst inschrijvers een redelijke gelegenheid tot een effectieve rechtsbescherming moet bieden. Zonder de mogelijkheid voor CompetenSYS om in de geschetste situatie (de weg naar) de gunning aan MatchCare te laten toetsen door de rechter, zijn de aanbestedingsrechtelijke beginselen waaraan BAR c.s. zich dient te houden, illusoir. BAR c.s. kan daarom in redelijkheid niet aan CompetenSYS tegenwerpen dat de dagvaarding van 9 februari 2022 te laat is uitgebracht. CompetenSYS heeft in de gegeven situatie voldoende proactief

gehandeld en haar rechten niet verwerkt.

### 4.3

Ingevolge artikel 1.14 Aw gelden de bepalingen in deze afdeling voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven waarop de artikelen 1.7 en 1.11 niet van toepassing zijn en die, voordat zij een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel sluiten tot het verrichten van werken, leveringen of diensten, met betrekking tot die overeenkomst twee of meer ondernemers uitnodigen om een inschrijving in te dienen.

### 4.4

Initieel was sprake van een meervoudig onderhandse aanbesteding. Gelet op het bepaalde in artikel 1.14 Aw zijn op een dergelijke aanbesteding de artikelen 1.15 en 1.16 Aw van toepassing. Artikel 1.15 Aw schrijft voor dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke en transparante wijze behandelt. Ingevolge artikel 1.16 Aw stelt een aanbestedende dienst bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht (proportionaliteit). BAR c.s. is als aanbestedende dienst verder onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen. In dat kader dient zij ook het zorgvuldigheidsbeginsel jegens de inschrijvers in acht te nemen.

### 4.5

In deze aanbesteding valt de voorzieningenrechter het volgende op:

#### 4.5.1

Met betrekking tot de intrekking:

- Bij brief van 24 november 2021 heeft BAR c.s. de aanbesteding ingetrokken. BAR c.s. stelt in die brief voorop dat CompetenSYS aan de eisen uit de aanbesteding voldeed. Zij beschikte alleen niet over de abusievelijk niet in de aanbestedingsstukken opgenomen eis voor een koppeling voor de snelbalie/e-dienstverlening van Centric.
- Aan de intrekking heeft BAR c.s. in de brief van 24 november 2021 één reden ten grondslag gelegd. Die reden luidt, samengevat, dat een specifieke eis – een benodigde koppeling voor de snelbalie/e-dienstverlening – abusievelijk niet was opgenomen in de aanbestedingsstukken. Omdat BAR c.s. door het ontbreken daarvan niet krijgt wat zij wenst, is de aanbesteding ingetrokken. In dit verband is relevant dat CompetenSYS bereid is om de snelbalie-module (in samenwerking met Centric) te realiseren.
- In de intrekkingbrief wordt niet gesproken over de voor het eerst in de brief van 30 november 2021 door BAR c.s. expliciet naar voren gebrachte gewenste koppeling van het softwareprogramma naar het dashboard van HalloWerk in combinatie met de samenwerking van HalloWerk in de totstandkoming van de profielen (algoritme). Dit is een technische specificatie die een aanvulling op eisen 10 en 21 in de Leidraad vormt. Aan de voorgeschreven koppeling zou CompetenSYS, blijkens de brief van 15 maart 2022 van de advocaat van BAR c.s., niet voldoen wat mede reden was voor de intrekking. In de intrekkingbrief is die reden evenwel niet vermeld. BAR c.s. noemt het (alleen bij MatchCare) aanwezig zijn van deze

koppeling thans als één van de argumenten om de opdracht één-op-één te gunnen aan MatchCare. In het licht van de mededeling van CompetenSYS dat zij in staat is om met medewerking van derden de gevraagde koppeling met HalloWerk tijdig te realiseren is opvallend te noemen dat BAR c.s. CompetenSYS terzijde schuift. Dit geldt temeer nu in de Leidraad staat dat de koppeling met de arbeidsprofielen van HalloWerk pas in een later stadium tot stand behoeven te worden gebracht.

- Pas na de intrekking heeft BAR c.s. expliciet naar voren gebracht dat het doel van de aanbesteding was om een digitaliseringsslag te maken, zonder dat op dat moment (in de brief van de advocaat van BAR c.s. van 15 maart 2022) te concretiseren. Pas tijdens de mondelinge behandeling heeft BAR c.s. in dat kader stellingen ingenomen over (gewenste) vermindering van fte's en minder (controle)handelingen in de zin van slechts een in plaats van twee in te vullen en te controleren vragenlijsten. Volgens BAR c.s. maakte CompetenSYS met haar systeem die digitaliseringsslag niet, wat, aldus BAR c.s. na het moment van intrekking, ook reden is geweest voor de (eerdere) intrekking. Het lag op de weg van BAR c.s. dit in de intrekkingbrief aan CompetenSYS te melden. Daarnaast zou ook een onderbouwde toelichting op welke wijze het CompetenSYS-systeem (in algemene zin en in het licht van het voorgaande) niet voldeed op zijn plaats zijn geweest. Dat is nu niet het geval en de voorzieningenrechter kan daardoor niet vaststellen of/dat de verschillen (al dan niet in het licht van de blijkbaar bestaande (aanvullende) wensen tussen de twee inschrijvers wezenlijk zijn. In dit verband wordt ten slotte overwogen dat de stelling over minder (controle)handelingen in het licht van de omschrijving van de opdracht op bladzijde 6 van de Leidraad, opmerkelijk te noemen is. Daar staat immers dat BAR c.s. de wens heeft om over een softwareprogramma te beschikken dat de mogelijkheid biedt om een tweetal diagnosemogelijkheden te verstrekken: de poortdiagnose en de profiel diagnose. Dat duidt op twee stappen en controle momenten, die, zo volgt uit de mondelinge behandeling, ook niet voor iedere aanvrager nodig zijn. Bovendien heeft BAR c.s., ook in het licht van de stelling van CompetenSYS dat haar systeem meteen de tweede vragenlijst genereert (indien aan de orde), niet duidelijk kunnen maken in hoeverre er nou sprake is van wezenlijke verschillen tussen CompetenSYS en MatchCare, bijvoorbeeld op het punt van aantallen door de burger te beantwoorden vragen.

#### 4.5.2

Met betrekking tot de enkelvoudig onderhandse gunning aan MatchCare:

- In de brief van 25 januari 2022 aan CompetenSYS schrijft BAR c.s. dat zij de opdracht enkelvoudig onderhands wenst te gunnen aan MatchCare. Daarvoor was redengevend, zo blijkt uit die brief, 1) waar BAR c.s. staat in de tijd, 2) de geraamde opdrachtwaarde (die ver onder de Europese drempelwaarde ligt) en 3) haar inhoudelijke wensen (de koppelingen met Centric en HalloWerk om de e-dienstverlening te kunnen realiseren zoals zij wenst). BAR c.s. schrijft in die brief op enig punt achter het woord opdracht "(wezenlijk gewijzigd)".
- De voorzieningenrechter is van oordeel dat dit geen heldere en voldoende objectieve rechtvaardiging is voor de keuze voor deze procedure en deze ondernemer. BAR c.s. licht een en ander namelijk niet duidelijk toe. Dat begint al bij de vermelding wezenlijk gewijzigd tussen haakjes. Wat er nou precies wezenlijk is gewijzigd staat niet in de brief en blijft, afgezien van de drie genoemde redenen die bepaald niet uitblinken in helderheid, ook nadien vaag. Dat geldt des te meer nadat BAR c.s. op de zitting stelde dat "*helemaal is afgeweken van de oorspronkelijk opdracht*", zonder daarvoor in details te (willen) treden.
- BAR c.s. heeft verder ook niet uitgewerkt, noch CompetenSYS op dit punt vooraf bericht, waarom heraanbesteding van de opdracht of een nieuwe aanbesteding van een wezenlijk

gewijzigde opdracht zinledig was, zoals zij stelt. De redenen die BAR c.s. in de brief van 15 maart 2022 en ter zitting in randnummer 25 van de pleitnotitie noemt ten aanzien van de gestelde feitelijke herziening van de opdracht na wezenlijke wijziging wijken weer af van de toelichting in de brief van 25 januari 2022. De in beide stukken genoemde pilot komt in de brief van 25 januari 2022 ook al niet voor en over de looptijd daarvan wordt geen transparantie betracht. Opvallend is voorts dat BAR c.s., zo blijkt uit haar productie 6, in december 2021 intern al toestemming van de algemeen directeur van de BAR-organisatie voor het in afwijking van het vastgestelde inkoopbeleid enkelvoudig onderhands gunnen aan MatchCare heeft verzocht. Opvallend, omdat zij pas bij brief van 25 januari 2022 aan CompetenSYS concreet bekend maakte dat de opdracht enkelvoudig onderhands gegund zou worden aan MatchCare.

- Op zijn minst is met dit alles het besluitvormingstraject BAR c.s., waarin zij tevens is afgeweken van de oorspronkelijke aanbesteding(seisen), niet transparant te noemen.

### 4.5.3

Met betrekking tot de geraamde waarde van de opdracht

De overgelegde processtukken en de door BAR c.s. ter zitting gegeven toelichting roepen op het punt van de geraamde waarde van de thans onderhands gegunde opdracht veel vragen op. BAR c.s. neemt daarover sinds de intrekking verschillende elkaar tegensprekende standpunten in. Die standpunten zijn relevant voor het al dan niet meervoudig onderhands moeten aanbesteden. Het begint bij de in december 2021 gevraagde toestemming voor onderhandse gunning. Toen had de opdracht een waarde van meer dan € 50.000. In maart 2022 schrijft de advocaat van BAR c.s. over een zes keer zo hoge inschrijfprijs van MatchCare. CompetenSYS stelt daarover onbetwist dat die dan op meer dan € 50.000 moet uitkomen. Het laatste standpunt van BAR c.s. ter zitting is dat de geraamde waarde van de opdracht van (veel) minder is dan de drempelwaarde van € 50.000. Volgens BAR c.s. zijn de eerder geraamde opdrachtwaarden achterhaald, maar openheid over (de totstandkoming van) de laatst geraamde waarde geeft BAR c.s. niet. In elk geval valt die stelling niet te rijmen met de hiervoor al aangehaalde mededelingen over de waarde. Dit alles roept in ieder de vraag op of wel enkelvoudig onderhands gegund had mogen worden en over de aanwezigheid van gegronde redenen daarvoor.

### 4.5.4

Met betrekking tot de pilot

Pas in de brief van 15 maart 2022 van de advocaat van BAR c.s. schrijft zij dat de opdrachtovereenkomst met MatchCare, met het oog op de digitaliseringsslag, een pilot van twee jaar betreft na afloop waarvan de opdracht voor meerdere jaren wordt aanbesteed. Veel meer dan dat zegt BAR c.s. daarover niet, wat de transparantie bepaald niet baat. Op het eerste gezicht lijkt bovendien een pilot van een opdracht die (vrijwel) gelijk is aan de oorspronkelijk meervoudig onderhands aanbesteede opdracht met een maximale duur van vier jaar rijkelijk lang. Behalve dat voorstelbaar is dat BAR c.s. wil beoordelen op welke wijze het betrokken systeem in de praktijk werkt, is verder geen inzicht in het hoe en waarom van deze pilotstructuur van BAR c.s. verkregen.

### 4.6

De voorgaande gang van zaken leidt tot het oordeel dat BAR c.s. door haar handelen en/of nalaten diverse beginselen van het aanbestedingsrecht heeft geschonden.

#### 4.7

Op grond van vaste rechtspraak had BAR c.s. de verplichting om alle redenen voor het besluit tot intrekking van een aanbesteding aan de gegadigden en inschrijvers mee te delen. BAR c.s. heeft slechts één reden medegedeeld in de intrekkingbrief en nadien daaraan steeds meer redenen toegevoegd. Het gaat niet aan om als aanbestedende dienst achteraf de redenen voor een intrekking aan te vullen. Mede daardoor heeft BAR c.s. de kwestie steeds onduidelijker gemaakt en controle daarop vrijwel onmogelijk. BAR c.s. heeft daarmee niet aan haar zorgplicht voldaan om in de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten waarop de regels van het Unierecht van toepassing zijn een minimaal transparantieniveau te waarborgen en bijgevolg ook de naleving van het beginsel van gelijke behandeling, dat de basis voor die regels vormt. BAR c.s. heeft daarmee jegens CompetenSYS onrechtmatig gehandeld.

Dat CompetenSYS de aanbestedingsstukken onjuist leest, zoals BAR c.s. stelt, waarmee BAR c.s. feitelijk de ontstane problematiek en haar verantwoordelijkheden als aanbestedende dienst probeert af te schuiven op CompetenSYS, acht de voorzieningenrechter gelet op het hiervoor overwogene niet het geval.

#### 4.8

In beginsel geldt dat gunning op basis van de ingetrokken aanbesteding uitgesloten is. BAR c.s. is ook niet overgegaan tot een meervoudig onderhandse heraanbesteding. In plaats daarvan heeft zij de opdracht enkelvoudig onderhands gegund aan de andere inschrijver, MatchCare, omdat deze volgens BAR c.s. met haar diagnose-instrument voldoet aan de inhoudelijke (steeds verder aangepaste) aanbestedingswensen. De stukken en de mondelinge behandeling vormen aanwijzingen voor de stelling van CompetenSYS dat BAR c.s. die wensen heeft afgestemd op de kwaliteiten van MatchCare en dat zij CompetenSYS onvoldoende kans heeft gegeven om aan te tonen dat zij in staat is de HalloWerk-koppeling en de snelbalie-module (met medewerking van externen) tijdig te realiseren. Dat leidt tot het oordeel dat (ook) het verificatieproces door BAR c.s. niet zorgvuldig (genoeg) heeft plaatsgevonden. Nu BAR c.s. in de intrekkingbrief zelf ook van mening was dat niet alleen MatchCare, maar ook CompetenSYS voldeed aan de aanbestedingseisen, raakt dit aan het risico van ongeoorloofde manipulatie, favoritisme en een kunstmatige beperking van de mededinging.

#### 4.9

Duidelijk is inmiddels dat wat BAR c.s. nu stelt over wat zij met de aanbesteding wilde bereiken feitelijk niet matcht met de aanbestedingsstukken. Feit is dat zij al een overeenkomst heeft gesloten met MatchCare. Gesteld noch gebleken is dat die, met die niet in dit kort geding betrokken partij, gesloten overeenkomst zonder meer aantastbaar is.

In de gegeven situatie moeten dan in ieder geval de primaire vorderingen sub 1, 2, 3 (eerste onderdeel), 4 en 5 van CompetenSYS worden afgewezen. Van een gunningsvoornemen is geen sprake meer, de overeenkomst is al gesloten en intrekking van de intrekking is niet aangewezen omdat de eisen in de ingetrokken aanbesteding blijkbaar niet of niet meer overeenkomen met de wensen van BAR c.s. Van een voorlopige gunning aan CompetenSYS kan om dezelfde reden dan geen sprake zijn. Anders geformuleerd is het met de toewijzing van die vorderingen te bereiken effect een gepasseerd station. Wel is het in de gegeven omstandigheden aangewezen om BAR c.s. te verbieden verdere uitvoering te geven aan de overeenkomst met MatchCare. Het is vervolgens aan BAR c.s. om, met inachtneming van dit vonnis, te bezien hoe zij dan verder gaat.

#### 4.10

Het voorgaande leidt er dan toe dat het tweede onderdeel van de primaire vordering onder 3.1 sub 3 wordt

toegewezen. De gevorderde dwangsom wordt beperkt.

De voorzieningenrechter is zich ervan bewust dat van overheidsorganen verwacht wordt dat zij rechterlijke uitspraken naleven en dat daarom veelal geen dwangsom wordt opgelegd. De handelwijze van BAR c.s. in deze aanbesteding – in het gehele traject tot en met de mondelinge behandeling – is echter aanleiding om wel een dwangsom op te leggen. Aan de beoordeling van het (meer) subsidiair gevorderde komt de voorzieningenrechter niet toe.

(...)

## 5. De beslissing

De voorzieningenrechter

### 5.1

verbiedt BAR c.s. om onmiddellijk na betekening van dit vonnis verder uitvoering te geven aan de overeenkomst die zij met MatchCare heeft gesloten in het kader van de opdracht voor de ontwikkeling en het leveren van een 'Diagnose instrument participatie',

### 5.2

veroordeelt BAR c.s. om aan CompetenSYS een eenmalige dwangsom te betalen van € 50.000 indien zij niet aan de in 5.1 uitgesproken hoofdveroordeling voldoet,

### 5.3

veroordeelt BAR c.s. hoofdelijk in de proceskosten, aan de zijde van CompetenSYS tot op heden begroot op € 1.795,33, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de veertiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

### 5.4

veroordeelt BAR c.s. hoofdelijk in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 163 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat BAR c.s. niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 85 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

### 5.5

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,



## 5.6

wijst het meer of anders gevorderde af.

### Noot

**Auteur:** T.A. Terlien<sup>[1.]</sup>

### Noot

#### 1.

In deze uitspraak komt aan de orde of de aanbestedende dienst in de gegeven omstandigheden zijn bevoegdheid tot intrekking van een (meervoudig onderhandse) aanbestedingsprocedure in de gegeven omstandigheden juist heeft uitgeoefend. De voorzieningenrechter oordeelde van niet. Hoe zat het ook alweer met (de bevoegdheid tot) het intrekken van een aanbestedingsprocedure?

#### 2.

Naar Nederlands recht geldt als uitgangspunt het beginsel van contractsvrijheid op basis waarvan partijen de vrijheid hebben contracten naar eigen keuze in te richten. In dat licht staat dan ook voorop dat een aanbestedende dienst geen rechtsplicht heeft tot het sluiten van een overeenkomst. Het staat een aanbestedende dienst in beginsel vrij in ieder stadium van de aanbestedingsprocedure te besluiten van opdrachtverlening af te zien.<sup>[2]</sup>

#### 3.

Dit volgt ook uit Europese jurisprudentie. Zo oordeelde het HvJ EU<sup>[3]</sup> dat een aanbestedende dienst niet slechts in uitzonderlijke gevallen van het plaatsen van een overheidsopdracht kan afzien of het besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen moet berusten. Anders gezegd: aanbestedende diensten hebben de mogelijkheid om een aanbestedingsprocedure in te trekken, zonder dat daarvoor bijzondere omstandigheden vereist zijn.<sup>[4]</sup> Een aanbestedende dienst kan een aanbestedingsprocedure onder meer intrekken als blijkt dat de aanbestedingsstukken ondeugdelijk zijn en niet kunnen leiden tot de keuze van de economisch meest voordelig inschrijving<sup>[5]</sup> of (bijvoorbeeld) omdat de economische context, de feitelijke omstandigheden dan wel de behoeften van de aanbestedende dienst zijn gewijzigd. Aan een intrekkingbesluit kan ook ten grondslag liggen dat het concurrentieniveau laag was. Dit is het geval als aan het einde van de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht slechts nog één inschrijver geschikt blijkt om deze uit te voeren.<sup>[6]</sup> In dat geval is de aanbestedende dienst niet gehouden een opgestarte aanbestedingsprocedure te voltooien en de betrokken opdracht te gunnen, ook niet aan de enige inschrijver die nog in de running is.<sup>[7]</sup>

#### 4.

De contractsvrijheid van een aanbestedende dienst wordt begrensd doordat een aanbestedende dienst bij het intrekken van een aanbestedingsprocedure: i. gehouden is om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht te respecteren en ii. gebonden is aan de (precontractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid.<sup>[8]</sup> Dit betekent dat een aanbestedende dienst die besluit tot intrekking van een aanbesteding dit besluit moet kunnen motiveren en de redenen voor zijn besluit aan inschrijvers bekend moet maken. Deze motiveringsplicht is ingegeven door de zorg om in een

aanbestedingsprocedure een minimaal transparantieniveau en de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen.<sup>[9]</sup> De redenen op basis waarvan een aanbestedende dienst besluit niet te gunnen moeten op grond van de Aanbestedingswet 2012 in het proces-verbaal van aanbesteding worden vermeld (art. 2.132 sub n Aanbestedingswet).

## 5.

De overweging van de Rotterdamse voorzieningenrechter, dat een aanbestedende dienst op grond van vaste rechtspraak een aanbestedingsprocedure mag intrekken, zonder dat daarvoor bijzondere omstandigheden zijn vereist, is in lijn met Europese en nationale jurisprudentie. Dit geldt echter niet voor wat betreft de overweging op basis waarvan de voorzieningenrechter vervolgens tot de conclusie komt dat BAR c.s. de aanbestedingsprocedure niet op de toegepaste wijze had mogen intrekken:

“ Op grond van vaste rechtspraak had BAR c.s. de verplichting om alle redenen voor het besluit tot intrekking van een aanbesteding aan de gegadigden en inschrijvers mee te delen. BAR c.s. heeft slechts één reden medegedeeld in de intrekkingbrief en nadien daaraan steeds meer redenen toegevoegd. Het gaat niet aan om als aanbestedende dienst achteraf de redenen voor een intrekking aan te vullen. Mede daardoor heeft BAR c.s. de kwestie steeds onduidelijker gemaakt en controle daarop vrijwel onmogelijk. BAR c.s. heeft daarmee niet aan haar zorgplicht voldaan om in de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten waarop de regels van het Unierecht van toepassing zijn een minimaal transparantieniveau te waarborgen en bijgevolg ook de naleving van het beginsel van gelijke behandeling, dat de basis voor die regels vormt. BAR c.s. heeft daarmee jegens CompetenSYS onrechtmatig gehandeld.”

## 6.

Naar het oordeel van de Rotterdamse voorzieningenrechter zou BAR c.s. door haar handelen en/of nalaten diverse beginselen van het aanbestedingsrecht hebben geschonden. Deze overweging is opmerkelijk omdat het hier gaat om een intrekkingbeslissing en niet om een gunningsbeslissing. Voor de motivering van gunningsbeslissingen heeft de Nederlandse wetgever er – evenals voorheen in de Wira – expliciet voor gekozen dat slechts een samenvattende beschrijving van de relevante redenen onvoldoende is. In plaats daarvan moeten alle relevante redenen in de mededeling van de gunningsbeslissing worden opgenomen.<sup>[10]</sup> Dit volgt ook uit het KPN-arrest van 7 december 2012, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een aanbestedende dienst de relevante redenen voor de gunningsbeslissing, behoudens bijzondere redenen of omstandigheden, niet later mag aanvullen; een nadere toelichting van reeds aangevoerde gronden is wel toegestaan.<sup>[11]</sup> Hoewel er veel valt te zeggen voor analoge toepassing van het KPN-arrest voor intrekkingbeslissingen, geldt op basis van vaste rechtspraak geen gelijke motiveringsplicht voor intrekkingbeslissingen. Uit nationale jurisprudentie volgt ook dat de regel uit het KPN-arrest van de Hoge Raad, dat een gunningsbeslissing niet op een later moment met relevante redenen mag worden aangevuld, niet analoog van toepassing is op een intrekkingbeslissing.<sup>[12]</sup>

## 7.

De voorzieningenrechter past bedoelde regel uit het *KPN*-arrest dan ook ten onrechte naar analogie toe op het intrekkingbesluit. Een motiveringsplicht, gelijk aan de motiveringsplicht die geldt voor gunningsbeslissingen, geldt voor intrekkingbeslissingen niet. Dit betekent dat een aanbestedende dienst – indien noodzakelijk – de gronden voor intrekking dus in een latere fase nog mag aanvullen, zonder dat daarmee per definitie sprake is van onrechtmatig handelen.

- Vgl: de procedure bij de Rechtbank Haarlem, waarbij de aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure introk, maar de voorzieningenrechter oordeelde dat deze beslissing onvoldoende gemotiveerd was.<sup>[13]</sup> De aanbestedende dienst bleef na het vonnis van de

voorzieningenrechter onverkort bij het besluit de opdracht niet te gunnen, maar op grond van een nieuwe reden, welk besluit door de voorzieningenrechter wel gegrond werd bevonden.<sup>[14]</sup>

## 8.

De voorzieningenrechter had op grond van Europese jurisprudentie in beginsel uitsluitend moeten toetsen of BAR c.s. bij het intrekkingbesluit de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht heeft genomen, teneinde een minimaal transparantieniveau te waarborgen.<sup>[15]</sup> Onder omstandigheden kan – op grond van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of de (precontractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid – van de aanbestedende dienst een verdergaande motiveringsplicht worden verlangd. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de situatie waarin de aanbestedende dienst pas na ontvangst van de inschrijvingen besluit tot intrekking. Hiermee wordt voorkomen dat een aanbestedende dienst gaat leuren met de opdracht en met intrekking van de procedure uitsluitend wordt beoogt niet te hoeven gunnen aan de potentiële winnaar.

## 9.

Gelet op de in het vonnis geschetste gang van zaken, had de voorzieningenrechter naar het lijkt tot dezelfde conclusie kunnen komen door te overwegen dat – simpelweg – sprake was van een ontoereikende motivering van het besluit tot intrekking van de aanbestedingsprocedure.<sup>[16]</sup> Van een ontoereikende motivering is dan in ieder geval sprake als BAR c.s. met haar handelen zelfs het vereiste minimale transparantieniveau en het gelijkheidsbeginsel niet zou hebben gewaarborgd. Voorstelbaar is bijvoorbeeld dat inschrijvers op basis van de verstrekte motivering niet (eens) in staat zijn om te controleren of de aanbesteder bij het intrekkingbesluit de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht heeft genomen.<sup>[17]</sup>

## 10.

Kortom: op basis van Europese en nationale jurisprudentie staat het de aanbestedende dienst vrij om een aanbestedingsprocedure in te trekken. De aanbestedende dienst is dan verplicht om het intrekkingbesluit zodanig te motiveren dat een minimaal transparantieniveau en de naleving van het beginsel van gelijke behandeling wordt gewaarborgd. Vanzelfsprekend heeft het de voorkeur om alle redenen voor intrekking al vroegtijdig en zo volledig mogelijk aan inschrijvers bekend te maken. Dit stelt inschrijvers in staat om te beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Dit neemt niet weg dat er omstandigheden kunnen zijn, op basis waarvan de aanbestedende dienst de redenen voor intrekking wenst aan te vullen. Dit is in beginsel toegestaan, mits het transparantie- en gelijkheidsbeginsel in acht worden genomen.

---

## Voetnoten

[1.] Tjinta Terlien is advocaat Bouw & Aanbestedingsrecht bij Ploum.

[2] Zie o.a.: Gerechtshof Den Haag 24 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:219, r.o. 8, V.zr. Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4864, r.o. 4.2.

[3] HvJ EU 11 december 2014, zaak C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435 (*Croce Amica*), r.o. 31.

[4] Zie o.a.: HvJ EG 16 september 1999, zaak C-27/98, ECLI:EU:C:1999:420 (*Fracasso en Leitschutz*) r.o. 21-25, HvJ EG 18 juni 2002, zaak C-92/00, ECLI:EU:C:2002:379 (*HI/WIEN*) en HvJ EU 11 december 2014, zaak C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435 (*Croce Amica*).

- [5] HvJ EG 16 oktober 2003, zaak C-244/02, ECLI:EU:C:2003:560.
- [6] HvJ EG 16 september 1999, zaak C-27/98, ECLI:EU:C:1999:420 (*Fracasso en Leitschutz*), HvJ EU 11 december 2014, zaak C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435 (*Croce Amica*).
- [7] HvJ EU 11 december 2014, zaak C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435 (*Croce Amica*).
- [8] Vزر. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197, r.o. 4.4 en Commissie van Aanbestedingsexperts, Adviezen 142 (overweging 6.1.2) en 153 (overweging 5.4.1).
- [9] Zie o.a.: HvJ EU 11 december 2014, zaak C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435 (*Croce Amica*), r.o. 33, Vزر. Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, r.o. 4.7.
- [10] [Kamerstukken II 2008/09, 32027, nr. 3](#), p. 6-8.
- [11] HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233.
- [12] Vزر. Rb. Den Haag 15 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13382.
- [13] Vزر. Rb. Haarlem 8 juli 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB1253.
- [14] Vزر. Rb. Haarlem 23 november 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB9853.
- [15] HvJ EU 11 december 2014, zaak C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435 (*Croce Amica*), r.o. 36.
- [16] Zie ook: Vزر. Rb. Den Haag 15 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13382, r.o. 5.3-5.4.
- [17] Verdedigbaar is dat inschrijvers hiertoe pas in staat zijn als alle redenen voor het intrekkingbesluit eenmaal bekend zijn.