



**Grenzen aan de
intrekkingsbevoegdheid van
de aanbestedende dienst.**

De aanbestedende dienst kan op enig moment voor de definitieve gunning besluitend de aanbesteding in te trekken. Die vrijheid is echter niet onbeperkt zoals in deze bijdrage wordt toegelicht.

Algemeen wordt aangenomen dat het beginsel van contractsvrijheid (niemand kan tegen zijn of haar zin gebonden worden aan een overeenkomst) meebrengt dat de aanbestedende dienst de aanbesteding kan intrekken. Het is volgens vaste jurisprudentie dan wel verboden om de opdracht ongewijzigd opnieuw aan te besteden.

In 2015 heeft het HvJ-EG in het *Croce Amica* die vrijheid om een aanbesteding in te trekken bevestigd maar tegelijkertijd ook bevestigd dat de aanbesteder daarbij de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht dient te nemen. Daarnaast behoort de rechter de beslissing om in te trekken integraal en volledig te toetsen. Met andere woorden: de rechter moet zelf beoordelen of het opportuun is om de aanbesteding in te trekken. In de woorden van de rechtbank Den Haag:

Rechtbank Den Haag 15-11-2021
ECLI:NL:RBDHA:2021:13382

De Staat heeft dan ook niet voldaan aan zijn uit het Croce Amica-arrest voortvloeiende verplichting om een duidelijke reden mee te delen die de intrekking kan rechtvaardigen. Dat de reden(en) voor intrekking een zekere mate van concreetheid moet(en) hebben, is evident, omdat getoetst moet kunnen worden aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling. De door de Staat gegeven reden is niet transparant en maakt toetsing aan het gelijkheidsbeginsel onmogelijk.

Daarmee is de vrijheid om in te trekken dus niet onbeperkt. De aangedragen redenen voor intrekking moeten voldoende concreet zijn en moeten de intrekking kunnen rechtvaardigen. Dat impliceert dus een inhoudelijke beoordeling van de aangedragen redenen voor intrekking door de rechter. Met inachtneming van bovenstaande criteria heeft de rechter recentelijk geoordeeld dat een eerste en daaropvolgend tweede intrekkingbesluit van een aanbestedende dienst de toets der kritiek niet konden doorstaan.

Datzelfde beginsel van contractsvrijheid staat er meestal aan in de weg dat een inschrijver (met de economisch meest voordelige inschrijving) aan de rechter vraagt om de aanbestedende dienst te gebieden om aan hem te gunnen. Dergelijke vorderingen worden wel vaak ingesteld maar altijd om die reden afgewezen door de rechter. In het hierboven aangehaalde kort geding over het tweede intrekkingbesluit sprak de rechter zo'n gebod tot gunning toch uit.

Van belang daarbij is dat de aanbesteder tot tweemaal toe een intrekkingbesluit had genomen en de rechter tot tweemaal toe oordeelde dat dat besluit geen stand kon houden. De rechtbank concludeerde dat de aanbestedende alle tijd en ruimte had gehad om een rechtmatige intrekkingbeslissing te nemen maar daarin niet geslaagd was. De aanbestedende dienst werd daarom verboden om de aanbestedingsprocedure nog een keer opnieuw in te trekken.

Dat betekent volgens de rechtbank ook dat voorzover de aanbestedende dienst de overeenkomst nog in de markt wil zetten, zij gehouden is om de opdracht te gunnen aan de klagende en laagste inschrijver. Het gevorderde gebod om te gunnen aan deze partij wordt daarom toegewezen.

Dit laatste, een gebod tot gunning, is een unicum in aanbestedingsland. Maar als je als aanbesteder geen geldige reden hebt om een aanbesteding in te trekken, dan lijkt het ook niet meer dan logisch dat aan de winnaar van de aanbesteding gegund moet worden. Maar zoals gezegd deze uitspraak is wel de spreekwoordelijke zwaluw. De tijd zal leren of deze navolging krijgt.

ROBERT JAN KWAAK | 06 553 935 23





CONSTRUCT ADVOCATEN

Dr. W. Portheinestraat 23
6882 LL Velp (gld)

085 48 57 244
info@constructadvocaten.nl
www.constructadvocaten.nl

