

Intrekken van een aanbesteding – waar op te letten?

Het komt met enige regelmaat voor dat een aanbestedende dienst uit eigener beweging een aanbesteding intrekt, zowel vóór als na de inschrijvingsdatum. In dit artikel wordt ingegaan op een aantal belangrijke aandachtspunten waarop aanbestedende diensten en inschrijvers bij intrekking van een aanbesteding moeten letten.

Intrekking van de aanbesteding is meestal niet zonder nadelige gevolgen, denk bijvoorbeeld aan vertraging in het project met nadelige consequenties voor burgers en andere 'stakeholders', gemaakte (aanbestedings) kosten, het langer gebonden zijn aan een 'duur' contract met de 'zittende' opdrachtnemer en mogelijke reputatieschade voor de aanbestedende dienst. Voor betrokken inschrijvers kan intrekking van een aanbesteding bijvoorbeeld leiden tot onnodige gemaakte kosten en middelen die zij al hebben geïnvesteerd in de voorbereiding van het opstellen van hun inschrijvingen.

Het intrekken van een aanbesteding is dan ook een 'gevoelige' en soms ook een complexe beslissing die door de aanbestedende dienst zorgvuldig moet worden genomen en ook goed aan inschrijvers moet kunnen worden uitgelegd. Een beslissing die ook in rechte kan worden getoetst, met soms een door de rechter opgelegd gebod om de intrekkingsovereenkomst ongedaan te maken indien de intrekkingsovereenkomst de intrekking niet rechtvaardigt.

Intrekken te allen tijde mogelijk - contractsvrijheid

Als uitgangspunt geldt op basis van vaste Europese en nationale jurisprudentie dat een aanbestedende dienst – in beginsel – gerechtigd is een lopende aanbestedingsprocedure te allen tijde¹ eenzijdig af te breken en mag besluiten geen overeenkomst te sluiten, ook als er één geschikte inschrijver over is.

Voorwaarde is wel dat de aanbestedende dienst daarbij de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht neemt. Dit uitgangspunt vindt zijn rechtvaardiging in het beginsel van contractsvrijheid.² Daarnaast volgt de intrekkingsovereenkomst ook vaak uit een in het aanbestedingsdocument opgenomen voorwaarde waarin de intrekkingsovereenkomst van de aanbestedende dienst uitdrukkelijk is vastgelegd.³ Door het doen van een inschrijving is inschrijver met deze voorwaarde dan akkoord gegaan.

De intrekkingsovereenkomst hoeft niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen te berus-



1 Intrekking van de aanbesteding kan dus ook plaatsvinden na het bekendmaken van de voorlopige gunningsbeslissing (Vzr. Rb. Noord-Nederland 12 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4962). Door intrekking van de aanbesteding is de voorlopige gunningsbeslissing van de baan en gunning op basis van die aanbesteding is dan in beginsel uitgesloten, zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Den Haag 20 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4845 en Vzr. Rb. Den Haag 15 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13382. Na definitieve gunning/totstandkoming van de overeenkomst is de aanbesteding beëindigd en is intrekking van de aanbesteding niet meer aan de orde.

2 Croce Amica arrest van het EU-Hof, zaak C-440/13, d.d. 11 december 2014; gerechtshof Den Bosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2408; Vzr. Rb. Den Haag 9 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12336; Vzr. Rb. Midden-Nederland 16 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4608.

3 Een gebruikelijke aanbestedingsvoorwaarde in het aanbestedingsdocument is bijvoorbeeld dat de aanbestedende dienst zich het recht voorbehoudt, zonder op enigerlei wijze schadeplichtig te zijn, om vóór definitieve gunning de procedure tussentijds op te schorten of af te breken, de opdracht geheel of gedeeltelijk niet te gunnen, de planning te wijzigen, of de gunningsbeslissing in te trekken en/of te herzien.

ten.⁴ De bevoegdheid van een aanbestedende dienst tot het afbreken van een procedure is slechts in zoverre beperkt dat de reden voor het afbreken niet willekeurig mag zijn. Bij de toetsing of sprake is van willekeurigheid gaat het dan niet om de vraag of de intrekkingbeslissing de enige juridisch houdbare mogelijkheid was.⁵

Motivering van de intrekkingbeslissing

Alhoewel een aanbestedende dienst in beginsel te allen tijde een aanbesteding kan intrekken, laat dit onverlet dat de aanbestedende dienst verplicht is om de redenen voor de intrekkingbeslissing aan betrokken inschrijvers mede te delen om zo een minimaal transparantieniveau en de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen.⁶

De intrekkingredenen, kenbaar uit de intrekkingbeslissing, worden door de rechter integraal (vol) getoetst met inachtneming van alle relevante feiten en omstandigheden zoals die zich hebben voorgedaan ten tijde van de genomen

intrekkingbeslissing.⁷ Getoetst wordt met name of sprake is van een valide intrekkinggrondslag en dat de reden voor intrekking van de aanbesteding dus niet willekeurig is. Indien in rechte wordt geoordeeld dat er geen valide grondslag is voor de intrekkingbeslissing⁸, kan dit er bijvoorbeeld toe leiden dat een door een inschrijver ingestelde vordering die ertoe strekt de intrekkingbeslissing ongedaan te maken en de (ingetrokken) aanbesteding te doen hervatten wordt toegewezen.⁹

Het nalaten om de redenen voor intrekking mede te delen aan inschrijvers betekent overigens niet dat de aanbestedingsprocedure moet worden voltooid.¹⁰ Dit kan er wel toe leiden dat de rechter de intrekkingbeslissing ‘van tafel veegt’, waarna de aanbestedende dienst overigens de mogelijkheid heeft om een nieuwe en dan wel deugdelijke gemotiveerde intrekkingbeslissing te nemen

Intrekkinggronden

Uit de aanbestedingspraktijk volgt dat de intrekkingredenen die een intrekkingbeslissing rechtvaardigen in grote lijnen kunnen worden onderverdeeld in drie categorieën:

- 1) Het concurrentieniveau is te laag;
- 2) Er is sprake van procedurele fouten, met name fundamentele fouten of transparantiegebreken in de aanbestedingsdocumenten;
- 3) Bij de aanbestedende dienst zijn er gewijzigde omstandigheden ontstaan die nopen tot intrekking.

Te laag concurrentieniveau

Als de aanbestedende dienst bij een nationale of Europese aanbesteding maar één geldige inschrijving overhoudt, mag de aanbesteding worden ingetrokken omdat in deze situatie voldoende concurrentie en mededinging is

4 V.zr. Rb. Amsterdam 15 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2903; V.zr. Rb. Noord-Nederland 12 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4962.

5 V.zr. Rb. Den Haag 9 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12336. Zie ook gerechtshof Den Bosch 20 mei 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2408, waarin wordt bevestigd dat de intrekkingbevoegdheid van een aanbestedende dienst (slechts) kan worden beperkt door de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, de precontractuele redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

6 V.zr. Rb. Den Haag 15 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13382. Een verplichting die overigens niet alleen op de aanbestedende dienst rust in geval van intrekking van een Europese aanbestedingsprocedure, maar ook in geval van intrekking van een meervoudig onderhandse en nationale procedure, zie advies 498, 28 februari 2019, Commissie van Aanbestedingsexperts.

7 V.zr. Rb. Midden-Nederland, 28 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:285; V.zr. Rb. Noord-Nederland 12 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4962; V.zr. Rb. Midden-Nederland 16 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4608.

8 Zie bijvoorbeeld V.zr. Rb. Midden-Nederland 29 januari 2020, ECLI:NL:2020:285 waarin werd geoordeeld dat de door de aanbestedende dienst opgegeven intrekkingredenen (transparantiegebrek in de gunningssystematiek) feitelijk onjuist was en daarmee de intrekking niet kon rechtvaardigen.

9 Gerechtshof Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:2022:1463.

10 EU-Hof, zaak C-92/00, 18 juni 2002; V.zr. Rb. Den Haag 20 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4845.



komen te ontbreken. Voor de vaststelling of het concurrentieniveau te laag is hoeft slechts te worden gezien of de daadwerkelijke uitkomst van de aanbesteding zodanig is dat daarbij maar één geldige inschrijver zou overblijven, ongeacht waardoor dat wordt veroorzaakt en ongeacht of er nog andere potentiële inschrijvers zouden zijn die niet op de aanbesteding hebben ingeschreven.¹¹ Een te laag concurrentieniveau (één geldige inschrijving) is dus een geldige reden voor intrekking van de aanbesteding.¹²

Procedurale fouten – met name fundamentele fouten of transparantiegebreken

Het komt regelmatig voor dat sprake is van fundamentele fouten of zodanige transparantiegebreken in de gehanteerde aanbestedingsdocumenten dat intrekking van de aanbesteding rechtens de enige juiste beslissing is. De aanbestedende dienst is dan verplicht om de aanbesteding af te breken.¹³

Een aanbestedende dienst kan deze fouten/gebreken zelf onderkennen of naar aanleiding van bezwaren van inschrijvers en gelet hierop 'vrijwillig' tot intrekking van de aanbesteding besluiten of hiertoe in rechte veroordeeld worden. Enkele voorbeelden uit de aanbestedingspraktijk van gebreken die een deugdelijke grondslag vormden voor intrekking van de aanbesteding:

- Een beoordelingskader dat voor meerdere uitleg vatbaar is¹⁴;
- Het niet bekendmaken van de wijze waarop de punten op de subgunningscriteria verdeeld worden, terwijl dit van essentieel belang is voor het bepalen van de beste prijs-kwaliteitverhouding¹⁵;
- Ten aanzien van de uitgevraagde Microsoft-licenties is in de aanbestedingsstukken onvoldoende duidelijkheid gegeven t.a.v. de prijslijsten waar inschrijvers zich in hun



inschrijving op moesten baseren zodat er niet-vergelijkbare inschrijvingen zijn ontvangen en inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijvingen uit konden gaan van verschillende uitgangspunten (geen gelijk speelveld).¹⁶

Gewijzigde omstandigheden

Een regelmatig voorkomende reden voor het intrekken van een aanbesteding, is de situatie dat de aanbestedende dienst constateert dat de opdracht niet (meer) aansluit bij de behoefte en/of dat er een financieringsprobleem (bijv. gewijzigde budgetten) is ontstaan.¹⁷

Intrekkingsbrief – alle redenen voor intrekking opnemen?

Bij een *gunningsbeslissing* zal een rechter gelet op het KPN-arrest van de Hoge Raad¹⁸ geen rekening houden met ná de gunningsbeslissing door een aanbestedende dienst aangevoerde nieuwe (aanvullende) motiveringsgronden. Het gerechtshof Den Haag¹⁹ oordeelde dat een intrekkingsbeslissing niet hetzelfde is als een gunningsbeslissing en achtte het KPN-arrest niet analoog van toepassing, zodat de aanbestedende dienst de intrekkingsgronden niet uitputtend hoefde te benoemen bij de bekendmaking van de intrekkingsbeslissing en de rechter ook de nadien door de aanbestedende dienst aangevoerde 'nieuwe' intrekkingsgronden bij zijn beoordeling over de rechtmatigheid van de intrekkingsbeslissing mocht betrekken.

¹¹ V.zr. Rb. Noord-Nederland 12 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4962.

¹² Croce Amica arrest van het EU-Hof, zaak C-440/13, d.d. 11 december 2014.

¹³ Croce Amica arrest van het EU-Hof, zaak C-440/13, d.d. 11 december 2014.

¹⁴ V.zr. Rb. Den Haag 18 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:7242.

¹⁵ V.zr. Rb. Limburg 24 januari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:311.

¹⁶ V.zr. Rb. Midden-Nederland 16 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4608.

¹⁷ Zie bijv. Hof Den Bosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2408.

¹⁸ Hoge Raad 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 en 9233.

¹⁹ Gerechtshof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:2019:1318.

Diverse voorzieningenrechtshouders en de Commissie van Aanbestedingsexperts hebben in gelijke zin geoordeeld.²⁰

Er zijn echter ook gerechtelijke uitspraken waaruit volgt dat een aanbestedende dienst de verplichting heeft om alle intrekingsredenen in het intrekingsbesluit van de aanbesteding aan inschrijvers kenbaar te maken, bij gebreke waarvan de aanbestedende dienst onrechtmatig handelt jegens inschrijvers.²¹

Er is dus wisselende jurisprudentie ten aanzien van de vraag of een aanbestedende dienst na het bekendmaken van de intrekkingbeslissing nog nieuwe intrekkingredenen aan haar beslissing ten grondslag mag leggen. Een aanbestedende dienst die 'op safe' wil spelen doet er verstandig aan om direct bij de bekendmaking van de intrekkingbeslissing alle intrekkingredenen aan inschrijvers mede te delen.

Bezwaartermijn hanteren?

De Aanbestedingswet 2012 vermeldt niets over het al dan niet moeten hanteren van een bezwaartermijn ten aanzien van de intrekkingbeslissing. Aanbestedingsbeginselen en de precontractuele goede trouw brengen m.i. echter mee dat een aanbestedende dienst inschrijvers ook in geval van een intrekkingbe-

slissing een redelijke gelegenheid tot een effectieve rechtsbescherming moet bieden. De Commissie van Aanbestedingsexperts verstrekt in haar advies 611 (d.d. 12 juli 2021) aan de wetgever de aanbeveling in het kader van rechtsbescherming een wettelijke beroepstermijn tegen intrekkingbeslissingen vast te stellen. Zolang de wetgever hieraan geen gehoor heeft gegeven, is een bezwaartermijn van 20 kalenderdagen (gelijk bij de gunningsbeslissing) in ieder geval een proportionele termijn. Een aanbestedende dienst doet er verstandig aan om in het aanbestedingsdocument ook een bepaling op te nemen waarin de bezwaartermijn tegen een intrekkingbeslissing, tevens geformuleerd als een vervalttermijn, wordt vermeld. Een inschrijver heeft hiermee door het doen van een inschrijving dan ingestemd.

Wel of geen kostenvergoeding bij intrekking van de aanbesteding?

Voorschrift 3.8B Gids Proportionaliteit bepaalt dat een aanbestedende dienst niet op voorhand iedere vergoeding van inschrijfkosten uitsluit in geval van een laattijdige intrekking van de aanbesteding. Voor voorschriften uit de Gids Proportionaliteit geldt voor aanbestedende diensten 'pas toe of leg uit'. Dit betekent dat een aanbestedingsvoorwaarde in het aanbestedingsdocument waarin een kostenvergoeding *categorisch* wordt uitgesloten bij intrekking van de aanbesteding in beginsel in strijd is met Voorschrift 3.8B Gids Proportionaliteit, tenzij de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken kan uitleggen waarom van dit voorschrift wordt afgeweken.

²⁰ Zie V.zr. Rb. Den Haag 20 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4845, waarin werd geoordeeld dat het toelaatbaar is dat een aanbestedende dienst de intrekkingbeslissing tijdens het kort geding toelicht en aanvult; Advies 498, 28 februari 2019, Commissie van Aanbestedingsexperts; V.zr. Rb. Den Haag 15 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13382.

²¹ V.zr. Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280; V.zr. Rb. Rotterdam 19 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3351.



Voor een inschrijver is het zinvol tegen een dergelijke categorische uitsluitingsvoorwaarde in het aanbestedingsdocument bezwaar te maken bij de nota van inlichtingen. Doet hij dit niet en de aanbesteding wordt ingetrokken na het indienen van de inschrijvingen, dan is er een reële kans dat het na inschrijvingsdatum alsnog bezwaar maken tegen het niet verkrijgen van een kostenvergoeding weinig kans van slagen zal hebben indien de aanbestedende dienst het alom bekende 'Grossmann-verweer' inroept. Bovendien kan inschrijver dan door de aanbestedende dienst worden tegengeworpen dat hij door het doen van een inschrijving heeft ingestemd met de aanbestedingsvoorwaarde in het aanbestedingsdocument die categorisch een kostenvergoeding uitsluit. De inschrijver staat dan met lege handen.

Een aanbestedende dienst doet er goed aan, ook ingegeven vanuit goed 'opdrachtgeverschap', om bij intrekking van de aanbesteding zorgvuldig na te gaan of een kostenvergoeding in de rede ligt.

Een aanbestedende dienst doet er goed aan, ook ingegeven vanuit goed 'opdrachtgeverschap', om bij intrekking van de aanbesteding zorgvuldig na te gaan of een kostenvergoeding in de rede ligt. Een en ander zal afhankelijk zijn van bijvoorbeeld de fase waarin de aanbesteding zich bij intrekking hiervan bevindt, of de omstandigheden die tot intrekking leiden (mede) door handelen of nalaten van de aanbestedende dienst zijn ontstaan en of inschrijvers al dan niet al hoge kosten voor de (in voorbereiding zijde) inschrijving hebben gemaakt. Sommige (in voorbereiding zijde) inschrijvingen brengen immers relatief veel kosten met zich mee, zoals bijvoorbeeld complexe ICT-opdrachten of grote infrastructuurwerken, opdrachten waarbij ontwerpen, en demo's en proefopstellingen moeten worden gerealiseerd.

Heraanbesteding na intrekking: moet de opdracht al dan niet wezenlijk gewijzigd worden?

De intrekkinggrondslag is van belang voor de vraag of de opdracht bij heraanbesteding al dan niet wezenlijk gewijzigd dient te worden. Als in de oorspronkelijke aanbesteding één of meer passende aanbiedingen zijn gedaan en er géén procedurele gebreken zijn die maken dat een rechtmatige gunning niet mogelijk is, mag een aanbestedende dienst na het afbreken van een aanbesteding alleen tot heraanbesteding overgaan als de opdracht wezenlijk wordt gewijzigd.²² Voor een aanbestedende dienst kan het dan ook nuttig zijn om zorgvuldig na te gaan of de intrekkinggrondslag (mede) gebaseerd kan worden op procedurele gebreken die een rechtmatige gunningsbeslissing in de weg staan. In dat geval hoeft een aanbestedende dienst immers geen wezenlijk gewijzigde opdracht bij heraanbesteding in de markt te plaatsen, hetgeen het vormgeven van de nieuwe aanbesteding makkelijker kan maken.

²² Zie gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2408 en V.zr. Rb. Noord-Nederland 12 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4962, waaruit ook volgt dat de opdracht wezenlijk moet worden gewijzigd indien er slechts één geldige inschrijving is ontvangen. Anders V.zr. Rb. Gelderland 21 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1324 (géén wezenlijke wijziging bij één geldige inschrijving).

Auteur:



Mr. Leopold Sueters
Aanbestedingsadvocaat
[Bartels Sueters Rassa](#)
[Aanbestedingsadvocaten](#)

De Procurement Letter

De Procurement Letter is een nieuwsbrief met artikelen en nieuws rondom (Europees) aanbesteden. die 1 tot 2 maal per jaar wordt uitgegeven door Corvers Procurement Services en Bartels Sueters Rassa Aanbestedingsadvocaten. Andere artikelen uit deze editie:

- **Fouten en herstel**
- **Integratie van de nieuwe cyberbeveiligingswet (NIS 2) in aanbestedingen: Hoe wezenlijke wijziging bij de uitvoering van opdracht te voorkomen**

Bekijk en/of download alle artikelen uit deze Procurement Letter [hier](#).

Heeft u zich nog niet aangemeld voor de Procurement Letter, maar wilt u deze in de toekomst ook graag per mail ontvangen? Dan kunt u zich **aanmelden** via de aanmeldknop onderaan de site www.aanbestedingsadvocaten.nl