

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 399

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde X heeft op 17 juni 2016 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor drie raamovereenkomsten voor diensten die voorzien in aftransport, acceptatie en verwerking van de diverse afvalstromen van de betreffende milieuparken van beklaagden X, Y en Z. De opdracht is verdeeld in 21 percelen en per perceel zal door iedere deelnemende aanbestedende dienst afzonderlijk met één inschrijver een aparte overeenkomst worden gesloten.
- 1.2. In het Beschrijvend document van 17 juni 2016 is onder ander het volgende opgenomen:

'(...)

1.2 Beschrijving van de aanbestedende dienst

De aanbesteding vindt in gezamenlijkheid plaats voor [Beklaagde Y]; [Beklaagde Z] en [Beklaagde X]. Namens deze vier gemeenten treedt als aanbestedende dienst [Beklaagde X] op (...).

(...)

3 Voorwaarden tot inschrijving

3.1 Algemene voorwaarden

(...)

12. De aanbestedende dienst behoudt zich het recht voor om, indien zich een situatie voordoet die hiertoe aanleiding geeft, tot het moment van definitieve gunning van de opdracht de gehele of een gedeelte van de aanbestedingsprocedure tijdelijk of definitief te stoppen. Tevens heeft de aanbestedende dienst geen verplichting tot gunning. Door het doen van een inschrijving verklaart u zich akkoord met het voorbehoud en het daar omtrent gestelde;

(...)'

- 1.3. Eis EGFT 1.8 uit het technisch bestek betreffende perceel 8 bepaalt:

'De maximale enkele rijtijd voor de stroom groenafval/grof tuinafval van de locaties [N], [O] en [P] van [Z] en de locatie [Straatnaam] van [Beklaagde X] bedraagt voor een vrachtwagen van 20T volgens Routenet: 20 minuten.'

- 1.4. Er zijn twee inschrijvingen ingediend voor perceel 8: door klager en door combinatie A en B.
- 1.5. Op 23 september 2016 heeft klager van beklagde X de mededeling van de gunningsbeslissing ontvangen. In deze brief is het volgende aan klager medege-deeld:

'Geachte heer [Naam],

Op donderdag 18 augustus 2016 heeft u ingeschreven op de Europese aanbesteding "Aftransport en verwerking Afvalstromen – perceel 8 (Grof tuinafval en houtsnippers)" met aanbestedingsnummer [...], waarvoor dank.

Bij deze stel ik u, mede namens [Beklaagden Y en Z], op de hoogte van het resultaat van de aanbesteding.

De ontvangen inschrijvingen zijn beoordeeld zoals genoemd in het beschrijvend document d.d. 17 juni 2016 met kenmerk [...], indien van toepassing, de nota van inlichtingen 1 d.d. 1 juli 2016, de nota van inlichtingen 2 d.d. 22 juli 2016, de nota van inlichtingen 3 d.d. 26 juli 2016, de nota van inlichtingen 4 d.d. 2 augustus 2016, de nota van inlichtingen 5 d.d. 2 augustus 2016, de nota van inlichtingen 6 d.d. 8 augustus 2016 en de nota van inlichtingen 7 d.d. 11 augustus 2016.

Zorgvuldig uitgevoerde beoordeling van alle inschrijvingen voor perceel 8 heeft tot de conclusie geleid dat uw inschrijving ad € 874.898,54 conform bijlage 6.7 (Prijzenblad) niet als laagste inschrijving kan worden aangemerkt voor perceel 8.

De combinatie [A] en [B] heeft de laagste inschrijving ingediend. [Beklaagde X], [Y] en [Z] zijn derhalve voornemens om de opdracht voor perceel 8 te gunnen aan de combinatie [A] en [B].

Mocht u zich niet met dit voornemen kunnen verenigen, dan dient u binnen 20 dagen na verzenddatum van deze brief bij de rechtbank te [C] een kort geding aanhangig te maken.

Wanneer u de procedure niet binnen de gestelde termijn van 20 dagen aanhangig maakt dan zal de vordering niet ontvankelijk worden verklaard.

Indien u hiertoe overgaat, dient u de gemeente hiervan zo spoedig mogelijk schriftelijk op de hoogte te stellen.

(...)'

- 1.6. Klager heeft op 13 oktober 2016 een dagvaarding aan beklaagden laten betekenen waarin zij de voorzieningenrechter, onder meer, verzoekt:

'primair om (i) gedaagden te gebieden de inschrijving van de Combinatie (*A en B, Commissie*) op de opdracht betreffende perceel 8 alsnog ongeldig te verklaren, (ii) gedaagden te gebieden de gunningsbeslissing van 23 september 2016 betreffende perceel 8 van de aanbesteding in te trekken en (iii) gedaagden te gebieden de opdracht betreffende perceel 8 te gunnen aan [Klager], althans te gunnen aan geen ander dan [Klager], indien gedaagden de desbetreffende opdracht onverminderd in de markt wensen te zetten.'

- 1.7. In de dagvaarding stelt klager dat de inschrijving van de combinatie A en B irreëel of ongeldig is en onderbouwt zij deze stelling als volgt:

Inschrijving van de Combinatie [A] en [B] irreëel/ongeldig

14. Herhaald zij dat gedaagden in het kader van perceel 8 de navolgende eis hebben geformuleerd (eis AE-4.1):

"Uiterlijk 1 maand voor de aanvang van de werkzaamheden dient de inschrijver een geldige omgevingsvergunning voor de voor verwerkingsinrichting of overslag waar en/of verwerking plaats vindt, te overleggen aan de opdrachtgever. Uit de-

ze vergunning moet duidelijk blijken dat de te verwerken hoeveelheid die wordt overgeslagen van de opdrachtgever past binnen de vigerende vergunning.”

15. Voor zover het de te verwerken hoeveelheid die wordt overgeslagen van de opdrachtgever zoals bedoeld in eis AE-4.1 betreft, vermeldt het Programma van Eisen aangaande perceel 8:

Afvaltransport en verwerking			[Y]		[X]	[Z]
Afvalstroom	Afvaltransport	Indicatie tonnages	Indicatie aantal containers	Indicaties tonnages		Indicaties tonnages
Grof tuinafval	Aanbesteding	Vaste Verwerker/aanbest.	2950		1650 ton groenafval en 709 ton separate houtsnippers	6000 ton verwerking

16. Voorts blijkt uit het Beschrijvend Document dat de aanvangsdatum van de dienstverlening betreffende perceel 8 voor gedaagden sub 1 en 3 – [Y] en [X] – door gedaagden vastgesteld op 1 oktober 2016.
17. Tot slot bepaalt het Programma van Eisen en wel meer in het bijzonder eis EGFT-1.21 dat voor de dienstverlening ten behoeve van [X] (gedaagde sub 3) geldt dat de verwerkings- of overslaglocatie zich dient te bevinden in de desbetreffende gemeente.
18. Kortom, vast staat met betrekking tot perceel 8 dat (i) een inschrijver over een locatie gelegen in [het gebied van Beklaagde X] zal moeten kunnen beschikken alwaar de overslag en verwerking van grof tuinafval en/of houtsnippers zal plaatsvinden en (ii) die locatie reeds op 1 september 2016 over een geldige vergunning diende te beschikken welke de opslag respectievelijk verwerking van de onder randnummer 15 genoemde hoeveelheden toelaat.
19. Niet betwist is dat de Combinatie blijkens haar inschrijving heeft aangeboden gebruik te maken van de locatie staande en gelegen aan [Straatnaam] te [C]. Nadat [D] in het recente verleden in staat van faillissement is komen te verkeren, is de desbetreffende locatie overgenomen door [A].
20. De locatie staande en gelegen aan [Straatnaam] te [C] beschikt over een vergunning. Bestudering van deze vergunning leert dat deze vergunning betrekking heeft op:
- de overslag van maximaal 200 m³ groenafval;
 - de overslag en bewerking van maximaal 1.500 ton groenafval.
21. Aldus is het de Combinatie niet toegestaan de onder randnummer 15 van deze dagvaarding genoemde hoeveelheden/tonnages te op te slaan, over te slaan en/of te verwerken.
22. Daarmee staat op voorhand vast dat de Combinatie niet zal kunnen voldoen aan eis AE-4.1, hetgeen meebrengt dat de inschrijving van de Combinatie irreëel is en door gedaagden dient te worden geëcarteerd.

(...)

Verweer en bespreking van het verweer

24. Gedaagden lijken gelet op de inhoud van de e-mail aan [Klager] van 11 oktober 2016 (productie 8) van mening te zijn dat door het simpelweg "uitstellen" van de ingangsdatum van de (raam)overeenkomst betreffende perceel 8, de Combinatie alsnog in de gelegenheid zal kunnen worden gesteld de benodigde vergunning tijdig - dat wil zeggen uiterlijk één maand voor aanvang van de vorenbedoelde overeenkomst - te bemachtigen. Daarmee marchanderen gedaagden met de eisen die zij zelf aan de uitvoering van de opdracht hebben verbonden ten faveure van één inschrijver: de Combinatie.
 25. [Klager] stelt gelet op de inhoud van die e-mail eerst en vooral vast dat gedaagden erkennen dat (i) de Combinatie heeft aangeboden gebruikte maken van de locatie staande en gelegen aan de [Straatnaam] te [C] en (ii) die locatie nog niet beschikt over een toereikende (geldige) vergunning.
 26. Daarnaast stelt [Klager] vast dat gedaagden miskennen dat de inhoud de e-mail van 11 oktober 2016 indruist tegen eis AE-4.1 uit het Programma van Eisen. Iedere normaal oplettende en behoorlijk geïnformeerde inschrijver had op basis van de aanbestedingsstukken in het algemeen en het Beschrijvend Document kunnen en moeten begrijpen dat - in ieder geval voor zover het de dienstverlening ten behoeve van de [Y] en [Beklaagde X] betreft -ter zake perceel 8 uiterlijk op 1 september 2016 een geldige en toereikende omgevingsvergunning beschikbaar diende te zijn voor de locatie waarvan een inschrijver blijkens diens inschrijving gebruik wenst te maken. Zouden gegadigden deze eis thans loslaten ten faveure van de Combinatie, dan wijzigen zij de opdracht betreffende perceel 8 wezenlijk en handelen zij in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.'
- 1.8. Op 11 november 2016 heeft beklaagde X, mede namens beklaagden Y en Z, aan klager medegedeeld zowel de mededeling van de gunningsbeslissing als de aanbesteding voor perceel 8 in te trekken:
- 'Geachte heer [Naam],
- In aansluiting op mijn brief van 16 september 2016 (*bedoeld zal zijn 23 september 2016, Commissie*) deel ik u, mede namens [Beklaagden Y en Z], mede dat besloten is om per direct de voorlopige gunningsbeslissing aan [A] en [B] voor wat betreft perceel 8 van opgemelde aanbesteding in te trekken.
- Tevens is besloten om gebruik te maken van de in het beschrijvend document opgenomen mogelijkheid om per direct tot intrekking van de aanbesteding – voor wat betreft perceel 8 – over te gaan.
- Naar verwachting zal binnen een redelijke termijn een nieuwe aanbesteding via de gebruikelijke kanalen worden gepubliceerd.
- (...)'
- 1.9. Op 17 november 2016 heeft de raadsman van klager per e-mail de volgende reactie aan de raadsman van beklaagde gezonden:

'Geachte confrère,

Naar aanleiding van uw e-mailbericht van vrijdag jongstleden en de brief van de aanbestedende diensten van diezelfde dag, kan ik u inmiddels als volgt berichten. Cliënte heeft met verbazing kennis genomen van de beslissing van aanbestedende diensten om de aanbesteding van de dienstverlening betreffende perceel 8 in te trekken. In de wetenschap dat de aanbestedende diensten alle percelen waarop ten minste één geldige en binnen de vastgestelde plafondprijs passende inschrijving werd ontvangen op basis van het resultaat van de aanbesteding hebben gegund, lag het immers voor de hand dat de gemeenten ook de dienstverlening betreffende perceel 8 op basis van het resultaat van de aanbesteding zouden gunnen. Voor perceel 8 geldt immers dat de aanbestedende diensten ten minste één inschrijving hebben ontvangen die (i) geldig is en (ii) past binnen de vastgestelde plafondprijs, te weten de inschrijving van cliënte. Voor cliënte staat dan ook onverminderd buiten kijf dat zij voor gunning van de dienstverlening betreffende perceel 8 in aanmerking komt.

Bij het vorenstaande neemt cliënte mede in aanmerking dat de brief van de aanbestedende diensten van 11 november 2016 op geen enkele wijze inzicht verschaft in de voorshands onbegrijpelijke beslissing van de aanbestedende diensten om de aanbesteding van de dienstverlening betreffende perceel 8 in te trekken.

Hierdoor verzoek en voor zover nodig sommeer ik de aanbestedende diensten dan ook om cliënte uiterlijk **dinsdag 22 november aanstaande** alsnog schriftelijk mededeling te doen van de redenen die zij aan de intrekkingbeslissing ten grondslag hebben gelegd. Voor de goede orde wijs ik erop dat (i) op de aanbestedende diensten op grond van zowel de wet (artikel 2.132 lid 1 sub n Aw) als ook vaste jurisprudentie (o.a. HJEU, 11 december 2014, C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, Croce Amica) de verplichting rust om een dergelijke beslissing te motiveren, (ii) die beslissing in overeenstemming zal moeten zijn met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en (iii) de rechtmatigheid van die beslissing zal kunnen worden onderworpen aan een volledige toetsing door de rechter (HJEU, 18 juni 2002, zaak C-92/00, HI Wien).

Mede in afwachting van een mededeling van de zijde van aanbestedende diensten zoals hiervoor bedoeld, acht cliënte het doorzetten van het door haar aangehangig gemaakte kort geding met zaaknummer [...] weinig zinvol. Cliënte zal dat kort geding dan ook intrekken en de rechtbank [D] dienovereenkomstig berichten.

De intrekking van het kort geding laat vanzelfsprekend onverlet dat cliënte zich alle rechten voorbehoudt, zulks met inbegrip van het recht om een nieuw kort geding te starten, indien en voor zover cliënte na kennisname van de redenen die door aanbestedende diensten aan de intrekkingbeslissing ten grondslag zijn gelegd van oordeel blijft dat die beslissing zich niet verdraagt met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

(...)'

- 1.10. Op 28 november 2016 heeft de raadsman van klager een e-mail aan de raadsman van beklaagden verzonden:

'Geachte confrère,

In vervolg op mijn brief van 17 november jongstleden, waarop de aanbestedende diensten tot op heden verzuimden schriftelijk en inhoudelijk te reageren, bericht ik u als volgt.

Nadat ik verleden week herhaaldelijk telefonisch contact met u zocht vanwege het verstrijken van de in de voornoemde brief gestelde termijn, deelde u mij afgelopen vrijdag telefonisch mede dat (i) de aanbestedende diensten druk doende zijn de heraanbesteding van de dienstverlening betreffende perceel 8 in gang te zetten en (ii) de aanbestedende diensten vooruitlopend op die heraanbesteding voorlopig geen mededelingen zullen doen over de redenen die aan de intrekingsbeslissing van 11 november 2016 ten grondslag liggen. U gaf aan dat de aanbestedende diensten op zijn vroegst kort voorafgaand aan of gelijktijdig met de publicatie van die heraanbesteding deze redenen aan cliënte zullen presenteren.

Cliënte acht het buitengewoon merkwaardig dat de aanbestedende diensten hebben gemeend de ingrijpende beslissing te moeten nemen de aanbesteding betreffende perceel 8 in te trekken, echter vooruitlopend op de heraanbesteding van perceel 8 weigeren de aan die beslissing ten grondslag gelegde redenen met cliënte te delen. Cliënte heeft in het kader van de aanbesteding tijd en kosten geïnvesteerd in de voorbereiding van een optimale inschrijving en heeft er zowel uit hoofde van het transparantiebeginsel alsook de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid simpelweg recht op om te weten waarom de aanbestedende diensten tot intrekking hebben besloten. Om onbegrijpelijke redenen kiezen de aanbestedende diensten er echter voor de kaarten op de borst te houden en eerst tijd en kosten te investeren in de organisatie van een heraanbesteding alvorens cliënte in staat te stellen eventuele (inhoudelijke) bezwaren tegen de intrekkingbeslissing naar voren te brengen.

Nogmaals benadruk ik dat cliënte zich alle rechten voorbehoudt en niet zal schromen de intrekkingbeslissing aan te vechten indien in een later stadium blijkt dat de redenen die aan die beslissing ten grondslag liggen zich niet verdragen met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Het risico dat achteraf zal blijken dat de aanbestedende diensten voor niets tijd en kosten hebben geïnvesteerd in de organisatie van een heraanbesteding, dienen zij uiteraard geheel zelf te dragen.

Cliënte wacht de nadere mededelingen van de aanbestedende diensten met betrekking tot de (redenen van) intrekking van de aanbesteding betreffende perceel 8 respectievelijk de heraanbesteding van dat perceel met belangstelling af.'

1.11. Op 22 december 2016 heeft beklagde de volgende brief aan klager verzonden:

'Geachte heer [Naam],

In navolging van onze brief op 11 november 2016 berichten wij u als volgt ter zake de intrekking als van perceel 8 van de aanbesteding genaamd "Aftransport en verwerking Afvalstromen – perceel 8" met kenmerk [...].

Kritiek uit de markt heeft voor de betrokken aanbestedende diensten aanleiding gevormd alle eisen en voorwaarden betreffende perceel 8 aan een kritische toets te onderwerpen. Dat er sprake was van kritiek is gebleken in de context van het kort geding dat was geëntameerd tegen de gunningsbeslissing van de aanbestedende diensten ter zake perceel 8. Conclusie van dat onderzoek was dat de formulering van de opdracht (perceel 8) en de in dat kader gestelde eisen beter kan en moet. Er bestond voor de aanbesteders voldoende aanleiding aan hetgeen kennelijk leeft in de markt meer tegemoet te komen.

Gebleken is dat diverse eisen gesteld aan de inschrijver of inschrijving op een betere, meer proportionele en meer transparante wijze dienden te worden vormgegeven. We zagen 1) goede mogelijkheden om minder en duidelijkere eisen te

stellen waardoor de concurrentie naar verwachting zal intensiveren. Daarnaast zagen wij 2) een beduidend risico dat marktpartijen, indien zij deze aanbesteding meer onder de loep zouden nemen, mogelijk zouden gaan betogen dat diverse eisen in strijd zouden zijn de aanbestedingsrechtelijke beginselen, althans disproportioneel zouden zijn. Ter zake wensen de aanbestedende diensten zich alle rechten voor te behouden maar discussie daarover zou de uitvoering van de opdracht niet ten goede komen.

Het voorgaande heeft de aanbesteders doen besluiten op het vlak van effectiviteit (in de zin van bevordering van de concurrentie) en anderzijds rechtmatigheid voldoende marges te nemen, juist om te voorkomen dat deelnemers aan de aanbesteding in (meer) rechtsonzekerheid zouden kunnen komen te verkeren over de houdbaarheid van de aanbesteding, de op basis daarvan genomen gunningsbeslissing en de uitvoering van de overheidsopdracht.

Zonder vooruit te lopen op een nieuwe aanbesteding van perceel 8, die 1 of meerdere wezenlijke wijzigingen zal behelzen, vermelden wij dat veel van hetgeen door de aanbestedende diensten aan eisen en voorwaarden in de aanbesteding "Aftransport en verwerking Afvalstromen – perceel 8" heeft gesteld, zal worden weggelaten in de voornoemde nieuwe aanbesteding tot de categorie 1) behoort. Als onnodig mededingingsbeperkende voorwaarden hebben onder meer te gelden het budgetplafond voor de overeenkomst te gunnen door [Y] en de eis dat bepaalde vergunningen weliswaar na gunning doch voor uitvoering aan de opdrachtgever overhandigd dienen te worden terwijl het hebben van de juiste vergunningen gedurende de volledige looptijd van de opdracht reeds volgt uit wet- en regelgeving.

Op korte termijn zal de nieuwe aanbesteding via de gebruikelijke kanalen worden gepubliceerd en daarbij is voor eenieder aanstonds duidelijk en zichtbaar welke eisen zijn komen te vervallen ten opzichte van de ingetrokken aanbesteding voor perceel 8.

Verder hebben we (onder meer) de eis met betrekking tot de maximale rijtijd voor de opdrachtgever van de milieuparken van [Y] en de locatie van [Beklaagde X] naar de overslag- en verwerkingslocatie van de opdrachtnemer, beoordeeld. De in de ingetrokken aanbesteding verplicht gestelde maximale rijtijd van 20 minuten is naar de markt zal menen disproportioneel, aangezien controle van de ontvangen inschrijvingen met betrekking tot die eis, heeft laten zien dat geen van de inschrijvers aan die eis kon voldoen. We verzoeken u er goede nota van te nemen dat indien de aanbestedende diensten perceel 8 niet ingetrokken zouden hebben, een herbeoordeling op zijn plaats geweest zou zijn, het gelijkheidsbeginsel daartoe zelfs genoopt zou hebben, waarvan gezien voornoemde tekortkomingen, de uitkomst zou zijn geweest dat de inschrijvingen ongeldig waren. Om dit voorkomen, en met name om het daarmee gemoeide in tijdsverlies te beperken, heeft de aanbesteders ertoe aan gezet tot intrekking over te gaan. Met andere woorden tegen een heraanbesteding kan reeds op deze grond niet met succes worden opgekomen, mochten marktpartijen zulks al wensen gezien de verbeteringen van de aanbestedende diensten.

Een andere eis die de aanbestedende diensten na beraad toch als (tenminste in potentie) disproportioneel gekwalificeerd kan worden, is de eis dat de overslag- en/of verwerkingslocatie van de opdrachtnemer zich (voor [Y]) in [N] of [het gebied van beklagde X] bevindt en (voor [Beklaagde X]) in [C].

Met name voorgaande redenen, te beschouwen in de context van de constatering dat niemand geldig heeft ingeschreven, hebben aanleiding gegeven tot intrek-

king. Daarmee menen we als aanbestedende dienst ook tegemoet te komen aan de kritiek van de markt, althans mogelijk geïntegreerde kritiek voor te zijn.

Wij danken u voor uw deelname aan voornoemde aanbesteding en zien met belangstelling uit naar een eventuele inschrijving uwerzijds op de komende aanbesteding.'

- 1.12. Klager heeft bij brief van 10 januari 2017 als volgt gereageerd op de brief van beklagden van 22 december 2016:

'Geachte heer [Naam],

(...)

In reactie op uw brief delen wij u mee dat wij vaststellen dat (i) de intrekkingbeslissing van de aanbesteding van perceel 8 juridisch onhoudbaar is en (ii) de daaropvolgende gedragingen van de aanbestedende diensten om uiteenlopende redenen klachtwaardig zijn. Wij kunnen gelet op de inhoud van uw brief helaas niet anders dan vaststellen dat aan de intrekkingbeslissing niet ten grondslag liggen de redenen die u in uw brief namens de aanbestedende diensten presenteert, doch de intrekkingbeslissing veeleer is ingegeven door de wens om – voor zover het perceel 8 betreft – met een ander dan met [Klager] te contracteren. De inhoud van de gunningsbeslissing van 23 september 2016 en de daaropvolgende gedragingen van de aanbestedende diensten onderstrepen dat.

Wij zullen hierna onze klachten formuleren en toelichten.

Klacht I

De aanbestedende diensten hebben gehandeld in strijd met artikel 41 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG, althans artikel 55 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU, en de implementatie van de bepaling in artikel 2.103 Aw door (i) de intrekkingbeslissing van 11 november 2016 niet te voorzien van aan die beslissing ten grondslag liggende redenen en (ii) niet zo spoedig mogelijk aan [Klager] mededeling te doen van die redenen.

Toelichting

De aanbesteding is aangekondigd op 17 juni 2016. Dat betekent dat op de aanbesteding van toepassing is de Aanbestedingswet zoals deze gold tot 1 juli 2016. Deze wet vormt weliswaar de implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG, doch dient vanwege de dag waarop de aanbesteding werd aangekondigd door de aanbestedende diensten te worden toegepast en uitgelegd conform de Europese aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU.

Uit zowel artikel 41 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG alsook artikel 55 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU, zoals geïmplementeerd in artikel 2.103 Aw, volgt dat op aanbestedende diensten de verplichting rust om gegadigden en inschrijvers zo spoedig mogelijk in kennis te stellen van besluiten inzake de sluiting van een raamovereenkomst, de gunning van een opdracht of toelating tot een dynamisch aankoopstelsel, met inbegrip van de redenen waarom zij hebben besloten geen raamovereenkomst te sluiten, een opdracht na oproep tot mededinging niet te gunnen of de procedure te heropenen, of geen dynamisch aankoopstelsel in te stellen.

Niet alleen dienen aanbestedende diensten gegadigden en inschrijvers aldus zo spoedig mogelijk in kennis te stellen van het besluit om een aanbesteding in te trekken, dat besluit dient bovendien met redenen te zijn omkleed.

Het Hof van Justitie EU bevestigt het vorenstaande in het arrest in de zaak "Croce Amica" van 11 december 2014 (zaak C-440/13), daar waar het Hof van Justitie EU onder randnummers 30 en 31 van dat arrest overweegt:

"Een besluit tot intrekking van een aanbesteding van een overheidsopdracht moet de artikelen 41, lid 1, en 43 van richtlijn 2004/18 in acht nemen. Artikel 41, lid 1, van richtlijn 2004/18 voorziet in de verplichting de gegadigden en inschrijvers ten spoedigste in kennis te stellen van een dergelijk besluit, met opgave van de redenen ervoor. Artikel 43 van deze richtlijn schrijft voor dat die redenen worden vermeld in het proces-verbaal dat over iedere overheidsopdracht moet worden opgesteld. Richtlijn 2004/18 bevat geen bepalingen inzake de materiële of formele voorwaarden waaraan een dergelijk besluit moet voldoen."

In de eerste plaats stelt [Klager] vast dat de intrekkingbeslissing van 11 november 2016 niet is voorzien van de redenen die aan die beslissing door de aanbestedende diensten ten grondslag zijn gelegd.

In de tweede plaats stelt [Klager] vast dat de aanbestedende diensten [Klager] niet zo spoedig mogelijk in kennis hebben gesteld van de redenen die door de aanbestedende diensten aan die beslissing ten grondslag zijn gelegd. In dat verband wijst [Klager] erop dat onze raadsman zowel bij brief van 17 november 2016 alsook bij e-mail van 28 november 2016 schriftelijk aan de advocaat van de aanbestedende diensten heeft verzocht om mededeling van de aan de intrekkingbeslissing van 11 november 2016 ten grondslag liggende redenen. Eerst op 22 december 2016, maar liefst 5 weken na ontvangst door de aanbestedende diensten van dat verzoek en 6 weken na mededeling van de intrekkingbeslissing, is [Klager] door de aanbestedende diensten van die redenen in kennis gesteld.

De intrekkingbeslissing van 11 november 2016 voldoet om de hiervoor genoemde redenen niet aan de daaraan te stellen eisen, zodat deze onrechtmatig is en de aanbesteding betreffende perceel 8 moet worden geacht niet te zijn geëindigd.

Klacht II

Indien en voor zover op de aanbestedende diensten al geen verplichting rustte om op eigen initiatief mededeling aan [Klager] te doen van de aan de intrekkingbeslissing ten grondslag liggende redenen, dan hadden aanbestedende diensten [Klager] in ieder geval binnen 15 dagen na een daartoe strekkend verzoek van de zijde van [Klager] (i.e. uiterlijk op 1 december 2016) van die redenen moeten voorzien (artikel 2.103 lid 3 Aw). De aanbestedende diensten hebben gehandeld in strijd met die verplichting door eerst bij brief van 22 december 2016 die redenen aan [Klager] te presenteren, daar waar [Klager] reeds op 11 november 2016 schriftelijk om mededeling van die redenen heeft verzocht. Klacht II heeft in zoverre een subsidiair karakter ten opzichte van klacht I.

Toelichting

Zoals uit de toelichting op klacht I volgt heeft de raadsman van [Klager] zowel bij brief van 17 november 2016 alsook bij e-mail van 28 november 2016 schriftelijk aan de advocaat van de aanbestedende diensten verzocht om mededeling van de aan de intrekkingbeslissing van 11 november 2016 ten grondslag liggende rede-

nen. Nadat de advocaat van de aanbestedende diensten in een telefonisch overleg met de advocaat van [Klager] aangaf voornemens te zijn die redenen pas kenbaar te maken kort voorafgaand aan of gelijktijdig met de publicatie van een heraanbesteding van de opdracht betreffende perceel 8, is [Klager] op 22 december 2016 (N.B. maar liefst 5 weken na ontvangst door de aanbestedende diensten van dat verzoek!) door de aanbestedende diensten van die redenen in kennis gesteld. Daarmee hebben de aanbestedende diensten gehandeld in strijd met de verplichting die voortvloeit uit artikel 2.103 van de Aanbestedingswet.

Zo bepaalt artikel 2.103 van de Aanbestedingswet:

"Een aanbestedende dienst deelt de afwijzing of uitsluiting van betrokken gegadigden en betrokken inschrijvers zo spoedig mogelijk schriftelijk mede.

Op verzoek van een betrokken partij stelt een aanbestedende dienst een afgewezen gegadigde zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen vijftien dagen na ontvangst van zijn schriftelijk verzoek, in kennis van de redenen voor de afwijzing.

Op verzoek van een betrokken partij stelt de aanbestedende dienst iedere afgewezen inschrijver zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen vijftien dagen na ontvangst van zijn schriftelijk verzoek, in kennis van de redenen voor de afwijzing, inclusief voor de gevallen, bedoeld in de artikelen 2.77 en 2.78, de redenen voor zijn beslissing dat er geen gelijkwaardigheid voorhanden is of dat de werken, leveringen of diensten niet aan de functionele of prestatie-eisen voldoen."

De parlementaire geschiedenis bij die bepaling verduidelijkt vervolgens (MvT, Kamerstukken II 2009/10 32 440, nr. 3, p. 87):

"Ingeval de aanbestedende dienst om haar moverende redenen besluit de aanbestedingsprocedure te staken zonder dat tot gunning is overgegaan of dat een dynamisch aankoopstelsel niet is ingesteld, dan zal de aanbestedende dienst de gegadigden en de inschrijvers hiervan op de hoogte moeten stellen, met inbegrip van de redenen waarom een dergelijk besluit is genomen."

De intrekkingbeslissing van 11 november 2016 is niet op de wettelijk voorgeschreven wijze gemotiveerd, zodat de aanbesteding betreffende perceel 8 moet worden geacht niet te zijn geëindigd.

Klacht III

De redenen die volgens de aanbestedende diensten aan intrekking van de aanbesteding betreffende perceel 8 ten grondslag liggen, kunnen die beslissing niet dragen. De intrekkingbeslissing is in strijd met de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid (zie bijv. HJEU 11 december 2014, zaak C-440/13, *Croce Amica*, r.o. 33, Gerechtshof Den Haag 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2595, r.o. 9 en 10 en V.zr. Rb. Den Haag 2 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6248, r.o. 5.3).

Toelichting

De aanbestedende diensten hanteren drogredenen teneinde de beslissing om de aanbesteding betreffende perceel 8 in te trekken te rechtvaardigen.

In de eerste plaats betogen de aanbestedende diensten dat "kritiek uit de markt" aanleiding vormde om alle eisen en voorwaarden betreffende perceel 8 aan een kritische toets te onderwerpen. Van die kritiek zou zijn gebleken in het kort geding zoals dat door [Klager] bij dagvaarding van 13 oktober 2016 aanhangig werd gemaakt.

[Klager] bestrijdt dat. In het door [Klager] aanhangig gemaakte kort geding stond immers niet de juridische houdbaarheid of wenselijkheid van door de aanbestedende diensten in het kader van de aanbesteding gehanteerde eisen en voorwaarden centraal, echter de wijze waarop deze eisen en voorwaarden in het kader van de aanbesteding door de aanbestedende diensten werden toegepast. [Klager] verwijst dienaangaande korthedshalve naar de dagvaarding in kort geding zoals deze op verzoek van [Klager] op 13 oktober 2016 werd betekend. Dat in het kader van het door [Klager] aanhangig gemaakte kort geding van "kritiek uit de markt" op de door de aanbestedende diensten gehanteerde eisen en voorwaarden zou zijn gebleken, is dan ook bezijden de werkelijkheid.

[Klager] voegt daaraan toe dat er voor de aanbestedende diensten geen enkele aanleiding bestaat om de hiervoor bedoelde eisen en voorwaarden te wijzigen. Zo hebben diverse gegadigden weliswaar gedurende de inlichtingenfase van de aanbesteding betreffende perceel 8 na een grondige bestudering van de aanbestedingsstukken de nodige vragen gesteld over de proportionaliteit van de door de aanbestedende diensten gehanteerde eisen en voorwaarden, géén van deze gegadigden is evenwel overgegaan tot het aanhangig maken van een kort geding of een klachtprocedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts toen bleek dat de aanbestedende diensten – behoudens een verhoging van het budgetplafond – niet bereid waren aan de wensen van deze gegadigden tegemoet te komen. Vast staat zodoende dat "de markt" de door de aanbestedende dienst gehanteerde eisen en voorwaarden uiteindelijk heeft geaccepteerd en het recht om te klagen over die eisen en voorwaarden heeft verwerkt. Van een "beduidend risico" dat marktpartijen (i) (alsnog) het standpunt zullen innemen dat bepaalde eisen en voorwaarden in strijd zijn met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht en (ii) de houdbaarheid van de aanbesteding betreffende perceel 8 ter discussie zullen stellen, is dan ook – anders dan de aanbestedende diensten betogen – in het geheel geen sprake. Tekenend in dat verband is overigens dat de aanbestedende diensten, voor zover het de overige percelen waarin zij de opdracht verdeelden betreft, soortgelijke eisen en voorwaarden hebben gehanteerd en veelal wél tot definitieve gunning zijn overgegaan. Overigens geven de aanbestedende diensten er gelet op de redactie van de laatste volzin van de derde alinea van uw brief blijk van dat risico zelf ook (zeer) beperkt te achten.

Voorts kan [Klager] niet plaatsen de stelling van de aanbestedende diensten dat zij streven naar een intensivering van de concurrentie en het gehanteerde budgetplafond bij nader inzien onnodig mededingingsbeperkend achten, wetende dat:

- de aanbestedende diensten de opdracht hebben verdeeld in 21 percelen;
- voor géén van die percelen geldt dat de aanbestedende diensten meer dan drie inschrijvingen hebben ontvangen;
- voor het merendeel van die percelen geldt dat de aanbestedende diensten slechts één binnen het budgetplafond passende inschrijving hebben ontvangen en daarin (terecht) geen beletsel hebben gezien de opdracht voor het betreffende perceel te gunnen op basis van het aanbestedingsresultaat;
- voor een aantal percelen geldt dat de aanbestedende diensten géén inschrijving hebben ontvangen en daarin (terecht) geen beletsel hebben ge-

- zien de opdracht voor het betreffende perceel één op één te gunnen volgens een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging;
- voor een aantal percelen geldt dat de aanbestedende diensten slechts twee inschrijvingen hebben ontvangen en daarin (terecht) geen beletsel hebben gezien de opdracht voor het betreffende perceel te gunnen op basis van het aanbestedingsresultaat;
 - de aanbestedende diensten uitsluitend voor de opdracht betreffende perceel 8 hebben besloten een nieuwe (openbare) aanbesteding in de markt te zetten.

Voor perceel 8 geldt dat de aanbestedende diensten ten minste één inschrijving hebben ontvangen die (i) geldig is (zie klacht iv) en (ii) past binnen het door de aanbestedende diensten vastgestelde budgetplafond, te weten de inschrijving van [Klager]. Niet valt vervolgens in te zien waarom de aanbestedende diensten de opdracht betreffende perceel 8 vanwege de wens om het concurrentieniveau te verbeteren besluiten niet te gunnen, daar waar voor veel andere percelen geldt dat zij in het zeer geringe aantal ontvangen inschrijvingen geen beletsel hebben gezien om tot definitieve gunning over te gaan (vgl. bijv. Vzr. Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8025, r.o. 4.20).

Tot slot slaan de aanbestedende diensten de plank mis, daar waar zij betogen:

"Als onnodig mededingingsbeperkende voorwaarden hebben onder meer te gelden (...) en de eis dat bepaalde vergunningen weliswaar na gunning doch voor uitvoering aan de opdrachtgever overhandigd dienen te worden terwijl het hebben van de juiste vergunningen gedurende de volledige looptijd van de opdracht reeds volgt uit wet- en regelgeving."

Daar waar een eis of voorwaarde enkel een bevestiging inhoudt van een verplichting die reeds voortvloeit uit de wet, kan van een onnodig mededingingsbeperkende eis of voorwaarde in geen geval sprake zijn.

Klacht IV

Ten onrechte leggen de aanbestedende diensten aan de beslissing tot intrekking van de aanbesteding betreffende perceel 8 (mede) de ongeldigheid van de inschrijving van [Klager] ten grondslag.

Toelichting

In uw brief overweegt u:

"Verder hebben we (onder meer) de eis met betrekking tot de maximale rijtijd voor de opdrachtgever van de milieuparken van [Beklaagde Z] en de locatie van [Beklaagde X] naar de overslag- en verwerkingslocatie van de opdrachtnemer, beoordeeld. De in de ingetrokken aanbesteding verplicht gestelde maximale rijtijd van 20 minuten is naar de markt zal menen disproportioneel, aangezien controle van de ontvangen inschrijvingen met betrekking tot die eis, heeft laten zien dat geen van de inschrijvers aan die eis kon voldoen. We verzoeken u er goede nota van te nemen dat indien de aanbestedende diensten perceel 8 niet ingetrokken zouden hebben, een herbeoordeling op zijn plaats geweest zou zijn, het gelijkheidsbeginsel daartoe zelfs genoopt zou hebben, waarvan gezien voornoemde tekortkomingen, de uitkomst zou zijn geweest dat de inschrijvingen ongeldig waren. Om dit te voorkomen, en met name om het daarmee gemoeide in tijdverlies te beperken, heeft de aanbesteders ertoe aan gezet tot intrekking over te gaan. Met andere woorden tegen een heraanbesteding kan reeds op deze grond niet

met succes worden opgekomen, mochten marktpartijen zulks al wensen gezien de verbeteringen van de aanbestedende diensten."

Indien de aanbestedende diensten daadwerkelijk van oordeel zijn dat de inschrijving van [Klager] op de aanbesteding betreffende perceel 8 ongeldig is, dan had het op de weg van de aanbestedende diensten gelegen om (i) niet tot intrekking van de aanbesteding te besluiten alvorens [Klager] van de ongeldigheid van haar inschrijving mededeling te doen en (ii) [Klager] eerst in staat te stellen tegen de terzijdelegging van haar inschrijving te ageren. Zou vervolgens in rechte de geldigheid van de inschrijving van [Klager] vast zijn komen te staan, dan zou tevens vast hebben gestaan dat de aanbestedende diensten vervolgens niet vanwege de ongeldigheid van de ontvangen inschrijvingen tot intrekking van de aanbesteding mochten besluiten.

[Klager] tekent daarbij aan dat zij bestrijdt dat haar inschrijving op perceel 8 door de aanbestedende diensten terzijde mag worden gelegd.

Zo bestrijdt [Klager] in de eerste plaats de juistheid van de (blote) stelling van de aanbestedende diensten dat zij niet zal kunnen voldoen aan de eis dat de maximale enkele rijtijd voor de stroom groenafval / grof tuinafval van de locaties [N, O en P van Beklaagde Z] en de locatie [Straatnaam] van [Beklaagde X] voor een vrachtwagen van 20T volgens Routenet maximaal 20 minuten mag bedragen (EGFT-1.8).

Zou het vorenstaande al anders zijn, dan is [Klager] bovendien van oordeel dat de aanbestedende diensten de eventuele ongeldigheid van de inschrijving van [Klager] met inachtneming van het bepaalde in artikel 2.130 Aw niet (meer) aan [Klager] kunnen tegenwerpen. Uit artikel 2.130 Aw volgt immers dat de mededeling van de gunningsbeslissing aan iedere inschrijver onder andere *alle* relevante redenen voor die beslissing dient te bevatten. De aanbestedende diensten zijn aldus niet gerechtigd om de redenen die zij aan die beslissing ten grondslag hebben gelegd op een later moment aan te vullen (MvT, *Kamerstukken II*, 32 440, p. 94/05 en HR 7 december 2012, LJN BW9233, KPN/Staat).

Vast staat dat de aanbestedende diensten in de mededeling van de gunningsbeslissing van 23 september 2016 geen gewag hebben gemaakt van de ongeldigheid van de inschrijving van [Klager]. Zo overwegen de aanbestedende diensten in de desbetreffende brief:

"Zorgvuldig uitgevoerde beoordeling van alle inschrijvingen voor perceel 8 heeft tot de conclusie geleid dat uw inschrijving ad EUR 874.898,54 conform bijlage 6.7 (Prijzenblad) niet als laagste inschrijving kan worden aangemerkt voor perceel 8."

Voor het eerst op 22 december 2016, nadat [Klager] (i) reeds een kort geding aanhangig maakte op basis van de gunningsbeslissing van 23 september 2016, (ii) tot intrekking van het kort geding besloot vanwege het besluit van de aanbestedende diensten om de aanbesteding van perceel 8 in te trekken en (iii) de aanbestedende diensten reeds herhaaldelijk schriftelijke en mondeling verzocht om die intrekkingbeslissing te motiveren, hebben de aanbestedende diensten [Klager] in kennis gesteld van het feit dat zij inmiddels van mening zijn dat de inschrijving van [Klager] op perceel 8 ongeldig is. Dat is volstrekt tardief.

Klacht V

De aanbestedende diensten miskennen dat enkel [Klager] besteksconform en geldig op de op 17 juni 2016 aangekondigde aanbesteding betreffende perceel 8

heeft ingeschreven en [Klager] derhalve voor gunning van de opdracht betreffende perceel 8 in aanmerking komt.

Toelichting

Voor een toelichting op deze klacht verwijzen wij korthedshalve naar de op 13 oktober 2016 betekende dagvaarding in kort geding.

Tot slot

De klachten zoals door middel van deze brief geformuleerd en toegelicht dient u te beschouwen als klachten zoals bedoeld in artikel 1 sub c van het Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts.

Wij verzoeken – en voor zover nodig sommeren – de aanbestedende diensten door middel van deze brief binnen een termijn van 7 dagen schriftelijk en inhoudelijk op onze klachten te reageren en ons te berichten of deze voor de aanbestedende diensten aanleiding zijn (i) de intrekkingbeslissing van 11 november 2016 te herroepen, (ii) de op 17 juni 2016 aangekondigde aanbesteding betreffende perceel 8 te vervolgen in de stand waarin deze zich direct voorafgaand aan de intrekkingbeslissing van 11 november 2016 bevond, (iii) de inschrijving van de combinatie bestaande uit de besloten vennootschappen Transport- en aannemingsbedrijf [A] en [B] ongeldig te verklaren, (iv) de gunningsbeslissing van 23 september 2016 betreffende perceel 8 in te trekken en (v) de opdracht betreffende perceel 8 te gunnen aan geen ander dan aan [Klager].

(...)'

- 1.13. Beklaagde X heeft op 19 januari 2017 als volgt gereageerd op de brief van klager:

'Geachte heer [Naam],

Uw klacht van 10 januari 2017 is in goede orde ontvangen. Zoals aangekondigd zijn de aanbestedende diensten volop bezig met de heraanbesteding van de dienstverlening in kwestie.

We hopen in dat kader uw inschrijving tegemoet te mogen zien.

Dezerzijds zien de aanbestedende diensten geen mogelijkheid of aanleiding de nieuwe aanbesteding op te schorten, de ingetrokken aanbesteding te laten herleven en een gunningsbeslissing te nemen (in de oude procedure). De klachten in uw brief missen belang en grond. Zulks reeds vanwege de vaststelling dat een (hypothetische) correcte voortzetting van de inmiddels ingetrokken aanbesteding niet geleid zou hebben tot gunning aan [Klager]. Van onwil dezerzijds aan [Klager] gunnen, indien zij al de hoogst gerangschikte rechtmatige inschrijving zou zijn geweest, kan dus geen sprake zijn (geweest). Wij begrijpen uw argument evenmin in het licht hiervan dat [Klager], die ongeldig had moeten zijn verklaard, ware de aanbesteding niet ingetrokken, thans, gezien de nieuwe procedure, de gelegenheid krijgt een geldige bieding te doen. Dat de aanbestedende diensten eerst na het uiten van een gunningsbeslissing die ongeldigheid hebben vastgesteld, maakt niet dat zij hun rechten hebben verspeeld daar alsnog jegens u een beroep op te doen. Sterker nog, het gelijkheidsbeginsel noopte de aanbestedende diensten ertoe, hadden zij gekozen voor voortzetting van de aanbesteding, hun omissie te herstellen en alsnog tot uitsluiting over te gaan.

Wat hier ook van zij, de intrekking van het gunningsvoornemen alsmede de aanbesteding op 11 november 2016, is effectief. De redenen voor intrekking zijn tij-

dig gegeven en niet strijdig met het aanbestedingsrecht. Onverplicht hebben we op 22 december 2016 nog een toelichting gegeven op de redenen voor intrekking van perceel 8 van de aanbesteding "Aftransport en verwerking Afvalstromen". Deze brief is een concretisering van het (gemotiveerde) intrekkingbesluit van 11 november 2016. Uw stelling dat de intrekking van 11 november 2016 juridisch geen effect zou hebben gesorteerd, omdat de intrekking onvoldoende, te laat of fout gemotiveerd zou zijn, is gezocht en onjuist. Immers, nergens in de wet is steun te vinden voor uw kennelijke standpunt dat het tijdstip of de kwaliteit van de motivering een constitutief karakter heeft. Intrekking zou bovendien juist doordat deze effect sorteert, hoogstens onrechtmatig kunnen zijn jegens een geldige inschrijver.

Het is aan een belanghebbende een dergelijke onrechtmatigheid tijdig te onderbouwen en aan te tonen. Het is zinloos in deze brief te speculeren over de onrechtmatigheid omdat de aanbestedende diensten niet onrechtmatig gehandeld hebben jegens enige inschrijver.

De brief van 22 december 2016 geeft de redenen die aan intrekking ten grondslag hebben gelegen en daar hebben de aanbestedende diensten geen afwijkende redenen aan toe te voegen. Gezien het voorgaande missen uw klachten belang en grond en dienen deze derhalve verworpen te worden.

Aan uw sommaties uit uw brief van 10 januari 2017 wordt geen gevolg gegeven.

De nieuwe aanbesteding is volop in voorbereiding en wordt op korte termijn gepubliceerd. Voor het geval u ondanks het voorgaande meent dat het heraanbesteden, als zodanig, onrechtmatig is had u daartegen (reeds) in rechte kunnen en moeten opkomen. In het kader van de rechtszekerheid stellen we u in de gelegenheid uiterlijk 20 dagen na dagtekening dezes middels een kort geding een verbod te vorderen tegen de heraanbesteding mocht u zich met het feit dat heraanbesteed wordt niet kunnen verenigen.

Vertrouwende u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd,'

- 1.14. Beklaagde X heeft op 20 januari 2017 een nieuwe Europese openbare procedure aangekondigd voor drie raamovereenkomsten voor beklaagden X, Y en Z voor diensten tot transport en verwerking van de afvalstroom groenafval en houtsnippers.
- 1.15. Op 24 januari 2017 heeft klager een klacht ingediend bij deze Commissie.

2. Beschrijving klacht

- 2.1. De Commissie onderscheidt de volgende klachten.

- 2.2. Klachtonderdeel 1

Beklaagden hebben in strijd met artikel 2.103 Aw 2012 en artikel 55 Richtlijn 2014/24/EU gehandeld doordat zij hebben verzuimd de redenen die aan die intrekkingbeslissing ten grondslag liggen zo spoedig mogelijk, althans binnen 15 dagen, op eigen initiatief dan wel op verzoek van klager aan klager mede te delen.

- 2.3. Klachtonderdeel 2

De redenen waarop beklaagden de aan klager medegedeelde intrekkingbeslissing baseren kunnen die beslissing volgens klager niet dragen. Beklaagden heb-

ben ten onrechte aan de beslissing (mede) de (vermeende) ongeldigheid van de inschrijving van klager ten grondslag gelegd.

2.4. Klachtonderdeel 3

Beklaagden miskennen dat enkel klager besteksconform en geldig heeft ingeschreven en derhalve voor gunning van de opdracht in aanmerking komt, omdat de inschrijving van de combinatie A en B niet aan eis AE-4.1 betreffende de omgevingsvergunning voldoet.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

Klager herhaalt hetgeen zij in haar brief van 10 januari 2017 in het kader van 'Klacht I' en 'Klacht II' heeft aangevoerd (zie 1.12 hiervoor).

3.2. Klachtonderdeel 2

Klager herhaalt hetgeen zij in haar brief van 10 januari 2017 in het kader van 'Klacht III' en 'Klacht IV' heeft aangevoerd (zie 1.12 hiervoor).

3.3. Klachtonderdeel 3

Net als in haar brief van 10 januari 2017 verwijst klager ter onderbouwing van haar standpunt dat zij als enige besteksconform en rechtsgeldig heeft ingeschreven, naar de op 13 oktober 2015 betekende kort gedingdagvaarding (zie 1.6 en 1.7 hiervoor).

4. Reactie beklaagde

4.1. Alvorens op de afzonderlijke klachtonderdelen te reageren, merken beklaagden het volgende op.

4.1.1. Beklaagden merken allereerst op dat zij verrast zijn over de beslissing van klager de Commissie te verzoeken te adviseren om een sinds geruime tijd ingetrokken aanbesteding te doen herleven en zelfs een nieuwe aanbesteding, waarover niet geklaagd is, te schorsen of zelfs in te trekken.

4.1.2. Daarnaast stellen beklaagden dat enerzijds door de gebrekkige onderbouwing van klager en anderzijds door de korte termijnen die de Commissie gesteld heeft beklaagden onvoldoende in staat zijn naar behoren zaken uit te zoeken, het verweer onderling af te stemmen en te reageren op de beschuldigingen van klager.

4.1.3. Beklaagden wijzen erop dat hoewel de raadsman van beklaagden als contactpersoon genoemd is in de klacht, de wederpartij, evenals overigens de Commissie, verzuimd hebben de klacht aan de raadsman te verstrekken. Dat is in strijd met een goede procesorde en daardoor is kostbare tijd verloren gegaan. Beklaagden kunnen niet anders dan, gezien de te korte termijn, een summier en voorlopig verweer indienen.

4.1.4. Voorts merken beklaagden op dat gezien het reglement van de Commissie de adviezen van de Commissie afgegeven moeten worden met eerbiediging van het beginsel van hoor en wederhoor. Gelet op de inhoud van de klachten van klager

alsmede de gang van zaken, menen beklagden dat van hoor en wederhoor geen althans onvoldoende sprake is geweest.

- 4.1.5. Beklaagden stellen zich op het standpunt dat zij van de Commissie, zoals hierboven aan de orde kwam, onvoldoende tijd hebben gekregen om behoorlijk op de klachten te reageren. De daarvoor aangevoerde reden, te weten dat er spoed zou zijn ontstaan omdat beklagden de nieuwe aanbesteding niet willen schorsen, kan de wens kortere termijnen te stellen niet rechtvaardigen. Volgens beklagden zien de klachten, gelet op hun inhoud, namelijk niet op de nieuwe aanbesteding, maar enkel op de vraag of de oude aanbesteding (uiteindelijk) op een correcte wijze is ingetrokken. Nu geen, althans onvoldoende, klachten tegen de lopende aanbesteding zijn geëntameerd valt niet in te zien waarom beklagde geen redelijke termijn voor een reactie gegund zou kunnen worden.
- 4.1.6. Daarnaast heeft het advies van de Commissie volgens beklagde rechtens niet het karakter van een spoedprocedure of een voorziening. Een middel dat overigens wel open stond voor klager (zelfs aanhangig was en die klager heeft ingetrokken). Beklaagden stellen zich op het standpunt dat gezien het (onverbindende) rechtskarakter van de adviesprocedure (zijnde geen rechtsmiddel) enerzijds en het bestaan van de mogelijkheid een spoedprocedure of een voorziening te entameren (zijnde wel een rechtsmiddel) anderzijds, het in strijd zou zijn met de wet de adviesprocedure langs oneigenlijke weg alsnog te "upgraden" naar de status van een (spoed)rechtsmiddel. In feite gebeurt dit hier volgens beklagden wel en zij verzetten zich daartegen.
- 4.1.7. Beklaagden stellen vast dat de termijnen door de Commissie worden verkort met het oog op, in de ogen van de Commissie, spoed die ontstaan zou zijn door weigering van beklagden de lopende aanbesteding op te schorten. Dusdoende maakt de Commissie volgens beklagden een inbreuk op het recht van hoor en wederhoor dat beklagden is toegekend en waarvan de wet de Commissie niet de bevoegdheid geeft hier vanaf te wijken in spoedgevallen. Spoed kan die inbreuk niet rechtvaardigen nu de wetgever voor die gevallen een spoedrechtsmiddel heeft gecreëerd (kort geding) waar klager, gezien intrekking van het kort geding, wilens en wetens van afgezien heeft. Om schorsing van de nieuwe aanbesteding kan door klager verzocht worden in kort geding. Beklaagden menen dat de Commissie haar verzoek en toezegging later te reageren ten onrechte heeft afgewezen.
- 4.1.8. Gelet op de korte termijn voor een reactie, is de inhoud van onderhavige reactie op de klacht een korte uiteenzetting van het verweer van beklagden en wel van dien aard, dat dit verweer geenszins als uitpuittend gezien kan en mag worden.
- 4.1.9. Dat spanning die is ontstaan tussen de kennelijke wens van de Commissie een advies te geven die ook de nieuwe aanbesteding aangaat enerzijds en het recht op hoor en wederhoor bij de klachtbehandeling anderzijds, is volgens beklagden te wijten aan klager. In dat verband geldt dat klager op de hoogte was van het intrekken van de aanbesteding (al dan niet naar de eisen van de wet gemotiveerd) op een tijdstip ver vóór intrekking door haar van het op 13 oktober 2016 geëntameerde kort geding.
- 4.1.10. Beklaagden stellen dat in dat kort geding, zo nodig na een wijziging van eis, op vordering van klager, tijdig en met voldoende waarborgen door de rechter had kunnen worden vastgesteld, ware de rechter die mening toegedaan, dat de oude aanbesteding had moet worden voortgezet. Met het oog op rechtszekerheid en spoedige behandeling van aanbestedingszaken (Grossman-jurisprudentie) was klager gehouden in het lopende kort geding haar klacht aan de orde te stellen, mede aangezien dusdoende ook het recht op hoor en wederhoor (beter) gewaar-

borgd zou zijn geweest en waarbij belanghebbende derden zich ook hadden kunnen uitlaten. Doorgang van het kort geding heeft klager echter niet gewenst en naar de mening van beklaagden heeft zij het kort geding zomaar ingetrokken op 17 november 2016.

- 4.1.11. Kennelijke aanleiding en reden voor intrekking van het kort geding door klager was volgens beklaagden de intrekking van de aanbesteding. Hieruit kan volgens beklaagden afgeleid worden dat klager van mening was dat het niet opportuun was te procederen tegen intrekking van de aanbesteding. Het is in strijd met de beginselen gepropageerd in de Grossmann-jurisprudentie alsook de beginselen van (precontractuele) goede trouw dat klager vervolgens maanden later haar mening herziet en een klacht indient bij de Commissie om te bepleiten dat de (oude) aanbesteding (die onderwerp was van het ingetrokken kort geding) geacht moet worden niet te zijn ingetrokken en daarvan een vervolg te vorderen.
- 4.1.12. Op die basis dient de Commissie de klachten volgens beklaagden dan ook niet ontvankelijk te verklaren. De opschortende termijn ex artikel 2:127 AW 2012 om bij een hypothetisch bestaan of herleven van de oude aanbesteding en in feite dus het herleven van oude gunningsbeslissing (lopende aanbesteding), nog met succes op te komen, is bovendien verlopen. Beklaagden stellen zich op het standpunt dat het dan ook onverenigbaar zou zijn met het aanbestedingsrecht, en in zoals gezegd niet ontvankelijk, langs deze oneigenlijke weg, te willen bewerkstelligen nog een "uitspraak" te krijgen (al is het een onverbindend advies) terwijl er volop gelegenheid bestond een en ander in het lopende kort geding aan de orde te stellen, zonder dat door te korte termijnen het recht van beklaagden gehoord te worden, zou zijn gefrustreerd.
- 4.1.13. Beklaagden merken nogmaals op dat zij zich op het standpunt stellen dat klager haar rechten heeft verspeeld om op te komen tegen de ingetrokken aanbesteding, door intrekking van het kort geding gericht tegen de ingetrokken aanbesteding.
- 4.1.14. Beklaagden wijzen nogmaals op de Grossman-jurisprudentie waaruit volgens beklaagden volgt dat van inschrijvers proactief handelen verwacht wordt om het verloop van de aanbesteding waarover geklaagd wordt niet onnodig te frustreren. Dit houdt volgens beklaagden in dat op klager een rechtsplicht rustte om, vanaf het moment dat zij meende dat de ingetrokken aanbesteding toch niet was ingetrokken, daarover niet alleen direct te klagen maar ook te handelen wanneer het antwoord op de klacht voor haar niet voldoende was.

4.2. Klachtonderdeel 1

- 4.2.1. Naar de mening van beklaagden stond vast dat klager vóór intrekking van het kort geding op de hoogte was van het feit dat beklaagden die betreffende aanbesteding hadden ingetrokken. Voor zover relevant wijzen beklaagden er op dat de intrekking juist aanleiding heeft gevormd het kort geding in te trekken. Intrekking heeft plaatsgevonden op 11 november 2016 en de kort geding zitting stond pas gepland voor 21 november 2016. Er was dus al een kort geding gepland en er was nog ruim voldoende tijd voor klager om zich in dat kort geding te beklagen over de volgens haar niet geëffectueerde althans onrechtmatige intrekking. Waar beklaagden mochten verwachten dat klager dit kort geding zou gebruiken om eventuele klachten omtrent het intrekken aan de rechter voor te leggen, heeft klager het kort geding ingetrokken. Dientengevolge stellen beklaagden dat zij, maar ook derden, er op mogen vertrouwen dat de nieuwe aanbesteding door klager niet meer ongedaan zou worden gemaakt op grond van de redenering dat op basis van de oude aanbesteding aan klager gegund zou moeten worden. Volgens beklaagden verzoekt klager de Commissie in strijd met de beginselen van

het aanbestedingsrecht zoals het (gerechtvaardigd) vertrouwen en de eerbiediging van de rechtszekerheid toch om een advies met een dergelijke strekking. Dat advies kan volgens beklagden dan ook niet gegeven worden.

- 4.2.2. Dat op 11 november 2016 de redenen voor intrekking nog niet formeel aan klager waren medegedeeld, doet volgens beklagden aan het voorgaande niet af. De reden daarvoor is eenvoudig: klager meent nu juist dat het ontbreken van die redenen op 11 november 2016 maakt dat van intrekking geen sprake was en dat de oude aanbesteding dus doorliep. Dat stelt zij ook met zoveel woorden in de klacht. Gezien dat uitgangspunt van klager had zij dan ook geen enkele reden om het kort geding, het rechtsmiddel voor een inschrijver bij uitstek om te klagen over een aanbesteding, in te trekken. Door in te trekken, heeft klager haar rechten verwerkt om alsnog op te komen tegen beslissingen (zij het gunningsbeslissingen of intrekkingbeslissingen) van beklagden die op de ingetrokken aanbesteding betrekking hebben. Derhalve dient de Commissie op die grond de klachten af te doen. Dit standpunt van beklagden wordt nog versterkt doordat klager maar liefst tot 24 januari 2017 heeft gewacht met klagen bij de Commissie, terwijl zij reeds op 11 november 2016 op de hoogte was van de intrekking.
- 4.2.3. Beklagden stellen dat de motivering voor de intrekking van de oude aanbesteding adequaat is geweest. Voorop staat volgens beklagden dat het beschrijvend document (de aanbestedingsleidraad) in artikel 3.1 en dan punt 12 het voorbehoud kent dat beklagden zich te allen tijde het recht voorbehouden om de aanbesteding in te trekken. Van dat voorbehoud, waar klager mee heeft ingestemd door het doen van een inschrijving (en waarover door geen enkele inschrijver vragen zijn gesteld), hebben beklagden gebruik gemaakt. Dat voorbehoud gaf beklagden het recht in te trekken zonder dat zij hiervoor redenen hoefden aan te dragen en derhalve is een motivering van de intrekking niet vereist, althans heeft klager hier volgens beklagden geen aanspraak op.
- 4.2.4. Dit leidt er volgens beklagden toe dat klager ermee heeft ingestemd dat zij geen (in haar ogen geldige) redenen voor intrekking behoeft te verkrijgen en dat de enkele mededeling voldoende is. Die mededeling hebben beklagden per brief van 11 november 2016 gedaan. Beklagden stellen dat daarmee op 11 november 2016 de aanbesteding is ingetrokken.
- 4.2.5. Overigens stellen beklagden dat zelfs in het geval waarin zij in de ingetrokken aanbesteding gehouden waren om een intrekkingbeslissing vergezeld te doen gaan van redenen voor intrekking, dit niet betekent dat intrekking niet daadwerkelijk heeft plaatsgevonden op 11 november 2016. Volgens beklagden is een motivering voor (zowel een gunningsbeslissing als) een intrekkingbeslissing geen constitutief vereiste in die zin dat intrekking geacht moet worden niet te zijn gedaan (dus intrekking geen effect verkrijgt) indien deze niet of onvoldoende is gemotiveerd. Volgens beklagden biedt de wet geen aanknopingspunt voor een andere conclusie, te weten dat motivering wel een constitutief vereiste zou zijn. Artikel 2.103 Aw 2012 noch artikel 2.130 Aw 2012 bepalen dat het ontbreken van (voldoende) motivering met zich zou brengen dat de intrekking (juridisch) geen effect sorteert. Ook recente jurisprudentie onderschrijft dit (zelfs) waar het gaat om een gunningsbeslissing en die jurisprudentie geldt naar analogie voor de intrekkingbeslissing. Zelfs bij een gunningbeslissing die de spil is van de rechtsbescherming, wordt aan het ontbreken van (voldoende) motivering slechts het rechtsgevolg verbonden dat de opschortende termijn ex artikel 2.127 Aw 2012 niet is gaan lopen. Dat die termijn niet is gaan lopen, betekent echter niet dat geen gunningsbeslissing is genomen of die beslissing geacht moet worden niet te zijn genomen. Bij de intrekkingbeslissing bevat de wet geen rechtsgevolg voor het ontbreken van (voldoende) motivering. Het voorgaande betekent dan ook dat het rechtsgevolg dat klager toekent aan het in eerste instantie ontbreken van

voldoende motivering voor de intrekking, te weten dat intrekking niet zou hebben plaatsgevonden, onjuist is.

4.2.6. Daarnaast voeren beklagden aan dat klager op 22 december 2016 per brief een uitgebreide motivering voor de intrekking heeft ontvangen, waardoor zelfs al zou de Commissie het standpunt van klager (geen intrekking zonder motivering) volgen, die intrekking dan uiterlijk op 22 december 2016 alsnog heeft plaatsgevonden. Beklaagden volgen het standpunt van klager niet dat op geen enkel moment intrekking zou (kunnen) hebben plaatsgevonden, nu de motivering later is ontvangen dan de intrekking op 11 november 2016. Die stelling is volgens beklagden innerlijk tegenstrijdig. Beklaagden stellen dat zelfs als op 11 november 2016 geen intrekking zou hebben plaatsgevonden vanwege het ontbreken van een (uitgebreidere) motivering, hetgeen beklagden betwisten, dat in de logica van klager dan betekend zou moeten hebben dat intrekking alsnog effect zou hebben verkregen op het moment dat die motivering alsnog verstrekt is.

4.2.7. Volgens beklagden staat voorop dat de bevoegdheid van beklagden om gedurende iedere stand in de procedure in te trekken door klager niet wordt betwist. Volgens beklagden valt dan ook niet in te zien op welke wijze de intrekking (op 11 november dan wel op 22 december) onrechtmatig zou zijn, laat staan welke schade klager (een volgens beklagden ongeldige inschrijver) hiervan heeft.

4.3. Klachtonderdeel 2

4.3.1. Voorts zijn beklagden van mening dat ook de klacht omtrent de redenen die genoemd zijn door beklagden in hun brief van 22 december 2016 niet slaagt. Uit de Europese jurisprudentie en de daarop gebaseerde Nederlandse jurisprudentie volgt volgens beklagden dat het beginsel van contractsvrijheid leidend is. Naar de mening van beklagden brengt dit beginsel met zich dat een aanbestedende dienst bevoegd is om een aanbesteding in te trekken en dat daaraan niet getornd kan worden. Er bestaat geen rechtsplicht om over te gaan tot het sluiten van een overeenkomst, zeker niet als in de aanbestedingsdocumentatie ter zake een expliciet voorbehoud is gemaakt dat de inschrijvers geaccepteerd hebben. Zelfs het feit dat de inschrijving van de enige geldige inschrijver te hoog wordt geacht, kan een geldige reden voor intrekking zijn. Beklaagden menen dan ook dat er voor intrekking absoluut geen sprake hoeft te zijn van een uitzonderlijke situatie of van gewichtige redenen.

4.3.2. Beklaagden betwisten de stelling van klager dat zij zouden hebben ingetrokken in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen en dat zulks zou blijken uit de redenen die aan de intrekking ten grondslag liggen. Volgens beklagden blijkt uit de klacht enkel dat klager zich niet kan vinden in de redenen die beklagden hebben gegeven, maar dat betekent nog niet dat die redenen inbreuk maken op de beginselen. Volgens beklagden levert klager, die daarvan wel de bewijslast draagt, geen enkel bewijs.

4.3.3. Beklaagden hebben in hun brief van 22 december 2016 diverse redenen voor intrekking genoemd. Tevens hebben zij er melding van gemaakt, dat klager er goede nota van moest nemen dat en waarom haar inschrijving ongeldig was. Die ongeldigheid van klager hebben beklagden op zichzelf niet als reden aan de intrekking ten grondslag gelegd, maar het vormt, in combinatie met het standpunt van klager dat de oorspronkelijke winnaar ongeldig is, een imperatieve reden voor intrekking, aangezien dan alle inschrijvers ongeldig waren. Dus mocht de Commissie het standpunt van klager dat de oorspronkelijke winnaar ongeldig was onderschrijven, dan luidt de conclusie dat voor klager, die immers ook zelf ongeldig had ingeschreven (en geacht mag worden dat te weten), ten tijde van de intrekking evident moet zijn geweest dat voor beklagden (ook) imperatieve gron-

den bestonden voor intrekking welke dan gelegen waren in de ongeldigheid van alle inschrijvers. Ongeldigheid van alle inschrijvers is een reden voor intrekking van de aanbesteding. Beklaagden hebben ook melding gemaakt van hun beslissing strekkende tot ongeldigheid van klager. Daarmee was klager volgens beklagden ook voldoende geïnformeerd en was haar duidelijk dat de intrekking jegens haar niet onrechtmatig was, zelfs indien (en ongeacht of) de (verdere) motivering van de intrekkingstekortkomingen zou vertonen. Beklaagden stellen zich op het standpunt dat uit dien hoofde het gevraagde advies dient te worden afgewezen.

- 4.3.4. De redenen die beklagden hebben gegeven voor de intrekking zijn legio en volgen volgens beklagden alle uit de brief van 22 december 2016. Kritiek uit de markt, mogelijke problemen met betrekking tot de rechtmatigheid van bepaalde eisen en een te laag concurrentieniveau vormen de redenen voor intrekking. Het beginsel van contractsvrijheid behelst dat een aanbestedende dienst vrij is om, wanneer zij denkt dat de (inhoud van) de opdracht beter of anders kan, ervoor te kiezen om de aanbesteding in te trekken en een nieuwe aanbesteding te beginnen. Uiteraard voldoen beklagden aan de voorwaarde voor heraanbesteding, te weten dat de nieuwe opdracht wezenlijk is gewijzigd ten opzichte van de ingetrokken aanbesteding. De beginselen zijn volgens beklagden dus niet geschonden.
- 4.3.5. Beklaagden vrezen dat voor de opdracht een te laag concurrentieniveau tot stand was gekomen, hetgeen beklagden wat betreft het in de klacht ter discussie staande perceel aanleiding gaf de aanbesteding in te trekken en de opdracht dusdanig aan te passen opdat meer concurrentie(druk) mogelijk zou zijn. Een te laag concurrentieniveau (of dat het geval is, is aan de aanbestedende dienst) rechtvaardigt intrekking zonder meer. Zonder uitpuittend te willen zijn, geldt dat diverse beperkende voorwaarden zijn geschrapt in de nieuwe aanbesteding, hoewel klager vindt dat de oorspronkelijke eisen niet of niet ernstig mededingingsbeperkend waren. Dat is een subjectieve stelling die volgens beklagden te verklaren is door het feit dat zij denkt dat zij wel kon inschrijven, en deze stelling wordt door beklagden betwist. Ter onderbouwing van die betwisting stellen beklagden dat het schrappen of versoepelen van die eisen (zoals beklagden hebben gedaan in de nieuwe aanbesteding) de concurrentie(druk) versterkt.
- 4.3.6. In de jurisprudentie (Croce Amica-arrest) en ook in de adviezen van de Commissie is volgens beklagden bovendien aanvaard dat een aanbesteding volgens de procedure van de Europese openbare aanbesteding die slechts één enkele (geldige) inschrijver oplevert, als mislukt moet worden beschouwd wegens een te laag concurrentieniveau. Bezien vanuit de stellingen van klager betekent ongeldigheid van de oorspronkelijke winnaar op zichzelf al dat beklagden voldoende grond hebben om tot intrekking over te gaan. Een en ander nog los van de overige redenen die zij hebben aangevoerd.
- 4.3.7. Beklaagden hebben ook de aanbestedingsdocumentatie voor de nieuwe aanbesteding overgelegd. Voor gedane aanpassingen in de nieuwe aanbesteding verwijzen beklagden bijvoorbeeld naar het schrappen van de eis omtrent de maximale rijtijd die thans op een compleet andere wijze is geformuleerd en die naar verwachting een grotere concurrentie tot gevolg heeft. Ook is het niet meer vereist voor inschrijvers om vergunningen nog voor de start van de uitvoering van de opdracht te overhandigen, hetgeen uiteraard disproportioneel was. Daarnaast is het budgetplafond losgelaten, hetgeen naar de mening van beklagden eveneens een concurrentievergrotende invloed zal hebben. Tevens is de looptijd van de overeenkomst aanzienlijk verruimd, teneinde het voor marktpartijen aantrekkelijker te maken om op de opdracht in te schrijven.

- 4.3.8. De nieuwe aanbesteding is volgens beklagden een wezenlijke wijziging ten opzichte van de ingetrokken aanbesteding. Door het wijzigen van de eisen omtrent de vereiste vergunningen, is een wezenlijke wijziging van de opdracht gerealiseerd en bovendien geldt dat alle andere wijzigingen die zijn aangebracht afzonderlijk en in samenhang bezien eveneens een wezenlijke wijziging inhouden. Dat de nieuwe opdracht wezenlijk is gewijzigd, is in confesso tussen partijen. Beklagden wijzen ten bewijze daarvan op randnummer 26 van de kort geding dagvaarding van klager, waarin klager aangeeft een wijziging van de vergunningseis, van welke aard dan ook, als een wezenlijke wijziging te beschouwen.
- 4.3.9. Voor de ingetrokken aanbesteding zijn volgens beklagden slechts twee inschrijvingen ontvangen. Inmiddels is de nieuwe aanbesteding gestart en is de eerste Nota van Inlichtingen uitgebracht. Niet alleen is volgens beklagden nu gebleken dat er veel minder commentaar en kritiek uit de markt is gekomen op de aanbesteding, maar ook hebben meer partijen dan voorheen vragen gesteld. Onder de vragenstellers zijn ook andere partijen dan de twee die op de ingetrokken aanbesteding hebben ingeschreven. Hiermee wordt naar de mening van beklagden duidelijk dat de aanpassingen die zij hebben aangebracht een concurrentieverhogend effect hebben gehad.
- 4.3.10. Beklagden menen dat klager een drogreden hanteert daar waar zij tracht te betogen in haar onderbouwing van de klachten dat andere percelen dan het ingetrokken perceel 8 van de aanbesteding met evenveel of minder concurrentie wel zijn gegund door (een van) beklagden en dat zulks eraan in de weg staat om perceel 8 in te trekken. Beweegredenen in andere percelen zijn volgens beklagden niet relevant en het staat een aanbestedende dienst vrij om per perceel en dus per opdracht een afweging te maken over wel of geen intrekking en het feit dat in een bepaald perceel niet voor intrekking is gekozen (waar dat mogelijk wel had gekund), maakt niet dat daarmee de bevoegdheid is verloren om een ander perceel wel in te trekken.
- 4.3.11. Volgens beklagden heeft klager zelf al in haar klacht erkend dat diverse eisen uit de aanbesteding mogelijk niet rechtmatig waren. Het enkele feit dat daarover geen procedures zijn gestart, betekent niet dat het beklagden niet vrij stond om zich na ampel beraad die kritiek aan te trekken en de eisen dusdanig te willen wijzigen dat er een zekere marge zou ontstaan ten aanzien van de rechtmatigheid van de eisen om zo de kritiek uit de markt weg te nemen en dus het concurrentieniveau te verhogen. Voor het wijzigen van de eisen is intrekking evenwel noodzakelijk, dus dat hebben beklagden gedaan.
- 4.3.12. Beklagden gaan vervolgens in op de ongeldigheid van de inschrijving van klager.
- 4.3.13. Het oude technisch bestek bevat in artikel EGFT-1.8 de volgende bepaling:
- 'De maximale enkele rijtijd voor de stroom groenafval/grof tuinafval van de locaties [N], [O] en [P] van [Z] en de locatie [Straatnaam] van [Beklaagde X] bedraagt voor een vrachtwagen van 20T volgens Routenet: 20 minuten.'
- 4.3.14. Dit is volgens beklagden een heldere en objectieve eis. Het belang van de opdrachtgevers (in dit geval beklagden X en Z, die zelf het transport naar de locatie van de opdrachtnemer verzorgen) is dat zij (vanwege kosten- en tijdbeheersing) maximaal 20 minuten willen rijden naar de locatie van de opdrachtnemer. Klager gaf volgens beklagden aan gebruik te willen maken van een locatie in C en een locatie in S. Om precies te zijn, gaat het volgens beklagden om locaties aan [Adres 1] en aan [Adres 2]. Vanaf het milieupark P van Z (gevestigd aan [Adres 3]) wil Z blijkens de eis dus maximaal 20 minuten (rijtijd berekend met

het programma Routenet) rijden naar een van de locaties die klager beschikbaar heeft voor deze opdracht.

- 4.3.15. Uit een door beklagden bij de reactie op de klacht aan de Commissie overgelegde bijlage 1 blijkt volgens beklagden dat de rijtijd vanaf P naar de locatie C 26 minuten bedraagt en de rijtijd vanaf P naar de locatie in S maar liefst 30 minuten bedraagt. Daarmee staat volgens beklagden vast dat klager blijkens haar inschrijving niet voldoet aan de eis van maximaal 20 minuten. Hiermee staat volgens beklagden dus vast dat de inschrijving van klager niet voldeed en dus als ongeldig ter zijde moest worden gelegd.
- 4.3.16. Het standpunt van klager dat beklagden zich niet, althans niet meer, op de ongeldigheid van haar inschrijving zouden kunnen beroepen, snijdt volgens beklagden geen hout. Het staat een aanbestedende dienst te allen tijde vrij om de gunningsbeslissing in te trekken en desgewenst een nieuwe, andersluidende gunningsbeslissing te nemen dan wel om de aanbesteding in te trekken, iets wat beklagden zonder meer gedaan zouden hebben indien zij de oude aanbesteding hadden willen voortzetten. Dat is, anders dan hetgeen klager lijkt te willen bepleiten in haar klacht, niet een omstandigheid waar artikel 2.130 Aw 2012 op ziet. Die bepaling ziet volgens beklagden slechts op het naderhand aanvullen van de motivering voor een gunningsbeslissing en staat niet in de weg aan de bevoegdheid, zelfs plicht, een onjuiste beslissing in te trekken met het oog op handhaving van het gelijkheidsbeginsel. Dat laatste, het zij herhaald, zouden beklagden hebben gedaan, indien zij de oude aanbesteding zouden hebben willen voortzetten.
- 4.3.17. Beklagden hebben, mede naar aanleiding van klachten van klager, alle inschrijvingen van de oude aanbesteding nogmaals onder de loep genomen. Daarbij is in ieder geval geconstateerd dat klager ongeldig had moeten worden verklaard vanwege voornoemde reden die aan de aandacht van beklagden was ontsnapt. Beklagden stellen dat het een omissie van hun kant betreft en dat zij gehouden waren die omissie te herstellen wanneer zij de oude aanbesteding zouden hebben voortgezet en aldus hadden zij een nieuwe gunningsbeslissing moeten nemen die inhoudt dat klager ongeldig was. Vaste jurisprudentie gebaseerd op het SAG arrest en het Manova arrest is namelijk dat het gelijkheidsbeginsel ertoe noopt dat een aanbestedende dienst een omissie (zelfs wanneer die aan haar is te wijten) alsnog herstelt wanneer deze ontdekt wordt. Het gelijkheidsbeginsel staat er aan in de weg dat wordt gegund aan een ongeldige inschrijver.
- 4.3.18. Ook geldt volgens beklagden dat zij niet verplicht waren om voorafgaand aan hun beslissing tot intrekking inschrijvers in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de (on)geldigheid van hun inschrijving die ingediend was in de in te trekken aanbesteding. Klager had dat volgens beklagden in het kort geding kunnen doen, maar daarvan heeft zij afgezien, om thans, veel later (te laat) te klagen bij de Commissie. Bij brief van 19 januari 2017 hebben beklagden klager ten overvloede nogmaals in de gelegenheid gesteld om een kort geding te entameren om haar klachten aangaande de intrekking van de oude aanbesteding (die immers in de visie van klager zouden reflecteren op de nieuwe aanbesteding) aan de rechter voor te leggen. Wederom een kans en uitnodiging tot proactief handelen die klager laat lopen. De klacht van klager dat zij geen rechtsmiddel tegen haar ongeldigheid zou kunnen aanwenden, is dus ongegrond.

4.4. Klachtonderdeel 3

- 4.4.1. Beklagden constateren dat klachtonderdeel 3 betrekking heeft op de inschrijving van een derde (die een lagere prijs had aangeboden dan klager en derhalve de aanbesteding had gewonnen). Die inschrijving zou ongeldig zijn geweest op

grond van de redenen die klager heeft aangevoerd in haar kort geding, dat zij later heeft ingetrokken. De redenen van klager hielden volgens beklagden in dat de winnaar ongeldig zou hebben ingeschreven omdat hij niet zou kunnen nakomen in verband met het (vermeende) ontbreken van een toereikende vergunning.

- 4.4.2. Die stelling betwisten beklagden. Zij stellen echter voorop dat van hoor en wederhoor geen sprake is en dat deze klacht van klager buiten de bevoegdheid van de Commissie valt. Beklagden stellen dat het voor de Commissie immers onmogelijk is een (advies)uitspraak te doen die inhoudt dat aan klager gegund moet worden indien de oorspronkelijke winnaar niet eens in de gelegenheid is gesteld gehoord te worden. Het is volgens beklagden dus evident dat ten aanzien van die klacht onvoldoende hoor en wederhoor zou kunnen plaatsvinden, waardoor het door klager gewenste advies niet gegeven kan worden.
- 4.4.3. Daarnaast merken beklagden het volgende op. Om de geldigheid van inschrijvingen van andere inschrijvers en de gunningsbeslissing aan te vechten, bestaat het rechtsmiddel van een kort geding, dat klager zelf heeft laten varen. De Commissie is hier gezien de wetsgeschiedenis niet voor in het leven geroepen. De procedure bij de Commissie voorziet niet in een procedure om te oordelen omtrent klachten over de geldigheid van een inschrijving anders dan die van de klager zelf, reden waarom de Commissie zich over de inschrijving van een derde niet kan en mag uitlaten.
- 4.4.4. Het intrekken van het kort geding heeft overigens tot gevolg dat klager niet meer kan opkomen tegen de ingetrokken gunningsbeslissing, nu de daarvoor bestaande termijn ex artikel 2.127 Aw 2012 is verstreken. Ook de Commissie is gezien het voorgaande niet bevoegd om van een dergelijke klacht kennis te nemen, althans dient deze af te wijzen aangezien het voorshands in strijd zou zijn met het beginsel van rechtszekerheid, welk beginsel is geformaliseerd in de wettelijke termijnen gegeven voor het kunnen opkomen tegen aanbestedingen, en beklagden te adviseren de oude procedure nog voort te zetten, nadat klager de wettelijke termijnen op te komen tegen die aanbesteding willens en wetens heeft laten verlopen en de aanbestedende dienst en derden, in vertrouwen dat de oude procedure geëindigd was, een nieuwe procedure gestart zijn.
- 4.4.5. Subsidiar geldt dat – zou de Commissie desondanks toch inhoudelijk willen oordelen over die klacht – de derde in kwestie in het bezit was van een toereikende vergunning met voldoende capaciteit voor de verwerking en overslag van groenafval voor de overslaglocatie in Maastricht waar de oorspronkelijke winnaar mee had ingeschreven. De oorspronkelijke winnaar heeft, voor zover relevant, bij de Provincie [Q] capaciteitsuitbreiding van de betreffende vergunning verkregen zodat op het contractueel vereiste moment een vergunde locatie beschikbaar is.
- 4.4.6. Beklagden zijn overigens in het bezit van de vergunning. Daarmee staat volgens beklagden vast dat de oorspronkelijke winnaar (het contract dat aanbesteed was) zou kunnen nakomen waar dat betreft de vergunning en klager aldus niet kan worden gevolgd in haar standpunt dat deze partij vanwege onvoldoende vergunde capaciteit ongeldig is.

5. Aanvullende informatie

- 5.1. Naar aanleiding van de onderbouwing van de stelling van beklagden in hun reactie op de klacht dat de inschrijving van klager ongeldig is, omdat deze niet zou voldoen aan Eis EGFT-1.8 (zie in 4.3.12 t/m 4.3.15 hiervoor), heeft de Commissie overeenkomstig artikel 10, lid 8, van haar Reglement klager gevraagd of deze

stelling juist is en – zo niet – de geldigheid van haar inschrijving op dit punt te onderbouwen.

- 5.2. In haar reactie op het informatieverzoek van de Commissie wijst klager er in de eerste plaats op zij in het kader van haar inschrijving niet de overslag- en verwerkingslocatie(s) hoefde te vermelden waarvan zij in het kader van de uitvoering van de opdracht betreffende perceel 8 gebruik beoogde te maken. In de verificatiefase heeft klager bovendien niet het verzoek van beklagden gekregen opgave te doen van die locaties, nu beklagden voornemens waren de opdracht betreffende perceel 8 niet aan klager te gunnen. Klager vindt het minstens opvallend te noemen dat beklagden (ten onrechte) veronderstellen dat klager gebruik wenst te maken van de (eigen) overslag- en verwerkingslocaties aan de Adres 1 in C en Adres 2 in S. Klager beoogt namelijk gebruik te maken van locaties van F gelegen aan de Adres 4 in C en Adres 5 in T, hetgeen beklagden overigens aan de hand van de inschrijving van klager hadden kunnen vaststellen. Kortom, onjuist is de stelling van beklagden dat klager zou hebben aangegeven gebruik te maken van haar eigen locaties, zodat ook de conclusie van beklagden ter zake is gebaseerd op een onjuiste veronderstelling.
- 5.3. Het voorgaande laat onverlet dat klager bij het voorgaande aantekent dat voor de locaties van F, waarvan klager gebruik beoogde te maken, kan worden betwijfeld of strikt genomen aan eis EGFT-1.8 wordt voldaan. Klager heeft de geldigheid van haar inschrijving op dit punt – zoals haar door de Commissie is verzocht – ook overigens niet onderbouwd. Klager wijst er echter op dat grof tuinafval en houtsnippers in het verleden door beklagden naar deze locaties werden vervoerd en dat beklagden inmiddels in het kader van de in gang gezette heraanbesteding eis EGFT-1.8 hebben laten varen. Beklagden hechten derhalve minder belang aan een maximale rijtijd van 20 minuten, dan zij in hun reactie op de klacht doen voorkomen.

6. Beoordeling

- 6.1. De Commissie stelt vast dat beklagde X op 17 juni 2016 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor drie raamovereenkomsten voor diensten die voorzien in aftransport, acceptatie en verwerking van de diverse afvalstromen van de betreffende milieuparken van beklagden X, Y en Z. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Richtlijn 2014/24/EU, Delen 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de raamovereenkomsten geldende Aw 2012 waarin Richtlijn 2014/24/EU nog niet was geïmplementeerd en de Gids Proportionaliteit.
- 6.2. Allereerst gaat de Commissie in op het verwijt van beklagden dat de Commissie in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor zou hebben gehandeld door beklagden een te korte termijn te geven voor het geven van een reactie op de klacht.
 - 6.2.1. De Commissie stelt voorop dat zij geen vaste termijnen hanteert. De Commissie maakt overeenkomstig artikel 10, lid 2, van haar Reglement onderscheid tussen spoedeisende en niet-spoedeisende klachten en stemt haar beleid ten aanzien van de aan een aanbestedende dienst te verlenen reactietermijn af op de mate van spoedeisendheid van een klacht. Indien de Commissie een zaak als spoedeisend aanmerkt, geeft zij de aanbestedende dienst normaal gesproken de gelegenheid om binnen een termijn van een week een reactie op de klacht te geven. In de onderhavige zaak is de klacht op 23 januari 2017 bij de Commissie ingediend en heeft de Commissie beklagde X op 24 januari 2017 verzocht uiterlijk 1 februari 2017 om 17.00 uur een reactie in te dienen, een termijn van 8 dagen.

Per abuis is dit bericht niet tevens aan de raadsman van beklaagden gezonden. Op 2 februari 2017 heeft beklaagde X aangegeven op 7 februari 2017 een reactie te kunnen indienen. De Commissie heeft dit geaccepteerd. Het voorgaande betekent dat de Commissie, anders dan beklaagden stellen, in vergelijking met haar beleid in vergelijkbare spoedeisende klachten beklaagden niet een te korte reactietermijn heeft gegeven. Daarmee is er geen sprake van schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Dat de raadsman van beklaagden de Commissie vervolgens op 3 februari 2017 heeft bericht vóór 17 februari 2017 een reactie te zullen indienen en dat de Commissie in reactie op dat bericht heeft aangegeven daar niet op te kunnen wachten, doet aan het voorgaande oordeel niet af. Ter onderbouwing van dit oordeel overweegt de Commissie voorts nog het volgende.

- 6.2.2. De Commissie tracht advies uit te brengen op het moment dat een aanbestedende dienst nog geen onomkeerbare stappen in de aanbestedingsprocedure heeft gezet. Indien een aanbestedende dienst niet bereid is de aanbestedingsprocedure op te schorten, betekent dit dat de termijn voor de Commissie om te adviseren zeer kort kan zijn. In het onderhavige geval is een klacht ingediend tegen een beslissing tot intrekking van een aanbestedingsprocedure. Nu beklaagde X reeds op 20 januari 2017 een nieuwe aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd, maken potentiële inschrijvers met betrekking tot die nieuwe procedure kosten en dreigen beklaagden onomkeerbare stappen in die procedure te gaan zetten. Indien beklaagden bereid waren geweest de nieuwe aanbestedingsprocedure op te schorten, zou de klacht een minder spoedeisend karakter hebben gekregen en had de Commissie beklaagden desgewenst een langere termijn voor indiening van hun reactie kunnen geven. Nu beklaagden zich niet bereid hebben getoond de nieuwe aanbestedingsprocedure op te schorten, zag de Commissie geen andere mogelijkheid dan de raadsman van beklaagden in reactie op diens bericht van 3 februari 2017 te laten weten dat zij de klacht op 9 februari 2017 inhoudelijk zou gaan bespreken en dat zij de reactie van beklaagden graag uiterlijk op 8 februari 2017 vóór 17.00 uur wenste te ontvangen. Ook overigens is het zo dat de inhoud van de bij de Commissie ingediende klacht voor beklaagden niet nieuw was toen zij daar op 24 januari 2017 kennis van konden nemen: die inhoud is immers gelijklopend aan de klacht die klager reeds bij brief van 10 januari 2017 bij beklaagde X had ingediend.
- 6.3. Vervolgens gaat de Commissie in op de stelling van beklaagden dat klager te laat heeft geklaagd over (de gebrekkige motivering van) de intrekking van de aanbestedingsprocedure. Beklaagden stellen zich op het standpunt dat klager haar rechten heeft verspeeld door het aanhangige kort geding op 17 november 2016 in te trekken, geen nieuw kort geding aanhangig te maken en pas op 23 januari 2017 een klacht bij de Commissie in te dienen.
 - 6.3.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
 - 6.3.2. De Commissie is van oordeel dat klager voormelde verplichting heeft nageleefd. Nadat klager op 13 oktober 2016 een kort geding aanhangig had gemaakt, hebben beklaagden de onderhavige aanbestedingsprocedure op 11 november 2016, zonder opgave van redenen, ingetrokken. Dat klager op 17 november 2016 het kort geding heeft ingetrokken, kan klager niet worden aangerekend. Met het intrekken van de aanbestedingsprocedure kon zij haar eerdere vorderingen en on-

derbouwing daarvan immers niet meer handhaven. Bovendien kon klager haar proceskansen niet inschatten en eventuele vorderingen tegen de intrekkingbeslissing nog niet of nauwelijks onderbouwen, doordat beklaagden op dat moment nog geen redenen voor de intrekking van de aanbestedingsprocedure hadden gegeven. Klager kan dan ook niet worden verweten de – kostbare – kort gedingprocedure, waarvoor een zitting stond gepland op 21 november 2016, op dat moment te hebben gestaakt.

6.3.3. Vervolgens heeft klager – direct nadat zij kennis nam van de beslissing van beklaagden om de aanbestedingsprocedure in te trekken – zowel op 17 als op 28 november 2017 beklaagden schriftelijk verzocht een motivering van de intrekkingbeslissing te geven. Daarbij heeft klager zich alle rechten voorbehouden alsnog tegen de intrekkingbeslissing van 11 november 2016 op te komen, nadat een motivering van de intrekkingbeslissing zou zijn gegeven. Pas vijf weken na het eerste verzoek van klager – vlak voor de kerstvakantie, op donderdag 22 december 2016 – hebben beklaagden de redenen voor de intrekkingbeslissing aan klager gezonden. In dat licht kan naar het oordeel van de Commissie niet worden geoordeeld dat de uitvoerig onderbouwde klacht die klager vervolgens op 10 januari 2017 aan beklaagden heeft gezonden, te laat bij haar is ingediend. Nadat beklaagden op 19 januari 2017 hebben gereageerd op de klacht, heeft klager – eveneens tijdig, namelijk op 24 januari 2017 – een klacht bij de Commissie ingediend.

6.4. Klachtonderdeel 1

6.4.1. Alvorens over te gaan tot behandeling van het eerste klachtonderdeel overweegt de Commissie het volgende over het toetsingskader.

6.4.2. In artikel 55, leden 1 en 2, Richtlijn 2014/24/EU is bepaald:

‘1. Aanbestedende diensten stellen elke gegadigde en inschrijver zo spoedig mogelijk in kennis van besluiten inzake de sluiting van een raamovereenkomst, gunning van een opdracht of toelating tot een dynamisch aankoopstelsel, met inbegrip van de redenen waarom zij hebben besloten geen raamovereenkomst te sluiten, een opdracht na oproep tot mededinging niet te gunnen of de procedure te heropenen, of geen dynamisch aankoopstelsel in te stellen.

2. Op verzoek van de betrokken gegadigde of inschrijver informeren aanbestedende diensten zo spoedig mogelijk en in elk geval binnen 15 dagen na ontvangst van een schriftelijk verzoek:

a) iedere afgewezen gegadigde over de redenen voor de afwijzing van zijn verzoek tot deelname;

b) iedere afgewezen inschrijver over de redenen voor de afwijzing van zijn inschrijving, inclusief voor de in artikel 42, leden 5 en 6, bedoelde gevallen, de redenen voor het besluit inzake niet-gelijkwaardigheid of het besluit dat de werken, leveringen of diensten niet aan de prestatie- of functionele eisen voldoen;

c) iedere inschrijver die een ontvankelijke inschrijving heeft ingediend, over de kenmerken en relatieve voordelen van de geselecteerde inschrijving, alsmede over de naam van de begunstigde inschrijver of de partijen bij de raamovereenkomst;

d) iedere inschrijver die een ontvankelijke inschrijving heeft ingediend, over het verloop en de voortgang van de onderhandelingen en de dialoog met de inschrijvers.

6.4.3. Op grond van de artikelen 1.8 en 1.9 Aw 2012 dienen aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en dienen zij transparant te handelen.

6.4.4. In artikel 2.103 Aw 2012 is bepaald:

'1. Een aanbestedende dienst deelt de afwijzing of uitsluiting van betrokken gegadigden en betrokken inschrijvers zo spoedig mogelijk schriftelijk mede.

2. Op verzoek van een betrokken partij stelt een aanbestedende dienst een afgewezen gegadigde zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen vijftien dagen na ontvangst van zijn schriftelijk verzoek, in kennis van de redenen voor de afwijzing.

3. Op verzoek van een betrokken partij stelt de aanbestedende dienst iedere afgewezen inschrijver zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen vijftien dagen na ontvangst van zijn schriftelijk verzoek, in kennis van de redenen voor de afwijzing, inclusief voor de gevallen bedoeld in de artikelen 2.77 en 2.78, de redenen voor zijn beslissing dat er geen gelijkwaardigheid voorhanden is of dat de werken, leveringen of diensten niet aan de functionele of prestatie-eisen voldoen.'

6.4.5. In de Memorie van Toelichting bij deze bepaling staat onder meer (Kamerstukken II, 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 87):

'Ingeval de aanbestedende dienst om haar moverende redenen besluit de aanbestedingsprocedure te staken zonder dat tot gunning is overgegaan of dat een dynamisch aankoopstelsel niet is ingesteld, dan zal de aanbestedende dienst de gegadigden en de inschrijvers hiervan op de hoogte moeten stellen, met inbegrip van de redenen waarom een dergelijk besluit is genomen.'

6.4.6. Het Europese Hof van Justitie heeft op 11 december 2014 in de zaak *Croce Amica* geoordeeld dat een aanbestedende dienst op basis van artikel 41, lid 1, Richtlijn 2004/18/EG (de voorloper van artikel 55 Richtlijn 2014/24/EU) verplicht is de inschrijvers ten spoedigste in kennis te stellen van een besluit tot intrekking met opgave van de redenen ervoor (ECLI:EU:C:2014:2435, zaak C-440/13, r.o. 29 en 30).

6.4.7. Beklaagde X heeft – nadat zij op 23 september 2016 de mededeling van de gunningsbeslissing aan klager had verzonden – op 11 november 2016 mede namens beklaagden Y en Z aan klager meegedeeld dat zij besloten hebben om per direct de mededeling van de gunningsbeslissing voor wat betreft perceel 8 in te trekken. Tevens geeft beklagde X in deze mededeling aan dat beklaagden van de in het beschrijvend document opgenomen mogelijkheid gebruik maken om per direct tot intrekking van de aanbestedingsprocedure over te gaan. Ten slotte spreekt zij de verwachting uit dat binnen een redelijke termijn een nieuwe aanbestedingsprocedure zal worden gepubliceerd.

6.4.8. Op grond van de in 6.4.2 t/m 6.4.6 hiervoor weergegeven regelgeving en (Europese) jurisprudentie dienden beklaagden de redenen voor intrekking van de aanbestedingsprocedure zo spoedig mogelijk aan klager mee te delen. Na het verzoek van klager op 17 november 2016 om opgave van de redenen voor intrekking hadden beklaagden deze zo snel mogelijk en uiterlijk binnen vijftien dagen aan klager moeten mededelen.

6.4.9. Beklaagden kunnen zich niet in de aanbestedingsdocumenten aan deze verplichtingen onttrekken. Dat klager zich door het doen van een inschrijving akkoord heeft verklaard met het voorbehouden recht van beklaagden de aanbestedingsprocedure te stoppen (zie paragraaf 3.1 onder 12 Beschrijvend document in 1.2 hiervoor), ontnemt klager niet het recht een beroep te doen op voormelde dwingendrechtelijke verplichtingen van beklaagden.

6.4.10. Beklaagden hebben in strijd met deze verplichtingen gehandeld door na de mededeling van de intrekking van de aanbestedingsprocedure op 11 november 2016

en het verzoek van klager van 17 november 2016 de redenen van de intrekking van de aanbestedingsprocedure pas op 22 december 2016 aan klager mee te delen.

6.4.11. Daarmee is het eerste klachtonderdeel gegrond.

6.5. Klachtonderdeel 2

- 6.5.1. Bij beantwoording van de vraag of de intrekking van een aanbestedingsprocedure geoorloofd is, heeft als uitgangspunt te gelden hetgeen door het Europese Hof van Justitie is overwogen en beslist in het arrest Croce Amica van 11 december 2014 (ECLI:EU:C:2014:2435, zaak C-440/13). In dit arrest heeft het Hof van Justitie EU de regel bevestigd dat de aanbestedende dienst niet slechts in uitzonderlijke gevallen van het plaatsen van een overheidsopdracht kan afzien en dat het besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen behoeft te berusten. Het Hof van Justitie EU heeft verder overwogen dat een besluit tot intrekking van de aanbesteding kan zijn ingegeven door redenen die met name verband houden met de beoordeling of het uit het oogpunt van het algemeen belang niet opportuun is om een aanbestedingsprocedure te voltooien, onder meer gelet op het feit dat de economische context of de feitelijke omstandigheden dan wel de behoeften van de aanbestedende dienst zijn gewijzigd. Het overwoog verder dat aan een dergelijk besluit ook de vaststelling ten grondslag kan liggen dat het concurrentieniveau te laag was, gelet op het feit dat aan het einde van de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht nog slechts één geschikte inschrijver geschikt bleek om deze uit te voeren.
- 6.5.2. Dat alles laat echter onverlet dat de aanbestedende dienst die besluit tot intrekking van een aanbesteding, verplicht is de redenen voor zijn besluit aan de gegadigden en inschrijvers mee te delen, welke verplichting is ingegeven door de zorg om in de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten waarop de regels van het Unierecht van toepassing zijn, een minimaal transparantieniveau en bijgevolg ook de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen.
- 6.5.3. Blijkens het arrest moet een besluit tot intrekking door de rechter kunnen worden getoetst aan de regels van Europees recht, en wel integraal om zo te voldoen aan het doel dat tegen genomen besluiten van een aanbestedende dienst op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld als de aanbestedingsregels geschonden zijn (zie Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:130, JAAN 2016/44 m.nt. D.R. Versteeg, r.o. 4.8; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 7 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6517, r.o. 4.2 en Rb. Midden-Nederland (vzr.) 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, r.o. 4.7).
- 6.5.4. Beklaagden hebben aan hun beslissing om de aanbesteding in te trekken de in de brief van 22 december 2016 genoemde redenen ten grondslag gelegd. Het kader voor de beoordeling van het klachtonderdeel wordt derhalve gevormd door de argumenten die in deze brief zijn verwoord. Die argumenten moeten de beslissing tot intrekking van de aanbestedingsprocedure kunnen dragen. Wanneer dat niet het geval is, hebben beklagden op oneigenlijke gronden de aanbestedingsprocedure ingetrokken.
- 6.5.5. In de brief van 22 december 2016 schrijven beklagden onder meer dat geen van de inschrijvers aan eis EGTF-1.8 betreffende de maximale rijtijd van 20 minuten kon voldoen en dat alle inschrijvingen 'gezien voornoemde tekortkomingen' ongeldig waren. Ongeldigheid van alle inschrijvingen is een goede grond voor intrekking van een aanbestedingsprocedure.

- 6.5.6. Klager heeft de ongeldigheid van haar inschrijving in eerste instantie bestreden (zie de toelichting op klacht IV in haar brief van 10 januari 2017 waarnaar zij in het kader van de onderbouwing van klachtonderdeel 2 heeft verwezen, zie 1.12 en 3.2 hiervoor). Nadat de Commissie klager expliciet heeft gevraagd een onderbouwing te geven van haar stelling dat haar inschrijving aan eis EGTF-1.8 voldoet (zie 5.1 hiervoor), heeft klager de Commissie laten weten dat voor de locaties waarvan klager gebruik beoogde te maken 'kan worden betwijfeld of strikt genomen aan eis EGTF-1.8 wordt voldaan' (zie 5.3 hiervoor). Daarmee heeft klager haar stelling dat haar inschrijving ten onrechte als ongeldig is aangemerkt, onvoldoende onderbouwd. De Commissie neemt dan ook aan dat de inschrijving van klager niet voldoet aan eis EGTF-1.8 en dat beklagden haar inschrijving terecht als ongeldig hebben aangemerkt.
- 6.5.7. Art. 1.8 Aw 2012 laat niet toe dat een opdracht wordt gegund aan een inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan. Indien – zoals in deze zaak – de (vermeende) ongeldigheid pas na de mededeling van de gunningsbeslissing wordt opgemerkt, kan de aanbestedende dienst de gunningbeslissing intrekken en een nieuwe gunningsbeslissing nemen, dan wel in voorkomend geval – zoals in deze zaak – de beslissing nemen om de aanbestedingsprocedure in te trekken vooropgesteld dat naast de intrekkingbeslissing ook de redenen voor de intrekkingbeslissing aan de gegadigden en inschrijvers worden medegedeeld. Wel dient de aanbestedende dienst de inschrijvers dan opnieuw een termijn te geven om op te komen tegen deze nieuwe beslissing. Voormelde gang van zaken komt niet in strijd met het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BW9233, JAAN 2013/6 m.nt. M.J. Mutsaers, BR 2013/48 m.nt. M.A. de Jong en NJ 2013/154 m.nt. M.R. Mok). In die zaak ging het immers om de situatie waarin (de motivering van) de gunningsbeslissing werd aangevuld en niet, zoals hier, om de situatie dat op een gunningsbeslissing wordt teruggekomen. Hoewel aan klager moet worden toegegeven dat voormelde gang van zaken vragen oproept over de bij de eerste beoordeling betrachtte mate van zorgvuldigheid, volgt daaruit niet dat de (gestelde) schending van het zorgvuldigheidsbeginsel alsnog zou moeten leiden tot (definitieve) gunning van de raamovereenkomst aan een inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan. Dat zou immers in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel (zie Rb. Den Haag (vzr.) 10 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4824, JAAN 2015/144 m.nt. D.W. Boot, r.o. 4.3 en vgl. ook Rb. Rotterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9809, r.o. 4.9).
- 6.5.8. Zoals beklagden in het kader van het derde klachtonderdeel met recht aanvoeren, kan de Commissie zich niet uitspreken over de (on)geldigheid van een inschrijving van een inschrijver die geen partij is in de klachtprocedure bij de Commissie. Beklaagde heeft in haar brief van 22 december 2016 (zie 1.11 hiervoor) aangegeven dat controle van de ontvangen inschrijvingen met betrekking tot eis EGTF-1.8 haar heeft laten zien dat geen van de inschrijvers aan die eis kon voldoen. Deze stelling is door klager verder niet bestreden. Het voorgaande betekent dat de Commissie er veronderstellenderwijs van uitgaat dat de enige andere inschrijving – namelijk: die van de combinatie A en B – eveneens ongeldig was omdat deze evenmin aan eis EGTF-1.8 voldeed.
- 6.5.9. In de veronderstelling dat alle inschrijvingen ongeldig waren, hadden beklagden naar het oordeel van de Commissie goede grond om de aanbestedingsprocedure in te trekken. Van strijd met de beginselen van gelijke behandeling of transparantie is in dat geval geen sprake. De overige in de brief van 22 december 2016 opgevoerde redenen voor intrekking behoeven dan ook geen verdere bespreking meer.
- 6.5.10. Daarmee is het tweede klachtonderdeel ongegrond.

6.6. Klachtonderdeel 3

6.6.1. Uit de beoordeling van het tweede klachtonderdeel volgt dat de inschrijving van klager ongeldig is omdat deze niet voldoet aan eis EGTF-1.8. Bovendien heeft klager niet weersproken dat ook de inschrijving van de combinatie A en B ongeldig is omdat deze evenmin voldoet aan eis EGTF-1.8. Klager heeft dan ook geen belang meer bij een beoordeling van het derde klachtonderdeel.

6.6.2. Daarmee is het derde klachtonderdeel ongegrond.

7. Advies

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht **gegrond** en de onderdelen 2 en 3 **ongegrond**.

8. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 24 februari 2017

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid