

### Advies 498 | Samenvatting

De klacht ziet op een meervoudig onderhandse procedure voor een concessieopdracht voor diensten voor plaatsing, beheer, onderhoud en exploitatie van 35 A0-reclamedisplays.

#### Klachtonderdeel 1

Ondernemer klaagt dat aanbesteder in strijd handelt met een aantal aanbestedingsrechtelijke beginselen door de meervoudig onderhandse procedure in te trekken omdat een bepaalde technische eis voor meerderlei uitleg vatbaar zou zijn. De Commissie acht dit klachtonderdeel gegrond omdat de eis naar haar oordeel niet voor meerderlei uitleg vatbaar is.

#### Klachtonderdeel 2

Ook de tweede grond voor intrekking kan deze beslissing naar het oordeel van de Commissie niet dragen omdat deze uitgaat van een andere uitleg van de eis dan alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers daaraan zullen geven. Ook dit klachtonderdeel acht de Commissie gegrond.

Ten overvloede overweegt de Commissie dat zij zich kan voorstellen dat de aanbesteder de aanbestedingsprocedure zou willen intrekken indien hij de technische eis, volgens de uitleg die daar volgens de Commissie aan moet worden gegeven, niet heeft bedoeld te stellen en die eis – mede in het licht van het proportionaliteitsbeginsel – te streng is. Indien echter de overige inschrijvers, anders dan de ondernemer die de klacht heeft ingediend, niet alleen niet blijken te voldoen aan de technische eis maar ook niet aan de bovenliggende functionele eis, is intrekking van de aanbestedingsprocedure niet gerechtvaardigd.

#### Klachtonderdeel 3

In dit klachtonderdeel stelt de ondernemer dat de aanbesteder de redenen voor intrekking later niet meer mag aanvullen. Naar het oordeel van de Commissie vindt dit standpunt geen steun in het recht. De Commissie acht dit klachtonderdeel dan ook ongegrond.

Ten overvloede overweegt de Commissie dat een aanbestedende dienst er verstandig aan doet om alle aan het besluit ten grondslag liggende redenen, voor zover hij die op dat moment redelijkerwijze kan overzien, in de mededeling van de intrekkingbeslissing aan de inschrijvers mede te delen. Wanneer een aanbestedende dienst in de mededeling van het besluit tot intrekking van de aanbestedingsprocedure een termijn bepaalt waarbinnen een inschrijver – op straffe van verval van recht – een kort geding tegen dat besluit aanhangig moeten maken, kan een eventueel beroep op die (verval)termijn problematisch uitpakken indien de aanbestedende dienst nadien aanvullende redenen aan zijn besluit tot intrekking ten grondslag legt. In het onderhavige geval heeft de aanbesteder echter de (verval)termijn verlengd.

#### Klachtonderdeel 4

In dit klachtonderdeel stelt de ondernemer dat de aanbesteder de concessieopdracht niet opnieuw mag aanbesteden. Nu de Commissie de klachtonderdelen 1 en 2 gegrond heeft geoordeeld, was de aanbesteder niet gerechtigd de aanbestedingsprocedure in te trekken vanwege de in het kader van die klachtonderdelen beoordeelde redenen. Dat betekent dat hij evenmin gerechtigd is om in het verlengde van de op die redenen gebaseerde onrechtmatige intrekking de opdracht opnieuw aan te besteden, ook niet wanneer hij de eisen van de opdracht wezenlijk wijzigt. De aanbesteder zal eerst een reden voor zijn besluit tot intrekking van de aanbestedingsprocedure moeten geven die de op grond van het aanbestedingsrecht daaraan te stellen eisen kan doorstaan. Daarmee acht de Commissie dit klachtonderdeel gegrond.

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 498

### 1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder is op 15 juni 2018 een meervoudig onderhandse procedure gestart voor een concessieopdracht voor diensten voor plaatsing, beheer, onderhoud en exploitatie van 35 A0-reclamedisplays.
- 1.2. In de Aanbestedingsleidraad van 15 juni 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

### 3 Aanbestedingsprocedure

(...)

#### 3.20 Stopzetten aanbesteding

De Opdrachtgever behoudt zich – zonder tot enige schadevergoeding te zijn gehouden – in ieder geval het recht voor:

- de procedure tussentijds geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of definitief te staken c.q. te beëindigen;

(...)

### 5 Programma van Eisen

(...)

#### 5.2 Technische eisen A0-reclamedisplays

(...)

5.2.5 De schroeven van de A0-reclamedisplays dienen uit het zicht gepositioneerd te zijn om kwaadwillige demontage te voorkomen. De afsluitbeugels van de A0-reclamedisplays moeten goed vastzitten en geborgd zijn met een borgpen. Bij beschadiging mogen geen scherpe delen vrijkomen die letsel kunnen veroorzaken.

(...)

5.2.10 De constructie van de A0-reclamedisplays dient zodanig afgewerkt te zijn dat er geen verwonding van personen kan plaatsvinden door middel van contact met de A0-reclamedisplays. Dit wil zeggen geen scherpe randen of hoeken in of rond de A0-reclamedisplays, noch gaten of sleuven waar personen hun vingers, armen of andere lichaamsdelen in kunnen steken.

(...)

### 6 Beoordeling Inschrijvingen en gunning

(...)

#### 6.2 Beoordelingsprocedure

(...)

Een inschrijving die niet voldoet aan één of meer van de voorwaarden/vereisten/geboden wordt uitgesloten van de verdere beoordelingsprocedure.'

- 1.3. Aanbesteder heeft in totaal vier inschrijvingen ontvangen, waaronder die van ondernemer en van ondernemer A.

- 1.4. Op 4 september 2018 heeft aanbesteder ondernemer de mededeling van de gunningsbeslissing gezonden. Daarin is onder andere het volgende bepaald:

'Alle binnengekomen inschrijvingen zijn beoordeeld en onderling vergeleken op basis van de gunningscriteria zoals opgenomen in hoofdstuk 6 van de aanbestedingsleidraad. Uw aanbieding is daarbij niet gekwalificeerd als de economisch meest voordelige inschrijving en daarmee wordt de opdracht niet aan u gegund.

Als totaal is uw inschrijving geëindigd op de tweede plaats. In de bijlage vindt u de score en toelichting op uw inschrijving. Op basis van het gunningscriterium EMVI en de ontvangen inschrijvingen is de gemeente (...) voornemens de opdracht te gunnen aan [ondernemer A].'

- 1.5. Op 10 september 2018 heeft ondernemer een e-mail aan aanbesteder gezonden waarin hij onder andere het volgende schrijft:

'Geldigheid inschrijving beoogde winnaar

(...)

Hierbij willen wij u erop wijzen dat de A0-reclamedisplays welke [ondernemer A] exploiteert niet voldoen aan de eisen die gesteld worden in artikel 5.2.5 en 5.2.10 van de aanbestedingsdocumenten.

(...)

De door [ondernemer A] aangeboden A0-reclamedisplays zijn zowel aan de boven- als onderzijde volledig open. De openingen zijn groot genoeg om ledematen in te steken. Er bevinden zich bovendien scherpe randen, onder meer aan de bevestigingsbeugels. Doordat de A0-reclamedisplays aan de boven- en onderzijde volledig open zijn, zijn tevens de schroeven en montagebeugels volledig zichtbaar. Dat de A0-reclamedisplays van [ondernemer A] op bovenstaande punten niet voldoen zal blijken uit de tekeningen van de A0-reclamedisplays welke inschrijvers conform artikel 6.5.3 mee moesten sturen.

Graag vernemen wij of de Gemeente de inschrijving van [ondernemer A] alsnog ongeldig zal verklaren.'

- 1.6. Op 12 september 2018 heeft aanbesteder per brief het volgende aan ondernemer laten weten:

'Hierbij berichten wij u dat wij, onder verwijzing naar artikel 3.20 van de aanbestedingsleidraad, ons helaas genoodzaakt zien om de Gunningbeslissing in te trekken en de Aanbestedingsprocedure te beëindigen. Ons besluit tot intrekking lichten wij graag als volgt toe.

Naar aanleiding van onze Gunningbeslissing heeft één van de inschrijvers zich op het standpunt gesteld dat het in strijd zou zijn met artikel 5.2.10 van de

aanbestedingsleidraad om in te schrijven met reclamedisplays die aan de boven- en onderzijde openingen hebben. (...)

Als de tekst van artikel 5.2.10 letterlijk wordt genomen, dan zou het inderdaad niet mogelijk zijn om in te schrijven met reclamedisplays die openingen hebben aan de bovenkant of onderkant. Wij hebben met artikel 5.2.10 echter niet de bedoeling gehad om reclamedisplays met openingen aan de onderkant of bovenkant te weren. Wij hebben de eis uitsluitend gesteld met het oog op de veiligheid, in die zin dat er geen reële c.q. realistische kans mag bestaan op verwondingen aan personen. Het enkele feit dat een reclamedisplay openingen heeft aan de bovenkant of onderkant maakt een reclamedisplay naar onze mening nog niet per definitie onveilig. Voor zover moet worden uitgegaan van de letterlijke tekst van artikel 5.2.10, moeten wij achteraf bezien aldus constateren dat wij een te strenge eis hebben gesteld die niet aansluit bij onze inkoopwens. Overigens is het de vraag of moet worden uitgegaan van de letterlijke tekst van artikel 5.2.10. Een redelijke uitleg van de eis zou naar onze mening ook met zich mee kunnen brengen dat openingen aan de bovenkant en onderkant zijn toegestaan mits er geen reële c.q. realistische kans op verwondingen bestaat. Er zijn ook inschrijvers die eis 5.2.10 zo hebben uitgelegd.

Het voorgaande brengt met zich dat eis 5.2.10 ofwel voor meerdere uitleg vatbaar is of wel – als wordt uitgegaan van de letterlijke tekst – wij achteraf bezien per abuis een te strenge eis hebben gesteld. In beide gevallen kunnen en willen wij de Aanbestedingsprocedure niet afsluiten met een gunning.

Op het moment dat wij een nieuwe aanbestedingsprocedure starten voor de plaatsing, beheer, onderhoud en reclame exploitatie van de A0-reclamedisplays, dan zullen wij uw onderneming wederom uitnodigen om deel te nemen aan die nieuwe aanbestedingsprocedure. In voorkomend geval zullen wij de Aanbestedingsprocedure in ieder geval zo wijzigen dat het niet meer (per definitie) onmogelijk is om in te schrijven met reclamedisplays met openingen hebben aan de boven of onderkant.'

1.7. Op 15 november 2018 heeft ondernemer bij monde van zijn advocaat schriftelijk een klacht bij aanbesteder ingediend. Deze klacht betreft het besluit van aanbesteder tot intrekking van de onderhavige aanbestedingsprocedure. Ter onderbouwing van de klacht heeft ondernemer zich – kort gezegd – op het standpunt gesteld dat eis 5.2.10 niet voor tweeërlei uitleg vatbaar is, dat aanbesteder ten minste één geldige inschrijving heeft ontvangen – namelijk: die van ondernemer –, dat van een procedureel gebrek geen sprake is en dat de beslissing van aanbesteder om de aanbestedingsprocedure te beëindigen mitsdien op ondeugdelijke gronden berust. Ondernemer heeft aanbesteder in de klachtbrief dan ook verzocht om op dat besluit terug te komen.

1.8. Aanbesteder heeft op 20 november 2018 bij monde van zijn advocaat schriftelijk aan ondernemer laten weten dat hij niet op zijn besluit zal terugkomen. Aanbesteder stelt zich – kort gezegd – op het standpunt dat eis 5.2.10 voor tweeërlei uitleg vatbaar is en dat hij om die reden gehouden is de aanbestedingsprocedure in te trekken. Aanbesteder heeft daar het volgende aan toegevoegd:

'Maar zelfs als de interpretatie van [ondernemer] zou worden gevolgd, dan nog wil de Gemeente de Aanbestedingsprocedure niet voortzetten. In dat geval heeft de Gemeente namelijk onbedoeld de eis gesteld dat onder geen beding mocht worden ingeschreven met reclamedisplays met openingen aan de bovenkant of onderkant. Daarmee heeft de Gemeente dan ook onbedoeld de mededinging verkleind door in de markt gebruikelijke reclamedisplays met openingen aan de bovenkant of onderkant (onbedoeld) niet toe te staan. Dat vindt de Gemeente onwenselijk. (...)

zij die eis [*in de uitleg die ondernemer daaraan heeft gegeven, Commissie*] niet had gesteld, dan had zij ook veel (meer) geldige inschrijvingen ontvangen.

(...)

Voorts merkt de Gemeente op dat als de interpretatie van ondernemer zou worden gevolgd, ondernemer de enig overgebleven (geldige) inschrijver is. In dat geval acht de Gemeente het concurrentieniveau te laag om tot gunning van de opdracht aan ondernemer over te gaan.

(...)

Gelet op het voorgaande was de Gemeente gerechtigd om de Aanbestedingsprocedure in te trekken. De Gemeente zal de opdracht wezenlijk wijzigen en vervolgens opnieuw in de markt zetten. Daarbij merkt de Gemeente op dat zij heeft gezegd dat zij in ieder geval eis 5.2.10 zal wijzigen. Welke wijzigingen nog meer worden doorgevoerd is nog onderwerp van discussie. De opdracht zal echter wezenlijk worden gewijzigd. De Gemeente heeft overigens besloten om de (verval)termijn om een kort geding aanhangig te maken tegen de intrekkingbeslissing te verlengen tot uiterlijk zeven (7) dagen na dagtekening van de onderhavige brief.'

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

Aanbesteder handelt in strijd met de beginselen van gelijke behandeling, transparantie, proportionaliteit, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de (precontractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid door een meervoudig onderhandse procedure voor een concessieopdracht in te trekken vanwege de reden dat eis 5.2.10 voor meerderlei uitleg vatbaar zou zijn.

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

Aanbesteder handelt in strijd met de beginselen van gelijke behandeling, transparantie, proportionaliteit, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de (precontractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid door een meervoudig onderhandse procedure voor een concessieopdracht in te trekken vanwege de reden dat eis 5.2.10 onbedoeld zou zijn gesteld.

### **2.3. Klachtonderdeel 3**

Aanbesteder handelt in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door na mededeling van de gunningsbeslissing de in die mededeling gegeven redenen voor intrekking van de meervoudig onderhandse procedure aan te vullen met de reden dat – wanneer aan eis 5.2.10 de uitleg zou worden gegeven die ondernemer daaraan heeft gegeven – ondernemer de enig overgebleven (geldige) inschrijver zou zijn en het concurrentieniveau in dat geval te laag zou zijn om tot gunning van de concessieopdracht aan ondernemer over te gaan.

### **2.4. Klachtonderdeel 4**

Aanbesteder handelt in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid door de concessieopdracht opnieuw aan te besteden.

### **3. Onderbouwing klacht**

#### **3.1. Klachtonderdelen 1 en 2**

- 3.1.1. Op aanbesteder rust weliswaar geen rechtsplicht de meervoudig onderhandse procedure met gunning te voltooien, maar bij de beslissing om de procedure te beëindigen dient hij de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te respecteren. Verder is aanbesteder gebonden aan de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Teneinde de beslissing van aanbesteder op naleving van deze beginselen te kunnen toetsen, dient de beslissing deugdelijk te zijn gemotiveerd (zie onder andere Advies 399 en Advies 210).
- 3.1.2. Naar het oordeel van ondernemer heeft aanbesteder de genoemde beginselen en maatstaven geschonden. De beslissing van aanbesteder om de procedure te beëindigen berust op ondeugdelijke gronden, althans de verstrekte motivering kan deze beslissing niet dragen.
- 3.1.3. Ten eerste is eis 5.2.10 volgens ondernemer, anders dan aanbesteder stelt, niet voor tweërlei uitleg vatbaar.
- 3.1.4. Ondernemer stelt voorop dat aanbestedingsstukken volgens vaste rechtspraak op objectieve wijze moeten worden uitgelegd, waarbij de bewoordingen doorslaggevend zijn (zie onder andere Hof Amsterdam 15 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4647, r.o. 3.7 en Advies 471, overweging 5.5.4.). Voor de door aanbesteder bepleite redelijke uitleg is volgens ondernemer dus geen plaats. Eis 5.2.10 staat, zoals aanbesteder in zijn brief van 12 september 2018 (zie 1.6 hiervoor) heeft erkend, inschrijven met A0-reclamedisplays met openingen aan de boven- en onderzijde niet toe. Voor het standpunt van aanbesteder dat openingen wel toegestaan zijn, "mits er geen reële c.q. realistische kans op verwondingen bestaat", is volgens ondernemer in de aanbestedingsstukken geen aanknopingspunt te vinden. Aanbesteder heeft zijn standpunt trouwens ook niet toegelicht, zelfs niet in reactie op de klacht van ondernemer.
- 3.1.5. Ondernemer betwist dat andere inschrijvers eis 5.2.10. zo hebben begrepen dat openingen aan de boven- en onderzijde van A0-reclamedisplays zijn toegestaan. De betreffende inschrijvers hebben waarschijnlijk eerder met dezelfde A0-reclamedisplays ingeschreven op aanbestedingen waarbij dezelfde technische eisen werden gesteld. Bij de beoordeling van de inschrijvingen is kennelijk over het hoofd gezien dat deze A0-reclamedisplays niet aan de eisen voldoen of is hier in het geheel niet op getoetst (niet in elke aanbestedingsprocedure worden bij inschrijving tekeningen geëist). De betreffende inschrijvers gingen er volgens ondernemer kennelijk van uit dat aanbesteder de eisen ook over het hoofd zou zien (wat ook zou zijn gebeurd, als ondernemer hier niet op zou hebben gewezen) óf zij hebben de eisen zelfs in het geheel niet bestudeerd. Dit maakt eis 5.2.10 niet voor tweërlei uitleg vatbaar.
- 3.1.6. In reactie op de klacht van ondernemer merkte aanbesteder bij monde van zijn advocaat nog op dat hij vernomen zou hebben dat ondernemer bij eerdere aanbestedingsprocedures waarin dezelfde eis werd gesteld meermaals zou hebben ingeschreven met reclamedisplays met openingen aan de boven- of onderzijde. Deze stelling, waarvoor iedere onderbouwing ontbreekt, wordt uitdrukkelijk door ondernemer betwist. Ondernemer schrijft sinds jaar en dag in met de door hemzelf ontwikkelde A0-reclamedisplay, die een lichtmast volledig omsluit. Ter illustratie voegt ondernemer een tekening van zijn A0-reclamedisplay bij. Volledigheidshalve merkt ondernemer op dat sommige aanbesteders eisen dat bestaande A0-reclamedisplays bij gunning van de concessieopdracht worden overgenomen. Op deze wijze

heeft ondernemer A0-reclamedisplays met openingen aan de boven- en onderzijde in bezit gekregen en deze (tijdelijk) op het grondgebied van de betreffende aanbesteder geëxploiteerd. Ondernemer benadrukt dat hij niet met deze A0-reclamedisplays op aanbestedingen heeft ingeschreven.

- 3.1.7. Ten tweede is, anders dan aanbesteder stelt, eis 5.2.10 volgens ondernemer niet 'te streng'. De A0-reclamedisplays waarmee ondernemer heeft ingeschreven omsluiten de lichtmast volledig en voldoen aan de gestelde eisen. Ondernemer heeft in elk geval een geldige inschrijving gedaan en komt voor gunning van de concessieopdracht in aanmerking. Het standpunt van aanbesteder, dat hij de concessieopdracht niet kan gunnen, mist volgens ondernemer dus feitelijke grondslag. Dit is in reactie op de klacht van ondernemer ook niet door aanbesteder bestreden.
- 3.1.8. Ondernemer stelt vast dat over eis 5.2.10 geen vragen zijn gesteld, laat staan dat daartegen bezwaar is gemaakt. Als (potentiële) inschrijvers moeite hadden met deze eis, had het op hun weg gelegen dit voor inschrijving kenbaar te maken. Aanbesteder verwacht blijkens paragraaf 3.25 van de Aanbestedingsleidraad immers een proactieve houding van inschrijvers. Met het beëindigen van de meervoudig onderhandse procedure is geen rechtens te respecteren belang gediend. Onder de gegeven omstandigheden is intrekking tevens disproportioneel. Ondernemer wijst erop dat hij (ondanks een gebrekkige beoordeling van zijn inschrijving op de kwaliteitscriteria waarop hij in zijn e-mail van 10 september 2018 heeft gewezen) op de tweede plaats is geëindigd. Ondernemer heeft een zeer concurrerende aanbieding gedaan. Het tegendeel is overigens ook niet door aanbesteder beweerd.
- 3.1.9. Aanbesteder gaat er volgens ondernemer bovendien aan voorbij dat de inschrijving van ondernemer A ook niet voldoet aan eis 5.2.5. Zelfs als eis 5.2.10 al te streng zou zijn geformuleerd, wat door ondernemer wordt bestreden, dan nog zou ondernemer A niet voor gunning van de concessieopdracht in aanmerking komen. Als aanbesteder de concessieopdracht opnieuw zou aanbesteden en inschrijvingen met A0-reclamedisplays met openingen aan de boven- en onderzijde zou aanvaarden, dan voldoet de inschrijving van ondernemer A nog steeds niet aan eis 5.2.5. Een te strenge formulering van eis 5.2.10 kan volgens ondernemer ook daarom geen reden zijn voor het intrekken van de aanbestedingsprocedure.
- 3.1.10. Reeds gelet op het voorgaande ontbreekt volgens ondernemer een geldige reden om de aanbestedingsprocedure in te trekken. De beslissing van aanbesteder om de procedure te beëindigen kan daarom niet in stand blijven (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:130, JAAN 2016/44 m.nt. D.R. Versteeg).
- 3.1.11. Tot slot wijst ondernemer op het volgende. Uit de brief van aanbesteder van 12 november 2018 blijkt dat aanbesteder van plan is de concessieopdracht opnieuw aan te besteden. In een voorkomend geval zal het oordeel waarom niet tot heraanbesteding mag worden overgegaan eveneens de conclusie rechtvaardigen dat intrekking van de aanbesteding niet gerechtvaardigd is (zie onder andere Vzr. Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, JAAN 2017/81 m.nt. A.J. van Heeswijck, r.o. 4.9; Vzr. Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8025, JAAN 2016/263 m.nt. M.B. Klijn, r.o. 4.20.). Ondernemer zal hierna nog toelichten dat een grond voor heraanbesteding ontbreekt (zie 3.3 hierna). Ook op grond daarvan is volgens ondernemer de conclusie gerechtvaardigd dat aanbesteder de meervoudig onderhandse procedure niet mag intrekken.



### 3.2. Klachtonderdeel 3

- 3.2.1. Een aanbestedende dienst is verplicht in de mededeling van de gunningsbeslissing de 'relevante redenen' op te nemen (art. 1.15 lid 2 Aw). Het is een aanbestedende dienst in beginsel niet toegestaan de motivering van de gunningsbeslissing in een later stadium aan te vullen (HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, TBR 2013/33 m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en JAAN 2013/6 m.nt. M.J. Mutsaers). Het begrip 'gunningsbeslissing' omvat blijkens artikel 1.1 Aw 2012 tevens de keuze om geen overeenkomst te sluiten. De door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel, die mede voortvloeit uit de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, is tevens van toepassing op de beslissing om een aanbestedingsprocedure in te trekken (zie onder andere Vzr. Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, JAAN 2017/81 m.nt. A.J. van Heeswijck, r.o. 4.8; Vzr. Rb. Midden-Nederland 15 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ1349, r.o. 4.17.4 en Advies 399, overweging 6.5.4.).
- 3.2.2. De regels omtrent het motiveren van de gunningsbeslissing zijn volgens ondernemer voorts analoog van toepassing op een meervoudig onderhandse procedure die onder de reikwijdte van afdeling 1.2.4 Aw 2012 valt.
- 3.2.3. Ondernemer stelt dat aanbesteder voor het eerst in reactie op de bij hem ingediende klacht heeft opgemerkt dat wanneer de interpretatie van ondernemer van eis 5.2.10 zou worden gevolgd, bij welke uitleg aanbesteder zich in zijn brief van 12 november 2018 heeft aangesloten, ondernemer de enig overgebleven (geldige) inschrijver is. Het concurrentieniveau zou in dat geval te laag zijn om tot gunning van de concessieopdracht aan Ondernemer over te gaan, aldus aanbesteder (zie 1.8 hiervoor).
- 3.2.4. Dit komt volgens ondernemer neer op een aanvulling van de motivering van de beslissing om de meervoudig onderhandse procedure in te trekken, wat op grond van de aangehaalde rechtspraak niet geoorloofd is. Op deze aanvullende reden behoort geen acht te worden geslagen bij toetsing van de beslissing van aanbesteder.
- 3.2.5. Ten overvloede merkt ondernemer op dat ook de nieuwe reden de beslissing tot intrekking van de procedure niet kan dragen. Het gaat om een meervoudig onderhandse procedure. De aard van de procedure brengt mee dat het concurrentieniveau beperkt is. In voorkomend geval kan het enkele feit dat een aanbestedende dienst slechts één inschrijving heeft ontvangen, niet reeds de vaststelling rechtvaardigen dat het concurrentieniveau zodanig laag was dat de aanbestedende dienst zijn bevoegdheid tot intrekking van de aanbestedingsprocedure kan uitoefenen, zonder dat gezegd kan worden dat hij daarmee afbreuk doet aan het uitgangspunt dat hij gehouden is de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht te respecteren en gebonden is aan de (precontractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid (Advies 210, overweging 5.7.3). Aanbesteder heeft niet toegelicht waarom in dit specifieke geval sprake zou zijn van een te laag concurrentieniveau. Ondernemer benadrukt in dit verband nogmaals dat hij een concurrerende aanbieding heeft gedaan en (ondanks de beoordelingsfouten van aanbesteder) op de tweede plaats in de rangorde is geëindigd.

### 3.3. Klachtonderdeel 4

- 3.3.1. De aanbestedingsrechtelijke grondbeginselen (het gelijkheids- en het transparantiebeginsel), de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de eisen van redelijkheid en billijkheid verzetten zich ertegen dat een aanbestedende dienst zonder objectieve rechtvaardiging tot heraanbesteding overgaat, wanneer eenmaal een

aanbesteding heeft plaatsgehad en een inschrijver kan worden aangewezen die voor de gunning van de opdracht in aanmerking komt. Tenzij geen geschikte inschrijvingen zijn gedaan of indien er procedurele gebreken aan de aanbestedingsprocedure kleven die maken dat een rechtmatige gunning niet mogelijk is, zal een aanbestedende dienst dan ook niet tot heraanbesteding mogen overgaan zonder de specificaties van de opdracht wezenlijk te wijzigen (zie onder andere Vzr. Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, JAAN 2017/81 m.nt. A.J. van Heeswijck, r.o. 4.5). Daarbij geldt dat het antwoord op de vraag of sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht niet doorslaggevend is voor de beoordeling of heraanbesteding geoorloofd is (zie o.a. Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2234, r.o. 4.12; Vzr. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197, JAAN 2013/66 m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 4.6).

- 3.3.2. De door aanbesteder in het vooruitzicht gestelde aanpassing van eis 5.2.10 is volgens ondernemer niet als een wezenlijke wijziging aan te merken. Voor zover dit al anders zou zijn, kan deze wijziging de beslissing tot heraanbesteding van de concessieopdracht niet rechtvaardigen. De ratio van het wijzigen van de voorwaarden is dat het risico op manipulatie wordt uitgebannen. Door de voorwaarden wezenlijk te wijzigen wordt bewerkstelligd dat inschrijvers een geheel andere aanbieding moeten doen, waardoor het resultaat van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure geen rol speelt bij de nieuwe aanbestedingsprocedure. De door aanbesteder beoogde wijziging van eis 5.2.10 bewerkstelligt volgens ondernemer juist het tegenovergestelde. Hierdoor worden inschrijvers immers in staat gesteld precies dezelfde inschrijving in te dienen. Inschrijvers zijn bekend met de uitkomst van de aanbestedingsprocedure en worden – bewust of onbewust – uitgelokt bij heraanbesteding een nog hogere afdracht aan te bieden. Dit is niet door aanbesteder bestreden. De handelwijze van aanbesteder komt volgens ondernemer neer op leuren, wat in strijd is met de genoemde beginselen en maatstaven van redelijkheid en billijkheid.
- 3.3.3. Aanbesteder heeft in reactie op de klacht van ondernemer opgemerkt dat hij in ieder geval eis 5.2.10 zal aanpassen. Daarmee suggereert hij dat de concessieopdracht mogelijk tevens op andere onderdelen zal worden aangepast. Aanbesteder is echter in gebreke gebleven die mogelijke wijzigingen toe te lichten. Nu de behoeften van aanbesteder niet zijn gewijzigd en vaststaat dat de concessieopdracht opnieuw zal worden aanbesteed, had van aanbesteder mogen worden verwacht dat hij had nagedacht over de wijzigingen van de voorwaarden, voordat hij de verstrekende beslissing nam om de procedure in te trekken en de concessieopdracht opnieuw aan te besteden. Dit geldt temeer nu aanbesteder inschrijvers een termijn heeft gesteld om die beslissing in rechte aan te vechten en meent dat het recht om te klagen vervalt, als inschrijvers de gestelde termijn ongebruikt laten verstrijken. Nu aanbesteder heeft nagelaten toe te lichten op welke punten hij de voorwaarden van de concessieopdracht zal wijzigen, moeten andere dan in de brief van 12 november 2018 genoemde wijzigingen buiten beschouwing blijven bij de beoordeling van de vraag of aanbesteder de procedure mag intrekken en de concessieopdracht opnieuw mag aanbesteden (zie o.a. Vzr. Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8025, JAAN 2016/263 m.nt. M.B. Klijn, r.o. 4.7.).

#### **4. Reactie aanbesteder**

##### **4.1. Klachtonderdelen 1 en 2**

- 4.1.1. Ondernemer stelt zich in klachtonderdeel 1 op het standpunt dat aanbesteder de aanbestedingsprocedure op ondeugdelijke gronden heeft ingetrokken. Volgens aanbesteder is dat standpunt onjuist.

- 4.1.2. Aanbesteder benadrukt allereerst dat hij zich in paragraaf 3.20 van de Aanbestedingsleidraad nadrukkelijk het recht heeft voorbehouden om de aanbestedingsprocedure te staken (zie 1.2 hiervoor).
- 4.1.3. Door in te schrijven hebben ondernemer en de overige inschrijvers deze spelregel volgens aanbesteder aanvaard.
- 4.1.4. Ook op grond van vaste rechtspraak heeft aanbesteder het recht om de aanbestedingsprocedure te staken. In diezelfde rechtspraak is bovendien geoordeeld dat een 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 hoeft te berusten. Ter onderbouwing verwijst aanbesteder naar rechtsoverweging 31 van het arrest Croce Amica van het Hof van Justitie van 11 december 2014 (C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435):

'Dienaangaande moet de rechtspraak van het Hof in herinnering worden gebracht volgens welke ingevolge artikel 8, lid 2, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van die vergelijkbaar is met artikel 41, lid 1, van richtlijn 2004/18, de aanbestedende dienst niet slechts in uitzonderlijke gevallen van het plaatsen van een overheidsopdracht kan afzien of het besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen moet berusten (arrest Fracasso en Leitschutz, C-27/98, EU:C:1999:420, punten 23 en 25).'

- 4.1.5. Aanbesteder erkent overigens dat hij op grond van deze rechtspraak gehouden is om de redenen voor intrekking mee te delen aan de inschrijvers. Aan die verplichting heeft aanbesteder ook voldaan door in zijn intrekkingbeslissing van 12 september 2018 (zie 1.6 hiervoor) uit te leggen dat eis 5.2.10 van de aanbestedingsleidraad ofwel voor meerdere uitleg vatbaar is ofwel aanbesteder achteraf gezien ongewild en per abuis een eis heeft gesteld die hij niet heeft willen stellen. Aanbesteder zal deze twee gronden voor intrekking bespreken aan de hand van de bewaren van ondernemer.
- 4.1.6. De eerste grond voor de intrekking is dat eis 5.2.10 voor meerderlei uitleg vatbaar is.
- 4.1.7. Ondernemer bepleit dat eis 5.2.10 zo moet worden uitgelegd dat het niet was toegestaan om in te schrijven met reamedisplays met openingen aan de onderkant of bovenkant. Aanbesteder vraagt zich sterk af of een normaal oplettend en redelijk geïnformeerd inschrijver de eis in kwestie inderdaad zo heeft mogen uitleggen. De eis is, blijkens de eerste zinsnede van de eis, namelijk gesteld in het kader van de veiligheid. Openingen aan de onderkant of bovenkant maken reamedisplays naar de mening van aanbesteder nog niet per definitie onveilig. Immers, het enkele feit dat een reamedisplay openingen aan de onderkant of bovenkant heeft waar een persoon (bijvoorbeeld) een arm in kan steken, maakt nog niet dat daardoor ook verwondingen kunnen plaatsvinden en dat sprake is van een onveilig reamedisplay. Aanbesteder heeft ook nooit de bedoeling gehad om te eisen dat uitsluitend mocht worden ingeschreven met "dichte" reamedisplays. Aanbesteder heeft de bedoeling gehad te eisen dat er veilige reamedisplays zouden worden aangeboden, in die zin dat er in de praktijk geen verwondingen zouden plaatsvinden.
- 4.1.8. Verder is ondernemer de enige inschrijver die eis 5.2.10 zo heeft geïnterpreteerd dat het niet zou zijn toegestaan om in te schrijven met openingen aan de onderkant of bovenkant. Als de overige inschrijvers de eis zo hadden gelezen als ondernemer, dan hadden zij uiteraard nooit zonder enige vraag te stellen aangeboden met reamedisplays met openingen aan de onderkant en bovenkant. De stelling van

ondernemer dat alle andere inschrijvers er op "gegokt" zouden hebben dat niet zou worden gecontroleerd op de eis, acht aanbesteder volstrekt ongeloofwaardig. Ook het feit dat in eerdere aanbestedingsprocedures waarin dezelfde eis is gesteld – zoals ondernemer zelf aangeeft – met grote regelmaat is gegund aan inschrijvers met "open" reclamedisplays, vindt aanbesteder een sterke aanwijzing dat de eis voor meerderlei uitleg vatbaar is.

- 4.1.9. Voorts wijst aanbesteder op het feit dat ondernemer A juist bezwaar heeft gemaakt tegen de intrekking omdat evident zou zijn dat het wél zou zijn toegestaan om in te schrijven met openingen aan de bovenkant of onderkant. Aanbesteder verwijst in dit verband naar passages uit de brief van ondernemer A waarmee deze zijn bezwaar tegen de intrekking van de aanbestedingsprocedure heeft onderbouwd. Ondernemer A schrijft in die brief onder andere:

'Uit artikel 5.2.10 van de aanbestedingsleidraad blijkt duidelijk dat de eis dat er in of rond de A0-reclamedisplays geen 'gaten of sleuven waar personen hun vingers, armen of andere lichaamsdelen in kunnen steken' mogen bevinden, enkel en alleen moet worden gelezen in het licht van de eis dat 'de constructie (zodanig) afgewerkt [dient] te zijn dat er geen verwonding aan personen kan plaatsvinden door middel van contact met de A0-reclamedisplays'. Dit volgt uit de zinsnede 'Dit wil zeggen'. Met andere woorden uit artikel 5.2.10 (...) blijkt duidelijk: een A0-reclamedisplay mag geen openingen aan de boven en onderkant hebben indien er een reële c.q. realistische kans op verwondingen bestaat. Oftewel: een A0-reclamedisplay mag openingen aan de boven en onderkant hebben mits er geen reële c.q. realistische kans op verwondingen bestaat.'

- 4.1.10. Het valt aanbesteder op dat ondernemer A en ondernemer een volstrekt andere lezing hebben van eis 5.2.10. Aanbesteder vindt achteraf bezien voor beide lezingen wel iets te zeggen. Dat is precies waarom aanbesteder de aanbestedingsprocedure heeft ingetrokken.
- 4.1.11. De tweede grond voor intrekking is dat eis 5.2.10 onbedoeld is gesteld.
- 4.1.12. Zelfs als de interpretatie van ondernemer zou worden gevolgd, aldus aanbesteder, dan nog wil hij de aanbestedingsprocedure niet voortzetten. In dat geval heeft aanbesteder namelijk onbedoeld de eis gesteld dat onder geen beding mocht worden ingeschreven met reclamedisplays met openingen aan de bovenkant of onderkant. Dit terwijl aanbesteder, zoals gezegd, uitsluitend de bedoeling heeft gehad te eisen dat er veilige reclamedisplays zouden worden aangeboden, in die zin dat er in de praktijk geen verwondingen zouden plaatsvinden. Aanbesteder heeft – uitgaande van de lezing van ondernemer – dan ook onbedoeld de mededinging verkleind door in de markt gebruikelijke reclamedisplays met openingen aan de bovenkant of onderkant (onbedoeld) niet toe te staan. Dat vindt aanbesteder onwenselijk. Een eis dat nooit mag worden ingeschreven met "open" reclamedisplays vindt aanbesteder bovendien ook disproportioneel.
- 4.1.13. De stelling van ondernemer dat eis 5.2.10 niet te "streng" zou zijn aangezien de inschrijving van ondernemer – overigens als enige – aan de gestelde eisen voldoet, kan aanbesteder niet volgen. Waar het om gaat is dat aanbesteder – als de uitleg van ondernemer zou worden gevolgd – onbedoeld uitsluitend reclamedisplays zonder openingen heeft toegestaan terwijl hij die eis niet heeft willen stellen. Als hij die eis niet had gesteld, dan had aanbesteder ook veel meer (geldige) inschrijvingen ontvangen.
- 4.1.14. Ook de stelling van ondernemer dat ondernemer A niet zou voldoen aan eis 5.2.5 kan aanbesteder niet plaatsen. Aanbesteder trekt de aanbestedingsprocedure in omdat hij eis 5.2.10 niet heeft willen stellen, althans niet als de uitleg van

ondernemer wordt gevolgd. De vraag of ondernemer A al dan niet geldig heeft ingeschreven is in dat kader volstrekt irrelevant.

4.1.15. Aanbesteder merkt verder nog het volgende op. Ondernemer stelt in zijn klacht dat hij op de tweede plaats is geëindigd. Aanbesteder heeft inmiddels echter geconstateerd dat ondernemer oorspronkelijk op de derde plaats is geëindigd en dat in de initiële gunningsbeslissing een fout in de ranking is geslopen. Omdat deze fout verder niet relevant is voor de intrekkingbeslissing, zal aanbesteder in deze reactie hier verder geen aandacht aan besteden.

4.1.16. Kortom, eis 5.2.10 is volgens aanbesteder in de eerste plaats voor meerderlei uitleg vatbaar en dat is grond voor intrekking. Voor zover de interpretatie van ondernemer wordt gevolgd, is de grond voor intrekking dat aanbesteder onbedoeld een eis heeft gesteld die hij niet heeft willen stellen.

#### 4.2. Klachtonderdeel 3

4.2.1. In tegenstelling tot hetgeen ondernemer bepleit is volgens aanbesteder geen sprake van een aanvulling van de motivering voor de intrekking. Aanbesteder staakt de aanbestedingsprocedure omdat eis 5.2.10 voor meerderlei uitleg vatbaar is en – voor het geval dat niet zo zou zijn – hij onbedoeld een eis heeft gesteld die hij nimmer heeft willen stellen.

4.2.2. Een eventuele intrekking vanwege het feit dat het concurrentieniveau te laag is om tot gunning van de opdracht aan ondernemer over te gaan, is volgens aanbesteder uitsluitend aan de orde als aanbesteder de aanbestedingsprocedure niet zou mogen intrekken en ondernemer derhalve de enige overgebleven (geldige) inschrijver is. Die situatie doet zich echter niet voor. De reden dat aanbesteder ondernemer desondanks heeft gewezen op het feit dat ondernemer – als diens interpretatie zou worden gevolgd – de enige geldige inschrijver zou zijn, is dat die mededeling relevant is voor de procespositie van ondernemer. Voor ondernemer is namelijk relevant om te weten dat aanbesteder nog steeds voornemens is in te trekken als in kort geding zou worden geoordeeld dat aanbesteder de aanbestedingsprocedure niet zou mogen staken vanwege het feit dat eis 5.2.10 voor meerderlei uitleg vatbaar is dan wel – voor het geval dat niet zo zou zijn – hij onbedoeld een eis heeft gesteld die hij nimmer heeft willen stellen.

4.2.3. Ten overvloede merkt aanbesteder nog op dat de verwijzing van ondernemer naar Advies 210 van de Commissie mank gaat. In het onderhavige geval heeft aanbesteder het concurrentieniveau niet aanzienlijk beperkt door te kiezen voor een meervoudig onderhandse procedure. Er zijn op de onderhavige markt slechts een aantal (geschikte) partijen actief en die partijen heeft aanbesteder uitgenodigd. Aanbesteder vond het onder deze omstandigheden disproportioneel om een openbare procedure te organiseren. Als vanzelfsprekend hechtte ondernemer er wel grote waarde aan dat ook bij de georganiseerde procedure voldoende concurrentie zou plaatsvinden tussen (geldige) inschrijvingen.

4.2.4. Ten slotte merkt ondernemer in het kader van klachtonderdeel 3 nog op dat hij een concurrerende aanbieding zou hebben gedaan (zie 3.2.5 hiervoor). Het enkele feit dat ondernemer in de ranking op de derde plaats is geëindigd, betekent volgens aanbesteder echter niet dat hij daarmee ook een concurrerende en aanvaardbare aanbieding zou hebben gedaan. Aanbesteder kan en wil in deze reactie echter niet meer informatie verstrekken over (bijvoorbeeld) het verschil in financiële afdracht aangezien dergelijke informatie – ook gelet op de heraanbesteding – concurrentiegevoelig is. Het is niet voor niets dat aanbesteder in de Aanbestedingsleidraad uitdrukkelijk had opgenomen dat de hoogte van de financiële afdracht noch de puntenscore van de overige inschrijvers bekend zou worden gemaakt. In ieder

geval staat vast dat aanbestedder (zeker) niet de economisch meest voordelige inschrijver zou contracteren als hij gedwongen zou worden om de opdracht te verstrekken aan ondernemer als de enige overgebleven inschrijver.

#### 4.3. Klachtonderdeel 4

- 4.3.1. Aanbestedder stelt voorop dat eis 5.2.10 voor meerderlei uitleg vatbaar is en dat onder die omstandigheden op grond van vaste rechtspraak (zie bijvoorbeeld Vnr. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7359) geen wijzigingen doorgevoerd hoeven te worden.
- 4.3.2. Voor het geval geoordeeld zou worden dat eis 5.2.10 niet voor meerderlei uitleg vatbaar is en aanbestedder intrekt omdat hij eis 5.2.10 per abuis heeft gesteld, geldt dat een wijziging van eis 5.2.10 bij uitstek wezenlijk is. Het betreft dan immers een wijziging in de specificaties van de opdracht en die wijziging maakt evident de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk (zie naar analogie artikel 2.163g, lid 3, sub a, Aw 2012). De wijziging brengt volgens aanbestedder namelijk met zich dat inschrijvers niet langer gehouden zijn om in te schrijven met "dichte" reclaimedisplays. Ondernemer laat in zijn klacht ook na om enige onderbouwing te geven van zijn standpunt dat een wijziging van de eis niet wezenlijk zou zijn.
- 4.3.3. Voorts geldt dat aanbestedder nog in beraad is over welke specificaties hij nog meer zal wijzigen. Hij grijpt de situatie aan om de specificaties nog eens goed tegen het licht te houden. Op dit moment kan dus simpelweg nog niet worden aangegeven welke wijzigingen nog meer zullen worden doorgevoerd.
- 4.3.4. Ten slotte is ook van "leuren" volgens aanbestedder geen sprake. Zelfs als de inschrijvers dezelfde inschrijvingen zouden kunnen indienen – dat valt nog te bezien als aanvullende wijzigingen worden doorgevoerd –, dan worden inschrijvers op geen enkele wijze uitgelokt om een hogere afdracht te bieden (zoals ondernemer stelt). Aanbestedder ziet werkelijk niet in waarom dat het geval zou zijn. Inschrijvers mogen opnieuw een aanbieding doen en kunnen er (bijvoorbeeld) ook voor kiezen om een lagere afdracht in te dienen of te kiezen voor meer kwaliteit. Er vindt gewoon opnieuw concurrentie plaats. Verder is het ook niet zo dat bepaalde inschrijvers op achterstand zouden komen in een nieuwe aanbesteding. Aanbestedder heeft in de gunningsbeslissingen de hoogte van de financiële afdracht van de inschrijvers namelijk niet kenbaar gemaakt noch het aantal punten dat op de financiële afdracht is gescoord. Er is uitsluitend een rangorde kenbaar gemaakt.

## 5. **Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbestedder op 15 juni 2018 een meervoudig onderhandse procedure is gestart voor een concessieopdracht voor diensten voor plaatsing, beheer, onderhoud en exploitatie van 35 A0-reclaimedisplays. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Afdeling 1.2.1 en 1.2.4 van Deel 1 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Alvorens tot beoordeling van de klachtonderdelen over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
  - 5.2.1. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure mag intrekken. Bij beantwoording van de vraag of de intrekking van een aanbestedingsprocedure geoorloofd is, heeft voor een Europese aanbestedingsprocedure als uitgangspunt te gelden hetgeen door het Hof van Justitie van de Europese Unie 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 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. 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. Die 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, dat de basis vormt (zie ook Advies 399, overwegingen 6.5.1-6.5.2, Advies 428, overweging 5.4.6 en Advies 485, overweging 5.2.1-5.2.2).

5.2.2. De Commissie heeft eerder geoordeeld dat de hiervoor bedoelde verplichting niet alleen op een aanbestedende dienst rust in geval van intrekking van een Europese aanbestedingsprocedure, maar ook ingeval van intrekking van een meervoudig onderhandse procedure (zie Vزر. Rb. Den Haag 15 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6394, JAAN 2016/140 m.nt. J.C. Langeveld r.o. 4.3 en ook Advies 210, overweging 5.4 en vgl. Advies 465, overweging 5.3.1 betreffende een nationale openbare procedure voor een concessieopdracht voor diensten).

5.2.3. De aanbestedingsrechtelijke geoorloofdheid van een intrekkingbesluit zal integraal moeten worden beoordeeld (zie Advies 399, overweging 6.5.3, Advies 428, overweging 5.4.7 en Advies 485, overweging 5.2.3) met inachtneming van alle relevante feiten en omstandigheden zoals die zich hebben voorgedaan ten tijde van het daadwerkelijk genomen intrekkingbesluit (zie Advies 465, overweging 5.3.2).

5.3. De Commissie zal nu overgaan tot beoordeling van de klachtonderdelen.

#### 5.4. Klachtonderdeel 1

5.4.1. Aanbesteder heeft de onderhavige aanbestedingsprocedure primair ingetrokken omdat eis 5.2.10 voor meerderlei uitleg vatbaar zou zijn. De vraag die daarom allereerst moet worden beantwoord, is of dat inderdaad zo is.

5.4.2. Bij de beantwoording van die vraag moet worden vooropgesteld dat in artikel 1.15, eerste lid, Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke wijze dient te behandelen. In de rechtspraak is daarnaast algemeen aanvaard dat wanneer een aanbestedende dienst een opdracht aanbesteedt met gebruikmaking van de meervoudige onderhandse procedure, hij ook transparantie in zijn handelen moet betrachten (zie HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, NJ 2017/383, m.nt. C.E.C. Jansen, JAAN 2016/69, m.nt. G. 't Hart, TBR 2016/159, m.nt. J.H.J. Bax, r.o. 4.2.2 en ook Advies 147, overweging 7.2.3 en verschillende daarop volgende adviezen, laatstelijk Advies 448, overweging 5.2.2).

5.4.3. De te beantwoorden vraag is vervolgens of aanbestededer aan zijn hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat hij eis 5.2.10 in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers die eis op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan eis 5.2.10 moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsstukken de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.

- 5.4.4. De Commissie stelt vast dat aanbesteder in de eerste zin van eis 5.2.10 een functionele eis heeft gesteld: de opdrachtnemer dient de constructie van de A0-reclamedisplays zodanig af te werken dat personen die fysiek contact maken met de displays daardoor geen verwondingen kunnen oplopen.
- 5.4.5. Binnen de kaders van deze functionele eisstelling beschikt de opdrachtnemer over oplossingsvrijheid, behoudens het bepaalde in de tweede zin van eis 5.2.10. Uit die tweede zin blijkt namelijk dat aanbesteder de oplossingsvrijheid van de opdrachtnemer heeft beperkt door het stellen van nadere technische eisen.
- 5.4.6. De eerste beperking houdt in dat zich geen scherpe randen of hoeken in of rond de displays mogen bevinden. Wanneer deze beperking wordt gelezen in het licht van de functionele eis in de eerste zin van eis 5.2.10, moet zij naar het oordeel van de Commissie aldus worden begrepen dat de aanwezigheid van scherpe randen of hoeken in of rond de displays op voorhand het risico in het leven roept dat personen die fysiek contact maken met de displays daardoor verwondingen kunnen oplopen. Om die reden is een constructie waarbij zich scherpe randen of hoeken in of rond de displays bevinden niet toegestaan.
- 5.4.7. De tweede beperking houdt in dat zich geen gaten of sleuven in of rond de displays mogen bevinden waar personen hun vingers, armen of andere lichaamsdelen (hierna: ledematen) in kunnen steken. Wanneer deze beperking wordt gelezen in het licht van de functionele eis in de eerste zin van eis 5.2.10, moet zij naar het oordeel van de Commissie aldus worden begrepen dat de aanwezigheid van gaten of sleuven in of rond de displays waar personen hun ledematen in kunnen steken op voorhand het risico in het leven roept dat personen daardoor verwondingen kunnen oplopen. Om die reden is een constructie waarbij zich gaten of sleuven in of rond de displays bevinden waar personen hun ledematen in kunnen steken niet toegestaan.
- 5.4.8. Wanneer de tweede beperking wordt gelezen in het licht van de functionele eis in de eerste zin én in het licht van de formulering van de eerste beperking in de tweede zin van eis 5.2.10 (zie 5.4.6 hiervoor), moet die tweede beperking naar het oordeel van de Commissie niet aldus worden begrepen dat elke constructie waarbij zich gaten of sleuven in of rond de displays bevinden verboden zou zijn, ook wanneer die gaten of sleuven van dien aard zijn dat personen daar geen ledematen in kunnen steken. Zou aanbesteder namelijk elke constructie waarbij zich gaten of sleuven in of rond de displays bevinden op voorhand hebben willen verbieden, dan zou het voor de hand hebben gelegen – in lijn met de formulering van de eerste beperking in de tweede zin van eis 5.2.10 (zie opnieuw 5.4.6 hiervoor) – die tweede beperking als volgt te formuleren: ‘Dat wil zeggen geen scherpe randen of hoeken noch gaten of sleuven in of rond de A0-reclamedisplays’.
- 5.4.9. Het voorgaande betekent allereerst dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver eis 5.2.10 naar het oordeel van de Commissie op dezelfde wijze zal uitleggen in de zin dat het is toegestaan in te schrijven met A0-reclamedisplays met gaten of sleuven in of rond de displays, onder de voorwaarde dat personen geen ledematen in die gaten of sleuven kunnen steken.
- 5.4.10. Het voorgaande betekent verder dat aanbesteder met de formulering van eis 5.2.10 heeft gehandeld in overeenstemming met zijn in 5.4.2 bedoelde verplichting. Dat zo zijnde, kon aanbesteder zijn besluit tot intrekking niet baseren op de reden dat eis 5.2.10 voor meerderlei uitleg vatbaar was.
- 5.4.11. Het voorgaande betekent tot slot dat het eerste klachtonderdeel gegrond is.



## 5.5. Klachtonderdeel 2

- 5.5.1. Aanbesteder heeft zich op het standpunt gesteld dat wanneer (i) eis 5.2.10 niet voor meerderlei uitleg vatbaar is en (ii) die eis moet worden uitgelegd zoals ondernemer dat heeft gedaan – namelijk: dat onder geen beding mocht worden ingeschreven met reclamedisplays met openingen aan de bovenkant of onderkant – hij de aanbestedingsprocedure intrekt vanwege de subsidiaire reden dat eis 5.2.10 onbedoeld zou zijn gesteld.
- 5.5.2. Zoals de Commissie bij de beoordeling van klachtonderdeel 1 heeft geoordeeld, is aan de eerste door aanbesteder geformuleerde voorwaarde voldaan: eis 5.2.10 is immers niet voor meerderlei uitleg vatbaar (zie 5.4.10 hiervoor). Aan de tweede door aanbesteder gestelde voorwaarde is echter niet voldaan: eis 5.2.10 dient immers niet te worden uitgelegd zoals ondernemer dat heeft gedaan. De eis dient – in plaats daarvan – te worden uitgelegd in de zin dat het is toegestaan in te schrijven met A0-reclamedisplays met gaten of sleuven in of rond de displays, onder de voorwaarde dat personen geen ledematen in die gaten of sleuven kunnen steken (zie 5.4.9 hiervoor).
- 5.5.3. Het voorgaande betekent dat aanbesteder zijn besluit tot intrekking ook niet kon baseren op de subsidiaire reden dat eis 5.2.10 – uitgaande van de lezing die ondernemer daaraan heeft gegeven – onbedoeld zou zijn gesteld.
- 5.5.4. Het voorgaande betekent dat ook het tweede klachtonderdeel gegrond is.
- 5.5.5. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.
- 5.5.6. Aanbesteder heeft zich niet kunnen uitlaten over de vraag of hij – gegeven de uitleg die naar het oordeel van de Commissie aan eis 5.2.10 moet worden gegeven (zie 5.4.9 hiervoor) – de aanbestedingsprocedure zou willen intrekken vanwege de reden dat eis 5.2.10 (ook) bij die uitleg onbedoeld is gesteld. De Commissie kan zich in beginsel voorstellen dat aanbesteder bij die uitleg onbedoeld een eis heeft gesteld die – mede gezien in het licht van art. 1.16 Aw 2012 – te streng is (vgl. ook 4.1.12 hiervoor). Bij die uitleg zou aanbesteder immers een inschrijving als ongeldig terzijde moeten leggen wanneer daarin displays worden aangeboden met gaten of sleuven in of rond de displays waar personen ledematen in kunnen steken, óók wanneer die personen daardoor geén verwondingen zouden kunnen oplopen. In zoverre zou strikte toepassing van de beperking in de tweede zin van eis 5.2.10 het doel dat aanbesteder met de functionele eis in de eerste zin van eis 5.2.10 voor ogen heeft gehad, voorbij schieten. In het verlengde van het voorgaande kan de Commissie zich voorstellen dat aanbesteder eis 5.2.10 in dat geval, na intrekking van de aanbestedingsprocedure, zal willen wijzigen in een eis die het op zich mogelijk maakt dat displays worden aangeboden met gaten of sleuven in of rond de displays, op voorwaarde dat personen die fysiek contact maken met die gaten of sleuven daardoor geen verwondingen kunnen oplopen.
- 5.5.7. Alvorens echter de aanbestedingsprocedure met dat doel in te trekken, geeft de Commissie aanbesteder het volgende in overweging. Aanbesteder doet er verstandig aan eerst na te gaan of een of meer inschrijvers, vooropgesteld natuurlijk dat zij voldoen aan alle overige gestelde eisen, displays hebben aangeboden – anders dan ondernemer – met gaten of sleuven in of rond die displays waar personen weliswaar ledematen in kunnen steken, doch niet op een zodanige manier dat die personen daardoor verwondingen kunnen oplopen. Als dergelijke inschrijvingen namelijk zijn gedaan, dán kan aanbesteder de aanbestedingsprocedure naar het oordeel van de Commissie rechtmatig intrekken vanwege de reden genoemd in 5.5.6 hiervoor met het oog op een heraanbesteding van de opdracht waarbij eis 5.2.10 dan wordt gewijzigd zoals aangegeven in 5.5.6.

- 5.5.8. Wanneer echter blijkt dat alle hiervoor bedoelde inschrijvers – anders dan ondernemer – displays hebben aangeboden met scherpe randen of hoeken en/of met gaten of sleuven, met het risico dat die personen verwondingen kunnen oplopen wanneer zij fysiek contact maken met de displays, dán kan aanbesteder de aanbestedingsprocedure naar het oordeel van de Commissie niet rechtmatig intrekken vanwege de reden genoemd in 5.5.6 hiervoor met het oog op een heraanbesteding van de opdracht waarbij eis 5.2.10 dan wordt gewijzigd zoals aangegeven in 5.5.6. In dát geval voldoen de andere inschrijvingen immers hoe dan ook niet aan de functionele eis in de eerste zin van eis 5.2.10 en dienen zij om die reden terzijde te worden gelegd.
- 5.5.9. Voor zover in het laatst bedoelde geval de inschrijving van ondernemer de enige overgebleven geldige inschrijving is en aanbesteder in dat geval zou menen dat hij de aanbestedingsprocedure rechtmatig kan intrekken, vanwege de reden dat het concurrentieniveau te laag zou zijn om tot gunning van de opdracht aan ondernemer over te gaan (vergelijk 4.2.2 hiervoor), merkt de Commissie het volgende op. Aanbesteder stelt dat het concurrentieniveau op voorhand beperkt is aangezien op de onderhavige markt slechts een beperkt aantal geschikte ondernemingen actief is. Aanbesteder heeft al deze ondernemingen tot het doen van een inschrijving uitgenodigd (zie 4.2.3 hiervoor). Dat aanbesteder deze ondernemingen als “geschikt” aanduidt, betekent dat hij deze ondernemingen in staat acht tot het uitvoeren van de opdracht met inachtneming van de daaraan gestelde eisen (vergelijk 4.2.3 hiervoor). Deze ondernemingen hebben hun inschrijvingen in concurrentie tot stand gebracht. Dat vervolgens – in het in 5.5.8 veronderstelde geval – alle inschrijvingen (op één na) als ongeldig terzijde moeten worden gelegd omdat de inschrijvers niet in staat blijken een inschrijving in te dienen die voldoet aan de – zoals het de Commissie althans voorkomt – normale en proportionele eis dat de constructie van de displays zodanig moet zijn afgewerkt dat personen die fysiek contact maken met die displays daardoor geen verwondingen kunnen oplopen, levert in het licht van de voorgaande dan ook geen deugdelijke reden op voor een rechtmatige intrekking van de aanbestedingsprocedure. Wanneer aanbesteder de opdracht na die intrekking immers zou willen heraanbesteden, zal hij opnieuw dezelfde beperkte markt met dezelfde spelers tegenover zich vinden die allemaal – op één na – niet in staat zijn displays te construeren met inachtneming van de hiervoor bedoelde basale veiligheidseisen die aanbesteder – naar de Commissie toch mag aannemen – niet zal willen laten vallen.

## 5.6. Klachtonderdeel 3

- 5.6.1. Vooropgesteld moet worden dat aanbesteder aan zijn besluit van 12 september 2018 tot intrekking van de aanbestedingsprocedure twee redenen ten grondslag heeft gelegd: eis 5.2.10 zou voor meerderlei uitleg vatbaar zijn en – indien dat laatste niet het geval zou zijn – eis 5.2.10 zou onbedoeld zijn gesteld in het geval aan die eis de uitleg moet worden gegeven die ondernemer daaraan heeft gegeven (zie 1.6 hiervoor).
- 5.6.2. Ondernemer stelt dat aanbesteder de hiervoor genoemde redenen heeft aangevuld in zijn brief van 20 september 2018: in het veronderstelde geval dat aan eis 5.2.10 de uitleg moet worden gegeven die ondernemer daaraan heeft gegeven, zou aanbesteder blijkens die brief een bijkomende reden tot intrekking vinden in het feit dat ondernemer in dat geval de enig overgebleven (geldige) inschrijver zou zijn waarmee het concurrentieniveau te laag zou zijn om tot gunning van de concessieopdracht aan ondernemer over te gaan (zie 1.8 hiervoor).
- 5.6.3. Voor zover ondernemer stelt dat het een aanbestedende dienst niet is toegestaan om de redenen waarop hij een besluit tot intrekking van een

aanbestedingsprocedure baseert aan te vullen, nadat hij dat besluit inmiddels aan de (potentiële) inschrijvers heeft medegedeeld (zie 3.2.1 hiervoor), vindt dat standpunt naar het oordeel van de Commissie geen steun in het recht. De Commissie overweegt in dit verband het volgende.

- 5.6.4. Aan ondernemer kan worden toegegeven dat het begrip "gunningsbeslissing" in artikel 1.1 Aw 2012 mede ziet op de beslissing van een aanbestedende dienst om géén overeenkomst te sluiten. Dat betekent vervolgens echter niet dat de eisen die de wetgever in art. 2.130 Aw 2012 aan de motivering van de mededeling van de gunningsbeslissing stelt – voor zover aan die bepaling reflexwerking toekomt bij de toepassing van artikel 1.15 lid 2 Aw 2012 (zie 3.2.2 hiervoor en ook Advies 389, overwegingen 5.4.6 en 5.4.7) – onverkort gelden in het geval dat een aanbestedende dienst besluit tot intrekking van de aanbestedingsprocedure. Uit artikel 2.130 Aw 2012, gelezen in het licht van de overige bepalingen van § 2.3.8.8 Aw 2012, blijkt naar het oordeel van de Commissie immers voldoende duidelijk dat de reikwijdte van het begrip "gunningsbeslissing" in die bepaling(en) is beperkt tot de beslissing waarmee de aanbestedende dienst te kennen geeft de opdracht te gunnen aan een van de inschrijvers (zie artikel 2.127 lid 1: 'de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst'; artikel 2.127 lid 3 sub b: 'aan wie de overheidsopdracht wordt gegund'; artikel 2.129: 'de mededeling (...) houdt geen aanvaarding in'; artikel 2.130 lid 2: 'de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving'; en artikel 2.131: 'de met die beslissing beoogde overeenkomst').
- 5.6.5. Het voorgaande betekent dat de door ondernemer bedoelde rechtsregel van het arrest HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 zich niet tevens uitstrekt tot het besluit van een aanbestedende dienst om een aanbestedingsprocedure in te trekken. Dat is ook overigens niet geoordeeld in de door ondernemer aangehaalde jurisprudentie en evenmin in Advies 399 van de Commissie (zie 3.2.1 hiervoor). Een mogelijke uitzondering vormt de door ondernemer genoemde uitspraak Vزر. Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, r.o. 4.8. Daarin heeft de voorzieningenrechter weliswaar geoordeeld dat een op een later tijdstip aangedragen argument buiten de beoordeling van het besluit tot intrekking dient te blijven, maar de voorzieningenrechter motiveert dat oordeel vervolgens niet.
- 5.6.6. Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 3 ongegrond is.
- 5.6.7. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.
- 5.6.8. Dat de rechtsregel van het arrest HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 zich niet tevens uitstrekt tot het besluit van een aanbestedende dienst om een aanbestedingsprocedure in te trekken, laat onverlet dat een aanbestedende dienst er verstandig aan doet om alle aan het besluit ten grondslag liggende redenen, voor zover hij die op dat moment redelijkerwijze kan overzien, aan de inschrijvers mede te delen.
- 5.6.9. Wanneer een aanbestedende dienst, in een geval als het onderhavige, in de mededeling van het besluit tot intrekking van de aanbestedingsprocedure een termijn bepaalt waarbinnen een inschrijver – op straffe van verval van recht – een kort geding tegen dat besluit aanhangig moeten maken, kan een eventueel beroep op die (verval)termijn problematisch uitpakken in het geval dat de aanbestedende dienst nadien aanvullende redenen aan zijn besluit tot intrekking ten grondslag legt. In een dergelijk geval kan zich immers de situatie voordoen dat de redenen van dat besluit niet meer integraal door een rechter kunnen worden getoetst, zonder dat een inschrijver in dat kader iets te verwijten valt. De Commissie stelt vast dat aanbesteder zich het voorgaande heeft gerealiseerd door in zijn brief van 20

september 2018 te voorzien in een verlenging van de (verval)termijn (zie 1.8 *in fine* hiervoor).

#### 5.7. Klachtonderdeel 4

- 5.7.1. Nu de Commissie de klachtonderdelen 1 en 2 gegrond heeft geoordeeld, was aanbestedder niet gerechtigd de aanbestedingsprocedure in te trekken vanwege de in het kader van die klachtonderdelen beoordeelde redenen. Dat betekent dat hij evenmin gerechtigd is om in het verlengde van de op die redenen gebaseerde onrechtmatige intrekking de opdracht opnieuw aan te besteden, ook niet wanneer hij de eisen van de opdracht wezenlijk wijzigt. Aanbestedder zal eerst een reden voor zijn besluit tot intrekking van de aanbestedingsprocedure moeten geven die de op grond van het aanbestedingsrecht daaraan te stellen eisen kan doorstaan (zie 5.2.1 hiervoor).
- 5.7.2. Het voorgaande oordeel geldt ook ten aanzien van de aanvullende reden die aanbestedder aan zijn besluit tot intrekking ten grondslag heeft gelegd in zijn brief van 20 september 2018. Die aanvullende reden is gebaseerd op de veronderstelling dat aan eis 5.2.10 de uitleg zou moet worden gegeven die ondernemer daaraan heeft gegeven. Zoals de Commissie bij de beoordeling van klachtonderdeel 1 echter heeft geoordeeld, dient eis 5.2.10 niet te worden uitgelegd zoals ondernemer dat heeft gedaan. De eis dient – in plaats daarvan – te worden uitgelegd in de zin dat het is toegestaan in te schrijven met A0-reclamedisplays met gaten of sleuven in of rond de displays, onder de voorwaarde dat personen geen ledematen in die gaten of sleuven kunnen steken (zie 5.4.9 hiervoor). Dat betekent dat aanbestedder zijn besluit tot intrekking ook niet kon baseren op de aanvullende reden in zijn brief van 20 september 2018 dat eis 5.2.10 – uitgaande van de lezing die ondernemer daaraan heeft gegeven – er toe zou leiden dat ondernemer de enig overgebleven (geldige) inschrijver zou zijn waarmee het concurrentieniveau te laag zou zijn om tot gunning van de concessieopdracht aan ondernemer over te gaan. En dat betekent weer dat aanbestedder evenmin gerechtigd is om in het verlengde van de op die aanvullende reden gebaseerde onrechtmatige intrekking de opdracht opnieuw aan te besteden.
- 5.7.3. Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 4 gegrond is.
- 5.7.4. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Zoals de Commissie in het kader van de beoordeling van klachtonderdeel 2 ten overvloede heeft geoordeeld, kan zij zich in beginsel voorstellen dat aanbestedder bij de uitleg die naar het oordeel van de Commissie aan eis 5.2.10 dient te worden gegeven, onbedoeld een te strenge eis heeft gesteld (zie 5.5.6 hiervoor). De Commissie ziet in dat kader mogelijkheden voor aanbestedder om de intrekking van de aanbestedingsprocedure alsnog te onderbouwen met een reden die de op grond van het aanbestedingsrecht daaraan te stellen eisen kan doorstaan, waarna aanbestedder zou kunnen overgaan tot een rechtmatige wijziging van eis 5.2.10 en een heraanbesteding van de opdracht (zie opnieuw 5.5.6 hiervoor). De Commissie benadrukt dat aanbestedder er dan verstandig aan doet eerst het door de Commissie genoemde onderzoek uit te voeren (zie 5.5.7 hiervoor) en zich ook overigens rekenschap te geven van de kanttekeningen die de Commissie verder heeft geplaatst (zie 5.5.8 en 5.5.9 hiervoor).

**6. Advies**

De Commissie acht onderdelen 1, 2 en 4 van de klacht **gegrond** en onderdeel 3 **ongegrond**.

Den Haag, 28 februari 2019

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid