

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 611 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de uitvoering van bouwkundige, elektrotechnische en werktuigbouwkundige werkzaamheden ter renovatie van een rioolwaterzuiveringsinstallatie.

Nadat aanbesteder de openbare procedure heeft beëindigd en is overgegaan op een mededingingsprocedure met onderhandeling, heeft aanbesteder de aanbestedingsprocedure ingetrokken.

Klachtonderdeel 1

Ondernemer klaagt dat de geboden beroepstermijn van 7 kalenderdagen om op te komen tegen het intrekingsbesluit te kort is. De Commissie acht het onduidelijk of zij bevoegd is te oordelen over de lengte van de beroepstermijn tegen intrekking van een aanbestedingsprocedure en verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

De Commissie verstrekt de aanbeveling aan de wetgever in het kader van de rechtsbescherming een wettelijke beroepstermijn tegen intrekkingbeslissingen vast te stellen.

Bij gebreke van een wettelijke beroepstermijn beveelt de Commissie aanbestedende diensten aan een termijn voor het instellen van beroep tegen een intrekkingbesluit op te nemen in de aanbestedingsstukken. Betreft het een korte termijn, zoals een termijn van 7 kalenderdagen, dan beveelt de Commissie aan tevens te bepalen dat op die termijn ook de Algemene termijnenwet van toepassing is.

Klachtonderdelen 2 en 3

Kern van deze klachtonderdelen is de stelling van ondernemer dat niet kan worden gecontroleerd of aanbesteder vooraf een zorgvuldige raming van de waarde van de opdracht heeft gemaakt die lager is dan de inschrijfsom van de laagste inschrijver (klachtonderdeel 2). Klachtonderdeel 3 bouwt voort op klachtonderdeel 2: ondernemer klaagt dat de raming niet zorgvuldig is.

De Commissie is met ondernemer van oordeel dat niet kan worden gecontroleerd of aanbesteder *vooraf* een zorgvuldige raming heeft opgesteld. De Commissie verklaart klachtonderdeel 2 daarom **gegrond**.

De Commissie oordeelt dat zij niet kan vaststellen of de raming zorgvuldig is, omdat aanbesteder op dat punt onvoldoende heeft gesteld. Onder die omstandigheden moet de Commissie het ervoor houden dat de raming niet zorgvuldig is. De Commissie verklaart klachtonderdeel 3 **gegrond**.

Indien sprake is van aanzienlijk tijdsverloop of sterk gewijzigde omstandigheden tussen het moment van opstellen van de raming en definitief maken van de aanbestedingsstukken, is het niet reëel te veronderstellen dat de raming nog voldoende verband houdt met de aanbestedingsstukken. In dergelijke gevallen beveelt de Commissie herziening van de raming aan.

Klachtonderdeel 4

Ondernemer klaagt dat de opdracht aan hem moet worden gegund, omdat sprake is van een onzorgvuldige raming en daarom geen juridische grond bestaat voor de intrekking. De Commissie overweegt dat aanbestedende diensten een grote mate van vrijheid toekomt bij de intrekking van overheidsopdrachten. In het onderhavige geval lijkt geen sprake van duidelijke willekeur of een andere uitzonderlijke omstandigheid die een verplichting tot gunning in het leven roept. Klachtonderdeel 4 is daarmee **ongegrond**.

Klachtonderdeel 5

Ondernemer klaagt dat bij de mededingingsprocedure geen gebruik mag worden gemaakt van laagste prijs als gunningscriterium. Dat is juist, maar aanbesteder heeft de mededingingsprocedure inmiddels gestaakt. Ondernemer heeft daarom geen belang meer bij zijn klacht tegen toepassing van de mededingingsprocedure. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Klachtonderdeel 6

Ondernemer klaagt dat zijn inschrijfkosten moeten worden vergoed. De Commissie overweegt dat de Aanbestedingsleidraad een clause bevat waarin een tenderkostenvergoeding categorisch is uitgesloten. Hoewel een heroverweging van de tenderkostenvergoeding vanwege de intrekking op zijn plaats is, leidt die heroverweging in dit geval niet tot een verplichting tot vergoeding van de inschrijfkosten. Daarbij is vooral van belang dat geen sprake lijkt te zijn van een aanbesteding waarin hoge kosten voor inschrijving moesten worden gemaakt. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom **ongegrond**.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 611

1. Feiten

1.1. Aanbesteder heeft op 1 mei 2020 een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor een overheidsopdracht voor uitvoering van bouwkundige, elektrotechnische en werktuigbouwkundige werkzaamheden ter renovatie van een rioolwaterzuiveringsinstallatie (RWZI).

1.2. Volgens de Aankondiging in TenderNed is het gunningscriterium de laagste prijs.

1.3. In de (ongedateerde) Aanbestedingsleidraad is, onder meer, het volgende bepaald:

'Deze aanbesteding zal plaatsvinden volgens de Openbare Europese procedure conform het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016).

(...)

De Aanbestedende Dienst behoudt het recht voor om voor de Opdracht of voor gedeelten van de Opdracht niet tot gunning over te gaan, om welke reden dan ook.

(...)

Het vervaardigen en uitbrengen van een Inschrijving geeft de Inschrijver **geen** recht op vergoeding van de kosten van de Inschrijving, ook niet in het geval de Aanbestedende Dienst de gehele aanbesteding of een deel daarvan stopzet.

(...)

Akkoordverklaring

Inschrijver verklaart:

- dat hij instemt met de gevolgde aanbestedingsprocedure en met de wijze waarop deze is vormgegeven;
- dat hij kennis heeft genomen van en akkoord gaat met de in deze aanbesteding opgenomen uitgangspunten en voorwaarden;
- dat alle vragen en bijlagen naar waarheid zijn ingevuld.

Inschrijver gaat akkoord met hetgeen hierboven is gesteld.'

1.4. Op 13 juli 2020 schrijft aanbesteder het volgende aan ondernemer:

'Zoals ik in ons telefoongesprek afgelopen vrijdag aangaf zijn de inschrijvingen op het bestek (...) voor [Aanbesteder] onaanvaardbaar.
[Aanbesteder] maakt gebruik van de mogelijkheid in de aanbestedingswet om met de rechtmatige inschrijvers een mededingsprocedure met onderhandeling te starten.
Je hebt aangegeven hier open voor te staan.'

1.5. Op 17 juli 2020 schrijft ondernemer het volgende aan aanbesteder:

'Wij hebben onze begroting alsmede de contractstukken en de hiervoor te volgen procedure nogmaals goed beoordeeld.

Zoals jullie hebben aangegeven is onze inschrijving geldig en rechtmatig.

Wij komen dan ook tot de conclusie dat wij een inschrijving en prijs hebben ingediend conform de vraagstelling en de regels die horen bij de aangekondigde openbare Europese aanbesteding.

Zoals jullie op onze inschrijfstaat hebben kunnen zien hebben we al een flinke korting gegeven.

Daarnaast willen we graag de kwaliteit leveren die hoort bij hetgeen er in de bestekstukken is aangegeven.

Helaas kunnen wij geen andere of lagere inschrijving indienen.'

- 1.6. Partijen hebben vervolgens met elkaar gecorrespondeerd over de beslissing van aanbesteder de openbare aanbestedingsprocedure te beëindigen en over te gaan op een mededingingsprocedure met onderhandeling. Ondernemer heeft daarbij meegedeeld aanspraak te maken op gunning en niet deel te nemen aan de mededingingsprocedure. Aanbesteder heeft op bij bericht van 27 augustus 2020 (kenmerk gedeeld via Negometrix op 1 september 2020), met toelichting van 9 september 2020, aan ondernemer bericht ook de mededingingsprocedure (en daarmee beide procedures) in te trekken, omdat voor de openbare procedure slechts onaanvaardbare inschrijvingen waren ontvangen en voor de mededingingsprocedure met onderhandeling het concurrentieniveau te laag was, aangezien daarvoor slechts één inschrijving was ontvangen. Aanbesteder stelde bij de toelichting van 9 september 2020 een termijn van 7 kalenderdagen voor het in rechte opkomen tegen de intrekkingbeslissing.
- 1.7. Ondernemer heeft op 17 september 2020 een klacht en aansprakelijkstelling ingediend bij aanbesteder, waarop aanbesteder, nadat een hoorzitting had plaatsgevonden op 16 oktober 2020, heeft gereageerd bij bericht van 19 november 2020. Aanbesteder wijst in dat bericht de klacht en de aansprakelijkstelling van de hand.
- 1.8. Op 14 december 2020 heeft ondernemer onderhavige klacht ingediend. Aanbesteder heeft op 11 januari 2021 schriftelijk op de klacht gereageerd.

2. Beschrijving klacht

- 2.1. De Commissie onderscheidt de volgende klachtonderdelen.
- 2.2. Klachtonderdeel 1
 - 2.2.1. Aanbesteder hanteert een niet-proportionele rechtsbeschermingstermijn van slechts 7 kalenderdagen.
 - 2.2.2. Ondernemer stelt dat uit het Croce Amica arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (zaak C-440/13) volgt dat aanbestedende diensten een relatief grote vrijheid hebben om een aanbesteding in te trekken. Een intrekkingbeslissing hoeft volgens het HvJ EU niet op 'gewichtige redenen' te berusten. Wel moet de intrekkingbeslissing gemotiveerd worden door de aanbestedende dienst. Deze motivering moet de intrekkingbeslissing kunnen dragen. Uit het arrest blijkt voorts dat de intrekkingbeslissing door de rechter moet kunnen worden getoetst. Inschrijvers dienen derhalve een rechtsbeschermingstermijn aangeboden te krijgen, zodat zij de intrekkingbeslissing aan de rechter kunnen voorleggen.
 - 2.2.3. Zoals geldt voor alle termijnen in Europese aanbestedingsprocedures, geldt dat termijnen altijd proportioneel moeten zijn (artikel 1.10 lid 2 sub c Aw 2012). Een

rechtsbeschermingstermijn van slechts 7 kalenderdagen is in de optiek van ondernemer niet proportioneel. Dit geldt temeer in een situatie als de onderhavige waarin de advocaat van aanbesteder pas kort voor het verstrijken van deze termijn (op 14 september 2020) telefonisch aangeeft dat het Excel bestand dat door aanbesteder op 13 juli 2020 is verzonden de raming betreft (het door de aanbestedende dienst begrote bedrag, vastgesteld en gedocumenteerd vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure). Deze telefonische mededeling stond niet alleen haaks op de schriftelijke mededeling van enkele minuten daarvoor (de mededeling dat aanbesteder de directiebegroting niet hoefde te verstrekken), maar is ook nog eens ongeloofwaardig gelet op de datering van het Excel bestand, de vormgeving van deze raming én gelet op de geraamde waarde die in het Excel bestand staat, waaruit men zou moeten afleiden dat het om een onderdrempelige opdracht gaat. Door deze onduidelijke gang van zaken had ondernemer slechts 2,5 werkdag om een kort geding aanhangig te maken, hetgeen niet een proportionele rechtsbeschermingstermijn kan worden geacht.

2.3. Klachtonderdeel 2

- 2.3.1. Aanbesteder maakt het voor ondernemer onmogelijk om te controleren of aanbesteder voorafgaand aan de Europese openbare aanbestedingsprocedure een zorgvuldige raming heeft opgesteld. Ondernemer kan daarom niet controleren of de intrekkingbeslissing op juiste gronden is genomen.
- 2.3.2. Uit het Croce Amica arrest volgt aldus de ondernemer dat aanbestedende diensten een intrekkingbeslissing moeten motiveren, zodat de inschrijvers tegen deze intrekkingbeslissing kunnen ageren. De stelling van aanbesteder is dat de Europese openbare aanbestedingsprocedure is beëindigd omdat louter 'onaanvaardbare' inschrijvingen zouden zijn ingediend. Inschrijvingen zijn alleen dan onaanvaardbaar in de zin van artikel 2.36.4 ARW 2016/2.28 lid 4 sub b Aw 2012, wanneer de prijs het door de aanbestedende dienst begrote bedrag (de raming), vastgesteld en gedocumenteerd vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure, overschrijft. Om de intrekkingbeslissing te kunnen motiveren, moet aanbesteder dus inzicht geven in zijn raming (het door de aanbestedende dienst begrote bedrag, vastgesteld en gedocumenteerd vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure).
- 2.3.3. De advocaat van aanbesteder stelt, achteraf, dat het Excel bestand dat door aanbesteder op 13 juli 2020 is verzonden deze raming betreft, maar ondernemer kan dit op geen enkele manier controleren/verifiëren. Sterker nog, het lijkt er veeleer op dat dit document pas is opgesteld nadat de inschrijvingen zijn ontvangen, nu het document dateert van 13 juli 2020. Dat het toegezonden Excel bestand de raming zou zijn die is opgesteld vóór aanvang van de Europese openbare aanbestedingsprocedure is ook nog eens uiterst ongeloofwaardig, omdat het Excel bestand in zijn geheel geen rekening lijkt te houden met de besteksposten die inschrijvers moesten beprijzen en omdat uit het Excel bestand blijkt dat sprake is van een onderdrempelige opdracht, terwijl aanbesteder juist een Europese openbare aanbestedingsprocedure is gestart.
- 2.3.4. Hoe dan ook, ondernemer kan aan de hand van de intrekkingbeslissing en/of aan de latere mededelingen van aanbesteder niet controleren of de intrekkingbeslissing op juiste gronden is genomen en of de motivering van aanbesteder klopt (óf achteraf is 'bedacht' om de intrekking te kunnen rechtvaardigen en om de onderhandelingen te openen, onderhandelingen die aanbesteder kennelijk graag wilde organiseren, zie toelichting klacht 5). Aan de intrekkingbeslissing kleeft daarom een motiveringsgebrek.

2.4. Klachtonderdeel 3

2.4.1. De raming van aanbestedder zoals deze op 13 juli 2020 is toegezonden (een Excel bestand) is niet zorgvuldig, zodat aanbestedder geen juridische grond had om de Europese openbare aanbestedingsprocedure te beëindigen met de motivering dat louter onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend.

2.4.2. Uit het Croce Amica arrest volgt dat aanbestedende diensten een relatief grote vrijheid hebben om een aanbesteding in te trekken. Een intrekingsbesluit hoeft niet op 'gewichtige redenen' te berusten. Wel moet de intrekingsbeslissing gemotiveerd worden door de aanbestedende dienst. De motivering moet de intrekingsbeslissing kunnen dragen. Wanneer aanbestedder een Europese openbare aanbestedingsprocedure beëindigt met het argument dat er uitsluitend onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend (dat wil zeggen: inschrijvingen die het door aanbestedder vooraf vastgestelde budget overschrijden) dan moet vanzelfsprekend wel sprake zijn geweest van een zorgvuldige raming. Zo blijkt ook uit de jurisprudentie. Ondernemer wijst aanbestedder bij wijze van voorbeeld op de volgende jurisprudentie:

- [Voorzieningenrechter Rechtbank Zeeland-West-Brabant 5 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7113](#)

'Indien geen sprake is van een zorgvuldige raming van de opdracht, dan geldt dat geen onderhandelingsprocedure mag worden gevolgd. Er mag dan ook niet in plaats daarvan een tweede reguliere procedure worden gehouden. Als de aanbestedende dienst niet zorgvuldig heeft geraamd mag in beginsel worden verondersteld dat de laagst biedende inschrijver een marktconforme prijs heeft geboden.'

- [Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 15 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2903](#)

'WeGo stelt vervolgens dat de grondslag voor de intrekking ontbreekt. Haar inschrijving is immers onaanvaardbaar geacht vanwege overschrijding van de raming en die was onzorgvuldig. De Gemeente voert allereerst aan dat de onzorgvuldigheid van de raming niet hoeft te worden beoordeeld, omdat het gaat om een intrekking van de aanbesteding en niet om een beroep op artikel 2.28 Aw (een besluit om door te onderhandelen). Volgens WeGo is artikel 2.28 Aw wel degelijk aan de orde, met name het vierde lid van dat artikel. De Gemeente beroept zich daar immers op bij haar intrekking. Wil de Gemeente gerechtigd zijn om de procedure van de concurrentiegericht dialogo als bedoeld in dat artikel toe te passen, dan moeten bijvoorbeeld enkel onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend en dat is niet het geval als de raming onzorgvuldig was, aldus WeGo.

Nu WeGo zich daarop uitdrukkelijk beroept zal bij beantwoording van de vraag of de intrekking geoorloofd was, de zorgvuldigheid van de raming moeten worden meegewogen.'

2.4.3. Kortom, aanbestedder had de Europese openbare aanbestedingsprocedure niet mogen beëindigen met het argument dat sprake is van onaanvaardbare inschrijvingen, wanneer haar eigen raming niet zorgvuldig is opgesteld aldus de ondernemer. Een juridische grond om de aanbesteding te beëindigen ontbreekt dan. In dat geval moet er – in de woorden van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant – 'worden verondersteld dat de laagst biedende inschrijver een marktconforme prijs heeft geboden'.

2.4.4. Ondernemer acht het op 13 juli 2020 toegezonden Excel bestand uiterst onzorgvuldig en wijst aanbestedder op de volgende tekortkomingen:

- 'kostenposten waar inschrijvers aanzienlijke kosten voor moeten maken zijn in de raming van [Aanbesteder] ingevuld met niet-realistische of nul bedragen (zie bijvoorbeeld de volgende posten):
 - o bij de post uitvoeringskosten staat "-" terwijl inschrijvers hier tonnen aan kosten hebben (circa EUR 420.000,-) deze belangrijke post is dus in het geheel niet (!) meegenomen in de raming van [Aanbesteder];
 - o de post geurbehandeling is veel te laag (circa EUR 162.000,-) geraamd;
 - o de post bouwput debietmeting is veel te laag (circa EUR 103.000,-) geraamd;
 - o de post verlichtingsinstallatie is veel te laag (circa EUR 170.000,-) geraamd;
 - o de post bekabeling is veel te laag (circa EUR 415.000,-) geraamd;
 - o de posten die vallen onder graafwerkzaamheden zijn in het geheel niet(!) meegenomen in de raming van aanbesteder terwijl hier een kostenpost van EUR 110.000,-- tegenover staat;
 - o de post projectleiding is in het geheel niet (!) meegenomen in de raming van aanbesteder terwijl hier een kostenpost van EUR 270.000,-- tegenover staat;
 - o de algemene kosten zijn op 5% begroot terwijl een marktconform percentage rond de 10% ligt.

- Normaliter wordt de geraamde waarde van een opdracht door een opdrachtgever bepaald door zelf een inschatting te maken van de kosten bij de besteksposten die inschrijvers in de inschrijfstaat moeten beprijzen. Dat is hier blijkbaar (voor zover het verhaal klopt dat het Excel bestand de raming van aanbesteder is) niet gebeurd. De raming in het Excel bestand is door aanbesteder voorzien van 'verzamelbedragen' uit de inschrijfstaat van ondernemer en is als vergelijking naast willekeurige posten in de Excel raming geplaatst. Enige controle van en relatie tot de leveringsomvang van het werk en de inschrijfstaat, die deze leveringsomvang wel omvat, is daardoor niet mogelijk.

- de raming wijkt enorm af van begroting [Organisatie] 2020 waarin een bedrag van EUR 5.750.000 is geraamd voor de renovatie van de RWZI te [plaats];

- uit de (onzorgvuldige) raming blijkt dat het volgens aanbesteder gaat om een onderdrempelige opdracht, terwijl aanbesteder een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft georganiseerd (en daarmee de indruk heeft gewekt dat het om een bovendrempelige opdracht gaat met een waarde vanaf EUR 5.350.000,-- exclusief BTW). Daar komt bij dat de inschrijving van ondernemer slechts een fractie boven het Europese drempelbedrag ligt (EUR 5.412.000,-- exclusief BTW).'

2.5. Klachtonderdeel 4

- 2.5.1. Nu sprake is van een onzorgvuldige raming, had voorlopig gegund moeten worden aan ondernemer, hetgeen ten onrechte niet is gebeurd.

- 2.5.2. Nu er – gelet op de onzorgvuldige raming door aanbesteder – geen juridische grond aanwezig was om de Europese openbare aanbestedingsprocedure te beëindigen, moet volgens de rechtspraak 'worden verondersteld dat de laagst biedende inschrijver een marktconforme prijs heeft geboden'. Blijkens het proces-verbaal heeft ondernemer in het kader van de Europese openbare aanbestedingsprocedure de laagste prijs ingediend. Aanbesteder had de opdracht derhalve (voorlopig)

dienen te gunnen aan ondernemer. Door dit na te laten handelt aanbesteder onrechtmatig, want in strijd met het aanbestedingsrecht, jegens ondernemer aldus ondernemer.

2.6. Klachtonderdeel 5

- 2.6.1. Aanbesteder had geen mededingingsprocedure met onderhandeling mogen opstarten en had in de Europese openbare aanbestedingsprocedure ook niet vooruit mogen lopen op onderhandelingen met inschrijvers, aangezien dat niet mag in een Europese openbare procedure met gunningscriterium laagste prijs.
- 2.6.2. Een Europese mededingingsprocedure met onderhandeling (waarbij de aankondiging achterwege wordt gelaten) mag niet gevoerd worden wanneer het gunningscriterium "laagste prijs" wordt gehanteerd, hetgeen aanbesteder wel – althans naar eigen zeggen – heeft gedaan heeft in de mededingingsprocedure met onderhandeling die (volgens aanbesteder) volgde op de ingetrokken Europese openbare aanbestedingsprocedure. Aanbesteder heeft hiermee in strijd gehandeld met het aanbestedingsrecht stelt de ondernemer.
- 2.6.3. Voor zover aanbesteder zal betogen dat hij in de (vermeend uitgevoerde) mededingingsprocedure met onderhandeling wel het gunningscriterium 'beste prijs kwaliteitsverhouding' heeft gehanteerd, stelt ondernemer zich op het standpunt dat dat (onjuist is, maar) ook niet is toegestaan. Een aanbestedende dienst mag immers niet een mislukte Europese openbare aanbestedingsprocedure (met onaanvaardbaar hoge inschrijvingen) vervolgen met een mededingingsprocedure waarbij de aankondiging achterwege wordt gelaten, om vervolgens het gunningscriterium te wijzigen (van laagste prijs naar beste prijs-kwaliteitsverhouding). Dat zou in strijd zijn met de voorwaarde genoemd in artikel 5.4.2 ARW 2016/2.28 lid 2 Aw 2012 waarin wordt bepaald dat de voorwaarden niet wezenlijk mogen worden gewijzigd. Van zo'n wezenlijke wijziging is (evident) wel sprake wanneer het gunningscriterium wijzigt van laagste prijs naar beste prijs kwaliteitsverhouding. Als dat criterium immers van meet af aan (in de Europese openbare aanbestedingsprocedure) was gebruikt, dan had aanbesteder volledig andere inschrijvingen, een volledig andere uitkomst en wellicht andere geïnteresseerde ondernemingen kunnen verwachten (zie artikel 2.163g Aw 2012).
- 2.6.4. Daarnaast mag een (mislukte) Europese openbare aanbestedingsprocedure (met gunningscriterium beste prijs kwaliteitsverhouding) alleen dan worden opgevolgd met een mededingingsprocedure met onderhandeling (waarbij de aankondiging achterwege wordt gelaten), wanneer daadwerkelijk sprake is van onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen. Inschrijvingen zijn alleen dan onaanvaardbaar in de zin van artikel 2.28 lid 4 sub b Aw 2012/artikel 2.36.4 ARW 2016, wanneer de prijs het door de aanbestedende dienst begrote bedrag (de raming), vastgesteld en gedocumenteerd vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure, overschrijdt en wanneer de raming zorgvuldig tot stand is gekomen. Ondernemer heeft reeds toegelicht dat daar geen sprake van is geweest. Aanbesteder heeft dus om meerdere redenen ten onrechte gebruik gemaakt van de mededingingsprocedure met onderhandeling.
- 2.6.5. Tot slot merkt ondernemer in het kader van deze klacht op dat hij sterk de indruk heeft dat aanbesteder van meet af aan (al in de Europese openbare aanbestedingsprocedure) het plan had opgevat om met inschrijvers te onderhandelen over de prijs. In de aanbestedingsdocumentatie behorend bij de Europese openbare aanbestedingsprocedure (in de vragenlijst) staat namelijk:

"Onderhandelingen:

Over een Inschrijving kan worden onderhandeld."

Het behoeft geen uitgebreid betoog dat het aanbestedende diensten niet is toegestaan om in het kader van een Europese openbare aanbestedingsprocedure te onderhandelen over de inschrijving (lees: de prijs). Die mogelijkheid biedt de Aanbestedingswet 2012 niet en aanbesteder handelde ook hiermee in strijd met het aanbestedingsrecht. Nu kan aanbesteder in dit kader natuurlijk betogen dat hij in de Europese openbare aanbestedingsprocedure geen gebruik heeft gemaakt van deze (onrechtmatige) onderhandelingsmogelijkheid. Dat klopt. Maar wat het wel aan toont, is dat aanbesteder van meet af aan al het idee had opgevat om te onderhandelen over de aangeboden prijs. Ondernemer heeft daarom sterk de indruk dat aanbesteder op zoek is gegaan naar mogelijkheden om de onderhandelingen mogelijk te maken en dat aanbesteder daarom heeft aangestuurd op een mededingingsprocedure met onderhandeling (terwijl ook deze procedure geen mogelijkheid biedt om louter te onderhandelen over de prijs, hetgeen aanbesteder] zich – blijkens het gesprek tussen de advocaten – kennelijk niet gerealiseerd heeft.

2.7. Klachtonderdeel 6

- 2.7.1. Aanbesteder handelt in strijd met het proportionaliteitsbeginsel door ondernemer (en de andere inschrijver) geen kostenvergoeding te betalen, terwijl de aanbestedingsprocedure laattijdig door aanbesteder is ingetrokken en inschrijvers op hoge kosten zijn gejaagd.
- 2.7.2. Uit voorschrift 3.8B van de (per 1 juli 2020) gewijzigde Gids Proportionaliteit en uit de Handreiking tenderkostenvergoeding blijkt dat het niet proportioneel is om op voorhand iedere vergoeding van inschrijfkosten uit te sluiten in geval van een laattijdige intrekking van de aanbesteding. Wanneer inschrijver aanzienlijke (calculatie)kosten hebben moeten maken, is het proportioneel om inschrijvers een inschrijvingsvergoeding te betalen (ook) als de aanbestedingsprocedure (laattijdig) wordt ingetrokken.
- 2.7.3. Het feit dat de Gids Proportionaliteit pas op 1 juli 2020 is gewijzigd en het feit dat de Europese openbare aanbestedingsprocedure vóór deze datum is gepubliceerd, doet niets af aan het feit dat het niet proportioneel wordt geacht om inschrijvers op hoge kosten te jagen zonder dat daar een vergoeding tegenover staat.
- 2.7.4. Ondernemer heeft EUR 76.810,- aan inschrijvingskosten moeten maken, om een calculatie op te stellen. Vervolgens heeft ondernemer nog meerdere keren op verzoek van aanbesteder naar haar calculatie gekeken, in het kader van de verkennde gesprekken met betrekking tot de mededingingsprocedure met onderhandeling. Ondernemer raamt deze aanvullende kosten op EUR 14.375,-. Uit het niets trekt aanbesteder abrupt de stekker uit het project zonder ondernemer tegemoet te komen in de kosten. Dergelijk handelen is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel, zodat aanbesteder ondernemer een redelijke kostenvergoeding dient te betalen.
- 2.7.5. Ondernemer stelt aanbesteder bij deze aansprakelijk voor de door haar geleden en nog te lijden schade, (in ieder geval bestaande uit het positieve en negatieve contractsbelang). Daarnaast verzoekt ondernemer aanbesteder om zo spoedig als mogelijk op deze klachten te reageren. Hij hoopt dat ook aanbesteder zal inzien dat diverse aanbestedingsrechtelijke regels en kernbeginselen door aanbesteder zijn geschonden. Ondernemer hoopt dat aanbesteder hier zelf adequate consequenties aan zal verbinden.

3. **Reactie aanbesteder**

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Aanbesteder stelt voorop dat art. 2.127 Aw 2012 niet van toepassing is en het ondernemer voldoende tijd heeft gegeven om eventueel rechtsmaatregelen te treffen.
 - 3.1.2. Aanbesteder herhaalt daarnaast dat de intrekkingbeslissing op 1 september 2020 via Negometrix is meegedeeld, waarna deze op 9 september 2020 nader is gemotiveerd met verstrekking van een termijn van 7 dagen voor bezwaar.
 - 3.1.3. Nadat aanbesteder de intrekking van de onderhandelingsprocedure op 9 september 2020 nader had gemotiveerd resteerde ondernemer nog 7 dagen om een kort geding aanhangig te maken, los van het feit dat ondernemer een kort geding dan wel de nodige voorbereidingen hiertoe reeds vanaf 1 september 2020 al (aanhangig) had kunnen maken toen aanbesteder de intrekkingbeslissing mededeelde. Ondernemer beschikte toen al over de raming. Tot slot wijst aanbesteder erop dat zijn advocaat op 14 september 2020 bijna een uur heeft gebeld met de advocaat van ondernemer en dat toen niet is gevraagd om een nader uitstel.
- 3.2. Klachtonderdeel 2
- 3.2.1. De relevantie van deze klacht is komen te vervallen, nu zowel de openbare procedure als de mededingingsprocedure met onderhandeling is ingetrokken en er geen gunning heeft plaatsgevonden op basis van één van deze procedures. Aanbesteder is immers doende om de opdracht wezenlijk gewijzigd aan te besteden.
 - 3.2.2. Vervolgens wijst aanbesteder erop dat hij zijn beslissing om de openbare procedure in te trekken en een mededingingsprocedure te beginnen deugdelijk heeft gemotiveerd. Aanbesteder heeft immers aan ondernemer het door de aanbestedende dienst begrote bedrag, vastgesteld en gedocumenteerd vóór aanvang van de aanbestedingsprocedure (zie artikel 2.28, lid 4, sub b Aw) aan ondernemer verstrekt. Dat bedrag heeft aanbesteder aan ondernemer verstrekt met het op 13 juli 2020 verstuurd Excel bestand. Het daarin vermelde totaalbedrag is het begrote bedrag dat voor de aanbesteding is vastgesteld. In dit bestand is een vergelijking gemaakt tussen de door aanbesteder opgestelde raming en de inschrijving van ondernemer.
- 3.3. Klachtonderdeel 3
- 3.3.1. Met betrekking tot de bedragen genoemd door ondernemer, realiseert aanbesteder zich nu dat hierin bedragen, verborgen, in de inschrijfstaat zijn blijven staan. Deze bedragen hebben echter geen rol gespeeld bij de definitieve raming die aanbesteder heeft gemaakt voor dit project. Het gaat om bedragen die in het verleden zijn ingevuld bij voorbereidingen voor dit project. De renovatie van de rwzi stond reeds jaren geleden al in de planning. Ter voorbereiding op onderhavige aanbesteding is het bestek herschreven. Daarbij is zoals eerder aangegeven per procesonderdeel, werktuigbouw (WTB), elektrotechniek & instrumentatie (E&I) en civiele techniek (CT), een totale overzichtsraming gemaakt. Aan deze overzichtsraming liggen detailramingen voor elk procesonderdeel ten grondslag. Alleen de samenvattende bedragen uit deze detailramingen zijn in de overzichtsraming overgenomen en weergegeven in het Excel bestand dat op 13 juli 2020 aan ondernemer is gestuurd. Kortom, onder aan de streep staat hetzelfde bedrag als in de raming van aanbesteder voorafgaand aan de aanbesteding.
 - 3.3.2. De overzichtsraming wijkt qua aantal posten iets af van de besteksposten genoemd in de inschrijfstaat, maar komt overigens grotendeels hiermee wel overeen. Hierdoor komen veel besteksposten uit de inschrijfstaat terug in het Excel bestand van 13 juli 2020, hetzij soms met een iets andere benaming. Er zijn slechts een paar ramingsregels toegevoegd om de totaal som van beide ramingen te kunnen

vaststellen en de ramingen te kunnen vergelijken. Ondernemer trekt hier de conclusie uit dat de raming van aanbesteder niet zorgvuldig is. Deze conclusie is onjuist. Er is zorgvuldig geraamd, maar het vergelijken wordt bemoeilijkt doordat de raming van aanbesteder qua aantal regels afwijkt van de inschrijfstaat.

- 3.3.3. Voorts begrijpt ondernemer de opmerking van aanbesteder, dat een beoordeling van de kosten in de inschrijvingsstaat alleen kan plaatsvinden per procesonderdeel en niet op bestekspost niveau, verkeerd. Aanbesteder stelt niet dat het niet mogelijk is een vergelijking te maken per bestekspost, maar gegeven de opzet van de raming van aanbesteder en die van de inschrijfstaat, kan een vergelijking goed per procesonderdeel gemaakt worden en is een vergelijking per bestekspost zoals ondernemer doet lastiger.
- 3.3.4. Aanbesteder heeft in zijn reactie van 19 november 2020, als reactie op de stelling van ondernemer dat de raming enorm afwijkt van de begroting van het [Organisatie], uitgelegd dat het door het algemeen bestuur van [Organisatie] beschikbaar gestelde krediet groter is dan het bedrag dat beschikbaar is voor het geven van opdracht voor de renovatie van de rwzi. Hiermee heeft aanbesteder niet gesteld dat de openbare procedure is ingetrokken omdat de inschrijvingen het totale begrote bedrag overschreden.
- 3.3.5. Het totale krediet dat door het bestuur van [Organisatie] beschikbaar is gesteld voor de renovatie is €6.710.000,-. Dit krediet bestaat uit de raming van de opdracht waarover nog 53% gerekend dient te worden voor:
- | | |
|--|-----|
| BTW | 21% |
| Algemene kosten (leges, CAR-verzekering) | 2% |
| Onvoorzien kosten | 10% |
| Apparaatskosten aanbesteder | 20% |
- 3.3.6. Anders dan ondernemer stelt, zijn dit allemaal kosten die betrekking hebben op de renovatie en dus ten laste komen van de begrote investeringen en niet van de exploitatie van de rwzi.
- 3.3.7. De inschrijfsom van ondernemer bedroeg € 5.412.000,-. Als daarover genoemde 53% berekend wordt, komt dit neer op €8.281.105,- totaal aan kosten om het werk te kunnen realiseren. Afgezet tegen het beschikbare krediet van €6.710.000,- betekent dat dus een tekort van €1.231.105,-.
- 3.3.8. Ondernemer stelt dat de raming van aanbesteder ongeloofwaardig zou zijn omdat, zou aanbesteder deze raming voorafgaande aan de aanbesteding hebben opgesteld, aanbesteder bij de aanbesteding de inschrijvers erop gewezen zou hebben dat het om een onderdrempelige overheidsopdracht ging en daarmee werd afgeweken van beleid.
- 3.3.9. Aanbesteder heeft gekozen voor een Europese procedure terwijl een nationale procedure ook mogelijk was geweest aangezien de raming onder de Europese drempelwaarde ligt. Aanbesteder heeft dit inderdaad niet vermeld bij de aanbesteding maar daaruit volgt niet dat de raming van aanbesteder ongeloofwaardig is. Dit is ook helemaal niet voorgeschreven in de wet.

3.4. Klachtonderdeel 4

- 3.4.1. Aanbesteder stelt dat uit jurisprudentie blijkt dat aanbestedende diensten een ruime mate van vrijheid hebben om een aanbesteding in te trekken, waarbij die intrekking gemotiveerd moet worden en de rechter deze beslissing kan toetsen en verwijst aanvullend naar enkele recente uitspraken: Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag 29 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4845, r.o. 4.2; Hof Den Haag

28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1318 r.o. 4.1; Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 21 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9442, Nr. C/10/600612 / KG ZA 20-637, r.o. 4.4.

3.4.2. Aanbesteder heeft het intrekkingbesluit gemotiveerd en had, anders dan ondernemer meent, hiervoor goede gronden. Al zou een deugdelijke motivering voor intrekking ontbreken, hetgeen aanbesteder bestrijdt, dan volgt uit genoemde jurisprudentie hooguit dat aanbesteder niet had mogen kiezen voor de mededingingsprocedure met onderhandeling en op basis hiervan had mogen gunnen. Uit genoemde jurisprudentie volgt echter niet dat aanbesteder in dat geval de opdracht zonder meer had dienen te gunnen aan ondernemer. Dit geldt temeer nu aanbesteder heeft besloten de opdracht wezenlijk gewijzigd te gaan aanbesteden. Een aanbestedende dienst is daarnaast nimmer gehouden te gunnen aan een inschrijver.

3.5. Klachtonderdeel 5

3.5.1. Aanbesteder is een 'mededingingsprocedure met onderhandeling' gestart met een beroep op de artt. 2.30 jo. 2.28 lid 1 sub b jo. lid 4 sub b Aw 2012. Hij was daartoe gerechtigd, nu er enkel onaanvaardbare inschrijvingen waren gedaan. Het belang van de klacht ontgaat aanbesteder nu aanbesteder deze procedure uiteindelijk heeft ingetrokken en nu hij de opdracht wezenlijk gewijzigd gaat aanbesteden. Ondernemer kan daar vanzelfsprekend gewoon op inschrijven.

3.6. Klachtonderdeel 6

3.6.1. Aanbesteder herhaalt dat vergoeding van inschrijfkosten duidelijk is uitgesloten in de leidraad (zie 1.3 hiervoor).

3.6.2. Voor het overige stelt aanbestederrechtmatig te hebben gehandeld door intrekking van de openbare procedure en de mededingingsprocedure met onderhandeling (waar ondernemer niet eens aan heeft deelgenomen) en acht hij zich niet gehouden enige schadevergoeding aan ondernemer te betalen.

4. **Beoordeling**

4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 1 mei 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012, het ARW 2016 en de Gids Proportionaliteit, 1^e herziening, geldig tot 30 juni 2020.

4.2. Klachtonderdeel 1

Beknopt oordeel

4.2.1. De Commissie acht het onduidelijk of zij bevoegd is te oordelen over de lengte van de beroepstermijn tegen intrekking van een aanbestedingsprocedure en verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Toelichting

4.2.2. De Commissie is krachtens het Instellingsbesluit van 4 maart 2013, nr. WJZ / 3008668, Stcrt. 2013, 6182, bevoegd te bemiddelen tussen partijen naar aanleiding van klachten en tot het geven van niet-bindende adviezen naar aanleiding van klachten. Onder een klacht wordt in het Instellingsbesluit verstaan: 'een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere

partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.'

- 4.2.3. In de Aanbestedingswet 2012 of de daarop gebaseerde regelgeving is geen termijn opgenomen voor het instellen van beroep tegen een beslissing tot intrekking van een aanbesteding. Daarbij komt dat de in Hoofdstuk 1.2 van de wet opgenomen beginselen en uitgangspunten bij aanbesteden, met zoveel woorden, zien op het sluiten c.q. aangaan van overeenkomsten (vgl. artikel 1.4 en artikel 1.6 Aw 2012), het plaatsen van overheidsopdrachten (artikel 1.7 Aw 2012) en op de voorbereiding van en het tot stand brengen van overheidsopdrachten (artikel 1.10 Aw 2012). Dat het gelijkheids- of transparantiebeginsel een intrekkingbesluit en een daarbij te geven beroepstermijn zonder meer binnen de werkingssfeer van de wet doen vallen, is niet duidelijk. Daarmee is voor de Commissie niet evident dat een intrekkingbeslissing binnen de werkingssfeer van de wet valt en derhalve niet duidelijk of de Commissie bevoegd is te oordelen over het onderhavige besluit om een beroepstermijn van 7 dagen te hanteren tegen een intrekkingbeslissing. Om die reden dient de Commissie de klacht **ongegron**d te verklaren.

Korte beroepstermijn

- 4.2.4. Ten overvloede overweegt de Commissie, in lijn met Advies 537 (ov. 5.3.5), dat een beroepstermijn van 7 kalenderdagen inderdaad kort is. Het karakter van de gestelde termijn is in dit geval niet duidelijk, omdat de aanbestedingsstukken ter zake geen termijn bevatten en de termijn voor het eerst eenzijdig door aanbestedder is gesteld in zijn bericht van 9 september 2020 (zie 1.6 bovenstaand). De termijn kan in ieder geval niet worden gezien als een termijn waarmee inschrijver akkoord is gegaan door het doen van een inschrijving. Of een beroepstermijn van 7 kalenderdagen in zijn algemeenheid voldoende lang is, kan de Commissie niet beoordelen. In het onderhavige geval ziet de Commissie overigens geen bijzondere omstandigheden waardoor die beroepstermijn te kort zou zijn.

Aanbevelingen Commissie

- 4.2.5. De Commissie verstrekt de aanbeveling aan de wetgever in het kader van de rechtsbescherming een wettelijke beroepstermijn tegen intrekkingbeslissingen vast te stellen.
- 4.2.6. Bij gebreke van een wettelijke beroepstermijn beveelt de Commissie aanbestedende diensten aan een termijn voor het instellen van beroep tegen een intrekkingbesluit op te nemen in de aanbestedingsstukken. Betreft het een korte termijn, zoals een termijn van 7 kalenderdagen, dan beveelt de Commissie aan tevens te bepalen dat op die termijn ook de Algemene termijnenwet van toepassing is.

4.3. Klachtonderdelen 2 en 3

- 4.3.1. Deze klachtonderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling, aangezien deze onderdelen betrekking hebben op de controlebaarheid en zorgvuldigheid van de opgestelde raming.
- 4.3.2. Kern van deze klachtonderdelen is de stelling van ondernemer dat niet kan worden gecontroleerd of aanbestedder vooraf een zorgvuldige raming van de waarde van de opdracht heeft gemaakt die lager is dan de inschrijfsom van de laagste inschrijver (klachtonderdeel 2). Klachtonderdeel 3 bouwt hierop voort: ondernemer klaagt dat de raming niet zorgvuldig is.

Beknopt oordeel klachtonderdeel 2

- 4.3.3. De Commissie is met ondernemer van oordeel dat niet kan worden gecontroleerd of aanbesteder *vooraf* een zorgvuldige raming heeft opgesteld. De Commissie verklaart klachtonderdeel 2 daarom **gegrond**.

Beknopt oordeel klachtonderdeel 3

- 4.3.4. De Commissie oordeelt dat zij niet kan vaststellen of de raming zorgvuldig is, omdat aanbesteder op dat punt onvoldoende heeft gesteld. Onder die omstandigheden moet de Commissie het ervoor houden dat de raming niet zorgvuldig is. De Commissie verklaart klachtonderdeel 3 **gegrond**.

Toelichting

- 4.3.5. De Commissie heeft onderzocht of, naar haar oordeel, sprake is van een (i) vooraf vastgestelde (ii) zorgvuldige raming.

(i) Raming vooraf vastgesteld?

- 4.3.6. Aanbestedende diensten zijn verplicht een overheidsopdracht te rammen naar de waarde op het tijdstip van verzending van de aankondiging (zie artikel 2.15 Aw 2012). Indien een aanbestedende dienst ervoor kiest op grond van de hoogte van de inschrijvingen de mededingingsprocedure met onderhandelingen toe te passen, bepaalt de wet dat het begrote bedrag moet zijn vastgesteld en gedocumenteerd voor de aanvang van de aanbestedingsprocedure (artikel 2.30 jo 2.28 lid 4 sub b Aw 2012).

- 4.3.7. Ondernemer stelt dat de door hem ontvangen raming niet voorafgaand aan publicatie van de opdracht is vastgesteld, wat door aanbesteder wordt ontkend. De Commissie kan niet vaststellen of de raming voorafgaand aan publicatie is vastgesteld. Aanbesteder heeft geen datum genoemd waarop de raming is vastgesteld en een document toegestuurd aan ondernemer waarin gebruik is gemaakt van een naar stelling van aanbesteder eerder vastgestelde raming. Daarmee blijft onduidelijk wat het moment van vaststelling van de raming is. Aanbesteder heeft onvoldoende onderbouwd waaruit blijkt dat sprake is van een eerder vastgestelde raming. Reeds om die reden kan de Commissie niet controleren of aanbesteder terecht stelt dat hij de raming vooraf heeft vastgesteld en verklaart de Commissie klachtonderdeel 2 **gegrond**.

(ii) Zorgvuldige raming?

- 4.3.8. Volgens ondernemer is de raming bovendien niet zorgvuldig, omdat, zakelijk weergegeven, enkele posten in de raming ontbreken of niet-realistisch zijn en de raming onvoldoende verband houdt met het bestek (zie met name de onderbouwing van klachtonderdeel 3 onder 2.4.4 bovenstaand).

- 4.3.9. Aanbesteder geeft de volgende uitleg die de vermeende gebreken in de raming zou verklaren (zie 3.3.1 e.v. bovenstaand). De Commissie begrijpt dat de raming van de renovatie van de rwzi een overzichtsraming is van verschillende detailramingen per procesonderdeel: werktuigbouw, elektrotechniek & instrumentatie en civiele techniek. Aanbesteder stelt dat de raming per procesonderdeel niet is opgesteld aan de hand van de door ondernemer genoemde besteksposten. Het totaalbedrag van de raming is volgens aanbesteder van belang ter vergelijking met het totaalbedrag van de inschrijvingen.

- 4.3.10. De Commissie oordeelt dat een zorgvuldige raming zinvol moet kunnen worden vergeleken met de aanbestedingsstukken waarop de raming betrekking heeft. Dat aanbesteder de vertaalslag van de raming naar de besteksposten niet heeft

gemaakt, maakt de raming, naar het oordeel van de Commissie, onvoldoende controleerbaar. De Commissie kan niet controleren of besteksposten ontbreken en of niet-realistische bedragen in de raming zijn opgenomen. Daarmee onderstreept de Commissie haar gegrondverklaring van klachtonderdeel 2. Aanbesteder stelt slechts in algemene zin dat zijn raming niet vergelijkbaar is met het bestek, maar heeft onvoldoende concreet onderbouwd waarom de klacht van ondernemer niet zou opgaan. De Commissie is van oordeel dat zij het onder die omstandigheden ervoor moet houden dat geen sprake is van een zorgvuldige raming en verklaart ook klachtonderdeel 3 **gegrond**.

Aanbeveling: herziening raming na tijdsverloop en gewijzigde omstandigheden

- 4.3.11. Ten overvloede overweegt de Commissie dat op aanbestedende dienst weliswaar niet de plicht rust een eerder opgestelde raming te herzien aan de hand van later opgestelde aanbestedingsstukken, maar dat het aanbevelenswaardig is die herziening in bepaalde gevallen te laten plaatsvinden. Indien sprake is van aanzienlijk tijdsverloop of sterk gewijzigde omstandigheden tussen het moment van opstellen van de raming en definitief maken van de aanbestedingsstukken, is het niet reëel te veronderstellen dat de raming nog voldoende verband houdt met de aanbestedingsstukken. In dergelijke gevallen is het mogelijk niet doelmatig en mogelijk evenmin rechtmatig de aanbestedingsstukken te publiceren zonder de raming te herzien.

4.4. Klachtonderdeel 4

Beknopt oordeel

- 4.4.1. De Commissie overweegt dat aanbestedende diensten een grote mate van vrijheid toekomt bij de intrekking van overheidsopdrachten. Niet evident is dat de onderhavige intrekking is ingegeven door willekeur of dat zich een andere uitzonderlijke omstandigheid voordoet die een verplichting tot gunning in het leven roept. Klachtonderdeel 4 is daarmee **ongegron**d.

Toelichting

- 4.4.2. In lijn met de door aanbesteder aangehaalde jurisprudentie, overweegt de Commissie dat aanbestedende diensten een grote mate van vrijheid toekomt om een lopende aanbestedingsprocedure in te trekken – zeker als een aanbestedende dienst zich die vrijheid heeft voorbehouden, zoals in het onderhavige geval. De redenen voor intrekking mogen evenwel niet willekeurig zijn en de gelijkheid en transparantie moeten door aanbesteder in acht worden genomen bij de intrekking, wat in voorkomend geval integraal door de rechter wordt getoetst. Op grond van de contractsvrijheid kan een rechter een aanbestedende dienst in beginsel niet verplichten de opdracht te gunnen, ook niet indien sprake is van een schending van enige van de op een aanbestedende dienst rustende verplichtingen. Een dergelijke schending kan leiden tot een schadevergoedingsverplichting, of de verplichting (een deel van) de gemaakte inschrijfkosten te vergoeden en slechts in zeer uitzonderlijke gevallen tot verplichte gunning van de opdracht.
- 4.4.3. De Commissie gaat uit van de juistheid van de stelling van aanbesteder dat de laagste inschrijving het budget van aanbesteder overschrijdt. Ook als ondernemer moet worden gevolgd in zijn stelling dat het budget is vastgesteld op basis van een onzorgvuldige raming, doet dat geen afbreuk aan de omstandigheid dat het budget van aanbesteder kennelijk niet toereikend is voor gunning van de opdracht. Ondernemer heeft geen omstandigheden gesteld die wijzen in de richting dat sprake is van willekeur. Het is niet ondenkbaar dat het budget van aanbesteder niet toereikend blijkt, juist omdat de raming van de opdracht onzorgvuldig was.

Aanbesteder heeft dan alle reden te handelen zoals hij handelt, namelijk over te gaan tot intrekking van de opdracht en heraanbesteding van een wezenlijk gewijzigde opdracht. De Commissie oordeelt daarmee dat hier geen sprake lijkt van duidelijke willekeur of een andere uitzonderlijke omstandigheid die een verplichting tot gunning in het leven roept. Klachtonderdeel 4 is daarom **ongegrond**.

4.5. Klachtonderdeel 5

Beknopt oordeel en toelichting

- 4.5.1. Aanbesteder heeft de mededingingsprocedure inmiddels gestaakt. Ondernemer heeft belang bij zijn klacht tegen intrekking van de openbare en de mededingingsprocedure, maar bij zijn klacht tegen toepassing van de mededingingsprocedure heeft hij geen belang meer. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Mededingingsprocedure verplicht op basis bpkv

- 4.5.2. Ten overvloede overweegt de Commissie dat ondernemer terecht stelt dat in geval van toepassing van de mededingingsprocedure met onderhandeling toepassing van het gunningscriterium van de laagste prijs niet is toegestaan. In dat geval zou er immers niet over de inschrijvingen, maar alleen over de prijs onderhandeld kunnen worden, wat in strijd is met het karakter van deze procedure (vgl. MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 44).

4.6. Klachtonderdeel 6

Beknopt oordeel

De Commissie overweegt dat de Aanbestedingsleidraad een clause bevat waarin een tenderkostenvergoeding categorisch is uitgesloten. Hoewel een heroverweging van de tenderkostenvergoeding vanwege de intrekking op zijn plaats is, leidt die heroverweging in dit geval niet tot een verplichting tot vergoeding van de inschrijfkosten. Daarbij is vooral van belang dat geen sprake lijkt te zijn van een aanbesteding waarin hoge kosten voor inschrijving moesten worden gemaakt. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom **ongegrond**.

Toelichting

Wettelijk kader

- 4.6.1. De Commissie is van oordeel dat Voorschrift 3.8B Gids Proportionaliteit niet van toepassing is op een aanbesteding waarvan de aankondiging heeft plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van dat Voorschrift. Dat betekent dat de Commissie de stelling van ondernemer dat zijn inschrijfkosten moeten worden vergoed alleen kan toetsen aan artikel 1.10 lid 2 onder g Aw 2012 dat een uitwerking vormt van het proportionaliteitsbeginsel. In dat artikellid is bepaald dat aanbestedende diensten, op grond van het proportionaliteitsbeginsel, acht moeten slaan op een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving. Met de Handreiking Tenderkostenvergoeding van oktober 2018 is invulling gegeven aan het proportionaliteitsbeginsel ter zake vergoeding van inschrijfkosten.
- 4.6.2. De Aanbestedingsleidraad bevat een duidelijke clause waarin vergoeding van inschrijfkosten is uitgesloten, ook bij stopzetting van (een deel van) de aanbesteding (zie 1.3 bovenstaand). Ondernemer heeft zich akkoord verklaard met die clause. De Commissie heeft in Advies 508 geoordeeld dat een categorische uitsluiting van vergoeding van inschrijfkosten strijdig lijkt met de Aanbestedingswet (ov. 5.9.7).

Hoewel ondernemer akkoord is gegaan met de clausule die hem het recht op vergoeding van (een deel van) zijn inschrijfkosten heeft ontzegd, heeft de Commissie daarom toch onderzocht in hoeverre in het onderhavige geval aanleiding bestaat voor vergoeding van de inschrijfkosten.

Toetsing aan Handreiking Tenderkostenvergoeding

- 4.6.3. De Commissie leest de klacht van ondernemer dat de laattijdige intrekking en hoge inschrijfkosten zouden maken dat hem een vergoeding toekomt, als een beroep op uitgangspunt 6 van de Handreiking Tenderkostenvergoeding (p. 10). Daarin is het volgende bepaald:

'6) Ook vergoeding bij intrekking aanbesteding/ mislukte aanbesteding: (...) Heroverweging is ook gewenst in de situatie dat bij een aanbesteding helemaal geen tenderkostenvergoeding van te voren was afgesproken. Wanneer – om niet aan inschrijvers verwijtbare oorzaken – zo'n aanbesteding alsnog wordt ingetrokken, is het alsnog naar redelijkheid en billijkheid vergoeden van kosten punt van aandacht.'

- 4.6.4. De Commissie is van oordeel dat hier sprake is van een situatie zoals omschreven onder uitgangspunt 6 van de Handreiking. Van tevoren was duidelijk geen tenderkostenvergoeding afgesproken, maar de aanbestedingsprocedure is ingetrokken om niet aan inschrijvers verwijtbare oorzaken. Op grond van het uitgangspunt is dan een heroverweging op zijn plaats.
- 4.6.5. Die heroverweging leidt echter niet tot de slotsom dat aanbesteder een tegemoetkoming in de inschrijfkosten van ondernemer moet betalen. Aan de hand van de door ondernemer verstrekte onderbouwing heeft de Commissie getoetst aan het in de Handreiking opgenomen afwegingskader (p. 11). Voor zover de Commissie aan de hand van de verstrekte onderbouwing kan beoordelen, lijkt sprake van een van een reguliere aanbesteding met een normale inspanning op basis van een bestek, is sprake van toepassing van de laagste prijs en is sprake van een aanbesteding met toepassing van een traditionele contractvorm voor de uitvoering van de opdracht. Voor een dergelijke aanbesteding is vergoeding van de inschrijfkosten "doorgaans niet benodigd". Bij een ingetrokken aanbesteding wordt, volgens het afwegingskader, een tenderkostenvergoeding "sterk geadviseerd".

Geen aanbesteding met hoge inschrijfkosten

- 4.6.6. De verschillende onderdelen van het afwegingskader in ogenschouw nemend, komt de Commissie niet tot een op aanbesteder rustende verplichting tot vergoeding van de inschrijfkosten van ondernemer. Daarbij acht de Commissie de volgende omstandigheden van belang. Ondernemer heeft gesteld hoge kosten te hebben gemaakt, maar heeft niet onderbouwd welke aspecten van de aanbestedingsprocedure aanzienlijke inspanningen vergden. Ondernemer heeft ook geen vragen gesteld over de clausule waarin vergoeding van inschrijfkosten zijn uitgesloten. Die omstandigheden wijzen in de richting dat geen sprake is van een aanbesteding waarin hoge kosten voor inschrijving moesten worden gemaakt, zoals bedoeld in artikel 1.10 lid 2 onder g Aw 2012.
- 4.6.7. De Commissie verklaart klachtonderdeel 6 **ongegrond**.

5. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen 2 en 3 **gegrond** en de overige onderdelen van de klacht **ongegrond**.

6. Aanbevelingen

- 6.1. De Commissie verstrekt de aanbeveling aan de wetgever in het kader van de rechtsbescherming een wettelijke beroepstermijn tegen intrekkingbeslissingen vast te stellen.
- 6.2. Bij gebreke van een wettelijke beroepstermijn beveelt de Commissie aanbestedende diensten aan een termijn voor het instellen van beroep tegen een intrekkingbesluit op te nemen in de aanbestedingsstukken. Betreft het een korte termijn, zoals een termijn van 7 kalenderdagen, dan beveelt de Commissie aan tevens te bepalen dat op die termijn ook de Algemene termijnenwet van toepassing is.
- 6.3. Indien sprake is van aanzienlijk tijdsverloop of sterk gewijzigde omstandigheden tussen het moment van opstellen van de raming en definitief maken van de aanbestedingsstukken, is het niet reëel te veronderstellen dat de raming nog voldoende verband houdt met de aanbestedingsstukken. In dergelijke gevallen beveelt de Commissie herziening van de raming aan.

Den Haag, 12 juli 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams	Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp	Mr. drs. T.H. Chen
Voorzitter	Vicevoorzitter	Commissielid