

Publicatie

Auteurs: B.T. Tonino & M.S. Houweling
Verschenen in: Vastgoedrecht, *VGR* 2024/2
Datum: April 2024
Titel: Tien jaar *Croce Amica*

Recente ontwikkelingen in de rechtspraak omtrent intrekingsbeslissingen bij aanbestedingsprocedures

1. Inleiding¹

In 2020 hebben wij in dit tijdschrift geschreven over het eerste lustrum van het arrest *Croce Amica* van het Hof van Justitie van de Europese Unie (welk arrest stamt uit 2014)² en hierbij gereflecteerd op de gevolgen van dit arrest in de jurisprudentie in de eerste vijf jaar nadat dit arrest is geweest.³ Tot op de dag van vandaag vormt het *Croce Amica*-arrest de maatstaf voor de intrekking van een aanbestedingsprocedure en ter zake van deze maatstaf hebben wij in 2020 enkele aandachtspunten geïdentificeerd die hetzij door de rechtspraak hetzij door de wetgever de aandacht verdienen. Deze bijdrage dient ertoe om, in de aanloop naar het tweede lustrum van *Croce Amica*, te reflecteren op deze

eerdere aandachtspunten en de ontwikkelingen daarvan in de afgelopen jaren.

2. Categoriseren van intrekingsbeslissingen

Ten aanzien van de intrekingsbesluiten hebben we in voornoemde bijdrage uit 2020 een drietal gronden voor intrekking geïdentificeerd. Deze categorisering blijft onverminderd actueel.

2.1. Te laag concurrentieniveau

Een van de gronden om tot intrekking van een aanbestedingsprocedure over te gaan is een té laag concurrentieniveau. Ten aanzien hiervan zijn er dan ook in de afgelopen jaren enkele uitspraken geweest die nader inkleuring geven aan deze grond. Allereerst geldt dat opnieuw in jurisprudentie is bevestigd dat een aanbesteding kan worden ingetrokken, indien na de inschrijfdeadline slechts één geschikte inschrijving resteert.⁴ Een dergelijke situatie is te kwalificeren als

¹ Deze bijdrage is tot stand gekomen in samenwerking met Niels Groenendijk, student aan de Erasmus Universiteit. Het onderzoek voor deze bijdrage is afgerond op 14 februari 2024.

² HvJ EU 11 december 2014, C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, *JAAN* 2015/28, m.nt. W.M. Ritsema van Eck (*Croce Amica*).

³ M.S. Houweling & B.T. Tonino, 'Vijf jaar *Croce Amica*; waar valt nog terrein te winnen bij de intrekking van aanbestedingsprocedures?', *VGR* 2020, afl. 2, p. 49-54

⁴ Rb. Noord-Nederland 12 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4962, *JAAN* 2022/26, m.nt. M.C.B. Beck en P.B.J. van den Oord.

een té laag concurrentieniveau. Daarvan is bovendien ook sprake, indien een aanbestedende dienst van tevoren (in de inschrijfleidraad) heeft vastgesteld hoeveel gegadigden ten minste naar een volgende ronde gaan, om zodoende een voldoende mate van concurrentie te bewerkstelligen. Het is de rechtbank Gelderland die in 2020 heeft geoordeeld dat indien een dergelijk minimumaantal inschrijvers niet wordt gehaald, er een rechtvaardiging bestaat om de aanbesteding in te trekken.⁵ Over dezelfde grond voor intrekking heeft ook het Hof van Justitie van de Europese Unie zich bij arrest van 8 december 2022 uitgelaten. Uit dit arrest volgt dat de omstandigheid dat meerdere inschrijvers op een aanbesteding (bijvoorbeeld vanwege een grote mate van verwevenheid) kunnen worden gekwalificeerd als één ondernemer, met zich kan brengen dat vanwege onvoldoende mate van concurrentie de aanbesteding kan worden ingetrokken.⁶

2.2. Omissie in de aanbestedingsprocedure

Een tweede categorie van intrekkingbeslissingen betreft de 'ommissie in de aanbesteding'. Kennelijke

tegenstrijdigheid in het bestek,⁷ of zelfs een reëel verschil van inzicht over de uitleg hiervan,⁸ kan een gerechtvaardigde intrekkinggrond constitueren. Onvoldoende duidelijkheid in een aanbestedingsprocedure kan onverminderd reden tot intrekking vormen wanneer deze onduidelijkheid daadwerkelijk tot verschillende interpretaties van de opdracht heeft geleid,⁹ of zelfs wanneer deze onduidelijkheid ziet op de puntentelling op grond waarvan de inschrijvingen zullen worden beoordeeld.¹⁰

2.3. Gewijzigde economische context of gewijzigde behoeften van de aanbestedende dienst

De derde categorie voor intrekking van een aanbestedingsprocedure ziet erop dat de aanbestedende dienst een aanbesteding kan intrekken ingeval deze niet langer beantwoordt aan de economische situatie of wensen van de aanbestedende dienst van dat moment. Een overheidsopdracht die gedurende de procedure niet meer voldoet aan de actuele behoefte van de aanbestedende dienst kan rechtmatig worden ingetrokken.¹¹ Ook wanneer de wensen

⁵ Rb. Gelderland 21 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1324, *JAAN* 2020/75, m.nt. J.P.M. van Beers.

⁶ HvJ EU 8 december 2022, ECLI:EU:C:2022:973, *JAAN* 2023/1.

⁷ Rb. Rotterdam 21 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9442, *JAAN* 2020/180, m.nt. P.H.L.M. Kuypers.

⁸ Hof Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:182, *JAAN* 2021/41.

⁹ Rb. Midden-Nederland 16 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4608, *JAAN* 2023/65.

¹⁰ Rb. Limburg 23 januari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:311.

¹¹ Rb. Midden-Nederland 30 augustus 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:6640, *JAAN* 2020/149, m.nt. W.M. Ritsema van Eck.

uiteindelijk toch anders zijn dan bij het uitschrijven van de opdracht kan in beginsel tot intrekking worden overgegaan, maar hierbij rust wel een zorgplicht op de aanbestedende partij om dit voldoende te motiveren.¹² Dit brengt met zich dat de intrekkingbeslissing alle redenen voor de intrekking dient te bevatten teneinde voldoende transparantieniveau en gelijke behandeling te waarborgen. Derhalve moet uit de toelichting ten minste op voldoende duidelijke wijze volgen welke behoeften zijn gewijzigd en waardoor intrekking noodzakelijk is.

2.4. Overige gronden

Belangrijk om op te merken is dat de drie bovengenoemde categorieën voor intrekking van een aanbestedingsprocedure niet als limitatief kunnen worden beschouwd voor een rechtmatig intrekkingbesluit. Wanneer de situatie zich voordoet dat alle gedane inschrijvingen buiten de financiële raming vallen van de aanbestedende dienst, kan dit eveneens een grond vormen voor intrekking, ook wanneer deze niet eenduidig onder een van de voornoemde categorieën te scharen valt.¹³ Daarnaast is in een vonnis van de rechtbank Den Haag uit 2021 overwogen dat uitsluitend het heroverwegen van een

overheidsopdracht, zonder nadere onderbouwing, onvoldoende is om op zichzelf tot een rechtmatig genomen intrekkingbesluit te komen.¹⁴

3. Aanvulling van gronden

Een ander aspect uit onze bijdrage over het eerste lustrum van het *Croce Amica*-arrest is de vraag of een intrekkingbeslissing is gelijk te stellen aan een gunningsbeslissing en zodoende gronden niet in een later stadium mogen worden aangevuld. Omtrent de mogelijkheid tot aanvulling van gronden van een intrekkingbeslissing zijn grofweg twee lijnen denkbaar. De redenering die de Hoge Raad in 2012 heeft gehanteerd in het *KPN/Staat*-arrest kan ofwel analoog worden toegepast op intrekkingbesluiten, ofwel kan worden geredeneerd dat intrekkingbeslissingen niet zijn gelijk te stellen met een gunningsbeslissing en daarop uitsluitend het *Croce Amica*-arrest van toepassing is, zodat een intrekkingbeslissing in principe qua gronden ook later mag worden aangevuld.¹⁵ Zoals hieruit is op te maken, heeft de Hoge Raad in het *KPN/Staat*-arrest uitdrukkelijk geconcludeerd dat een gunningsbeslissing juist alle redenen dient te bevatten en dat latere aanvulling van gronden niet is toegestaan. De lijn

¹² Rb. Rotterdam 19 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3351, *JAAN* 2022/123, m.nt. C.A.M. Lombert en D.S. van Dorst.

¹³ Rb. Amsterdam 15 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2903, *JAAN* 2020/121, m.nt. D. Britsemmer en H.N.T. Hoogwout.

¹⁴ Rb. Den Haag 15 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13382, *JAAN* 2022/27, m.nt. M.C.B. Beck en P.B.J. van den Oord.

¹⁵ HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, *JAAN* 2013/6, m.nt. M.J. Mutsaers (*KPN/ Staat*).

dat het *KPN/Staat*-arrest niet analoog mag worden toegepast op intrekingsbeslissingen, is er een die het gerechtshof Den Haag volgt.¹⁶ Echter, er is ook jurisprudentie die een andere lijn volgt.

Zo heeft de rechtbank Amsterdam in 2020 overwogen dat er geen beroep kan worden gedaan op het arrest *KPN/Staat* wanneer er sprake is van een ingetrokken besluit gevolgd door een volledig nieuw genomen besluit.¹⁷ Daarnaast is het volgens deze rechtbank in beginsel niet toegestaan dat een latere aanvulling van de grondslag voor intrekking wordt verstrekt. De rechtbank acht het daarentegen wel mogelijk dat een ondersteunend argument wordt aangebracht indien dit voldoende samenhangt met een eerder aangevoerd argument.¹⁸ Met deze overwegingen lijkt de rechtbank Amsterdam het *KPN/Staat*-arrest wel degelijk van toepassing te achten op intrekkingen. Ook de rechtbank Rotterdam lijkt bij vonnis van 19 april 2022 de redenering van het *KPN/Staat*-arrest voor intrekkingen te volgen, waarmee dus de facto wordt ingegaan

tegen het arrest van het gerechtshof Den Haag uit 2019.¹⁹ Lombert en Van Dorst geven in hun annotatie bij dit vonnis aan dat de rechter de lijn heeft gevolgd dat argumenten die tijdens de procedure naar voren zijn gebracht, niet onder de reikwijdte van het arrest van het gerechtshof worden geschaard.²⁰

Daarentegen wordt de redenering van het gerechtshof Den Haag weer wel gevolgd door de rechtbank Den Haag in 2021, waarbij wordt gesteld dat wel degelijk rekening mag worden gehouden met argumentatie die tijdens de procedure wordt aangevuld omdat het *KPN/Staat*-arrest niet analoog mag worden toegepast.²¹

Gelet op het voorgaande, is er dus geen eenduidig oordeel in de rechtspraak over de kwestie rondom het aanvullen van intrekkingen en laat dit aspect aldus ruimte voor discussie.

4. Inschrijfkostenvergoeding bij intrekking

Bij intrekking van een aanbestedingsprocedure kan het naar redelijkheid, billijkheid en

¹⁶ Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1318, *JAAN* 2019/122.

¹⁷ Rb. Amsterdam 15 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2903, r.o. 4.3, *JAAN* 2020/121, m.nt. D. Britsemmer en H.N.T. Hoogwout.

¹⁸ Rb. Amsterdam 15 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2903, r.o. 4.3, *JAAN* 2020/121, m.nt. D. Britsemmer en H.N.T. Hoogwout.

¹⁹ Rb. Rotterdam 19 april 2022,

ECLI:NL:RBROT:2022:3351, r.o. 4.7, *JAAN* 2022/123, m.nt. C.A.M. Lombert en D.S. van Dorst; Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1318, *JAAN* 2019/122.

²⁰ Rb. Rotterdam 19 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3351, *JAAN* 2022/123, m.nt. C.A.M. Lombert en D.S. van Dorst.

²¹ Rb. Den Haag 15 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13382, r.o. 5.5, *JAAN* 2022/27, m.nt. M.C.B. Beck en P.B.J. van den Oord.

proportionaliteit gewenst zijn om de offertekosten van een inschrijvende partij te vergoeden. Ten aanzien hiervan is het betreffende voorschrift in de voorbije jaren aangevuld, waarmee er een ontwikkeling in de richting van ruimere vergoedingsmogelijkheden is gecreëerd in vergelijking met de periode van het eerste lustrum van het *Croce Amica*-arrest waarover wij onze bijdrage begin 2020 schreven.

4.1. Voorschrift 3.8B Gids

Proportionaliteit

Vaststaat dat ten aanzien van aanbestedingsprocedures de Gids Proportionaliteit voor de invulling van het proportionaliteitsbeginsel relevant is en dat deze voorafgaand aan onze bijdrage begin 2020 geen voorschrift bevatte ter zake van de intrekking van aanbestedingsprocedures. Met ingang van 2020 is ingezet om dit te veranderen, te weten met een toevoeging aan Voorschrift 3.8, een en ander ingegeven door de Adviescommissie Gids Proportionaliteit.²² Deze aanvulling zou meer duidelijkheid moeten laten ontstaan over de vergoeding van offertekosten bij de intrekking van aanbestedingsprocedures.²³ Het aangevulde Voorschrift (te weten: 3.8B) ziet erop dat de aanbestedende dienst niet langer op voorhand alle vergoeding

van inschrijfkosten mag uitsluiten indien de aanbestedingsprocedure in een laat stadium wordt ingetrokken. Als gevolg hiervan wordt een voorwaarde die met Voorschrift 3.8B in strijd is, geacht disproportioneel te zijn.²⁴ Desalniettemin bestaat ook op grond van Voorschrift 3.8B ruimte om af te wijken van de vergoeding van inschrijfkosten, indien en voor zover de omstandigheden van het geval daarvoor aanleiding geven en een en ander deugdelijk in de aanbestedingsstukken is gemotiveerd.

4.2. Commissie van

Aanbestedingsexperts

Naar aanleiding van dit nader gespecificeerde Voorschrift 3.8B heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) zich de afgelopen jaren enkele malen uitgelaten over de toepassing hiervan. Hoewel deze adviezen nog geen inkleuring geven aan alle aspecten van de offertekostenvergoeding, wordt aan de hand hiervan wel duidelijk dat een afwijking van Voorschrift 3.8B in ieder geval moet berusten op een deugdelijke motivering.²⁵ Verder wordt opgemerkt dat Voorschrift 3.8B weliswaar niet toestaat dat een aanbestedende dienst op voorhand alle vergoedingen uitsluit, maar dat hierbij aan de inschrijver wel de verantwoordelijkheid toekomt om over

²² *Kamerstukken II* 2018/19, 34252, nr. 11; *Kamerstukken II* 2022/23, 34252, nr. 24.

²³ Gids Proportionaliteit (versie januari 2020).

²⁴ Gids Proportionaliteit, p. 3 (versie januari 2020).

²⁵ CvAE 3 februari 2020, advies 508, *JAAN* 2020/83, m.nt. M.S. Houweling en B.T. Tonino.

een dergelijk beding tijdig te klagen.²⁶ Aansluitend op de stellingname dat vergoeding van gemaakte kosten in het geval van intrekking door een onzorgvuldigheid of omissie van de aanbestedende dienst eerder op zijn plaats is, heeft de CvAE zich erover uitgelaten dat in ieder geval de hoogte van de inschrijfkosten moeten worden meegewogen bij een eventuele verplichting tot vergoeding daarvan. Volgens de CvAE zal er eerder recht op vergoeding bestaan indien een intrekking het gevolg is van bijvoorbeeld een ondeugdelijke raming bij de aanbestedende dienst.²⁷

5. Toetsing van intrekkingbeslissingen

Tot slot is in onze bijdrage begin 2020 over het eerste lustrum ook de toetsing van intrekkingbeslissingen aan bod gekomen. In de bijdrage is toentertijd geconcludeerd dat het *Croce Amica*-arrest een zogenaamde indringende toetsing van de intrekkingbeslissing van de rechter vergt en dit zich lastig laat verenigen met de Nederlandse praktijk waarin in principe uitsluitend de voorzieningenrechter in eerste aanleg gunningsbeslissingen toetst en deze rechter qua bewijswaardering en feitenonderzoek beperkt is. Ten aanzien van deze leemte is echter in het tweede lustrum van het *Croce Amica*-arrest

(helaas) geen relevante ontwikkeling geweest. Wij laten dit onderwerp in deze bijdrage dan ook verder rusten.

6. Conclusie

Gelet op het voorgaande, concluderen wij dat in de periode tussen het eerste en tweede lustrum van het *Croce Amica*-arrest slechts op enkele knelpunten – zoals vermeld in onze bijdrage in dit tijdschrift in 2020 – ontwikkelingen hebben plaatsgehad. Er kan opnieuw gesteld worden dat intrekkingen worden gestoeld op grofweg drie intrekkinggronden, te weten een te laag concurrentieniveau, een omissie in de aanbestedingsprocedure of gewijzigde economische context dan wel gewijzigde behoeften. Daarnaast is nog niet geheel duidelijk of het *KPN/Staat*-arrest op intrekkingbeslissingen van toepassing is en is aldus de discussie niet definitief beslecht of een intrekkingbeslissing qua gronden later mag worden aangevuld. Hetzelfde geldt voor de mate van toetsing die de kortgedingrechter dient toe te passen, aangezien deze onduidelijkheid (helaas) in jurisprudentie niet aan bod is gekomen. Tot slot is er ter zake van de vergoeding van offertekosten wel enige vooruitgang geboekt, nu de Gids Proportionaliteit is aangevuld en deze gids derhalve meer aanknopingspunten geeft om deze vergoeding toe te passen.²⁸

²⁶ CvAE 11 februari 2021, advies 614.

²⁷ CvAE 12 juli 2021, advies 611, *JAAN* 2022/17, m.nt. J.C. Binnerts.

²⁸ Voorschrift 3.8B Gids proportionaliteit (versie januari 2020).

Dat de praktijk en jurisprudentie tot op heden slechts in beperkte mate uitkomst hebben geboden ten aanzien van de vijf jaar geleden geïdentificeerde pijnpunten is wel begrijpelijk, gezien de beperkte hoeveelheid rechterlijke uitspraken die ten aanzien van intrekkingbeslissingen worden gewezen. Bovendien komt het zelden tot een beoordeling van een intrekkingbeslissing in hoger beroep. Laten we om die reden over vijf jaar het derde lustrum van *Croce Amica* vieren en opnieuw de balans opmaken of op voornoemde onderwerpen ontwikkeling heeft plaatsgehad.