

Advies 210

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft een meervoudig onderhandse aanbesteding gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure is het ARW 2005 van toepassing verklaard.

1.2. Klager heeft op 16 januari 2015 een uitnodiging tot deelname aan de procedure ontvangen via TenderNed. In deze uitnodiging is bepaald:

'De uiterste termijn voor het indienen van de inschrijving is 25-02-2015 11:00.

In totaal zijn er 3 ondernemingen uitgenodigd.

Meer informatie over de opdracht en de aanbestedingsprocedure vindt u in het dashboard van de aanbesteding of in de bijlage(n) bij deze uitnodiging.'

1.3. In de aanbestedingsleidraad [*gepubliceerd zoals hieronder weergegeven: met wijzigingen bijhouden, Commissie*] is op pagina 9 onder punt 5.6 ("Aanbieding van de inschrijving") het volgende bepaald:

~~'De inschrijving dient op woensdag 25maandag 27 februari 2015 augustus 2012 om 12±.00 uur ter attentie van de heer [...] (Concern Inkoper) op de onderstaande locatie van de gemeente [X] aanwezig te zijn. In de linkerbovenhoek van de envelop moet worden vermeld: "[...]". Inschrijvingen die later worden ingeleverd zullen niet in behandeling worden genomen.~~

~~De inschrijver is zelf verantwoordelijk voor het tijdig aanwezig zijn van de inschrijving.~~

~~De inschrijving dient op de volgende locatie aanwezig te zijn;
Gemeente [X]
(...)~~

~~Correspondentie adres
(...)~~

~~De envelop kan ook persoonlijk worden afgegeven bij de receptie van het gemeentehuis op bovenstaand adres. Voor de openingstijden van het gemeentehuis verwijzen wij u naar de gemeentelijke website.~~

~~Inschrijvingen per fax of E-mail, evenals met strafport bezwaarde inzendingen worden niet geaccepteerd. De inschrijving dient in tweevoud (één origineel en één hardkopie) te worden ingediend.~~

~~De opening van de inschrijvingen vindt aansluitend aan de sluitingsdatum en tijdstip plaats en is niet openbaar. Daarom zullen geen derden worden toegelaten. Alle inschrijvende partijen ontvangen zo spoedig mogelijk een procesverbaal van inschrijving, via TenderNed te zijn ingediend.~~

1.4. Op 25 februari heeft klager vóór 11.00 uur haar inschrijving via TenderNed ingediend. Na 11.00 uur bleek slechts één inschrijving in de kluis van TenderNed te zitten.

- 1.5. Na 11.00 uur heeft de behandelend ambtenaar aan klager bericht dat de overige twee inschrijvers – op grond van het bepaalde in de aanbestedingsleidraad (zie 1.3 hiervoor) – in de veronderstelling waren tot 12.00 uur te kunnen indienen.
- 1.6. Om 12.15 uur heeft beklagde de aanbesteding beëindigd.

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft ten onrechte de aanbesteding beëindigd.

3. Onderbouwing klacht

De afspraken in TenderNed zijn helder. Ieder dient zich daaraan te houden. Daarbij is de prijs van klager inmiddels bekend bij beklagde. Dit getuigt naar de mening van klager niet van een transparante manier van werken.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde stelt dat zij een fout gemaakt heeft en dat zij de gevolgen op een transparante en integere wijze wenst af te handelen. Beklaagde merkt op dat zij genoodzaakt is te stoppen omdat de mogelijkheid bestaat dat één van de andere gegadigden bezwaar maakt. Immers, in de aanbestedingsleidraad stond het tijdstip van 12.00 uur vermeld als uiterste tijd om de aanbidding in te dienen. Daarbij stelt beklagde zich op het standpunt dat zij niet hoeft te gunnen, en dat het ARW daar ook duidelijk over is. Beklaagde stelt dat zij een aanbesteding met één inschrijver als mislukt beschouwt.
- 4.2. Beklaagde bericht dat zij voornemens is om het werk inhoudelijk aan te passen en een nieuwe aanbesteding uit te schrijven, zodat het speelveld voor de gegadigden weer gelijk is.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een meervoudig onderhandse procedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Afdeling 1.2.4 en art. 1.22 Aw 2012.
- 5.2. De Commissie stelt vast dat beklagde in par. 1.1 van de aanbestedingsleidraad hoofdstuk 7 van het ARW 2005 op de aanbestedingsprocedure van toepassing heeft verklaard. De Commissie is van oordeel dat beklagde daarmee heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 1.22 lid 2 Aw 2012. Zij was op grond van die bepaling immers verplicht de voorschriften van het ARW 2012 op de procedure van toepassing te verklaren, dan wel een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken te motiveren. Van een dergelijke motivering is de Commissie echter niet gebleken.

- 5.3. De Commissie stelt echter tevens vast dat, nog afgezien van het feit dat de klacht zich niet richt tegen een eventuele (ongemotiveerde) afwijking van het ARW 2012, er ook overigens geen verschil bestaat tussen het ARW 2005 en het ARW 2012 voor wat betreft de inhoud van de materiële regels op basis waarvan de klacht dient te worden beoordeeld. Die regels houden het volgende in.
- 5.4. Wanneer een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure start, rust op hem in beginsel geen rechtsplicht die procedure te voltooien met het sluiten van een overeenkomst. Een aanbestedende dienst kan de procedure in ieder stadium beëindigen (zie voor een recente bevestiging Hof Den Haag 24 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:219, r.o. 8, met verwijzing naar HvJ EU 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2435 (Croce Amica One Italia/AREU), r.o. 31 e.v.). Voor een meervoudig onderhandse aanbesteding is deze bevoegdheid zowel in het ARW 2005 als in het ARW 2012 geregeld in art. 7.21.1. Die bevoegdheid doet overigens geen afbreuk aan het uitgangspunt dat een aanbestedende dienst 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 (zie Vزر. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197, r.o. 4.4 en de mede daarop gebaseerde Adviezen 142 (overweging 6.1.2) en 153 (overweging 5.4.1) van de Commissie).
- 5.5. De vraag die in deze klachtprocedure centraal staat, is of beklagde in de gegeven omstandigheden en gelet op de hiervoor genoemde regels haar bevoegdheid tot het beëindigen van de aanbestedingsprocedure kon uitoefenen zoals zij dat heeft gedaan. De Commissie is van oordeel dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord en overweegt daartoe het volgende.
 - 5.5.1. Tussen partijen staat niet ter discussie dat in TenderNed als uiterste tijdstip voor indienen van de inschrijvingen 11:00 uur stond aangegeven, terwijl in de aanbestedingsleidraad het tijdstip van 12:00 uur stond vermeld. Klager heeft haar inschrijving voor 11:00 uur ingediend. De overige twee door beklagde tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen konden na 11:00 uur geen inschrijving meer indienen omdat de kluis in TenderNed gesloten was.
 - 5.5.2. Op beklagde rustte de verplichting om de eisen en criteria, alsook de wijze waarop deze gedurende de aanbestedingsprocedure zullen worden toegepast, zodanig in de aanbestedingsdocumenten te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren. De Commissie is van oordeel dat beklagde niet aan deze verplichting heeft voldaan door enerzijds in TenderNed 11:00 uur als uiterste tijdstip voor het indienen van de inschrijvingen te bepalen en anderzijds in de aanbestedingsleidraad het tijdstip van 12:00 uur te noemen.
 - 5.5.3. Met de hiervoor bedoelde schending door beklagde van haar verplichting is aan de aanbestedingsprocedure een zodanig ernstig gebrek komen te kleven dat voortzetting en voltooiing daarvan – door het sluiten van een overeenkomst – in de gegeven omstandigheden niet meer mogelijk zou zijn geweest zonder een (verdere) schending van de beginselen van aanbestedingsrecht. Dat betekent naar het oordeel van de Commissie dat beklagde geen andere mogelijkheid had dan over te gaan tot het beëindigen van de aanbestedingsprocedure (vergelijk ook Advies 66 van de Commissie, overwegingen 6.1.3 en 6.1.4).
- 5.6. Het voorgaande betekent dat de klacht ongegrond is.
- 5.7. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.

- 5.7.1. Beklaagde heeft zich in haar reactie op de klacht nog op het standpunt gesteld dat zij – afgezien van het feit dat aan de aanbestedingsprocedure een ernstig gebrek kleefde – haar bevoegdheid tot het beëindigen van de aanbestedingsprocedure op grond van art. 7.21.1 ARW 2005 ook overigens kon uitoefenen omdat een aanbesteding met één inschrijver als mislukt moet worden beschouwd.
- 5.7.2. Beklaagde lijkt met deze stelling een beroep te doen op het hiervoor genoemde arrest HvJ EU 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2435 (Croce Amica One Italia/AREU), r.o. 35 en 36:

‘35 Bijgevolg verzet het Unierecht zich er niet tegen dat de lidstaten in hun wetelijke regeling voorzien in de mogelijkheid om een besluit tot intrekking van een aanbesteding vast te stellen. Een dergelijk besluit kan zijn ingegeven door redenen die met name verband houden met de beoordeling of het uit het oogpunt van het algemeen belang opportuun is om een aanbestedingsprocedure te voltooien, onder meer gelet op het feit dat de economische context of de feitelijke omstandigheden dan wel de behoeften van de betrokken aanbestedende dienst zijn gewijzigd. Aan een dergelijk besluit kan ook de vaststelling ten grondslag liggen dat het concurrentieniveau te laag was, gelet op het feit dat aan het einde van de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht nog slechts één inschrijver geschikt bleek om deze uit te voeren.

36 Een aanbestedende dienst is derhalve niet gehouden een opgestarte aanbestedingsprocedure te voltooien en de betrokken opdracht te gunnen – ook niet aan de enige inschrijver die nog in de running is – mits hij daarbij de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht neemt.’

- 5.7.3. De Commissie is van oordeel dat – ook wanneer art. 7.21.1 ARW 2005 en ARW 2010 richtlijnconform worden geïnterpreteerd – de hiervoor geciteerde overwegingen van het HvJ EU in een geval als het onderhavige niet zodanig kunnen worden uitgelegd dat het enkele feit dat een aanbestedende dienst slechts één inschrijving heeft ontvangen, reeds de vaststelling rechtvaardigt dat het concurrentieniveau zodanig laag was dat de aanbestedende dienst haar bevoegdheid tot het beëindigen 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 (zie 5.4 hiervoor). Een dergelijke uitleg gaat er immers aan voorbij dat in het onderhavige geval – anders dan in het geval dat centraal stond in het genoemde arrest van het HvJ EU, waarin immers een Europese openbare aanbestedingsprocedure werd toegepast – beklagde het concurrentieniveau zelf reeds op voorhand aanzienlijk heeft beperkt door gebruik te maken van een meervoudig onderhandse procedure en in dat kader slechts drie ondernemingen tot het doen van een inschrijving uit te nodigen.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

Beklaagde heeft de Commissie in reactie op de klacht laten weten dat zij voornemens is de opdracht opnieuw aan te besteden. De Commissie adviseert beklagde om in dat kader goed nota te nemen van het vonnis van de Vزر. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197, r.o. 4.5 t/m 4.7.

Den Haag, 3 april 2015

w.g.:
Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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