

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/31687> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Drahmman, Annemarie

Title: Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten : een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht

Issue Date: 2015-02-05

3 | Op naar een transparant(er) 2013 (deel 1); een overzicht van één jaar transparantierechtspraak¹

3.1 INLEIDING

Dit is een overzichtsartikel in twee delen van alle uitspraken die door Nederlandse rechters en het Hof van Justitie van de Europese Unie in 2012 zijn gedaan over het transparantiebeginsel in aanbestedingsprocedures.² Het 'transparantiebeginsel' wordt in verschillende betekenissen gebruikt,³ maar in dit artikel beperk ik mij tot het beginsel zoals dat in het (Europese) aanbestedingsrecht tot uitdrukking wordt gebracht.

Het transparantiebeginsel heeft in essentie als doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het beginsel moet gedurende de gehele aanbestedingsprocedure in acht worden genomen: vooraf, tijdens en erna. Vooraf dient de aanbestedende dienst alle voorwaarden en modaliteiten vast te leggen. Deze moeten worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Tijdens de procedure moet de aanbestedende dienst nagaan of de offertes beantwoorden aan de gestelde criteria. Nadat de voorlopige gunningbeslissing is genomen, moet de rechter kunnen toetsen of de aanbestedende dienst aan het transparantiebeginsel heeft voldaan.⁴ Deze driedeling is ook terug te vinden in de jurisprudentie van het afgelopen jaar. Dit artikel is daarom ook volgens deze driedeling opgebouwd. In dit eerste deel zal eerst kort ingegaan worden op de definitie en reikwijdte van het beginsel en vervolgens op de transparantieverplichtingen die 'vooraf' in acht moeten worden genomen. In deel 2 zal worden ingegaan op de transparantieverplichtingen die 'tijdens' en 'na' de aanbestedingsprocedure gelden.

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *TBR* 2013/24. De inhoud ervan is afgerond op 9 januari 2013.

2 Gezocht is op rechtspraak.nl en curia.europa.eu op alle uitspraken die tussen 1 januari 2012 en 31 december 2012 zijn gepubliceerd en de woorden 'transparantie*' of 'doorzichtigheid*' bevatten.

3 Zo wijst de ABRvS op het transparantiebeginsel als beginsel dat aan de Wet bescherming persoonsgegevens ten grondslag ligt. In deze context heeft het beginsel betrekking op de vraag wanneer er recht op inzage in stukken waarin persoonsgegevens zijn opgenomen, bestaat (ABRvS 28 november 2012, LJN: BY4464).

4 Zie ook de Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over de Gemeenschaps-wetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02).

3.2 DEFINITIE EN REIKWIJDTE VAN HET TRANSPARANTIEBEGINSEL

In diverse uitspraken wordt een beschrijving van het transparantiebeginsel gegeven.⁵ Hierbij wordt meestal verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 29 april 2004 (Succhi di Frutta)⁶ en het arrest van de Hoge Raad van 4 november 2005.⁷ Op 7 december 2012 heeft de Hoge Raad een tweetal arresten gewezen waarvan er één elders in deze editie geannoteerd is door Babette Blaisse-Verkooyen. In deze arresten worden de overwegingen uit 2005 gedeeltelijk herhaald en wordt het transparantiebeginsel als volgt omschreven:

‘Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers strekt ertoe de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan de aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen, en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden. Het transparantiebeginsel strekt, in samenhang daarmee, ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Een en ander brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsheeft, zoals de selectiecriteria.

In zijn arrest van 24 januari 2008, C-532/06, (...) NJ 2008/307 (Lianakis/Alexandroupolis) heeft het HvJEU de in dit verband op de aanbestedende dienst rustende verplichting aldus verwoord dat een aanbestedende dienst geen afwegingsregels

5 O.a. Hof Arnhem 7 augustus 2012, LJN: BX4609, Hof Arnhem 30 oktober 2012, LJN: BY2248, Vz. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3549 t/m BX3551, Vz. Rb. Leeuwarden 5 juli 2012, LJN: BX2163, Vz. Rb. Haarlem 14 juni 2012, LJN: BX0160, Vz. Rb. Den Bosch 18 juni 2012, LJN: BW8668, Vz. Rb. Arnhem 11 mei 2012, LJN: BW7823, Vz. Rb. Almelo 4 juni 2012, LJN: BW7664, Vz. Rb. Utrecht 7 september 2012, LJN: BX6236, Vz. Rb. Dordrecht 18 oktober 2012, LJN: BY0431, Vz. Rb. Groningen 2 november 2012, LJN: BY2168, Vz. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760, Vz. Rb. Zutphen 1 maart 2012, LJN: BW5058, Vz. Rb. Arnhem 3 februari 2012, LJN: BV6312, Vz. Rb. Groningen 1 februari 2012, LJN: BV3104, Vz. Rb. Arnhem 24 januari 2012, LJN: BV3641.

6 HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/99 (Succhi di Frutta).

7 HR 4 november 2005, NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok (Meubelfabriek Gebroeders Van der Stroom), r.o. 4.3.2.

of subcriteria voor de gunningscriteria kan toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht (punt 38.).⁸

De Hoge Raad voegt hier vervolgens aan toe dat dit zowel geldt voor gunningscriteria als uitsluitingsgronden:

‘Gelet op het belang van het transparantiebeginsel voor aanbestedingsprocedures, moet worden aangenomen dat de door het HvJEU aanvaarde, op de aanbestedende dienst rustende, verplichting om de gunningscriteria in de aanbestedingsdocumenten te vermelden, ook geldt ten aanzien van de uitsluitingsgronden die de aanbestedende dienst – indien daartoe aanleiding is – kan invoeren (met dien verstande dat deze dienst zich in voorkomende gevallen mede kan beroepen op uitsluitingsgronden die dwingend zijn voorgeschreven in art. 45 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG). Een andere opvatting zou tot een willekeurige toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden kunnen leiden en daarmee een gelijke behandeling van de inschrijvers in gevaar kunnen brengen.’⁹

Daarnaast overweegt de Hoge Raad dat het transparantiebeginsel voortvloeit uit het beginsel van gelijke behandeling. Er is dus geen sprake van een tegenstelling tussen deze beginselen.¹⁰

Het transparantiebeginsel is van toepassing op aanbestedingsplichtige opdrachten waarop het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) van toepassing zijn. Daarnaast blijkt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie dat het transpa-

8 HR 7 december 2012, LJN: BW9231, *TBR* 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en LJN: BW9233.

9 HR 7 december 2012, LJN: BW9231, *TBR* 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en LJN: BW9233.

10 In cassatie werd betoogd dat een afweging gemaakt had moeten worden tussen ‘het, de gehele aanbesteding omvattende en ook ten bate van de overige inschrijvers werkende, gelijkheidsbeginsel enerzijds en het, slechts ten bate van KPN als inschrijver werkende, transparantiebeginsel anderzijds.’ Het hof zou hebben miskend dat het gelijkheidsbeginsel mede zou strekken tot waarborging van het level playing field en van concurrentie in de aanbesteding en daarom niet (zonder meer) opzij zou kunnen worden gezet door het transparantiebeginsel. Het onderdeel faalt. De Hoge Raad oordeelt dat het onderdeel eraan voorbij ziet dat het transparantiebeginsel voortvloeit uit het beginsel van gelijke behandeling en dat het onderdeel dus uitgaat van een tegenstelling tussen bedoelde beginselen die geen steun vindt in het recht (HR 7 december 2012, LJN: BW9231, *TBR* 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen). In cassatie werd ook geklaagd dat het hof blijf zou hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over de betekenis en reikwijdte van het transparantiebeginsel en over de verhouding tussen dit beginsel en het gelijkheidsbeginsel. Ook dit onderdeel faalt. De Hoge Raad overweegt dat de eisen die voortvloeien uit het transparantiebeginsel worden gesteld aan de aanbestedende dienst en aan het door haar opgestelde aanbestedingsbericht of bestek. Deze eisen gelden onafhankelijk van het door het onderdeel gemaakte onderscheid tussen inschrijvers die de regels van gelijkheid en level playing field in acht nemen, en inschrijvers die deze regels juist schenden (HR 7 december 2012, LJN: BW9233).

rantiebeginsel niet alleen uit de aanbestedingsrichtlijnen¹¹ voortvloeit, maar rechtstreeks uit het vWEU. Daarom moet het transparantiebeginsel ook in acht worden genomen als sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang bij concessieverlening, opdrachten voor zogenaamde B-diensten, aanbestedingen onder de door de Europese Commissie vastgestelde drempelwaarden en bepaalde soorten vergunningstelsels.¹²

Er kan door private partijen ook vrijwillig gekozen worden om een aanbestedingsprocedure te volgen.¹³ In dat geval heeft zo'n partij zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid en die maatstaven houden in elk geval in de eerbiediging van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, zoals het transparantiebeginsel.¹⁴ Ook als een gemeente grond verkoopt en besluit daarvoor

11 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

12 Vgl. HvJ EU 3 juni 2010, *AB* 2011/17, m.nt. A. Buijze en HvJ EU 19 juli 2012, *AB* 2012/324, m.nt. A. Drahmman. Zie tevens A. Drahmman, 'Uitdijing van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het Betfair-arrest', *NTB* 2012/25.

13 De Vz. Rb. Den Haag omschrijft een aanbestedingsprocedure 'als een al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een aanbesteder aan twee of meer ondernemers om een inschrijfcijfer in te dienen voor de uitvoering van een opdracht tot het leveren van goederen en het verrichten van diensten met inbegrip van het uitvoeren van werken. Een private opdrachtgever die voor een bepaalde opdracht aan verschillende bedrijven gelijktijdig offertes vraagt kan onder deze definitie vallen, maar het gaat evenwel te ver om in alle gevallen de private opdrachtgever onder het aanbestedingsrecht te laten vallen. Of dit al dan niet het geval is hangt af van de omstandigheden van het geval'. De Vz. concludeert dat, ondanks het gebruik van enkele aanbestedingsrechtelijke termen, geen aanbestedingsprocedure is uitgeschreven, maar een uitnodiging is gedaan om in onderhandeling te treden (Vz. Rb. Den Haag 26 januari 2012, LJN: BV7044).

14 De Vz. Rb. Amsterdam overweegt dat de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht de grondregels vormen voor het voeren van een aanbestedingsprocedure. De regels waken er onder meer voor dat de private aanbesteder de inschrijvingen, waarvoor veelal aanzienlijke kosten zijn gemaakt, willekeurig beoordeelt. De door Rochdale uitgenodigde inschrijvers mochten dan ook vooraf redelijkerwijs de verwachting hebben dat Rochdale als private aanbesteder die beginselen in acht zou nemen (Vz. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, LJN: BX1677). De Vz. Rb. Leeuwarden voegt hier in het kader van een private aanbesteding door een kerkgenootschap nog aan toe dat de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht er onder meer tegen waken dat de private aanbesteder de inschrijvingen, waarvoor veelal aanzienlijke kosten zijn gemaakt, louter gebruikt als pressiemiddel jegens de partij die zij bij voorbaat heeft uitverkozen als toekomstige contractspartij. (Vz. Rb. Leeuwarden 3 oktober 2012, LJN: BX9015). Zie tevens Vz. Rb. Den Haag 19 juni 2012, LJN: BW9894 en Vz. Rb. Breda 17 oktober 2012, LJN: BY0511 en BY1183.

een openbare biedprocedure te organiseren, is sprake van een private aanbesteding.¹⁵

Het Bao en Bass zullen (naar verwachting) op 1 april 2013 worden vervangen door de Aanbestedingswet 2012. Het transparantiebeginsel is ook in de Aanbestedingswet 2012 gecodificeerd.¹⁶ De hierna te bespreken uitspraken over het transparantiebeginsel blijven daarom ook na inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 relevant.

3.3 TRANSPARANTIE VOORAF: DE PASSENDE BEKENDMAKING EN HET VASTSTELLEN VAN VOORWAARDEN EN MODALITEITEN

Veel jurisprudentie heeft betrekking op de uitleg van de aanbestedingsdocumentatie. Het transparantiebeginsel brengt onder meer met zich dat de tekst van het aanbestedingsdocument leidend is, in die zin dat een in het aanbestedingsdocument opgenomen eis niet anders mag worden uitgelegd dan naar objectieve maatstaven binnen de context van het hele document; welk document niet opgemaakt is om slechts tussen de aanbestedende dienst en één mogelijke inschrijver te werken. Indien er naar die maatstaven moet worden gesproken van een ondubbelzinnige tekst, dan mogen bedoelingen die daarin objectief niet passen, hoe nuttig ook, geen rol spelen bij de toepassing van het betreffende onderdeel van het document. Zou dat ten opzichte van een van de inschrijvers wel geschieden, dan is er juist het risico van favoritisme en willekeur omdat voor derden niet zichtbaar is dat naar die niet-kenbare en

15 Vz. Rb. Zutphen 22 mei 2012, LJN: BW6294. Zie ook A.A. Boot en J.C. van Haersolte, 'Projectontwikkeling in de vuurlinie van aanbestedingsrecht en staatssteun', *TBR* 2012/179. Bij de toewijzing van standplaatsen aan kermisexploitanten door middel van het sluiten van een huur/pachtvereenkomst was volgens het Hof Den Bosch niet aannemelijk gemaakt dat het aanbestedingsrecht van toepassing zou zijn (Hof Den Bosch 22 maart 2011, LJN: BY3289). In dit verband wijs ik er ook op dat de ABRvS in een bestemmingsplanprocedure niet beoordeeld of sprake is van strijd met het transparantiebeginsel. Een appellant betoogde dat hij ten onrechte niet dezelfde kansen had gekregen als de nieuwe eigenaar om het perceel aan te kopen. De gemeenteraad zou hiermee in strijd hebben gehandeld met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheids- en transparantiebeginsel. De ABRvS oordeelt dat in het kader van de bestemmingsplanprocedure moet worden beoordeeld of het plan in strijd is met een goede ruimtelijke ordening of anderszins in strijd is met het recht. De aangevoerde bezwaren hebben evenwel betrekking op de privaatrechtelijke (verkoop)procedure voorafgaand aan de vaststelling van het plan. De ABRvS geeft geen oordeel over de rechtmatigheid van de privaatrechtelijke procedure en de privaatrechtelijke overeenkomst, ter zake waarvan de burgerlijke rechter bevoegd is. Deze beroepsgronden kunnen niet de rechtmatigheid van het plan aantasten. (ABRvS 22 augustus 2012, LJN: BX5285).

16 Artikel 1.9 (voor Europese aanbestedingen) en artikel 1.12 (voor nationale aanbestedingen).

niet te verwachten bedoeling wordt gehandeld.¹⁷ Ook in het aanbestedingsrecht wordt dus de zogenaamde 'cao-norm'¹⁸ toegepast om te bepalen hoe een eis uitgelegd moet worden.¹⁹ Daarbij is ook van belang wat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had kunnen en moeten begrijpen.²⁰

Hierna wordt een aantal uitspraken weergegeven. Onder meer wordt ingegaan op de passende bekendmaking, de behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettende inschrijver en de vraag wanneer sprake is van een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige formulering van een eis. Eerst zal ingegaan worden op de Noord-Hollandse koffiekeurmerkenzaak en een (door de voorzieningenrechter Den Bosch zelf zo genoemd) 'schoolvoorbeeld' van gebrek aan transparantie.

3.3.1 De Noord-Hollandse koffiekeurmerkenzaak

De bekendste uitspraak van het Hof van Justitie van 2012 is de Noord-Hollandse koffiekeurmerkenzaak.²¹ Het Hof stelt voorop dat zowel het beginsel van gelijke behandeling als de daaruit voortvloeiende transparantieplicht vereist dat het voorwerp en de gunningscriteria van overheidsopdrachten vanaf het begin van de aanbestedingsprocedure duidelijk worden omschreven. Het Hof oordeelt verder dat het gelijkheids- en transparantiebeginsel van cruciale

17 Vz. Rb. Assen 2 april 2012, LJN: BW4855. In deze procedure had de gemeente de eis van een bepaalde omzet gesteld. De Vz. oordeelt dat omzet geen synoniem is voor draagkracht of voor de financiële status van een bedrijf.

18 Deze norm houdt in dat voor de uitleg van bepalingen uit een CAO de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. O.a. HR 20 februari 2004, NJ 2005/493, DSM/Fox en HR 24 februari 2012, LJN: BU9889.

19 Hof Leeuwarden 20 november 2012, LJN: BY3635 (appellarrest van Vz. Rb. Zwolle 27 juni 2012, LJN: BW9819). Ook: Vz. Rb. Den Haag 14 augustus 2012, LJN: BX7535, Vz. Rb. Zwolle 12 november 2012, LJN: BY3162 en vgl. Hof Arnhem 30 oktober 2012, LJN: BY2248. Zie tevens Vz. Rb. Zwolle 13 december 2011, LJN: BV9362: 'Daarnaast is bij die beoordeling [hoe een zinsnede uit de aanbestedingsdocumentatie moet worden uitgelegd – AD] van belang dat de aanbestedingsstukken naar hun aard bestemd zijn om de rechtspositie van derden ((potentiële) inschrijvers) te beïnvloeden, zonder dat deze derden wezenlijke invloed hebben op de inhoud of de formulering van die stukken, zodat bij de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan de bewoordingen van die stukken, toepassing van de CAO-norm in de rede ligt'.

20 O.a. Vz. Rb. Den Bosch 27 maart 2012, LJN: BW0035. De Vz. oordeelt dat het in dit geding aan de orde zijnde selectiecriteria op een zodanig duidelijke en ondubbelzinnige wijze in het bestek geformuleerd is dat Kici als een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had kunnen en moeten begrijpen dat gedoneerde kleding bij de beoordeling van het selectiecriteria meeweegt. Het selectiecriteria is wat dat betreft voldoende duidelijk en niet voor meerdere uitleg vatbaar.

21 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10. Zie F.A. van den Assem en M. van Berlo, 'Gebruik van keurmerken bij aanbestedingen', *TBR* 2012/106.

betekenis zijn voor technische specificaties vanwege het gevaar voor discriminatie in verband met de keuze van die specificaties of de formulering ervan. Zij moeten zo nauwkeurig zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbestedende diensten de opdracht kunnen gunnen en dat zij duidelijk moeten worden aangegeven, zodat alle inschrijvers weten waarop de door de aanbestedende dienst gestelde eisen betrekking hebben.²² Het Hof overweegt verder dat de eerbiediging van de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie gebiedt dat de gunningscriteria objectief zijn, hetgeen verzekert dat de offertes objectief en dus onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging worden vergeleken en beoordeeld. Dat zou niet het geval zijn met criteria die de aanbestedende dienst een onvoorwaardelijke keuzevrijheid zouden laten.²³ Het beginsel van doorzichtigheid vereist tevens dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunning duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig zijn geformuleerd in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, opdat, enerzijds, alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en ze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. De door de provincie gestelde criteria voldeden hier niet aan.²⁴

22 Uit de uitspraak volgt dat een aanbestedende dienst wel gebruik mag maken van de gedetailleerde specificaties van een milieukeur, maar niet van een milieukeur als zodanig. De aanbestedende dienst moet de gedetailleerde milieukeurmerken die hij wil opleggen ook uitdrukkelijk vermelden, ook indien hij gebruikmaakt van de voor een milieukeur vastgelegde kenmerken. Dit is volgens het Hof geenszins een overdreven formalisme, maar onmisbaar opdat de potentiële inschrijvers zich kunnen baseren op één officieel document dat afkomstig is van de aanbestedende dienst zelf, zonder dat zij derhalve te maken krijgen met de onzekerheden van het opzoeken van informatie en de mogelijkheid dat de criteria voor een willekeurige milieukeur veranderen met de tijd.

23 De aanbestedende diensten moeten op grond van dezelfde beginselen in alle stadia van een openbare aanbestedingsprocedure zowel de gelijke behandeling van de potentiële inschrijvers verzekeren als de transparantie van de gunningscriteria, die zodanig moeten worden geformuleerd dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de precieze draagwijdte ervan kan kennen en ze dus op dezelfde manier kan uitleggen. Er zijn geen redenen om ervan uit te gaan dat de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie andere consequenties hebben wanneer het gaat om de gunningscriteria – die eveneens essentiële voorwaarden van een overheidsopdracht zijn – daar zij bepalend zullen zijn bij de beslissing welke offerte zal worden gekozen uit de offertes die beantwoorden aan de vereisten die de aanbestedende dienst in het kader van de technische specificaties heeft geformuleerd.

24 De vereisten inzake het voldoen aan de 'criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen' en de verplichting 'bij [te] dragen aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie' zijn niet dermate duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver met zekerheid en volledig kan weten welke criteria door die vereisten worden gedekt. Hetzelfde geldt a fortiori voor het

3.3.2 Schoolvoorbeeld

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Bosch moest een oordeel geven over een aanbestedingsprocedure die volgens de voorzieningenrechter zelf 'een schoolvoorbeeld van een gebrek aan transparantie en duidelijkheid' vormt. De gemeente had niet geconcretiseerd over welke certificaten een textielsorteerbedrijf moest beschikken en/of waarop deze certificaten betrekking moesten hebben. De voorzieningenrechter overweegt: 'Reeds bij onbevange eerste lezing van het bestek was dat voor de voorzieningenrechter ook een raadsel. En als hij dan in het vervolg van subparagraaf 9.4.2. leest dat slechts de mening van de aanbestedende dienst voldoende is om de onafhankelijkheid en erkenning van de certificerende instantie in twijfel te trekken, met uitsluiting van de inschrijving tot gevolg, voelt hij direct de spanning met het voor het aanbestedingsrecht cruciale transparantie- en gelijkheidsbeginsel.' In de textielbranche bestond bovendien ten tijde van de aanbestedingsprocedure veel discussie over het al dan niet bestaan van specifiek op deze branche gerichte certificaten. Wie als aanbestedende dienst een certificaat eist moet zeggen wat hij gecertificeerd wil zien en op welk niveau dat moet zijn. Als de aanbestedende dienst dat zelf, om wat voor goede reden ook, niet weet, moet deze, aldus de voorzieningenrechter, geen certificaat verlangen.²⁵

3.3.3 Passende bekendmaking

Op grond van het transparantiebeginsel moet een aanbestedingsprocedure worden aangekondigd. Door deze bekendmaking kunnen alle potentiële inschrijvers kennis nemen van de procedure. De bekendmaking moet passend zijn. Uit de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie volgt dat wat een passende bekendmaking is, afhankelijk is van de relevantie van de opdracht voor de interne markt, met name met het oog op het onderwerp en de waarde van de opdracht en de gebruikelijke praktijken in de desbetreffende sector. Hoe groter het belang van de opdracht voor potentiële inschrijvers uit andere lidstaten is, hoe meer ruchtbaarheid eraan moet worden gegeven.²⁶

tot de inschrijvers gerichte verzoek, in hun inschrijving aan te geven 'op welke wijze [zij] invulling [geven]' aan bedoelde criteria en 'op welke wijze [zij] bijdragen' tot de door de aanbestedende dienst aangegeven doelstellingen inzake de koffiemarkt en de koffieproductie, zonder hun nauwkeurig mee te delen welke gegevens zij moeten verstrekken. De provincie had dan ook gehandeld in strijd met de transparantieverplichting.

²⁵ Vz. Rb. Den Bosch 10 juli 2012, LJN: BX2394.

²⁶ Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02).

De Aanbestedingswet 2012 introduceert een verplichting voor aanbestedende diensten om opdrachten bekend te maken via TenderNed.²⁷

De gemeente Leeuwarden heeft een aanbestedingsprocedure ingetrokken omdat zij in strijd zou hebben gehandeld met de beginselen van het aanbestedingsrecht als zij de aanbestedingsprocedure zou hebben voortgezet. Volgens de gemeente zat er een innerlijke tegenstrijdigheid in de aanbestedingsdocumentatie en de aankondiging ervan. Door deze innerlijke inconsistentie is niet uit te sluiten dat dit geïnteresseerden ervan heeft weerhouden om in te schrijven op deze aanbesteding.²⁸

3.3.4 Te beperkte eis

Een aanbestedende dienst staat het in beginsel vrij om de eisen te bepalen waaraan moet worden voldaan. Dit neemt echter niet weg dat zij binnen de grenzen van de beginselen van het aanbestedingsrecht moet blijven. De keuze van de aanbestedende dienst mag niet leiden tot een beperkte toegang tot de desbetreffende opdracht. Het stellen van een eis dat de inschrijver moet beschikken over een algemene erkenning, welke enkel is (en kan worden) toegekend aan twee partijen, is hiermee in strijd.²⁹

3.3.5 Behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver

Bij de uitleg van een selectie criterium wordt acht geslagen op de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van het bestek en de daarbij behorende bijlagen. Zoals gesteld komt het daarbij aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin dat bestek en de daarbij behorende bijlagen zijn gesteld. Daarbij wordt ook beoordeeld wat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had kunnen en moeten begrijpen.³⁰

27 Artikel 2.59 en 1.18 Aanbestedingswet 2012.

28 Vz. Rb. Leeuwarden 5 juli 2012, LJN: BX2163. De innerlijke tegenstrijd bestond er onder meer uit dat de aankondiging vermeldde dat er sprake was van een overheidsopdracht voor een dienst, terwijl in de referentie-eis werd gevraagd om ervaring met opdrachten voor werken. Het is daardoor mogelijk dat geïnteresseerden niet eens gezien hebben dat het een opdracht voor een werk betrof, nu er diensten boven stond. De Vz. volgt de gemeente in dit verweer.

29 Vz. Rb. Arnhem 2 augustus 2012, LJN: BX7020.

30 O.a. Vz. Rb. Den Bosch 27 maart 2012, LJN: BW0035. De Vz. oordeelt dat het in dit geding aan de orde zijnde selectie criterium op een zodanig duidelijke en ondubbelzinnige wijze in het bestek geformuleerd is dat Kici als een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had kunnen en moeten begrijpen dat gedoneerde kleding bij de beoordeling van het selectie criterium meeweegt. Het selectie criterium is wat dat betreft voldoende duidelijk en niet voor meerdere uitleg vatbaar.

Als iets niet expliciet uit de aanbestedingsstukken volgt, zal onderzocht moeten worden of datgene op grond van hetgeen in de aanbestedingsdocumenten is vermeld een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver desalniettemin duidelijk diende te zijn.³¹

Bij de beoordeling wat een behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettend inschrijver moet (kunnen) begrijpen, kan geen rekening worden gehouden met het feit dat één van de inschrijvers weinig ervaring heeft met aanbestedingen. Iedere inschrijver moet immers op dezelfde wijze worden behandeld.³²

Als in de aanbestedingsstukken wordt vermeld dat het beoordelingsteam de inschrijvingen integraal en relatief beoordeelt en dat met integrale beoordeling wordt bedoeld dat voor iedere inschrijving zowel voor de onderdelen als voor de gehele inschrijving een kwalitatieve beoordeling ten opzichte van de gestelde eisen zou worden uitgevoerd, dan mag een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver ervan uitgaan dat alle ten behoeve van een bepaald subgunningscriterium ingediende stukken zullen worden betrokken bij de onder dat subgunningscriterium vallende elementen en de aspecten van die elementen.³³

Bij de vraag of de aanbestedingsdocumenten zodanig zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat waren deze op dezelfde wijze te interpreteren, moeten de aanbestedingsdocumenten in onderling verband zeer nauwkeurig worden gelezen. 'Dat lijkt niet alleen inherent aan de wijze waarop in het aanbestedingsrecht de formaliteiten in het algemeen een zekere tendens lijken te hebben de werkelijkheid aan het zicht te onttrekken. In dit geval komt daar nog bij dat het abstractieniveau van de onderhavige aanbestedingsstukken, de daarin opgenomen algemeen en ruim geformuleerde omschrijvingen van hetgeen de provincie van de

31 In een procedure bij de Vz. Rb. Dordrecht was niet in geschil dat in de aanbestedingsdocumenten niet expliciet was vermeld dat de tarieven gebaseerd dienden te worden op de tarieven in een bepaalde tabel. Onderzocht diende derhalve te worden of dat op grond van hetgeen in de aanbestedingsdocumenten is vermeld een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver desalniettemin duidelijk diende te zijn. De Vz. concludeert dat aannemelijk is dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver diende te begrijpen dat de totaalprijs in tabel D.2 diende te zijn gebaseerd op de beladen kilometertarieven van tabel D.1. Bij een andere uitleg zou immers niet per perceel kunnen worden beoordeeld welke inschrijver de laagste totaalprijs per jaar op basis van beladen kilometertarieven biedt. Aangezien in tabel D.2 de totaalbedragen per jaar/per perceel uit bijlage K overgenomen diende te worden, volgt hieruit dat aannemelijk is dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver diende te begrijpen dat de tarieven die in kolom G van bijlage K werden ingevuld gebaseerd diende te zijn op de tarieven in tabel D.1. Dit geldt te meer nu de model factuurspecificatie van bijlage J bij de offerteaanvraag dezelfde opbouw heeft als bijlage K (Vz. Rb. Dordrecht 18 oktober 2012, LJN: BY0431).

32 Vz. Rb. Den Haag 30 augustus 2012, LJN: BX6099.

33 Vz. Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN: BV7050.

inschrijvers verlangt en de vorm van aanbestedingsstukken met bijlagen waar veelvuldig naar wordt verwezen, veel vergen van de lezer.³⁴

Bij de beoordeling wat inschrijvers hadden moeten kunnen begrijpen, speelt ook een rol wat gebruikelijk is in de branche waar de opdrachtverlening betrekking op heeft. Zo had de gemeente Lingewaard moeten begrijpen dat Raetshagen zich niet als hoofdaannemer met onderaannemers had ingeschreven, maar als gevolmachtigd agent van een aantal verzekeraars. Daarbij is van belang dat het gebruikelijk is dat verzekeraars gebruikmaken van gevolmachtigd agenten. De gemeente diende er daarom op bedacht te zijn dat gevolmachtigd agenten (namens verzekeraars) zouden inschrijven. Als de gemeente dat niet wilde dan had zij juist vanwege het wijdverbreide gebruik van gevolmachtigd agenten in de branche, in de aanbestedingsstukken de inschrijving door gevolmachtigd agenten uitdrukkelijk moeten uitsluiten. De gemeente had dat niet gedaan. Een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende gevolmachtigd verzekeringsagent had niet uit het enkele feit dat het aanmeldingsformulier, gelet op de weergegeven voorgedrukte passages daaruit, kennelijk niet echt was toegesneden op aanmelding en inschrijving door een gevolmachtigd agent, moeten opmaken dat hij van deelname was uitgesloten.³⁵

3.3.6 Geen duidelijke, precieze en ondubbelzinnige formulering

Gunningscriteria dienen objectief te zijn en zodanig duidelijk, precies en ondubbelzinnig dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en daardoor de gunningscriteria op dezelfde manier interpreteren. In een aanbesteding voor de inzameling van oud papier en karton had de gemeente ter motivering van het gunningsbesluit een berekening overgelegd van de opslagcapaciteit. De

34 Vz. Rb. Den Bosch 18 juni 2012, LJN: BW8668. In dit geval was een inschrijving ongeldig verklaard, omdat stukken verkeerd waren ingediend (gesloten envelop). Door de verkeerde wijze van indienen heeft de inschrijver het risico bevorderd dat er complicaties zouden kunnen optreden bij de eerlijke beoordeling van de inschrijvingen. Dat zou dan hebben gegolden ten opzichte van alle inschrijvers. Vanuit dat perspectief gezien is het volgens de Vz. te rechtvaardigen dat de provincie tot de vergaande stap van ongeldig verklaring van de inschrijving is overgegaan. Zie over het gebruik van enveloppen in de beoordelings-systematiek tevens Vz. Rb. Den Haag 12 september 2012, LJN: BX8643.

35 Veeleer kon deze denken dat de aanbestedingsdocumenten niet goed aansluiten op de gang van zaken in de verzekeringsbranche, maar dat dit niet erg is omdat, zoals Raetshagen heeft betoogd, Meijers wel weet hoe haar aanmelding en inschrijving moet worden opgevat. Begrijpelijk is dan ook dat Raetshagen niet uitdrukkelijk heeft gevraagd hoe zij als gevolmachtigd agent kon inschrijven. Aangenomen moet verder worden dat de Gemeente, via Meijers, begrepen moet hebben dat Raetshagen als gevolmachtigd agent namens de door haar genoemde verzekeraars inschreef. Dat Raetshagen als gevolmachtigd agent heeft ingeschreven blijkt namelijk voldoende duidelijk uit de inschrijving (Vz. Rb. Arnhem 3 februari 2012, LJN: BV6312).

voorzieningenrechter twijfelt niet aan de juistheid van deze berekeningen, maar is van oordeel dat het bestek 'alleen' te weinig aanknopingspunten biedt voor het maken van een dergelijke berekening en – belangrijker nog – voor de noodzaak om haar te maken. Inschrijvers hoefden er op basis van het bestek niet zonder meer op bedacht te zijn dat specifieke eisen zouden worden gesteld aan de (minimum)opslagcapaciteit van enige opslaglocatie, zodat het nodig was om dienaangaande berekeningen te maken en (extra) zorg te besteden aan de selectie van aan te bieden locaties. De gemeente heeft daardoor in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld. In dit geval had het bestek een expliciete (minimale) capaciteitseis 'op enig moment' moeten bevatten, dan wel een andere passende eis in verband met de vereiste opslagcapaciteit.³⁶

Een aanbestedende dienst moet op grond van het transparantiebeginsel nauwgezet de door haarzelf van toepassing verklaarde criteria in acht nemen gedurende de gehele aanbestedingsprocedure en alle eisen van de aanbesteding op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aanbestedingsdocumenten formuleren en toepassen. De gemeente Rijswijk had het transparantiebeginsel geschonden doordat verwarring onder de inschrijvers was ontstaan over een van de gestelde eisen, namelijk of bij de tweede inschrijving wel of niet (opnieuw) een model K-verklaring moest worden overgelegd.³⁷ Dat verschillende inschrijvers een eis verschillend interpreteren leidt echter niet altijd tot de conclusie dat het transparantiebeginsel geschonden is. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem dat als in een onderdeel van het bestek is aangegeven dat een 'onderbouwing' aangeleverd dient te worden, een normaal oplettende inschrijver daarin niet hoeft te lezen dat de inschrijver stukken moet toevoegen, maar dat een motivering afdoende zou moeten zijn. Daarbij overweegt de voorzieningenrechter dat niet valt in te zien dat een inschrijver die de in zijn inschrijving genoemde gegevens pas ter controle toestuurde betere gunningskansen heeft dan inschrijvers die dat direct bij de inschrijving hebben gedaan, nu het indienen van die bescheiden op zichzelf geen wijziging van de aanbidding inhoudt.³⁸

36 Vz. Rb. Maastricht 27 februari 2012 LJN: BV7037.

37 Vz. Rb. Den Haag 25 juli 2012, LJN: BX3356.

38 'Een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver heeft het bestek dan ook zo mogen opvatten dat hij bij de inschrijving slechts hoeft te motiveren, dus uiteen te zetten, waarom de door hem op deze onderdelen aangeboden percentages haalbaar zijn, dus gegevens benoemen aan de hand waarvan dat gecontroleerd kan worden, en dat de stukken waaruit die gegevens kunnen blijken pas opgestuurd hoeven te worden als het beoordelings-team het aangeboden percentage niet realistisch voorkomt en daarom een controle wil gaan uitvoeren. (...) Dat sommige andere inschrijvers die bescheiden al meteen met hun inschrijving hebben meegestuurd, maakt niet dat er sprake is van strijd met de grondbeginselen van het aanbestedingsrecht. Het valt namelijk niet in te zien dat een inschrijver die de in zijn inschrijving genoemde gegevens pas ter controle toestuurde nadat aan hem vragen zijn gesteld door het beoordelingsteam over het realiteitsgehalte van zijn offerte, betere gunningskansen heeft dan inschrijvers die dat direct bij de inschrijving hebben gedaan, nu het indienen van die bescheiden op zichzelf geen wijziging van de aanbidding inhoudt.' (Vz.

Als de voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure niet op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zijn geformuleerd, kan dit leiden tot interpretatieverschillen. In een procedure had één van de inschrijvers de eis veel specifiekere uitgelegd dan door de aanbestedende dienst was beoogd. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de uitleg van de inschrijver niet onbegrijpelijk of vergezocht is. Anderzijds kan aan de (winnende) inschrijver niet worden tegengeworpen dat zij de eis heeft uitgelegd op dezelfde wijze als de aanbestedende dienst. Deze schending van het transparantiebeginsel rechtvaardigt dat de aanbestedingsprocedure wordt afgebroken en dat de aanbestedende dienst wordt bevolen over te gaan tot heraanbesteding.³⁹

Het hanteren van een eis in een bestek die in strijd is met Europese jurisprudentie leidt tot strijd met het transparantiebeginsel. Op grond van Europese jurisprudentie mogen gegadigden niet van deelneming aan een aanbestedingsprocedure worden uitgesloten op de grond dat zij bij de uitvoering van de beoogde opdracht een beroep willen doen op derden. Door een eis op te nemen die in strijd is met deze jurisprudentie (en dus in strijd is met het Europese aanbestedingsrecht) werd volgens de voorzieningenrechter in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld, omdat het voor potentiële inschrijvers niet duidelijk was of de aanbestedende dienst onverkort zou vasthouden aan de eis uit het bestek dan wel deze, voor zover in strijd met (Europees) aanbestedingsrecht, op enigerlei – voor potentiële inschrijvers onbekende – wijze buiten werking zou laten. Niet uitgesloten kan worden geacht dat potentiële inschrijvers zich door deze eis ten onrechte hebben laten weerhouden een inschrijving te doen.⁴⁰

De gemeente Nieuwegein heeft in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld door van een van de inschrijvers een 'eigen verklaring' te accepteren, terwijl in de gunningsleidraad een 'intentieverklaring bankgarantie' was vereist. De rechtbank acht de door de gemeente voorgestane uitleg van de gestelde eis niet voor de hand liggend. De rechtbank oordeelt daarom dat de gemeente de voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op dit punt onvoldoende duidelijk, precies en ondubbelzinnig heeft geformuleerd. Het risico van willekeur was niet uitgesloten, omdat de gestelde voorwaarden en modaliteiten door de inschrijvers op verschillende wijze geïnterpreteerd werden en konden worden en daarmee is gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel.⁴¹

Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3549 t/m BX3551).

39 Vz. Rb. Haarlem 14 juni 2012, LJN: BX0160. De eis die in het geschil aan de orde is luidt als volgt: 'Er dient een koppeling te zijn met www.aanbestedingskalender.nl > TED / en eventueel met Tenderned'. De ene inschrijver interpreteerde dit als een automatische softwarematige koppeling. Volgens de provincie was een eenvoudige niet-automatische koppeling voldoende.

40 Vz. Rb. Zwolle 27 juni 2012, LJN: BW9819 (zie tevens het appelarrest: Hof Leeuwarden 20 november 2012, LJN: BY3635).

41 Rb. Utrecht 14 november 2012, LJN: BY5823.

Het moeten geven van een presentatie kan een deugdelijk gunningscriterium zijn, mits dat voldoende verband houdt met de uitvoering van de opdracht. De voorzieningenrechter Rotterdam oordeelde dat het gunningscriterium presentatie voldoende transparant is, omdat de beoordelingsaspecten van tevoren bekend zijn gemaakt (organisatie-inrichting, productselectie-advies en cliëntbenadering), de personen die de presentatie moeten uitvoeren zijn genoemd en de beoordeling wordt uitgevoerd door een team van ter zake deskundigen.⁴² Hetzelfde geldt voor een gebruikerstest. Dat een gebruikerstest naar zijn aard subjectief is, betekent niet dat er sprake is van willekeur of onvoldoende transparantie, waarbij van belang is dat niet gebleken is dat de testpersonen niet over de vereiste deskundigheid beschikken.⁴³

Ook referentie-eisen moeten ondubbelzinnig worden geformuleerd en mogen geen ruimte laten voor willekeur, zulks in overeenstemming met het transparantiebeginsel. Bij een aanbestedingsprocedure door de provincie Zuid-Holland was hier door een inschrijver niet aan voldaan. Door niettemin te oordelen dat sprake is van een uitgevoerde opdracht van een vergelijkbare omvang heeft de provincie aan de referentie-eis een toepassing gegeven die willekeur in de hand kan werken nu zij zichzelf kennelijk grote vrijheid heeft gegeven om te bepalen dat werkzaamheden van veel geringere omvang dan de aan te besteden opdracht toch van een vergelijkbare omvang zijn.⁴⁴

Ook bij een vrijwillige (private) aanbesteding is voor een zorgvuldige aanbestedingsprocedure van belang dat in het aanbestedingsdocument duidelijk vermeld staat wat de gunningscriteria zijn en welk gewicht aan die criteria wordt toegekend. Als daaraan niet voldaan is, is een willekeurige beoordeling van de inschrijving mogelijk en ontstaat het risico dat inschrijvers de opdracht

42 Vz. Rb. Rotterdam 26 maart 2012, LJN: BW5773. In dezelfde uitspraak oordeelt de Vz. over het gunningscriterium kwaliteit. De gemeente heeft aangegeven 'welke zaken zij belangrijk vindt. Dat de gemeente aan deze zaken geen aparte percentages heeft gekoppeld doet niet af aan de transparantie van het gunningscriterium. De inschrijvers kunnen aan de hand van deze zaken laten zien of zij ten aanzien van het productselectieproces en de verspreiding van hulpmiddelen de benodigde kwaliteit kunnen leveren. Juist nu het gaat om een nieuwe situatie, in die zin dat van de inschrijver veel meer wordt verwacht dan alleen de levering van gehandicaptenhulpmiddelen, is belangrijk dat aan de inschrijver ruimte wordt gelaten om de gestelde vragen naar eigen inzicht te beantwoorden. De gemeente heeft daarbij aangegeven dat hoe meer de beantwoording blijkt geeft van een efficiënt en goed geborgde organisatie, hoe hoger gescoord kan worden.'

43 Vz. Rb. Haarlem 6 maart 2012, LJN: BV7715.

44 Bij een juiste toepassing van de referentie-eis, zodanig dat alle inschrijvers op gelijke wijze zouden zijn behandeld, had de provincie moeten oordelen dat een referentie die slechts betrekking heeft op een beperkt deel van een perceel, niet kan hebben te gelden als een referentie met betrekking tot opdrachten van een vergelijkbare omvang en inhoud. Dit brengt met zich dat de Provincie de inschrijving van terzijde had dienen te leggen (Vz. Rb. Den Haag 13 november 2012, LJN: BY5065). Zie over referenties tevens Vz. Rb. Den Haag 2 oktober 2012, LJN: BY5226.

niet op dezelfde wijze hebben geïnterpreteerd waardoor de inschrijvingen niet goed met elkaar te vergelijken zijn.⁴⁵

Ten slotte, als in een kort geding wordt betoogd dat een gestelde eis, selectie- of gunningscriterium in strijd is met het transparantiebeginsel kan ook van belang zijn of de inschrijver heeft aangegeven dat de bepaling onduidelijk is. Als geen vragen worden gesteld in de daartoe bedoelde inlichtingenprocedure dan kan geoordeeld worden dat dit voor risico van de inschrijver moet komen.⁴⁶ Dit wordt ook wel aangeduid als het 'Grossmann-verweer'.⁴⁷

3.3.7 Wijziging

Het is volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag niet mogelijk om kort voor het verstrijken van de inschrijftermijn nog wijzigingen in de aanbestedingsdocumentatie aan te brengen. In een procedure (over de aanbesteding van het openbaar busvervoer in Haaglanden) was in de zesde nota van inlichtingen een alternatieve gunningssystematiek geïntroduceerd. Volgens vaste jurisprudentie handelt een aanbestedende dienst in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het transparantiebeginsel wanneer de gunningssystematiek tijdens de aanbestedingsprocedure (wezenlijk) wordt gewijzigd. Daarvan is onder meer sprake wanneer door de wijziging de omvang van de opdracht wezenlijk wordt veranderd, waardoor als de opdracht zo 'in de markt was gezet', andere partijen zouden hebben ingeschreven op de opdracht. In dit geval was daar mogelijk sprake van. Als dit alternatieve scenario eerder bekend zou zijn gemaakt, zouden er wellicht andere gegadigden voor de concessie zijn geweest. Bovendien wordt de inhoud van de concessie door de gewijzigde gunningssystematiek wezenlijk anders. Het stond de aanbestedende dienst niet vrij een dergelijke ingrijpende wijziging zo kort voor de sluiting van de inschrijftermijn door te voeren.⁴⁸

Het toekennen van een hoger aantal punten voor een gunningscriterium in de nota van inlichtingen moet worden beschouwd als een wijziging van de gunningscriteria. Het is volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht in beginsel mogelijk om vóór het verstrijken van de termijn van

45 Vz. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, LJN: BX1677. In deze procedure was sprake van een vrijwillige aanbesteding. Het opnemen van zeven doelstellingen is onvoldoende om te kunnen spreken van duidelijk omschreven gunningscriteria. Ook was niet duidelijk gemaakt welk gewicht aan de opgesomde doelstellingen werd toegekend.

46 O.a. Hof Den Bosch 17 januari 2012, LJN: BV1472.

47 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann). Hierin is (kort samengevat) bepaald dat indien een inschrijver onvolkomenheden, tegenstrijdigheden, gebreken of onvolledigheden aantreft, hem wordt verzocht daarvan zo spoedig mogelijk melding te maken en dat anders nadien daarop geen beroep meer kan worden gedaan.

48 Vz. Rb. Den Haag 27 maart 2012, LJN: BW0018. Een andere uitspraak over een aanbesteding op grond van de Wp2000 waarin het transparantiebeginsel aan de orde is, is Vz. Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN: BV3091.

inschrijving de in het bestek bekendgemaakte gunningscriteria nog te wijzigen. Een voorwaarde hiervoor is wel dat de wijziging tijdig aan alle potentiële inschrijvers bekend is gemaakt, zodat zij hun inschrijving hierop hebben kunnen aanpassen.⁴⁹

Uit het eerdergenoemde koffiearrest kan wellicht een strengere lijn worden afgeleid. Hierin oordeelt het Hof van Justitie namelijk dat met de nadere inlichtingen over het bestek en de aanvullende stukken weliswaar bepaalde verduidelijkingen kunnen worden aangebracht en inlichtingen worden verstrekt, maar dat langs deze weg niet de betekenis kan worden gewijzigd van de belangrijkste voorwaarden van de opdracht (waaronder de technische specificaties en de gunningscriteria) zoals die in het bestek zijn geformuleerd en waarop de belanghebbende marktdeelnemers zich rechtmatig hebben gebaseerd voor hun beslissing, een offerte voor te bereiden of juist van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure af te zien.⁵⁰

3.4 AFSLUITING

Jurisprudentie over het transparantiebeginsel is casuïstisch en met name afkomstig van kort gedingrechters. Deze jurisprudentie kleurt de door het Hof van Justitie en de Hoge Raad gegeven uitgangspunten steeds concreter in. De belangrijkste uitspraken uit 2012 zijn ongetwijfeld het arrest van de Hoge Raad van 7 november 2012⁵¹ en het Noord-Hollandse koffiearrest van het

49 Volgens de aanbestedende dienst was aan deze voorwaarde is voldaan, omdat de nota van inlichtingen via ProjectNed bekend was gemaakt aan de 16 ondernemingen die zich naar aanleiding van de publicatie van de aanbesteding in het Publicatieblad bij ProjectNed hadden geregistreerd en het Beschrijvend document hadden gedownload. Deze ondernemingen hebben via ProjectNed een melding gekregen van het uitbrengen van de nota van inlichtingen en hebben deze kunnen downloaden en inzien. De Vz. overweegt dat in dit geval als potentiële inschrijvers moeten worden beschouwd de 16 ondernemingen die zich naar aanleiding van de publicatie van de aanbesteding bij ProjectNed hebben geregistreerd en het Beschrijvend document hebben gedownload. Nu de nota van inlichtingen op 10 september 2012 ter kennis is gebracht van de potentiële inschrijvers en de inschrijvingen uiterlijk op 21 september 2012 konden worden ingediend, moet worden geoordeeld dat de aanbestedende dienst de wijziging van de gunningscriteria tijdig aan hen bekend heeft gemaakt. Als potentiële inschrijvers zich na registratie bij ProjectNed weer hebben uitgelogd en daardoor geen melding van het verschijnen van de nota van inlichtingen hebben ontvangen, komt dit voor risico van deze ondernemingen, nu zij bekend moeten worden geacht met het feit dat in de loop van de aanbestedingsprocedure nog een nota van inlichtingen volgt die van belang kan zijn voor hun keuze om al dan niet op de aanbesteding in te schrijven (Vz. Rb. Utrecht 16 november 2012, LJN: BY3469).

50 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, r.o. 54-56. Zie F.A. van den Assem en M. van Berlo, 'Gebruik van keurmerken bij aanbestedingen', *TBR* 2012/106.

51 HR 7 december 2012, LJN: BW9231, *TBR* 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en HR 7 december 2012, LJN: BW9233.

Hof van Justitie.⁵² Hierna zal ik proberen enkele algemene lijnen te schetsen zoals deze volgen uit de uitspraken uit 2012 voor zover deze betrekking hebben op de transparantievereisten die 'vooraf' in acht moeten worden genomen.

Allereerst is van belang dat het transparantiebeginsel (en het gelijkheidsbeginsel) dienen om de mededinging te bevorderen. Eisen (zowel selectie- en gunningscriteria en uitsluitingsgronden, maar ook technische specificaties) die de kansen van (potentiële) inschrijvers beïnvloeden, creëren een risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst en kunnen in strijd met het transparantiebeginsel zijn.

Alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure moeten in de aanbestedingsdocumentatie worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Ook in het aanbestedingsrecht wordt bij de uitleg van de eisen uit de aanbestedingsdocumentatie de CAO-norm gehanteerd. Eisen worden uitgelegd naar objectieve maatstaven binnen de context van alle aanbestedingsdocumentatie. Een aanbestedende dienst mag wel gebruik maken van de gedetailleerde specificaties van een milieukeur, maar niet van een milieukeur als zodanig. Een eis waar maar twee partijen aan kunnen voldoen leidt tot een te beperkte toegang tot de opdracht. Als er een tegenstrijdigheid in de bekendmaking staat die geïnteresseerden er mogelijk van heeft weerhouden om in te schrijven, moet de aanbestedingsprocedure worden ingetrokken. Als iets niet expliciet uit de aanbestedingsstukken volgt, zal onderzocht moeten worden of datgene op grond van hetgeen in de aanbestedingsdocumenten is vermeld voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver desalniettemin duidelijk diende te zijn. Met (gebrek aan) ervaring van de inschrijvers kan geen rekening worden gehouden. Ook kan geen rekening worden gehouden met eventuele bij de aanbestedende dienst aanwezige kennis over het voldoen aan (bepaalde) eisen door een inschrijver of met kennis en ervaring uit het verleden. Wel kan een rol spelen wat gebruikelijk is in de branche waar de opdrachtverlening betrekking op heeft. Het beoordelen van een presentatie of een gebruikerstest is naar zijn aard subjectief. Deze criteria kunnen toch deugdelijke criteria zijn, mits deze voldoende verband houden met de uitvoering van de opdracht. Wel speelt daarbij een rol of de beoordeling wordt uitgevoerd door deskundigen. Als in een kort geding wordt betoogd dat een criterium in strijd is met het transparantiebeginsel kan ook van belang zijn of de inschrijver vragen heeft gesteld in de inlichtingenprocedure. Als dit niet het geval is dan kan geoordeeld worden dat dit voor risico van de inschrijver komt. Het is in beginsel niet mogelijk om kort voor het verstrijken van de inschrijftermijn nog wezenlijke wijzigingen in de aanbestedingsdocumentatie aan te brengen. Een wijziging moet tijdig aan alle potentiële inschrijvers bekend worden gemaakt, zodat zij hun inschrijving hierop kunnen aanpas-

52 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10. Zie F.A. van den Assem en M. van Berlo, 'Gebruik van keurmerken bij aanbestedingen', *TBR* 2012/106.

sen. Daarbij kan van belang zijn of het document (bijvoorbeeld de nota van inlichtingen) door alle geïnteresseerden is gedownload.

In het volgende deel van dit artikel zal worden ingegaan op de transparantieverplichtingen die 'tijdens' en 'na' de aanbestedingsprocedure gelden.