

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

## 4 | Op naar een transparant(er) 2013 (deel 2); een overzicht van één jaar transparantierechtspraak<sup>1</sup>

### 4.1 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> Deze driedeling is ook terug te vinden in de jurisprudentie van het afgelopen jaar en dit artikel is daarom ook volgens deze driedeling opgebouwd. In het eerste deel is ingegaan op de definitie en reikwijdte van het beginsel en op de transparantie die 'vooraf' in acht moet worden genomen. In dit tweede deel zal worden ingegaan op de transparantieverplichtingen die 'tijdens' en 'na' de aanbestedingsprocedure gelden.

### 4.2 TRANSPARANTIE TIJDENS DE PROCEDURE: DE BEOORDELING VAN DE OFFERTES

De aanbestedende dienst moet het relatieve gewicht van de (sub)gunningscriteria specificeren in de aanbestedingsstukken, bijvoorbeeld door middel van een marge, maar wanneer volgens de aanbestedende dienst om aantoonbare

---

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *TBR* 2013/41. De inhoud ervan is afgerond op 9 januari 2013.

2 Gezocht is op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) en [curia.europa.eu](http://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 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).

redenen geen weging mogelijk is, kan worden volstaan met vermelding van de (sub)gunningscriteria in afnemende volgorde van belangrijkheid.<sup>4</sup> Door bij de beoordeling nieuwe (sub)gunningscriteria te introduceren, in de aanbestedingsstukken genoemde (sub)gunningscriteria te wijzigen en niet vooraf bekendgemaakte wegingsfactoren te hanteren wordt in strijd gehandeld met onder meer het transparantiebeginsel. Inschrijvers hebben immers met deze manier van beoordelen van de gemeente bij de opstelling van hun aanbieding geen rekening kunnen houden en de gemeente heeft bovendien de uitkomst naar haar hand kunnen zetten.<sup>5</sup>

Hierna wordt ingegaan op de jurisprudentie over de rol die het transparantiebeginsel speelt bij het beoordelen van de offertes door de aanbestedende dienst. Onder meer wordt ingegaan op de vraag wanneer sprake is van nieuwe criteria of de wijziging van een ingediende inschrijving en de rol van beoordelingscommissies.

#### 4.2.1 Wanneer is sprake van nieuwe criteria?

Het duiden en waarderen van concrete verschillen tussen aanbiedingen van inschrijvers heeft niet automatisch het introduceren van nieuwe gunningscriteria tot gevolg. Hiervan is slechts sprake als een inschrijver een bepaalde (concrete) toepassing van de gunningscriteria niet behoefde te verwachten en die (concrete) toepassing van de gunningscriteria – als zij vooraf bekend was geweest – ook tot andere aanbiedingen had geleid.<sup>6</sup>

Zoals gesteld is het volgens een aantal voorzieningenrechtters mogelijk om de geschiktheidseisen te wijzigen mits de wijziging door bekendmaking in de nota van inlichtingen, voordat de inschrijvingstermijn was verlopen, voor alle gegadigden kenbaar was. Daarbij is van belang of de aanbestedende dienst heeft kunnen nagaan dat de nota van inlichtingen door alle geïnteresseerden is gedownload, bijvoorbeeld doordat de offerteaanvraag via de aanbestedingskalender ter beschikking is gesteld. In dat geval is niet aannemelijk dat een van de inschrijvers nadelig beïnvloed zou kunnen zijn omdat allen hun inschrij-

---

4 Artikel 54 Bao, 56 Bass en 2.115 Aanbestedingswet 2012.

5 Vz. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760. De Vz. oordeelt verder dat het niet van belang is dat het bij de gemeente een bekende en gangbare manier van beoordelen is, omdat aan de inschrijvers deze manier niet bekend was gemaakt, hetgeen afdoet aan de transparantie die inschrijvers in staat moet stellen om bij het opstellen van hun aanbiedingen rekening te houden met het beoordelingskader.

6 Vz. Rb. Amsterdam 7 juni 2012, LJN: BW7787 en Vz. Rb. Amsterdam 21 februari 2012, LJN: BV8489.

vingen op basis van dezelfde (deels aangepaste) gunningscriteria hebben kunnen baseren.<sup>7</sup>

#### 4.2.2 Aantonen geschiktheid door de inschrijver

Mede uit het oogpunt van transparantie en gelijke behandeling is niet van belang of een inschrijver op zichzelf voldoet c.q. kan voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen en dat de aanbestedende dienst daarmee bekend is, dan wel kan zijn. Cruciaal is dat de inschrijver door middel van de door hem opgevoerde referentie(s) aantoont dat hij aan de eisen voldoet. Dit impliceert dat geen rekening kan worden gehouden met eventuele bij de aanbestedende dienst aanwezige kennis over het voldoen aan (bepaalde) eisen door een inschrijver. Ware dat anders, dan zou de ene inschrijver daardoor kunnen worden bevoordeeld dan wel benadeeld ten opzichte van de andere(n). Het zal immers nooit zo zijn dat een aanbestedende dienst over (de vaardigheden van) alle inschrijvers evenveel kennis heeft. De aanbestedingsprocedure zou daardoor een ondoorzichtig geheel worden, hetgeen het aanbestedingsrecht nu juist tracht te voorkomen.<sup>8</sup>

Ook een betoog van een inschrijver dat aanbestedende diensten tot nu toe altijd genoegen namen met een bepaalde verklaring, slaagt niet. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem oordeelt dat het transparantie- en gelijkheidsbeginsel met zich brengen dat ervaringen uit het verleden niet meetellen. Juist om favoritisme uit te bannen draait het om wat kenbaar had moeten zijn uit de aanbestedingsdocumenten.<sup>9</sup>

#### 4.2.3 Geen wijziging of aanvulling van ingediende inschrijvingen

Algemeen uitgangspunt is dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog wijzigt of aanvult. Volgens vaste

---

7 Hiermee is volgens de Vz. sprake van een andere situatie dan in het Wienstrom-arrest (HvJ EG 4 december 2003, C-448/01) waarin het ging om nietigverklaring van een gunningscriterium nadat de inschrijvingen door de aanbestedende dienst waren geopend (Vz. Rb. Alkmaar 23 augustus 2012, LJN: BY1651).

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

9 Vz. Rb. Arnhem 17 februari 2012, LJN: BV7084. Dit brengt ook mee dat de gemeente niet om nadere uitleg hoefde te vragen en daarmee de gelegenheid had moeten bieden om nog een verklaring toe te zenden die wel zou hebben voldaan.

rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>10</sup> kan in uitzonderlijke gevallen evenwel een uitzondering op het voormelde uitgangspunt worden gemaakt en kunnen inschrijvingen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Het verzoek van de aanbestedende dienst moet verder aan de volgende voorwaarden voldoen: (1) in de uitoefening van voormelde beoordelingsbevoegdheid moet de aanbestedende dienst de verschillende gegadigden gelijk en op loyale wijze behandelen; (2) het verzoek om nadere toelichting mag slechts worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen; (3) het verzoek moet op vergelijkbare manier worden ingericht aan alle ondernemingen die in dezelfde situatie verkeren, en (4) het verzoek moet alle punten van de inschrijving behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek.<sup>11</sup>

Als in de aanbestedingsdocumentatie over de planning van de aanbestedingsprocedure wordt gesteld dat deze door de aanbestedende dienst gewijzigd kan worden, dan staat het de aanbestedende dienst niet vrij om bij een wijziging van deze planning (het verschuiven van de ingangsdatum met twee maanden) inschrijvers de mogelijkheid te bieden hun inschrijvingen te wijzigen.

---

10 HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10 (SAG), zie tevens B.J.H. Blaisse-Verkooyen en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht', *TBR* 2012/161. In dit arrest overweegt het Hof dat de niet-openbare aanbestedingsprocedure naar haar aard impliceert dat wanneer de selectie van de gegadigden heeft plaatsgevonden en hun inschrijving is ingediend, deze inschrijving in beginsel niet meer mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de gegadigde. Het beginsel van gelijke behandeling van de gegadigden en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting verzetten zich, in het kader van deze procedure, immers tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en de gegadigden. Een ander oordeel zou dit immers een risico opleveren dat het zou lijken alsof de aanbestedende dienst, in geval de inschrijving van die gegadigde uiteindelijk zou worden gekozen, over deze inschrijving heimelijk heeft onderhandeld, ten nadele van de andere gegadigden, en in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. In uitzonderlijke gevallen kunnen de gegevens van de inschrijvingen gericht worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Het verzoek om nadere toelichting bij de inschrijving zou slechts mogen worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen. Dit verzoek dient bovendien, bij het ontbreken van een objectief controleerbare reden die een in dit opzicht verschillende behandeling van de gegadigden kan rechtvaardigen, op vergelijkbare manier te worden gericht aan alle ondernemingen die in dezelfde situatie verkeren, in het bijzonder wanneer de inschrijving hoe dan ook in het licht van andere aspecten moet worden afgewezen. Voorts dient het bedoelde verzoek alle punten van de inschrijving te behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek, zonder dat de aanbestedende dienst de inschrijving kan afwijzen wegens onduidelijkheid van een aspect ervan waarop dit verzoek geen betrekking had.

11 Het hof oordeelt in deze procedure dat sprake is van het herstel van twee kennelijke fouten in het inschrijvingsformulier (Hof Arnhem 7 augustus 2012, LJN: BX4609).

Nu de mogelijkheid dat de planning zou wijzigen al in de offerteaanvraag was voorzien, hadden de inschrijvers daarmee dus rekening moeten houden en had de aanbestedende dienst mogen aannemen dat de inschrijvers de eventueel daaraan verbonden extra kosten hebben verdisconteerd in hun (oorspronkelijke) prijs. Er was dan ook geen sprake van een nadere, eenvoudige, precisering van de inschrijvingen dan wel het rechtzetten van een kennelijke materiële fout die een wijziging van de inschrijvingen rechtvaardigde.<sup>12</sup>

De mogelijkheid om aanvullende informatie te vragen aan een inschrijver, kan onder omstandigheden ook verplicht zijn. Zo had de aanbestedende dienst ProRail in de aanbestedingsdocumenten onvoldoende duidelijk gemaakt dat al bij de inschrijving een CO2-bewustcertificaat van de onderaannemer moest worden gevoegd om in aanmerking te kunnen komen voor korting. Deze onduidelijkheid diende voor rekening en risico van ProRail te komen. Het had op de weg van ProRail gelegen om het certificaat alsnog op te vragen bij de inschrijver. ProRail zou hiermee niet in strijd met het concurrentiebeginsel en/of het transparantiebeginsel hebben gehandeld, te minder nu het ontbrekende document door een onafhankelijke instelling wordt afgegeven en de inschrijver daarop op geen enkele wijze invloed kan uitoefenen. Het alsnog opvragen van het certificaat kan niet worden aangemerkt als het voeren van onderhandelingen, maar slechts als een verduidelijking van haar inschrijving, teneinde de evaluatieprijs te kunnen berekenen. Dit mocht van ProRail worden verwacht, aangezien zij zelf verantwoordelijk is voor de gebleken onduidelijkheid.<sup>13</sup>

Het is niet altijd eenvoudig om te bepalen of sprake is van een 'verginging', bijvoorbeeld als een verkeerd veld in het inschrijfdocument is ingevuld. Het Hof Den Haag oordeelde dat van de aanbestedende dienst niet mocht worden verlangd dat zij, toen zij bij de beoordeling van de inschrijving een resolutie aflas die afweek van de vereiste resolutie, keek (ook al was dat wellicht gemakkelijk te zien) of zich geen ongerijmdheden (in de weergegeven bijbehorende

---

12 Vz. Rb. Den Haag 13 september 2012, LJN: BX7357. Vgl. ook. Vz. Rb. Arnhem 24 januari 2012, LJN: BV3641, waarin wordt overwogen dat als de aanbestedende dienst alle inschrijvers vraagt om opnieuw in te schrijven het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden. Het geven van de gelegenheid aan de inschrijvers om hun inschrijving te wijzigen is in strijd met het aanbestedingsrecht. Het inhoudelijk wijzigen van de inschrijving na de sluitingstermijn is niet toegestaan. Het mogen aanpassen van een eventueel abnormaal lage prijs betekent immers dat inschrijvers die op grond van hun eerste aanbieding wellicht van verdere deelname uitgesloten moeten worden, in de herkansing dat kunnen voorkomen. Dat houdt het risico van favoritisme of willekeur bij de gunning in, omdat de aanbestedende dienst het er op deze wijze naar toe kan leiden dat de inschrijver van zijn voorkeur alsnog de inschrijver wordt met de beste inschrijving aan wie gegund moet/kan worden. Het kan ook overigens nadelig zijn voor inschrijvers die wel meteen een reële aanbieding hebben gedaan. Hun kans op gunning is immers groter als één of meer andere inschrijvers van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure worden uitgesloten. Het houden van een tweede inschrijfronde is dan ook strijdig met het gelijkheidsbeginsel.

13 Vz. Rb. Utrecht 7 september 2012, LJN: BX6236.

afmetingen) voordeden en dat zij vervolgens onderzocht of niet toch de juiste resolutie was geleverd. Evenmin mocht van haar worden verwacht dat zij bij de inschrijver, een zittende opdrachtnemer, navraag deed naar de ppi-waarde, haar nadere documentatie vroeg of haar de gelegenheid gaf opheldering te verschaffen. Dat alles is, volgens het Hof, in strijd met het in acht te nemen transparantie- en gelijkheidsbeginsel, waarmee elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen.<sup>14</sup>

De voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) hanteert een vergelijkbare toets in een procedure naar aanleiding van concessieverlening op grond van de Wp2000. Het CBB overweegt dat wijziging van een gedane inschrijving niet is toegestaan, aangezien dat leidt tot strijd met het beginsel van gelijke behandeling en afbreuk zou doen aan de doorzichtigheid van de procedure. Een brief die slechts ter verduidelijking diende van een niet voor tweeërlei uitleg vatbare inschrijving mocht worden geaccepteerd. Ook het alsnog ondertekenen van een conceptovereenkomst is toegestaan mits deze (behoudens de alsnog geplaatste handtekeningen) identiek is aan de versie die bij de inschrijving is overgelegd. De kansen van de andere inschrijvers zijn niet beïnvloed en de mededinging is niet geschaad.<sup>15</sup>

#### 4.2.4 Beoordelingscommissie

Voor het beoordelen van de inschrijvingen wordt vaak gebruik gemaakt van beoordelingscommissies. Het transparantiebeginsel gaat niet zo ver dat de samenstelling van een technische beoordelingscommissie van tevoren bekend moet zijn. De enkele omstandigheid dat de samenstelling van de beoordelingscommissie pas achteraf bekend is gemaakt, is ontoereikend om de conclusie

---

14 Hof Den Haag 21 februari 2012, LJN: BV6808.

15 Naar het oordeel van de Vz. is die omstandigheid overigens een 'conditio sine qua non' voor de toelaatbaarheid van de geboden herstelmogelijkheid, aangezien anders – ook al zou Arriva verder geen wijziging in haar inschrijving hebben aangebracht – toch sprake zou zijn van een wijziging van de inschrijving. Immers, niet valt uit te sluiten dat het realiteitsgehalte van de door een inschrijver op het standaardformulier F19 opgenomen prijzen voor de Optie(s) Duurzame Brandstoffen, en daarmee de beoordeling van die optie(s) in de inschrijving, in belangrijke mate wordt beïnvloed door de inhoud van de conceptovereenkomst met de leverancier van die brandstoffen. Gelet hierop deed zich voor Arriva als gevolg van het ontbreken van de handtekeningen van de contractpartners niet daadwerkelijk de mogelijkheid voor om na de inschrijving nog verder met de leverancier van de brandstof te onderhandelen. Evenmin is sprake geweest van een situatie waarin het ontbreken van handtekeningen op de conceptovereenkomst voor Arriva een geoorloofde reden had kunnen vormen haar inschrijving ongedaan te maken. Geconcludeerd wordt dat verweerder door het bieden van de mogelijkheid de conceptovereenkomst alsnog te (laten) ondertekenen de kansen van de andere inschrijvers niet heeft beïnvloed en de mededinging niet heeft geschaad (Vz. CBB 25 juli 2012, LJN: BX3086). Het CBB wijst in de uitspraak op de arresten van het HvJ EU van 29 maart 2012, C-599/10 (SAG), 22 januari 1993, C-243/89 (Storebaelt) en 25 april 1996, C-87/94 (Waalse Bussen).

te dragen dat de aanbestedingsprocedure onvoldoende transparant is geweest. Hierbij is van belang dat het voor alle inschrijvers duidelijk was dat een ter zake deskundige te achten technische beoordelingscommissie zou worden geformeerd en dat deze de in de inschrijvingsleidraad omschreven kwalitatieve (sub)criteria zou beoordelen.<sup>16</sup> Het is volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht geen vaste jurisprudentie dat de enkele omstandigheid dat de samenstelling van de technische beoordelingscommissie niet vooraf, maar pas achteraf, is bekendgemaakt, ertoe leidt dat een aanbestedingsprocedure onvoldoende transparant is.<sup>17</sup>

Een aanbestedende dienst moet ook met gebruikmaking van haar eigen medewerkers en interne deskundigheid tot een deugdelijke beoordeling van de inschrijvingen kunnen komen. Er bestaat geen verplichting om externe personen in dit proces te betrekken.<sup>18</sup>

#### 4.3 TRANSPARANTIE ACHTERAF: MOTIVERING, DE TOETSING DOOR DE RECHTER EN DE WEZENLIJKE WIJZIGING

Ook nadat de aanbestedende dienst de (voorlopige) gunningsbeslissing heeft genomen, speelt het transparantiebeginsel nog een rol. Dit is met name van belang als de rechtmatigheid van de opdrachtverlening wordt betwist. Zelfs nadat de overeenkomst is gesloten, kan het transparantiebeginsel van belang zijn, namelijk in het geval de gesloten overeenkomst wezenlijk wordt gewijzigd. Hierna wordt in het bijzonder ingegaan op de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst en de (on)mogelijkheden om de gesloten overeenkomst alsnog te wijzigen. Daarnaast wordt ingegaan op de (wijze van) toetsing door de rechter en de vraag wat de gevolgen zijn van een geslaagd beroep op het transparantiebeginsel.

---

<sup>16</sup> Vz. Rb. Utrecht 1 augustus 2012, LJN: BX3372.

<sup>17</sup> In de uitspraak wordt gewezen op een Amsterdamse uitspraak waarin in het kader van de beoordeling van de vraag of het in die zaak aan de orde zijnde gunningscriterium te onduidelijk was geformuleerd, werd meegewogen dat bij geen van de inschrijvers vooraf bekend was gemaakt welke personen in de beoordelingscommissie zaten en op welk terrein deze personen als deskundige konden worden aangemerkt, terwijl deze personen volledig vrij waren om een score toe te kennen (Vz. Rb. Amsterdam 18 augustus 2011, LJN: BR6264).

<sup>18</sup> De Vz. stelt voorop dat een aanbestedende dienst ook met gebruikmaking van haar eigen medewerkers en interne deskundigheid tot een deugdelijke beoordeling van de inschrijvingen moet kunnen komen. Er bestaat geen verplichting om externe personen in dit proces te betrekken. De Vz. stelt wel dat op zichzelf voorstelbaar is dat een inschrijver onder omstandigheden er belang bij heeft de namen te weten van diegenen die de beoordeling hebben uitgevoerd, maar dat in dit concrete geval de inschrijver (Stadsmobiel) dan 'eerder aan de bel had moeten trekken'. Alleen in geval Stadsmobiel zou beschikken over sterke aanwijzingen van willekeur of favoritisme zou in deze fase van de aanbestedingsprocedure nog geëist kunnen worden dat de namen van de beoordelaars en de individuele beoordelingen zouden worden vrijgegeven. Van dergelijke sterke aanwijzingen is in dit geval niet gebleken (Vz. Rb. Amsterdam 7 juni 2012, LJN: BW7787).



### 4.3.1 Motiveringsplicht

De motiveringsplicht van de aanbestedende dienst is nu nog wettelijk verankerd de Wet Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen Aanbesteden (Wira).<sup>19</sup> Ook deze wet zal vervallen met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012.<sup>20</sup> Op grond van de Aanbestedingswet 2012 moet de mededeling van de gunningsbeslissing aan iedere inschrijver de relevante redenen bevatten voor die beslissing. Onder relevante redenen wordt in ieder geval verstaan de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de winnende inschrijver.

In het eerdergenoemde arrest van 7 december 2012 gaat de Hoge Raad ook in op de motiveringsplicht van artikel 6 lid 1 Wira. Dit artikellid dient volgens de Hoge Raad zo te worden uitgelegd dat een latere aanvulling van de daarin bedoelde relevante redenen in beginsel niet mogelijk is. Een uitzondering kan echter gerechtvaardigd zijn in het geval van door de aanbestedende dienst aannemelijk te maken bijzondere redenen of omstandigheden. Artikel 6 lid 1 Wira verzet zich er niet tegen dat in de kennisgeving vermelde redenen door de aanbestedende dienst later nader worden toegelicht, maar deze mogelijkheid vindt haar begrenzing daar waar in feite sprake is van het aanvoeren van nieuwe redenen. Een van de overwegingen van de Hoge Raad is dat de uitleg dat in beginsel een gunningsbeslissing aanstonds volledig moet zijn gemotiveerd, beter strookt met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Deze beginselen verlangen immers dat door de motivering aan de overige inschrijvers voldoende inzicht wordt gegeven in de relevante redenen die aan de beslissing ten grondslag liggen om zich geïnformeerd te kunnen beraden op eventueel daartegen – in of buiten rechte – te ondernemen stappen.<sup>21</sup> In eerdere jurisprudentie van rechtbanken werd geoordeeld dat ook na de gunningsbeslissing – zelfs ter zitting – nog een aanvullende motivering kan worden gegeven.<sup>22</sup> Wel werd een motivering ter zitting onzorgvuldig geacht, hetgeen consequenties had voor de proceskostenveroordeling.<sup>23</sup> In 2013 zal blijken of het arrest van de Hoge Raad tot gevolg heeft dat vaker wordt geoordeeld dat een aanvullende motivering te laat is.

De motivering van de gunningsbeslissing gaat niet zover dat er gegevens openbaar gemaakt zouden moeten worden die de rechtmatige commerciële belangen van de inschrijvers kunnen schaden.<sup>24</sup>

---

19 Artikel 6 Wira.

20 Artikel 2.103 en 2.130 Aanbestedingswet 2012.

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

22 O.a. Vz. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3549, LJN: BX3550 en LJN: BX3551. Zie tevens Vz. Rb. Den Haag 11 mei 2012, LJN: BW6061.

23 Vz. Rb. Leeuwarden 5 juli 2012, LJN: BX2163.

24 Volgens de Vz. Rb. Almelo was het overleggen van een scoringstabel voldoende. In die tabel stond per (aspect van het) selectie criterium vermeld wat het aantal toegekende punten was en wat de eindscore was. De uitkomst van de beoordeling van het selectie criterium

Bij sommige aanbestedingsprocedures vindt er na de voorlopige gunning nog een verificatieprocedure plaats. In dat geval wordt de keuze van de winnende inschrijving in eerste instantie gebaseerd op een eigen verklaring. Na de voorlopige gunning worden bij de voorlopige winnaar nadere bewijsmiddelen opgevraagd om te verifiëren of daadwerkelijk wordt voldaan aan de in het bestek gestelde eisen. Indien gekozen wordt voor een dergelijke verificatieprocedure én voor een relatieve beoordelingssystematiek dan verdient het aanbeveling om in de aanbestedingsdocumentatie aandacht te besteden aan de gevolgen van een negatieve uitkomst van de verificatieprocedure. Bij een relatieve beoordelingssystematiek worden de inschrijvingen ten opzichte van elkaar beoordeeld. De vraag is dan of als de inschrijving van de voorlopige winnaar na de verificatie alsnog ongeldig wordt verklaard alle overige inschrijvingen opnieuw (relatief) moeten worden beoordeeld of niet. Het Hof Arnhem heeft geoordeeld dat uit de beginselen van het aanbestedingsrecht niet als regel voortvloeit dat een (na verificatie gebleken) ongeldige inschrijving geen rol mag spelen in de beoordeling van de resterende inschrijvingen. Bij gebreke van zo'n algemene regel geldt volgens het Hof dat als de gemeente in dergelijke situaties had willen kiezen voor herberekening van de scores van de overblijvende inschrijvers, zij dit in de offerte tot uitdrukking had moeten brengen. Bij de uitleg van de offerte dient het transparantiebeginsel immers in acht te worden genomen. Als een offerte geen regeling heeft voor herberekening van de scores van de na verificatie overblijvende inschrijvers is voor een herberekening geen ruimte. Dit klemt volgens het Hof temeer als de vraag wie er bij drie gegadigden als eerste, tweede of derde uit de bus komt, anders kan uitpakken dan bij twee gegadigden doordat de gemeente een gunningssystematiek hanteert waarbij de beste inschrijver op een bepaalde wens de maximale score van 10 punten ontvangt, de inschrijver die het slechtste scoort 1 punt ontvangt en de overige inschrijvers een score daartussen in. Als deze systematiek wordt toegepast op twee inschrijvers, leidt dat er toe dat een inschrijver uitsluitend de score 1 of 10 kan halen, ongeacht het verschil tussen beide inschrijvers.<sup>25</sup>

---

'referentieprojecten' was daarmee voldoende transparant. Verdere openbaarmaking van de gegevens kon van de gemeente niet worden verlangd, omdat deze gegevens volgens de voorzieningenrechter bedrijfsgevoelige informatie betreffen, waardoor openbaarmaking afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers (Vz. Rb. Almelo 4 juni 2012, LJN: BW7664 en LJN: BW7541).

25 Bij de uitleg van de offerte moet acht worden geslagen op de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van, in beginsel, alle aanbestedingsstukken. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld. De bedoelingen van de aanbestedende dienst zijn daarbij dus niet van belang, tenzij deze bedoelingen uit de aanbestedingsdocumenten en de toelichting kenbaar zijn. Hof Arnhem 9 oktober 2012, LJN: BX9806. Zie over deze 'rangordeparadox' ook T.H. Chen, 'Eerst offertes beoordelen en dan geschiktheid vaststellen? – een riskante vernieuwing', *TBR* 2012/199, waarin onder meer betoogd wordt dat het arrest van het Hof in strijd is met HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89 (Storebaelt).

Het transparantiebeginsel heeft tevens ten doel dat het besluit controleerbaar is. In een aanbesteding door het Kadaster was hier niet aan voldaan. Aan de hand van de toegekende punten in combinatie met de toelichting die het Kadaster heeft gegeven, kon niet worden gecontroleerd of de subgunningscriteria op een juiste wijze waren toegepast. Het Kadaster had ook niet toegelicht hoe de beoordelingscommissie tot de toekenning van de punten was gekomen, in het bijzonder met welke puntentoekenning de inschrijving van Fugro ten aanzien van de subgunningscriteria was gewaardeerd. De voorzieningenrechter oordeelt dat het Kadaster weliswaar een zekere beoordelingsvrijheid bij de puntentoekenning heeft, maar nu Fugro niet op de hoogte was of kon zijn van de wegingsfactoren ten aanzien van de subgunningscriteria en die wegingsfactoren, indien deze bij Fugro bij de voorbereiding van haar inschrijving bekend waren geweest, de voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, kan niet worden geoordeeld dat het Kadaster op objectieve en transparante wijze heeft gehandeld.<sup>26</sup>

Voorop staat dat voor aanbestedende diensten geldt dat zij een ruime vrijheid hebben bij de beoordeling van de inschrijvingen, maar dat als de beoordelingscriteria heel algemeen zijn geformuleerd, relatief hoge eisen mogen worden gesteld aan de kenbaarheid van de motivering van de beoordeling. In een aanbestedingsprocedure van de gemeente Bodegraven-Reeuwijk werd, volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag, in de aanbestedingsdocumentatie op geen enkele wijze toegelicht hoe de te vergeven punten zouden worden toegekend. Het lag daarom op de weg van de gemeente om voldoende duidelijk en inzichtelijk te motiveren waarom zij de ene inschrijver op een onderdeel meer punten heeft gegeven dan de andere inschrijver. De gemeente was daarin tekortgeschoten. Dit motiveringsgebrek raakt het gunningsvoornemen als zodanig, aangezien een andere waardering op deze onderdelen eenvoudig tot een andere uitkomst zou hebben kunnen leiden. Op grond van ter zitting verstrekte inlichtingen wordt aangenomen dat de gemeente niet in staat is het geconstateerde gebrek te herstellen door alsnog een toereikende motivering voor de voorgenomen beslissing te geven. De gemeente moet daarom haar gunningsvoornemen intrekken en tot herbeoordeling van de inschrijvingen overgaan. De vordering tot heraanbesteding wordt wel afgewezen, omdat niet geconcludeerd moet worden dat het niet mogelijk is om op basis van de aanbestedingsdocumentatie een rechtmatige aanbestedingsprocedure te voeren.<sup>27</sup>

Om de controleerbaarheid te waarborgen van de uitgevoerde beoordelingen dient inzichtelijk te worden gemaakt waarom een inschrijver per subgunningscriterium niet het maximum aantal te behalen punten toegekend heeft gekregen. Naast de verzending van een brief met motivering, kan in aanvulling daarop, ter bevordering van de transparantie, ook een nabespreking plaatsvin-

---

26 Vz. Rb. Zutphen 1 maart 2012, LJN: BW5058.

27 Vz. Rb. Den Haag 17 februari 2012, LJN: BV8342.

den waarbij bijvoorbeeld de door de respectieve beoordelaars gegeven puntenwaardering worden besproken met de inschrijver, zulks teneinde inzichtelijk te maken hoe de uiteindelijke waardering van de criteria is verlopen. Er rust geen aanbestedingsrechtelijke verplichting om afschriften van documenten met interne beoordelingsresultaten te verstrekken.<sup>28</sup>

#### 4.3.2 Toetsing door de rechter

Binnen de kenbaar gemaakte (sub)gunningscriteria heeft de aanbestedende dienst een zekere mate van beoordelingsvrijheid. Dit heeft tot gevolg dat het 'behoudens in geval van grove fouten en andere evidente misslagen niet aan de voorzieningenrechter is te treden in de beoordeling die het beoordelings-team van de provincie gegeven heeft aan de inschrijvingen'.<sup>29</sup>

In het kader van een private aanbesteding betoogde het kerkgenootschap dat de private aanbesteding organiseerde dat het haar vrij stond om het werk aan een ander te gunnen omdat er geen gunningscriterium van toepassing was. De voorzieningenrechter oordeelt dat het ontbreken van gunningscriteria niet met zich brengt dat het de aanbesteder geheel vrij staat te bepalen aan wie zij het werk wil opdragen. Als uitgangspunt geldt dat aanbestedende partijen een grote mate van vrijheid hebben bij het kiezen van de gunningscriteria, maar dat het transparantiebeginsel tegelijkertijd noopt tot een bekendmaking vooraf van de gunningscriteria, zodat toetsing van de procedure op objectieve naleving van de criteria mogelijk is.<sup>30</sup>

Enige mate van subjectiviteit is inherent aan de beoordeling van kwalitatieve criteria. Dit behoeft nog niet met zich te brengen dat sprake is van strijd met het transparantiebeginsel. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld, en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Voor het overige komt de

---

28 Vz. Rb. Den Haag 13 februari 2012, LJN: BV7746

29 Vz. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3549, LJN: BX3550 en LJN: BX3551. Dat een aanbestedende dienst beoordelingsvrijheid heeft met inachtneming van het transparantiebeginsel volgt ook uit jurisprudentie van het Hof van Justitie (HvJ EU 24 april 2012, T-554/08). De Vz. Rb. Groningen stelt dat uitgangspunt is dat aanbesteders bij hantering van het gunningscriterium de economisch meest gunstige aanbieding een ruime beoordelingsmarge hebben bij de vergelijking van ingediende offertes, mits deze beoordeling is gebaseerd op objectieve en transparante criteria, die expliciet en uitputtend in de aankondiging of het bestek dienen te worden vermeld (Vz. Rb. Groningen 1 februari 2012, LJN: BV3104).

30 Vz. Rb. Leeuwarden 3 oktober 2012, LJN: BX9015.

rechter slechts een beperkte toetsingsvrijheid toe wanneer het aankomt op de beoordeling van kwaliteitscriteria. Aan de aangewezen – deskundige – beoordelaars moet dienaangaande de nodige vrijheid worden gegund. Van de rechter kan niet worden verlangd dat hij specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht. Slechts indien sprake is van – procedurele dan wel inhoudelijke – onjuistheden, dan wel onduidelijkheden die zouden kunnen meebrengen dat de (voorlopige) gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door de rechter.<sup>31</sup>

Als de aanbestedende dienst niet in redelijkheid tot de toekenning van een bepaalde puntenscore van een inschrijver heeft kunnen komen, kan er (ondanks dat een aanbestedende dienst een zekere mate van beoordelingsvrijheid heeft) aanleiding voor de voorzieningenrechter bestaan om in te grijpen. De voorzieningenrechter dient marginaal te toetsen of de door de aanbestedende dienst toegekende scores binnen haar beoordelingsvrijheid vallen en of de aanbestedingsprocedure op een correcte wijze is uitgevoerd. De voorzieningenrechter mag niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten, maar beoordeelt slechts of het resultaat van de beoordeling (de puntenscore plus motivering) van de inschrijving zijn grondslag vindt in de aanbestedingsstukken.<sup>32</sup>

In het kader van een terughoudende toets is van belang dat een gemeente het beoordelingsproces ten aanzien van objectiviteit en zorgvuldigheid voldoende heeft gewaarborgd, in casu door voor de beoordeling van de selectiecriteria gebruik te maken van een zevenhoofdige werkgroep die grotendeels bestaat uit externe leden (vijf vertegenwoordigers van de gebruikers van de nieuwbouw, de bouwkundig projectleider van de gemeente, de inkoopcoördinator van de gemeente en een extern bouwkundig adviseur). Bovendien was de beoordeling gebaseerd op een onderlinge vergelijking van de inschrijvingen. Dat staat er aan in de weg dat de voorzieningenrechter de beoordeling van de aanbestedende dienst overdoet.<sup>33</sup>

De grote mate van (beleids)vrijheid van de aanbestedende dienst heeft zowel betrekking op de inrichting van een aanbestedingsprocedure als het bepalen van de beoordelingssystematiek, mits daarbij de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht – waaronder het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel – in acht worden genomen.<sup>34</sup>

Terughoudendheid bij de rechter wanneer hij de aanbestedingsstukken moet uitleggen past niet (goed) nu het transparantiebeginsel ertoe verplicht dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke,

---

31 Vz. Rb. Den Haag 19 juni 2012, LJN: BW9894. De Vz. oordeelt dat aan de derde voorwaarde niet is voldaan.

32 Vz. Rb. Amsterdam 7 juni 2012, LJN: BW7787.

33 Vz. Rb. Almelo 4 juni 2012, LJN: BW7664 en LJN: BW7541.

34 Vz. Rb. Den Haag 16 oktober 2012, LJN: BY5239.

precieze en ondubbelzinnige wijze. De waarde die het Hof van Justitie aan het transparantiebeginsel hecht, verdraagt zich niet met een bescheiden rol voor de rechter in (Europese) aanbestedingsgeschillen. In een geval waarin de vraag of een inschrijver voldoet aan een eis een binair karakter (in die zin dat deze vraag slechts met ja of nee kan worden beantwoord) heeft, past die terughoudendheid in ieder geval minder dan in een geval waarin de rechter moet beoordelen of de aanbestedende dienst bij de toepassing van een gunningscriterium als economisch meest voordelige inschrijving, de juiste scores aan de verschillende inschrijvingen heeft toegekend.<sup>35</sup>

Ten slotte kan een besluit tot intrekking van een aanbestedingsprocedure gerechtvaardigd zijn, omdat het transparantiebeginsel dient ter controle op de naleving van het beginsel van gelijke behandeling, en dit beginsel prevaleert boven de precontractuele goede trouw en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>36</sup>

#### 4.3.3 Ambtshalve aanvulling rechtsgronden

Als partijen geen (expliciet) beroep doen op het transparantiebeginsel wordt niet buiten het geschil getreden als de voorzieningenrechter de rechtsgronden aanvult.<sup>37</sup> Volgens het Hof Leeuwarden was geen sprake van schending van artikel 24 Rv. Op grond van artikel 25 Rv en het Europese arrest Wall<sup>38</sup> bestaat juist een verplichting om de bestekbepaling die het onderwerp vormde van het debat van partijen te toetsen aan het transparantiebeginsel.

#### 4.3.4 Wezenlijke wijziging

In 2012 is in meerdere uitspraken de vraag aan de orde geweest of zich na de gunning van de opdracht wezenlijke wijzigingen hebben voorgedaan die maken dat er in aanbestedingsrechtelijke zin een nieuwe opdracht is ontstaan die Europees aanbesteed moet worden. In onder meer de arresten Wall en

---

35 Hof Arnhem 30 oktober 2012, LJN: BY2248.

36 Vz. Rb. Leeuwarden 5 juli 2012, LJN: BX2163.

37 Het Hof constateert dat de Vz., toen zij geconfronteerd werd met een bestekbepaling die in strijd was met het recht en waarvan de aanbestedende dienst Larcom zelf had aangegeven dat die anders gelezen moest worden dan wat er letterlijk stond, heeft geoordeeld dat Larcom het transparantiebeginsel had geschonden (Hof Leeuwarden 20 november 2012, LJN: BY3635).

38 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall A.G. / Stadt Frankfurt am Rhein), LJN: BM1484, NJ 2010/367. Zie tevens D.C. Orobio de Castro en B.J.H. Blaisse-Verkooyen, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht (2010-1)', TBR 2011/180.

Pressetext<sup>39</sup> is als uitgangspunt geformuleerd dat het wijzigen van bepalingen van de overeenkomst tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht kan zijn wanneer de wijzigingen kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst. Het wezenlijk wijzigen van de opdracht na afloop van de aanbestedingsprocedure is in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel, omdat dit invloed zou kunnen hebben op de kring van gegadigden (potentiële inschrijvers).<sup>40</sup> Van een wezenlijke wijziging is sprake als: (1) een aanbesteder voorwaarden invoert, die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot (a) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten of (b) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen; (2) een aanbesteder de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen; of (3) een aanbesteder het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.<sup>41</sup> Ook bij een private aanbesteding worden de Pressetext-criteria analoog toegepast.<sup>42</sup>

---

39 HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (Wall AG) en HvJ EU 19 juni 2008, zaak C-454/06 (Pressetext). Zie tevens: J.M. Hebly, 'Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht', *TBR* 2008/157 en J.G.J. Janssen en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht (2010-1)', *TBR* 2010/126.

40 Vz. Rb. Amsterdam 1 juni 2012, LJN: BX3758. De Vz. overwoog dat het wezenlijk wijzigen van de opdracht na afloop van de aanbestedingsprocedure in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel is, omdat dit invloed zou kunnen hebben op de kring van gegadigden (potentiële inschrijvers). Er is geen sprake van een wezenlijke wijziging als er geen nieuwe voorwaarden worden gesteld, de oorspronkelijke werkzaamheden niet worden uitgebreid en de aanneemsom niet is gewijzigd. In dit geval schreef het bestek niet voor met welke methode de geforceerde consolidatie moest plaatsvinden. Hieruit leidt de Vz. af dat de keuze met welke methode zal worden gewerkt aan de inschrijver is overgelaten. Dat achteraf wordt gekozen voor een andere methode kan dan ook niet worden aangemerkt als het achteraf wijzigen van een selectie criterium. Ook het wisselen van onderaannemer is geen wezenlijke wijziging, omdat niet is gebleken dat de keuze voor een specifieke onderaannemer beslissend zou zijn voor gunning.

41 Vz. Rb. Amsterdam 21 september 2012, LJN: BX9050. In deze procedure was de ingangsdatum verplaatst. Bij de uitleg van de reikwijdte van de planning neemt de Vz. als uitgangspunt of een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de uitleg van de gemeente Amsterdam dat sprake is van een indicatieve planning kon verwachten. De Vz. constateert eerst dat geen sprake is van een wijziging waarin de aanbestedingsdocumentatie voorziet. De Vz. gaat vervolgens de overige criteria langs en concludeert dat het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld, indien de opdrachtnemer de mogelijkheid krijgt om vóór 1 januari 2013 uitvoering te geven aan de nieuwe overeenkomst.

42 Rb. Den Haag 3 oktober 2012, LJN: BY0155. De rechtbank oordeelt dat een 70%-voorverkoop voorwaarde een niet-toelaatbare wezenlijke wijziging oplevert.

Ook als een alternatieve wijze van uitvoering besteksconform is, kan er wel degelijk sprake zijn van een benadeling van de andere inschrijvers en wordt inbreuk op het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel gemaakt als het de winnende inschrijver wordt toegestaan het werk uit te voeren op een andere (en minder kostbare) wijze dan die waarmee hij had ingeschreven. Het uitgangspunt dat de gunning berust op een objectieve vergelijking van de verschillende inschrijvingen, wordt geweld aangedaan als het de winnende inschrijver wordt toegestaan na gunning te kiezen voor een andere wijze van uitvoering dan die waarmee hij heeft ingeschreven, welke andere wijze van uitvoering niet in de vergelijking van de verschillende inschrijvingen is betrokken of, indien zij daarin wel is betrokken, juist niet tot gunning aan de winnende inschrijver heeft geleid, in het geval dat deze ook met een op die andere werkwijze berustende variant heeft ingeschreven.<sup>43</sup>

Het transparantiebeginsel wordt niet geschonden door verlenging van een contractuele vervaltermijn. Het transparantiebeginsel gaat niet zover dat het zou verhinderen dat een aanbestedende dienst deze termijn verlengt. Wel vereist het gelijkheidsbeginsel in een dergelijk geval dat de verlenging geldt voor alle gepasseerde inschrijvers, zodat ook op procedureel vlak de gelijkheid tussen inschrijvers wordt gehandhaafd.<sup>44</sup>

In een uitspraak wordt niet alleen verwezen naar het Preettext-arrest, maar ook al naar de (toekomstige) codificatie daarvan in artikel 72 van de richtlijn 2011/0438 (COD)<sup>45</sup> van 20 december 2011.<sup>46</sup>

#### 4.3.5 Waar leidt een geslaagd beroep op het transparantiebeginsel toe?

In de door mij onderzochte uitspraken uit 2012 slaagde een groot aantal beroepen op het transparantiebeginsel niet. Ook werd een aantal eisers niet-ontvankelijk verklaard, omdat (onder verwijzing naar het Grossmann-arrest) de schending van het transparantiebeginsel te laat werd aangevoerd. Interes-

---

43 Aldus de AG in zijn conclusie bij HR 6 april 2012, LJN: BV6696. De HR verwerpt het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO. In dit geval was de vraag aan de orde of het gebruik van een ander damwandtype (AZ 12-770 in plaats van AZ 13) een besteksconforme oplossing zou zijn en of het toelaten van een dergelijk alternatief type product zou leiden tot een ongeoorloofde substantiële wijziging van de opdracht.

44 Hof Arnhem 30 oktober 2012, LJN: BY2248.

45 Voorstel voor een richtlijn 2011/0438 (COD) van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten (COM(2011) 896 definitief). Zie over dit voorstel tevens: B.J.H. Blaisse-Verkooyen en D.C. Orobio de Castro, 'Voorstellen van de Europese Commissie voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 1)', *TBR* 2012/44.

46 Uitgangspunt is volgens de Vz. dat op grond van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie de winnende inschrijver niet mag worden vervangen door een andere inschrijver zonder de opdracht opnieuw voor concurrentie open te stellen, tenzij deze mogelijkheid vooraf is ingebouwd in de aanbestedingsdocumenten en dat was hier niet het geval (Vz. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1636 en BV1638).



sant is om te bezien wat de gevolgen zijn als wel wordt geconstateerd dat sprake is van schending van het transparantiebeginsel. In de uitspraak met het 'schoolvoorbeeld van een gebrek aan transparantie en duidelijkheid' verbood de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Bosch de aanbestedende dienst om de opdracht te gunnen op basis van de gevolgde aanbestedingsprocedure en gebod de aanbestedende dienst, voor zover deze de opdracht alsnog zou wensen te gunnen, om de opdracht (met inachtneming van het vonnis) opnieuw aan te besteden.<sup>47</sup>

Een bevel tot gunning aan een specifieke inschrijver (de eiser in het geding) wordt zelden toegewezen. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden overwoog in een procedure dat dit in strijd zou zijn met het aan het Nederlandse verbintenissenrecht ten grondslag liggende beginsel van contractsvrijheid.<sup>48</sup> Als er echter geen twijfel over mogelijk is dat de opdracht gegund had moeten worden aan de inschrijver die als tweede is geëindigd dan kan een vordering tot gunning onder omstandigheden worden toegewezen.<sup>49</sup>

Als een schending van het transparantiebeginsel heraanbesteding noodzakelijk maakt, kunnen slechts bijzondere belangen tot een ander oordeel leiden.<sup>50</sup> In aanvulling op een vordering tot heraanbesteding kan ook nog een dwangsom worden opgelegd. Dit wordt echter vaak achterwege gelaten gelet op de

---

47 Vz. Rb. Den Bosch 10 juli 2012, LJN: BX2394. Ook in andere procedures werd een vordering tot heraanbesteding toegewezen. O.a. Vz. Rb. Haarlem 14 juni 2012, LJN: BX0160, Vz. Rb. Zwolle 27 juni 2012, LJN: BW9819, Vz. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760 en Vz. Rb. Amsterdam 18 augustus 2011, LJN: BR6264.

48 Vz. Rb. Leeuwarden 3 oktober 2012, LJN: BX9015. Vgl. Vz. Rb. Den Haag 25 juli 2012, LJN: BX3356.

49 Vgl. Vz. Rb. Den Haag 13 november 2012, LJN: BY5065 en Vz. Rb. Arnhem 3 februari 2012, LJN: BV6312. In Vz. Rb. Zwolle 12 november 2012, LJN: BY3162 werd de aanbestedende dienst verboden om de opdracht aan een ander te gunnen dan de eiser. Ook het Hof Arnhem (Hof Arnhem 9 oktober 2012, LJN: BX9806) oordeelde in een procedure dat een vordering om de aanbestedende dienst te gebieden de opdracht aan een andere inschrijver te gunnen niet kon worden toegewezen omdat de te nemen gunningsbeslissing afhankelijk was van een nog te voeren verificatiebespreking met die inschrijver. De aanbestedende dienst werd wel verboden uitvoering te geven aan het voornemen tot gunning van de opdracht.

50 Vz. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760 en Vz. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1636 en BV1638. In die laatste uitspraak oordeelt de Vz. dat waar de Vz. oordeelt dat de aanbestedende dienst in strijd met het aanbestedingsrecht dreigt te handelen, respectievelijk handelt er in beginsel geen plaats is voor een belangenafweging, omdat een dergelijke belangenafweging ten koste gaat van een effectieve rechtsbescherming van de klagende inschrijver(s). Dit zou uitzondering kunnen lijden in het geval van bijzondere belangen. Het gestelde belang bij snelle afhandeling in verband met de oplopende kosten acht de voorzieningenrechter niet een bijzonder belang. Het belang van de veiligheid van de Nederlandse politiefunctaris zou onder omstandigheden een bijzonder belang kunnen zijn, maar meegedeeld was dat de veiligheid en operationele inzetbaarheid van de pistolen vooralsnog gegarandeerd is.

positie van de aanbestedende dienst die als overheidsinstantie geacht wordt rechterlijke oordelen volledig en onvoorwaardelijk na te leven.<sup>51</sup>

Een volledige heraanbesteding is niet altijd noodzakelijk. Relevant hierbij is de vraag in hoeverre het geconstateerde gebrek hersteld kan worden in de lopende procedure.<sup>52</sup> Een herbeoordeling van alle ingediende inschrijvingen kan onder omstandigheden afdoende zijn.<sup>53</sup> De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag oordeelde in een dergelijk geval wel dat die herbeoordeling niet mocht plaatsvinden door dezelfde beoordelingscommissie.<sup>54</sup> In de procedure waar een te beperkte eis was gesteld gebood de voorzieningenrechter de aanbestedende dienst om de uitgesloten offerte alsnog in behandeling te nemen zonder dat ten aanzien van die inschrijver de te beperkte geachte voorwaarde gold.<sup>55</sup> Ook een verbod om bepaalde stukken bij de beoordeling te betrekken is mogelijk,<sup>56</sup> evenals een verbod tot gunning totdat een inschrijver de mogelijkheid heeft gehad tot aanvulling van zijn inschrijving.<sup>57</sup> Bij een 'tijdelijke' schending van het transparantiebeginsel die inmiddels door de aanbestedende dienst was hersteld door alsnog de noodzakelijk informatie te verstrekken aan de inschrijvers, besloot de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam alle vorderingen af te wijzen.<sup>58</sup>

Het feit dat de aanbesteding niet goed verlopen is, kan in plaats van door heraanbesteding ook door een schadevergoeding ongedaan worden gemaakt. Die schadevergoeding moet een redelijke vergoeding betreffen voor de gemiste

---

51 Vgl. Vz. Rb. Maastricht 27 februari 2012, LJN: BV7037 en Vz. Rb. Zutphen 1 maart 2012, LJN: BW5058.

52 Vgl. Vz. Rb. Den Haag 14 augustus 2012, LJN: BX7535, waarin geconcludeerd werd dat er gegronde reden bestond om te twijfelen aan de geldigheid van de inschrijving die leidde tot de voorlopige gunningsbeslissing. Nader onderzoek hiernaar was nodig. De Vz. gebiedt de aanbestedende dienst om binnen 48 uur de voorlopige gunningsbeslissing in te trekken.

53 O.a. Vz. Rb. Den Haag 17 februari 2012, LJN: BV8342.

54 De Vz. voegt daar nog aan toe dat een nieuwe commissie zal moeten worden geformeerd. De leden daarvan dienen dezelfde achtergrond c.q. inhoudelijke kennis van de onderhavige materie te hebben als de 'oude' beoordelingscommissie. In beginsel is het aan de aanbestedende dienst om die commissie samen te stellen. De Vz. geeft echter aan dat de commissie – voor zover mogelijk – dient te bestaan uit personen die betrokken zijn geweest bij de gunning c.q. verstrekking van eenzelfde c.q. vergelijkbare opdracht in een andere regio/gemeente binnen de provincie Zuid-Holland (Vz. Rb. Den Haag 19 juni 2012, LJN: BW9894).

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

56 De Vz. Rb. Den Haag concludeerde dat op grond van het transparantiebeginsel een brief van de aanbestedende dienst en de reacties daarop buiten beschouwing moesten blijven. De voorlopige gunningsbeslissing moest uitsluitend worden gebaseerd op de oorspronkelijk ingediende inschrijvingen. Niet in geschil was wie dan als winnaar uit de bus zou komen. Omdat de aanbestedende dienst voornemens was de opdracht ook definitief aan die partij te gunnen, werden alle vorderingen afgewezen (Vz. Rb. Den Haag 13 september 2012, LJN: BX7357). Zie ook Vz. Rb. Den Haag 27 maart 2012, LJN: BW0018, waarin het introduceren van een alternatieve gunningssystematiek kort voor de sluiting van de inschrijftermijn een verbod op gebruikmaking van die alternatieve gunningssystematiek tot gevolg had.

57 Vz. Rb. Utrecht 7 september 2012, LJN: BX6236.

58 Vz. Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN: BV3091.

kans om de opdracht te verwerven. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam achtte een verbod de voorgenomen overeenkomsten te sluiten op zijn plaats, tenzij een voorschot werd betaald op de te verwachten schadevergoeding.<sup>59</sup> In een andere bodemprocedure werd een verklaring voor recht gegeven dat niet conform de aanbestedingsregels was gehandeld en dat de gemeente aansprakelijk was voor de door die inschrijver geleden schade als gevolg van de onjuiste gunningsbeslissing.<sup>60</sup>

Ten slotte de gevolgen van een ontoelaatbare wezenlijke wijziging van een reeds gesloten overeenkomst; als de voorzieningenrechter constateerde dat sprake was van een wezenlijke wijziging dan leidde dit telkens tot de conclusie dat de er een nieuwe overheidsopdracht was ontstaan die op grond van het aanbestedingsrecht opnieuw moet worden aanbesteed.<sup>61</sup>

#### 4.4 AFSLUITING

Jurisprudentie over het transparantiebeginsel is casuïstisch en met name afkomstig van kort gedingrechters. Deze jurisprudentie kleurt 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 2012<sup>62</sup> en het Noord-Hollandse koffiearrest van het Hof van Justitie.<sup>63</sup> Hierna zal ik proberen enkele algemene lijnen te schetsen zoals deze volgen uit de uitspraken uit 2012. In de afsluiting bij het eerste deel is al ingegaan op de transparantievereisten die 'vooraf' in acht moet worden genomen. Hierna wordt ingegaan op de transparantievereisten tijdens en na de aanbestedingsprocedure.

---

59 Vz. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, LJN: BX1677. De Vz. begroot het voorschot als volgt: 'Bij de gestelde personeelskosten van de portefeuille van Rochdale (€70.000) kan een jaarlijkse winst voor [X] worden geschat van €10.000. De opdracht zou worden verworven voor (bij de te verwachten verlengingen) drie jaar en zou dan ongeveer een drie keer zo grote omvang hebben.  $3 \times 3 \times 10.000 = 90.000$ . Rochdale heeft op die opdracht een kans van 1/3, nu er van de 9 inschrijvers 3 overblijven, aan wie een opdracht wordt gegund, zodat het berekende bedrag weer moet worden gedeeld door 3 om de waarde van de gemiste kans te verkrijgen. Het voorschot op de te vergoeden schade komt daarmee op €30.000. De partij die meent dat dit voorschot te hoog of te laag is in verhouding tot de werkelijk geleden schade door de gemiste kans, zal zich tot de rechter moeten wenden in een bodemprocedure, teneinde een aanvullende schadevergoeding te vorderen, dan wel het te veel betaalde terug te vorderen. Hiertoe zal echter geen verplichting in het dictum worden opgenomen.'

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

61 Vgl. Vz. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1636 en BV1638 en Vz. Rb. Amsterdam 21 september 2012, LJN: BX9050.

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

63 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.

Door bij de beoordeling nieuwe (sub)gunningscriteria te introduceren, in de aanbestedingsstukken genoemde (sub)gunningscriteria te wijzigen of niet vooraf bekendgemaakte wegingsfactoren te hanteren wordt in strijd gehandeld met het transparantiebeginsel. Het duiden en waarderen van concrete verschillen tussen inschrijvingen heeft niet automatisch het introduceren van nieuwe gunningscriteria tot gevolg. Hiervan is slechts sprake als een inschrijver een bepaalde (concrete) toepassing van de gunningscriteria niet behoefde te verwachten en die (concrete) toepassing van de gunningscriteria – als zij vooraf bekend was geweest – ook tot andere aanbiedingen had geleid. Algemeen uitgangspunt is dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen. Een uitzondering wordt gemaakt voor het verbeteren of aanvullen van inschrijvingen als deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Ook bij een verzoek van een aanbestedende dienst om een dergelijke nadere toelichting moeten alle inschrijvers gelijk worden behandeld. De mogelijkheid om aanvullende informatie te vragen aan een inschrijver, kan onder omstandigheden ook verplicht zijn, bijvoorbeeld als sprake is van een onduidelijkheid in de aanbestedingsdocumentatie. Voor het beoordelen van de inschrijvingen wordt vaak gebruik gemaakt van beoordelingscommissies, maar er bestaat geen verplichting om externe personen bij het beoordelingsproces te betrekken. De samenstelling van een technische beoordelingscommissie hoeft niet van tevoren bekend te zijn. Een opdracht moet schriftelijk tot stand komen.

In de Wira is de motiveringsplicht van de gunningsbeslissing wettelijk verankerd. Een latere aanvulling van de relevante redenen van de beslissing is volgens de Hoge Raad in beginsel niet mogelijk. Een nadere toelichting is mogelijk, maar het aanvoeren van nieuwe redenen niet. In 2013 zal blijken of het arrest van de Hoge Raad tot gevolg heeft dat vaker wordt geoordeeld dat een aanvullende motivering te laat is gegeven. Er bestaat geen verplichting om informatie beschikbaar te stellen die de commerciële belangen van de inschrijvers zou kunnen schaden. Aanbestedende diensten hebben een grote mate van vrijheid bij het kiezen van de gunningscriteria, de inrichting van een aanbestedingsprocedure, het bepalen van de beoordelingssystematiek en het beoordelen van deze criteria. De voorzieningenrechter toetst terughoudend: behoudens in geval van grove fouten en andere evidente misslagen is het niet aan de voorzieningenrechter om te treden in de beoordeling die het beoordelingsteam van de provincie gegeven heeft aan de inschrijvingen. Bij deze terughoudende toets is van belang of een gemeente het beoordelingsproces ten aanzien van objectiviteit en zorgvuldigheid voldoende heeft gewaarborgd, bijvoorbeeld door een (externe) (deskundige) beoordelingscommissie. Deze terughoudendheid past echter niet als de aanbestedingsstukken moeten worden uitgelegd. Bij het beoordelen of de eisen zijn geformuleerd op een duidelijke,

precieze en ondubbelzinnige wijze past terughoudendheid niet. Als partijen geen (expliciet) beroep doen op het transparantiebeginsel wordt niet buiten het geschil getreden als de voorzieningenrechter de rechtsgronden aanvult.

In 2012 is in meerdere uitspraken de vraag aan de orde geweest of zich na de gunning van de opdracht wezenlijke wijzigingen hebben voorgedaan die maken dat er in aanbestedingsrechtelijke zin een nieuwe opdracht is ontstaan die Europees aanbesteed moet worden. Van een wezenlijke wijziging is sprake als: (1) een aanbesteder voorwaarden invoert, die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot (a) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten of (b) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen; (2) een aanbesteder de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen; of (3) een aanbesteder het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld. Zo kan een alternatieve wijze van uitvoering, ook als deze besteksconform is, een wezenlijke wijziging vormen. Naast de Europese arresten Wall en Preettext speelt ook de (toekomstige) codificatie daarvan in artikel 72 van de richtlijn 2011/0438 (COD) een rol.

Ten slotte de consequenties van een schending van het transparantiebeginsel. In 2012 is een aantal vorderingen tot heraanbesteding toegewezen. Een bevel tot gunning wordt minder snel toegewezen, tenzij duidelijk is aan wie de opdracht gegund moet worden. In plaats van een heraanbesteding kan soms een herbeoordeling van de ingediende inschrijvingen afdoende zijn. Ook vervangende schadevergoeding behoort tot de mogelijkheden.