



## Hoge Raad, 7 december 2012. Staat der Nederlanden tegen KPN

Zaak LJN BW9233. Aanbestedende diensten zijn, op basis van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, verplicht om uitsluitingsgronden ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsdocumentatie te vermelden. De gunningsbeslissing moet volledig gemotiveerd zijn, zodat voldoende inzicht wordt gegeven in de redenen voor de beslissing. Deze beslissing mag niet later worden aangevuld met nieuwe redenen.

### Feiten

In deze zaak werd de vraag gesteld of de Nederlandse Staat KPN als inschrijver op een aanbesteding heeft mogen uitsluiten. Na voornemen tot gunning is namelijk gebleken dat KPN een overtreding van de OPTA-regelgeving heeft gepleegd.

### Niet voldoen aan eis

Volgens de Staat voldoet KPN met de overtreding niet aan de in het document opgenomen eis dat zij de plicht heeft te voldoen aan de vigerende regelgeving. KPN betoogt dat deze regel later is opgenomen en niet in de limitatief opgesomde uitsluitingsgronden van het beschrijvend document stonden.

KPN vordert hierop in kort geding de opdracht alsnog aan KPN te gunnen en de voorlopige gunningsbeslissing aan Tele2 in te trekken. De rechtbank wees gedeeltelijk de vorderingen toe. Het Hof heeft de vorderingen geheel toegewezen. Hierop ging de Staat in cassatie.

### Uitsluitingsgronden

De Hoge Raad oordeelde dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet discriminerende wijze dienen te behandelen en transparantie in hun handelen moeten betrachten (art. 2 Richtlijn 2004/18). Gelet op het belang van het transparantiebeginsel voor aanbestedingsprocedures, moet worden aangenomen dat op aanbestedende diensten de plicht rust om de gunningscriteria te vermelden in de aanbestedingsdocumenten.

### Gunningscriteria vermelden in aanbestedingsdocumenten

Deze plicht geldt ook voor de uitsluitingsgronden. Een andere opvatting zou immers leiden tot willekeurige toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden. De gelijke behandeling van de inschrijvers kan hiermee in gevaar worden gebracht. Uitsluitingsgronden moeten dus ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsdocumentatie worden vermeld.

### Volledige motivering

De wetgever heeft bewust gekozen om in art. 6 Wira (art. 2.130 Aanbestedingswet) een verdergaande motiveringsplicht op te nemen dan waartoe de Rechtsbeschermingsrichtlijnen verplichten. Als een motivering later wordt aangevuld, gaat de opschortingstermijn van de gunningsbeslissing opnieuw lopen ten aanzien van deze nieuwe redenen. Een latere aanvulling van de motivering leidt tot rechtsonzekerheid en onwenselijke complicaties.



### **Gelijke behandeling en transparantie**

Daarnaast strookt een volledige motivering van de gunningsbeslissing beter met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Deze beginselen verlangen dat de motivering voldoende inzicht geeft in de redenen voor de beslissing aan de andere inschrijvers.

Een uitzondering hierop is mogelijk wanneer de aanbestedende dienst dit aannemelijk kan maken met bijzondere redenen of omstandigheden.