CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 10 maart 2016 [1] [i]

Zaak C-6/15

TNS Dimarso NV
tegen
Vlaams Gewest

[verzoek van de Raad van State (België) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing — Richtlijn 2004/18/EG — Artikel 53 — Gunningscriteria — Inschrijvers — Gelijke behandeling — Economisch meest voordelige inschrijving — Beoordeling van de offertes — In”

I – leiding

1. Met deze prejudiciële verwijzing wenst de Raad van State (België) in wezen te vernemen of artikel 53, lid 2, van 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 [2], gelezen in het licht van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, vereist dat een aanbestedende dienst er steeds, dan wel in bepaalde omstandigheden, toe gehouden is om de bij de beoordeling van de offertes van de inschrijvers gehanteerde beoordelingsmethodiek of afwegingsregels vooraf bekend te maken in de aankondiging of in het bestek.

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen TNS Dimarso NV (hierna: „Dimarso”) en het Vlaamse Gewest (Agentschap Wonen-Vlaanderen; hierna: „Agentschap Wonen”) over de rechtmatigheid van de methode die is gebruikt bij de beoordeling van de offertes van inschrijvers in het kader van een door het Agentschap Wonen uitgeschreven overheidsopdracht voor diensten.

3. Samengevat blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat het Agentschap Wonen middels een offerteaanvraag, gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 31 januari 2012, een opdracht voor het verrichten van diensten heeft uitgeschreven met als doel de uitvoering van een grootschalige survey naar de woning en de woonconsument in Vlaanderen. Het geschatte bedrag voor deze opdracht was 1 400 000 EUR, belasting over de toegevoegde waarde (btw) inbegrepen.

4. Het bestek van deze opdracht vermeldde de volgende twee gunningscriteria:

„1 Kwaliteit van de offerte (50/100)

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 134, blz. 114. Richtlijn, zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1251/2011 van de Commissie van 30 november 2011 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG, 2004/18/EG en 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft hun toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten (PB L 319, blz. 43; hierna: „richtlijn 2004/18”).

De kwaliteit van de voorbereiding, organisatie en uitvoering van het veldwerk, de codering en de eerste gegevensverwerking. De aangeboden prestaties moeten zo gedetailleerd mogelijk omschreven worden. Uit de offerte moet duidelijk blijken dat de opdrachtnemer in staat is om de integrale opdracht (minimaal 7 000 steekproefeenheden/maximaal 10 000 steekproefeenheden) uit te voeren binnen de voorziene uitvoeringstermijn van 12 maanden.

2 Prijs (50/100)

De kostprijs voor de uitvoering van de opdracht inzake de basissteekproef (7 000 steekproefeenheden) en de kostprijs per schijf van 500 extra ter beschikking gestelde adressen (bedragen inclusief btw).”

5. Vier inschrijvers hebben offertes ingediend, die volgens het verslag van de beoordelingscommissie inzake de kwalitatieve selectie voldeden aan de gestelde minimale vereisten inzake technische bekwaamheid. De wijze van beoordeling van de offertes werd in het gunningsverslag van 23 maart 2012 van de beoordelingscommissie als volgt toegelicht:

„Vervolgens ging de commissie over tot de beoordeling van de offertes.

De 4 offertes werden geëvalueerd en met elkaar vergeleken op basis van de hierboven genoemde criteria. In eerste instantie werden de offertes besproken en beoordeeld aan de hand van het criterium ‚kwaliteit'. Elke offerte kreeg hierbij unaniem een welbepaalde score (hoog – voldoende – laag). In tweede instantie volgde het criterium prijs.

Op basis van deze scores werd een definitieve eindrangschikking opgemaakt.”

6. Uit het gunningsrapport blijkt dat wat het eerste criterium betreft, te weten de kwaliteit van de offertes, Dimarso en twee andere inschrijvers de score „hoog” hebben behaald en de vierde inschrijver de score „laag”. Wat het tweede criterium betreft, te weten de prijs, heeft Dimarso de duurste offerte ingediend, en de vierde inschrijver de goedkoopste offerte.

7. Op 11 april 2012 is de opdracht ten slotte gegund aan een van de inschrijvers die de score „hoog” had behaald en wiens offerte qua prijs lager dan de offerte van Dimarso uitviel.

8. Ter ondersteuning van haar beroep tot nietigverklaring van het gunningsbesluit voert Dimarso voor de verwijzende rechter aan dat de beoordelingscommissie de offertes wat betreft het criterium kwaliteit blijkt te hebben onderzocht aan de hand van de niet in het bestek vermelde schaal van „hoog – voldoende – laag”, terwijl volgens Dimarso uit het bestek voortvloeit dat aan elke offerte een score van 0 tot 50 punten had moeten worden toegekend. Wat het criterium prijs betreft, was de beoordelingscommissie ook niet overgegaan tot een adequaat onderzoek, vergelijking en finale beoordeling van de offertes met inachtneming van de gunningscriteria zoals die waren vermeld in het bestek, waaronder begrepen de weging van „50/100” voor elk van de twee gunningscriteria, zoals gepreciseerd in de oproep tot inschrijving.

9. De verwijzende rechter verwerpt het eerste middelonderdeel van het door Dimarso bij hem ingestelde beroep en merkt dienaangaande om te beginnen op dat het de perken van een redelijke beoordeling niet te buiten gaat om de vermelding „50/100” in het bestek bij elk van de gunningscriteria te interpreteren in die zin dat daarmee slechts wordt beoogd aan te geven dat elk van beide criteria als gelijkwaardig wordt beschouwd en dus elk voor de helft bepalend zal zijn voor de rangschikking.

10. De verwijzende rechter merkt vervolgens op dat er zowel in overweging 46 als in artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18 slechts sprake is van „criteria” en het „relatieve gewicht” ervan, terwijl de beoordelingsmethodiek of de afwegingsregels nergens uitdrukkelijk worden vermeld. Hij benadrukt dat de beoordelingsmethodiek niet vrijblijvend is, maar daarentegen bepalend kan zijn voor de uitkomst

van de evaluatie van de offertes aan de hand van de gunningscriteria. Hij geeft als voorbeeld het gunningscriterium „prijs", waarbij door de aanbestedende dienst kan worden gekozen voor onder meer de toepassing van de evenredigheidsregel, de toekenning van de maximale score aan de laagste offerte of van de nulscore aan de hoogste offerte, de toepassing van de lineaire interpolatie voor de tussenliggende offertes, dan wel het maximaal begunstigen van de offerte met de mediaanprijs.

11. De verwijzende rechter benadrukt ten slotte dat het arrest Lianakis e.a. (C-532/06, EU:C:2008:40, punten 38, 44 en 45), dat betrekking had op de uitlegging van artikel 36, lid 2, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening [3], een bepaling met in wezen dezelfde inhoud als artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18, en het arrest Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) geen of althans geen decisief antwoord geven op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde vraag of de beoordelingsmethodiek, dat wil zeggen de concrete methode die de aanbestedende dienst zal gebruiken om de offertes te quoteren, vooraf ter kennis moet worden gebracht van de inschrijvers, zoals het geval is voor de gunningscriteria en subgunningscriteria en voor de „wegingscoëfficiënten".

12. Gelet hierop heeft de Raad van State de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Dient artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18[...] op zichzelf genomen en samengenomen met de draagwijdte van de Europeesrechtelijke beginselen inzake gelijkheid en transparantie inzake overheidsopdrachten zo te worden geïnterpreteerd dat de aanbestedende overheid, indien gegund wordt aan de inschrijver met de vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid economisch meest voordelige aanbieding, er steeds toe gehouden is om de beoordelingsmethodiek of afwegingsregels, wat hun voorzienbaarheid, gangbaarheid of draagwijdte ook is, aan de hand waarvan de offertes volgens de gunningscriteria of subgunningscriteria beoordeeld zullen worden, steeds vooraf vast te stellen en in de aankondiging of het bestek op te nemen,

dan wel

indien er geen dergelijke algemene verplichting is, dat er omstandigheden zijn, zoals onder meer de draagwijdte, het gebrek aan voorzienbaarheid, of het gebrek aan gangbaarheid van deze afwegingsregels, waarin deze verplichting wel geldt?"

13. Over deze vraag zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door Dimarso, de Belgische regering, de Italiaanse regering en de Europese Commissie, die tevens op de pleitzitting van 13 januari 2016 zijn gehoord, met uitzondering van de Italiaanse regering, die aldaar niet vertegenwoordigd was.

II – Analyse

14. Met de in deze zaak gestelde vraag wordt het Hof verzocht de strekking van artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18 te preciseren. Meer in het bijzonder wordt aan het Hof de vraag voorgelegd of deze bepaling, in het licht van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, vereist dat de aanbestedende dienst bij de gunning van een opdracht voor het verrichten van diensten op basis van de economisch meest voordelige inschrijving, de inschrijvers in de aankondiging of het bestek informeert over de bij de beoordeling van de offertes van de inschrijvers gehanteerde beoordelingsmethodiek.

3 — PB L 209, blz. 1.

15. Vooraf dient te worden opgemerkt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht voor het verrichten van diensten ontegenzeglijk onder de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 valt en dat in het bijzonder artikel 53 van deze richtlijn daarop volledig van toepassing is.

16. Om te beginnen moeten namelijk krachtens artikel 20 van richtlijn 2004/18 de opdrachten voor het verlenen van de in bijlage II A vermelde diensten, waaronder de in categorie 10 opgenomen opdrachten voor „Markt- en opinieonderzoek", worden geplaatst overeenkomstig de artikelen 23 tot en met 55 van deze richtlijn. Voorts overschrijdt de opdracht voor de in het hoofdgeding betrokken diensten duidelijk de in artikel 7, onder b), van richtlijn 2004/18 vastgestelde drempel van 200 000 EUR, die van toepassing was ten tijde van de bekendmaking van de opdracht door het Agentschap Wonen.

17. Overeenkomstig artikel 53 van richtlijn 2004/18, met als opschrift „Gunningscriteria", worden overheidsopdrachten gegund hetzij aan de inschrijver met „de laagste prijs" hetzij aan „de inschrijver met de vanuit het oogpunt van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige aanbieding", dat wil zeggen – zoals in overweging 46, derde alinea, van deze richtlijn is aangegeven en door het Hof in herinnering is gebracht – de inschrijving die voor de aanbestedende dienst „de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt". [4]

18. Voor dit laatste geval, dat overeenkomt met de casus die aan de orde is in het hoofdgeding, wordt in artikel 53, lid 1, onder a), van richtlijn 2004/18 een niet-uitputtende lijst van criteria vastgesteld die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht en die door de aanbestedende dienst in aanmerking kunnen worden genomen. [5] Tot die criteria behoren de kwaliteit en de prijs, die zoals het bestek in het hoofdgeding aangeeft, de twee enige criteria zijn waarmee door het Agentschap Wonen bij de gunning van de litigieuze opdracht in het hoofdgeding rekening is gehouden.

19. Voor ditzelfde geval, namelijk het geval dat de opdracht aan de economisch voordeligste inschrijving wordt gegund, bepaalt artikel 53, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2004/18 dat de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht of het bestek „het relatieve gewicht dat hij toekent aan elk van de door hem gekozen criteria voor de bepaling van [die] inschrijving" specificeert. Dit gewicht kan volgens de tweede alinea van deze bepaling worden uitgedrukt in een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum. Volgens de derde alinea van deze bepaling moet de aanbestedende dienst, wanneer hij van mening is dat om aantoonbare redenen geen weging mogelijk is, in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, de criteria in dalende volgorde van belangrijkheid vermelden.

20. Meteen moet worden opgemerkt dat de in artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18 neergelegde verplichting om in het stadium van de bekendmaking van de opdracht of van het bestek zowel de gunningscriteria aan te geven als het relatieve gewicht van elk van die criteria, behoudens indien dit om aantoonbare redenen onmogelijk is, welke laatste verplichting geldt sinds de vaststelling van deze richtlijn, beantwoordt aan het vereiste van de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting. [6]

4 — Zie arrest Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, punt 29).

5 — Dat deze criteria niet limitatief zijn, heeft het Hof herhaaldelijk in herinnering gebracht: zie recent de arresten eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punt 61) en Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, punt 30).

6 — Zie in die zin arrest Commissie/Ierland (C-226/09, EU:C:2010:697, punt 43). Ik wil er ten overvloede aan herinneren dat volgens vaste rechtspraak het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat tot doel heeft de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een openbare aanbesteding deelnemende ondernemingen te bevorderen, vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van hun offertes dezelfde kansen krijgen en dat deze offertes dus voor alle mededingers aan dezelfde voorwaarden onderworpen zijn [zie in die zin met name arresten Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 44) en eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punt 33)]. Ook heeft het Hof gepreciseerd dat de transparantieverplichting voornamelijk tot doel heeft te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur van de zijde van de aanbestedende dienst ten aanzien van bepaalde inschrijvers of bepaalde inschrijvingen wordt uitgebannen [zie in die zin arresten Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 44) en eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punt 34)].

21. Wat de bekendmaking van het gewicht van de gunningscriteria betreft, moet worden benadrukt dat artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18 een opmerkelijke ontwikkeling laat zien ten opzichte van de eerdere voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor diensten geldende rechtsregels.

22. In het kader van de rechtsregeling die vóór de inwerkingtreding van deze richtlijn van toepassing was, vereiste artikel 36, lid 2, van richtlijn 92/50 namelijk uitsluitend van de aanbestedende diensten dat zij in het bestek of in de aankondiging van de opdracht de gunningscriteria vermeldden die zij voornemens waren te hanteren, „zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht".

23. Thans zijn de aanbestedende diensten daarentegen verplicht om het gewicht van de gunningscriteria aan te geven in de aankondiging van de opdracht of in het bestek. Alleen indien dat om aantoonbare redenen onmogelijk blijkt, kunnen deze entiteiten ervoor kiezen de criteria te rangschikken naar relevantie, hetgeen in elk geval in de aankondiging van de opdracht of in het bestek op passende wijze bekend moet worden gemaakt.

24. Zoals ik verder zal toelichten, is deze ontwikkeling niet zonder belang voor de oplossing van het hoofdgeding.

25. In dit stadium moet worden opgemerkt dat het bestek in het hoofdgeding bij elk van de twee door de aanbestedende dienst aangehouden criteria ontegenzeglijk „50/100" vermeldt. Dienaangaande is de verwijzende rechter van oordeel dat dit redelijkerwijs kan worden geïnterpreteerd in die zin dat elk van beide criteria als gelijkwaardig moet worden beschouwd en dus elk voor de helft bepalend is voor de rangschikking van de offertes.

26. Opgemerkt moet worden dat dit een definitief oordeel is. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt namelijk ondubbelzinnig, en Dimarso heeft dit ter terechtzitting voor het Hof bevestigd, dat de verwijzende rechter het eerste middelonderdeel van het door Dimarso bij hem ingediende beroep heeft verworpen. Volgens dit onderdeel had de vermelding „50/100" in wezen in die zin moeten worden uitgelegd dat het criterium „kwaliteit" aldus had moeten worden beoordeeld dat aan iedere offerte een score van 0 tot 50 punten werd toegekend. De verwijzende rechter heeft dus in wezen geoordeeld dat de in het bestek aangegeven weging van elk van beide gunningscriteria voor de opdracht gelijkwaardig is, namelijk 50 %, hetgeen redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers op dezelfde wijze kunnen interpreteren.[7]

27. Vast staat derhalve dat de gunningscriteria voor de betrokken overheidsopdracht en het aan elk van deze criteria toe te kennen relatieve gewicht in het bestek, en dus voorafgaande aan de gunning van de opdracht, aan de inschrijvers ter kennis zijn gebracht, op het eerste gezicht met inachtneming van artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18.

28. De verwijzende rechter wenst echter te vernemen of die laatste bepaling, in het licht van het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting, vereist dat de aanbestedende dienst de inschrijvers systematisch, dan wel althans in bepaalde omstandigheden, op voorhand op de hoogte brengt van de methode voor de beoordeling van de offertes op basis van de gunningscriteria, in het bijzonder, wat het hoofdgeding betreft, van de methode op basis waarvan is beoordeeld in hoeverre aan het door het Agentschap Wonen bekendgemaakte criterium „kwaliteit" is voldaan, namelijk op basis van een ordinale schaal met drie vermeldingen of scores („laag – matig – hoog").

7 — De norm van de redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver vloeit uit de rechtspraak van het Hof voort: zie op dit punt arresten SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, punt 42) en eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punt 54).

29. Deze vraag is te verklaren in het licht van de argumentatie van Dimarso dat de gehanteerde beoordelingsmethode („laag – matig – hoog") in wezen zodanig vaag was dat de aanbestedende dienst daardoor bij de beoordeling de draagwijdte van het criterium „kwaliteit" heeft afgevlakt ten aanzien van het criterium „prijs", nu immers uitsluitend dat tweede criterium het feitelijk mogelijk heeft gemaakt om drie van de vier ingediende offertes te onderscheiden. Het criterium „prijs" heeft volgens Dimarso dus in feite zwaarder doorgewogen dan vooraf was aangekondigd in het bestek, waarin sprake was van 50 %. Met andere woorden, Dimarso betoogt dat indien de beoordelingsmethode vooraf in de fase van het bestek aan de inschrijvers was medegedeeld, deze onmiskenbaar de voorbereiding van de offertes had beïnvloed.

30. Ik ben niet ongevoelig voor deze argumenten. We moeten echter stap voor stap redeneren.

31. Om te beginnen vereist artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18, zoals ik reeds heb opgemerkt, dat de aanbestedende dienst de inschrijvers in de aankondiging van de opdracht of in het bestek op de hoogte brengt van de gunningscriteria die hij zal hanteren, alsmede van hun relatieve weging.

32. Men zal daarentegen in de bewoordingen van artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18 tevergeefs zoeken naar een algemene verplichting voor de aanbestedende dienst om in de aankondiging van de opdracht of in het bestek de methodiek te vermelden op basis waarvan de offertes in het licht van de gunningscriteria en de relatieve weging van die criteria worden beoordeeld, dat wil zeggen alle voorschriften en methoden volgens welke een aanbestedende dienst of een instantie daarvan, zoals een beoordelingscommissie, aan de verschillende offertes een bepaalde score of beoordeling zal toekennen afhankelijk van de mate waarin aan één van de criteria (en/of, in voorkomend geval, subcriteria) voor de gunning van een overheidsopdracht is voldaan.

33. Artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18 vereist dus niet dat een dergelijke door een beoordelingscommissie gehanteerde methode voor de beoordeling van de offertes in het licht van de criteria voor de gunning van een overheidsopdracht en van hun relatieve weging in beginsel op voorhand in de aankondiging van de opdracht of in het bestek aan de inschrijvers wordt medegedeeld.

34. Dit beginsel wordt ook in de rechtspraak van het Hof bevestigd.

35. Het Hof heeft immers om te beginnen herhaaldelijk de rechtmatigheid erkend van de werkwijze van een aanbestedende dienst die *na* de indiening van de offertes, maar *voor* de opening ervan, een bepaald gewicht had toegekend aan subcriteria van een gunningscriterium, hetgeen noodzakelijkerwijs impliceert dat de aanbestedende dienst niet systematisch is gehouden om die weging van subgunningscriteria vooraf in de aankondiging van de opdracht of in het bestek bekend te maken. [8]

36. Dit oordeel kan a fortiori gelden voor de vaststelling van een methode voor de beoordeling van de offertes in het licht van de gunningscriteria en van hun relatieve weging.

37. Voorts heeft het Hof in het arrest Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, punt 35) – in de context van de toepassing van voorschriften voor het plaatsen van overheidsopdrachten door de instellingen van de Europese Unie [9], die in wezen overeenstemt met die waarin de bepalingen van richtlijn 2004/18 van toepassing zijn, en in bepaalde overwegingen over

8 — Zie arresten ATI EAC e Viaggi di Maio e.a. (C-331/04, EU:C:2005:718, punt 32), Lianakis e.a. (C-532/06, EU:C:2008:40, punt 43) en Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, punten 32 en 33).

9 — Het betrof in casu de uitlegging van artikel 97 van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (PB L 248, blz. 1) en artikel 138 van verordening (EG, Euratom) nr. 2342/2002 van de Commissie van 23 december 2002 tot vaststelling van uitvoeringsvoorschriften van verordening nr. 1605/2002 (PB L 357, blz. 1).

elementen die niet van tevoren door de aanbestedende dienst aan de inschrijvers behoefden te worden medegedeeld – erkend dat een beoordelingscommissie dient te beschikken over een zekere vrijheid om haar taak te vervullen en haar eigen werkzaamheden voor het onderzoek en de beoordeling van de ingediende offertes te structureren. [10]

38. In al deze zaken heeft het Hof echter aangegeven dat de vrijheid waarover de aanbestedende dienst beschikt, aan bepaalde voorwaarden is gebonden.

39. Deze voorwaarden zijn echter niet steeds gelijk geformuleerd.

40. Zo heeft het Hof, zoals de verwijzende rechter terecht heeft opgemerkt, gepreciseerd dat de vaststelling van wegingscoëfficiënten voor de subgunningscriteria door een aanbestedende dienst na de indiening van de offertes, rechtmatig is mits aan drie voorwaarden is voldaan, namelijk dat deze vaststelling achteraf:

— geen wijziging brengt in de in het bestek of in de aankondiging van de opdracht vastgelegde criteria voor de gunning van de opdracht;

— geen elementen bevat die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, en

— niet is verricht aan de hand van elementen die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers. [11]

41. Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat, indien aan een van deze voorwaarden niet is voldaan, de gunningsprocedure onrechtmatig wordt wanneer de weging van de subcriteria na aankondiging van de opdracht of na het bestek wordt vastgesteld. Met andere woorden, de aanbestedende dienst had vooraf de weging van de subcriteria die op de gunningscriteria van de opdracht betrekking hebben, moeten vaststellen en er zorg voor moeten dragen dat deze weging in de aankondiging van de opdracht of in het bestek aan de inschrijvers was medegedeeld.

42. Anderzijds heeft het Hof in punt 35 van het arrest Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) met betrekking tot de vrijheid van een beoordelingscommissie om haar eigen werkzaamheden voor het onderzoek en de beoordeling van de ingediende offertes te structureren, gepreciseerd dat deze vrijheid er niet toe mag leiden dat de aanbestedende dienst „de gunningscriteria wijzigt die in het bestek of de aankondiging waren vastgesteld”.

43. Door slechts te verwijzen naar een van de drie in acht te nemen voorwaarden die in punt 40 van deze conclusie zijn opgesomd (namelijk de eerste), lijkt het Hof de aanbestedende dienst een ruimere beoordelingsmarge te willen toekennen wanneer deze achteraf een onderzoeks- of beoordelingsmethodiek voor de offertes vaststelt dan wanneer deze dienst de wegingscoëfficiënten voor de subcriteria in het kader van de vooraf aan de inschrijvers medegedeelde gunningscriteria vaststelt.

44. Bij een strikte toepassing van de precisering in punt 35 van het arrest Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) op het hoofdgeding zou geen van de elementen die door de verwijzende rechter tot nu toe zijn aangevoerd, erop kunnen wijzen dat de door de beoordelingscommissie gekozen beoordelingsmethode voor het criterium „kwaliteit” dit criterium, laat staan het tweede gunningscriterium – beide zijn vooraf in het bestek ter kennis van de inschrijvers gebracht – heeft kunnen wijzigen.

10 — Zie ook in dezelfde juridische context, arrest bpost/Commissie (T-514/09, EU:T:2011:689, punt 86).

11 — Zie arresten ATI EAC e Viaggi di Maio e.a. (C-331/04, EU:C:2005:718, punt 32), Lianakis e.a. (C-532/06, EU:C:2008:40, punt 43) en Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, punt 33).

45. Ik betwijfel echter of de door het Hof in punt 35 van het arrest Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) aangebrachte precisering, die overigens een obiter dictum vormt, de bedoeling had om enkel die beperking te stellen aan de vrijheid van de aanbestedende dienst om een beoordelingsmethode voor de ingediende offertes te kiezen. Het is namelijk, behoudens eventueel bij bijzonder grove fouten, lastig om zich voor te stellen hoe een dergelijke beoordelingsmethode de gunningscriteria voor een overheidsopdracht zelf zou kunnen wijzigen en hoe een uitgesloten inschrijver, al was het maar via een reeks aanwijzingen, het bewijs van die invloed op de gunningscriteria zou kunnen leveren.

46. Vooral om die reden neig ik er eerder toe om in te stemmen met de belanghebbende partijen die in het bijzonder ter terechtzitting naar voren hebben gebracht dat niet is uit te sluiten dat een beoordelingsmethode niet zozeer de gunningscriteria als zodanig, als wel de weging van die criteria beïnvloedt, en aldus elementen bevat die, indien die methode van tevoren ter kennis was gebracht aan de inschrijvers, de voorbereiding van de offertes hadden kunnen beïnvloeden in de zin van de in de rechtspraak van het Hof gestelde tweede voorwaarde, zoals weergegeven in punt 40 van deze conclusie. In dat geval zou het onrechtmatig zijn dat die methode voor de beoordeling van de offertes door een aanbestedende dienst achteraf wordt vastgesteld, en had die methode derhalve vooraf in de aankondiging van de opdracht of in het bestek bekend moeten worden gemaakt.

47. Ik ben het dus in wezen eens met de argumentatie van met name de Commissie, volgens welke de rechtmatigheid van een achteraf door een aanbestedende dienst vastgestelde methode voor de beoordeling van de offertes afhangt van de vraag of is voldaan aan de drie door de rechtspraak van het Hof ontwikkelde voorwaarden die hierboven in punt 40 zijn weergegeven. De verwijzende rechter zou er dan ook mee kunnen volstaan na te gaan of in het hoofdgeding aan die voorwaarden is voldaan.

48. Volgens mij stelt deze zaak het Hof echter ook in de gelegenheid om deze rechtspraak te verfijnen, met name wat betreft de strekking van de eerste voorwaarde.

49. Zoals ik hierboven uiteen heb gezet, moeten immers sinds de inwerkingtreding van artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18 zowel de gunningscriteria als hun relatieve weging (of, indien dit onmogelijk is, hun rangschikking naar belangrijkheid) op passende wijze bekend worden gemaakt in de aankondiging van de opdracht of in het bestek.

50. Wanneer achteraf een van beide elementen wordt gewijzigd, ongeacht de manier waarop dit geschiedt, moet deze wijziging mijns inziens dus op dezelfde wijze worden behandeld.

51. Evenmin als kan worden aanvaard dat een beoordelingsmethode achteraf de vooraf aan de inschrijvers medegedeelde gunningscriteria kan wijzigen, is het aanvaardbaar dat die methode de weging van diezelfde criteria zou wijzigen. Indien dat het gevolg is van het feit dat achteraf een methode voor de beoordeling van de offertes wordt vastgesteld, dan had deze methode vooraf aan de inschrijvers moeten worden medegedeeld en is de litigieuze gunningsprocedure onrechtmatig.

52. Ik stel dan ook voor dat de eerste, in punt 40 van deze conclusie vermelde voorwaarde, die voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof betreffende de rechtsregels voor het plaatsen van overheidsopdrachten die vóór de vaststelling van richtlijn 2004/18 golden, zodanig wordt geformuleerd dat daaronder ook de weging van gunningscriteria valt, teneinde rekening te kunnen houden met de ontwikkeling van deze regels na de inwerkingtreding van artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18.

53. Het staat dan aan de verwijzende rechter om in het hoofdgeding te onderzoeken of de methode voor de beoordeling van de offertes wat betreft het in het bestek van de litigieuze opdracht aangegeven criterium „kwaliteit", achteraf de weging van de gunningscriteria van deze opdracht heeft gewijzigd, in welk geval deze methode derhalve in de aankondiging van de opdracht of in het bestek ter kennis van de potentiële inschrijvers had moeten worden gebracht.

54. Gelet op de omstandigheden en de elementen die door de verwijzende rechter zijn aangevoerd, vermoed ik echter dat dit het geval heeft kunnen zijn.

55. Aangezien drie van de vier offertes, waaronder de offerte van Dimarso, voor het criterium „kwaliteit" de score „hoog" hebben verkregen, en geen scores zijn gegeven om de offertes van elkaar te onderscheiden en naar hun inhoudelijke eigenschappen te rangschikken, is het criterium „prijs" immers bij de gunning van de opdracht beslissend geweest, zoals door alle belanghebbende partijen bij de terechtzitting is toegegeven. Aangezien de door de beoordelingscommissie gekozen methode erop neerkwam dat bij de beoordeling de draagwijdte van het criterium „kwaliteit" werd afgevlakt ten aanzien van het criterium „prijs", lijkt dit laatste criterium bij de keuze van degene aan wie de opdracht werd gegund een relatief hoger gewicht te hebben gehad dan de in het bestek vermelde weging van 50 % redelijkerwijs kon doen vermoeden. Het is dus aannemelijk dat, indien de inschrijvers van tevoren waren geïnformeerd over de keuze van deze methode voor de toetsing van de offertes aan het criterium „kwaliteit", zij zich meer op de prijs van hun diensten zouden hebben gericht.

56. Om mijn betoog nader toe te lichten, stel ik mij het geval voor dat één van de ingediende offertes kwalitatief gezien ver boven de drie andere, en ook boven de offertes met de score „hoog", zou hebben uitgestoken. Met andere woorden, een van deze offertes had bij de beoordeling van het criterium „kwaliteit" als „excellent" kunnen worden gerangschikt. De door deze inschrijver voorgestelde prijs zou dan de voortreffelijke kwaliteit van de door deze inschrijver aangeboden diensten hebben weerspiegeld en zou derhalve waarschijnlijk hoger zijn geweest dan de door de andere inschrijvers aangeboden prijzen. Aangezien de kwalificatie „excellent" echter niet in de door de beoordelingscommissie gekozen scoreschaal („hoog – voldoende – laag") voorkwam, kon deze kwalitatief excellente offerte noodzakelijkerwijs voor het criterium „kwaliteit" maximaal de score „hoog" verkrijgen. Aangezien de door de inschrijver van deze offerte voorgestelde prijs hoger was dan de prijs van de andere inschrijvers, eventueel zelfs enkele tientallen of honderden euro's hoger, moest deze offerte dus worden afgewezen.

57. Ten slotte zou de aanbestedende dienst in dit geval, dat niet noodzakelijkerwijs bij Dimarso aan de orde is, maar dat evengoed wel kon zijn, eventueel hebben afgezien van de offerte met de beste prijs-kwaliteitverhouding, hetgeen in strijd is met de gedachte die bij de selectie van de offerte volgens de economisch voordeligste inschrijving leidend is. [12]

58. De door de aanbestedende dienst achteraf gekozen beoordelingsmethode kan mijns inziens aldus de weging van de gunningscriteria hebben gewijzigd, doordat aan het ene criterium meer belang wordt gehecht dan aan het andere, terwijl uit de informatie waarover de inschrijvers bij de indiening van hun offertes beschikten, duidelijk bleek dat deze criteria zouden worden beoordeeld volgens dezelfde relatieve weging, namelijk elk voor 50 %.

59. Ik ben dan ook van mening dat, wanneer een beoordelingsmethode die na de indiening van de offertes is gekozen, dit gevolg kan hebben, deze methode ter kennis van de inschrijvers had moeten worden gebracht ten tijde van de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht, dan wel ten tijde van de mededeling van het bestek door de aanbestedende dienst.

12 — In het arrest Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, punt 29) brengt het Hof in wezen in herinnering dat de gunning van een opdracht op grond van de economisch voordeligste inschrijving, waarbij de aanbestedende dienst zoekt naar de beste prijs-kwaliteitverhouding, ertoe leidt dat binnen de criteria voor de gunning van overheidsopdrachten een groter belang wordt gehecht aan de kwaliteit.

60. Mocht het Hof van oordeel zijn dat de eerste door de rechtspraak gestelde voorwaarde die in punt 40 van deze conclusie is genoemd, niet tot de weging van de gunningscriteria hoeft te worden uitgebreid, dan is het mijns inziens in elk geval waarschijnlijk dat, indien de potentiële inschrijvers vooraf op de hoogte waren geweest van de door de aanbestedende dienst gekozen beoordelingsmethode voor het criterium „kwaliteit", deze methode de voorbereiding van hun offertes had kunnen beïnvloeden in de zin van de tweede, in punt 40 van deze conclusie vermelde voorwaarde.

61. Indien de inschrijvers voor de indiening van hun offertes hadden begrepen dat het tweede gunningscriterium, namelijk de „prijs", bij de keuze van de economisch voordeligste inschrijving doorslaggevend kon zijn, zoals alle belanghebbende partijen ter terechtzitting hebben erkend, zouden zij hun offertes immers, zoals reeds is opgemerkt, stellig anders hebben voorbereid, om beter te kunnen inspelen op deze aanpak van de aanbestedende dienst.

62. Deze beperking van de vrijheid om de beoordelingsmethode na de indiening van de offertes vast te stellen, lijkt in het algemeen de aanbestedende dienst er uiteindelijk toe te dwingen om altijd in een heel vroeg stadium vast te stellen welke methode dan wel methoden voor de beoordeling van de gunningscriteria hij wil kiezen, teneinde zich er preventief van te vergewissen dat deze methoden geen invloed kunnen hebben op de voorbereiding van de offertes van potentiële inschrijvers. Is dat wel het geval, dan zal hij moeten vaststellen dat deze methoden noodzakelijkerwijs in de aankondiging van de opdracht of in het bestek bekend moeten worden gemaakt.

63. Derhalve lijkt dit vereiste de aanbestedende dienst (die de grootst mogelijke rechtszekerheid tijdens de gunningsprocedure zal willen waarborgen en zich tegen een beroep tot nietigverklaring van deze procedure zal willen beschermen) ten slotte ertoe te nopen om in een zo vroeg mogelijk stadium de methode of methoden voor de beoordeling van de offertes in het licht van de gunningscriteria vast te stellen. Men zou kunnen stellen dat, indien dat het geval is, geen dwingende reden lijkt te rechtvaardigen dat de aanbestedende dienst de potentiële inschrijvers niet in kennis stelt van de betrokken beoordelingsmethoden die hij hoe dan ook reeds voor de oproep tot inschrijving had moeten vaststellen.

64. Daarmee lijkt de theoretische regel „beginsel – uitzondering" die voortvloeit uit de toepassing van de rechtspraak van het Hof, in de praktijk te worden omgedraaid. Volgens die regel is de aanbestedende dienst in beginsel niet verplicht vooraf de beoordelingsmethode van de offertes aan de potentiële inschrijvers mee te delen, tenzij deze methode elementen bevat die, indien deze van tevoren bekend waren geweest, de voorbereiding van de offertes hadden kunnen beïnvloeden.

65. Volgens mij kan dit risico echter grotendeels worden vermeden wanneer de aanbestedende diensten niet alleen ervoor kiezen de gunningscriteria en hun relatieve gewicht bekend te maken, zoals richtlijn 2004/18 vereist, maar ook de subcriteria die op deze gunningscriteria betrekking hebben, en het relatieve gewicht van die subcriteria, zoals de rechtspraak van het Hof sterk lijkt aan te moedigen.

66. Met andere woorden, hoe meer de inschrijvers in de aankondiging van de opdracht of in het bestek over duidelijke, begrijpelijke en gedetailleerde informatie beschikken die op alle elementen betrekking heeft, des te kleiner is mijns inziens het risico dat de door de beoordelingscommissie gekozen methode voor de beoordeling van de offertes de gunnings- of subgunningscriteria en hun weging kan wijzigen dan wel kan leiden tot een ongelijke behandeling van de inschrijvers. Het vermijden van dit risico is mijns inziens onderdeel van de „actieve rol", die richtlijn 2004/18, zoals uitgelegd door het Hof, de aanbestedende diensten toekent bij de toepassing van de belangrijke beginselen die gelden voor het plaatsen van overheidsopdrachten, te weten de eerbiediging van de transparantie van de

procedure en van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers. [13]

67. In dat geval zullen alle inschrijvers ook van tevoren op de hoogte kunnen zijn van het relatieve gewicht van alle door de aanbestedende dienst in aanmerking genomen elementen, waardoor in het algemeen kan worden uitgesloten dat de specifieke door de aanbestedende dienst gekozen beoordelingsmethode elementen zou bevatten die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden.

68. Wanneer daarentegen, zoals in het hoofdgeding, de gunningscriteria in het bestek even zwaar worden gewogen, de eventuele in het bestek genoemde subcriteria niet onder die weging vallen, en de na de indiening van de offertes vastgestelde methode aan de hand waarvan wordt beoordeeld in hoeverre deze offertes aan een van de twee gunningscriteria voldoen, buitengewoon algemeen is en niet de mogelijkheid biedt op een voldoende precieze wijze onderscheid te maken in de kwaliteit van de ingediende offertes, dan is het risico aanzienlijk groter dat de beoordelingsmethode elementen bevat die de voorbereiding van de offertes van de inschrijvers hadden kunnen beïnvloeden indien zij in de aankondiging van de opdracht of in het bestek aan hen ter kennis waren gebracht.

69. De tweede in punt 40 van deze conclusie vermelde voorwaarde lijkt bijzonder soepel of gemakkelijk te vervullen, omdat het altijd mogelijk is te stellen dat elk door de aanbestedende dienst in aanmerking genomen element invloed of impact op de voorbereiding van de offertes had *kunnen* hebben, indien dit element van tevoren aan de inschrijvers was medegedeeld.

70. Wellicht heeft het Hof om die reden in het arrest Commissie/Ierland (C-226/09, EU:C:2010:697, punt 48) vereist dat deze invloed op de voorbereiding van de offertes „wezenlijk” is, waardoor het door de Commissie ingestelde niet-nakomingsberoep gedeeltelijk kon worden verworpen.

71. Hoewel in punt 48 van het arrest Commissie/Ierland (C-226/09, EU:C:2010:697) naar eerdere rechtspraak van het Hof wordt verwezen en daarbij punt 32 van het arrest ATI EAC e Viaggi di Maio e.a. (C-331/04, EU:C:2005:718) expliciet wordt genoemd, wordt in dit laatste arrest net zo min als in de andere, reeds aangehaalde, recentere arresten gepreciseerd dat de invloed op de voorbereiding van de offertes „wezenlijk” moet zijn. Dat het Hof het in punt 48 van het arrest Commissie/Ierland (C-226/09, EU:C:2010:697) genoemde criterium heeft ingevoerd, kan volgens mij echter zijn terug te voeren tot de omstandigheid dat de bepalingen van richtlijn 2004/18, en in het bijzonder artikel 53, lid 2, niet ten volle van toepassing waren op de betrokken overheidsopdracht voor diensten.

72. Indien punt 48 van het arrest Commissie/Ierland (C-226/09, EU:C:2010:697) aldus dient te worden opgevat, is er mijns inziens in deze zaak geen bijzondere reden om het criterium van de „wezenlijke” invloed op de voorbereiding van de offertes die in dat punt van voornoemd arrest is vastgesteld, te hanteren en derhalve de strekking van de tweede in de rechtspraak van het Hof gestelde voorwaarde, vermeld in punt 40 van deze conclusie, te wijzigen.

73. In elk geval ben ik van mening dat de soepelheid van deze tweede voorwaarde aanzienlijk kan worden afgezwakt door de verplichting voor de uitgesloten inschrijver – die de bewijslast draagt – om in zijn beroep bij de rechter concreet aan te tonen op welke inhoudelijke, en niet puur formele punten zijn offerte zou hebben verschild indien de elementen van de betrokken beoordelingsmethode of die methode zelf, die niet van tevoren door de aanbestedende dienst zijn medegedeeld, vóór de voorbereiding van de offertes op passende wijze bekend waren gemaakt.

13 — Zie in die zin in een andere context, arrest eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punt 42).

74. Alvorens af te ronden, wil ik hier nog aan toevoegen dat alle voorgaande overwegingen zijn gebaseerd op de impliciet uit de verwijzingsbeslissing voortvloeiende hypothese dat de door de beoordelingscommissie in het hoofdgeding gehanteerde beoordelingsmethode voor het criterium „kwaliteit" *na* het verstrijken van de termijn voor het indienen van de offertes, maar *voor* de opening van de offertes is vastgesteld.

75. In de aangehaalde rechtspraak betreffende de vaststelling van de wegingscoëfficiënten voor de subcriteria die op de gunningscriteria betrekking hebben, was het Hof in wezen van oordeel dat die vaststelling *na het openen van de offertes* of van de verzoeken om toelating tot inschrijving, al naargelang van het geval, met name in strijd was met het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting.[14] Ook heeft het Hof in een geval waarin artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18 niet van toepassing was op de betrokken overheidsopdracht voor diensten, vastgesteld dat de wijziging die door een beoordelingscommissie na een eerste onderzoek van de offertes in de gewogen waarde van de gunningscriteria was aangebracht, ongeoorloofd was, zonder daarbij te eisen dat het discriminatoir effect daarvan op een van de inschrijvers werd aangetoond. Het Hof heeft hieraan toegevoegd dat het voldoende is dat niet kan worden uitgesloten dat de wijziging een dergelijk effect heeft kunnen hebben op het moment dat zij is doorgevoerd.[15]

76. Indien de aanbestedende dienst op de hoogte is van de identiteit van de inschrijvers en de inhoud van de offertes op het ogenblik dat hij de weging van de gunningscriteria en/of subcriteria wijzigt, bestaat immers het reële risico dat de indruk wordt gewekt dat deze wijziging bedoeld is om een van de inschrijvers te begunstigen en dus om de gelijke behandeling tussen hen te doorbreken.

77. In die situatie is de aldus aangebrachte wijziging zonder meer onrechtmatig, met name door het vermoeden van favoritisme. Het is duidelijk dat de daadwerkelijk toegepaste weging die heeft geleid tot de onrechtmatigheid van de gunningsprocedure, in de documentatie van de opdracht ter kennis gebracht had moeten worden aan de inschrijvers. Deze vaststelling is echter niet nodig voor de oplossing van het geschil.

78. De Belgische regering heeft in haar opmerkingen aangegeven dat er situaties zijn waarin de methode voor de beoordeling van de offertes pas na de opening van die offertes kan worden vastgesteld, zonder echter te preciseren om welke situaties dat zou gaan. Zij betoogt derhalve in wezen dat de rechtspraak van het Hof, volgens welke het verboden is om de weging van de gunningscriteria en van de subcriteria die op de gunningscriteria betrekking hebben *na* de opening van de offertes vast te stellen, niet van toepassing is op het geval waarin een beoordelingscommissie de methode voor de beoordeling van de offertes na die opening vaststelt.

79. De door de verwijzende rechter voorgelegde vraag heeft stricto sensu geen betrekking op dat geval.

80. Toch kan op grond van de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens niet geheel worden uitgesloten dat de beoordelingsmethode die in het hoofdgeding aan de orde is, na de opening van de offertes is vastgesteld.

81. Alsdan rijst volgens mij echter de aanvullende vraag of de verwijzende rechter altijd dient na te gaan of is voldaan aan de drie in de rechtspraak ontwikkelde voorwaarden die in punt 40 van deze conclusie zijn vermeld, voordat hij kan vaststellen dat de aanbestedende dienst deze methode voor de beoordeling van de offertes aan de inschrijvers ter kennis had moeten brengen, dan wel of deze rechter alleen maar behoeft vast te stellen dat een dergelijke praktijk in zekere zin een vermoeden van favoritisme ten gunste van een of meer inschrijvers met zich brengt, hetgeen de gunningsprocedure onrechtmatig maakt.

14 — Zie in het bijzonder arrest Lianakis e.a. (C-532/06, EU:C:2008:40, punt 44).

15 — Arrest Commissie/Ierland (C-226/09, EU:C:2010:697, punten 57-63).

82. Zonder in het algemeen stelling te nemen over de door de Belgische regering genoemde, maar niet gepreciseerde situaties, betwijfel ik of in het hoofdgeding de methode voor de beoordeling van het criterium „kwaliteit", gelet op het zeer elementaire en buitengewoon algemene en zelfs vage karakter ervan, alleen na de opening van de ingediende offertes kan zijn vastgesteld.

83. Ik zie namelijk geen beletsel van met name technische of financiële aard dat zich verzet tegen de mogelijkheid dat een aanbestedende dienst hetzij een methode aan de inschrijvers ter kennis brengt die enkel aangeeft dat de „kwaliteit" van de offertes zal worden beoordeeld aan de hand van een ordinale schaal „laag – voldoende – hoog", hetzij die methode uiterlijk vóór de opening van de offertes vaststelt, mits de door mij reeds behandelde voorwaarden in acht worden genomen, en meer bepaald de gunningscriteria of hun weging niet worden gewijzigd.

84. Ik ben dan ook van mening dat, indien de litigieuze beoordelingsmethode in het hoofdgeding na de opening van de offertes is vastgesteld, hetgeen de verwijzende rechter zal moeten nagaan, moet worden verondersteld dat deze methode is vastgesteld met inachtneming van elementen die discriminerend kunnen werken jegens een of meer uitgesloten inschrijvers, een vermoeden dat in voorkomend geval door de aanbestedende dienst zal moeten worden ontkracht.

III – Conclusie

85. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, de vraag van de Raad van State te beantwoorden als volgt:

„Artikel 53, lid 2, van 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, zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1251/2011 van de Commissie van 30 november 2011, gelezen in het licht van het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting, moet aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst er niet toe gehouden is, in de aankondiging van de opdracht of in het bestek de methode aan de hand waarvan wordt beoordeeld in hoeverre de offertes aan de vooraf in de aankondiging van de opdracht of in het bestek bekendgemaakte gunningscriteria voldoen, ter kennis van de potentiële inschrijvers te brengen, mits die methode, die na het verstrijken van de termijn voor indiening van de offertes, maar vóór de opening van de offertes, is vastgesteld, a) geen wijziging brengt in de gunningscriteria voor de opdracht en de relatieve weging van die criteria zoals die in de aankondiging van de opdracht of in het bestek zijn neergelegd, b) geen elementen bevat die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, en c) niet is gekozen aan de hand van elementen die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of in het hoofdgeding aan die voorwaarden is voldaan."

i — De formulering van punt 53 van de Nederlandse tekst is gewijzigd na de oorspronkelijke publicatie.