

## **Wijziging van een overheidsopdracht**

In 2011 startte de Europese Commissie een openbare consultatie in het kader van de evaluatie van de toen vigerende Europese aanbestedingsrichtlijnen. Daaruit bleek dat een meerderheid van de respondenten de figuur van de 'wezenlijke wijziging' in de nieuwe richtlijnen geïntroduceerd wilde zien. In de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen is aan deze wens tegemoet gekomen. Dientengevolge heeft deze figuur ook in het Wetsvoorstel wijziging Aanbestedingswet 2012 een plaats gekregen. Deze is opgenomen in hoofdstuk 2.5 genaamd 'Wijziging van overheidsopdrachten' en zal hierna worden besproken.

### ***Hoofdregel en uitzonderingsgronden***

Als het gaat om wijziging van overheidsopdrachten luidt de hoofdregel dat een wijziging tijdens de looptijd van een overheidsopdracht in beginsel niet is toegestaan zonder dat een nieuwe aanbestedingsprocedure plaatsvindt.<sup>1</sup> Slechts in een limitatief aantal gevallen kan sprake zijn van een uitzondering hierop. Deze uitzonderingsgronden zijn opgenomen in artikel 2.163b tot en met 2.163g en betreffen het volgende.

*a De bagatelregeling* (artikel 2.163b). Deze regeling vindt toepassing bij wijzigingen niet groter dan 10% van de waarde van de oorspronkelijke overheidsopdracht voor leveringen en diensten of 15% van de waarde van de oorspronkelijke overheidsopdracht voor werken. Bij opeenvolgende wijzigingen dient van de gezamenlijke waarde daarvan te worden uitgegaan. De algemene aard van de overheidsopdracht dient ongewijzigd te blijven. Als voorbeeld van wijziging van de algemene aard kan worden gedacht aan wijziging van een overheidsopdracht voor een levering van een werk<sup>2</sup>, de koop in plaats van de lease van een autovloot of het nieuwe vereiste dat voeding voor openbare kantines biologisch moet zijn.<sup>3</sup>

*b Intrinsieke wijzigingsmogelijkheden* (artikel 2.163c). Op grond van dit artikel kan een nieuwe aanbestedingsprocedure achterwege worden gelaten in geval van gebruikmaking van een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken waarin de wijziging is vervat. Een wijziging is toegestaan indien deze past binnen de kaders van de herzieningsclausule. Voorbeelden zijn een prijsindexeringsclausule of een optie tot verlenging van de opdracht. De herzieningsclausule mag niet voorzien in wijzigingen of opties die de algemene aard van de opdracht kunnen veranderen.

*c Aanvullende werkzaamheden* (artikel 2.163d). Een nieuwe aanbestedingsprocedure is niet noodzakelijk indien aanvullende werken, diensten of leveringen noodzakelijk zijn geworden voor het voltooien van de oorspronkelijke opdracht door de oorspronkelijke opdrachtnemer. Vereist daarbij is dat een verandering van opdrachtnemer om economische of technische redenen onmogelijk is en een dergelijke verandering bovendien tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijgingen voor de aanbestedende dienst zou leiden. Bovendien mag de verhoging van de prijs niet meer bedragen dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Bij meerdere wijzigingen geldt in dit geval dat de waarde van iedere wijziging telkens op zichzelf mag worden beschouwd. Dit mag worden misbruikt om een aanbestedingsplicht te omzeilen.

*d Onvoorziene omstandigheden* (artikel 2.163e). Een wijziging is toelaatbaar indien die het gevolg is van omstandigheden die door de aanbestedende dienst niet voorzien konden worden. Tevens dient ook bij deze uitzonderingsgrond de algemene aard van de opdracht ongewijzigd te blijven en mag de verhoging van de prijs niet meer bedragen dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Ook hier geldt deze grens voor iedere afzonderlijke wijziging.

*e Wijziging van opdrachtnemer* (artikel 2.163f). Het is een aanbestedende dienst toegestaan zonder aanbesteding een nieuwe opdrachtnemer de plaats in te laten nemen van de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht oorspronkelijk had gegund, doch uitsluitend op grond van een ondubbelzinnige herzieningsclausule als bedoeld onder b of door rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel als gevolg van een aantal in het artikel limitatief opgesomde omstandigheden (waaronder een overname of insolventie).

*f Wezenlijke wijziging* (artikel 2.163g). De laatste uitzonderingsgrond is die waarbij de door te voeren wijziging van een overheidsopdracht niet *wezenlijk* is. Een wijziging is wezenlijk indien de overheidsopdracht hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht. In het derde lid worden vier gevallen genoemd waaronder een wijziging in elk geval geacht wordt wezenlijk te zijn, kort gezegd:

- mogelijke toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden en de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver, dan wel het aantrekken van meer deelnemers aan de aanbestedingsprocedure;
- wijziging van het economisch evenwicht van de opdracht ten gunste van de opdrachtnemer;
- aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht of raamovereenkomst;
- vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer anders dan het in artikel 2.163f bedoelde geval.

Deze uitzonderingsgrond vormt de codificatie van het bekende *Presstext*-arrest.<sup>4</sup>

### ***Publicatieverplichting***

Voor een aantal van de genoemde uitzonderingsgronden geldt een publicatieverplichting. Deze verplichting houdt kort gezegd in dat een aanbestedende dienst een wijziging van een overheidsopdracht bekend dient te maken door publicatie van de gewijzigde opdracht op het elektronisch systeem voor aanbestedingen (TenderNed). Het gaat hierbij om de beschreven uitzonderingsgronden aangaande de aanvullende werkzaamheden en onvoorziene omstandigheden.<sup>5</sup> Het bestaan van een publicatieverplichting in

deze gevallen vindt haar verklaring in het gegeven dat deze uitzonderingsgronden in de huidige Aanbestedingswet 2012 reeds zijn opgenomen – zij het in iets andere vorm – als enkele van de gevallen waarin de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kan worden toegepast (zie artikel 2.35). Bij toepassing van deze onderhandelingsprocedure is vereist dat de aankondiging van de gegunde opdracht bekend wordt gemaakt.<sup>6</sup> De twee genoemde uitzonderingsgronden hebben thans dus feitelijk een andere plaats in de wet gekregen, maar de publicatieverplichting is daarbij behouden gebleven. In de toepasselijke bijlage bij de Europese aanbestedingsrichtlijnen is opgenomen welke informatie zo een dergelijke aankondiging dient te bevatten.

mr. ir. M.B. Klijn en mr. M. de Vette  
Houthoff Buruma

### **Noten**

1. Dit volgt uit artikel 2.163a van het wetsvoorstel.
2. Memorie van toelichting, p. 95.
3. Europese Commissie, *Non-paper over het voorstel voor een richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten*, 11266/12, 14 juni 2012, p. 18.
4. HvJ EG 19 juni 2008, nr. C-454/06 (*Presstext*).
5. Artikel 2.163d, vijfde en zesde lid en artikel 2.163e, tweede lid, van het Wetsvoorstel wijziging Aanbestedingswet 2012 i.v.m. aanbestedingsrichtlijnen.
6. Artikel 2.37, sub e, Aanbestedingswet 2012.