

JAAN 2015/55 Commissie van Aanbestedingsexperts, 19-12-2014, 142**Heraanbesteding, Ernstig procedureel gebrek, Wezenlijke wijziging**

Publicatie	JAAN 2015 afl. 2
Publicatiedatum	18 maart 2015
College	Commissie van Aanbestedingsexperts
Uitspraakdatum	19 december 2014
Rolnummer	142 LJN
Rechter(s)	mr. Jansen mr. Janssen
Partijen	
Noot	mr. ir. M.B. Klijn en mr. S.E. Landheer
Trefwoorden	Heraanbesteding, Ernstig procedureel gebrek, Wezenlijke wijziging,
Regelgeving	

» Samenvatting

Gemeente X en Hoogheemraadschap Y (hierna beklaagden) starten in oktober 2013 een Europese openbare aanbesteding voor het schoonmaken en onderhouden van watergangen en bermen in gebied Z. Gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving. De opdracht is opgedeeld in perceel 1a en 1b (areaal gemeente X) en perceel 2 (areaal Hoogheemraadschap). De inschrijvingsleidraad vermeldt zonder verdere motivering dat, hoewel sprake is van een verdeling van het werk in percelen, op de beide percelen gezamenlijk moet worden ingeschreven. Beklaagden publiceren één NvI, waarin beklaagden vragen die betrekking hebben op onduidelijkheden in de aanbestedingsstukken, ophelderen. In december 2013 dient klager zijn inschrijving in. Drie maanden later berichten beklaagden de inschrijvers dat zij hebben besloten de aanbesteding af te breken, omdat de gunningsprocedure niet tot de gewenste resultaten heeft geleid. In juli 2014 kondigen beklaagden een tweede aanbesteding aan voor dezelfde opdracht. De opdracht is nu opgedeeld in drie percelen. Perceel 1 en 2 zien op het areaal van gemeente X, en perceel 3 op het areaal van het Hoogheemraadschap. Op de drie percelen moet gezamenlijk worden ingeschreven. Dit keer wordt uitgebreid gemotiveerd waarom het opsplitsen van de aanbesteding in losse percelen/opdrachten niet passend wordt geacht. In deze tweede aanbesteding wordt het gewicht van de weging van het aspect kwaliteit verzaaid ten opzichte van de weging in de eerste aanbesteding. Klager dient een klacht in bij de Commissie en stelt dat heraanbesteding van het werk in zijn huidige vorm niet mogelijk is en in strijd met de Aanbestedingswet 2012 omdat de opdracht niet wezenlijk is gewijzigd (klachtonderdeel 1), en dat beklaagden het werk moeten opdelen in meerdere percelen waarop afzonderlijk door aannemers kan worden ingeschreven (klachtonderdeel 2).

Klachtonderdeel 1

De Commissie neemt bij de beoordeling van dit klachtonderdeel r.o. 4.4 t/m 4.6 van de uitspraak van de V.zr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197 («JAAN» 2013/66) tot uitgangspunt, volgens welke uitspraak tot uitgangspunt moet worden genomen dat de Europese noch de Nederlandse regelgeving het een aanbesteder verbiedt een lopende aanbesteding af te breken. Het gelijkheids- en transparantiebeginsel kunnen echter met zich meebrengen dat de aanbestedende dienst na het staken van een aanbestedingsprocedure de opdracht, of een op ondergeschikte punten gewijzigde opdracht, niet (opnieuw) mag aanbesteden vanwege het risico van (ongeoorloofde) manipulatie. Een aanbestedende dienst zou een winnende, maar hem onwelgevallige inschrijver kunnen trachten te passeren door opnieuw een aanbesteding van (vrijwel) dezelfde opdracht uit te

schrijven, met een beoordelingskader dat nader toegesneden is op de gewenste ondernemer. Bovendien overwoog de voorzieningenrechter dat indien aan de aanbestedingsprocedure een ernstig gebrek kleeft, er in het algemeen vanuit moet worden gegaan dat de aanbestedende dienst niet alleen gerechtigd is tot staking van de procedure, maar ook tot heraanbesteding van dezelfde opdracht onder verbetering van de formulering van het bestek. Gelet op het voorgaande gaat de Commissie allereerst in op de vraag of de in oktober 2013 gestarte aanbesteding is gestrand op een ernstig procedureel gebrek. Zo ja, dan is de vraag of de opdracht bij de heraanbesteding wezenlijk is gewijzigd, niet meer van belang. Zo nee, dan moet de Commissie wél ingaan op de vraag of de heraanbestede opdracht wezenlijk is gewijzigd. Het is de Commissie onvoldoende gebleken dat de door beklagden als eerste aangekondigde aanbestedingsprocedure is gestrand op een ernstig procedureel gebrek. Beklagden hebben zich op het standpunt gesteld dat het eerste bestek onduidelijkheden bevatte maar vervolgens niet toegelicht waar die onduidelijkheden precies uit bestonden. Zij hebben naar het oordeel van de Commissie ook niet aangetoond dat het zou gaan om ernstige fouten in dat bestek die definitieve gunning aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving onmogelijk maken. In dit verband acht de Commissie onder meer relevant dat beklagden in de kennisgeving tot stopzetten van de aanbesteding hebben gemeld dat die procedure niet tot de gewenste resultaten heeft geleid.

Nu de conclusie van de Commissie is dat de aanbesteding niet is gestrand op een ernstige procedureel gebrek, moet de vraag worden beantwoord of beklagden in het kader van de tweede aanbestedingsprocedure de oorspronkelijke specificaties van de opdracht wezenlijk hebben gewijzigd. Ook deze vraag moet volgens de Commissie ontkennend worden beantwoord. Volgens de Commissie blijkt uit de jurisprudentie (HvJ EU 19 juni 2008, zaak C-454/06, Pressetext) dat, wil sprake zijn van een wezenlijke wijziging van de opdracht, er sprake dient te zijn van een wezenlijke wijziging van de specificaties van de opdracht, dus van het werk, de levering of de dienst zelf. Het splitsen van een opdracht in percelen, het wijzigen van de selectiecriteria en het wijzigen van andere administratieve bepalingen leveren op zichzelf geen wezenlijke wijziging van de opdracht op. Naar het oordeel van de Commissie levert de wijziging (verzwaring) van het gewicht van de weging van het aspect kwaliteit in de tweede inschrijvingsleidraad, afgezet tegen het gewicht van die weging in de eerste Inschrijvingsleidraad, geen wezenlijke wijziging van de opdracht op, omdat die wijziging geen betrekking heeft op de specificaties van het werk maar op het wijzigen van de toepasselijke gunningcriteria. Hetzelfde geldt voor een andere verdeling van de op te dragen werken over de drie aangeduide percelen, nu beklagden niet hebben aangevoerd dat de wezenlijke wijziging is gelegen in uitbreiding van de opdracht.

De Commissie acht klachtonderdeel 1 gegrond.

Klachtonderdeel 2

De Commissie is van oordeel dat de vraag of de in het kader van de tweede aanbestedingsprocedure gegeven motivering waarom de drie percelen als één opdracht worden aangemerkt in het midden kan blijven, nu de Commissie van oordeel is dat beklagden ten onrechte hebben besloten tot heraanbesteding van de opdracht over te gaan.

De Commissie acht klachtonderdeel 2 ongegrond.

» Uitspraak

Het volledige advies van de Commissie is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

» Noot

Deze zaak gaat om een heraanbesteding van een overheidsopdracht nadat de gemeente [X] en Hoogheemraadschap [Y] (hierna: aanbestedende dienst) kennis hadden genomen van de

inschrijvingen. Klager heeft twee klachten ingediend: (1) de opdracht is niet wezenlijk gewijzigd om welke reden heraanbesteding niet is toegestaan; en (2) de (heraanbestede) opdracht dient te worden opgedeeld in meerdere percelen waar afzonderlijk op kan worden ingeschreven.

De aanbestedende dienst heeft in zijn reactie op de eerste klacht gesteld dat heraanbesteding was vereist vanwege een ernstig procedureel gebrek in de eerste aanbesteding. Bovendien was sprake van een wezenlijke wijziging, omdat in de heraanbesteding een gunningscriterium ten opzichte van de eerste aanbesteding was aangepast, aldus de aanbestedende dienst. Opvallend is dat de aanbestedende dienst in de publicatie van een 'Kennisgeving van een onvolledige procedure' waarmee zij de aanbestedingsprocedure had afgebroken als reden had gegeven dat 'de gunningsprocedure niet tot de gewenste resultaten heeft geleid'. Ten aanzien van de tweede klacht heeft de aanbestedende dienst naar zijn oordeel voldoende gemotiveerd waarom hij een verdeling in meerdere percelen althans splitsing van de opdracht niet passend achtte.

Klacht 1

Als uitgangspunt heeft te gelden dat een aanbestedende dienst te allen tijde kan besluiten een aanbesteding stop te zetten en de opdracht niet te gunnen, mits daarbij de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen. [\[noot:1\]](#) Wanneer een aanbestedende dienst na ontvangst van de inschrijvingen beslist om een opdracht niet te gunnen, dan mag hij niet zomaar overgaan tot heraanbesteding. Het is niet de bedoeling dat een aanbestedende diensten onder een onwelgevallig aanbestedingsresultaat uit kan komen door dezelfde opdracht opnieuw aan te besteden. Dit wordt gekwalificeerd als 'leuren'. [\[noot:2\]](#)

Uit de Nederlandse rechtspraak kan worden afgeleid dat het een aanbestedende dienst onder omstandigheden niettemin is toegestaan na ontvangst van de inschrijvingen over te gaan tot heraanbesteding. Dit is tot op heden toelaatbaar geacht in twee situaties: ofwel er kleeft een ernstig gebrek aan de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure ofwel de aanbestedende dienst brengt een wezenlijke wijziging aan in de oorspronkelijke opdracht. Voor wat betreft de eerste: de kans bestaat dat de enkele aanwezigheid van een of meer ernstige gebreken op zichzelf nog niet voldoende wordt geacht voor het oordeel dat heraanbesteding rechtmatig is, maar dat daarvoor tevens een belangenafweging voor nodig is die uitpakt in het voordeel van de aanbestedende dienst. [\[noot:3\]](#) Zo beschouwd is de veiligste route om bij heraanbesteding ter herstel van een ernstig gebrek tevens de opdracht wezenlijk te wijzigen. Het risico van (ongeoorloofde) manipulatie wordt op deze wijze zoveel mogelijk uitgebannen. [\[noot:4\]](#)

1. Ernstig gebrek in de aanbestedingsprocedure

Er is sprake van een ernstig procedureel gebrek in een aanbestedingsprocedure indien de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht worden geschonden. [\[noot:5\]](#) Door de Nederlandse rechter is in ieder geval in de volgende omstandigheden geconcludeerd tot aanwezigheid van een ernstig gebrek op grond waarvan heraanbesteding was geboden: [\[noot:6\]](#)

- voorwaarden en modaliteiten die niet op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zijn geformuleerd waardoor de inschrijvers deze op verschillende wijze interpreteren; [\[noot:7\]](#)
- het niet beoordelen van de inschrijvingen op grond van de in het bestek geformuleerde criteria; [\[noot:8\]](#)
- onduidelijkheid voor de inschrijver wat van hem wordt verwacht en hoe zijn voorstel beoordeeld zal worden; [\[noot:9\]](#)
- een onderdeel van de aanbestedingsstukken dat van belang is voor de berekening van de prijs dat voor tweeërlei uitleg vatbaar is; [\[noot:10\]](#)

- het niet uitnodigen van een inschrijver die nog een kans had om de opdracht gegund te krijgen voor een presentatie waarvoor nog punten konden worden behaald. [\[noot:11\]](#)

In de onderhavige zaak heeft de aanbestedende dienst gesteld dat de ernstige gebreken zouden zijn gelegen in de onduidelijkheden in het bestek. Hij heeft echter vervolgens niet toegelicht waar die ernstige gebreken precies uit bestonden, laat staan dat hij aannemelijk heeft gemaakt dat het zou gaan om ernstige fouten die definitieve gunning aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving onmogelijk zou maken. Het is hierdoor voor de Commissie onvoldoende gebleken dat de eerste aanbestedingsprocedure was gestrand op een ernstig procedureel gebrek. Dit is een begrijpelijk en vanzelfsprekend oordeel. Hiervoor achtte de Commissie overigens tevens relevant dat in de genoemde kennisgeving was vermeld dat de (eerste) gunningsprocedure niet tot de gewenste resultaten had geleid.

2. Wezenlijke wijziging

Nu de vraag of de eerste aanbestedingsprocedure is gestrand op een ernstig procedureel gebrek niet bevestigend kon worden beantwoord, heeft de Commissie de vraag moeten beantwoorden of sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht.

Het HvJ EG heeft in het *Pressetext*-arrest [\[noot:12\]](#) criteria geformuleerd aan de hand waarvan kan worden getoetst of sprake is van een wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht (dat wil zeggen tijdens de uitvoeringsfase). In de Nederlandse jurisprudentie worden de *Pressetext*-criteria naar analogie van toepassing verklaard op de fase vóór de gunning. [\[noot:13\]](#) Dit is niet in alle lidstaten het geval. [\[noot:14\]](#)

Niet geheel duidelijk is op welke gronden deze analoge toepassing is gebaseerd. In de literatuur en jurisprudentie zijn genoemd: het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het vertrouwensbeginsel, de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de precontractuele goede trouw en de precontractuele redelijkheid en billijkheid. [\[noot:15\]](#)

Hoe dan ook, in de gevallen waarin *Pressetext* door de Nederlandse rechter analogoog werd toegepast, betrof de wijziging een wijziging in (de voorwaarden van) de materiële opdracht zelf. In de onderhavige zaak is evenwel niet de opdracht zelf gewijzigd, maar is sprake van een aangepaste weging in de beoordeling van het subcriterium kwaliteit. Kan ook dan analoge toepassing van *Pressetext* aan de orde zijn? Volgens de Commissie niet. Zij stelt dat uit de jurisprudentie blijkt dat wil sprake zijn van een wezenlijke wijziging van de opdracht, er sprake dient te zijn van een wezenlijke wijziging van de *specificaties van de opdracht*, dus van het werk, de levering of de dienst zelf. Het splitsen van een opdracht in percelen, het wijzigen van selectiecriteria en het wijzigen van andere administratieve bepalingen leveren volgens haar geen wezenlijke wijziging van de opdracht op. Dit oordeel van de Commissie lijkt ons geheel juist.

Klacht 2

Over deze klacht heeft de Commissie zich niet inhoudelijk uitgelaten, omdat zij van oordeel was dat de aanbestedende dienst ten onrechte had besloten tot heraanbesteding van de opdracht over te gaan. Of de gegeven motivering waarom splitsing van de opdracht niet passend zou zijn toereikend was, kon daarom in het midden blijven.

JAAN 2015/55 Commissie van Aanbestedingsexperts, 19-12-2014, 142

Heraanbesteding, Ernstig procedureel gebrek, Wezenlijke wijziging

Publicatie	JAAN 2015 afl. 2
Publicatiedatum	18 maart 2015
College	Commissie van Aanbestedingsexperts
Uitspraakdatum	19 december 2014
Rolnummer	142 LJN
Rechter(s)	mr. Jansen mr. Janssen
Partijen	
Noot	mr. ir. M.B. Klijn en mr. S.E. Landheer
Trefwoorden	Heraanbesteding, Ernstig procedureel gebrek, Wezenlijke wijziging,
Regelgeving	

» **Samenvatting**

Gemeente X en Hoogheemraadschap Y (hierna beklaagden) starten in oktober 2013 een Europese openbare aanbesteding voor het schoonmaken en onderhouden van watergangen en bermen in gebied Z. Gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving. De opdracht is opgedeeld in perceel 1a en 1b (areaal gemeente X) en perceel 2 (areaal Hoogheemraadschap). De inschrijvingsleidraad vermeldt zonder verdere motivering dat, hoewel sprake is van een verdeling van het werk in percelen, op de beide percelen gezamenlijk moet worden ingeschreven. Beklaagden publiceren één NvI, waarin beklaagden vragen die betrekking hebben op onduidelijkheden in de aanbestedingsstukken, ophelderen. In december 2013 dient klager zijn inschrijving in. Drie maanden later berichten beklaagden de inschrijvers dat zij hebben besloten de aanbesteding af te breken, omdat de gunningsprocedure niet tot de gewenste resultaten heeft geleid. In juli 2014 kondigen beklaagden een tweede aanbesteding aan voor dezelfde opdracht. De opdracht is nu opgedeeld in drie percelen. Perceel 1 en 2 zien op het areaal van gemeente X, en perceel 3 op het areaal van het Hoogheemraadschap. Op de drie percelen moet gezamenlijk worden ingeschreven. Dit keer wordt uitgebreid gemotiveerd waarom het opsplitsen van de aanbesteding in losse percelen/opdrachten niet passend wordt geacht. In deze tweede aanbesteding wordt het gewicht van de weging van het aspect kwaliteit verzaamd ten opzichte van de weging in de eerste aanbesteding. Klager dient een klacht in bij de Commissie en stelt dat heraanbesteding van het werk in zijn huidige vorm niet mogelijk is en in strijd met de Aanbestedingswet 2012 omdat de opdracht niet wezenlijk is gewijzigd (klachtonderdeel 1), en dat beklaagden het werk moeten opdelen in meerdere percelen waarop afzonderlijk door aannemers kan worden ingeschreven (klachtonderdeel 2).

Klachtonderdeel 1

De Commissie neemt bij de beoordeling van dit klachtonderdeel r.o. 4.4 t/m 4.6 van de uitspraak van de V.zr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197 («JAAN» 2013/66) tot uitgangspunt, volgens welke uitspraak tot uitgangspunt moet worden genomen dat de Europese noch de Nederlandse regelgeving het een aanbesteder verbiedt een lopende aanbesteding af te breken. Het gelijkheids- en transparantiebeginsel kunnen echter met zich meebrengen dat de aanbestedende dienst na het staken van een aanbestedingsprocedure de opdracht, of een op ondergeschikte punten gewijzigde opdracht, niet (opnieuw) mag aanbesteden vanwege het risico van (ongeoorloofde) manipulatie. Een aanbestedende dienst zou een winnende, maar hem onwelgevallige inschrijver kunnen trachten te passeren door opnieuw een aanbesteding van (vrijwel) dezelfde opdracht uit te schrijven, met een beoordelingskader dat nader toegesneden is op de gewenste ondernemer. Bovendien overwoog de voorzieningenrechter dat indien aan de aanbestedingsprocedure een ernstig gebrek kleeft, er in het algemeen vanuit moet worden gegaan dat de aanbestedende dienst niet alleen gerechtigd is tot staking van de procedure, maar ook tot heraanbesteding van dezelfde opdracht onder verbetering van de formulering van het bestek. Gelet op het voorgaande gaat de Commissie allereerst in op de vraag of de in oktober 2013 gestarte aanbesteding is gestrand op een ernstig procedureel gebrek. Zo ja, dan is de vraag of de opdracht bij de heraanbesteding wezenlijk is gewijzigd, niet meer van belang. Zo nee, dan moet de Commissie wél ingaan op de vraag of de heraanbestede opdracht wezenlijk is gewijzigd. Het is de Commissie onvoldoende gebleken dat de door beklagden als eerste aangekondigde aanbestedingsprocedure is gestrand op een ernstig procedureel gebrek. Beklagden hebben zich op het standpunt gesteld dat het eerste bestek onduidelijkheden bevatte maar vervolgens niet toegelicht waar die onduidelijkheden precies uit bestonden. Zij hebben naar het oordeel van de Commissie ook niet aangetoond dat het zou gaan om ernstige fouten in dat bestek die definitieve gunning aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving onmogelijk maken. In dit verband acht de Commissie onder meer relevant dat beklagden in de kennisgeving tot stopzetten van de aanbesteding hebben gemeld dat die procedure niet tot de gewenste resultaten heeft geleid.

Nu de conclusie van de Commissie is dat de aanbesteding niet is gestrand op een ernstige procedureel gebrek, moet de vraag worden beantwoord of beklagden in het kader van de tweede aanbestedingsprocedure de oorspronkelijke specificaties van de opdracht wezenlijk hebben gewijzigd. Ook deze vraag moet volgens de Commissie ontkennend worden beantwoord. Volgens de Commissie blijkt uit de jurisprudentie (HvJ EU 19 juni 2008, zaak C-454/06, Pressetext) dat, wil sprake zijn van een wezenlijke wijziging van de opdracht, er sprake dient te zijn van een wezenlijke wijziging van de specificaties van de opdracht, dus van het werk, de levering of de dienst zelf. Het splitsen van een opdracht in percelen, het wijzigen van de selectiecriteria en het wijzigen van andere administratieve bepalingen leveren op zichzelf geen wezenlijke wijziging van de opdracht op. Naar het oordeel van de Commissie levert de wijziging (verzwaring) van het gewicht van de weging van het aspect kwaliteit in de tweede inschrijvingsleidraad, afgezet tegen het gewicht van die weging in de eerste Inschrijvingsleidraad, geen wezenlijke wijziging van de opdracht op, omdat die wijziging geen betrekking heeft op de specificaties van het werk maar op het wijzigen van de toepasselijke gunningcriteria. Hetzelfde geldt voor een andere verdeling van de op te dragen werken over de drie aangeduide percelen, nu beklagden niet hebben aangevoerd dat de wezenlijke wijziging is gelegen in uitbreiding van de opdracht.

De Commissie acht klachtonderdeel 1 gegrond.

Klachtonderdeel 2

De Commissie is van oordeel dat de vraag of de in het kader van de tweede aanbestedingsprocedure gegeven motivering waarom de drie percelen als één opdracht worden aangemerkt in het midden kan blijven, nu de Commissie van oordeel is dat beklagden ten onrechte hebben besloten tot heraanbesteding van de opdracht over te gaan.

De Commissie acht klachtonderdeel 2 ongegrond.

» **Uitspraak**

Het volledige advies van de Commissie is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

» **Noot**

Deze zaak gaat om een heraanbesteding van een overheidsopdracht nadat de gemeente [X] en Hoogheemraadschap [Y] (hierna: aanbestedende dienst) kennis hadden genomen van de inschrijvingen. Klager heeft twee klachten ingediend: (1) de opdracht is niet wezenlijk gewijzigd om welke reden heraanbesteding niet is toegestaan; en (2) de (heraanbestede) opdracht dient te worden opgedeeld in meerdere percelen waar afzonderlijk op kan worden ingeschreven.

De aanbestedende dienst heeft in zijn reactie op de eerste klacht gesteld dat heraanbesteding was vereist vanwege een ernstig procedureel gebrek in de eerste aanbesteding. Bovendien was sprake van een wezenlijke wijziging, omdat in de heraanbesteding een gunningscriterium ten opzichte van de eerste aanbesteding was aangepast, aldus de aanbestedende dienst. Opvallend is dat de aanbestedende dienst in de publicatie van een ‘Kennisgeving van een onvolledige procedure’ waarmee zij de aanbestedingsprocedure had afgebroken als reden had gegeven dat ‘de gunningsprocedure niet tot de gewenste resultaten heeft geleid’. Ten aanzien van de tweede klacht heeft de aanbestedende dienst naar zijn oordeel voldoende gemotiveerd waarom hij een verdeling in meerdere percelen althans splitsing van de opdracht niet passend achtte.

Klacht 1

Als uitgangspunt heeft te gelden dat een aanbestedende dienst te allen tijde kan besluiten een aanbesteding stop te zetten en de opdracht niet te gunnen, mits daarbij de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen. [\[noot:1\]](#) Wanneer een aanbestedende dienst na ontvangst van de inschrijvingen beslist om een opdracht niet te gunnen, dan mag hij niet zomaar overgaan tot heraanbesteding. Het is niet de bedoeling dat een aanbestedende diensten onder een onwelgevallig aanbestedingsresultaat uit kan komen door dezelfde opdracht opnieuw aan te besteden. Dit wordt gekwalificeerd als ‘leuren’.
[\[noot:2\]](#)

Uit de Nederlandse rechtspraak kan worden afgeleid dat het een aanbestedende dienst onder omstandigheden niettemin is toegestaan na ontvangst van de inschrijvingen over te gaan tot heraanbesteding. Dit is tot op heden toelaatbaar geacht in twee situaties: ofwel er kleeft een

ernstig gebrek aan de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure ofwel de aanbestedende dienst brengt een wezenlijke wijziging aan in de oorspronkelijke opdracht. Voor wat betreft de eerste: de kans bestaat dat de enkele aanwezigheid van een of meer ernstige gebreken op zichzelf nog niet voldoende wordt geacht voor het oordeel dat heraanbesteding rechtmatig is, maar dat daarvoor tevens een belangenafweging voor nodig is die uitpakt in het voordeel van de aanbestedende dienst. [\[noot:3\]](#) Zo beschouwd is de veiligste route om bij heraanbesteding ter herstel van een ernstig gebrek tevens de opdracht wezenlijk te wijzigen. Het risico van (ongeoorloofde) manipulatie wordt op deze wijze zoveel mogelijk uitgebannen. [\[noot:4\]](#)

1. Ernstig gebrek in de aanbestedingsprocedure

Er is sprake van een ernstig procedureel gebrek in een aanbestedingsprocedure indien de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht worden geschonden. [\[noot:5\]](#) Door de Nederlandse rechter is in ieder geval in de volgende omstandigheden geconcludeerd tot aanwezigheid van een ernstig gebrek op grond waarvan heraanbesteding was geboden: [\[noot:6\]](#)

- voorwaarden en modaliteiten die niet op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zijn geformuleerd waardoor de inschrijvers deze op verschillende wijze interpreteren; [\[noot:7\]](#)
- het niet beoordelen van de inschrijvingen op grond van de in het bestek geformuleerde criteria; [\[noot:8\]](#)
- onduidelijkheid voor de inschrijver wat van hem wordt verwacht en hoe zijn voorstel beoordeeld zal worden; [\[noot:9\]](#)
- een onderdeel van de aanbestedingsstukken dat van belang is voor de berekening van de prijs dat voor tweeërlei uitleg vatbaar is; [\[noot:10\]](#)
- het niet uitnodigen van een inschrijver die nog een kans had om de opdracht gegund te krijgen voor een presentatie waarvoor nog punten konden worden behaald. [\[noot:11\]](#)

In de onderhavige zaak heeft de aanbestedende dienst gesteld dat de ernstige gebreken zouden zijn gelegen in de onduidelijkheden in het bestek. Hij heeft echter vervolgens niet toegelicht waar die ernstige gebreken precies uit bestonden, laat staan dat hij aannemelijk heeft gemaakt dat het zou gaan om ernstige fouten die definitieve gunning aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving onmogelijk zou maken. Het is hierdoor voor de Commissie onvoldoende gebleken dat de eerste aanbestedingsprocedure was gestrand op een ernstig procedureel gebrek. Dit is een begrijpelijk en vanzelfsprekend oordeel. Hiervoor achtte de Commissie overigens tevens relevant dat in de genoemde kennisgeving was vermeld dat de (eerste) gunningsprocedure niet tot de gewenste resultaten had geleid.

2. Wezenlijke wijziging

Nu de vraag of de eerste aanbestedingsprocedure is gestrand op een ernstig procedureel gebrek niet bevestigend kon worden beantwoord, heeft de Commissie de vraag moeten beantwoorden of sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht.

Het HvJ EG heeft in het *Pressetext*-arrest [\[noot:12\]](#) criteria geformuleerd aan de hand waarvan kan worden getoetst of sprake is van een wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht (dat wil zeggen tijdens de uitvoeringsfase). In de Nederlandse jurisprudentie worden de *Pressetext*-criteria naar analogie van toepassing verklaard op de fase vóór de gunning. [\[noot:13\]](#) Dit is niet in alle lidstaten het geval. [\[noot:14\]](#)

Niet geheel duidelijk is op welke gronden deze analoge toepassing is gebaseerd. In de literatuur en jurisprudentie zijn genoemd: het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het vertrouwensbeginsel, de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de precontractuele goede trouw en de precontractuele redelijkheid en billijkheid. [\[noot:15\]](#)

Hoe dan ook, in de gevallen waarin *Pressetext* door de Nederlandse rechter analoog werd toegepast, betrof de wijziging een wijziging in (de voorwaarden van) de materiële opdracht zelf. In de onderhavige zaak is evenwel niet de opdracht zelf gewijzigd, maar is sprake van een aangepaste weging in de beoordeling van het subcriterium kwaliteit. Kan ook dan analoge toepassing van *Pressetext* aan de orde zijn? Volgens de Commissie niet. Zij stelt dat uit de jurisprudentie blijkt dat wil sprake zijn van een wezenlijke wijziging van de opdracht, er sprake dient te zijn van een wezenlijke wijziging van de *specificaties van de opdracht*, dus van het werk, de levering of de dienst zelf. Het splitsen van een opdracht in percelen, het wijzigen van selectiecriteria en het wijzigen van andere administratieve bepalingen leveren volgens haar geen wezenlijke wijziging van de opdracht op. Dit oordeel van de Commissie lijkt ons geheel juist.

Klacht 2

Over deze klacht heeft de Commissie zich niet inhoudelijk uitgelaten, omdat zij van oordeel was dat de aanbestedende dienst ten onrechte had besloten tot heraanbesteding van de opdracht over te gaan. Of de gegeven motivering waarom splitsing van de opdracht niet passend zou zijn toereikend was, kon daarom in het midden blijven.

Al met al heeft de Commissie in onze optiek een begrijpelijk advies geschreven, in lijn met de huidige rechtspraak.

mr. ir. M.B. Klijn en mr. S.E. Landheer, Advocaat bij Houthoff Buruma

» Voetnoten

[\[1\]](#)

Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 11 december 2014, C-440/13 (Croce Amica One Italia Srl/AREU), r.o. 36.

[\[2\]](#)

Vzr. Rb. Den Haag 9 juli 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN1217, r.o. 4.11 waar de Voorzieningenrechter benadrukt dat de aanbestedende dienst ook bij heraanbesteding is gebonden aan regels die leuren tegengaan. Vgl. M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Amsterdam: Reed Business Education 2013, p. 465, waar wordt gesteld dat leuren wordt aangemerkt als onverenigbaar met de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

[\[3\]](#)

Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197. Deze uitspraak ligt ook aan de basis van het advies van de Commissie (zie o.v. 6.1.1.). Zie ook: Vzr. Rb. Den Haag 9 januari 2009 in M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Amsterdam: Reed Business Education 2013, p. 476-478. Anders: Vzr. Rb. Amsterdam 22 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0664, waarin de enkele aanwezigheid van gebreken aan de aanbestedingsprocedure voldoende rechtvaardiging voor heraanbesteding was (r.o. 4.19 en 4.20).

[\[4\]](#)

Vgl. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197, r.o. 4.6.

[\[5\]](#)

Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197, r.o. 4.1.

[\[6\]](#)

Op de aanbestedende dienst rust geen heraanbestedingsplicht in het geval geen van de inschrijvers bezwaar maakt tegen het ernstige gebrek. Wanneer de aanbestedende dienst de overeenkomst sluit met de winnende inschrijver, leidt het ernstige gebrek uit de aanbestedingsfase, behoudens bijzondere omstandigheden, niet tot een nietige overeenkomst. Zie ook HR 22 januari 1999, «JAAN» 2007/5119 (Uneto/De Vliert) r.o. 3.3.4.

[\[7\]](#)

Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY9197, r.o. 4.1, 4.4-4.6 en Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7359, r.o. 4.10, «JAAN» 2015/46. Vgl. Vzr. Rb. Arnhem 1 oktober 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK0731, r.o. 4.9, waarin de term ‘ernstig gebrek’ niet wordt gebruikt.

[\[8\]](#)

Vzr. Rb. Overijssel 28 maart 2014, ELCI:NL:RBOVE:2014:1601, r.o. 4.11.

[\[9\]](#)

Vzr. Rb. Gelderland 7 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4742, r.o. 4.4.

[\[10\]](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 18 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4844, r.o. 4.17. In dit geval achtte de voorzieningenrechter heraanbesteding overigens disproportioneel, omdat er niet is gebleken dat enige behoefte was aan een andersoortig ontwerp en een nieuwe aanbesteding aanmerkelijk kostenverhogend zou zijn voor alle belanghebbenden.

[\[11\]](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 6 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:45, r.o. 4.8, «JAAN» 2015/48.

[\[12\]](#)

HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (Presstext). Kort gezegd is van een wezenlijke wijziging sprake indien de wijziging (1) mogelijk zou hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers of de keuze voor een andere offerte; (2) de opdracht in belangrijke mate uitbreidt; of (3) het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer.

[\[13\]](#)

Hof Leeuwarden 12 mei 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI5096, r.o. 19; Vzr. Rb. Den Bosch 3 februari 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP2974, r.o. 4.24; Vzr. Rb. Den Haag 20 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4943, r.o. 3.2; Vzr. Rb. Den Haag 20 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ5311, r.o. 3.3.; Rb. Den Haag 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155, r.o. 4.3; Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY9197, r.o. 4.6; Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028, r.o. 10.

[\[14\]](#)

S.C. Borger en A.-F.M. Van 't Hooft, 'De wezenlijke wijziging in het voorstel voor de nieuwe aanbestedingsrichtlijn', *TA* 2013, 3, p. 95-96. Analoge toepassing komt niet voor in de door hen onderzochte landen, te weten: Duitsland, Frankrijk, Italië, Spanje en Engeland.

[\[15\]](#)

Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY9197, r.o. 4.4 noemt het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel; Vzr. Rb. Den Haag 20 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4943, r.o. 3.2 wijst op het vertrouwensbeginsel en de precontractuele goede trouw; Rb. Den Haag 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155, r.o. 4.3 benoemt het beginsel van gelijke behandeling en precontractuele goede trouw; M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Amsterdam: Reed Business Education 2013, p. 465 noemt het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en de precontractuele goede trouw; E.H. Pijnacker Hordijk e.a.,

Aanbestedingsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 633 spreekt van het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en de precontractuele goede trouw; H.D. van Romburgh, *Aanbestedingsrecht: een inleiding tot het verstrekken van overheidsopdrachten*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2014, p. 75 spreekt van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en de precontractuele redelijkheid en billijkheid; de Commissie wijst in dit advies op het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel.

Al met al heeft de Commissie in onze optiek een begrijpelijk advies geschreven, in lijn met de huidige rechtspraak.

mr. ir. M.B. Klijn en mr. S.E. Landheer, Advocaat bij Houthoff Buruma

» Voetnoten

[\[1\]](#)

Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 11 december 2014, C-440/13 (Croce Amica One Italia Srl/AREU), r.o. 36.

[\[2\]](#)

Vzr. Rb. Den Haag 9 juli 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN1217, r.o. 4.11 waar de Voorzieningenrechter benadrukt dat de aanbestedende dienst ook bij heraanbesteding is gebonden aan regels die leuren tegengaan. Vgl. M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Amsterdam: Reed Business Education 2013, p. 465, waar wordt gesteld dat leuren wordt aangemerkt als onverenigbaar met de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

[\[3\]](#)

Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197. Deze uitspraak ligt ook aan de basis van het advies van de Commissie (zie o.v. 6.1.1.). Zie ook: Vzr. Rb. Den Haag 9 januari 2009 in M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Amsterdam: Reed Business Education 2013, p. 476-478. Anders: Vzr. Rb. Amsterdam 22 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0664, waarin de enkele aanwezigheid van gebreken aan de aanbestedingsprocedure voldoende rechtvaardiging voor heraanbesteding was (r.o. 4.19 en 4.20).

[\[4\]](#)

Vgl. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197, r.o. 4.6.

[\[5\]](#)

Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197, r.o. 4.1.

[\[6\]](#)

Op de aanbestedende dienst rust geen heraanbestedingsplicht in het geval geen van de inschrijvers bezwaar maakt tegen het ernstige gebrek. Wanneer de aanbestedende dienst de overeenkomst sluit met de winnende inschrijver, leidt het ernstige gebrek uit de aanbestedingsfase, behoudens bijzondere omstandigheden, niet tot een nietige overeenkomst. Zie ook HR 22 januari 1999, «JAAN» 2007/5119 (Uneto/De Vliert) r.o. 3.3.4.

[\[7\]](#)

Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY9197, r.o. 4.1, 4.4-4.6 en Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7359, r.o. 4.10, «JAAN» 2015/46. Vgl. Vzr. Rb. Arnhem 1 oktober 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK0731, r.o. 4.9, waarin de term ‘ernstig gebrek’ niet wordt gebruikt.

[\[8\]](#)

Vzr. Rb. Overijssel 28 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1601, r.o. 4.11.

[\[9\]](#)

Vzr. Rb. Gelderland 7 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4742, r.o. 4.4.

[\[10\]](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 18 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4844, r.o. 4.17. In dit geval achtte de voorzieningenrechter heraanbesteding overigens disproportioneel, omdat er niet is gebleken dat enige behoefte was aan een andersoortig ontwerp en een nieuwe aanbesteding aanmerkelijk kostenverhogend zou zijn voor alle belanghebbenden.

[\[11\]](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 6 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:45, r.o. 4.8, «JAAN» 2015/48.

[\[12\]](#)

HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (Pressetext). Kort gezegd is van een wezenlijke wijziging sprake indien de wijziging (1) mogelijk zou hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers of de keuze voor een andere offerte; (2) de opdracht in belangrijke mate uitbreidt; of (3) het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer.

[\[13\]](#)

Hof Leeuwarden 12 mei 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI5096, r.o. 19; Vzr. Rb. Den Bosch 3 februari 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP2974, r.o. 4.24; Vzr. Rb. Den Haag 20 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4943, r.o. 3.2; Vzr. Rb. Den Haag 20 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ5311, r.o. 3.3.; Rb. Den Haag 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155, r.o. 4.3; Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY9197, r.o. 4.6; Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028, r.o. 10.

[\[14\]](#)

S.C. Borger en A.-F.M. Van ‘t Hooft, ‘De wezenlijke wijziging in het voorstel voor de nieuwe aanbestedingsrichtlijn’, *TA* 2013, 3, p. 95-96. Analoge toepassing komt niet voor in de door hen onderzochte landen, te weten: Duitsland, Frankrijk, Italië, Spanje en Engeland.

[\[15\]](#)

Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY9197, r.o. 4.4 noemt het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel; Vzr. Rb. Den Haag 20 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4943, r.o. 3.2 wijst op het vertrouwensbeginsel en de precontractuele goede trouw; Rb. Den Haag 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155, r.o. 4.3 benoemt het

beginsel van gelijke behandeling en precontractuele goede trouw; M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Amsterdam: Reed Business Education 2013, p. 465 noemt het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en de precontractuele goede trouw; E.H. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 633 spreekt van het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en de precontractuele goede trouw; H.D. van Romburgh, *Aanbestedingsrecht: een inleiding tot het verstrekken van overheidsopdrachten*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2014, p. 75 spreekt van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en de precontractuele redelijkheid en billijkheid; de Commissie wijst in dit advies op het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel.