

JAAN 2014/213 Gerechtshof 's-Gravenhage, 30-09-2014, nr. 200.135.049 / 01,

ECLI:NL:GHDHA:2014:3028

Private aanbesteding, Wezenlijke wijziging, Wezenlijke wijziging bij private aanbesteding, Toepasselijkheid algemene beginselen aanbestedingsrecht, Onderhandse gunning van wezenlijk gewijzigde opdracht mogelijk na afbreking private aanbestedingsprocedure; er is dan sprake van een nieuwe opdracht waarvoor geen aanbestedingsplicht geldt

Publicatie	JAAN 2014 afl. 8
Publicatiedatum	19 december 2014
College	Gerechtshof 's-Gravenhage
Uitspraakdatum	30 september 2014
Rolnummer	nr. 200.135.049 / 01 LJN ECLI:NL:GHDHA:2014:3028
Rechter(s)	mr. Van der Helm mr. Van den Berg mr. Van Waesberghe
Partijen	Stichting Het Raamwerk te Noordwijkerhout, appellante, advocaat mr. S. Engels te Woerden, tegen [...] BV te [...], geïntimeerde, advocaat mr. F.E. Boonstra te Noordwijk.
Noot	mr. ir. M.B. Klijn en mr. dr. P. Heijnsbroek en mr. M.C. Pinto
Trefwoorden	Private aanbesteding, Wezenlijke wijziging, Wezenlijke wijziging bij private aanbesteding, Toepasselijkheid algemene beginselen aanbestedingsrecht, Onderhandse gunning van wezenlijk gewijzigde opdracht mogelijk na afbreking private aanbestedingsprocedure; er is dan sprake van een nieuwe opdracht waarvoor geen aanbestedingsplicht geldt,
Regelgeving	Algemene beginselen aanbestedingsrecht Redelijkheid en billijkheid Precontractuele goede trouw

» Samenvatting

Het Raamwerk, een particuliere instelling die zich toelegt op de ondersteuning van kinderen en volwassenen met een lichamelijke en/of verstandelijke beperking, heeft besloten tot realisatie van een nieuwe woonwijk, bestaande uit (onder meer) vijf woontorens, op het terrein van het voormalig Rijnlants Zeehospitium te Katwijk. Om een aannemer te selecteren heeft zij in 2008 een biedboek uitgegeven waarin het programma en de randvoorwaarden van de selectieprocedure zijn vastgelegd. In het biedboek staat dat Het Raamwerk voornemens is grond uit te geven voor de ontwikkeling en realisatie van vijf woontorens (fase 1B) en een opdracht te verstrekken voor het turnkey bouwen van acht zorgwoningen. Er zijn zeven kavels. Kavels 1 tot en met 4 omvatten enkelvoudige biedingen, kavels 6 en 7 gecombineerde biedingen. Gegund zal worden aan de aan de partij die de hoogste bieding heeft gedaan voor kavel 7, dan wel – indien een aantal partijen deelbiedingen hebben gedaan, die gezamenlijk significant hoger zijn dan de hoogste bieding voor kavel 7 – aan die partijen mits er zekerheid bestaat dat deze partijen gezamenlijk de voorgenomen ontwikkeling kunnen realiseren. De Stichting behoudt zich, in geval van een gunning in delen aan verschillende partijen, nadrukkelijk het recht voor om niet alle kavels te gunnen. Ook behoudt de Stichting zich het recht voor om de gronden gefaseerd uit te geven en om de selectieprocedure te wijzigen of te beëindigen. De geselecteerde partij die voor levering van grond in aanmerking komt, moet zich voor de levering conformeren aan de in het biedboek beschreven data voor aanvang en oplevering van de woontorens. Het Raamwerk heeft geïntimeerde uitgenodigd een inschrijving te doen. Geïntimeerde heeft uitsluitend ingeschreven op kavel 7 (alle woontorens) met een bod van € 10.255.000, en heeft

bij inschrijving verklaard in te stemmen met het biedboek. Bij brieven van 25 september 2008 en 7 november 2008 bericht Het Raamwerk aan geïntimeerde dat kavel 4 (woontoren 6) voorlopig niet zal worden uitgegeven, dat de contractbesprekingen zullen worden gestart met de inschrijver die de hoogste bieding heeft gedaan op kavel 6 (vier woontorens), en dat deze inschrijver V is. In de door Het Raamwerk en V ondertekende 'Ontwerp gronduitgifte-overeenkomst' staat dat de grond per fase in appartementsrechten wordt geleverd indien er sprake is van een bruikbare bouwvergunning en 70% van de appartementen in die fase is verkocht. Het staat V vrij om bij een lagere voorverkoop toch over te gaan tot afname van de grond. De verkoop van appartementen in de tweede fase start in ieder geval als 90% van de appartementen in de eerste fase is verkocht, aldus de betreffende overeenkomst. Geïntimeerde is een bodemprocedure gestart bij de Rechtbank Den Haag en vordert dat het Raamwerk de schade vergoedt die zij heeft geleden. Het Raamwerk heeft volgens geïntimeerde in strijd met de aanbestedingsregels de spelregels van de aanbestedingsprocedure veranderd door met V overeen te komen dat V de projectontwikkeling, althans de bouw van de woontorens, pas hoeft te starten wanneer 70% van de appartementen is verkocht, althans verhuurd, terwijl in het biedboek een dergelijke, voor de ontwikkelaar gunstige, bepaling niet is opgenomen. Als zij op de hoogte was geweest van deze gunstigere voorwaarden, had zij een ander bod gedaan met meer kans op gunning, aldus geïntimeerde. De rechtbank heeft, nadat zij in het tussenvonnissen bewijs heeft opgedragen, de vordering bij eindvonnissen toegewezen (vonnissen van 3 oktober 2012 en 3 juli 2013, nr. C/09/407749 HA ZA 11-2712).

Het hof is van oordeel dat de grieven van Het Raamwerk zich lenen voor gezamenlijke behandeling. Bij beoordeling van de grieven neemt het hof tot uitgangspunt dat in hoger beroep door Het Raamwerk niet langer wordt weersproken dat zij met V is overeengekomen dat eerst tot levering en afname hoeft te worden overgegaan wanneer 70% van de appartementen is verkocht. Met grief 1 komt Het Raamwerk op tegen het oordeel van de rechtbank dat door haar als private aanbestedende de algemene beginselen van aanbestedingsrecht in acht moeten worden genomen. Grievens 2 en 3 richten zich tegen het oordeel van de rechtbank dat het beginsel van gelijke behandeling en de precontractuele goede trouw meebrengen dat een aanbestedende partij de opdracht niet wezenlijk mag wijzigen. Het Raamwerk verzet zich in dit verband ook tegen analoge toepassing van de op het leerstuk van de wezenlijke wijziging betrekking hebbende jurisprudentie van het HvJ EU. Met onder meer grief 6 komt Het Raamwerk op tegen de conclusie van de rechtbank dat de afspraak dat eerst tot levering en afname hoeft te worden overgegaan wanneer 70% van de appartementen is verkocht (de 70%-voorverkoop voorwaarde), een niet-toelaatbare wezenlijke wijziging van de opdracht is en niet een nadere invulling van het recht dat Het Raamwerk zich heeft voorbehouden om de gronden gefaseerd uit te geven.

Het hof stelt allereerst voorop dat de regels die ten aanzien van private aanbestedingen voortvloeien uit het arrest van de HR van 3 mei 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, KLM/CCC) van toepassing zijn. Kort samengevat houden deze regels in dat een private partij niet gebonden is aan de Nederlandse of Europese regelgeving voor overheidsaanbestedingen, tenzij deze partij bij potentiële aanbieders de verwachting heeft gewekt dat hij de algemene aanbestedingsbeginselen in acht zal nemen, hetgeen afhankelijk is van het concrete geval. Het staat een private aanbestedende bovendien vrij om in de aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel uit te sluiten, tenzij een beroep op een zodanige uitsluiting in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Naar het oordeel van het hof laat het uitgangspunt uit het bovengenoemde arrest onverlet dat het een aanbestedende is toegestaan om, ook indien de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn, een aanbestedingsprocedure af te breken. Er is geen regel, ook niet een algemeen beginsel van aanbestedingsrecht, die een private opdrachtgever, die (immers) niet aanbestedingsplichtig is, verbiedt om vervolgens niet te kiezen voor een nieuwe aanbestedingsprocedure, maar met één partij te onderhandelen om te komen tot een overeenkomst die hij passend acht. Dat geldt zowel wanneer er geen wezenlijke wijziging van de opdracht plaatsvindt (in welke situatie er immers, zoals geïntimeerde ook onderkent, hoe dan ook ruimte is voor onderhandelingen met de winnende inschrijver) als in de situatie waarin er wel een wezenlijke wijziging van de opdracht plaatsvindt. In die laatste situatie heeft immers te gelden dat er sprake is van een nieuwe opdracht die in het geval van een private aanbestedende niet aanbestedingsplichtig is en ten aanzien waarvan de eerdere inschrijvers niet kunnen eisen dat opnieuw een aanbestedingsprocedure wordt georganiseerd. Wanneer Het Raamwerk aldus zou hebben gehandeld dat zij de aanbestedingsprocedure zou hebben afgebroken en vervolgens door middel van

onderhandelingen een overeenkomst met V zou hebben gesloten, zou geïntimeerde de schade die zij nu stelt te hebben geleden, ook hebben geleden, zo oordeelt het hof. De vordering van geïntimeerde stuit naar het oordeel van het hof reeds daarop af.

Ten overvloede voegt het hof aan zijn oordeel toe dat, indien er veronderstellenderwijs vanuit wordt gegaan dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing zijn, uit het tot die beginselen behorende gelijkheidsbeginsel voort vloeit dat er tussen de aanbesteder en de winnende inschrijver geen overleg mag plaatsvinden dat leidt tot een zodanig wezenlijke wijziging van de inhoud van de opdracht dat de gegunde opdracht op voor de onderlinge vergelijking van de verrichte inschrijvingen wezenlijke punten niet meer overeenkomt met de aanbestede opdracht. Het Raamwerk heeft er naar het oordeel van het hof terecht op gewezen dat het leerstuk van de wezenlijke wijziging van oorsprong slechts betrekking heeft op gevallen waarin de reeds gegunde opdracht later, dus pas tijdens de looptijd ervan, werd gewijzigd, maar dat brengt niet mee dat het een opdrachtgever die een aanbestedingsprocedure organiseert zonder uitsluiting van het gelijkheidsbeginsel, vrij zou staan om de opdracht ten gunste van één inschrijver binnen het kader van een aanbestedingsprocedure vóór de gunning op zodanige manier te wijzigen dat de gegunde opdracht op wezenlijke punten niet meer overeenkomt met de aanbestede opdracht. Om te bepalen of sprake is van een dergelijke wezenlijke wijziging zoekt het hof aansluiting bij de jurisprudentie van het HvJ EU over dit onderwerp. Volgens het Presstext-arrest (19 juni 2008, zaak C-454/06) is onder meer sprake van een wezenlijke wijziging, wanneer de wijziging het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld. Naar het oordeel van het hof kan uitsluitend die laatste situatie zich hier voordoen. In het biedboek is sprake van een onvoorwaardelijke verplichting tot afname van de grond en bouw van de woontorens binnen een bepaalde termijn, terwijl die verplichting voor V slechts bestaat wanneer aan de 70%-voorverkoop voorwaarde is voldaan. Daarmee is het risico van het onverkocht blijven van de appartementen tot op zekere hoogte bij Het Raamwerk blijven rusten op een wijze die niet in het biedboek is voorzien. Uit het feit dat V in die 'optimalisatie' van het project aanleiding heeft gezien haar bieding te verhogen van € 10.215.333 naar € 14.130.000 is bovendien af te leiden dat de 'optimalisatie' een belangrijke economische waarde had die in een hogere prijs tot uitdrukking is gebracht. Het hof is van oordeel dat reeds op deze grond niet kan worden aangenomen dat het economisch evenwicht in het voordeel van V is gewijzigd. Tegenover de gunstigere voorwaarden staat immers een aanzienlijk hogere prijs. Bij die stand van zaken kan naar het oordeel van het hof niet worden aangenomen dat sprake is van een wezenlijke wijziging in de zin van de jurisprudentie van het HvJ EU. Aan de voorwaarden genoemd in het Presstext-arrest is immers niet voldaan. Een bewijsaanbod op dit punt van geïntimeerde ontbreekt bovendien. Ook is er naar het oordeel van het hof geen aanleiding om binnen de kaders van een private aanbesteding strengere normen te hanteren met betrekking tot de vraag of sprake is van een ontoelaatbare wezenlijke wijziging, dan binnen de kaders van een overheidsaanbesteding. Juist binnen de kaders van een private aanbesteding dient het zwaartepunt immers bij de contractsvrijheid te liggen. Wanneer op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU niet kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een wezenlijke wijziging, is er ook geen aanleiding voor de conclusie dat Het Raamwerk in haar verhouding tot geïntimeerde niet zou hebben vrijgestaan om met V een wijziging overeen te komen die het economisch evenwicht van de nadere uitvoeringsovereenkomst niet verandert.

Het bovenstaande betekent dat grief 6 slaagt. De vordering van geïntimeerde stuit ook hierop af. De overige grieven behoeven naar het oordeel van het hof geen verdere behandeling. Het hof vernietigt de tussen partijen gewezen vonnissen van de Rechtbank Den Haag van 3 oktober 2012 en 3 juli 2013.

» Uitspraak Het geding

1. Bij exploit van 2 oktober 2013 is Het Raamwerk in hoger beroep gekomen van de door de rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen vonnissen van 3 oktober 2012 en 3 juli 2013. Bij memorie van grieven heeft Het Raamwerk twaalf grieven aangevoerd en toegelicht. Bij memorie van antwoord (met één productie, welke productie onderdeel was van het bestek) heeft [geïntimeerde] de grieven bestreden.

2. Vervolgens hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

De door de rechtbank in het vonnis van 3 oktober 2012 onder 2.1 tot en met 2.9 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daarvan uitgaan.

3. Het gaat in deze zaak om het volgende:

a. [geïntimeerde] exploiteert een bedrijf dat gespecialiseerd is in projectontwikkeling. Het Raamwerk is een particuliere instelling die zich toelegt op de ondersteuning van kinderen en volwassenen met een lichamelijke en/of verstandelijke beperking.

b. Het Raamwerk heeft besloten tot realisatie van een nieuwe woonwijk, bestaande uit (onder meer) vijf woontorens, op het terrein van het voormalig Rijnlands Zeehospitium te Katwijk. Om een aannemer te selecteren heeft zij een biedboek, gedateerd 6 juni 2008 (hierna: het biedboek), uitgegeven waarin het programma en de randvoorwaarden van de selectieprocedure waren vastgelegd.

c. Bij brief van 13 juni 2008 is [geïntimeerde] door Het Raamwerk in dit verband uitgenodigd voor de inschrijvingsprocedure van de "meervoudig onderhandse aanbesteding Nieuwbouw Fase 1B". In deze brief is onder meer opgenomen: *"Het Raamwerk heeft het programma en de randvoorwaarden voor de bieding voor fase 1b (5 woontorens) vastgelegd in een zogenaamd 'biedboek'. In het biedboek is het programma met de uitgangspunten en randvoorwaarden beschreven voor de 'inschrijving voor fase 1b (5 woontorens)', aangevuld met relevante informatie in de bijlagen. Er zal worden gegund aan de inschrijver die de hoogste bieding heeft gedaan. Het Raamwerk kan besluiten de realisatie van (delen van) het programma aan verschillende inschrijvers te gunnen. In het biedboek zijn de biedingsprocedure en gunningcriteria nader aangegeven."*

d. In het biedboek was onder meer opgenomen:

"Samenvatting

De Stichting Het Raamwerk is voornemens grond uit te geven voor de ontwikkeling en realisatie van (fase 1B) 5 woontorens en een opdracht te verstrekken voor het turnkey bouwen van 8 zorgwoningen. Alle daarvoor noodzakelijke informatie is opgenomen in het onderhavige biedboek en de daarbij behorende bijlagen.

De planning van Het Raamwerk

Voor de ontwikkeling en realisatie van fase 1B (5 woontorens) hanteert Het Raamwerk globaal de volgende planning:

- aanbestedingsprocedure en gunning (Q3 en Q4 2008)
- slopen en bouwrijp maken bouwterrein (Q2 2009)
- realisatie van parkeergarage (Q3 2009 t/m Q3 2010)
- voorbereiding en ontwikkeling 5 woontorens (Q1 2009 t/m Q2 2010)
- realisatie van de 5 woontorens (Q2 2010 t/m Q2 2012).

(...)

4.1.2 Planologische randvoorwaarden

(....) De bouw van de 5 woontorens dient uiterlijk te starten op de in de planning aangegeven datum, of – als dat vanwege het ontbreken van een publiekrechtelijk besluit niet mogelijk is – zo spoedig mogelijk daarna.

(....) Op grond hiervan dient de bouwperiode maximaal 24 maanden te bedragen en dienen de bouwactiviteiten uiterlijk te zijn voltooid op de in de planning aangegeven datum. Bij een toerekenbare overschrijding van deze bouwperiode verbeurt de geselecteerde partij een boete van € 3.000,- per kalenderdag (....).

4.5.3 Levering

De geselecteerde partij die voor levering van grond in aanmerking komt, conformeert zich voor de levering aan de in dit biedboek beschreven data voor aanvang en oplevering van de woontorens. Bij geen of onvoldoende medewerking verbeurt de geselecteerde partij een boete.

5.2 De biedingsprocedure

(....)

5.2.2 Inschrijving (bieding)

De gegadigden (inschrijvers) hebben bij de inschrijving de mogelijkheid een onvoorwaardelijk bod uit te brengen op één of meer van de kavels zoals in tabel 1 is aangegeven. Bij de bieding dienen de gegadigden ervan uit te gaan dat de levering van grond zal plaatsvinden conform op de in de planning aangegeven datum, zie bijlage 1.(....)

Het inschrijvingsformulier dient uiterlijk op 11 september 2008 om 12.00 uur bij voornoemde notaris te zijn ingeleverd.(....)

5.2.3 Gunning

(....)

De Stichting zal de grond uitgeven aan de partij die de hoogste bieding heeft gedaan voor kavel 7, dan wel – indien een aantal partijen deelbiedingen hebben gedaan, die gezamenlijk significant hoger zijn dan de hoogste bieding voor kavel 7 – aan die partijen mits er zekerheid bestaat dat deze partijen gezamenlijk de voorgenomen ontwikkeling kunnen realiseren.

De Stichting behoudt zich in geval van een gunning in delen aan verschillende partijen, nadrukkelijk het recht voor om niet alle kavels te gunnen, bijvoorbeeld omdat zij een of meer kavels wenst te bestemmen voor woonzorg bestemmingen.

De Stichting behoudt zich het recht voor om de gronden gefaseerd uit te geven.(....)”

In het biedboek zijn 7 kavels onderscheiden. Kavels 1 tot en met 4 omvatten enkelvoudige biedingen, kavels 6 en 7 gecombineerde biedingen. [geïntimeerde] heeft (uitsluitend) ingeschreven op kavel 7 (alle woontorens) met een bod van € 10.255.000,-. Op het inschrijvingsformulier is onder meer opgenomen dat de inschrijver verklaart “ 2. bekend te zijn en in te stemmen met het biedboek en de daarbij behorende documenten en bijlagen, waarin de voorwaarden en bepalingen zijn opgenomen die in acht moeten worden genomen bij de herontwikkeling van het terrein van Het Raamwerk; 3. in te stemmen met de inschrijvingsprocedure zoals deze in het biedboek is beschreven; 4. in te stemmen met de bij het biedboek gevoegde concept gronduitgifte- en koop / aanneemovereenkomst voor uitgifte van grond in erfpacht en uitgifte van grond in eigendom, die bij aanvaarding van het bod door de geselecteerde marktpartij en Stichting Het Raamwerk nader zal worden ingevuld. 5. het navolgende gespecificeerde bod uit te brengen voor de aankoop van grond in erfpacht en/of in eigendom en de uitvoering van de werkzaamheden zoals omschreven in het biedboek ; 7. er van op de hoogte te zijn dat Stichting Het Raamwerk zich het recht voorbehoudt om het terrein niet,

gedeeltelijk of gefaseerd uit te geven en om de in het biedboek beschreven selectieprocedure indien dat naar het oordeel van Stichting Het Raamwerk noodzakelijk is, te wijzigen of te beëindigen. ”

Bij brief van 25 september 2008 is [geïntimeerde] namens Het Raamwerk bericht dat kavel 4 (woontoren 6) voorlopig niet zal worden uitgegeven. Bij brief van 7 november 2008 is [geïntimeerde] namens Het Raamwerk bericht dat contractbesprekingen zullen worden gestart met de inschrijver die de hoogste bieding op kavel 6 (vier woontorens) heeft gedaan. Deze inschrijver was [...]. (hierna: [V]).

In de op 19 juni 2009 ondertekende “Ontwerp Gronduitgifteovereenkomst tussen het Raamwerk en [V][...] inzake het zeehofterrein” is onder meer opgenomen: “3.5 De grond wordt per fase in appartementsrechten geleverd indien er sprake is van een bruikbare bouwvergunning en 70% van de appartementen in die fase is verkocht. Het staat [V] vrij om bij een lagere voorverkoop toch over te gaan tot afname van de grond. De verkoop van appartementen in de tweede fase start in ieder geval als 90% van de appartementen in de eerste fase is verkocht.”

In een brief van 24 juni 2009 van Het Raamwerk aan het College Sanering Ziekenhuisvoorzieningen is onder meer opgenomen: “Hierbij stuur ik u de *Ontwerp Gronduitgifteovereenkomst tussen Het Raamwerk en [V] [...]. Uiteraard zijn er op- en aanmerkingen te maken over sommige punten in de overeenkomst, maar gezien het verkoopbedrag in vergelijking met de eerste bieding, heeft Het Raamwerk een goede prijs gekregen voor de vier percelen grond, namelijk € 14.130.000,00. Na een bidboek procedure, waarin de markt haar werk moest doen, bleek dat er voor de vier torens maximaal € 10.215.333,00 geboden werd (door [V] [...]). ”*

In een brief van 26 juni 2009 van [...], gemachtigde van het College Sanering Zorginstellingen, aan bedoeld College is onder meer opgenomen: “*Hoewel het nu overeengekomen bedrag aanzienlijk hoger is dan de eerder uitgebrachte biedingen, hetgeen in deze markt een goede prestatie mag worden genoemd, zijn er ten aanzien van het biedboek een aantal wijzigingen opgetreden. De instelling is meer risico gaan lopen door de voorwaarde dat van de eerste tranche koopwoningen 70% moet zijn verkocht vóór geleverd en betaald wordt en dat eerst met de tweede tranche wordt begonnen als 90% van de eerste is verkocht. ”*

3. [geïntimeerde] vordert in dit geding een verklaring voor recht dat Het Raamwerk aansprakelijk is voor de schade die [geïntimeerde] heeft geleden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, alsmede de veroordeling van Het Raamwerk in de proceskosten. Aan haar vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat Het Raamwerk de “spelregels van de aanbestedingsprocedure” heeft veranderd. Die verandering van de spelregels is, zo betoogt [geïntimeerde], hierin gelegen dat Het Raamwerk met [V] is overeengekomen dat [V] de projectontwikkeling, althans de bouw van de woontorens, pas behoeft te starten wanneer 70% van de appartementen is verkocht, althans verhuurd, terwijl in het biedboek een dergelijke, voor de ontwikkelaar gunstige, bepaling niet was opgenomen.

4. De rechtbank heeft, nadat zij in het tussenvonnissen bewijs heeft opgedragen, de vordering bij eindvonnissen toegewezen.

5. Met grief 1 komt Het Raamwerk op tegen het oordeel van de rechtbank dat door haar als private aanbestedende de algemene beginselen van aanbestedingsrecht in acht moeten worden genomen. Grieven 2 en 3 richten zich tegen het oordeel van de rechtbank dat het beginsel van gelijke behandeling en de precontractuele goede trouw meebrengen dat een aanbestedende partij de opdracht niet wezenlijk mag wijzigen. Het Raamwerk verzet zich in dit verband ook tegen analoge toepassing van de op het leerstuk van de wezenlijke wijziging betrekking hebbende jurisprudentie van het Hof van Justitie. Met grieven 4, 5, 6 en 11 komt Het Raamwerk op tegen de conclusie van de rechtbank dat de afspraak dat eerst tot levering en afname behoeft te worden overgegaan wanneer 70% van de appartementen is verkocht (hierna: de 70%-voorverkoop voorwaarde), een niet-toelaatbare wezenlijke wijziging van de opdracht is en niet een nadere invulling van het recht dat Het Raamwerk zich heeft voorbehouden om de gronden gefaseerd uit te geven. De grieven 7 en 8 richten zich tegen de overweging van de rechtbank dat Het Raamwerk niet heeft weersproken dat [geïntimeerde], als de 70%-voorverkoopvoorwaarde op haar van toepassing was geweest, een ander of hoger bod had kunnen doen en dat de zaak in beginsel kan worden verwezen naar de

schadestaatprocedure. Met grief 9 komt Het Raamwerk op tegen het tussenvonnis als zodanig, terwijl grief 10 aanvoert dat ten onrechte een getuigenverhoor heeft plaatsgevonden. Grief 12 heeft betrekking op de proceskosten.

6. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Bij beoordeling van de grieven neemt het hof tot uitgangspunt dat in hoger beroep door Het Raamwerk niet langer wordt weersproken dat zij met [V] is overeengekomen dat eerst tot levering en afname behoeft te worden overgegaan wanneer 70% van de appartementen is verkocht.

7. Het Raamwerk is als private partij niet gebonden aan de Nederlandse of Europese regelgeving voor overheidsaanbestedingen. De (precontractuele) verhouding tussen Het Raamwerk enerzijds en [geïntimeerde] anderzijds wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Bij beantwoording van de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een private aanbestede de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen staat centraal of de (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbestede de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van het bij de aanbesteding gehanteerde programma, de daarin neergelegde (rand)voorwaarden en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van betrokken partijen. Daarbij heeft te gelden dat uit het beginsel van contractsvrijheid tussen private partijen voortvloeit, dat het partijen in een aanbesteding in beginsel vrijstaat om in de aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel uit te sluiten, zij het dat een beroep op een zodanige uitsluiting in verband met de bijzondere omstandigheden van het betrokken geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (Hoge Raad 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900).

8. Dit uitgangspunt laat onverlet dat het een aanbestede is toegestaan om, ook indien de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn, een aanbestedingsprocedure af te breken. Er is geen regel, ook niet een algemeen beginsel van aanbestedingsrecht, die een private opdrachtgever, die (immers) niet aanbestedingsplichtig is, verbiedt om vervolgens niet te kiezen voor een nieuwe aanbestedingsprocedure, maar met één partij te onderhandelen om te komen tot een overeenkomst die hij passend acht. Dat geldt zowel wanneer er geen wezenlijke wijziging van de opdracht plaatsvindt (in welke situatie er immers, zoals [geïntimeerde] ook onderkent, hoe dan ook ruimte is voor onderhandelingen met de winnende inschrijver) als in de situatie waarin er wel een wezenlijke wijziging van de opdracht plaatsvindt. In die laatste situatie heeft immers te gelden dat er sprake is van een nieuwe opdracht die in het geval van een private aanbestede niet aanbestedingsplichtig is en ten aanzien waarvan de eerdere inschrijvers niet kunnen eisen dat opnieuw een aanbestedingsprocedure wordt georganiseerd. Wanneer Het Raamwerk aldus zou hebben gehandeld dat zij de aanbestedingsprocedure zou hebben afgebroken en vervolgens door middel van onderhandelingen een overeenkomst met [V] zou hebben gesloten, zou [geïntimeerde] de schade die zij nu stelt te hebben geleden, ook hebben geleden. De vordering stuit daarop reeds af.

9. Het hof voegt daaraan ten overvloede het volgende toe, waarbij er veronderstellenderwijs vanuit wordt gegaan dat de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn. Uit het tot die beginselen behorende gelijkheidsbeginsel vloeit voort dat er tussen de aanbestede en de winnende inschrijver geen overleg mag plaatsvinden dat leidt tot een zodanig wezenlijke wijziging van de inhoud van de opdracht dat de gegunde opdracht op voor de onderlinge vergelijking van de verrichte inschrijvingen wezenlijke punten niet meer overeenkomt met de aanbestede opdracht. Het Raamwerk heeft er terecht op gewezen dat het leerstuk van de wezenlijke wijziging van oorsprong slechts betrekking heeft op gevallen waarin de reeds gegunde opdracht later, dus pas tijdens de looptijd ervan, werd gewijzigd, maar dat brengt niet mee dat het een opdrachtgever die een aanbestedingsprocedure organiseert zonder uitsluiting van het gelijkheidsbeginsel, vrij zou staan om de opdracht ten gunste van één inschrijver binnen het kader van een aanbestedingsprocedure vóór de gunning op zodanige manier te wijzigen dat de gegunde opdracht op wezenlijke punten niet meer overeenkomt met de aanbestede opdracht. Om te bepalen of sprake is van een dergelijke wezenlijke wijziging zoekt het hof aansluiting bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie over dit onderwerp. Het feit dat Het Raamwerk geen overheidsopdrachtgever is, is daarbij niet van belang wanneer er

veronderstellenderwijs vanuit wordt gegaan dat de beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn.

10. Uit het arrest *Succhi di Frutta* (zaak C-496/99, arrest van 29 april 2004) is af te leiden dat het een aanbestedende dienst niet is toegestaan de algemene opzet van de inschrijving te veranderen door (nadien) eenzijdig één van de essentiële voorwaarden ervan te wijzigen, in het bijzonder een bepaling die, indien zij in het inschrijvingsbericht had gestaan, de inschrijvers in staat zou hebben gesteld een inhoudelijk andere offerte in te dienen. Van een wezenlijke wijziging van een nog lopende (aanbestedingsplichtige) overeenkomst inzake een overheidsopdracht is blijkens het latere *Pressetext*-arrest (zaak C-454/06, arrest van 19 juni 2008) onder meer sprake wanneer die wijziging voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen, en ook wanneer zij het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld. Naar het oordeel van het hof kan uitsluitend die laatste situatie zich hier voordoen. Dat sprake zou kunnen zijn van toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten heeft [geïntimeerde] niet gesteld, zomin als zij heeft gesteld dat Het Raamwerk tot de keuze voor een andere offerte zou zijn gekomen. Voor zover haar stelling dat zij, zou zij de 70%-voorverkoop voorwaarde hebben gekend, een ander bod zou hebben uitgebracht, aldus moet worden begrepen dat Het Raamwerk haar bod zou hebben gekozen, geldt dat deze stelling niet van enige onderbouwing is voorzien, terwijl vast staat dat de 70%-voorverkoopvoorwaarde is overeengekomen met betrekking tot kavel 6, en [geïntimeerde] uitsluitend een bod heeft uitgebracht op kavel 7.

11. In het biedboek is sprake van een onvoorwaardelijke verplichting tot afname van de grond en bouw van de woontorens binnen een bepaalde termijn, terwijl die verplichting voor [V] slechts bestaat wanneer aan de 70%-voorverkoop voorwaarde is voldaan. Daarmee is het risico van het onverkocht blijven van de appartementen tot op zekere hoogte bij Het Raamwerk blijven rusten op een wijze die niet in het biedboek is voorzien. Uit het feit dat [V] in die "optimalisatie" van het project aanleiding heeft gezien haar bieding te verhogen van € 10.215.333,- naar € 14.130.000,- is bovendien af te leiden dat de "optimalisatie" een belangrijke economische waarde had die in een hogere prijs tot uitdrukking is gebracht. Het hof is van oordeel dat reeds op deze grond niet kan worden aangenomen dat het economisch evenwicht in het voordeel van [V] is gewijzigd. Voor zover er sprake is van gunstiger voorwaarden, staat daar immers een aanzienlijk hogere prijs tegenover. [geïntimeerde], op wie de stelplicht rust, heeft niet gemotiveerd gesteld dat het economisch evenwicht van de overeenkomst wel is gewijzigd door het opnemen van de 70%-voorverkoop voorwaarde en zij is ook niet gemotiveerd ingegaan op de betwisting daarvan door Het Raamwerk, die daarbij heeft gewezen op het verhoogde bod van [V]. Bij die stand van zaken kan niet worden aangenomen dat sprake is van een wezenlijke wijziging in de zin van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Aan de voorwaarden genoemd in het *Pressetext*-arrest is immers niet voldaan. Een bewijsaanbod op dit punt van [geïntimeerde] ontbreekt, zodat ook daarom aan bewijslevering niet wordt toegekomen.

12. Er is geen aanleiding om binnen de kaders van een private aanbesteding strengere normen te hanteren met betrekking tot de vraag of sprake is van een ontoelaatbare wezenlijke wijziging, dan binnen de kaders van een overheidsaanbesteding. Juist binnen de kaders van een private aanbesteding dient het zwaartepunt immers bij de contractsvrijheid te liggen. Wanneer op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie niet kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een wezenlijke wijziging, is er ook geen aanleiding voor de conclusie dat het Het Raamwerk in haar verhouding tot [geïntimeerde] niet zou hebben vrijgestaan om met [V] ten aanzien van kavel 6, waarop [geïntimeerde] niet heeft geboden, een wijziging overeen te komen die het economisch evenwicht van de nadere uitvoeringsovereenkomst niet verandert. Er is bovendien geen aanleiding te veronderstellen dat, zonder die beweerdelijke verandering van het economisch evenwicht, door [geïntimeerde] wél een bod zou zijn uitgebracht op kavel 6 waar zij dat eerder niet heeft gedaan, of een bod op kavel 7 dat zoveel hoger was dan haar eerdere bod en relatief zoveel hoger ten aanzien van de andere biedingen dat kavel 6 of 7 aan haar gegund zou zijn.

13. Het bovenstaande betekent dat grief 6 slaagt. De vordering van [geïntimeerde] stuit ook hierop af. De overige grieven behoeven dan geen verdere behandeling.

14. [geïntimeerde] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep. Deze worden in eerste aanleg begroot op € 560,- griffierecht, € 20,80 getuigentaxe en € 1.808,- voor salaris advocaat en derhalve in totaal € 2.388,80. In hoger beroep worden deze kosten begroot op € 683,- aan griffierecht en € 894,- (1 punt x tarief II) aan salaris van de advocaat.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt de tussen partijen gewezen vonnissen van de rechtbank Den Haag van 3 oktober 2012 en 3 juli 2013,

en, opnieuw rechtdoende:

- wijst de vordering af;

- veroordeelt [geïntimeerde] in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van Het Raamwerk tot op 3 juli 2013 begroot op € 2.388,80;

- veroordeelt [geïntimeerde] in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Het Raamwerk tot op heden begroot op € 683,- aan verschotten en € 894,- aan salaris advocaat;

- verklaart dit arrest met betrekking tot de uitgesproken kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

» Noot

In deze zaak, waarin het ging om een private aanbesteding van een projectontwikkeling, was in de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht een onvoorwaardelijke verplichting tot afname van de grond opgenomen. Tijdens de contractbesprekingen met de beoogde ontwikkelaar wordt echter in afwijking daarvan – ten gunste van de ontwikkelaar – een voorverkooppercentage overeengekomen. In deze noot gaan wij in op deze (wezenlijke?) wijziging. In dat verband behandelen wij twee aspecten:

a. de vrijbrief die het hof lijkt te geven voor wezenlijke wijzigingen door een private aanbesteder, ook als de aanbestedingsbeginselen van toepassing zijn;

b. de bewijsproblematiek voor de klager die meent dat sprake is van een wezenlijke wijziging.

De toepasselijkheid van de beginselen van aanbestedingsrecht bij private aanbestedingen, waaraan dit arrest ook aandacht besteed, wordt besproken in de noot van mr. M.C. Pinto bij dit arrest.

1. Vrijbrief voor wezenlijke wijzigingen?

Het hof meent dat het een private aanbesteder – ook als de aanbestedingsbeginselen van toepassing zijn – is toegestaan de opdracht wezenlijk te wijzigen (r.o. 8). Het hof komt tot deze conclusie door allereerst te stellen dat een aanbesteder te allen tijde gerechtigd is een aanbesteding af te breken en dat geen regel of beginsel verbiedt dat een private aanbesteder vervolgens onderhandelingen begint met één partij. Het hof stelt een dergelijke situatie vervolgens gelijk aan die van een wezenlijke wijziging tijdens de aanbesteding, wat namelijk leidt tot een nieuwe opdracht die in geval van een private opdrachtgever niet aanbestedingsplichtig is. Langs deze redenering komt het hof tot de conclusie dat een aanbesteder na ontvangst van de inschrijvingen met één van de inschrijvers mag onderhandelen en de opdracht wezenlijk mag wijzigen, ook al stond de mogelijkheid tot het doorvoeren van de wijziging in kwestie niet in de aanbestedingsstukken. Dit is wat Het Raamwerk in casu heeft gedaan met inschrijver [V].

Het leidt weinig twijfel dat een dergelijk handelen in ieder geval is toegestaan indien de aanbestedingsbeginselen niet van toepassing zijn en de aanbestedingsstukken daaraan niet in de weg staan. Voor het geval deze beginselen wel toepasselijk zijn op de aanbestedingsprocedure vinden wij het oordeel van het hof opmerkelijk. Volgens ons moet in dit verband een onderscheid worden gemaakt tussen wijzigingen tijdens en na de aanbesteding.

Wijzigingen tijdens de aanbesteding

Uitgangspunt is de gelijke behandeling. Het gelijkheidsbeginsel vereist dat de aanbesteder de inschrijvingen onderling kan vergelijken; inschrijvers moeten zich daarom houden aan de gestelde eisen. Door de gelijke behandeling weten de inschrijvers dat hun een faire kans wordt geboden op het verwerven van de opdracht. Wijziging van de aanbestedingsstukken na inschrijving ten gunste van slechts één inschrijver doet hieraan afbreuk; de inschrijvingen worden onvergelijkbaar en de inschrijvers worden ongelijk behandeld. [\[noot:1\]](#)

De bescherming uit hoofde van het gelijkheidsbeginsel wordt ons inziens aanzienlijk uitgehold door de uitleg die het hof in casu heeft gevolgd. Wij menen dat een private aanbesteder zich in deze fase van de aanbesteding niet aan de bescherming van het gelijkheidsbeginsel zou moeten kunnen onttrekken door de aanbesteding af te breken, de opdracht vervolgens wezenlijk te wijzigen en daarmee één-op-één in onderhandeling te treden met één van de oorspronkelijke inschrijvers. Dit zou ons inziens een omzeiling vormen van het toepasselijke gelijkheidsbeginsel. Een private aanbesteder zou dan namelijk in feite – zonder dat dat viel te verwachten – inschrijvers willekeurig en ongelijk kunnen behandelen door de voorwaarden voor één inschrijver aan te passen.

Bovendien zou dit omzeilen van het gelijkheidsbeginsel de private aanbesteder ons inziens ook de mogelijkheid geven om te leuren: de aanbesteder zou met kennis van alle inschrijvingen twee inschrijvers kunnen benaderen en vragen om hun inschrijving aan te passen op basis van wezenlijk gewijzigde aanbestedingsstukken. Het tegen elkaar uitspelen van gegadigden kan een onrechtmatige daad opleveren. [\[noot:2\]](#)

Kortom, wij menen dat het in beginsel strijdig is met het gelijkheidsbeginsel om na ontvangst van de inschrijvingen de aanbestedingsstukken wezenlijk te wijzigen en slechts één (of enkele) van de inschrijvers te vragen hun inschrijving daarop aan te passen. Als een private aanbesteder deze ruimte wil, dan kan dat wat ons betreft in principe alleen indien hij zich die ruimte van tevoren duidelijk heeft voorbehouden (bijvoorbeeld door uitdrukkelijk het gelijkheidsbeginsel uit te sluiten).

Wijzigingen na de aanbesteding

Bij wijzigingen na de aanbesteding gaat het om wijzigingen tijdens de looptijd van de overeenkomst. Bij Europese aanbestedingen en aanbestedingen onder het VwEU geldt dat een wezenlijke wijziging leidt tot een nieuwe plaatsing van een opdracht. Voor die nieuwe opdracht geldt dan normaal gesproken een aanbestedingsplicht, zodat een nieuwe aanbesteding moet volgen. [\[noot:3\]](#) Daarbij is dus niet vereist om de oorspronkelijke aanbesteding te heropenen en inschrijvers die deelnamen aan de aanvankelijke aanbestedingsprocedure een nieuwe kans te bieden op de wezenlijk gewijzigde opdracht. Bovendien zou dat praktisch ook lastig kunnen zijn: sommige van die oorspronkelijke inschrijvers bestaan mogelijk niet meer (bijv. door faillissement, fusie of overname) en de opdracht is deels al uitgevoerd.

Bij toepasselijkheid van de aanbestedingsbeginselen bij een private aanbesteding leidt een wezenlijke wijziging van de opdracht na aanbesteding eveneens tot een nieuwe opdracht. Alleen, de private aanbesteder is niet aanbestedingsplichtig en dus kan deze in beginsel wel één-op-één aan de zittende opdrachtnemer worden gegund (lees: de wezenlijke gewijzigde opdracht mag door de zittende opdrachtnemer worden uitgevoerd). Op dit punt zijn wij het in principe eens met het hof.

Hierbij hoort ons inziens wel een uitzondering: wijziging *na* aanbesteding zou wat ons betreft niet mogen worden toegestaan indien dat in feite een ontoelaatbare wijziging *tijdens* de aanbesteding zou inhouden en het gelijkheidsbeginsel aldus zou worden omzeild. Dit zou bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn indien reeds tijdens de aanbesteding een wezenlijke wijziging wordt voorzien (en wellicht

al wordt besproken met de winnende inschrijver), maar deze pas wordt doorgevoerd nadat de overeenkomst is gesloten. Een dergelijk kunstmatige constructie die erop is gericht het gelijkheidsbeginsel te omzeilen zou ons inziens niet mogen slagen. [\[noot:4\]](#)

2. Bewijsproblematiek

Het hof beoordeelt ten overvloede of de wijzigingen in kwestie als wezenlijk zouden moeten worden gekwalificeerd. Het hof haalt de mogelijk relevante *Presstext*-criteria aan: van een wezenlijke wijziging is onder meer sprake wanneer die wijziging voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, (1) zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten; of (2) tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen; en ook (3) wanneer zij het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld. [\[noot:5\]](#) Onbekend is wat partijen in casu precies hebben aangevoerd, maar wat in ieder geval opvalt is dat bij criterium 1 en 2 de enkele *mogelijkheid* dat daarvan sprake zou kunnen zijn volgens het hof kennelijk nog geen wezenlijke wijziging met zich kan brengen. Dit is ons inziens in strijd met wat het Europese hof in *Presstext* heeft bedoeld, kijkend naar de respectieve teksten van de Engelse, Franse en Duitse vertaling van dit arrest [\[noot:6\]](#) en de conclusie van A-G Kokott, [\[noot:7\]](#) en bovendien niet in lijn met eerdere jurisprudentie van het Europese hof. [\[noot:8\]](#) Deze in onze ogen onjuiste toepassing van de *Presstext*-criteria maakt de bewijspositie van de klager in kwestie echter aanmerkelijk lastiger. [\[noot:9\]](#) Het hof stelt mede op grond van de door hem toegepaste – onjuiste – interpretatie van de criteria dat alleen criterium 3 zich in het onderhavige geval kan voordoen.

Terwijl het biedboek uitging van een onvoorwaardelijke verplichting tot afname van de grond en bouw van de woontorens, ontstond deze verplichting op grond van de gronduitgifteovereenkomst pas wanneer een voorverkooppercentage van 70% was bereikt. Op zichzelf beschouwd, leidt dit naar onze mening tot een wijziging van het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer. Echter, volgens het hof stond daartegenover dat, in het voordeel van de aanbestedende dienst, de bieding was verhoogd van € 10.215.333 naar € 14.130.000. Per saldo kon daarom volgens het hof niet worden geoordeeld dat aan het derde criterium was voldaan. De klagende inschrijver heeft op dit punt onvoldoende gemotiveerd gesteld. Dit oordeel kunnen wij billijken.

Wel roept dit bij ons de vraag op hoe je als klager de verschuiving van het economisch evenwicht kunt aantonen. Wij menen dat niet onder alle omstandigheden kan worden verlangd dat een klager bewijst dat een complex van verschillende wijzigingen per saldo gunstig uitpakt voor de opdrachtnemer (de winnende inschrijver), ten koste van de opdrachtgever. Daarvoor zal namelijk in veel gevallen onder meer kennis vereist zijn van de interne bedrijfsprocessen van de opdrachtnemer (en misschien ook wel van de opdrachtgever), waarover een klager over het algemeen niet zal beschikken. Dit zou pleiten voor een meer objectieve benadering: voldoende zou moeten zijn indien wordt aangetoond dat normaal gesproken bij dergelijke wijzigingen het economisch evenwicht mag worden geacht te zijn verschoven ten gunste van de opdrachtnemer. Het is dan eventueel aan de opdrachtnemer om te bewijzen dat in het specifieke geval toch geen sprake is wijziging van het economisch evenwicht van de overeenkomst in zijn voordeel.

Dit arrest betreft het hoger beroep van een bodenzaak [\[noot:10\]](#) over een private aanbesteding. Stichting Het Raamwerk, een private instelling, had enkele partijen uitgenodigd voor een meervoudig onderhandse aanbesteding betreffende de realisatie van een nieuwe woonwijk op het terrein van het voormalig Rijnlands Zeehospitium te Katwijk, bestaande uit vijf woontorens. Van Rhijn, één van de inschrijvende ontwikkelaars, vorderde schadevergoeding, omdat Het Raamwerk de voorwaarden in het Biedboek wezenlijk zou hebben gewijzigd ten gunste van VORM, de winnaar. Het Raamwerk was kennelijk akkoord gegaan met een 70%-voorverkoop voorwaarde (de ontwikkelaar hoefde niet eerder met de realisatie aan te vangen dan nadat 70% van de te realiseren appartementen zouden zijn verkocht), waar VORM een verhoging van haar bod met ongeveer € 4 miljoen tegenover had gesteld.

Onderstaande noot gaat over de vrijheid die het hof in dit arrest toedicht aan private aanbesteders. De relevantie van dit arrest voor het leerstuk van de wezenlijke wijziging wordt besproken in de noot bij dit arrest van mr. M.B. Klijn en mr. dr. P. Heijnsbroek.

Uitspraak in eerste aanleg

De rechtbank deed in eerste aanleg uitspraak op 3 oktober 2012, ruimschoots voor het KLM/CCC-arrest [\[noot:11\]](#) (op 3 mei 2013) door de Hoge Raad werd gewezen. In eerste aanleg overwoog de rechtbank dat de Europese en nationale aanbestedingsregels niet van toepassing waren op de door Het Raamwerk georganiseerde aanbesteding. De rechtbank achtte de Stichting wel gehouden zich te gedragen overeenkomstig de geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase. Aanbieders mochten erop rekenen, aldus de rechtbank, dat bij de aanbesteding de algemene beginselen van aanbestedingsrecht zoals het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel door Het Raamwerk (ook als private partij) in acht zouden worden genomen. In rechtsoverweging 4.3 oordeelde de rechtbank dat het leerstuk van de wezenlijke wijziging in beginsel ook van toepassing was op private aanbestedingen. Vervolgens verklaarde de rechtbank de arresten 'Succhi di Frutta' (zaak C-496/99) en Passetext (zaak C-454/06) van het HvJ EU naar analogie van toepassing.

PG Goutum, vergelijkbare uitspraak

Op dezelfde dag, 3 oktober 2012, deed de voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden ook uitspraak in een zaak over een private aanbesteding. [\[noot:12\]](#) Die zaak betrof de restauratie van het hekwerk om de Agneskerk te Goutum. De voorzieningenrechter overwoog, net als Rechtbank Den Haag, dat het Kerkgenootschap in een private aanbestedingsprocedure was gehouden zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Die maatstaven hielden, volgens de voorzieningenrechter, in elk gevalde eerbiediging van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht in, te weten het gelijkheidsbeginsel en in het verlengde daarvan het transparantiebeginsel. Beide rechtbanken deden hun uitspraken nadat in de KLM/CCC-zaak arrest was gewezen door het Gerechtshof Amsterdam. [\[noot:13\]](#) De overwegingen van de voorzieningenrechter van Rechtbank Leeuwarden waren een letterlijk citaat van de overwegingen van het Hof Amsterdam.

De indruk kon ontstaan dat het Europese aanbestedingsrecht doorsijpelde naar private aanbestedingen. De rechtbanken en het Amsterdamse hof wijdden weinig woorden aan de exacte invulling van de private aanbestedingen en baseerden zich vooral op de omstandigheid dat in een geheel private verhouding de precontractuele fase wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Precontractuele fase, eisen van redelijkheid en billijkheid

Al in 1957 overwoog de Hoge Raad [\[noot:14\]](#) dat de precontractuele goede trouw (thans: redelijkheid en billijkheid) meebrengt dat partijen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij:

‘dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij;’

Die gerechtvaardigde belangen worden gekleurd door de gewekte verwachtingen, zoals de Hoge Raad duidelijk maakte in het KLM/CCC-arrest:

‘(...) dat [de aanbestedingsrechtelijke; [MP] beginselen niet bij iedere aanbesteding in acht behoeven te worden genomen, maar dat hun toepasselijkheid onder meer afhankelijk is van de aanbestedingsvoorwaarden en de verwachtingen die de (potentiële) aanbieders op basis daarvan redelijkerwijs mochten hebben.’

In de casus van het KLM/CCC-arrest had de private aanbestedder (KLM) niet de verwachting gewekt overeenkomstig de aanbestedingsrechtelijke beginselen te zullen handelen. In die situatie hoefden de inschrijvers dan ook niet te rekenen op een 'redelijke behandeling', leek de strekking van het arrest van de Hoge Raad. In hoeverre een partij een gerechtvaardigd belang heeft bij een redelijke behandeling is afhankelijk van de verwachtingen die die partij redelijkerwijs mag koesteren.

PG Goutum, hoger beroep

Op 2 juli 2013 deed het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uitspraak [\[noot:15\]](#) in het hoger beroep van de zaak over de restauratie van het hekwerk van de Agneskerk. Het hof had kennis genomen van het arrest van de Hoge Raad en onderzocht in hoeverre het kerkgenootschap de verwachting had gewekt zich te houden aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen. De omstandigheid dat een Model K-formulier, behorende bij het Aanbestedingsreglement werken 2005, moest worden ingevuld, hield naar het oordeel van het hof bepaald niet in dat het kerkgenootschap daarmee beoogde de Aanbestedingsreglement werken 2005 integraal toe te passen. Ook de omvang van het kerkgenootschap als beheerder van enkele kerkgebouwen kon, naar 's hofs oordeel, geen verwachtingen over gebondenheid aan het Europese aanbestedingsrecht in het leven hebben geroepen.

Uitspraak Het Raamwerk

Gerechtshof Den Haag lijkt de nadruk te hebben gelegd op een ander gedeelte van het KLM/CCC-arrest, dan Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. De HR overwoog dat de door KLM gestelde voorwaarden weliswaar de aanbestedingsrechtelijke beginselen niet expliciet uitsloten, maar haar wel alle vrijheid van handelen lieten. Omdat de voorwaarden duidelijk waren over die vrijheid, las de HR toch een uitsluiting van de aanbestedingsrechtelijke beginselen in de voorwaarden:

'Hoewel die voorwaarden niet expliciet melding maken van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, laten zij KLM in beginsel alle vrijheid van handelen, en staan zij haar in het bijzonder toe om tijdens het aanbestedingsproces onderhandelingen aan te gaan en een overeenkomst te sluiten met een andere inschrijver of een niet bij de inschrijving betrokken partij.'

Hoewel het hof eerst overweegt dat voor de toepasselijkheid van de aanbestedingsrechtelijke beginselen de gewekte verwachtingen cruciaal zijn, hanteert het hof vervolgens een redenering waarin de gewekte verwachtingen geen enkele rol spelen. Overweging 8 van het onderhavige arrest echoot de overweging van de Hoge Raad over de door KLM voorbehouden vrijheid, maar kent een geheel andere inhoud. Het hof wijst Van Rhijn's vordering tot schadevergoeding af met de redenering dat een private opdrachtgever op ieder moment een aanbestedingsprocedure kan afbreken en ervoor kan kiezen met één partij te onderhandelen over dezelfde of een andere overeenkomst:

'Dit uitgangspunt laat onverlet dat het een aanbestedder is toegestaan om, ook indien de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn, een aanbestedingsprocedure af te breken. Er is geen regel, ook niet een algemeen beginsel van aanbestedingsrecht, die een private opdrachtgever, die (immers) niet aanbestedingsplichtig is, verbiedt om vervolgens niet te kiezen voor een nieuwe aanbestedingsprocedure, maar met één partij te onderhandelen om te komen tot een overeenkomst die hij passend acht. Dat geldt zowel wanneer er geen wezenlijke wijziging van de opdracht plaatsvindt (in welke situatie er immers, zoals [Van Rhijn; MP] ook onderkent, hoe dan ook ruimte is voor onderhandelingen met de winnende inschrijver) als in de situatie waarin er wel een wezenlijke wijziging van de opdracht plaatsvindt. In die laatste situatie heeft immers te gelden dat er sprake is van een nieuwe opdracht die in het geval van een private aanbestedder niet aanbestedingsplichtig is en ten aanzien waarvan de eerdere inschrijvers niet kunnen eisen dat opnieuw een aanbestedingsprocedure wordt georganiseerd. Wanneer Het Raamwerk aldus zou hebben gehandeld dat zij de aanbestedingsprocedure zou hebben afgebroken en vervolgens door middel van onderhandelingen een overeenkomst met [VORM; MP] zou hebben gesloten, zou [Van Rhijn; MP] de schade die zij nu stelt te hebben geleden, ook hebben geleden. De vordering stuit daarop reeds af.'

Is sprake van een wezenlijke wijziging van een privaats aanbestede opdracht, dan moet de wezenlijk gewijzigde opdracht worden gezien als een nieuwe opdracht. Het hof meent dat voor een private aanbesteding in dat geval de doorlopen aanbestedingsprocedure geen rol meer speelt en enkel geldt: de nieuwe opdracht kan door de private opdrachtgever worden vergeven op de wijze die hem goedgevindt.

Is geen sprake van een wezenlijke wijziging, dan kan een private aanbesteding een lopende aanbesteding altijd afbreken. Volgens het hof is er geen regel die de private aanbesteding verbiedt om vervolgens niet te kiezen voor een nieuwe aanbestedingsprocedure, maar met één partij te onderhandelen.

Het hof gaat voorbij aan de gerechtvaardigde belangen van de inschrijvers in de private aanbesteding. Het hof had, op grond van het KLM/CCC-arrest, moeten onderzoeken welke verwachtingen waren gewekt bij de inschrijvers en de hier geldende eisen van redelijkheid en billijkheid aan de hand daarvan moeten invullen. Het oordeel van het hof in deze zaak strookt niet met de lijn die de Hoge Raad heeft ingezet met het Baris/Riezenkamp-arrest en voorlopig heeft geresulteerd in het KLM/CCC-arrest.

mr. ir. M.B. Klijn en mr. dr. P. Heijnsbroek, Advocaat bij Houthoff Buruma
mr. M.C. Pinto, Advocaat bij Kennedy Van der Laan

» Voetnoten

[\[1\]](#)

Dit is mogelijk anders indien bij een private aanbesteding na ontvangst van de inschrijvingen de aanbestedingsstukken worden gewijzigd en *alle* inschrijvers vervolgens een nieuwe kans wordt geboden daarop in te schrijven.

[\[2\]](#)

Zie bijvoorbeeld HR 16 januari 1981, *NJ* 1981, 426 (Van Oosterom/Majoor); Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Reed Business Education: Amsterdam 2013, p. 480: *'Het beginsel van gelijke behandeling staat in de weg aan het leuren door de opdrachtgever met de opdracht.'*

[\[3\]](#)

HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (*Presstext*), r.o. 34; HvJ EG 13 april 2010, zaak C-91/08 (*Wall AG*), r.o. 37 en 42.

[\[4\]](#)

Vgl.: HvJ EG 10 november 2005, zaak C-29/04 (*Mödling*) r.o. 38-42; HvJ EG 10 september 2009 (*Sea Srl*), r.o. 48.

[\[5\]](#)

Het derde criterium, een uitbreiding van de opdracht in belangrijke mate, kan gegeven de wijzigingen in kwestie niet aan de orde zijn.

[\[6\]](#)

In de respectieve teksten van de Engelse, Franse en Duitse vertaling wordt gesproken over *'would have allowed for'*, *'auraient permis'* respectievelijk *'erlaubt hätten'*. De hoofdworwoorden uit deze werkwoordelijke gezegdes kunnen naar onze mening het beste vertaald worden met 'mogelijk maken'. Zie ook: J.M. Hebly & M.B. Klijn, 'Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht', *TBR* 2008/157, p. 824.

[7]

Zie ov. 49 van de conclusie van de A-G: *‘Van een wijziging van de wezenlijke bepalingen van een overeenkomst is steeds sprake, wanneer **niet kan worden uitgesloten** dat andere dienstverrichters door de oorspronkelijke, minder gunstige bepalingen ervan zijn weerhouden mee te dingen naar de overheidsopdracht of dat zij op grond van de nieuwe bepalingen van de overeenkomst thans interesse zouden hebben om mee te dingen naar de overheidsopdracht of dat de opdracht thans op grond van de nieuwe contractuele bepalingen zou worden verleend aan een destijds niet gekozen gegadigde.’* [vet MK/PH]

[8]

Zie HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (*Succhi di Frutta*), r.o. 118: *‘Ofschoon derhalve een offerte die niet in overeenstemming is met de gestelde voorwaarden vanzelfsprekend dient te worden uitgesloten, is het de aanbestedende dienst evenmin toegestaan om de algemene opzet van de inschrijving te veranderen door nadien eenzijdig één van de essentiële voorwaarden ervan te wijzigen, in het bijzonder een bepaling welke – indien zij in het inschrijvingsbericht had gestaan – de inschrijvers **in staat zou hebben gesteld** een inhoudelijk andere offerte in te dienen.’* [vet MK/PH]

[9]

De nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU stelt dat op dit punt een wijziging als wezenlijk wordt geacht indien: (zie art. 72 lid 4 sub a): *‘de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden en de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver **mogelijk** zouden hebben gemaakt dan wel bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken’* [vet MK/PH]. Voor wat betreft toelating van andere gegadigden is de enkele mogelijkheid daartoe dus voldoende voor kwalificatie als wezenlijke wijziging; voor wat betreft bijkomende deelnemers niet. Zie M.B. Klijn & S. van den Boogaart, 'Wezenlijke wijziging tijdens aanbesteding of opdracht, aan de hand van het Commissievoorstel', *TBR* 2013/97, p. 665 e.v. waarin hierop nader wordt ingegaan.

[10]

«JAAN» 2012/175.

[11]

«JAAN» 2013/111 m.nt. mr. G. 't Hart.

[12]

«JAAN» 2012/176.

[13]

Gerechtshof Amsterdam 20 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT1963.

[14]

HR 15 november 1957, LJN AG2023, Baris/Riezenkamp.

[15]

«JAAN» 2013/149 m.nt. mr. G. 't Hart.