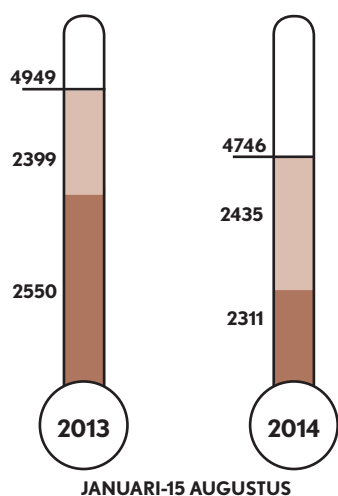


TENDER 6

N I E U W S B R I E F

TENDER THERMOMETER

IN NEDERLAND GEPUBLICEERDE
EUROPESE AANBESTEDINGEN



OPDRACHTEN
GUNNINGEN

Bron: TenderPlus Aanbestedingsinformatie,
www.tenderplus.nl

IN DIT NUMMER:

1 Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht: waakzaamheid geboden! **3** EMVI gebaseerd op verschillende P/Q-verhoudingen **4** Verslag voorjaarsvergadering NVvA **5** De vergoeding van het verlies van een kans op gunning **6** De Zaak: Zorgverzekeraar CZ in 2014 aanbestedende dienst **8** Gezien!?

Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht: waakzaamheid geboden!

Een overheidsopdracht mag tijdens de uitvoering niet wezenlijk worden gewijzigd. Gebeurt dat toch, dan is sprake van een nieuwe opdracht die met inachtneming van het aanbestedingsrecht moet worden geplaatst. In de praktijk blijkt de invloed van het leerstuk van de wezenlijke wijziging van groot belang. Op initiatief van de Europese Commissie is dit leerstuk daarom gecodificeerd in de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn.¹

Presstext

De codificatie van het leerstuk van de wezenlijke wijziging is het sluitstuk van een ontwikkeling die twee decennia geleden is gestart. In 1994 verklaarden de Europese Commissie en de Raad dat onderhandelingen over fundamentele punten van de opdracht waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen niet zijn toegestaan.² Dit uitgangspunt is vervolgens nader uitgewerkt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, in het bijzonder het *Presstext*-arrest.³ In dit arrest stelt het Hof dat wijzigingen van de bepalingen van een opdracht tijdens de uitvoering een nieuwe plaatsing van een opdracht vormen als zij kenmerken vertonen die 'wezenlijk' verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke opdracht. Het Hof formuleert vervolgens een drietal criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald of een wijziging kan worden aangemerkt als wezenlijk. De ervaring leert dat de Nederlandse rechter de *Presstext*-criteria tot dusver consequent toepast. Ter illustratie kan worden gewezen op een recent arrest van het Hof's-Hertogenbosch. In dit

arrest oordeelt het Hof dat de wijziging van een opdracht tijdens de uitvoering niet als wezenlijk kan worden aangemerkt, omdat niet is voldaan aan de *Presstext*-criteria.⁴

Nieuwe richtlijn

Het leerstuk van de wezenlijke wijziging is thans gecodificeerd in artikel 72 van de nieuwe richtlijn. Volgens dit artikel mag een opdracht tijdens de uitvoering worden gewijzigd in de gevallen die wij hierna bespreken. In deze gevallen behoeft geen nieuwe aanbestedingsprocedure te worden doorlopen.

Herzieningsbepalingen

Wijzigingen zijn allereerst toegestaan als is voorzien in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsbepalingen (waaronder prijsherzieningsclausules en opties) in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken. Deze bepalingen moeten de omvang en aard van mogelijke wijzigingen omschrijven en de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt. De

geldelijke waarde van de wijzigingen is niet van belang, maar de algemene aard van de opdracht mag niet worden gewijzigd.

Volgens een toelichting op het richtlijnvoorstel moet onder een wijziging van de algemene aard van de opdracht worden verstaan een wijziging die het toepassingsgebied van de opdracht drastisch verandert. Als voorbeeld wordt genoemd de koop van tien bussen met een optie voor de aanbestedende dienst om nog eens honderd bussen af te nemen.⁵

Aanvullende werken, diensten of leveringen

Wijzigingen zijn ook toegestaan als deze worden aangebracht voor door de oorspronkelijke aannemer te verrichten aanvullende werken, diensten of leveringen die noodzakelijk zijn geworden en die niet in de oorspronkelijke aanbesteding waren opgenomen. Daarbij geldt de eis dat verandering van aannemer 'niet mogelijk' is om economische of technische redenen en tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijging voor de aanbestedende dienst zou leiden.⁶ Deze

regel is ontleend aan de oude richtlijn, maar keert in de nieuwe richtlijn alleen nog terug in het kader van de wezenlijke wijziging en dus niet meer bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

Onvoorzienbare omstandigheden

Als de wijzigingen het gevolg zijn van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien, dan zijn deze eveneens toegestaan. Het begrip 'onvoorzienbare omstandigheden' betreft omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normaal zorgvuldige voorbereiding van de aanvankelijke gunning door de aanbestedende dienst.⁷ Daarbij moet rekening worden gehouden met de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de goede praktijk op het betrokken gebied en het feit dat een redelijke verhouding moet bestaan tussen de voor de voorbereiding van de gunning uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan. De algemene aard van de opdracht mag niet worden gewijzigd.⁸

Vervanging aannemer

De vervanging van de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund door een nieuwe aannemer is toegestaan in drie gevallen: (1) als daarin is voorzien in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken, (2) als de aanbestedende dienst zelf verplichtingen van de aannemer overneemt ten opzichte van de onderaannemers, of (3) bij rechtsopvolging in de positie van de aanvankelijke aannemer. In het laatste geval moet sprake zijn van rechtsopvolging ten gevolge van herstructurering van de onderneming, onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie. De nieuwe aannemer moet voldoen aan de aanvankelijk vastgestelde selectiecriteria. Verder mag de vervanging geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengen en niet bedoeld zijn om de toepassing van de richtlijn te omzeilen.

Wezenlijke wijzigingen

Wijzigingen zijn verder toegestaan als deze, ongeacht de waarde ervan, *niet* 'wezenlijk' zijn. Een wijziging van een opdracht tijdens de uitvoering is wezenlijk als de opdracht hierdoor 'materieel' verschilt van de oorspronkelijke opdracht. Van een materieel verschil is volgens de considerans van de richtlijn in het bijzonder sprake bij wijziging van de reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen.⁹ De wijziging van een opdracht tijdens de uitvoering is in elk geval wezenlijk in de volgende vier gevallen: (1) de wijzigingen voorzien in voorwaarden die de toelating van andere dan de aanvankelijk

geselecteerde gegadigden en de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt of bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken, (2) het economische evenwicht van de opdracht verandert ten gunste van de aannemer op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke opdracht, (3) de wijzigingen leiden tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht, (4) een nieuwe aannemer is in de plaats gekomen van de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund in andere dan de eerder genoemde gevallen. In al deze vier gevallen is een nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig de richtlijn vereist voor zover geen sprake is van één of meer van de in deze bijdrage genoemde uitzonderingssituaties.

Geraamde waarde

Tot slot zijn wijzigingen (wezenlijk of niet) toegestaan als de waarde van die wijzigingen het toepasselijke Europese drempelbedrag niet overschrijdt en bovendien niet meer bedraagt dan 10% van de waarde van de aanvankelijke opdracht in het geval van leveringen en diensten of 15% van de waarde van de aanvankelijke opdracht in het geval van werken.¹⁰ Hoewel niet ter zake doet of de wijzigingen wezenlijk zijn of niet, geldt ook bij deze 'kleine wijzigingen' de eis dat de algemene aard van de opdracht niet mag worden gewijzigd. Aangenomen wordt dat het toepassingsgebied van de opdracht dus niet drastisch mag worden veranderd.

Wijzigingen tijdens de aanbestedingsprocedure

Artikel 72 van de nieuwe richtlijn ziet op wijzigingen van de opdracht *tijdens de uitvoering*. In de praktijk vinden echter ook wijzigingen van de opdracht plaats *tijdens de aanbestedingsprocedure*. In de Nederlandse jurisprudentie worden de *Presstext*-criteria op deze wijzigingen in het algemeen van overeenkomstige toepassing geacht. De richtlijn stelt dit niet met zoveel woorden. Wel volgt uit de considerans dat wijzigingen niet zo ingrijpend mogen zijn dat toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden mogelijk was geweest, of dat meer marktpartijen aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben deelgenomen.¹¹ Dat zou volgens de considerans met name het geval kunnen zijn als de oorspronkelijke opdracht, zoals die in de aanbestedingsstukken is weergegeven, wezenlijk is gewijzigd. Als de wijzigingen van de opdracht tijdens de aanbestedingsprocedure niet 'wezenlijk' maar wel 'significant' zijn, moet de oorspronkelijke termijn voor inschrijving worden verlengd.¹² Onder significante wijzigingen moet dan worden

verstaan wijzigingen die ertoe leiden dat marktpartijen meer tijd nodig hebben om deze goed te begrijpen en de nodige voorzieningen te treffen. De duur van de verlenging moet evenredig zijn aan het belang van de wijziging. Verlenging is niet nodig als het belang van de aanvullende informatie – gelet op het opstellen van de inschrijvingen – onbetekenend is.

Conclusie

Bij de codificatie van het leerstuk van de wezenlijke wijziging in de nieuwe richtlijn is aangesloten bij de door het Hof van Justitie ontwikkelde jurisprudentie. Op een aantal punten is het leerstuk van de wezenlijke wijziging nader uitgewerkt. Gedacht kan worden aan de vervanging van een aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund door een nieuwe aannemer. Alles overziend brengt de nieuwe richtlijn weinig verandering in het bestaande juridisch kader. In de praktijk blijft waakzaamheid bij het wijzigen van een opdracht tijdens aanbesteding of uitvoering dus geboden.

prof. mr J.M. Heblly en mr. drs S. van den Boogaart
Houthoff Buruma

Noten

1. Richtlijn 2014/24/EU; implementatie uiterlijk 18 april 2016, zie artikel 90 lid 1.
2. Pb EG 1994, L111/114.
3. HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (*Presstext*).
4. Hof 's-Hertogenbosch 11 februari 2014, JAAN 2014/62, ECLI:NL:GHSHE:2014:281.
5. Europese Commissie, *Non-paper over het voorstel voor een richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten*, 11266/12, 14 juni 2012, p. 20. Zie ook Richtlijn 2014/24/EU, considerans 111.
6. Een prijsverhoging mag maximaal 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht bedragen. Bij opeenvolgende wijzigingen geldt deze beperking voor de waarde van elke wijziging. Opeenvolgende wijzigingen mogen bovendien niet worden gebruikt om de richtlijn te omzeilen. De wijziging moet worden aangekondigd in het Publicatieblad van de Europese Unie. Zie ook Richtlijn 2014/24/EU, considerans 108.
7. Richtlijn 2014/24/EU, considerans 109.
8. Het bepaalde in voetnoot 6 is op deze wijzigingen eveneens van toepassing.
9. Richtlijn 2014/24/EU, considerans 107.
10. Bij opeenvolgende wijzigingen wordt de waarde beoordeeld op basis van de nettocumulative waarde van de opeenvolgende wijzigingen.
11. Richtlijn 2014/24/EU, considerans 81.
12. Zie voetnoot 11 en Richtlijn 2014/24/EU, artikel 47 lid 3, 1^e deel, sub b. In laatstgenoemd artikel wordt niet gesproken over een 'significante wijziging' maar over een 'aanzienlijke wijziging'. Aangenomen wordt dat hetzelfde wordt bedoeld.