

TBR 2013/97

Wezenlijke wijziging tijdens aanbesteding of opdracht, aan de hand van het Commissievoorstel

Mr. ir. M.B. Klijn en mr. drs. S. van den Boogaart¹

1. Inleiding

Op 27 januari 2011 startte de Europese Commissie een consultatie betreffende een modernisering van het Europese aanbestedingsbeleid, die zal moeten uitmonden in nieuwe Europese richtlijnen.² Hierop zijn 632 inzendingen ontvangen. Een meerderheid van de respondenten gaf aan in de nieuwe richtlijnen een introductie van de figuur van de wezenlijke wijziging wenselijk te achten. De Commissie heeft hieraan gehoor gegeven. In december 2011 kwam de Commissie met een nieuw voorstel voor een richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten.³ De meest recente versie dateert van 30 november 2012 (hierna: het Voorstel). Artikel 72 van het Voorstel is getiteld 'Wijziging van opdrachten gedurende de looptijd'.⁴ In lid 1 is het volgende bepaald:

'Een wezenlijke wijziging van de bepalingen van een overheidsopdracht of raamovereenkomst tijdens de looptijd ervan vormt een nieuwe gunning in de zin van deze richtlijn en vereist een nieuwe gunningsprocedure overeenkomstig deze richtlijn. In de gevallen bedoeld in de leden 3, 4 of 5 worden wijzigingen niet als wezenlijk beschouwd.'

Deze bepaling is volgens de toelichting⁵ een codificatie van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie, in het bijzonder het *Pressetext*-arrest⁶,

volgens welke jurisprudentie een wezenlijke wijziging van een opdracht gedurende de uitvoering ervan een nieuwe aanbestedingsprocedure wettigt.⁷ Zie ook overweging 45 van het Voorstel:

'Rekening houdend met de desbetreffende jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie moet duidelijkheid worden verschaft over de vraag onder welke voorwaarden wijzigingen van een opdracht tijdens de uitvoering ervan een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen. Een nieuwe aanbestedingsprocedure is vereist in geval van materiële wijzigingen van de aanvankelijke opdracht, in het bijzonder van de reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen, waaronder de verdeling van intellectuele-eigendomsrechten. Deze wijzigingen tonen aan dat de partijen de intentie hebben opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de opdracht. Dat doet zich met name voor indien de gewijzigde voorwaarden invloed zouden hebben gehad op het resultaat van de procedure, hadden zij deel uitgemaakt van de aanvankelijke procedure.'

Wijzigingen van de opdracht die een geringe wijziging van de waarde van de opdracht tot gevolg hebben, moeten tot op zekere hoogte altijd mogelijk zijn zonder dat een nieuwe aanbestedingsprocedure nodig is.⁶

Het hoofddoel van deze bijdrage is bespreking van de regeling ter zake de wezenlijke wijziging

1 Michel Klijn en Sander van den Boogaart zijn advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam.

2 COM(2011)15, 27 januari 2011.

3 COM(2011)896 def., 20 december 2011. Zie voorts artikel 82 van het voorstel voor een richtlijn betreffende het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, COM(2011)895 def., 20 december 2011, alsmede artikel 42 van het voorstel voor een richtlijn betreffende de gunning van concessieopdrachten, COM(2011) 897 def., 20 december 2011.

4 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten (Herzien Vierde Commissievoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 16725/1/12 REV 1, 30 november 2012.

5 Europese Commissie, *Non-paper over het voorstel voor een richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten*, 11266/12, 14 juni 2012, p. 15.

6 HvJ EG 19 juni 2008, nr. C-454/06 (*Pressetext*). Zie voor een uitgebreide analyse van dit arrest: J.M. Hebly & M.B. Klijn, 'Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht', *TBR* 2008/157, p. 822 e.v. Zie ook: S. Troels Poulsen, 'The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law', *PPLR* 2012, p. 167-187.

7 Zie voor een overzicht van jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie over dit onderwerp: J.M. Hebly & P. Heijnsbroek, 'Wezenlijke wijzigingen na Europese aanbesteding', *NTER* 2012/3, p. 98 e.v.

na gunning zoals gecodificeerd in het Voorstel.⁸ Na bespreking van de hoofdregel komen in het onderhavige artikel achtereenvolgens de uitzonderingsmogelijkheden aan de orde, zijnde: intrinsieke wijzigingsmogelijkheden, de bagatelregeling, onvoorzienne omstandigheden en wijziging van de opdrachtnemer.⁹ Verderovens zal worden ingegaan op wijzigingen gedurende de aanbestedingsprocedure, waarbij onder meer aan bod komt onder welke omstandigheden vóór de gunning een nieuwe aanbestedingsprocedure is vereist.¹⁰ Bij ieder van deze onderwerpen komt bondig de terzake relevante jurisprudentie aan bod die sinds *Presstext* is verschenen. Wij sluiten af met een conclusie.

2. De hoofdregel

Artikel 72 lid 2 bepaalt het volgende:

‘Een wijziging van een opdracht of een raamovereenkomst tijdens de looptijd wordt als wezenlijk beschouwd in de zin van lid 1, wanneer de opdracht of raamovereenkomst hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst. Onverminderd de leden 3, 4 en 5 wordt een wijziging in elk geval geacht wezenlijk te zijn wanneer aan een van de volgende voorwaarden is voldaan:
de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke gunningsprocedure 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 meer deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken;
de wijziging verandert het economische evenwicht van de opdracht of de raamovereenkomst ten gunste van de opdrachtnemer op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst;
de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht of raamovereenkomst.’

Deze criteria worden hieronder achtereenvolgens besproken.

Ad a

Het eerste subcriterium onder a., ‘[mogelijke] toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden’, is enigszins anders dan het desbetreffende criterium uit het *Presstext*-arrest: ‘[mogelijke]¹¹ toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten’.¹² Het Voorstel spreekt over toelating van gegadigden, hetgeen erop duidt dat dit subcriterium de situatie van een procedure met voorselectie beoogt ‘af te dekken’. Materieel lijkt dit overigens geen wijziging van betekenis te zijn ten opzichte van *Presstext*; de toelichting meldt hier niets over anders dan dat dit lid 2 de criteria van wezenlijke wijziging uit dit arrest codificeert. Bovendien, mogelijke toelating van andere geselecteerde gegadigden zou ook de mogelijkheid op toelating van andere inschrijvers betekenen.

Ook het tweede subcriterium onder a., ‘gunning van de opdracht aan een andere inschrijver’, is enigszins anders dan het desbetreffende criterium uit het *Presstext*-arrest: ‘keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen’.¹³ Ook dit zal inhoudelijk geen wijziging betekenen.

Voorts valt op dat sprake is van twee cumulatieve subcriteria: de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden én de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver. Volgens de tekst moet dus aan beide zijn voldaan, wil sprake zijn van een wezenlijke wijziging. In onze optiek is dit onjuist, getuige ook de Engelse tekst van het Voorstel.¹⁴ Bovendien volgt dit niet uit *Presstext*. De Nederlandse tekst van het Voorstel lijkt dus - vooralsnog - op dit punt een belangrijke onvolkomenheid te bevatten. Wellicht dat dit in de uiteindelijke richtlijn zal zijn verholpen.

- 8 Zie ook: G. ‘t Hart, ‘Herziening van de nieuwe richtlijnen: blijft aan deze nieuwe zakken het meel hangen?’, *TA* 2012/2, p. 125-141; B.J.H. Blaisse-Verkooyen & D.C. Orobio de Castro, ‘Voorstellen van de Europese Commissie voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 1)’, *TBR* 2012/44, p. 243-244; S. Treumer, ‘Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: The European Commission’s proposals of December 2011’, *PPLR* 2012, p. 153-166.
- 9 In de eerste versie van het Voorstel was in lid 7 van artikel 72 nog een regeling opgenomen met daarin twee onderscheiden gevallen waarin wijzigingen in de opdracht in ieder geval niet waren toegestaan. Deze regeling is komen te vervallen.
- 10 Vgl.: C.E.C. Jansen, ‘Wijzigen van overheidscontracten die door middel van een geregelde aanbestedingsprocedure tot stand komen’, *Contracteren* 2012/2, p. 49 e.v., waarin vijf (in plaats van twee) zogenaamde ‘gevaltypen’ worden onderscheiden: (1) wijzigen van de bestekseisen of de contractvoorwaarden vóór de inschrijving; (2) wijzigen van de bestekseisen of de contractvoorwaarden na de inschrijving maar vóór de gunning; (3) wijzigen van de inschrijving vóór de gunning; (4) wijzigen van de bestekseisen of de contractvoorwaarden na het annuleren van een aanbestedingsprocedure; en (5) wijzigen van de overeenkomst na de gunning.
- 11 ‘Mogelijk’ was in onze ogen per abuis niet in de Nederlandse vertaling van *Presstext* meegenomen. Zie ook J.M. Hebly & M.B. Klijn, ‘Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht’, *TBR* 2008/157, p. 824.
- 12 HvJ EG 19 juni 2008, nr. C-454/06 (*Presstext*), r.o. 35.
- 13 HvJ EG 19 juni 2008, nr. C-454/06 (*Presstext*), r.o. 35.
- 14 ‘(a) the modification introduces conditions which, had they been part of the initial procurement procedure, would have allowed for the admission of other candidates than those initially selected or for the acceptance of an offer other than that originally accepted or would have attracted additional participants in the procurement procedure.’ (onderstreping toegevoegd)

Onder a. is ten slotte nog een derde - alternatief - subcriterium opgenomen, namelijk het geval waarin de wijziging voorziet in voorwaarden die 'meer deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken'. Dit criterium volgt niet uit *Pressetext*. Zien wij het goed, dan wordt met het eerste en tweede criterium bedoeld op *andere* deelnemers aan de aanbestedingsprocedure (waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen gegadigden en inschrijvers) terwijl met het derde criterium wordt bedoeld op *extra* deelnemers aan de aanbestedingsprocedure (zonder onderscheid te maken tussen gegadigden en inschrijvers). In beide gevallen lijkt echter te worden beoogd dat een aanbestedende dienst geen wijzigingen van de opdracht mag implementeren die van dien aard zijn dat de kring van marktpartijen die voor de oorspronkelijke opdracht potentieel belangstelling had, verschilt van de kring van marktpartijen die potentieel belangstelling zou hebben gehad voor de opdracht, zoals gewijzigd. Materieel lijkt dit dus geen wijziging van betekenis te zijn. Wat voorts nog opvalt, is dat in het derde subcriterium het woord 'mogelijk' niet is opgenomen. Aan dit derde subcriterium lijkt dus eerst te zijn voldaan indien de aanbestedingsprocedure voor de gewijzigde opdracht *met zekerheid* meer deelnemers zou hebben aangetrokken, hetgeen minder snel aan de orde zal zijn dan *mogelijk* meer deelnemers zou hebben aangetrokken. Dit zou betekenen dat in de praktijk eerder aan het eerste of tweede subcriterium zal zijn voldaan dan aan het derde.

Jurisprudentie

De Rechtbank Den Haag oordeelde (overigens in een geval van heraanbesteding) dat de enkele omstandigheid dat voor de tweede opdracht (deels) andere partijen hadden ingeschreven onvoldoende grond vormde dat de gewijzigde voorwaarden zouden hebben geleid tot een andere kring der gegadigden in de zin van het *Pressetext*-criterium.¹⁵ Wij zetten onze vraagtekens bij dit oordeel.

De Rechtbank Utrecht oordeelde dat een wijziging in de omvang van de stichtingskosten, in die zin dat een investering van ongeveer 6,8% minder nodig zal zijn, er niet toe leidt dat de kring van potentiële gegadigden die ten gevolge van de vermin-

dering thans belangstelling heeft voor het project ruimer is dan de kring van potentiële gegadigden ten tijde van de aankondiging van het project.¹⁶

De Rechtbank Den Haag oordeelde dat in een overeenkomst betreffende het beheer van parkeerlocaties geen voorwaarden waren ingevoerd die, wanneer zij in de offerteaanvraag waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten of zouden hebben geleid tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen.¹⁷ In dit verband overwoog de rechtbank (onder meer) dat een verhoging van de beheersvergoeding met een factor 5,23 niet zonder meer onevenredig was, omdat het aantal parkeerlocaties waarvoor de vergoeding was bedoeld dienovereenkomstig was toegenomen. Aldus was geen sprake van een wezenlijke wijziging.¹⁸

Het Europese Hof heeft het hier bedoelde *Pressetext*-criterium analoog van toepassing verklaard in de situatie van (de voorganger van¹⁹) artikel 40 lid 3 sub (a) van Richtlijn 2004/17/EG, betreffende onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking.²⁰

Ad b

Verandering van het economische evenwicht van de opdracht ten gunste van de ondernemer²¹, de tweede beoordelingsmaatstaf, betekent in onze ogen niet per se dat iedere wijziging waarbij de ondernemer erop vooruit gaat een wezenlijke wijziging is. Immers, de opdrachtgever kan daarbij eveneens en in gelijke mate een voordeel hebben, in welk geval gesteld zou kunnen worden dat de economische balans juist gelijk is gebleven. Denkbaar is dat de wijziging is ingegeven door onvoorziene externe economische, juridische en/of technische ontwikkelingen die tot wijzigingen nopen, juist om de balans die als gevolg daarvan was verstoord te herstellen.²²

Jurisprudentie

In een zaak voor de Rechtbank Amsterdam, betreffende de plaatsing van wachthuisjes en informatiepanelen, oordeelde de voorzieningenrechter dat uitstel van de aanvang van de opdracht met een half jaar niet als wezenlijk viel aan te merken.²³

15 Rb. Den Haag (vzr.) 20 mei 2011, LJN: BR4943, r.o. 3.6.

16 Rb. Utrecht (vzr.) 30 juli 2008, rolnr. 250461/KG ZA 08-603, n.n.g.

17 Rb. Den Haag 18 augustus 2010, LJN: BN4777, r.o. 4.8.

18 *Ibid.* r.o. 4.10.

19 HvJ EG 4 juni 2009, nr. C-250/07 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 52, waarin het Hof verwijst naar het in die zaak vigerende artikel 20 lid 2 sub a van Richtlijn 93/38/EEG.

20 Deze bepaling heeft betrekking op het gunnen van een overheidsopdracht door middel van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking wanneer - kort gezegd - geen of geen geschikte inschrijvingen of geen verzoeken tot deelneming zijn ingediend. In zo een geval mag de opdracht als aanbesteed niet wezenlijk worden gewijzigd. Zie ook: artikel 31 lid 1 sub a van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en artikel 2.32 respectievelijk artikel 3.36 van de Aanbestedingswet.

21 HvJ EG 19 juni 2008, nr. C-454/06 (*Pressetext*), r.o. 37.

22 Zie ook: J.M. Hebly & M.B. Klijn, 'Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht', *TBR* 2008/157, p. 827.

23 Rb. Amsterdam (vzr.) 21 september 2012, LJN: BX9050, r.o. 4.12 en 4.13.

Echter, in dezelfde zaak oordeelde de rechtbank dat wél sprake was van een wezenlijke wijziging vanwege het feit dat de opdrachtnemer reeds vóór de - uitgestelde - datum van aanvang van de opdracht met de uitvoering daarvan mocht beginnen, hetgeen in strijd was met de aanbestedingsdocumenten. Hierdoor wijzigde het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.²⁴

Het in afwijking van de uitvraag na gunning opnemen van een 70%-voorverkooppercentage werd door de Rechtbank Den Haag op dezelfde grond evenmin toegestaan.²⁵

Ad c

Eveneens ontleend aan *Pressetext* is het criterium 'aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht of raamovereenkomst'. In *Pressetext* werd in dit verband verwezen naar (de voorganger van²⁶) artikel 31 lid 4 sub a Richtlijn 2004/18/EG²⁷, hetgeen erop duidde - hoewel niet uitdrukkelijk bepaald - dat (i) de aanvulling als gevolg van onvoorziene omstandigheden diende te zijn ingegeven, (ii) niet meer dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht diende te vertegenwoordigen en - kort gezegd - (iii) onlosmakelijk aan de oorspronkelijke opdracht verbonden diende te zijn. In het Voorstel zijn deze voorwaarden wel opgenomen, maar in een apart lid van artikel 72 en enigszins gewijzigd (zie hierna in paragraaf 5).

Jurisprudentie

De Rechtbank Haarlem was na toetsing aan de *Pressetext*-criteria van mening dat de verplaatsing van een jachthaven conform een nieuwe opzet (geraamde meerkosten: € 1.900.000,-) en de bouw van achttien woningen slechts een klein onderdeel van de gehele opdracht vormden, die immers de bouw van een brug (kosten: € 16.000.000,-) en 200 woningen behelsde. Die bedragen en aantallen in aanmerking genomen was voldoende aannemelijk dat de uitbreiding van de opdracht aan de Bouwcombinatie binnen de grens van 50% van het bedrag van de oorspronkelijke opdracht blijft.²⁸

Ook de Rechtbank Den Haag oordeelde dat een wijziging inhoudende een aanvulling van minder dan 50% ten opzichte van de oorspronkelijke opdracht niet als wezenlijk behoeft te worden gezien, omdat aan de voorwaarden was voldaan van artikel 31 lid 4 Bao.²⁹

Volgens de Rechtbank Den Haag was geen sprake van een wezenlijke wijziging bij uitbreiding van een ICT-systeem naar andere ministeries, onder meer omdat voor inschrijvers voorzienbaar moet zijn geweest dat een dergelijke uitbreiding zou kunnen volgen.³⁰

Het Europese Hof oordeelde aangaande een overeenkomst voor de organisatie van ambulancediensten dat de uitbreiding hiervan met de exploitatie van een extra ambulancepost wezenlijk was, waarvoor met name van belang leek te zijn dat de uitbreiding op zichzelf (ad € 673.719,32 per jaar) het toepasselijke drempelbedrag ruim overschreed.³¹

In een andere zaak voor het Europese Hof had de aanbestedende dienst verzuimd in de publicatie de bijkomende opdrachten te vermelden, waardoor ondernemingen de omvang van het werk niet goed konden inschatten. Bovendien waren de bijkomende opdrachten op zichzelf genomen aanbestedingsplichtig. De concessie voor openbare werken in kwestie kon derhalve niet na publicatie alsnog qua omvang worden aangepast.³²

3. Intrinsieke wijzigingsmogelijkheden

Overweging 48 van het Voorstel bepaalt het volgende:

'De aanbestedende dienst moet zelf, weliswaar niet onbeperkt, in een opdracht wijzigingen kunnen aanbrengen op grond van herzieningsclausules. Deze richtlijn moet derhalve bepalen in welke mate de aanvankelijke opdracht in wijzigingen kan voorzien.'

Dit is uitgewerkt in de uitzonderingsbepaling van artikel 72 lid 3:

24 Ibid. r.o. 4.16 en 4.17.

25 Rb. Den Haag 3 oktober 2012, LJN: BY0155, r.o. 4.7 en 4.8.

26 HvJ EG 19 juni 2008, nr. C-454/06 (*Pressetext*), r.o. 35, waarin het Hof verwijst naar het in die zaak vigerende artikel 11 lid 3 sub e en f van Richtlijn 92/50/EEG. Zie voor een voorbeeld van de toepassing van deze bepaling in de nationale rechtspraak tevens: Rb. Den Haag 15 juni 2005, LJN: AU4397, r.o. 3.1 e.v.

27 Zie ook: artikel 31 lid 4 sub a van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en artikel 2.35 respectievelijk 3.37 van de Aanbestedingswet.

28 Rb. Haarlem (vzr.) 30 maart 2009, LJN: BH9057. De rechtbank oordeelde eveneens dat de wijziging geen werkzaamheden betrof van geheel andere aard. Door een en ander is niet aannemelijk dat als deze wijziging in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure was gemeld, dit zou hebben geleid tot andere inschrijvers of een keuze voor een andere offerte. Evenmin was sprake van wijziging van het economisch evenwicht in het voordeel van de opdrachtnemer.

29 Rb. Den Haag (vzr.) 30 november 2010, LJN: BO9252, r.o. 4.12.

30 Rb. Den Haag (vzr.) 14 november 2012, LJN: BY3967, r.o. 4.10.

31 HvJ EU 29 april 2010, nr. C-160/08.

32 HvJ EU 22 april 2012, nr. C-423/07.

‘Wijzigingen worden niet geacht wezenlijk te zijn in de zin van lid 1 wanneer zij voortvloeien uit duidelijke, precieze en ondubbelzinnige herzieningsclausules of -opties in de aanbestedingsstukken. Deze clausules omschrijven het omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties alsmede de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt. Zij voorzien niet in wijzigingen of opties die de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst kunnen veranderen.’

Gesteld kan worden dat gebruikmaking van een wijzigingsclausule in een overeenkomst, weliswaar de scope van de werkzaamheden of de voorwaarden waaronder deze dienen te worden verricht, zal kunnen wijzigingen, maar de overeenkomst zelf niet. Er wordt immers gebruik gemaakt van een bepaling in de overeenkomst zelf.³³ De aard en omvang van de wijzigingen en de voorwaarden daarvoor dienen evenwel voldoende duidelijk te zijn³⁴. Volgens de toelichting is sprake van een herzieningsclausule indien deze voorziet in de mogelijkheid dat partijen gezamenlijk kunnen besluiten tot aanpassing van de overeenkomst in bepaalde vooraf omschreven gevallen³⁵ n. Als voorbeeld wordt genoemd een project bestaande uit meerdere fasen, waarbij een volgende, vooraf omschreven fase intreedt, indien aan precies omschreven voorwaarden wordt voldaan (bijvoorbeeld het bereiken van concrete resultaten³⁶ n). Als een (herzienings)optie wordt beschouwd een

verzoek van de aanbestedende dienst om (eenzijdig) aanvullende leveringen of diensten van de opdrachtnemer, bijvoorbeeld de levering van tien additionele bussen of de verlenging van een contract met twee³⁸ jaar.

Als voorwaarde geldt wel dat de algemene aard van de opdracht niet mag worden gewijzigd. Hoewel geen onbegrijpelijke voorwaarde, roept zij wel vragen op. Langs welke maatstaven dient de algemene aard van een opdracht te worden vastgesteld? Wanneer is sprake van een wijziging daarvan? De toelichting geeft enige richting, doch beperkt. Zij vermeldt dat hieronder onder meer dient te worden verstaan een wijziging die de omvang van de opdracht drastisch uitbreidt, bijvoorbeeld de levering van tien bussen met een optie voor honderd extra.³⁹ Wij kunnen ons daarnaast voorstellen dat wanneer een opdracht zou wijzigen van bijvoorbeeld een dienstenopdracht naar een werkenopdracht de aard ervan eveneens is gewijzigd (vgl. overweging 46 van het Voorstel (zie paragraaf 5 hierna)).

In het *Pressetext*-arrest overwoog het Europese Hof dat vervanging van de contractpartner door een nieuwe niet als wezenlijke wijziging kwalificeert indien deze vervanging is vastgelegd in de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst, bijvoorbeeld op basis van onderaanneming.⁴⁰ Blijken de toelichting bij het Voorstel is beoogd deze

33 Zie ook: HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/99P, *Jurispr.* 2004, p. I-3801 (*Succhi di Frutta*), r.o. 118: ‘Ingeval de aanbestedende dienst immers om welbepaalde redenen, nadat de opdrachtnemer is aangewezen, bepaalde inschrijvingsvoorwaarden wenst te kunnen wijzigen, dan dient hij deze aanpassingsmogelijkheid, evenals de wijze van toepassing ervan, uitdrukkelijk te voorzien in het inschrijvingsbericht, dat hijzelf heeft opgesteld en het kader aangeeft waarbinnen de procedure moet verlopen, zodat alle ondernemingen die belangstelling hebben om aan de aanbesteding deel te nemen er van meet af aan kennis van hebben en zich bijgevolg op voet van gelijkheid bevinden bij het opstellen van hun offerte.’ Zie voorts: S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Londen: Sweet & Maxwell 2005, p. 290: ‘... the changes are more a reflection of the original agreement and competition than changes based simply on mutual negotiation.’

34 Vgl. het vereiste dat een overheidsopdracht voldoende bepaalbaar moet zijn. Zie HR 25 januari 2002, *BR 2002/742 (Staat/Canon)*.

35 Europese Commissie, *Non-paper over het voorstel voor een richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten*, 11266/12, 14 juni 2012, p. 19.

36 Een ander voorbeeld dat wordt genoemd is de situatie van een aanbestedende dienst die de verwachting heeft dat aanvullende financiële middelen beschikbaar komen en wanneer zulks het geval is, het contract wordt verlengd, met een omschrijving van de wijze waarop dit zal geschieden.

37 Diverse andere taalversies, zoals de Engelse, de Franse en de Duitse, spreken over ‘opties’, zonder ‘herzienings’ ervoor.

38 Europese Commissie, *Non-paper over het voorstel voor een richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten*, 11266/12, 14 juni 2012, p. 20.

39 Europese Commissie, *Non-paper over het voorstel voor een richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten*, 11266/12, 14 juni 2012, p. 20. Zie ook: HvJ EG 14 oktober 2004, nr. C-340/02 (*Commissie/Frankrijk*). In deze zaak was voorzien in de mogelijkheid van opdrachtverlening voor de zogeheten ‘tweede fase’. Deze louter mogelijkheid werd evenwel niet voldoende geacht, mede omdat de gehanteerde gunningcriteria verband hielden met de ‘eerste fase’, welke werkzaamheden omvatte die naar hun aard wezenlijk anders waren dan die van de ‘tweede fase’. Daarnaast speelde een rol dat de omvang van de ‘tweede fase’ veel groter was dan die van de eerste. Zie voorts S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Londen: Sweet & Maxwell 2005, p. 291, waarin - onder verwijzing naar voornoemd arrest - uitdrukkelijk wordt overwogen dat zelfs voor wijzigingen die voortvloeien uit een optie of een vooraf vastgesteld (wijzigings)mechanisme in een overeenkomst geldt dat sprake kan zijn van een nieuwe overeenkomst indien deze wijzigingen substantieel zijn in relatie tot de aard en het toepassingsgebied van de oorspronkelijke verbintenissen. Overigens stelt Arrowsmith in dit verband ook: ‘Industry practice is probably relevant in determining what is permitted within the scope of the original contract.’

40 HvJ EG 19 juni 2008, nr. C-454/06 (*Pressetext*), r.o. 40. Overigens overwoog het Europese Hof in HvJ EU 13 april 2010, nr. C-91/08 (*Wall*), dat vervanging van een onderaannemer, zelfs indien de overeenkomst in deze mogelijkheid voorziet, in uitzonderlijke gevallen een wezenlijke wijziging betekent wanneer de omstandigheid dat een beroep is gedaan op een bepaalde onderaannemer en niet op een andere, rekening houdend met de specifieke kenmerken van de betrokken dienst, een beslissend element is geweest bij de sluiting van de overeenkomst (r.o. 39).

norm uit *Pressetext* in dit artikellid in het Voorstel op te nemen. Hierom nemen wij aan dat artikel 72 lid 6 (zie hierna paragraaf 6) er niet aan in de weg staat dat op grond van voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst de contractpartner zal kunnen wijzigen. Aangenomen mag worden dat een dergelijke voorwaarde dan wel dient te voldoen aan de vereisten genoemd in het hier besproken artikel 72 lid 3.

Jurisprudentie

Een wijziging in de planning van de gronduitgifte werd geoorloofd geacht, omdat dit recht was voorbehouden in het zogeheten biedboek. Bovendien was in de nota van inlichtingen opgenomen dat de start- en opleverdata konden verschuiven indien procedures langer zouden duren (en dit niet verwijtbaar was aan de geselecteerde partij) en dat de doorlooptijden zoals genoemd in de planning gehandhaafd zouden blijven.⁴¹

4. Bagatelregeling

Omwille van de rechtszekerheid heeft de Commissie gemeend voor te moeten stellen dat bepaalde kleine wijzigingen sowieso niet als wezenlijk kwalificeren. Deze bagatelregeling is opgenomen in artikel 72 lid 4:

‘Wanneer de waarde van de wijziging in geld kan worden uitgedrukt, wordt de wijziging niet geacht wezenlijk te zijn in de zin van lid 1 wanneer de waarde ervan de in artikel 4 vastgestelde drempels niet overschrijdt en wanneer deze minder dan 10% bedraagt van de waarde van de aanvankelijke opdracht wat betreft opdrachten voor leveringen en diensten, en minder dan 15% van de waarde van de aanvankelijke opdracht wat betreft opdrachten voor werken, mits de wijziging de algemene aard van de opdracht of de raamovereenkomst niet wijzigt. Wanneer een aantal opeenvolgende wijzigingen plaatsvinden, wordt de waarde beoordeeld op basis van de netto-cumulatieve waarde van de opeenvolgende wijzigingen.’

De grens is hierbij voor leveringen en diensten bepaald op 10% en voor werken op 15% van de prijs van de oorspronkelijke opdracht. Wij begrijpen het principe van deze bepaling in samenhang met de rest van artikel 72 zo, dat wijzigingen met een geraamde waarde hoger dan dit bedrag niet per se wezenlijk zijn, maar wijzigingen met een

geraamde waarde lager dan dit bedrag dit in ieder geval niet zijn. Hiervoor geldt nog wel een aantal - cumulatieve - voorwaarden. Er dient sprake te zijn van een wijziging die (kort gezegd): in geld kan worden uitgedrukt, op zichzelf de toepasselijke drempelwaarde niet overschrijdt en die de aard van de opdracht niet wijzigt. Deze laatste voorwaarde wordt noodzakelijk geacht, omdat een relatieve kleine wijziging in geld uitgedrukt de oorspronkelijke opdracht niettemin in ‘something completely different’ kan veranderen, wat de interesse van andere marktpartijen zou kunnen wekken, aldus de toelichting.⁴² Als voorbeelden worden genoemd de koop in plaats van de lease van een autovloot of het nieuwe vereiste dat voeding voor openbare kantines biologisch moet zijn.

Ons inziens betekent deze uitzonderingsbepaling dat een wijziging van het economisch evenwicht van de opdracht in het voordeel van de opdrachtnemer in beginsel tot 10% respectievelijk 15% is toegestaan. Zonder deze uitzondering zou een wijziging van dit evenwicht met - bij wijze van spreken - € 1,- reeds ontoelaatbaar zijn. Men kan zich afvragen of dergelijk kleine verschuivingen van het economisch evenwicht reeds strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel zouden opleveren.⁴³ Enige ruimte in dit verband voor aanbestedende diensten achten wij dan ook niet onlogisch en vanuit de praktijk bovendien wenselijk. Naast de randvoorwaarden zoals beschreven in dit lid 4 wordt deze ruimte uiteraard ook beperkt door de regels van staatssteun.

5. Onvoorziene omstandigheden

In lid 5 van artikel 72 is de volgende uitzonderingsbepaling opgenomen:

‘Een wijziging kan niet als wezenlijk in de zin van lid 1 worden aangemerkt, indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de behoefte aan wijziging is het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige ondernemer niet kon voorzien;
- b) de wijziging brengt geen verandering in de algemene aard van de opdracht;
- c) de prijsverhogingen zijn niet hoger dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst.

Aanbestedende diensten maken deze wijzigingen

⁴¹ Rb. Den Haag 3 oktober 2012, LJN: BY0155, r.o. 4.6.

⁴² Europese Commissie, *Non-paper over het voorstel voor een richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten*, 11266/12, 14 juni 2012, p. 18.

⁴³ Vgl. S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Londen: Sweet & Maxwell 2005, p. 605 (onder verwijzing naar C(002)3578fin., ‘London Underground Public Private Partnership’, 2 oktober 2002): ‘... there is not necessarily a violation of the regulations/directives just because the final agreement is more favourable to the provider than the terms agreed when the provider was designated as preferred bidder; [...] the Commission accepted this in ‘London Underground’ as an inevitable consequence of the fact that the negotiated procedures may involve finalising the deal under non-competitive conditions.’

bekend in het Publicatieblad van de Europese Unie. Deze aankondigingen bevatten de in bijlage VI, deel G, bedoelde informatie en worden bekendgemaakt overeenkomstig artikel 49.⁴⁴

Deze bepaling borduurt voort op artikel 31 lid 4 sub a van Richtlijn 2004/18/EG, in welke situatie een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mag worden doorlopen.⁴⁵ In het Voorstel is ervoor gekozen deze situatie te regelen in het kader van de wezenlijke wijziging. In artikel 30 van het Voorstel betreffende het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, komt zij dan ook niet meer terug.

Het Voorstel wijkt evenwel enigszins af van het huidige artikel 31 lid 4 sub a. Allereerst wordt in het Voorstel niet uitsluitend gesproken over aanvullende leveringen of diensten; iedere vorm van wijziging wordt onder de uitzonderingsbepaling gebracht. Daarnaast is de 'onlosmakelijke verbondenheid' met de oorspronkelijke opdracht verdwenen. Dit is vervangen door - het minder strikte - 'geen verandering in de algemene aard van de opdracht'. Tot slot moet het nu gaan om een *zorgvuldige* opdrachtgever. De toelichting laat de achtergronden van deze verschillen onvermeld.

Wat verder opvalt, is dat in de tekst van de meest recente versies van het voorstel voor een richtlijn betreffende het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten⁴⁶ (artikel 82 lid 5) alsmede het voorstel

voor een richtlijn betreffende de gunning van concessieopdrachten⁴⁷ (artikel 42 lid 6) het bepaalde sub (c) niet is opgenomen, terwijl de bepalingen voor het overige identiek zijn.⁴⁸ Voor wat betreft de nutssectoren was dit overigens al zo.⁴⁹ De concessierichtlijn is nieuw.

De ex-post-publicatie opgenomen in de laatste alinea lijkt op het eerste gezicht materieel geen nieuw vereiste. Op grond van de Richtlijn 2004/18/EG is immers bekendmaking van een gegunde opdracht als gevolg van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking reeds een verplichting.⁵⁰ Echter, in het Voorstel gaat het niet meer over gunning van een nieuwe opdracht, maar over wijziging van een bestaande. Dit betekent dat *iedere* wijziging die op grond van deze uitzonderingsbepaling wordt doorgevoerd een Europese publicatie vereist. Dit zou tot een grote toestroom aan publicaties kunnen gaan leiden, gezien de aanzienlijke hoeveelheid wijzigingen die bij voorbeeld een gemiddeld bouwproject aan de orde van de dag zijn (denk hierbij aan onvoorziene meer-/minderwerkopdrachten). Wellicht kan gesteld worden dat van deze publicatieverplichting zijn uitgezonderd wijzigingen met een (cumulatieve) waarde van minder dan 10% of 15% van de opdracht (op grond van artikel 72 lid 4) respectievelijk wijziging van de ondernemer (op grond van artikel 72 lid 6), omdat het Voorstel voor die situaties een specifieke regeling kent; het Voorstel is hierover echter onduidelijk.

44 Ook in deze bepaling is een storende vertaalfout terechtgekomen: daar waar sub (a) wordt gesproken over 'ondernemer' moet dit ongetwijfeld zijn 'aanbestedende dienst'. Zie de (Engelse) tekst van de meest recente versie van het Voorstel en overweging 46 van het Voorstel waar wordt gesproken over 'contracting authority'.

45 Artikel 31 lid 4 sub a van Richtlijn 2004/18/EG luidt als volgt: '*De aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen voor het plaatsen van hun overheidsopdrachten gebruik maken van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht*] voor overheidsopdrachten voor werken en overheidsopdrachten voor diensten: a) voor aanvullende werken of diensten die noch in het aanvankelijk gegunde ontwerp noch in de oorspronkelijke overeenkomst waren opgenomen en die als gevolg van onvoorziene omstandigheden voor de uitvoering van het werk of het verlenen van de dienst zoals deze daarin zijn beschreven, noodzakelijk zijn geworden, mits zij worden gegund aan de ondernemer die dit werk uitvoert of deze dienst verleent; - wanneer deze aanvullende werken of diensten uit technisch of economisch oogpunt niet los van de oorspronkelijke opdracht kunnen worden uitgevoerd zonder overwegende bezwaren voor de aanbestedende diensten, of - wanneer deze werken of diensten, hoewel zij van de uitvoering van de oorspronkelijke opdracht kunnen worden gescheiden, voor de vervolmaking ervan strikt noodzakelijk zijn. Het totale bedrag van de voor de aanvullende werken of diensten geplaatste opdrachten mag echter niet hoger zijn dan 50% van het bedrag van de hoofdupdracht.'

46 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, 18011/12, 20 december 2012.

47 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van concessieopdrachten, 18007/12, 20 december 2012.

48 Vergelijk in dit verband tevens de artikelen 2.35 (betreffende de klassieke sectoren) en 3.37 (betreffende de nutssectoren) van de Aanbestedingswet. Opvallend genoeg is in artikel 2.40 (betreffende concessieovereenkomsten) van de Aanbestedingswet weer wel een bepaling van de strekking als hier bedoeld opgenomen, zulks in tegenstelling tot het desbetreffende voorstel voor een richtlijn.

49 Artikel 40 lid 3 sub f Richtlijn 2004/17/EG.

50 Artikel 35 lid 4 Richtlijn 2004/18/EG. Zie ook: artikel 35 lid 12 Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en artikel 2.134 respectievelijk artikel 3.78 jo. 2.134 van de Aanbestedingswet.

Overweging 46 mag niet onvermeld blijven:

‘Aanbestedende diensten kunnen af te rekenen krijgen met externe omstandigheden die zij niet konden voorzien bij de gunning van de opdracht, met name wanneer de uitvoering van de opdracht zich over een langere termijn uitstrekt.⁵¹ In dat geval is enige flexibiliteit vereist om de opdracht zonder nieuwe gunningsprocedure aan deze omstandigheden aan te passen. Het begrip onvoorzienbare omstandigheden betreft omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normaal zorgvuldige voorbereiding van de aanvankelijke gunning door de aanbestedende dienst, rekening houdend met de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de goede praktijk in het betrokken gebied en het feit dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de voor de voorbereiding van de gunning uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan. Dit is echter niet van toepassing in gevallen waarin een wijziging tot een verandering van de aard van de gehele aanbesteding leidt, bijvoorbeeld als werken, leveringen of diensten worden vervangen door iets anders of als het soort aanbesteding wezenlijk wordt veranderd, aangezien dan kan worden aangenomen dat het resultaat is beïnvloed.’

Hieruit blijkt dat het gaat om omstandigheden die niet konden worden voorzien. Dit biedt een aanbestedende dienst minder ruimte dan artikel 6:258 BW biedt, waar het er slechts op aankomt van welke veronderstellingen partijen daadwerkelijk (al dan niet stilzwijgend) zijn uitgegaan. Daarnaast valt op dat het niet gaat om onvoorzienbare omstandigheden vanuit zuiver objectief perspectief; bij het bepalen van de voorzienbaarheid mag rekening worden gehouden met diverse omstandigheden van

het geval, waaronder de (feitelijk) voor de voorbereiding van de gunning uitgetrokken middelen.

Bij een beroep op onvoorziene omstandigheden betreffende bijvoorbeeld gewijzigde indicering inzake Wmo-diensten⁵², verschuiving tussen twee categorieën huishoudelijke werkzaamheden (Wmo)⁵³, wijziging staalprijs⁵⁴ en langere reistijden dan geprognosticeerd⁵⁵ zal in de toekomst behalve artikel 6:258 BW dus ook deze bepaling uit het Voorstel van belang zijn voor de mogelijkheid om wijzigingen in de opdracht door te mogen voeren.

Wij menen al met al dat het Voorstel meer ruimte lijkt te bieden voor het doorvoeren van wijzigingen als gevolg van onvoorzienbare omstandigheden dan de huidige richtlijn in samenhang met de jurisprudentie terzake.⁵⁶

6. Wijziging ondernemer

De eerste alinea van artikel 72 lid 6 luidt als volgt:

‘Onverminderd lid 3 wordt de vervanging van de aannemer aan wie de aanbestedende dienst aanvankelijk de opdracht had gegund door een nieuwe aannemer beschouwd als een belangrijke wijziging in de zin van lid 1.’⁵⁷

Dit beginsel is eveneens een codificatie van *Presetext*.⁵⁸ Omwille van de rechtszekerheid heeft de Commissie het wenselijk geacht dat de situaties van *corporate restructuring* en insolventiehierop een uitzondering vormen. Zie de tweede alinea van lid 3:

- 51 Zie S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Londen: Sweet & Maxwell 2005, p. 289, waarin wordt overwogen dat wijzigingen eerder gerechtvaardigd zijn in het geval van ‘innovative, long-term and complex contracts’. Als reden hiervoor wordt aangevoerd dat in zo een geval planning moeilijker is en de kosten van een nieuwe aanbestedingsprocedure hoger zijn. In J.M. Heblly & M.B. Klijn, ‘Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht’, *TBR* 2008/157, p. 827, wordt in dit verband gesteld dat de rechtvaardiging voor de desbetreffende wijzigingen niet zozeer is gelegen in omstandigheden als complexiteit en/of lange looptijd op zich, maar in economische, juridische en/of technische ontwikkelingen die onder dergelijke omstandigheden tot wijzigingen nopen. Dit alles maakt volgens deze auteurs in beginsel het toetsingskader bij complexe en langdurige projecten niet anders dan bij relatief eenvoudige, kortlopende opdrachten. Trouls Poulsen meent dat bij langetermijncontracten voor complexe opdrachten meer ruimte voor wijzigingen bestaat, mede omdat inschrijvers bij dergelijke opdrachten in hun inschrijving rekening houden met de mogelijkheid van wijzigingen in de toekomst (S. Troels Poulsen, ‘The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law’, *PPLR* 2012, p. 172).
- 52 Rb. Den Haag (vzr.) 9 juli 2008, LJN: BD9893.
- 53 Rb. Alkmaar (vzr.) 3 april 2008, LJN: BC8558 en 24 april 2008, LJN: BD0487.
- 54 Rb. Rotterdam 16 juli 2008, LJN: BD9020.
- 55 Rb. Haarlem (vzr.) 29 augustus 2008, LJN: BE9481.
- 56 Zie voor de relatie tussen onvoorziene omstandigheden en wezenlijke wijziging: T.H. Chen, ‘Wezenlijke wijzigingen van ICT-overeenkomsten en het aanbestedingsrecht’, *CR* 2009/227.
- 57 De verwijzing naar het begrip ‘aannemer’ lijkt ons inziens niet juist. Gelet op de Engelse tekst van het Voorstel veronderstellen wij dat hier wordt bedoeld het in artikel 2 sub 12 van het Voorstel gedefinieerde begrip ‘ondernemer’. Daarnaast: waarom in dit lid de term ‘belangrijk’ wordt gebruikt in plaats van ‘wezenlijk’ (zoals in lid 1) is onduidelijk. De Engelse tekst spreekt in beide gevallen over ‘substantial’. Wellicht dat deze zaken in de definitieve richtlijn zullen zijn gladgestreken.
- 58 HvJ EG 19 juni 2008, nr. C-454/06 (Presetext), r.o. 40: ‘Over het algemeen dient de vervanging van de contractpartner aan wie de aanbestedende dienst de opdracht oorspronkelijk had toegewezen, door een nieuwe contractpartner, te worden aangemerkt als een wijziging van de wezenlijke voorwaarden van de betrokken overeenkomst inzake de overheidsopdracht, tenzij deze vervanging is vastgelegd in de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst, bijvoorbeeld op basis van onderaanneming.’ Zie HvJ EU 13 april 2010, nr. C-91/08 (Wall), ter zake de vervanging van een onderopdrachtnemer.

‘De eerste alinea geldt echter niet in het geval van rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel⁵⁹ in de positie van de aanvankelijke aannemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, onder meer door overname, fusie of acquisitie, of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen.’⁶⁰

Aan deze uitzonderingsgrond is dus een aantal voorwaarden verbonden: de nieuwe contractpartij dient te voldoen aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie en er mag geen sprake zijn van een wezenlijke wijziging anderszins.⁶¹ Tot slot mag - vanzelfsprekend - deze uitzondering niet worden toegepast als omzeiling van de aanbestedingsregels.

Zie ook overweging 47 van het Voorstel:

‘Overeenkomstig de beginselen van gelijke behandeling en transparantie mag de gegunde inschrijver niet door een andere ondernemer worden vervangen zonder nieuwe concurrentiestelling. Het is echter mogelijk dat de begunstigde inschrijver in de loop van de uitvoering van de opdracht bepaalde structurele veranderingen ondergaat, bijvoorbeeld door zuiver interne reorganisatie, overname, fusie en acquisitie of insolventie. Dergelijke veranderingen hoeven niet automatisch tot een nieuwe gunningsprocedure te leiden voor elke opdracht die door deze ondernemer wordt uitgevoerd.’

In *Pressetext* was sprake van zo een wijziging van de contractpartij, wat op de grond van de zogenoemde ‘interne reorganisatie’ toelaatbaar werd geacht. Deze uitzonderingsgrond is nu dus expliciet in het Voorstel opgenomen. In *Pressetext* achtte het Europese Hof het evenwel van belang dat de nieuwe opdrachtnemer een 100% dochter was van de oorspronkelijke opdrachtnemer, laatstgenoemde de volledige zeggenschap over de nieuwe opdrachtnemer uitoefende, de winsten en verliezen van de dochter aan de moeder werden overgedragen en de oorspronkelijke opdrachtnemer hoofdelijk aansprakelijk bleef jegens de opdrachtgever. Dergelijke

vereisten zijn niet in het Voorstel overgenomen. Wij menen dat bij de beoordeling van een beroep op de uitzonderingsgrond van dit artikel dergelijke omstandigheden van belang kunnen zijn. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de overdracht van de contractpositie aan een minder daadkrachtige groepsvennootschap zonder dat de aanvankelijke ondernemer garant blijft staan, niet toelaatbaar wordt geacht, omdat alsdan anderszins sprake kan zijn van een wezenlijke wijziging (wijziging economische balans in het voordeel van de ondernemer), ook indien de nieuwe partij aan de aanvankelijk gestelde kwalitatieve eisen zou voldoen.

In aanbestedingsrechtelijke zin levert met name de situatie van een insolvente opdrachtnemer aanbesteders nog wel eens lastige situaties op (zie ook de jurisprudentie hierna in deze paragraaf). Vanuit de praktijk zal deze uitzonderingsgrond daarom welkom worden geheten. Of deze in de meeste gevallen daadwerkelijk soulaas zal bieden, is - in het bijzonder bij overheidsopdrachten voor werken - evenwel de vraag, zulks met name vanwege het vereiste dat de opdracht anderszins niet wezenlijk mag worden gewijzigd. Een nieuwe opdrachtnemer zal immers veelal niet het ‘besmette werk’ 1-op-1 onder dezelfde contractvoorwaarden wensen over te nemen.⁶² Een wijziging van het evenwicht van de opdracht in het voordeel van de (nieuwe) opdrachtnemer ligt dan al snel op de loer.

Jurisprudentie

Bij de befaamde ‘pistolenaanbesteding’⁶³ wenste de aanbestedende dienst naar de nummer twee te stappen nadat hij de overeenkomst met de winnende inschrijver had ontbonden. De voorzieningenrechter kwalificeerde dit als wijziging van de contractpartij en beoordeelde dit als een ongeoorloofde wezenlijke wijziging.⁶⁴ Dat het contract feitelijk niet meer bestond, omdat het al was ontbonden, was hiervoor niet van belang. Zou dit anders zijn, dan zou een aanbestedende dienst het leerstuk van de wezenlijke wijziging kunnen omzeilen door eerst de overeenkomst te beëindigen alvorens met een nieuwe opdrachtnemer te contracteren.⁶⁵

59 De figuur ‘rechtsopvolging onder gedeeltelijke titel’ bestaat als zodanig niet in het Nederlands rechtssysteem. Treumer suggereert dat hiermee wellicht wordt bedoeld op een combinatie waarbij sprake is van rechtsopvolging bij een van de combinanten. Zie S. Treumer, ‘Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: The European Commission’s proposals of December 2011’, *PPLR* 2012 p. 157. Ook anderszins kan een wijziging in (de samenstelling van) het consortium onder omstandigheden toelaatbaar zijn; terughoudendheid is daarbij met name op zijn plaats bij toetreding van een nieuwe consortiumdeelnemer.

60 *Supra*, noot 57.

61 In onze optiek dient hieronder te worden verstaan dat de nieuwe opdrachtnemer aan de oorspronkelijk gestelde geschiktheidseisen voldoet en op hem geen van de gestelde uitsluitingsgronden van toepassing is.

62 Denk aan verhoging van de prijs of het niet willen overnemen van garanties.

63 Rb. Den Haag (vzr.) 24 januari 2012, LJN: BV1636 en LJN: BV1638.

64 *Ibid.* r.o. 3.4.

65 *Ibid.* r.o. 3.6.

Onder verwijzing naar het *Wall*-arrest⁶⁶ werd door eiseres betoogd dat wijziging van een onderaannemer als een wezenlijke wijziging kwalificeerde. De voorzieningenrechter ging hier niet in mee, omdat in casu niet was gebleken van een beroep op de onderaannemer dat een beslissend element vormde voor de gunning.⁶⁷

Een onderaannemer die bij de inschrijving was genoemd in verband met de kwaliteitseisen die werd vervangen door een andere onderaannemer die aan dezelfde eisen voldeed, wijzigt niet de opdracht of de inschrijving. Dit vormde aldus geen wezenlijke wijziging.⁶⁸

Vervanging van een architect als onderaannemer van de contractpartij als gevolg van een faillissement van die architect werd toelaatbaar geacht, omdat het ontwerp van de oorspronkelijke architect zou worden gerealiseerd en de bouw zou worden begeleid worden door de oorspronkelijke architect uit naam van zijn doorstart-BV.⁶⁹

Een wijziging (in een situatie van heraanbesteding) inhoudende een voorgeschreven onderaannemer in de oorspronkelijke aanbesteding, welk voorschrift bij de tweede aanbesteding was komen te vervallen, werd als niet wezenlijk beschouwd.⁷⁰

Een (dreigend) faillissement van de na een rechtmatig gehouden aanbesteding gecontracteerde aannemer vormde voor de aanbestedende dienst aanleiding om deze aannemer te vervangen door een onderaannemer. In het kort geding dat hierop volgde, werd een beroep door de aanbestedende

dienst op dwingende spoed, zoals bedoeld in artikel 31 lid 1 sub c van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten⁷¹, door de voorzieningenrechter gehonoreerd. De aanbestedende dienst mocht derhalve afzien van een nieuwe aanbestedingsprocedure.⁷² Daar waar in deze procedure de aanbestedende dienst het moest hebben van een beroep op de dwingende spoed, zal op basis van het Voorstel in vergelijkbare gevallen dit artikel 72 lid 6 wellicht voldoende zijn.

Vervanging van de oorspronkelijke private partner van een gemengde onderneming door een andere private partij, werd in een inbreukprocedure door de Commissie aangemerkt als een wezenlijke wijziging van de overeenkomst, ondanks het feit dat de oorspronkelijke overeenkomst niet behoefde te worden aanbesteed (en ook niet was aanbesteed), omdat deze was gesloten voordat Richtlijn 92/50/EEG in werking trad. De wezenlijke wijziging moest volgens de Commissie worden geacht gunning van een nieuwe opdracht te zijn, die conform de toepasselijke Europese aanbestedingsrichtlijnen had dienen plaats te vinden.⁷³

7. Wijzigingen gedurende de aanbesteding

Artikel 72 van het Voorstel is genaamd ‘Wijziging van opdrachten *gedurende de looptijd*’. Deze regeling ziet dus niet op wijzigingen van de opdracht gedurende de aanbesteding. In de jurisprudentie worden de *Pressetext*-criteria in zijn algemeenheid evenwel ook in de fase vóór de gunning naar ana-

66 HvJ EU 13 april 2010, nr. C-91/08 (*Wall*).

67 Rb. Almelo (vzr.) 24 juli 2012, LJN: BX2992, r.o. 4.7.

68 Rb. Amsterdam (vzr.) 1 juni 2012, LJN: BX3758, r.o. 4.3. Vgl. artikel 66 lid 2 sub b Voorstel waarin is opgenomen dat voor opdrachten ter zake diensten en werken de ervaring en kwalificatie van personeel als gunningcriterium mag worden opgenomen, mits dit personeel na gunning alleen kan worden vervangen indien - kort gezegd - een gelijkwaardige organisatie en kwaliteit wordt verzekerd. Wij nemen aan dat indien dit niet kan worden verzekerd en vervanging toch wordt toegestaan evenzeer sprake zal zijn van een wezenlijke wijziging.

69 Hof Arnhem 27 oktober 2009, LJN: BK1406.

70 Rb. Den Haag (vzr.) 30 november 2010, LJN: BO9252, r.o. 4.13-4.17.

71 Op grond van artikel 31 lid 1 sub c van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten mag een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking worden doorlopen als aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan, te weten i) het bestaan van een onvoorziene gebeurtenis, ii) het bestaan van dwingende spoed die onvermijdbaar is met de inachtneming van de bij een oproep tot mededeling behorende termijnen, alsmede iii) het bestaan van een oorzakelijk verband tussen de onvoorziene gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende dwingende spoed. De aanbestedende dienst dient vervolgens het bestaan van deze voorwaarden aan te tonen. Daarnaast geldt dat de omstandigheden waarop ter rechtvaardiging van de dwingende spoed een beroep wordt gedaan, in geen geval aan de aanbestedende dienst te wijten mogen zijn. Zie ook: Rb. Den Haag (vzr.) 2 juni 2009, LJN: BI8761, r.o. 4.2.

72 Rb. Den Haag (vzr.) 2 juni 2009, LJN: BI8761. Anders: Rb. Utrecht (vzr.) 24 juni 2009, LJN: BJ0662. In deze zaak faillieerde de winnende inschrijver kort na sluiting van de overeenkomst, waarna de aanbesteder vrijwel dezelfde overeenkomst heeft gesloten met het bouwbedrijf dat een gedeelte van de onderneming van de gefailleerde voortzette. De voorzieningenrechter oordeelde dat de vraag, of daardoor sprake is van een wijziging van de contractpartij die tot een heraanbesteding verplicht, in het kader van dat kort geding niet met zekerheid kan worden beantwoord. Gelet hierop werden de vorderingen van eiseres afgewezen.

73 IP/10/500, 5 mei 2010 (*Commissie/Duitsland*). Partijen hadden tevens het recht om de overeenkomst te ontbinden, opgeschort. Ook deze wijziging van de overeenkomst werd door de Commissie aangemerkt als wezenlijk. De inbreukprocedure is inmiddels stopgezet.

logie van toepassing verklaard.⁷⁴ Wij hebben geen reden aan te nemen dat dit voor de nieuwe richtlijnen anders zal zijn.

Voor analoge toepassing leent zich ons inziens evenwel niet het subcriterium 'de wijziging verandert het economisch evenwicht van de opdracht of de raamovereenkomst ten gunste van de ondernemer' (artikel 72 lid 2 sub b van het Voorstel). Het economisch evenwicht van de opdracht kan immers niet uitsluitend worden bepaald door de uitvraag, maar wordt ons inziens gevormd door enerzijds de scope van de werkzaamheden⁷⁵ zoals beschreven in de uitvraag en anderzijds de inschrijving (van de winnende inschrijver) die op basis van die scope is ingediend. Een wijziging in de uitvraag met economische impact zal, naar mag worden aangenomen, doorwerken in (het prijselement van) de inschrijvingen. Daarmee is het economisch evenwicht van de opdracht als het ware weer hersteld. Kortom, wij menen dan ook dat dit criterium uitsluitend toepassing zal kunnen vinden in de klassieke *Pressetext*-situatie, dat wil zeggen in geval van wijzigingen ná gunning.⁷⁶

Een voorname categorie wijzigingen in de fase vóór gunning heeft betrekking op het beëindigen van een aanbestedingsprocedure en het starten van een nieuwe, ten behoeve van een al dan niet gewijzigde opdracht. In beginsel verbiedt noch de Europese, noch de Nederlandse regelgeving het een aanbestede om een lopende aanbesteding af te breken. In het ARW 2012 is deze mogelijkheid zelfs uitdrukkelijk opgenomen.⁷⁷ Het gelijkheids- en het

vertrouwensbeginsel en de precontractuele goede trouw kunnen er echter aan in de weg staan dat in de gunningsfase - waarbij de aanbestedende dienst heeft kennisgenomen van de inschrijvingen - tot heraanbesteding wordt overgegaan. Dit kan zich voordoen indien een of meer passende aanbiedingen zijn gedaan en bij de beoogde heraanbesteding geen sprake is van een wezenlijke wijziging in de specificaties van de opdracht.⁷⁸ Het is niet de bedoeling dat aanbesteders onder een onwelgevallig aanbestedingsresultaat uit kunnen komen door dezelfde opdracht opnieuw aan te besteden. Dit is in strijd met de goede trouw en wordt gekwalificeerd als 'leuren'.⁷⁹

Jurisprudentie

In het geval van een raamovereenkomst oordeelde de Rechtbank Den Haag dat van een wezenlijke wijziging geen sprake was, omdat - kort gezegd - op voorhand geen zekerheid bestond omtrent het verkrijgen van de opdrachten onder de raamovereenkomst.⁸⁰

Wijziging van de oorspronkelijke scope van planmatig onderhoud van asfalt in een scope van (kleine) spoedreparaties, waarbij de aard en omvang van de werkzaamheden van de tweede opdracht aanzienlijk beperkter was dan de eerste, werd als wezenlijk beoordeeld. De heraanbesteding werd aldus geoorloofd bevonden.⁸¹

Eveneens werd een heraanbesteding toegestaan in de situatie waarin sprake was van de realisatie van

74 Hof Leeuwarden 12 mei 2009, LJN: BI5096, r.o. 19; Rb. Den Bosch (vzr.) 3 februari 2011, LJN: BP2974, r.o. 4.24; Rb. Den Haag (vzr.) 20 mei 2011, LJN: BR4943, r.o. 3.2; Rb. Den Haag (vzr.) 20 mei 2011, LJN: BQ5311, r.o. 3.3.; Rb. Den Haag 3 oktober 2012, LJN: BY0155, r.o. 4.3. Laatstgenoemde uitspraak is in het kader van het leerstuk van de wezenlijke wijziging ook anderszins van belang. Dit betrof een vrijwillige aanbesteding door een niet aanbestedende dienst. In het vonnis werd geoordeeld dat ook dan een wezenlijke wijziging niet is toegestaan: *'Het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en de precontractuele goede trouw brengen voorts mee dat de aanbestedende partij de desbetreffende opdracht in de gunningsfase, dan wel daarna, in beginsel niet wezenlijk mag wijzigen.'*

75 Met inbegrip van de voorwaarden waaronder die werkzaamheden moet worden uitgevoerd, veelal neergelegd in de (concept)overeenkomst.

76 Althans na inschrijving. Reeds dan kunnen wijzigingen worden doorgevoerd, hetzij in de opdracht hetzij in de inschrijving, die maken dat het economisch evenwicht wijzigt. Vgl. de hiervoor in voetnoot 10 reeds genoemde gevaltypen (2) en (3) uit: C.E.C. Jansen, 'Wijzigen van overheidscontracten die door middel van een geregelde aanbestedingsprocedure', *Contracten* 2012/2, p. 55 e.v.

77 Artikel 2.27.1 respectievelijk artikel 3.30.1 Aanbestedingsreglement Werken 2012.

78 Zie onder meer: Rb. Rotterdam (vzr.) 10 maart 2009, LJN: BH5386, r.o. 4.4; Rb. Den Haag (vzr.) 23 juni 2009, LJN: BJ1444, r.o. 5.8; Rb. Den Haag (vzr.) 20 mei 2011, LJN: BR4943, r.o. 3.1; Rb. Den Haag (vzr.) 6 september 2012, LJN: BX9783, r.o. 3.2.

79 Rb. Amsterdam (vzr.) 8 december 2010, LJN: BO8420, r.o. 4.4. Vgl.: M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een verantwoord aanbestedingsbeleid*, Amsterdam: Reed Business 2009, p. 419, waar in het kader van heraanbesteding wordt benadrukt dat het niet-gunnen van een opdracht aan de inschrijver die daarvoor op basis van het gunningscriterium in aanmerking komt ('leuren') als onvereenigbaar met de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt aangemerkt. Vgl. verder: Rb. Rotterdam 5 augustus 2008, LJN: BD9330, *TBR* 2009/10 (m.nt. G.J. Huith), waar Huith in zijn noot overweegt: *'Blijkt de opdracht ongewijzigd te worden heraanbesteed, dan kan ik mij goed voorstellen dat de winnende inschrijver uit de oorspronkelijke aanbesteding zich tegen die heraanbesteding verzet en zich beroept op het eerder bereikte aanbestedingsresultaat. Op die wijze kan worden voorkomen dat aanbestedende diensten met een opdracht gaan 'leuren.'*

80 Rb. Den Haag (vzr.) 20 mei 2011, LJN: BR4943, r.o. 3.3.

81 Rb. Den Haag (vzr.) 6 september 2012, LJN: BX9783, r.o. 3.5.

een extra verdieping en de daaruit voortvloeiende bouwkundige wijzigingen.⁸²

Onder toepassing van de *Presstext*-criteria oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat sprake was van een wezenlijk gewijzigde opdracht: *'Zo heeft Vaop de scope van de opdracht beperkt, in die zin dat de opdracht thans bestaat uit de inzameling, op- en overslag, en het transport van oud papier. De zogenaamde bewerking van oud papier maakt niet langer deel uit van de opdracht. Dat het bewerkingsdeel in de praktijk onderdeel van de opdracht zal blijven uitmaken, is in het licht van de mededeling dat Vaop het bewerkingsdeel apart (Europees) zal aanbesteden onvoldoende aannemelijk geworden. Vaop heeft voorts onbetwist gesteld dat er in vergelijking met de eerdere aanbesteding meer lokale ondernemers het bestek hebben opgevraagd. Bovendien heeft [eiseres] ter zitting zelf aangegeven dat de nieuwe opdracht minder interessant is dan de vorige opdracht, nu zij is gespecialiseerd in de bewerking van oud papier en karton'*.⁸³ Voor het oordeel in deze zaak werd tevens relevant geacht dat het economisch evenwicht van de opdracht zou zijn veranderd. Bij de eerste aanbesteding diende de opdrachtnemer het inflatierisico te dragen, terwijl dit risico bij de tweede aanbesteding door de opdrachtgever werd gedragen door indexering van de aanneemsom toe te staan. Naar ons oordeel is dit een onjuiste toepassing van dit *Presstext*-criterium (zie hiervoor).⁸⁴ Bovendien: indien een wezenlijke wijziging reeds bewerkstelligd zou kunnen worden door een risico dat aanvankelijk bij de opdrachtnemer lag, bij een heraanbesteding naar de opdrachtgever te verplaatsen, wordt het aanbestedende diensten ons inziens te makkelijk gemaakt om vanwege een onwelgevallig aanbestedingsresultaat de markt nogmaals te benaderen met (nagenoeg) dezelfde opdracht.

Een wijziging werd tevens wezenlijk geacht in een situatie waarin het meerwerk ten opzichte van de oorspronkelijke aanbesteding ca. 14% bedroeg van de inschrijfsom van de winnende inschrijver, in

combinatie met minderwerk groot ca. 11% daarvan.⁸⁵

Heraanbesteding zonder (wezenlijke) wijziging van de opdracht kan onder bijzondere omstandigheden toch zijn toegestaan, namelijk indien niet is voldaan aan het aanbestedingsrechtelijke basisvereiste dat in het aanbestedingsbericht of in het bestek alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zijn geformuleerd.⁸⁶ Om die reden was de gemeente Nijmegen bevoegd een aanbesteding af te breken, opdat zij een nieuwe procedure kon starten waarin de onduidelijkheden niet meer voorkwamen.⁸⁷ Dit gold ook voor de gemeente Groningen: indien aan de aanbestedingsprocedure een ernstig gebrek kleefte, moet er in het algemeen van uit worden gegaan dat de aanbestedende dienst niet alleen gerechtigd is tot staking van de procedure, maar ook tot heraanbesteding van dezelfde opdracht over te gaan, onder verbetering van de formulering van het bestek.⁸⁸ In een andere zaak waren de gebreken evenwel niet dermate ernstig dat een nieuwe aanbesteding vereist was. Volstaan kon worden met herbeoordeling.⁸⁹

Een partij die tot de kring van de potentiële gegadigden behoorde, had ter zitting aangegeven dat zij op zichzelf geen probleem had met een wijziging van het bestek. Dit alleen al leidde er volgens de voorzieningenrechter toe dat deze wijziging op zichzelf niet kan worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging.⁹⁰

De Rechtbank Utrecht was van oordeel dat door tijdsverloop (als gevolg van vertraging gedurende de aanbestedingsprocedure) de aanbestede overeenkomst niet meer paste bij de ontwikkeling van de gemeentelijke organisatie. In het kader van de aankomende compactere huisvesting en daarmee samenhangende reorganisatie waren andere typen en aantallen apparatuur nodig. De opdracht was wezenlijk gewijzigd; heraanbesteding was geoorloofd.⁹¹

82 Rb. Den Haag (vzr.) 23 september 2009, LJN: BJ1444, r.o. 5.9 en 5.10. Het vonnis geeft overigens geen blijk van toepassing van de *Presstext*-criteria. De bouwkundige wijzigingen bestonden onder andere uit het gebruik van een andere houtsoort voor kozijnen en deuren, een andere vloerafwerking, een andere glassoort en een andere afwerking van binnenwanden.

83 Rb. Amsterdam (vzr.) 8 december 2010, LJN: BO8420.

84 Uit het vonnis bleek bovendien uitdrukkelijk dat de inschrijver in kwestie bij de eerste aanbesteding het inflatierisico had vertaald in een opslag op haar inschrijfsom en dat de doorgevoerde wijziging bij de heraanbesteding van invloed was op de aan te bieden prijzen. Zie r.o. 4.7. Gesteld zou kunnen worden dat juist hierdoor het economisch evenwicht weer is hersteld.

85 Rb. Den Haag 16 juni 2010, LJN: BN4842, r.o. 4.2 en 4.3. De rechtbank merkt overigens uitdrukkelijk op dat eiseres op dit punt beperkt verweer had gevoerd.

86 Zie voor dit basisvereiste Hof van Justitie EG 29 april 2004, nr. C-496/99P, *Jurispr.* 2004, p. I-3801 (*Succhi di Frutta*), r.o. 118, zoals hiervoor weergegeven in voetnoot 33.

87 Rb. Arnhem (vzr.) 1 oktober 2009, LJN: BK0731, r.o. 4.9.

88 Rb. Groningen (vzr.) 11 januari 2013, LJN: BY8197, r.o. 4.5. Zie ook Rb. Amsterdam (vzr.) 22 januari 2013, LJN: BZ0664, r.o. 4.19.

89 Rb. Alkmaar (vzr.) 20 augustus 2009, LJN: BJ5645, r.o. 4.1.

90 Rb. Den Haag (vzr.) 29 november 2006, LJN: AZ5047, r.o. 3.2. In C.E.C. Jansen, 'Wijzigingen van overheidscontracten die door middel van een geregleerde aanbestedingsprocedure', *Contracteren* 2012/2, p. 49, wordt gesteld dat in deze uitspraak sprake lijkt te zijn van een verkeerde toepassing van het criterium in kwestie. Wij zijn het daarmee eens.

91 Rb. Utrecht (vzr.) 18 februari 2013, LJN: BZ1349, r.o. 4.23.

8. Wijziging criteria in het kader van de aanbesteding

Een andere categorie wijzigingen gedurende de aanbesteding betreft wijzigingen in (het geheel van) geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria. Artikel 72 van het Voorstel heeft hierop geen betrekking; dat gaat immers om wijziging van opdrachten (gedurende de looptijd). Ook *Pressetext* handelt over de wijziging van opdrachten. De vraag is of ook op deze categorie wijzigingen het bepaalde in artikel 72 en *Pressetext* van analoge toepassing kan zijn.

Het criterium onder a. in artikel 72 lid 2 heeft - kort gezegd - betrekking op wijzigingen van de opdracht die van dien aard zijn dat de kring van marktpartijen die voor de oorspronkelijke opdracht belangstelling hadden, verschilt van de kring van marktpartijen die potentieel belangstelling zouden hebben gehad voor de opdracht, zoals gewijzigd. Dergelijke wijzigingen worden bestempeld als wezenlijk en vereisen heraanbesteding. Ons inziens leent dit criterium zich ervoor om naar analogie toegepast te worden op wijzigingen in (het geheel van) eisen en criteria die in het kader van de aanbesteding gesteld worden. Immers, aangenomen mag worden dat ook dergelijke wijzigingen van dien aard kunnen zijn dat de kring van marktpartijen die potentieel belangstelling hadden voor de opdracht onder toepassing van de *oorspronkelijke* eisen en criteria, verschilt van de kring van marktpartijen die potentieel belangstelling zouden hebben gehad voor de opdracht onder toepassing van de *gewijzigde* eisen en criteria. Denk hierbij aan toepassing van andere referentievereisten of omzeteisen. Het gevolg van een zodanige wezenlijke wijziging zou ons inziens dan moeten zijn dat de opdracht opnieuw moet worden aanbesteed (waarbij - al naar gelang het soort procedure en de aard van de wijziging - de uitkomst van de voorselectie mogelijk in stand zal kunnen blijven).

Ons inziens zou analoge toepassing echter niet moeten kunnen plaatsvinden in een situatie van heraanbesteding zoals hiervoor beschreven, althans niet zonder meer. Wij achten het namelijk onwenselijk dat een aanbestedende dienst doelbewust (het geheel van) geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria wezenlijk zou mogen wijzigen teneinde exact dezelfde opdracht opnieuw in de markt te kunnen zetten. Immers, in dat geval zou de aanbestedende dienst door de enkele wijziging van - bijvoorbeeld - een minimumeis gerechtvaardigd

kunnen gaan 'leuren'. Dit zou slechts toegestaan mogen zijn met het oog op herstel van een (ernstig) gebrek in de aanbestedingsprocedure (zie hiervoor in paragraaf 7).

De criteria onder b. en c. van artikel 72 lid 2 lenen zich ons inziens naar hun aard niet voor analoge toepassing. Voor het bestaan van een economisch evenwicht is naar onze mening als gezegd een inschrijving vereist en de aanzienlijke verruiming heeft betrekking op de opdracht zelf.

Jurisprudentie

De Rechtbank Den Bosch was van oordeel dat het leerstuk van de wezenlijke wijzigingen uitsluitend betrekking kan hebben op de specificaties van het werk zelf. In casu was daarvan geen sprake. Het splitsen van het werk in twee percelen, het wijzigen van de selectiecriteria en het wijzigen van andere administratieve bepalingen, leverden volgens de rechtbank geen wijziging op in de specificaties van het werk (welk werk in technische zin hetzelfde gebleven was).⁹² Wij delen deze visie dus niet, althans niet voor wat betreft subcriterium a.

De omstandigheid dat - in een situatie van heraanbesteding - in het tweede bestek de lijst met fictieve hoeveelheden is gewijzigd en dat daarbij een bandbreedte is aangebracht voor de eenheidsprijzen die de inschrijvers mochten hanteren, leverde geen wezenlijke wijziging op, aangezien het hier niet ging om een wijziging in de specificaties van de opdracht zelf, maar om een wijziging in de wijze van het berekenen van de laagste prijs, aldus de Rechtbank Den Haag. De fictieve aannemingsom en de lijst met fictieve hoeveelheden hebben na de gunning van de opdracht geen functie meer en zij kunnen niet worden aangemerkt als behorend tot de specificaties van de opdracht.⁹³

Het Hof Leeuwarden oordeelde dat hoewel de mogelijkheden van een aanbestedende dienst om bij nota van inlichtingen wijzigingen in het bestek aan te brengen niet onbeperkt zijn, er geen grond is de grenzen enger te leggen dan ze in het *Pressetext*-arrest zijn gesteld.⁹⁴ In casu ging het om het ecarteren van een tweetal subcriteria bij het onderdeel prijs. Het hof was van oordeel dat het hier niet ging om wezenlijke wijzigingen, omdat niet viel in te zien dat andere inschrijvers belangstelling voor de opdracht zouden hebben getoond als zij hadden geweten dat de subcriteria in kwestie niet gehandhaafd zouden worden.⁹⁵

Wijziging van (onder meer) de puntenverdeling werd toegestaan, omdat het een aanbestedende dienst vrijstaat om vóór sluiting van de inschrijvingstermijn de aanbestedingsprocedure te an-

92 Rb. Den Bosch (vzr.) 11 december 2008, LJN: BH2904.

93 Rb. Den Haag (vzr.) 20 mei 2011, LJN: BQ5311, r.o. 3.5.

94 Hof Leeuwarden 12 mei 2009, LJN: BI5096, r.o. 20.

95 Hof Leeuwarden 12 mei 2009, LJN: BI5096, r.o. 19.

nuleren.⁹⁶ Daaruit volgt dat het een aanbestedende dienst eveneens vrijstaat inhoudelijke wijzigingen in de opdracht⁹⁷ aan te brengen, aangezien dit immers feitelijk niet verschilt van het annuleren van de lopende aanbesteding en het uitschrijven van een nieuwe aanbesteding op basis van de gewijzigde opdracht. Tevens werd van belang geacht dat in de aanvankelijke beoordelingssystematiek niet tot uitdrukking kwam dat de advisering in het kader van de Wmo het grootste deel van de opdracht behelsde en bovendien hogere eisen stelde aan de dienstverleners.⁹⁸

Wijziging van een zogeheten Greencalc+-score als minimumeis van een inschrijving werd toelaatbaar geacht, omdat dit was gebeurd vóór het sluiten van de inschrijftermijn en de gewijzigde eis aan alle inschrijvers kenbaar was gemaakt. Tevens was relevant dat het een niet-openbare procedure betrof en de oorspronkelijk eis in de selectiefase nog niet bekend was gemaakt.⁹⁹

Volgens het Europese Hof kunnen bij nadere inlichtingen over het bestek en de aanvullende stukken als bedoeld in artikel 39 lid 2 van Richtlijn 2004/18/EG weliswaar bepaalde verduidelijkingen worden aangebracht en inlichtingen worden verstrekt, maar kan langs deze weg niet - ook niet door correcties - de betekenis worden gewijzigd van de belangrijkste voorwaarden van de opdracht - waaronder de technische specificaties en de gunningscriteria - zoals die in het bestek zijn geformuleerd en waarop de belanghebbende marktdeelnemers zich rechtmatig hebben gebaseerd voor hun beslissing, een offerte voor te bereiden of juist

van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure af te zien.¹⁰⁰ Vanwege het gebruik van het begrip 'belangrijkste' alsook de conclusie van Advocaat-Generaal Kokott¹⁰¹, waarnaar het Europese Hof in dit verband expliciet verwijst, is ons inziens hiermee niet beoogd ook niet-wezenlijke wijzigingen van (onder andere) gunningscriteria ontoelaatbaar te achten.

9. Conclusie

Wijzigingen van overeenkomsten gedurende de uitvoering daarvan zijn aan de orde van de dag. De praktijk is daarom gebaat bij een duidelijke regeling omtrent de toelaatbaarheid daarvan, te meer vanwege de mogelijk grote gevolgen van ontoelaatbaar wijzigen. Zo beschouwd is de codificatie in het Voorstel van de jurisprudentie van het Europese Hof een welkome aanvulling ten opzichte van het bestaande kader, al roept het Voorstel her en der nog wel wat vragen op. Bovendien lijkt het Voorstel op enkele punten aanbestedende diensten meer ruimte te bieden dan op grond van huidige regelgeving wordt aangenomen. Denk hierbij aan wijziging van de overeenkomst in verband met onvoorziene omstandigheden of wijziging van de opdrachtnemer in geval van herstructurering of insolventie.

In grote lijnen bestendigt de regeling evenwel de bestaande kaders, wat vraagt om grote bedachtzaamheid bij het doorvoeren van wijzigen, voor én na de gunning. Zo toont ook de jurisprudentie van de laatste jaren.

96 Rb. Haarlem (vzr.) 6 augustus 2009, LJN: BJ6775, r.o. 4.3 e.v.

97 En klaarblijkelijk ook in de puntenverdeling.

98 Of de wijzigingen wezenlijk waren of niet werd door de rechter niet van belang geacht (dit blijkt althans niet uit het vonnis).

99 Rb. Arnhem (vzr.) 29 april 2010, LJN: BM7409, r.o. 4.11.

100 HvJ EU 10 mei 2012, nr. C-368/10 (*Commissie/Nederland*) (Fair trade Max Havelaar koffie), r.o. 55.

101 Conclusie Advocaat-Generaal J. Kokott 15 december 2011, C-368/10, o.v. 71: 'Met die inlichtingen kunnen weliswaar bepaalde verduidelijkingen worden aangebracht en inlichtingen worden verstrekt, maar fundamentele juridische gebreken in de aanbestedingsvoorwaarden kunnen langs deze weg niet worden hersteld. De aanbestedingsstukken moeten immers reeds voordat zij ter beschikking van de potentiële inschrijvers worden gesteld aan alle voorgeschreven eisen beantwoorden en kunnen niet enkele dagen voor de uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen op wezenlijke punten worden verbeterd.' (onderstreping auteurs)