

# 41. Van rampspoed naar rechtsnorm: motiveringsplicht bij niet-wezenlijke wijzigingen

MR. IR. M.B. KLIJN EN MR. D.M. VAN BROECKHUIJSEN

Met het *Morandi*-arrest lijkt zich voor aanbestedende diensten bij het wijzigen van concessies en overheidsopdrachten een belangrijke verplichting te manifesteren, met mogelijk verstrekkende gevolgen voor de dagelijkse praktijk. Waar bij het doorvoeren van wijzigingen in een lopende concessie c.q. opdracht tot nu toe werd uitgegaan van slechts een publicatieplicht in bepaalde gevallen, oordeelt het Hof van Justitie van de Europese Unie dat voor aanbestedende diensten tevens een verplichting tot een deugdelijk motiveren bestaat indien zij menen een (concessie)opdracht te mogen wijzigen zonder daarvoor een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren. De vraag is evenwel hoe ver deze motiveringsplicht reikt. Is er sprake van een proactieve of veeleer een reactieve motiveringsplicht? En geldt die voor alle wijzigingen of slechts in bepaalde gevallen?

## Inleiding

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) heeft zich in het verleden al bij herhaling uitgesproken over de vraag in hoeverre wijzigingen van een aanbestede opdracht nopen tot het organiseren van een nieuwe aanbestedingsprocedure.<sup>1</sup> In het onderhavige arrest doet het Hof dat opnieuw, met de beantwoording van de (hieronder genoemde) prejudiciële vraag. In dat opzicht levert het onderhavige arrest van het Hof in onze optiek geen (bijzonder) vernieuwende inzichten op.<sup>2</sup> Niettemin verdient dit arrest aandacht, omdat het Hof zich in de beantwoording van die prejudiciële vraag tevens uitlaat over de motiveringsplicht die op aanbestedende diensten rust bij de aankondiging van wijzigingen van een lopende (concessie)opdracht. Dit oordeel van het Hof is relevant voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk, waarin dergelijke aankondigingen zelden plaatsvinden en – indien zij al worden verricht – doorgaans summier zijn gemotiveerd.

Hoewel de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aanbw 2012) voorschrijft dat uitsluitend wezenlijke wijzigingen een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen, impliceert dit niet automatisch dat ‘gewone’ (niet)-wezenlijke wijzigingen in de markt altijd onopgemerkt blijven. Integendeel, bij een

wijziging op grond van noodzakelijk geworden aanvullende werken (art. 2.163d lid 5 en 6 Aanbw 2012) én bij onvoorziene omstandigheden (art. 2.163e lid 2 Aanbw 2012) zijn aanbestedende diensten namelijk verplicht een aankondiging van een wijziging te publiceren op TenderNed. Deze publicatieplicht onder de Aanbw 2012 laat in zijn huidige vorm evenwel onduidelijkheid bestaan over (onder meer) de vraag of, en zo ja, in hoeverre een dergelijke aankondiging ook dient te worden *gemotiveerd*. Met het onderhavige arrest beoogt het Hof (een deel van) deze onduidelijkheid weg te nemen. Het Hof overweegt – kort samengevat – dat aanbestedende diensten bij de wijziging van concessieopdrachten in bepaalde gevallen verplicht zijn om de aankondiging van de wijziging niet alleen te publiceren maar óók zorgvuldig te motiveren zodat iedere belanghebbende op basis van deze motivering kan beoordelen of het zinvol zou zijn om tegen de wijziging in rechte op te komen. Naar onze mening is evenwel de vraag of het arrest van het Hof de Nederlandse aanbestedingspraktijk ook daadwerkelijk voldoende richting geeft. Dat zullen wij in het navolgende nader toelichten.

## Casus

### Aanleiding

Het onderhavige arrest vindt haar oorsprong in de instorting van de ‘Morandi-brug’ in Genua (Italië) op 14 augustus 2018. Deze brug maakte deel uit van de concessieovereenkomst voor het beheer van het snelwegennet, gesloten in 2007 tussen Autostrade per l'Italia S.p.A. (hierna: ASPI) en de Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (de Italiaanse nationale autonome onderneming voor het beheer

<sup>1</sup> Vgl. bijv. HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06, r.o. 34 (*Presstext*); HvJ EU 7 september 2016, zaak C-549/14, r.o. 33 (*Finn Frogne*); HvJ EU 18 september 2019, zaak C-526/17, r.o. 74-78 (*Commissie/Italië*); HvJ EU 29 april 2010, zaak C-160/08, r.o. 99 (*Commissie/Duitsland*).

<sup>2</sup> Zie in gelijke zin: G.E. van den Beuken & E.L.H. Snijders-van Erp, noot bij ECLI:EU:C:2024:936, «JAAN» 2025/01, p. 35.

van het wegnnet) (hierna: ANAS). De concessie heeft een looptijd tot en met 31 december 2038. Per 1 oktober 2012 heeft het ministerie van Infrastructuur en Duurzame Mobiliteit (hierna: het ministerie) de rol van concessieverlenende instantie overgenomen van ANAS.

### De instorting van de Morandi-brug leidde tot aanzienlijke materiële schade en een groot aantal dodelijke slachtoffers

De instorting van de Morandi-brug leidde tot aanzienlijke materiële schade en een groot aantal dodelijke slachtoffers. Naar aanleiding daarvan heeft het ministerie op 16 augustus 2018 een juridische procedure tegen ASPI ingeleid vanwege vermeende ernstige tekortkomingen in de nakoming van haar verplichtingen inzake het onderhoud en de instandhouding van het snelwegennet onder de concessieovereenkomst. Parallel aan deze procedure vonden tussen het ministerie en ASPI onderhandelingen plaats teneinde een minnelijke schikking te bereiken. Op 11 juli 2020 heeft ASPI hiertoe een concreet voorstel ingediend, waarin zij zich ertoe verbond om – kort samengevat – 1) aan het ministerie een financiële vergoeding te betalen van € 3,4 miljard, 2) de veiligheidsnormen van het snelwegennet als onderdeel van de concessie te versterken, én 3) de controle over ASPI over te dragen aan een derde partij.<sup>3</sup> Dit voorstel heeft uiteindelijk geleid tot een schikkingsovereenkomst tussen het ministerie en ASPI, waarmee de bestaande concessieovereenkomst op meerdere punten is gewijzigd.

#### Prejudiciële vragen

De consumentenvereniging L'Adusbef Associazione Difesa Utenti Servizi Bancari e Finanziari (hierna: Adusbef) heeft tegen zowel de schikkingsovereenkomst als de daarin vervatte wijzigingen van de concessieovereenkomst beroep ingesteld bij de Italiaanse bestuursrechter. Adusbef stelt zich – kort samengevat – hoofdzakelijk op het standpunt dat de gemaakte afspraken in strijd zijn met art. 43 Richtlijn (EU) 2014/23 voor de gunning van concessieopdrachten (hierna: de Richtlijn).<sup>4</sup>

De Italiaanse rechter stuitte met betrekking tot deze bepaling op interpretatievraagstukken, hetgeen hem reden gaf om het Hof te verzoeken een prejudiciële beslissing te nemen over drie vragen. In het navolgende beperken wij

ons tot de eerste prejudiciële vraag in relatie tot *artikel 43* van de Richtlijn. Deze vraag luidt:

‘Staat het Unierecht eraan in de weg dat een nationale regeling aldus wordt uitgelegd dat de concessieverlenende instantie een procedure kan inleiden tot wijziging van een geldende concessie voor snelwegen, wat de betrokken entiteiten en de inhoud ervan betreft, of tot heronderhandeling van een dergelijke concessie, zonder te beoordelen of een openbare aanbesteding moet worden uitgeschreven en zich daarover uit te spreken?’<sup>5</sup>

De beantwoording van deze prejudiciële vraag door het Hof valt uiteen in twee deelvragen: (i) vallen de bestreden wijzigingen van de concessieovereenkomst binnen de uitzonderingen genoemd in art. 43 lid 3, onder c tot en met e, Richtlijn (EU) 2014/23, én (ii) aan welke vormvereisten dienen aanbestedende diensten te voldoen bij de wijziging van een concessieopdracht? Wij nemen beide deelvragen hieronder afzonderlijk in beschouwing. Aangezien de desbetreffende bepalingen in de Richtlijn (nagenoeg) identiek zijn voor overheidsopdrachten en speciale-sectoropdrachten is het arrest van het Hof voor dergelijke opdrachten in beginsel evenzo relevant.

#### Analyse

##### Deelvraag 1

Het Hof stelt voorop dat de eerste prejudiciële vraag moet worden beantwoord aan de hand van art. 43 Richtlijn (EU) 2014/23.<sup>6</sup> Lid 5 van dit artikel bepaalt – kort samengevat – dat elke wijziging van een lopende concessieopdracht de aanbestedende dienst verplicht een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren, *tenzij* de wijziging valt binnen de uitzonderingen zoals genoemd in lid 1 óf 2 van art. 43. Het ministerie betoogt dat de doorgevoerde wijzigingen van de concessieovereenkomst geen aanleiding geven tot het organiseren van een nieuwe aanbestedingsprocedure, omdat deze wijzigingen vallen onder de uitzonderingen van art. 43 lid 1, onder c tot en met e, Richtlijn (EU) 2014/23.<sup>7</sup> Deze bepalingen zien – kort samengevat –

3 Zie overweging 8: ‘In dat voorstel bood ASPI, kort samengevat, een financiële compensatie van 3 400 miljoen EUR aan, in combinatie met een versterking van de veiligheidsnormen en een herstructurering van de onderneming waarbij Cassa Depositi e Prestiti SpA en andere voor die entiteit aanvaardbare investeerders betrokken zouden worden, terwijl ook de zeggenschap over ASPI aan die investeerders zou worden overgedragen.’

4 Voluit: Richtlijn (EU) 2014/23 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PbEU L 94 van 28 maart 2014, p. 1).

5 Zie overweging 24: ‘Tegen deze achtergrond heeft de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen: “[In het licht van de] artikelen 38, 43 en 44 van richtlijn 2014/23: 1) Staat het [Unie] recht eraan in de weg dat een nationale regeling aldus wordt uitgelegd dat de concessieverlenende instantie een procedure kan inleiden tot wijziging van een geldende concessie voor snelwegen, wat de betrokken entiteiten en de inhoud ervan betreft, of tot heronderhandeling van een dergelijke concessie, zonder te beoordelen of een openbare aanbesteding moet worden uitgeschreven en zich daarover uit te spreken?”’

6 Zie overweging 48-50.

7 Zie overweging 58: ‘In casu hebben de verwijzende rechter en de partijen die opmerkingen bij het Hof hebben ingediend zich op het standpunt gesteld dat de bij de schikkingsovereenkomst aangebrachte wijzigingen mogelijkwerijs onder de bepalingen van artikel 43, lid 1, eerste alinea, onder c) tot en met e), van richtlijn 2014/23 vallen. In dit verband dienen aan de verwijzende rechter de relevante elementen van de uitlegging van het Unierecht te worden verstrekt opdat hij de zaak in het hoofdgeding kan beslechten.’

op wijzigingen als gevolg van (i) onvoorziene omstandigheden (sub c), vervanging van de concessiehouder (sub d) en wijzigingen die niet als ‘wezenlijk’ kunnen worden aangemerkt (sub e).

Om te beginnen met art. 43 lid 1, *onder c*, Richtlijn (EU) 2014/23. Deze bepaling schrijft voor dat een concessieopdracht gedurende de looptijd ervan mag worden gewijzigd zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren, *mits* de wijziging: (i) het noodzakelijke gevolg is van een omstandigheid die de aanbestedende dienst redelijkerwijs niet had kunnen voorzien, én (ii) de wijziging de algehele aard van de concessie niet verandert.<sup>8</sup> Deze bepaling is geïmplementeerd in art. 2.163d Aanbw 2012, en is op grond van art. 2a.53 Aanbw 2012 van overeenkomstige toepassing verklaard op de wijziging van *concessieopdrachten*. Het ministerie voert aan dat de (vermeende) tekortkomingen van ASPI in de nakoming van de concessieovereenkomst dwingen tot een wijziging van deze overeenkomst. Daarmee zou deze wijziging, naar het standpunt van het ministerie, kwalificeren als een *onvoorzienbare omstandigheid* in de zin van art. 43 lid 1, *onder c*, Richtlijn (EU) 2014/23, waardoor zij in zoverre niet verplicht zou zijn een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren. Het Hof volgt deze redenering echter niet. Hoewel de verwijzende rechter uiteindelijk het laatste woord heeft, overweegt het Hof dat het enkele feit dat een concessiehouder tekortschiet in de nakoming van zijn contractuele verplichtingen uit de concessieovereenkomst op zichzelf géén onvoorzienbare omstandigheid betreft die een geslaagd beroep op de uitzondering van art. 43 lid 1, *onder c*, Richtlijn (EU) 2014/23 zou kunnen rechtvaardigen.<sup>9</sup> Het ministerie had de concessieovereenkomst daarom niet op deze grond mogen wijzigen zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren.

Het Hof motiveert deze overweging in onze optiek tamelijk summier – de overweging behelst niet meer dan een blote constatering dát een tekortkoming van de concessiehouder

géén onvoorzienbare omstandigheid oplevert – al kunnen wij deze overweging op zich goed volgen. Deze redenering sluit aan bij de considerans van de Richtlijn, waarin expliciet wordt benadrukt dat concessieovereenkomsten per definitie worden gekenmerkt door een hoge mate van technische complexiteit en langlopende verplichtingen die onderhevig zijn aan veranderende omstandigheden,<sup>10</sup> hetgeen onderstreept dat een beroep op de uitzonderingsgrond van art. 43 lid 1, *onder c*, Richtlijn (EU) 2014/23 alleen in uitzonderlijke gevallen kan slagen. Niet onlogisch is dat een concessieverlener erop bedacht moet zijn dat een concessiehouder gedurende de looptijd van een concessieopdracht tekort kan schieten. Wat ons wel opvalt, is dat het voor een beroep op dit artikel voor het Hof kennelijk niet relevant is wat de aard en/of omvang van de tekortkoming is, gelet op de vrij absolute formulering van de overweging van het Hof. Men kan zich namelijk afvragen of de concessieverlener in de onderhavige zaak een tekortkoming met dergelijk catastrofale gevolgen heeft moeten kunnen voorzien. Het Hof wijdt hier geen woorden aan. Wellicht is de afwezigheid van een nadere kwalificatie ook niet onlogisch, omdat anders zou moeten worden geoordeeld over de vraag of een tekortkoming dusdanig ernstig is en of de gevolgen daarvan al dan niet konden worden voorzien, wat in de praktijk een zeer lastige, zo niet onmogelijke, toets zou vormen.

Voor een beroep op dit artikel is het voor het Hof kennelijk niet relevant wat de aard en/of omvang van de tekortkoming is

De verwijzende rechter wenst tevens te vernemen of art. 43 lid 1, *sub d*, Richtlijn (EU) 2014/23 in dezen van toepassing is. Op grond van deze bepaling kan een concessieopdracht – kort samengevat – worden gewijzigd zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren indien de oorspronkelijke concessiehouder zou worden vervangen door een nieuwe concessiehouder ten gevolge van – kort

8 Art. 43 lid 1, *onder c*, Richtlijn (EU) 2014/23 luidt: ‘Concessies kunnen in overeenstemming met deze richtlijn zonder een nieuwe concessiegunningsprocedure worden gewijzigd in de volgende gevallen: [...] c) indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan: i) de behoefte aan wijziging is het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst of aanbestedende instantie niet kon voorzien; ii) de wijziging verandert de algehele aard van de concessie niet; iii) in het geval van concessies die door de aanbestedende dienst worden gegund met het oog op andere dan de in bijlage II bedoelde activiteiten, kan een waardeverhoging niet meer bedragen dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke concessie. In het geval van verscheidene achtereenvolgende wijzigingen geldt deze beperking voor de waarde van elke wijziging. Achtereenvolgende wijzigingen mogen niet ten doel hebben de richtlijn te omzeilen.’

9 Zie overweging 64: ‘Het feit dat de concessiehouder is tekortgeschoten in zijn verplichtingen kan op zich niet worden beschouwd als een omstandigheid die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien in de zin van artikel 43, lid 1, eerste alinea, *onder c*), van richtlijn 2014/23. Rekening houdend met het uit overweging 76 van die richtlijn voortvloeiende doel van deze bepaling kan het feit dat de concessiehouder is tekortgeschoten in zijn verplichtingen bijgevolg niet rechtvaardigen dat een concessie gedurende de looptijd ervan wordt gewijzigd zonder openstelling voor concurrentie.’

10 Zie de Richtlijn, overweging 68: ‘Concessieovereenkomsten zijn gewoonlijk complexe langetermijnregelingen waarbij de concessiehouder verantwoordelijkheden en risico's op zich neemt die traditioneel door de aanbestedende diensten en de aanbestedende instanties worden gedragen en gewoonlijk binnen hun overeenkomst vallen.’

gezegd – herstructurering.<sup>11</sup> In casus is de aandeelhouderstructuur van ASPI gewijzigd nadat Cassa Depositi e Prestiti in deze onderneming een meerderheidsdeelneming had verworven.<sup>12</sup> Het Hof overweegt dat deze wijziging moet worden beschouwd als een wijziging in de samenstelling van het maatschappelijk kapitaal van de concessiehouder, en daarom *niet* heeft te gelden als een vervanging van de concessiehouder als zodanig. De wijziging van de aandeelhouderstructuur van ASPI laat namelijk onverlet dat ASPI onder de onderhavige concessieovereenkomst (formeel) nog altijd de concessiehouder blijft.<sup>13</sup> Hieruit leiden wij af dat een herstructurering waarbij de persoon van de concessiehouder dezelfde blijft, niet valt onder een herstructurering als bedoeld in art. 43 lid 1, *sub d*, Richtlijn (EU) 2014/23; wat ons betreft terecht.

Het Hof wijdt ook nog een beknopte overweging aan het bepaalde in art. 43 lid 4, *onder b*, Richtlijn (EU) 2014/23. Uit deze bepaling volgt dat de wijziging van het economisch evenwicht in het voordeel van de concessiehouder leidt tot

een *wezenlijke* wijziging van de concessieopdracht.<sup>14</sup> Het Hof overweegt dat de nieuwe verplichtingen die uit hoofde van de schikkingsovereenkomst aan ASPI worden opgelegd, namelijk dat zij een financiële vergoeding moet betalen en de veiligheidsnormen van het gegunde snelwegennet dient te versterken, géén wijziging van het economisch evenwicht in het voordeel van ASPI met zich brengt.<sup>15</sup> Het Hof wijdt niet of nauwelijks uit over haar overwegingen op dit punt, al zal zij vermoedelijk hebben aangenomen dat de uitvoering van deze verplichtingen voor ASPI uitsluitend bezwarend zijn en haar in ruil daarvoor géén (al dan niet per saldo) voordelen zal opleveren waarop zij op grond van de concessieovereenkomst geen recht zou hebben. ASPI dient ten slotte een vergoeding te *betalen* – en ontvangt deze zelf niet – en wordt bovendien belast met de verplichting om de veiligheidsnormen van het snelwegennet aan te scherpen. Wij menen dat deze verplichtingen het economisch evenwicht daarom veeleer zullen doen wijzigingen in het *nadeel* van ASPI, hetgeen (wat ons betreft terecht) niet leidt tot een *wezenlijke* wijziging van de concessieopdracht op deze grond.

## Deelvraag 2

De beantwoording van de hiervoor besproken eerste deelvraag laat naar onze mening weinig ruimte voor discussie. Dat ligt in onze optiek evenwel anders bij de beantwoording door het Hof van de tweede deelvraag. Het Hof laat daarin naar onze mening namelijk enkele fundamentele vragen onbeantwoord. Dat lichten wij hieronder nader toe.

De tweede deelvraag ziet – kort samengevat – op de vereisten die de aanbestedende dienst bij het wijzigen van een concessieopdracht in acht dient te nemen. Het Hof maakt in dit verband onderscheid tussen twee verschillende scenario's: (1) de situatie waarin de wijzigingen niet vallen

11 Art. 43 lid 1, *sub d*, Richtlijn (EU) 2014/23 luidt: 'Concessies kunnen in overeenstemming met deze richtlijn zonder een nieuwe concessiegunningsprocedure worden gewijzigd in de volgende gevallen: d) indien de concessiehouder aan wie de concessie aanvankelijk door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie was gegund, wordt vervangen als gevolg van: i) een onduidelijkzinnige herzieningsclausule of optie overeenkomstig punt a); ii) rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel in de positie van de oorspronkelijke concessiehouder, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, met inbegrip van overname, fusie, 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 overeenkomst meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen, of iii) het op zich nemen van de verplichtingen van de hoofdcconcessiehouder ten aanzien van zijn onderaannemers door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie zelf, indien de nationale wetgeving in die mogelijkheid voorziet.'

12 Zie overweging 14: 'Op 11 juli 2020 heeft ASPI een voorstel voor een oplossing middels onderhandelingen ingediend waarbij zij zich ertoe verbond om, ten eerste, een financiële vergoeding ten bedrage van 3 400 miljoen EUR te betalen, ten tweede, de veiligheidsnormen van het gegunde snelwegennet te versterken en, ten derde, de controle over ASPI in samenhang met haar moedermaatschappij Mundys SpA (voorheen Atlantia SpA) over te dragen aan Cassa Depositi e Prestiti SpA en aan door laatstgenoemde aanvaardbaar beschouwde investeerders.' Zie ook overweging 21: 'In de derde plaats beklemtoont de verwijzende rechter dat Mundys overeenkomstig de schikkingsovereenkomst 88% van het kapitaal van ASPI heeft overgedragen aan een holdingvennootschap waarvan Cassa Depositi e Prestiti Equity met 51% de meerderheidsaandeelhouder is en waarvan twee buitenlandse fondsen, te weten Macquarie en Blackstone, elk 24,5% in handen hebben. Noch tans heeft de aanbestedende dienst niet formeel onderzocht of voor deze wijziging van de samenstelling van de aandeelhouders van ASPI een nieuwe concessiegunningsprocedure moest worden uitgeschreven, met name gelet op artikel 43, lid 1, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/23.'

13 Zie overweging 68: 'Meer specifiek leidt de overdracht van delen van het maatschappelijk kapitaal van de concessiehouder, aan nieuwe aandeelhouders of aan bestaande aandeelhouders, niet tot vervanging van de oorspronkelijke concessiehouder door de nieuwe, welke situatie is bedoeld in artikel 43, lid 1, eerste alinea, onder d), van deze richtlijn, maar slechts tot wijzigingen in de samenstelling of de verdeling van het maatschappelijk kapitaal van de concessiehouder.'

14 Art. 43, lid 4, *onder b*, van de Richtlijn luidt: 'Een wijziging van een concessie gedurende de looptijd ervan wordt *wezenlijk* geacht in de zin van lid 1, *onder e*), wanneer de concessie hierdoor materieel komt te verschillen van de oorspronkelijke concessie. Behoudens leden 1 en 2 wordt een wijziging in elk geval geacht *wezenlijk* te zijn wanneer aan één of meer van de volgende voorwaarden is voldaan: a) de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel hadden uitgemaakt van de oorspronkelijke concessiegunningsprocedure, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde inschrijvers en de aanvaarding van een andere inschrijving dan het oorspronkelijk aanvaarde mogelijk zouden hebben gemaakt of bijkomende deelnemers aan de concessiegunningsprocedure zouden hebben aangetrokken; b) de wijziging verandert het economische evenwicht van de concessie ten gunste van de concessiehouder op een wijze die niet was voorzien in de oorspronkelijke concessie; c) de wijziging verruimt de reikwijdte van de concessie in aanzienlijke mate; d) indien de concessiehouder aan wie de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie de concessie aanvankelijk had gegund, wordt vervangen door een nieuwe concessiehouder in andere gevallen dan die bedoeld in lid 1, *onder d*).'

15 Zie overweging 72: 'In dat verband dient te worden verduidelijkt dat de nieuwe verplichtingen die worden opgelegd aan de concessiehouder, zoals het betalen van een financiële vergoeding of het versterken van de veiligheidsnormen van het gegunde snelwegennet, niet vallen onder het in artikel 43, lid 4, *onder b*), van deze richtlijn geformuleerde vermoeden, volgens hetwelk wijzigingen die het economisch evenwicht van de concessie veranderen ten gunste van de concessiehouder, altijd als *wezenlijk* moeten worden beschouwd.'

onder de uitzonderingen van art. 43 lid 1 en 2 Richtlijn (EU) 2014/23, én (2) de situatie waarin de wijzigingen wél binnen deze uitzonderingen vallen.<sup>16</sup> Indien de wijzigingen *niet* onder de uitzonderingen van art. 43 lid 1 en 2 Richtlijn (EU) 2014/23 vallen, dan dient de aanbestedende dienst conform art. 43 lid 5 Richtlijn (EU) 2014/23 een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren.<sup>17</sup> Wanneer de wijzigingen daarentegen wél binnen deze uitzonderingen vallen, dan is het organiseren van een nieuwe aanbestedingsprocedure *niet* vereist.<sup>18</sup> Het Hof overweegt dat aanbestedende diensten in dit tweede scenario in bepaalde gevallen wél verplicht zijn om de wijziging te publiceren in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, namelijk specifiek voor de gevallen genoemd in art. 43, lid 1, *onder b* (aanvullende werken) en *onder c* (onvoorziene omstandigheden).<sup>19</sup>

### Het Hof lijkt met dit arrest uitdrukkelijk een motiveringsplicht voor aanbestedende diensten te introduceren

Met deze overwegingen duidt het Hof de reeds bestaande publicatieplicht, die in Nederland is neergelegd in art. 2.163d lid 5 en 6 en art. 2.163e lid 2 Aanbw 2012. Op grond van deze bepalingen, in combinatie met de schakelbepaling in art. 2a.53 Aanbw 2012, dient de wijziging van een concessieopdracht als gevolg van aanvullende werkzaamheden respectievelijk onvoorziene omstandigheden te worden gepubliceerd op TenderNed. Kijkend naar de informatie die deze publicatie blijkens bijlage XI bij de Richtlijn moet bevatten, dient daarin weliswaar een omschrijving te worden opgenomen van de omstandigheden die tot de wijziging hebben genoopt, maar wij lezen daarin geen motiveringsplicht. Een motivering gaat wat ons betreft nog

wat verder dan een enkele omschrijving van de bedoelde omstandigheden.

In aanvulling op deze (reeds bestaande) publicatieplicht lijkt het Hof met het onderhavige arrest uitdrukkelijk een *motiveringsplicht* voor aanbestedende diensten te introduceren. Deze verplichting strekt ertoe, aldus het Hof, om belanghebbenden de gelegenheid te kunnen bieden zorgvuldig te beoordelen of het zinvol zou zijn om tegen een wijziging van de aanbestede opdracht in rechte op te komen. Het Hof baseert deze motiveringsplicht in de eerste plaats op het algemene Unierechtelijke beginsel van behoorlijk bestuur.<sup>20</sup> Het recht van behoorlijk bestuur is opgenomen in het Europese Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest EU), en betekent – in de kern – concreet dat eenieder recht heeft op een onpartijdige, billijke en een binnen een redelijke termijn behandeling van zijn zaken.<sup>21</sup> Op grond van art. 41 lid 2, sub c, Handvest EU omvat dit recht op behoorlijk bestuur ook de plicht van *instellingen, organen en instanties* van de EU om hun beslissingen te motiveren, zodat degenen tot wie deze besluiten zich richten in staat worden gesteld om hun rechten te verdedigen en om met kennis van zaken te beslissen of het zinvol is om tegen die besluiten in rechte op te komen.<sup>22</sup> Naar onze mening zou in dit kader nog kunnen worden getwist over de vraag of aanbestedende diensten wel onder het bereik van art. 41 lid 2 sub c Handvest EU vallen, nu deze bepaling – strikt genomen – uitsluitend betrekking heeft op ‘instellingen, organen en instanties’ *van de EU*. Hoewel het Hof zich hierover in het onderhavige arrest niet uitlaat, volgt uit staande jurisprudentie van het Hof wel dat óók aanbestedende diensten navolging moeten geven aan het Unierechtelijke beginsel van behoorlijk bestuur.<sup>23</sup> Met het onderhavige arrest maakt het Hof dit in onze optiek eens te meer duidelijk. Niettemin roept deze overweging van het Hof naar onze mening de vraag op of deze motiveringsplicht, gezien vanuit nationaalrechtelijk oogpunt, alleen geldt voor (1) aanbestedende diensten die tevens kwalifi-

16 Zie overweging 73: ‘Uit de door de verwijzende rechter gegeven uiteenzettingen blijkt dat hij tevens wenst te vernemen aan welke vormvereisten de aanbestedende dienst moet voldoen in geval van wijziging van een concessie gedurende de looptijd ervan, zoals de in de schikkingsovereenkomst opgenomen wijzigingen die het voorwerp uitmaken van het hoofdgeding. In dit verband dient onderscheid te worden gemaakt tussen twee situaties, naargelang er voor de wijzigingen in kwestie al dan niet een nieuwe gunningsprocedure moet worden uitgeschreven overeenkomstig artikel 43 van richtlijn 2014/23, hetgeen deze rechter dient te bepalen.’

17 Zie overweging 74: ‘Wanneer de betrokken wijziging niet valt onder een van de in artikel 43, leden 1 en 2, van deze richtlijn bepaalde gevallen, zodat voor deze wijziging een nieuwe gunningsprocedure vereist is, moet aan alle in titel II van deze richtlijn bepaalde vormvereisten worden voldaan, in het bijzonder de bekendmaking van een concessieaankondiging overeenkomstig artikel 31 van diezelfde richtlijn.’

18 Zie overweging 75: ‘In het tegengestelde geval, te weten wanneer voor de wijziging van een concessie gedurende de looptijd ervan niet vereist is dat er een nieuwe gunningsprocedure wordt uitgeschreven, zijn de vormvereisten als bepaald in titel II van die richtlijn niet van toepassing.’

19 Zie overweging 76: ‘In die situatie bepaalt artikel 43, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/23 evenwel dat in bepaalde gevallen een aankondiging van wijziging bekend moet worden gemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie overeenkomstig artikel 33 van deze richtlijn, en dat deze aankondiging de in bijlage XI bij die richtlijn omschreven informatie moet bevatten.’

20 Zie overweging 79: ‘Na deze verduidelijking dient nog in herinnering te worden gebracht dat, volgens vaste rechtspraak, de aanbestedende dienst zich moet houden aan het algemene Unierechtelijke beginsel van behoorlijk bestuur, waaraan de lidstaten moeten voldoen wanneer zij het Unierecht uitvoeren. De verplichting van nationale autoriteiten om hun besluiten te motiveren neemt onder de uit dat beginsel voortvloeiende vereisten een bijzondere belangrijke positie in, aangezien het degenen tot wie deze besluiten gericht zijn in staat stelt om hun rechten te verdedigen en om met kennis van zaken te beslissen of het zinvol is om tegen die besluiten beroep in rechte in te stellen (arrest van 21 december 2023, *Infraestruturas de Portugal en Futrifer Industrias Ferroviárias*, C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016, punt 87).’

21 Vgl. bijv. E.L. Vos & M.L. Welling de Arruda, ‘Motivering bij niet-uitsluiting: de betekenis voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk’, *Tender Nieuwsbrief Online* 2024.

22 Art. 41, lid 1, van het Handvest luidt: ‘Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie worden behandeld.’ Art. 41 lid 2, sub c, Handvest EU luidt: ‘Dit recht behelst met name: [...] c) de plicht van de betrokken diensten, hun beslissingen met redenen te omkleden.’

23 Vgl. bijv. E.L. Vos & M.L. Welling de Arruda, ‘Motivering bij niet-uitsluiting: de betekenis voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk’, *Tender Nieuwsbrief Online* 2024.



ceren als een *bestuursorgaan* in de zin van art. 1.1 lid 1 Aanbw (zoals de Staat, provincies en gemeenten) óf (2) juist geldt voor *iedere* aanbestedende dienst – bestuursorgaan of niet. Dit verschil is naar onze mening relevant, omdat vanuit nationaalrechtelijk oogpunt zou kunnen worden betoogd dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alleen gelden voor aanbestedende diensten die tevens kwalificeren als bestuursorgaan.<sup>24</sup>

De overweging van het Hof dat de motiveringsplicht eveneens voortvloeit uit het *transparantiebeginsel* kunnen wij in elk geval goed volgen. Het Hof overweegt hiertoe dat aanbestedende diensten uit hoofde van het transparantiebeginsel, zoals deze volgt uit art. 3 lid 2 Richtlijn (EU) 2014/23, verplicht zijn om zowel de transparantie van de gunningsprocedure als de uitvoering van de concessie-overeenkomst c.q. opdracht te waarborgen.<sup>25</sup> Vanuit nationaalrechtelijk oogpunt maakt het Hof met deze overweging naar onze mening duidelijk dat uit het transparantiebeginsel niet alleen de verplichting voortvloeit om *gunnings*-beslissingen te motiveren (art. 2.130 Aanbw 2012), maar dat hierop nu óók de verplichting kan worden teruggevoerd om beslissingen tot wijziging van een aanbestede (concessie)opdracht te motiveren.

De overwegingen van het Hof laten in onze optiek evenwel niettemin de nodige onduidelijkheden bestaan. Om te beginnen geeft het Hof geen sluitend antwoord op de vraag of de motiveringsplicht (1) alleen geldt voor de wijzigingen waarvoor tevens een publicatieplicht geldt, óf (2) veel-er geldt voor *alle* (gestelde) niet-wezenlijke wijzigingen van een concessieovereenkomst c.q. opdracht. Voorts is de vraag of het Hof een *proactieve* dan wel een *reactieve* motiveringsplicht in het leven heeft (willen) roepen.<sup>26</sup> Met dit laatste bedoelen wij dat uitsluitend een motivering behoeft te worden gegeven indien daarom door een belanghebbende wordt verzocht.

Wij achten goed verdedigbaar dat in ieder geval geen sprake is van een *proactieve* motiveringsplicht voor *alle*

wijzigingen die op grond van art. 43 lid 1 en lid 2 Richtlijn (EU) 2014/23 zijn doorgevoerd. Daarmee zou immers *de facto* óók voor wijzigingen die onder de andere uitzonderingsgronden vallen een publicatieplicht gaan gelden, terwijl die op grond van de Richtlijn voor de gevallen in kwestie nu juist uitdrukkelijk niet geldt. Zou zulks daadwerkelijk de bedoeling van het Hof zijn geweest, dan had het daarom bovendien in de rede geleden dat hij dit uitdrukkelijk zou hebben overwogen.

Heeft het Hof dan wellicht bedoeld dat uitsluitend voor die gevallen waarin reeds een publicatieplicht geldt, die publicatie dan tevens moet worden voorzien van een motivering (en daarmee dus ook proactief moet zijn)? Een aanwijzing daarvoor is wellicht te vinden – al achten wij die niet heel overtuigend – in overweging 81 van het arrest, die deze motiveringsplicht uitdrukkelijk benoemt ‘*in de context van de bepalingen van artikel 43, leden 1 en 2*’, uit welke context volgt wanneer wel en niet een publicatieplicht geldt. Daar staat evenwel tegenover dat de motiveringsplicht het volgens het Hof voor derden mogelijk moet maken dat zij de redenen kunnen vernemen waarom de aanbestedende dienst van mening was dat een wijziging was toegestaan zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren; niet valt in te zien waarom dat niet voor alle uitzonderingsgronden zou gelden.

Dit laatste brengt ons weer tot de mogelijkheid dat het Hof wellicht heeft bedoeld de motiveringsplicht niet te beperken tot slechts de uitzonderingen van de onvoorziene omstandigheden en de aanvullende opdrachten (de situaties waarin reeds een publicatieplicht geldt), maar tot *alle* situaties waarin een aanbestedende dienst de concessieovereenkomst c.q. opdracht heeft gewijzigd.<sup>27</sup> Als gezegd, achten wij in dat geval het bestaan van een *proactieve* motiveringsplicht niet waarschijnlijk. Naast de hiervoor genoemde redenen zou een *proactieve* motiveringsplicht voor alle wijzigingen onzes inziens in de praktijk tot onwerkbaar situaties leiden, waarbij bijvoorbeeld valt te denken aan grote(re) bouw- of ICT-projecten. Indien letterlijk elke wijziging van een aanbestede opdracht zou moeten worden gemotiveerd – en daarmee *de facto* ook moet worden gepubliceerd – zouden aanbestedende diensten een dagtaak hebben aan het (moeten) publiceren én motiveren van elke wijziging in hun aanbestedingsdocumenten.<sup>28</sup> Bovendien is de vraag of daarmee derden, ten gunste van wie het Hof de motiveringsplicht introduceert, daadwerkelijk een dienst zou worden bewezen. Door de stortvloed aan wijzigingen die alsdan dagdagelijks te verwachten zouden zijn, zullen zij door de bomen het bos niet meer zien. Ook vanuit dit – meer praktische – oogpunt achten wij een dergelijke lezing van het onderhavige arrest (proactief voor alle wijzigingen) niet heel waarschijnlijk.

24 Vgl. bijv. E.L. Vos & M.L. Welling de Arruda, ‘Motivering bij niet-uitsluiting: de betekenis voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk’, *Tender Nieuwsbrief Online* 2024. Zie ook rb. Rotterdam 1 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6025, r.o. 4.7: ‘Op deze aanbesteding zijn in ieder geval niet toepasselijk de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Woonkracht 10 is immers geen bestuursorgaan en gesteld noch gebleken is dat [eiser] uit verklaringen en gedragingen van Woonkracht 10 niettemin heeft mogen begrijpen dat Woonkracht 10 deze beginselen (toch) van toepassing wilde laten zijn.’ Zie ook de noot van A. Stellingwerff Beintema bij ECLI:EU:C:2022:888, «JAAN» 2023/26: ‘Nederlandse aanbestedende diensten, die tevens kwalificeren als een bestuursorgaan in de zin van de artikel 1:1 lid 1 Awb, moeten zich bij het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden op grond van artikel 3:14 BW tevens houden aan de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht.’

25 Zie overweging 80: ‘Deze motiveringsplicht, waaraan de aanbestedende diensten moeten voldoen, vloeit eveneens voort uit hun verplichting om zowel de transparantie van de gunningsprocedure als de uitvoering van de concessieovereenkomst te waarborgen, overeenkomstig artikel 3, lid 2, van richtlijn 2014/23.’

26 Vgl. G.E. van den Beuken & E.L.H. Snijders-van Erp, noot bij ECLI:EU:C:2024:936, «JAAN» 2025/01, p. 35.

27 Vgl. G.E. van den Beuken & E.L.H. Snijders-van Erp, noot bij ECLI:EU:C:2024:936, «JAAN» 2025/01, p. 35.

28 Vgl. G.E. van den Beuken & E.L.H. Snijders-van Erp, noot bij ECLI:EU:C:2024:936, «JAAN» 2025/01, p. 35-36.

Om de hiervoor geschetste redenen achten wij het logischer dat het arrest op dit punt zo moet worden begrepen dat een aanbestedende dienst aan een derde belanghebbende op *verzoek* moet motiveren waarom hij een wijziging – welke ook – in een lopende concessieovereenkomst c.q. opdracht heeft mogen doorvoeren. Overigens was in de onderhavige situatie ook sprake van een wijziging waarvan de belanghebbende in kwestie reeds op de hoogte was, dus in zoverre is onze lezing daarmee in lijn.

De vraag die dan nog resteert, is hoe de bewoordingen van het Hof moeten worden begrepen dat de motivering ‘*iedere belanghebbende in staat [moet] stellen zonder moeite de redenen te kunnen achterhalen waarom de aanbestedende dienst*’ meende de wijziging te mogen doorvoeren. Het Hof duidt de term ‘zonder moeite’ verder niet. Is niet alleen dan sprake van ‘zonder moeite’ indien een aanbestedende dienst proactief melding maakt van een wijziging en daarbij de toelaatbaarheid ervan motiveert? Mede gelet op de hiervoor geschetste kanttekeningen tegen de proactieve uitleg van de motiveringsplicht, menen wij dat dit niet zover gaat. Bovendien: het verzoeken om een motivering, zo menen wij, ‘kost geen enkele moeite’.

### De term ‘zonder moeite’ zegt onzes inziens veeleer iets over de inhoudelijke eisen waaraan de motivering moet voldoen

De term ‘zonder moeite’ zegt onzes inziens veeleer iets over de inhoudelijke eisen waaraan de motivering moet voldoen. Zij heeft blijkens de overweging van het Hof immers betrekking op het kunnen achterhalen van de redenen waarom de aanbestedende dienst de wijziging mocht doorvoeren.<sup>29</sup> En niet – om een voorbeeld te geven – op het zonder moeite kennis kunnen nemen van een doorgevoerde wijziging (en de motivering daarbij). Bij gebreke van enige duiding van de woorden ‘zonder moeite’ is het onzes inziens de vraag van welke motiveringseisen aanbestedende diensten in de praktijk uit mogen gaan. Naar zijn aard lijkt het ons lastig dit in concreto te duiden. Wij kunnen ons voorstellen dat een aanbestedende dienst toelicht waarom aan de voorwaarden voor het bestaan van de uitzonderingsgrond in kwestie wordt voldaan, op zo’n wijze dat aan de, meer abstracte, maatstaf uit het *Succhi di Frutta*-arrest wordt voldaan, dat wil zeggen een motivering waarmee alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende belanghebbenden het besluit kunnen begrijpen en omtrent de juistheid ervan kunnen oordelen.<sup>30</sup> Overigens menen wij

dat de motiveringsplicht naar analogie zou moeten worden begrensd door dezelfde kaders als welke gelden ten aanzien van vertrouwelijkheid (art. 2.57 Aanbw 2012) en gunningsbeslissingen (art. 2.138 Aanbw 2012).

### Conclusie

Het arrest is in het bijzonder relevant op het punt waar het Hof een motiveringsplicht introduceert voor wijzigingen die de aanbestedende dienst meent in een lopende concessieovereenkomst c.q. opdracht te mogen doorvoeren, zonder hiervoor een nieuwe aanbestedingsprocedure te hoeven organiseren. Uit de overwegingen van het Hof blijkt evenwel niet duidelijk in welke gevallen deze motiveringsplicht heeft te gelden en of een dergelijke motivering uitsluitend op specifiek verzoek aan een derde-belanghebbende moet worden verstrekt dan wel door de aanbestedende dienst uit eigener beweging openbaar dient te worden gemaakt.

Wij menen dat het meest te zeggen valt voor de lezing dat deze motiveringsplicht ziet op iedere wijziging die een aanbestedende dienst meent te hebben mogen doorvoeren, maar dat deze verplichting niet zover strekt dat iedere wijziging proactief moet worden gemotiveerd (en daarmee feitelijk gepubliceerd), ook als daarom niet wordt verzocht.

Voor wat betreft het verloop van een aanbestedingsprocedure bestaat voor aanbestedende diensten reeds een verplichting daarvan een documentatie bij te houden, teneinde genomen beslissingen te kunnen motiveren.<sup>31</sup> Hoewel deze verplichting zich niet ook uitstrekt over de looptijd van de opdracht, zouden aanbestedende diensten er in dit licht onzes inziens niettemin verstandig aan doen om gedurende de looptijd een deugdelijke administratie bij te houden van alle wijzigingen die worden doorgevoerd – bij bouwprojecten is dit sowieso al vaste praktijk – en daar in ieder geval voor wat betreft de meest relevante wijzigingen reeds op voorhand een motivering aan toe te voegen, voor het geval daar later door een belanghebbende om mocht worden verzocht. Hoewel dit leidt tot een zekere verzwaring van de administratieve lasten, lijkt ons dit te overzien en wordt daarmee de kans verkleind dat later niet (voldoende) aan de motiveringsplicht kan worden voldaan.

*Dit artikel is afgesloten op 2 juli 2025.*

#### Over de auteurs

**Mr. D.M. (Daan) van Broeckhuijsen**

Advocaat–associate bij Houthoff

**Mr. ir. M.B. (Michel) Klijn**

Advocaat–partner bij Houthoff

<sup>29</sup> Zie overweging 82: ‘In de praktijk moet deze motivering iedere belanghebbende in staat stellen om zonder moeite de redenen te kunnen achterhalen waarom de aanbestedende dienst van mening was dat hij niet gehouden was om een nieuwe concessiegunningsprocedure uit te schrijven overeenkomstig de relevante bepalingen van artikel 43, leden 1 en 2, van richtlijn 2014/23 en/of de nationale maatregelen tot omzetting van deze bepalingen.’

<sup>30</sup> Vgl. HvJ EG 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236, zaak C-496/99 (*Succhi di Frutta*), overweging 111.

<sup>31</sup> Art. 2.56 Aanbw 2012. Zie T&C, zesde druk, Den Houting: ‘Met het oog op de beginselen van het aanbestedingsrecht is het namelijk van belang dat inzicht kan worden verkregen in het besluitvormingsproces. De aanbestedende dienst moet om die reden de besluiten in alle stadia van de aanbestedingsprocedure kunnen motiveren en is daarom verplicht voldoende documentatie bij te houden.’