Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Wezenlijke wijzigingen na Europese aanbesteding

Prof. mr. J.M. Hebly en mr. P. Heijnsbroek*

Inleiding

Wat is de waarde nog van een Europese aanbestedingsprocedure als de winnaar uiteindelijk een totaal andere opdracht uitvoert dan de overheidsopdracht die is aanbesteed? Nog los van de juridische aspecten (waarover hierna meer), kan dat vanuit het perspectief van de overige inschrijvers ongewenst zijn, omdat zij geen kans hebben gekregen een offerte uit te brengen voor die opdracht. Ook vanuit het perspectief van de overheid kan het ongewenst zijn omdat de offerte voor de uiteindelijke opdracht niet tot stand is gekomen onder concurrentiedruk. Het leerstuk van de 'wezenlijke wijziging' voorkomt dit probleem: een overeenkomst die na een Europese aanbesteding tot stand is gekomen mag niet wezenlijk worden gewijzigd. Gebeurt dat toch, dan is sprake van een nieuwe opdracht die (mogelijk) Europees moet worden aanbesteed; de oorspronkelijke opdracht is dan zozeer gewijzigd dat deze eindigt.

In de praktijk blijkt de invloed van dit leerstuk van groot belang. Niet zelden veranderen omstandigheden tijdens de looptijd van een overeenkomst en ontstaat bij partijen de wens tot aanpassing. Een kwalificatie als wezenlijke wijziging kan de gewenste aanpassing dan geheel ondergraven. Heraanbesteding houdt immers in dat ook een ander als winnaar uit de bus kan komen. Voor de partijen bij de overeenkomst is het aldus een harde randvoorwaarde om bij het doorvoeren van aanpassingen binnen de aanbestedingsrechtelijke kaders te blijven.

Ondanks het belang voor de praktijk, is het onderwerp in de wetenschap onderbelicht. Ook de wetgeving zwijgt nagenoeg en de jurisprudentie van het Hof van Justitie is schaars.[1] Deze factoren zorgen voor rechtsonzekerheid gedurende de uitvoering van een overeenkomst die na Europese aanbesteding tot stand is gekomen.

Vanuit onze praktijk worden wij regelmatig met deze problematiek geconfronteerd. Mede naar aanleiding van die ervaringen, pogen wij in deze bijdrage meer licht te werpen op de vraag wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging en wat de gevolgen daarvan zijn.[2] Daarbij concentreren wij ons op het Europese recht, met korte 'uitstapjes' naar internationale regelingen. De wijze waarop de Nederlandse rechter omgaat met dit leerstuk, blijft hier buiten beschouwing.

Allereerst zullen wij ingaan op de huidige relevante wet- en regelgeving (paragraaf Wet- en regelgeving over wijzigingen). Daaruit zal blijken dat het huidige Europese recht nog (te) weinig aanknopingspunten biedt voor wijzigingen tijdens de uitvoeringsfase van een aanbestede overeenkomst. Hetzelfde geldt voor de internationale regelgeving zoals vervat in de GPA, de UNCITRAL-modelwetgeving en de richtlijnen van de Wereldbank. Deze leemte is vanaf de jaren negentig ingevuld door het Hof van Justitie (paragraaf Jurisprudentie Europees Hof van Justitie). Ook de Europese Commissie heeft gaandeweg meerdere malen een standpunt ingenomen over wijzigingen tijdens de uitvoeringsfase (paragraaf Standpunt van de Commissie). Na een tussenconclusie over de huidige stand van het Unierecht ten aanzien van dergelijke wijzigingen (paragraaf Tussenconclusie wijzi-

* Prof. mr. J.M. Hebly is advocaat bij Houthoff Buruma en tevens hoogleraar Bouw- en aanbestedingsrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. P. Heijnsbroek is advocaat bij Houthoff Buruma.

1. Zie ook A. Brown, 'When Do Changes to an Existing Public Contract Amount to the Award of a New Contract for the Purposes of the EU Procurement Rules? Guidance at Last in *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* (Case C-454/06)', (2008) 17 *PPLR*, NA253, en A-G Kokott in haar conclusie van 13 maart 2008, zaak C-454/06, *Pressetext*, par. 42. De Commissie spreekt over een 'bijzonder complex vraagstuk' en signaleert dat volgens aanbestedende diensten de jurisprudentie voor sommige soorten wijzigingen onvoldoende duidelijkheid schept; zie het 'Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt', COM(2011)15, p. 27.
2. Zie over dit onderwerp ook: J.M. Hebly en M.B. Klijn, 'Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht', *TBR* 2008/157 en (in een Spaanse context) T. Medina Arnáiz en M.A. Bernal Blay, 'Recent reform of Spanish public Procurement legislation in compliance with EU law: the issue of modifications to concluded contracts', (2011) 20 *PPLR*, NA256.

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

gingen tijdens uitvoeringsfase), sluiten wij af met de signalering van enkele punten waarop thans rechtsonzekerheid bestaat terwijl die in onze ogen in de praktijk van groot belang zijn; voor die punten komen wij tot enkele aanbevelingen (paragraaf Probleempunten).

Wet- en regelgeving over wijzigingen

In de huidige aanbestedingsrichtlijnen zijn drie typen bepalingen opgenomen die relevant zijn voor wijzigingen: (1) bepalingen over wijzigingen na een mislukte aanbesteding, (2) bepalingen over aanvullende opdrachten en (3) bepalingen over wijzigingen tijdens de concurrentiegerichte dialoog. Zoals hierna uit de totstandkomingsgeschiedenis zal blijken, zijn de eerste twee typen bepalingen vrijwel ongewijzigd sinds hun introductie in de eerste generatie aanbestedingsrichtlijnen (vanaf de jaren zeventig).

Richtlijn Werken

De eerste richtlijn die verplicht tot aanbesteding is de Richtlijn Werken uit 1971.[3] Daarin is een aanbestedingsplicht opgenomen voor overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.
De in de richtlijn voorgeschreven aanbestedingsprocedures – die uitgaan van een voorafgaande bekendmaking in het Europees Publicatieblad – behoeven echter niet te worden gevolgd in een aantal uitzonderingsgevallen.[4] In die gevallen is derhalve een aanbestedingsprocedure zonder verplichte voorafgaande bekendmaking toegestaan, oftewel de onderhandse procedure c.q. gunning uit de hand. Een van die uitzonderingsgevallen is de situatie waarin in het kader van een aanbestedingsprocedure geen inschrijvingen zijn gedaan, of de gedane inschrijvingen onregelmatig zijn.[5] Hetzelfde geldt als slechts inschrijvingen zijn gedaan die onaanvaardbaar zijn volgens nationale bepalingen die in overeenstemming zijn met titel IV van de richtlijn.
Bij een dergelijke mislukte aanbesteding geldt echter dat het vervolgens niet opnieuw volgen van een aanbestedingsprocedure conform de Richtlijn alleen is toegestaan: 'voor zover de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet grondig worden gewijzigd.'
Een ander uitzonderingsgeval betreft opdrachten voor aanvullende werken (lees: meerwerk). De voorgeschreven aanbestedingsprocedures behoeven niet te worden gevolgd:[6]

> 'indien het gaat om aanvullende werken die noch in het gegunde oorspronkelijke project, noch in het eerste contract waren inbegrepen en die ten gevolge van onvoorziene omstandigheden, noodzakelijk zijn geworden voor de uitvoering van het werk zoals het daarin is beschreven, mits de gunning geschiedt aan de aannemer die het genoemde werk uitvoert:
> – indien deze werken technisch of economisch niet zonder overwegende bezwaren voor de aanbestedende diensten van de hoofdopdracht kunnen worden gescheiden;
> – of indien deze werken, hoewel ze kunnen worden gescheiden van de uitvoering van de oorspronkelijke opdracht, strikt noodzakelijk zijn voor de vervolmaking ervan;
> het gezamenlijke bedrag van de opdrachten, geplaatst ter zake van de aanvullende werken, mag echter niet hoger zijn dan 50% van het bedrag van de eerste opdracht.'

In deze gevallen, waarin de aanbestede opdracht wordt uitgebreid met meerwerk, kan een nieuwe aanbesteding derhalve achterwege blijven.

Richtlijn Leveringen en Richtlijn Diensten

In 1976 volgde de aanbestedingrichtlijn voor overheidsopdrachten voor leveringen: de Richtlijn Leveringen.[7] Deze bevat een vergelijkbare uitzondering voor mislukte aanbestedingen, waarbij – net als in de Richtlijn Werken – geldt dat de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet grondig mogen worden gewijzigd.[8]
Ook voor aanvullende leveringen is een uitzondering opgenomen. Een opdracht voor een aanvullende levering mag worden geplaatst zonder de voorgeschreven aanbestedingsprocedures te volgen:[9]

> 'voor door de oorspronkelijke leverancier verrichte aanvullende leveringen die bestemd zijn hetzij voor de gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties voor courant gebruik, hetzij voor de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties, als de verandering van leverancier de aanbestedende dienst ertoe zou verplichten apparatuur aan te schaffen waarbij

3. Richtlijn 71/305/EEG van 26 juli 1971, *Pb.EG* 1971, L 185/5.
4. Richtlijn 71/305/EEG, art. 9.
5. Richtlijn 71/305/EEG, art. 9 sub a. Volgens de toelichting van de Commissie op het oorspronkelijke voorstel moet in deze gevallen het oproepen van concurrenten wel zijn geschied onder voorwaarden die in de regel tot een resultaat zouden hebben geleid; COM(64) 233 def., p. 8.
6. Richtlijn 71/305/EEG, art. 9 sub f. Volgens de toelichting van de Commissie op het oorspronkelijke voorstel brengen de hier bedoelde aanvullende werkzaamheden een verandering mede in het oorspronkelijke voorwerp van het project, dat op die manier wordt uitgebreid respectievelijk verlengd. Regulier meer- en minderwerk waarbij het eindresultaat steeds overeenkomt met het doel van de oorspronkelijke opdracht valt buiten deze regeling, zo valt uit de toelichting af te leiden. Zie COM(64) 233 def., p. 11.
7. Richtlijn 77/62/EEG van 21 december 1976, *Pb.EG* 1977, L 13/1.
8. Richtlijn 77/62/EEG, art. 6 lid 1 sub a.
9. Richtlijn 77/62/EEG, art. 6 lid 1 sub e.

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> een andere techniek wordt toegepast, zodat bij gebruik en onderhoud ervan onverenigbaarheid ontstaat of zich onevenredige technische moeilijkheden voordoen.'

De Richtlijn Diensten uit 1992 bepaalt dat de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking mag worden gevolgd als in het kader van een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure enkel onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend.[10] De bekendmaking kan achterwege blijven indien geen of geen geschikte inschrijvingen zijn gedaan.[11] In beide gevallen geldt dat de uitzondering alleen mag worden toegepast 'voor zover de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd'.[12]
Voor aanvullende diensten bevat de Richtlijn Diensten een vergelijkbare bepaling als die voor aanvullende werken uit de Richtlijn Werken.[13]

Totstandkoming Richtlijn 2004/18/EG en 2004/17/EG

De aanbestedingsrichtlijnen zijn door de jaren heen een aantal malen gewijzigd. Naar wij menen zijn deze wijzigingen minder relevant voor de hier besproken problematiek. Dat geldt niet voor de volgende verklaring die de Raad en de Commissie bij de wijziging van de Richtlijn Werken in 1989 hebben opgenomen:[14]

> 'De Raad en de Commissie verklaren dat, bij openbare en niet-openbare procedures, onderhandelingen met gegadigden of inschrijvers over fundamentele punten van de opdrachten waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over de prijzen, uitgesloten zijn; wel mogen er besprekingen met gegadigden of inschrijvers plaatsvinden, maar alleen met het oog op een verduidelijking of aanvulling van de inhoud van hun offerte, alsmede van de eisen van de aanbestedende diensten, en voor zover zulks geen discriminatie veroorzaakt.'

Verder heeft de Commissie in haar Handleidingen uit 1993 aangegeven dat, na een mislukte aanbesteding, in de volgende gevallen sprake is van wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht: wijziging van de voorwaarden betreffende (1) de financiering, (2) de uitvoerings- en opleveringstermijnen, (3) de bouwtechniek, of (4) de technische specificaties.[15] De huidige aanbestedingsrichtlijnen uit 2004 (klassieke sectoren resp. nutssectoren) bevatten vrijwel dezelfde bepalingen met betrekking tot mislukte aanbestedingen en aanvullende opdrachten als hun voorlopers.[16]

Concurrentiegerichte dialoog

Nieuw in de aanbestedingsrichtlijn voor klassieke sectoren uit 2004 is de concurrentiegerichte dialoog. Deze procedure mag slechts voor bijzonder complexe opdrachten worden gevolgd. In de considerans van de Richtlijn is opgenomen dat deze procedure niet op zodanige wijze mag worden aangewend dat de concurrentie wordt beperkt of verstoord, met name door het wijzigen van basiselementen van de inschrijvingen, het opleggen van nieuwe inhoudelijke elementen aan de gekozen inschrijver of het betrekken van een andere, niet als economisch meest voordelige aangewezen inschrijver in de procedure.[17] In artikel 29 lid 6 van de Richtlijn is dit uitgangspunt nader uitgewerkt voor wat betreft de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om inschrijvers te verzoeken hun inschrijving toe te lichten, te preciseren en nauwkeuriger te omschrijven:

> 'Die toelichtingen, preciseringen en nauwkeuriger omschrijvingen mogen de basiselementen van de inschrijving of de aanbesteding evenwel niet wezenlijk wijzigen, aangezien zulks de mededinging kan verstoren of een discriminerend effect kan hebben.'

Zodra eenmaal de economisch meest voordelige inschrijver is aangewezen, kan de aanbestedende dienst hem vervolgens verzoeken aspecten van zijn inschrijving te verduidelijken of in de inschrijving vervatte verbintenissen te bevestigen. Artikel 29 lid 7 stelt daaraan echter de voorwaarde: '(…) dat dit de inhoudelijke aspecten van de inschrijving of van de oproep tot mededinging

10. Richtlijn 92/50/EEG van 18 juni 1992, *Pb.EG* 1992, L 209/1, art. 11 lid 2 sub a.
11. Richtlijn 92/50/EEG, art. 11 lid 3 sub a.
12. Met 'wezenlijk' (Richtlijn Diensten) en 'grondig' (Richtlijn Werken en Richtlijn Leveringen) wordt ons inziens hetzelfde bedoeld. Dit kan worden afgeleid uit andere taalversies, waarin in beide gevallen hetzelfde woord is gebruikt (bijv. 'substantially' in het Engels en 'grundlegend' in het Duits). Dit neemt overigens niet weg dat in de Franse taalversies ook sprake is van verschillende bijwoorden ('fondamentalement' en 'substantiellement').
13. Richtlijn 92/50/EEG, art. 11 lid 3 sub e.
14. *Pb.EG* 1989, L 210/22.
15. Handleiding Werken, p. 25; Handleiding Diensten, p. 24. Zie in dit verband ook HvJ EG 13 januari 2005, zaak C-84/03, *Commissie/Spanje*, *Jur.* 2005, p. I-20139. In dat arrest oordeelde het Hof van Justitie onder meer over een voorwaarde die in Spaanse wetgeving was opgenomen. Deze voorwaarde hield in dat, na een mislukte aanbesteding, voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking was vereist dat de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet mochten worden gewijzigd, afgezien van de prijs, die met niet meer dan 10% mocht worden verhoogd. Deze voorwaarde kon volgens het Hof van Justitie niet worden aangemerkt als een niet-wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden van opdrachten zoals vereist door de aanbestedingsrichtlijnen.
16. Richtlijn 2004/18/EG, *Pb.EU* 2004, L 134/114, en Richtlijn 2004/17/EG, *Pb.EU* 2004, L 134/1, beide van 31 maart 2004. Het gaat voor wat betreft de mislukte aanbesteding om art. 30 lid 1 sub a en 31 lid 1 sub a van Richtlijn 2004/18/EG en art. 40 lid 3 sub a van Richtlijn 2004/17/EG. Voor de aanvullende opdrachten zijn de uitzonderingen opgenomen in art. 31 lid 2 sub b en lid 4 sub a van Richtlijn 2004/18/EG en art. 40 lid 3 sub e en f van Richtlijn 2004/17/EG. Voor aanvullende opdrachten voor leveringen geldt onder de aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren overigens een looptijdbeperking van drie jaar; deze beperking ontbreekt voor de nutssectoren.
17. Richtlijn 2004/18/EG, overweging 31. Zie ook Jan M. Hebly, *European Public Procurement, Legislative History of the 'Classic' Directive 2004/18/EC*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007, p. 205-216.

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

ongewijzigd laat en niet dreigt te leiden tot concurrentievervalsing of discriminatie.'
De onderhandelingsruimte met de voorgenomen winnaar van een concurrentiegerichte dialoog is aldus zeer beperkt.[18] Gelet op bovenstaande verklaring van de Raad en de Commissie moet aangenomen worden dat deze beperkte ruimte ook voor de overige procedures geldt.

Internationale regelgeving

In internationale aanbestedingsrechtelijke regelgeving lijkt in toenemende mate aandacht te zijn voor wijzigingen. Bij recente herzieningen van onderstaande regelingen komt aan deze problematiek steeds meer een zelfstandige plaats toe.

GPA

De Agreement on Government Procurement (GPA)[19] vereist dat wijzigingen in de aankondiging van een aanbesteding voorafgaand aan de inschrijving op dezelfde wijze bekend moeten worden gemaakt als de oorspronkelijke aankondiging.[20] Verder mogen aanbestedende diensten op grond van de GPA vóór gunning aan inschrijvers de mogelijkheid bieden tot herstel van onbedoelde fouten in hun inschrijving.[21] Een dergelijke herstelmogelijkheid mag echter niet leiden tot een discriminatoire praktijk.
Tijdens een onderhandelingsprocedure zijn wijzigingen in criteria en technische specificaties mogelijk.[22] Niettemin moeten deze wijzigingen schriftelijk worden bekendgemaakt aan alle deelnemers aan die onderhandelingen en moeten zij de kans krijgen op basis daarvan een nieuw aanbod te doen.
Voor wat betreft aanvullende leveringen, werken en diensten bevat de GPA een regeling die nagenoeg gelijk is aan die uit de aanbestedingsrichtlijnen.[23]
Momenteel wordt de GPA herzien. De nieuwe tekst van de GPA – waar voorlopige overeenstemming over bestaat – gaat expliciet in op wijzigingen.[24] Zo bevat deze een algemene bepaling voor wijzigingen in de aanbestedingsdocumentatie voorafgaand aan gunning,[25] alsook bepalingen over onderhandse gunning na een mislukte aanbesteding[26] en voor bepaalde aanvullende opdrachten.[27]
Daarnaast is een bepaling opgenomen met betrekking tot wijzigingen in reeds gegunde overeenkomsten. Artikel XV lid 7 luidt: 'A procuring entity shall not use options, cancel a procurement or modify awarded contracts in a manner that circumvents the obligations under this Agreement.'

UNCITRAL

De UNCITRAL-modelwetgeving voor aanbestedingen biedt aan aanbestedende diensten de mogelijkheid om de aanbestedingsdocumenten te wijzigen.[28] Als dat tot gevolg heeft dat de oorspronkelijk gepubliceerde informatie '*materially inaccurate*' wordt, dan moeten de wijzigingen worden gepubliceerd en de deadline voor inschrijving worden verlengd. Verder mogen aanbestedende diensten inschrijvers vragen om verduidelijking van hun inschrijvingen.[29] In dat kader zijn niettemin '*substantive changes*' in de kwalificatie- of inschrijvingsdocumenten verboden.
Evenals de aanbestedingsrichtlijnen en de GPA, bevat de modelwetgeving de mogelijkheid om bepaalde aanvullende opdrachten onderhands te gunnen.[30]
Sinds de herziening van deze modelwetgeving in 2011 is de volgende bepaling opgenomen over wijzigingen gedurende de uitvoeringsfase van een raamovereenkomst:[31]

> 'Article 57. No material change during the operation of a framework agreement
> During the operation of a framework agreement, no change shall be allowed to the description of the subject-matter of the procurement. Changes to other terms and conditions of the procurement, including to the criteria (and their relative weight and the manner of their application) and procedures for the award of the anticipated procurement contract, may occur only to the extent expressly permitted in the framework agreement.'

Een dergelijke bepaling voor 'normale' overeenkomsten ontbreekt echter. Met het oog op wijzigingen tijdens de aanbestedingsprocedure, was wel in een eerder concept een voorlopige definitie opgenomen van een '*material change*':[32]

> '"Material change" means a change to the terms and conditions of the procurement, as established by the

18. Zie ook de Explanatory note on competitive dialogue van de Commissie, p. 9.
19. Agreement on Government Procurement (1994) (GPA), signed in Marrakesh on 15 April 1994. De tekst is te raadplegen op <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm>. Zie met betrekking tot dit onderwerp ook S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, The Hague: Kluwer Law International 2003, p. 256-263.
20. GPA, art. IX lid 10.
21. GPA, art. XIII lid 1 sub b.
22. GPA, art. XIV lid 4 sub b en c.
23. GPA, art. XV lid 1 sub d en f. De GPA kent voor leveringen echter niet de looptijdbeperking van drie jaar zoals in de aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren; zie voetnoot 16.
24. Provisionally agreed revised GPA text (Herziene GPA) d.d. 16 december 2010.
25. Herziene GPA, art. X lid 11.
26. Herziene GPA, art. XIII lid 1 sub a.
27. Herziene GPA, art. XIII lid 1 sub c.
28. UNCITRAL Model Law on Public Procurement, zoals vastgesteld op 1 juli 2011 (UNCITRAL 2011), art. 15. Vergelijkbare bepalingen stonden reeds in de UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services (UNCITRAL 1994).
29. UNCITRAL 2011, art. 16. Vergelijkbare bepalingen stonden reeds in de UNCITRAL 1994.
30. UNCITRAL 2011, art. 30 lid 5 sub c.
31. UNCITRAL 2011.
32. Artikel 2 sub e, zoals vastgesteld tijdens de werkgroep op 7-11 december 2009. Deze bepaling is vervallen naar aanleiding van de bijeenkomst op 1-5 november 2010.

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

procuring entity when first soliciting the participation of suppliers or contractors in procurement that would make previously responsive submissions non-responsive, that would render previously non-responsive submissions responsive, and that would change the status of suppliers or contractors with regard to their qualification. For avoidance of doubt, material change includes a change in the description of the subject matter of the procurement, in the criteria and procedures for examining, evaluating and comparing submissions and ascertaining the successful submission and in the relative weight of the evaluation criteria.'

Wereldbank-richtlijnen

De Wereldbank-richtlijnen voor aanbestedingen van januari 2011 bevatten als uitgangspunt dat ingediende inschrijvingen niet mogen worden gewijzigd.[33] In geval van wijzigingen van een gegunde overeenkomst, is onder de volgende omstandigheden een verklaring van geen bezwaar van de Wereldbank vereist:[34]

'(a) a material extension of the stipulated time for performance of a contract; or
(b) any substantial modification of the scope of services or other significant changes to the terms and conditions of the contract; or
(c) any variation order or amendment (except in cases of extreme urgency) which, singly or combined with all variation orders or amendments previously issued, increase the original contract amount by more than 15% (fifteen percent); or
(d) the proposed termination of the contract (...).'

Tussenconclusie

Uit het voorgaande blijkt dat de bepalingen uit de huidige aanbestedingsrichtlijnen met betrekking tot wijzigingen hun oorsprong grotendeels vinden in de eerste generatie aanbestedingsrichtlijnen. De enige uitzondering daarop vormen de bepalingen in het kader van de concurrentiegerichte dialoog.[35]
Voor al deze bepalingen geldt dat zij betrekking hebben op (zeer) specifieke gevallen, te weten: het vervolg na een mislukte aanbesteding, het verlenen van aanvullende opdrachten binnen de beperkte mogelijkheden die de aanbestedingsrichtlijnen bieden en de ruimte voor wijzigingen binnen een concurrentiegerichte dialoog. Een algemene regeling ontbreekt echter. Zo wordt het begrip 'wezenlijke wijziging' weliswaar geïntroduceerd, maar bevatten de aanbestedingsrichtlijnen geen nadere uitwerking daarvan.
Bovendien hebben de bepalingen ten aanzien van het vervolg na een mislukte aanbesteding en de ruimte voor wijzigingen binnen een concurrentiegerichte dialoog enkel betrekking op de aanbestedingsprocedure als zodanig en niet op wijzigingen tijdens de uitvoeringsfase van de daaruit voortvloeiende overeenkomst. Dat is in zekere zin wel het geval bij de bepalingen met betrekking tot aanvullende opdrachten, al zien die slechts op een beperkt aantal mogelijke wijzigingen van de overeenkomst.
Ook bovenstaande internationale regelgeving voorziet (nog) niet in een algemene regeling ten aanzien van wijzigingen gedurende de uitvoeringfase. Dit zal anders worden indien de herziene tekst van de GPA op dit punt ongewijzigd wordt vastgesteld en op grond daarvan het wijzigen van aanbestede overeenkomsten geen omzeiling mag vormen van de verplichtingen op grond van de GPA. Een nadere uitwerking waaruit volgt onder welke omstandigheden van een dergelijke omzeiling sprake is, ontbreekt echter vooralsnog. De richtlijnen van de Wereldbank voorzien weliswaar in een regeling omtrent wijzigingen van een gegunde overeenkomst, maar bieden geen aanknopingspunten wanneer de in bepaalde gevallen vereiste verklaring van geen bezwaar zal worden verleend of geweigerd.
De vraag is dan ook wat te doen met alle overige mogelijke wijzigingen tijdens de uitvoeringsfase van een Europees aanbestede overeenkomst. Het Hof van Justitie heeft deze leemte sinds eind jaren negentig ingevuld.

Jurisprudentie Europees Hof van Justitie

Het belang van en de noodzaak voor een aanbestedingsrechtelijk kader voor wijzigingen tijdens de uitvoeringsfase, is voor het eerst duidelijk terug te zien in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

Tögel

In zijn conclusie in de *Tögel*-zaak gaat advocaat-generaal Fennely onder meer in op de aanbestedingsrechtelijke toelaatbaarheid van wijzigingen tijdens de uitvoering van een overeenkomst.[36] Daarin stelt hij voor dat enkel het nationale recht bepalend is voor de vraag of sprake is van het voortduren van een overeenkomst, dan wel van heronderhandelingen. In dat laatste geval dienen volgens hem de in de aanbestedingsrichtlijn voorziene procedures te worden gevolgd.

33. World Bank, Guidelines: Procurement of Goods, Works, and Non-Consulting Services under IBRD Loans and IDA Credits & Grants dated January 2011, par. 2.46. De richtlijnen bevatten verder onder meer bepalingen over prijsaanpassing (par. 2.24-2.25), wijzigingen na een mislukte aanbesteding (par. 2.61-2.64) en verlenging van een bestaand contract (par. 3.7 sub a).
34. World Bank, Guidelines d.d. januari 2011, appendix 1, par. 3.
35. Richtlijn 2004/18/EG bevat ook een regeling voor de wijziging van een specifiek type overheidscontract, de zogenoemde raamovereenkomsten. In dit kader stelt art. 32 lid 2: 'Bij de gunning van opdrachten die op een raamovereenkomst zijn gebaseerd, mogen de partijen in geen geval substantiële wijzigingen aanbrengen in de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden, met name in het in lid 3 bedoelde geval.'
36. Conclusie van de A-G 2 april 1998, zaak C-76/97, (*Tögel*), *Jur.* 1998, p. I-05357, par. 63 e.v. Zie de kritiek hierop in S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London: Sweet & Maxwell 2005, par. 6.10.

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Rennes

In de daaropvolgende jurisprudentie maakt het Hof van Justitie echter duidelijk dat de beoordeling of een wijziging toelaatbaar is vanuit het Europese recht moet worden gemaakt. In het arrest *Rennes* oordeelt het Hof van Justitie over een onderhandelingsprocedure die was gestart toen de betreffende Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 93/38/EEG) nog niet van toepassing was.[37] Niettemin was op enig moment daarna sprake van heronderhandelingen vanwege het wegvallen van subsidie voor het betreffende project. Het Hof van Justitie stelt dat dient te worden nagegaan of deze onderhandelingen:

> 'kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de reeds gevoerde onderhandelingen, en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst, zodat de toepassing van de bepalingen van richtlijn 93/38 gerechtvaardigd zijn'.

De Commissie had – naar het oordeel van het Hof van Justitie – evenwel onvoldoende aangetoond dat sprake was van een dergelijke rechtvaardiging om de Aanbestedingsrichtlijn toe te passen. De Commissie had aangevoerd dat sprake was van wezenlijke verschillen in technologie en prijs. Het verschil in technologie hield volgens het Hof van Justitie echter verband met de evolutie van het materieel en dat partijen tijdens langdurige onderhandelingen rekening houden met technische ontwikkelingen, behoefde nog niet te worden beschouwd als onderhandeling over de wezenlijke kenmerken. Voor wat betreft de prijs was de aanpassing in de visie van het Hof van Justitie gebaseerd op een juiste toepassing van een prijsherzieningsformule die partijen in het kader van de aanvankelijke onderhandelingen waren overeengekomen.

Succhi di Frutta

Enkele jaren later doet het Hof van Justitie uitspraak in de *Succhi di Frutta*-zaak.[38] Het gaat daarbij om een aanbesteding die de Commissie had uitgeschreven. Het Hof van Justitie benadrukt dat een aanbestedende dienst het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers moet respecteren. Uit dat gelijkheidsbeginsel vloeit het transparantiebeginsel voort. Op grond van met name deze beginselen dient de Commissie de door haarzelf vastgestelde criteria in acht te nemen, niet alleen tijdens de inschrijvingsprocedure als zodanig, maar meer in het algemeen tot aan het einde van de fase van uitvoering van de betrokken aanbesteding.[39]
Volgens het Hof van Justitie is het een aanbestedende dienst niet toegestaan:

> 'may not alter the general scheme of the invitation to tender by subsequently proceeding unilaterally to amend one of the essential conditions for the award, in particular if it is a condition which, had it been included in the notice of invitation to tender, would have made it possible for tenderers to submit a substantially different tender.'

In het voorliggende geval was volgens het Hof van Justitie sprake van een wijziging van een dergelijke belangrijke inschrijvingsvoorwaarde, namelijk een betalingsvoorwaarde.
Het Hof van Justitie geeft in het *Succhi di Frutta*-arrest vervolgens ook aan hoe de Commissie deze schending van het gelijkheids- en transparantiebeginsel had kunnen voorkomen. De Commissie had volgens het Hof van Justitie namelijk de aanpassingsmogelijkheid uitdrukkelijk kunnen opnemen in het inschrijvingsbericht. Daarbij had de Commissie dan ook moeten vermelden onder welke voorwaarden aanpassing mogelijk was.[40]

Commissie/Frankrijk

Kort daarna oordeelt de eerste kamer van het Hof van Justitie in het *Commissie/Frankrijk*-arrest over een wijziging in een Franse aanbesteding die betrekking had op een te realiseren zuiveringsstation.[41] Het gehele project bestond uit drie fasen, waarbij voor de eerste en de derde fase een aanbesteding was uitgeschreven. In de aankondiging voor de aanbesteding van de eerste fase was opgenomen dat de winnaar '… "[kon] worden verzocht mee te werken aan de uitvoering van dat idee in het kader van een studieopdracht inzake [onder meer] de ondersteuning van de bouwheer", als bedoeld in het eerste en het derde onderdeel van de tweede fase.'[42] De opdracht voor deze diensten uit de tweede fase – waarvan de geraamde waarde de drempelwaarde overschreed – werd vervolgens gegund aan de winnaar van de aanbesteding van de eerste fase. De Commissie was van mening dat daarvoor een nieuwe aanbestedingsprocedure had moeten worden doorlopen en startte een inbreukprocedure.
Het Hof van Justitie volgt de Commissie in haar standpunt. Volgens het Hof van Justitie vereisen het beginsel van gelijke behandeling en transparantie dat het voorwerp van elke opdracht en de gunningscriteria ervan duidelijk worden omschreven. Het Hof van Justitie vervolgt:[43]

> 'Een dergelijke verplichting is noodzakelijk omdat het voorwerp van een opdracht en de gekozen gunningscriteria moeten worden beschouwd als doorslaggevende factoren om te bepalen welke van de in de richtlijn voorziene procedures moet worden toegepast, en om te beoordelen of de voorschriften van die procedure worden nageleefd.
> Hieruit volgt voor het onderhavige geval, dat de loutere mogelijkheid om de opdracht voor de tweede fase te gunnen volgens de criteria die golden voor een

37. HvJ EG 5 oktober 2000, zaak C-337/98, (*Rennes*), *Jur.* 2000, p. I-08377, pt. 42 e.v.
38. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P, (*Succhi di Frutta*), *Jur.* 2004, p. I-03801.
39. *Succhi di Frutta*, pt. 115.
40. *Succhi di Frutta*, pt. 118-126.
41. HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-340/02, (*Commissie/Frankrijk*) *Jur.* 2004, p. I-09845.
42. *Commissie/Frankrijk*, pt. 11.
43. *Commissie/Frankrijk*, pt. 35-36.

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

andere opdracht, namelijk die voor de eerste fase, niet gelijkstaat met het plaatsen van de opdracht overeenkomstig een van de in de richtlijn neergelegde procedures.'

Pressetext

Bijna vier jaar later krijgt het Hof van Justitie in de zaak *Pressetext* de kans zich expliciet uit te laten over de gevolgen van wijzigingen gedurende de looptijd van een overeenkomst.[44] De Oostenrijkse verwijzende rechter wenste namelijk te vernemen onder welke voorwaarden wijzigingen van een bestaande overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een dienstverlener kunnen worden aangemerkt als een nieuwe plaatsing van een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van de toepasselijke Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 92/50/EEG).
De kern van het antwoord van het Hof van Justitie is terug te vinden in de volgende passage:[45]

> 'Met het oog op het garanderen van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers, vormen wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst (…)'

Het Hof van Justitie verwijst daarbij naar het hiervoor besproken *Rennes*-arrest. Vervolgens geeft het Hof van Justitie aan dat een wijziging (in ieder geval) wezenlijk kan zijn indien:[46]

a. zij voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, mogelijk zouden hebben geleid tot:
   (i) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of
   (ii) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;
b. zij de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot diensten/werken die oorspronkelijk niet waren opgenomen; of
c. zij het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.

De mogelijkheid onder b. vindt volgens het Hof van Justitie bevestiging in de beperkingen die de toepasselijke Aanbestedingsrichtlijn stelt aan de mogelijkheid om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking voor aanvullende diensten.[47]
Na dit algemene kader te hebben weergegeven, toetst het Hof van Justitie een aantal concrete wijzigingen. In geen van deze gevallen neemt het Hof van Justitie een wezenlijke wijziging aan. Wij noemen er een aantal:

– de verandering van de contractpartner van de aanbestedende dienst vormt in beginsel een wezenlijke wijziging, tenzij sprake is van een interne reorganisatie. Hetzelfde geldt voor de overdracht van de aandelen van de contractpartner aan een derde, anders dan een reguliere aandelenoverdracht bij beursgenoteerde ondernemingen;
– de omzetting van de nationale munteenheid naar euro's vormt een aanpassing aan gewijzigde externe omstandigheden en als zodanig geen wezenlijke wijziging. Een verdere prijsaanpassing ten behoeve van de afronding, in het nadeel van de opdrachtnemer, leidt ook niet tot een wezenlijke wijziging;
– de vervanging van de prijsindex door een later indexcijfer was voorzien in de oorspronkelijke overeenkomst en vormde derhalve geen wezenlijke wijziging;
– het opnemen van een clausule waarin tijdelijk afstand wordt gedaan van de mogelijkheid tot opzegging voor de aanbestedende dienst dreigt volgens het Hof van Justitie in dit geval de mededinging niet te vervalsen in het nadeel van potentiële nieuwe inschrijvers. De reden daarvoor was dat volgens het Hof van Justitie uit het dossier niet blijkt dat de aanbestedende dienst gedurende de periode waarin deze clausule gold anders voornemens zou zijn geweest de overeenkomst te beëindigen. Ook een verhoging van een kortingspercentage leidt niet tot concurrentievervalsing in het nadeel van potentiële inschrijvers. Bovendien wijzigt die verhoging het economisch evenwicht van de overeenkomst niet in het voordeel van de opdrachtnemer.

Wall

In het *Wall*-arrest past de grote kamer van het Hof van Justitie het uitgangspunt uit het *Pressetext*-arrest toe op concessieovereenkomsten voor diensten en bevestigt de hiervoor onder a. genoemde mogelijkheid van een wezenlijke wijziging:[48]

> 'Ter verzekering van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers kunnen wezenlijke wijzigingen van de essentiële bepalingen van een concessieovereenkomst voor diensten in bepaalde gevallen de gunning van een nieuwe concessieovereenkomst vereisen, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van die

44. HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06, (*Pressetext*), *Jur*. 2008, p. I-04401. Zie ook Brown 2008 en Hebly/Klijn 2008.
45. *Pressetext*, pt. 34.
46. *Pressetext*, pt. 35-37. De A-G wees met name op het criterium onder a; zie A-G Kokott in haar conclusie van 13 maart 2008, zaak C-454/06, *Pressetext*, par. 49.
47. *Pressetext*, pt. 36.
48. HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08, *Jur.* 2010, p. I-02815, *Wall*, pt. 37-38. Zie ook A. Brown, 'Changing a Sub-contractor Under a Public Service Concessie: *Wall A-G v Stadt Frankfurt am Main*', (2010) 19 *PPLR*, NA160.

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

van de oorspronkelijke overeenkomst en bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst (…).
De wijziging van een nog lopende concessieovereenkomst voor diensten kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer hierbij voorwaarden worden ingevoerd die, indien zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren vastgesteld, hadden kunnen leiden tot toelating van andere dan de oorspronkelijk toegelaten inschrijvers of tot de keuze van een andere dan de oorspronkelijk uitgekozen offerte (…).'

In het onderhavige geval was sprake van de vervanging van een onderaannemer. Volgens het Hof van Justitie kan dat in uitzonderlijke gevallen leiden tot een wezenlijke wijziging, zelfs als de overeenkomst in deze mogelijkheid voorziet. Daarvan is sprake als het beroep op een bepaalde onderaannemer een beslissend element is geweest bij de sluiting van de overeenkomst.
Vervolgens geeft het Hof van Justitie een doorkijkje naar wat de gevolgen zouden zijn van een wezenlijke wijziging. Indien de verwijzende rechter namelijk tot de conclusie zou komen dat een van de essentiële elementen van de concessieovereenkomst is gewijzigd, dan zou hij volgens het Hof van Justitie 'overeenkomstig de interne rechtsorde van de betrokken lidstaat alle noodzakelijke maatregelen, daaronder begrepen een nieuwe aanbestedingsprocedure, moeten gelasten om de transparantie van de procedure te herstellen.[49]'

Commissie/Duitsland

Kort daarna wees het Hof van Justitie arrest in een zaak die de Commissie aanhangig had gemaakt tegen Duitsland.[50] De zaak betrof onder meer de uitbreiding van een in 1984 gesloten overeenkomst voor de organisatie van ambulancediensten.[51] Deze overeenkomst is in 2004 uitgebreid tot de exploitatie van een andere ambulancepost. De waarde van deze exploitatie bedroeg € 673.719,32 per jaar (tegenover een totale jaarlijkse waarde van de overeenkomst van € 4,45 miljoen). Het Hof van Justitie overweegt dat de waarde van de exploitatie de drempelwaarde overschrijdt. In die omstandigheden moet volgens het Hof van Justitie de uitbreiding van de overeenkomst worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke opdracht. Het Hof van Justitie verwijst daarbij naar de onder b. genoemde mogelijkheid in het *Pressetext*-arrest.
De advocaat-generaal kwam overigens tot dezelfde conclusie, maar achtte daarvoor relevant dat de regio waarin de dienstverlener actief was, met ongeveer 25% werd uitgebreid en dat de totale waarde met ten minste 15% is gestegen. Het Hof van Justitie noemt de verhouding tot de oorspronkelijke opdracht niet.

49. *Wall*, pt. 42.
50. HvJ EU 29 april 2010, zaak C-160/08, (*Commissie/Duitsland*), *Jur.* 2010, p. I-03713, pt. 98-101.
51. Zie de conclusie van de A-G van 11 februari 2010, par. 131 e.v.

Standpunt van de Commissie

Gaandeweg besteedt ook de Commissie aandacht aan de problematiek rondom wijzigingen tijdens de uitvoeringsfase. Zo heeft de Europese Commissie eind 2002 een besluit genomen over mogelijke staatssteun bij de London Underground Public Private Partnership.[52] In dat kader gaat de Commissie onder meer in op de vraag of aanpassingen in de contactvoorwaarden na de selectie van de *preferred bidder* – door middel van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking – hebben geleid tot discriminatie of ongelijke behandeling.[53]
De Commissie wijst er ten eerste op dat een aanbestedende dienst, met name bij een onderhandelingsprocedure,

'may include in the contract documents a mechanism which provides for ongoing testing (for example to ensure that performance criteria remain appropriate and provide necessary incentives) or external factors (such as inflation) which allow changes to be made throughout the procedure.'

Wijzigingen conform een dergelijke systematiek leiden volgens de Commissie niet automatisch tot discriminatie, met name niet wanneer sprake is van een complexe aanbesteding met onderhandelingen over een langere periode. In het geval van de London Underground PPP was daarvan sprake.
Bovendien ging het volgens de Commissie om wijzigingen die 'are not so substantial, individually or collectively, as to be likely to have attracted prospective tenderers which did not consider tendering following publication of the original OJEC Notices.'
In het Groenboek PPS uit 2004 stelt de Commissie dat het Europese aanbestedingsrecht zich in het algemeen niet verzet tegen de mogelijkheid om gedurende de looptijd van een PPS-overeenkomst wijzigingen aan te brengen.[54] Zo kunnen in de aanbestedingsstukken herzieningsclausules worden opgenomen waarin precies is vermeld in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden de contractuele relatie kan worden aangepast. Deze bepalingen dienen volgens de Commissie zo duidelijk te zijn dat alle ondernemingen ze tijdens de selectiefase op dezelfde wijze kunnen uitleggen.
Wijzigingen buiten dergelijke clausules om leiden tot een discussie of het beginsel van gelijke behandeling van ondernemingen wel wordt nageleefd, aldus de Commissie:

'Deze wijzigingen buiten het contractuele kader zijn alleen aanvaardbaar wanneer zij door een onvoorziene gebeurtenis noodzakelijk zijn of uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn. Elke andere wezenlij-

52. State aid No N 264/2002, C(2002)3578.
53. Par. 86 e.v.
54. Groenboek over publiek-private samenwerking en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten COM (2004) 327, p. 16 e.v.

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

ke wijziging betreffende het voorwerp van het contract moet worden beschouwd als het sluiten van een nieuw contract, waarvoor een nieuwe oproep tot mededinging moet worden gedaan.'

In de Interpretatieve mededeling voor geïnstitutionaliseerde PPS van de Commissie uit 2008 verwoordt de Commissie haar standpunt enigszins anders.[55] De Commissie stelt dat als een aanbestedende dienst bepaalde voorwaarden wil kunnen wijzigen, uitdrukkelijk in die mogelijkheid en de wijze van uitvoering ervan moet worden voorzien in de aankondiging of het bestek. Doet de aanbestedende dienst dat niet, dan vereist een wijziging van de essentiële voorwaarden van een opdracht een nieuwe aanbestedingsprocedure. Voorbeelden daarvan zijn het voorwerp van de werkzaamheden of de vergoeding die de contractpartner aan gebruikers vraagt. In een voetnoot herhaalt de Commisie nog bovenstaande mogelijkheid van rechtvaardiging van een wezenlijke wijziging zoals die in het Groenboek PPS stond opgenomen.

In het Groenboek over de toekomst van het Europese aanbestedingsrecht geeft de Commissie aan dat het probleem van opeenvolgende aanpassingen die gevolgen hebben voor de opdracht zelf en de uitvoering ervan, een bijzonder complex vraagstuk is.[56] De Commissie heeft van aanbestedende diensten begrepen dat de huidige jurisprudentie van het Hof van Justitie voor sommige soorten wijzigingen onvoldoende duidelijkheid schept om te kunnen bepalen of een nieuwe aanbestedingsprocedure noodzakelijk is.[57] Een eventuele wettelijke verduidelijking op EU-niveau zou ook de *gevolgen* van een wezenlijke wijziging kunnen regelen. De Commissie noemt daarbij als voorbeeld een lichtere aanbestedingsprocedure voor het plaatsen van de gewijzigde opdracht.

In haar daarop volgende voorstel voor een nieuwe aanbestedingsrichtlijn kiest de Commissie echter niet voor een afzonderlijke aanbestedingsprocedure in geval van een wezenlijke wijziging.[58] In het voorstel is een nieuw artikel gewijd aan wezenlijke wijzigingen, waarin onder meer de *Pressetext*-criteria hun weerslag hebben gekregen.[59] Ook stelt de Commissie voor dat een wijziging niet wezenlijk wordt geacht indien de waarde daarvan de drempelwaarde niet overschrijdt en minder dan 5% van de waarde van de oorspronkelijke overeenkomst bedraagt. Bovendien mag de wijziging in dat geval niet leiden tot een wijziging van de aard van de overeenkomst. Deze laatste voorwaarde geldt ook voor wijzigingen die zijn voorzien in de aanbestedingsdocumentatie.[60]

Tussenconclusie wijzigingen tijdens uitvoeringsfase

Uit het bovenstaande volgt dat naar de huidige stand van het Europese recht bij een wijziging tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst vier stappen moeten worden doorlopen:

1. Wat is de aard en omvang van de wijziging?
2. Was deze wijziging voorzien in de aanbestedingsdocumentatie?
3. Zo nee, betreft het een wezenlijke wijziging?
4. Zo ja, wat heeft dat tot gevolg?

Ad 1 Aard en omvang

De eerste vraag is feitelijk van aard en afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Ad 2 Voorzien in aanbestedingsdocumentatie

Voor de tweede vraag is van belang of de aanbestedingsdocumentatie uitdrukkelijk vermeldt dat de wijziging zich kan voordoen en onder welke voorwaarden deze dan wordt doorgevoerd.[61] Het Hof van Justitie heeft dat expliciet gesteld in het *Succhi di Frutta*-arrest. Ook ligt deze gedachte ten grondslag aan de voorbeelden uit het *Pressetext*-arrest, die immers als uitgangspunt nemen dat de wijziging niet was genoemd c.q. opgenomen in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure, dan wel dat de verschuiving van het economische evenwicht als gevolg van die wijziging niet door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht was bedoeld. De Commissie lijkt – evenals het Hof van Justitie – een strikte uitleg voor te staan en meent bovendien dat een eventueel opgenomen wijzigingmogelijkheid zo duidelijk moet zijn dat alle ondernemingen deze op dezelfde wijze kunnen uitleggen.

Uit de jurisprudentie volgt dat met name aanpassingen in de prijs (indexering)[62] en de wijze van betalen (betaalmiddel)[63] vooraf kunnen worden 'ingebouwd'. Uit het

55. Interpretatieve mededeling van de commissie over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS), *Pb.EU* 2008, C-91/4.
56. Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, COM(2011) 15, p. 27-28. Overigens heeft de Commissie recentelijk nog een inbreukprocedure tegen Spanje gesloten die betrekking had op Spaanse wetgeving. De betreffende wetgeving gaf volgens de Commissie aan aanbestedende diensten een vrijwel onbeperkte mogelijkheid om na gunning essentiële voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen. In reactie op de bezwaren van de Commissie heeft Spanje nieuwe wetgeving aangenomen, waarmee deze mogelijkheden worden beperkt. Zie IP/11/430 van 6 april 2011. Voor andere recente inbreukprocedures met betrekking tot wezenlijke aanpassingen zie IP/10/500 en IP/10/1244.
57. Ook de Rekenkamer van de Europese Unie pleit voor een verduidelijking van de EU-regelgeving op dit punt. Zie *Pb.EU* 2011, C 195/01.
58. Proposal for a directive on public procurement, COM(2011) 896 final van 20 december 2011.
59. Art. 72, COM(2011) 896 final. Zie ook overwegingen 45 t/m 48.
60. Verder bevat het voorgestelde artikel nog bepalingen over de wijziging van de wederpartij van de aanbestedende dienst, onvoorziene omstandigheden en gevallen waarin wijziging niet is toegestaan.
61. Zie in die zin ook A-G Bot in zijn conclusie van 27 oktober 2009, zaak C-91/08, *Wall*, par. 65 en A. Brown, 'Changing a Sub-contractor Under a Public Service Concessie: *Wall AG v Stadt Frankfurt am Main*', (2010) 19 *PPLR*, NA160, par. 3.1.
62. Zie HvJ EU 5 oktober 2000, zaak C-337/98 (*Rennes*) en HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*), alsook State aid No N 264/2002, C(2002)3578 (*London Underground*).
63. Zie *Succhi di Frutta*.

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

arrest *Commissie/Frankrijk* kan evenwel worden afgeleid dat van een voorziene wijziging geen sprake is als de aanbestedingsdocumentatie slechts voorziet in de enkele mogelijkheid van uitbreiding van de opdracht tot andersoortige diensten, zonder dat deze diensten terugkomen in de gunningscriteria. In de literatuur wordt wel aangenomen dat een wijziging die wederzijdse instemming vereist in beginsel een nieuwe overeenkomst vormt, ook als deze mogelijkheid van tevoren bekend was.[64]

Ad 3 Wezenlijke wijziging

Sinds het *Rennes*-arrest heeft het Hof van Justitie in essentie telkens dezelfde maatstaf gehanteerd: een wijziging moet worden aangemerkt als wezenlijk wanneer deze (1) kenmerken vertoont die wezenlijk verschillen van die van de oorspronkelijke overeenkomst en (2) om die reden doet blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst.

De drie voorbeelden uit *Pressetext* werken dit uitgangspunt verder uit en vormen de huidige maatstaf. Het eerdere standpunt van het Hof van Justitie in *Succhi di Frutta* dat van een wezenlijke wijziging sprake is indien deze de inschrijvers in staat zou hebben gesteld een aanzienlijk andere offerte in te dienen, is in *Pressetext* verengd tot de toelating van andere inschrijvers of de keuze voor een andere offerte. De grote kamer van het Hof van Justitie heeft deze lezing in *Wall* bevestigd, zodat aangenomen moet worden dat het Hof het standpunt uit *Succhi di Frutta* definitief heeft verlaten.

De uiteindelijke beoordeling of sprake is van een wezenlijke wijziging langs voornoemde maatstaf hangt sterk af van de exacte feiten en omstandigheden. Niettemin lijkt uit het bovenstaande een aantal typen van wijzigingen te kunnen worden afgeleid die niet zonder meer als wezenlijk kwalificeren:

- wijziging als gevolg van technische ontwikkelingen;
- aanpassing aan externe omstandigheden, zoals euroconversie;
- wijziging van onderaannemer (alleen in uitzonderlijke omstandigheden een wezenlijke wijziging).[65]

Hetzelfde geldt voor de volgende wijzigingen, die in beginsel juist een aanwijzing vormen dat sprake is van een wezenlijke wijziging:

- wijziging van een betalingsvoorwaarde;
- verandering van contractpartner;[66]
- wijziging van de *scope* van de werkzaamheden, met name bij een uitbreiding in belangrijke mate daarvan (waarvan mogelijk al sprake is zodra de waarde van de uitbreiding de drempelwaarde overschrijdt[67]);
- wijziging van de vergoeding die de contactpartner aan derden vraagt (specifiek bij PPS);
- wijziging van de voorwaarden betreffende:
  - de financiering;
  - de uitvoerings- en opleveringstermijnen;
  - de bouwtechniek; of
  - de technische specificaties.

Ad 4 Gevolgen

Een wezenlijke wijziging vereist volgens het Hof van Justitie in *Pressetext* een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van de Aanbestedingsrichtlijn. In *Wall* oordeelt het Hof van Justitie soortgelijk: een wijziging van de essentiële elementen van de overeenkomst vereist onder meer een nieuwe aanbestedingsprocedure om de transparantie van de procedure te herstellen.

Ook de Commissie is van mening dat een wezenlijke wijziging noopt tot een nieuwe aanbestedingsprocedure. Wat voor aanbestedingsprocedure dat zou moeten zijn, zou in de toekomst bij Europese wetgeving kunnen worden geregeld.[68] Vooralsnog pleit zij voor een (reguliere) aanbestedingsprocedure in overeenstemming met de Richtlijn.[69]

Een nieuwe aanbestedingsprocedure kan volgens de Commissie echter in het geheel achterwege blijven als de wijziging door een onvoorziene gebeurtenis noodzakelijk is,[70] dan wel uit hoofde van de openbare orde, openbare veiligheid, of volksgezondheid gerechtvaardigd. Onduidelijk is of ook het Hof van Justitie deze rechtvaardigingsgronden onderschrijft.

Probleempunten

De Europese wetgeving en jurisprudentie bieden op dit moment slechts een beperkt kader voor de beoordeling of sprake is van een wezenlijke wijziging en zo ja, wat de gevolgen daarvan zijn. Dit leidt in onze ogen met name tot de hierna te bespreken probleempunten, die in de praktijk regelmatig voorkomen, maar waarvoor het huidige Europese aanbestedingsrecht (nog) geen antwoord biedt.

Mogelijkheid tot wijziging opnemen in aanbestedingsdocumentatie?

De – veelal lastige – beoordeling of sprake is van een wezenlijke wijziging zou voor een belangrijk deel voorkomen kunnen worden door de mogelijkheid tot wijziging in bepaalde gevallen reeds in de aanbestedingsdocumentatie op te nemen. Zo kan bijvoorbeeld worden voorzien in een eenzijdige optie voor aanvullende werk-

64. Arrowsmith 2005, par. 6.9. Volgens Arrowsmith kunnen voorziene wijzigingen mogelijk ook leiden tot een nieuwe overeenkomst als het daarbij gaat om 'substantial changes'.
65. Overgenomen door de Nederlandse rechter in Vzr. Rb. Den Haag 30 november 2010, LJN BO9252.
66. Volgens de Commissie levert dat geen wezenlijke wijziging op indien deze wijziging plaatsvindt in het kader van een herstructurering of faillissement, de nieuwe contractpartner voldoet aan de oorspronkelijke geschiktheidseisen, het niet leidt tot andere wezenlijke wijzigingen en niet ten doel heeft de aanbestedingsrichtlijn te omzeilen. Zie Commissievoorstel, COM(2011) 896 final, art. 72 lid 3.
67. Zie het *Commissie/Duitsland*-arrest.
68. Groenboek 2011.
69. Commissievoorstel, COM(2011) 896 final, art. 72 lid 1.
70. Zie in die zin ook Arrowsmith 2005, par. 6.7.

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

zaamheden van dezelfde aard of in een objectief wijzigingsmechanisme zoals een prijsindexering.[71]
In het meest extreme geval zou dat kunnen leiden tot de aanbesteding van een soort 'rompovereenkomst' waarin slechts uitgangspunten zijn opgenomen en die voorziet in uitwerking van de exacte aard en omvang van de opdracht, alsmede van de voorwaarden waaronder deze wordt uitgevoerd. Een dergelijke overeenkomst zou opdrachtgever en opdrachtnemer maximale flexibiliteit geven ten aanzien van toekomstige wijzigingen.
Naar wij menen staat een dergelijke overeenkomst echter op gespannen voet met de uitgangspunten van het aanbestedingsrecht. De aard en omvang van de aanbestede opdracht zijn dan onvoldoende bepaald om inschrijvers gelijke kansen te kunnen bieden, zodat ruimte ontstaat voor discriminatie en willekeur. In dat geval is de uiteindelijke opdracht als zodanig immers niet onderworpen aan de mededinging van de aanbestedingsprocedure. Ook bestaat dan het risico dat de opdracht tot in lengte der dagen wordt verlengd.[72]
Niettemin menen wij dat de aard en omvang van de aanbestede opdracht nog steeds voldoende bepaald kunnen zijn als bij de aanbesteding wordt voorzien in wijzigingen die minder gedetailleerd zijn omschreven dan de hiervoor genoemde eenzijdige opties en objectieve wijzigingsmechanismen. Wij sluiten ons in dat kader aan bij de stelling van Arrowsmith dat daarvoor van belang kan zijn wat de redelijke verwachtingen van de betreffende sector zijn.[73] Verder is ons inziens relevant of de voorziene wijzigingen een rol hebben gespeeld in de aanbestedingsprocedure. Dat wil zeggen: hebben inschrijvers bij het formuleren van hun inschrijving en de aanbestedende dienst bij de beoordeling van die inschrijvingen rekening kunnen houden met de mogelijke wijzigingen? Als dat niet het geval was, zoals in het arrest *Commissie/Frankrijk*, is geen sprake van een 'voorziene wijziging'. Indien dat echter wel het geval is, bijvoorbeeld omdat gewerkt wordt op basis van eenheidsprijzen die gelijk blijven in geval van een wijziging in de aard en omvang van het werk, zou ons inziens het leerstuk van de wezenlijke wijziging niet behoeven te worden toegepast. Overigens achten wij in dat kader veel minder relevant hoe groot de voorziene wijziging is ten opzichte van de oorspronkelijke opdracht.[74]

Aggregatie?

Gedurende de uitvoering van een overeenkomst is te verwachten dat op meerdere momenten de vraag speelt of de overeenkomst kan worden gewijzigd. De ruimte voor wijzigingen is beperkt, namelijk tot het niveau waarop deze wezenlijk moeten worden geacht.
In dat kader lijkt het voor de hand te liggen dat wijzigingen tijdens de uitvoering bij elkaar moeten worden opgeteld en telkens als geheel moeten worden gelegd naast de maatstaf van de wezenlijke wijziging. Het duidelijkste aanknopingspunt voor een dergelijke stelling is de bepaling in artikel 31 lid 4 sub a van de aanbestedingsrichtlijn: het *totale* bedrag van de voor de aanvullende werkzaamheden geplaatste opdrachten mag niet hoger zijn dan 50% van het bedrag van de oorspronkelijke opdracht.[75]
Met name bij opdrachten met een langere looptijd kan een dergelijke aggregatie echter zorgen voor praktische problemen. Niet alleen wordt de wijzigingsruimte door de tijd heen bij iedere wijziging steeds beperkter, ook vereist rechtmatig handelen dat deze wijzigingen zodanig goed moeten worden bijgehouden dat telkens van het geheel van wijzigingen kan worden beoordeeld of (inmiddels) sprake is van een wezenlijke wijziging.
Naar wij menen zou het uitgangspunt dan ook moeten zijn dat iedere wijziging op zijn eigen aanbestedingsrechtelijke merites wordt beschouwd. Met andere woorden: telkens als zich een wijziging voordoet, moet deze als zodanig worden getoetst aan het leerstuk van de wezenlijke wijziging. Dit zou slechts anders zijn indien de nuttige werking van het Europese aanbestedingsrecht in gevaar komt. In dat geval kan het noodzakelijk zijn om twee – ook in chronologisch opzicht – van elkaar onderscheiden handelingen als één enkele rechtshandeling te beschouwen.[76] Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als vooraf vaststaat dat bepaalde wijzigingen stapsgewijs worden doorgevoerd, enkel met het oogmerk dat iedere afzonderlijke wijziging niet kwalificeert als wezenlijke wijziging, terwijl het geheel aan wijzigingen dat wel zou doen.

Verhouding wezenlijke wijziging – aanvullende opdrachten?

In het verlengde van de aggregatie ligt de vraag hoe de beoordeling of sprake is van een wezenlijke wijziging zich verhoudt tot de beperkte mogelijkheden die de aanbestedingsrichtlijn biedt voor aanvullende opdrachten. Als voor een aanvullende opdracht de voorwaarden uit de aanbestedingsrichtlijn niet worden vervuld, is dan per definitie sprake van een wezenlijke wijziging? Wij menen dat het niet zo zou moeten zijn, met name als de

71. Zie ook Arrowsmith 2005, par. 6.8. In haar voorstel voor een nieuwe aanbestedingsrichtlijn, heeft de Commissie daaraan als voorwaarden toegevoegd dat de wijziging niet mag leiden tot een wijziging in de aard van de overeenkomst en niet mag leiden tot een verhoging van de waarde van meer dan 50% van de oorspronkelijke overeenkomst. Bovendien moet een dergelijke wijziging gepubliceerd worden in het Publicatieblad. Zie Commissievoorstel, COM(2011) 896 final, art. 72 lid 6.
72. Zie ook Arrowsmith 2005, par. 6.9. Het Hof van Justitie heeft in *Pressetext* overwogen dat de praktijk om een overeenkomst inzake een overheidsopdracht voor dienstverlening voor onbepaalde tijd af te sluiten, op zichzelf niet past binnen het stelsel en de doelstelling van de gemeenschapsregels betreffende overheidsopdrachten; zie HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06, *Pressetext*, pt. 73.
73. Zie Arrowsmith 2005, par. 6.9.
74. Anders: Arrowsmith 2005, par. 6.10 en Commissievoorstel, COM(2011) 896 final, art. 72 lid 4.
75. Zie ook Commissievoorstel, COM(2011) 896 final, art. 72 lid 4: 'the value shall be assessed on the basis of the cumulative value of the successive modifications.'
76. AG Mengozzi in zijn conclusie van 17 november 2009 bij zaak C-451/08 (*Müller*), *Jur.* 2010, p. I-02673, para. 103-107 en HvJ EU 10 november 2005, C-29/04 (*Mödling*), *Jur.* 2005, p. I-09705.

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

omvang onder de 50%-grens blijft.[77] Het leerstuk van de wezenlijke wijziging biedt ons inziens het kader voor alle typen van wijzigingen, inclusief aanvullingen. Binnen dat kader geldt dat voor aanvullingen die voldoen aan de voorwaarden voor aanvullende opdrachten uit de aanbestedingsrichtlijn reeds vaststaat dat deze – als nieuwe opdracht – onderhands mogen worden verleend aan de huidige opdrachtnemer; een inhoudelijke beoordeling of sprake is van een wezenlijke wijziging kan dan achterwege blijven. Dat betekent ons inziens niet dat als *niet* wordt voldaan aan die voorwaarden, automatisch sprake is van een wezenlijke wijziging. De betreffende aanvulling zal daartoe op zijn eigen merites moeten worden beoordeeld op grond van de criteria zoals die door het Hof van Justitie zijn ontwikkeld.

Een in de praktijk veel voorkomende vraag is of aanvullende opdrachten die op grond van de aanbestedingsrichtlijn mogen worden verleend aan de oorspronkelijke opdrachtnemer moeten worden 'meegeteld' bij overige wijzigingen in het kader van de beoordeling of die leiden tot een wezenlijke wijziging van de opdracht. Zoals hiervoor aangegeven, menen wij dat het antwoord daarop 'nee' is, tenzij sprake is van omzeiling van het Europese aanbestedingsrecht.

Bij wezenlijke wijziging toch afzien van nieuwe aanbesteding?

Zodra sprake is van een wezenlijke wijziging, moet in beginsel een nieuwe aanbestedingsprocedure worden doorlopen. Onder omstandigheden kan dat echter zeer onwenselijk zijn voor de aanbestedende dienst, de oorspronkelijke opdrachtnemer en eventueel het algemeen belang.

De ruimste rechtvaardigingsgrond lijkt te worden voorgesteld door de Commissie: aanbesteding kan achterwege blijven als de wijziging door een onvoorziene gebeurtenis noodzakelijk is. In die gevallen ligt echter primair een beroep op de bepalingen voor aanvullende opdrachten uit de aanbestedingsrichtlijn voor de hand. Daarnaast zou rechtvaardiging volgens de Commissie mogelijk zijn uit hoofde van de openbare orde, openbare veiligheid, of volksgezondheid.

Voor dergelijke rechtvaardigingsgronden mist momenteel nog een solide basis in Europese wetgeving of jurisprudentie. Naar onze mening zou het afzien van een aanbesteding na een wijziging echter gerechtvaardigd moeten zijn indien aannemelijk is dat de oorspronkelijke opdrachtnemer de winnaar zou worden van een eventuele aanbesteding, waarbij ook de kosten van de aanbestedingsprocedure en de risico's in geval van een andere (tweede) opdrachtnemer moeten worden meegewogen.[78]

Het uitgangspunt dat een aanbesteding achterwege kan blijven als bij voorbaat de winnaar kan worden aangewezen is ook in de aanbestedingsrichtlijn terug te vinden in de rechtvaardiging voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking bij aanvullende opdrachten, alsook in geval van technische of artistieke redenen, of redenen van bescherming van alleenrechten.[79]

Aanbesteden in geval van wezenlijke wijziging?

Als een aanbesteding na een wezenlijke wijziging onvermijdelijk blijkt en wijzigen aldus leidt tot beëindigen, is de vervolgvraag wat precies opnieuw moet worden aanbesteed, hoe dat moet gebeuren en wanneer.

Het uitgangspunt daarbij zou volgens ons moeten zijn dat de aanbesteding van de gewijzigde opdracht plaatsvindt op het eerst mogelijke moment en conform een van de reguliere aanbestedingsprocedures die ook van toepassing zouden zijn als geen sprake was van een wezenlijke wijziging maar van een nieuwe opdracht. Het eerst mogelijke moment wordt dan bepaald door de ingangsdatum van de nieuw aan te besteden opdracht. Deze datum is afhankelijk van enerzijds de beëindiging van de reeds onder de oorspronkelijke opdracht uitgevoerde werkzaamheden (de opdracht moet 'overneembaar' zijn) en anderzijds van de vereiste tijd voor een aanbestedingsprocedure en een implementatieperiode voor de nieuwe opdrachtnemer. De mogelijke schadeplichtigheid van de aanbestedende dienst jegens de oorspronkelijk opdrachtnemer als gevolg van de beëindiging van de opdracht, zou in dat kader geen rol mogen spelen, zo menen wij.

De gewijzigde opdracht zal dan op zichzelf aanbestedingsrechtelijk moeten worden beoordeeld om te bepalen wat voor aanbestedingsprocedure vereist is. Zo is denkbaar dat als de wijziging zich aan het einde van de oorspronkelijke uitvoeringstermijn voordoet, de geraamde waarde van de gewijzigde opdracht de drempelwaarde niet overschrijdt. In dat geval achten wij een Europese aanbestedingsprocedure niet vereist. Indien ook een duidelijk grensoverschrijdend belang ontbreekt, kan de gewijzigde opdracht onderhands worden gegund aan de oorspronkelijke opdrachtnemer.[80] In een dergelijke situatie zou beëindiging van de oorspronkelijke opdracht om vervolgens de gewijzigde opdracht rechtmatig te gunnen aan dezelfde opdrachtnemer zeer gekunsteld en onnodig complex zijn. Alsdan moet het ons inziens mogelijk zijn om de wezenlijk gewijzigde opdracht voor te zetten.

Voor zover een aanbesteding van de gewijzigde opdracht is vereist, zien wij daarbij niet op voorhand een rechtvaardiging om gebruik te mogen maken van andere, lichtere aanbestedingsprocedures dan bij de oorspronke-

77. Zie ook J.M. Hebly en M.B. Klijn, 'Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht', *TBR* 2008/157. Waar de grens van een 'uitbreiding in belangrijke mate' ligt, is echter nog onduidelijk. Zie ook bovengenoemd *Commissie/Duitsland*-arrest, waaruit afgeleid zou kunnen worden dat een overschrijding van de drempelwaarde daarvoor voldoende is (in ieder geval bij een toename van de waarde van de oorspronkelijke opdracht van ten minste 15%). De Wereldbank-richtlijnen lijken een toename van meer dan 15% gelijk te stellen aan een wezenlijke wijziging.

78. Zie in vergelijkbare zin Arrowsmith 2005, par. 6.6 en Hebly/Klijn 2008.

79. Zie bijv. P. Trepte, *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*, Oxford: Oxford University Press 2007, par. 7.59 and 7.66.

80. HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04, (*Commissie/Italië*), *Jur.* 2008, p. I-00619. Overigens is in onze visie niet ondenkbaar dat zelfs bij een duidelijk grensoverschrijdend belang onderhandse gunning is toegestaan. Daarvan zou sprake zijn als de specifieke omstandigheden van het geval een objectieve rechtvaardiging vormen voor het achterwege laten van een voorafgaande transparantieverplichting.

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

lijke opdracht het geval was.[81] Een soepeler regime zou in voorkomende gevallen gelegenheid kunnen geven voor omzeiling van de (hernieuwde) verplichting tot aanbesteding.[82]

Sanctie?

Als een wezenlijk gewijzigde opdracht ten onrechte niet opnieuw wordt aanbesteed, dreigt onverbindendheid van de overeenkomst. Op grond van de rechtbeschermingsrichtlijnen zoals gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG[83] dienen de lidstaten er immers voor te zorgen dat als een Europese aanbesteding ten onrechte achterwege blijft, een overeenkomst door een beroepsinstantie die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst onverbindend wordt verklaard of dat de onverbindendheid van de overeenkomst het gevolg is van een besluit van een dergelijke onafhankelijke beroepsinstantie. Lidstaten kunnen de termijn waarbinnen een derde de onverbindendheid kan vorderen, beperken tot zes maanden.[84]
In Nederland is het bovenstaande begin 2010 geïmplementeerd in nationale wetgeving die het mogelijk maakt de gesloten overeenkomst te vernietigen (d.w.z.: met terugwerkende kracht).[85] Gelet op deze recente wetswijziging moet de praktijk nog uitwijzen hoe vaak deze zware sanctie zal worden gevorderd en toegepast.

Conclusie

De in deze bijdrage besproken huidige wet- en regelgeving biedt met name een kader voor wijzigingen tijdens de aanbestedingsprocedure. In die gevallen wordt de ruimte voor het doorvoeren van wijzigingen beperkt door het nastreven van een eerlijke, transparante aanbesteding: de wijzigingen mogen niet afdoen aan het belang van een rechtvaardige aanbesteding waarbij de beste inschrijver wint.
Dit kader voldoet ons inziens niet voor wijzigingen tijdens de uitvoeringsfase. In de laatste jaren is voor dergelijke wijzigingen een ontwikkeling gaande binnen de jurisprudentie en de wet- en regelgeving. De ruimte voor wijzigingen tijdens de uitvoeringsfase en de mogelijke consequenties van een wezenlijke wijziging zijn momenteel nog niet helder. Bij het bepalen daarvan doet zich een spanning voor tussen enerzijds de beperkte ruimte voor wijzigingen zoals die tijdens de aanbestedingsprocedure bestaat en anderzijds de noodzaak tot aanpassing van een lopende overeenkomst aan gewijzigde omstandigheden. Bij dat laatste spelen de belangen van de opdrachtgever (d.w.z. de aanbestedende dienst) en de opdrachtnemer bij een zo goed en efficiënt mogelijke uitvoering van de overeenkomst. Een te beperkte ruimte voor wijzigingen kan daaraan afbreuk doen. Verder spelen ook de belangen van derden (burgers), met name bij de uitvoering van openbare werken.[86] Zo zijn de burgers uiteindelijk de gebruikers van een openbaar werk, zoals een weg, en zijn zij het ook die hinder ondervinden als de uitvoering vertraagt door een tussentijdse nieuwe aanbesteding voor het gewijzigde werk (en dragen zij de kosten daarvoor via de belastingen).
Om recht te doen aan de verschillen tussen de aanbestedings- en uitvoeringsfase pleiten wij ervoor dat tijdens de uitvoering meer ruimte moet bestaan voor het aanbrengen van wijzigingen. Hiervoor hebben wij een aantal concrete suggesties gedaan die ertoe leiden dat minder snel sprake zal zijn van een wezenlijke wijziging.
Voor zover op enig moment tijdens de uitvoering niettemin sprake is van een wezenlijke wijziging, moet dat ons inziens leiden tot een nieuwe aanbesteding volgens een reguliere aanbestedingsprocedure.[87]

81. Zie het hierboven besproken door de Commissie in het recente Groenboek opgeworpen vraagpunt. Ook de Rekenkamer ziet niets in een dergelijk soepeler regime; zie *Pb.EU* 2011, C-195/01.
82. Zie uitgebreider de reactie van de aanbestedingswerkgroep van Houthoff Buruma op het Groenboek, te raadplegen via <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/consultations/index_en.htm>.
83. *Pb.EU* 2007, L-335/31.
84. Ervan uitgaande dat de aanbestedende dienst de wijziging niet heeft gepubliceerd.
85. Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira). Voor meer informatie over de handhaving van Europees aanbestedingsrecht en het huidige recht daaromtrent in een aantal lidstaten, zie: Steen Treumer en Francois Lichère (red.), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Kopenhagen: DJØF Publishing 2011.
86. Het algemene belang kan overigens ook een rol spelen in het kader van het al dan niet onverbindend verklaren van een (gewijzigde) overeenkomst die ten onrechte niet Europees is aanbesteed; zie Richtlijn 2007/66/EG, art. 2 quinquies lid 3.
87. Dit artikel is gebaseerd op de (Engelstalige) bijdrage van beide auteurs, met als titel 'When Amending Leads to Ending', voor het '1st Interdisciplinary Symposium on Public Procurement' dat plaatsvond in Rome op 6 en 7 juni 2011.