

nemer in geval van gunning het maken van verlies op de vaste prijzen voor de standaard communicatiemiddelen zou proberen goed te maken door te bekribbelen op de uitvoering. Aanbesteder wordt hierin gesterkt door de mededeling van ondernemer dat hij uitgaat van een tijdsinschatting van 20 à 30 minuten per op te leveren vast format.

De klacht is ongegrond.

(mr. C.E.C. Jansen, mr. A.C.M. Fischer-Braams en mr. T.H. Chen)

Het volledige advies is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl

191

Geoorloofde wijziging als gevolg van de Coronacrisis

Commissie van Aanbestedingsexperts
21 augustus 2020, Advies 585
Noot mr. drs. H. Plas

Onvoorzien omstandigheden. Wezenlijke wijziging. Heraanbesteding.

[Aw 2012 art. 2.163e]

Op 25 april 2018 hebben 9 mbo-instellingen - hierna: aanbesteders - een gezamenlijke Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor implementatie en technisch beheer (inclusief innovatie) van een Studenten Informatie Systeem (SIS). Eén van de mbo-instellingen - aanbesteder A - is in het kader van die procedure als bevoegde penvoerder opgetreden namens aanbesteders.

De implementatie van het SIS loopt bij sommige aanbesteders mogelijk vertraging op. Ondernemer meent dat daardoor meteen sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging en dat aanbesteders de opdracht voor een nieuw SIS direct opnieuw (Europees) zouden moeten aanbesteden. Daarvoor is naar de mening van aanbesteders echter geen aanleiding.

Het staat voor de Commissie niet vast dat in het eventuele geval dat de implementatie van het SIS niet uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 is gerealiseerd, dit enkel en alleen haar

oorzaak zal vinden in de impact van een te lange ontwikkelfase van het SIS op de implementatie daarvan, zonder dat daar ook nog de gevolgen van de Coronacrisis als bijkomende oorzaak voor nodig waren. Daarmee komt de Commissie niet toe aan een beoordeling van de aanbestedingsrechtelijke geoorloofdheid van een eventuele overschrijding van de tussen aanbesteders en ondernemer X overeengekomen implementatiedatum vanwege de door ondernemer vermeende impact van een vermeend te lange ontwikkelfase van het SIS op de implementatie daarvan.

De Commissie begrijpt de stellingen van aanbesteders vervolgens aldus dat in het eventuele geval dat de implementatie van het SIS niet uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 bij alle aanbesteders is gerealiseerd, dit haar oorzaak zal vinden in de impact van de (gevolgen van de) maatregelen van de overheid vanwege de Coronacrisis op de implementatie van het SIS. De Commissie is voorshands van oordeel dat aanbesteders deze stelling voldoende aannemelijk hebben gemaakt en dat ondernemer daar onvoldoende tegenover heeft gesteld.

Beschrijving klacht

De overheidsopdracht wordt in strijd met art. 2.163a Aw 2012 wezenlijk gewijzigd wanneer aanbesteders aan ondernemer X toestaan om de in de aanbestedingsstukken vereiste implementatiedatum van 1 september 2020 (ruim) te overschrijden.

Oordeel van de Commissie

De Commissie is van oordeel dat in het eventuele geval dat de implementatie van het SIS niet uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 is gerealiseerd, als gevolg van de impact van de (gevolgen van de) maatregelen van de overheid vanwege de Coronacrisis op de implementatie, aanbesteders de met ondernemer X overeengekomen uiterste implementatiedatum zullen kunnen wijzigen met een beroep op het bepaalde in art. 2.163e, lid 1, Aw 2012. De Commissie overweegt ter onderbouwing van dit oordeel het volgende.

De behoefte van aanbesteders aan een wijziging van de implementatiedatum is in het hiervoor veronderstelde geval het gevolg van de maatregelen van de overheid vanwege de Coronacrisis. De Commissie volgt aanbesteders in hun standpunt dat dit maatregelen zijn die een zorgvuldige

aanbestedende dienst niet kon voorzien. Dit onderdeel sluit tevens aan bij de visie zoals deze blijkt uit een (nog) niet-gepubliceerd en ongedateerd document dat afkomstig is van het Directoraat-generaal Interne Markt, Industrie, Ondernemerschap en Midden- en Kleinbedrijf van de Europese Commissie en dat op 15 juni 2020 is gedeeld in een bijeenkomst van de zogenoemde Commission Expert Group 'Network of First Instance Review Bodies on Public Procurement'. In het document dat is getiteld 'Modification of ongoing public procurement contracts in the context of the COVID-19 crisis' valt onder andere te lezen: 'the COVID-19 crisis being clearly a circumstance that could not be foreseen by contracting authorities'. De Commissie heeft geen enkele aanwijzing dat de eventuele wijziging van de implementatiedatum verandering zal brengen in de algemene aard van de opdracht. De Commissie verwijst in dit verband naar de reactie van aanbesteders op de klacht, waarin valt te lezen dat de aard van de leveren diensten en de kwaliteit van het uiteindelijk door ondernemer X te leveren SIS niet zullen wijzigen als gevolg van de eventuele wijziging van de implementatiedatum.

Aanbesteders hebben in hun reactie op de klacht tevens bevestigd dat een eventuele wijziging van de implementatiedatum niet gepaard zal gaan met een verhoging van de aan ondernemer X te betalen prijs, laat staan dat die verhoging meer dan 50% zal bedragen van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.

Het voorgaande betekent dat de Commissie de klacht ongegrond acht.

Ten overvloede

De Commissie merkt op dat wanneer aanbesteders de met ondernemer X overeengekomen uiterste implementatiedatum wijzigen met een beroep op het bepaalde in art. 2.163e, lid 1, Aw 2012, in het geval als bedoeld hiervoor, zij overeenkomstige toepassing zullen moeten geven aan het bepaalde in art. 2.163d, lid 2 tot en met lid 6, Aw 2012, gelet op het bepaalde in art. 2.163e, lid 2, Aw 2012. Gelet op hetgeen de Commissie heeft overwogen in de alinea hiervoor, zal het bepaalde in art. 2.163d, lid 2 en lid 3, Aw 2012 dan overigens niet relevant zijn.

De Commissie merkt tot slot nog op dat in het genoemde document 'Modification of ongoing public procurement contracts in the context of the COVID-19 crisis' nog valt te lezen: 'In the current

circumstances, it should be presumed that modifications of public contracts on the grounds of Article 72(1) c) may be acceptable, however with the following limit: the modifications must be justified to the extent that they are needed to mitigate the consequences of the crisis in the execution of public contracts and only to that extent.' (mr. C.E.C. Jansen en mr. A.C.M Fischer-Braams)

Het volledige advies is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl

NOOT

Coronacrisis, een onvoorzienbare omstandigheid?!

Inleiding

Dit advies is bij mijn weten de eerste gepubliceerde uitspraak over de wisselwerking tussen de coronacrisis en de onvoorzienbare omstandigheden-regeling uit art. 2.163e Aw 2012. En dat niet alleen: de CvAE reikt ons ook de visie van de Europese Commissie op dit punt aan. Alle reden dus voor een nadere blik. Achtereenvolgens ga ik in op het kader, de onvoorzienbaarheid van de coronacrisis, de situatie waarin zich meerdere vertragende oorzaken voordoen, het waardecriterium uit art. 2.163e, en de reikwijdte van de wijzigingsruimte. Ik concludeer met enkele vuistregels voor de praktijk.

Het kader

Ingevolge art. 2.163a Aw 2012 mag een Europees aanbestede overeenkomst uitsluitend worden gewijzigd wanneer de Aanbestedingswet daarvoor een basis biedt. Art. 2.163e bepaalt dat een overeenkomst kan worden gewijzigd wanneer de wijzigingsbehoefte het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien, zij het dat hierdoor niet de algemene aard van de opdracht mag wijzigen noch een prijsverhoging van meer dan 50% van de oorspronkelijke opdrachtwaarde mag worden doorgevoerd. De wijziging dient op TenderNed te worden gepubliceerd.¹

1 Zie art. 2.163e lid 2 samen met art. 2.163d leden 5 en 6 Aw 2012.

In de praktijk is de beantwoording van de voorzienbaarheidsvraag doorgaans het belangrijkste aandachtspunt. Daarbij dient te worden bedacht dat niet vereist wordt dat de wijzigingsomstandigheden absoluut onvoorzienbaar zijn. In de considerans voor de richtlijn benadrukt de Europese wetgever namelijk dat het dient te gaan om *“omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normaal zorgvuldige voorbereiding van de aanvankelijke gunning door de aanbestedende dienst, rekening houdend met de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de goede praktijk op het betrokken gebied en het feit dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de voor de voorbereiding van de gunning uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan.”*² Maatwerk is dus mogelijk.

Uitbraak coronapandemie = onvoorzienbaar

Vanzelfsprekend was de uitbraak van de coronapandemie onvoorzienbaar voor aanbestedende diensten. Wat zou anders nog wel onvoorzienbaar zijn? Eerder dit jaar heeft de Europese Commissie daarom terecht al meegedeeld dat sommige nieuwe overheidsopdrachten zonder bekendmaking konden worden gegund.³ De redering van de Commissie gaf er destijds al aanleiding toe te veronderstellen dat voor werk in uitvoering de weg richting art. 2.163e open lag.⁴ Een deel van de meerwaarde van dit CvAE-advies ligt in de bevestiging van die veronderstelling. De CvAE verwijst namelijk naar een niet-gepubliceerd visiedocument waarin de Europese Commissie stelt dat: *“the COVID-19 crisis [is] clearly a circumstance that could not be foreseen by contracting authorities”*⁵

Evenzeer vanzelfsprekend lijkt mij de nuancering dat niet iedere tegenslag op het conto van de coronacrisis kan worden geschreven. Zie ik het

goed, dan doet de CvAE dat ook niet.⁶ Mij lijkt de positie van de CvAE eerder als volgt: in zoverre de gevolgen van de coronacrisis resulteren in een vertraging op het kritieke pad, kan een daarmee samenhangende wijziging van een overeengekomen termijn op de voet van art. 2.163e AW2012 in uitgangspunt worden gerechtvaardigd. In uitgangspunt, omdat nog wel voldaan zal moeten worden aan de overige vereisten van art. 2.163e. In dit advies brengt dit voorshands mee dat de CvAE de kant van de MBO'en kiest, zij het dat die keuze ook lijkt te zijn ingegeven op bewijstechnische gronden.⁷

Hoe zit het met meerdere vertragende oorzaken?

Naar eigen zeggen van de MBO'en was de (verwachte) vertraging op het kritieke pad *“vooral”* te wijten aan de gevolgen van de coronacrisis voor de uitvoering van het SIS-project.⁸ Kennelijk spelen er dus ook andere vertragingsoorzaken, zij het dat deze oorzaken volgens de MBO'en geen gevaar vormden voor het halen van de implementatiedatum. De klager staat daar duidelijk anders in.

Dat zich bij complexe projecten meerdere vertragingsoorzaken kunnen voordoen, is op zich niet uitzonderlijk. Daarvan uitgaande, kan van aanbestedende diensten tot op zekere hoogte verwacht worden dat zij hier vooraf rekening mee houden,⁹ bijvoorbeeld via een herzieningsclausule (art. 2.163c Aw 2012).¹⁰ Ligt een rechtmatig beroep op een herzieningsclausule niet voor de hand, dan kan per vertragingsoorzaak worden overwogen een beroep op art. 2.163e te doen. De wet verhin-

2 Overweging 109 uit de considerans voor Richtlijn 2014/24/EU.

3 Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het gebruik van het kader voor overheidsopdrachten in de door de Covid-19-crisis veroorzaakte noodsituatie (2020/C 108 I/01), § 2.3.

4 Zie A. ter Mors en H. Plas, 'Coronacrisis en bouwcontracten', *Bouwrecht* 2020/38, slotalinea van § 1.1.

5 CvAE-advies, alinea 5.12.1.

6 Idem, alinea 5.12. Dit oordeel wordt toegelicht in alinea's 5.12.1 – 5.14.4.

7 Idem, alinea's 4.2.16, 5.6, 5.6.4, 5.8.3 en 5.8.4. Zie verder alinea's 5.6.2, 5.7 en 5.9.

8 Idem, alinea's 4.2.9-4.2.10 en 4.2.17.

9 Vgl. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (Finn Frogne, r.o. 36).

10 Ik ga hier niet in op het wijzigingenmandje uit art. 2.163b. In de context van een dienstenopdracht zoals hier, dient dan wel te worden onderkend dat dit een relatief klein mandje. Dit vanwege de koppeling met het drempelwaardecriterium uit dat artikel. Zie voor mijn eerdere kritiek hierop H. Plas 'Hoofdstuk 2.5 Aw 2012: kansen, kritiek en consequenties', «JAAN» 2018/11 ad 2. Vgl. Hebly & Plas in: T&C Aanbestedingsrecht, commentaar op art. 2.163b, aant. 2.

dert dit niet, maar faciliteert dit juist.¹¹ Doordat voor elke 2.163e-wijziging een transparantieverplichting geldt, kan voorhands worden aangenomen dat ook effectieve rechtsbescherming wordt geboden.

Daarmee is nog geen sprake van een eenvoudige exercitie. Het achterhalen van de verdragingsoorzaken kan namelijk een nogal complexe aangelegenheid zijn. Zo kunnen meerdere oorzaken tot een enkele verdragingsperiode leiden, meerdere kritieke verdragings tot gevolg hebben, elkaar (deels) overlappen, elkaar (deels) veroorzaken, in verschillende risicosferen liggen etc. Een kritieke pad-analyse kan daarom bij tijd en wijlen wel wat weghebben van het ontwarren van een gordiaanse knoop. Die feitelijk-technische complexiteit kan het correct invullen van de aankondiging van een wijziging – en dan met name het deel waarin een toelichtende verklaring dient te worden gegeven – tot een uitdaging maken.

Hoe zit het met waarde?

Ingevolge art. 2.163e lid 1 sub c is het vereist dat *“de verhoging van de prijs niet meer bedraagt dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.”*¹² In het kader van de afwijzing van de klacht overweegt de CvAE in dit verband: *“Aanbesteders hebben in hun reactie op de klacht tevens bevestigd dat een eventuele wijziging van de implementatiedatum niet gepaard zal gaan met een verhoging van de aan ondernemer X te betalen prijs, laat staan dat die verhoging meer dan 50% zal bedragen van de waarde van de oorspronkelijke opdracht [...]”*¹³

De Commissie lijkt er van uit te gaan dat ook wanneer de wijziging geen prijsverhoging meebrengt, dit niet in de weg staat aan een beroep op art. 2.163e. Ongeacht of dit in het advies kan worden ingelezen, lijkt mij die aanname juist. Een andere lezing verdraagt zich mijns inziens

moeizaam met de letter en geest van de bepaling, onder meer om de volgende redenen:

(1) Bij een beroep art. (2.163d en) 2.163e geldt een transparantieverplichting. De inhoud van die aankondiging staat voorgeschreven in Bijlage V Deel G Richtlijn 2014/24/EU. Uit sub 5 daarvan blijkt dat een prijsstijging niet noodzakelijkerwijs aan de orde hoeft te zijn: *“Indien van toepassing, prijsstijging als gevolg van de wijziging”*¹⁴

(1) De Europese Commissie heeft zich in het wetgevingsproces op het standpunt gesteld dat deze rechtvaardigingsgrond een breed toepassingsbereik heeft: *“Not only ‘additional works or services’ are covered but any kind of modification”*¹⁵

(1) Sinds Finn Frogne weten we dat de verkleining van de opdracht ook een wezenlijke wijziging kan opleveren.¹⁶ Het zou een vorm van rechtsongelijkheid opleveren wanneer dan wel het verbod op wezenlijk wijzigen geldt, maar tegelijkertijd de weg naar een belangrijke rechtvaardigingsgrond wordt afgesneden.

Daarom denk ik persoonlijk dat bij een prijsvermindering het beroep op art. 2.163e open zou moeten staan. Vanuit het oogpunt van een consistente toepassing kan het begrip ‘verhoging van de prijs’ uit art. 2.163e lid 1 sub c begrepen worden als ‘verandering van de prijs’. Wellicht dat dit punt meegenomen kan worden in de aankomende herziening van de richtlijnen.

Reikwijdte wijzigingsruimte

De CvAE wijst er tot slot nog op dat volgens de Europese Commissie de wijzigingsruimte begrensd is, in die zin dat *“[...] the modifications must be justified to the extent that they are needed to mitigate the consequences of the crisis in the execution of public contracts and only to that extent.”*¹⁷ Gelet op de ratio van art. 2.163e lijkt me dit in de basis een begrijpelijke beper-

11 Zie art. 2.163e lid 2 samen met art. 2.163d lid 3 Aw 2012.

12 Gelet op art. 3.80d Aw 2012 geldt deze 50%-regel niet voor speciale sectoropdrachten. Evenmin is zij van toepassing op specifieke concessies, zie Hebly & Plas in: Tekst&Commentaar Aanbestedingsrecht, commentaar op art. 2a.53 aant. 3.

13 Advies, alinea 5.12.3.

14 In onder meer de Engelse, Duitse en Franse taalversies staat een vergelijkbare voorwaardelijkheid.

15 Commission non paper 14 juni 2012, Interinstitutional file 2011/0438, doc. 11266/12, p. 21.

16 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (Finn Frogne, r.o. 29).

17 Advies, alinea 5.14.4.

king. Helaas wordt niet duidelijk of de Europese Commissie ook haar visie geeft op de situatie dat wordt vastgesteld dat voor meer dan “*that extent*” is gewijzigd. Kwalificeert dat meerdere dan onverkort als wezenlijke wijziging? Persoonlijk lijkt mij zo’n standpunt te kort door de bocht; zo lijkt het mij in voorkomend geval nog steeds mogelijk een beroep te doen op art. 2.163b. Ook is denkbaar dat dit meerdere wel als wijziging is te kwalificeren, maar niet als wezenlijke wijziging. Wellicht dat publicatie van het visiedocument en/of van richtsnoeren inzake de toepassing van art. 72 Richtlijn 2014/24/EU hier nader licht op kan laten schijnen. De praktijk zou daar mee gediend zijn.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Dit advies bevestigt een sterk vermoeden, en dat is winst. Aanbestede overeenkomsten kunnen in ieder geval via art. 2.163e Aw 2012 worden gewijzigd als de uitvoering wordt beïnvloed door de coronacrisis. Dossievorming is dan wel van belang, omdat verklaard moet kunnen worden waarom de coronacrisis in die mate de uitvoering heeft beïnvloed.

Voor overeenkomsten die nu worden aanbesteed, ligt dat mogelijk anders. Het is waarschijnlijk dat de coronacrisis de komende tijd blijft aanhouden. Het lijkt raadzaam daar rekening mee te houden, bijvoorbeeld door middel van een herzieningsclausule.¹⁸ Vanuit proportionaliteitsoverwegingen valt verder te denken aan het hanteren van langere termijnen dan de minimumtermijnen (Voorschrift 3.6 Gids Proportionaliteit), of het tegen het licht houden van bepalingen inzake risico- en aansprakelijkheidsallocatie (Voorschriften 3.9A en 3.9D).

Voor zowel werk in uitvoering als voor aankomende projecten geldt dus: waar een wil is, is een weg. In beide gevallen kunnen op rechtmatige wijze de gevolgen van de coronacrisis voor dat contract worden ondervangen. Het staat pri-

mair aan aanbestedende diensten die wil ten toon te spreiden.

mr. drs. H. Plas
Wetenschappelijk medewerker bij Infense advocaaten

192

Afwijking van Gids Proportionaliteit

Commissie van Aanbestedingsexperts
27 augustus 2020, Advies 594

Overeenkomst. Uitleg. Schadevergoeding. Nota van Inlichtingen. Transparantiebeginsel.

[Aw 2012 art. 1.10; BW art. 6:74, art. 6:75, art. 6:98, art. 6:101, art. 6:190; Gids Proportionaliteit Voorschrift 3.9A, Voorschrift 3.9B]

Op 20 juni 2020 heeft aanbesteder een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor het leveren van mobiele telefoons en aanverwante dienstverlening. Op 28 juli 2020 heeft ondernemer bij aanbesteder een klacht ingediend. De ondernemer klaagt dat aanbesteder met twee artikelen in de (Concept) Verwerkersovereenkomst ten onrechte afwijkt van Voorschrift 3.9A en 3.9B van de Gids Proportionaliteit.

Beoordeling geschil

In par. 2.7 ('De Verwerkersovereenkomst') van het Beschrijvend Document heeft aanbesteder bepaald dat Bijlage 8 met de Verwerkersovereenkomst 'onlosmakend onderdeel uitmaakt van de Aanbestedingsdocumenten en de eventueel te sluiten Raamovereenkomst'. Anders dan aanbesteder lijkt te veronderstellen, behoort de Verwerkersovereenkomst naar het oordeel van de Commissie dan ook tot de 'voorwaarden van de overeenkomst' in de zin van art. 1.10 lid 2 sub h Aw 2012 en zijn de Voorschriften 3.9A en B Gids Proportionaliteit op de Verwerkersovereenkomst van toepassing.

De Commissie is van oordeel dat aanbesteder heeft voldaan aan Voorschrift 3.9B Gids Proportionaliteit door de inschrijvers in de gelegenheid te stellen suggesties te doen tot aanpassing van de

18 Zo heeft ProRail een regeling opgenomen in Annex XV van haar model Vraagspecificatie Engineering & Construct, zie https://www.prorail.nl/sites/default/files/annexen_ec_0.pdf.