



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Wezenlijke wijziging in het aanbestedingsrecht

Plas, H.

Citation

Plas, H. (2023, September 14). *Wezenlijke wijziging in het aanbestedingsrecht. Bouwrecht monografieën.*

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from:

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

BOUWRECHT MONOGRAFIEËN

Wezenlijke wijziging in het
aanbestedingsrecht

Mr. H. Plas

Wezenlijke wijziging in het aanbestedingsrecht

ISBN 978-94-6315-087-3

NUR 822

© 2023, H. Plas

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de Stichting Instituut voor Bouwrecht te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, micro-film or any other means without written permission from the publisher.

Wezenlijke wijziging in het aanbestedingsrecht

Proefschrift

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens het besluit van het college voor promoties
te verdedigen op donderdag 14 september 2023
klokke 16.15 uur

door

Hendrikus Plas
geboren te Deventer
in 1988

Promotoren

Prof. mr. J.M. Hebly, emeritus

Prof. mr. H.B. Krans

Promotiecommissie

Prof. mr. A.G. Castermans

Prof. mr. T.J. de Graaf

Prof. mr. S. van Gulijk (Tilburg University)

Prof. mr. C.E.C. Jansen (Vrije Universiteit Amsterdam)

Prof. mr. P.H.L.M. Kuypers (Radboud Universiteit)

Voor mijn ouders
Herman en Jennie Plas

Inhoudsopgave

1. Inleiding

1.1	De wijzigingsvrijheid begrensd	1
1.2	De reikwijdte van het Europese aanbestedingsrecht	2
1.3	Waarom dit onderzoek?	4
1.4	Hoofdvraag en deelvragen	6
1.5	Methodiek en afbakening	7

2. De grondslagen voor een wijzigingsbeperking

2.1	Inleiding	9
2.2	Een panoramaschets	9
2.2.1	De beginselen	10
2.2.2	Het systeem	14
2.2.3	Misbruik	15
2.2.4	Een objectiverende toets	17
2.3	<i>Pressetext</i> : rechtsvormend of excessief activistisch?	18
2.3.1	Het relevante kader geschetst	18
2.3.2	Het verwijt geformuleerd	19
2.3.3	Het verwijt weersproken	20
2.4	Wijzigingsbeperking tijdens de uitvoering: een rechtsgevoel	22
2.4.1	Een pril Nederlands begin	22
2.4.2	Een lange Franse traditie	24
2.4.3	Amerikaanse gelijkgestemdheid	27
2.5	De verbintenisrechtelijke zorgplicht in nieuw licht	29
2.5.1	Over de ontwikkeling van de contractvrijheid	30
2.5.2	Rekening houden met de belangen van derden	31
2.5.3	Wezenlijke wijziging als onrechtmatige daad	33
2.5.4	Belang om te waken voor een te vergaande doorwerking	36
2.6	Beantwoording deelvraag 1	37

3. De mogelijkheden tot het introduceren van flexibiliteit

3.1	Inleiding	39
3.2	Algemene opmerkingen	39
3.2.1	Vrijheid: een breed palet aan keuzes	40
3.2.2	Verantwoordelijkheid: de noodzaak tot zorgvuldigheid	41
3.3	Het voorbehoud tot wijziging van de overeengekomen prestaties	44
3.3.1	Wijziging van de overeenkomst?	44
3.3.2	De verhouding tussen de herzieningsclausule en de optie	45
3.3.3	Twee lezingen door een Oxford-komma	48
3.3.4	Typen bedingen	51

3.4	Wijzigingsbedingen in relatie tot de verbintenisrechtelijke bepaalbaarheid en kwalificatie	51
3.4.1	Kader	52
3.4.2	Herzieningsclausules	53
3.4.3	(Herzienings)opties	53
3.4.4	Gescheiden wegen	54
3.5	De herhalingsopdracht	56
3.5.1	Aanbestedingsrechtelijke aandachtspunten	56
3.5.2	Verschillen tussen de herhalingsopdracht en de optie	62
3.5.3	De overeenkomst gekwalificeerd	64
3.5.4	De mogelijkheid gekwalificeerd	67
3.6	Het voorbehoud tot vervanging van een opdrachtnemer	70
3.6.1	Oorsprong	71
3.6.2	Toepassingsbereik	72
3.6.3	De wenselijkheid van een wachtkamerconstructie	74
3.6.4	Het vervangingsbeding nader beschouwd	77
3.6.5	De vervanging van onderaannemers	82
3.7	Beantwoording deelvraag 2	87
4.	Wijzigingen en de aanbestedingsprocedure	
4.1	Inleiding	89
4.2	Wijzigingen tijdens de aanbestedingsprocedure	90
4.2.1	Aard van de wijziging	90
4.2.2	Moment van de wijziging	92
4.2.3	Een alternatief voor twijfelgevallen	93
4.3	De mislukte aanbestedingsprocedure	94
4.3.1	Het verbod	95
4.3.2	De motivering	97
4.4	Wezenlijke wijziging en heraanbesteding	98
4.5	Slotopmerkingen	101
4.6	Beantwoording deelvraag 3	103
5.	Interpretatie van aanbestede overeenkomsten	
5.1	Inleiding	105
5.2	Het Europese kader: helderheid, consistentie en strikte naleving	106
5.2.1	Introductie van een maatman	106
5.2.2	Inhoud van de maatmannorm	109
5.3	Het nationale kader: de uitleg van een aanbestede overeenkomst	111
5.3.1	Van haviltex tot cao-norm: een schets	112
5.3.2	De Nederlandse aanbestedingsrechtelijke praktijk	113
5.3.3	Voorkeur voor toepassing van de geobjectiverde haviltexmaatstaf	116
5.3.4	Geobjectiverde haviltexmaatstaf en onderhandelingen	120
5.3.5	De <i>contra proferentem</i> -regel als mogelijk gezichtspunt	122
5.3.6	Mag een aanbestedende dienst een eigen maatstaf kiezen?	123
5.4	Beantwoording deelvraag 4	125

6.	Wijzigingen tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst	
6.1	Inleiding	127
6.2	Een gesloten stelsel	127
6.3	Toegenomen wijzigingsmogelijkheden	131
6.3.1	Het wijzigingenmandje	133
6.3.2	Noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden en onvoorzienbare omstandigheden	134
6.3.3	Niet-wezenlijke wijzigingen	137
6.3.4	De wijziging van opdrachtnemer	138
6.4	De wijzigingsruimte is niet uitgekristalliseerd	141
6.4.1	Wat is de algemene aard van de opdracht?	141
6.4.2	Wat is de oorspronkelijke waarde?	144
6.4.3	De uitwerking van art. 2.163b Aanbestedingswet	146
6.4.4	Kostenstijging of ook kostenvermindering?	150
6.4.5	Concessie-omissies	151
6.4.6	Voorzienbaarheid en zorgvuldigheid	151
6.4.7	Reikwijdte van art. 2.163f Aanbestedingswet	152
6.4.8	Op welk niveau moet worden getoetst?	155
6.5	Trouw aan het gegeven woord - meestal dan	157
6.5.1	De uitvoeringsautonomie	157
6.5.2	Schikkingsmogelijkheden	161
6.6	Onvoorziene omstandigheden	163
6.6.1	Enkele algemene contouren	164
6.6.2	De voorwaarden vergeleken - art. 6:258 BW	165
6.6.3	De voorwaarden vergeleken - art. 7:753 BW	170
6.6.4	Synthese: geen significante negatieve beïnvloeding	173
6.7	Breid de wijzigingsmogelijkheden uit naar het nationale aanbestedingsrecht	174
6.8	Beantwoording deelvraag 5	177
7.	Transparantie en wijzigingen tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst	
7.1	Inleiding	179
7.2	Argumenten voor een hoge mate van transparantie	180
7.2.1	Belangen van derden	180
7.2.2	Waarde voor de publieke middelen	182
7.2.3	Behoorlijk bestuur en de rol van het maatschappelijk middenveld	183
7.3	Argumenten tegen een hoge mate van transparantie	185
7.3.1	Mededinging wordt geschaad	185
7.3.2	Bescherming van commercieel gevoelige informatie	186
7.3.3	Administratieve lasten	190
7.4	Transparantie inzake wijzigingen naar huidig recht	191
7.4.1	Verplichte aankondiging van een wijziging	191
7.4.2	Aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf	194

7.5	Ontwikkelingen op het gebied van transparantieverplichtingen	198
7.6	Beantwoording deelvraag 6	202
8.	Gevolgen van een wezenlijke wijziging tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst	
8.1	Inleiding	205
8.2	De verplichting tot aanbesteding	205
8.2.1	Een theoretisch logisch uitgangspunt	205
8.2.2	Welke aanbestedingsprocedure?	207
8.2.3	Mogelijke complicaties	209
8.2.4	De aanbestedingsverplichting genuanceerd	212
8.3	Het voortijdig einde van de overeenkomst	212
8.3.1	De Unierechtelijke verplichting tot beëindiging	213
8.3.2	De mogelijkheid tot beëindiging	216
8.3.3	Verdere aandachtspunten bij beëindiging	222
8.3.4	De mogelijkheid tot vernietiging	224
8.4	Reflecties over boetes en schadevergoeding	234
8.4.1	Over boetes en de onwenselijkheid van het doorberekenen daarvan	234
8.4.2	Bewijsperikelen bij een onrechtmatige daadsactie	237
8.4.3	Schadevergoeding voor de opdrachtnemer?	241
8.5	Beantwoording deelvraag 7	242
9.	Conclusie en slotbeschouwing	
	Summary - Material amendments to public contracts in public procurement law	249
	Bronnenlijst	253
	Trefwoordenregister	317
	Curriculum vitae	321

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 DE WIJZIGINGSVRIJHEID BEGRENSD

Op grond van de contractvrijheid kunnen partijen in principe naar eigen inzicht onderhandelen over de totstandkoming van een overeenkomst. Ingevolge diezelfde vrijheid kunnen zij een overeenkomst vervolgens wijzigen.¹ Die wijziging kan vele vormen aannemen, zoals: het aanpassen van voorwaarden, meer- of minderwerk, verlengingen, of overeenstemming over contractoverneming. Verder kunnen partijen bepalen hoe wijzigingen worden overeengekomen, onder meer via een meerwerkprocedure of een *no oral modification-clausule*.² Dit alles is hun goed recht: zij hebben een overeenkomst met elkaar gesloten, zodat zij ook zeggenschap hebben over de wijzigingen.³ Als partijen er samen niet uitkomen, kan nakoming van een overeengekomen wijzigingsbeding worden gevorderd. Voor situaties waarin de balans uitslaat, beschikt een partij daarnaast mogelijk over instrumenten om de overeenkomst te laten wijzigen, bijvoorbeeld op grond van het bestaan van een wilsgebrek, de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, onvoorziene omstandigheden of kostenverhogende omstandigheden.⁴

Anders is het wanneer op die overeenkomst de regels van het Europese aanbestedingsrecht toepasselijk zijn. Zowel bij de totstandkoming als bij de uitvoering van de overeenkomst geldt dan het verbod om wezenlijk te wijzigen. Van een wezenlijke wijziging is in ieder geval sprake als gunning aan een andere inschrijver mogelijk zou zijn geweest of als de kring van geïnteresseerde partijen is veranderd.⁵ Niet partijen of het BW, maar het aanbestedingsrecht bepaalt de grenzen van de wijzigingsvrijheid. Art. 2.163a Aanbestedingswet brengt dit voor wijzigingen tij-

-
- 1 Basedow 2008, p. 907; Hoepffner 2009, p. 25; Reurich 2005, o.a. p. 1, 3 en 56. Stijns & Swaenepoel 2010, p. 7 beschouwen de wijziging vanuit de wilsautonomie.
 - 2 Zie over die laatste o.a. Van Wechem & Schelhaas 2017, p. 47-52 en Schelhaas 2019, p. 32-40. Vgl. Houben 2020.
 - 3 Zie vanuit internationaal perspectief bijvoorbeeld art. 1:107, 2:106 en 2:208 Principles European Contract Law; art. 2.1.11 en 3.1.2 UNIDROIT principles of international commercial contracts 2016; art. II-1:103 lid 3, II-4:208 en (inzake eenzijdige wijzigingen) IV. C. - 2:109 Draft Common Frame of Reference; art. 19 en 29 Weens Koopverdrag. Art. 1:111 Principles of European Law on Service Contracts bevat een uitgebreidere regeling over wijzigingen.
 - 4 Aldus art. 3:54, 6:230 lid 2, 6:248 lid 2, 6:258-260 en 7:753 BW.
 - 5 Zie bijv. HJEU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*, r.o. 74) en art. 2.163g leden 2 en 3 Aanbestedingswet.

dens de uitvoering expliciet tot uitdrukking: een wijziging mag uitsluitend plaatsvinden in de gevallen bedoeld in hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet.

Aanbestedingsrechtelijk is vereist dat tussen totstandkoming en uitvoering van de overeenkomst continuïteit bestaat. Aangenomen wordt dat een wezenlijke wijziging daar inbreuk op maakt doordat derden de kans wordt ontnomen om die wijziging of gewijzigde overeenkomst uit te voeren. Daarom leidt een wezenlijke wijziging in beginsel tot de verplichting een nieuwe aanbesteding te organiseren. Die verplichting kan er mede toe leiden dat een overeenkomst voortijdig moet worden beëindigd, geleden schade moet worden vergoed, en/of dat de accountant geen goedkeurende verklaring op de jaarrekening afgeeft.⁶ Doordat een wezenlijke wijziging als ernstige inbreuk op het aanbestedingsrecht wordt gezien, kan een aanbestedende dienst ook door de minister worden aangesproken uit hoofde van de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (Wet NERpe).⁷ Vanwege het brede toepassingsbereik van het Europese aanbestedingsrecht, heeft het leerstuk van de wezenlijke wijziging aldus significante invloed op de totstandkoming en uitvoering van aanbestede overeenkomsten.

1.2 DE REIKWIJDTE VAN HET EUROPESE AANBESTEDINGSRECHT

In de Aanbestedingswet is gedetailleerd geregeld of en hoe Europees moet worden aanbesteed.⁸ Of en welke verplichting bestaat, hangt in wezen samen met het antwoord op enkele vragen. Ten eerste of de overeenkomst is aan te merken als overheidsopdracht, speciale sectoropdracht of concessieopdracht. Zo ja, dan dient te worden beoordeeld of de geraamde contractwaarde het drempelbedrag voor Europees aanbesteden overstijgt. Als dit het geval is, dan geldt een verplichting Europees aan te besteden, tenzij een uitzondering van toepassing is.⁹

De kwalificatie als overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht of concessieopdracht veronderstelt de betrokkenheid van een aanbestedende dienst. Als zodanig zijn hoofdzakelijk aan te merken klassieke overheden, semioverheden, overheidsbedrijven en samenwerkingsverbanden daartussen. Vanwege de reikwijdte van het opdracht-begrip valt verder een fors deel van het economisch handelen van aanbestedende diensten potentieel onder het bereik van het Europese aanbestedingsrecht. Dit varieert van bouw, ICT, (openbaar) vervoer, defensie, en advies-

6 Vgl. voor dit laatste art. 213 Gemeentewet en art. 217 Provinciewet.

7 Zie met name art. 2, 5 en 7 Wet NERpe en het commentaar daarbij in Hebly & Plas 2021.

8 Deze regels strekken tot implementatie van Richtlijn 2014/23/EU, Richtlijn 2014/24/EU, en Richtlijn 2014/25/EU.

9 Zie met name art. 2.24 - 2.24c en § 2.2.1.7 Aanbestedingswet.

diensten, tot schoolboeken, groenonderhoud, facilitaire dienstverlening en kantoorbenodigdheden.¹⁰

De drempelbedragen worden periodiek door de Europese Commissie vastgesteld, en verschillen per type aanbestedende dienst en overeenkomst.¹¹ De huidige drempelwaarden gelden voor de periode 2022 - 2023. Voor werkenopdrachten en concessies is die waarde bijvoorbeeld gesteld op € 5.382.000 excl. BTW, op € 140.000 excl. BTW voor leveringen en diensten ten behoeve van de centrale overheid, en op € 215.000 excl. BTW wanneer die leveringen en diensten bestemd zijn voor decentrale overheden.

Als geen Europese aanbestedingsprocedure hoeft te worden gevolgd, kan een aanbestedende dienst alsnog uit hoofde van de vrijverkeersbepalingen uit het VWEU gehouden zijn tot een zodanige vorm van transparante concurrentiestelling dat ook ondernemers uit andere lidstaten een eerlijke kans wordt geboden.¹² Ook zonder Unierechtelijke dimensie dient een gelijk speelveld te worden gecreëerd waarbij ondernemers via een open en transparant proces een kans krijgen en willekeur wordt voorkomen.¹³ In zulke gevallen blijven de centrale beginselen van gelijke behandeling en transparantie dus een belangrijke rol spelen.¹⁴

Zodoende is het niet verwonderlijk dat Nederlandse aanbestedende diensten jaarlijks tientallen miljarden euro's via aanbestedingen besteden. In 2016 werd het Nederlandse inkoopvolume via Europese aanbestedingen geraamd op € 26,4 miljard tegen een totale besteding via overheidsaanbestedingen van € 73,3 miljard.¹⁵ Volgens de OESO vertegenwoordigden aanbestedingen in 2017 circa 19,5% van

10 Veel openbaar vervoerconcessies vallen onder de werking van verordening 1370/2007/EG (zoals gewijzigd via verordening 2016/2338/EU), de Wet Personenvervoer 2000 en het Besluit Personenvervoer 2000. Defensieopdrachten vallen onder de reikwijdte van Richtlijn 2009/81/EG, zoals geïmplementeerd in de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied.

11 Zie voor alle drempelwaarden verordeningen 2021/1950/EU, 2021/1951/EU, 2021/1952/EU, en 2021/1953/EU.

12 Gesproken wordt dan van duidelijk grensoverschrijdend belang (DGOB), zie bijv. art. 1.7 aanhef en onder b Aanbestedingswet. Bij aanwezigheid van een DGOB vereist van de aanbestedende dienst een passende mate van openbaarheid, die vaak de vorm aanneemt van een aanbesteding. De aan- of afwezigheid van een DGOB heeft tot veel jurisprudentie geleid. Zie ter illustratie HJEG 13 september 2007, C-260/04 (*UNIRE*, r.o. 25 - 34), HJEU 21 maart 2019, C-702/17 (*Unareti*) en HJEU 4 april 2019, C-699/17 (*Allianz*, r.o. 61). Zie vanuit de recente Nederlandse praktijk de JCDecaux-zaken die onder meer hebben geleid tot HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720 en ECLI:NL:HR:2018:722.

13 MvT, TK 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 14.

14 Vgl. voor de verkoop van een onroerende zaak HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*, r.o. 3.1.4 - 3.1.6).

15 Significant 2016, p. 1.

het Nederlandse BNP.¹⁶ EU-breed gaat de Europese Commissie voor datzelfde peiljaar uit van ruim € 545 miljard aan Europees aanbestede overeenkomsten.¹⁷ Het maatschappelijk-economisch belang gemoeid met aanbestedingen is dus groot. Dit belang zal naar verwachting eerder stijgen dan afnemen. Dit vindt bevestiging in het feit dat het totale Nederlandse publieke inkoopvolume over 2019 geschat wordt op € 86,6 miljard.¹⁸

1.3 WAAROM DIT ONDERZOEK?

Aanbestede overeenkomsten worden vaak gewijzigd om tot een beter eindresultaat te komen of om moeilijkheden op te lossen. Een te grote terughoudendheid om te wijzigen, kan de uitvoering bemoeilijken en tot een suboptimale uitkomst leiden. De beoogde projectdoelstellingen worden dan niet (volledig) bereikt. Daarentegen kunnen derden door een te assertieve wijzigingspraktijk worden benadeeld. Zij missen dan namelijk een kans op het uitvoeren van de betreffende wijziging of overeenkomst, waardoor zij in hun vermogensrechtelijke belangen worden geschaad. Terecht concludeerden Hebly en Heijnsbroek enkele jaren geleden daarom al dat een balans dient te worden gevonden tussen de wederzijdse belangen.¹⁹

Echter, juridisch gezien is dat allesbehalve een sinecure. Het leerstuk van de wezenlijke wijziging wordt als “*bijzonder complex*” en controversieel ervaren, met name waar het gaat om de toepassing ervan tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst.²⁰ Daarbij bestaat de indruk van een restrictief kader. Zo noemde Stolwijk de wezenlijke wijziging eens een voodoo-concept waardoor opdrachtgevers op eieren lopen.²¹ Volgens Fijneman kan haast geen letter meer gewijzigd worden.²² De kritiek richt zich in het bijzonder op *Finn Frogne*, een arrest waarin het HJEU het verbod wezenlijk te wijzigen onverkort toepast op een vaststellingsovereenkomst bedoeld om uitvoeringsproblemen op te lossen.²³ Naar aanleiding hiervan verzucht Van Romburgh dat de contractvrijheid onder vuur ligt.²⁴ Bax besluit dat het aanbestedingsrecht niet tot gevolg zou mogen hebben dat afstand moet worden genomen van de contractvrijheid en van het leerstuk van onvoorziene omstandigheden.²⁵ Sanchez-Graells en De Koninck verwijten het HJEU in

16 OESO 2019.

17 Europese Commissie 2019, p. 1. De totale publieke uitgaven worden door de Commissie geraamd op circa € 2 biljoen.

18 Monitor aanbestedingen 2017 - 2019, p. 6; TK 2020-2021, 34252, nr. 22, p. 1.

19 Hebly en Heijnsbroek 2012, conclusie.

20 Treumer 2014, p. 282. Groenboek 2011, p. 27. Vgl. Brown 2017 onder ‘comments’. Citaat uit Groenboek 2011, p. 27.

21 Koenen 2017.

22 *Cobouw* 6 november 2019.

23 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*).

24 Van Romburgh 2020, § 3.

25 Bax 2018, slotzin.

de kuil te zijn gevallen van de illusie dat perfecte overeenkomsten mogelijk zijn. Volgens hen houdt het Hof onvoldoende rekening met de economische realiteit.²⁶

Deze indruk vindt weerklank in de nationale jurisprudentie. Zo is overwogen dat Europees aanbestede overeenkomsten zich naar hun aard niet lenen voor een succesvol beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.²⁷ Het honoreren van een dergelijk beroep zou zelfs indruisen tegen de beginselen van het aanbestedingsrecht.²⁸ Ook zou de aard van een Europees aanbestede overeenkomst de mogelijkheden van een beroep op onvoorziene omstandigheden aanzienlijk beperken, net als de mogelijkheid om via wederzijdse concessies tot een vergelijk te komen.²⁹ Ook zou het aanbestedende diensten slechts in beperkte mate zijn toegestaan om ten gunste van de opdrachtnemer af te wijken van de contractuele uitgangspunten.³⁰

Die indruk kan echter niet zomaar worden gegrond op het verbod wezenlijk te wijzigen noch op de tekst van de aanbestedingsrechtelijke EU-richtlijnen. Die richtlijnen stellen een kader, maar verduidelijken niet of dit kader kleiner is of groter dan de ruimte die het nationale recht biedt. Daar ligt een rol voor de lidstaten. Problematisch is echter dat de Nederlandse wetgever zich grotendeels in stilzwijgen hult. Hij beperkt zich er feitelijk toe te vermelden dat de verplichting te voorzien in een mogelijkheid een wezenlijk gewijzigde overeenkomst voortijdig te beëindigen, niet hoeft te worden geïmplementeerd, waarbij hij stelt dat het BW al in de mogelijkheid tot beëindiging voorziet.³¹ Of hij daarmee het oog heeft op ontbinding of opzegging, laat hij in het midden. Evenzeer blijft de vraag onbesproken hoe het leerstuk van de wezenlijke wijziging zich verder verhoudt tot het verbintenissenrecht.

Daarmee bestaat de nodige ruis omtrent het bestaan, de inhoud, en de werking van dit leerstuk. Daar komt bij dat het in Nederland tot op heden ontbreekt aan een overkoepelende studie naar dit leerstuk. Dat geldt voor zowel de aanbestedingsrechtelijke aspecten van dit leerstuk als de interactie ervan met het algemene

26 Sanchez-Graells & De Koninck 2018, hoofdstuk 2, commentaar op HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*). Vgl. Sanchez-Graells, 2016. Vgl. genuanceerder Raimundo 2017, § II.

27 Rb. Rotterdam 8 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10202 (r.o. 4.10) en Rb. Overijssel 8 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5364 (r.o. 4.8).

28 Rb. Overijssel 8 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5364 (r.o. 4.8).

29 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5925 (r.o. 4.31). Vgl. Rb. Rotterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:833 (r.o. 4.25) en Rb. Rotterdam 23 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10878. Zie ten aanzien van art. 2.163e Aanbestedingswet ook Rasenberg 2017 § 2 ad 4.

30 Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260 (r.o. 28).

31 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 96, 131, 155 en 159.

verbintenissenrecht.³² Dit terwijl in dat laatstgenoemde rechtsgebied de relatie tussen contractpartijen en derden al geruime tijd in de aandacht staat.³³ Voor zover bekend, is daarbij tot op heden weinig aandacht besteed aan de rol van het leerstuk van de wezenlijke wijziging.

Zodoende heeft dit onderzoek zowel maatschappelijke als wetenschappelijke relevantie. Beoogd wordt om het leerstuk van de wezenlijke wijziging nader te duiden, maar ook om dit te verduidelijken en om leemtes op te vullen. Als zodanig wordt een bijdrage geleverd aan de verdere doordenking en perspectiefvorming van het leerstuk van de wezenlijke wijziging in zijn diverse facetten.

1.4 HOOFDVRAAG EN DEELVRAGEN

In dit onderzoek staat de volgende hoofdvraag centraal: *in hoeverre perkt het leerstuk van de wezenlijke wijziging de wijzigingsvrijheid van aanbestedende diensten bij Europees aanbestede overeenkomsten in?*

Natuurlijk kan het definitieve antwoord op die vraag slechts in het concrete geval worden gegeven. In die zin is het antwoord ook sterk verweven met de individuele karakteristieken van elke zaak. Dit laat onverlet dat op een wat hoger abstractieniveau wel degelijk naar concrete(re) antwoorden kan worden gezocht. Dit wordt gedaan aan de hand van de volgende deelvragen:

1. Hoe wordt het verbod om wezenlijk te wijzigen gerechtvaardigd?
2. Leidt het verbod om wezenlijk te wijzigen ertoe dat aanbestedende diensten ernstig worden beperkt in hun mogelijkheid om flexibiliteit te introduceren in een overeenkomst?
3. Wat is de rol van het verbod om wezenlijk te wijzigen tijdens aanbestedingsprocedures?
4. Hoe verhoudt het verbod om wezenlijk te wijzigen zich tot de te hanteren uitlegmaatstaf?
5. Welke ruimte bestaat er aanbestedingsrechtelijk om een aanbestede overeenkomst tijdens de uitvoering te wijzigen?
6. Hoe kan een derde effectief zijn rechten uitoefenen met betrekking tot wijzigingen tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst, aangezien veel wijzigingen zich aan het zicht van derden onttrekken?
7. Wat zijn de gevolgen van een wezenlijke wijziging tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst?

32 Zie o.a. Chao-Duivis 2016, § 3.2.2 slot. Vgl. Hebly en Heijnsbroek 2012, inleiding en conclusie.

33 Zie bijvoorbeeld Du Perron 1999, Van Laarhoven 2006, Van Dongen 2016, en de jurisprudentie van de Hoge Raad die in § 2.5 nader aan de orde komt.

Deze deelvragen worden in hoofdstukken 2 - 8 behandeld. Deelvraag 1 wordt in hoofdstuk 2 behandeld, deelvraag 2 in hoofdstuk 3, enzovoorts. Bij de volgorde van behandeling is er rekening mee gehouden dat het leerstuk van de wezenlijke wijziging in alle stadia van een overeenkomst een rol speelt. Die rol wordt daarmee als het ware van begin tot einde gevolgd. In hoofdstuk 9 wordt tot slot de hoofdvraag beantwoord en wordt met enkele beschouwingen afgesloten.

1.5 METHODIEK EN AFBAKENING

Start- en eindpunt bij dit klassiek-juridische onderzoek is dat de wezenlijke wijziging een aanbestedingsrechtelijk leerstuk is. Noodzakelijkerwijs ligt op dit rechtsgebied dus het zwaartepunt. Echter, een zuiver aanbestedingsrechtelijk perspectief zou ertoe leiden dat een belangrijk aspect wordt genegeerd. Feit is nu eenmaal dat dit leerstuk de werking van verbintenisrechtelijke figuren inkleurt. Die interactie wordt zonder pretentie van volledigheid verkend. De thematiek brengt namelijk mee dat haast het hele aanbestedingsrecht en verbintenissenrecht bestudeerd kan worden. Dat zou een onhaalbare opgave betekenen en daarnaast het zicht op hoofdlijnen vertroebelen. Hierom wordt ook nauwelijks ingegaan op de ontwikkeling van het beginsel van de contractvrijheid of de grondslagen van het aanbestedingsrecht. Beide worden als gegeven verondersteld.

De focus ligt op Europees aanbestede overeenkomsten. De rol van het leerstuk van de wezenlijke wijziging bij private aanbestedingen wordt vanwege de geheel eigen karakteristieken buiten beschouwing gelaten.³⁴ Evenmin wordt aandacht geschonken aan bestuursrechtelijke elementen, hoewel het verbod om wezenlijk te wijzigen ook daar zijn opmars maakt, bijvoorbeeld bij de verlening van schaarse rechten.³⁵ Iets vergelijkbaars geldt voor het faillissementsrecht of het ondernemingsrecht, bijvoorbeeld waar het gaat om een interactie tussen de wezenlijke wijziging en een herstructurering. Al deze interacties verdienen afzonderlijk (promotie)onderzoek.

Bij de behandeling van de deelvragen wordt inspiratie geput uit het Franse recht. Die keuze is ingegeven door de lange aanbestedingsrechtelijke traditie die dit land rijk is, ook op het punt van een verbod om wezenlijk te wijzigen. Het Franse recht wordt echter niet als model gepresenteerd waar de Nederlandse praktijk zich zonder meer naar zou moeten spiegelen. In tegenstelling tot Nederland, maakt het aanbestedingsrecht in Frankrijk onderdeel uit van het bestuursrecht. Daarnaast

34 Zie bijv. Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028; Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2242; en Rb. Noord-Nederland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:568. Zie over de potentiële rol van de wezenlijke wijziging in dit verband nader Plas 2022.

35 Drahmman 2015, p. 23, 187, 205, 267, 292, § 4.3.4, en § 8.3.4. Vgl. ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3988 en ECLI:NL:RVS:2014:3996, ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (r.o. 8) en ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611 (r.o. 5).

heeft de combinatie van een ruime ervaring en eigen rechtstraditie tot een omvangrijk juridisch kader geleid. Vanwege de omvang en complexiteit van het aanbestedingsrecht in het algemeen en het leerstuk van de wezenlijke wijziging in het bijzonder, alsook de interactie met andere rechtsgebieden, zou een gedetailleerde bespreking van het Franse juridische kader al snel (te) veel tijd en ruimte in beslag nemen. Daarbij komt dat een dergelijke omschrijving niet noodzakelijk is voor het onderzoek. Daarom wordt dit kader niet integraal behandeld en is de rechtsvergelijking niet te veel in afzonderlijke paragrafen behandeld.

Hoewel vele bronnen worden aangehaald, is niet naar volledigheid gestreefd. Dat is gelet op de veelheid aan relevante jurisprudentie en literatuur niet realistisch. Wel wordt relatief veel aandacht besteed aan lagere jurisprudentie. Verhoudingsgewijs bereiken maar weinig aanbestedingsrechtelijke zaken de Hoge Raad, terwijl jaarlijks honderden uitspraken en adviezen door andere colleges worden gepubliceerd. Daarom levert lagere jurisprudentie een betrouwbaarder beeld op. Vrij naar Krans kan van rechtsvorming van onderaf worden gesproken.³⁶ Overigens laat dit onverlet dat het leerstuk van de wezenlijke wijziging nog verre van uitgekristalliseerd is. Mede hierom wordt regelmatig naar binnen- en buitenlandse literatuur verwezen. Het bronnenonderzoek is afgesloten op 1 maart 2022. Latere publicaties en uitspraken zijn slechts incidenteel meegenomen.

Doordat het leerstuk van de wezenlijke wijziging in de diverse stadia van een overeenkomst een rol speelt, staat ieder hoofdstuk in zekere zin op zichzelf en kan het als zodanig gelezen worden. Wel bouwt ieder hoofdstuk voort op de vorige. Met dat gegeven dient rekening te worden gehouden. Mede hierom is het aantal interne verwijzingen beperkt gehouden.

36 Krans 2017.

De grondslagen voor een wijzigingsbeperking

2.1 INLEIDING

De Richtlijnen¹ verbieden een wezenlijke wijziging, zowel tijdens de aanbesteding² als de uitvoering³ van een overheidsopdracht. Dat die regels gesteld worden, veronderstelt een rechtsgevoel op grond waarvan dit verbod gerechtvaardigd wordt geacht. Daarom wordt in dit hoofdstuk de volgende deelvraag bestudeerd: hoe wordt het verbod om wezenlijk te wijzigen gerechtvaardigd?

In § 2.2 wordt aan de hand van Europese bronnen het panorama geschetst. In-dachtig de controverse die kleeft aan het aannemen van een wijzigingsbeperking tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst, wordt in § 2.3 de focus gelegd op de vraag of *Presstext* van activistische rechtspraak getuigt. Vervolgens wordt in § 2.4 toegelicht dat het verbod wezenlijk te wijzigen eerder getuigt van een breder gedragen rechtsgevoel dan van een Brussels dictaat. In § 2.5 wordt besproken dat het verbod om wezenlijk te wijzigen als onrechtmatige daad kan worden gezien. In § 2.6 wordt deelvraag 1 beantwoord.

2.2 EEN PANORAMASCHETS

Aanbestedingen gelden als belangrijk instrument voor de ontwikkeling van de interne markt,⁴ gericht op het voorkomen van favoritisme en willekeur en het bevor-

1 Tenzij anders aangegeven, ziet dit begrip hierna op Richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU tezamen.

2 Ter zake concessies art. 31 lid 5, 37 leden 4 en 6, 41 lid 3 Richtlijn 2014/23/EU. Voor klassieke sectoren art. 29 lid 5, 30 leden 6 en 7, 31 lid 4, 32 lid 2 sub b en lid 3 sub b, 47 lid 3 sub b Richtlijn 2014/24/EU. Aangaande speciale sectoren art. 48 leden 6 en 7, 49 lid 4, 50 sub a, 66 lid 3 sub b Richtlijn 2014/25/EU.

3 Ter zake concessies art. 28 lid 1 slot, 43, 44 sub a Richtlijn 2014/23/EU. Voor klassieke sectoren art. 33 lid 2, 72, 73 sub a Richtlijn 2014/24/EU. Aangaande speciale sectoren art. 50 sub e en f, 89, 90 sub a Richtlijn 2014/25/EU.

4 Wat één van de fundamentele pijlers onder de verdragen is, zie art. 3 lid 3 VEU en art. 26 VWEU.

deren van daadwerkelijke mededinging.⁵ Iedere potentieel geïnteresseerde ondernemer verdient een gelijke kans op het contract.⁶ Aanbestedende diensten dienen daartoe het gelijke speelveld te waarborgen, en de contractuele voorwaarden vorm te geven in transparante en proportionele criteria. Gaandeweg is de nodige aandacht besteed aan de vraag hoe een wijzigingsbeperking binnen dat kader past. In Europese bronnen wordt die beperking op drie samenhangende manieren gerechtvaardigd: de beginselen (§ 2.2.1), het systeem (§ 2.2.2), en het voorkomen van misbruik (§ 2.2.3). Hieruit vloeit voort dat niet de wil van partijen centraal staat, maar een objectiverende toets (§ 2.2.4).

2.2.1 De beginselen

Vaak worden vier beginselen van het Europese aanbestedingsrecht onderscheiden: gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit.⁷ Het nalieven van die beginselen waarborgt dat (potentiële) inschrijvers dezelfde kansen hebben.⁸ Ze zijn geen doel op zich, maar een middel om het vrij verkeer te bevorderen en mededinging tot stand te brengen.⁹

Willen deze beginselen nageleefd worden, dan dienen het voorwerp van de opdracht en de gunningscriteria nauwkeurig te worden omschreven,¹⁰ bekendgemaakt, en nageleefd.¹¹ Zo krijgen ondernemers objectief de mogelijkheid zich een concreet idee te vormen van de werkzaamheden en de plaats van uitvoering, om

5 Er is al veel gedebatteerd over wat al dan niet de doelen van het Europese aanbestedingsrecht zijn, zie bijvoorbeeld de bijdragen in Swedish Competition Authority 2012.

6 Vgl. Jansen 2012, p. 50.

7 Zie o.a. art. 18 Richtlijn 2014/24/EU, dat overigens aanleiding geeft voor de gedachte dat mededinging als zodanig als beginsel kan worden gezien. Voor wat betreft het bestaan van een objectiviteitsbeginsel, zie o.a. conclusie AG Timmerman 21 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:667 (alinea 3.23, met voetnoten 35 en 36).

8 Bijv. HJEG 25 april 1996, C-87/94 (*Commissie/België*, r.o. 54); HJEG 12 december 2002, C-470/99 (*Universale Bau*, r.o. 96 - 100); HJEU 24 mei 2016, C-396/14 (*MT Højgaard A/S*, r.o. 38); HJEU 14 september 2017, C-223/16 (*Casertana*, r.o. 40).

9 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 31 en 32); HJEU 10 oktober 2013, C-336/12 (*Manova*, r.o. 28 en 29).

10 Bijv. HJEG 19 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*, r.o. 110 en 111); HJEG 14 oktober 2004, C-340/02 (*Commissie/Frankrijk*, r.o. 34 - 36), HJEU 10 december 2009, C-299/08 (*Commissie/Frankrijk*, r.o. 40 - 44); HJEU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (*Costa & Cifone*, r.o. 72 en 73); HJEU 10 mei 2012, C-368/10 (*Koffiebonen*, r.o. 56); HJEU 14 juli 2016, C-6/15 (*TNS Dimarso*, r.o. 22 en 23); HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 36).

11 Bijv. HJEG 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*, r.o. 47 - 52); HJEG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*, r.o. 34 - 45); HJEU 14 juli 2016, C-6/15 (*TNS Dimarso*); HJEU 13 juli 2017, C-35/17 (*Saferoad*, r.o. 21).

op grond daarvan een offerte te kunnen opstellen.¹² Een aanbestedende dienst mag zich niet aan deze verplichtingen onttrekken met het argument dat hij op de zorgvuldigheid en deskundigheid van de markt vertrouwt, omdat dit vertrouwen veronderstelt dat de aanbestedende dienst zijn eisen duidelijk heeft geformuleerd.¹³ Het naleven van die beginselen brengt ook mee dat de belangrijkste voorwaarden gedurende de aanbestedingsprocedure op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd en niet wezenlijk mogen worden gewijzigd.¹⁴ Dit geldt in het bijzonder voor openbare en niet-openbare aanbestedingsprocedures. In beide procedures verzetten de beginselen zich namelijk tegen onderhandelingen “*over fundamentele punten waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over de prijzen*”.¹⁵ Uitzonderingen daargelaten, is het evenmin toegestaan dat inschrijvingen worden aangepast en/of fundamentele identiteitswijzigingen aan de zijde van de inschrijver worden toegestaan.¹⁶ Anders ligt het risico op favoritisme op de loer.¹⁷

Dat ligt anders bij de concurrentiegerichtte dialoog, de mededingingsprocedure met onderhandeling en de procedure voor het innovatiepartnerschap. Deze pro-

-
- 12 HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 55 - 60 en 64, citaat uit r.o. 58).
 - 13 HJEU 10 mei 2012, C-368/10 (*Koffiebonen*, r.o. 66).
 - 14 Zie o.a. HJEU 18 november 2010, C-226/09 (*Commissie/Ierland*, r.o. 59 en 60); HJEU 10 mei 2012, C-368/10 (*Koffiebonen*, r.o. 55); HJEU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*, r.o. 69 - 77), en HJEU 21 april 2021, T-525/19 (*Intering*, r.o. 56 - 58). Zie verder art. 2.73 Aanbestedingswet en overweging 81 considerans Richtlijn 2014/24/EU.
 - 15 Zie reeds: verklaring ad artikel 5 lid 4 van Richtlijn 71/305/EEG, PbEG 21 juli 1989 (L 210/22); verklaring ad artikel 15 Richtlijn 90/531/EEG, PbEG 29 oktober 1990 (L 297/48); verklaring ad artikel 7 lid 4 Richtlijn 93/37/EEG en verklaring ad artikel 20 Richtlijn 93/38/EEG, PbEG 30 april 1994 (L 111/114). Vgl. HJEU 11 mei 2017, C-131/16 (*Archus*, r.o. 27 - 28). Dit ligt genuanceerd anders bij aanbestedingen voor OV-concessies, zie overweging 22 considerans en het slot van art. 5 lid 3 Verordening 1370/2007/EG.
 - 16 HJEU 28 februari 2018, C-523/16 en C-536/16 (*MA.T.I.SUD*, r.o. 43 - 65); HJEU 14 september 2017, C-223/16 (*Casertana*, r.o. 34 - 42); HJEU 11 mei 2017, C-131/16 (*Archus*, r.o. 29 - 33); HJEU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*, r.o. 72); HJEU 8 mei 2014, C-161/13 (*Idrodinamica*, r.o. 38 - 41); HJEU 5 december 2013, C-561/12 (*Nordecon*, r.o. 39); HJEU 10 oktober 2013, C-336/12 (*Manova*, r.o. 31 - 40). Zie ook de conclusie van AG Timmerman 21 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:667 (alinea's 3.25 - 3.37). Vgl. art. XIII lid 1 onder b GPA 1994 en art. XV lid 3 GPA 2012. Vgl. verder art. 34 lid 1 en 50 lid 2 UNCITRAL model law on Procurement of Goods, Construction and Services 1994, art. 16 leden 3 en 4 alsook art. 46 lid 2 UNCITRAL Model Law on Public Procurement 2011, en art. 2.46 Worldbank-guidelines on procurement of goods, works, and non-consulting services under IBRD Loans and IDA Credits & Grants 2011 (rev. 2014).
 - 17 HJEG 22 juni 1993, C-243/89 (*Storebaelt*, r.o. 26 - 45); HJEG 25 april 1996, C-87/94 (*Waalse Bussen*, r.o. 56; vgl. r.o. 70 - 73); HJEU 29 maart 2012, C-599/10 (*SAG*, r.o. 37).

cedures hebben met elkaar gemeen dat de aanbestedende dienst zijn uitvraag op een hoger abstractieniveau specificeert: doorgaans worden alleen een behoefte en kaders geschetst om vervolgens de uitwerking aan de markt te laten. Verder zijn tussentijdse optimalisaties mogelijk. Zo bepaalt Richtlijn 2014/24/EU ten aanzien van de concurrentiegerichtte dialoog dat een “[...] *toelichting, precisering, nadere omschrijving of aanvullende informatie* [...]” is toegestaan, maar ook dat dit “*geen wijziging van de inschrijving of van de aanbesteding [mag] inhouden op essentiële punten, daaronder begrepen de in de aankondiging van de opdracht of in het beschrijvend document vermelde behoeften en eisen, indien daardoor de mededinging verstoord dreigt te worden of discriminatie dreigt te ontstaan*”.¹⁸ Vergelijkbare mogelijkheden bestaan bij de mededingingsprocedure met onderhandeling¹⁹ en de procedure voor het innovatiepartnerschap²⁰. Met de partij die het gunningsvoornemen heeft, kunnen in het kader van een concurrentiegerichtte dialoog verder “*onderhandelingen worden gevoerd om de in de inschrijving vervatte financiële toezeggingen of andere voorwaarden te bevestigen en de voorwaarden van de opdracht af te ronden, mits dit de essentiële aspecten van de inschrijving of van de opdracht, met inbegrip van de in de aankondiging van de opdracht of het beschrijvend document vermelde behoeften en voorschriften, materieel ongewijzigd laat en niet tot vervalsing van de mededinging of discriminatie kan leiden*.”²¹

Het kan gebeuren dat een aanbestedingsprocedure mislukt. Voor die situatie bestaat al decennia de mogelijkheid dat de aanbestedende dienst met bepaalde partijen in onderhandeling treedt, op voorwaarde dat er niet wezenlijk wordt gewijzigd (vgl. § 4.3.1). Veel vaker resulteert een aanbesteding echter in een overeenkomst. Ten onrechte kan dan de gedachte postvatten dat het aanbestedingsrecht is uitgewerkt. Een aanbestedende dienst dient namelijk nauwgezet de vastgestelde criteria in acht te nemen tot aan het einde van de uitvoering.²² Een praktijk²³ waarin wijzigingen aan de orde van de dag zijn, staat hiermee op gespannen voet, omdat

18 Overweging 45 considerans en art. 30 lid 6 tweede alinea Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. art. 48 lid 6 tweede alinea Richtlijn 2014/25/EU. Vgl. HJEG 5 oktober 2000, C-337/98 (*Commissie/Frankrijk*, r.o. 43 - 55).

19 Art. 29 leden 3 en 5 Richtlijn 2014/24/EU; art. 2.126a Aanbestedingswet.

20 Art. 31 leden 3 en 4 Richtlijn 2014/24/EU; art. 2.126c Aanbestedingswet.

21 Art. 30 lid 7 tweede alinea Richtlijn 2014/24/EU; art. 2.112 lid 2 Aanbestedingswet. Vgl. verslag plenair debat 9 maart 2016, TK 61-12-11: “*Het staat de deelnemers vrij om gedurende de dialoog tot de conclusie te komen dat wijzigingen nodig zijn. Dan mogen die ook aangebracht worden. Daar is de concurrentiegerichtte dialoog voor bedoeld*.” Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:665 (r.o. 4.5). Vgl. voor herzieningsclausules Bogdanowicz 2021, p. 86.

22 HJEG 19 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*, r.o. 115, 121, 125 en 126). Hiermee werd het standpunt van de Commissie verworpen dat de beginselen tijdens de uitvoering niet meer gelden (r.o. 52, 55, 88 - 90).

23 Het bestaan van een met het Unierecht strijdige praktijk moet volgens HJEU 29 april 2010, C-160/08 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 105 - 110) niet te snel worden aangenomen.

hierdoor het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling worden geschonden.²⁴ Er wordt zodoende een juridische fictie gecreëerd: een wezenlijke wijziging geldt als het sluiten van een nieuwe overeenkomst.²⁵ Er wordt ten onrechte onderhands een nieuwe overheidsopdracht gegund.²⁶ Die conclusie kan getrokken worden wanneer de aanbestedende dienst instemt met de wijziging,²⁷ maar zij wordt bijvoorbeeld niet anders als:

- a. partijen niet beoogden wezenlijk te wijzigen, omdat hun wil namelijk niet doorslaggevend is,²⁸
- b. de wijziging is doorgevoerd om uitvoeringsproblemen op te lossen, waarbij niet relevant is of die problemen zijn ontstaan door omstandigheden waar partijen “*totaal geen vat*” op hadden,²⁹
- c. het om een project gaat dat gekenmerkt wordt door onzekerheden, en die onzekerheden (deels) via de wijziging worden weggenomen,³⁰ of

24 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 28). Vgl. HJEU 18 september 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*, r.o. 58); HJEU 19 april 2018, C-152/17 (*Catania*, r.o. 30 en 31); HJEU 10 oktober 2013, C-336/12 (*Manova*, r.o. 40); HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 76); HJEG 13 september 2007, C-260/04 (*UNIRE*, r.o. 21 - 36); HJEU 3 juni 2010, C-203/08 (*Sporting Exchange*, r.o. 39 en 48 - 61); en conclusie van A-G Mazak 23 februari 2010, C-64/08 (*Engelmann*, alinea's 98 - 101). Vgl. verder HJEU 3 oktober 2019, C-285/18 (*Irgita*, r.o. 63) en HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757 (*Valys*, r.o. 3.6.3).

25 Gerecht EU 16 mei 2018, T-206/17 (*Argus Security*, r.o. 66).

26 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 34, 47, 48, 60, 61, 69, 76 en 80); HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 37); HJEU 8 mei 2014, C-161/13 (*Idrodinamica*, r.o. 39); HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 28, 30, 34, 37 en 38); HJEU 14 september 2017, C-223/16 (*Casertana*, r.o. 37 en 38). Vgl. HJEG 15 oktober 2009, C-196/08 (*Acoset*, r.o. 62); Gerecht EU 31 januari 2013, T-540/10 (*Spanje/Commissie*, r.o. 51, 52 en 62) en T-235/11 (*Spanje/Commissie*, r.o. 54, 55 en 69); Gerecht EU 16 mei 2018, T-206/17 (*Argus*, r.o. 64 - 66). Idem: Commission non-paper 2012 cluster 8, p. 15; Groenboek PPS en concessies 2004, alinea 49.

27 HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 29 en 39).

28 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 33). Vgl. Gerecht EU 29 mei 2013, T-384/10 (*Spanje/Commissie*, r.o. 95).

29 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 32 en 34) en HJEU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*, r.o. 40). Vgl. conclusie A-G Sharpston 21 maart 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*, alinea's 80 - 84).

30 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 32, 35 en 36).

- d. partijen de wijziging willen rechtvaardigen met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel.³¹

Centraal staat dus wat er gebeurt en niet het waarom. Deze focus keert terug in de tweede manier waarop deze beperking wordt gerechtvaardigd.

2.2.2 Het systeem

Een aanbestedingsprocedure is gericht op het selecteren van de meest geschikte partij voor een project. Daartoe stelt de aanbestedende dienst eisen en wensen aan de beoogde opdrachtnemer en diens offerte. Wat blijft er - om met Hebly en Heijnsbroek te spreken - echter nog over van de waarde van een aanbestedingsprocedure wanneer de winnaar een totaal andere opdracht uitvoert dan is aanbesteed?³² Zo bezien, is het niet verwonderlijk dat volgens de Europese Commissie ingrijpende wijzigingen gevolgen kunnen hebben “*voor de soliditeit van het systeem voor het plaatsen van overheidsopdrachten in het algemeen*”.³³

Ter illustratie dient de verruiming van een Duitse opdracht voor ambulancediensten, die de relevante drempelwaarde sterk overschreed. Het HJEU kwalificeerde deze gang van zaken “*als een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke opdracht, die noopte tot de naleving van de relevante bepalingen van het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten*”.³⁴ Eenzelfde oordeel werd geveld ten aanzien van grootschalige extra werkzaamheden aan de Spaanse A6. Die werkzaamheden werden ontoelaatbaar geacht, omdat een andere conclusie zou “*betekenen dat deze zogenoemde ‘bijkomende’ werken ontsnappen aan de bekendmakingsverplichting en dus aan elke vorm van mededinging*”.³⁵ Het omgekeerde is ook mogelijk. Zo kon de aanzienlijke inperking van een Deense ICT-opdracht de kwalificatie wezenlijke wijziging rechtvaardigen, omdat een dergelijke verkleining “*tot gevolg*

31 HJEU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*, r.o. 40); HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 34) en HJEU 18 september 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*, r.o. 77 en 78). Zie HJEU 14 juli 2016, C-458/14 en C-67/15 (*Promimpresa*, r.o. 56 en 71 - 74) inzake het automatisch verlengen van concessies en vergunningen. Soms kunnen rechtszekerheidsbelangen prevaleren, zie HJEU 17 december 2015, C-25/14 en C-26/14 (*Unis*, r.o. 49 - 51). Vgl. HJEU 21 december 2011, C-465/10 (*Indre*, r.o. 56 en 57). Zie voor de verhouding tussen wijzigingen en vervalttermijnen, HJEU 26 maart 2020, C-496/18 en C-497/18 (*Hungeod*).

32 Hebly & Heijnsbroek 2012, inleiding en Hebly & Heijnsbroek 2013, p. 94.

33 Groenboek 2011, p. 27.

34 HJEU 29 april 2010, C-160/08 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 98 - 102).

35 HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 61, 70, 74; citaat uit r.o. 71). Vgl. Gerecht in eerste aanleg 24 september 1996, T-485/93 (*Dreyfus/Commissie*, r.o. 116) inzake een schadevergoedingsactie. Het Gerecht gaf de Commissie gelijk dat deze een gewijzigde overeenkomst niet kon goedkeuren “*daar zij niet voldeden aan de in de geldende voorschriften gestelde voorwaarden. Zo waren die overeenkomsten niet gesloten met inachtneming van het beginsel van vrije mededinging en waren de nieuwe prijzen niet in overeenstemming met de marktprijzen*”.

kan hebben dat de opdracht binnen het bereik van een groter aantal marktdeelnemers komt”.³⁶

Naast een verruiming of een verkleining kan ook een verandering binnen de reikwijdte van het verbod vallen. Een voorbeeld daarvan kan gevonden in *Succhi di Frutta* inzake de wijziging door de Europese Commissie van de leveringsvoorwaarden van vruchtensap voor ontwikkelingshulp. Het Hof oordeelde: “*Als de aanbestedende dienst immers naar eigen goeddunken in de fase van de uitvoering van de opdracht de aanbestedingsvoorwaarden zelf zou kunnen wijzigen, zonder hiertoe uitdrukkelijk te zijn gemachtigd in de relevante toepasselijke bepalingen, zouden de aanvankelijk gestelde voorschriften welke de toewijzing van de opdracht regelen, worden omzeild.*”³⁷ Dit laatste woord “omzeild” is interessant. In het Frans staat daar “*dénaturés*”. In de Franse rechtsleer betreft de ‘*dénaturation*’ de situatie waarin contractpartijen of de rechter een onbegrijpelijke uitleg geven aan een op zich duidelijke bepaling.³⁸ Dit slaat de brug naar het misbruikargument: de aanbestedende dienst wist of had moeten weten dat de overeenkomst niet (op deze manier) gewijzigd kon worden, maar heeft daaraan toch meegewerkt.

2.2.3 Misbruik

Wijzigingen kunnen voortkomen uit projectbelang, maar er zijn ook gevallen waarin aan de goede bedoelingen kan worden getwijfeld. In diverse uitspraken heeft het HJEU hier aandacht aan besteed. In *Presstext* stond een overeenkomst voor nieuwsdiensten ten behoeve van Oostenrijkse overheden ter discussie. De overeenkomst werd uitgevoerd door APA. Zij brengt op enig moment werkzaamheden onder in APA-OTS, een 100% dochter waarop zij toezicht bleef houden en hoofdelijk aansprakelijk voor bleef.³⁹ Volgens concurrent *Presstext* werd hiermee een nieuwe opdracht geplaatst. Tussen partijen ontspint een “*bittere strijd*”,⁴⁰ die culmineert in een prejudiciële procedure. Het HJEU wordt gevraagd hoe het aanbestedingsrechtelijke begrip ‘opdracht’ moet worden uitgelegd en wanneer een wijziging moet worden gekwalificeerd als de plaatsing van een nieuwe opdracht.⁴¹

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

37 HJEG 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*, r.o. 120). Idem: Gerecht EU 31 januari 2013, T-540/10 (*Spanje/Commissie*, r.o. 51) en T-235/11 (*Spanje/Commissie*, r.o. 54).

38 Dit betreft zowel contracten als wetten. Zie o.m. art. 1192 Code Civil. Zie in het kader van een ‘*contrat administratif*’ o.m. Tribunal administratif de Rennes 8 oktober 1997 (*Corep d’Ille-et-Vilaine*), waar een ‘*avénant “dénaturant le marché initial”*’ wordt gesanctioneerd, zie Hoepffner 2009 p. 167 en voetnoot 118.

39 *Presstext* beklagde zich ook over andere wijzigingen, zoals indexering. Deze werden evenmin als wezenlijk aangemerkt.

40 Conclusie A-G Kokott 13 maart 2008, C-454/06 (*Presstext*, alinea 1).

41 A-G Kokott kritiseert die vraagstelling in niet mis te verstane bewoordingen, zie alinea’s 1, 32 en 39 van haar conclusie.

Volgens het Hof is hier sprake van een toegestane interne reorganisatie,⁴² die pas ontoelaatbaar zou worden als de aandelen in APA-OTS aan een derde zouden worden verkocht.⁴³ Het Hof vervolgt: “Een soortgelijke redenering gaat op wanneer de verkoop van de aandelen in de dochtermaatschappij aan een derde reeds was voorzien op het tijdstip waarop de betrokken activiteiten aan deze dochter werden overgedragen (zie in die zin arrest van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk, C-29/04 [...]).”⁴⁴

In die Oostenrijkse zaak had de gemeente Mödling een entiteit gecreëerd, die via een quasi inhouse-constructie werd belast om afval in te zamelen en te verwerken. Vlak daarna werd 49% van de aandelen aan een derde verkocht. Daarna werd de entiteit operationeel. Het HJEU kwalificeert deze gang van zaken als kunstmatige constructie.⁴⁵ Misbruik betreft dus niet alleen intrinsiek onrechtmatige handelingen, maar (vooral) ook handelingen die onrechtmatig worden vanwege het beoogde doel, rechtsmisbruik dus.⁴⁶ In een latere zaak stelde A-G Mengozzi niet voor niets dat de overwegingen uit *Mödling* algemeen toepasbaar waren om rechtsmisbruik te voorkomen en de nuttige werking van het Europese aanbestedingsrecht te garanderen.⁴⁷

Het (vermoeden van) rechtsmisbruik speelde verder een rol in *Wall AG*, een zaak over de gunning van een concessie door de stad Frankfurt aan FES. In die zaak oordeelt het HJEU dat het vervangen van een onderaannemer in uitzonderlijke

42 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext* r.o. 14, 15, 44 en 45, en het dictum onder 1).

43 *Presstext*, r.o. 47. Vgl. HJEG 6 april 2006, C-410/04 (*ANAV/Comune di Bari*, r.o. 30).

44 *Presstext*, r.o. 48. Vgl. HJEG 10 september 2009, C-573/07 (*Sea Srl*, r.o. 53) voor het geval dat tijdens de looptijd private aandeelhouders mogen participeren in een vennootschap die tot dan toe in overheidshanden is.

45 HJEG 10 november 2005, C-29/04 (*Mödling*, r.o. 40 en 50). Vgl. art. 18 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. verder HJEU 28 mei 2020, C-796/18 (*ISE*, r.o. 38) waar het Hof onder verwijzing naar o.a. *Mödling* bevestigt dat bij de kwalificatie als overheidsopdracht ingeval van een verrichting die uit verschillende handelingen bestaat, deze verrichting in haar geheel moet worden beschouwd en daarbij rekening moet worden gehouden met het doel ervan.

46 Het verbod op rechtsmisbruik is een algemeen Unierechtelijk beginsel, zie o.m. HJEU 28 januari 2016, C-50/14 (*CASTA*, r.o. 65 en 71) en HJEU 11 december 2014, C-113/13 (*Spezzino*, r.o. 62).

47 Conclusie A-G Mengozzi 17 november 2009, C-451/08 (*Helmut Muller*, alinea 105). Het Hof is hier in meegegaan, zie HJEU 25 maart 2010, C-451/08 (*Helmut Muller*, r.o. 82). Vgl. HJEU 21 december 2016, C-51/15 (*Remondis*, r.o. 37); HJEG 10 september 2009, C-573/07 (*Sea Srl*, r.o. 48); en conclusie A-G Stix Hackl 12 januari 2006, C-340/04 (*Carbotermo*, alinea 49). Zie ook HJEU 28 mei 2020, C-796/18 (*ISE*, r.o. 38).

gevallen ontoelaatbaar kan zijn, zelfs als daarin contractueel is voorzien.⁴⁸ Dat had de volgende oorzaak. FES had bij inschrijving Wall AG als onderaannemer vermeld. Deze vermelding speelde een beslissend element in de gunning. Het vermoeden bestaat echter dat FES vuil spel speelde. Zo had Wall zelf ingeschreven, en contracteerde FES relatief snel na gunning een andere onderaannemer, terwijl zij van Wall een beter aanbod had gekregen.⁴⁹ A-G Bot spreekt daarom van “*een schijnofferte die enkel is opgezet om de serieuze concurrenten uit te schakelen*”.⁵⁰ Daarvan uitgaande, kleurt dit trouwens de omstandigheden in waarin sprake is van een “*uitzonderlijk geval*”.⁵¹ Het kan een aanbestedende dienst dus potentieel worden tegengeworpen dat hij rechtsmisbruik in de hand heeft gewerkt en zodoende de belangen van een ondernemer heeft veronachtzaamd.

2.2.4 Een objectiverende toets

De redenen om te wijzigen zijn velerlei: van noodzaak tot corruptie. Op die glijdende schaal kunnen voor partijen subjectieve overwegingen een rol spelen.⁵² Zij kunnen bijvoorbeeld stellen dat ze niet wezenlijk wilden wijzigen, maar een oplossing in het projectbelang zochten.⁵³ Hiervoor bleek al dat dit argument op zichzelf geen stand houdt. Aanbestedingsrechtelijk is de vraag naar intentie overigens niet voorbehouden aan het verbod wezenlijk te wijzigen, maar komt bijvoorbeeld tevens aan de orde bij het verbod een opdracht bewust zo in te richten dat aan een aanbestedingsverplichting wordt ontkomen. In dit type zaken legt het HJEU een objectiverende toets aan.⁵⁴ Volgens Sanchez-Graells volstaat het ingevolge vaste jurisprudentie om aan twee criteria te toetsen: creëert het gedrag van de aanbestedende dienst het effect dat door de regel wordt verboden? Zo ja: kan dit gedrag objectief worden gerechtvaardigd?⁵⁵

Die tweetrapsraket keert terug in relatie tot de wezenlijke wijziging. In *Presstext* oordeelt het Hof dat de wezenlijke wijzigingsvraag dient te worden beantwoord

48 HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 39). Vgl. Plas 2018 en HJEU 30 januari 2020, C-395/18 (*Tim Spa*, r.o. 47).

49 Conclusie A-G Bot, alinea's 13 - 22 en voetnoot 34.

50 Conclusie A-G Bot, alinea 71 en voetnoot 34. Vgl. Brown 2010, § 3.1.

51 Vgl. HJEU 3 oktober 2019, C-267/18 (*Delta*, r.o. 33). In zijn conclusie voor die zaak spreekt A-G Sanchez-Bordona het vermoeden uit dat misleiding ook in die zaak een rol speelde, zie alinea 44 en voetnoot 21.

52 Vgl. art. 1.10a Aanbestedingswet 2012, dat art. 18 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU implementeert, waarin het oogmerk van de aanbestedende dienst centraal wordt gesteld.

53 Het lijkt erop dat contractanten dit argument hadden ontwikkeld in HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 31).

54 Gerecht EU 29 mei 2013, T-384/10 (*Spanje/Commissie*, r.o. 95). Vgl. HJEU 14 november 2002, C-411/00 (*Felix Swoboda*, r.o. 57). Vgl. voor de situatie dat verbonden ondernemingen willen inschrijven, HJEU 3 maart 2005, C-21/03 en C-34/03 (*Fabricom*, r.o. 30).

55 Sanchez Graells 2016, p. 93. Vgl. A. Sanchez-Graells 2016b, p. 93 - 121.

aan de hand van het voorwerp van de opdracht en de wijziging. Daaruit volgt de conclusie of partijen wilden heronderhandelen over de wezenlijke voorwaarden.⁵⁶ Dat intentie geen zelfstandig toetsingscriterium is, heeft het Hof nadien uitdrukkelijk bevestigd.⁵⁷ Uit deze objectiverende benadering vloeit waarschijnlijk mede voort dat een ondernemer zich er niet (zonder meer) achter kan verschuilen dat hij te goeder trouw handelde, omdat hij inmiddels bekend moet worden verondersteld met het verbod om wezenlijk te wijzigen.⁵⁸ Het gevolg staat centraal, niet het oogmerk. Wie niet behoedt, bloedt.⁵⁹

2.3 *PRESSETEXT*: RECHTSVORMEND OF EXCESSIEF ACTIVISTISCH?

Het verbod om tijdens de uitvoering wezenlijk te wijzigen is niet onomstreden. Deze controverse is te herleiden tot *Presstext*, dat de wijzigingsproblematiek in de schijnwerpers zette,⁶⁰ en een vruchtbare voedingsbodem voor latere rechtspraak en regelgeving bleek.⁶¹ Sommigen kunnen daarom in *Presstext* bewijs zien van een te verregaande bemoeienis in contractuele verhoudingen. In antwoord op de vraag of het Hof in *Presstext* activistisch heeft gehandeld, wordt het kader geschetst (§ 2.3.1), het verwijt geformuleerd (§ 2.3.2), en het verwijt weersproken (§ 2.3.3).

2.3.1 Het relevante kader geschetst

Bij geen of onduidelijke regels mag de rechter niet weigeren uitspraak te doen.⁶² Ook het HJEU is aan dit verbod op rechtsweigering gebonden.⁶³ In prejudiciële

56 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 34).

57 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 33). Vgl. Gerecht EU 29 mei 2013, T-384/10 (*Spanje/Commissie*, r.o. 95). Zie hierover kritisch Plas 2016, § 2. In HJEU 2 september 2021, C-721/19 en C-722/19 (*Sisal*, r.o. 47) oordeelde het Hof dat de redenen voor een verlenging niet doorslaggevend zijn voor de vraag of wezenlijk wordt gewijzigd.

58 Ook een wezenlijke wijziging impliceert wilsovereenstemming volgens HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*, r.o. 70). Vgl. HJEG 18 juli 2007, C-503/04 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 31 - 40). Vgl. vanuit staatssteunrechtelijk perspectief HJEU 5 maart 2019, C-349/17 (*Eesti Pagar*, r.o. 98); Gerecht 12 september 2007, T-239/04 en T-323/04 (*Brandt*, r.o. 149 en 150); maar ook HJEU 21 juni 2007, C-158/06 (*Stichting ROM-projecten*, r.o. 34).

59 Vrij naar De Boer 1996, p. 203.

60 Brown 2008 spreekt van “*guidance at last*” en “*a major landmark judgment*”. Vgl. De Koninck, Ronse & Timmermans 2015, p. 56.

61 Vgl. overweging 107 considerans Richtlijn 2014/24/EU, overweging 75 considerans Richtlijn 2014/23/EU en overweging 113 considerans Richtlijn 2014/25/EU. Zie ook Richtlijnvoorstel 2011 p. 10.

62 Bijv. art. 13 Wet algemene bepalingen, art. 26 Rv, art. 4 Franse Code Civil, en art. 5 Belgisch Gerechtelijk Wetboek.

63 Bijv. HvJ EGKS 12 juli 1957, 7/56 en 3 t/m 7/57 (*Algera c.s.*, r.o. III, vijfde alinea).

procedures komt daar de verplichting bij een nuttig antwoord te geven.⁶⁴ Teleologische interpretatie kan dan uitkomst bieden. Krans, Freudenthal en Asser/Vonken wijzen erop dat teleologie één van de meest gebruikte uitlegmethodes van het HJEU is.⁶⁵ De Waele spreekt zelfs van “*de interpretatiemethode par excellence*”.⁶⁶ Dit verwondert zeker bij prejudiciële procedures niet, waar rechtspraak en rechtsvorming vaak samengaan. Dat geldt ook in het aanbestedingsrecht. Bovis noemt “*judicial activism [...] the most influential factor in the development of the public procurement acquis*”.⁶⁷

Teleologie kan echter omslaan in excessief activisme. Dat kan volgens De Waele zo zijn als het Hof in te vergaande mate rechtsvormend oordeelt,⁶⁸ wat onder meer zo is bij een te sterke nadruk op teleologie.⁶⁹ Daarbij moet wel rekening worden gehouden met de omstandigheid dat het op zichzelf niet voldoende is te stellen dat de wijze van motiveren van het Hof (te) bondig lijkt. Het Hof grijpt regelmatig terug op de conclusie van de advocaat-generaal. Met betrekking tot met name de wat oudere uitspraken komt daarbij dat het Hof met zijn soms wat bondige wijze van motiveren in de Franse traditie staat.⁷⁰

2.3.2 Het verwijt geformuleerd

Het verwijt kan als volgt worden geformuleerd: het aanbestedingsrecht regelt de totstandkoming van een overeenkomst, niet de uitvoering ervan. Daarom bevatten de Richtlijnen tot 2014 op dit punt geen wijzigingsbeperkingen. Dit is in *Pressetext* in het kader van Richtlijn 92/50/EG bevestigd. In die zaak werd het Hof gevraagd hoe het begrip ‘opdracht’ uitgelegd moet worden, en wanneer een wijziging de plaatsing van een nieuwe opdracht inhoudt. Het Hof antwoordde: “*Richtlijn 92/50 bevat geen expliciet antwoord op deze vragen, maar geeft wel verschillende relevante aanwijzingen, die moeten worden gesitueerd binnen het algemeen kader van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten.*”⁷¹ Tot 2014 gaven de andere Richtlijnen dit antwoord evenmin.⁷²

64 Zie art. 19 lid 1 VEU. Vgl. HJEU 6 maart 2018, C-284/16 (*Slowakije/Achmea*, r.o. 34 - 37) en HJEU 8 februari 2018, C-144/17 (*Lloyds of London*, r.o. 22).

65 Krans 2010, p. 17. Vgl. Freudenthal 2013, p. 299 - 302 en Asser/Vonken 10-I 2013/122 en 123.

66 De Waele 2009, p. 106.

67 Bovis 2015, p. 267. Idem Bovis 2016, p. 325 en Manunza 2010, p. 53 en 54.

68 De Waele 2009 p. 111.

69 De Waele 2009 p. 11, 106, 107 en 378. Vgl. De Waele 2010, p. 440.

70 Zie uitgebreid Lasser 2004, hoofdstukken 4, 5 en 7.

71 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 29 en 30). Conclusie A-G Kokott 13 maart 2008, C-454/06 (*Pressetext*, alinea 1).

72 Volgens Treumer 2014, p. 281 waren de Richtlijnen tot 2014 met name gericht op het handelen tot aan contractsluiting, zodat de vraag naar de toelaatbaarheid van contractwijzigingen snel over het hoofd kon worden gezien.

Daarom had het Hof van Justitie die wijzigingsvrijheid niet mogen beperken. Aangezien de contractvrijheid een algemeen rechtsbeginsel is,⁷³ vergt een beperking daarop een deugdelijke basis: *“Vooraf zij vastgesteld, dat het recht van de partijen om door hen gesloten contracten te wijzigen, gebaseerd is op het beginsel van de contractvrijheid en dus niet kan worden beperkt zolang er geen gemeenschapsregeling bestaat die op dat punt specifieke beperkingen oplegt. Hieruit volgt, dat de wijziging van een contract, voor zover zulks niet geschiedt met de bedoeling in te gaan tegen de door de toepasselijke gemeenschapsregeling nagestreefde oogmerken en zij geen gevaar voor bedrog teweegbrengt, niet als onregelmatig kan worden beschouwd.”*⁷⁴

Zodoende bestond geen inperingsbevoegdheid. Dit blijkt uit *Presstext* zelf, waarin een overeenkomst voor onbepaalde tijd was gesloten, waarbij partijen waren overeengekomen om voor meerdere jaren afstand te doen van hun opzegmogelijkheid. Het Hof oordeelt dat deze praktijk niet past binnen het Europese aanbestedingsrecht vanwege de mededingingsverstorende effecten ervan, maar grijpt niet in.⁷⁵ Net als overeenkomsten voor onbepaalde tijd kunnen wijzigingen een nadelig effect op de mededinging hebben. Toch oordeelt het Hof in het ene geval dat wetgevend optreden nodig is, terwijl hij in het andere geval zelf een oplossing zoekt. Die oplossing is verder inconsequent, doordat de wijzigingsbeperking gerechtvaardigd wordt op basis van een dubbele afgeleide. Uit de vrijverkeersbepalingen en doelen van de Richtlijnen vloeien de beginselen van gelijke behandeling en transparantie voort (afgeleide 1), die op hun beurt de wijzigingsbeperkingen rechtvaardigen (afgeleide 2). Zelfs zou dit als gemeenschapsregeling kunnen worden gekwalificeerd, dan nog blijft onduidelijk welke (noodzakelijke) beperkingen worden opgelegd. Daarmee handelt het Hof excessief activistisch.

2.3.3 Het verwijt weersproken

Feit is dat het Bundesvergabeamt vroeg wanneer wijzigingen de plaatsing van een nieuwe opdracht inhouden. Nu die vragen ontvankelijk werden verklaard, diende het Hof de verwijzende rechter van een nuttig antwoord te voorzien. Het is begrijpelijk dat die vragen gesteld werden, aangezien het Europese recht op dat punt niet duidelijk was en deze vraag nog niet sluitend was beantwoord.⁷⁶ Het verwondert dan niet dat het Hof, nadat hij constateert dat Richtlijn 92/50/EEG geen antwoord biedt, te rade gaat bij *“relevante aanwijzingen die moeten worden gesitueerd binnen het algemeen kader van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrach-*

73 Conclusie A-G Kokott 17 september 2009, C-441/07 P (*Alrosa*, alinea 225).

74 HJEU 5 oktober 1999, C-240/97 (*Spanje/Commissie*, r.o. 99 en 100). Vgl. HJEU 9 november 2017, C-227/16 (*Arts*, r.o. 19) en HJEU 20 mei 2010, C-434/08 (*Harms*, r.o. 36). Deze arresten gaan over een verordening uit het Europese landbouwbeleid waarin beperkingen waren opgenomen over de overdracht van toeslagrechten voor boeren.

75 *Presstext*, r.o. 73 en 74.

76 Vgl. alinea 42 en voetnoot 23 van de conclusie van A-G Kokott in *Presstext*.

ten”. Dit betreft de doelen van het aanbestedingsrecht: vrij verkeer en onvervalste mededinging. Om die doelen te verwezenlijken, zijn beginselen geformuleerd die het gedrag van de aanbestedende dienst normeren.⁷⁷ Die beginselen staan in de weg aan wezenlijke wijzigingen.⁷⁸ Het Hof kiest zo voor de vertrouwde teleologische uitleg. A-G Kokott is wat dat betreft nog explicieter met haar observatie dat uiteindelijk de onderliggende doelstellingen bepalend zijn voor de uitleg van het begrip opdracht en dat pas wezenlijk wordt gewijzigd indien hierdoor de mededinging kan worden vervalst en het risico op favoritisme bestaat.⁷⁹

Verrassend is dit oordeel niet. Voorafgaand aan *Presstext* had het Hof al diverse vingerwijzingen gegeven over de toelaatbaarheid van wijzigingen tijdens de uitvoering.⁸⁰ Zo bezeugt *Presstext* wel van rechtsontwikkeling, maar niet van excessief activisme. Dat een expliciete regeling ontbrak, doet daaraan niet af. In de zaken waarin het Hof dat oordeel gaf, vervolgde hij namelijk met de overweging dat die “*contractvrijheid [met name] niet het recht [geeft] verbintenissen aan te gaan die indruisen tegen de doelstellingen [van de relevante Uniewetgeving]*”.⁸¹ Die lijn is dus eerder consistent met *Presstext* dan dat zij ermee op gespannen voet staat.⁸² Verder bevatten de Richtlijnen al sinds de jaren '70 voor specifieke gevallen tijdens de aanbestedingsprocedure een verbod om wezenlijk te wijzigen, en treffen ze enkele regelingen voor het overeenkomen van meer of andere prestaties tijdens de uitvoering. Een rudimentaire inkadering was derhalve van meet af aan ingebakken. Immers, als aanbestede overeenkomsten onbeperkt gewijzigd konden worden, waarom werden deze regels dan nodig geacht?

Evenmin wordt het voorgaande anders door het oordeel dat het Unierecht overeenkomsten van onbepaalde duur niet verbodt. Marique wijst er terecht op dat hierin de sleutel van *Presstext* schuilt. Juist omdat zulke overeenkomsten mogelijk waren, kon het Hof alleen proberen om te verzekeren dat verlengingen niet zouden ontaarden in een mededingingsverstrend middel, reden ook waarom het

77 *Presstext* r.o. 31 - 33.

78 *Presstext*, r.o. 34. Zie ook HJEG 15 oktober 2009, C-196/08 (*Acoset*, r.o. 62), HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 37) en HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 28). Zie ook Gerecht EU 31 januari 2013, T-540/10 (*Spanje/Commissie*, r.o. 62) en T-235/11 (*Spanje/Commissie*, r.o. 69).

79 Conclusie A-G Kokott 13 maart 2008, C-454/06 (*Presstext*, alinea's 45, 46 en 48).

80 HJEG 27 oktober 2005, C-187/04 en C-188/04 (*Commissie/Italië*, r.o. 23 - 25 en 31); HJEG 13 januari 2005, C-84/03 (*Commissie/Spanje*, r.o. 49); HJEG 14 oktober 2004, C-340/02 (*Commissie/Frankrijk*, r.o. 34 - 36); HJEG 14 september 2004, C-385/02 (*Commissie/Italië*, r.o. 34); HJEG 19 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*, r.o. 115 - 129).

81 HJEU 20 mei 2010, C-434/08 (*Harms*, r.o. 37) en HJEU 9 november 2017, C-227/16 (*Arts*, r.o. 20).

82 Vgl. HJEU 22 januari 2013, C-283/11 (*Sky Österreich*, r.o. 43 - 46), waaruit volgt dat in het algemeen belang op een groot aantal wijzen in de vrijheid van ondernemerschap kan worden ingegrepen.

Hof aansluiting zocht bij de aanbestedingsrechtelijke beginselen.⁸³ Onjuist zou zijn deze twee discussies (looptijd en wezenlijke wijziging) los van elkaar te zien. *Presstext* was onvermijdelijk. Dat blijkt des te sterker als wordt nagegaan hoe op nationaal niveau met deze problematiek is omgegaan.

2.4 WIJZIGINGSBEPERKING TIJDENS DE UITVOERING: EEN RECHTSGEVOEL

Tot op heden is het verbod om wezenlijk te wijzigen beschouwd vanuit Europeesrechtelijk perspectief. Het zou echter onterecht zijn om op basis daarvan te concluderen dat dit verbod niet veel meer is dan een dictaat waar de aanbestedingspraktijk met name sinds *Presstext* mee te maken heeft gekregen. Deze begrenzing lijkt juist een uiting te vormen van een breder gedragen rechtsgevoel. Zo blijkt dat in Nederland, ondanks de grote mate van onbekendheid, het verbod om wezenlijk te wijzigen toch al sinds de jaren '90 ingang vond (§ 2.4.1). In het kader van de rechtsvergelijking worden daarna de grote lijnen uit de Franse rechtsontwikkeling geschetst, waaruit blijkt dat het verbod al decennialang een prominente plaats inneemt (§ 2.4.2). Wanneer die ontwikkeling wordt gecontrasteerd met de evolutie van dit verbod in de Verenigde Staten, valt de grote mate van gelijkenis op (§ 2.4.3).⁸⁴

2.4.1 Een pril Nederlands begin

In Nederland bestond tot circa 15 jaar terug relatief weinig aandacht voor de toelaatbaarheid van wijzigingen in aanbestede overeenkomsten.⁸⁵ Desalniettemin blijkt de wijzigingsbeperking voorafgaand aan *Presstext* al een rol te vervullen. Zo oordeelde het Hof Den Haag op 19 februari 1996 dat een Europees aanbestede overeenkomst zodanig gewijzigd werd, dat een nieuwe aanbesteding vereist was.⁸⁶ Op basis van dit arrest concluderen Pijnacker Hordijk en Van der Bend dat onderhandelingen tijdens de uitvoering niet mogen leiden tot wezenlijke aanpassingen van de inhoud van de opdracht: “*Een ruimhartiger opvatting zou zich niet verdra-*

83 Marique 2016, § 2.

84 Deze uiteenzetting is niet uitputtend. Ook in andere EU-lidstaten vond het verbod om wezenlijk te wijzigen al ingang. Zie voor bijvoorbeeld België en Italië Auricchio 1998.

85 Het leerstuk was met name bekend uit (arbitrale) jurisprudentie inzake het indienen van een alternatieve inschrijving. Zo'n aanbieding werd alleen meegenomen als aan twee vereisten werd voldaan, waaronder dat de aanbieding “*betrekking heeft op een wezenlijke wijziging van de voorgeschreven constructie, de bouwstoffen, de werkwijze of de hulpmiddelen*”, aldus art. 24 UAR 1991 en art. 17 UAR 2001. Zie voor het te snel overstappen naar een onderhandelingsprocedure, Rb. Utrecht 5 februari 1998 (NJ 1998, 53, r.o. 4.9 e.v.). Vgl. Rb. Den Haag 4 april 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AS3532, BR 2003, 152.

86 Hof Den Haag 19 februari 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AH5529, BR 1996, p. 531).

*gen met het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers.*⁸⁷ Vergelijkbaar is de conclusie van Chao-Duivis uit 2003 dat wijzigingen die zo wezenlijk zijn dat sprake is van een andere overeenkomst, met argusogen gevolgd dienen te worden, en mogelijk tot een aanbestedingsverplichting kunnen leiden.⁸⁸

In 2005 oordeelde de rechtbank Den Haag dat het gelijkheidsbeginsel “*meebrengt dat de aanbestede de opdracht na gunning in beginsel niet wezenlijk mag wijzigen.*” Die situatie zou aan de orde zijn als inschrijvers achteraf gezien een inhoudelijk andere offerte hadden kunnen indienen. Die situatie deed zich hier voor, met als gevolg een verbod tot verdere uitvoering voor wat betreft het gewijzigde deel.⁸⁹ Anderzijds leidt volgens de Rb. Haarlem een verkorting van de looptijd - in die zaak - niet tot een wijziging waardoor “*andere ondernemingen in hun concurrentiemogelijkheden kunnen zijn beperkt*”.⁹⁰ De uitbreiding van een ICT-opdracht kon in 2007 de rechterlijke goedkeuring echter niet wegdragen: de aanvullende diensten dienden via een aanbesteding te worden opgedragen.⁹¹

Uit 2005 is eveneens *Van der Stroom/Staat*. In die casus was Van der Stroom akkoord gegaan met de uitbreiding van het aantal kantoormeubilairleveranciers van twee naar drie. De Hoge Raad oordeelt: “*Bij de beoordeling van dit betoog geldt als uitgangspunt het [...] oordeel van het hof dat het de aanbestedende dienst niet is toegestaan na het sluiten van de inschrijvingstermijn de voorwaarden van het bestek te wijzigen, ook niet indien dit gebeurt met toestemming van de leveranciers die hebben ingeschreven. Daarvan uitgaande heeft het hof met juistheid overwogen dat, nu [eiseres] uitdrukkelijk toestemming heeft verleend voor de wijziging van de voorwaarden, zij aan de Staat en het NIC niet kan verwijten dat zij jegens haar onrechtmatig hebben gehandeld door het aantal gegadigden uit te breiden.*” De aanbestedingsrechtelijke onrechtmatigheid van de wijziging blijft in zijn algemeenheid staan, maar de verbintenisrechtelijke onrechtmatigheid jegens Van der Stroom valt weg.⁹²

87 Pijnacker Hordijk & Van der Bend 1999, p. 341.

88 Chao-Duivis 2003, p. 53.

89 Rb. Den Haag 15 juni 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU4397 (*JAAN* 2007/0078). Anders: Rb. Haarlem 27 september 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AU3320 (r.o. 4.11).

90 Rb. Haarlem 27 september 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AU3320 (r.o. 4.11), bevestigd in Hof Amsterdam 15 december 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV3114, (r.o. 4.8).

91 Rb. Den Haag 18 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB5302 (r.o. 5.2) en Hof Den Haag 13 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0036 (r.o. 8, 9, 15 en 16).

92 HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806 (*Van der Stroom/Staat*, r.o. 4.1.1 - 4.1.5 en 4.4) in samenhang met alinea's 4.4, 5.1, en 5.5 van de conclusie van A-G Timmermans d.d. 3 juni 2005. Citaat uit r.o. 4.1.3 van het arrest. Vgl. ten aanzien van de vraag of een wezenlijke wijziging aan de orde was, Rb. Noord-Holland 16 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11110 (r.o. 4.8).

In het vonnis van de Raad van Arbitrage voor de Bouw d.d. 28 april 2003 stond de vraag centraal of een aannemer - die wel een bestek had gekocht⁹³ en de nota van inlichtingen had ontvangen, maar niet had ingeschreven - kon ageren tegen in de uitvoering doorgevoerde wijzigingen, specifiek tegen het wijzigen van een uitvoeringsvoorschrift dat volgens hem reden was geweest niet in te schrijven. Arbiters oordelen dat een serieuze gegadigde, ook al heeft die afgezien van inschrijving, nog steeds belang kan hebben bij toetsing of de voor de aanbesteding vastgestelde regels zijn gerespecteerd.⁹⁴ Daarentegen overwegen appèlarbiters dat de aannemer dan wel tenminste kenbaar had dienen te maken dat hij interesse had, maar niet kon inschrijven vanwege de onaanvaardbare voorwaarden. In dit geval had de aannemer na ontvangst van de nota van inlichtingen niets meer van zich laten horen. Dan kan de aanbestedende dienst niet bevroeden dat hij meer was dan een belangstellende die zijn interesse had verloren.⁹⁵

Los van de inhoudelijke merites van deze uitspraken, formuleerde de Nederlandse rechtspraak rond de millenniumwisseling dus al antwoorden op de kernvragen ter zake (wezenlijke) wijzigingen tijdens de uitvoering, namelijk: welke partijen mogen daartegen ageren? Langs welke maatstaf moet de discussie worden beslecht? Welke sancties kunnen kleven aan de kwalificatie wezenlijke wijziging? Toch kwam het leerstuk relatief laat tot ontwikkeling, zeker in vergelijking met Frankrijk.

2.4.2 Een lange Franse traditie

Frankrijk kent een lange aanbestedingsrechtelijke traditie die ook buiten haar landsgrenzen invloed uitoefent. Zo merkt Van Romburgh, onder verwijzing naar Wedekind, op dat: “[...] een ‘ré-diffusion’ van het Franse recht onder meer via arresten van het Europese Hof van Justitie in het Nederlandse recht zichtbaar [is]. Men spreekt wel van een ‘circulation occulte’; het gaat niet meer om een overname ‘en bloc’ van een heel rechtssysteem zoals ten tijde van Napoleon, maar om een overname op bepaalde rechtsgebieden. Het aanbestedingsrecht is daar onloochenbaar een voorbeeld van.”⁹⁶

Ook ten aanzien van de toelaatbaarheid van wijzigingen is deze invloed duidelijk merkbaar. Waar aan het begin van de 20^e eeuw de wijzigingsvrijheid nog nadrukkelijk voorop stond, werd deze in de loop van de tijd steeds verder ingekaderd. In 1907 oordeelde de Conseil d’État dat “wet- en regelgeving er geenszins aan in de weg staan dat partijen bij een overeenkomst met de overheid met elkaar overeenkomen de bepalingen uit die overeenkomst te wijzigen”.⁹⁷ Dit principiële oordeel

93 Deze praktijk is nadien aan banden gelegd, zie art. 1.21 lid 1 en art. 2.66 Aanbestedingswet.

94 RvA 28 april 2003, nr. 25.357 (alineä 10).

95 RvA 18 maart 2005, nr. 70.779 (alineä’s 15 en 16).

96 Van Romburgh 2005, p. 85 met voetnoten 462 - 465.

97 Conseil d’État 22 november 1907 (*Sieur Coste*, Rec. 849).

bracht mee dat de wijzigingsvrijheid zodanig als onderdeel van de contractvrijheid werd beschouwd, dat lange tijd weinig aandacht werd besteed aan de toelaatbaarheid van dergelijke wijzigingen.⁹⁸

Rond diezelfde tijd onderkende de Conseil d'État dat de overheid niet een doorsnee contractspartij is. Dit besef leidde tot de ontwikkeling van het leerstuk van de 'mutabilité du contract administratif': in haar hoedanigheid van hoeder van het algemeen belang, kan de overheid er eenzijdig toe besluiten een contract niet ongewijzigd voort te zetten. Werd die bevoegdheid in 1902 nog geconstrueerd vanuit billijkheidsoverwegingen,⁹⁹ volgde in 1910 al de bevestiging van de Conseil d'État dat het de overheid was toegestaan om "*in het algemeen belang noodzakelijke wijzigingen en aanvullende prestaties voor te schrijven teneinde het normale verloop van de overheidsdienst te waarborgen*".¹⁰⁰

Dit denken vanuit het algemeen belang beïnvloedde lange tijd de manier waarop tegen eenzijdige wijzigingen werd aangekeken.¹⁰¹ Die mogelijkheid werd beschouwd als integraal onderdeel van de regels die van toepassing waren op deze overeenkomsten.¹⁰² Wel diende de opdrachtnemer schadeloos te worden gesteld als de wijziging in zijn nadeel uitpakte.¹⁰³ Deze eenzijdige wijzigingsbevoegdheid was wel ingekaderd: zij strekte zich niet uit tot een "*modification profonde de l'objet du marché*".¹⁰⁴ Al sinds het einde van de 19^e eeuw werd het verbod

98 Hoepffner 2009, p. 27 - 30.

99 Conseil d'Etat 10 januari 1902, no. 94624 (*Compagnie nouvelle du Gaz de Deville lès Rouen*). Dit is een eigen vertaling. De Franse tekst luidt: "*aucune disposition de la loi ou du règlement ne fait obstacle à ce qu'au point de vue des rapports entre les parties contractantes, les clauses d'un marché [...] soient modifiées d'un commun accord en cours d'exécution [...]*".

100 Conseil d'Etat 11 maart 1910, nr. 16178 (*Compagnie des tramways*). Dit is een eigen vertaling. De Franse tekst luidt: "*[...] de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service.*"

101 Deze benadering vanuit het algemeen belang vond ook steun in EHRM 9 december 1994, nr. 13427/87 (*Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, r.o. 72). In de Nederlandse literatuur is dit denken vanuit het algemeen belang niet warm onthaald, zie Chao-Duivis 2010, § 3.2 met verwijzingen.

102 Conseil d'État 2 februari 1983, nr. 34027 (*Union des transports publics urbains et régionaux*).

103 Conseil d'État 27 oktober 1978, nr. 05722 (*Ville de Saint-Malo*). Vgl. thans art. L. 2194-2 Code de la Commande publique, waarin wordt uitgesproken dat "*lorsque l'acheteur apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif soumis au présent livre, le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat [...]*". Vergelijk het 'fait du prince', waarbij een partij wordt gecompenseerd als gevolg van het onafhankelijk van het contract genomen publiekrechtelijke maatregelen. Zie over het eenzijdige wijzigingsrecht ook Van Garsse & Verhoeven 2019, § 2.3.

104 Conseil d'État 14 maart 1980, nr. 03417 (*SA Cie industrielle de travaux électriques et mécaniques*).

erkend om een ‘nieuw werk’ op te dragen (en daarmee een nieuwe overeenkomst te sluiten). Aanvankelijk werd dit verbod beschouwd vanuit het oogpunt een opdrachtnemer te beschermen tegen rechtsmisbruik door de overheid. Zo mocht de opdrachtnemer uitvoering weigeren bij een niet-toegestane wijziging. Meende hij ten onrechte dat de wijzigingen een te majeure impact hadden, dan kwamen de gevolgen van die verkeerde inschatting voor zijn rekening.¹⁰⁵

Sinds de jaren '80 kreeg dit verbod een tweede leven. Als de wijziging meebracht dat feitelijk sprake was van een andere overeenkomst, dan diende opnieuw te worden aanbesteed.¹⁰⁶ Er kwam meer toezicht, met name om te waarborgen dat de oorspronkelijke voorwaarden tijdens de uitvoering zouden worden gerespecteerd c.q. om de continuïteit tussen aanbesteding en uitvoering te waarborgen.¹⁰⁷ Van dat laatste getuigt ook het in 1992 geïntroduceerde art. 20 Code des Marchés publics: *“Sauf en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, avenants et décisions de poursuivre ne peuvent bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet.”*¹⁰⁸

Hierdoor werd het principe dat overeengekomen wijzigingen ('avenants') of eenzijdige wijzigingen ('décisions de poursuivre') in beginsel geen ingrijpende invloed op de oorspronkelijke overeenkomst mochten hebben wettelijk tot regel verheven. Op basis van de - niet geheel eenduidige - jurisprudentie en literatuur kon de bovengrens voor dit type wijzigingen op circa 15 à 20% van de opdrachtwaarde worden gelegd, waarboven een niet-toegestane wijziging werd aangenomen die tot heraanbesteding noopte.¹⁰⁹

Ingeval van 'sujétions techniques imprévues' (onvoorziene omstandigheden van technische aard) gold deze beperking niet en bestond een grotere wijzigingsvrijheid. Die vrijheid werd door de wetswijziging van 19 december 2008 benadrukt, waarbij werd verduidelijkt dat de waarde van de wijziging geen relevant gegeven was.¹¹⁰ Daar stond wel tegenover dat het diende te gaan om *“inhoudelijke moeilijkheden die tijdens de uitvoering van een overheidscontract aan de dag komen en die een uitzonderlijk karakter dragen, en de moeilijkheden ten tijde van het*

105 Conseil d'État 17 februari 1978, nr. 99193 (*Sté Compagnie française d'entreprise*).

106 Hoepffner 2009, p. 159 - 161 en 166 - 172. Zie voor de verplichting tot concurrentiestelling met name p. 168 en voetnoot 120 met verwijzingen naar jurisprudentie die teruggaat tot 1989.

107 Hoepffner 2009, o.a. p. 44 en 45, 146, 151, 174 - 182, 197 - 205, en 266 - 268.

108 Décret 92-1310 van 15 december 1992. Vgl. art. 118 dat in 2006 werd toegevoegd.

109 Hoepffner 2009, p. 201 en 203. Vgl. Conseil d'État 11 juli 2008, nr. 312354 (*Ville de Paris*).

110 Zie art. 35 van het décret no 2008-1355 d.d. 19 december 2008.

*sluiten van de overeenkomst niet te voorzien waren en waarvan de oorzaak niet aan partijen te wijten is.”*¹¹¹

Deze ontwikkelingen, waardoor de wijzigingsvrijheid werd ingeperkt, zijn overigens niet onomstreden. In 2009 promoveerde Hoepffner op de wijziging van overheidscontracten, waarbij zij zich in hoofdzaak concentreerde op het Franse recht. Gaudemet begint zijn voorwoord op dit proefschrift met de ominieuze vraag: “*Wat nu als de mededingingsideologie de dood van het administratieve contract zou inluiden?*”¹¹² Hoepffner zelf is niet minder onheilspellend als zij concludeert dat “[...] *vandaag de dag de dreiging van buiten het contractuele kader komt: zij rijst op uit het mededingingsrecht en doet de vernietiging van de veranderlijkheid van het administratieve contract vrezen, die nochtans gerechtvaardigd wordt vanuit de veranderlijkheid van de openbare dienst en van het algemeen belang*”.¹¹³

Diezelfde zorgen worden overigens in de Nederlandse context nogal eens vertaald als rechtmatigheid ten koste van doelmatigheid. Die tegenstelling lijkt weinig aantrekkelijk, omdat het de indruk wekt van principieel onverenigbare belangen, zie ook § 2.5.4 hierna. Voor nu volstaat de opmerking dat mededingingsrechtelijke overwegingen onmiskenbaar al geruime tijd een niet te veronachtzamen factor vormen en dat het verbod om tijdens de uitvoering wezenlijk te wijzigen in Frankrijk al decennialang stevige voet aan de grond heeft. Wordt deze ontwikkeling gecontrasteerd met de evolutie in het Amerikaanse recht, dan vallen enkele kenmerkende parallellen op.

2.4.3 Amerikaanse gelijkgestemdheid

Hoewel een rechtsvergelijking met het Amerikaanse recht buiten het bestek van dit onderzoek valt, kan op deze plaats een trans-Atlantisch uitstapje toch nuttig zijn teneinde te illustreren dat het verbod om wezenlijk te wijzigen van een breder gedragen rechtsgevoel getuigt. Het Amerikaanse rechtssysteem is al meer dan een

111 Conseil d’Etat 30 juli 2003, nr. 223445 (*Commune de Lens*). Dit is een eigen vertaling. De Franse tekst luidt: “[...] *difficultés matérielles rencontrées lors de l’exécution d’un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties*.” Deze criteria vertonen een duidelijke parallel met het Europese aanbestedingsrecht, zie hierna hoofdstuk 6.

112 Hoepffner 2009, p. V. Dit is een eigen vertaling. De Franse tekst luidt: “*Et si l’idéologie concurrentielle du moment sonnait la mort du contrat administratif?*”

113 Hoepffner 2009, p. 515. Dit is een eigen vertaling. De Franse tekst luidt: “[...] *aujourd’hui, la menace est extérieure au rapport contractuel : elle provient des droits de la concurrence et fait craindre une annihilation de la mutabilité du contrat administratif pourtant justifiée par la mutabilité du service public et de l’intérêt général*.” De “*mutabilité du service public*” wordt ook wel het “*principe d’adaptation constante du service public*” genoemd, oftewel het principe van constante aanpassing van de publieke dienst.

eeuw bekend met de ‘cardinal change’-doctrine.¹¹⁴ Een dergelijke wijziging is aan de orde “*when the government effects an alteration in the work so drastic that it effectively requires the contractor to perform duties materially different from those originally bargained for*”.¹¹⁵ Ook hier heeft de jurisprudentie zich langs twee hoofdlijnen ontwikkeld.

Ten eerste langs de contractuele verhoudingen:¹¹⁶ bij een ‘cardinal change’ pleegt de overheid in beginsel contractbreuk.¹¹⁷ Zoals de Court of Claims het eens zonder omhaal formuleerde: “*a cardinal change is a breach of contract for which the contractor can sue in the age-old way*”.¹¹⁸ Achtergrond hiervan is de wens opdrachtnemers te beschermen tegen het opdragen van werkzaamheden die buiten de algemene aard van het contract vallen.¹¹⁹ Anders zou de opdrachtgever de opdrachtnemer kunnen opdragen iets geheel anders te realiseren dan overeengekomen, terwijl laatstgenoemde daar mogelijk niet de knowhow of middelen voor heeft.¹²⁰ In lijn daarmee wordt aanvaard dat de opdrachtnemer zijn rechten op dit punt kan verspelen, met name door de uitvoering voort te zetten.¹²¹

In de tweede lijn is het doel de belangen van derden te beschermen. De wijze waarop Amerikaanse instanties omgaan met deze kwestie, vertoont grote gelijkheid met de latere Europese jurisprudentie.¹²² Een treffend voorbeeld is *Webcraft Packaging* uit 1978 inzake de levering van papier.¹²³ Tijdens de aanbesteding worden strenge eisen gesteld, die tijdens de uitvoering worden versoepeld. Webcraft stelt dat zij papier kon leveren dat aan de gewijzigde eisen voldeed. Kernvraag was “*whether the original purpose or nature of the contract has been so substantially changed by the modification that the contract for which competition was held and the contract to be performed are essentially different. In other words, was*

114 Swan 2013, p. 41 en 42.

115 U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit 30 juli 1993, *At&T Communications, Inc v Wiltel, Inc.*, 1 F.3d (Fed. Cir. 1993).

116 Ingevolge deze benadering is het dus niet vereist dat het om een aanbesteed contract gaat.

117 Vgl. Chao-Duivis 2003, p. 35 en 36.

118 US Court of Claims 14 maart 1969, *Air-A-Plane Corporation vs. United States* (408 F.2d 1030 (1969)). In deze zaak herhaalde de Court of Claims dat van een ‘cardinal change’ sprake is “*if the ordered deviations altered the nature of the thing to be constructed*”. Dit dient per geval te worden beoordeeld, waarbij de hoeveelheid wijzigingen op zichzelf niet doorslaggevend is.

119 US Court of Claims 25 januari 1978, *Allied Materials & Equip. Co v United States* 569 F.2d 562.

120 Vgl. Kahn 1986, p. 148.

121 O.a. US Court of Federal Claims 1 september 2000, *Becho, Inc. v. United States*, 47 Fed. Cl. 595, 601 (2000).

122 Vgl. Yukins 2014, § IV sub D.

123 US Government Accountability Office 14 augustus 1978, B-194087, met verwijzingen naar jurisprudentie van de Court of Claims. Het GAO is een onafhankelijke audit-instantie.

the field of competition materially changed due to the modification.” Dat blijkt inderdaad het geval. De Government Accountability Office concludeert dat *“the fact that there were at least nine potential sources of supply for the revised paper demonstrates that the field of competition was materially changed due to the modification. Subsequently, the agency should have cancelled the original jacket and resolicited for the revised paper.”*

Het draait daarmee om de vraag of de mededinging geschaad wordt door de wijziging. Het antwoord hierop hangt volgens het standaardarrest *AT&T Communications* intrinsiek samen met het voorwerp van de aanbestede opdracht en de redelijke verwachtingen die daaraan ontleend kunnen worden: *“The test is “whether a changed contract is materially different from the competed contract”. The analysis thus focuses on the scope of the entire original procurement in comparison to the scope of the contract as modified. Thus a broad original competition may validate a broader range of later modifications without further bid procedures. [...] An important factor in determining the scope of the original competition is ‘whether the solicitation for the original contract adequately advised offerors of the potential for the type of changes during the course of the contract that in fact occurred, or whether the modification is of a nature which potential offerors would reasonably have anticipated.’”*¹²⁴

Het zal niet verbazen dat er in de uitwerking verschillen met de Europese benadering kunnen worden aangewezen.¹²⁵ Dat doet echter niet af aan het uitgangspunt dat continuïteit dient te bestaan tussen aanbesteding en uitvoering om de belangen van derden te beschermen. Dit rechtsgevoel is niet van louter aanbestedingsrechtelijke aard. Ook verbintenisrechtelijk mogen de belangen van derden niet zonder meer worden veronachtzaamd. Het is de moeite waard na te gaan hoe die verplichting zich kan verhouden tot een wijzigingsbeperking.

2.5 DE VERBINTENISRECHTELIJKE ZORGPLICHT IN NIEUW LICHT

Een wijzigingsbeperking is vanuit het oogpunt van eerlijke mededinging te billijken.¹²⁶ Daadwerkelijke mededinging veronderstelt continuïteit,¹²⁷ om zo het nuttig

124 U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit 30 juli 1993, *At&T Communications, Inc v Wiltel, Inc.*, 1 F.3d (Fed. Cir. 1993). Vgl. US GAO 30 maart 2009, *Lasmer Indus., Inc.*, B-400866.2, B-400916.2, B-401046. Zie Cibinic, Nash & Nagle 2006, p. 385 - 390 voor vele verwijzingen. Kritisch is Dekel 2009, p. 401 - 426.

125 Simovart 2016, conclusie.

126 Vgl. in relatie tot (de voorgangers van) art. 101 en 102 VWEU o.a. HJEU 29 juni 2010, C-441/07 P (*Alrosa*, r.o. 111 en 118 - 120). Zie ook de conclusie van A-G Kokott in die zaak vanaf alinea 224.

127 Ontleend aan Hoepffner 2016, p. 280 en voetnoot 6.

effect van een aanbesteding te waarborgen.¹²⁸ Verliezende inschrijvers mogen erop vertrouwen dat de winnaar een beter aanbod heeft gedaan, en het contract in beginsel conform dat aanbod zal uitvoeren.¹²⁹ De kwestie kan ook worden benaderd door het perspectief bij wijze van spreken een kwartslag te draaien en de wijzigingsbeperking te plaatsen in een algemeen civielrechtelijk kader. Te constateren valt dan dat het ten dele inperken van de contractvrijheid een meer algemene ontwikkeling is (§ 2.5.1), en dat de verplichting rekening te houden met de belangen van nauw betrokken derden tot een wijzigingsbeperking kan leiden (§ 2.5.2 en 2.5.3). Wel dient te worden gewaakt voor een te vergaande doorwerking (§ 2.5.4).

2.5.1 Over de ontwikkeling van de contractvrijheid

Het verbod wezenlijk te wijzigen is nauw verbonden met de vrijheid het contract naar eigen inzicht uit te voeren. Meer in het algemeen valt dit verbod echter te plaatsen in een ontwikkeling waarbij de contractvrijheid aan enige erosie onderhevig is, ook al blijft zij een leidend contractenrechtelijk beginsel.¹³⁰ Wat betreft het contracteren met de overheid biedt het aanbestedingsrecht daar een duidelijk voorbeeld van. Niettegenstaande de grote mate van vrijheid een aanbesteding zodanig in te richten dat aan zijn behoefte wordt tegemoet gekomen, dient een aanbestedende dienst zijn voorkeuren zo te objectiveren dat ondernemers op basis van een gelijk speelveld om het contract concurreren. Die voorkeuren dienen te worden vormgegeven in proportionele criteria die transparant worden gecommuniceerd en consequent worden toegepast.

Het aanbestedingsrecht staat hierin niet alleen. In 1979 concludeerde Atiyah in zijn standaardwerk *The rise and fall of freedom of contract* al dat individuele (contract)vrijheid het meer en meer moet afleggen tegen groepsbelangen: “*During the past hundred years there has been a continuous weakening of belief in the values involved in individual freedom of choice, and this weakening has been reflected in the law. The legislation of the past century has carried to great lengths the circumstances in which the individual’s freedom of decision is overridden, either in the direct interests of a majority, or to give effect to values which a majority believe to be of overriding importance.*”¹³¹ Net als anderen,¹³² ziet Atiyah die beperkin-

128 Hoepffner 2009 p. 175. Prieß & Saussier 2013, p. 159, alwaar Prieß de verplichting tot heraanbesteding beschouwt als een afschrikwekkend middel dat “*a distortion of the tender result*” beoogt te voorkomen.

129 Vgl. Racca, Cavallo Perin and Albano 2011, p. 90, 91, 95, 100 e.v..

130 Zie uitvoerig *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/45-64. Vgl. Tjong Tjin Tai 2019/47 inzake de wijzigingsvrijheid als uitgangspunt.

131 Atiyah 1979, p. 726.

132 Zie o.a. Stijns & Swaenepoel 2010, p. 9 - 28. Zie ook de epiloog van Keirse op p. 263 en 264 waar zij schrijft dat egoïsme plaatsmaakt voor paternalisme. Zie ook *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/53 e.v. met verwijzingen, net als De Vries 2016, p. 3 e.v. met verwijzingen. Zie verder Houben 2017, p. 600 - 609. Zie voorts Hartlief & Stolker 1999.

gen gerechtvaardigd vanuit de wens de zwakkere (consument of werknemer) te beschermen.¹³³ Een bijzondere vorm van inperking op de vrijheid om te kiezen of men wil contracteren, wordt gevormd door de in bepaalde sectoren aanwezige contractdwang.¹³⁴

Het rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van een ander komt in het Nederlandse civiele recht ook tot uitdrukking in civielrechtelijke correctiemechanismen, zoals in bijvoorbeeld artikelen 3:40, 3:44, 3:45, 6:228 (jo. 6:230), 6:248, 6:258, en 7:753 BW. Daarbij past wel de kanttekening dat deze bepalingen niet uitsluitend geschreven zijn ter bescherming van consumenten of werknemers, maar juist ook in zakelijke verhoudingen een instrument kunnen vormen om een onevenwichtige verhouding recht te trekken.

Gelet op deze socialisering, durft Keirse de stelling aan dat: *“er aanleiding [is] om niet langer [...] de gehoudenheid om rekening te houden met andermans belangen als uitzondering te beschouwen op de werkelijke kern van het contractenrecht [...] maar andersom om deze gehoudenheid als kern van het contractenrecht te betitelen.”*¹³⁵ Op zijn minst getuigt deze toenemende aandacht voor andermans belangen van een herijking van de ter zake doende belangen. Nu ziet het rekening houden met ‘andermans belangen’ primair op de belangen van de contractuele wederpartij. Echter, die socialisering lijkt ook aanwezig in de verplichting rekening te houden met de belangen van derden.

2.5.2 Rekening houden met de belangen van derden

Het staat contractpartijen niet onder alle omstandigheden vrij de belangen van derden te veronachtzamen. In de Nederlandse jurisprudentie wordt deze regel al sinds 1946 expliciet erkend.¹³⁶ Die regel is volgens Du Perron overigens niets bijzonders.¹³⁷ Als schakel in het rechtsverkeer kunnen zij een zorgplicht hebben jegens nauw betrokken derden, die belang hebben bij deugdelijke nakoming.¹³⁸ Die zorgplicht kan in de weg staan aan het honoreren van een vordering tot nakoming,¹³⁹ of

133 Atiyah 1979, p. 731 - 740.

134 Zie uitgebreid Houben 2005.

135 Keirse 2010, p. 265.

136 HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323 (*Staat/Degens*).

137 Du Perron 1999, p. 304. Hij concludeert (p. 375) dat ieder rechtssysteem waarin het contractenrecht tot ontwikkeling is gekomen, de relativiteit van de contractwerking moet erkennen.

138 HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*); HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, NJ 2012/59 (*Wierds/Visseren*). Die schakel kan volgens de Hoge Raad “*allerlei vormen*” aannemen. Zie voor de (spiegelbeeldige) respectplicht van de derde ten aanzien van de belangen van contractpartijen Van Bochove 2013.

139 HR 20 mei 1994 (NJ 1995, 691, *Negende van oma*, r.o. 3.3), waarin de Hoge Raad deze belangenafweging plaatste in het kader van art. 3:12 BW.

meebrengen dat het weigeren gebruik te maken van een contractuele bevoegdheid als onrechtmatige daad kwalificeert.¹⁴⁰ Voor het ageren van die derde is wanpres-tatie niet vereist.¹⁴¹

Deze zorgplicht kan uit het autonomiebeginsel worden begrepen. Dat beginsel kent een positieve zijde (de verbindende kracht van het contract) en een negatieve (de relativiteit van de contractwerking).¹⁴² Die laatste wordt ook wel uitgedrukt onder het adagium dat een rechtshandeling tussen partijen derden schaden noch baten kan.¹⁴³ Dat betekent niet dat ieder voordeel of nadeel voor die derde wordt uitgesloten; het impliceert wel dat te zijner gunste en laste geen verbintenissen mogen ontstaan.¹⁴⁴ Hierin ligt dus besloten dat de toepassing van de zorgplicht veronderstelt dat de belangen van een nauw betrokken derde in het gedrang kunnen komen.¹⁴⁵ Aan de hand van negen niet-limitatieve¹⁴⁶ factoren heeft de Hoge Raad handen en voeten gegeven aan de vraag wanneer contractanten hun gedrag mede door de belangen van een (nauw betrokken) derde dienen te bepalen:

1. de hoedanigheid van alle betrokken partijen;
2. de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst;
3. de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken;
4. de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was;
5. de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien;
6. de vraag in hoeverre het bezwaarlijk was met die belangen rekening te houden;
7. de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt;
8. de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt;
9. de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.

Hierna wordt verkend hoe die factoren uitwerken bij het wijzigen van een aanbe-stede overeenkomst.

140 Vgl. HR 8 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2189, *NJ 1997/136 (SKV/Bosk-ovee*, r.o. 3.4.3).

141 HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355 (*DMB/Compaen*).

142 Zie uitgebreider Perron 1999, hoofdstuk 1.

143 Vgl. bijv. art. 1376 BW (oud) en art. 1199 Franse Code Civil. Vgl. Basedow 2015, nr. 263 en *Asser/Hartkamp 3-I* 2019/313.

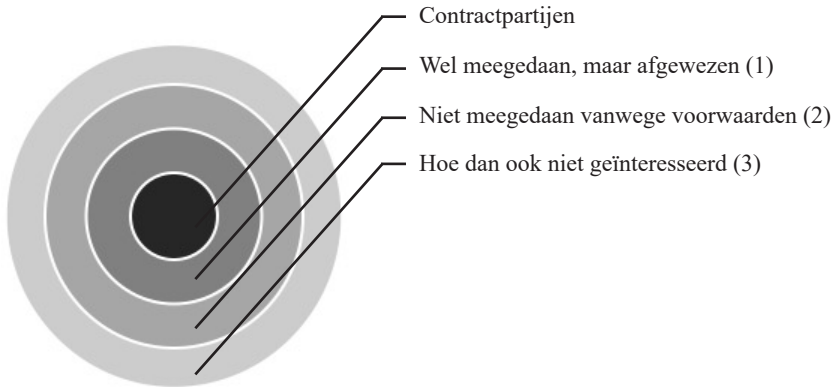
144 Du Perron 1999, p. 71 en 72. Vgl. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2018/518 e.v.

145 Vgl. HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444 (*Warmond/Lexence*, r.o. 3.7.5).

146 Alle omstandigheden van het geval zijn namelijk relevant, waaronder deze negen. Zie HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355 (*DMB/Compaen*, r.o. 3.3.2), HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 (*Wierds/Visseren*, r.o. 3.4.2), en HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069 (*Vleesmeesters/Alog*, r.o. 3.4).

2.5.3 Wezenlijke wijziging als onrechtmatige daad

Ingevolge art. 2.163g Aanbestedingswet is het verboden om wezenlijk te wijzigen. Het bestaan van een wezenlijke wijziging kan daarmee als een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht in de zin van art. 6:162 BW worden aangemerkt. Van dit specifiek wettelijke voorschrift geabstraheerd, kan een wezenlijke wijziging worden gezien als een doen of nalaten in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dit vanwege de verplichting om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van een derde. Eerst is het dan van belang na te gaan wie als ‘derde’ kan worden aangemerkt. Dit kan vereenvoudigd als volgt worden weergegeven:



Het gaat hier alleen om partijen in cirkels 1 en 2. Op het eerste oog kan de neiging bestaan onderscheid te maken tussen die groepen. Van partijen in cirkel 1 kan dan gesteld worden dat zij in beginsel nauw betrokken zijn: vanwege hun deelname aan de aanbesteding is hun interesse en belang evident. Partijen in cirkel 2 zouden dan *vooralsnog* niet nauw betrokken zijn. Die benadering lijkt echter onwerkbaar. Partijen in beide groepen worden immers pas benadeeld bij een wezenlijke wijziging. Daarbij komt dat de betrokkenheid van een partij (of zelfs van alle partijen in een cirkel) niet door dezelfde wijziging geactiveerd wordt. Zo zal het niet nalaven van een geschiktheidseis met name relevant kunnen zijn voor partijen die niet of ongeldig hebben ingeschreven, terwijl een wijziging in de gunningscriteria in eerste instantie afgewezen inschrijvers raakt die een geldige inschrijving hebben gedaan. Daarnaast kan een wijziging partijen in zowel cirkels 1 als 2 raken, bijvoorbeeld bij een uitbreiding of inperking van de opdracht. Dat kan niet alleen gevolgen hebben voor de kring van geïnteresseerde gegadigden, maar ook op de inhoud van de aanbieding en daarmee voor de rangorde tussen de inschrijvers.

Worden de negen factoren toegepast, dan lijkt een wijzigingsbeperking bij aanbestede overeenkomsten ook uit dien hoofde op zijn plaats, met name als erop wordt gelet hoe ze gezamenlijk uitwerken.

Factor 1 (hoedanigheid). De betrokkenen zijn nagenoeg altijd professionele partijen. Dat op zichzelf rechtvaardigt een wijzigingsbeperking nog niet. Van groter belang is dat het initiatief bij een overheidsinstantie ligt op wie de verplichting tot gelijke behandeling en transparantie rust. Zorgvuldige voorbereiding en consistente uitvoering mogen daarom worden verwacht. De overheid is niet als iedere andere contractpartij; zij dient rekening te houden met meer dan alleen haar rechten en verplichtingen jegens haar contractuele wederpartij.¹⁴⁷

Factor 2 (aard en strekking). Ondernemers concurreren met elkaar op basis van de kenbare eisen uit de aanbestedingsstukken. Opdat vraag en aanbod zich zo goed mogelijk vinden, dient daarom zo vroeg mogelijk een zo helder mogelijk beeld te bestaan omtrent de aard, omvang en inhoud van de opdracht. Zo kan de meest geschikte partij worden gevonden. Tegen een strikte wijzigingsbeperking pleit echter dat ook complexe projecten worden aanbesteed, die een lange(re) looptijd hebben en de nodige onzekerheid in zich dragen. Vertrouwen en (rechts)zekerheid wegen dan zwaar. Dat betekent evenwel niet dat de belangen van een nauw betrokken derde volledig mogen worden veronachtzaamd.

Factor 3 (wijze van betrokkenheid). Wijzigingen kunnen tot gevolg hebben dat het contract ook voor andere ondernemers interessant is of zou zijn geweest, althans dat deelnemende ondernemers een ander aanbod zouden hebben gedaan. In beide gevallen wordt hen een kans ontnomen.

Factor 4 (kenbaarheid). Deelnemende ondernemers weten dat zij met elkaar concurreren en dat de winnaar dient te worden vastgesteld op basis van de kenbare eisen en criteria. Verliezers mogen erop vertrouwen dat ze een eerlijke kans hebben gekregen en dat de winnaar het contract conform zijn aanbod uitvoert. Voor de aanbestedende dienst en de winnaar is dit voorzienbaar: de winnaar heeft het winnende aanbod gedaan voor een specifiek afsprakenpakket.¹⁴⁸ Het niet waarmaken van dat aanbod, of het aanpassen van dat pakket, kan meebrengen dat hij - achteraf bezien - niet zou hebben gewonnen.

Factor 5 (vertrouwen derde). Een derde weet dat een overeenkomst in enige mate kan worden gewijzigd. Dat is gangbaar in een contractuele samenwerking. Tegelijkertijd hoeft hij niet te verwachten dat het contract volledig op de schop gaat. Hij mag op de zorgvuldige voorbereiding en naleving van de aanbestedingsrechtelijke

147 Vgl. HR 21 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5590 (*De oude molen*, r.o. 3.3.2) over de positie van een overheidslichaam en de schadevoorkomingsplicht ten aanzien van derden.

148 A-G Valk bepleit dat op het moment van contractuele binding ten minste de mogelijkheid van het derdenbelang voorzienbaar dient te zijn, zie zijn conclusie d.d. 12 mei 2017 ECLI:NL:PHR:2017:428 (*DMB/Compaaen*, alinea 2.8). De Hoge Raad is hier niet op ingegaan. Tjong Tjin Tai begrijpt het voorzienbaarheidsselement ook in het kader van de kenbaarheidsfactor, zie zijn annotatie bij *DMB/Compaaen* in *NJ* 2017/364.

beginselen door de aanbestedende dienst vertrouwen en op het in uitgangspunt uitvoeren van het (betere) aanbod door de opdrachtnemer.

Factor 6 (bezwaarlijkheid). Deze factor kan een contra-indicatie vormen. Een wijzigingsbeperking bergt namelijk het gevaar in zich dat derdenbelangen tijdens de uitvoering het primaat krijgen ten koste van projectbelangen. Het algemeen belang is (veel) meer dan het belang van teleurgestelde ondernemers.¹⁴⁹ Tegelijkertijd lijkt die tegenwerping sinds 2016 aan relevantie te hebben ingeboet. Sindsdien bestaat meer duidelijkheid en zekerheid omtrent de vraag wat wel mag. Die ruimte is substantieel.

Factor 7 (nadeel). Wijzigingen kunnen een derde de kans op het uitvoeren van (een deel van) een overeenkomst ontnemen. De schade die hij daardoor leidt, laat zich uitdrukken in misgelopen omzet en gemiste ervaring. Gelet op de ervaringseisen die vaak in aanbestedingen gesteld worden, weegt dat laatste ook voor toekomstige opdrachten. Het betreft dus nadeel in de vorm van een gemiste kans.¹⁵⁰

Factor 8 (mogelijkheid indekken). Een derde hoeft zich in beginsel niet in te dekken, aangezien de wijze van uitvoering primair een verantwoordelijkheid van de contractpartijen is en op de aanbestedende dienst een zelfstandige verplichting rust het aanbestedingsrecht na te leven. Daarbij zal het voor een derde moeilijk zijn zich vooraf in te dekken tegen een wijziging waarvan hij moment, aard noch omvang kent.

Factor 9 (schadeloosstelling). Een redelijke schadeloosstelling kan een derde in een vermogenspositie brengen die correspondeert met de positie waarin hij zou hebben verkeerd als hij de gewijzigde overeenkomst c.q. de wijziging zou hebben uitgevoerd. Ook kan de aanbestedende dienst soms¹⁵¹ toezeggingen doen over het onderhands gunnen van een kleinere opdracht. Gelet op zijn zelfstandige verplichting het aanbestedingsrecht na te leven, is de zaak daarmee voor de aanbestedende dienst echter niet zonder meer afgedaan. Zo houdt de accountant toezicht op de rechtmatige besteding van belastinggeld en kan ook de Minister op grond van de Wet NERpe toezicht houden op de naleving van de aanbestedingsregels. Los daarvan is het de vraag of aan 'de' derde een redelijke schadeloosstelling is geboden indien (slechts) één derde schadeloos is gesteld. Door de wijziging kunnen immers meerdere derden worden benadeeld.

Kortom: een Europees aanbestede overeenkomst maakt dat (nog) meer rekening dient te worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van derden. Indien

149 Zie uitvoeriger over de belangen die het aanbestedingsrecht en het verbintenissenrecht beogen te beschermen Prent 2021, p. 71 - 75. Idem Prent 2022, p. 41.

150 Zie nader § 8.4.3. Vgl. o.a. Rb. Rotterdam 13 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10927 (r.o. 2.17 en 2.18).

151 Aangenomen dat de aanbestedende dienst daarbij handelt conform Deel 1 Aanbestedingswet 2012 en zijn inkoop- en aanbestedingsbeleid.

die belangen onvoldoende worden meegewogen, kan dit de aanbestedende dienst als onrechtmatige daad worden aangerekend. Tegelijkertijd moet die zorgplicht niet een te prominente plaats krijgen.

2.5.4 Belang om te waken voor een te vergaande doorwerking

De Hoge Raad heeft benadrukt dat het een contractpartij niet onder alle omstandigheden vrijstaat de belangen van derden te veronachtzamen. Het aanbestedingsrecht verbiedt verder alleen wezenlijke wijzigingen.¹⁵² Daarvan is naar huidig recht sprake indien de overheidsopdracht materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht.¹⁵³ Het begrip materieel wordt niet gedefinieerd, maar het lijkt niet zonder meer te kunnen worden vereenzelvigd met ‘inhoudelijk’. Vrijwel elke wijziging kan immers als zodanig worden bestempeld, terwijl mede op basis van het begrippenkader uit andere taalversies en *Pressetext* kan worden betoogd dat de wijziging een aanmerkelijke invloed moet hebben gehad op de oorspronkelijke overheidsopdracht.¹⁵⁴ Zowel aanbestedingsrechtelijk als contractenrechtelijk kan daarom de conclusie getrokken worden dat de zorgplicht jegens derden een zekere bijrol vervult. Echter, het leerstuk van de wezenlijke wijziging kan relatief eenvoudig de hoofdrol gaan opeisen.

Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een fictief voorbeeld, dat zijn basis vindt in de werkelijkheid. In 2015 werd een ov-concessie met een geraamde waarde van € 320 miljoen door loting beslist, omdat twee partijen exact dezelfde score hadden behaald.¹⁵⁵ Hoewel gunning door loting slechts sporadisch voorkomt, is het wel gebruikelijker dat tussen de winnaar en een opvolgend inschrijver maar een klein verschil zit. In relatie tot de wezenlijke wijziging kan dat problematisch worden. Immers, elke wijziging tijdens de uitvoering, hoe miniem ook in geldelijke waarde, kan dan tot gevolg hebben dat de winnaar achteraf gezien lager gescoord zou hebben dan een verliezend inschrijver. Wijziging van de rangorde is in uitgangspunt als een wezenlijke wijziging aan te merken,¹⁵⁶ waardoor in dit voorbeeld de concessie niet rechtmatig kan worden voortgezet. Kapitaalvernietiging ligt dan op de loer en maatschappelijke belangen delven het onderspit.¹⁵⁷

152 Vgl. HJEU 26 maart 2020, C-496/18 en C-497/18 (*Hungeod*, r.o. 89).

153 Art. 2.163g lid 2 Aanbestedingswet, waarmee art. 72 lid 4 aanhef Richtlijn 2014/24/EU wordt geïmplementeerd.

154 Engels: ‘materially different in character’, Frans: ‘sensiblement différent par nature’, Duits: ‘erheblich unterscheidet’, Italiaans: ‘muta sostanzialmente la natura’, Spaans: ‘de naturaleza materialmente diferente’. Vgl. HJEU 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext* r.o. 34). Zie nader § 2.4 en uitvoeriger Bogdanowicz 2021, p. 32 - 42. Vgl. CBb 17 mei 2022, ECLI:NL:CBB:2022:234 (r.o. 12.4).

155 CBb 9 augustus 2016, ECLI:NL:CBB:2016:198 (r.o. 1.2).

156 Art. 2.163g lid 3 onder a Aanbestedingswet.

157 Een strikter kader, zoals bepleit door Blaisse-Verkooijen 2016, lijkt daarom niet aantrekkelijk.

Deze vorm van doorwerking kan dus potentieel haast iedere vorm van rechtmatige wijziging onmogelijk maken. Dit zou onwenselijk zijn, maar behoudens correcties wel de ultieme consequentie van het verbod om wezenlijk te wijzigen. Vertaald naar verbintenisrechtelijke terminologie behelst het voorgaande dat de aanbestedende dienst en opdrachtnemer niet alleen rekening dienen te houden met de belangen van een derde. Hetzelfde geldt *vice versa*. Ook ondernemers dienen rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de contractpartijen. Er dient aldus een balans te worden gevonden.

Lange tijd werd in het aanbestedingsrecht echter gezocht naar de precieze rolbepaling, met de nodige rechtsonzekerheid tot gevolg.¹⁵⁸ Tot 2016 gold namelijk grotendeels een jurisprudentierecht met beperkte wettelijk verankerde wijzigingsmogelijkheden. Dat kader was in hoge mate casuïstisch, zodat het valt toe te juichen dat thans veilige havens zijn opgenomen. Die regeling is niet perfect, maar wel een verbetering. Terecht markeren Bleeker en Manunza daarom dat art. 72 Richtlijn 2014/24/EU het leerstuk van de wezenlijke wijziging tot beter hanteerbare proporties heeft teruggebracht.¹⁵⁹ Belangen van derden worden meer in lijn gebracht met de wens en noodzaak aanbestede projecten tot een goed (of beter) einde te brengen. Die balans dient voor ogen te worden gehouden.

2.6 BEANTWOORDING DEELVRAAG 1

Deelvraag 1 luidt: hoe wordt het verbod om wezenlijk te wijzigen gerechtvaardigd?

In de kern dient een wijzigingsbeperking ertoe de gerechtvaardigde belangen van derden te beschermen. Die bescherming dient zowel tijdens de aanbestedingsprocedure als de uitvoering te worden geboden. Het Europese aanbestedingsrecht staat niet alleen in het bieden van die bescherming. Het verbod wezenlijk te wijzigen vindt ook zelfstandige wortels in Nederlandse, Franse, en Amerikaanse bronnen. Zij kan zelfs als uitvloeisel van de verbintenisrechtelijke zorgplicht worden gezien en daarmee in de sleutel van de onrechtmatige daad worden geplaatst. Tegelijkertijd kadert die ratio de reikwijdte van de wijzigingsbeperking in: het is niet toegestaan te wijzigen *in zoverre* belangen van derden worden geschonden. Zolang dat niet aan de orde is, bestaat vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt tegen een wijziging in beginsel geen bezwaar.

158 Klijn & Van den Boogaart 2013, § 5 slot en § 9 merken terecht op dat de nieuwe regels een welkome aanvulling vormen.

159 Bleeker & Manunza 2014, p. 773. Hun observatie uit voetnoot 98, dat het begrip ‘wezenlijke wijziging’ is geïntroduceerd in *Pressetext* als grond om een aanbestede overeenkomst opnieuw aan concurrentie te onderwerpen, is echter te kort door de bocht.

De mogelijkheden tot het introduceren van flexibiliteit

3.1 INLEIDING

Ingevolge de contractvrijheid mogen partijen in beginsel contracteren waarover en hoe zij willen. Het kan wel verstandig zijn vooraf na te denken over de kaders en uitwerking van hun samenwerking: een zorgvuldige totstandkoming kan het projectbelang dienen, commercieel voordelig zijn en juridisch raadzaam. Tegelijkertijd ondervangt zorgvuldige voorbereiding niet alles, bijvoorbeeld omdat afspraken achterhaald raken of gebrekkig blijken. Een dergelijke voorbereiding is ook niet altijd vereist, omdat partijen in principe de overeenkomst kunnen wijzigen binnen de door henzelf vastgestelde kaders.

Dat ligt anders bij aanbestedingsplichtige overeenkomsten waar het belang van een zorgvuldige voorbereiding nadrukkelijker voorop staat vanwege de continuïteitsverplichting.¹ Dit belang betekent echter niet zonder meer dat het verbod wezenlijk te wijzigen flexibiliteit verhindert. In dit hoofdstuk worden de flexibiliteitsmogelijkheden vanuit het dubbelperspectief vrijheid en verantwoordelijkheid nader onderzocht. Dit wordt gedaan aan de hand van de volgende deelvraag: leidt het verbod om wezenlijk te wijzigen ertoe dat aanbestedende diensten ernstig worden beperkt in hun mogelijkheid om flexibiliteit te introduceren in een overeenkomst? Ter beantwoording worden in § 3.2 algemene opmerkingen geplaatst, waarna in § 3.3 de mogelijkheid wordt geanalyseerd om prestaties te wijzigen. In § 3.4 worden wijzigingsbedingen beschouwd in relatie tot hun verbintenisrechtelijke bepaalbaarheid en kwalificatie. In § 3.5 wordt de herhalingsopdracht ontleed, terwijl § 3.6 is gewijd aan bedingen inzake identiteitswijzigingen. In § 3.7 wordt deelvraag 2 beantwoord.

3.2 ALGEMENE OPMERKINGEN

Spreeken over flexibiliteit impliceert denken in mogelijkheden. Op hoofdlijnen kan er dan op worden gewezen dat het aanbestedingsrecht het inbouwen van flexibiliteit faciliteert (§ 3.2.1) en tegelijkertijd de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst tot zorgvuldig handelen benadrukt (§ 3.2.2).

1 Vgl. Bruggeman 2020, § 5.4 met verwijzingen.

3.2.1 Vrijheid: een breed palet aan keuzes

Vertrekpunt is dat de aanbestedende dienst over een grote mate van vrijheid beschikt met betrekking tot het vormgeven van de inhoud van de aanbestedingsstukken. Wel blijft hij gebonden aan naleving van de beginselen van het aanbestedingsrecht.² Die vrijheid brengt mee dat hij er voor kan kiezen een openbare aanbesteding te organiseren en daarbij een gedetailleerd bestek te voegen. Dit kan doelmatig zijn als hij een duidelijk beeld heeft bij het project. Wel leidt deze keuze ertoe dat sneller behoefte aan wijziging ontstaat wanneer die gedetailleerde specificaties tijdens de uitvoering niet (meer) goed aansluiten. Een aanbestedende dienst heeft ook andere mogelijkheden tot zijn beschikking. Zo kan hij:

- a. voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure een marktconsultatie organiseren om beter inzicht te krijgen in zijn eigen uitvraag en in wat de markt kan bieden onder welke voorwaarden.³
- b. de eisen en werkzaamheden in functionele termen omschrijven in plaats van te vatten in een gedetailleerde technische specificatie.⁴ Door zich meer te richten op het resultaat dan op het proces, creëert hij meer mogelijkheden voor inschrijvers om hun creativiteit te benutten. In het verlengde daarvan ligt dat wanneer tijdens de uitvoering een andere werkwijze wordt gekozen, dit niet automatisch een wijziging impliceert.⁵
- c. toestaan dat inschrijvers varianten aanbieden.⁶ Dit stelt inschrijvers in staat een andere dan de voorgeschreven oplossing aan te bieden, die mogelijk beter aansluit op de behoeften van de aanbestedende dienst. Zodoende kunnen mogelijke toekomstige hobbels in de uitvoering van de besteksmatig uitgewerkte werkwijze worden vermeden.⁷
- d. voor een raamovereenkomst kiezen, bijvoorbeeld als hij (nog) geen duidelijk beeld heeft bij de omvang van de uit te voeren werkzaamheden.

2 Zie o.a. HJEU 28 juni 2016, T-652/14 (*Steelcase*, r.o. 65) en Rb. Midden-Nederland 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763 (r.o. 4.5). Vgl. naar Frans recht de mogelijkheid om met het oog op het algemeen belang een ‘clause exorbitante’ op te nemen, een beding dat de aanbestedende dienst rechten toekent die voor de opdrachtnemer bezwaar kunnen uitwerken. Een voorbeeld is het eenzijdige opzeggingsbeding, zie Conseil d’Etat 8 oktober 2014, nr. 370644. Zie vanuit staatssteunrechtelijk perspectief de welwillende houding van de Europese Commissie in zaaknummer 264/2002 (*London Underground*, alinea 86).

3 Art. 2.25 Aanbestedingswet. Art. 40 Richtlijn 2014/24/EU omschrijft het doel van een marktconsultatie duidelijker.

4 Art. 2.76 - 2.78 Aanbestedingswet.

5 Dit kan anders worden wanneer een werkwijze is aangeboden die voor de gunning relevant was.

6 Art. 2.83 Aanbestedingswet.

7 Het aanbieden van een innovatieve, experimentele technologie kan risicovol zijn, getuige Rb. Oost-Brabant 14 oktober 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:5031, bevestigd in hof Den Bosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1359.

- e. bij complexere projecten gebruik maken van de concurrentiegerichtte dialoog, de mededingingsprocedure met onderhandeling of de procedure van het innovatiepartnerschap.⁸ Die procedures kenmerken zich doorgaans door een uitvraag op een hoger abstractieniveau.
- f. een deel van de opdracht uitzonderen van de aanbestedingsprocedure, om dat deel rechtstreeks aan een andere ondernemer te gunnen.⁹
- g. herzieningsclausules en/of opties inbouwen;¹⁰ en/of
- h. de mogelijkheid opnemen van het gunnen van een herhalingsopdracht.¹¹

Hoe verschillend deze routes ook zijn en hoewel elk daarvan zijn hobbels kent, ze hebben in ieder geval gemeen dat de aanbestedende dienst hierdoor flexibiliteit kan inbouwen. Doordat hij duidelijk communiceert over de route die hij wil bewandelen, verkeren ondernemers in een gelijke positie. Hun wordt de kans geboden hierover vragen te stellen, klachten te uiten of suggesties te doen.¹² Het aanbestedingsrecht dwingt de aanbestedende dienst dus niet tot een rigide uitvraag. Wel wordt van hem zorgvuldig handelen gevergd.

3.2.2 Verantwoordelijkheid: de noodzaak tot zorgvuldigheid

Op een aanbestedende dienst rust voor elke opdracht een zorgvuldigheidsverplichting die geldt van voorbereiding tot en met uitvoering. Hij dient de inhoud van de aanbestedingsstukken duidelijk, precies en ondubbelzinnig te formuleren, zodat inschrijvers op voet van gelijkheid staan en hij kan nagaan of de inschrijvingen in lijn zijn met de gestelde criteria.¹³ Hij dient actief de naleving van de beginselen te controleren,¹⁴ het verloop van de aanbestedingsprocedure deugdelijk te

8 Zie met name art. 2.28 - 2.31b, 2.71, 2.99, 2.105, 2.110 - 2.112, en 2.126 - 2.126d Aanbestedingswet.

9 Art. 2.18 lid 3 en 2.19 lid 3 Aanbestedingswet.

10 Vgl. HJEG 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*, r.o. 118 en 119); HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 36); en CvAE 13 september 2019, advies nr. 513 (alinea's 5.24 - 5.4.4) waarin overigens geen deugdelijk herzieningsclausule was opgesteld. Vgl. verder CvAE 19 december 2017, advies nr. 445 (alinea 5.5.3). Zie over de verplichting tot periodieke prijsherziening HJEU 19 april 2018, C-152/17 (*Consorzio & Catania*).

11 Art. 2.36 Aanbestedingswet.

12 Vgl. voorschrift 3.9B Gids Proportionaliteit.

13 Vgl. o.a. HJEG 29 april 2004, C-469/99 P (*Succhi di Frutta*, r.o. 111).

14 Zie o.a. HJEU 12 maart 2015, C-538/13 (*eVigilo*, r.o. 42 en 43) en HJEU 17 mei 2018, C-531/16 (*Ecoservice*, r.o. 31 - 33).

documenteren,¹⁵ en zijn beslissingen toereikend te motiveren.¹⁶ Bij twijfel over de inhoud van de inschrijving dient hij om opheldering te vragen.¹⁷ Zelfs als ‘slechts’ sprake is van een controlebevoegdheid kan die mogelijkheid omslaan in een verplichting.¹⁸

Zorgvuldigheid speelt ook een rol bij de toelaatbaarheid van wijzigingen. Zo zijn in het verleden bepaalde uitbreidingen door het HJEU als wezenlijke wijziging aangemerkt, omdat ze voor een zorgvuldig handelende aanbestedende dienst te voorzien waren geweest waardoor deze uitbreidingen niet rechtmatig rechtstreeks gegund konden worden.¹⁹ Andersom bepaalt art. 2.163e Aanbestedingswet dat rechtmatig gewijzigd kan worden wanneer “*de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien*”. De vraag of zorgvuldig is gehandeld, dient in het concrete geval te worden beoordeeld.²⁰ Verder is aanvaard dat van een professionele aanbesteder soms zelfs verwacht mag worden dat hij door middel van een herzieningsclausule een voorziening treft.²¹ Wil hij daarvan tijdens de uitvoering gebruikmaken, dan dient hij ook binnen de kaders te blijven van die voorziening.²²

15 O.a. art. 2.52b en 2.56 Aanbestedingswet, waarmee art. 22 en 84 Richtlijn 2014/24/EU worden omgezet. Zie ook overweging 58 considerans Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. Plas 2018a. Zie verder § 2.3.8.9 en art. 2.138a Aanbestedingswet.

16 O.a. art. 1.4 lid 3, 1.5 leden 2 en 3, 1.10 lid 4, 1.13 lid 4, 1.16 lid 4, 1.22 leden 2 en 3, 2.56, 2.75 lid 4, 2.87 lid 3, 2.90 lid 3, 2.103, 2.114 lid 4, 2.130, 2.132 lid 1, en 2.140 lid 3 Aanbestedingswet. Vgl. HJEU 11 september 2014, C-19/13 (*Fastweb II*, r.o. 50).

17 Zie ten aanzien van de inhoud van inschrijvingen met name art. 2.113a lid 2 en art. 2.116 Aanbestedingswet en MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 81. Vgl. inzake het vermoeden van een abnormaal lage inschrijving bijv. HJEU 18 december 2014, C-568/13 (*Data Medical*, r.o. 47 - 50). Zie ook art. 2.55, 2.57, 2.101, 2.102 lid 2, 2.111 lid 2, en 2.142 lid 2 Aanbestedingswet.

18 HJEG 27 september 2002, T-211/02 (*Tideland*, r.o. 37 - 39); HJEU 10 december 2009, T-195/08 (*Antwerpse Bouwwerken*, r.o. 54 - 56); Hof Leeuwarden 7 oktober 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BG2102 (r.o. 11); Rb. Midden-Nederland 30 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3251 (r.o. 4.24 en 4.25); en Rb. Noord-Holland 14 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6570 (r.o. 4.10-4.12).

19 Zie nader § 6.3.2 en 6.4.6.

20 Overweging 109 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

21 Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260 (r.o. 26 - 28 en 33) en Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5006 (r.o. 4.10). Vgl. Rb. Noord-Nederland 21 juni 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:2681 (r.o. 4.12.3). In Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8025 (r.o. 4.11) werd een herzieningsclausule de aanbestedende dienst tegengeworpen in het kader van een discussie over (on)gerechtvaardigde intrekking en heraanbesteding.

22 Deze stelling werd verworpen in Rb. Overijssel 25 mei 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1795; Rb. Overijssel 13 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2311; en Rb. Overijssel 10 april 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1240. Vgl. Hof Den Haag 13 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0036 (r.o. 13 - 15).

Vrijheid en verantwoordelijkheid gaan dus hand in hand. Illustratief is *Finn Frogne*. Tijdens de uitvoering van een complex ICT-project ontstaan problemen. Partijen treffen een schikking die het voorwerp van de overeenkomst zeer fors wijzigt. Concurrent Frogne stelt te zijn benadeeld en start een rechtszaak. De zaak komt tot aan de Deense Hoge Raad die een prejudiciële vraag aan het HJEU stelt. Het Hof wordt gevraagd hoe deze schikking zich verhoudt tot het leerstuk van de wezenlijke wijziging (naar oud recht). Het Hof houdt vast aan zijn eerdere rechtspraak. Het enkele feit dat bepaalde overheidsopdrachten van meet af onzekerheden bevatten, maakt het risico op problemen voorzienbaar. Daarom is goede voorbereiding essentieel. Dit houdt in het zorgvuldig omschrijven van de opdracht, het gebruik maken van de juiste aanbestedingsprocedure, en het creëren van flexibiliteit door herzieningsclausules.²³

Dit arrest is kritisch ontvangen: partijen kunnen immers niet alles voorzien.²⁴ Dat laatste is op zichzelf genomen natuurlijk juist, maar doet niet af aan de verwevenheid tussen vrijheid en verantwoordelijkheid. Een aanbestedende dienst dient zich ervan bewust te zijn dat een keuzevrijheid die in de basis bestaat, vervolgens kan helpen of tegenwerken. Juist voor onzekerheden kan het vanuit het projectbelang wenselijk zijn vooraf handelingskaders te formuleren, zeker in geval van een meerjarige samenwerking.

Bij suboptimaal voorbereide overeenkomsten kan het aanbestedingsrechtelijk kader inderdaad meer gaan knellen. De vraag is echter of dan maar andere regels moeten gelden. Nog los van het gevaar op omzeiling en misbruik, kan een aanbestedende dienst dan profiteren van zijn eigen tekortschieten en kan zijn handelswijze de gerechtvaardigde belangen van derden schaden. Het verbod om wezenlijk te wijzigen dient ook te worden toegepast wanneer dit contractpartijen minder goed uitkomt. Een suboptimale voorbereiding kan daarmee in het nadeel van de opdrachtnemer uitwerken. Enerzijds heeft hij in veel aanbestedingsprocedures geen (significante) rol bij het opstellen van de criteria en voorwaarden, terwijl hij anderzijds vervolgens wel geconfronteerd kan worden met de nadelige consequenties van een wezenlijke wijziging. Een zorgvuldige voorbereiding dient daarom niet alleen de belangen van de aanbestedende dienst, maar ook die van de (toekomstige) opdrachtnemer.

Instemmend citeer ik dan ook Prent die, in een iets andere context, stelt dat “voor de aanbestedende dienst reeds verplichtingen voortvloeien uit de precontractuele redelijkheid en billijkheid tijdens de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure jegens potentiële inschrijvers op die procedure”.²⁵ Alle betrokkenen zijn gebaat bij een zorgvuldige voorbereiding door de aanbestedende dienst, waaronder met betrekking tot een eventuele wijziging van de te verrichten prestaties.

23 Art. 2.163g lid 3 Aanbestedingswet. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 36 en 37). Vgl. Plas 2016 en Plas 2017.

24 Zie § 1.3.

25 Prent 2021, p. 88 en hoofdstuk 4.

3.3 HET VOORBEHOUD TOT WIJZIGING VAN DE OVEREENGEKOMEN PRESTATIES

Zowel het wijzigen van de voorwaarden als het verruimen en beperken van het voorwerp van de opdracht kunnen als wezenlijke wijziging worden gekwalificeerd.²⁶ Dat wordt anders als daarin op de voet van art. 2.163c Aanbestedingswet in is voorzien. In dit artikel wordt het toepassen van een herzieningsclausule opvallend genoeg als het wijzigen van de overeenkomst aangemerkt (§ 3.3.1). Tegelijkertijd wordt niet sluitend gedefinieerd wat onder een herzieningsclausule dient te worden begrepen. Getuige de formulering “*herzieningsclausules, waaronder [...] opties*” gaat de wetgever uit van een paraplubegrip. Dat is problematisch, nu die begrippen niet zonder meer gelijk te stellen zijn (§ 3.3.2). Deze onbedoelde verwarring noopt tot een wetswijziging (§ 3.3.3). Tot besluit wordt erop gewezen dat, in plaats van één paraplubegrip, vijf typen bedingen kunnen worden onderscheiden (§ 3.3.4).

3.3.1 Wijziging van de overeenkomst?

In de systematiek van art. 2.163c Aanbestedingswet geldt het gebruik van een herzieningsclausule als wijziging. Ingevolge lid 1 kan een overheidsopdracht op grond hiervan namelijk “*worden gewijzigd*”. Ook mag de herzieningsclausule ingevolge lid 2 onder c niet “*voorzien [...] in wijzigingen of opties die de algemene aard van de opdracht kunnen veranderen*”.²⁷

Die keuze is vanuit bepaald opzicht te begrijpen: tijdens de aanbestedingsprocedure is nog onduidelijk of van het beding gebruik gemaakt zal worden. Wanneer dat inderdaad gebeurt, wijzigt de inhoud en/of omvang van de uit te voeren prestaties. Anderzijds kan bij deze benadering een kanttekening worden geplaatst. Het beding maakt immers deel uit van de aanbestede voorwaarden. Het gebruik ervan lijkt dan eerder te getuigen van toepassing dan van wijziging.²⁸ Het lijkt daarom te kort door de bocht om zonder meer te spreken van ofwel een wijziging ofwel een toepassing.²⁹ Elegant lijkt daarom de oplossing die Hartlev en Liljenbøl voorstaan, namelijk om niet te spreken van een wijziging van de overeenkomst, maar van een

26 Zie o.a. HJEU 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 36); HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 61 - 74); HJEU 29 april 2010, C-160/08 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 98 - 102); en HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 28 en 29).

27 In § 6.4.1 komt het begrip ‘algemene aard van de opdracht’ nader aan de orde.

28 Vgl. Arrowsmith 2014, p. 587 en voetnoot 842; Rb. Noord-Nederland 4 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3006 (r.o. 5.17); en CvAE 10 augustus 2020, advies nr. 552 (alinea 5.12.3).

29 In zoverre kom ik dus terug van de te ongenueanceerde stelling in Plas 2018b § 1 dat bij een deugdelijke herzieningsclausule sprake is van toepassing, niet van wijziging.

wijziging ingevolge de overeenkomst.³⁰ Daarmee wordt recht gedaan aan zowel het wijzigingsaspect als het toepassingsaspect, en wordt tot uitdrukking gebracht dat binnen de kaders van de aanbestede overeenkomst dient te worden gehandeld.

Deze verduidelijking kan ook behulpzaam zijn in het kader van de discussie of het beding conform de eisen van art. 2.163c Aanbestedingswet is opgesteld, met name in relatie tot het vereiste de voorwaarden te omschrijven.³¹ Doordat herzieningsclausules en opties onderdeel uitmaken van de aanbestedingsstukken, dienen ze naar objectieve maatstaven te worden uitgelegd in het licht van alle aanbestedingsstukken. Wanneer een beding bijvoorbeeld niets bepaalt over de betalingsvoorwaarden, kan op basis van een geïsoleerde lezing worden geconcludeerd dat het ondeugdelijk is geformuleerd. Wordt echter rekenschap gegeven van de contractuele context, dan kan het mogelijk zijn aan te sluiten bij de betalingsvoorwaarden die overigens zijn overeengekomen. Terminologie terzijde kan echter nog een principiële bezwaar worden geformuleerd.

3.3.2 De verhouding tussen de herzieningsclausule en de optie

Art. 2.163c lid 1 Aanbestedingswet spreekt van “*herzieningsclausules, waaronder [...] opties*”. Taalkundig houdt dit in dat slechts een beperkt type optie is toegestaan, namelijk de ‘herzieningsoptie’. Dat lijkt problematisch.

Een herzieningsclausule kan worden gebruikt om voor te sorteren op een toekomstige ontwikkeling of gebeurtenis.³² Doel is dan hoofdzakelijk om afspraken te maken over meer of andere prestaties zodat verwezenlijking van de oorspronkelijke projectdoelstellingen haalbaar blijft. Bijvoorbeeld: in een bouwproject zijn de precieze bodemeigenschappen onduidelijk, zowel qua bodemgesteldheid als aanwezige verontreiniging en obstakels. Die eigenschappen kunnen vooraf niet volledig in kaart worden gebracht. Er moeten dus aannames gemaakt worden. Partijen kunnen vooraf afspraken maken hoe te handelen bij tegenvallers, zoals op het punt van overlegverplichtingen en financiële consequenties. Het is veelal inherent aan dit type clausules dat vooraf geen vaste prijs voor de uit te voeren prestaties kan worden afgesproken, omdat de aard en omvang daarvan nog niet vastligt of zelfs onduidelijk is. Wel kan vaak worden bepaald wanneer van welke eenheidsprijzen zal worden uitgegaan.

30 Hartlev & Liljenbøl 2013, § 3.1. Zij worden instemmend aangehaald door Smith 2017, § 3.2.2. Zij wijst erop dat het veelal niet uitmaakt of wordt gesproken van een wijziging van of ingevolge de overeenkomst.

31 Ik ga voorbij aan de vraag of (bijvoorbeeld) het begrip wijziging een contractueel gedefinieerd begrip is, zoals bij een aannemingsovereenkomst onder toepasselijkheid van de UAV-GC.

32 Vgl. Groenboek PPS en concessies 2004, alinea 47.

Daarentegen is een optie doorgaans een eenzijdig recht om iets extra's in tijd, kwaliteit of hoeveelheid af te nemen.³³ Wenst de opdrachtgever de optie in te roepen, dan kan hij dat doen tegen de vooraf overeengekomen voorwaarden.³⁴ Onderhandelingen zijn dan in principe niet meer aan de orde.³⁵ Dat het gaat om het inroepen van een eenzijdig recht, wordt ook geïllustreerd door art. R2112-4 Franse Code la commande publique inzake verlengingen. De slotzin van dat artikel bepaalt dat de verlenging in beginsel stilzwijgend is en dat verzet daartegen niet mogelijk is: *“Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.”*³⁶

Aanbestedingsrechtelijk dienen opties te worden vermeld in de aankondiging van de (gegunde) opdracht en te worden meegenomen in de waardering.³⁷ Ze spelen ook in het kader van de gunningssystematiek een rol.³⁸ Zo benadrukt de Europese Commissie dat opties *“duidelijk [moeten] worden gespecificeerd, berekend, geprijsd en beoordeeld”*.³⁹ Bij een optie gaat het dus om een vooraf te definiëren en te beprijsen onderdeel van de overeenkomst. Om die reden is in de Franse jurisprudentie aangenomen dat een aanbestedende dienst mag vergen dat de inschrijver op straffe van terzijdelegging in zijn inschrijving op de optie ingaat.⁴⁰

Het verschil tussen herzieningsclausules en opties is daarmee zowel aanbestedingsrechtelijk als contractueel van belang. Aanbestedingsrechtelijk kan worden betoogd dat de vereisten uit art. 2.163c Aanbestedingswet situationeel dienen te

-
- 33 Vgl. de definitie van een overheidsopdracht voor leveringen uit art. 1.1 Aanbestedingswet. Hartlev & Liljenbøl 2013, § 3.2.1.2 omschrijven de optie als *“a right of the contracting authority to purchase products or services on terms and conditions determined in advance, which, on the other hand, the supplier is obliged to sell on the terms stipulated”*. Het eenzijdige wilsrecht wordt ook gesignaleerd door Arrowsmith 2014 p. 459 en voetnoot 346.
- 34 Die kwalificatie als recht brengt mee dat in beginsel geen verplichting bestaat er gebruik van te maken, vgl. HJEG 14 september 2004, C-385/02 (*Commissie/Italie*, r.o. 23) en Conseil d'État 15 juni 2007, nr. 299391.
- 35 Vgl. Huizingh 2016, p. 265.
- 36 Volgens Conseil d'État 2 december 2019, nr. 423936 heeft een inschrijver die ten onrechte is uitgesloten, geen recht op schadevergoeding over de verlengingen, omdat het inroepen daarvan bij aanbesteding nog onzeker is.
- 37 Art. 2.15 lid 2 Aanbestedingswet. Zie voor wat betreft de vereisten voor de aankondigingen Bijlage V Deel C onder 7 en Deel D onder 6 Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. Bijlage XI onderdeel A onder 6 en 7, en onderdeel B onder 6 en 7 Richtlijn 2014/25/EU.
- 38 Een optie is niet hetzelfde als een variant of alternatieve inschrijving, aldus ook Conseil d'État 21 oktober 2015, nr. 391311.
- 39 Europese Commissie 2015, p. 94. Idem: bestuursrechter te Rennes 24 november 2004, nr. 0403948. In Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150 (r.o. 3.27 en 3.28) werd een optie als onvoldoende nauwkeurig beschouwd vanwege het gebruik van vage termen.
- 40 Conseil d'État 23 juni 2010, nr. 336910.

worden ingevuld. Hoewel in beide gevallen de verplichting bestaat om de aard, omvang en voorwaarden te omschrijven, kan het van het geval afhangen wanneer aan die verplichting wordt voldaan. In het verlengde daarvan spelen herzieningsclausules en opties een verschillende rol in de aanbestedingsprocedure. Contractueel is de kwalificatie als herzieningsclausule of optie van belang om de wederzijdse rechten en verplichtingen te definiëren. Dit komt duidelijk naar voren in het vonnis van de rechtbank Den Haag d.d. 30 mei 2018, waarin ter discussie stond of een verlengingsoptie als eenzijdig in te roepen beding diende te worden aangemerkt, of als bepaling waarover nog onderhandeld diende te worden. De rechtbank concludeert dat het hier gaat om een eenzijdig in te roepen optie, zodat de opdrachtnemer gehouden wordt de voor hem verlieslatende overeenkomst langer uit te voeren.⁴¹

Door de optie als verschijningsvorm van de herzieningsclausule te beschouwen, kleurt art. 2.163c Aanbestedingswet het type optie dat grond is voor rechtmatige wijziging. Een voorbeeld kan zijn de situatie waarin een duurzaamheidsmaatregel afhankelijk wordt gesteld van het verkrijgen van een subsidie, en het besluit daarover later wordt genomen. Bij zowel een positief als een negatief besluit is de handelswijze van de aanbestedende dienst in principe gegeven: bij 'ja' wordt de optie gelicht, bij 'nee' wordt daarvan afgezien.

De herzieningsoptie neemt zodoende een tussenpositie in. In vergelijking met een herzieningsclausule is de onzekerheid van een andere orde. Hoewel die onzekerheid in beide gevallen een externe component kent, is bij de herzieningsoptie de aard en omvang van de prestatie vooraf duidelijk. Ook is het minder waarschijnlijk dat de herzieningsoptie nodig is om verwezenlijking van de oorspronkelijke projectdoelstellingen haalbaar te houden. Eerder gaat het om het bereiken van een nog beter eindresultaat. Aan de andere kant is de herzieningsoptie niet met een optie gelijk te stellen, omdat het inroepen ervan niet louter afhangt van omstandigheden die binnen de controle van partijen ligt.

Uitgaande van een strikte lezing, vallen herzieningsclausules en herzieningsopties wel onder de reikwijdte van deze bepaling, maar opties mogelijk niet. Dat doet betwijfelen of opties op grond van art. 2.163c Aanbestedingswet wel rechtmatig kunnen worden opgenomen en gelicht. Dit, terwijl art. 2.15 Aanbestedingswet opties en verlengingen benoemt als onderdeel van de waardering, en de aanschaf van extra apparaten in de memorie van toelichting wordt gebruikt als relevant voorbeeld van een herzieningsclausule.⁴² De wet creëert hier dus nodeloos ruis.

41 Rb. Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6510. Kritisch hierop is Blaisse-Verkooijen 2018. Vgl. inzake het overeenkomen van een prijswijzigingsbeding in een niet-aanbestede overeenkomst Hof Den Bosch 27 oktober 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3326.

42 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 94. Vgl. over opties Rb. Den Haag 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN4777 (r.o. 4.12 en 4.14).

De wortel van die onduidelijkheid is te herleiden tot de formulering van de Richtlijnen.

3.3.3 Twee lezingen door een Oxford-komma

De richtlijnpendant van art. 2.163c Aanbestedingswet is art. 72 lid 1 aanhef en onder a Richtlijn 2014/24/EU. Uit diverse taalversies daarvan blijken twee inhoudelijk verschillende lezingen mogelijk die worden veroorzaakt door een Oxford-komma, ook wel seriële komma genoemd. Daardoor de reikwijdte van deze bepaling onduidelijk, zodat de wijzigingsruimte ook onzeker is. De aan- of afwezigheid van een Oxford-komma kan de betekenis van een zin namelijk veranderen. In de zin: “*Ik sprak twee leugenaars, Emma, en Jan*” heb ik vier mensen gesproken. In de zin: “*Ik sprak twee leugenaars, Emma en Jan*” heb ik twee mensen gesproken en die gesprekspartners ook nog eens als leugenaar gekarakteriseerd.

Art. 72 lid 1 onder a Richtlijn 2014/24/EU laat twee lezingen toe. In lezing 1 geldt de herzieningsclausule als overkoepelend begrip, waaronder prijsherzieningsclausules en opties vallen. Volgens lezing 2 staan de herzieningsclausule en de optie op hetzelfde niveau, en wordt ten aanzien van de herzieningsclausule gespecificeerd dat die mede kan zien op prijsherzieningsclausules. Zie voor lezing 1 de Nederlandse, Franse, en Spaanse taalversies. Lezing 2 volgt uit de Engelse, Duitse, en Italiaanse evenknieën:

“[...] wanneer de wijzigingen, ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken zijn aangebracht in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsbepalingen, waaronder eventueel prijsherzieningsclausules of opties. [...]”

“[...] lorsque les modifications, quelle que soit leur valeur monétaire, ont été prévues dans les documents de marchés initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de révision du prix ou d'options claires, précises et univoques. [...]”

“[...] cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. [...]”

“[...] where the modifications, irrespective of their monetary value, have been provided for in the initial procurement documents in clear, precise and unequivocal review clauses, which may include price revision clauses, or options. [...]”

“[...] wenn die Änderungen, unabhängig von ihrem Geldwert, in den ursprünglichen Auftragsunterlagen in Form von klar, präzise und eindeutig formulierten Überprüfungsklauseln, die auch Preisüberprüfungsklauseln beinhalten können, oder Optionen vorgesehen sind. [...]”

“[...] se le modifiché, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni. [...]”

Op basis hiervan kan de optie dus zowel een voorbeeld betreffen als een afzonderlijke categorie. Maar welke lezing zou dan gevolgd moeten worden, er rekening mee houdend dat uit zes taalversies - waaronder de werktalen van de EU - geen eenduidig beeld naar voren komt? Vertrekpunt is dan om voorbij de formulering te kijken. Alle taalversies zijn immers authentiek,⁴³ en in dit geval biedt die vergelijking geen sluitend antwoord.⁴⁴ Het lijkt nodig een antwoord te formuleren op basis van de algemene opzet en doelstelling van de regeling waarvan de bepaling deel uitmaakt.⁴⁵

Lezing 2 lijkt dan de voorkeur te genieten. De meeste taalversies van deze bepaling in Richtlijnen 2014/23/EU en 2014/25/EU bevatten namelijk wel de opsomming inclusief Oxford-komma, met inbegrip van de Nederlandse taalversie.⁴⁶ Daar komt bij dat art. 2.163c lid 2 Aanbestedingswet tweemaal rept van “*wijzigingen of opties*”, dit in navolging van Richtlijn 2014/24/EU. Die formulering valt niet goed te plaatsen als de herzieningsclausule als paraplubegrip moet worden begrepen. Het zou dan immers voldoende zijn geweest te spreken van een wijziging. In aanvulling daarop bepaalt art. 2.163f Aanbestedingswet onder meer dat een opdrachtnemer vervangen kan worden in geval van: “*een ondubbelzinnige herzieningsclausule als bedoeld in artikel 2.163c*”. Echter, de richtlijnpendant spreekt in alle genoemde taalversies over vervanging ten gevolge van “*een ondubbelzinnige herzieningsclausule of optie*”.⁴⁷ Eenzelfde formulering is te vinden in de considerans, waar gesproken wordt van “*herzienings- of optieclausules*”.⁴⁸

43 Zie reeds HJEG 6 oktober 1982, zaak 283/81 (*CILFIT*, r.o. 18).

44 Soms kan het behulpzaam zijn de meerderheidspositie te identificeren. Vgl. conclusie A-G Stix-Hackl 11 januari 2005, C-265/03 (*Igor Simutenkov*, alinea's 18 en 19, voetnoten 10 en 11) en conclusie A-G Tachev 7 februari 2018, C-681/16 (*Pfizer*, alinea 68 en voetnoot 45). Die benadering biedt voor die zes taalversies geen uitkomst. Hoe dit zit voor de andere taalversies, durf ik niet te zeggen. Zo ver reikt mijn talenkennis niet.

45 Vgl. HJEU 20 december 2017, C-277/16 (*Polkomtel*, r.o. 59).

46 Art. 43 lid 1 onder a Richtlijn 2014/23/EU en art. 89 lid 1 onder a Richtlijn 2014/25/EU. In de Franse en Spaanse versies van die laatste bepaling ontbreekt de komma. Idem: de Spaanse versie van art. 32 lid 1 onder a Richtlijn 2014/23/EU.

47 Art. 72 lid 1 aanhef en onder d sub i Richtlijn 2014/24/EU. Idem de Engelse, Franse, Duitse, Spaanse en Italiaanse taalversies. Art. 43 lid 1 onder d Richtlijn 2014/23/EU en art. 89 lid 1 onder d Richtlijn 2014/25/EU zijn hetzelfde in deze zes taalversies. Overigens maakt de Nederlandse wetgever dit onderscheid ook in MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 95.

48 Overweging 78 considerans richtlijn 2014/23/EU, overweging 111 considerans Richtlijn 2014/24/EU, en overweging 117 considerans Richtlijn 2014/25/EU. Idem de Engelse, Franse en Duitse taalversies.

Diezelfde formulering volgt uit art. 72 lid 5 van het Richtlijnvoorstel. Hoewel de Nederlandse taalversie geen definitief uitsluitel biedt (“*herzieningsclausules of-opties*”), blijkt uit de Engelse (“*review clauses or options*”), Franse (“*clauses de réexamen ou d’options*”), en Duitse (“*Überprüfungsklauseln oder Optionen*”) taalversies dat beoogd wordt twee categorieën te introduceren.⁴⁹ De Europese Commissie bevestigt die lezing overigens in haar begeleidende toelichting.⁵⁰ Op die plaats wijst zij er ook op dat bij het gebruik van een herzieningsclausule wils-overeenstemming vereist is, terwijl een optie eenzijdig kan worden ingeroepen.

Lezing 2 lijkt ook consistent in het licht van de overige Richtlijnbepalingen, met name de verplichting de waarde van opties en verlengingen mee te nemen in de waardering. Zoals toegelicht, kan de waarde van een herzieningsclausule vooraf veelal niet (goed) geraamd worden. Deze is namelijk bedoeld om onzekere situaties te ondervangen. Vooraf is echter nog onduidelijk óf die onzekerheid zich zal manifesteren en, zo ja, met welke consequenties.

Aan de oorzaak van deze spraakverwarring ligt vermoedelijk amendement 212 ten grondslag. De indiener voegde de volgende onderstreepte tekst toe aan het voorstel: “[...] *in clear, precise and unequivocal review clauses or options or in the form of a price revision clause* [...]”.⁵¹ Dit voorstel is als voorbeeld van een herzieningsclausule overgenomen: “[...] *where the modifications, irrespective of their monetary value, have been provided for in the initial procurement documents in clear, precise and unequivocal review clauses, which may include price revision clauses, or options.*”⁵² Mogelijk is de Oxford-komma daarna in het vertaalproces deels gemist. Dat doet er verder niet toe. Nodig is dat de spraakverwarring wordt rechtgezet. Daarvoor dienen de Richtlijnen te worden aangepast.

In de tussentijd kan de Aanbestedingswet worden verduidelijkt. Zo kan in art. 2.163c lid 1 Aanbestedingswet de Oxford-komma worden toegevoegd en in de aanhef van lid 2 het woord ‘optie’. In plaats daarvan kan lid 1 worden aangepast, bijvoorbeeld als volgt: “*Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien de wijziging, ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken is opgenomen in herzieningsclausules of opties. Deze herzieningsclausules of opties dienen duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig te zijn geformuleerd. Herzieningsclausules in de vorm van prijsherzieningsclausules zijn toegestaan.*” Verder dient de optie aan art. 2.163f sub a Aanbestedingswet te worden toegevoegd.

49 Richtlijnvoorstel 20 december 2011, COM(2011)0896.

50 Commission non paper 2012 cluster 8, p. 19 en 20. De verwijzing naar art. 31 lid 4(b) van de Richtlijn ziet overigens op de herhalingsopdracht.

51 Amendement 212, te vinden in Tarabella 2013.

52 Council of the European Union, Interinstitutional File 2011/0438 (COD), nr. 11048/13, Brussel 14 juni 2013, p. 466.

Een alternatieve handelswijze is een toelichting te geven op art. 2.163c Aanbestedingswet, waarin de reikwijdte wordt verduidelijkt. In Frankrijk lijkt men hiervoor te hebben gekozen. Ook art. R2194-1 Code de la commande publique gaat namelijk uit van lezing 1.⁵³ In de handvatten van het Franse ministerie van Economische Zaken wordt er echter op gewezen dat opties ook betrekking kunnen hebben op voorwaardelijke delen, verlengingen en aanvullende prestaties.⁵⁴ Dit sluit eerder aan bij lezing 2. Als tijdelijke maatregel kan een dergelijke toelichting geschikt zijn, maar het verdient toch de voorkeur de wettekst te verduidelijken.

3.3.4 Typen bedingen

Gelet op het voorgaande kunnen in ieder geval de volgende typen bedingen worden onderscheiden:

1. Herzieningsclausules ter zake te verrichten prestaties (waardoor rekening wordt gehouden met externe onzekerheden of risico's en met als doel de realisatie van de projectdoelstellingen mogelijk te houden);
2. Herzieningsclausules tot vervanging van de opdrachtnemer;
3. Herzieningsopties ter zake te verrichten prestaties (waarbij de externe onzekerheid van een andere orde is dan bij een herzieningsclausule, zie § 3.3.2);
4. Opties ter zake te verrichten prestaties;
5. Opties om een opdrachtnemer te vervangen.

Per geval dient te worden beoordeeld welk beding het meest geschikt is. Nu lijkt het niet zonder meer nodig dat een aanbestedende dienst altijd omschrijft welk type beding hij opneemt. Dit kan uitzondering lijden wanneer een beding - met name een optie - bezwarend uitwerkt voor de opdrachtnemer. Dan dient de aanbestedende dienst hierover vooraf duidelijkheid te verschaffen, zodat ondernemers risico's op dit punt kunnen inschatten en benoemen.

3.4 WIJZIGINGSBEDINGEN IN RELATIE TOT DE VERBINTENISRECHTELIJKE BEPAALBAARHEID EN KWALIFICATIE

Tot dusver zijn de wijzigingsbedingen met name vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief beschouwd. In deze paragraaf worden die bedingen vanuit verbintenissenrechtelijke invalshoek benaderd. De aandacht gaat dan uit naar de bepaalbaarheid

53 Wel volledig is de implementatie van het vervangingsbeding, zie art. R2194-6 Code la commande publique. Doordat niet op dezelfde wijze met schakelbepalingen wordt gewerkt als in Nederland, worden in het kader van concessies herzieningsclausules en opties wel als gelijkwaardige alternatieven beschouwd, zie art. R3135-1 en R3135-6 van de Code.

54 Fiche DAJ 2019, p. 4. Overigens wordt daarin ten onrechte de herhalingsopdracht als optie aangemerkt. Vgl. § 3.5.2.

en kwalificatie. Na een kaderschets (§ 3.4.1), wordt ingegaan op de herzieningsclausules (§ 3.4.2) en de (herzienings)opties (§ 3.4.3). Besloten wordt met twee voorbeelden waarin de verbintenisrechtelijke en aanbestedingsrechtelijke wegen scheiden (§ 3.4.4).

3.4.1 Kader

Wijzigingsbedingen dragen een inherente onzekerheid in zich. Deze greep naar de toekomst kan de vraag opwerpen in hoeverre de verbintenissen die partijen op zich nemen wel voldoende bepaalbaar zijn, een vereiste ingevolge art. 6:227 BW. Anders is op dat punt geen overeenkomst tot stand gekomen. Aan het bepaalbaarheidsvereiste wordt volgens de Hoge Raad voldaan “*wanneer de vaststelling van de verbintenissen naar van te voren vaststaande criteria kan geschieden; die criteria kunnen een subjectief element inhouden omdat de nadere vaststelling aan een derde of aan een der partijen kan zijn opgedragen. Als dat laatste het geval is, moet die partij met inachtneming van wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd te werk gaan.*”⁵⁵ Ofwel kan dus aan de hand van de inhoud van de overeenkomst de inhoud van de verbintenis worden bepaald, ofwel bevat de overeenkomst een procedure waarlangs dit laatste kan plaatsvinden.⁵⁶

Dit laat de nodige ruimte voor flexibele bedingen, te meer wanneer daarbij acht wordt geslagen op de mogelijkheid tot het opnemen van voorwaardelijke verbintenissen in de zin van afdeling 6.1.5 BW. Op die manier trachten partijen houvast te creëren ter zake een toekomstige, onzekere gebeurtenis,⁵⁷ met doorgaans als doel het beheersbaar maken en alloceren van risico’s.⁵⁸ Onder gebeurtenis valt in feite iedere subjectief en objectief onzekere omstandigheid.⁵⁹ Ingevolge art. 6:26 BW zijn op voorwaardelijke verbintenissen de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen van toepassing, voor zover het voorwaardelijke karakter van die verbintenis zich daartegen niet verzet.⁶⁰ In het verlengde daarvan bestaat de mogelijkheid tot het opstellen van een voldoende bepaalbaar beding dat uitgaat van een dubbele onzekerheid: de inhoud van de verbintenis staat nog niet (geheel)

55 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765 (*Gemeente Amsterdam/Pullens*, r.o. 3.5.1 met verwijzing naar TM, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 895-896). Vgl. HR 2 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:590 (*ING/Schepel q.q.*, r.o. 3.2) inzake pandrechten op auteursrechten, waarin de Hoge Raad bevestigt dat aan het bepaalbaarheidsvereiste is voldaan als de pandakte “*zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat*”.

56 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769 (*St. Erfpachters belang Amsterdam/Gemeente Amsterdam*, r.o. 4.2.2).

57 Vgl. Stolz 2015H, p. 1 en *Asser/Sieburgh 6-I* 2020/161.

58 Stolz 2015, p. 38 en 39.

59 Stolz 2015, p. 122. Zie over het spectrum tussen casuele en potestatieve voorwaarden p. 123, 582 en 583.

60 Zie over art. 6:26 BW ook *Asser/Sieburgh 6-I* 2020/166 en 167 en Engelen 2020, aant. 3.

vast, en de werking ervan wordt afhankelijk gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis.⁶¹

3.4.2 Herzieningsclausules

Die mogelijkheid van een dubbele onzekerheid lijkt met name van belang voor herzieningsclausules, die veelal als opschortende voorwaarde zijn geformuleerd. Een voorbeeld betreft wederom de onbekende bodemeigenschappen. Ook als vooraf bodemonderzoek is gedaan, kunnen de bodemeigenschappen alsnog tegenvallen. Die onzekerheid kan dan zijn weerslag hebben op de inhoud van de wederzijdse verbintenissen. Is de bodem bijvoorbeeld minder draagkrachtig, waardoor de gekozen fundering moet worden aangepast? Of is de grond ernstiger verontreinigd, waardoor de saneringsopgave groter wordt? Als de gebeurtenis zich voordoet, kunnen partijen aan de hand van de vooraf vastgestelde procedure bepalen wat er moet gebeuren. Elementen daaruit kunnen onder meer overleg-, onderzoek- en documentatieverplichtingen en de afrekeningsystematiek behelzen.⁶²

Het voorgaande laat onverlet dat een herzieningsclausule als ontbindende voorwaarde kan fungeren. Feitelijk behelst de inwerkingtreding van de voorwaarde dan een verkleining van de opdracht. Een voorbeeld betreft de clausule die regelmatig in opdrachten voor doelgroepenvervoer is gehanteerd, te weten dat vervoersstromen kunnen vervallen bij wijziging van beleid of regelgeving.⁶³ Of die wijziging zich zal voordoen, is onzeker. Gelet op de kan-formulering staat niet vast of een eventuele wijziging per definitie gevolgen zal hebben voor de vervoersstromen. Evenmin is duidelijk welke gevolgen. Ook in dat verband zijn procedureafspraken dus essentieel.

3.4.3 (Herzienings)opties

Het begrip opties kan uiteenlopende betekenissen hebben.⁶⁴ Hier gaat de aandacht uit naar twee van de in § 3.3.4 genoemde typen bedingen, namelijk het eenzijdig recht met betrekking tot een prestatie en de herzieningsoptie. Deze typen bedin-

61 TM, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 145. Vgl. Stolz 2015, p. 67 - 75. Op p. 67 wijst hij er op dat het bij objectieve onzekerheid niet steeds hoeft te gaan om een absoluut onzekere omstandigheid. Vgl. p. 88 inzake de bodemvervuiling.

62 De FIDIC Conditions of Contract for Underground Works regelen de risico-allocatie voor bodemomstandigheden uitvoerig. Zie met name clauses 1.1.51, 1.1.101, 1.9, 2.5, 4.10.2, 4.12, 13.8 en Appendix A. Vgl. § 29 lid 3 UAV 2012 en § 13 UAV-GC 2005.

63 Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8025 (r.o. 4.11). Vgl. Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943 (r.o. 6.1 onder 2.1) en Rb. Zeeland-West-Brabant 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028 (r.o. 3.1 sub c). Vgl. Voorschrift 3.9A en 3.9B Gids Proportionaliteit.

64 Een andere betekenis is bijvoorbeeld de keuze tussen verschillende oplossingen, zoals bij een variantaanbieding. Zo'n optie kan als alternatieve verbintenis in de zin van afdeling 6.1.4 BW worden aangemerkt.

gen vertonen gelijkenissen met het optiebeding uit art. 6:219 lid 3 BW, waarin is bepaald dat een beding waarbij één der partijen zich verbindt om, indien de wederpartij dit wenst, met haar een bepaalde overeenkomst te sluiten, als een onherroepelijk aanbod geldt. Eerst wordt gewezen op het verschil en daarna op de gelijkenis.

Het verschil is gelegen in het gegeven dat art. 6:219 BW ziet op de totstandkoming van een obligatoire overeenkomst, en niet op een daaruit ontspruitende verbintenis. Een veelgebruikt voorbeeld is de koop van een huis. Dat is een andere situatie dan een beding waardoor binnen een bestaande contractuele verhouding prestaties kunnen wijzigen. Tegelijkertijd wordt in beide gevallen wel een onherroepelijk aanbod gedaan, en kan de wederpartij eenzijdig besluiten de optie te lichten.

Wat betreft dit eenzijdig wilsrecht is nog op te merken dat de inhoud van de verbintenis doorgaans duidelijk bepaalbaar is, zoals bij een verlenging van een jaar of de afname van extra apparaten. Waar de aanbestedingsrechtelijke en verbintenisrechtelijke crux zal schuilen is de vraag onder welke voorwaarden gebruik wordt gemaakt van de optie. Daarbij kunnen vragen aan de orde komen omtrent de kwalificatie als opschortende of ontbindende voorwaarde en een eventuele prijsbijstelling of indexatie.⁶⁵

Gelet op de onherroepelijkheid van het aanbod kan verder belang toekomen aan de vraag of de aanbestedende dienst nog wel gerechtigd is de opdrachtnemer te houden aan zijn aanbod, bijvoorbeeld wanneer de optie gekoppeld is aan een gestanddoeningstermijn. Stel dat die termijn is verlopen, dan hoeft de opdrachtnemer zijn aanbod niet gestand te doen (vgl. art. 6:219 lid 1 BW). Daarnaast kan de vraag opkomen of de aanbestedende dienst überhaupt nog gerechtigd is de optie te lichten, omdat hij dit wil doen buiten de door hem gestelde voorwaarden om.

3.4.4 Gescheiden wegen

Hoewel relatief snel aan de ondergrens van art. 6:227 BW wordt voldaan,⁶⁶ en de indruk kan bestaan dat artikel 2.163c Aanbestedingswet zwaardere vereisten stelt,⁶⁷ kunnen de vereisten in de praktijk zodoende toch samenvallen. Dit laat onverlet dat de wegen van art. 2.163c Aanbestedingswet en art. 6:227 BW uiteen kunnen lopen.

Dit lijkt bijvoorbeeld aan de orde bij strikt procedurele bepalingen. Dit kan worden geconcretiseerd aan de hand van een bestekswijziging in een aannemings-

65 Op grond van art. R2112-13 Code de la commande publique kan een variabele prijs worden overeengekomen om met economische ontwikkelingen rekening te houden, met name bij verwachte risico's.

66 Zie *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/285-288 en *Asser/Hijma 7-I* 2019/387. Zie uitgebreid over art. 6:227 BW, het commentaar van Blei Weissmann in de *Groene Serie*.

67 Vgl. Van Romburgh 2020, § 2.3.

overeenkomst onder toepasselijkheid van de UAV 2012.⁶⁸ Op grond van § 35 en 36 UAV 2012 wordt meerwerk verrekend in geval van een bestekswijziging. Daaronder wordt verstaan een wijziging in het bestek, het werk of de voorwaarden van uitvoering van het werk, die in beginsel schriftelijk wordt opgedragen. De aannemer heeft dan een aanspraak op bijbetaling. Wel dient hij in beginsel tijdig op de prijsverhoging te wijzen.⁶⁹ Verrekening vindt in principe plaats tegen bedragen of prijzen die voor uitvoering van de wijziging worden overeengekomen. Betaling dient te geschieden na voltooiing van het meerwerk, tenzij partijen anders overeenkomen. In principe kan aangenomen worden dat voldaan wordt aan de vereisten uit art. 6:227 BW. Echter, doordat § 35 en 36 UAV 2012 niet de aard en omvang van de wijziging identificeren, lijkt geen sprake van een regeling die op zichzelf voldoet aan de eisen van art. 2:163c Aanbestedingswet. Onduidelijk blijft namelijk *welke* bestekbepaling wordt aangepast, *wat* de wijziging in het werk is, of *hoe* de voorwaarden van het werk worden veranderd.⁷⁰ Dit laat onverlet dat deze paragrafen kunnen worden gebruikt bij de beoordeling of andere bepalingen als voldoende duidelijk kunnen worden aangemerkt.

Een andere situatie is dat een beding weliswaar duidelijk is geformuleerd, maar het aanbestedingsrecht toch in de weg staat aan het rechtmatig gebruik ervan. Ter illustratie dient een concessieopdracht waarin is bepaald dat, bij tegenvallende concessieopbrengsten, de concessieverlener het exploitatiegat zal dichten. Het eigene aan een concessie is dat de concessiehouder het financiële risico voor de exploitatie (merendeels) draagt.⁷¹ Wordt dat risico weggecontracteerd, dan kan de concessieopdracht van kleur verschieten naar een reguliere overheidsopdracht. Een dergelijke wijziging van de algemene aard van de opdracht is ingevolge (art. 2a.53 jo.) art. 2:163c lid 2 Aanbestedingswet niet toegestaan.⁷² In dit type gevallen is het dus niet de bepaalbaarheid, maar de aard van de verbintenis die een dam opwerpt.

Uit § 3.3 en 3.4 blijkt aldus dat herzieningsclausules en opties onderdeel uitmaken van de aanbestede overeenkomst, maar niet hetzelfde zijn. De één is meer gericht op het ondervangen van onzekerheden, terwijl de ander doorgaans gebruikt wordt om de aanbestedende dienst een eenzijdig wilsrecht toe te kennen. Met betrekking tot het overeenkomen van aanvullende prestaties - doorgaans het domein van de optie - bestaat aanbestedingsrechtelijk echter nog een mogelijkheid.

68 De UAV 2012 zijn veelgebruikte, paritair vastgestelde voorwaarden in de bouw. Zie voor de tekst o.a. *Stc.* 2012, 1567.

69 Vgl. art. 7:755 BW.

70 Terecht beschouwen Chao-Duvis & Versteeg 2017, vraag en antwoord 10, zulke meerwerkprocedures niet als herzieningsclausules.

71 Zie uitgebreider over exploitatiebijdragen bij concessies, Kuypers & De Wit 2018.

72 Vgl. HJEG 14 oktober 2004, C-340/02 (*Commissie/Frankrijk*, r.o. 36) en CvAE 18 mei 2017, advies nr. 400 (alinea 5.10).

3.5 DE HERHALINGSOPDRACHT

Flexibiliteit hoeft niet per definitie te worden gezocht binnen de kaders van dezelfde overeenkomst. Het is mogelijk in overeenkomst 1 te regelen dat rechtstreeks een overeenkomst 2 met dezelfde partij kan worden gesloten. Op grond van art. 2.36 Aanbestedingswet kan een zogeheten herhalingsopdracht worden geplaatst:

De aanbestedende dienst kan voor nieuwe werken of diensten tot drie jaar volgend op de gunning van de oorspronkelijke overheidsopdracht de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen, voor zover die werken of diensten bestaan uit herhaling van soortgelijke werken of diensten die door dezelfde aanbestedende diensten worden toevertrouwd aan de ondernemer waaraan de oorspronkelijke overheidsopdracht werd gegund en:

1°. deze werken of diensten overeenstemmen met een basisproject waarvoor de oorspronkelijke opdracht is gegund met toepassing van een procedure als bedoeld in paragraaf 2.2.1.2 tot en met paragraaf 2.2.1.6 of met toepassing van de procedure voor sociale en andere specifieke diensten,

2°. de aanbestedende dienst reeds bij het basisproject waarvoor de oorspronkelijke opdracht is gegund de omvang van de aanvullende werken of diensten en de voorwaarden waaronder deze worden gegund, vermeldde,

3°. de aanbestedende dienst reeds in de aankondiging van de aanbesteding van het basisproject vermeldde dat een procedure zonder aankondiging kan worden toegepast, en

4°. de aanbestedende dienst bij toepassing van afdeling 2.1.2 het totale voor de volgende werken of diensten geraamde bedrag in aanmerking heeft genomen voor de raming van de waarde van de overheidsopdracht.

Hoewel deze mogelijkheid al sinds de jaren 70 bestaat, is zij in Nederland nog nauwelijks voorwerp van analyse geweest.⁷³ Omdat onbekend onbemind maakt, is evenmin uitgesloten dat aanbestedende diensten zich zo kansen ontnemen een succesvolle samenwerking voort te zetten. De vereisten worden vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief geanalyseerd (§ 3.5.1). Daarna worden verschillen met een optie geïdentificeerd (§ 3.5.2). Vervolgens wordt de herhalingsopdracht in verbintenissenrechtelijk licht geplaatst (§ 3.5.3 en 3.5.4).

3.5.1 Aanbestedingsrechtelijke aandachtspunten

In art. 2.36 Aanbestedingswet liggen diverse cumulatieve vereisten besloten. Van belang is allereerst dat sprake is van een basisproject dat conform een Europese aanbestedingsprocedure met voorafgaande bekendmaking is aanbesteed (sub 1°).

73 Zie o.a. art. 32 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU, art. 31 lid 4 aanhef en onder b Richtlijn 2004/18/EG, art. 7 lid 3 aanhef en onder e Richtlijn 93/37/EEG, art. 11 lid 3 aanhef en onder f Richtlijn 92/50/EEG, en art. 9 aanhef en onder g Richtlijn 71/305/EEG. Vgl. art. XV lid 1 aanhef en onder g GPA 1994. Zie voor enkele aspecten met betrekking tot de herhalingsopdrachten inmiddels, voor wat betreft de gepubliceerde literatuur, Smits-Govaert 2022, § 6.

Daarnaast dient in de aanbestedingsstukken voor het basisproject de mogelijkheid voor het gunnen van de betreffende nieuwe werken of diensten concreet te worden vermeld (sub 2° en 3°). Verder dient bij de raming van het basisproject de geraamde waarde van de herhalingsopdrachten te worden meegenomen (sub 4°). Het is voorts van belang dat de procedure voor het gunnen van een herhalingsopdracht binnen drie jaar volgend op de gunning van de oorspronkelijke opdracht wordt toegepast (aanhef). De nieuwe werken of diensten dienen te bestaan uit een herhaling van aan het basisproject gelijksoortige werken of diensten (aanhef en sub 1°), terwijl de contractpartijen dezelfde dienen te blijven (aanhef).

Ad 1) Europese aanbestedingsprocedure met voorafgaande bekendmaking

Deze verplichting bestaat niet zonder reden. Het is namelijk mogelijk om in twee gevallen een Europese aanbestedingsprocedure te starten zonder bekendmaking. Als één van die mogelijkheden in dit geval gebruikt kan worden, zouden herhalingsopdrachten zonder enige vorm van bekendmaking en concurrentie kunnen worden gegund. Ten eerste kent § 2.2.1.7 Aanbestedingswet de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Toegang tot deze procedure wordt gelet op de verwijzing in art. 2.36 naar § 2.2.1.2 tot en met § 2.2.1.6 Aanbestedingswet uitgesloten. Ten tweede kan na een mislukte openbare of niet-openbare aanbesteding zonder nadere publieke aankondiging de concurrentiegerichtte dialoog of de mededingingsprocedure met onderhandeling worden toegepast.⁷⁴ Vereist is dan wel dat de voorwaarden niet wezenlijk worden gewijzigd. Als de mogelijkheid van een herhalingsopdracht niet deugdelijk in de aanbestedingsstukken was vermeld, ligt een wezenlijke wijziging evenwel op de loer.⁷⁵

Ad 2) Concrete duidelijkheid

Bij aanvang dient duidelijkheid te worden verschaft over de mogelijkheden tot het plaatsen van een herhalingsopdracht. Dit vereiste echoot de verplichtingen ten aanzien van een herzieningsclausule of optie. Naar letter en geest van art. 2.36 Aanbestedingswet lijkt het toegestaan om in de aankondiging enkel te vermelden dat de aanbestedende dienst zich deze mogelijkheid wil voorbehouden, met verwijzing naar de vindplaats in de aanbestedingsstukken waarin die mogelijkheid concreet nader wordt omschreven.⁷⁶ Dit vereiste kan als volgt worden verklaard. Ten eerste dient het voorwerp van de opdracht - inclusief flexibele delen - voor ondernemers voldoende bepaalbaar te zijn.⁷⁷ Ten tweede mag een aanbestedende

74 Zie art. 2.28 lid 2 en 2.30 lid 2 Aanbestedingswet.

75 Bijv. op de voet van art. 2.163g lid 3 aanhef en sub b of c Aanbestedingswet. Vgl. ook de expliciete koppeling in HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 36). Idem: Commission non paper 2012 cluster 8, p. 19 en 20 alsook voetnoot 5.

76 Vgl. HJEG 14 oktober 2004, C-340/02 (*Commissie/Frankrijk*, r.o. 33 - 45).

77 Dat het voorwerp voldoende bepaald dient te zijn, volgt ook uit HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6097 (*Staat/Canon*) en CvAE 23 november 2015, advies nr. 297 (alinea's 5.7 en 5.7.1).

dienst een aanbestedingsprocedure niet ontwerpen met het oogmerk zich te onttrekken aan het Europese aanbestedingsrecht of om de mededinging kunstmatig te beperken.⁷⁸

Deze aspecten kunnen aan belang winnen naarmate het aandeel herhalingsopdrachten zwaarder weegt. De wet begrenst niet expliciet de hoeveelheid herhalingsopdrachten. Desalniettemin kan een plafond uit de aanbestedingsrechtelijke beginselen worden afgeleid. Hoe zwaarder de verhouding herhalingsopdrachten, hoe onzekerder de werkvoorraad kan worden. Dit, terwijl de opdrachtnemer zijn organisatie wel op die herhalingsopdrachten zal (moeten) inrichten.⁷⁹ Daarom spreekt de benadering van De Koninck aan. Ook hij signaleert dat geen beperking is ingebouwd, maar vervolgt: *“Om een vertekening van de mededingingsvoorwaarden te vermijden, mag het bedrag van de herhalingsopdrachten samen hoogstens in dezelfde orde van grootte liggen als de oorspronkelijke opdracht.”*⁸⁰

Het vereiste de voorwaarden te vermelden, lijkt sowieso betrekking te hebben op de omstandigheden die aanleiding geven om gebruik te maken van deze mogelijkheid. Daarnaast kan dit vereiste zien op het schetsen van de kaders waaronder de onderhandelingen plaats zullen vinden. Dat die onderhandelingen plaats hebben, volgt uit art. 2.37 Aanbestedingswet.⁸¹ Wel is het vanuit aanbestedingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke overwegingen aannemelijk dat voor een soortgelijke prestatie in beginsel onder soortgelijke voorwaarden wordt gecontracteerd.⁸² Er kan bijvoorbeeld worden bepaald dat de oorspronkelijke prijs zal fungeren als referentiepunt, met de mogelijkheid tot indexatie voor zover objectieve oorzaken daar aanleiding toe geven (zoals gestegen grondstofprijzen).

Ad 3) Waarderaming

Dit vereiste kan in lijn met art. 2.15 lid 2 Aanbestedingswet worden beschouwd, dat eenzelfde verplichting neerlegt voor opties en verlengingen. Hierin ligt besloten dat de omvang van de herhalingsopdrachten duidelijk is, en dat die herhalingsopdrachten *kunnen* worden geraamd. Hiermee wordt onderstreept dat deze mogelijkheid is weggelegd voor duidelijk te identificeren werken en diensten. Daarnaast is die waarderaming ook van belang voor de kring van geïnteresseerde ondernemers: niet iedere ondernemer kan of wil grotere opdrachten in zijn orderportefeuille hebben.

78 Art. 1.10a Aanbestedingswet. Vgl. art. 1.5 Aanbestedingswet inzake de toegang van het MKB tot overheidsopdrachten.

79 Vgl. Voorschrift 3.3A Gids Proportionaliteit. Dit los van bijvoorbeeld de verzekeraarbaarheid en hoogte van de premies.

80 De Koninck 2004, p. 102.

81 Vgl. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 35).

82 Smits-Govaert 2022, § 7.2 plaatst dit in de context van doelmatigheid. Net zozeer lijkt dit een rechtmatigheidsaandachtspunt in te houden.

Ad 4) Driejaarstermijn

Deze termijn vangt aan op het moment van gunning, en dus niet pas na voltooiing van de oorspronkelijk opgedragen prestaties.⁸³ De beperking van drie jaren is te begrijpen tegen de achtergrond dat een langdurige afsluiting van de markt met argusogen kan worden gezien.⁸⁴ Daarom valt op dat deze beperking op grond van art. 3.38 Aanbestedingswet niet geldt voor speciale sectoropdrachten. Dit lijkt geen vergissing. De formulering is namelijk al decennialang dezelfde.⁸⁵ Daarnaast is voor eenzelfde systematiek gekozen in het kader van de mogelijkheid om bepaalde aanvullende leveringen af te nemen.⁸⁶ Enerzijds kan deze grotere vrijheid bezwaarlijk worden geacht. Anderzijds laat dit onverlet dat ook onder het speciale sectorregime herhalingsopdrachten onderdeel uit moeten maken van de raming. Ondernemers weten dus dat die werken of diensten in principe van de markt verdwijnen.

De wettekst blinkt niet uit in helderheid waar het gaat om de vraag wat binnen die termijn dient te gebeuren. De Europese wetgever heeft niet verduidelijkt wat hij met “toepassen” bedoelt. Het toepassen van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking bestaat op grond van art. 2.37 Aanbestedingswet namelijk uit vijf stappen: onderhandelingen, opmaken van het proces-verbaal van opdrachtverlening, mededeling van de gunningsbeslissing, mogelijkheid tot het sluiten van de overeenkomst, en bekendmaking van de aankondiging van de gegunde opdracht. Betekent “toepassen” dan dat alle stappen binnen drie jaar doorlopen moeten zijn, of is het voldoende dat binnen die termijn de eerste stap(pen) is/zijn gezet? Beantwoording van die vraag is mede van belang omdat het gebruik van deze onderhandelingsprocedure wordt gezien als een uitzondering waarbij strikt moet worden getoetst of aan alle vereisten wordt voldaan, en de bewijslast bij de aanbestedende dienst ligt.⁸⁷

Het is niet geheel uitgesloten dat een stukje ‘overloop’ soms kan worden toegestaan. Anders had de wetgever bijvoorbeeld kunnen verplichten binnen drie jaar de herhalingsopdracht te gunnen. Die terminologie wordt niet gebezigd.⁸⁸ Daarnaast maakt art. 2.37 Aanbestedingswet onderscheid tussen het toepassen van deze

83 HJEG 14 september 2004, C-385/02 (*Commissie/Italië*, r.o. 33 - 39). De Nederlandse versie van de slotzin van art. 32 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU biedt hierover geen uitsluitel. De Engelse, Duitse en Franse taalversies zijn duidelijker.

84 Vgl. HJEG 19 jui 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 73 en 74).

85 Zie art. 50 aanhef en onder f Richtlijn 2014/25/EU; art. 40 lid 3 aanhef en onder g Richtlijn 2004/17/EG; art. 20 lid 2 aanhef en onder g Richtlijn 93/38/EEG.

86 Zie art. 2.33 en 3.37 Aanbestedingswet.

87 Vgl. o.a. HJEG 14 september 2004, C-385/02 (*Commissie/Italië*, r.o. 14 en 19); HJEG 18 mei 1995, C-57/94 (*Commissie/Italië*, r.o. 23); en overweging 50 considerans Richtlijn 2014/24/EU. Zie echter conclusie A-G Jacobs 23 maart 2000, C-337/98 (*Rennes*, alinea 65) inzake de voldoende gemotiveerde betwisting.

88 De Nederlandse, Engelse, Franse en Duitse taalversies spreken over “gebruik worden gemaakt”, “may be used”, “recourir à” resp. “angewandt werden”.

onderhandelingsprocedure en de stappen binnen die procedure. Het nemen van de eerste stap impliceert niet noodzakelijk het voltooiën van de procedure. Daar staat tegenover dat het HJEU in het al aangehaalde arrest feitelijk aansloot bij het moment van gunning, zij het dat in die zaak de driejaarstermijn al jarenlang was afgelopen.⁸⁹ In Frankrijk is wat dat betreft een duidelijke keuze gemaakt. Art. R2122-7 Code la commande publique bepaalt dat de herhalingsopdrachten binnen drie jaren moeten worden gegund. De Franse minister van Economische Zaken en Financiën heeft die formulering expliciet gekoppeld aan het hiervoor aangehaalde arrest.⁹⁰

In ieder geval dient te zijn gestart met de onderhandelingen. Dit zal niet gedaan mogen zijn met als doel de termijn te redden, om de onderhandelingen vervolgens op de lange baan te schuiven. Voor zover overloop toegestaan is, dient een concrete rechtvaardiging aanwezig te zijn, waarbij het argument planning in beginsel geen rol speelt. De aanbestedende dienst is immers al jarenlang met deze termijn bekend. Hoe groter de ‘overloop’, hoe sterker de argumentatie dient te zijn en hoe groter het risico dat buiten de wettelijke kaders is getreden.

Ad 5) Soortgelijkheid

De wet noch de Richtlijnen definiëren wat onder ‘soortgelijk’ dient te worden verstaan.⁹¹ Ten minste impliceert dit een grote mate van gelijkenis, getuige de woorden ‘herhaling’ en ‘overeenstemmen’. Het lijkt echter niet vereist dat de herhalingsopdracht identiek is aan het basisproject.⁹² Dan had namelijk gebruik van dat begrip voor de hand gelegen.⁹³ Die uitleg vindt bevestiging wanneer de parallel wordt getrokken met art. 2.21 Aanbestedingswet inzake de raming van repeterende diensten of leveringen. De considerans onderscheidt daar ‘soortgelijk’ en ‘identiek’: *“Tevens dient te worden verduidelijkt dat, om een raming te kunnen maken van de drempels, onder soortgelijke leveringen dienen te worden verstaan producten die bestemd zijn voor identieke of soortgelijke doeleinden, zoals leveringen van een assortiment levensmiddelen of van verschillende soorten kantoormeubilair.”*⁹⁴

Anderzijds dient het soortgelijkheidsvereiste niet lichtvaardig te worden opgevat. Zo wordt dit vereiste door het Franse Ministerie van Economische Zaken als volgt uitgelegd: *“De soortgelijke prestaties dienen op gelijke wijze uitvoerbaar te zijn,*

89 HJEG 14 september 2004, C-385/02 (*Commissie/Italië*, r.o. 39).

90 Vraag nr. 48786 van het lid Verdier, beantwoord op 19 augustus 2014.

91 De Handleiding diensten 1997 (§ 2.2.4 en 3.3.2.6) en Handleiding werken 1997 (§ 2.2.1) bieden geen verduidelijking.

92 Vgl. Arrowsmith 2014, p. 1079.

93 Vgl. de Engelse (“*similar*”), Franse (“*similaires*”) en Spaanse (“*similares*”) taalversies van art. 32 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU. De Italiaanse (“*analoghi*”) en Duitse (“*gleichartig*”) bewoordingen lijken meer op ‘soortgelijk’.

94 Overweging 19 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

*louter door toepassing van de technische specificaties uit het basisproject. De bepalingen uit het basisproject mogen dus niet wezenlijk worden gewijzigd bij het gunnen van de herhalingsopdrachten, omdat dit een wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden van de overheidsopdracht mee zou brengen.”*⁹⁵ In het Frans wordt voor ‘op gelijke wijze’ de term “à l’identique” gebruikt. Die term wordt ook wel gebruikt voor de getrouwe restauratie c.q. het in ere herstellen van een monument of een kunstwerk. De herhalingsopdracht dient dus moeiteloos te passen binnen het inhoudelijke voorwerp van de oorspronkelijke opdracht.

Het laat zich kortom raden dat de beoordeling of sprake is van soortgelijkheid, nogal casuïstisch van aard is. Sector overstijgende factoren die in ieder geval een rol kunnen spelen zijn de aard en waarde van de uit te voeren werkzaamheden, de daaraan te stellen eisen, en technische complexiteit. In ieder geval lijkt het risicovol dat - wanneer over de voorwaarden voor de herhalingsopdracht wordt onderhandeld - ook nog eens een optie tot aanvullende prestaties wordt overeengekomen. Omzeiling ligt dan namelijk op de loer, te meer nu die optie niet in de oorspronkelijke waardering zal zijn meegenomen. Daarvan uitgaande, is in zoverre aannemelijk dat bij herhalingsopdrachten een beperkter beroep op art. 2.163c Aanbestedingswet mogelijk is. Dit hoeft echter niet categorisch de weg af te sluiten naar de wijzigingsmogelijkheden voor noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden of onvoorzienbare omstandigheden. Voor een beroep op die mogelijkheden kunnen objectieve redenen bestaan. Daarbij komt dat een beroep hierop door de markt getoetst kan worden doordat deze wijzigingen gepubliceerd dienen te worden.

Ad 6) Dezelfde partijen

Herhalingsopdrachten dienen te worden gesloten tussen dezelfde partijen. In uitgangspunt is dit logisch, omdat *die* partijen hun samenwerking willen voortzetten, en anders een wezenlijke wijziging c.q. omzeiling van het aanbestedingsrecht op de loer ligt. De wettekst verduidelijkt echter niet hoe dit vereiste zich verhoudt tot art. 2.163f Aanbestedingswet. Kunnen herhalingsopdrachten ook worden aangegaan met een ondernemer die in de plaats is getreden van de oorspronkelijke opdrachtnemer?

Enerzijds kan betoogd worden dat dit mogelijk zou moeten zijn op basis van een analoge toepassing. Hoewel art. 2.163f Aanbestedingswet ziet op vervanging *tijdens de looptijd* van een opdracht, zijn het basisproject en de herhalingsopdracht

95 Fiche DAJ 2020, § 1.1.8. Dit is een eigen vertaling. De Franse tekst luidt: “*Les prestations similaires doivent être entendues comme réalisables à l’identique, en application des seules spécifications techniques du premier marché. Les stipulations du premier marché ne doivent donc pas être substantiellement modifiées à l’occasion de la passation du marché de prestations similaires, ce qui entraînerait une modification des conditions initiales de mise en concurrence du premier marché.*” Zie ook art. R2122-7 Code la commande publique.

ontegengesteldig nauw met elkaar verweven. Daarnaast is een wijziging van opdrachtnemer tijdens de looptijd in uitgangspunt evenmin toegestaan.⁹⁶ Ook dan maakt de wet uitzonderingen. Doordat de ratio achter de strikte vereisten bij herhalingsopdrachten aansluit op de ratio van het verbod wezenlijk te wijzigen,⁹⁷ kan betoogd worden dat die uitzonderingen ook voor de herhalingsopdracht dienen te gelden.

Anderzijds is ingevolge art. 2.163a Aanbestedingswet sprake van een gesloten stelsel, zodat betoogd kan worden dat voor analoge toepassing geen plaats is. De wijziging kan dan alleen rechtmatig worden doorgevoerd tijdens de uitvoering van het basisproject, zodat de herhalingsopdracht niet aan de nieuwe opdrachtnemer kan worden gegund. Doet de wijziging zich tijdens de uitvoering van een herhalingsopdracht voor, dan geldt iets vergelijkbaars. Omdat art. 2.36 Aanbestedingswet vereist dat de herhalingsopdracht wordt toevertrouwd aan dezelfde opdrachtnemer waaraan de oorspronkelijke opdracht werd gegund, staat een beroep op art. 2.163f Aanbestedingswet nog wel open waar het gaat om de voltooiing van die herhalingsopdracht, maar kunnen eventuele nadere herhalingsopdrachten niet worden gegund aan de nieuwe ondernemer.

Gelet op de randvoorwaarden die gelden om rechtmatig van opdrachtnemer te wijzigen in geval van herstructurering, lijken geen werkelijke beletsels te bestaan die mogelijkheid ook in de situatie van het gunnen van (nadere) herhalingsopdrachten open te houden. Veelal is de opdrachtnemer dan nog materieel dezelfde en kan hij in principe in staat worden geacht de opdracht voort te zetten. Bij vervangingsbedingen lijkt meer terughoudendheid op zijn plaats vanwege de actieve rol van de aanbestedende dienst, waardoor het risico op favoritisme en willekeur nadrukkelijker aanwezig is. Feit is verder dat de nieuwe opdrachtnemer doorgaans niet als ‘oorspronkelijk opdrachtnemer’ kan worden aangemerkt. Het betreft immers vaak een opvolgend inschrijver. Ook praktisch kunnen bezwaren kleven aan het inroepen van een vervangingsbeding. Zo kan niet zomaar worden aangenomen dat die nummer twee nog in staat of bereid is de herhalingsopdracht (onder soortgelijke condities) uit te voeren.

3.5.2 Verschillen tussen de herhalingsopdracht en de optie

De herhalingsopdracht en de optie hebben gemeen dat vooraf voldoende bepaalbaar dient te zijn welke mogelijkheden worden geïntroduceerd. Dit laat onverlet dat het wel verschillende instrumenten zijn met bijbehorende eigen karakteristieken.⁹⁸ Dit komt vooral tot uiting in het uiteenlopende inhoudelijke toepassingsbereik, de totstandkoming, en de perceptie.

96 Art. 2.163g lid 3 aanhef en onder d Aanbestedingswet.

97 Vgl. HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 36).

98 In de gepubliceerde literatuur is Smits-Govaert 2022, § 6.1 ook op enkele verschillen en overeenkomsten ingegaan.

Inhoudelijk is relevant dat opties niet binnen drie jaar na gunning hoeven te worden gelicht. Tenzij het speciale sectorregime van toepassing is, geldt die beperking wel voor herhalingsopdrachten. Daarnaast is het toepassingsbereik van een optie breder dan een herhalingsopdracht, doordat het betrekking mag hebben op iets anders dan soortgelijke werken of diensten.

De totstandkoming is ook anders. Een optie wordt ingeroepen onder dezelfde overeenkomst, terwijl bij een herhalingsopdracht een nieuwe overeenkomst wordt gesloten. Verder kan een aanbestedende dienst een optie lichten zonder transparantie te betrachten. Bij een herhalingsopdracht dient hij een aankondiging van een gegunde opdracht te publiceren, waarin hij dient te motiveren waarom zijn handelswijze rechtmatig is en dient te vermelden welke gunningscriteria zijn toegepast.⁹⁹ Daarmee hangt samen dat opties een rol dienen te spelen in de gunning van de oorspronkelijke opdracht, zodat de gunningssystematiek daarop dient te worden ingericht. Dit hoeft niet zonder meer zo te zijn bij herhalingsopdrachten.¹⁰⁰ Tot slot wordt over het aangaan van een herhalingsopdracht onderhandeld, wat bij het lichten van een optie in uitgangspunt niet aan de orde is.¹⁰¹

Qua perceptie wordt het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden toegestaan.¹⁰² De bewijslast rust op de aanbestedende dienst en de jurisprudentie is strikt.¹⁰³ Daarentegen lijkt de houding van het HJEU en de Europese Commissie tot op heden welwillender waar het gaat om het gebruik van herzieningsclausules en opties.¹⁰⁴

Smits-Govaert heeft nog op de rol van het clusterverbod gewezen. Volgens haar is bij een basisproject met herhalingsopdrachten “*géén sprake van enige clustering van opdrachten*”.¹⁰⁵ Naar de letter van art. 1.5 Aanbestedingswet valt voor dit standpunt wel iets te zeggen. Dit artikel ziet namelijk op het samenvoegen van

99 Zie art. 2.37 jo. art. 2.134 en afdeling 4.2.2 Aanbestedingswet, samen met art. 50 lid 1 jo. Bijlage V, deel D, sub 7 en 9 Richtlijn 2014/24/EU. Zie ook art. 84 lid 1 aanhef en onder f Richtlijn 2014/24/EU.

100 Vgl. Hof Den Bosch 1 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3427 (r.o. 7.3.1.2).

101 Vgl. Pijnacker Hordijk c.s. 2009, p. 209 en HJEU 26 januari 2017, T-700/14 (*TV1/Commissie*, r.o. 132).

102 Overweging 50 considerans Richtlijn 2014/24/EU. Idem: MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 46 en 47.

103 Zie o.a. HJEG 14 september 2004, C-385/02 (*Commissie/Italië*, r.o. 37) en HJEG 2 juni 2005, C-394/02 (*Commissie/Griekenland*, r.o. 33).

104 Zie bijv. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 36). Vgl. inzake problemen met de aanleg van de metro in Thessaloniki, het persbericht van de Europese Commissie d.d. 30 april 2003 (IP/03/601). Een wijziging van de diepte van de tunnels werd toelaatbaar geacht, omdat de aanbestedingsstukken in zulke wijzigingen voorzagen. Brown 2003 merkt op dat deze beslissing verder bewijs biedt van een redelijke, flexibele houding van de Europese Commissie in zulke situaties.

105 Smits-Govaert 2022, § 6.1.2.

meerdere opdrachten tot één opdracht, terwijl bij herhalingsopdrachten meerdere opdrachten worden geplaatst. Toch kan bij die stelligheid een flinke kanttekening worden geplaatst. Ten eerste omdat de waarde van de voorgenomen herhalingsopdrachten moet worden inbegrepen in de waardering van het basisproject, met navenante gevolgen voor de eisen die aan ondernemers en hun inschrijving worden gesteld. Ten tweede omdat die herhalingsopdrachten niet door middel van verdere (openbare) concurrentiestelling tot stand komen en de markt dus in zoverre wordt afgesloten. Gelet op de ratio van art. 1.5 Aanbestedingswet om de kansen van het MKB te vergroten, brengt een functionele uitleg daarom mee dat aandacht voor het clusterverbod óók in dit verband geldt.

Kortom: het zal van de aard van de prestaties en de wensen van de aanbestedende dienst afhangen welke van deze mogelijkheden het meest geschikt is. In het verlengde hiervan kan worden nagegaan hoe de herhalingsopdracht contractenrechtelijk is te duiden.

3.5.3 De overeenkomst gekwalificeerd

Door middel van herhalingsopdrachten wordt een bestaande samenwerking voortgezet. Een recent voorbeeld betreft een aanbesteding voor de renovatie van zes bewegingswerken met de mogelijkheid van herhalingsopdrachten voor in totaal zes andere bewegingswerken.¹⁰⁶ Enerzijds committeren partijen zich vooraf niet volledig aan een meerjarige samenwerking, met een zekere mate van flexibiliteit tot gevolg. Anderzijds kan wel het kader worden geschetst voor die samenwerking waarin op basis van opgedane ervaringen nadrukkelijker ruimte voor optimalisatie en innovatie bestaat. Dat is met name ook mogelijk door de aard van de werkzaamheden, die vanwege het soortgelijkheidsvereiste immers sterke feitelijke gelijkenis vertonen. Juridisch zal vanwege het soortgelijkheidsvereiste in uitgangspunt sprake zijn van meerdere overeenkomsten van aanneming van werk (art. 7:750 BW) of van opdracht (art. 7:400 BW).¹⁰⁷ De vraag is dan of sprake is van een zodanige mate van samenhang dat daaraan (juridische) gevolgen kleven. In dat verband worden de voortbouwende overeenkomst (ad 1) en de samenhangende overeenkomst (ad 2) besproken. Er zal worden toegelicht waarom deze kwalificaties niet voor de hand liggen. Naar de ‘overeenkomst voor het basispro-

106 Dit voorbeeld is ontleend aan de aankondiging van een opdracht d.d. 16 december 2020 van Rijkswaterstaat (identificatienummer op TenderNed: 361633343). Uit het oogpunt van transparantie wordt opgemerkt op Jan-Michiel Hebly en ondergetekende in 2020 enige adviserende betrokkenheid in het voortraject hebben gehad, vgl. de verwijzingen naar het ‘Hebly (c.s.)-advies’ in de Handreiking contractuele portfolioaanpak van Rijkswaterstaat d.d. 28 september 2021 (versie 2.0).

107 Hierin ligt besloten dat de kwalificatie als ‘groep van contracten’ in de door Van Dongen verdedigde betekenis hier niet speelt. Zij begrijpt de groep van contracten als een aantal contracten die verwezenlijking van hetzelfde doel tot doel hebben, bijvoorbeeld de financiering voor de koop van een voorwerp. Zie Van Dongen 2016, § 1.1.

ject' en 'overeenkomst voor een herhalingsopdracht' wordt daarbij verwezen als overeenkomst 1 resp. overeenkomst 2.

Ad 1) Voortbouwende overeenkomst

Het leerstuk van de voortbouwende overeenkomst is in het Nederlandse recht nauwelijks ontwikkeld en komt met name terug in art. 6:229 BW.¹⁰⁸ Dit artikel bepaalt dat een overeenkomst die de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding, vernietigbaar is indien deze rechtsverhouding ontbreekt, tenzij dit in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening behoort te blijven van degene die zich op dit ontbreken beroept. Kenmerkend aan een voortbouwende overeenkomst is het ontbreken van een zelfstandig bestaansrecht, bijvoorbeeld in geval van een verlenging of wijziging.¹⁰⁹

Onmiskenbaar borduurt overeenkomst 2 voort op overeenkomst 1. Echter, gelet op de hiervoor besproken voorwaarden, is het feitelijk onaannemelijk dat de overeenkomst 1 van meet af aan ontbreekt, maar dat wel een overeenkomst 2 is aangegaan. In zoverre is de kwalificatie als voortbouwende overeenkomst dus niet op zijn plaats. Dit wordt in beginsel niet anders als de overeenkomst 1 vernietigd wordt. Als voorbeeld dient opnieuw de renovatie van zes plus zes bewegingswerken. Stel dat overeenkomst 1 wordt vernietigd op een moment dat overeenkomst 2 al is gesloten, omdat dwingend voorgeschreven termijnen niet in acht zijn genomen.¹¹⁰ Dit laat onverlet dat verbintenisrechtelijk de overeenkomst 2 kan blijven bestaan wanneer daarin een zelfstandig pakket wederzijdse rechten en verplichtingen is neergelegd.¹¹¹

Wel kan overeenkomst 2 worden vernietigd omdat deze op zichzelf in strijd met het Europese aanbestedingsrecht is gesloten, omdat de rechtvaardiging voor rechtstreekse contractering is ontvallen.¹¹² Weliswaar delen beide overeenkomsten dan in het vernietigingslot, maar de reden daarvoor verschilt. Te meer blijkt dit zelfstandige bestaansrecht indien overeenkomst 2 op zichzelf niet aanbestedingsplichtig is. Die overeenkomst kan dan in voorkomend geval (verder) worden uitgevoerd. Oftewel: vernietiging van overeenkomst 2 is geen automatisme, zodat de kwalificatie als voortbouwende overeenkomst in die gevallen evenmin op zijn plaats is.

108 Tjong Tjin Tai 2019/24.

109 Tjong Tjin Tai 2019/24.

110 Art. 4.15 lid aanhef en onder b Aanbestedingswet. Vgl. Hof Den Haag 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:638 (r.o. 6.5 - 6.11).

111 Een precieze prijs voor het werk of de dienst hoeft daar niet onder te vallen gelet op art. 7:752 lid 1 en art. 7:405 lid 2 BW.

112 Art. 4.15 aanhef en onder a Aanbestedingswet.

Ad 2) Samenhangende overeenkomst

Het begrip ‘samenhangende overeenkomst’ keert regelmatig terug in de context van overeenkomsten waarvan het lot verbonden is. Gebeurtenissen en wijzigingen in de ene rechtsverhouding hebben dan gevolgen voor de andere rechtsverhouding. De beëindiging van de ene overeenkomst leidt bijvoorbeeld ook tot het einde van de andere.¹¹³ Niettegenstaande de nauwe verbondenheid tussen overeenkomst 1 en overeenkomst 2 en uitzonderingen daargelaten,¹¹⁴ lijkt echter aannemelijk dat de kwalificatie als samenhangende overeenkomst hier evenmin op zijn plaats is.

De beëindiging van de ene overeenkomst hoeft namelijk niet te leiden tot beëindiging van de andere. Zo kan ten aanzien van een overeenkomst 2 niet aan de driejaarstermijn of aan het soortgelijkheidsvereiste zijn voldaan. Dit laat de rechtmatigheid van de overeenkomst 1 dan onverlet. Ook hoeft het wegvallen van overeenkomst 1 niet automatisch te leiden tot aantasting van overeenkomst 2, bijvoorbeeld om die laatste op zichzelf niet aanbestedingsplichtig is. Iets vergelijkbaars geldt op het niveau van de verbintenis. Zo kan de opdrachtnemer een tijdverbintenis uit de overeenkomst 2 nakomen, terwijl hij tekortschiet in diezelfde verbintenis uit de overeenkomst 1.

Het voorgaande laat onverlet dat in bredere zin wel sprake is van verbondenheid. Er dient immers tussen dezelfde partijen te worden gecontracteerd over soortgelijke prestaties onder soortgelijke voorwaarden. Sterker nog: de rechtmatigheid van een overeenkomst 2 kan zelfs uitsluitend gegrond zijn op de aanwezigheid van een voorziening in de aanbestedingsstukken voor het basisproject. Het ontbreken van een toereikende voorziening leidt dan in beginsel tot vernietigbaarheid van een desalniettemin gesloten overeenkomst 2.¹¹⁵ De overeenkomst 1 normeert aldus het kader voor de overeenkomst 2.

Die samenhang is ook relevant voor de doorwerking van contractuele bedingen, primair in zoverre dit onvoldoende door partijen is geregeld. Schakelbepalingen kunnen dan vanuit overeenkomst 1 worden ingelezen in overeenkomst 2.¹¹⁶ Ook

113 O.a. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555 (*Jans/FCN*, r.o. 3.4.2), HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162 (*Agfaphoto Finance/Foto Noort*, r.o. 3.5.3), HR 10 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4992 (*Defam*, r.o. 3.2 - 3.4), en HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:41 (*Pengel/Curaçao*, r.o. 3.7). Zie ook de conclusie van A-G Hammerstein 22 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ5711 (alinea 2.4.2). Uit HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1672 (*Eiseres/Bast*, r.o. 4.1.3) blijkt dat het niet langer uitvoeren van de overeenkomst 1 niet per definitie het einde van overeenkomst 2 inhoudt.

114 Partijen kunnen die lotsverbondenheid overeenkomen, vgl. Kloppenburg 2019. Dit kan onder meer een oplossing bieden als tijdens de onderhandelingen voor overeenkomst 2 het bestaan van overeenkomst 1 door een vernietigingsactie wordt bedreigd.

115 Art. 4.15 lid 1 aanhef en onder a Aanbestedingswet.

116 Vgl. Tjong Tjin Tai 2019/27.

voor de omgekeerde situatie kan die verbondenheid van belang zijn, zoals in het geval dat een derde een overeenkomst 2 wil aantasten omdat niet aan het soortgelijkheidsvereiste is voldaan. Indien juist, kan dit tot vernietiging van overeenkomst 2 leiden. Echter, de inhoud van de overeenkomst 1 indachtig, lijkt het in voorkomend geval ook mogelijk te volstaan met een gebod tot het in lijn brengen van overeenkomst 2 met overeenkomst 1.

3.5.4 De mogelijkheid gekwalificeerd

Beantwoording van de kwalificatievraag ten aanzien van *de mogelijkheid tot* het sluiten van een overeenkomst 2 lijkt van belang voor een beter inzicht in de vraag waartoe partijen zich hebben verbonden. Eerst worden de hoofdkenmerken van de situatie ten tijde van de aanbesteding van het basisproject hernomen (ad 1), waarna de kwalificatievraag wordt beantwoord (ad 2).

Ad 1) Hoofdkenmerken

De aanbestedende dienst introduceert bij de start van de aanbestedingsprocedure voor het basisproject de mogelijkheid een herhalingsopdracht te gunnen. De essentialia voor die herhalingsopdracht(en) liggen dan al in grote mate vast. Hij kan nadien besluiten af te zien van het starten of voltooiën van de onderhandelingsprocedure,¹¹⁷ op voorwaarde dat hij die beslissing deugdelijk motiveert.¹¹⁸ Die motiveringsplicht volgt uit zowel het aanbestedingsrecht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, als de eisen van redelijkheid en billijkheid.¹¹⁹

Door in te schrijven verklaart een inschrijver zich akkoord met de gestelde eisen en voorwaarden, en doet een aanbod voor het basisproject. Hij verklaart zich er dus ook mee akkoord dat nadien een herhalingsopdracht kan worden gesloten, net als met de voorwaarden waaronder dit kan gebeuren. Hij kan vervolgens het basisproject gegund krijgen. Ook kan hij tijdens de uitvoering van het basisproject

117 Contractenrechtelijk lijkt het zo te zijn dat op deze onderhandelingen de regels en jurisprudentie inzake het afbreken van onderhandelingen van toepassing zijn. Vgl. Voorschrift 3.8B Gids Proportionaliteit.

118 Zie voor de bevoegdheid tot het sluiten van de overeenkomst art. 2.37 aanhef en sub d Aanbestedingswet. Ingevolge art. 2.37 aanhef en sub c samen met art. 2.129 Aanbestedingswet houdt de mededeling van de gunningsbeslissing nog niet de aanvaarding van het aanbod in. Vgl. voor de discretionaire bevoegdheid art. 2.36 aanhef en onder 3° Aanbestedingswet.

119 Art. 2.37 aanhef en sub c en art. 2.130 Aanbestedingswet. Vgl. art. 55 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU waar wordt bepaald dat een besluit om niet te gunnen ook dient te worden gemotiveerd. Vgl. HJEU 11 december 2014, C-440/13 (*Croce Amica*, r.o. 32 en 33) en Rb. Limburg 28 juli 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:6754 (r.o. 4.4 - 4.9). Vgl. over het gerechtvaardigd vertrouwen naar analogie Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU1361 (r.o. 4.8).

besluiten de onderhandelingen voor de herhalingsopdracht niet aan te gaan of te voltooien.

Ad 2) Kwalificatie van de mogelijkheid

Diverse figuren lijken in aanmerking te komen wat betreft de mogelijkheid tot het sluiten van een overeenkomst 2, zoals: de voorovereenkomst, een aanbod als bedoeld in art. 6:219 lid 3 BW, de uitnodiging een aanbod te doen, de uitnodiging in onderhandeling te treden, de rompovereenkomst, of de (zuivere) intentieverklaring. Die laatste figuur lijkt de voorkeur te genieten.

De kwalificatie als voorovereenkomst c.q. *pactum de contrahendo*, ligt niet voor de hand. Hoewel de te verrichten prestaties duidelijk zijn en daarmee aan het bepaalbaarheidsvereiste wordt voldaan, ligt in het stelsel van de herhalingsopdrachten besloten dat partijen niet gehouden zijn de daartoe strekkende overeenkomst(en) tot stand te brengen. Dit is voor het bestaan van een voorovereenkomst wel vereist.¹²⁰

Om vergelijkbare redenen mist art. 6:219 lid 3 BW toepassing, ongeacht het gegeven dat dit lid via art. 6:217 lid 2 BW van regelend recht is. Art. 6:219 lid 3 BW bepaalt dat een beding waarbij één der partijen zich verbindt om, indien de wederpartij dit wenst, met haar een bepaalde overeenkomst te sluiten, als een onherroepelijk aanbod geldt. Door op het basisproject in te schrijven, verbindt de inschrijver zich er niet toe een overeenkomst 2 tot stand te brengen. Een uitleg die er op neerkomt dat die wilsovereenstemming al bij inschrijving bereikt is, zou juist tot een wonderlijke situatie leiden. Dan zou de inschrijver al een onherroepelijk aanbod op de herhalingsopdracht doen, terwijl daarvoor nog een afzonderlijke aanbestedingsprocedure in het verschiet ligt. Een dergelijke uitleg zou die aanbestedingsprocedure zinledig maken.

De constructie om de akkoordverklaring mede te zien als uitnodiging aan de aanbestedende dienst om binnen drie jaren in onderhandeling te treden, houdt evenmin stand. Het aanbestedingsrechtelijke uitgangspunt is namelijk dat het initiatief bij de aanbestedende dienst ligt. Zijn handelen wordt gezien als de uitnodiging tot onderhandeling of tot het doen van een aanbod. Dat komt expliciet tot uitdrukking in procedures met voorselectie, waar de Aanbestedingswet voorziet in een uitnodiging door de aanbestedende dienst tot inschrijving.¹²¹ Dat uitgangspunt zou dan voor dit geval verlaten moeten worden, terwijl het initiatief nog steeds bij hem ligt. Hij introduceert immers de mogelijkheid voor een herhalingsopdracht.

120 Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2018/92 - 94 en Y.G. Blei Weissman in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.34.3.

121 Art. 2.27 aanhef en onder e (niet-openbare procedure); art. 2.29 aanhef en onder g en art. 2.111 leden 5 en 6 (procedure voor de concurrentiegericht dialoog); art. 2.31 aanhef en onder e (mededingingsprocedure met onderhandeling); art. 2.31b aanhef en onder e (procedure voor het innovatiepartnerschap) Aanbestedingswet.

De aanbestedende dienst kent zichzelf een recht toe om op een later moment op bepaalde wijze te handelen.

Wellicht past daarom de karakterisering als (zuivere) intentieverklaring het beste. Hier past een opmerking vooraf. Termen als intentieverklaring, intentieovereenkomst, *letter of intent* etc. hebben naar Nederlands recht geen vastomlijnde betekenis. Het bepalen van eventuele rechten en verplichtingen van partijen is een kwestie van uitleg.¹²² Ten aanzien van herhalingsopdrachten geldt dat de aanbestedende dienst zich een mogelijkheid voorbehoudt, waarmee de inschrijver zich akkoord verklaart. Indachtig het soortgelijkheidsvereiste staan het voorwerp van de overeenkomst en de contractvoorwaarden verregaand vast. Tegelijkertijd is nog onzeker of die opvolgende overeenkomst tot stand komt; zelfs het starten van de onderhandelingen is een mogelijkheid. Daardoor lijkt overigens de kwalificatie als rompovereenkomst niet op zijn plaats, hoewel over diverse verbintenissen al overeenstemming is bereikt vanwege het soortgelijkheidsvereiste. Die overeenstemming maakt namelijk nog niet dat partijen zich ter zake al jegens elkaar hebben verbonden en er slechts nog enkele in te vullen ‘witte plekken’ resteren.¹²³

In beginsel verplicht de overeenkomst 1 derhalve niet tot het aangaan van de onderhandelingen noch tot het tot stand brengen van een overeenkomst 2.¹²⁴ Uitzonderingen of afwijkende bedingen kunnen dit (deels) anders maken. Dat kan bijvoorbeeld zo zijn bij een gebrekkige motivering door de aanbestedende dienst om af te zien van het gunnen van de herhalingsopdracht. De opdrachtnemer kan vorderen dat de beslissing deugdelijk wordt gemotiveerd. Blijft die motivering achterwege, terwijl de opdrachtnemer naar behoren presteert, dan is niet ondenkbaar dat de aanbestedende dienst verplicht wordt de onderhandelingen met hem aan te gaan.¹²⁵

122 Zie nader Tjittes 2016 § 4.2, De Vries 2016/4.45 - 47, Pannebakker 2017, p. 127 - 132, Ruygvoorn 2013, § 2.5.0.

123 Zie over de rompovereenkomsten o.a. HR 14 juni 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC3608 (*Polak/Zwolsman*); HR 18 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1301 (*Linguamatics/Polyglot*, r.o. 3.9); en HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9771 (*Antilliaanse dierenartsen*, r.o. 3.3.2). Vgl. voor de ‘witte plekken’-analogie o.a. Ruygvoorn 2006/2.2.3 en 3.5.

124 Vgl. A-G Valk 6 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1280 (*Huizon/Alkmaar*, alinea’s 3.4 - 3.6). Vgl. naar analogie Hof Den Haag 31 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3963 voor de verplichting tot dooronderhandelen en onvoorzien omstandigheden in een bestaande contractuele relatie. Dit arrest is via art. 81 RO bevestigd in HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:209 (*Eiser/Staedion*).

125 Vgl. naar analogie Rb. Gelderland 12 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4007 (r.o. 4.21).

3.6 HET VOORBEHOUD TOT VERVANGING VAN EEN OPDRACHTNEMER

Aanbestedende diensten dienen de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht te nemen om ondernemers een eerlijke kans te geven op basis van proportionele criteria. Zodoende wordt het risico op favoritisme en willekeur verkleind. Ter uitwerking van die beginselen is gaandeweg een gedetailleerde set instructies ontwikkeld met betrekking tot de eisen die aan ondernemers en hun inschrijvingen gesteld mogen worden.

Gevolg is dat het aanbestedingsrecht in zekere mate de vrijheid van de aanbestedende dienst beperkt om te contracteren met wie hij wil. In het verlengde daarvan kan gesteld worden dat de gunning van een overheidsopdracht veelal nauw verbonden is met de identiteit van de opdrachtnemer: hij heeft het beste aanbod gedaan op basis van de gestelde eisen en wensen. Zo bezien, verrast het niet dat de vervanging van opdrachtnemer tijdens de uitvoering als wezenlijke wijziging geldt.¹²⁶ Op dat uitgangspunt maakt art. 2.163f Aanbestedingswet twee uitzonderingen: een aanbestedende dienst kan de mogelijkheid tot vervanging vooraf regelen (sub a), en kan vervanging bij herstructurering tijdens de uitvoering toestaan (sub b).¹²⁷

Hier staat sub a centraal op grond waarvan vervanging is toegestaan in geval van “een ondubbelzinnige herzieningsclausule als bedoeld in artikel 2.163c”. Daarbij dient niet uit het oog te worden verloren dat - in weerwil van de wettekst - vervanging is toegestaan via zowel een herzieningsclausule als een optie, zie § 3.3.3. Daarom wordt als overkoepelend begrip de term vervangingsbeding gehanteerd. Voor toegespitste gevallen wordt de term vervangingsclausule of vervangingsoptie gebruikt. In § 3.6.1 wordt de achtergrond geschetst en in § 3.6.2 de toepassingsmogelijkheden. In § 3.6.3 wordt stilgestaan bij de wenselijkheid

126 Art. 2.163g lid 3 aanhef en onder d Aanbestedingswet. Vgl. HJEU 14 september 2017, C-223/16 (*Casertana*, r.o. 37) en HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 40 en 47). Vgl. Rb. Den Haag 24 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1636 (r.o. 3.12) en ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1638 (r.o. 3.11).

127 Mede vanwege de bestuursrechtelijke aspecten, blijven wijzigingen aan opdrachtgeverszijde hier buiten beschouwing. Dit laat onverlet dat hierover discussie kan worden gevoerd. Zie bijv. het niet geïmplementeerde art. 72 lid 1 onder d sub iii Richtlijn 2014/24/EU, op grond waarvan de aanbestedende dienst de verplichtingen van de hoofdaannemer inzake zijn onderaannemers overneemt. Vgl. MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 19 en 20. Zie in relatie tot de vereisten van de *quasi inhouse*-gunning Hof Den Bosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281 (r.o. 4.12), inzake contractovername Rb. Midden-Nederland 1 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5093 (r.o. 2.3 en 4.23 - 4.26) en wat betreft toetreding tot een raamovereenkomst HJEU 19 december 2018, C-216/17 (*Antitrust*, r.o. 49 - 56). Zie daarover ook Conseil d'Etat 9 juni 2020, nr. 436922 (r.o. 5). Vgl. over het niet langer voldoen aan de criteria voor quasi inhouse gunning HJEU 12 mei 2022, C-719/20 (*Comune di Lerici*).

van het introduceren van vervangingsbedingen. In § 3.6.4 wordt nagegaan hoe het vervangingsbeding verbintenisrechtelijk is te duiden. Tot slot verdient in § 3.6.5 de vervanging van een onderaannemer apart de aandacht.

3.6.1 Oorsprong

Deze vervangingsmogelijkheid wordt wel herleid tot *Presstext*, waarin het Hof overwoog: “*Over het algemeen dient de vervanging van de contractpartner aan wie de aanbestedende dienst de opdracht oorspronkelijk had toegewezen, door een nieuwe contractpartner, te worden aangemerkt als een wijziging van de wezenlijke voorwaarden van de betrokken overeenkomst inzake de overheidsopdracht, tenzij deze vervanging is vastgelegd in de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst, bijvoorbeeld op basis van onderaanneming.*”¹²⁸

Deze formulering is juridisch niet bepaald zuiver.¹²⁹ Een onderaannemer is immers geen contractpartij van de aanbestedende dienst. Dat het Hof het oog zou hebben gehad op indeplaatsstelling ligt niet direct voor de hand, omdat een onderaannemer nogal eens op een onderdeel van het werk wordt ingeschakeld vanwege een specifieke deskundigheid. Of hij over de competenties en capaciteit beschikt om als hoofdaannemer in dat project op te treden, kan niet zonder meer worden aangenomen.

Deze overweging valt te meer op wanneer zij wordt afgezet tegen de conclusie van A-G Kokott. Volgens haar kunnen twee uitzonderingen worden aangenomen. Naast organisatorische wijzigingen van puur interne aard benoemt zij de inschakeling van onderaannemers door de contractspartner van de aanbestedende dienst.¹³⁰ Die inschakeling is echter van een andere orde dan waar het Hof op doelt. De contractuele keten blijft daar namelijk intact: de aanbestedende dienst gunt een opdracht aan een opdrachtnemer, die voor een deel van die opdracht een overeenkomst sluit met een onderaannemer. In beide gevallen betreft het dus ook situaties waarbij het initiatief aan de zijde van de opdrachtnemer ligt. Over vervanging door middel van een vervangingsbeding rept zij met geen woord. Het Hof doet dit wel.

In het Richtlijnvoorstel bleek de Europese Commissie dan ook terughoudend.¹³¹ Hoewel zij in het Groenboek uit 2011 verwees naar *Presstext*,¹³² regelde het voor-

128 HJEU 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 40; vgl. r.o. 47). Vgl. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 30).

129 Treumer 2012 § 2 en voetnoot 17 gebruikt zelfs de term “*misleading*”. Idem: Treumer 2014, § 2.5.1 en voetnoot 19. Vgl. Hartlev & Liljenbøl 2013, § 3.2.4.2.

130 Conclusie A-G Kokott 13 maart 2008, C-454/06 (*Presstext*, alinea’s 54 - 58).

131 Die terughoudendheid is niet nieuw. Zie reeds over instapbedingen het groenboek PPS 2004, punt 48. Vgl. Van Wassenae van Catwijk 2005.

132 Zie Groenboek 2011 p. 28 en voetnoot 61.

stel alleen de vervanging vanwege herstructurering.¹³³ Het is op aandringen van de Europese Raad geweest dat het vervangingsbeding in de Richtlijn belandde.¹³⁴ Tekenend is dat in de considerans voor de Richtlijnen dit beding niet wordt toegelicht. Ter plaatse wordt benoemd dat de wijziging van opdrachtnemer in uitgangspunt als wezenlijk kwalificeert, maar dat structurele veranderingen aan de zijde van de opdrachtnemer (de sub b-situatie) niet automatisch tot een nieuwe aanbestedingsprocedure hoeven te leiden. Daarna wordt ingegaan op de rol van herzieningsclausules en opties, maar worden alleen voorbeelden genoemd ter zake het wijzigen van het object van de overeenkomst.¹³⁵ Dit sterkt het vermoeden dat het vervangingsbeding het resultaat is van een politiek compromis. Hoe dat ook zij, het vervangingsbeding is nu geldend recht.

3.6.2 Toepassingsbereik

Ingevolge artikel 2.163f aanhef en onder a Aanbestedingswet besluit de aanbestedende dienst of hij een vervangingsbeding wil opnemen en, zo ja, voor welke omstandigheden. Hij geniet hiermee een grote mate van vrijheid. Hij dient weliswaar een deugdelijk beding op te stellen,¹³⁶ maar wordt tegelijkertijd niet begrensd in de typen gevallen waarvoor hij vervanging wil regelen en evenmin in de beoordeling welke partijen in aanmerking kunnen komen om de zittend opdrachtnemer te vervangen. Dat is opvallend in het licht van de aanname dat de gunning vaak nauw verbonden is met de identiteit van de opdrachtnemer.

De ongeclausuleerde bewoordingen laten de aanbestedende dienst echter veel ruimte, die daarmee zijn vrijheid vergroot ziet ten opzichte van de onzekere situatie onder oud recht. Dit artikel sluit bijvoorbeeld niet categorisch uit dat een aanbestedende dienst contracteert met een partij die - anders dan een opvolgend inschrijver of een verkrijgende rechtspersoon - tot dan toe niet in een rechtsverhouding staat tot de aanbestede overeenkomst.¹³⁷ Wel valt de aanbestedende dienst dan terug op

133 Art. 72 lid 3 Richtlijnvoorstel. De mogelijkheid kan hooguit worden ingelezen in een gezamenlijke lezing van leden 1, 3 en 5. Gesteld dat die lezing mogelijk is, dan verhoudt zij zich nog steeds moeizaam tot de ratio van de vervangingsmogelijkheid uit punt 47 van de considerans van het voorstel en de toelichting in het Commission non paper 2012 cluster 8, p. 17. Evenmin verklaart dit waarom die mogelijkheid niet expliciet in het voorstel is opgenomen.

134 De eerste verwijzing naar deze mogelijkheid trof ik aan in art. 72 lid 6 van de geconsolideerde versie van het voorstel, Interinstitutional file 2011/0438, nr. 14418/12 d.d. 2 oktober 2012.

135 Zie overwegingen 77 en 78 considerans Richtlijn 2014/23/EU, overwegingen 110 en 111 considerans Richtlijn 2014/24/EU, en overwegingen 116 en 117 considerans Richtlijn 2014/25/EU.

136 Vgl. CvAE advies 28 februari 2017, nr. 323 (alineas 5.9 en 5.10). Soepeler is Rb. Overijssel 2 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1948 (r.o. 4.11). Uit advies nr. 323 (alineas 5.6 en 5.9) blijkt dat de CvAE het oneens is met het vonnis.

137 Vgl. Rb. Limburg 17 mei 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482 waarin die overname werd geblokkeerd.

de aloude vraag hoe hij die keuze voor een bepaalde ondernemer maakt op basis van transparante, objectieve, geschikte, non-discriminatoire criteria.

Het is dan ook gebruikelijker bedingen op te nemen waarin die rechtsverhouding wel wordt verondersteld. Dit wordt ook wel een reservebank- of wachtkamerconstructie genoemd. Hierin blijft een partij (vaak de opvolgend inschrijver) tijdens een bepaalde periode beschikbaar. Zolang de constructie zijn werking heeft, kan hij de opdrachtnemer vervangen in de vooraf omschreven gevallen.¹³⁸ In ieder geval kunnen drie gevallen worden onderscheiden.

Ten eerste uitvoeringsgeschillen. Als een samenwerking objectief niet brengt wat er verwacht wordt, bijvoorbeeld omdat een test(periode) mislukt,¹³⁹ er sprake is van tekortschieten,¹⁴⁰ of de opdrachtnemer niet (langer) aan gestelde (geschiktheids)eisen voldoet, kan dit leiden tot een gebrek aan vertrouwen in een goede afloop.

Ten tweede uitsluitingsgronden. De overheid dient te contracteren met betrouwbare partijen. Doordat de Aanbestedingswet ten aanzien van de opdrachtnemer alleen voorziet in toetsing aan toepasselijkheid van de uitsluitingsgronden tijdens de aanbestedingsprocedure, kan reden bestaan die toetsing mogelijk te maken in de uitvoering, zij het dat naleving van het proportionaliteitsbeginsel hier bijzondere aandacht verdient. De noodzaak tot effectieve rechtsbescherming vergt dat de opdrachtgever de opdrachtnemer de gelegenheid biedt aan te tonen dat laatstgenoemde zelfreinigende maatregelen heeft genomen.¹⁴¹ Ook kan de opdrachtgever afzien van beëindiging vanwege dwingende redenen van algemeen belang of vanuit proportionaliteitsoverwegingen.¹⁴²

Ten derde bedrijfseconomische omstandigheden. Op grond van art. 2.163f sub b Aanbestedingswet kan een aanbestedende dienst wijziging via herstructurering toestaan. Wanneer niet aan die voorwaarden kan worden voldaan,¹⁴³ of er geen vertrouwen (meer) bestaat, kan een vervangingsbeding van toegevoegde waarde

138 Vgl. ter illustratie Rb. Oost-Brabant 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5831 (r.o. 4.16).

139 Bijv. Rb. Amsterdam 4 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2894 en Rb. Den Haag 13 december 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO8078. Vgl. ten aanzien van innovatiepartnerschappen art. 2.126d Aanbestedingswet.

140 Zie o.a. Rb. Den Haag 13 december 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO8078 (r.o. 4.8 - 4.12); Rb. Oost-Brabant 24 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2978; en Rb. Den Haag 3 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5955.

141 Art. 2.87a Aanbestedingswet. De mogelijkheid bewijs te leveren van zelfreinigende maatregelen kan in beginsel niet beperkt worden. Dat is slechts in bijzondere gevallen anders, zie met name het in Nederland niet geïmplementeerde art. 38 lid 9 Richtlijn 2014/23/EU en HJEU 11 juni 2020, C-472/19 (*Vert Marine*).

142 Art. 2.88 Aanbestedingswet.

143 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 17 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3434. Vgl. Poulsen 2012, § 5.4.2.

zijn. Als voorbeelden hiervan worden wel genoemd clausules strekkende tot vervanging bij financiële perikelen of (dreigende) faillissementen.¹⁴⁴ Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat dit gevaltype aan belang heeft ingeboet, zie § 3.6.4.

Gelet op de uiteenlopende toepassingsmogelijkheden, is het noodzakelijk dat een aanbestedende dienst expliciteert voor welke gevallen hij een vervangingsbeding opstelt. Die noodzaak kan gegrond worden op het transparantiebeginsel, maar ook op het verbod tot willekeur en de daarmee samenhangende vereisten van rechtszekerheid en effectieve rechtsbescherming. Vervanging raakt direct aan de positie en belangen van de opdrachtnemer, en meestal niet ten goede. Van een zorgvuldig en proportioneel handelende aanbestedende dienst mag daarom worden verwacht dat hij duidelijk maakt wanneer hij over kan gaan tot vervanging, zodat ondernemers beter in staat worden gesteld risico's in te calculeren en in staat worden gesteld hierover vragen of klachten te formuleren. Bij het opstellen van de aanbestedingsstukken ligt het daarom verder in de rede dat de aanbestedende dienst beoordeelt of een vervangingsbeding überhaupt een geschikt middel is.

3.6.3 De wenselijkheid van een wachtkamerconstructie

Dat ruime mogelijkheden bestaan, betekent nog niet dat een aanbestedende dienst hiervan altijd gebruik zou moeten maken. De toegevoegde waarde van een vervangingsbeding dient concreet te worden afgewogen. Diverse aandachtspunten kunnen dan een rol spelen.

Allereerst dient de aanbestedende dienst te beslissen of hij een vervangingsbeding wil introduceren en, zo ja, voor welke situatie. Hij dient namelijk niet alleen rekening te houden met zijn eigen belangen, maar ook met die van de latere opdrachtnemer. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het doortrekken van de toetsing aan de uitsluitingsgronden in de uitvoeringsfase. Enerzijds kan dit een begrijpelijke maatregel zijn vanuit de gedachte dat de overheid alleen met betrouwbare partijen dient te contracteren. Anderzijds is het effect anders: daar waar een ondernemer normaliter niet langer in aanmerking komt voor de overeenkomst, voert hij in deze situatie al een overeenkomst uit en heeft hij daar zijn organisatie op ingericht. De verplichting en oproep vanuit de Gids Proportionaliteit om prudent om te gaan met het stellen van facultatieve uitsluitingsgronden weegt dan des te zwaarder.¹⁴⁵

Daarnaast dient rekening te worden gehouden met het deugdelijk formuleren van de constructie als zodanig. Daarbij kunnen zaken als tijdsduur, gevallen, en moment van invoeren relevant zijn. Is het de bedoeling een vangnet te creëren voor de implementatieperiode of voor een ander deel van de looptijd? Ziet de voorziening

144 Klijn 2010 § 2, Wuijster 2012 § 8.9, en Van Ee & Klootwijk 2018, § 3. Vgl. Chao-Duivis & Versteeg 2017, vraag en antwoord 11.

145 Voorschrift 3.5A Gids Proportionaliteit met toelichting.

op het niet halen van een mijlpaal, een gefaalde test(periode),¹⁴⁶ tekortschieten,¹⁴⁷ (dreigend) faillissement en/of het toepasselijk worden van een uitsluitingsgrond? Kan de aanbestedende dienst het beding inroepen na hoor en wederhoor, bij verzuim, of pas na een vonnis in kort geding?¹⁴⁸ Juist vanwege de mogelijkheden is afbakening gewenst. Te meer nu een vervangingsbeding de prijs kan opdrijven, doordat inschrijvers het risico van vervanging willen afdekken.

Ook is van belang of de aanbestedende dienst vervanging regelt via een clause of een optie. Uitgaande van de hoofdregel dat bij een clause wilsovereenstemming nodig is, terwijl bij een optie sprake is van een eenzijdig recht, kan het voor de aanbestedende dienst raadzaam zijn na te gaan welke mogelijkheid het best aansluit op zijn wensen. Vanuit de markt bezien is dat evenzeer relevant, doordat de opdrachtnemer op forse achterstand kan staan voor wat betreft het behoud van de overeenkomst. Aangezien op de aanbestedende dienst een zelfstandige verplichting rust om proportioneel te handelen, waarop hij door ondernemers kan worden aangesproken, verdient het aanbeveling zorgvuldig na te gaan welk beding wordt gekozen.

Verder is het van belang oog te houden voor de verplichtingen die voortvloeien uit het beding. Een aanbestedende dienst introduceert doorgaans een mogelijkheid, geen verplichting.¹⁴⁹ Desalniettemin kan het beding verwachtingen scheppen bij de wachtkamercontractant, die daaraan ook rechten kan ontlelen. Het opnemen van een wachtkamerconstructie via een afzonderlijke wachtkamerovereenkomst verplicht de aanbestedende dienst er in beginsel toe die overeenkomst te sluiten.¹⁵⁰ Wat betreft de naleving van de verbintenissen daaruit kan de wachtkamercontractant argumenten ontlelen aan het aanbestedingsrecht (naleving van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel; een bevoegdheid kan soms omslaan in een verplichting)¹⁵¹ en het contractenrecht (trouw aan het gegeven woord; tekortkoming in de nakoming van de verbintenis). Het is zeker niet denkbeeldig dat de

146 In Rb. Amsterdam 4 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2894 werd een innovatiepartnerschap beëindigd vanwege het niet tijdig opleveren van een *Proof of Concept*, waarop de aanbestedende dienst gebruik maakte van een wachtkamerconstructie.

147 Vgl. Rb. Den Haag 13 december 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO8078 (r.o. 4.8 - 4.12).

148 In Rb. Amsterdam 2 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5580 werd een verbod om de wachtkamerovereenkomst te sluiten toegewezen, omdat de aanbestedende dienst ten onrechte had geconcludeerd dat het ontwerp van de winnend inschrijver niet aan de gestelde eisen voldeed. Eenzelfde vordering werd afgewezen in Rb. Overijssel 23 juli 2014, ECLI:NL:ROVE:2014:4077.

149 Rb. Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4255 (r.o. 5.5). Vgl. *a contrario* Rb. Amsterdam 2 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5580 waar het de gemeente Amsterdam juist verboden werd de wachtkamerovereenkomst te sluiten.

150 Rb. Den Haag 26 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12716 (r.o. 4.1).

151 Zie echter Rb. Den Haag 26 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12716 (r.o. 4.5). Vgl. Rb. Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4255 (r.o. 5.5).

wachtkamercontractant zo ageert.¹⁵² Dat kan voor de aanbestedende dienst een complexe situatie opleveren, bijvoorbeeld als nog niet duidelijk is of grond bestaat voor het gebruik maken van het vervangingsbeding. Of, wanneer die duidelijkheid er wel is, maar hij objectieve redenen ziet verder te willen met de zittend opdrachtnemer.

In dat verband kan ook het vertrouwen tussen de aanbestedende dienst en de opdrachtnemer een rol spelen. Een wachtkamerconstructie behoeft namelijk niet per definitie te leiden tot een solide vertrouwensbasis. De opdrachtnemer weet namelijk dat een derde gedurende een bepaalde periode in de coulissen staat, en kan aansturen op beëindiging. Dit kan als negatief *incentive* worden ervaren.

Voorts is de positie van de instappende partij een relevante factor. Die partij kan in principe zelf bepalen of hij wil instappen; er bestaat in dit geval geen contractdwang.¹⁵³ De aard van de opdracht kan daarbij een rol spelen: het maakt nogal verschil of regulier bermenonderhoud dient te worden uitgevoerd, dan wel dat een complex ICT-systeem of infrastructureel werk dient te worden gerealiseerd. In het eerste geval is vervanging veelal snel mogelijk, terwijl dat in het tweede en derde voorbeeld lastiger is.

Een belangrijke vraag is dan ook hoe zijn werkzaamheden zich zullen verhouden tot het al uitgevoerde deel van de opdracht. Dat wat de nieuwe opdrachtnemer kan aanbieden, sluit daar immers niet noodzakelijkerwijs op aan. Bouwt hij voort op wat er al ligt of begint hij opnieuw? Kan hij überhaupt voortbouwen of opnieuw beginnen? Hoe zit het met (intellectuele) eigendomsrechten over de tot dan toe geproduceerde resultaten? Wanneer er verder rekenschap van wordt gegeven dat - met name bij complexere opdrachten - een tenderteam na ommekomst van de aanbestedingsprocedure relatief snel wordt ontbonden, kunnen zulke vragen des te zwaarder wegen, omdat het de nodige tijd kan vergen om vervanging te bewerkstelligen.¹⁵⁴

Tot slot dient de aanbestedende dienst na te gaan of hij te zijner tijd wel over voldoende capaciteit en middelen zal beschikken om voor een zo soepel mogelijke

152 Zie o.a. Rb. Almelo 24 juli 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX2992 en Rb. Gelderland 31 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5858. Vgl. Rb. Midden-Nederland 8 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2580 (r.o. 2.33).

153 Dit wordt niet anders wanneer vervanging aan de orde is binnen de termijn waarin de instappende ondernemer zijn aanbieding gestand dient te doen. Zie feitelijk Rb. Oost-Brabant 8 juni 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3526 (r.o. 2.4 - 2.6). Het gaat dan namelijk niet om de vraag of er wordt gecontracteerd, maar onder welke voorwaarden. In die zaak kwam naar voorlopig oordeel vast te staan dat ook de overeenkomst met de instappende opdrachtnemer kon worden ontbonden.

154 Vgl. Rapport Rijksoverheid 2009 § 4.4 waar aandachtspunten worden benoemd in het kader van een wachtkamerconstructie die tijdens de aanbestedingsprocedure wordt toegepast, met name voor concurrentiegericht dialogen.

overdracht zorg te dragen. Ook zonder aanbestedingsprocedure kan vervanging namelijk beslag leggen op de organisatie en de financiële middelen, zeker bij omvangrijke projecten.¹⁵⁵ Los daarvan, blijft de aanbestedende dienst gehouden de door hem gestelde eisen en criteria nauwgezet na te leven. Een vervangingsbeding zet niet het aanbestedingsrecht opzij, zodat het toekennen van voordeeltjes aan de nieuwe opdrachtnemer met argusogen kan worden bekeken.¹⁵⁶

Dit alles maakt niet dat wachtkamerconstructies categorisch onwenselijk zijn. Ze kunnen een welkome uitkomst bieden voor een vaak complexe situatie waarin maatschappelijke en politieke belangen, planning, en budget samenkomen.¹⁵⁷ Wel is het nodig om vooraf na te denken over het introduceren van een geschikte, proportionele, deugdelijk geformuleerde wachtkamerconstructie, en een bestaand beding bedachtzaam te gebruiken. Zorgvuldigheid blijft van belang, ook om het risico te verkleinen dat de aanbestedende dienst in een netelige positie terechtkomt.¹⁵⁸

3.6.4 Het vervangingsbeding nader beschouwd

Zoals in § 3.6.2 gesignaleerd, worden vervangingsbedingen hoofdzakelijk voor drie gevallen opgesteld: uitvoeringsgeschillen, uitsluitingsgronden, en bedrijfs-economische omstandigheden. Hoe deze gevallen zich verhouden tot verbintenis-rechtelijke leerstukken, is nog onontgonnen gebied. Op deze plaats wordt daartoe een aanzet gegeven. Eerst wordt ingegaan op uitvoeringsgeschillen en uitsluitingsgronden (ad 1), en daarna op bedrijfseconomische omstandigheden waarbij ofwel de samenwerking wordt voortgezet (ad 2) ofwel de opdrachtnemer wordt vervangen (ad 3).

Ad 1) Uitvoeringsgeschillen en uitsluitingsgronden

Als een opdrachtnemer tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenis(sen), kan het escalatietraject van ingebrekestelling tot en met ontbinding worden ingezet. In zoverre het de component beëindiging aangaat, kan een vervangingsbeding van toegevoegde waarde zijn als hiermee van het wettelijk escalatiesysteem wordt afgeweken. Ook kan het beding als ontbindende voorwaarde worden geformuleerd, zodat in uitgangspunt niet hoeft te worden getoetst aan een tenzij-clausule zoals

155 Vgl. Klijn 2016, voetnoot 45.

156 Vgl. Rb. Oost-Brabant 2 oktober 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:5174.

157 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 17 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3434 (r.o. 3.9.4). Tegen dit arrest is vergeefs cassatie ingesteld. De rol van de reserve-bankovereenkomst was geen onderwerp van de cassatiemiddelen. Vgl. wel alinea 3.16 van de conclusie van A-G Valk d.d. 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:692 (*A/G Gemeenten*).

158 Vgl. Hof Den Haag 19 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:43 (met name r.o. 5.2) en Rb. Oost-Brabant 24 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2978 (met name r.o. 5.9).

in art. 6:265 BW.¹⁵⁹ In zoverre verschilt het beding niet van bepalingen uit niet-aanbestede overeenkomsten.

Dit kan anders liggen bij het toepasselijk worden van een uitsluitingsgrond, zij het dat die omstandigheid niet zonder meer een tekortkoming hoeft op te leveren. Als de aanbestedende dienst de overeenkomst dan toch kan beëindigen, kan dit worden begrepen als een regeling die een contractueel recht in het leven roept, en niet als uitbreiding op de wettelijke ontbindingsbevoegdheid. In het verlengde daarvan kan dan in principe worden aangenomen dat het verzuimvereiste niet geldt en geen ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan.¹⁶⁰ Als dit de bedoeling van de aanbestedende dienst is, dient hij dit wel te kunnen rechtvaardigen. Niet alleen omdat het beding anders mogelijk niet het gewenste effect sorteert, maar ook omdat hij zich eenzijdig een verregaand beëindigingsrecht toekent dat bezwarend kan uitwerken. Daarom dient prudent met dit type bedingen te worden omgesprongen.

In het bijzonder kan nog gewezen worden op de verplichting de overeenkomst voortijdig te beëindigen in twee specifieke gevallen die in de praktijk weinig voorkomen. Op grond van de richtlijnen dient het nationaal recht onder meer in die mogelijkheid te voorzien wanneer tijdens de uitvoering blijkt dat op de opdrachtnemer ten tijde van de gunning een dwingende uitsluitingsgrond van toepassing was en uitgesloten had moeten worden. Ook dient dit mogelijk te zijn als hij de opdracht niet gegund had mogen krijgen vanwege een ernstige inbreuk op het Europees recht, die door het HJEU is vastgesteld in een inbreukprocedure.¹⁶¹ Volgens de Nederlandse wetgever behoeven deze bepalingen geen implementatie omdat het civiele recht al in afdoende mogelijkheden voorziet en omdat de gunning van de opdracht dan strijd met een dwingende wetsebepaling kan opleveren.¹⁶² Ook dan kan een contractuele voorziening echter meerwaarde bieden, omdat zodoende al een concreet aanknopingspunt voorhanden is. Ook kan daaraan de mogelijkheid tot vervanging worden gekoppeld, welke mogelijkheid door de wet niet geboden wordt.

Met betrekking tot die vervangingscomponent is al vastgesteld dat dit voor de aanbestedende dienst een belangrijke uitbreiding van zijn mogelijkheden oplevert.

159 Wat de werking van bijv. art. 6:2, 6:23 lid 2 en 6:248 BW en het proportionaliteitsbeginsel onverlet laat.

160 Vgl. Schelhaas 2016, p. 163; Schelhaas & Spanjaard 2018, nr. 2; *Asser/Hijma 7-I* 2019/656.

161 Art. 73 aanhef en onder b en c Richtlijn 2014/24/EU. Idem art. 44 Richtlijn 2014/23/EU en art. 90 Richtlijn 2014/25/EU. De Uniewetgever creëert in sub b via het woord “derhalve” een automatisme tussen het van toepassing zijn van de dwingende uitsluitingsgrond en het moeten uitsluiten. Dat is te kort door de bocht gelet op de mogelijkheid tot het aantonen van genomen zelfreinigende maatregelen, zie o.a. art. 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU.

162 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 96, 97 en 155.

Immers, daar waar hij normaliter een nieuwe aanbesteding zou moeten organiseren, kan hij nu rechtstreeks een andere opdrachtnemer contracteren.

Deze vervanging laat zich moeilijk vatten binnen de figuren uit Boek 6 BW. Zo is van contractoverneming geen sprake, al was het maar omdat het initiatief tot vervanging niet uitgaat van de opdrachtnemer, maar van de aanbestedende dienst, en in zoverre al buiten de kaders van art. 6:159 lid 1 BW wordt getreden. Dat artikellid bepaalt immers dat *“een partij bij een overeenkomst haar rechtsverhouding tot de wederpartij met medewerking van deze laatste [kan] overdragen aan een derde bij een tussen haar en de derde opgemaakte akte.”* Daarnaast zal de opdrachtnemer de overeenkomst juist willen behouden, zodat van een op overneming gerichte wil in uitgangspunt geen sprake is.¹⁶³ Eerder lijkt sprake van een wettelijk ongeregelde situatie waarvoor de praktijk een oplossing heeft gevonden in de vorm van een contractuele voorziening.

Op deze plaats is nog van belang dat in de considerans over de mogelijkheid tot vervanging onder meer wordt geschreven: *“Overeenkomstig de beginselen van gelijke behandeling en transparantie mag de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, bijvoorbeeld wanneer een opdracht beëindigd wordt wegens gebrekkige uitvoering, niet door een andere ondernemer worden vervangen zonder nieuwe mededingingsstelling.”* Dit kan aanleiding geven voor de gedachte dat vervangingsbedingen vanwege tekortschieten niet (langer) zijn toegestaan. Echter, deze restrictie keert in de bepalingen van de Richtlijn niet terug. Daarbij komt, zoals in § 3.6.1 toegelicht, dat de Europese Commissie terughoudend was in de mogelijkheid tot het vervangen van een opdrachtnemer. In het wetgevingsproces heeft zij deze mogelijkheid tot vervanging niet (expliciet) aangekaart. Dat zo zijnde, lijkt het nog steeds toegestaan proportionele vervangingsbedingen bij tekortkomingen te hanteren.

Ad 2) Bedrijfseconomische omstandigheden - scenario voortzetting

De aandacht wordt gevestigd op twee scenario's. Enerzijds dat de aanbestedende dienst de samenwerking met (de rechtsopvolger van) de ondernemer wil voortzetten, en anderzijds dat hij die partij juist wil vervangen. Het eerste scenario, waarbij een partij in de rechten en verplichtingen van de oorspronkelijke ondernemer treedt, is verbintenisrechtelijk te plaatsen in de sleutel van de contractoverneming, in het bijzonder als medewerking bij voorbaat door de aanbestedende dienst.¹⁶⁴

Als aangegeven, bepaalt art. 6:159 lid 1 BW dat *“een partij bij een overeenkomst haar rechtsverhouding tot de wederpartij met medewerking van deze laatste [kan] overdragen aan een derde bij een tussen haar en de derde opgemaakte akte.”* Van

163 Om vergelijkbare redenen gaat de kwalificatie als cessie of schuldoverneming niet op, nog los van het gegeven dat die figuren hoe dan ook niet de lading dekken van de hier aan de orde zijnde handelingen.

164 Vgl. Asser/Sieburgh 6-II 2017/309.

deze mogelijkheid wordt met name veel gebruikgemaakt bij bedrijfsovernames en activa-passiva-transacties.¹⁶⁵ Via de schakelbepaling uit lid 3 kan de schuldeiser bij voorbaat zijn medewerking verlenen aan contractoverneming. Voor een contractoverneming bij voorbaat dienen diverse handelingen te worden verricht: medewerking bij voorbaat, overeenstemming tussen overdrager en overnemer, kennisgeving aan de schuldeiser, en akte van contractoverneming.¹⁶⁶ Het vervangingsbeding kan worden gelezen als medewerking bij voorbaat. Aangezien aan de medewerking door - in dit geval - de aanbestedende dienst geen vormvereisten worden gesteld, stuit die samenloop van kwalificaties niet op principiële bezwaren.¹⁶⁷

Wel lijkt het in de rede te liggen het vervangingsbeding in de vorm van een vervangingsclausule te redigeren. Het is dan immers nog onduidelijk wie de contractpartij zal worden, of het contract wordt overgenomen, en wie het contract zal overnemen. Daarom kan het voor de aanbestedende dienst ook wenselijk zijn voorwaarden te stellen.¹⁶⁸ Zo kan hij vergen dat hij geïnformeerd wordt over de persoon van de overnemer en over de overeenkomst van contractoverneming.¹⁶⁹ Die voorwaarden kunnen verder betrekking hebben op de vraag of de overnemer aan de gestelde eisen voldoet en het vertrouwen wekt de opdracht tot een goed einde te kunnen brengen. Ook dient hij zich er rekenschap van te geven dat hij zijn bij voorbaat gegeven medewerking in beginsel niet kan herroepen, tenzij hij zich die bevoegdheid heeft voorbehouden.¹⁷⁰

Aanbestedingsrechtelijk kan een dergelijk beding van toegevoegde waarde zijn indien alle partijen willen meewerken aan een contractoverneming, maar niet aan de eisen uit art. 2.163f sub b Aanbestedingswet wordt voldaan. Dat vooraf duidelijkheid bestaat over de voorwaarden waaronder medewerking wordt verleend, kan ook van belang zijn voor (het tot stand komen van) de afspraken tussen overdrager en overnemer. Wel verdient het aanbeveling te controleren of het beding is geschreven voor die situatie. Zo niet, dan kan niet zonder meer worden aangenomen dat de aanbestedende dienst medewerking bij voorbaat heeft gegeven. Aanbestedingsrechtelijk zal hij medewerking dan evenmin mogen verlenen.

Ad 3) Bedrijfseconomische omstandigheden - scenario vervanging

In scenario 2 wil de aanbestedende dienst niet door met de opdrachtnemer. Door gaans zal een daartoe strekkend beding als vervangingsoptie zijn geformuleerd. De eerste component (de beëindiging van de overeenkomst) zal - afhankelijk van

165 Huizingh 2016, p. 1, 14, 21 en 106.

166 Idem, p. 141.

167 Die vrijheid wordt ingelezen in art. 6:159 lid 1 BW. Zie ook expliciet TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 585.

168 Vgl. Huizingh 2016, p. 147 - 150.

169 Wibier 2020, nr. 56.

170 Art. 6:159 lid 3 jo. art. 6:156 lid 3 BW.

de situatie - vaak het karakter dragen van een *ipso facto*-clausule of een *change of control*-clausule. Een *ipso facto*-clausule kent een partij het recht toe de overeenkomst te beëindigen ingeval de wederpartij in staat van faillissement wordt verklaard (of zich daarmee samenhangende gebeurtenissen voordoen). Bij *change of control*-clausules kan de overeenkomst worden beëindigd wanneer de zeggenschap in de wederpartij in andere handen overgaat.¹⁷¹ De aandacht gaat hier met name uit naar de eerstgenoemde clausule.¹⁷²

Volgens Everhardus en Van Deinsen kunnen *ipso facto*-clausules als tegenhanger worden gezien van de herzieningsclausule, omdat ze belemmerend werken in plaats van ruimte scheppen.¹⁷³ Vanuit het perspectief van de opdrachtnemer bezien, is daar wat voor te zeggen. Echter, vervangingsbedingen worden vaak door de aanbestedende dienst opgesteld. Is zo'n beding als *ipso facto*-clausule aan te merken, dan zal het juist een opening bieden om een andere partij te contracteren. Zodoende kan een *ipso facto*-clausule wel degelijk ruimte scheppen.

Tegelijkertijd dient te worden onderkend dat die ruimte sinds kort aanmerkelijk is gereduceerd. Dit met name vanwege het nieuwe art. 373 Faillissementswet dat als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord is geïntroduceerd. Als een schuldenaar naar verwachting niet meer aan zijn betalingsverplichtingen zal kunnen voldoen, kan hij stappen ondernemen die leiden tot (de homologatie van) een onderhands akkoord. De gebeurtenissen en handelingen die daarmee samenhangen zijn ingevolge art. 373 lid 3 Fw niet langer grond voor wijziging, opschorting of ontbinding.¹⁷⁴ Lid 4 bevat een vergelijkbare regeling voor de situatie dat een afkoelingsperiode is afgekondigd. In die situaties stelt de Faillissementswet een *ipso facto*-clausule buiten werking.¹⁷⁵

Hoewel deze regeling niet specifiek voor de aanbestedingsrechtelijke praktijk is geschreven, geniet zij ook daar haar werking. Dit kan als positieve ontwikkeling worden gezien, vanuit het oogpunt dat *ipso facto*-clausules in deze praktijk slechts sporadisch het resultaat zijn van een onderhandelingsproces. Opdrachtnemers die in zwaar weer verkeren, lijken zo een krachtig wapen in handen te hebben om voor hen winstgevende overeenkomsten (vooralsnog) te behouden. Voor aanbestedende diensten brengt dit mee dat zij het gebruik van vervangingsbedingen nog nadrukkelijker zouden moeten (her)overwegen. Niet alleen is het dan namelijk waarschijnlijk dat het beding niet het gewenste effect zal sorteren, ook is aanneemelijk dat hij zal tekortschieten in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde

171 Zie hierover ook Tollenaar 2016, § 8.2.7.1.

172 Met dien verstande dat de hier besproken buitenwerkingstelling van *ipso facto*-clausules ook betrekking kan hebben op *change of control*-clausules, zie MvT, TK 2018-2019, 35249, nr. 3, p. 46.

173 Everhardus & Van Deinsen 2020, p. 38.

174 Vgl. art. 37b lid 3 Faillissementswet.

175 Deze regeling sluit aan op art. 7 lid 5 Richtlijn 2019/1023/EU. Zie ook MvT, TK 2018-2019, 35249, nr. 3, p. 44 - 47.

van de (door hemzelf gewenste) wachtkamerovereenkomst, met alle gevolgen van dien.

3.6.5 De vervanging van onderaannemers

Bij aanneming van werk, maar ook daarbuiten, is het gebruikelijk om onderaannemers in te schakelen.¹⁷⁶ Daarvoor bestaan uiteenlopende redenen. Een hoofdaannemer kan daartoe besluiten vanuit bedrijfseconomische overwegingen (hij heeft bijvoorbeeld tijdelijk onvoldoende beschikbaar personeel), maar het kan ook zijn dat die onderaannemer over specifieke kennis, werkwijzen of octrooien beschikt. Het toenemend gebruik van onderaannemers heeft tot gevolg dat meerdere partijen via onderlinge schakels verbonden raken, wat zijn eigen juridische vragen meebrengt.¹⁷⁷

Aanbestedingsrechtelijk wordt al decennialang als uitgangspunt aanvaard dat een inschrijver zich op een derde mag beroepen om te kunnen voldoende aan de geschiktheidseisen, mits hij kan aantonen dat hij daadwerkelijk over diens middelen kan beschikken.¹⁷⁸ In beginsel mag dit recht niet worden beperkt.¹⁷⁹ Hierop zijn uitzonderingen mogelijk, die goed gemotiveerd en objectief gerechtvaardigd moeten worden.¹⁸⁰ De inschakeling van onderaannemers is ook relevant in het kader van het leerstuk van de wezenlijke wijziging (ad 1), met dien verstande dat de vervangingsmogelijkheden inmiddels nader zijn uitgewerkt (ad 2). Die uitwerking kan ook gevolgen hebben in de contractuele keten (ad 3).

176 Zie art. 7:751 BW. Vgl. § 6 lid 26 UAV 2012. Vgl. verder *Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI* 2022/184.

177 In Hof Den Haag 23 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1905 werd als principe aangenomen dat een aanbestedende dienst jegens een onderaannemer onrechtmatig kan handelen door een aanbesteding in te trekken. Vgl. Van Gulijk & Muller 2016, p. 174 - 181.

178 Zie art. 2.92 en 2.94 Aanbestedingswet. Dit uitgangspunt is terug te voeren op HJEG 14 april 1994, C-389/92 (*Ballast Nedam I*).

179 Nationale regels die het recht op onderaanneming beperken, werden recent nog onverenigbaar met het aanbestedingsrecht geacht in HJEU 26 september 2019, C-63/18 (*Vitali*) en HJEU 27 november 2019, C-402/18 (*Tedeschi*). Zie ook HJEU 14 juli 2016, C-406/14 (*Wroclaw*). Dit kan anders liggen bij OV-concessies, zie HJEU 27 oktober 2016, C-292/15 (*Hörmann Reisen*).

180 Zie o.a. art. 2.95 Aanbestedingswet, HJEU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*, r.o. 38 - 61) en HJEU 16 oktober 2018, T-10/17 (*Proof IT*, r.o. 172). Vgl. Rb. Rotterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8489 (r.o. 4.19 met verwijzingen).

Ad 1) Relevantie

In de nationale rechtspraak is het vervangen van een onderaannemer soms als wezenlijke wijziging aangemerkt,¹⁸¹ maar meestal lijkt de jurisprudentie coulant.¹⁸² Op zijn beurt heeft het HJEU bij de uitleg van Richtlijn 2004/18/EG aanvaard dat vervanging van een onderaannemer die wordt ingeschakeld om te voldoen aan de geschiktheidseisen, problematisch kan zijn in het licht van het gelijkheidsbeginsel.¹⁸³ In zowel Europese als nationale jurisprudentie is onderkend dat de uitbesteding van werkzaamheden zonder voorafgaande instemming van de aanbestedende dienst als wezenlijke wijziging kan worden bestempeld.¹⁸⁴ Zodoende kan een aanbestedende dienst wijziging van onderaannemers verbieden als hij niet de mogelijkheid heeft gehad vooraf hun identiteit en bekwaamheid na te gaan.¹⁸⁵ Zelfs indien daarin contractueel is voorzien, kan vervanging in uitzonderlijke gevallen alsnog ontoelaatbaar zijn.¹⁸⁶

Ad 2) Vervangingsmogelijkheden

In het nieuwe richtlijnenpakket is de regeling inzake onderaannemers uitgebreid. Ook de vervanging van onderaannemers heeft de aandacht van de Europese wetgever gekregen. Zo regelt art. 63 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU: “*De aanbestedende dienst eist dat de ondernemer een entiteit die niet voldoet aan een betrokken selectie criterium, of waartegen dwingende gronden tot uitsluiting bestaan, vervangt. De aanbestedende dienst kan eisen, of kan door de lidstaat worden opgelegd te eisen dat de ondernemer een entiteit waarbij er niet-verplichte uitsluitingsgronden aanwezig zijn, vervangt.*”

Art. 71 lid 6 onder b van die Richtlijn vervolgt: “*De aanbestedende diensten kunnen, conform de artikelen 59, 60 en 61, controleren, of door de lidstaten verplicht worden te controleren, of er gronden voor uitsluiting van onderaannemers in de*

181 Rb. Midden-Nederland 30 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2380 m.nt. H. Plas, *JAAN* 2018/159. Vgl. Rb. Limburg 13 juni 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4992 (r.o. 4.19).

182 Rb. Almelo 24 juli 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX2992; Rb. Amsterdam 1 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3758; Rb. Den Haag 30 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO9252; Hof Arnhem 27 oktober 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK1406 (r.o. 11 en 12). Vgl. Rb. Gelderland 31 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5858 (r.o. 4.6); Rb. Amsterdam 10 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:681; Rb. Limburg 10 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9783; en Rb. Den Haag 30 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO9252 (r.o. 4.13 - 4.17).

183 Vgl. HJEU 14 september 2017, C-223/16 (*Casertana*, r.o. 12 en 38 - 42).

184 HJEU 3 oktober 2019, C-267/18 (*Delta*, r.o. 30 - 33). Vgl. Hof Den Haag 19 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:43. Vgl. CvAE 13 juni 2018, advies nr. 469 (alinea's 5.6.5 en 5.6.6).

185 HJEU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*, r.o. 57).

186 Zie § 2.2.3 inzake HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*).

zin van artikel 57 voorhanden zijn. In die gevallen verlangt de aanbestedende dienst dat de ondernemer overgaat tot de vervanging van een onderaannemer over wie in het onderzoek gronden tot verplichte uitsluiting aan het licht zijn gekomen. De aanbestedende dienst kan eisen of door een lidstaat worden verplicht te eisen dat de ondernemer overgaat tot vervanging van een onderaannemer over wie in het onderzoek gronden tot niet-verplichte uitsluiting aan het licht zijn gekomen.”¹⁸⁷

Deze bepalingen zijn geïmplementeerd in art. 2.79 lid 5, 2.92 leden 5 en 6, en 2.94 lid 5 Aanbestedingswet.¹⁸⁸ Ten aanzien van verplichte uitsluitingsgronden moet de overeenkomst aldus in een vervangingsregeling voorzien en moet tot vervanging worden overgegaan als de aanbestedende dienst heeft besloten ook onderaannemers aan uitsluitingsgronden te toetsen. Met betrekking tot facultatieve uitsluitingsgronden laat de wet het één en ander aan de aanbestedende dienst. Waar het gaat om geschiktheidseisen regelt de wet dat moet worden vervangen, zonder dat het verplicht is daarin contractueel te voorzien.

Niettegenstaande de dwingende formulering dient een onderaannemer bij het toepasselijk worden van een dwingende uitsluitingsgrond de gelegenheid te worden geboden aan te tonen dat hij zelfreinigende maatregelen heeft genomen. Ook kan om redenen van algemeen belang of vanuit proportionaliteitsoverwegingen worden overwogen niet tot vervanging over te gaan.¹⁸⁹ Hoewel beide bepalingen betrekking hebben op de positie van de hoofdaannemer, valt niet in te zien waarom de onderaannemer een beroep hierop onthouden zou mogen worden. Te meer niet nu de Europese wetgever juist in dit specifieke kader heeft benadrukt dat “*moet worden gezorgd voor samenhang met de op hoofdaannemers toepasselijke bepalingen.*”¹⁹⁰

Het springende punt betreft de mogelijkheid tot vervanging bij het niet voldoen aan de geschiktheidseisen. Het mag immers worden aangenomen dat een hoofdaannemer een onderaannemer pas betreft nadat hij zich ervan vergewist heeft dat deze over de relevante ervaring, bevoegdheden of draagkracht beschikt. Zo niet, dan zou de hoofdaannemer immers zichzelf benadelen. Een meer voorkomende situatie is dan ook dat die onderaannemer die ervaring, draagkracht of bevoegdheden tussentijds verliest. Het mag daarom worden verondersteld dat die vervangingsverplichting mede betrekking heeft op die situatie. Dit kan als verduidelijking van de wijzigingsmogelijkheden worden gezien, en mogelijk ook als verruiming daarvan.

187 Vgl. art. 42 lid 4 Richtlijn 2014/23/EU en art. 79 leden 1 en 2 en art. 88 lid 6 Richtlijn 2014/25/EU.

188 Vgl. HJEU 30 januari 2020, C-395/18 (*Tim Spa*, r.o. 47), waarin de vervanging van een onderaannemer vanuit proportionaliteitsoverwegingen geschikter werd geacht. Vgl. Rb. Gelderland 1 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187 en Rb. Gelderland 8 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1162.

189 Art. 2.87a en 2.88 Aanbestedingswet.

190 Overweging 105 derde alinea considerans Richtlijn 2014/24/EU.

Nu is door Mutsaers opgemerkt dat onduidelijk is hoe art. 2.79 Aanbestedingswet inzake het moeten of kunnen opnemen van een vervangingsbeding zich verhoudt tot het oordeel van het HJEU in *Wall AG*.¹⁹¹ In dat arrest oordeelde het HJEU dat de vervanging van een opdrachtnemer in bijzondere gevallen als wezenlijke wijziging kan worden aangemerkt, zelfs wanneer daar contractueel in is voorzien. Met die onduidelijkheid lijkt het echter wel mee te vallen. Eerder lijkt het erop dat de wettelijke regeling en het oordeel in *Wall AG* naast elkaar staan, omdat ze betrekking hebben op verschillende casusposities.¹⁹²

In *Wall AG* werd onderaannemer Wall door hoofdaannemer FES genoemd in het kader van de kwalitatieve aspecten van de aanbidding. Wall beschikte over octrooien voor een zogeheten ‘City-we’, die door FES werd aangeboden. Dit aanbod was waarschijnlijk van doorslaggevend belang voor de gunning aan FES.¹⁹³ Daarnaast speelde het sterke vermoeden van vuil spel. Zo had Wall zelf ingeschreven, en contracteerde FES relatief snel na gunning een andere onderaannemer, terwijl zij van Wall een beter aanbod had gekregen.¹⁹⁴ A-G Bot spreekt daarom van “*een schijnofferte die enkel is opgezet om de serieuze concurrenten uit te schakelen*”.¹⁹⁵ Daarvan uitgaande, verduidelijkt dit wanneer de vervanging van een onderaannemer, zelfs als daar contractueel in is voorzien, in uitzonderlijke gevallen alsnog als wezenlijke wijziging kan worden bestempeld.¹⁹⁶ In *Wall AG* draaide de discussie dus niet om de vervanging van een onderaannemer vanwege de toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond.

Een *Wall AG*-achtige situatie kan mogelijk ook langs andere wegen beslecht worden. Het gedrag van de hoofdaannemer kan worden beschouwd als het op onrechtmatige wijze trachten te beïnvloeden van het besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst. Dat is ingevolge art. 2.87 lid 1 aanhef en onder i Aanbestedingswet grond voor uitsluiting. Eventueel kan een wachtkamerconstructie worden ingeroepen. Daarnaast kan een beroep op dwaling (art. 6:228 BW) en/of bedrog (art. 3:44 lid 3 BW) worden overwogen.¹⁹⁷

Ad 3) Doorwerking in de keten

Doel van deze regeling is om aanbestedende diensten meer grip te laten krijgen op onderaannemers. Dat zou volgens de wetgever ook behulpzaam kunnen zijn bij aansprakelijkstellingen.¹⁹⁸ Vanuit de positie dat de overheid alleen met betrouw-

191 Mutsaers 2021, aant. 7.

192 Vgl. Rb. Midden-Nederland 30 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2380.

193 Zie r.o. 14, 15 en 40 van het arrest.

194 *Wall AG*, alinea’s 13 - 22 en voetnoot 34 uit de conclusie van A-G Bot.

195 Conclusie A-G Bot, alinea 71 en voetnoot 34. Vgl. Brown 2010, § 3.1.

196 Zie r.o. 39 van het arrest.

197 De aanbestedende dienst beschikt hier over keuzevrijheid, vgl. Castermans & Krans 2019, p. 45 - 49.

198 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 60 - 62.

bare partijen dient te contracteren, is dit op zichzelf genomen begrijpelijk. Onmiskenbaar heeft deze regeling echter wel zijn weerslag op de contractuele keten.

Nu is een beding in een hoofdaannemingsovereenkomst dat doorwerkt in de onderaannemingsrelatie op zichzelf niet opzienbarend. Zo is het gebruikelijk om in onderaannemingsovereenkomsten *back-to-back* clausules op te nemen. Ook wordt in hoofdaannemingsovereenkomsten wel bepaald dat de hoofdaannemer er zorg voor dient te dragen dat onderaannemers over een voor het werk toereikende verzekering beschikken, en dat zij zich aan de maatregelen inzake veiligheid en gezondheid dienen te houden.

Het vervangingsbeding lijkt van een iets andere orde. De hoofdaannemer kan namelijk gehouden worden de onderaannemingsovereenkomst te beëindigen, terwijl hij zelf tevreden is met de prestaties van de onderaannemer en geen nadeel ondervindt van bijvoorbeeld de omstandigheid dat aan die onderaannemer een negatieve *past performance* in de zin van art. 2.87 lid 1 onder g Aanbestedingswet kleeft. Natuurlijk kan het element reputatieschade een rol van betekenis spelen - zeker bij dwingende uitsluitingsgronden - maar dat is lang niet altijd het geval.

Via een vervangingsbeding kan een aanbestedende dienst dus invloed uitoefenen op de contractvrijheid tussen hoofdaannemer en onderaannemer. Ook al is de wens om grip te krijgen op onderaannemers vanuit bepaald opzicht te begrijpen en te rechtvaardigen, het laat onverlet dat aanbestedende diensten prudent met deze mogelijkheid om zouden moeten springen. Als zij meer controle willen uitoefenen op onderaannemers, dienen zij te verduidelijken hoe zij die controle in het concrete geval willen vormgeven.

Voor de hoofdaannemer brengt dit mee dat hij met dergelijke bedingen rekening dient te houden. In dit geval zal van belang zijn een opschortings- en/of beëindigingsregeling te treffen die in lijn is met het bovenliggende vervangingsbeding. Enige terughoudendheid bij de toepassing ervan is ook voor hem op zijn plaats. Hij loopt bijvoorbeeld het risico dat hij de onderaannemingsovereenkomst ten onrechte ontbindt, bijvoorbeeld als de verwijten jegens de onderaannemer onterecht blijken.¹⁹⁹ Ook is het niet ondenkbaar dat die verwijten van de aanbestedende dienst weliswaar gegrond zijn, maar dat dit geen tekortkoming oplevert in de nakoming van de onderaannemingsovereenkomst.

Vanzelfsprekend heeft dit alles zijn weerslag op de positie van de onderaannemer. Het is in zijn belang dat hij - tegenover de beëindigingsregeling - bijvoorbeeld een compensatieregeling met de hoofdaannemer overeenkomt. Hij beschikt verder over de mogelijkheid om een actie uit hoofde van onrechtmatige daad in te stellen

199 Vgl. Rb. Den Haag 25 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12170 (met name r.o. 4.9 en 4.13).

jegens de aanbestedende dienst, aangezien de beëindiging doorgaans op instigatie van die laatste zal zijn geweest.

3.7 BEANTWOORDING DEELVRAAG 2

Deelvraag 2 luidt: leidt het verbod om wezenlijk te wijzigen ertoe dat aanbestedende diensten ernstig worden beperkt in hun mogelijkheid om flexibiliteit te introduceren in een overeenkomst?

Dit blijkt niet het geval. Het aanbestedingsrecht biedt uiteenlopende mogelijkheden voor een flexibel samenwerkingskader. Die mogelijkheden zien op het wijzigen van prestaties, het sluiten van een opvolgende overeenkomst, en het wijzigen van zowel opdrachtnemer als onderaannemer. Het is primair de verantwoordelijkheid van aanbestedende diensten om zorgvuldig en prudent die (mate van) flexibiliteit te introduceren die zij wensen en die past bij de opdracht. Het verdient verder de voorkeur dat de Europese en nationale wetgevers de op onderdelen bestaande onduidelijkheden wegnemen en omissies herstellen, met name waar het gaat om de rol van herzieningsclausules en om de verhouding van de herhalingsopdrachten tot de wijzigingsmogelijkheden. Zodoende kan de omvang van de flexibiliteitsruimte worden verduidelijkt.

Wijzigingen en de aanbestedingsprocedure

4.1 INLEIDING

Een Europese aanbestedingsprocedure start met de aankondiging van de overheidsopdracht.¹ Vanaf dat moment geldt het verbod om wezenlijk te wijzigen. Dit roept de vraag op naar de rol van het verbod om wezenlijk te wijzigen tijdens aanbestedingsprocedures (deelvraag 3). In tegenstelling tot de regels die voor de uitvoeringsfase gelden, is het juridisch kader ten aanzien van wijzigingen tijdens de aanbestedingsprocedure minder gedetailleerd geregeld. Het zwaartepunt ligt nadrukkelijker op het verbod wezenlijk te wijzigen.

Dit verbod kan vanuit diverse invalshoeken worden benaderd. Zo kan worden verkend hoe de in *Pressetext* gegeven handvatten worden toegepast op wijzigingen tijdens een aanbestedingsprocedure.² Ook kunnen de mogelijkheden tot aanpassing van de opdracht(voorwaarden) worden vergeleken met de ruimte een aanmelding of inschrijving aan te passen om te bezien of (nuance)verschillen tussen de wijzigingsruimte kunnen worden geïdentificeerd.³ Verder kan gepoogd worden een catalogus te ontwikkelen met een rubricering welke wijzigingen al dan niet zijn toegestaan.

-
- 1 Art. 1.18, 2.59 t/m 2.67, 2.158, 2a.32, 2a.33, 3.50 t/m 3.56 en 4.13 Aanbestedingswet. Vgl. Fimerius & De Vries 2018, p. 21 - 23. De centrale rol die in Nederland voor TenderNed is weggelegd, is voorwerp geweest van een staatssteunrechtelijk geschil, zie o.a. HJEU 7 november 2019, C-687/17 P (*Aanbestedingskalender BV e.a./Europese Commissie*).
 - 2 Vgl. Hof Leeuwarden 12 mei 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI5096 (r.o. 19 en 20).
 - 3 Bijv. HJEU 11 mei 2017, C-131/16 (*Archus*, r.o. 37) en HJEU 4 mei 2017, C-387/14 (*Esaprojekt*, r.o. 42). Vgl. inzake de inschrijver zelf HJEU 24 mei 2016, C-396/14 (*MT Højgaard*, r.o. 44 - 48); HJEU 13 juli 2011, T-81/09 (*Commissie/Griekenland*, r.o. 105 - 108); en HJEG 23 januari 2003, C-57/01 (*Makedoniki Metro*). Vgl. verder Rb. Dordrecht 20 november 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY3491 (r.o. 4.6); Rb. Rotterdam 10 februari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH5006 (r.o. 5.3 en 5.4); en Rb. Maastricht 13 maart 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BA0781 (r.o. 3.6 en 3.7). Vgl. voorts Rb. Den Haag 20 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:13782 (r.o. 5.4.2) en Rb. Den Haag 20 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14040 (r.o. 4.6).

Hier wordt voor een iets andere benadering gekozen. Eerst worden perspectieven besproken ten aanzien van wijzigingen die in de loop van een aanbestedingsprocedure worden doorgevoerd (§ 4.2). In het verlengde daarvan wordt ingegaan op de mogelijkheden om na een mislukte aanbesteding over te stappen op een onderhandelingsprocedure (§ 4.3). Afzonderlijk wordt aandacht besteed aan het gebod wezenlijk te wijzigen (§ 4.4). De analyse wordt in § 4.5 besloten met opmerkingen over het speciale karakter van het aanbestedingsrecht. In § 4.6 wordt deelvraag 3 beantwoord.

4.2 WIJZIGINGEN TIJDENS DE AANBESTEDINGSPROCEDURE

Tijdens een aanbestedingsprocedure kan om allerlei redenen de behoefte aan wijziging ontstaan. Opvallend genoeg staat het verbod om wezenlijk te wijzigen niet expliciet in de Richtlijnen of de Aanbestedingswet opgenomen, zodat primair in de rechtspraak naar antwoorden dient te worden gezocht. Eerst worden de (on)mogelijkheden nader verkend, waarbij wordt ingegaan op de aard (§ 4.2.1) en het moment (§ 4.2.2) van de wijziging. Daarna wordt in § 4.2.3 toegelicht dat de toegenomen complexiteit bij twijfelgevallen tot onzekerheid kan leiden, reden waarom een alternatief wordt bepleit.

4.2.1 Aard van de wijziging

Er wordt onderscheid gemaakt tussen wezenlijke, aanzienlijke, en overige wijzigingen. Wat die eerste categorie betreft, mag de betekenis van de belangrijkste voorwaarden niet worden gewijzigd, omdat “*de belanghebbende marktdeelnemers zich [daarop] rechtmatig hebben gebaseerd voor hun beslissing, een offerte voor te bereiden of juist van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure af te zien*”.⁴ Deze strikte benadering strekt zich mede uit tot technische specificaties, geschiktheidseisen, en gunningscriteria.⁵ Een wezenlijke wijziging betekent dat de aanbestedingsprocedure niet rechtmatig kan worden voortgezet.⁶ De procedure

4 HJEU 10 mei 2012, C-368/10 (*Commissie/Nederland*, r.o. 55) en HJEU 21 april 2021, T-525/19 (*Intering*, r.o. 56 - 58). Vgl. HJEU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*, r.o. 70); HJEU 16 april 2015, C-278/14 (*Enterprise Focused Solutions*, r.o. 27 - 29); Gerecht EU 20 september 2011, T-461/08 (*European Dynamics/EIB* r.o. 160).

5 Bijvoorbeeld HJEU 20 december 2017, C-677/15 P (*European Dynamics*, r.o. 31 - 33); HJEU 14 juli 2016, C-6/15 (*TNS Dimarso*, r.o. 23 - 37); HJEG 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*, r.o. 92 - 94); HJEG 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC*, r.o. 43).

6 Anders: art. 28 lid 2, 40 lid 2, en 46 lid 4 UNCITRAL model law on Procurement of Goods, Construction and Services 1994 waarin zonder voorbehoud een wijzigingsmogelijkheid is neergelegd, met dien verstande dat op grond van art. 30 lid 2 een verlenging van de inschrijvingstermijn op zijn plaats kan zijn. Van deze vrijheid is deels teruggekomen in art. 48 lid 4, 49 lid 9 en 50 lid 5 UNCITRAL Model Law on Public Procurement 2011.

dient te worden gestaakt,⁷ waarna de aanbestedende dienst kan besluiten de opdracht in gewijzigde vorm opnieuw aan te besteden. Ter beantwoording van de vraag of een wijziging wezenlijk is, dient de aanbestedende dienst dus een mededingingstoets uit te voeren. Daarbij wordt er met name op gelet of de wijziging de kring van geïnteresseerde ondernemers wijzigt, dan wel dat andere gegadigden zouden zijn toegelaten.

Daar staat tegenover dat zogeheten aanzienlijke wijzigingen op grond van de Aanbestedingswet geoorloofd kunnen zijn.⁸ Dit betreft wijzigingen, met name in de technische specificaties, die er enerzijds toe leiden dat ondernemers meer tijd nodig hebben om de uitvraag te doorgronden en hun handelswijze daarop aan te passen, maar die anderzijds de kring van gegadigden niet beïnvloeden.⁹ Zulke wijzigingen dienen duidelijk te worden gecommuniceerd, waarbij de aanmeld- of inschrijvingstermijn op proportionele wijze dient te worden verlengd.¹⁰ Naast een mededingingstoets dient dan dus een proportionaliteitstoets te worden uitgevoerd.

Terzijde wordt nog het volgende opgemerkt. In de Gids Proportionaliteit valt het volgende te lezen: *“Op het moment dat duidelijk is dat beantwoording zal leiden tot een wezenlijke wijziging, is het proportioneel de termijn van inschrijving te verlengen, al dan niet in combinatie met een rectificatie van de aankondiging.”*¹¹ Ofwel wordt hier de verkeerde terminologie gebezigd (wezenlijk in plaats van aanzienlijk), ofwel wordt hier een oplossingsrichting voorgesteld die in strijd kan komen met het Europees aanbestedingsrecht.¹²

7 Zie bijv. Rb. Rotterdam 26 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7993.

8 HJEU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*, r.o. 74 - 77). Zie ook art. 47 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU en art. 66 lid 3 Richtlijn 2014/25/EU. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt in concessierichtlijn 2014/23/EU. In CvAE 19 februari 2021, advies nr. 613 (alinea 5.10.7) wordt opvallend genoeg gesproken van flinke en belangrijke wijzigingen.

9 Overweging 81 considerans Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. overweging 90 considerans Richtlijn 2014/25/EU. Vgl. Rb. Rotterdam 3 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6842 (r.o. 4.22 - 4.26).

10 Art. 2.73 lid 1 aanhef en onder d Aanbestedingswet. Deze bepaling ziet formeel alleen op de inschrijftermijn. Het kan echter ook geëigend zijn om een aanmeldtermijn te verlengen. Zie hierover CvAE 14 december 2022, advies nr. 684 (alinea 4.4.2). Vgl. vanuit Frans perspectief Conseil d'État 9 februari 2004, n° 259369 (*Communauté urbaine de Nantes*, vierde considérant). De mate van verlenging hangt mede af van de aard van de wijziging, zie art. 2.73 lid 2 Aanbestedingswet en vanuit Frans perspectief R2151-4 Code de la commande publique en Conseil d'État 27 november 2019, n° 432996. Vgl. art. V lid 8 GPA 1979, art. V lid 9 GPA 1988, art. IX lid 10 GPA 1994, en art. X lid 11 GPA 2012.

11 § 4.1 Gids Proportionaliteit (versie 1 januari 2022).

12 Dit is geen uitgemaakte zaak, met name niet indien de verlenging minstens net zo lang is als de minimale wettelijke termijnen voor inschrijving, vgl. Rb. Den Haag 18 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2746 (r.o. 5.2 en 5.3).

Het kan ook zijn dat niet wezenlijk of aanzienlijk wordt gewijzigd, zodat de aanbestedingsprocedure kan worden voortgezet zonder termijnverlenging. Zulke overige wijzigingen zijn toegestaan, mits de wijzigingen tijdig en transparant op hetzelfde moment aan alle betrokken worden gecommuniceerd.¹³

Als niet duidelijk is of verlenging verplicht is, kan er zekerheidshalve voor gekozen worden uit te gaan van de zwaardere kwalificatie. Tenzij de aanbestedingsprocedure onder grote tijddruk staat, bestaat hiervoor doorgaans namelijk wel ruimte. Echter, bij twijfel tussen een aanzienlijke of wezenlijke wijziging, heeft de keuze voor die zwaardere kwalificatie verstrekkender gevolgen. Bij een wezenlijke wijziging dient de aanbestedingsprocedure immers te worden gestaakt. De juiste beslissing weegt dan des te zwaarder, te meer omdat in het kader van die mededingingstoets niet alleen acht dient te worden geslagen op de aard van de wijziging, maar ook op het moment ervan.

4.2.2 Moment van de wijziging

Als algemene stelregel kan worden aangenomen dat hoe later er wordt gewijzigd, hoe groter het risico is dat deze wijziging als wezenlijk wordt bestempeld.¹⁴ Ondernemers baseren hun keuzes immers op de informatie die de aanbestedende dienst communiceert. Stel: tijdens de selectiefase in een niet-openbare aanbestedingsprocedure wordt een ervaringseis aangepast, waarbij een rectificatie wordt gepubliceerd en de aanmeldtermijn verlengd.¹⁵ Het is mogelijk dat de aanbestedende dienst gevolgd wordt in zijn standpunt dat de wijziging niet wezenlijk was. Anders wordt het wanneer die aanbestedende dienst ondanks klachten aan deze eis vasthoudt, maar deze in de inschrijvingsfase alsnog laat varen.¹⁶ Door het wijzi-

13 Vgl. HJEU 10 mei 2012, C-368/10 (*Commissie/Nederland*, r.o. 55). Zie ook HJEU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*, r.o. 71) net als art. 53 lid 2 en 47 lid 3 onder a Richtlijn 2014/24/EU.

14 Vgl. Arrowsmith 2014, p. 846 - 852 en Pijnacker Hordijk c.s. 2009, p. 482. Volgens Hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:665 (r.o. 4.5) kan in een onderhandelingsprocedure tot in een later moment worden gewijzigd. Vgl. verslag plenair debat 9 maart 2016, TK 61-12-11: “*Het staat de deelnemers vrij om gedurende de dialoog tot de conclusie te komen dat wijzigingen nodig zijn. Dan mogen die ook aangebracht worden. Daar is de concurrentiegerichte dialoog voor bedoeld.*” Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:665 (r.o. 4.5). Vgl. voor herzieningsclausules Bogdanowicz 2021, p. 86.

15 Zie art. 2.67 en 2.73 Aanbestedingswet. Vgl. voor wat betreft de tijdigheid van het wijzigen bij NvI bijv. Rb. Rotterdam 26 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:641 (r.o. 4.7).

16 Vgl. HJEU 21 april 2021, T-525/19 (*Intering*, r.o. 59) en HJEU 11 juli 2019, C-697/17 (*Telecom Italia*, r.o. 43 en 44). Die redenering lijkt ook mogelijk in relatie tot *knock out*-criteria en minimeisen, vgl. HJEU 20 september 2018, C-546/16 (*Montte*, r.o. 26 - 39).

gingsmoment kan een niet-geselecteerde gegadigde worden benadeeld, net als een ondernemer die zich vanwege deze eis niet heeft aangemeld.¹⁷

Eenzelfde redenering kan worden gehanteerd ten aanzien van de gunningssystematiek. Deze mag in uitgangspunt niet na opening van de inschrijvingen worden vastgesteld.¹⁸ En zelfs als die systematiek rechtmatig op een later moment wordt vastgesteld, mag dit er niet toe leiden dat de gunningscriteria of het gewicht ervan worden gewijzigd.¹⁹ Enerzijds kan dit verklaard worden vanuit het perspectief dat inschrijvers hun inschrijving mede vormgeven op basis van de aangekondigde systematiek. Door het gewicht dat aan de onderlinge criteria wordt toegekend, geeft de aanbestedende dienst immers te kennen wat voor hem zwaar weegt. Daar houden inschrijvers rekening mee. Anderzijds roept het toelaten van die wijziging het risico in het leven dat een aanbestedende dienst de systematiek toeschrijft naar een voorkeursaanbieder, welk risico nu juist uitbannen dient te worden.

Een wijziging die aan het begin van een aanbestedingsprocedure nog als aanzienlijk kan worden gezien, kan dus door louter tijdsverloop van kleur verschieten. Die regel kan tot hoofdbrekens leiden, zeker wanneer zij in combinatie wordt beschouwd met de verschillende typen wijzigingen. Voor zulke gevallen kan wellicht een andere handelswijze worden voorgesteld.

4.2.3 Een alternatief voor twijfelgevallen

Het lijkt logisch dat in beginsel zowel op de aard als het moment van de wijziging acht wordt geslagen. Een aardverschuiving is op korte termijn dan ook niet te verwachten. Wel lijkt ruimte voor optimalisatie te bestaan. In het bijzonder kan gedacht worden aan wijzigingen in technische en/of juridisch-administratieve delen van de opdracht waarbij twijfel tussen de kwalificatie als aanzienlijke of we-

17 Zie voor het laten vervallen van eisen na inschrijving reeds Rb. Den Haag 21 februari 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AV2548 (4.1 - 4.3) en Rb. Amsterdam 15 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX8748 (r.o. 7).

18 HJEG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*, r.o. 38). Vgl. bijv. Rb. Amsterdam 21 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV8489 (r.o. 4.2 - 4.6) en Hof Arnhem-Leeuwarden 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3665 (r.o. 4.6). Vgl. naar analogie HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (*Staat/KPN*, r.o. 3.6.2 en 3.6.3) en ECLI:NL:HR:2012:BW9231 (*Tele2/KPN*, r.o. 3.6.2 en 3.6.3).

19 O.a. HJEU 20 december 2017, C-677/15 P (*EUIPO/European Dynamics*, r.o. 33) en HJEU 14 juli 2016, C-6/15 (*TNS Dimarso*, r.o. 31 en 32). Vgl. HJEU 18 november 2010, C-226/09 (*Commissie/Ierland*, r.o. 60) en HJEG 24 november 2005, C-331/04 (*ATI EAC*, r.o. 23 - 32). Zie verder Hof Arnhem 6 april 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM0044 (r.o. 10 - 12); Rb. Gelderland 6 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3398 (r.o. 4.8); en CvAE 19 augustus 2014, advies nr. 124 (alinea 6.6).

zenlijke wijziging bestaat.²⁰ Daarvoor kan een alternatieve handelswijze worden voorgesteld.

Een aanbestedende dienst kan tijdig en transparant zijn voornemen tot voortzetting of intrekking van de aanbestedingsprocedure communiceren, waarbij betrokkenen een redelijke reactietermijn wordt geboden. Leidt het voornemen niet tot bezwaren, dan kan hij doorgaan op de ingeslagen weg. Bij tijdige bezwaren kan naar bevind van zaken worden gehandeld. Beklaagt een ondernemer zich na ommekomst van de redelijke termijn, dan kan gewicht worden toegekend aan de ontijdigheid van de klacht. Dit alternatief kan het spanningsveld verkleinen en meer zekerheid voor de aanbestedende dienst bieden, terwijl tegelijkertijd rechtsbescherming wordt geboden en aan beantwoording van de kwalificatievraag wat minder belang hoeft te worden toegekend.²¹

Nu geldt het verbod wezenlijk te wijzigen niet alleen tijdens de aanbestedingsprocedure zelf, maar ook wanneer na een mislukte aanbesteding wordt overgestapt op een onderhandelingsprocedure. Het spanningsveld is dan vergelijkbaar.

4.3 DE MISLUKTE AANBESTEDINGSPROCEDURE

Het is mogelijk dat een aanbestedingsprocedure niet tot het gewenste resultaat leidt, bijvoorbeeld omdat geen (geschikte) inschrijvingen worden gedaan of alleen inschrijvingen waar de aanbestedende dienst objectief niet mee uit de voeten kan.²² Hij kan het er dan bij laten en de stekker uit het project trekken. Hij kan ook een heraanbesteding organiseren. Maar wat als deze scenario's niet wenselijk of realistisch zijn? De aanbestedende dienst kan dan overstappen op een onderhandelingsprocedure.²³ Die mogelijkheid staat echter alleen open indien niet wezenlijk gewijzigd wordt (§ 4.3.1). Hoewel dit verbod een logisch criterium vormt, hoeven

20 Vgl. CvAE 14 december 2022, advies nr. 684 (alineas 4.7.2 - 4.7.4 en 4.12). Vgl. naar analogie CvAE 2 februari 2023, advies nr. 677 (alineas 4.14.3 en 4.16.5).

21 Vgl. Rb. Den Haag 18 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2746 (r.o. 3.8, 5.2 en 5.3). Vgl. naar analogie verder Rb. Limburg 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:8150 (r.o. 4.22).

22 Er bestaat genuanceerd verschil tussen onregelmatige, onaanvaardbare, en ongeschikte inschrijvingen. Deze aspecten kwamen recent aan de orde in Rb. Gelderland 10 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1630 (r.o. 4.11 - 4.13). In HJEU 16 juni 2022, C-376/21 (*Obshtina Razlog*, r.o. 61 en 62) lijkt het Hof een meer convergerende benadering voor te staan.

23 Dit is geen verplichting, zie Rb. Oost-Brabant 14 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2162 (r.o. 4.7) en Rb. Den Bosch 11 december 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BH2904 (r.o. 4.1.2). Vgl. Rb. Den Haag 15 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4916 (met name r.o. 3.2, 4.14 en 4.17). In Rb. Den Haag 12 juni 2009, ECLI:NL:RBGR:2009:BI9310 kwam de rechtbank niet toe aan het gevorderde verbod een onderhandelingsprocedure te starten.

aanbestedende diensten opvallend genoeg niet te motiveren waarom niet wezenlijk is gewijzigd (§ 4.3.2).

4.3.1 Het verbod

Als een aanbesteding mislukt, kan een aanbestedende dienst ervoor kiezen om een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te starten.²⁴ Bij uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen kan hij zijn toevlucht zoeken tot de concurrentiegerichtte dialoog of de mededingingsprocedure met onderhandeling.²⁵ Laatstgenoemde procedures kunnen zonder aankondiging worden toegepast, mits alle inschrijvers worden toegelaten op wie in het kader van de eerste aanbesteding geen uitsluitingsgronden van toepassing waren, en waarvan de inschrijving voldeed aan de geschiktheidseisen en de formele vereisten.²⁶

Hoewel sprake is van aparte aanbestedingsprocedures, hangen ze nauw met elkaar samen.²⁷ Er dient namelijk te worden onderhandeld in lijn met het kader dat is neergelegd in de eerste aanbestedingsprocedure. In de opvolgende Richtlijnen is

24 Zie inmiddels art. 2.32 lid 1 aanhef en onder a Aanbestedingswet. Vgl. reeds art. 9 aanhef en onder a Richtlijn 71/305/EEG. Vgl. verder HJEU 4 juni 2009, C-250/07 (*Commissie/Griekenland*, r.o. 53 - 62).

25 In Rb. Den Haag 27 november 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB8865 (r.o. 3.6) werd het bestaan van een onregelmatige inschrijving onvoldoende aannemelijk gemaakt. In Rb. Gelderland 10 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1630 (r.o. 4.11 - 4.13) zocht de rechtbank vanwege de bijzondere omstandigheden naar een maatwerkoplossing. Bij verwijtbaarheid staat de weg naar de onderhandelingsprocedure niet open. Zie voor een onterechte ongeldigverklaring Rb. Rotterdam 14 november 2008, geciteerd in Rb. Rotterdam 10 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH5006 (r.o. 2.10). Vgl. voor een onzorgvuldige raming Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7113 (r.o. 4.7).

26 Art. 1 onder 7 van Richtlijn 89/440/EG ter vervanging van art. 5 Richtlijn 71/305/EEG; art. 11 lid 2 sub a Richtlijn 92/50/EEG; art. 6 lid 2 Richtlijn 93/36/EEG; art. 7 lid 2 sub a Richtlijn 93/37/EEG; art. 30 lid 1 sub a Richtlijn 2004/18/EG. Zie art. 2.30 jo. 2.28 lid 1 aanhef en onder b t/m lid 4 Aanbestedingswet dat art. 26 lid 4 sub b Richtlijn 2014/24/EU implementeert.

27 Het aanknopen van onderhandelingen na een mislukte aanbesteding, waarbij wezenlijk wordt gewijzigd, kan tot toepasselijkheid van inmiddels in werking getreden Richtlijnen leiden, zie HJEG oktober 2000, C-337/98 (*Rennes*, r.o. 43 en 44) en HJEU 11 juli 2013, C-576/10 (*Doornakkers*, r.o. 54 en 59 - 63). Vgl. HJEU 2 september 2021, C-721/19 en C-722/19 (*Sisal*, r.o. 25 - 30).

benadrukt dat het niet toegestaan is grondig,²⁸ ingrijpend,²⁹ of wezenlijk³⁰ te wijzigen. Overigens is het onwaarschijnlijk dat deze termen inhoudelijk van elkaar verschillen. Zo wordt in het Engels consequent het woord “*substantially*” gebezigd, en in het Frans bijna altijd “*substantiellement*”.³¹ In recentere jurisprudentie heeft het HJEU aansluiting gezocht bij de *Pressetext*-omstandigheden die, zoals bekend, zien op wijzigingen tijdens de uitvoering.³² Een vergelijkbaar verbod is overigens sinds 1979 te vinden in het GPA van de Wereldhandelsorganisatie.³³ Deze restrictie is begrijpelijk nu de aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure start met hooguit een selecte groep ondernemers zonder opnieuw een aankondiging te publiceren.³⁴ Per definitie is de start van die tweede procedure daarmee minder transparant. Zou het een aanbestedende dienst worden toegestaan wezenlijk te wijzigen, dan liggen favoritisme en willekeur op de loer.

Tegelijkertijd dienen beide procedures op zichzelf te worden beschouwd. Zo wordt het als onvoldoende gezien dat inschrijvers uitsluitend in staat worden gesteld gebreken uit hun eerdere inschrijving te herstellen.³⁵ Er dient daadwerkelijk te worden onderhandeld. Hier ligt een spanningsveld, omdat onderhandelingen een kwestie van geven en nemen inhouden en daarmee van wijzigen. Wordt namelijk met (grotendeels) dezelfde partijen nog eens een aanbestedingsprocedure doorlopen voor een haast identieke opdracht, dan ligt het niet in de lijn der verwachting dat de kansen op een succesvol eindresultaat worden vergroot. Wijzigingen zijn daarom zelfs te verwachten. Het is dus een kwestie van balanceren: er mag wel aangepast worden, maar niet wezenlijk gewijzigd.³⁶

28 Art. 9 sub a Richtlijn 71/305/EEG; art. 6 lid 1 sub a Richtlijn 77/62/EEG; art. 7 leden 3 en 4 Richtlijn 88/295/EEG.

29 Art. 15 lid 2 sub a Richtlijn 90/531/EEG en art. 20 lid 2 sub a Richtlijn 93/38/EEG.

30 Art. 1 onder 7 Richtlijn 89/440/EEG strekkende tot vervanging van art. 5 Richtlijn 71/305/EEG; art. 11 lid 2 sub a en lid 3 sub a Richtlijn 92/50/EEG; art. 6 lid 2 sub a en lid 3 sub a Richtlijn 93/36/EEG; art. 7 lid 2 sub a en lid 3 sub a Richtlijn 93/37/EEG; art. 40 lid 3 sub a Richtlijn 2004/17/EG; art. 30 lid 1 sub a en art. 31 lid 1 sub a Richtlijn 2004/18/EG.

31 In het Frans wordt ook het begrip ‘*fondamentelement*’ gebezigd, zie art. 9 Richtlijn 71/305/EEG en art. 6 Richtlijn 77/62/EEG.

32 In HJEG 4 juni 2009, C-250/07 (*Commissie/Griekenland*, r.o. 52) concludeerde het Hof dat niet wezenlijk werd gewijzigd. Anders: Gerecht 29 oktober 2015, T-126/13 (*Direct Way*, r.o. 92 - 94).

33 Art. V lid 15 aanhef en onder a GPA 1979, art. V lid 16 aanhef en onder a GPA 1988, art. XV lid 1 aanhef en onder a GPA 1994, en art. XIII lid 1 aanhef en onder a GPA 2012. Vgl. naar analogie art. 2.63 Worldbank-guidelines on procurement of goods, works, and non-consulting services under IBRD Loans and IDA Credits & Grants 2011 (rev. 2014).

34 Vgl. Rb. Noord-Holland 28 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2329 (r.o. 4.4 en 4.14).

35 CBb 3 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU3221 (r.o. 6.5).

36 Zie ook Conseil d'Etat 12 maart 1999, nr. 171293.

Een rondgang langs enkele velden leert dat deze beperking op velerlei wijze wordt geconcretiseerd. Volgens de Europese Commissie kunnen als wezenlijk worden gekwalificeerd wijzigingen in: financiering, (uitvoerings-, opleverings-, leverings-)termijnen, en technische specificaties.³⁷ In Frankrijk worden ook benoemd wijzigingen in: fasering, uitvoeringstermijnen, prijssherzieningsclausules, boetes, *performance bonds*, of het accepteren van een niet-toegestane variant.³⁸ Het Hof van Justitie heeft aanvaard dat prijswijzigingen als wezenlijk kunnen worden gezien.³⁹ Het Gerecht heeft hier aan toegevoegd dat het mede een wijziging in de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, (weging van de) gunningscriteria, en technische specificaties kan betreffen.⁴⁰ Mede vanwege dit brede spectrum doet het reeds gesignaleerde spanningsveld zich ook hier voor. Complicerende factor is dat de aanbestedende dienst bij de start van de onderhandelingsprocedure onderdelen kan wijzigen, maar dat ook in de loop daarvan wijzigingen kunnen worden doorgevoerd. Aangezien wijzigingen alleen worden gecommuniceerd aan een selecte groep ondernemers of slechts één ondernemer,⁴¹ kan naleving van de aanbestedingsrechtelijke verplichtingen onder spanning komen te staan.

4.3.2 De motivering

Een wezenlijke wijziging kan zowel effect hebben op de deelnemers aan de onderhandelingsprocedure als op andere ondernemers. Echter, wijzigingen zullen in beginsel alleen kenbaar zijn voor de deelnemers. Daarbij komt dat een aanbestedende dienst in de aankondiging van de gegunde opdracht weliswaar de keuze voor een onderhandelingsprocedure dient te motiveren, maar hij wordt er niet ook toe verplicht duidelijkheid te verschaffen over wijzigingen. Dit, terwijl het verbod wezenlijk te wijzigen één van de cumulatieve criteria is en een zekere mate van wijziging verwacht kan worden.⁴² Controle op zijn handelen is zodoende slechts beperkt mogelijk.

Het lijkt daarom wenselijk dat de rol van de aankondiging van een gegunde opdracht wordt versterkt. De aanbestedende dienst dient te motiveren welke wijzigingen zich hebben voorgedaan en waarom hij van oordeel is dat er niet wezenlijk

37 Mededeling Europese Commissie 1997, p. 25, § 3.3.1; Mededeling Europese Commissie 1997a, p. 24, § 3.3.1.1; Mededeling Europese Commissie 1997b, p. 25 en 26, § 3.3.1. Zie anders m.b.t. technische wijzigingen Rb. Gelderland 22 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:6240 (r.o. 4.5 - 4.8).

38 Fiche DAJ 2020, § 1.1.2.2.

39 HJEG 13 januari 2005, C-84/03 (*Commissie/Spanje*, r.o. 10 en 49).

40 Vgl. Gerecht 29 oktober 2015, T-126/13 (*Direct Way*, r.o. 88).

41 Het is immers ook mogelijk dat met slechts één ondernemer wordt onderhandeld. Die mogelijkheid is bevestigd in HJEU 16 juni 2022, C-376/21 (*Razlog*, r.o. 71).

42 Bijlage V Deel D sub 7 jo. art. 50 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. art. 84 lid 1 aanhef en onder f Richtlijn 2014/24/EU. Zie ook Bijlage VII sub 6 jo. art. 32 Richtlijn 2014/23/EU. Deze verplichting geldt niet bij toepasselijkheid van de speciale sectorenrichtlijn, zie art. 70 in samenhang met Bijlage XII onder I, punt 5.c en 6.

is gewijzigd.⁴³ Bezwaar staat open gedurende 30 dagen na publicatie. Na ommekomst daarvan kunnen klagers de gunning niet meer aantasten, maar nog wel een onrechtmatige-daadsactie instellen.⁴⁴ Indien een deelnemer aan de onderhandelingsprocedure bezwaar aantekent, kan gewicht worden toegekend aan de omstandigheid in hoeverre hij al bekend mocht worden verondersteld met de wijziging.⁴⁵

Via deze aanvullende verplichting kunnen de belangen van derden beter worden gewaarborgd, terwijl het voor een aanbestedende dienst niet tot een significante toename in administratieve lasten hoeft te leiden. Wijzigingen dienen immers al te worden gedocumenteerd. Verder wordt de aanbestedende dienst er niet toe verplicht die wijzigingen al tijdens de onderhandelingen wereldkundig te maken. Mogelijk vergroot het zijn risicoprofiel in enige mate doordat de kans op klachten toeneemt, maar dat is inherent aan het principieel aannemen van een verbod om wezenlijk te wijzigen. Het is juist daarom dat een wettelijke verplichting van toegevoegde waarde kan zijn. Waarom zou een aanbestedende dienst zich immers anders vrijwillig kwetsbaar maken voor bezwaren of gerechtelijke procedures? Effectieve rechtsbescherming is zonder inzicht in de relevante informatie nauwelijks mogelijk.

4.4 WEZENLIJKE WIJZIGING EN HERAANBESTEDING

Het is in beginsel niet toegestaan om wezenlijk te wijzigen. Dit kan anders liggen bij een heraanbesteding.⁴⁶ Dan kan juist een gebod bestaan om wezenlijk te wijzigen.

Een aanbestedende dienst kan om uiteenlopende redenen besluiten een aanbestedingsprocedure niet te voltooien. Dat is hem veelal toegestaan. Wel dient hij zijn intrekingsbesluit deugdelijk te motiveren, zodat effectieve rechtsbescherming en

43 Vgl. naar analogie HJEU 7 september 2021, C-927/19 (*Ecoservice*, r.o. 122 - 124).

44 Dit is in de geest van art. 4.15 lid 2 aanhef en onder a Aanbestedingswet.

45 Vgl. Rb. Midden-Nederland 12 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3625 (r.o. 4.3 - 4.3.2).

46 In HR 9 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:180 (*CSU/verweerdere*, r.o. 3.5.3) werd geoordeeld dat van een heraanbesteding alleen sprake is als deze plaatsvindt door dezelfde opdrachtgever als degene die het project waarom het gaat, eerder aanbesteedde.

volledige rechterlijke toetsing mogelijk zijn.⁴⁷ Worden die redenen onjuist of onzuiver geacht, dan kan de aanbestedende dienst gehouden worden de gestaakte aanbestedingsprocedure te hervatten.⁴⁸ Diezelfde sanctie kan volgen als een heraanbesteding onrechtmatig blijkt omdat niet wezenlijk is of zal worden gewijzigd.⁴⁹ De beslissing om in te trekken en om opnieuw (in wezenlijk gewijzigde vorm) aan te besteden zijn namelijk afzonderlijke beslissingen die elk op hun eigen merites dienen te worden beantwoord.⁵⁰

Met het oog op de potentiële gevolgen, geniet het daarom de voorkeur dat een aanbestedende dienst al in zijn intrekingsbeslissing motiveert welke wijzigingen hij zal doorvoeren. Als daarop blijkt dat een wezenlijke wijziging niet aan de orde is, mag worden aangenomen dat de nadelige effecten in tijd, geld, en energie beperkter zijn dan wanneer die conclusie pas tijdens de heraanbesteding wordt getrokken. Als een aanbestedende dienst echter om objectief bepaalbare redenen nog niet weet wat er precies zal worden gewijzigd, kan hij in zijn beslissing verduidelijken wanneer en hoe hij hierover uitsluitsel zal geven. Die verduidelijking kan hij, met inbegrip van een motivering waarom wezenlijk wordt gewijzigd, daarna bijvoorbeeld ook via een openbare marktconsultatie of in een vooraankondiging geven.

-
- 47 Art. 55 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU en art. 2.132 lid 1 onder n Aanbestedingswet. Vgl. HJEG 18 juni 2002, C-92/00 (*HI*, r.o. 41 - 55); HJEG 16 oktober 2003, C-244/02 (*Kauppatalo Hansel Oy*, r.o. 36); HJEU 11 december 2014, C-440/13 (*Croce Amica*, r.o. 35 - 46). Zie bijv. Hof Den Haag 23 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1905 (r.o. 8 - 10); Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1318 (r.o. 4.1); Hof Den Haag 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2595; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:130 (r.o. 4.8); Rb. Rotterdam 21 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9442 (r.o. 4.5 en 4.6); CvAE 29 november 2018, advies nr. 485 (alineas 5.2.1 - 5.2.12); en CBb 31 maart 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AW1777 (r.o. 5.3). Zie ook Prent 2021, § 4.4 en Prent 2022, p. 45 - 48.
- 48 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:130 (r.o. 4.14 en 4.15); Rb. Midden-Nederland 29 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:285; Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8025 (r.o. 4.18 - 4.22); Rb. Amsterdam 19 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8500.
- 49 O.a. Rb. Midden-Nederland 30 augustus 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:6640 (r.o. 3.17); Rb. Den Haag 18 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:11407; Rb. Zeeland-West-Brabant 22 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1666 (r.o. 5.8); Rb. Den Haag 20 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ5311 en ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4943; Rb. Rotterdam 10 maart 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH5386. Vgl. inzake het beoordelingsmoment Hof Den Haag 24 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:219 (r.o. 10); Rb. Gelderland 26 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5357 (r.o. 4.10 en 4.11); Rb. Overijssel 26 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1598 (r.o. 4.5). Vgl. anderzijds Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8025 (r.o. 4.7 - 4.14).
- 50 In Rb. Den Haag 15 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13382 (r.o. 5.2) kwam de Staat weg met een gebrekkige motivering.

Dit opvallende gebod is ingegeven vanuit het belang om het risico op favoritisme, willekeur, manipulatie, en leuren te verkleinen en om zodoende de gelijke behandeling van inschrijvers te waarborgen.⁵¹ Zeker wanneer één of meer passende inschrijvingen zijn gedaan en geen procedurele gebreken worden geconstateerd, is een aanbestedende dienst aan dit gebod gebonden.⁵²

In dergelijke gevallen wordt in de jurisprudentie regelmatig aangenomen dat de wezenlijke wijziging betrekking dient te hebben op de specificaties van de opdracht en niet op de beoordelingssystematiek of de aan de opdrachtnemer te stellen eisen.⁵³ Dit kan verklaard worden vanuit de ratio van het gebod. Zou het voldoende zijn om alleen de gunningscriteria te wijzigen, dan kan een aanbestedende dienst informatie uit de eerste aanbestedingsprocedure gebruiken om die criteria vervolgens naar de gewenste inschrijver toe te schrijven.⁵⁴ Paradoxaal genoeg vloeit dus uit toepassing van de beginselen voort dat een wijziging die anders als wezenlijk kan kwalificeren dan onvoldoende kan zijn.

51 O.a. Rb. Den Haag 29 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4845 (r.o. 4.6); Rb. Overijssel 19 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4819; Rb. Gelderland 21 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1324 (r.o. 4.3); Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2234 (r.o. 4.12 en 4.13); Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7113 (r.o. 4.5); Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4864 (r.o. 4.3); Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013: BY8197 (r.o. 4.4 - 4.6); Rb. Arnhem 11 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7823 (r.o. 4.4). Vgl. Hof Den Haag 24 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:219; Rb. Den Haag 23 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ1444 (r.o. 5.8); Rb. Rotterdam 10 maart 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH5386 (r.o. 4.4); Rb. Rotterdam 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG3796 (r.o. 4.5 en 4.6); en Rb. Den Haag 26 januari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:AZ7141 (r.o. 3.1).

52 Vgl. Rb. Den Haag 24 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG1459 (r.o. 3.1).

53 Bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6172 (r.o. 3.19); Rb. Rotterdam 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280 (r.o. 4.5); Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7113 (r.o. 4.5); Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4864 (r.o. 4.7); Rb. Den Bosch 11 december 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BH2904 (r.o. 4.3.1 en 4.3.2). Idem: CvAE 19 september 2014, advies nr. 142 (alinea 6.1.10). Vgl. Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2234 (r.o. 4.13 - 4.22); Rb. Midden-Nederland 15 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ1349 (r.o. 4.21 - 4.27); Rb. Den Haag 6 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX9783 (r.o. 3.4 - 3.6); Rb. Den Haag 16 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN4842 (r.o. 4.2 en 4.3); Rb. Amsterdam 8 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8420 (r.o. 4.6 - 4.9). Vgl. verder Hof Den Haag 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ7122.

54 Zie o.a. Rb. Noord-Nederland 7 september 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4075 (r.o. 4.7); Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2234 (r.o. 4.11 en 4.12); Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7113 (r.o. 4.5). Vgl. Rb. Oost-Brabant 14 april 2015, ECLI:NL:ROBR:2015:2162 (r.o. 4.7).

De verplichting wezenlijk te wijzigen wordt echter niet onverkort gesteld, bijvoorbeeld indien aan de aanbesteding procedurele gebreken kleven.⁵⁵ Als de aanbestedende dienst geen behoefte heeft aan andere prestaties dan in de gebrekkige procedure waren gevraagd, levert het slechts op cosmetische wijze aanbrengen van veranderingen geen wezenlijke wijziging op, terwijl met het aldus nader inrichten van een opdracht niemand gebaat is.⁵⁶ Ook die nuancering kan vanuit de beginselen worden begrepen. Zo kan een belangrijke technische voorwaarde zodanig zijn geformuleerd dat deze op twee manieren kan worden uitgelegd, terwijl de aanbestedende dienst slechts één daarvan voor ogen heeft. Als deze dubbelzinnigheid na indiening van de inschrijvingen wordt ontdekt, is het gelijke speelveld niet gewaarborgd, terwijl een objectieve vergelijking niet of minder goed mogelijk is. Linksom of rechtsom heeft uitleg van de voorwaarde dus gevolgen voor de gunning. Dan is het in beginsel niet vereist dat in de heraanbesteding de technische voorwaarde wezenlijk gewijzigd wordt; voldoende is dat eenduidig vaststaat wat de aanbestedende dienst voor ogen heeft.

Ten opzichte van de situaties uit de voorgaande paragrafen speelt de wezenlijke wijziging hier dus een andere rol. Die rol kan verklaard worden in het licht van de specifieke context van een heraanbesteding, waarbij de mededinging niet geschaad wordt door een wezenlijke wijziging. Ondernemers kunnen immers op voet van gelijkheid aan de nieuwe aanbestedingsprocedure deelnemen.

4.5 SLOTOPMERKINGEN

Het aanbestedingsrecht regelt de totstandkoming van een overeenkomst veel gedetailleerder dan het BW en de daarop gebaseerde jurisprudentie, ook wanneer er rekening mee wordt gehouden dat een overheidslichaam bij het aangaan van een overeenkomst aan de bestuursrechtelijke beginselen gebonden blijft. Verrassend is dit niet. Het verbintenissenrecht is toegespitst op het scenario dat twee partijen met elkaar onderhandelen, terwijl er in het aanbestedingsrecht van wordt uitgegaan dat meerdere ondernemers om een overeenkomst concurreren, zodat ook met andere belangen rekening dient te worden gehouden. Dit leidt er verder toe dat aan de werking van verbintenisrechtelijke leerstukken ten aanzien van de precontractuele fase slechts beperkt zelfstandig belang toekomt waar het gaat om de toelaatbaarheid van wijzigingen.

55 Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7113 (r.o. 4.6 - 4.12). Vgl. CvAE 28 februari 2018, advies nr. 428 (alinea 5.4.8) en CvAE 20 december 2016, advies nr. 394 (alinea 5.6).

56 Rb. Den Haag 6 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6288 (r.o. 4.2 en 4.3); Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197 (r.o. 4.6); Rb. Den Haag 9 januari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:AZ5956 (r.o. 3.3 en 3.4). Idem: CvAE 22 januari 2015, advies nr. 153 (alinea 5.4.1) en CvAE 19 september 2014, advies nr. 142 (alinea 6.1.4). In Rb. Gelderland 21 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1324 (r.o. 4.3) werd deze ruimte voorzichtig aanvaard waarin vanwege bijzondere omstandigheden.

Natuurlijk kunnen, in theorie, de hiervoor besproken gevaltypen met een verbintenisrechtelijke bril op worden bekeken. Het is mij echter niet gelukt om binnen de kaders van dit onderzoek tot een relevante analyse te komen. Verbintenisrechtelijk gaat de aandacht immers voornamelijk uit naar vragen als: hoe hebben partijen zich in de precontractuele fase jegens elkaar te gedragen? Tot wanneer kunnen onderhandelingen worden afgebroken? Wanneer is een (romp)overeenkomst tot stand gekomen?

Voor aanbestedingsplichtige overeenkomsten wordt met zulke vragen op geheel eigen wijze omgegaan. Zo is de kwestie of tijdens de aanbestedingsprocedure per abuis al een (romp)overeenkomst tot stand is gekomen, nogal theoretisch. Art. 2.129 Aanbestedingswet regelt namelijk dat de mededeling van de gunningsbeslissing nog niet de aanvaarding van het aanbod als bedoeld in art. 6:217 BW inhoudt.⁵⁷ Verder rust op de aanbestedende dienst geen rechtsplicht tot het aangaan van een overeenkomst; hij “*kan de overeenkomst sluiten*”.⁵⁸ Hij kan ook besluiten hiervan af te zien, zij het dat hij dan schadeplichtig kan zijn.⁵⁹ Voorts is het verbod om tijdens de precontractuele fase wezenlijk te wijzigen, vreemd aan het algemene verbintenissenrecht. Bepalingen over de onherroepelijkheid van het aanbod (art. 6:219 BW) en de verwerping van het aanbod (art. 6:225 BW), maken dit in beginsel niet anders, al was het maar omdat partijen hiervan ingevolge de contractvrijheid van kunnen afwijken.

Hoewel het niet valt uit te sluiten dat het verbod om wezenlijk te wijzigen op termijn ook in het algemene verbintenissenrecht ingang vindt - bijvoorbeeld als gevolg van de doorontwikkeling van de juridische kaders voor private aanbestedingen⁶⁰ - staat het vooralsnog in de sterren geschreven. Zonder afbreuk te willen doen aan de veelkleurigheid van de praktijk, komt het op er dus neer dat ofwel het aanbestedingsrecht een geheel eigen systeem kent, ofwel dat de beantwoording van de vraag naar de interactie de reikwijdte van dit onderzoek te buiten gaat en zijn eigen volragen onderzoek verdient.

57 Dit geldt in vergelijkbare zin voor het aflopen van de opschortende termijn uit art. 2.127 en 2.131 Aanbestedingswet, aldus MvT, TK 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 94.

58 Zie voor de openbare aanbestedingsprocedure art. 2.26 onder h Aanbestedingswet. Een vergelijkbare bepaling bestaat voor de andere procedures. Sommigen begrijpen de rechtsverhouding tijdens een aanbestedingsprocedure in termen van een overeenkomst, vgl. Prent 2021, § 2.7.

59 MvT, TK 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 63. Vgl. Voorschrift 3.8B Gids Proportionaliteit. Zie ook het verslag van een schriftelijk overleg 1 november 2019, TK 2019-2020, 32440, nr. 114, p. 2 en 3 alwaar wordt opgemerkt dat de jurisprudentie over het afbreken van onderhandelingen op een ander vraagstuk ziet dan het laattijdig intrekken van een aanbestedingsprocedure.

60 Zie over de potentiële rol van de wezenlijke wijzigingen bij private aanbestedingen nader Plas 2022.

4.6 BEANTWOORDING DEELVRAAG 3

Deelvraag 3 luidt: wat is de rol van het verbod om wezenlijk te wijzigen tijdens aanbestedingsprocedures?

Aanbestedingsrechtelijk bestaat een genuanceerd kader. Er geldt een verbod om wezenlijk te wijzigen, en onder voorwaarden de mogelijkheid om aanzienlijke of overige wijzigingen door te voeren. Vanwege de onduidelijkheid die kan bestaan ten aanzien van de afbakening tussen de wezenlijke en de aanzienlijke wijziging, wordt als alternatieve handelswijze voorgesteld dat een aanbestedende dienst zijn voornemen tot voortzetting of staking aankondigt, waarop gedurende een redelijke termijn kan worden gereageerd.

Het verbod geldt ook wanneer wordt overgestapt naar een onderhandelingsprocedure na een mislukte aanbesteding. Geconstateerd is dat momenteel de mogelijkheid tot controle op het handelen van de aanbestedende dienst tekortschiet, wat pleit voor aanvullende transparantieplichtingen.

Daarentegen speelt het verbod wezenlijk te wijzigen in beginsel geen rol bij een heraanbesteding. Dan is juist eerder sprake van een gebod, althans van een mogelijkheid. Zeker in situaties waarin het gebod geldt, verdient het de voorkeur ondernemers zo spoedig mogelijk gemotiveerd te informeren over de op handen zijnde wijzigingen. Mocht namelijk blijken dat die niet als wezenlijk kwalificeren, dan kunnen op dat moment de nadelige effecten beperkter worden gehouden dan wanneer die conclusie pas tijdens de nieuwe aanbestedingsprocedure wordt getrokken.

De rol van de wezenlijke wijziging is kortom veelzijdig, met dien verstande dat de wijzigingsvrijheid van aanbestedende diensten wordt ingekaderd. Binnen die kaders bestaan mogelijkheden voor een zo optimaal mogelijke belangenafweging, waarbij het verbod wezenlijk te wijzigen niet per definitie zwaar op de aanbestedende dienst hoeft te drukken.

Interpretatie van aanbestede overeenkomsten

5.1 INLEIDING

Door uitleg kan een wijziging worden vastgesteld. Naar Nederlands recht staat dan in beginsel de haviltexmaatstaf centraal, waarbij het doel is de wederzijdse gerechtvaardigde verwachtingen te achterhalen aan de hand van de kenbare bedoelingen van partijen.¹ Naarmate de inhoud van de overeenkomst meer bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, is een (meer) objectieve uitleg op zijn plaats. Subjectievere elementen verliezen dan in toenemende mate hun belang. De keuze voor een uitlegmaatstaf kán dus gevolgen hebben voor het antwoord op de vraag of er wordt gewijzigd.

Gelet op het verbod wezenlijk te wijzigen, is die keuze mede van belang voor aanbestede overeenkomsten. Stel, inschrijver A verliest een aanbesteding. Het contract wordt uitgevoerd, met inbegrip van prestatie X. A meent dat X een wezenlijke wijziging inhoudt. Contractpartijen verweren zich met de stelling dat X altijd al tot het voorwerp van de overeenkomst behoorde. In dit voorbeeld kan de uitkomst van het geschil samenhangen met de gekozen uitlegmaatstaf. Een uitleg waarbij subjectievere opvattingen centraal staan, kan tot een ander resultaat leiden dan wanneer (deels) wordt geabstraheerd van het partijperspectief. Indien er geabstraheerd dient te worden, kan dit de vrijheid van partijen begrenzen om door middel van uitleg de inhoud van de tussen hen geldende overeenkomst te bepalen.

Daarom staat in dit hoofdstuk de beantwoording van de volgende deelvraag centraal: hoe verhoudt het verbod om wezenlijk te wijzigen zich tot de te hanteren uitlegmaatstaf? Die vraag wordt in twee stappen beantwoord. Eerst wordt besproken welke verplichtingen uit het Europese aanbestedingsrecht voortvloeien (§ 5.2). Op basis daarvan kan worden nagegaan welke uitlegmaatstaf uit de Nederlandse praktijk daar het beste op aansluit (§ 5.3). In § 5.4 wordt deelvraag 4 beantwoord.

1 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*, r.o. 2).

5.2 HET EUROPESE KADER: HELDERHEID, CONSISTENTIE EN STRIKTE NALEVING

De Richtlijnen voorzien niet in een uitlegmaatstaf voor aanbestede overeenkomsten.² De bepalingen inzake wijzigingen tijdens de uitvoering veronderstellen het bestaan van een wijziging, en gaan voorbij aan de vraag *of* er wordt gewijzigd. Op die basis kan dus niet worden vastgesteld welke uitlegmaatstaf dient te worden toegepast. Wel kan aan de hand van de jurisprudentie van het HJEU worden vastgesteld dat een relevante maatmannorm bestaat (§ 5.2.1), en kan worden onderzocht welke aspecten in het kader van een uitleg conform die maatmannorm kunnen meewegen (§ 5.2.2).

5.2.1 Introductie van een maatman

Uit de rechtspraak van het HJEU blijkt dat aanbestedende diensten aanbestedingsstukken deugdelijk dienen op te stellen (ad a), de inhoud daarvan tijdens de aanbestedingsprocedure consistent dienen uit te leggen en toe te passen (ad b), en deze tijdens de uitvoering strikt dienen na te leven (ad c).

Ad a) redactieverplichting

Als vertrekpunt geldt de *Succhi di frutta*-norm.³ In dat arrest overwoog het HJEU dat het transparantiebeginsel impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze worden geformuleerd. Enerzijds kunnen alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers zodoende de juiste draagwijdte daarvan begrijpen en op dezelfde manier interpreteren. Anderzijds stelt dit de aanbestedende dienst in staat na te gaan of de offertes beantwoorden aan de door hem gestelde criteria.⁴

2 De instructies inzake de uitleg en toepassing van de Richtlijnen uit art. 45 lid 4 Richtlijn 2014/23/EU, art. 83 lid 4 onder a Richtlijn 2014/24/EU en art. 99 lid 4 onder a Richtlijn 2014/25/EU, lijken niet als zodanig te kunnen worden opgevat.

3 Helemaal terecht is dit niet vanwege HJEG 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC*, r.o. 42) en HJEG 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*, r.o. 57).

4 HJEU 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*, r.o. 111). Vgl. o.a. HJEU 6 november 2014 (*Cartiera dell'Adda*, r.o. 44).

De essentie is dus dat aanbestedingsstukken zo duidelijk dienen te zijn geformuleerd dat een maatman⁵ in staat is deze op dezelfde wijze te interpreteren.⁶ Die verplichting strekt ertoe te waarborgen dat betrokkenen hun procedurele verplichtingen kennen en er op kunnen vertrouwen dat deze ook voor hun concurrenten gelden.⁷ Oftewel: een aanbestedende dienst dient vooraf zijn behoefte te definiëren en duidelijk te specificeren, zodat ondernemers kunnen nagaan of de opdracht voor hen interessant is en, zo ja, welk verzoek tot deelneming of welke offerte zij indienen.⁸

Hierin valt een wisselwerking te zien tussen de verplichting van de aanbestedende dienst en dat wat van een maatman-ondernemer verwacht mag worden. In de praktijk gaat relatief vaak de aandacht uit naar dat verwachtingspatroon. Hoewel dat tot op zekere hoogte begrijpelijk is, dient niet uit het oog te worden verloren dat de vraag wat een maatman mocht begrijpen, een afgeleide vormt van de primaire verplichting van de aanbestedende dienst. Zo oordeelde het HJEU in de *Koffiebonen*-zaak dat hoewel “*de aanbestedende dienst van de belanghebbende marktdeelnemers mag verwachten dat zij redelijk geïnformeerd zijn en de normale zorgvuldigheid betrachten, een dergelijk gewettigd vertrouwen evenwel veronderstelt dat de aanbestedende dienst zijn eisen zelf duidelijk heeft geformuleerd.*”⁹

Ad b) consistentieverplichting tijdens de aanbestedingsprocedure

Naast de redactieverplichting geldt een consistentieverplichting: een aanbestedende dienst dient de door hem opgestelde stukken tijdens de hele aanbestedingsprocedure op dezelfde wijze uit te leggen en toe te passen om het gelijke speelveld te waarborgen.¹⁰ Daarin ligt besloten dat zijn discretionaire bevoegdheden worden

5 Wie in de Franstalige versie van het zoekformulier op de website van het HJEU “*soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents*” invult, vindt meer dan 100 resultaten. Omdat niet alle jurisprudentie in het Nederlands verschijnt, levert dit een betrouwbaarder zoekresultaat op.

6 Zie o.a. HJEG 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC*, r.o. 41 - 43); HJEG 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*, r.o. 58 en 59); HJEU 2 juni 2016, C-27/15 (*Pizzo*, r.o. 37); en HJEU 12 maart 2015, C-538/13 (*eVigilo*, r.o. 54). Vgl. Conclusie A-G Sanchez-Bordona 21 januari 2016, C-27/15 (*Pizzo*, alinea 4).

7 HJEU 2 juni 2016, C-27/15 (*Pizzo*, r.o. 37). Vgl. o.a. HJEG 14 oktober 2004, C-340/02 (*Commissie/Frankrijk*, r.o. 34 en 35).

8 Vgl. bijv. HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 58, 64, 65 en 71).

9 HJEU 10 mei 2012, C-368/10 (*Koffiebonen*, r.o. 66).

10 HJEG 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC*, r.o. 41 - 43). Vgl. o.a. HJEU 6 november 2014, C-42/13 (*Cartiera dell’Adda*, r.o. 42 en 48); HJEU 2 juni 2016, C-27/15 (*Pizzo*, r.o. 44); HJEU 13 juli 2017, C-35/17 (*Saferoad*, r.o. 21); HJEU 20 december 2017, C-677/15 (*EU IPO/European Dynamics*, r.o. 31); en HJEU 6 oktober 2021, T-404/20 (*Global Translation*, r.o. 80). Vgl. HJEU 30 januari 2020, C-395/18 (*Tim Spa*, r.o. 45).

afgebakend, zodat het risico op willekeur en favoritisme wordt verkleind.¹¹ Het Hof spreekt daarom ook wel van “*het beginsel van zelfbinding*”.¹²

Voor die consistentieverplichting valt zeker wat te zeggen. Wat een aanbestedende dienst wenst en hoe hij die wens gerealiseerd wil zien, komt immers tot uitdrukking in de informatie die hij communiceert. Als hij zwalkt in wat hij bedoelt, kan dit van invloed zijn op de interesse van ondernemers, de wijze van deelneming, en/of de inhoud van hun inschrijving. Het is van belang de uitgezette koers te blijven volgen, met dien verstande dat de consistentieverplichting niet categorisch verhindert dat elementen uit de opdracht worden verduidelijkt of aangepast.

Ad c) continuïteitsverplichting tijdens de uitvoering

De consistentieverplichting raakt niet uitgewerkt bij het afronden van de aanbestedingsprocedure. In *Succhi di Frutta* oordeelde het Hof óók dat de aanbestedende dienst nauwgezet de vastgestelde criteria in acht dient te nemen tot aan het einde van de uitvoering.¹³ Deze continuïteitsverplichting is meermaals bevestigd,¹⁴ en door de Hoge Raad herhaald.¹⁵ Totstandkoming en uitvoering zijn nauw met elkaar verweven.¹⁶ Dit betekent dat bij de uitleg van een aanbestede overeenkomst ook conceptstukken, nota's van inlichtingen, en mededelingen van de aanbestedende dienst van waarde kunnen zijn. Een *entire agreement clause* die de reikwijdte beperkt van de bewijsmiddelen die partijen ten dienste staan in een uitlegkwestie, lijkt daarom van beperktere waarde.¹⁷ Hieruit vloeit voort dat het subjectieve begrip van partijen evenmin doorslaggevend kan worden geacht. Het bestaan van die maatmannorm verduidelijkt echter nog niet welke aspecten bij toetsing aan de hand van die norm kunnen meewegen.

11 HJEU 22 juni 2017, C-49/16 (*Unibet*, r.o. 46); HJEU 17 januari 2019, T-117/17 (*Proximus*, r.o. 121); en HJEG 10 september 2008, T-59/05 (*European Dynamics/Europese Commissie*, r.o. 70).

12 HJEU 20 maart 2013, T-415/10 (*Nexans France/ITER*, r.o. 80).

13 HJEU 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*, r.o. 115). Vgl. r.o. 119 - 121. In r.o. 115 spreekt het HJEG over “*het einde van de fase van uitvoering van de betrokken aanbesteding*”. Uit de context en andere taalversies blijkt dat het begrip ‘aanbesteding’ hier mede betrekking heeft op de uitvoeringsfase. Het begrip ‘opdracht’ was hier dus beter op zijn plaats geweest.

14 Gerecht EU 20 september 2011, T-461/08 (*European Dynamics/EIB*, r.o. 159); Gerecht EU 31 januari 2013, T-540/10 (*Spanje/Commissie*, r.o. 49) en T-235/11 (*Spanje/Commissie*, r.o. 52). Idem: HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 37). Vgl. HJEU 10 oktober 2013, C-336/12 (*Manova*, r.o. 40).

15 HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757 (*Valys*, r.o. 3.6.3). Vgl. voor inkoopprocedures CvAE 10 augustus 2020, advies nr. 552.

16 Dit brengt ook mee dat het niet volstaat een opdracht te gunnen. Die opdracht dient ook te worden uitgevoerd, vgl. HJEG 31 januari 2008, C-380/05 (*Centro Europa*, met name r.o. 85, 86, 110, 111, en 116).

17 Dit dus los van bijvoorbeeld HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundiform/Mexx*, r.o. 3.5.3).

5.2.2 Inhoud van de maatmannorm

De behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver staat centraal. Deze maatmannorm legt verplichtingen op aan de aanbestedende dienst en heeft tot gevolg dat in zekere mate van het subjectieve kennisniveau - en verwachtingspatroon - van ondernemers wordt geabstraheerd.¹⁸ Er wordt niet primair uitgegaan van wat een aanbestedende dienst bedoelde op te schrijven of wat een ondernemer heeft begrepen. Eerder is het de vraag wat een ondernemer kon en mocht begrijpen gelet op wat de aanbestedende dienst feitelijk heeft opgeschreven.¹⁹

Zodoende kan een taalkundige uitleg van een bepaling in ieder geval gerechtvaardigd zijn,²⁰ met dien verstande dat die bepaling in het geheel van de aanbestedingsstukken gelezen dient te worden.²¹ Vele casus zijn dan mogelijk.²² Zo kan een onduidelijk geformuleerde bepaling die tot inhoudelijke gevolgen kan leiden veelal niet in stand blijven.²³ Verder mogen vage criteria niet altijd achteraf worden gerepareerd.²⁴ Evenmin kan een beslissing overeind blijven die gebaseerd is op de uitleg van een eis, terwijl die eis objectief gezien ook anders kan worden uitgelegd.²⁵ Anderzijds hoeft een onhandige woordkeuze niet per definitie te worden gesanctioneerd, als de werkelijke bedoeling van de aanbestedende dienst gelet op de context duidelijk genoeg is.²⁶

Het zou echter van een te beperkt blikveld getuigen om alleen acht te slaan op taalkundige aspecten. Uit de jurisprudentie blijkt dat een criterium “*moet worden uitgelegd op basis van het voorwerp, het systeem en de bewoordingen ervan*”, waarbij de aanbestedende dienst bij twijfel “*met inachtneming van alle relevante factoren*” een beslissing dient te nemen, en een rechter in voorkomend geval na

18 Conclusie A-G Sharpston 7 juni 2007, C-241/06 (*Lämmerzahl*, alinea 65).

19 Vgl. HJEU 22 december 2010, C-215/09 (*Mehiläinen Oy*, r.o. 39).

20 Zie voor de toepassing van een letterlijke uitleg bijv. HJEU 8 oktober 2015, T-90/14 (*Secolux*, r.o. 42).

21 Zie o.a. HJEU 24 maart 2015, T-383/14 R (*Europower*, r.o. 55); HJEU 7 oktober 2015, T-299/11 (*European Dynamics/OHMI*, r.o. 97 - 101); HJEU 23 mei 2014, T-553/11 (*European Dynamics/ECB*, r.o. 127); HJEU 16 oktober 2013, T-457/10 (*European Dynamics/Europese Commissie*, r.o. 128) en T-474/10 (*European Dynamics/Europese Commissie*, r.o. 114).

22 Vgl. de arbitrage inzake de bouw van het Europees Parlement, HJEG 10 april 2003, C-167/99 (*Europees Parlement/SERS*, r.o. 95). Het Hof oordeelt dat een bepaling “*niet op zichzelf moet worden beschouwd, maar in de context van de algemene opzet van de overeenkomst waarvan zij deel uitmaakt. Daaruit volgt dat de uitlegging ervan zoveel mogelijk met alle andere bepalingen van die overeenkomst verenigbaar moet zijn en die andere bepalingen hun nuttige werking niet mag ontnemen.*”

23 HJEU 20 juli 2006, T-114/06 R (*Globe SA*, r.o. 80 - 84).

24 HJEU 27 april 2016, T-556/11 (*European Dynamics/EUIPO*, r.o. 193).

25 HJEU 10 oktober 2012, T-183/10 (*Sviluppo Globale GEIE/Europese Commissie*, r.o. 36 - 44).

26 HJEU 15 september 2016, T-481/14 (*European Dynamics/EIT*, r.o. 266 en 271).

dient te gaan of die uitleg “*al dan niet correct*” is.²⁷ Daarbij heeft het Hof onder andere rekening gehouden met:

- feiten van algemene bekendheid;²⁸
- kennis, ervaring en jargon binnen een beroepsgroep;²⁹
- de vraag of ondernemers konden inschrijven, en zo nodig voordien vragen hebben gesteld;³⁰
- de vraag hoe ondernemers een bepaling hebben opgevat, gelet op hun vragen en inschrijving;³¹
- subjectieve kennis, met name voor een ondernemer uit een andere lidstaat die op een informatieachterstand staat ten opzichte van binnenlandse ondernemers;³²
- de mogelijkheid tot gunning c.q. objectieve vergelijking;³³
- het gelijkheidsbeginsel;³⁴

27 HJEU 10 december 2009, T-195/08 (*Antwerpse Bouwwerken*, r.o. 51 en 53). Idem: HJEU 10 november 2017, T-668/15 (*Jema Energy*, r.o. 35); HJEU 25 oktober 2012, T-216/09 (*Astrim*, r.o. 19); en HJEG 20 april 2007, C-189/06 P (*TEA-CEGOS*, r.o. 46). De beoordeling of de aanbestedende dienst aan haar verplichtingen heeft voldaan, is voorbehouden aan de nationale rechter, zie o.a. HJEG 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*, r.o. 58 en 59); HJEU 12 maart 2015, C-538/13 (*eVigilo*, r.o. 54 - 58); en HJEU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (*Costa en Cifone*, r.o. 79).

28 Conclusie A-G Sanchez-Bordona 21 januari 2016, C-27/15 (*Pizzo*, alinea 52).

29 O.a. HJEU 10 november 2017, T-668/15 (*Jema Energy*, r.o. 40 - 48); HJEU 11 juni 2014, T-4/13 (*Communicaid/Commissie*, r.o. 68 en 69); en HJEU 19 november 2014, T-40/12 en T-183/12 (*European Dynamics/Europol*, r.o. 122). Vgl. HJEU 18 september 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*, r.o. 70). Het Hof expliciteert niet welke uitlegnorm hij hanteert; wel wordt aangegeven dat conform de kaders uit *Finn Frogne* wordt geoordeeld, zie r.o. 58 en 59. Zie ook Plas 2020.

30 HJEU 12 maart 2015, C-538/13 (*eVigilo*, r.o. 56 en 57). Vgl. HJEU 16 oktober 2018, T-10/17 (*Proof IT*, r.o. 49 en 50); HJEU 4 oktober 2018, T-914/16 (*Proof IT*, r.o. 97 - 99); HJEU 19 november 2014, T-40/12 en T-183/12 (*European Dynamics/Europol*, r.o. 122); HJEU 9 november 2011, T-170/10 en T-340/10 (*CTG Luxembourg PSF*, r.o. 34); HJEU 9 juni 2011, C-401/99 P (*European Dynamics/ECB*, r.o. 24).

31 HJEU 12 december 2012, T-457/07 (*European Dynamics/EFSA*, r.o. 117, 118, en 188) en HJEU 19 november 2014, T-40/12 en T-183/12 (*European Dynamics/Europol*, r.o. 120 en 121). Vgl. HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1194 (*Boxmeer*, r.o. 3.3).

32 Conclusie A-G Sanchez-Bordona 21 januari 2016, C-27/15 (*Pizzo*, alinea 65) en HJEU 2 juni 2016, C-27/15 (*Pizzo*, r.o. 46). Vgl. HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 68 en 69); HJEU 10 november 2016, C-140/16 (*Edra*, r.o. 25 - 35); HJEU 10 november 2016, C-162/16 (*Spinosa*, r.o. 22 - 32); HJEU 13 juli 2017, C-35/17 (*Saferoad*, r.o. 22) en HJEU 2 mei 2019, C-309/18 (*Lavorgna*, r.o. 20).

33 HJEU 7 oktober 2015, T-299/11 (*European Dynamics/OHMI*, r.o. 45 en 46). Vgl. HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 71).

34 HJEG 9 september 2009, T-437/05 (*Brinks*, r.o. 198). Vgl. de slotzin van r.o. 146.

- het evenredigheidsbeginsel;³⁵
- het doelmatigheidsbeginsel;³⁶
- het partijdebat in rechte.³⁷

Uit deze niet-limitatieve opsomming blijkt dat het rekening moeten houden met alle relevante factoren niet verengd kan worden tot alle relevante *taalkundige* factoren. Dit indachtig, is het zaak na te gaan hoe deze maatmannorm zich verhoudt tot de uitlegmaatstaven die in de Nederlandse rechtspraktijk ten aanzien van overeenkomsten worden gehanteerd.

5.3 HET NATIONALE KADER: DE UITLEG VAN EEN AANBESTEDE OVEREENKOMST

Aangezien de beginselen voortvloeien uit de vrijverkeersbepalingen uit (thans) het VWEU, die rechtstreekse werking genieten en voorrang hebben op het nationale recht,³⁸ ligt het in de rede om Europees aanbestede overeenkomsten uit te leggen conform een daarmee consistente uitlegmaatstaf. De vraag is dan hoe die maatmannorm zich verhoudt tot de in de Nederlandse praktijk gehanteerde uitlegmaatstaven,³⁹ oftewel waar de uitleg conform een maatmannorm zich situeert op de glijdende schaal met aan de ene kant de haviltexmaatstaf en aan de andere kant de cao-norm.⁴⁰

Om die vraag te beantwoorden, worden eerst de in de Nederlandse praktijk gangbare uitlegmaatstaven geschetst (§ 5.3.1). Daarna wordt een overzicht gegeven van de nationale aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie (§ 5.3.2). Vervolgens wordt toegelicht waarom de geobjectieerde haviltexmaatstaf de voorkeur lijkt te genieten (§ 5.3.3), ook bij een aanbestedingsprocedure met onderhandelingen (§ 5.3.4). In § 5.3.5 wordt aandacht gevraagd voor de toepassing van de *contra proferentem*-regel. Tot besluit wordt in § 5.3.6 de vraag verkend of een aanbestedende dienst de vrijheid toekomt een eigen interpretatiemaatstaf te kiezen.

35 HJEU 9 april 2019, T-182/15 (*Sopra Steria/Europese Parlement*, r.o. 103 - 105); HJEU 10 oktober 2017, T-281/16 (*Solelec c.s./Europese Parlement*, r.o. 83); en HJEU 26 september 2014, T-222/13 (*B&S Europe/Europese Commissie*, r.o. 85). Vgl. HJEU 30 januari 2020, C-395/18 (*Tim Spa*, r.o. 45).

36 HJEU 10 december 2009, T-195/08 (*Antwerpse Bouwwerken*, r.o. 65).

37 Zie bijv. HJEU 11 november 2016, T-281/16 R (*Solelec c.s./Europese Parlement*, r.o. 106 - 110) en HJEU 27 april 2016, T-556/11 (*European Dynamics/EUIPO*, r.o. 92, 102, 126, 132, 199, en 205).

38 Zie o.a. HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 66 - 71).

39 Dit is dus een andere vraag dan besproken door Wissink 2014, p. 139 - 142. Hij concludeert dat richtlijnconforme interpretatie van een overeenkomst enkel kan meebrengen dat onderzocht wordt of de overeenkomst richtlijnconform kan worden uitgelegd, indachtig de toepasselijke interpretatieregels.

40 Zie uitbreider Tjittes 2018, hoofdstuk V; Schelhaas & Valk 2016; Asser/Sieburgh 6-III 2018/354 e.v..

5.3.1 Van haviltex tot cao-norm: een schets

In de praktijk wordt uitgegaan van een glijdende schaal met aan de ene kant de haviltexmaatstaf, aan de andere kant de cao-norm, en daar tussenin de geobjectieeerde haviltexmaatstaf.⁴¹ Kenmerkend aan de haviltexmaatstaf is de subjectief-objectieve zoektocht naar de partijbedoeling, waarbij de taalkundige betekenis van bewoordingen - hoewel vaak van groot belang - niet zonder meer doorslaggevend zijn.⁴² Naarmate de overeenkomst naar haar aard meer bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, groeit het belang van een uitleg conform objectieve maatstaven, ook omdat die derden vaak op een informatieachterstand staan ten opzichte van de contractpartijen.

De geobjectieeerde haviltexmaatstaf kan dan meerwaarde bieden, omdat de nadruk wordt gelegd op wat objectief kenbaar is, terwijl ook subjectieve elementen een rol kunnen spelen.⁴³ Zodoende kunnen zaken als kennis, ervaring en deskundigheid van de derde een rol spelen.⁴⁴ Die maatstaf is toegepast in de context van veilingvoorwaarden⁴⁵, kettingbedingen⁴⁶ en cessieverboden.⁴⁷ In andere gevallen is de cao-norm meer op zijn plaats. Dan bestaat in beginsel geen ruimte voor het laten meewegen van subjectieve elementen.⁴⁸ Toepassing van de cao-norm is geëigend wanneer de overeenkomst of andere regeling *“naar haar aard bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van die overeenkomst of regeling, terwijl de onderliggende partijbedoeling voor die derden niet kenbaar is”*.⁴⁹

Het verschil is dus hoofdzakelijk gelegen in de mate waarin subjectieve elementen een rol mogen spelen. Valk vat dit onderscheid treffend samen: *“Wat bij de Haviltex-norm een kwestie is van meer of minder, is bij de CAO-norm een kwestie van wel of niet.”*⁵⁰ Tegelijkertijd vervagen de grenzen tussen die maatstaven. Zo

41 In HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Eiser/Amsterdam*, r.o. 3.2.1 - 3.2.4) werd aangenomen dat voor de kwalificatie van de overeenkomst - in dat geval een arbeidsovereenkomst - de partijbedoelingen niet relevant zijn.

42 Schelhaas 2017, p. 31 en 32. Vgl. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2821 (*Flexabram/Iprem*, r.o. 4.1.1).

43 Valk 2016, p. 37 - 39.

44 HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4410 (*NBA/Meerhuijsen*, r.o. 3.5.1).

45 Idem, r.o. 3.5.1.

46 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148 (*Bungalowpark De Horn*, r.o. 3.4.3).

47 HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 (*Coface/Intergamma*, r.o. 3.4.1 en 3.4.2).

48 Zie ook HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 (*DSM/Fox*, r.o. 4.3 en 4.5). Valk 2016, p. 37 wijst er op dat wanneer dit ‘in beginsel’ gebruikt zou worden om bijzondere kennis *“bij uitzondering toch niet buiten beschouwing te laten, dan spoedig verloren [gaat] waar het bij de CAO-norm om te doen is: een uniforme uitleg van de CAO.”*

49 HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 (*DSM/Fox*, r.o. 4.3).

50 Valk 2016, p. 37.

wijst Tjittes erop dat de scherpe randjes tussen de cao-norm en de geobjectieerde haviltexmaatstaf intussen zijn afgesloten, en dat die twee in de toepassing niet langer verschillen.⁵¹ Ten aanzien van de haviltexmaatstaf is het vaste jurisprudentie dat een taalkundige uitleg voorshands de overhand kan hebben.⁵² Voor dit voorlopig oordeel is niet vereist dat partijen over de bepaling hebben onderhandeld of zijn bijgestaan door (juridisch) deskundigen. De overeenkomst hoeft ook niet tussen professionele partijen te zijn gesloten, terwijl aan de aard, omvang, en gedetailleerdheid van de overeenkomst geen doorslaggevende betekenis hoeft toe te komen.⁵³

Deze fluiditeit maakt dat de uitkomst van de uitlegvraag niet *hoeft* af te hangen van de (keuze voor een bepaalde) uitlegmaatstaf.⁵⁴ Voor aanbestede overeenkomsten is het in zoverre vanuit Unierechtelijk perspectief ook niet van doorslaggevend belang welke uitlegmaatstaf wordt gehanteerd: het gaat erom dat recht wordt gedaan aan de verplichtingen die uit het Europese aanbestedingsrecht voortvloeien. Toch *kan* de keuze voor de haviltexmaatstaf op gespannen voet staan met de eisen uit het Europese aanbestedingsrecht.

5.3.2 De Nederlandse aanbestedingsrechtelijke praktijk

Ten aanzien van uitlegdiscussies tijdens een aanbestedingsprocedure wordt veelal expliciet de cao-norm als relevante maatstaf aangemerkt.⁵⁵ Die keuze is niet voorbehouden aan stukken die in het kader van Europese aanbestedingen worden verstrekt, maar wordt ook als normatief aanvaard in uitspraken over meervoudig onderhandse aanbestedingen.⁵⁶ Het vooropstellen van het belang van de bewoordingen heeft ook tot rechtspraak geleid waarin wordt benadrukt dat de bedoelingen

51 Tjittes 2018, p. 271.

52 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundiform/Mexx*, r.o. 3.4.4).

53 HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940 (*Valerbosch*, r.o. 3.2.3).

54 Vgl. Hof Den Bosch 7 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1275 (r.o. 3.4.1).

55 Hof Den Haag 16 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2429 (r.o. 8); Hof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2695 (r.o. 3.2); Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2612 (r.o. 5.2); Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273 (r.o. 7.3); Hof Den Bosch 1 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:939 (r.o. 4.6.3); Hof Den Bosch 3 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5889 (r.o. 7.14); Hof Leeuwarden 20 november 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3635 (r.o. 6); Hof Amsterdam 1 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:4044 (r.o. 3.4.1); Hof Leeuwarden 12 mei 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI5096 (r.o. 28).

56 Rb. Den Haag 18 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6413 (r.o. 5.3); Rb. Gelderland 14 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5007 (r.o. 4.5); Rb. Noord-Nederland 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4061 (r.o. 6.8); Rb. Den Haag 18 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3794 (r.o. 3.2); Rb. Noord-Nederland 29 mei 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA1485 (r.o. 4.4); Rb. Zwolle-Lelystad 12 november 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BY3162 (r.o. 4.2.2). Vgl. Rb. Rotterdam 15 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7379 (r.o. 3.7).

van de aanbestedende dienst niet van belang zijn, tenzij die bedoelingen expliciet tot uitdrukking zijn gebracht.⁵⁷

In het verlengde hiervan ligt dat rechters in toenemende mate aanvaarden dat bij de uitleg van een aanbestede overeenkomst de cao-norm als uitgangspunt geldt.⁵⁸ Zo is ten aanzien van een garantieregeling geoordeeld dat aan de wijze van uitvoering door partijen geen betekenis toekomt, omdat daarmee tijdens de aanbestedingsprocedure geen rekening kon worden gehouden, hetgeen tot een beoordeling *ex tunc* noopt.⁵⁹ Ter rechtvaardiging wordt soms ook overwogen dat het “*in beginsel de uitleg van een eenzijdige rechtshandeling betreft waaromtrent tussen con- tracterende partijen niet wordt onderhandeld.*”⁶⁰ Ook wordt de geobjectiveerde

57 Zie onder meer conclusie A-G Drijber 20 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1363 (*Nijmegen/Evergreen*, alinea’s 4.24 - 4.26); CBB 21 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:348 (r.o. 5.5); Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:130 (r.o. 4.9); Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6838 (r.o. 4.11); Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9806 (r.o. 3.6). Vgl. de insteek van Rb. Den Haag 10 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2174 (r.o. 4.8, 4.24 en 4.40); Rb. Den Haag 18 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6413 (r.o. 5.3); Rb. Amsterdam 22 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:995 (r.o. 4.3); Rb. Rotterdam 30 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7827 (r.o. 4.18); Rb. Midden-Nederland 8 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3800 (r.o. 4.24); Rb. Gelderland 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676 (r.o. 4.5); Rb. Den Haag 18 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3794 (r.o. 3.2); Rb. Noord-Nederland 29 mei 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA1485 (r.o. 4.4).

58 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7154 (r.o. 5.6 en 5.7); Hof Amsterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2157 (r.o. 3.5); Hof Den Haag 17 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5247 (r.o. 4.2 - 4.6); Hof Arnhem 15 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM8441 (r.o. 8). Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917 (r.o. 5.3); Hof Den Bosch 17 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3434 (r.o. 3.8.4 en 3.8.5); Rb. Gelderland 16 juni 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4819 (r.o. 4.14); Rb. Gelderland 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5918 (r.o. 4.3); Rb. Den Haag 30 mei 2018 ECLI:NL:RBDHA:2018:6510 (r.o. 4.2 en 4.3); Rb. Rotterdam 13 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2961 (r.o. 4.14); Rb. Rotterdam 23 februari 2017 ECLI:NL:RBROT:2017:10878 (r.o. 4.3); en Rb. Rotterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:833 (r.o. 4.6).

59 Rb. Overijssel 19 januari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:209 (r.o. 4.5).

60 Hof Den Bosch 17 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3434 (r.o. 3.8.4 en 3.8.5). Vgl. Rb. Noord-Nederland 27 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3580 (r.o. 4.2) en Rb. Arnhem 21 juli 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN3487 (r.o. 4.7). Vgl. Rb. Noord-Nederland 7 augustus 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:5502 (r.o. 4.6).

haviltexmaatstaf als maatgevend aangemerkt.⁶¹ Verder is overwogen dat de aanbestedingsstukken conform de cao-norm moeten worden uitgelegd, terwijl voor nadere afspraken de haviltexmaatstaf maatgevend is.⁶²

Ook zonder expliciete vermelding van de cao-norm of de geobjectiveerde haviltexmaatstaf, wordt de noodzaak tot een objectieve uitleg die recht doet aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen benadrukt.⁶³ Treffend is deze overweging van het Hof Den Haag: *“Dientengevolge moet het onderhavige bestek objectief worden uitgelegd en kunnen en mogen daarvan afwijkende intenties tussen de aanbestedder en de opdrachtnemer, zo deze al zouden bestaan, bij de uitleg van de overeenkomst, voor zover deze op het bestek is gebaseerd, geen rol spelen. Daarmee zou immers de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, anders kunnen worden behandeld dan de andere inschrijvers.”*⁶⁴

Uit dit alles valt in ieder geval af te leiden dat het besef groeit dat de totstandkoming van aanbestede overeenkomsten gevolgen heeft voor de te hanteren uitlegmaatstaf. Dit laat onverlet dat het onderkennen van de juiste maatstaf niet per definitie hoeft te leiden tot het correct toepassen daarvan. Die al dan niet correcte

61 Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:225 (r.o. 3.6); Hof Amsterdam 19 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ6956 (r.o. 3.2); Rb. Arnhem 21 juli 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN3487 (r.o. 4.7); RvA 17 oktober 2014, nr. 71.936 (alineä 21); RvA 19 mei 2016, nr. 35.550 (alineä 11). Vgl. RvA 31 augustus 2016, nr. 72.030 (alineä 30) en Rb. Rotterdam 2 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8957 (met name r.o. 4.7.2 en 4.11).

62 Rb. Gelderland 19 mei 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3410 (zie met name r.o. 4.8, 4.28, en 4.35).

63 Rb. Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10292 (r.o. 4.3 en 4.36); Rb. Gelderland 23 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1468 (r.o. 5.2 en 5.3); Rb. Limburg 23 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1533 (r.o. 4.1 - 4.5); Rb. Den Haag 10 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2174 (r.o. 4.8); Rb. Den Haag 13 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:1239 (r.o. 4.18 en 4.56); Rb. Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6510; RvA 27 september 2018, nr. 72.111 (alineä's 20 en 21). Vgl. Hof Den Bosch 6 april 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1059 (r.o. 3.6.1 - 3.6.3) en Hof Den Bosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1609 (r.o. 6.4.2 en 6.4.11). Vgl. verder Rb. Rotterdam 2 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8957 (r.o. 4.8 - 4.12) en Rb. Midden-Nederland 18 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2303 (r.o. 4.5).

64 Hof Den Haag 31 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:83 (r.o. 7).

toepassing doet hier echter niet ter zake. Waar het om gaat, is de principiële onderkenning van de positie van aanbestede overeenkomsten.⁶⁵

Toch is zeker geen sprake van een algemeen aanvaarde praktijk, ook niet in jurisprudentie waarin duidelijk is dat een aanbestede overeenkomst dient te worden uitgelegd.⁶⁶ Een duidelijke exponent daarvan is te vinden in een vonnis inzake een aanbestede WMO-overeenkomst, waarin de voorzieningenrechter overweegt: *“Dat de overeenkomst tot stand is gekomen via een aanbestedingsprocedure betekent niet dat die bepalingen en beginselen ook nog doorwerken in de contractfase [...] Voor de contractfase gelden andere waarborgen, zoals de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 en 6:248 BW).”*⁶⁷

Oftewel: naast jurisprudentie waarin de afwijkende positie van aanbestede overeenkomsten niet wordt onderkend, wordt die positie ook nog expliciet ontkend. De vraag blijft dus actueel: welke uitlegmaatstaf is bij aanbestede overeenkomsten het meest op zijn plaats?

5.3.3 Voorkeur voor toepassing van de geobjectiverde haviltexmaatstaf

In de inleiding kwam het voorbeeld van A ter sprake. Hij meent dat prestatie X een wezenlijke wijziging inhoudt. Contractpartijen kunnen de rangen sluiten en stellen dat prestatie X tot het voorwerp van de aanbestede overeenkomst behoorde. Uitgaande van de haviltexmaatstaf kan dan geoordeeld worden dat een wijziging niet aan de orde is vanwege deze (kennelijke) gemeenschappelijke partijbedoeling. De kans op dit oordeel neemt zelfs toe naarmate tijdens de aanbestedingsprocedure over X geen vragen zijn gesteld en in zoverre geen uitsluitsel over de status van X kan worden gegeven. Dit terwijl het verweer in werkelijkheid mogelijk niet meer

65 Vlak voor voltooiing van deze dissertatie publiceerde Jansen een bijdrage over de betekenis van het aanbestedingsrecht voor de uitleg van overeenkomsten, zie Jansen 2022. Hij neemt een tendens waar dat rechters in toenemende mate relevantie toekennen aan de aanbestedingsrechtelijke voorgeschiedenis van de aanbestede overeenkomst. Hij plaatst opnieuw - terecht - zijn vraagtekens bij de keuze van de meeste rechters om voor de CAO-maatstaf te kiezen. Wel nuanceert hij het belang van die vraagtekens met de opmerking dat de keuze voor geobjectiverde haviltexmaatstaf of CAO-norm eigenlijk niet lijkt uit te maken.

66 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7935 (r.o. 3.1 en 4.2) en Rb. Den Haag 27 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11756. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6973 (r.o. 3.3 en 5.5) en Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8022 (r.o. 3.1 - 3.5 en 5.4). Ook in Rb. Noord-Nederland 27 oktober 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4678 (r.o. 6.8) wordt naar de haviltexmaatstaf verwezen. In Hof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:2450 (r.o. 4.7) werd ter zake de voorgenomen onderhandse gunning de haviltexmaatstaf als maatgevend geacht in het licht van de vraagbehoefte van de aanbestedende dienst.

67 Rb. Oost-Brabant 3 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2237 (r.o. 4.6).

is geweest dan een gelegenheidsargument. Overigens verandert de situatie niet zonder meer als contractpartijen daadwerkelijk van die uitleg uitgingen. Het is namelijk niet ondenkbaar dat een derde zich alsnog benadeeld acht en dat een uitleg conform een maatmannorm tot een ander resultaat leidt dan waar contractpartijen van uitgingen.

Het primaat van de subjectief-objectieve partijbedoeling kan dus wringen met de verplichting tot een uitleg conform de maatmannorm. Omdat een aanbestede overeenkomst niet los kan worden gezien van de wijze van totstandkoming lijkt het daarom gerechtvaardigd uit te gaan van een uitleg naar meer objectieve maatstaven. Er is immers doorgaans geen sprake van één-op-één onderhandelingen die leiden tot een overeenkomst. Instemmend lees ik dan ook A-G Keus, die meermaals heeft geconcludeerd dat zowel aanbestedingsstukken als de aanbestede overeenkomst dienen te worden uitgelegd naar objectieve maatstaven.⁶⁸ Ten aanzien van de uitleg van een aanbestede overeenkomst concludeert hij dat deze in lijn dient te zijn met de aanbestedingsstukken zoals behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende (potentiële) inschrijvers die hadden moeten begrijpen. Het effect van een uitleg waarop zij niet bedacht hadden hoeven zijn, is vanuit hun perspectief niet wezenlijk anders dan wanneer de opdracht na gunning zou worden gewijzigd.⁶⁹

Objectieve maatstaven dienen dus het primaat te hebben, zodat in essentie gekozen kan worden tussen de geobjectiveerde haviltexmaatstaf of de cao-norm. Zoals hiervoor bleek, bestaat op grond van de jurisprudentie van het HJEU enige ruimte om subjectievere elementen mee te wegen. Dit pleit voor het toepassen van de geobjectiveerde haviltexmaatstaf. Die ruimte bestaat in beginsel namelijk niet bij toepassing van de cao-norm. Jansen heeft er zodoende terecht voor gepleit om onder de vlag van de haviltexmaatstaf te kiezen voor die vorm van objectieve uitleg waarbij het aankomt op de vraag hoe een redelijk persoon van dezelfde hoedanigheid als de contractpartijen, die in dezelfde omstandigheden zou hebben verkeerd als die partijen, het beding zou hebben moeten begrijpen.⁷⁰

Stel nu dat contractpartijen van een bepaalde betekenis uitgingen, maar die betekenis het onderspit delft ten faveure van een betekenis verdedigd door de derde. Als partijen al tot uitvoering zijn overgegaan conform de door hen voorgestane

68 Conclusie A-G Keus 19 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467 (*JBM/UVA*, alinea's 2.25, 2.5. - 2.12); conclusie A-G Keus 24 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:31 (*Ricoh/Xerox*, alinea's 3.25 e.v.); conclusie A-G Keus 22 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA1828 (*Staat/KWS*, alinea's 3.7.1 en 3.7.3). Vgl. in het kader van een private aanbesteding conclusie A-G Keus 13 mei 2016, ECLI:NL:PHR:2016:368 (*CCC/KLM*, alinea's 2.22 - 2.24).

69 Conclusie A-G Keus 19 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467 (*JBM/UVA*, alinea 2.12).

70 Jansen 2011 § 3.4 en 3.5. Idem: Jansen & Prent 2016. Tjittes 2018, p. 280 beperkt zich tot het signaleren van deze keuze.

betekenis, kan betoogd worden dat het aanbestedingsrechtelijke effect hiervan is dat de overeenkomst is gewijzigd. De overeenkomst is immers (deels) anders uitgevoerd dan verwacht mocht worden. Echter, in de relatie tussen contractpartijen ligt het niet zonder meer voor de hand die wijziging ook aan te nemen. Tussen hen bestond immers wilsovereenstemming. De nog openstaande vraag is dan hoe hiermee om te gaan.

Gelet op de vele mogelijke casusposities, lijkt een antwoord in de vorm van een algemene regel niet mogelijk. In ieder geval lijkt het niet aannemelijk dat de wilsovereenstemming tussen contractpartijen verandert louter vanwege de conclusie dat van een andere uitleg dient te worden uitgegaan. Eén van de aandachtspunten lijkt dan dat de aanbestedende dienst nagaat of het nodig en mogelijk is een beroep op een wijzigingsmogelijkheid uit hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet te doen om de aanvankelijk gekozen route (alsnog) te rechtvaardigen. Indien aanbestedingsrechtelijk tot het bestaan van een wijziging dient te worden geconcludeerd, kan een ander aandachtspunt gevormd worden door de vraag of en in hoeverre de opdracht-nemer een (financiële) aanspraak heeft. Contractueel kan hij immers nog steeds tot dezelfde prestatie gehouden zijn. Complexe analyses zijn aldus niet uitgesloten.

Dat de keuze voor de geobjectiveerde haviltexmaatstaf tot hoofdbrekens kan leiden, is echter geen steekhoudende reden om van die keuze als zodanig af te zien. De verplichting tot uitleg conform een maatmannorm kan immers tot zijn Unierechtelijke origine herleid worden. Verder leidt de toepassing van de ‘gewone’ haviltexmaatstaf evenzeer regelmatig tot discussies, getuige de vele jurisprudentie over de uitleg van overeenkomsten. De praktijk zal hierin dus nog zijn weg moeten vinden.

De Unierechtelijke origine van de maatmannorm maakt het verder de moeite waard de aandacht te vestigen op de positie van de uitlegeregels die in internationaal (academisch) verband zijn opgesteld. Zowel de PECL⁷¹ en de Unidroit Principles⁷² als het Weens Koopverdrag⁷³ stellen het zoeken van de gemeenschappelijke partijbedoeling voorop, ook als die bedoeling afwijkt van de woordelijke betekenis van een bepaling.⁷⁴ Pas als die bedoeling niet gevonden kan worden, is uitleg conform een maatmannorm (hoe zou een redelijk handelende persoon in vergelijkbare omstandigheden het beding uitleggen) op zijn plaats. Diezelfde

71 Art. 5:101 leden 1 en 3 Principles of European Contract Law.

72 Art. 4.1 Unidroit Principles of international commercial contract.

73 Art. 8 Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken.

74 Ik ga eraan voorbij dat deze documenten niet zijn opgesteld met het oog op contracten tussen een overheidsinstantie en een ondernemer.

rangorde is overigens in de Franse praktijk gebruikelijk.⁷⁵ Daarmee vertonen die regels een belangrijke overeenkomst met de haviltexmaatstaf die, zoals we zagen, op gespannen voet kan staan met de vereisten die voortvloeien uit het Europese aanbestedingsrecht.

Dit ligt anders onder de DCFR. Hoewel daarin de gemeenschappelijke partijbedoeling tot uitgangspunt wordt genomen,⁷⁶ lijdt dit uitzondering onder meer vanwege de derdenbescherming die volgt uit art. 8:101(3)(b): “*The contract is, however, to be interpreted according to the meaning which a reasonable person would give to it: [...] if the question arises with a person, not being a party to the contract or a person who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the contract’s apparent meaning*”. Deze uitzondering is niet afhankelijk van het niet kunnen vinden van een gemeenschappelijke partijbedoeling. Ook wordt het subjectieve begrip geobjectiveerd door het vereiste dat de derde “*reasonably and in good faith*” op een “*apparent meaning*” heeft vertrouwd.⁷⁷

Gelet op de grensoverschrijdende kenmerken die Europees aanbestede overeenkomsten kenmerken, valt niet uit te sluiten dat partijen direct of indirect aansluiting zoeken bij één of meerdere van deze documenten. Dit schept immers duidelijkheid over de wederzijdse rechten en verplichtingen, met name voor de situatie dat tussen partijen uit verschillende rechtsstelsels wordt gecontracteerd. Dan is ook van belang oog te blijven houden voor de verplichting tot uitleg conform een maatmannorm. De uitlegmaatstaf uit de DCFR lijkt dan het meest geschikt.

Het voorgaande laat onverlet of wel van ‘de’ aanbestede overeenkomst kan worden gesproken. Er bestaat namelijk een grote verscheidenheid aan aanbestede overeenkomsten, zowel inhoudelijk als met betrekking tot de rol van partijen. De aandacht gaat hier uit naar dat laatste aspect, en wel specifiek naar de situatie dat over de overeenkomst wordt onderhandeld.

75 Zie art. 1188 Code Civil. Hoewel aanbestede overeenkomsten onderworpen zijn aan het bestuursrechtelijk regime, laat dit onverlet dat getracht wordt de gemeenschappelijke bedoeling te achterhalen. Zie bijv. Conseil d’Etat 29 april 1983, nr. 19798; Conseil d’Etat 16 november 1983, nr. 22284; Cour Administrative d’Appel de Nancy 13 maart 2008, nr. 06NC01195; Conseil d’Etat 3 december 2010, nr. 338272; Conseil d’Etat 16 mei 2012, nr. 345137; Cour Administrative d’Appel de Paris 18 december 2012, nr. 10PA05735; Conseil d’Etat 29 juni 2018, nr. 402251 (considérant 7). Vgl. Guide de l’achat public 2019, p. 12. In Conseil d’Etat 8 november 2017, nr. 396589 (considérant 3 en 5) werd geoordeeld dat een vordering inzake de interpretatie van een beding pas ontvankelijk is als redelijkerwijs kan worden aangenomen dat dit beding onduidelijk of ambigu is.

76 Art. 8:101 lid 1 Draft Common Frame of Reference.

77 Art. 8:102 lid 2 DCFR.

5.3.4 Geobjectiveerde haviltexmaatstaf en onderhandelingen

De keuze voor een geobjectiveerde uitlegmaatstaf wordt wel gebaseerd op de overweging dat het bij een aanbestede overeenkomst in beginsel de uitleg van een eenzijdige rechtshandeling betreft waarover niet is onderhandeld (vgl. § 5.3.2). Echter, in de praktijk verschilt de rolverdeling van partijen nogal. Zo verschijnen uitgedetailleerde bestekken op de markt, waarbij inschrijvers in wezen alleen een prijs hoeven op te geven. Ook worden opdrachten gepubliceerd die functioneel zijn gespecificeerd met meer eigen invulling van de inschrijvers. Voor complexere opdrachten vraagt een aanbestedende dienst nogal eens ‘slechts’ een oplossing of oplossingsrichting uit, zodat het precieze voorwerp van de wederzijdse rechten en verplichtingen pas relatief laatstijdig duidelijk wordt, soms zelfs pas tijdens de uitvoering.⁷⁸

Dit laatste kan aan de hand van een voorbeeld worden geïllustreerd. Een aanbestedende dienst wenst een oeververbinding ten behoeve van gemotoriseerd wegverkeer, maar heeft geen voorkeur voor het type verbinding. Hij kondigt een procedure voor een concurrentiegericht dialogoog aan en omschrijft in de aanbestedingsstukken zijn behoeften, eisen en gunningscriteria,⁷⁹ selecteert drie gegadigden en gaat met hen in dialoog. De dialogen zijn bedoeld om één of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde ondernemers zullen worden uitgenodigd om in te schrijven.⁸⁰

Tijdens de dialoogrondes presenteren de geselecteerde gegadigden hun oplossingen: de eerste gaat uit van een brug, de tweede van een tunnel, en de derde van een veerdienst. Het laat zich raden dat de inhoud van de dialogen, en de inhoud van de overeenkomst, significant anders zullen zijn naargelang de aangeboden oplossing.⁸¹ De bouw van een tunnel is iets anders dan die van een brug, terwijl de exploitatie van een veerdienst waarschijnlijk de vorm van een concessie zal krijgen. Elk van deze oplossingen heeft zijn eigen aandachtspunten, zoals op het punt van bodemopbouw, vergunningen, financiële afspraken, risicoallocatie, inzet van materieel en eventueel meerjarig onderhoud. Los daarvan zijn de deelnemers aan de dialogen nogal eens niet op de hoogte van elkaars oplossingen, omdat de aanbestedende dienst ingevolge art. 2.110 lid 5 Aanbestedingswet gehouden is “[...] *de voorgestelde oplossingen of andere door een deelnemer aan de dialoog verstrekte vertrouwelijke inlichtingen niet aan de andere deelnemers mee* [te de-

78 Vgl. art. 2.126d Aanbestedingswet inzake het innovatiepartnerschap.

79 Vgl. art. 2.110 leden 2 en 3 Aanbestedingswet.

80 Art. 1.1 Aanbestedingswet, definitie ‘procedure van de concurrentiegericht dialogoog’. Zie ook art. 2.29 aanhef en onder f, art. 2.110 lid 4 en art. 2.111 leden 4 en 5 Aanbestedingswet.

81 Die onderhandelingen kunnen ingevolge art. 2.110 lid 5 Aanbestedingswet over alle aspecten van de opdracht gaan.

len] zonder de instemming van de desbetreffende deelnemer met de bekendmaking van de desbetreffende specifieke inlichtingen.”

De ratio van een uitleg volgens een maatmannorm is recht te doen aan de eisen van gelijke behandeling en transparantie. Die eisen hebben in het geschetste voorbeeld echter een andere invulling, omdat de rol en gerechtvaardigde verwachtingen van deelnemers van een andere orde zijn dan bij een uitgewerkt bestek. Hierom pleit Habraken - in de context van DBFM(O)-overeenkomsten - voor een glijdende schaal. Aan de hand van de mate waarin een bepaling onderwerp is geweest van precontractueel debat, wordt dan bepaald in hoeverre een meer subjectieve of objectieve uitleg wordt toegepast. Daarom zou ook niet zonder meer plaats zijn voor toepassing van de cao-norm of een andere taalkundige uitleg.⁸²

Hoewel zijn redenering op onderdelen wat ongenueanceerd voorkomt,⁸³ werpt Habraken een terechte vraag op. Om die vraag in eigen woorden te herformuleren: hoe verhouden de aanbestedingsrechtelijke beginselen zich tot de uitleg van een aanbestede overeenkomst als de rol en verplichtingen van de aanbestedende dienst van een andere orde zijn dan bij een uitgedetailleerde opdracht? Het hoeft niet te verbazen dat een objectieve uitleg op zijn plaats lijkt waar het gaat om de uitleg van de door de aanbestedende dienst opgestelde stukken. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het voorbeeld van de oeververbinding. Stel dat een vierde deelnemer een rondweg rondom het waterlichaam aanbiedt en de opdracht gegund krijgt. Mochten inschrijvers begrijpen dat onder ‘verbinding’ ook deze omleiding viel?

Tegelijkertijd valt op de redenering van Habraken wel wat af te dingen, met name wat betreft zijn voorstel om per bepaling een maatstaf te kiezen. Het risico op aanvullende discussies neemt dan namelijk toe, omdat de belangen van partijen gediend kunnen zijn met de keuze voor de ene of de andere maatstaf. Die handelswijze lijkt ook niet nodig. De geobjectiveerde haviltexmaatstaf biedt al ruimte voor maatwerk.⁸⁴ Dit wordt niet anders door het gegeven dat de bepaling is uitonderhandeld en niet (met zoveel woorden) in de aanbestedingsstukken heeft gestaan. Ook dan is de aanbestedende dienst gehouden naleving van de beginselen te waarborgen. Dan kan worden nagegaan hoe met de bepaling tijdens de dialoogrondes is omgesprongen, zoals kenbaar uit de verslaglegging.⁸⁵ Zo nodig kan die verslaglegging in rechte zelfs vertrouwelijk worden geproduceerd.⁸⁶

82 Habraken 2016, p. 123. Chen 2016 lijkt eenzelfde glijdende schaal voor te staan.

83 Zo lijkt hij de cao-norm te vereenzelvigen met een taalkundige uitleg, terwijl bij toepassing van de cao-norm ook de objectieve context een rol kan spelen, vgl. Valk 2016, p. 34. Ook maakt hij geen melding van de geobjectiveerde haviltexmaatstaf.

84 Vgl. hof Arnhem-Leeuwarden 21 maart 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2365 (r.o. 3.21 en 3.22).

85 Vgl. de documentatie- en archiveringsverplichting uit art. 2.56 Aanbestedingswet.

86 Zie art. 22, 22a lid 3 en 162 Rv.

Met de keuze voor de geobjectiveerde haviltexmaatstaf wordt geen pasklaar antwoord gegeven voor iedere situatie. Maar dat lijkt bij de keuze voor een uitlegmaatstaf hoe dan ook niet realistisch. Die keuze bepaalt het kader waarbinnen een oplossing kan worden gezocht; het is niet de oplossing zelf.

5.3.5 De *contra proferentem*-regel als mogelijk gezichtspunt

De inhoud van de aanbestedingsstukken dient duidelijk, precies en ondubbelzinnig te zijn. Niet alle bedingen zijn echter op die wijze geformuleerd. Het komt nogal eens voor dat de formulering slordig, vaag, dubbelzinnig en/of tegenstrijdig is. Die werkelijkheid geeft aanleiding stil te staan bij de vraag of dan de *contra proferentem*-regel kan worden toegepast. Deze regel houdt in dat een onduidelijk eenzijdig opgesteld beding in het voordeel van de contractuele wederpartij wordt uitgelegd.

Die regel is van bijzondere betekenis bij de uitleg van overeenkomsten gesloten met consumenten.⁸⁷ Nu zijn consumenten zelden partij bij een aanbestede overeenkomst, maar dat sluit de weg naar de toepassing van die regel niet categorisch af. Ook in het kader van een overeenkomst gesloten tussen professionele partijen kan de *contra proferentem*-regel namelijk een gezichtspunt zijn dat de rechter bij de uitleg betreft.⁸⁸ Die uitleg kan zelfs onderdeel vormen van de overeenkomst, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de UAV 2012⁸⁹ en de Model Basisovereenkomst bij de UAV-GC 2005⁹⁰. Indien van toepassing verklaard, dienen deze documenten in uitgangspunt integraal te worden toegepast, en dient een afwijking deugdelijk te worden gemotiveerd.⁹¹

Het hoeft dan ook niet te verbazen dat in de civiele en arbitrale praktijk voorbeelden te vinden zijn van toepassing van de *contra proferentem*-regel bij de uitleg van aanbestede overeenkomsten.⁹² Dit lijkt ook terecht gelet op de verplichtingen van de aanbestedende dienst. Hij blijft verantwoordelijk voor de informatie die hij communiceert en de wijze waarop hij dat doet. Toch kan de mogelijke toepassing van de *contra proferentem*-regel niet geheel op instemming rekenen. Met name

87 Art. 6:238 lid 2 BW, dat ingevolge art. 6:246 BW van dwingend recht is. Vgl. art. L 211-1 van de Franse Code de la consommation.

88 Conclusie A-G Langemeijer 1 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1330 (*Top Mehrwert/Getronics*, alinea 2.21 en voetnoot 20). Vgl. Tjittes 2018, p. 323.

89 Zie het slot van § 2 lid 4 UAV 2012.

90 Zie art. 3 lid 4 MBO. Deze bepaling wordt nader besproken en gekritiseerd door Bleeker, Herber & Van der Zijpp 2016, § 1.12.

91 Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit.

92 Zie bijv. Rb. Maastricht 17 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM5293 (r.o. 3.5.3); RvA 13 februari 2007, nr. 71.078 (alinea 10); RvA 12 juni 2007, nr. 71.058 (alinea 27); RvA 27 september 2018, nr. 72.111 (alinea's 21 - 31); en RvA 17 september 2015, nr. 34.964 (alinea 31). Vgl. 24 september 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2568 (r.o. 26).

Huith heeft zich daartegen gekant en vreest dat “*toepassing van het gezichtspunt een mededingingsverstorend effect kan sorteren en strategisch handelen gedurende de inlichtingenfase van een aanbesteding in de hand kan werken.*”⁹³ Deze niet nader onderbouwde stelling overtuigt voorshands niet. Het eventuele mededingingsversturende effect wordt niet gepreciseerd. Daarbij blijft de aanbestedende dienst de veroorzaker. Het gaat hem daarom niet aan de gevolgen van dit effect (volledig) voor rekening van de markt te laten komen.

Strategisch inschrijfgedrag valt inderdaad niet geheel uit te sluiten. Dat doet echter niet af aan de verplichtingen die op de aanbestedende dienst rusten. Daarnaast is zulk gedrag - mits in het concrete geval verboden en aangetoond - geen argument om de *contra proferentem*-regel categorisch uit te sluiten. Het is eerder een argument om een beroep op die regel in voorkomend geval te ontzeggen. In dat verband kan een parallel getrokken worden met de civielrechtelijke literatuur waarin wordt betoogd dat de mate van professionaliteit van de wederpartij en diens onderzoeksverantwoordelijkheden de werking van die regel kunnen corrigeren.⁹⁴ Aanbestedingsrechtelijk vindt dit weerklank in de elementen die bij een uitleg conform een maatmannorm worden betrokken, en in de proactiviteitsverplichting die op ondernemers rust.⁹⁵ De *contra proferentem*-regel blijft aldus relevant, maar wordt alleen in een specifiek geval niet toegepast. Met deze discussie hangt ook samen de vraag of het een aanbestedende dienst vrijstaat zijn eigen uitlegmaatstaf te kiezen.

5.3.6 Mag een aanbestedende dienst een eigen maatstaf kiezen?

Regelmatig nemen aanbestedende diensten rechtsverwerkingsclausules op in de aanbestedingsstukken. Die clausules nemen inmiddels haast *boilerplate*-achtige vormen aan. Doorgaans komt het erop neer dat, wanneer inschrijvers niet tijdig ergens over klagen, zij het recht verwerken om dit punt later nog ter discussie te stellen. Zulke clausules kunnen mede zien op de uitleg van de aanbestedingsstukken: “*Indien naderhand blijkt dat de aanbestedingsstukken tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden en/of disproportionele eisen bevatten en deze door de Inschrijver niet zijn gemeld aan de Aanbestedende dienst, is de door Aanbestedende dienst gegeven interpretatie van de aanbestedingsstukken doorslaggevend. De eventuele (nadelige) gevolgen hiervan komen voor risico van Inschrijver.*”⁹⁶

De vraag is of een dergelijk beding is toegestaan. Vanuit verbintenissenrechtelijk perspectief neig ik naar een neutraal antwoord. Partijen zijn in principe vrij in wat

93 Huith 2019, p. 254, voetnoot 20 en Huith 2019a.

94 Zie wat dat betreft ook Jansen 2012, § 3.8.3 en Tjittes 2018, p. 323 en 324. Zie over machtsposities in aanbestede overeenkomsten en de relatie met correctiemechanismen Chao-Duvis 2010.

95 Vgl. Jansen 2011 § 3.3.

96 Dit voorbeeld kwam ik in mijn praktijk tegen. Vgl. Rb. Rotterdam 2 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8957 (r.o. 2.8, 4.7.2, 4.12, 4.14).

zij met elkaar overeenkomen. Een dergelijke clause kan duidelijkheid scheppen hoe met onduidelijkheden en discrepanties wordt omgegaan. In ruil voor deze risicoallocatie kan een hogere risico-opslag worden bedongen. Hiertegen pleit dat feitelijk van de wilsvertrouwensleer wordt afgestapt, wat onredelijk kan uitwerken als partijen niet op voet van gelijkwaardigheid met elkaar contracteren.⁹⁷ Deze risicoallocatie wordt dan niet zozeer overeengekomen als wel opgelegd. Veel hangt daarmee af van de context waarin het beding is overeengekomen.

Met een aanbestedingsrechtelijke bril op ligt dit anders. Momenteel staat de toelaatbaarheid van verstrekkende rechtsverwerkingsclausules ter discussie, met name ingegeven door het debat of een eenzijdige risico-allocation wel is toegestaan.⁹⁸ Aan die discussie wordt hier voorbijgegaan. De vraag kan namelijk ook worden benaderd vanuit de invalshoek van de uitleg conform een maatmannorm en het leerstuk van de wezenlijke wijziging. Via zo'n clause wentelt een aanbestedende dienst, in afwijking van zijn redactieverplichting, het risico op gebreken namelijk op de markt af. Door zijn eigen interpretatie voorop te stellen, wijkt hij ook af van de maatmannorm. Maatgevend wordt dan de voor hem meest gunstige uitleg die mogelijk niet eens objectief tot de stukken herleid kan worden. Aangezien zowel de redactieverplichting als de uitleg conform een maatmannorm voortvloeien uit een toepassing van de aanbestedingsrechtelijke beginselen, lijkt de toelaatbaarheid ervan hierom al twijfelachtig.

Ook kan een verstrekkende rechtsverwerkingsclause op gespannen voet staan met het verbod om wezenlijk te wijzigen. Zoals toegelicht, is het effect van een uitleg waarop (potentiële) inschrijvers niet bedacht hadden hoeven zijn, niet wezenlijk anders dan wanneer de opdracht zou worden gewijzigd. Het bestaan van een wezenlijke wijziging moet vanuit objectief oogpunt worden geanalyseerd op basis van de inmiddels in art. 2.163g Aanbestedingswet vervatte criteria. Zou het een aanbestedende dienst worden toegestaan om de werking aan die regels grotendeels te ontzeggen door zijn eigen voorkeuren centraal te stellen, dan zou het nuttig effect aan die regels snel ontnomen worden. Daarom zouden aanbestedende diensten hiervan moeten afzien en kunnen zulke vergaande rechtsverwerkingsclausules vanwege strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen terzijde worden geschoven.

97 In zoverre onderscheidt deze problematiek zich dus niet fundamenteel van de vragen die bij het gebruik van een *no oral modification*-clause opkomen, vgl. Van Wechem & Schelhaas 2017, p. 47 - 52 en Schelhaas 2019, p. 32 - 40.

98 Zie bijv. de brief van staatssecretaris Keijzer d.d. 12 februari 2021, TK 2020-2021, 32440, nr. 115 en de daarmee samenhangende wijziging van de Gids Proportionaliteit per 1 januari 2022 (*Stc.* 2021, nr. 41481 et *Stb.* 2021, 464). Zie ook Hof Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:890.

5.4 BEANTWOORDING DEELVRAAG 4

Deelvraag 4 luidt: hoe verhoudt het verbod om wezenlijk te wijzigen zich tot de te hanteren uitlegmaatstaf?

Naar Nederlands recht wordt een overeenkomst in uitgangspunt uitgelegd conform de haviltexmaatstaf. Voor aanbestede overeenkomsten dient hiervan te worden afgeweken en ligt het gebruik van de geobjectiveerde haviltexmaatstaf voor de hand. Niet de wil van partijen staat voorop, maar de uitleg conform een maatmannorm. De overeenkomst dient aan de hand van objectieve maatstaven te worden uitgelegd, zonder dat de ogen hoeven te worden gesloten voor subjectieve elementen. Het effect van een uitleg waar een derde niet op bedacht hoefde te zijn, is vanuit diens perspectief namelijk niet wezenlijk anders dan wanneer de opdracht gewijzigd zou worden. Die keuze voor een uitleg conform objectieve maatstaven laat onverlet dat de *contra proferentem*-regel in uitlegkwesities een gezichtspunt kan vormen. Het is goed verdedigbaar dat clausules op grond waarvan de uitleg van de aanbestedende dienst prevaleert, vanwege strijd met het aanbestedingsrecht terzijde geschoven dienen te worden.

Wijzigingen tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst

6.1 INLEIDING

Soms sluiten voorbereiding en uitvoering naadloos op elkaar aan. Soms komt tijdens de uitvoering de wens of noodzaak tot wijziging op. Verbintenisrechtelijk staat het partijen in beginsel vrij daar afspraken over te maken, onder meer via meerwerk of een vaststellingsovereenkomst. Mochten zij er onverhoopt niet uitkomen, dan kan één van hen in rechte wijziging vorderen. Dergelijke instrumenten krijgen ten aanzien van aanbestede overeenkomsten echter een andere kleur vanwege het verbod om wezenlijk te wijzigen. Maar welke kleur? Daar wordt in dit hoofdstuk nader op ingegaan. Daarbij staat de volgende deelvraag centraal: welke ruimte bestaat er aanbestedingsrechtelijk om een aanbestede overeenkomst tijdens de uitvoering te wijzigen?

Om het antwoord op die vraag te geven, wordt eerst geanalyseerd of een open of gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden is geïntroduceerd (§ 6.2). Aangenomen dat een gesloten stelsel is geïntroduceerd, wordt in § 6.3 stilgestaan bij de toegenomen mogelijkheden om te wijzigen. Die toename laat onverlet dat, vanwege onduidelijkheden en onvolkomenheden, enige onzekerheid bestaat over de omvang van die ruimte (§ 6.4). Op basis van deze aanbestedingsrechtelijke analyse wordt in § 6.5 en 6.6 de aandacht gevestigd op de interactie met enkele verbintenisrechtelijke leerstukken, specifiek trouw aan het gegeven woord en onvoorziene omstandigheden. In § 6.7 wordt bepleit om de wijzigingsmogelijkheden uit te breiden naar aanbestede overeenkomsten die niet onder de reikwijdte van deel 2 Aanbestedingswet vallen. In § 6.8 wordt deelvraag 5 beantwoord.

6.2 EEN GESLOTEN STELSEL

Startpunt is de vraag hoe in hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet de wijzigingsmogelijkheden geregeld zijn: als een gesloten stelsel of als een open stelsel waarin voor-

beelden zijn neergelegd.¹ Voor de beantwoording van die vraag is art. 2.163a Aanbestedingswet van bijzonder belang: *“Een wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan kan uitsluitend zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet plaatsvinden in de in dit hoofdstuk bedoelde gevallen.”*² Het woord *“uitsluitend”* biedt een sterke aanwijzing voor de lezing dat een gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden is beoogd.

Hoewel de Richtlijnen het woord *“uitsluitend”* niet hanteren, bevat art. 72 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU vergelijkbare bewoordingen: *“Voor andere wijzigingen dan de in de leden 1 en 2 genoemde wijzigingen die tijdens de looptijd van een overheidsopdracht of een raamovereenkomst dienen te worden aangebracht, is een nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn nodig.”* De Duitse, Engelse, Franse, Italiaanse en Spaanse zijn minstens zo expliciet: een nieuwe aanbestedingsprocedure is dan *“erforderlich”*, *“required”*, *“requisie”*, *“richiesta”*, *“prescriptivo”*. De tekst van de Richtlijn biedt dus geen ruimte voor de uitleg dat slechts voorbeelden van wijzigingsmogelijkheden worden geboden.

Toch hebben gerenommeerde auteurs die uitleg betwijfeld of zelfs van de hand gewezen. Zo werpt Chao-Duvis de vraag op of deze regeling uitputtend is.³ Treumer en Arrowsmith betogen zelfs dat deze bepaling niet als harde regel moet worden gelezen, maar als beginselverklaring. Er zou ruimte bestaan voor andere mogelijkheden, zoals in geval van een tekortkoming. Arrowsmith ziet die ruimte in de omstandigheid dat de Uniewetgever met art. 72 Richtlijn 2014/24/EU beoogt jurisprudentie van het HJEU te codificeren en daaruit enkele elementen wenst te verduidelijken. Zodoende zou geen uitputtende regeling zijn getroffen voor zaken die nog niet in de jurisprudentie aan de orde zijn gesteld.⁴

Gelet echter op de dwingende formulering lijkt deze lezing niet aannemelijk. Als de Uniewetgever die ruimte had willen bieden, had een andere redactie voor de

1 Via art. 2.140 lid 2, 2a.53 en 3.80d Aanbestedingswet gelden deze regels ook voor raamovereenkomsten, concessies, en speciale sectoropdrachten. Art. 2.140 lid 2 Aanbestedingswet is niet bedoeld als schakelbepaling, vgl. MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 141. Echter, art. 72 Richtlijn 2014/24/EU en art. 89 Richtlijn 2014/25/EU zijn ook van toepassing op raamovereenkomsten, terwijl hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet daarover niet rept. Vgl. HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*, r.o. 68 - 70) en HJEU 14 juli 2022, C-274/21 en C-275/21 (*EPIC Financial Consulting*, r.o. 65 - 68).

2 Hiermee wordt art. 72 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Zie ook MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 155. Onjuist is dus de stelling van Chao-Duvis 2016, § 3.2.2 dat deze bepaling niet is geïmplementeerd.

3 In gelijke zin: art. 43 lid 5 Richtlijn 2014/23/EU en art. 89 lid 5 Richtlijn 2014/25/EU.

4 Treumer 2014b, introduction en Arrowsmith 2014, p. 602 en 604. Dat Arrowsmith mogelijk toch twijfelt, volgt uit p. 597 voetnoot 875 waar zij schrijft dat *“the implication seems to be that modifications not in the list of allowed modifications are prohibited”*.

hand gelegen. Aangenomen dat Arrowsmith zich baseert op overweging 107 uit de considerans,⁵ maakt dit de zaak niet anders. Daar valt onder andere te lezen: “*Rekening houdend met de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie moet duidelijkheid worden verschaft over de vraag onder welke voorwaarden wijzigingen van een opdracht tijdens de uitvoering ervan een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen.*” Dit geeft juist aanleiding voor de gedachte dat de Uniewetgever een gesloten stelsel heeft willen introduceren.

Gelet op de ratio van de wijzigingsmogelijkheden lijkt een open stelsel evenmin aannemelijk. De Uniewetgever wenste immers meer duidelijkheid te verschaffen over de vraag naar de wijzigingsruimte tijdens de looptijd van een aanbestede overeenkomst. Tegen die achtergrond past een open stelsel minder goed. Sterker nog, een lezing in weerwil van de richtlijntekst creëert juist onduidelijkheid, en daardoor rechtsonzekerheid, iets wat de Europese wetgever nu juist heeft willen beperken. Dat weegt des te zwaarder nu Treumer en Arrowsmith hun stelling helaas niet hebben uitgewerkt, zodat onduidelijk blijft op welke concrete mogelijkheden voor welke gevallen zij het oog hebben.

Dit wordt zelfs niet anders als aangenomen zou kunnen worden dat in één van de overwegingen toch een open stelsel kan worden ingelezen. Een considerans heeft namelijk geen bindende rechtskracht en kan niet gebruikt worden om van de bepaling zelf af te wijken, noch om die bepaling uit leggen op een wijze die kennelijk in strijd is met de bewoordingen ervan.⁶ Los daarvan, heeft het HJEU intussen bevestigd dat sprake is van volledige harmonisatie ten aanzien van de wijzigingsmogelijkheden.⁷

Het dient dus te worden aangenomen dat een limitatieve regeling is getroffen.⁸ Zodoende is wijziging alleen toegestaan als een beroep kan worden gedaan op de wijzigingenmand uit art. 2.163b, een herzieningsclausule of optie zoals uitgewerkt in art. 2.163c, noodzakelijk geworden extra prestaties als bedoeld in art. 2.163d, onvoorzienbare omstandigheden op de voet van art. 2.163e, vervanging van een opdrachtnemer in de situaties ondervangen door art. 2.163f, of de niet-wezenlijke aard van de wijziging in de zin van art. 2.163g lid 1 Aanbestedingswet.⁹

5 Zij verwijst namelijk niet naar een bron waar dit uit zou blijken.

6 Zie o.a. HJEU 13 maart 2019, C-647/17 (*Skatteverket*, r.o. 32) en HJEG 19 november 1998, C-162/97 (*Nilsson*, r.o. 54).

7 HJEU 2 september 2021, C-721/19 en C-722/19 (*Sisal*, r.o. 31).

8 Idem: Kotsonis 2014, § 8.1; Bogdanowicz 2016, p. 201; en Bogdanowicz 2021, p. 80. Vgl. art. L6 onder 4° en art. L2194-1 Code de la Commande publique. Zie ook Rb. Limburg 23 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1533 (r.o. 4.16).

9 Bogdanowicz 2021, p. 77 - 83 concludeert op grond hiervan dat het rechtens relevante onderscheid toegestane vs. niet-toegestane wijzigingen is geworden. Toegestane wijzigingen kunnen uiteenvallen in niet-wezenlijke en wezenlijke wijzigingen.

Dit betekent dat contractuele bedingen of wetsartikelen die verdergaande wijzigingsmogelijkheden toekennen, op grond van de voorrang van het Unierecht terzijde dienen te worden geschoven.¹⁰ Die voorrang werd voorheen door het Gerecht EU al aangenomen in een inbreukprocedure tegen Spanje. Het Gerecht verwierp het argument dat wijziging op grond van Spaanse wetgeving was toegestaan, met de overweging dat die mogelijkheden irrelevant waren vanwege de toepasselijkheid van het Europees aanbestedingsrecht.¹¹ Het Gerecht zoekt voor dit oordeel aansluiting bij overweging 28 uit *Pressetext*. Aldaar overweegt het Hof van Justitie dat, hoewel de in geding zijnde overeenkomst werd gesloten voor toetreding van Oostenrijk tot (destijds) de EG, het gemeenschapsrecht op die overeenkomst van toepassing wordt met ingang van de datum van toetreding, met als gevolg dat wijzigingen die partijen overeenkomen al dan niet toegestaan kunnen zijn.

Hoewel de werking van een rechtmatig gesloten overeenkomst in beginsel dus dient te worden gerespecteerd, strekt die met het rechtszekerheidsbeginsel samenhangende bescherming blijkens deze arresten zich niet zonder meer uit tot wijzigingen van die overeenkomst, ook al vinden deze hun rechtvaardiging in wils-overeenstemming of nationale wetgeving.¹² Dit brengt mee dat *in zoverre* naar Nederlands recht een ruimere wijzigingsmogelijkheid bestaat dan aanbestedingsrechtelijk is toegestaan, deze mogelijkheid *in die mate* buiten toepassing dient te blijven.

In het verlengde hiervan is het waarschijnlijk dat nationale rechters evenzeer aan die grenzen gebonden zijn, ook al wordt hen in art. 72 Richtlijn 2014/24/EU niet expliciet een rol toebedeeld. Op grond van de uit art. 4 lid 3 VEU voortvloeiende verplichting tot loyale samenwerking, dienen alle nationale autoriteiten bij de uitoefening van hun bevoegdheden de eerbiediging van het Unierecht namelijk te verzekeren. Logischerwijs is daarbij een belangrijke rol voor de rechterlijke macht weggelegd. De rechter dient nationale bepalingen daarom zoveel mogelijk in overeenstemming met de eisen van het Unierecht uit te leggen.¹³ Toegespitst lijkt dit in het bijzonder te gelden wanneer wijziging van de overeenkomst wordt gevorderd,

10 Zie ter illustratie ook HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 66 - 71).

11 Gerecht EU 31 januari 2013, T-235/11 (*Spanje/Commissie*, r.o. 60) en T-540/10 (*Spanje/Commissie*, r.o. 56, 57 en 80). Deze arresten zijn vernietigd, omdat de Europese Commissie termijnen niet had gerespecteerd. De geciteerde overwegingen worden niet onderzocht, zie HJEU 4 september 2014, C-192/13 P en C-197/13 P (*Spanje/Commissie*). Vgl. HJEG 13 januari 2005, C-84/03 (*Commissie/Spanje*, r.o. 10 en 49). In 2011 is de Spaanse wetgeving aangepast, omdat wijzigingen tijdens de uitvoering dagelijkse praktijk waren geworden, zie Arnaiz & Bernal Blay 2011.

12 Die beperking wordt gebaseerd op het principe dat de toelaatbaarheid van een wijziging *ex tunc* dient te worden beoordeeld. Zie o.a. HJEU 18 september 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*, r.o. 59 en 60 met verwijzingen). Zie verder Plas 2020, § 2. Vgl. HJEG 18 juli 2007, C-503/04 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 33). Naar Frans recht is dit met zoveel woorden neergelegd in art. 133 lid 1 van de wet n° 2020-1525 van 7 december 2020.

13 Zie o.a. 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 69 en 70).

zoals op grond van art. 6:258 of 7:753 BW. Als de rechter niet gebonden zou zijn aan de wijzigingsregels, bestaat het gevaar dat het nuttig effect daarvan in het gedrang komt en de rechtsonzekerheid wordt vergroot. Dit, terwijl evenmin valt uit te sluiten dat dan schijnprocedures worden gevoerd om de werking van die regels te omzeilen. Aangezien richtlijnen verbindend zijn naar het te bereiken resultaat, lijkt een dergelijke uitzonderingspositie niet aannemelijk.

In dat licht is het van belang om de reikwijdte van die mogelijkheden te onderzoeken. Daaraan voorafgaand wordt nog gesignaleerd dat dit stelsel de mogelijkheid intact laat om in twee gevallen rechtstreeks een qua waarde bovendrempelige overeenkomst te sluiten met de zittend opdrachtnemer. Dit is toegestaan voor de gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties en de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties in geval van het risico op incompatibiliteit bij een leverancierswissel.¹⁴ Een rechtmatig beroep hierop is dus met name aan de orde bij een *vendor lock-in*.¹⁵ Het valt op dat deze mogelijkheden nog bestaan. Een vergelijkbare uitzondering voor aanvullende werken en diensten is bij de herziening van de Richtlijnen in 2014 namelijk gesneuveld vanwege de introductie van art. 2.163d en 2.163e Aanbestedingswet.¹⁶ Diezelfde redenering had gehanteerd kunnen worden voor de aanvullende leveringen-uitzondering, maar daar is niet voor gekozen.¹⁷

6.3 TOEGENOMEN WIJZIGINGSMOGELIJKHEDEN

Wijzigingen kunnen doelmatig en/of noodzakelijk zijn om contractuele doelstellingen alsnog of beter te kunnen realiseren.¹⁸ Tegelijkertijd dient er voor worden gewaakt dat hierdoor de belangen van derden worden geschaad. In zijn vaste jurisprudentie karakteriseert het HJEU wezenlijke wijzigingen tijdens de uitvoering

14 Art. 2.33 en 3.37 Aanbestedingswet strekken tot implementatie van art. 32 lid 3 onder b Richtlijn 2014/24/EU resp. art. 50 aanhef en onder e Richtlijn 2014/25/EU. Zie verder reeds art. 15 lid 2 sub e Richtlijn 90/531/EEG; art. 20 lid 2 aanhef en sub e Richtlijn 93/38/EEG; art. 40 lid 3 aanhef en sub e Richtlijn 2004/17/EG; art. 31 lid 2 lid 4 aanhef en sub b Richtlijn 2004/18/EG.

15 Deze uitzondering dient strikt te worden uitgelegd, aldus onder meer HJEG 8 april 2008, C-337/05 (*Agusta*, r.o. 55 - 60).

16 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 46. Vgl. Commission non paper 2012 cluster 8, p. 21.

17 Te meer nu art. 72 lid 1 onder b sub i Richtlijn 2014/24/EU mede ziet op het geval dat vervanging van opdrachtnemer niet mogelijk is vanwege economische of technische redenen, zoals wanneer de aanvullende goederen of diensten uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met bestaande uitrusting, diensten of installaties.

18 Vgl. conclusie A-G Kokott 13 maart 2008, C-454/06 (*Presstext*, alinea 43).

als directe gunning van een overheidsopdracht.¹⁹ Onrechtmatige directe gunningen gelden als zeer ernstige schending van het Europese aanbestedingsrecht.²⁰ Het weegt aldus zwaar om door middel van een belangenafweging een balans te vinden, te meer nu de vraag of wezenlijk wordt gewijzigd een complexe beoordeling kan vergen of tot onevenredige situaties kan leiden.²¹

Die complexiteit kan als volgt worden geïllustreerd. Van een wezenlijke wijziging is onder meer sprake als door de wijziging de kring van geïnteresseerde ondernemers zou zijn veranderd, of de opdracht aan een andere inschrijver zou zijn gegund.²² Dit vergt een beoordeling die deels hypothetisch van aard is: achteraf dient te worden nagegaan hoe ondernemers zouden hebben gehandeld indachtig de wijziging en de destijds geldende (markt)omstandigheden. Die beoordeling kan nog complexer worden als niet één majeure wijziging in geding is, maar vele kleine(re). Nu is menig jurist niet onbekend met de vergelijking met een hypothetische situatie, maar dat doet aan de complexiteit van de analyse niet af. Duidelijke kaders en handvatten blijven dan gewenst.

Onevenredigheid ligt evenzeer op de loer. Zo kan tot een wezenlijke wijziging worden geconcludeerd wanneer het economisch evenwicht op onvoorziene wijze in het voordeel van de opdrachtnemer wijzigt.²³ In extreme gevallen kan dit betekenen dat elke minieme verschuiving wezenlijk is. Gevoelsmatig lijkt dit overtrokken, maar de wet bevat geen kwalitatief of kwantitatief criterium. Er kan ook weer gedacht worden aan het voorbeeld uit § 2.5.4 inzake de ov-concessie van € 320 miljoen die door loting werd gegund. Iedere euro kan dan tellen. De roep om richting resoneert dus ook van hier.

-
- 19 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 34, 47, 48, 60, 61, 69, 76 en 80); HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 37); HJEU 8 mei 2014, C-161/13 (*Idrodinamica*, r.o. 39); HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 28, 30, 34, 37 en 38); HJEU 14 september 2017, C-223/16 (*Casertana*, r.o. 37 en 38); HJEU 26 maart 2020, C-496/18 en C-497/18 (*Hungeod*, r.o. 89). Vgl. HJEG 15 oktober 2009, C-196/08 (*Acoset*, r.o. 62); Gerecht EU 31 januari 2013, T-540/10 (*Spanje/Commissie*, r.o. 51, 52 en 62) en T-235/11 (*Spanje/Commissie*, r.o. 54, 55 en 69); Gerecht EU 16 mei 2018, T-206/17 (*Argus*, r.o. 64 - 66). Vgl. ook Groenboek PPS, alinea 49 en Rb. Limburg 11 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8493 (r.o. 4.3).
- 20 Zie overweging 13 considerans Richtlijn 2007/66/EG en HJEG 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*, r.o. 37). In de Engelse en Franse taalversies zelfs gesproken over “the most serious breach” en “la violation la plus importante”. Vgl. HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*, r.o. 85 en 86).
- 21 Vgl. voor wat betreft de complexiteit conclusie A-G Kokott 13 maart 2008, C-454/06 (*Presstext*, voetnoot 29). Vgl. het Richtlijnvoorstel 2011, p. 10 en ‘t Hart 2012, § 2.12. Zie ook § 1.3.
- 22 Art. 2.163g lid 3 aanhef en onder a Aanbestedingswet. Vgl. HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 35). Zie voor een praktijkvoorbeeld ook Rb. Gelderland 17 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:8203 (r.o. 4.3).
- 23 Zie art. 2.163g lid 3 aanhef en onder b Aanbestedingswet. Vgl. HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 37).

Zoals eveneens in § 2.5.4 aangekaart, werd de balans tussen belangen naar oud recht onvoldoende gevonden. De nieuwe Richtlijnen brengen daar verandering in. Hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet biedt inmiddels zes grondslagen om te wijzigen. Het uitgangspunt is dat de aanbestedende dienst vrijheid toekomt te beslissen of en van welke mogelijkheden hij gebruik wil maken. Het gebruik van de ene mogelijkheid sluit niet de weg af naar toepassing van een andere,²⁴ waaruit ook volgt dat geen sprake is van een dwingend voorgeschreven rangorde. Hierdoor zijn de wijzigingsmogelijkheden uitgebreid. Dit wordt geconcretiseerd aan de hand van vier thema's: het wijzigingenmandje (§ 6.3.1), de noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden en onvoorzienbare omstandigheden (§ 6.3.2), de niet-wezenlijke wijzigingen (§ 6.3.3), en de vervanging van opdrachtnemer (§ 6.3.4).

6.3.1 Het wijzigingenmandje

Hoewel het begrip wijzigingenmandje in art. 2.163b Aanbestedingswet niet wordt gehanteerd, illustreert deze aanduiding wel treffend het doel en de werking van de regeling. Andere min of meer geschikte termen zijn kruimelregeling of *de minimis*-drempels.²⁵ De aanbestedende dienst beschikt over een bepaalde ruimte één of meer wijzigingen rechtmatig door te voeren zonder dat aanvullende inhoudelijke voorwaarden worden gesteld.²⁶ Er bestaan twee plafonds en één restrictie. Gebruik is toegestaan tot de relevante drempelwaarde en tot een percentage van de opdracht: 15% voor werken, 10% voor leveringen en diensten, en 10% voor concessies.²⁷ De wijziging mag echter niet tot gevolg hebben dat de algemene aard van de opdracht wijzigt, waarover nader in § 6.4.1. Wanneer de mand gevuld is, kan er voor de resterende duur van de uitvoering geen beroep meer op worden gedaan.

Deze vrijheid kan op zichzelf als uitbreiding van de wijzigingsmogelijkheden worden aangemerkt. Deze mogelijkheid bestond voorheen namelijk niet. Daarbij komt dat het HJEU een prijsverhoging van 10% al eens als wezenlijke wijziging heeft aangemerkt. Verder bieden de wettelijke percentages meer ruimte dan de Europese Commissie voor ogen had. Het Commissievoorstel bevatte namelijk een uniforme drempel van 5%.²⁸ Nadat via amendementen werd opgeroepen tot een flexibelere benadering,²⁹ werd het uniforme percentage eerst verhoogd naar 10%,³⁰

24 Vgl. MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 93 en het slot van overweging 107 considerans Richtlijn 2014/24/EU. In de aanhef van art. 72 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU wordt de eigenstandige positie van het wijzigingenmandje verder benadrukt.

25 Overweging 107, tweede alinea, considerans Richtlijn 2014/24/EU.

26 Art. 72 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU. Volgens Commission non paper 2012 cluster 8, p. 18 is sprake van een onweerlegbaar vermoeden van rechtmatigheid.

27 Zie voor die laatste art. 2a.53 aanhef en onder c Aanbestedingswet.

28 Art. 72 lid 4 Richtlijnvoorstel, COM(2011) 896 def.

29 Amendementen 1361 - 1370, ontwerpverslag 2011/0438(COD) in Tarabella 2012.

30 Art. 72 lid 4 compromisvoorstel, interinstitutional file 2011/0438 nr. 12878/12 d.d. 24 juli 2012.

en daarna gewijzigd naar de percentages zoals die in de Richtlijn zijn opgenomen.³¹

6.3.2 Noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden en onvoorzienbare omstandigheden

Op grond van art. 2.163d Aanbestedingswet kan de aanbestedende dienst noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden opdragen, mits vervanging van opdrachtnemer onmogelijk en onwenselijk is in de zin van dit artikel. De prijsverhoging mag maximaal 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht bedragen. De aanbestedende dienst dient de wijziging op TenderNed bekend te maken. Er geldt geen plafond voor het aantal keren dat hij gebruik mag maken van deze mogelijkheid. Een vergelijkbare handelswijze geldt in het kader van art. 2.163e Aanbestedingswet. Het inhoudelijke criterium is dan dat gewijzigd wordt vanwege omstandigheden die een zorgvuldig handelende aanbestedende dienst niet kon voorzien. Deze wijziging mag de algemene aard van de opdracht niet wijzigen. Tegen de achtergrond van hun gedeelde geschiedenis, getuigt het bestaan van deze mogelijkheden van een uitbreiding van de wijzigingsmogelijkheden.

Sinds de jaren 70 kon de aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking toepassen voor onvoorziene, noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden.³² Uit de oorspronkelijke toelichting blijkt dat de Europese Commissie niet haar oog had op regulier meerwerk, maar de situatie van werkzaamheden van fundamenteelere aard wilde ondervangen: *“Echter, de aanvullende werken die het voorwerp zijn van deze bepaling brengen een wijziging mee van het aanvankelijke voorwerp van de opdracht, dat aldus vergroot*

31 Art. 72 lid 4 compromisvoorstel, interinstitutional file 2011/0438 nr. 16725/12 d.d. 27 november 2012.

32 Art. 9 aanhef en sub f Richtlijn 71/305/EEG; art. 6 lid 1 sub e Richtlijn 77/62/EEG; art. 7 Richtlijn 88/295/EEG waarmee art. 6 lid 1 sub e Richtlijn 77/62/EEG werd gewijzigd; art. 7 Richtlijn 89/440/EEG waarmee Richtlijn 71/305/EEG werd gewijzigd; art. 15 lid 2 sub f Richtlijn 90/531/EEG; art. 11 lid 3 aanhef en sub e Richtlijn 92/50/EEG; art. 6 lid 3 aanhef en sub e Richtlijn 93/36/EEG; art. 7 lid 3 aanhef en sub d Richtlijn 93/37/EEG; art. 20 lid 2 aanhef en sub f Richtlijn 93/38/EEG; art. 40 lid 3 aanhef en sub e en f Richtlijn 2004/17/EG; art. 31 lid 2 aanhef en sub b en lid 4 aanhef en sub a Richtlijn 2004/18/EG. Zie voor werkenconcessies art. 61 Richtlijn 2004/18/EG en HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 72). Vgl. art. 2.35 Aanbestedingswet (oud), art. 31 lid 4 onder a Bao en art. 32 lid 2 onder f Bass.

en - om het zo te zeggen - uitgebreid wordt.”³³ Een vergelijkbare regeling wordt sinds 1979 ook in het GPA getroffen.³⁴

Het bestaan van deze regeling weerspiegelt de overtuiging dat dergelijke fundamentele wijzigingen in beginsel niet rechtstreeks konden worden gegund.³⁵ Anders zou deze regeling immers overbodig zijn. Feit is verder dat vanwege de strenge voorwaarden die mogelijkheid slechts voor uitzonderlijke gevallen open stond.³⁶ De aanvullende werken of diensten moesten vanwege een onvoorziene omstandigheid noodzakelijk zijn geworden. Het was verder verplicht dat deze werkzaamheden a) technisch of economisch gezien niet los van de oorspronkelijke opdracht konden worden uitgevoerd zonder overwegende bezwaren voor de aanbestedende dienst, of b) hoewel zij van de uitvoering konden worden gescheiden, strikt noodzakelijk waren. Het totale bedrag aan aanvullende prestaties mocht maximaal 50% van de oorspronkelijke opdrachtwaarde bedragen.³⁷ Tot slot diende een aankondiging van een gegunde opdracht te worden gepubliceerd waarin de gekozen handelswijze werd gemotiveerd.³⁸ Het Hof hield strak de hand aan deze voorwaarden, met name het voorzienbaarheidsvereiste.³⁹

33 Commissievoorstel 1964, p. 9. Dit is een eigen vertaling. De oorspronkelijke tekst luidt: “*En revanche, les travaux supplémentaires qui font l'objet de la disposition en examen entraînent une modification de l'objet initial du marché qui est ainsi élargi et pour ainsi dire prolongé.*”

34 Art. V lid 15 aanhef en onder d GPA 1979; art. V lid 16 aanhef en onder d GPA 1988; art. XV lid 1 onder d GPA 1994; en art. XIII lid 1 onder c GPA 2012. Een verschil met de EU-richtlijnen is dat daarin een driejaarstermijn was opgenomen, zie bijv. art. 31 lid 2 onder b Richtlijn 2004/18/EG.

35 Vgl. Hartlev & Liljenbol 2013, § 2.1.

36 Zie o.a. HJEG 18 november 2004, C-126/03 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 23); HJEG 10 april 2003, C-20/01 en C-28/01 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 58); HJEG 28 maart 1996, C-318/94 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 13); en HJEG 18 mei 1995, C-57/94 (*Commissie/Italië*, r.o. 23). Vgl. HJEG 27 oktober 2005, C-187/04 en C-188/04 (*Commissie/Italië*, r.o. 23 - 25 en 31).

37 Zie bijv. art. 31 lid 4 onder a slot Richtlijn 2004/18/EG. Zie in vergelijkbare zin art. 72 lid 6 onder c Richtlijnvoorstel 2011.

38 Zie bijvoorbeeld bijlage VII deel A onder ‘aankondiging van geplaatste opdrachten’ onderdeel 2 Richtlijn 2004/18/EG.

39 In het kader van de dwingende spoed-uitzondering (thans art. 2.32 lid 1 onder c Aanbestedingswet) geldt eenzelfde vereiste. Regelmatige, seizoensgebonden gebeurtenissen zijn in uitgangspunt niet onvoorzienbaar volgens A-G Jacobs 2 juni 2005, C-525/03 (*Commissie/Italië*, alinea’s 63 en 64). Ditzelfde geldt voor een afwijzing in een bestuursrechtelijke goedkeuringsprocedure, aldus HJEG 28 maart 1996, C-318/94 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 18). In HJEG 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*) beriep de Europese Commissie zich tevergeefs op onvoorzienbare omstandigheden vanwege het gestelde gebrek aan voldoende appels.

Twee inbreukprocedures dienen ter illustratie.⁴⁰ In een zaak tegen Griekenland inzake kadastrale diensten kwam als onvoldoende betwist vast te staan dat aanvullende diensten door bevolkingsgroei te voorzien waren. Het Hof volgt de Europese Commissie dat, indien dan gebruik kan worden gemaakt van deze uitzondering, aanbestedende diensten kunnen profiteren van hun eigen falen.⁴¹ Een tweede voorbeeld betreft de aanleg van een spoortracé voor een hogesnelheidslijn tussen Madrid en Frankrijk. Vanwege overlastrisico's moesten twee verdiepte spoorwegen worden aangelegd. Dat het tracé zo dicht langs woonwijken zou lopen, wordt door het Hof niet als onvoorzien aangemerkt, omdat het een meerjarig project betrof en met demografische ontwikkelingen rekening gehouden had moeten worden.⁴² Een vergelijkbaar lot treft de realisatie van een extra viaduct. Dit bleek nodig omdat vooraf onvoldoende was overlegd met lokale autoriteiten, wat als onvoldoende zorgvuldig wordt aangemerkt.⁴³

De samenhang met het leerstuk van de wezenlijke wijziging is evident. Reeds de toelichting uit 1964 ademt de latere regel dat een wezenlijke wijziging aan de orde kan zijn wanneer door de wijziging het toepassingsgebied van de opdracht aanzienlijk wordt verruimd.⁴⁴ Later is die relatie expliciet benoemd door het Hof van Justitie.⁴⁵ En in het Richtlijnvoorstel uit 2011 betrof één van de wijzigingsmogelijkheden de behoefte aan wijziging vanwege omstandigheden die een zorgvuldig handelende aanbestedende dienst niet kon voorzien en die wijziging noodzakelijk maakten. De wijziging mocht geen verandering in de algemene aard van de opdracht inhouden, en de prijsverhoging mocht maximaal 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht bedragen.⁴⁶ In zijn toelichting wijst de Europese Commissie op de samenhang met de oude onvoorzienbare omstandigheden-regeling, om te benadrukken dat het voorstel de wijzigingsmogelijkheden uitbreidt.⁴⁷ Ten eerste wordt iedere vorm van wijziging gedekt en niet alleen aanvullende werken

40 Zie bijv. Rb. Den Haag 15 juni 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU4397 (r.o. 3.4) inzake aanvullende opdrachten voor Valys-vervoer vanwege gestegen budgetten. Met name bij een politiek gevoelig onderwerp als bovenregionaal gehandicaptenvervoer kon verwacht worden dat verschil van inzicht zou bestaan over het stellen van een financieel plafond.

41 HJEU 27 oktober 2011, C-601/10 (*Commissie/Griekenland*, r.o. 33 en 35). Overigens overstegen die diensten de 50%-drempel.

42 Een vergelijkbaar argument werd door de Europese Commissie gevoerd in HJEG 18 maart 1992, C-24/91 (*Commissie/Spanje*, r.o. 10). Het Hof kwam niet toe aan de beoordeling van dit argument, omdat de vereiste dwingende spoed afwezig was.

43 Gerecht EU 31 januari 2013, T-540/10 (*Commissie/Spanje*, r.o. 77 - 94).

44 Zie o.a. art. 2.163g lid 3 aanhef en onder c Aanbestedingswet, HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 36) en HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 28).

45 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 36). Vgl. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 35).

46 Art. 72 lid 4 Richtlijnvoorstel. Zie voor het noodzakelijkheidsvereiste Bijlage VI Deel G onderdeel 6.

47 Idem: Klijn & Van den Boogaart 2013, § 5 en 't Hart 2012, § 2.12.

of diensten. Ten tweede wordt het vereiste verlaten dat de werkzaamheden niet los van de oorspronkelijke opdracht kunnen worden uitgevoerd, dan wel strikt noodzakelijk zijn. In plaats daarvan wordt een minder streng vereiste gesteld dat de algemene aard van de opdracht niet mag wijzigen.⁴⁸

De bepaling is daarna tijdens de dialoogonderhandelingen tussen Parlement, Raad, en Commissie gesplitst.⁴⁹ Zodoende zijn de wijzigingsmogelijkheden verder toegenomen.⁵⁰ Verder lijken de vereisten per grondslag te zijn versoepeld. Zo speelt bij art. 2.163d Aanbestedingswet het noodzakelijkheidsvereiste een centrale rol, maar wordt niet expliciet vereist dat die werkzaamheden onvoorzienbaar moeten zijn geweest (zie § 6.4.6). Evenmin wordt de beperking aangebracht dat de algemene aard van de opdracht niet mag wijzigen. Ten aanzien van art. 2.163e Aanbestedingswet zijn onvoorzienbaarheid en noodzakelijkheid vereist,⁵¹ maar wordt niet als criterium gesteld dat verandering van opdrachtnemer onmogelijk en onwenselijk is.⁵² Verder is het 50%-plafond versoepeld. Dit plafond gold voorheen voor het totale bedrag aan aanvullende werkzaamheden, maar inmiddels per wijziging.⁵³ Het totale bedrag kan dus (veel) meer bedragen dan 50%.⁵⁴

6.3.3 Niet-wezenlijke wijzigingen

De structuur van hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet kan worden vergeleken met een verkeerslicht. Binnen de kaders van art. 2.163b - 2.163f staat het licht op groen en bij een wezenlijke wijziging in de zin van art. 2.163g leden 2 en 3 op rood. De oranje tussenpositie wordt ingenomen door de niet-wezenlijke wijziging uit art. 2.163g lid 1. Dit lid verduidelijkt dat overeenkomsten kunnen worden gewijzigd wanneer de wijzigingen “*ongeacht de waarde ervan*” niet-wezenlijk zijn. Hoewel

48 Commission non paper 2012 cluster 8, p. 20 en 21. Zie ook het Commission non paper 2012 cluster 1, p. 19.

49 Compromisvoorstel van 14 juni 2013, interinstitutional file 2011/0438 (COD), nr. 11048/13. Uit het Presidency compromise proposal 6 juni 2013, interinstitutional file 2011/0438 (COD), nr. 10580/13, p. 7 en 22 blijkt dat de Uniewetgever aansluiting zoekt bij art. XIII GPA 2012. Ondanks hun gebrekkige transparantie, maken de dialogen deel uit van het wetgevingsproces, aldus HJEU 22 maart 2018, T-540/15 (*De Capitani*, r.o. 68 - 75).

50 Idem: Treumer 2014b, § 2.2, 2.3 en 3 alsook Van Garsse & Verhoeven 2019, § 2.1. Ook de Franse wetgever heeft dit zo aangenomen, zie onder meer Fiche DAJ 2019, p. 7.

51 Zie over het noodzakelijkheidsvereiste verder § 7.4.1 onder ad 3.

52 Art. 72 lid 1 onder b sub i Richtlijn 2014/24/EU geeft enkele voorbeelden van de situatie dat vervanging van opdrachtnemer niet mogelijk is, te weten als aanvullende goederen of diensten uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met bestaande uitrusting, diensten of installaties die in het kader van de oorspronkelijke opdracht zijn verworven.

53 Art. 2.163d lid 3 en art. 2.163e lid 2 Aanbestedingswet. Hiermee worden art. 72 lid 1 onder b slotaline en onder c sub iii Richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd.

54 Idem: Van Garsse & Verhoeven 2019, § 2.1.

dit lid is geformuleerd als wijzigingsmogelijkheid, veronderstelt toepassing ervan een analyse of wezenlijk wordt gewijzigd.⁵⁵

Op basis van de plaats in het wettelijk systeem blijkt dat het niet de bedoeling is wezenlijke wijzigingen toe te staan.⁵⁶ Die mogelijkheid kan wel bestaan bij toepassing van de andere mogelijkheden. In het kader van herzieningsclausules heeft het HJEU dit zelfs expliciet aanvaard.⁵⁷ De bedoeling van de Uniewetgever lijkt te zijn om te verduidelijken dat niet uitsluitend op basis van een waardeanalyse tot een wezenlijke wijziging mag worden geconcludeerd. In zoverre kan die verduidelijking soms dus ook een uitbreiding inhouden. In het verleden heeft het HJEU namelijk de waarde van de wijziging als dragend element beschouwd voor de conclusie dat de overeenkomst aanmerkelijk was verruimd, en daarmee wezenlijk gewijzigd.⁵⁸ In deze gevallen was die waarde overigens boven de drempelwaarde voor Europees aanbesteden.

Het gebruik van de bijzin “*ongeacht de waarde ervan*” suggereert dat ook wijzigingen die de drempelwaarde overstijgen, niet per definitie als wezenlijk hoeven worden aangemerkt.⁵⁹ Die lezing kan mede worden gegrond op de omstandigheid dat het niet zou moeten gaan om de waarde als zodanig, maar om het effect dat een wijziging sorteert, waarbij waarde een factor kan spelen. Zeker als het bewijs van benadeling moeilijk te leveren valt, kan dit feitelijk meebrengen dat de wijzigingsmogelijkheden worden uitgebreid. Tegelijkertijd is nog onduidelijk hoe het HJEU deze bepaling zal uitleggen, mede in het licht van zijn eerdere jurisprudentie.

6.3.4 De wijziging van opdrachtnemer

De gunning van een overheidsopdracht hangt vaak nauw samen met de identiteit van de opdrachtnemer. Gevolg daarvan is dat een wijziging van opdrachtnemer in beginsel onrechtmatig is, zie art. 2.163g lid 3 aanhef en onder d Aanbestedingswet.⁶⁰ Die kwalificatie is met name door *Presstext* voor het voetlicht gebracht. Het HJEG oordeelde daarin dat een vervanging van opdrachtnemer in beginsel niet is toegestaan.⁶¹ Het Hof vervolgt dat ook een aandelenoverdracht aan een

55 Hoewel dit uit de structuur van de Aanbestedingswet niet duidelijk blijkt, laat art. 72 lid 1 aanhef en onder e Richtlijn 2014/24/EU hierover geen misverstand bestaan. Deze mogelijkheid is toegevoegd in het compromisvoorstel d.d. 14 juni 2013, Inter-institutional File: 2011/0438 (COD), nr. 11048/13.

56 Vgl. HJEU 2 september 2021, C-721/19 en C-722/19 (*Sisal*, r.o. 49 - 55).

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

58 HJEU 29 april 2010, C-160/08 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 98 - 102) en HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 61, 70 - 74). Vgl. HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 58 - 63).

59 Vgl. Rb. Noord-Nederland 4 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3006 (r.o. 5.15).

60 Vgl. HJEU 3 februari 2022, C-461/20 (*Advania*, r.o. 18 - 20).

61 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 40).

derde als zodanig kan worden aangemerkt.⁶² Volgens Treumer stond *Pressetext* hierin niet alleen. Hij wijst op jurisprudentie uit Duitsland, Italië, en Frankrijk van voor *Pressetext* waarin het principe gehuldigd wordt dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen zich in uitgangspunt tegen vervanging verzetten.⁶³

In *Pressetext* werden ook uitzonderingen aanvaard. In § 3.6 is het vervangingsbeding al behandeld. Verder stond het HJEG zuiver interne reorganisaties toe, in dat geval het verhangen van een overeenkomst van APA naar dochteronderneming APA-OTS. Ook de aandelenverkoop van een rechtspersoon waarvan het aandeelhouderschap altijd kan wijzigen, zoals een beursgenoteerde NV, werd toegestaan. Hetzelfde geldt voor de samenstelling van de leden in een coöperatie.⁶⁴

Pressetext liet echter ook belangrijke vragen onbeantwoord.⁶⁵ Zo bleef onduidelijk of vervanging in een faillissementssituatie was toegestaan.⁶⁶ In de Nederlandse jurisprudentie zocht men daarom naar oplossingen waarin zoveel mogelijk recht werd gedaan aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen. Enerzijds werd de situatie goedgekeurd waarin, na een doorstart, de opdrachtnemer het oorspronkelijke ontwerp zou realiseren.⁶⁷ Anderzijds werd vervanging niet toegestaan, omdat de doorstartende onderneming niet aan de gestelde geschiktheidseisen voldeed.⁶⁸

Pressetext werd ook kritisch onthaald. Hoepffner licht toe dat de overdracht van een aanbestede overeenkomst vanuit (met name) overheidsbelangen gerechtvaardigd kan zijn. Zij schetst dat in Frankrijk in de loop der jaren “*une véritable théorie de la cession de contrat*” is ontwikkeld, waarbij “*la cession de contrat est ainsi devenue une véritable institution du droit administratif*”. Volgens haar ondermijnt *Pressetext* dit instituut. Hierdoor zou het risico bestaan dat aanbestede overeenkomsten niet langer overgedragen kunnen worden, ondanks het grote economische belang dat hiermee gemoeid kan zijn.⁶⁹

In het Richtlijnvoorstel wenste de Europese Commissie de rechtszekerheid en de wijzigingsvrijheid te vergroten.⁷⁰ Niet valt uit te sluiten dat als bijkomende doelstelling een steviger grip op de nationale praktijk werd beoogd. Op grond van art.

62 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 47 - 49). Vgl. § 2.2.3.

63 Treumer 2014a, § 2. Zie voor soortgelijke klanken in de Nederlandse literatuur Van der Kemp 2010.

64 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 45 - 54). Vgl. Rb. Rotterdam 15 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ9149 (r.o. 7.10).

65 Zie over de rol van het vervangingsbeding ook § 3.6.1.

66 Treumer 2014b, § 2.5.2. Vgl. Comba 2013a.

67 Hof Arnhem 27 oktober 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK1406 (r.o. 12).

68 Rb. Limburg 17 mei 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482.

69 Hoepffner 2009, p. 99.

70 Vgl. Treumer 2014a. Volgens Treumer 2014b § 2.5.2 is deze regeling deels te beschouwen als codificatie van de administratieve praktijk van de Europese Commissie.

72 lid 3 Richtlijnvoorstel was wijziging namelijk toegestaan *”in het geval van rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke ondernemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming of insolventie”*. In de considerans werd daarbij opgemerkt dat het mogelijk diende te zijn *“dat de begunstigde inschrijver in de loop van de uitvoering van de opdracht bepaalde structurele veranderingen ondergaat, bijvoorbeeld door zuiver interne reorganisaties, fusies en overnames of insolventie.”*⁷¹ Dergelijke veranderingen zijn namelijk niet specifiek gericht op het overdragen van de overeenkomst.⁷²

In de definitieve tekst zijn de voorbeelden uit de considerans grotendeels in het artikel ingebed (zie nader § 6.4.7). Art. 2.163f aanhef en onder b Aanbestedingswet bepaalt dat vervanging is toegestaan bij *“rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel in de positie van de aanvankelijke opdrachtnemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, waaronder door overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de oorspronkelijk vastgestelde geschiktheidseisen, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen als bedoeld in artikel 2.163g, derde lid, in de opdracht meebrengt en dit niet gebeurt met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2 van deze wet.”*

Deze wijzigingsmogelijkheid is terecht ontvangen als een verruiming ten opzichte van *Pressetext*.⁷³ De zuiver interne organisatie is als concept uitgebreid naar de herstructurering. Ook wordt duidelijk gemaakt dat insolventie een rechtmatige grond voor vervanging is. Deze uitbreiding betekent echter niet dat - zonder daartoe strekkende clausule - allerlei vervangingen zijn toegestaan. Dit komt ten eerste tot uitdrukking in de ‘mits’ aan het slot van de bepaling. Eventuele voordeeltjes voor de nieuwe opdrachtnemer dienen met argusogen te worden bekeken.

Evenmin kan deze grondslag worden ingeroepen om een tekortschietende opdrachtnemer te vervangen.⁷⁴ Nu is het in de Nederlandse bouwrechtelijke praktijk geaccepteerd dat de opdrachtgever via § 46 UAV 2012 of § 43 UAV-GC 2005 bij voortdurend tekortschieten de werkzaamheden voor rekening van de aannemer door een derde kan laten voltooien, onverminderd zijn recht op schadevergoeding. In zoverre sprake is van een deugdelijk vervangingsbeding, blijft dit toegestaan (zie daarover ook § 3.6.4 onder ad 1). In de Franse praktijk staat deze vervanging

71 Overweging 47 considerans Richtlijnvoorstel 2011. Idem: overweging 109 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

72 Commission non paper 2012 cluster 8, p. 17.

73 Smith 2017, p. 167; Everhardus & Van Deinsen 2020, § 5; Kleijn & Ten Cate 2014, § 3; Sprik & Vermeulen 2017, § 4.3; en Treumer 2014b, § 2.5.2. Vgl. CvAE 28 februari 2017, advies nr. 323 (alinea 5.5.2) en HJEU 3 februari 2022, C-461/20 (*Advania*, r.o. 36).

74 Overweging 110 considerans Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. art. 72 lid 7 aanhef en onder a richtlijnvoorstel 2011.

bekend onder de noemer “marché de substitution”,⁷⁵ waarvan ook gebruik kan worden gemaakt zonder daartoe strekkende contractuele voorziening.⁷⁶ Het valt zeer te betwijfelen of die door de Conseil d’Etat geaccepteerde lijn Europeesrechtelijk gezien wel stand houdt. Tekortschieten blijft iets anders dan herstructureren.

6.4 DE WIJZIGINGSRUIMTE IS NIET UITGEKRISTALLISEERD

Het moge duidelijk zijn dat de wijzigingsvrijheid en de rechtszekerheid zijn toegenomen. Voordat getoetst wordt of er wezenlijk gewijzigd wordt in de zin van art. 2.163g Aanbestedingswet, kan eerst worden gezien of een beroep op één of meer van de wijzigingsmogelijkheden mogelijk is. De introductie van nieuwe regels brengt veelal echter mee dat ook nieuwe onduidelijkheden ontstaan. Ook kunnen onvolkomenheden in de wetgeving zijn geslopen. Beide doen zich voor met betrekking tot de wijzigingsmogelijkheden. Achtereenvolgens wordt ingegaan op de algemene aard van de opdracht (§ 6.4.1), de oorspronkelijke waarde (§ 6.4.2), de uitwerking van art. 2.163b Aanbestedingswet (§ 6.4.3), de vraag naar kostenstijgingen versus kostenverminderingen (§ 6.4.4), concessie-omissies (§ 6.4.5), de verhouding tussen voorzienbaarheid en zorgvuldigheid (§ 6.4.6), en de reikwijdte van art. 2.163f Aanbestedingswet (§ 6.4.7). Tot slot wordt gesignaleerd dat voor diverse situaties nog de vraag openstaat op welk niveau de toelaatbaarheid van wijzigingen dient te worden getoetst (§ 6.4.8).

6.4.1 Wat is de algemene aard van de opdracht?

In drie gevallen wordt het negatief geformuleerde criterium neergelegd dat de wijziging niet de algemene aard van de opdracht mag wijzigen.⁷⁷ Dit criterium roept de vraag op of het hier gaat om de aard van de wijziging, de omvang van de wijziging, of wellicht beide? En hoe verhoudt dit criterium zich tot het verbod wezenlijk te wijzigen? Wetgever noch HJEU laten zich hierover uit. Echter, de kwalificatie als gemengd criterium lijkt aannemelijk (ad 1). Daarbij kan worden aangenomen dat iedere wijziging van de algemene aard een wezenlijke wijziging inhoudt, maar dat dit *vice versa* niet hoeft te gelden (ad 2).

75 Deze mogelijkheid, de zogeheten ‘mise en régie’, wordt bijvoorbeeld geregeld in art. 49 lid 1 Cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux (versie 2021).

76 Vgl. Conseil d’Etat 18 december 2020, nr. 433386.

77 Art. 2.163b lid 1 onder b, art. 2.163c lid 2 onder c, en art. 2.163e lid 1 onder b Aanbestedingswet. Vgl. art. XV lid 7 GPA 2012 op grond waarvan opties en wijzigingen niet gebruikt mogen worden om de verdragsverplichtingen te schenden. Idem ten aanzien van opties art. XIII lid 5 GPA 1994 en art. V lid 15 GPA 1988. Het is onduidelijk hoe art. XV lid 7 GPA 2012 zich op dit punt verhoudt tot art. 72 Richtlijn 2014/24/EU.

Ad 1) Een gemengd criterium

In diverse bronnen is over dit criterium nagedacht. Zo valt in de considerans bij de onvoorzienbare omstandigheden-regeling te lezen dat die mogelijkheid niet van toepassing is *“in gevallen waarin een wijziging tot een verandering van de aard van de gehele aanbesteding leidt, bijvoorbeeld als werken, leveringen of diensten worden vervangen door iets anders of als het soort aanbesteding wezenlijk wordt veranderd, aangezien dan kan worden aangenomen dat het resultaat is beïnvloed.”*⁷⁸

Volgens de Nederlandse wetgever is de wijziging van een werkenopdracht naar een dienstenopdracht een wijziging van de algemene aard, net als die van een leveringenopdracht naar een werkenopdracht, en die van een raamovereenkomst naar een reguliere opdracht. Ook noemt hij als voorbeeld de aanschaf van vijf apparaten waaraan een testperiode werd gekoppeld. Als die testperiode succesvol wordt doorlopen, mogen niet op grond van een optie vijf andersoortige apparaten worden gekocht.⁷⁹

Op haar beurt heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts de wijziging van een concessie naar een overheidsopdracht als wijziging van de algemene aard aangemerkt.⁸⁰ Ook heeft zij niet uitgesloten dat het aanbieden van bepaalde kansen in het kader van een kansendossier hiertoe kan leiden.⁸¹ Echter, het naar achteren verschuiven van een implementatietermijn, waarbij de te leveren prestaties dezelfde blijven, levert geen wijziging van de algemene aard op.⁸²

Volgens de Europese Commissie wordt de grens overschreden wanneer de overeenkomst in *“something completely different”* verandert. Als voorbeelden noemt zij de situatie dat een vloot auto's wordt gekocht in plaats van geleased, of dat het criterium wordt verlaten dat het eten in overheidskantines biologisch dient te zijn. Ook benoemt zij als voorbeeld een vertienvoudiging (de koop van 10 bussen met een optie tot de levering van 100 bussen).⁸³

Een greep uit de literatuur leert dat daarin zowel de aard als de omvang van de wijziging relevant worden geacht. Risvig Hamer legt de nadruk op de aard van de wijziging.⁸⁴ Poulsen en Smith lijken daar ook van uit te gaan, gelet op hun

78 Overweging 109 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

79 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 93 en 94.

80 CvAE 18 mei 2017, advies nr. 400 (alinea 5.10).

81 CvAE 4 januari 2021, advies nr. 601 (alinea 5.6.7).

82 CvAE 21 augustus 2020, advies nr. 585 (alinea 5.12.2).

83 Commission non paper 2012 cluster 8, p. 18 - 20. Anders: Chao-Duivis en Versteeg 2016, vraag en antwoord 14. Zij lijken een vertienvoudiging op grond van een herzieningsclausule wel voorzichtig toe te staan.

84 Risvig Hamer 2014, § 2.4.

voorbeeld dat een zwembad wordt gebouwd in plaats van een school.⁸⁵ Borger en van 't Hooft hanteren een vergelijkbaar voorbeeld, namelijk de bouw van studentenwoningen in plaats van een kantoorgebouw vanwege gewijzigde marktomstandigheden.⁸⁶ Bij Hansen, Treumer & Andhov zijn voorbeelden van beide elementen te vinden.⁸⁷ Arrowsmith stelt dat het duidelijk gaat om de aard van de werken, diensten of leveringen, maar ook dat een vertienvoudiging niet is toegestaan.⁸⁸ Treumer merkt op dat een in financiële zin beperkte wijziging nog steeds een significante impact op de mededinging kan hebben.⁸⁹

Daarom lijkt het aannemelijk dat sprake is van een gemengd criterium. Op zichzelf is dit begrijpelijk, ware het niet dat de gekozen voorbeelden direct een discussiepoint opwerpen, namelijk de relatie met het verbod wezenlijk te wijzigen.

Ad 2) Relatie met het verbod wezenlijk te wijzigen

In de aangehaalde bronnen wordt gesproken van de wijziging van de algemene aard van de opdracht als “*het resultaat is beïnvloed*”, of wanneer ook andere ondernemers geïnteresseerd kunnen zijn geraakt, of indien de opdracht is vertienvoudigd. Deze voorbeelden ademen sterk de tekst van art. 2.163g Aanbestedingswet. De beïnvloeding van het resultaat en de wijziging van de kring van gegadigden staan bijvoorbeeld verwoord in lid 3 aanhef en sub a van dit artikel. Voor de vertienvoudiging van de opdracht kan worden aangesloten bij de aanzienlijke verruiming van sub c. En de CvAE heeft die relatie gelegd in het kansendossier-advies: “*Zo mag een kans de algemene aard van de opdracht of de kring van potentiële gegadigden niet wijzigen (vgl. artikel 2.163b en 2.163g Aw 2012).*”⁹⁰

Deze voorbeelden doen vermoeden dat de analyse of de algemene aard is gewijzigd dezelfde is als de toets of wezenlijk wordt gewijzigd.⁹¹ Dit zou echter de toegevoegde waarde van het algemene-aard-criterium ondergraven en de meerwaarde van de wijzigingsmogelijkheden grotendeels teniet doen.⁹² Dan zou immers eerst moeten worden getoetst of wezenlijk wordt gewijzigd. Zo ja, dan kan

85 Poulsen 2012, § 5.2. Dit voorbeeld wordt aangehaald door Smith 2017, p. 196 met de kanttekening dat het maar de vraag is of een aannemer een dergelijke wijziging zou accepteren.

86 Borger & Van 't Hooft 2013, p. 94.

87 Hansen, Treumer & Andhov 2018, § 4.1.2. Smits-Govaert 2022, § 5 spreekt over kwantitatieve en kwalitatieve elementen.

88 Arrowsmith 2014, p. 600.

89 Treumer 2014b, § 2.4.

90 CvAE 4 januari 2021, advies nr. 601 (alinea 5.6.7).

91 In HJEU 3 oktober 2019, C-285/18 (*Irgita*, r.o. 63) krijgt de nationale rechter onder meer de opdracht mee na te gaan of een transactie “*een wezenlijke wijziging van de algemene opzet van de aan Irgita gegunde opdracht*” vormt. Het Hof verduidelijkt echter niet wat hij bedoelt en verwijst evenmin naar art. 72 Richtlijn 2014/24/EU.

92 In vergelijkbare zin: Van Garsse en Verhoeven 2019, § 2.2.3 ad b.

geen beroep meer worden gedaan op de wijzigingsmogelijkheden. Die uitleg verhoudt zich moeizaam tot de letter en geest van de regeling.⁹³ Vereenzelviging kan dus niet de bedoeling zijn.

Het algemene-aard-criterium dient kan worden beschouwd als correctiemechanisme voor fundamentele wijzigingen. Als stelregel kan worden gehanteerd dat iedere wijziging van de algemene aard een wezenlijke wijziging inhoudt, maar dat *vice versa* niet zonder meer hetzelfde geldt. Wanneer het omslagpunt bereikt wordt, kan in algemene zin niet worden vastgesteld. Wel lijkt dit in ieder geval zo te zijn wanneer de opdracht van kleur verschiet, bijvoorbeeld van een concessie naar een dienstenopdracht. Dan wijzigt niet alleen de kring van geïnteresseerde ondernemers, maar ook het toepasselijke aanbestedingsrechtelijke regime.

Als voorbeeld dient wederom de situatie dat een concessieverlener een exploitatiegat op zodanige wijze dicht dat de concessiehouder niet langer het concessierisico draagt, waardoor de concessie van kleur verschiet naar een reguliere overheidsopdracht.⁹⁴ In beginsel kan die bijdrage binnen de financiële kaders vallen van art. 2.163b (percentages en drempelwaarde), 2.163c (“*ongeacht de geldelijke waarde ervan*”), of 2.163e (de 50%-drempel) Aanbestedingswet. Desondanks is die bijdrage op grond van het algemene-aard-criterium niet toegestaan. Dan heeft het correctiemechanisme ook zijn meerwaarde.

6.4.2 Wat is de oorspronkelijke waarde?

In art. 2.163b, 2.163d, en 2.163e Aanbestedingswet geldt de “*waarde van de oorspronkelijke opdracht*” als referentiepunt. De wet en parlementaire geschiedenis definiëren dit begrip niet.⁹⁵ Vooropgesteld dat een waarde redelijkerwijs gecalculeerd kan worden,⁹⁶ is nog steeds onzeker van welk referentiepunt dient te worden uitgegaan. Betreft dit de waarde die bij de aankondiging van een opdracht dient te worden gecommuniceerd (‘de geraamde waarde’) of de waarde die in de aankondiging van de gegunde opdracht dient te worden opgenomen (‘de aangeboden waarde’).⁹⁷ De geraamde waarde is relevant bij de beoordeling of een aan-

93 Overweging 107 considerans Richtlijn 2014/24/EU. Idem: Commission non paper 2012 cluster 8, p. 20 en 21 en Commission non paper 2012 cluster 1, p. 19. Volgens Treumer 2011, § 4.3 genieten aanbestedende diensten hier een aanzienlijke discretionaire beoordelingsruimte.

94 Het voorbeeld van de vertienvoudiging van de opdracht vind ik niet bruikbaar. Er kan dan immers hoe dan ook geen rechtmatig beroep op het wijzigingenmandje en de onvoorzienbare omstandigheden-regeling worden gedaan, tenzij in het laatstgenoemde geval het speciale sectorenregime van toepassing is (in welk geval het 50%-plafond niet geldt).

95 Vgl. Koster-Robaard 2021, p. 271.

96 Wat bij bijvoorbeeld raamovereenkomsten niet altijd mogelijk is, terwijl de wijzigingsmogelijkheden ook daarop betrekking hebben. Zie daarover nader § 6.4.8.

97 Art. 2.15, art. 2.62 lid 3 jo. Bijlage VIII Deel C sub 7 en 8, Bijlage VIII Deel D sub 13 Richtlijn 2014/24/EU.

bestedingsverplichting bestaat. Daarnaast kunnen ondernemers op basis hiervan inschatten in welke orde van grootte de opdracht ligt. De aangeboden waarde kan daarvan om allerlei redenen afwijken. Die waarde bepaalt vaak de omvang van de betalingsverplichting van de aanbestedende dienst, zodat het in beginsel zuiverder lijkt om daarvan uit te gaan.⁹⁸

Echter, ook de aangeboden waarde kan soms niet veel meer inhouden dan een benadering. Dit is het geval voor raamovereenkomsten, waarbij de omvang van de prestaties nog onzeker is.⁹⁹ Tijdens de aanbestedingsprocedure wordt daarom wel met fictieve inschrijfsommen gewerkt. Die inschrijfsom is het resultaat van (verreken)prijzen voor de afzonderlijke prestaties vermenigvuldigd met de fictieve hoeveelheden die de aanbestedende dienst vooraf heeft ingevuld. De gunnings-systematiek is er meestal op gericht te gunnen aan de inschrijver met de laagste fictieve inschrijvingssom. Voor de uitvoering zijn echter de (verreken)prijzen relevant. Die prijzen worden gebruikt voor het bepalen van de hoogte van de betalingsverplichting. Daarvoor wordt meestal een rekensom gebruikt die neerkomt op uitgevoerde hoeveelheid prestaties x aangeboden prijs = hoogte (termijn)betaling.

In die situatie gaan zowel de geraamde als de aangeboden waarde uit van een fictie. Bij gebrek aan een duidelijke richting vanuit de (Unie)wetgever en de jurisprudentie, bestaat enige onzekerheid van welke waarde dan moet worden uitgegaan. De aangeboden waarde lijkt echter het meest geschikt. Hoewel fictief, is zij wel mede het resultaat van prijzen die vervolgens gehanteerd zullen worden. Daarnaast rust op de aanbestedende dienst een verplichting om bij zijn raming van de raamovereenkomst de werkelijkheid zo nauwkeurig mogelijk te benaderen,¹⁰⁰ wat zijn weerslag dient te krijgen in de fictieve hoeveelheden die hij opgeeft. Zodoende lijkt een nauwkeurigere aanname mogelijk dan wanneer wordt uitgegaan van de geraamde waarde. Daarnaast schept een eenvormige benadering duidelijkheid.

Verder is onzeker hoe omgegaan dient te worden met opties en herzieningsclausules. Dienen zij te worden meegenomen in het bepalen van de oorspronkelijke waarde, terwijl dan nog onzeker is of ervan gebruik zal worden gemaakt? Opties dienen ingevolge art. 2.15 Aanbestedingswet deel uit te maken van de geraam-

98 Art. 6:217 lid 1 BW. Vgl. art. 2.129 Aanbestedingswet en de bepalingen waarin onderscheid gemaakt wordt tussen de mededeling van de gunningsbeslissing en de mogelijkheid tot het sluiten van de overeenkomst, zoals art. 2.26 aanhef en onder g en h Aanbestedingswet.

99 In art. 63 UNCITRAL Model Law on Public Procurement 2011 wordt het verbod neergelegd dat het voorwerp van een raamovereenkomst tijdens de looptijd wordt gewijzigd. Overige wijzigingen mogen worden doorgevoerd voor zover daarin uitdrukkelijk is voorzien.

100 Zie art. 2.15 lid 3 Aanbestedingswet; HJEU 19 december 2018, C-216/17 (*Autorita*, r.o. 57 - 70); HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*); hof Den Haag 17 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5247 (r.o. 4.5); en CROW 2014, p. 30 en 38.

de waarde. Dat ligt anders voor herzieningsclausules, waarvan de waarde veelal moeizaam is te ramen. In § 3.3.2 en 3.5.2 is daarnaast toegelicht dat opties in de gunningssystematiek dienen te worden meegenomen, maar herzieningsclausules niet. In lijn daarmee lijkt het consistent om een optie onderdeel te laten zijn van de oorspronkelijke waarde als deze een rol heeft gespeeld in de gunning.

Dit uitgangspunt lijkt te worden bevestigd door de jurisprudentie van het HJEU, specifiek de Griekse kadaasterzaak die hiervoor al aan de orde kwam. Het HJEU volgt daarin onder meer het betoog van de Europese Commissie dat “*le montant des marchés complémentaires concernés dépasse, dans chaque cas, le seuil de 50 % du montant des marchés initiaux fixé par les directives 92/50 et 2004/18*”.¹⁰¹ Het oorspronkelijke-waarde-criterium wordt gekoppeld aan de regels van Richtlijnen 92/50/EEG en 2004/18/EG. Aannemelijk is dat wordt bedoeld op de regels inzake waarderaming, in welk verband opties en verlengingen meewegen.¹⁰²

Stel nu dat een aanbestedende dienst besluit een optie niet te lichten waarna zich de eerste wijzigingen voordoen. Mag hij bij een beroep op een wijzigingsmogelijkheid de optie dan meenemen in het bepalen van de oorspronkelijke waarde? Volgens Aquilina zou dit indruisen tegen de geest van de Richtlijnen.¹⁰³ Deze veilige lijn is nog niet door de wetgever of het HJEU bevestigd of weersproken. Het lijkt echter dat een optie wel mag worden meegenomen, mits aangetoond kan worden dat die optie werkelijk een rol heeft gespeeld in de waarderaming en de gunning. Herzieningsclausules dienen wel buiten beschouwing te worden gelaten, gelet op de onzekerheden die daaraan kleven en de bijbehorende rol die zij in een aanbestedingsprocedure spelen.

6.4.3 De uitwerking van art. 2.163b Aanbestedingswet

Hoewel het bestaan van het wijzigingenmandje kan worden toegejuicht, kunnen bij de uitwerking ervan kritische kanttekeningen worden geplaatst, namelijk: de ongelijkheid in de regeling (ad 1), de onduidelijkheid over het geïndexeerde bedrag (ad 2), en de betekenis van het begrip netto cumulatieve waarde (ad 3).

Ad 1) Ongelijkheid

Op grond van art. 2.163b Aanbestedingswet is wijziging toegestaan tot een bepaald percentage en tot de toepasselijke drempelwaarde. Voor werken geldt een percentage van 15%, tegen 10% voor diensten en leveringen. Die 10% geldt ingevolge art. 2a.53 Aanbestedingswet ook voor concessies. De drempelwaarde voor werken is € 5.382.000, voor leveringen en diensten ten behoeve van de centrale

101 HJEU 27 oktober 2011, C-601/10 (*Commissie/Griekenland*, r.o. 34 en 35).

102 Zie ook art. 7 lid 7 Richtlijn 92/50/EEG en art. 9 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG.

103 Aquilina 2018, § 3.2.

overheid € 140.000, en € 215.000 ten behoeve van decentrale overheden.¹⁰⁴ Het samenspel tussen deze twee criteria maakt dat de wijzigingsruimte bij leveringen en diensten veel kleiner is dan bij werken.

Stel, een ministerie wil één van haar gebouwen verbouwen. Ook heeft zij een nieuw ICT-systeem nodig. Beide projecten kosten € 6 miljoen. Voor de verbouwing beschikt het ministerie over een wijzigingenmand van € 900.000, wat ruimschoots onder de drempelwaarde is. De volledige 15% kan pas niet langer worden benut vanaf een opdrachtwaarde van circa € 35.900.000.¹⁰⁵ Voor de ICT-opdracht is de ruimte 'slechts' € 139.999, omdat 10% van € 6 miljoen € 600.000 bedraagt wat ruimschoots boven de drempelwaarde is. Er bestaat ruimte om tot circa 2,3% van de opdrachtwaarde te wijzigen. De volledige 10% kan alleen worden benut voor opdrachten met een waarde tot € 1.4 miljoen.

Gesteld kan worden dat het effect in zekere zin tegengesteld is aan het beoogde doel. Immers, hoe groter de contractwaarde, hoe kleiner de relatieve wijzigingsruimte. Dit, terwijl het onlogisch is minder zekerheid te bieden aan grotere opdrachten dan aan kleinere. Zodoende maakt de wet een ongerechtvaardigd verschil, althans wordt onvoldoende uitgelegd waarom dit verschil zou moeten worden gemaakt. Deze ongelijkheid komt zowel voort uit de veel lagere drempelwaarde als uit de procentuele wijzigingsruimte.

Op die eerste heeft de Uniewetgever geen volledige invloed doordat deze in WHO-verband wordt vastgesteld. Weliswaar is in de considerans opgemerkt dat in de volgende onderhandelingsronde over de GPA-overeenkomst moet worden nagedacht over een verhoging van de drempels, maar daar hoeft weinig van verwacht te worden.¹⁰⁶ In 2017 heeft de minister van Economische Zaken aangegeven dat op dat moment geen onderhandelingen liepen, dat die ook niet werden voorzien in de nabije toekomst, en dat het onderwerp van verhoging van de drempels in EU-verband niet leeft.¹⁰⁷ Dit laatste bleek ook bij de periodieke herziening van de drempelwaarden in 2019, die toen naar beneden werden bijgesteld.¹⁰⁸

Echter, de GPA-overeenkomst kent niet een met de wijzigingenmand vergelijkbare regeling. Het staat de Uniewetgever daarom vrij het drempelwaarde-criterium (deels) te schrappen. Ook kan zij de procentuele wijzigingsruimte naar 15% bijstellen. Hoewel ieder percentage tot op zekere hoogte arbitrair is, valt zonder nadere toelichting niet in te zien waarom bij werkenopdrachten per definitie 5% meer wijzigingsbehoefte zou bestaan. Welke keuze ook wordt gemaakt, het ver-

104 De overige drempels en eventuele indexaties worden hier buiten beschouwing gelaten.

105 15% is dan namelijk € 5.385.000. De huidige drempelwaarde voor werkenopdrachten bedraagt € 5.382.000 excl. BTW.

106 Overweging 18 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

107 Verslag schriftelijk overleg, TK 2016-2017, 21 501-30, nr. 395, p. 7.

108 Verordening 2019/1828/EU.

dient aanbeveling de wijzigingsruimte op dit punt gelijk te trekken zonder dat die ruimte wordt gereduceerd ten opzichte van de huidige situatie.

Ad 2) Het geïndexeerde bedrag

Art. 2.163b lid 2 Aanbestedingswet bepaalt dat, als een indexeringsclausule is gehanteerd, “*voor de berekening van het bedrag, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, het geactualiseerde bedrag als referentiewaarde [wordt] gehanteerd*”. Op die plaats wordt echter gerept over zowel “*het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat*” als “*het toepasselijke bedrag, bedoeld in artikelen 2.1 tot en met 2.6*”. Ondanks deze taalkundige dubbelzinnigheid, kan alleen bedoeld worden op het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat. Anders zouden partijen de drempelwaarden kunnen indexeren, terwijl dit aan de Europese Commissie is voorbehouden.¹⁰⁹ Te meer is dit aannemelijk, nu art. 2.163d lid 2 Aanbestedingswet wel verwijst naar de prijs van de wijziging en beide bepalingen art. 72 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU implementeren.

Dan rijst de vraag waarom indexatie op zijn plaats is. Er wordt immers geen optie gelicht waarvan de prijs al eerder is overeengekomen. De prijs van de wijziging wordt op dat moment berekend. Nu kan gesteld worden dat de Uniewetgever het oog had op indexatie van overeengekomen eenheidsprijzen. Dat ligt echter niet voor de hand. Het object van de regeling verschuift dan naar de indexatie van één prijscomponent, die samen met andere componenten de prijs van de wijziging vormt. Verder wordt lang niet altijd met eenheidsprijzen gewerkt. Dan zou de reikwijdte dus beperkt zijn, terwijl de bewoordingen van art. 72 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU daar geen aanleiding toe geven.

Een andere uitleg is dat de Uniewetgever wilde regelen dat de waarde van de oorspronkelijke opdracht wordt geïndexeerd. Dit lijkt aannemelijk, omdat dit een objectieve vergelijking mogelijk maakt tussen de waarde van de wijziging en die van de oorspronkelijke opdracht. Dit staat er alleen niet. In art. 72 Richtlijn 2014/24/EU ziet ‘prijs’ op de prijs van de wijziging, en ‘waarde’ op de waarde van de oorspronkelijke opdracht.¹¹⁰ Lid 3 daarvan bepaalt: “*Voor de berekening van de in lid 2 en lid 1, onder b) en c), vermelde prijs wordt - voor zover de opdracht in een indexeringsclausule voorziet - de geactualiseerde prijs als referentiewaarde gehanteerd.*”

Een vergelijking met de andere Richtlijnen biedt geen uitsluitsel. Art. 89 lid 3 Richtlijn 2014/25/EU regelt de prijs van de wijziging in het kader van het wijsi-

109 Art. 6 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. overweging 18 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

110 Art. 72 lid 1 onder b slot, onder c sub iii, en lid 2 aanhef Richtlijn 2014/24/EU waar van ‘bedrag’ wordt gesproken. In de Engelse, Duitse, Franse, Italiaanse en Spaanse taalversies wordt een vergelijkbaar onderscheid gemaakt. In het Duits wordt telkens ‘Wert’ gehanteerd.

gingenmandje uit lid 2, terwijl in dat lid alleen het begrip ‘waarde’ wordt gebruikt. In art. 43 lid 3 Richtlijn 2014/23/EU wordt weliswaar gesproken over de geactualiseerde waarde, maar in de rest van het artikel wordt gesproken over zowel de ‘waarde van de wijziging’ als de ‘waarde van de oorspronkelijke opdracht’. Tekstueel staan nog steeds beide opties open. Desalniettemin lijkt de enige objectief juiste uitleg dat de waarde van de oorspronkelijke opdracht wordt geïndexeerd. Ook de Franse wetgever is van deze lezing uitgegaan.¹¹¹

Art. 43 lid 3 Richtlijn 2014/23/EU bepaalt tot slot dat, indien de concessie geen indexeringsclausule bevat, bij de berekening van de geactualiseerde waarde rekening wordt gehouden met de gemiddelde inflatie in de betreffende lidstaat. Deze toevoeging ontbreekt zonder reden in de andere Richtlijnen. Meerjarige samenwerking komt echter ook regelmatig voor bij overheidsopdrachten en speciale sectoropdrachten, zodat een algemene indexatieregeling ook dan op zijn plaats lijkt.

Ad 3) Wat is de netto cumulatieve waarde?

Art. 2.163b lid 3 Aanbestedingswet bepaalt dat bij opeenvolgende wijzigingen “*de waarde [wordt] beoordeeld op basis van de netto cumulatieve waarde van die opeenvolgende wijzigingen.*” De Uniewetgever heeft het begrip ‘netto cumulatieve waarde’ niet gedefinieerd, en het HJEU heeft zich hierover nog niet uitgesproken. Ook de Franse rechtsbronnen lijken hierover te zwijgen. Wel heeft de Europese Commissie gesteld: “*That means that all of the modifications count toward the maximum.*”¹¹² De Nederlandse wetgever heeft daaraan toegevoegd dat, als de waarde boven (één van) de drempel(s) komt, de regeling kan worden toegepast tot aan de wijziging die de overschrijding heeft bewerkstelligd.¹¹³

Voor toevoegingen is dit een eenvoudige optelsom. Dat ligt anders bij zowel meer- als minderwerk. Stel: de wijzigingsruimte is 100, met meerwerk = 90 en minderwerk = 20. Wordt de netto cumulatieve waarde berekend op basis van meerwerk minus minderwerk, dan wordt binnen de kaders gehandeld. Met een rekenmethode meerwerk plus minderwerk wordt de grens met 10 overschreden.

Door Rasenberg is verdedigd dat de waarde van minderwerk in mindering mag worden gebracht op de cumulatieve waarde van de eerdere wijzigingen.¹¹⁴ Hebly en Van den Boogaart hebben de juistheid van die benadering betwijfeld.¹¹⁵ Met Hebly heb ik verdedigd dat twee benaderingen mogelijk zijn.¹¹⁶ In de eerste benadering staat de netto-cumulatieve waarde gelijk aan het saldo van meer- en

111 Art. R3135-4 Code de la Commande publique waarin dit tot uitdrukking wordt gebracht in relatie tot concessies.

112 Europese Commissie 2018, p. 115.

113 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 93.

114 Rasenberg 2017, § 3 onder ad a.

115 Hebly & Van den Boogaart 2017, § II.1.

116 Hebly & Plas 2021, commentaar op art. 2.163b Aanbestedingswet, aant. 4.

minderwerk. In de tweede benadering, die onze voorkeur geniet, wordt gekeken naar de waarde van elke wijziging waarbij rekening wordt gehouden met samenhangend meer- en minderwerk.

Daarvan uitgaande, dient een dubbele rekensom te worden uitgevoerd. Stel dat een nieuw gebouw wordt gerealiseerd. De voorgeschreven heipalen met waarde 70 worden vervangen door duurdere vibropalen met waarde 90. Ook wordt de vijfde toiletgroep met waarde 15 geschrapt. In dit voorbeeld lijkt het dan aannemelijk om de netto cumulatieve waarde dan op $(20 + 15 =) 35$ te waarderen. Het lijkt onjuist dat die waarde dan $(90 - 15 =) 75$ of $(90 + 15 =) 105$ bedraagt.¹¹⁷ De fundering moest er namelijk altijd al komen, terwijl de toiletgroep afzonderlijk dient te worden gewaardeerd.

6.4.4 Kostenstijging of ook kostenvermindering?

Bij noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden en onvoorzienbare omstandigheden geldt de regel dat de prijsverhoging maximaal 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht bedraagt. De Uniewetgever neemt dus aan dat een wijziging tot een prijsverhoging leidt. Echter, door onvoorzienbare omstandigheden kan een opdracht ook in omvang verminderen. Daarbij kan gedacht worden aan facilitaire voorzieningen die door de coronacrisis nog slechts beperkt nodig waren, of aan het gedecimeerde gebruik van het openbaar vervoer.¹¹⁸ Dit is relevant nu ook een verkleining tot een wezenlijke wijziging kan leiden.¹¹⁹

Het zou daarom van rechtsongelijkheid getuigen wanneer voor die gevallen de weg naar art. 2.163e Aanbestedingswet niet openstaat. Nu heeft de Uniewetgever de deur op een kier gezet voor een uitleg die het toestaat het begrip ‘prijsverhoging’ te lezen als ‘prijswijziging’, zie het verplicht gestelde formulier voor de publicatie van een wijziging: “*Indien van toepassing, prijsstijging als gevolg van de wijziging*”.¹²⁰ Toch is dit maar een mager aanknopingspunt. Deze discrepantie valt de Uniewetgever niet helemaal tegen te werpen. Tot 2016 lag de focus op wijzigingen die een prijsverhoging tot gevolg hadden. Dat doet er niet aan af dat opdrachtverkleiningen momenteel onvoldoende worden ondervangen. Een consistente regeling dient daar wel rekening mee te houden, zodat aanpassing op zijn plaats lijkt. Een uitleg in de geest van de Richtlijnen brengt tot die tijd mee dat ook wijzigingen met een prijsverlaging via art. 2.163e Aanbestedingswet kunnen worden gerechtvaardigd.¹²¹

117 Olivera 2015, § V.3 gaat hiervan uit zonder rekening te houden met de mogelijkheid van samenhangend meer- en minderwerk.

118 Dit laatste los van de rudimentaire regels uit Verordening 1370/2007/EG.

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

120 Bijlage V Deel G sub 5 Richtlijn 2014/24/EU. Zie ook Plas 2020a.

121 Idem: Bogdanowicz 2021, p. 98. Vgl. Olivera 2015, § V.1.

6.4.5 Concessie-omissies

Hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet is ingevolge art. 2a.53 Aanbestedingswet van overeenkomstige toepassing op concessies. De Nederlandse wetgever heeft zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat volstaan wordt met een verwijzing, aangezien de bepalingen materieel gelijk zouden zijn.¹²²

Ten eerste gaat die stelling mank met betrekking tot de 50%-drempel uit art. 2.163d en 2.163e Aanbestedingswet. Uit de concessierichtlijn blijkt dat die drempel niet van toepassing is op concessies die worden gegund inzake activiteiten als bedoeld in bijlage II bij die Richtlijn.¹²³ Daarin staan activiteiten op het gebied van gas en warmte, elektriciteit, openbaar vervoer, de exploitatie van zee- en luchthavens, postdiensten, en de winning van fossiele brandstoffen. Deze activiteiten vallen onder de reikwijdte van de speciale sectorrichtlijn.¹²⁴ Aldus heeft de Uniewetgever een met die Richtlijn consistente regeling willen treffen, omdat in art. 89 Richtlijn 2014/25/EU evenmin een 50%-drempel is opgenomen.

Een tweede ommissie betreft de reeds besproken indexeringen. De concessierichtlijn regelt dat, indien de concessie geen indexeringsclausule bevat, van de gemiddelde inflatie in de lidstaat dient te worden uitgegaan. Deze regeling staat niet in art. 2a.53 Aanbestedingswet. Dit terwijl sprake is van een dwingend geformuleerd voorschrift dat van belang is gelet op de doorgaans langjarige duur van concessies.

In deze gevallen biedt de Uniewetgever dus een ruimere wijzigingsvrijheid dan de Aanbestedingswet doet vermoeden. Desondanks bestaat er geen aanleiding dat de Nederlandse wetgever een strikter kader heeft willen introduceren. Het verdient aanbeveling de Aanbestedingswet hierop aan te passen.

6.4.6 Voorzienbaarheid en zorgvuldigheid

In § 6.3.2 is de gedeelde geschiedenis van art. 2.163d en 2.163e Aanbestedingswet behandeld. Een verschil is dat art. 2.163e vereist dat de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien, waarbij het zorgvuldigheidsvereiste per geval wordt ingevuld.¹²⁵ Deze zorgvuldigheidseis wordt in art. 2.163d niet gesteld. Betekent dit dat een onzorgvuldig handelende aanbestedende dienst gebruik kan maken van deze mogelijkheid? Die mogelijkheid is in de literatuur wel gesuggereerd en bekritiseerd.¹²⁶ In de jurisprudentie is die vraag nog niet beantwoord.

122 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 105. Vgl. de transponeringstabel op p. 131.

123 Art. 43 lid 1 onder b slotalinea en onder c sub iii Richtlijn 2014/23/EU.

124 De watersector wordt hier niet genoemd. Activiteiten uit die sector zijn ingevolge art. 10 Richtlijn 2014/25/EU als speciale sectoractiviteit aan te merken. Zie over deze keuzes overweging 40 considerans en art. 12 Richtlijn 2014/23/EU.

125 Overweging 109 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

126 Blaisse-Verkooijen 2016, § 3 en Rasenberg 2017 § 2, ad 3.

Enerzijds kan betoogd worden dat de Uniewetgever het zorgvuldigheidsvereiste wel had gesteld als zij de werkingssfeer van deze grondslag wilde beperken.¹²⁷ Arrowsmith lijkt van deze lezing uit te gaan waar zij stelt dat deze mogelijkheid kan worden gebruikt “*when the circumstances were foreseeable but the authority failed to foresee them or failed to provide for them for other reasons*”.¹²⁸ Deze lezing heeft te meer zijn merites gelet op het gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden, dat ertoe leidt dat aan de inhoud van de gestelde criteria veel belang toekomt. Het inlezen van aanvullende criteria heeft tot gevolg dat de wijzigingsmogelijkheden feitelijk verkleind worden.

Anderzijds is het onrealistisch aan te nemen dat het zorgvuldigheidsvereiste geheel terzijde geschoven wordt. Zorgvuldigheid kan als algemeen aanbestedingsrechtelijk beginsel worden gezien.¹²⁹ In het verlengde daarvan ligt dat in art. 2.163d lid 1 onder a het vereiste wordt gesteld dat de aanvullende prestaties noodzakelijk zijn geworden.¹³⁰ Die noodzaak dient dus tijdens de uitvoering te zijn opgekomen. Voorzienbare fouten hebben weliswaar tot gevolg dat tijdens de uitvoering gewijzigd dient te worden, maar die noodzaak ligt besloten in een onvoldragen voorbereiding, zodat gesteld kan worden dat daarom niet aan de eisen van art. 2.163d wordt voldaan.

Voor beide lezingen valt iets te zeggen. Ook is het zo dat, ongeacht voor welke lezing de voorkeur wordt uitgesproken, omzeilingsconstructies nimmer mogen worden toegestaan.¹³¹ Dit laat onverlet de vraag hoe met vermijdbare fouten dient te worden omgegaan. Fouten maken blijft menselijk. Het lijkt onevenredig om dan categorisch een beroep op art. 2.163d te ontfangen. Daarvan uitgaande, kunnen bepaalde fouten via art. 2.163d gerepareerd worden, met dien verstande dat de grens getrokken wordt bij grove onzorgvuldigheid. Verder lijkt het wenselijk dat de rol van het zorgvuldigheidsvereiste door de Uniewetgever, althans het HJEU, wordt verduidelijkt.

6.4.7 Reikwijdte van art. 2.163f Aanbestedingswet

Hiervoor is toegelicht dat art. 2.163f aanhef en onder b Aanbestedingswet de wijzigingsmogelijkheden vergroot. Centraal in die bepaling staat het begrip herstructurering. Wijziging is namelijk toegestaan bij: “*rechtsopvolging [...] ten gevolge*

127 Dit indachtig het Romeinsrechtelijke adagium *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*.

128 Arrowsmith 2014, p. 602.

129 Zie § 3.2.2. Vgl. o.a. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 36); HJEU 11 september 2014, C-19/13 (*Fastweb II*, r.o. 50); HJEU 31 januari 2013, T-540/10 (*Commissie/Spanje*, r.o. 71, 83, 104, 107) en T-235/11 (*Commissie/Spanje*, r.o. 88, 90 en 102); en HJEU 19 maart 2010, T-50/05 (*European Dynamics*, r.o. 119 - 125).

130 Idem: art. 72 lid 1 onder b Richtlijn 2014/24/EU.

131 Art. 1.10a lid 1 Aanbestedingswet. Vgl. § 2.3.

van herstructurering van de onderneming, onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer [...]”.¹³² Op deze plaats vragen twee punten de aandacht met betrekking tot dit begrip.¹³³

Ten eerste wordt het begrip niet gedefinieerd. Zodoende is niet geheel duidelijk vanaf wanneer de Uniewetgever herstructurering aanwezig acht. Gelet op de genoemde voorbeelden en vanuit het oogpunt van een consistente toepassing van het Unierecht, valt er wat voor te zeggen dat aangesloten wordt bij de definitie zoals die nadien in de Herstructureringsrichtlijn is neergelegd: “*maatregelen die gericht zijn op het herstructureren van het bedrijf van de schuldenaar, waaronder ten minste het wijzigen van de samenstelling, de voorwaarden of de structuur van de activa en passiva van een schuldenaar of van een ander deel van de kapitaalstructuur van de schuldenaar, zoals de verkoop van activa of bedrijfsonderdelen en, indien het nationaal recht hierin voorziet, de verkoop van een bedrijf ‘as going concern’, evenals alle benodigde operationele wijzigingen of een combinatie van deze elementen*”.¹³⁴

In het verlengde hiervan ligt de rol van het begrip ‘insolventie’. Tekstueel wordt insolventie nu als toegestane vorm van herstructurering beschouwd. Dit wijkt af van art. 72 lid 3 Richtlijnvoorstel waarin gesproken werd van “*herstructurering van de onderneming of insolventie*”. Daarmee is insolventie verschoven van een categorie naar een voorbeeld.¹³⁵ De totstandkomingsgeschiedenis biedt geen antwoord op de vraag of dit een bewuste inhoudelijke aanpassing is geweest.¹³⁶ Gevolg is onduidelijkheid over de vraag hoe het herstructureringsvereiste bij insolventie dient te worden uitgelegd.

In de beperkte nationale jurisprudentie wordt over deze kwestie verschillend over gedacht. Volgens de Rb. Overijssel geldt dit vereiste niet, volgens de CvAE wel.¹³⁷ Ook de nationale literatuur is verdeeld. Enerzijds is gesuggereerd dat deze grondslag niet rechtmatig kan worden ingeroepen bij de losse verkoop van een opdracht uit de boedel.¹³⁸ Anderzijds betogen Everhardus en Van Deinsen op basis van een

132 Zoals geciteerd uit art. 72 lid 1 sub d Richtlijn 2014/24/EU.

133 De verwijzing naar geschiktheidseisen in art. 2.163f sub b Aanbestedingswet vormt een onvolledige implementatie. Art. 72 lid 1 sub d onder ii Richtlijn 2014/24/EU spreekt namelijk over het voldoen aan de ‘aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie’. Daaronder vallen blijkens onderafdeling 3.3.1 van die Richtlijn ook de uitsluitingsgronden.

134 Art. 2 lid 1 onder 1 Richtlijn 2019/1023/EU. Op het moment van schrijven is deze richtlijn nog niet omgezet.

135 Dit is in de Engelse, Franse, Duitse, Italiaanse, en Spaanse taalversies niet anders.

136 Deze tekstuele aanpassing volgt uit het compromisvoorstel van 6 juni 2013, interinstitutional file 2011/0438 (COD), nr. 10580/13. Daarin wordt die keuze niet toegelicht.

137 Rb. Overijssel 2 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1948 (r.o. 4.12 slot) en CvAE 28 februari 2017, nr. 323 (alinea 5.6).

138 Sprik & Vermeulen 2017, § 4.3 en Kleijn & Ten Cate 2014, § 3.

parallel met het begrip ‘herstructurering’ uit de herstructureringsrichtlijn dat geen sprake hoeft te zijn van een volledige doorstart: *“Ook deze definitie impliceert dat een herstructurering (in dit geval in een poging insolventie c.q. vereffening te voorkomen) het vervreemden van activa omvat, zonder dat daarbij de eis geldt dat de gehele onderneming wordt overgenomen door een derde. Sterker nog, de tekst lijkt geënt op vooral overdracht van een gedeelte van de activa of bedrijfsonderdelen nu het artikel besluit met de eventualiteit (voor zover nationaal recht daarin voorziet) van verkoop van de lopende onderneming (going concern).”*¹³⁹

Deze onduidelijkheid is recent door het HJEU deels opgehelderd. In het pragmatische arrest *Advania* houdt het Hof er weliswaar aan vast dat insolventie wets-systematisch onder herstructurering valt, maar overweegt hij samengevat ook dat - in het geval van insolventie die tot liquidatie leidt - het overnemen van een overheidsopdracht of raamovereenkomst voor toepassing van deze vervangingsmogelijkheid volstaat. In deze context overweegt het Hof dat de eerste drie voorbeelden van herstructurering (overname, fusie, en acquisitie) kunnen impliceren dat ten minste een deel van de activiteiten wordt voortgezet, maar ook dat dit niet in gelijke zin geldt voor insolventie. Deze mogelijkheid zou haar nuttig effect ontnomen worden *“indien het begrip ‘insolventie’ wordt beperkt tot situaties waarin de activiteiten van de aanvankelijke aannemer die onder de betrokken raamovereenkomst vallen door de nieuwe aannemer, althans gedeeltelijk, worden overgenomen, en indien dit begrip niet in zijn gebruikelijke, ruimere betekenis wordt opgevat.”* Die uitleg vindt mede steun in het doel van deze wijzigingsmogelijkheid, namelijk *“het invoeren van een zekere soepelheid bij de toepassing van de regels teneinde pragmatisch te reageren op een geheel van buitengewone situaties, zoals de insolventie van de opdrachtnemer, die hem belet de betrokken overheidsopdracht uit te voeren.”*¹⁴⁰

Aldus heeft het HJEU de verruimde vervangingsmogelijkheden benadrukt. Met dit op de praktijk gerichte oordeel wordt ook recht gedaan aan de betrokken maatschappelijke en economische belangen. Dit valt toe te juichen, mede in het licht van de in § 2.5.4 behandelde gewenste balans. Wel lijkt het HJEU zodoende af te drijven van de strikte wettekst en toe te roeien naar de regeling uit het richtlijnvoorstel. Verder wordt door het HJEU niet verduidelijkt vanaf wanneer het aangehaalde ‘beletsel’ zich voordoet. Zo is onduidelijk of hieronder mede valt de situatie dat een ondernemer door de verdere uitvoering insolvent zou raken en dat het hem dus is toegestaan om die dreiging door contractovername af te wenden, waaraan de aanbestedende dienst via art. 2.163f Aanbestedingswet kan meewerken.¹⁴¹

139 Everhardus & Van Deinsen 2020, § 5.

140 HJEU 3 februari 2022, C-461/20 (*Advania*). Citaten uit r.o. 30 en 37.

141 Zie uitvoeriger over de vervanging bij insolventie Plas 2022a.

6.4.8 Op welk niveau moet worden getoetst?

Hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet regelt de wijzigingsmogelijkheden op het niveau van de overheidsopdracht. Dit logische uitgangspunt roept vragen op indien er meer wordt ingekocht dan één opdracht, zoals bij herhalingsopdrachten, raamovereenkomsten en dynamische aankoopssystemen.

Stel dat partijen tijdens de uitvoering van een herhalingsopdracht willen wijzigen.¹⁴² Kan dan onverkort toepassing worden gegeven aan de wijzigingsmogelijkheden? Dient daarbij voor het bepalen van de oorspronkelijke opdrachtwaarde te worden uitgegaan van de waarde van de herhalingsopdracht of mag dit ook de waarde van het basisproject zijn? Mogen partijen in de onderhandelingen voor de herhalingsopdracht een herzieningsclausule opnemen die een wezenlijke wijziging inhoudt?¹⁴³ Of levert dat een wijziging van de algemene aard van de opdracht op vanwege het soortgelijkheidsvereiste?

Op dergelijke vragen geven de Richtlijnen geen antwoord. Hoewel de tekst onverkorte toepassing niet expliciet verbiedt, lijkt dit tegen de geest van de Richtlijnen in te druisen. De kans bestaat dan immers dat een wijzigingsruimte wordt geboden die zich moeizaam verdraagt met de vereisten die voor de herhalingsopdracht gelden. Daarvan uitgaande, lijkt een voorziening c.q. compromisregeling wenselijk die op bepaalde wijze afwijkt van de reguliere wijzigingsmogelijkheden, maar ook recht doet aan de vereisten die gelden ten aanzien van de herhalingsopdracht en aan de objectief gerechtvaardigde wens om te kunnen wijzigen.

Deels vergelijkbare vragen doen zich voor bij raamovereenkomsten en dynamische aankoopssystemen. Hoewel dit niet expliciet uit hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet blijkt, zijn de wijzigingsmogelijkheden ook expliciet van toepassing op raamovereenkomsten. Zo luidt de aanhef van art. 72 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU: “*Opdrachten en raamovereenkomsten kunnen in overeenstemming met deze richtlijn zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd in de volgende gevallen [...]*”.¹⁴⁴ Bij meerdere wijzigingsmogelijkheden wordt in leden 1 en 2 expliciet naar (de waarde van) de raamovereenkomst verwezen. Ook in het kader van het verbod om wezenlijk te wijzigen, wordt in leden 4 en 5 van art. 72 verwezen naar de raamovereenkomst. En op grond van art. 33 lid 2 slot Richtlijn 2014/24/EU geldt dat in opdrachten die op een raamovereenkomst zijn gebaseerd, geen

142 In § 3.5.1 is onder ad 6 is al stilgestaan bij de vraag hoe het vereiste, dat de herhalingsopdracht tussen dezelfde partijen wordt gesloten, zich verhoudt tot art. 2.163f Aanbestedingswet. De problematiek is echter breder.

143 Normaliter mag dit immers, vgl. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 36).

144 Dit wordt bevestigd in HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*, r.o. 70). Vgl. HJEU 14 juli 2022, C-274/21 en C-275/21 (*EPIC Financial Consulting*, r.o. 65 - 68).

wezenlijke wijzigingen mogen worden aangebracht met betrekking tot de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden.¹⁴⁵

Het lijkt daarom niet toereikend om alleen van het niveau van de overheidsopdracht uit te gaan. Maar betekent dit dat het niveau van de raamovereenkomst altijd doorslaggevend is? Dan kan het zijn dat een overheidsopdracht met waarde 100 in een raamovereenkomst met waarde 1000 vanwege onvoorzienbare werkzaamheden gewijzigd wordt en dat die wijziging een waarde 400 heeft. Een verviervoudiging van de overheidsopdracht zou dan toegestaan zijn omdat voor het 50%-plafond aangesloten wordt bij de raamovereenkomst. Dit lijkt op gespannen voet te staan met het verbod op favoritisme en willekeur, zeker wanneer de raamovereenkomst met meerdere ondernemers is gesloten en overheidsopdrachten via een minicompetitie worden gegund.¹⁴⁶ Echter, het is evenmin aanlokkelijk dat de analyse op beide niveaus kan plaatsvinden. Los van het feit dat de Richtlijn hiervoor geen aanknopingspunten biedt, verhoogt dit de complexiteit. Hoe dient dan immers het relevante niveau te worden bepaald? Hoe verhouden die niveaus zich tot elkaar, ook waar het gaat om de maximale omvang van de wijzigingen?

Een vergelijkbare problematiek kan zich voordoen bij dynamische aankoopssystemen, met dien verstande dat het dynamisch aankoopstelsel een ander inkoopinstrument is en er in art. 72 Richtlijn 2014/24/EU niet naar dit instrument wordt verwezen.¹⁴⁷ Ook dan speelt namelijk het niveau van het systeem en het niveau van de opdracht en kunnen de belangen van ondernemers in het gedrang komen, zodat zich dan de vraag naar de omvang van de wijzigingsruimte opdringt.

Door Andrecka is ten aanzien van raamovereenkomsten gesuggereerd dat de wijzigingsmogelijkheden mogelijk strikter kunnen worden geïnterpreteerd, omdat op het moment dat de raamovereenkomst is gesloten, er nog geen overheidsopdracht wordt gegund.¹⁴⁸ Zij licht echter niet toe wat die striktere uitleg kan inhouden. Die mogelijkheid vindt ook geen steun in de tekst van de Richtlijn. Desalniettemin snijdt zij een terecht punt aan, in die zin dat raamovereenkomsten een eigen positie innemen, die momenteel ten aanzien van de wijzigingsmogelijkheden onvoldoende wordt onderkend. Een pasklaar antwoord lijkt niet direct voorhanden.

Kortom: de op zichzelf welkome codificatie en verruiming in art. 72 Richtlijn 2014/24/EU heeft tot onduidelijkheden geleid en nieuwe vragen in het leven geroepen. De Uniewetgever, althans de Europese Commissie, lijkt aan zet om in overleg met praktijk en wetenschap tot een werkbare oplossing of handreiking te komen. Met al deze observaties in het achterhoofd wordt hierna stilgestaan bij twee belangrijke verbintenissenrechtelijke noties, namelijk het belang van trouw aan

145 Deze bepaling is geïmplementeerd in art. 2.140 lid 2 Aanbestedingswet.

146 Art. 2.143 lid 1 Aanbestedingswet.

147 Dynamische aankoopssystemen zijn een digitale marktplaats voor de inkoop van eenvoudige producten en diensten, zoals papier.

148 Andrecka 2015, § 3.4.2.

het gegeven woord enerzijds en de vraag hoe om te gaan om onvoorziene omstandigheden anderzijds.

6.5 TROUW AAN HET GEGEVEN WOORD - MEESTAL DAN

Afspraak is afspraak. Dit evenzeer praktische als principiële gezegde drukt uit dat verbintenissen in beginsel moeten worden nagekomen. Om met Haas te spreken: “*Eén van de kernfuncties van het contractenrecht is het scheppen van vertrouwen dat contracten worden nagekomen*”.¹⁴⁹ Die kernfunctie vindt zijn aanbestedingsrechtelijke evenknie in de verplichting voor de aanbestedende dienst tot nauwgezette naleving van de voorwaarden tot aan het einde van de uitvoering, en in het uitgangspunt dat de opdrachtnemer zijn aanbod uitvoert.¹⁵⁰ Voor aanbestede overeenkomsten wordt de nakomingsverplichting dus op contractenrechtelijke én aanbestedingsrechtelijke overwegingen gefundeerd. Toch dienen deze verplichtingen niet zonder meer hetzelfde doel. Contractenrechtelijk staat de verhouding tussen contractpartijen centraal. Aanbestedingsrechtelijk ligt de nadruk veelmeer op de relatie tussen contractpartijen enerzijds en nauw betrokken derden anderzijds. Hierdoor is het mogelijk dat een afspraak toch niet kan worden nagekomen of dat een opdrachtgever zich formeler dient op te stellen. Dit spanningsveld wordt hier geïllustreerd aan de hand van de uitvoeringsautonomie (§ 6.5.1) en de schikkingsmogelijkheden (§ 6.5.2).

6.5.1 De uitvoeringsautonomie

Veel wijzigingen worden expliciet overeengekomen. Echter, een wijziging kan ook in het gedrag van partijen besloten liggen. Daaruit kan blijken dat niet langer nakoming van een verbintenis wordt geleverd dan wel dat die verbintenis anders wordt begrepen of toegepast. Verbintenissenrechtelijk staat hier in uitgangspunt niets aan in de weg. Dit aspect van de contractvrijheid wordt ook wel in de sleutel van de Haviltexmaatstaf geplaast.¹⁵¹ Dat is op zich niet opzienbarend. ‘Haviltexen’ is namelijk zowel relevant voor de uitleg van een overeenkomst als voor de totstandkoming ervan (vgl. art. 3:37 lid 1 BW). Tjittes en Valk spreken zelfs van een onlosmakelijke band tussen de eisen aan de totstandkoming en de methode van uit-

149 Haas 2009, p. 1.

150 Vgl. o.a. § 2.2.1 en 2.5.

151 HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2213 (*Batavus/Vriend*, r.o. 3.4) en HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876 (*Van den Eijnde/Fuchs c.s.*, r.o. 3.6.3). Zie ook HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5352 (*Van Beers c.s./Van Daalen*, r.o. 3.7). Vgl. inzake mondelinge overeenkomsten HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6319 (*Van Regteren/VGK*, r.o. 3.4.2). In Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 919, wordt benadrukt dat wat partijen zijn overeengekomen, dient te worden vastgesteld door interpretatie van hun uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsverklaringen in hun onderling verband.

leg.¹⁵² Daarom kunnen overeenkomsten ook stilzwijgend van inhoud veranderen of zelfs van contractpartij.¹⁵³ Valk verbindt hieraan de termen ‘voortschrijdende Haviltext’ en ‘dynamische uitleg’.¹⁵⁴ Evenwel kan een dergelijke uitoefening van de uitvoeringsautonomie aanbestedingsrechtelijk gezien tot een wezenlijke wijziging leiden. Arrowsmith merkt op: “*It is likely that not merely an explicit change to a contract but also a failure to enforce the terms of a contract can constitute a change that requires a new award procedure [...]*”.¹⁵⁵ Ook in de nationale jurisprudentie keert deze omstandigheid steeds meer terug (ad 1). Wel is het de vraag in hoeverre dit als keerpunt kan worden gezien (ad 2).

Ad 1) Een ontluikende ontwikkeling

Een eerste voorbeeld betreft een advies van de CvAE inzake een concessie voor de exploitatie van reclamedisplays. De concessiehouder was verplicht een voorrangsregel en een gereduceerd tarief te hanteren voor culturele en maatschappelijke campagnes. Hij diende dit deugdelijk en transparant te communiceren. Hij laat dit na en de concessieverlener treedt niet op. Volgens de CvAE is sprake van een wezenlijke wijziging. Niet valt uit te sluiten dat als gevolg van deze niet-nakoming bepaalde ideële campagnes niet zijn geadverteerd en dat, zelfs als dit wel het geval was, de concessiehouder het commerciële tarief heeft kunnen vragen.¹⁵⁶ In beide gevallen valt het economisch voordeel op onvoorziene wijze in zijn voordeel uit doordat hij hogere opbrengsten kan genereren.

Een tweede voorbeeld ziet op de zaken inzake de overeenkomst tussen Rijkswaterstaat en FAM voor het leveren van strooizout. Het geleverde strooizout vol-

152 Tjittes 2018, p. 264 en 265; Valk 2016, p. 17. Vgl. HR 17 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5835 (*Bunde/Erckens*) en art. 3:37 BW.

153 Zie voor dit laatste HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (*Inscharing*, r.o. 3.1.2). Valk 2022 bespreekt de dynamische uitleg in relatie tot de vereisten voor contractoverneming in de zin van art. 6:159 BW. Hij concludeert dat met dit arrest het vormvereiste uit art. 6:159 BW op de tocht staat, hetgeen minder problematisch is dan op het eerste oog lijkt.

154 Valk 2016, p. 31 en Valk 2018. Vgl. *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/165b - 168.

155 Arrowsmith 2014, p. 591. Zij verwijst naar High Court 16 juni 2010 in *J Varney & Sons*, EWHC 1404 (QB), § 210. Het HJEU heeft zich nog niet over dit vraagstuk gebogen. De feiten in HJEU 26 maart 2020, C-496/18 en C-497/18 (*Hungeod*, r.o. 45) gaven hiertoe aanleiding, maar de aard van de prejudiciële vragen verhinderde die bespreking.

156 CvAE 13 september 2019, advies nr. 513 (met name alinea's 5.5.6 en 5.5.7). Vgl. inzake de (tijdelijk) gewijzigde uitvoering van een concessie voor de plaatsing en exploitatie vanabri's Rb. Limburg 11 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8493. In die zaak werd een wezenlijke wijziging niet aanwezig geacht. In CvAE 9 juli 2021, advies nr. 622 lag een gestelde gebrekkige uitvoering en het daartegen niet toereikend optreden ten grondslag aan de klacht. De CvAE kan het bestaan van een wezenlijke wijziging echter niet met 100% zekerheid vaststellen, omdat de aanbestede dienst geen inhoudelijk verweer heeft gevoerd.

doet niet aan de kwaliteitseisen. Rijkswaterstaat stuurt ingebrekestellingen, stelt nieuwe (fatale) termijnen, en maakt aanspraak op de contractuele boete. Rijkswaterstaat besluit vervolgens tot afwikkeling van de overeenkomst over te gaan. Ook spreekt zij het voornemen uit het non-conforme zout voor andere doeleinden aan te wenden. Eurosalt, als tweede geëindigd in de aanbestedingsprocedure, stelt dat hierdoor wezenlijk wordt gewijzigd.

Volgens de rechtbank Den Haag geniet Rijkswaterstaat uitvoeringsautonomie binnen de grenzen van het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel. Daarbinnen gaat het Eurosalt niet aan te bepalen hoe Rijkswaterstaat de overeenkomst dient uit te voeren.¹⁵⁷ Enerzijds brengt dit mee dat het enkele feit dat een fatale termijn niet wordt gehaald, niet direct een wezenlijke wijziging oplevert. Rijkswaterstaat had namelijk voorzien in een escalatiemodel. Zo konden vanwege te late levering boetes worden opgelegd. Daarmee is voorzien in de mogelijkheid van latere levering.¹⁵⁸ Verder is ontbinding opgenomen als *ultimum remedium* en bestond de gelegenheid voor herstel.¹⁵⁹

Met het betrachten van enige coulance heeft Rijkswaterstaat binnen de contractuele mogelijkheden gehandeld. Dergelijke coulance houdt immers niet zonder meer in dat aan de betreffende contractuele eis geen enkele betekenis meer toekomt en dat met een andere handelswijze wordt ingestemd.¹⁶⁰ Te meer niet wanneer op nakoming wordt aangedrongen en een escalatiemodel wordt ingezet. Dit laatste kan zelfs van overheidsinstanties worden verwacht.¹⁶¹ Dit laat onverlet dat voortdurende coulance tot een wezenlijke wijziging kan leiden.¹⁶² De autonomiebegrenzing komt verder tot uitdrukking in het oordeel dat het Rijkswaterstaat voorshands niet vrijstaat inferieur zout tegen een lagere prijs voor andere doeleinden aan te wenden, omdat daarmee de aard van de prestatie wijzigt en het gelijkheidsbeginsel

157 Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465 (r.o. 5.4) en Rb. Den Haag 4 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:54 (r.o. 5.11).

158 Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465 (r.o. 5.5). Vgl. HJEU 20 maart 2018, C-187/16 (*Commissie/Oostenrijk*, r.o. 93) en Rb. Den Haag 16 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7043 (r.o. 4.6). Zie over het incalculeren van boetes ook Rb. Den Haag 4 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:54 (r.o. 5.5).

159 Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465 (r.o. 5.7 en 5.8). Zie over de herstelmogelijkheid ook Rb. Den Haag 4 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:54 (r.o. 5.6). Vgl. over de rol van de verschillende contractuele instrumenten in relatie tot uitvoeringseisen Rb. Midden-Nederland 25 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:245 (r.o. 4.14 en 4.15).

160 Vgl. Hof Amsterdam 14 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:46 (r.o. 3.4.1 - 3.4.6 en 3.5.4) en Rb. Den Haag 16 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7043 (r.o. 4.6).

161 Vgl. Rb. Oost-Brabant 24 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2978 (r.o. 5.7).

162 Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465 (r.o. 5.7 en 5.8). Vgl. Rb. Den Haag 26 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12716 (r.o. 4.8 en 4.9).

wordt geschonden.¹⁶³ Die begrenzing blijkt ook daaruit dat, als op de escalatieladder nog slechts ontbinding resteert, Rijkswaterstaat daartoe niet alleen gerechtigd, maar zelfs gehouden is.¹⁶⁴

Ad 2) Een keerpunt in de contractuele praktijk?

De bijzondere positie van overheden en de wijze van totstandkoming leiden tot een grotere nadruk op de naleving van de afspraken zoals die in de basis zijn overeengekomen en zoals een maatman die zou uitleggen. De voortschrijdende wil en wensen van partijen worden daarmee in zekere mate ingekaderd. Dit lijkt echter niet zonder meer aan te merken als een ernstige inperking van de contractvrijheid. Daarbij is relevant dat verbintenisrechtelijk gaandeweg al piketpalen zijn geslagen waar het gaat om de uitvoering van een overeenkomst in relatie tot de zorgplicht voor derden. Die plicht kan onder andere leiden tot afwijzing van een nakomingsvordering en meebrengen dat het weigeren gebruik te maken van een contractuele bevoegdheid een onrechtmatige daad oplevert (vgl. § 2.5.2).

Het lijkt verder niet aannemelijk dat iedere vorm van *coulance* c.q. redelijke handelsgebruiken aanbestedingsrechtelijk direct als wijziging moet worden aangemerkt.¹⁶⁵ Ter onderbouwing hiervan zou gesteld kunnen worden dat *coulance* c.q. redelijkheid en billijkheid als algemene rechtsbeginselen worden aanvaard of dat de wijzigingsbeperking onderdeel van het hele aanbestedingsrechtelijke pakket is, zodat maatschappelijke belangen, doelmatigheid, en evenredigheid relevant blijven. Er lijkt echter een directere grondslag voorhanden. In het Richtlijnvoorstel werd een aanbestedende dienst de toegang tot de wijzigingsmogelijkheden ontegd als de wijziging tot doel zou hebben om gebreken in de uitvoering of de gevolgen daarvan te verhelpen die door de handhaving van contractuele verplichtingen verholpen hadden kunnen worden.¹⁶⁶ Dit voorstel heeft het niet gehaald. Daaruit kan worden afgeleid dat de Uniewetgever die restrictie niet wenste.¹⁶⁷

Desalniettemin kan niet worden uitgesloten dat in deze inkadering een bepaalde mate van verdergaande juridisering van de contractuele samenwerking besloten ligt, in die zin dat een aanbestedende dienst gehouden kan zijn de escalatieladder strakker te handhaven. In zoverre die ontwikkeling als onwenselijk wordt

163 Rb. Den Haag 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940 (r.o. 5.5). Het accepteren van strijd met de eisen van de overeenkomst werd betoogd, maar niet gevolgd, in Rb. Gelderland 16 juni 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4819.

164 Rb. Den Haag 12 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933 (r.o. 4.6).

165 Ook een beroep op overmacht blijft mogelijk, vgl. CvAE 15 juli 2021, advies nr. 631.

166 Art. 72 lid 7 aanhef en onder a Richtlijnvoorstel 2011. Op grond van sub b gold dit evenzeer voor wijzigingen die tot doel hebben het risico te compenseren van door de contractant afgedekte prijsverhogingen. Ook dat voorstel is niet aangenomen.

167 Vgl. conclusie A-G Saugmandsgaard Øe 9 september 2021, C-461/20 (*Advania*, alinea 99).

beschouwd, is daar primair een schone taak voor de aanbestedende dienst weggelegd. Hij bepaalt in de aanbestedingsstukken immers veelal in verregaande mate wat hij belangrijk vindt en hoe hij de uitvoering voor zich ziet. Hij zit dus aan de knoppen. Voorts dient niet uit het oog te worden verloren dat niet iedere wijziging direct wezenlijk is. Er bestaat inmiddels (veel) meer expliciete wijzigingsruimte. Het hoeft dus niet direct fataal te zijn mocht de overeenkomst een tijdlang onderin de la verdwijnen.¹⁶⁸

6.5.2 Schikkingsmogelijkheden

Tijdens de uitvoering ontstaat weleens discussie over de reikwijdte van rechten en verplichtingen, de correcte nakoming daarvan, en/of de (noodzaak tot) wijziging. Soms worden de verschillen van inzicht door een goed gesprek opgelost. Soms is er meer nodig, zoals een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 lid 1 BW). Partijen komen tot een oplossing om (verdere) escalatie te voorkomen en verder te kunnen. Die vaststelling blijft op grond van art. 7:902 BW in uitgangspunt geldig indien zij in strijd mocht blijken met dwingend recht. Uit de contractvrijheid volgt dat partijen deze oplossing kunnen kiezen met mede als gevolg dat hieruit stevige rechten en verplichtingen voortvloeien. Dit kan op gespannen voet staan met de gerechtvaardigde belangen van een derde.

De relatie tussen de wijzigingsbeperking en de schikkingsmogelijkheid is door *Finn Frogne* in de schijnwerpers geplaatst. Aan de orde was een overeenkomst ten behoeve van een complex communicatiesysteem. Tijdens de uitvoering worden partijen met problemen geconfronteerd, waarna een geschil dreigt. Partijen komen tot een schikking die mede een zeer substantiële wijziging van de aanbestede overeenkomst inhoudt.¹⁶⁹ Finn Frogne stelt te zijn benadeeld en start een procedure. De zaak komt voor het HJEU die het verbod wezenlijk te wijzigen onverkort op vaststellingsovereenkomsten toepast.¹⁷⁰ Het is niet de bedoeling om alle aspecten uit dit arrest te analyseren.¹⁷¹ Hier gaat de aandacht naar de centrale kritiek op *Finn Frogne*. Die lijkt namelijk grotendeels onterecht.

Zoals in § 1.3 benoemd, is dit arrest kritisch ontvangen. Van Romburgh verzucht dat de contractvrijheid onder vuur zou liggen en dat het toepassen van het leerstuk van de wezenlijke wijziging op schikkingen “een relatief gevaarlijk perspectief” opent.¹⁷² Sanchez-Graells en De Koninck verwijten het HJEU in de val te zijn getrapt van de illusie dat perfecte overeenkomsten kunnen worden ontworpen.

168 Zie over de relatie opdrachtgever - opdrachtnemer na een wezenlijke wijziging ook § 8.4.3.

169 In Plas 2017 § 3 heb ik betoogd dat een vaststellingsovereenkomst als in *Finn Frogne* mede te beschouwen is als een objectieve novatie c.q. als schuldvernieuwing.

170 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*). Vgl. Hof Amsterdam 19 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ6956.

171 Plas 2016 en Plas 2017.

172 Van Romburgh 2020, § 2.3 en 3.

Zij rekenen het Hof zwaar aan geen rekening te houden met de economische realiteit.¹⁷³ Van Ee schrijft dat het oplossen van een geschil in goed overleg zo wel heel moeilijk wordt.¹⁷⁴

Echter, als het HJEU schikkingen zou uitzonderen van de werking van het leerstuk van de wezenlijke wijziging, zou het nuttig effect daarvan snel in het gedrang komen. Vorm zou dan de overhand op inhoud kunnen krijgen, met een vergroot risico op misbruik tot gevolg. Dat het verbod wezenlijk te wijzigen zich mede uitstrekt tot vaststellingsovereenkomsten waarmee een aanbestede overeenkomst wordt gewijzigd, lijkt in zoverre niet meer dan logisch.¹⁷⁵

Het is verder aannemelijk dat het belang van *Finn Frogne* nogal eens wordt overschat. Dit arrest had betrekking op de uitleg van Richtlijn 2004/18/EG. Daarin stonden nauwelijks wijzigingsmogelijkheden.¹⁷⁶ Toen het arrest op 7 september 2016 werd gewezen, was de implementatietermijn voor de nieuwe Richtlijnen al verstreken. Aangezien voor het bepalen van het toepasselijke recht dient te worden aangesloten bij het moment van wijziging,¹⁷⁷ kon vanaf het moment van publicatie ten aanzien van vaststellingsovereenkomsten al worden gezien of een beroep op de wijzigingsmogelijkheden open stond.¹⁷⁸ Doordat in één vaststellingsovereenkomst meerdere wijzigingen besloten kunnen liggen, kan ten aanzien van elk daarvan worden nagegaan op grond van welke wijzigingsmogelijkheid deze eventueel kan worden gerechtvaardigd.¹⁷⁹ Het is daarom aannemelijk dat het antwoord van het HJEU anders zou zijn uitgevallen indien aan art. 72 Richtlijn 2014/24/EU zou zijn getoetst.

Daar komt het volgende bij. In geval van twijfel over de toelaatbaarheid van de wijzigingen kan als risicobeheersmaatregel een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf als bedoeld in art. 4.16 Aanbestedingswet worden gepubliceerd. Het HJEU wijst hier met zoveel woorden ook op in *Finn Frogne*.¹⁸⁰ Voor uitzonderlijke gevallen kan zelfs worden overwogen een arbitragecommissie op de voet van art. 1020 lid 4 Rv te verzoeken zich over die rechtmatigheid uit te

173 Sanchez-Graells & De Koninck 2018, hoofdstuk 2. Vgl. Sanchez-Graells, 2016. Vgl. genuanceerder Raimundo 2017, § II.

174 Van Ee 2020, § 6.

175 Idem: Bogdanowicz 2021, p. 64.

176 Vgl. § 2.5.4.

177 Vgl. Plas 2020, § 2.

178 Daarnaast kan een beroep op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking worden overwogen, zie ook art. 2.32 en 2.33 Aanbestedingswet.

179 Vgl. vanuit de Franse praktijk Cour administrative d'appel Bordeaux 30 december 2019, nr. 19BX03235.

180 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 39). Zie hierover nader Plas 2016, § 4.

spreken.¹⁸¹ In Frankrijk bieden art. L213-1 t/m L213-4 Code de justice administrative overigens een vergelijkbare mogelijkheid. Partijen kunnen de bestuursrechter verzoeken een mediator aan te wijzen onder wiens leiding zij naar een oplossing zoeken, waarna de vaststellingsovereenkomst ter homologatie wordt aangeboden.

Kortom, het lijkt logisch dat het leerstuk van de wezenlijke wijziging ook op vaststellingsovereenkomsten wordt toegepast. Het lijkt echter te kort door de bocht om te stellen dat het de praktijk moeilijk wordt gemaakt.¹⁸² Eenzelfde conclusie kan worden getrokken wanneer de regeling inzake onvoorziene omstandigheden wordt geanalyseerd.

6.6 ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN

Een overeenkomst wordt gesloten met de kennis van dat moment. Ontwikkelingen die zich daarna voordoen, kunnen evenwel gevolgen hebben voor de uitvoering van de overeenkomst en de positie van partijen. Dat kunnen gebeurtenissen op individueel en organisatorisch vlak betreffen, maar ook grote maatschappelijke ontwikkelingen zijn, zoals (de gevolgen van) COVID-19, de oorlog in Oekraïne, of de krapte op het elektriciteitsnet. Dan rijst nogal eens de vraag naar wijziging van de overeenkomst. Partijen kunnen hierover in overleg treden en overeenstemming bereiken over (principe-)afspraken inzake wijzigingen. De toelaatbaarheid daarvan dient bij een aanbestede overeenkomst te worden beoordeeld in het licht van het gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden.¹⁸³

Het kan ook zijn dat volgens één van hen de overeenkomst ongewijzigd dient te worden voortgezet. Afspraak is afspraak.¹⁸⁴ Op die situatie wordt hier het licht geschenen. Wat als partijen er niet uitkomen en één van hen een procedure start? Perkt het aanbestedingsrecht de wettelijke correctiemechanismen dan significant in? Afgaande op de beperkte nationale jurisprudentie lijkt dit het geval. Daarin is namelijk geoordeeld dat Europees aanbestede overeenkomsten zich naar hun aard niet lenen voor een succesvol beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het accepteren van een wijziging op deze grondslag zou zelfs

181 De stappen richting een Mediationwet vallen buiten het kader van dit onderzoek, zie o.a. TK 2019-2020, 35300 VI, nr. 102.

182 Zie § 8.3.2 over de wezenlijke wijziging in het licht van een vaststellingsovereenkomst.

183 Achterhaald is dus de stelling van Hammerstein & Vranken 2003, p. 4 dat “*in het Nederlandse recht de vrijheid om met wederzijds goedvinden, vooraf of achteraf, de overeenkomst te beëindigen of te wijzigen niet aan bijzondere beperkingen onderhevig [is]*”. Vgl. nrs. 52 en 53. Vgl. verder Chao-Duivis 2010 § 2.2 en Hof Den Haag 31 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:83 (r.o. 12).

184 Zie voor de rechtshistorische ontwikkeling van de onvoorziene omstandigheden-regelingen Thier 2011.

indruisen tegen de beginselen van het aanbestedingsrecht.¹⁸⁵ Ook zou een beroep op onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW aanzienlijk worden beperkt.¹⁸⁶

Het doel van deze paragraaf is concreet, maar bescheiden: te toetsen in hoeverre deze visie juist is. Na een schets van enkele algemene contouren (§ 6.6.1) worden twee vergelijkingen getrokken. Eerst worden in § 6.6.2 art. 6:258 - 260 BW met art. 2.163e Aanbestedingswet vergeleken.¹⁸⁷ In § 6.6.3 wordt art. 2.163e Aanbestedingswet vergeleken met de kostenverhogende omstandigheden uit art. 7:753 BW. Uit deze toetsing zal blijken dat voornoemde visie in aanzienlijke mate onjuist is (§ 6.6.4).

6.6.1 Enkele algemene contouren

Wijziging kan in rechte worden gevorderd, bijvoorbeeld vanwege een wilsgebrek, onvoorziene omstandigheden, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, kostenverhogende omstandigheden, of om de excessieve gevolgen van een contractuele boete te matigen.¹⁸⁸ Hoewel ze in hun vereisten en uitwerking kunnen verschillen, hebben deze instrumenten gemeen dat ze een grondslag bieden om een (fundamentele) disbalans te herstellen.

Aanbestedingsrechtelijk geldt een veel bredere ratio. Inderdaad kan via met name de onvoorzienbare omstandigheden-regeling uit art. 2.163e Aanbestedingswet een disbalans worden hersteld. Maar de wijzigingsmogelijkheden zijn daartoe niet beperkt. Zo is de ratio van het wijzigingenmandje uit art. 2.163b Aanbestedingswet veelmeer gelegen in het bieden van enige operationele zekerheid. En via art. 2.163d Aanbestedingswet kunnen bepaalde vormen van meerwerk worden opgedragen om het project tot een goed einde te brengen. Als het leerstuk van de wezenlijke wijziging al vanuit het perspectief van herstel van een disbalans dient te worden gezien, dan is dat primair in de relatie tussen contractpartijen enerzijds en nauw betrokken derden anderzijds.

185 Rb. Overijssel 8 december 2015, ECLI:NL:ROBOVE:2015:5364 (r.o. 4.8). Vgl. Rb. Rotterdam 8 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10202 (r.o. 4.10). Zie ook Rb. Rotterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:833 (r.o. 4.12 - 4.22).

186 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5925 (r.o. 4.31). Zie ook Rb. Rotterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:833 (r.o. 4.25) en Rb. Rotterdam 23 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10878. Vgl. Rasenberg 2017 § 2 ad 4.

187 Niet wordt dus ingegaan op de ontbindingsmogelijkheid. Overigens laat wijziging ex art. 6:258 BW de opzeggingsbevoegdheid op grond van art. 6:248 BW onverlet, zie *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/456 en 457. Vgl. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6727 (*Tennisvereniging De IJpelhaar*, r.o. 3.5).

188 Zie o.a. art. 6:94, 6:230, 6:248, 6:258, en 7:753 BW.

Hierom valt dus al niet goed te plaatsen waarom de wijzigingsmogelijkheden de toepassing van verbintenisrechtelijke correctiemechanismen significant negatief beïnvloeden. Het is zelfs mogelijk dat een geslaagd beroep op art. 6:258 BW wordt gedaan en dat de opdrachtgever honderdduizenden euro's aan de opdrachtnemer moet bijbetalen, wat rechtmatig via art. 2:163b Aanbestedingswet kan worden gedaan. Door het Europese aanbestedingsrecht en het Nederlandse BW tegenover elkaar te plaatsen, wordt er (impliciet) aan voorbijgegaan dat een overeenkomst op grond van art. 6:248 lid 1 BW ook die rechtsgevolgen heeft die uit de wet voortvloeien, waaronder de Aanbestedingswet.

Daarnaast heeft een overeenkomst op grond van art. 6:248 lid 1 BW mede die rechtsgevolgen die uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Bij de vaststelling wat redelijkheid en billijkheid eisen, dient op grond van art. 3:12 BW rekening te worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen, en de betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen. Wolters wijst in dat verband op de rol van het Unierecht: *“Het recht van de Europese Unie kent een verplichting tot loyaliteit en het effectiviteitsbeginsel. Deze kenmerken verplichten de Nederlandse rechter, als orgaan van de lidstaat Nederland, tot een effectieve handhaving van het Europese recht. Open normen zijn hiervoor een geschikt instrument. De redelijkheid en billijkheid pleit daarom voor een toepassing van het nationale recht die aansluit bij (de strekking van) het recht van de Europese Unie. Het VWEU, de ‘algemene beginselen van gemeenschapsrecht’ en de richtlijnen van de Europese Unie kunnen de werking van open normen zoals de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.”*¹⁸⁹

Het antwoord op de vraag wat ten aanzien van de wijziging van een aanbestede overeenkomst redelijk en billijk kan worden geacht, wordt dus mede beïnvloed door het leerstuk van de wezenlijke wijziging. Dit zwaard snijdt aan twee zijden. Enerzijds kan een aanbestedende dienst zich niet zonder meer achter het verbod wezenlijk te wijzigen verschuilen. Het mag dan ook van hem worden verwacht aannemelijk te maken waarom een beroep op de wijzigingsmogelijkheden niet is toegestaan én waarom wezenlijk zou worden gewijzigd. Anderzijds mag een opdrachtnemer er niet zonder meer op vertrouwen dat een aanbestedende dienst gehouden zal worden om de overeenkomst wezenlijk te wijzigen.

6.6.2 De voorwaarden vergeleken - art. 6:258 BW

Art. 6:258 - 260 BW worden in zeven stappen vergeleken met art. 2:163e Aanbestedingswet: de keuze, de bepalingen, niet voorzien, terughoudende toetsing, aanbestedingsrechtelijke grenzen, de transparantieverplichting, en voorbeelden van samenloop.

189 Wolters 2013, p. 96 en 97. Vgl. p. 6.

Ad 1) De keuze

Gelet op het doel van deze paragraaf, biedt art. 6:258 BW een geschikt verbintenisrechtelijk vergelijkingsobject; zij geldt namelijk als *lex specialis* van art. 6:248 BW¹⁹⁰ en vertoont raakvlakken met dwaling.¹⁹¹ De keuze voor de vergelijking met art. 2.163e Aanbestedingswet is ingegeven door de omstandigheid dat deze bepalingen een voorziening treffen voor relatief vergelijkbare gevallen. Een nadere vergelijking met het wijzigingenmandje zou van weinig toegevoegde waarde zijn, omdat art. 2.163b Aanbestedingswet geen vereisten stelt aan de gevallen waarin het kan worden toegepast.¹⁹² Verder heeft een vergelijking met art. 2.163c Aanbestedingswet weinig zin, doordat een optie of herzieningsclausule impliceert dat een omstandigheid juist wel in de overeenkomst is verdisconteerd. Een nuttige vergelijking met de niet-wezenlijke wijziging uit art. 2.163g lid 1 Aanbestedingswet is lastig gelet op het hoogst casuïstische toepassingsbereik ervan. Uit de aard van de zaak ligt tot slot samenloop met de noodzakelijk geworden aanvullende prestaties uit art. 2.163d Aanbestedingswet of de vervanging van opdrachtnemer uit art. 2.163f Aanbestedingswet minder voor de hand.

Ad 2) De bepalingen

Op grond van art. 2.163e lid 1 Aanbestedingswet kan er rechtmatig gewijzigd worden als de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien, de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengt, en de prijsverhoging maximaal 50% van de oorspronkelijke opdrachtwaarde bedraagt. Ingevolge art. 6:258 leden 1 en 2 BW kan de rechter de gevolgen van een overeenkomst wijzigen op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding niet mag verwachten, tenzij die omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.

Ad 3) Niet voorzien

De eerste vraag in het kader van art. 6:258 BW is of partijen een omstandigheid contractueel hebben verdisconteerd. Maatstaf is dan niet wat zij hadden kunnen of

190 MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 974 en MvT, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6, p. 1827. Vgl. HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD3069 (*VVE/CSM*, r.o. 3.4). Vgl. Hondius & Grigoleit 2011, p. 71.

191 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/454. Dwaling heeft niet de kern van de overeenkomst te raken en benadeling is geen constitutief vereiste, slechts dat de dwalende de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:717 (*Eisers/CVBA*, r.o. 3.1.2) en HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*Eisers/ABN AMRO*, r.o. 3.6.3).

192 Zie nader § 6.3.1 en 6.4.3.

behoren te voorzien, maar of het intreden van die omstandigheid uitdrukkelijk of stilzwijgend is verdisconteerd.¹⁹³ Aanbestedingsrechtelijk dient sprake te zijn van externe omstandigheden die een zorgvuldig handelende aanbestedende dienst niet kon voorzien.¹⁹⁴ Hoewel daarin besloten ligt dat die omstandigheden contractueel niet zijn verdisconteerd, dient daarnaast te worden beoordeeld of zij vanuit het oogpunt van zorgvuldigheid voorzien hadden moeten worden. Op zichzelf kan dus worden gesteld dat aanbestedingsrechtelijk een wat zwaardere toets wordt aangelegd. Praktisch lijkt dit onderscheid echter van ondergeschikte betekenis.

Ad 4) Terughoudende toepassing

Wijziging op de voet van art. 6:258 lid 1 BW doet zich namelijk voor wanneer de wederpartij ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten. Het betreft een “*bijzondere regel voor een extreem geval*”, die overigens wel een verruiming inhoudt in vergelijking met de stringente Hoge Raad-jurisprudentie uit de eerste helft van de twintigste eeuw.¹⁹⁵ De betreffende onvoorziene omstandigheden dienen bij totstandkoming van de overeenkomst nog in de toekomst te liggen.¹⁹⁶ Ook speelt de tenzij-correctie uit lid 2 een belangrijke rol.¹⁹⁷ Doordat trouw aan het gegeven woord voorop staat, bestaat slechts onder bijzondere omstandigheden grond voor ingrijpen, met dien verstande dat juist bij overeenkomsten met de overheid eerder plaats kan zijn voor ingrijpen.¹⁹⁸ Daarvan uitgaande, vervagen de grenzen met het voorzienbaarheidsvereiste uit art. 2.163e Aanbestedingswet. Terughoudendheid hoeft in het laatstge-

193 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 968 en 973.

194 Art. 2.163e lid 1 Aanbestedingswet en overweging 109 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

195 O.a. Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 969 en HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (*Briljant Schreuders/ABP*, r.o. 4.3.2). Citaat uit Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 973. Deze regeling kan als tegenreactie worden gezien op de zeer strenge jurisprudentie van de Hoge Raad uit de jaren '20 en '30, vgl. *Castermans c.s.* 2012, p. vii en viii. Dit betreft met name HR 8 januari 1926, *NJ* 1926, 203 (*Sarong*), HR 19 maart 1926, *NJ* 1926, 441 (*Weefgetouw*) en HR 2 januari 1931, *NJ* 1931, 274 (*Mark = Mark*), waarbij de verbindende kracht van de overeenkomst zwaarder woog, zelfs bij (ernstige) oorlogseffecten. Art. 6:258 BW is het geesteskind van E.M. Meijers, zie de bijdrage van Bezemer uit diezelfde editie, p. 3 - 16.

196 Zie o.a. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (*Eiser/Heineken*, r.o. 3.2.3) en HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3642 (*Chidda c.s./Amsterdam*, r.o. 3.7.3).

197 In Rb. Noord-Nederland 27 oktober 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4678 (r.o. 6.5 en 6.12) bleven omzetfluctuaties als gevolg van de coronacrisis gegeven de aard van de overeenkomst (een aanbestede concessie) voor rekening van de concessiehouder.

198 Zie voor wat betreft dat laatste conclusie A-G Valk 4 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:587 (*Eiser/Staat*, alinea 3.11).

noemde geval overigens niet te worden betracht.¹⁹⁹ De Uniewetgever heeft zelfs benadrukt dat bij onvoorzienbare omstandigheden “*enige flexibiliteit vereist [is] om de opdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure aan deze omstandigheden aan te passen*”,²⁰⁰ en heeft bewust voor een aanzienlijke verruiming van de wijzigingsmogelijkheden gekozen.²⁰¹

Ad 5) Aanbestedingsrechtelijke grenzen

Op grond van art. 2.163e lid 1 Aanbestedingswet mag de algemene aard van de opdracht niet wijzigen.²⁰² In relatie tot art. 6:258 BW lijkt die begrenzing weinig problematisch, omdat de rechter in zijn beslissing zoveel mogelijk dient aan te sluiten bij wat partijen reeds aan rechtsgevolgen hebben geregeld of in de overeenkomst besloten lag.²⁰³ Hij dient zoveel mogelijk rekening te houden met de bedoeling van partijen en de strekking van de overeenkomst, met dien verstande dat hij niet beperkt is in de wijze van wijziging: “*Onder wijzigen van de overeenkomst is begrepen het toekennen van een schadeloosstelling aan een der partijen, hetzij als enige wijziging, hetzij naast andere wijzigingen, hetzij zelfs naast een ontbinding van de overeenkomst voor het overige.*”²⁰⁴ Dat zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de oorspronkelijke overeenkomst geniet ook aanbestedingsrechtelijk de voorkeur. Deze vereisten lopen daarmee eerder samen dan dat ze op gespannen voet met elkaar staan.

Het 50%-plafond uit art. 2.163e Aanbestedingswet kan als beperking worden gezien.²⁰⁵ In relatie tot art. 6:258 BW dient echter niet uit het oog te worden verloren dat het mogelijk lijkt om meerdere verbintenissen te wijzigen. Krachtens lid 1 gaat het om het wijzigen van de gevolgen van de overeenkomst. Dit betreft dus alle rechtsgevolgen die op grond van art. 6:248 BW uit de overeenkomst voortvloeien, zowel overeengekomen als voortspruitend uit wetsebepalingen.²⁰⁶ Het is dan niet uitgesloten dat voor elk of meerdere van die wijzigingen een beroep op art. 2.163e Aanbestedingswet kan worden gedaan, zodat het plafond een minder prangende rol speelt.²⁰⁷ Overigens, zelfs als die drempel een sta-in-de-weg zou vormen, kan

199 Vgl. naar analogie overweging 50 considerans Richtlijn 2014/24/EU inzake het gebruik van onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

200 Overweging 109 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

201 Zie § 6.3.2.

202 Zie nader § 6.4.1.

203 MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 974.

204 TM, Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 970.

205 Dit vereiste geldt niet voor speciale sectoropdrachten en sommige concessies, zie art. 3.80d Aanbestedingswet en § 6.4.5.

206 Asser/Sieburgh 6-III 2018/448.

207 Art. 2.163e lid 2 jo. art. 2.163d leden 3 en 4 Aanbestedingswet. Dit standpunt zie ik bevestigd in het, tamelijk ongenueanceerde, vonnis Rb. Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6300 (r.o. 4.4).

worden overwogen om tot die drempel te wijzigen en/of in voorkomend geval een beroep op art. 2.163g lid 1 Aanbestedingswet te doen.

Ad 6) Transparantieverplichting

Aanbestedingsrechtelijk dient een beroep op wijziging vanwege onvoorzienbare omstandigheden op TenderNed te worden gepubliceerd.²⁰⁸ Voorshands lijkt die verplichting geen struikelblok te vormen. Op grond van art. 6:260 lid 1 BW kan de rechter de wijziging namelijk uitspreken onder door hem te stellen voorwaarden. Daarbij kan hij een termijn bepalen waarbinnen een partij de overeenkomst kan ontbinden, binnen welke termijn de wijziging niet intreedt (lid 2).²⁰⁹ De rechter kan dit beslissen wanneer het te ver zou gaan partijen zonder meer te binden aan een door hem gevormde rechtsverhouding.²¹⁰ In het verlengde daarvan kan bijvoorbeeld worden geoordeeld dat de wijziging pas intreedt nadat de aanbestedende dienst binnen een bepaalde termijn de aankondiging heeft gepubliceerd, en binnen een andere termijn geen bezwaren tegen die wijziging zijn ingebracht.

Ad 7) Voorbeelden van samenloop

De visie, dat het leerstuk van de wezenlijke wijziging een beroep op art. 6:258 BW significant inperkt, lijkt in hoge mate te moeten worden genuanceerd. Twee voorbeelden illustreren deze conclusie.

Ten eerste de coronacrisis. Schelhaas wijst erop dat art. 6:258 BW hierdoor nieuw leven is ingeblazen. Zij licht toe dat de ‘share the pain’-filosofie inmiddels breed wordt uitgedragen. Dit houdt in dat - in zoverre de coronacrisis in het concrete geval als onvoorziene omstandigheid is aan te merken - de gevolgen daarvan door beide partijen gedragen worden, hetzij in een 50/50-verdeling, hetzij in een andere verdeling die aansluit bij de contractuele verhoudingen.²¹¹ De overeengekomen risicoverdeling dient wel te worden gehandhaafd; het gaat om het opheffen van het nadeel.²¹² Deze benadering vertoont sterke gelijkenis met het standpunt van de Europese Commissie inzake een beroep op art. 2.163e Aanbestedingswet: *“the COVID-19 crisis [is] clearly a circumstance that could not be foreseen by contracting authorities [...] 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*

208 Art. 2.163e lid 2 Aanbestedingswet. Zie nader § 7.4.1. Publicatie kan zowel voor als na wijziging plaatsvinden.

209 Deze mogelijkheid kan in de tijd worden beperkt, vgl. Hondius & Grigoleit 2011, p. 73.

210 MvA, TK 1975-1976, 7729, nrs. 6-7, p. 234.

211 Schelhaas 2021, § 3. Vgl. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (*Eiser/Heineken*, r.o. 3.3.1 - 3.4).

212 Tjittes & Tetelepta 2020, § 1.5.

*the extent that they are needed to mitigate the consequences of the crisis in the execution of public contracts and only to that extent.”*²¹³

Ten tweede demografische ontwikkelingen. Een recent nationaal voorbeeld betreft de *Bronckhorst*-zaak. Een projectontwikkelaar vordert schadevergoeding nadat een woningproject is geannuleerd, waarna de gemeente zich op een onvoorziene bevolkingskrimp beroept. De Hoge Raad laat het oordeel in stand dat de krimp geen toekomstige aangelegenheid was, zodat de gemeente geen beroep op art. 6:258 BW toekomt.²¹⁴ *Bronckhorst* kan in zijn uitwerking met de in § 6.3.2 aangehaalde voorbeelden worden vergeleken, waarin het HJEG oordeelde dat Griekse en Spaanse aanbestedende diensten aanvullende prestaties niet vanwege onvoorzienbare omstandigheden bij de zittend opdrachtnemer konden neerleggen. In beide gevallen oordeelt het HJEG dat de demografische ontwikkelingen te voorzien waren, zodat geen grond voor onderhandse gunning bestond.²¹⁵ Afgezet tegen het feit hier het strengere oude aanbestedingsrecht werd toegepast, is niet uitgesloten dat deze oordelen naar huidig recht in zekere mate milder zouden zijn uitgevallen.

6.6.3 De voorwaarden vergeleken - art. 7:753 BW

Overheden zijn van oudsher een grote opdrachtgever voor de bouw- en infrasector. Niet verrassend spitste de eerste aanbestedingsrichtlijn 71/305/EEG zich toe op werkenopdrachten. Verbintenisrechtelijk zijn zulke overeenkomsten te kwalificeren als overeenkomsten tot aanneming van werk. Voor dergelijke overeenkomsten is in art. 7:753 BW een aparte regeling voor kostenverhogende omstandigheden getroffen. Voor zover dit artikel niet is weggecontracteerd,²¹⁶ kan de aannemer zich (primair) op dit artikel beroepen. Deze regeling verdient daarom afzonderlijk de aandacht.²¹⁷ Gelet op de aard van de discussie, wordt wederom de vergelijking getrokken met art. 2:163e Aanbestedingswet.

Ad 1) De regeling

Art. 7:753 lid 1 BW bepaalt dat, als na het sluiten van de overeenkomst kostenverhogende omstandigheden ontstaan of aan het licht komen zonder dat zulks de

213 CvAE 21 augustus 2020, advies nr. 585 (alineas 5.12.1 en 5.14.4).

214 HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615 (*Bronckhorst*).

215 Vgl. het in § 8.2.1 behandelde vonnis Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5006.

216 Art. 7:753 BW is, in tegenstelling tot art. 6:258 (jo. 6:250) BW, van regelend recht. Zie bijv. Hof Amsterdam 23 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1803 (r.o. 4.2.3) en RvA 8 februari 2016, nr. 35.133 (alineas 23, 27 en 37).

217 In de bouwrechtelijke literatuur bestaat veel aandacht voor de overeenkomsten en verschillen tussen deze regelingen. Gelet op het doel van deze paragraaf, wordt aan die discussie hier voorbijgegaan. Zie nader *Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI* 2022/143 e.v. en Chao-Duvis 2016, § 3.3. Vgl. bijv. Hof Den Haag 15 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7956 (r.o. 6.2 en 6.3).

aannemer kan worden toegerekend, de rechter op vordering van de aannemer de overeengekomen prijs geheel of gedeeltelijk zal kunnen aanpassen, mits de aannemer bij het bepalen van de prijs geen rekening heeft behoeven te houden met de kans op zulke omstandigheden. Voor zover de kostenverhogende omstandigheden zijn ontstaan na het sluiten van de overeenkomst, kan deze regeling worden beschouwd als een uitwerking van art. 6:258 BW. Gaat het om kostenverhogende omstandigheden die later aan het licht kwamen, dan kan het als een uitwerking worden gezien van dwalingsregeling uit art. 6:228 BW.²¹⁸

Art. 7:753 BW verschilt van art. 6:258 BW. Zo is art. 7:753 BW beperkt tot kostenverhogende omstandigheden en is een beroep erop voorbehouden aan de aannemer, terwijl op grond van art. 6:258 BW ook andere omstandigheden van belang kunnen zijn en de opdrachtgever eveneens de vordering kan instellen. Verder ligt in art. 7:753 BW geen onaanvaardbaarheidsvereiste besloten net zomin als het vereiste dat de omstandigheden in de toekomst moeten liggen.²¹⁹ Hoewel beide regelingen vereisen dat de omstandigheden niet toerekenbaar zijn aan diegene die zich erop beroept, benadrukt art. 7:753 BW dat de aannemer met de kans op die omstandigheden geen rekening hoefde te houden. Volledigheidshalve wordt erop gewezen dat art. 7:753 BW een contractuele evenknie kent in § 47 UAV 2012(1989).²²⁰ Hoewel § 47 UAV op onderdelen verschilt van art. 7:753 BW, legt deze grotendeels een vergelijkbare regeling neer.²²¹ Hierna ligt de nadruk op art. 7:753 BW.

Ad 2) Onvoorzienbaarheid

Als het beroep op art. 7:753 BW faalt, omdat de aannemer met de kostenverhogende omstandigheden rekening diende te houden, hoeft er niet aan art. 2.163e Aanbestedingswet te worden getoetst. Slaagt het beroep wel, dan leidt dit niet per definitie tot onvoorzienbaarheid als bedoeld in art. 2.163e Aanbestedingswet. Immers, daar waar art. 7:753 BW van het perspectief van de aannemer uitgaat, staat in art. 2.163e Aanbestedingswet de zorgvuldigheid van de aanbestedende dienst centraal. Nu kan het zijn dat beide partijen geen rekening hoefden te houden met de kostenverhogende omstandigheid, zodat beide regelingen samenvallen. Daarbij kan relevant zijn dat een aannemer doorgaans over meer relevante marktkennis beschikt dan een aanbestedende dienst. Als de één met de kostenverhogende

218 MvT, TK 1992-1993, 23095, nr. 3, p. 21.

219 Antwoorden op vragen, TK 2000-2001, 23.095, 10, p. 35. Vgl. bijv. RvA 8 december 2017, nr. 72.067 (alineä's 41 en 42).

220 Zie uitvoerig Springelkamp 2022 over § 47 UAV 2012 en § 44 UAV-GC 2005. Vgl. de discussie tussen Springelkamp 2021 en Herber 2022. De praktijk leert dat toepassing van deze bepalingen vele juridische én feitelijke vragen oproept.

221 De waarschuwing dient ingevolge Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3373 (r.o. 4.25) een reëel inzicht te geven in de omvang van de concreet te verwachten extra kosten.

omstandigheid al geen rekening hoefde te houden, geldt dat des te meer voor de ander.

Een ander gevaltype is niet uitgesloten, namelijk dat de aannemer geen rekening hoefde te houden met een kostenverhogende omstandigheid, maar de aanbestedende dienst die omstandigheid wél heeft voorzien.²²² Met een aanbestedingsrechtelijke bril op kan dan gesteld worden dat niet aan art. 2.163e Aanbestedingswet is voldaan. Dan ontspint zich mogelijk wel een andere discussie. Het is dan niet uitgesloten dat de aanbestedende dienst heeft gezien dat het aanbod van de inschrijvende aannemer niet kon kloppen zonder hem dit mede te delen. Gevolg is dan mogelijk dat hij zijn verplichting heeft geschonden om de contradictoire procedure inzake het vermoeden van een abnormaal lage prijs te starten (art. 2.116 Aanbestedingswet). Verder komt de aannemer mogelijk een beroep op dwaling toe, mede omdat de aanbestedende dienst heeft gezwegen waar hij had moeten spreken (art. 6:228 lid 1 onder b BW).²²³ Indien in die situatie een beroep op de andere wijzigingsmogelijkheden niet mogelijk is, kan die aanpassing aanbestedingsrechtelijk echter niet rechtmatig worden doorgevoerd. Dan lijkt de uitweg te zijn dat de aanbestedende dienst de overeenkomst opzegt op de voet van art. 7:764 BW, met als gevolg dat de aannemer - samengevat - aanspraak heeft op de gehele aanneemsom minus de bespaarde kosten.²²⁴ De omstandigheden die aan deze patstelling ten grondslag lagen, vallen dan immers naar verwachting binnen de risicosfeer van de aanbestedende dienst. De jurisprudentie op dit punt staat echter nog in de kinderschoenen.

Ad 4) Aanbestedingsrechtelijke grenzen

In uitgangspunt lijkt de restrictie dat de algemene aard van de opdracht niet mag wijzigen geen struikelblok. De aannemer blijft immers tot dezelfde prestaties gehouden. Het lijkt twijfelachtig dat de overeenkomst door een prijsaanpassing ineens in iets geheel anders verandert.²²⁵ Een punt van aandacht is wel het 50%-plafond, zeker als de kostenverhogende omstandigheden aanbestedingsrechtelijk als één wijziging dienen te worden aangemerkt. In dat verband is vermeldenswaardig dat § 47 UAV 2012(1989) een strenger vereiste neerlegt dan art. 7:753 BW, namelijk dat de kostenverhogende omstandigheden de kosten van het werk aanzienlijk moeten verhogen. Het dient per geval te worden bepaald wanneer een verhoging

222 Dan komt ook de hoofdregel uit art. 7:753 lid 2 BW - prijsaanpassing zonder rechterlijke tussenkomst - in beeld.

223 Voor dwaling is het voldoende dat de dwalende niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gecontracteerd, zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:717 (*Eisers/CVBA*, r.o. 3.1.2) en HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*Eisers/ABN AMRO*, r.o. 3.6.3). Onder omstandigheden kan de onderzoeksplicht van de ondernemer dan nog wel een rol spelen, vgl. Rb. Limburg 23 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1533 (r.o. 4.17).

224 Zie over de eindafrekening na een opzegging nader De Leeuwe & Ligthart 2022.

225 Vgl. § 6.4.1.

aanzienlijk is. In enkele uitspraken is wel aangenomen dat hieraan voldaan is bij een stijging vanaf 5%.²²⁶ Dit percentage dient niet als vaste norm te worden beschouwd; maatgevend blijven de omstandigheden van het geval. Maar zelfs als dit percentage gemakshalve als maatstaf wordt aangehouden, bestaat de nodige ruimte voordat het 50%-plafond überhaupt in beeld komt. Een significante inperking lijkt voorshands daarom niet aanwezig.

Ad 5) Transparantieverplichting

Titel 7.12 BW kent geen met art. 6:260 leden 1 en 2 BW vergelijkbare regeling. Desalniettemin kan een rechter, die van oordeel is dat het beroep op art. 7:753 BW terecht is en op zich binnen de grenzen van art. 2.163e Aanbestedingswet wordt gehandeld, in een tussenvonnis de aanbestedende dienst opdragen een aankondiging van een wijziging te publiceren en zijn definitieve oordeel mede afhankelijk stellen van de omstandigheid of binnen een bepaalde termijn door een derde wordt geklaagd. De publicatieverplichting hoeft dus ook in dit geval niet problematisch te zijn.

6.6.4 Synthese: geen significante negatieve beïnvloeding

In § 6.2 is het gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden uiteengezet. Uiteindelijk is voor de toelaatbaarheid van een wijziging daarmee niet de partijwil noch het Nederlandse verbintenissenrecht doorslaggevend. Het aanbestedingsrecht reguleert de wijzigingsruimte. In zoverre het Nederlandse recht een ruimere wijzigingsmogelijkheid biedt dan aanbestedingsrechtelijk toegestaan, dient die mogelijkheid in die mate buiten toepassing te blijven.

Het maakt zodoende niet uit of een wijziging wordt opgedragen, via een schikking tot stand komt, of volgt uit een rechterlijk oordeel. Het gaat om de inhoud en niet om de wijze van wijziging. Ingevolge art. 288 VWEU staat immers het met de richtlijn te bereiken resultaat centraal. Dat art. 72 Richtlijn 2014/24/EU zich niet expliciet tot rechterlijke instanties richt, lijkt hier niet aan af te doen. Zo heeft het Hof van Justitie in *Wall AG, nota bene* een wezenlijke wijziging-arrest, geoordeeld: “*Het staat aan de nationale rechter om de nationale bepalingen die hij moet*

226 Chao-Duvis 2016, § 4.3. Dit is een ander percentage dan wanneer alleen naar de kostenverhogende omstandigheden wordt gekeken. Een aannemer kan bij een aanneemsom van 100 een bedrag van 10 hebben ingecalculerd voor grondstoffen. Als die in prijs verdubbelen, stijgen de grondstofprijzen met 200%, maar de aanneemsom met 10%. In die percentages is nog geen rekening gehouden met de werking van indexatieclausules en een eventueel te verdisconteren ondernemersrisico. Aangezien voor een beroep op art. 2.163e Aanbestedingswet de aanneemsom de relevante maatstaf is, wordt hier verder aan voorbijgegaan.

toepassen, zo veel mogelijk in overeenstemming met de eisen van het recht van de Unie uit te leggen [...]".²²⁷

Dit betekent dat de aanbestedingsrechtelijke wijzigingsregels de werking van verbintenissenrechtelijke correctiemechanismen kunnen beïnvloeden. Zoals toegelicht, lijkt het echter in aanzienlijke mate onjuist dat een geslaagd beroep op die mechanismen aanzienlijk wordt beperkt (of integendeel: vergemakkelijkt), in ieder geval voor wat betreft het beroep op art. 6:258 en 7:753 BW. Het juiste perspectief lijkt niet zozeer dat van meer of minder, maar eerder dat van opeenvolgende stappen. Een rechter kan eerst toetsen of wordt voldaan aan de criteria van art. 6:258 of 7:753 BW. Als dat het geval is, kan worden nagegaan in hoeverre de voorgestane wijziging binnen de aanbestedingsrechtelijke kaders kan worden gerealiseerd. De rechter noch partijen worden daarbij gebonden aan één specifieke wijzigingsmogelijkheid. Ook kunnen wijzigingsmogelijkheden worden gecombineerd, zolang maar voldaan wordt aan de relevante vereisten.

Het voorgaande laat onverlet dat het moeten meewegen van de aanbestedingsrechtelijke kaders in een contractuele rechtsverhouding onwettig kan aanvoelen. Los van het gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden dient echter niet uit het oog te worden verloren dat (i) de werking van de redelijkheid en billijkheid mede wordt beïnvloed door de eisen die voortvloeien uit het Unierecht,²²⁸ (ii) het verbod om wezenlijk te wijzigen mede vanuit het onrechtmatige daadsrecht kan worden gezien,²²⁹ (iii) het verbod om wezenlijk te wijzigen aanbestedingsrechtelijk breed wordt gedragen,²³⁰ én (iv) dat naar de huidige stand van het Europese aanbestedingsrecht meer wijzigingsmogelijkheden bestaan.²³¹ Deze rechtsontwikkeling leidt ook tot de volgende oproep.

6.7 BREID DE WIJZIGINGSMOGELIJKHEDEN UIT NAAR HET NATIONALE AANBESTEDINGSRECHT

De wijzigingsmogelijkheden dienen de rechtszekerheid door te verduidelijken wanneer de grenzen van het toelaatbare niet worden overschreden. Daarnaast kan, door scherper te stellen wat mag, met meer zekerheid worden aangegeven wanneer het risico bestaat dat wél wezenlijk wordt gewijzigd. Het lijkt daarom wenselijk dat rechtstreeks een beroep gedaan kan worden op wijzigingsmogelijkheden.

227 HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 70). Overigens ligt hierin besloten dat ik de visie van Jansen en Prent 2016, slotalinea niet geheel deel. Zij merken daar onder meer dat art. 72 Richtlijn 2014/24/EU zich tot de aanbestedende dienst richt en niet tot de rechter. Dat is juist, maar laat de verplichtingen van die rechter onverlet.

228 Zie § 6.6.1.

229 Zie § 2.5.

230 Zie § 2.2 t/m 2.4.

231 Zie § 6.3.

In het systeem van de Aanbestedingswet ligt echter besloten dat de wijzigingsmogelijkheden alleen van toepassing zijn op Europees aanbestede overeenkomsten. Daarmee vallen overeenkomsten met een duidelijk grensoverschrijdend belang (ad 1) en overeenkomsten die uitsluitend vallen onder het nationale aanbestedingsrecht (ad 2) buiten de werking van dat hoofdstuk. Deze restrictie lijkt ondoelmatig, reden waarom voor uniformering gepleit wordt (ad 3).

Ad 1) Overeenkomsten met een duidelijk grensoverschrijdend belang

Ingevolge art. 1.7 aanhef en onder b Aanbestedingswet zijn op onderdrempelige overeenkomsten die een duidelijk grensoverschrijdend belang (DGOB) vertonen, de beginselen van toepassing zoals die gelden voor Europees aanbestede overeenkomsten. Ingevolge de jurisprudentie van het HJEU kunnen de verdragsbeginselen ook van toepassing zijn op overeenkomsten die niet vanwege hun waarde, maar wel vanwege hun aard zijn uitgezonderd van de werking van de richtlijnen.²³² In beide gevallen kan geen rechtstreeks beroep op de wijzigingsmogelijkheden worden gedaan, terwijl uit de toepassing van de beginselen wel het verbod om wezenlijk te wijzigen voortvloeit.

Ad 2) Overeenkomsten die uitsluitend onder het nationale aanbestedingsrecht vallen

Dit betreft met name overeenkomsten die door middel van een nationale aanbesteding of een meervoudig onderhandse aanbesteding tot stand komen.²³³ In het eerste geval verplicht de aanbestedende dienst zich tot een handelswijze die grote gelijkenis vertoont met de naleving van de beginselen uit een Europese aanbesteding.²³⁴ In het tweede geval gaat de wetgever ervan uit dat de wettelijke verplichtingen alleen jegens de uitgenodigde partijen gelden.²³⁵ In beide gevallen verplicht de Aanbestedingswet ertoe dat de aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt, en dat zij transparant en proportioneel handelt.

Voor deze categorieën overeenkomsten heeft de Nederlandse wetgever zich de nodige moeite getroost om doorwerking van de (beginselen uit) het Europese aanbestedingsrecht tegen te gaan. Volgens de wetgever dienen deze verplichtingen te worden aangemerkt als ‘uitgangspunten’, niet als ‘beginselen’. Dit om de werking

232 HJEU 3 oktober 2019, C-285/19 (*Irgita*, r.o. 59 - 61). Vgl. HJEU 6 februari 2020, gevoegde zaken C-89/19 tot en met C-91/19 (*Rieco*, r.o. 37); HJEU 6 februari 2020, C-11/19 (*Azienda*, r.o. 45, 57, 51, en 53); en HJEU 28 mei 2020, C-796/18 (*ISE*, r.o. 76).

233 Het juridisch kader van de enkelvoudig onderhandse aanbesteding wordt niet geconcretiseerd in Deel 1 Aanbestedingswet 2012.

234 Art. 1.12 en 1.13 corresponderen bijna volledig met art. 1.8, 1.9 lid 1 en 1.10 Aanbestedingswet 2012.

235 Dit blijkt met name uit art. 1.15 Aanbestedingswet.

van de verdragsbeginselen en daaruit voortvloeiende jurisprudentie te vermijden.²³⁶ Wel vormden de ‘beginselen’ een inspiratie voor de ‘uitgangspunten’.²³⁷ Dit standpunt kan zo worden samengevat dat het bieden van faire kansen belangrijk is, maar het onderspit kan delven om een (niet geconcretiseerde) onevenredige toename aan lasten of een beperking van de ruimte voor maatwerk te voorkomen.²³⁸

Vanuit institutioneel opzicht kan die keuze mogelijk worden verklaard tegen de achtergrond dat, als in een zuiver interne situatie het nationale recht rechtstreeks naar de inhoud van Unierechtelijke bepalingen verwijst, het HJEU vanuit het perspectief van rechtseenheid bevoegd is in een prejudiciële procedure.²³⁹ Die keuze kan dan het gevolg geweest zijn van de politieke opvatting dat de jurisdictie van het Hof in deze gevallen ongewenst is.

Als dat al de achtergrond is geweest, laat dit onverlet dat er inhoudelijke verschillen dienen te bestaan tussen de ‘beginselen’ en de ‘uitgangspunten’. Die verschillen heeft de wetgever niet verduidelijkt. In de rechtspraak wordt aangenomen dat ze niet bestaan en wordt de term ‘beginselen’ gehanteerd.²⁴⁰ Verder heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts in een bestendige lijn adviezen geoordeeld dat aanbestedende diensten bij meervoudig onderhandse aanbestedingen de beginselen dienen te vertalen in concrete gedragsnormen. Bij gebreke daaraan in de geldende wet- en regelgeving wordt in toenemende mate aansluiting gezocht bij de regels die gelden voor Europese aanbestedingsprocedures.²⁴¹ Daarbij is in de jurisprudentie vooropgesteld “*dat, ook bij nationale aanbestedingen, wezenlijke wijzigingen van de naar aanleiding van de aanbesteding gesloten overeenkomst kunnen leiden tot een nieuwe aanbestedingsplicht*”.²⁴²

236 MvA, EK, 2011-2012, 32 440, C, p. 10 en 11.

237 Nota van wijziging, TK, 2010-2011, 32 440, nr. 11, p. 14.

238 MvT, TK, 2008-2009, 32440, nr. 3, p. 14.

239 Zie bijv. HJEU 16 juni 2022, C-376/21 (*Razlog*, r.o. 55); HJEU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*, r.o. 33 en 34); en HJEU 7 november 2013, C-313/12 (*Giuseppa Romeo*, r.o. 21 - 23).

240 Zie bijv. HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503 (*HLA/Kadaster*, r.o. 4.2.2, 4.2.3 en 4.3.2); Rb. Noord-Nederland 2 februari 2017 (ECLI:NL:RBNNE:2017:376, r.o. 4.25); Rb. Rotterdam 30 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7827 (r.o. 4.6 - 4.8); Rb. Zeeland-West-Brabant 4 februari 2014 (ECLI:NL:RBZWB:2014:1007, r.o. 4.5); CvAE 9 oktober 2014, advies nr. 147 (alinea’s 7.2.2 en 7.2.3); CvAE 24 april 2014, advies nr. 70 (alinea’s 6.1.1 en 6.1.2). Idem: Van Boom 1999, p. 644, § 4.

241 MvT, TK, 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 28. Zie bijv. CvAE 13 oktober 2020, advies nr. 577 (alinea’s 5.8.3 en 5.8.4); CvAE 10 augustus 2020, advies nr. 572 (alinea’s 5.4.1 en 5.4.2); CvAE 20 juli 2020, advies nr. 553 (alinea’s 5.2.1 en 5.2.2); CvAE 17 juli 2020, advies nr. 550 (alinea’s 5.4.1 en 5.4.2); CvAE 31 januari 2020, advies nr. 564 (alinea’s 5.2.1 en 5.2.2); CvAE 9 maart 2018, advies nr. 448 (alinea’s 5.2.1 en 5.2.2); CvAE 29 september 2017, advies nr. 423 (alinea’s 5.7.1 en 5.7.2); CvAE 14 juli 2017, advies nr. 417 (‘aanbeveling’).

242 Rb. Den Haag 30 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO9252 (r.o. 4.14).

Los hiervan kan de gehoudenheid aan de beginselen ook uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele redelijkheid en billijkheid voortvloeien.²⁴³ Tot slot kan niet onvermeld blijven dat de wetgever bij de herziening van de Aanbestedingswet zelf ook spreekt over het “*transparantiebeginsel bij meervoudig onderhandse procedures*”.²⁴⁴ Al met al verbaast het dus niet dat deze keuze van de wetgever kritisch is ontvangen.²⁴⁵

Ad 3) Een pleidooi voor uniformering

Er kan dus van uit worden gegaan dat, vanwege de toepasselijkheid van de aanbestedingsrechtelijke beginselen, ook voor deze categorieën overeenkomsten een wijzigingsbeperking geldt. Tegelijkertijd kan geen rechtstreeks beroep worden gedaan op de wijzigingsmogelijkheden uit hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet. De rechtsonzekerheid die voorheen gold voor Europees aanbestede overeenkomsten, geldt hier nog steeds. Het lijkt daarom wenselijk de wijzigingsmogelijkheden daarop (deels) van toepassing te verklaren of een eigen regeling te treffen. Het mag namelijk worden aangenomen dat de wijzigingsnoodzaak of -behoefte die aanwezig is bij Europees aanbestede overeenkomsten, in vergelijkbare mate bestaat bij anderszins aanbestede overeenkomsten. Het is daarom wenselijk meer houvast te bieden ter zake de vraag welke mogelijkheden tot wijziging bestaan.

Enerzijds kan ervoor gekozen worden om hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet op alle aanbestede overeenkomsten van toepassing te verklaren via schakelbepalingen. Er wordt dan geen onderscheid meer gemaakt tussen de verschillende regimes (Europees, DGOB, nationaal). Anderzijds kan onderscheid worden gemaakt tussen overeenkomsten waarop het primaire Unierecht mede van toepassing is en overeenkomsten die louter onder Nederlands recht vallen. Voor overeenkomsten met een DGOB ligt het voor de hand rechtstreeks bij hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet aan te sluiten. Voor overeenkomsten die daar niet onder vallen, kan er (op onderdelen) voor gekozen worden afwijkende regels te stellen. Linksom of rechtsom verdient deze kwestie de aandacht van de wetgever.

6.8 BEANTWOORDING DEELVRAAG 5

Deelvraag 5 luidt: welke ruimte bestaat er aanbestedingsrechtelijk om een aanbestede overeenkomst tijdens de uitvoering te wijzigen?

243 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (*RZG/ConforMed*, r.o. 3.4.3 en 3.4.4); Rb. Midden-Nederland 12 februari 2014 (ECLI:NL:RBNNE:2014:710, r.o. 5.1.2); vgl. de annotatie van C.E.C. Jansen in *NJ* 2017/383 bij HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503 (*Kadaster*). Vgl. Gerecht in eerste aanleg van Sint-Maarten 25 november 2016, ECLI:NL:OGEAM:2016:80 en Rb. Den Haag 30 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11332 (r.o. 4.2 en 4.3).

244 MvT, TK, 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 28.

245 Zie bijv. *Asser/Van den Berg 7-VI* 2013/46 en 70; Scheltema 2010, p. 131; Haverkort & Ter Mors 2013; *Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI* 2022/47.

Het gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden en het verbod om wezenlijk te wijzigen, normeren het gedrag van partijen. Dit blijkt duidelijk uit de nadruk die wordt gelegd op het door partijen naleven van overeengekomen verplichtingen. Tegelijkertijd zijn de wijzigingsmogelijkheden toegenomen ten opzichte van de situatie onder oud recht, zij het dat op onderdelen nog onduidelijkheid heerst. Hoewel de werking van verbintenisrechtelijke wijzigingsmogelijkheden zodoende beïnvloed wordt, lijkt die doorwerking minder vergaand dan wel is verondersteld. Zo is het aannemelijk dat de mogelijkheid om vanwege onvoorziene of kostenverhogende omstandigheden te wijzigen, niet significant wordt ingeperkt. Ook kunnen partijen vaak nog steeds tot een minnelijk vergelijk komen. Daarvan uitgaande, kan ervoor gepleit worden de wijzigingsmogelijkheden door te trekken naar aanbestede overeenkomsten die niet onder het Europese aanbestedingsrecht vallen. In die context is het verbod wezenlijk te wijzigen namelijk al wel van kracht, maar kan nog geen rechtstreeks beroep op de wijzigingsmogelijkheden worden gedaan, terwijl dat juist meer ruimte en zekerheid kan bieden.

Transparantie en wijzigingen tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst

7.1 INLEIDING

Aangenomen dat het verbod om wezenlijk te wijzigen tot doel heeft de belangen van derden te beschermen, dienen zij middelen te hebben om voor hun rechten op te komen.¹ Maar hoe is effectieve rechtsbescherming mogelijk als zij geen toegang tot de relevante informatie hebben? Veel wijzigingen onttrekken zich immers aan het zicht van derden. En stel dat wel transparantie wordt betracht: wanneer en hoe dienen betrokkenen te worden geïnformeerd? Hoe kunnen de rechtmatige belangen van de aanbestedende dienst en de opdrachtnemer worden beschermd, bijvoorbeeld op het punt van bedrijfsgeheimen? Wat is anders geformuleerd een voldoende mate van transparantie?

Vanwege dit soort vragen wordt in dit hoofdstuk ingegaan op de vraag hoe een derde effectief zijn rechten kan uitoefenen met betrekking tot wijzigingen tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst, aangezien veel wijzigingen zich aan het zicht van derden onttrekken (deelvraag 6). Bij de behandeling dient vooraf te worden scherp gesteld dat transparantie in aanbestedingsrechtelijke context ten minste drie betekenissen kan hebben. Ten eerste informeren (“we zijn in overeenkomst A wijziging 1 overeengekomen”). Ten tweede motiveren (“wij beschouwen deze wijziging om de volgende redenen toelaatbaar”). Ten derde concurrentiestelling, bijvoorbeeld door het organiseren van een aanbesteding ten behoeve van een wijziging die als wezenlijk wordt aangemerkt. In dit hoofdstuk ligt het primaat bij de eerste twee verschijningsvormen.

In Nederland is de discussie over deze transparantieproblematiek nog slechts beperkt gevoerd. Hierom worden in § 7.2 en 7.3 eerst argumenten voor en tegen een hoge mate van transparantie ten aanzien van wijzigingen tijdens de uitvoering uiteengezet. Met die argumenten in het achterhoofd is § 7.4 gewijd aan de bespreking van vragen over het huidige kader. § 7.5 biedt een doorkijk naar eventuele toekomstige verplichtingen. In § 7.6 wordt besloten met het beantwoorden van deelvraag 6.

1 Dit hoofdstuk is deels een actualisatie en verfijning van Plas 2021.

7.2 ARGUMENTEN VOOR EEN HOGE MATE VAN TRANSPARANTIE

De gewenste mate van transparantie hangt samen met een waardering van de relevante belangen, met name: eerlijke mededinging, toegang tot effectieve rechtsbescherming, waarde voor de publieke middelen, behoorlijk bestuur, administratieve lasten, en bescherming van vertrouwelijke informatie. Deze belangen hangen met elkaar samen. Zo kan een hoge mate van transparantie enerzijds bijdragen aan effectieve rechtsbescherming en behoorlijk bestuur, en anderzijds twijfel oproepen ten aanzien van de bescherming van vertrouwelijke informatie alsook administratieve lasten verzwaren, zodat ter discussie kan staan in hoeverre nog voldoende waarde voor de publieke middelen wordt behaald.

Ervan uitgaande dat met al deze belangen rekening dient te worden gehouden, lijkt een compromis in de vorm van een passende mate van transparantie op zijn plaats, zodat een belangenafweging dient te worden gemaakt.² In deze paragraaf wordt stilgestaan bij drie argumenten op grond waarvan is gepleit voor meer transparantie. Dit betreft de bescherming van belangen van derden (§ 7.2.1), het creëren van voldoende waarde voor de publieke middelen (§ 7.2.2), en het beginsel van behoorlijk bestuur en de strijd tegen corruptie (§ 7.2.3).

7.2.1 Belangen van derden

De wijzigingsregels beogen continuïteit tussen aanbesteding en uitvoering te waarborgen. Omdat een wezenlijke wijziging wordt beschouwd als de plaatsing van een nieuwe overheidsopdracht, vereisen de Richtlijnen dat dan (opnieuw) wordt aanbesteed. Zodoende krijgen ondernemers alsnog een eerlijke kans op uitvoering van de (gewijzigde) overeenkomst c.q. de wijziging.³ In deze context hebben Racca, Cavallo Perin & Albano benadrukt dat verliezende inschrijvers ervan uit mogen gaan dat de winnaar de overeenkomst beter zal uitvoeren en dus dat overeengekomen verplichtingen niet wezenlijk gewijzigd mogen worden. Zij pleiten daarom voor een “*rigorous oversight of contract implementation*”, en zien potentieel voor verliezende inschrijvers om als “*watchdogs*” van de overeenkomst te handelen.⁴

Vanuit bepaald perspectief valt inderdaad wat te zeggen voor deze waakhond-functie. Verliezende inschrijvers hebben een eigen belang bij correcte uitvoering en kunnen vanwege hun eerdere betrokkenheid beter dan anderen op de hoogte

2 Deze terminologie is ontleend aan de vergelijking met HJEG 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*, r.o. 62).

3 Zie nader § 8.3.

4 Racca, Cavallo Perin & Albano 2011, p. 99 - 103. Vgl. Racca & Cavallo Perin 2013, p. 287 - 290. Racca & Cavallo Perin 2015 stellen zelfs dat “[...] *it seems increasingly necessary for unsuccessful tenderers to act as diligent ‘watchdogs’*”. Vgl. voor de waakhonden-verwijzing: UN Convention against corruption, Nusa Dua Indonesia, 28 januari - 1 februari 2008, CAC/COSP/2008/CRP.2, § 45.

zijn van de inhoud van de aanbestede prestaties. Echter, het blijft twijfelachtig in hoeverre deze functie in de praktijk kan worden gebracht, en hoe in het verlengde daarvan effectieve rechtsbescherming kan worden geboden.

Zo merkt Treumer op dat concurrenten vaak worden ontmoedigd te klagen vanwege de moeilijkheden om precies inzicht te krijgen in de details van de oorspronkelijke overeenkomst en de wijzigingen die vervolgens zijn doorgevoerd.⁵ Prieß betoogt dat een aanbestedingsverplichting tot doel heeft een verstoring van het aanbestedingsresultaat te voorkomen. Echter, zo voegt hij daar retorisch aan toe, hoe weten concurrenten wat er speelt als de wijziging niet via de media uitlekt?⁶ Simovart wijst er verder op dat transparantie bemoeilijkt wordt doordat in veel aanbestede overeenkomsten ongerechtvaardigde geheimhoudingsbedingen zijn opgenomen.⁷

Volgens Marique poogt art. 72 Richtlijn 2014/24/EU barrières op te werpen voor aanbestedende diensten die de aanbestedingsregels willen omzeilen. De opzet van dit artikel veronderstelt echter een gedecentraliseerde monitoring door concurrenten. Dit terwijl met name MKB'ers mogelijk helemaal niet de middelen hebben om die taak te vervullen en het moeilijk blijft toegang tot relevante documenten te krijgen. Daar komt volgens haar bij dat de beperkte transparantieverplichtingen in dat artikel geen sluitende regeling tegen omzeilingsconstructies bieden.⁸

Daarmee bestaat nauwe samenhang tussen transparantie en het recht op effectieve rechtsbescherming.⁹ Simovart, Ginter en Parrest hebben daarom betoogd dat aanbestede overeenkomsten in beginsel als openbare informatie dienen te worden beschouwd. Het particuliere belang om contractbepalingen als vertrouwelijk te beschouwen delft dan in beginsel het onderspit.¹⁰ Simovart en Arrowsmith stellen dat bekendmaking van informatie over (wijzigingen in) aanbestede overeenkomsten uit de aanbestedingsrechtelijke beginselen voortvloeit, zodat in de rechtspraak verdergaande transparantieverplichtingen kunnen worden ontwikkeld.¹¹

Zonder enige vorm van transparantie zouden de wijzigingsregels inderdaad eenvoudig tot een dode letter verworden. Hoewel de continuïteitsverplichting in theorie nog zou gelden, hebben derden dan doorgaans geen middelen om hun rechten te effectueren. Rechtsbescherming wordt dan afhankelijk van incidentele vondsten. Wil het verbod wezenlijk te wijzigen effect kunnen sorteren, dan dient in enige mate transparantie te bestaan. Daarvan uitgaande, dient relevante informatie

5 Treumer 2012, p. 153.

6 Prieß & Saussier 2013, p. 159.

7 Simovart 2015, § 1.3.

8 Marique 2016, p. 211 en 212.

9 Vgl. art. 47 Handvest EU; HJEU 10 oktober 2012, T-183/10 (*Sviluppo Globale*, r.o. 40); HJEU 27 april 2016, T-556/11 (*European Dynamics*, r.o. 253).

10 Ginter, Parrest & Simovart 2013.

11 Simovart 2015, § 1.3 en Arrowsmith 2014, p. 1379 en 1380.

toegankelijk te zijn en afdoende voor derden om hun rechtspositie in te schatten. Rekening houdend met de ratio van de wijzigingsregels en erop gelet dat het in principe aan een aanbestedende dienst is een wijziging te accorderen,¹² is het gerechtvaardigd dat de bewijslast betreffende de rechtmatigheid van een wijziging in beginsel op hem rust.

Wel kan worden opgemerkt dat het niet tot de primaire verplichtingen van een ondernemer behoort om waakhond te spelen. Dat hij hier in tijden van recessie meer toe genegen kan zijn dan tijdens een hausse, maakt dat niet anders. Zijn eventuele bereidwilligheid is gelegen in het belang de continuïteit van zijn bedrijfsvoering te waarborgen. Wanneer een ondernemer een aanbestede overeenkomst wenst te volgen, dient hij dat zelfstandig te kunnen beslissen, met dien verstande dat hij over de noodzakelijke middelen beschikt. Deze mogelijkheid ontslaat een aanbestedende dienst dus niet van de zelfstandige verplichting de aanbestedingsreggeving na te leven.

7.2.2 Waarde voor de publieke middelen

In de literatuur is bediscussieerd of het creëren van ‘*value for money*’ wel een doelstelling van het Europese aanbestedingsrecht is.¹³ Aan deze discussie wordt hier voorbijgegaan. Op Nederlandse aanbestedende diensten rust ingevolge art. 1.4 lid 2 Aanbestedingswet namelijk de verplichting door middel van aanbestedingen voldoende maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te creëren.¹⁴ Hoewel geen consensus bestaat over de reikwijdte van dit begrip, is in ieder geval duidelijk dat kostenbesparingen en de beste-prijs-kwaliteit-verhouding hieronder dienen te worden begrepen.¹⁵ De vraag in hoeverre maatschappelijke waarde voor de publieke middelen kan worden behaald, is ook hier relevant. Wijzigingen komen immers niet in concurrentie tot stand. Voorts kan de vraag opkomen of de opdrachtnemer dan nog steeds de meest geëigende partij is. Hij was dat voor de oorspronkelijke overeenkomst, maar is dat niet ook zonder meer voor de gewijzigde overeenkomst.

Deze omstandigheden zijn door Ginter, Parrest & Simovart aangevoerd ten fa-
veure van het vergroten van transparantieplichtingen.¹⁶ Racca, Cavallo Perin
& Albano betogen dat het “*competition principle [...] must be safeguarded until
the end of the performance phase so that ‘promised quality’ [...] coincides with*

12 Vgl. HJEU 14 mei 2020, C-263/19 (*T-Systems*, r.o. 74).

13 Vgl. Marique 2016, p. 198.

14 Vergelijkbare verplichtingen rusten op Franse en Amerikaanse aanbestedende diensten, zie art. L3 Code de la Commande publique en art. 1.102 sub a US Federal Acquisition Regulations System.

15 Amendement Koppejan, TK 2011-2012, 32440, nr. 46; debat 1 februari 2012, TK 48-4-14. Zie uitgebreider Van Heeswijck 2015 en Van Heeswijck 2021, § 3.2.

16 Ginter, Parrest & Simovart 2013, § 3.

‘*delivered quality*’”.¹⁷ Zodoende zouden inschrijvers minder genegen kunnen zijn opportunistische aanbiedingen te doen in de hoop later winstgevendere meerwerken te kunnen claimen,¹⁸ gegeven de begrensde wijzigingsvrijheid en het feit dat wijzigingen worden gepubliceerd. Bruyninckx voegt daaraan toe dat een aanbestedende dienst vaak op een informatieachterstand staat, waardoor hij over onvolledige informatie beschikt om wijzigingen tegen marktconforme voorwaarden overeen te komen. Hoewel hij enkele voordelen onderkent van het aanbesteden van een wijziging, signaleert hij ook het risico van een *vendor lock-in*: hoewel de kosten van een rechtstreeks overeengekomen wijziging hoger kunnen zijn dan in geval van een aanbesteding, zijn de (politiek-maatschappelijke) risico’s gemoeid met een aanbesteding doorgaans nog groter.¹⁹

In theorie klinkt het goed dat transparantie het waarborgen van maatschappelijke waarde voor de publieke middelen dient. De vraag is echter of dit in de praktijk ook echt zo werkt. Transparantiemechanismen faciliteren het rechtmatigheidstoezicht. Als naar aanleiding van een transparante handelwijze wordt geconcludeerd tot een wezenlijke wijziging, is het waarschijnlijker dat de aanbestedende dienst tegen (forse) kostenposten aanloopt dan dat hij kosten bespaart, bijvoorbeeld doordat hij een nieuwe aanbestedingsprocedure dient te organiseren of omdat hij schadeplichtig blijkt. Het project kan daardoor vertraging oplopen, als het al succesvol kan worden afgerond. Verder is onzeker of de aanbestedende dienst (de dreiging van) transparantie wel effectief jegens zijn opdrachtnemer kan gebruiken, in die zin dat deze een scherper aanbod neerlegt. Integendeel: die mogelijkheid kan zelfs grond zijn voor een extra risico-opslag.²⁰

Wat transparantie in de vorm van concurrentiestelling betreft, kan evenzeer betwijfeld worden of zodoende maatschappelijke waarde voor de publieke middelen kan worden behaald. Zoals in § 8.2 wordt toegelicht, kunnen knelpunten bestaan om succesvol aan te besteden. Zodoende lijkt eerder winst te liggen in een deugdelijke voorbereiding en goed contractmanagement dan in transparantie. Daar staat tegenover dat maatschappelijke waarde voor de publieke middelen een bredere portée kent dan een strikte kosten-batenafweging. Het dient niet te worden vergeten dat de rechtmatige besteding van belastinggelden een op zichzelf staand te behartigen belang is.

7.2.3 Behoorlijk bestuur en de rol van het maatschappelijk middenveld

De noodzaak voor het organiseren van aanbestedingen wordt in de basis gegrond op het tegengaan van favoritisme en willekeur. Tegelijkertijd wordt de markt voor

17 Racca, Cavallo Perin & Albano 2011, p. 99 - 103. Idem: Racca & Cavallo Perin 2015, p. 247 en 266.

18 Vgl. Arrowsmith 1997, onder VI en Arrowsmith 2014, p. 578.

19 Bruyninckx 2016, p. 286 - 291.

20 *Ibidem*.

overheidsopdrachten zelf als zeer gevoelig voor corruptie aangemerkt.²¹ Simovart wijst er daarom op dat meer transparantie mede geënt kan zijn op *“improving anti-corruption policies in public procurement as implementing high transparency standards and strengthening control mechanisms during the contract performance period.”*²² Tátrai heeft in het verlengde daarvan aanbevolen om effectieve monitoringssystemen op te zetten die mede betrekking zouden moeten hebben op wijzigingen.²³ Dergelijke mechanismen kunnen ook worden gezien in het licht van de hiervoor genoemde waakhondfunctie.²⁴

Daarom wordt in toenemende mate betoogd dat betrokkenheid van het maatschappelijk middenveld de integriteit van het aanbestedingsproces kan verbeteren. Deze betrokkenheid dient volgens Cravero mede te zien op de uitvoering, zodat aanbestedende diensten ter verantwoording kunnen worden geroepen en corruptie beter kan worden bestreden.²⁵ Die oproep vindt weerklank bij de Uniewetgever. In overweging 122 van de considerans voor Richtlijn 2014/24/EU wordt benadrukt dat, ook al staat een beroep op de aanbestedingsrechtelijke beroepsprocedures niet open, het voor maatschappelijke actoren wel mogelijk dient te zijn om potentiële schendingen te melden bij bevoegde instanties.

In 2014 heeft de Europese Commissie in zijn anti-corruptie-rapport benadrukt dat striktere regels met betrekking tot wijzigingen kunnen helpen bij (het toezicht op) de naleving van het aanbestedingsrecht. Zij bepleit de implementatie van hoge transparantiestandaarden voor het hele aanbestedingsproces, tot aan het einde van de uitvoering. Dit zou kunnen via gemeenschappelijke transparantiestandaarden op decentraal niveau, toegang tot overeenkomsten, en online publicatie van de jaarlijkse kostenoverzichten.²⁶ Transparantie kan in deze visie worden ingezet om realisatie van maatschappelijke doelstellingen na te streven, een belang dat verdergaat dan louter het beschermen van de belangen van andere ondernemers.²⁷ Meer transparantie zou het risico op corruptie kunnen verkleinen en ertoe kunnen leiden dat mogelijke verkwisting van belastinggeld beter wordt geïdentificeerd.²⁸

Op zichzelf zijn dit nobele doelstellingen. De praktijk lijkt echter weerbarstiger. Veel wijzigingen worden immers niet doorgevoerd met als doel de Richtlijnen te omzeilen, maar om projecten tot een goed of beter einde te brengen. Dit wordt ook met zoveel woorden door de Uniewetgever onderkend, daar waar thans in een

21 Anderson, Kavacic & Müller 2017.

22 Simovart 2015, p. 39.

23 Tátrai 2016, p. 518.

24 Zie uitvoeriger over de driehoeksverhouding wijzigingen - corruptie - controlemechanismen Racca & Cavallo Perin 2015.

25 Cravero 2019. Zij tekent daarbij aan dat de mate van betrokkenheid een controversieel thema is, zie § 2.

26 Europese Commissie 2014, p. 23, 24, en 35.

27 Vgl. over de maatschappelijke doelstellingen Halonen 2019, p. 13 - 15.

28 Vgl. Tátrai 2016.

wijzigingenmandje is voorzien.²⁹ In zoverre kan dus zelfs worden aangevoerd dat de maatschappij baat heeft bij wijzigingen.

Verder kan worden betwijfeld in hoeverre het maatschappelijk middenveld een effectieve bijdrage kan leveren. In zichzelf hoeft de prijs geen sluitend bewijs van een ontoelaatbare wijziging te vormen.³⁰ De conclusie dat wezenlijk is gewijzigd, resulteert vaak uit een (relatief) complexe analyse van de aard en prijs van de wijziging(en), al dan niet in relatie tot de toets of die wijzigingen achteraf gezien het aanbestedingsproces hebben beïnvloed. Grondige kennis van alle relevante documenten en redenen is dan vereist, terwijl aanbestedingsdocumenten omvangrijk kunnen zijn. Aldus veronderstelt participatie een hoge mate van transparantie. Natuurlijk wordt in overweging 122 een signalerende en geen besluitvormende rol toegekend. Maar dit doet er niet aan af dat bevoegde instanties in beginsel opvolging dienen te geven aan meldingen. Om het risico op overbelasting en excessieve administratieve lasten te minimaliseren, is het wenselijk dat meldingen feitelijke grondslag hebben. Het voor de hand liggende instrument is dan transparantie.

Deze kanttekeningen dienen als oproep om op voorhand na te denken over de haalbaarheid doelen die via transparantie dienen te worden bereikt en over de mechanismen die daartoe worden ontwikkeld. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de tegenargumenten.

7.3 ARGUMENTEN TEGEN EEN HOGE MATE VAN TRANSPARANTIE

Diverse argumenten tegen verregaande transparantie zijn of kunnen worden aangedragen, met name dat hierdoor de mededinging wordt geschaad (§ 7.3.1), dat bedrijfsvertrouwelijke informatie dient te worden beschermd (§ 7.3.2), en dat administratieve lasten kunnen toenemen (§ 7.3.3).

7.3.1 Mededinging wordt geschaad

Het verstrekken van informatie aan andere partijen kan de mededinging schaden. Sanchez-Graells heeft betoogd dat het aanbestedingsproces de mogelijkheid tot anti-competitief gedrag vergroot, vanwege de veelheid aan informatie die wordt gedeeld.³¹ Hij heeft aandacht gevraagd voor de nadelen van volledige transparantie.³² Verder heeft hij zijn zorgen geuit over het ontwikkelen van openbare contractregisters.³³ In zijn visie dient transparantie te worden herijkt, waarbij registers niet voor iedereen even openbaar zijn.³⁴ Halonen is iets genuanceerder. Zij con-

29 Vgl. Commission non paper 2012 cluster 8, p. 15.

30 Zie ook § 6.3.3.

31 Sanchez-Graells 2014 en Sanchez-Graells 2018, § 2.2.3.

32 Sanchez-Graells 2013 en Sanchez-Graells 2019.

33 Sanchez-Graells 2015.

34 Sanchez-Graells 2019, p. 36 en Sanchez-Graells 2019a.

cludeert dat een zekere mate van transparantie nodig is, maar dat de maatregelen bij wijzigingen zorgvuldig overwogen dienen te worden. In het bijzonder dient rekening te worden gehouden met het risico op verstoring van de mededinging.³⁵

In zekere zin hebben deze standpunten natuurlijk hun merites. Wel kan betwijfeld worden in hoeverre het vergroten van de transparantieverplichtingen daadwerkelijk risicovol zal blijken te zijn. Ondernemers weten immers doorgaans welke concurrent een project uitvoert, ook los van hun eventuele deelname in een aanbestedingsprocedure. De opdrachtnemer kan zelf de publiciteit zoeken. Ook kan informatie over het project publiekelijk worden via vakbladen, conferenties, en bijeenkomsten, of omdat de betrokkenheid van die opdrachtnemer zichtbaar is. Als een ondernemer mededingingsverstoring wil handelen, is hij niet afhankelijk van informatieverstrekking door de aanbestedende dienst. De wandelgangen kunnen dan volstaan. En waar het gaat om het ten koste van een concurrent profiteren van informatieverstrekking, raakt de discussie aan het beschermen van bedrijfsvertrouwelijke informatie.

7.3.2 Bescherming van commercieel gevoelige informatie

Door ervaring en kennisontwikkeling kunnen ondernemingen hun marktpositie verstevigen. Hoewel het commercieel interessant kan zijn informatie over projecten te publiceren, kan een ondernemer er evenzeer belang bij hebben informatie te beschermen waaruit blijkt hoe hij die activiteiten uitvoert en tegen welke tarieven. Een hoge mate van transparantie kan zijn belangen dus schaden. Hierna wordt toegelicht welke mechanismen bestaan om een juiste balans te vinden. Daartoe wordt ingegaan op de vraag of informatie vertrouwelijk is (ad 1) en worden aandachtspunten besproken voor het vinden van een balans (ad 2).

Ad 1) Bedrijfsvertrouwelijk?

Eenzijds wordt in overweging 51 considerans Richtlijn 2014/24/EU benadrukt dat *“moet worden verduidelijkt dat de bepalingen inzake de bescherming van vertrouwelijke informatie geenszins een beletsel vormen voor openbaarmaking van de niet-vertrouwelijke onderdelen van gegunde opdrachten, met inbegrip van eventuele latere wijzigingen.”*³⁶ Anderzijds heeft het HJEU zowel de bescherming van commercieel gevoelige informatie in het algemeen³⁷ als bedrijfsgeheimen in het bijzonder³⁸ als Unierechtelijk beginsel aangemerkt. De Richtlijnen verplichten

35 Halonen 2016, p. 530 - 537.

36 Vgl. overweging 62 considerans Richtlijn 2014/25/EU. Opvallend genoeg heeft de Uniewetgever er in de concessierichtlijn voor gekozen dit aandachtspunt in art. 28 lid 1 op te nemen.

37 Zie reeds HJEG 24 juni 1986, zaak 53/85 (*Akzo*, r.o. 28). Vgl. conclusie van A-G Szpunar 21 juli 2016, C-162/15 P (*Evonik GmbH*, punt 41 en voetnoten 14 - 16).

38 HJEU 19 juni 2018, C-15/16 (*Baumeister*, r.o. 53). Zie ook Halonen 2016, p. 539 en Arrowsmith 2014, p. 1339 en 1440.

een aanbestedende dienst zich ervan te weerhouden informatie bekend te maken die hem vertrouwelijk door een ondernemer is verstrekt.³⁹ Daarnaast legt de Richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen regels en beperkingen neer betreffende het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken, en openbaar maken van bedrijfsgeheimen.⁴⁰

Juridisch gezien geeft de Uniewetgever dus geen voorrang aan transparantie boven de bescherming van commercieel gevoelige informatie. Dit kan tot een spanningsveld leiden bij het gebruiken en bekendmaken van informatie.⁴¹ De eerste vraag die dan beantwoord dient te worden, is of de informatie van zodanige aard is dat bekendmaking ervan de belangen van een ondernemer kan schaden.

Volgens art. 21 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU mag een aanbestedende dienst informatie niet bekendmaken die hem vertrouwelijk door een ondernemer is verstrekt.⁴² In theorie geeft deze bepaling ruimte voor een subjectievere test wanneer de aanbestedende dienst gebonden is aan de kwalificatie door de ondernemer. Dan zou de wil van de ondernemer doorslaggevend zijn, zelfs wanneer de kwalificatie als bedrijfsgeheim niet gerechtvaardigd is.⁴³ Objectiever is art. 2 lid 1 Richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen, op grond waarvan de persoon die rechtmatig over de informatie beschikt dient te bewijzen dat aan drie voorwaarden is voldaan.⁴⁴

Allereerst is vereist dat de informatie geheim is in die zin dat zij, in haar geheel dan wel in de juiste samenstelling en ordening, niet algemeen bekend is bij of gemakkelijk toegankelijk is voor personen binnen de kringen die zich gewoonlijk bezighouden met de desbetreffende soort informatie.⁴⁵ Ten tweede dient die informatie handelswaarde te bezitten omdat zij geheim is. Ten derde dient die informatie door de rechtmatige houder onderworpen te zijn aan redelijke geheimhoudingsmaatregelen.

Nu wordt in overweging 18 van de considerans voor de Richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen benadrukt dat die Richtlijn overheidsinstanties niet mag onthef-

39 Art. 21 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. art. 22 lid 3, 29 lid 5, 30 lid 3, 31 leden 4 en 6, 53 lid 1, 57 lid 4 onder i Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. art. 28 Richtlijn 2014/23/EU en art. 39 Richtlijn 2014/25/EU.

40 Art. 1 lid 1 Richtlijn 2016/943/EU.

41 De Algemene Verordening Gegevensbescherming 2016/679/EU kan hier ook een rol spelen, bijvoorbeeld als de uitvoering nauw samenhangt met de professionele kwaliteiten van individuele personen, vgl. HJEU 26 maart 2015, C-601/13 (*Ambisig*, r.o. 31 - 34).

42 Deze bepaling is geïmplementeerd in art. 2.57 lid 1 Aanbestedingswet.

43 Zie voor een pleidooi tegen deze subjectieve test Plas 2021, § 3.1. Idem: conclusie A-G Sanchez-Bordona d.d. 15 april 2021 in C-927/19 (*Ecoservice*, alinea's 36 - 42).

44 Art. 2 lid 1 Richtlijn 2016/943/EU. Deze definitie volgt uit art. 39 van het TRIPS-verdrag.

45 In HJEU 18 mei 2017, T-163/16 (*Reiswolf*, r.o. 66) bevestigde het Hof dat het begrip geheim een breed toepassingsbereik heeft.

fen van de vertrouwelijkheidsverplichtingen zoals die onder meer voortvloeien uit de aanbestedingsrichtlijnen. Desalniettemin lijkt de objectieve analyse uit deze Richtlijn de voorkeur te genieten ten opzichte van de mogelijk subjectievere analyse op grond van de aanbestedingsrichtlijnen. Laatstgenoemden definiëren het begrip bedrijfsgeheimen niet, terwijl de eerstgenoemde dit wel doet en van recentere datum is. Daarnaast is het logisch te veronderstellen dat hij die stelt dat informatie als bedrijfsgeheim dient te worden aangemerkt, dit aannemelijk dient te maken.⁴⁶

Indien niet wordt voldaan aan de voorwaarden om als bedrijfsgeheim gekwalificeerd te worden, kan informatie nog steeds commercieel gevoelig zijn. Dan kan bekendmaking nog steeds achterwege blijven indien het risico op versterking van de mededinging bestaat.⁴⁷ In *Varec* oordeelde het Hof dat, gegeven de vertrouwensrelatie tussen aanbestedende diensten en ondernemers, mechanismen dienen te bestaan die de belangen van ondernemers doeltreffend beschermen.⁴⁸ Zodoende kan het contraproductief uitwerken indien aanbestedende diensten gehouden zouden zijn zulke informatie toch bekend te maken, aangezien hierdoor de mededinging alsnog kan worden geschaad. Ook hier ligt het evenwel in de rede dat de ondernemer bewijst waarom bekendmaking achterwege dient te blijven.

Aangenomen dat in beginsel sprake is van een bedrijfsgeheim of van commercieel gevoelige informatie, kan de vraag rijzen hoe lang die kwalificatie gerechtvaardigd is. Informatie kan immers achterhaald raken. De Richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen en de aanbestedingsrichtlijnen adresseren deze vraag niet.⁴⁹ Wel heeft het HJEU geoordeeld dat informatie na vijf jaar in beginsel geacht wordt niet langer geheim te zijn, tenzij de ondernemer bij wijze van uitzondering het tegendeel aantoonst.⁵⁰

Tot slot kan informatie beschermd worden door geheimhoudingsovereenkomsten (ook wel NDA's genoemd naar het Engelstalige Non Disclosure Agreement). Het is aan de aanbestedende dienst om zorgvuldig de rechtmatigheid en geschiktheid van een NDA te overwegen. Omdat zij veelal de conceptovereenkomsten opstellen, kunnen zij hun invloed op de keuze en invulling doen gelden. Als een ondernemer een NDA wenst, zou de aanbestedende dienst hem erop moeten wijzen dat de ondernemer een legitiem belang dient aan te tonen. Een NDA dient niet verder

46 Dit is bevestigd in HJEU 7 september 2021, C-927/19 (*Ecoservice*, r.o. 96 - 137). Vgl. Oudenaarden & Klijbolder 2022, p. 11 en 12.

47 Vgl. art. 50 lid 4 en 55 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU.

48 HJEG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*, r.o. 34 - 41).

49 De termijn uit art. 8 lid 2 Richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen ziet op de termijn voor het aanhangig maken van een zaak, zie ook HJEU 11 juli 2018, T-643/13 (*Rogesa*, r.o. 90).

50 HJEU 19 juni 2018, C-15/16 (*Baumeister*, r.o. 54 en 57).

te gaan dan strikt noodzakelijk en dient verder bij strijd met het Unierecht terzijde te worden geschoven.⁵¹

Ad 2) De balans

Inhoudelijk lijken voor aanbestedende diensten mogelijkheden te bestaan een juiste balans te vinden. Binnen de grenzen van het gelijkheidsbeginsel kan worden besloten niet tot bekendmaking over te gaan. Daarnaast kan de uitvraag op een hoger abstractieniveau geschieden, kunnen varianten worden toegestaan, of kan voor een onderhandelingsprocedure worden gekozen.

Met betrekking tot een aankondiging van een wijziging kan hij algemenere bevoordelingen kiezen. Effectieve rechtsbescherming en rechtmatigheidstoezicht kunnen plaatsvinden zonder dat bedrijfsgeheimen worden bekendgemaakt. Zodoende wordt een balans getroffen tussen enerzijds de verplichting en het belang om vertrouwelijke informatie niet bekend te maken en anderzijds het motiveringsbeginsel en daarmee de toegang tot effectieve rechtsbescherming.⁵² Als bekendmaking desalniettemin nodig is, kan de aanbestedende dienst in overleg treden met de houder van die informatie over de wijze van publicatie en eventuele compensatie.

Over de (voorgenomen) bekendmaking van informatie kan worden geprocedeerd, zoals in een procedure tussen de aanbestedende dienst en de houder van de informatie. Ook kan een derde een procedure starten om toegang te krijgen tot meer informatie, bijvoorbeeld in het kader van de mogelijkheid tot inschrijving.⁵³ Diverse aspecten spelen dan een rol. De aanbestedende dienst of de derde partij dient een procesbelang aan te tonen waarom informatieverstrekking nodig is. Bij de rechtmatige eigenaar van de informatie berust de bewijslast dat de bekendmaking achterwege zou moeten blijven.⁵⁴ De gerechtelijke instantie dient toegang te hebben tot alle relevante informatie.⁵⁵ Het beginsel van hoor en wederhoor brengt niet mee dat de derde al tijdens de procedure toegang tot de informatie zou moeten

51 Zie uitvoeriger over het gebruik van geheimhoudingsovereenkomsten Van Wechem & Rijsterborgh 2020.

52 Vgl. HJEU 7 september 2021, C-927/19 (*Ecoservice*, r.o. 113 - 125).

53 Een ander voorbeeld is dat de aanbestedende dienst onrechtmatig handelt doordat hij bedrijfsgeheimen bekend heeft gemaakt, zie Hof Amsterdam 17 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3102.

54 Zie ook art. 11 lid 1 Richtlijn 2016/943/EU.

55 Art. 9 en 10 Richtlijn 2016/943/EU. Zie ook HJEG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*, r.o. 53 en 54). Vgl. Arrowsmith 2014, p. 1381 - 1384.

krijgen.⁵⁶ In zijn oordeel dient die instantie alle relevante vermogensrechtelijke en maatschappelijke belangen mee te wegen.⁵⁷ Indien de uitspraak wordt gepubliceerd, dient zo nodig zorg te worden gedragen voor afdoende anonimisering.⁵⁸

7.3.3 Administratieve lasten

Gesteld kan worden dat de verplichting om informatie te publiceren de administratieve lasten verhoogt, hetgeen in ogenschouw genomen zou moeten worden bij het bepalen van de mate van transparantie. Dit risico lijkt relatief beperkt aangezien goed contractmanagement vanuit projectmatig perspectief al aanbeveling verdient. Daar komt bij dat wijzigingen doorgaans financiële consequenties meebrengen waarover overeenstemming dient te worden bereikt. Zodoende worden ze nu al vaak gedocumenteerd, al dan niet ten behoeve van de democratische controle of de beoordeling door een accountant. Indachtig de steeds verder toenemende digitalisering wordt de administratie van wijzigingen verder vereenvoudigd. Een significante toename van de administratieve lasten behoeft daarom niet zonder meer verwacht te worden.

Wel komt het voor dat partijen discussiëren over de vraag of een bepaalde prestatie een contractuele verplichting is of een wijziging. Het is ook mogelijk dat de opdrachtnemer niet op voorhand duidelijk maakt dat een bepaalde prestatie een wijziging inhoudt, maar daarvoor wel achteraf een claim indient. Aan deze gang van zaken zitten de nodige verbintenisrechtelijke aspecten, die bijvoorbeeld de vorm kunnen aannemen van een tekortkoming of verval van recht. Zulke aspecten laten onverlet dat aanbestedingsrechtelijk met deze werkelijkheid rekening dient te worden gehouden, in die zin dat een latere aankondiging soms mogelijk zou moeten zijn, met name bij *scope of contract*-discussies.

Daarnaast verdient het moment van publicatie de aandacht. Indien alle publicatieplichtige wijzigingen voorafgaand aan uitvoering dienen te worden bekendgemaakt, kan dit administratieve lasten significant verhogen. Het risico bestaat dan dat de deugdelijke en tijdige uitvoering in de knel komt. Indien wijzigingen achteraf gepubliceerd mogen worden, vervalt dit bezwaar grotendeels aangezien de voortgang van het project (vooral nog) veel minder wordt verstoord.

56 Zie vanuit mededingingsrechtelijk perspectief art. 27 en 28 Verordening 1/2003/EG; art. 15 lid 2 en 15 Verordening 773/2004/EG; en art. 17, 18 lid 3, en 20 lid 2 Verordening 139/2004/EG. Vgl. HJEG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*, r.o. 51 - 54); HJEU 13 september 2018, C-594/16 (*Enzo Bucci*, r.o. 39); en HJEU 8 juli 2015, T-536/11 (*European Dynamics/Commissie*, r.o. 50). Vgl. verder art. 41 lid 2 Handvest EU, waarover uitgebreid Caranta 2019.

57 Art. 11 lid 2 aanhef en onder f en g en art. 13 lid 2 aanhef en onder f en g Richtlijn 2016/943/EU.

58 Zie voor de publicatie van uitspraken art. 15 Richtlijn 2016/943/EU. Vgl. art. 339 VWEU voor de geheimhoudingsverplichtingen van leden van Unie-instellingen en ambtenaren.

Nu de belangrijkste argumenten voor en tegen een hoge mate van transparantie zijn beschreven, wordt de aandacht gevestigd op enkele vragen die naar huidig recht bestaan.

7.4 TRANSPARANTIE INZAKE WIJZIGINGEN NAAR HUIDIG RECHT

In twee gevallen geldt een transparantieverplichting die, hoewel op het eerste oog duidelijk, diverse vragen oproept (§ 7.4.1). Daarnaast kan vooraf vrijwillig transparantie worden betracht over een wijziging. Hoewel die risicobeheersmaatregel nuttig kan zijn, wordt de bruikbaarheid ervan bemoeilijkt doordat de jurisprudentie op twee gedachten lijkt te hinken (§ 7.4.2).

7.4.1 Verplichte aankondiging van een wijziging

Bij een wijziging op grond van noodzakelijk geworden aanvullende prestaties en onvoorzienbare omstandigheden is het verplicht een aankondiging van een wijziging te publiceren.⁵⁹ Hoewel dit niet uit de Aanbestedingswet blijkt, is het ingevolge het slot van art. 72 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU ook toegestaan die aankondiging na wijziging te publiceren: “*De aanbestedende diensten die in de onder b) en c) van dit lid genoemde gevallen een opdracht hebben gewijzigd, maken een aankondiging hiervan bekend in het Publicatieblad van de Europese Unie.*” Deze verplichting laat onduidelijkheid bestaan over zowel de relevante termijnen (ad 1) als eventuele sancties (ad 2). Bij wijziging vanwege onvoorzienbare omstandigheden kan voorts verwarring bestaan over de motivering die moet worden verstrekt (ad 3).

Ad 1) Termijnen

Momenteel is het alleen vereist dat een wijziging wordt gepubliceerd. In de Aanbestedingswet wordt niet geconcretiseerd wanneer die aankondiging moet worden gedaan. Deze lacune kan strategisch gedrag in de hand werken en ten koste gaan van het nut en de effectiviteit van deze verplichting. Het is namelijk niet uitgesloten dat een aanbestedende dienst met publicatie wacht tot meer dan zes maanden na wijziging om zo de dreiging van een vernietigingssanctie te verkleinen mocht toch niet voldaan zijn aan de wettelijke vereisten. Ook kan hij wachten tot vlak voor een periode van verminderde activiteit, zoals feestdagen of vakanties. In de context van een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf heeft het HJEU reeds geoordeeld dat dit niet verboden is.⁶⁰ Wel kan betwijfeld worden of zulk strategisch gedrag in lijn is met de geest van de Richtlijnen en met een juiste waardering van de relevante belangen. Een duidelijke termijn waarbinnen de aankondiging dient te worden gepubliceerd, lijkt daarom wenselijk.

59 Art. 2.163d leden 5 en 6 (samen met art. 2.163e lid 2) Aanbestedingswet. Vgl. art. R2194-10 Code de la commande publique.

60 HJEU 11 september 2014, C-19/13 (*Fastweb II*, r.o. 55 - 66).

Wezenlijke wijzigingen worden beschouwd als de nieuwe plaatsing van een overheidsopdracht. Het is goed mogelijk dat wijzigingen als bedoeld in art. 2.163d en 2.163e Aanbestedingswet op zichzelf beschouwd nogal eens als wezenlijk kunnen worden aangemerkt. Zo bezien, lijkt het logisch om bij de aankondiging van een wijziging uit te gaan van dezelfde termijn als die voor de aankondiging van een gegunde opdracht.⁶¹ Dit vindt steun in art. 72 lid 1 slot Richtlijn 2014/24/EU. Een aankondiging van een wijziging dient namelijk bekend te worden gemaakt “*overeenkomstig artikel 51*”. Dat artikel bevat regels voor de wijze van publicatie van onder andere de aankondiging van een gegunde opdracht. Die dient uiterlijk 30 dagen na sluiting van de overeenkomst te worden gepubliceerd.⁶² Omdat mag worden verondersteld dat een aanbestedende dienst bekend is met de publicatieverplichting, zou ook in dit geval 30 dagen normaliter voldoende moeten zijn om voor de interne administratieve afwikkeling zorg te dragen.

Desondanks dient ruimte te bestaan voor maatwerk, met name bij *scope of contract*-discussies. Bij wijze van uitzondering kan dan publicatie na 30 dagen toegestaan worden, mits de aanbestedende dienst in de aankondiging de verlate publicatie deugdelijk motiveert.

Ad 2) Gevolgen

Aan het niet (deugdelijk) publiceren van een aankondiging wordt thans geen sanctie verbonden. Gevolg hiervan kan zijn dat de publicatieverplichting grotendeels ineffectief wordt. Aanbestedende diensten hebben dan geen prikkel om te publiceren, mede omdat ze - wanneer ze dat wel doen - het risico op klachten lopen. De publicatieverplichting kan zodoende een papieren tijger worden waardoor nog steeds geen recht wordt gedaan aan de belangen van derden, wat voor een vorm van sanctie pleit. De vraag dringt zich dan op welke sanctie geschikt is.

Aan de ene kant kan de gedachte postvatten om het achterwege laten van een aankondiging te sanctioneren met een aanbestedingsplicht. Hierdoor worden de consequenties van een schending feitelijk gelijkgesteld met die van een wezenlijke wijziging. Die sanctie kan relatief snel onevenredig uitwerken: de enkele afwezigheid van een aankondiging hoeft op zichzelf namelijk geen dwingend bewijs van een wezenlijke wijziging op te leveren.

Aan de andere kant kan overwogen worden de aanbestedende dienst alsnog tot publicatie te verplichten. Los van de wenselijkheid dat informatie over de wijziging bekend wordt, kan worden betwijfeld of deze verplichting voldoende afschrikwekkend is. De aanbestedende dienst wordt er dan alleen toe verplicht te doen

61 Idem: Commission non paper 2012 cluster 8, p. 20 en 21. De Europese Commissie verwijst daar wel naar Richtlijn 2004/18/EG. Ingevolge art. 35 lid 4 van die Richtlijn gold een termijn van 48 dagen. Die termijn is inmiddels naar 30 dagen teruggebracht.

62 Zie art. 51 lid 1 samen met art. 50 Richtlijn 2014/24/EU.

wat hij al moest doen. Hij kan publicatie zelfs achterwege laten totdat hij daartoe wordt gedwongen. Het is dan niet uitgesloten dat al de nodige tijd is verstreken, zodat een belanghebbende ondernemer slechts een schadevergoedingsactie ressteert, terwijl hij bij tijdige publicatie van een wijziging meer rechtsmiddelen tot zijn beschikking zou hebben gehad.

Tegelijkertijd kunnen gerechtvaardigde redenen bestaan voor de aanbestedende dienst om (nog) geen aankondiging van een wijziging te publiceren, bijvoorbeeld bij *scope of the contract*-discussies. Dan kan het publiceren van de aankondiging prematuur zijn en mogelijk zelfs nadelig uitwerken in de onderhandelingen met de opdrachtnemer.

Een ‘*one size fits all*’-aanpak lijkt dus niet op zijn plaats. De (Unie)wetgever zou daarom een niet-limitatieve lijst van sancties kunnen introduceren voor gevallen waarin het niet halen van de dertig dagen-termijn niet objectief gerechtvaardigd kan worden.⁶³ Er kan bijvoorbeeld gedacht worden aan bestuurlijke sancties, de verplichting een schadevergoeding te betalen, en/of een tegemoetkoming in de eventueel gemaakte (werkelijke) proceskosten.

Ad 3) Verwarrende terminologie

Op grond van art. 72 lid 1 slot Richtlijn 2014/24/EU dient de aankondiging de in bijlage V, deel G, bij die Richtlijn bedoelde informatie te bevatten. Op grond van sub 6 hiervan dient een omschrijving te worden gegeven “*van de omstandigheden die de wijziging noodzakelijk maakten*”. Die verplichting is logisch bij de noodzakelijk geworden aanvullende prestaties uit art. 2.163d Aanbestedingswet, maar niet zonder meer bij wijziging vanwege onvoorzienbare omstandigheden in de zin van art. 2.163e Aanbestedingswet. Het criterium is dan dat een behoefte tot wijziging dient te bestaan. Hoewel taalkundig gezien in behoefte een element van (subjectieve) noodzaak besloten kan liggen, wordt dit begrip eerder gebruikt om een (sterke) wens uit te drukken. Hiervan uitgaande, wordt een kwalitatief lagere drempel neergelegd dan in art. 2.163d Aanbestedingswet, die kan schuren met de verplichting de omstandigheden te omschrijven die de wijzigingen “noodzakelijk” maakten.

Dit roept de vraag op of in art. 2.163d en 2.163e Aanbestedingswet inhoudelijk verschillende criteria zijn neergelegd.⁶⁴ De Nederlandse taalversie van de Richtlijnen biedt geen oplossing, nu de termen “noodzakelijk” en “behoefte” ook in art. 72 lid 1 onder b en c Richtlijn 2014/24/EU en de pendanten daarvan in de concessierichtlijn en de speciale sectorenrichtlijn worden gehanteerd. Daarentegen worden in de Franse (*nécessaire/nécessaire*), Duitse (*erforderlich/erforderlich*),

63 Op deze plaats wordt voorbijgegaan aan de vraag of die sancties op EU-niveau of nationaal kunnen worden geïntroduceerd.

64 Zie over de uitlegkaders ten aanzien van EU-recht ook § 3.3.3.

Italiaanse (*necessari/necessità*) en Spaanse (*necessarias/necesidad*) taalversies wel dezelfde begrippen gehanteerd. In het Engels worden de begrippen “*necessity*” en “*need*” gebruikt, begrippen die volgens het Oxford English Dictionary vaak als synoniemen worden beschouwd. Verder is relevant dat - zoals in § 6.3.2 aangehaald - de oorsprong van art. 2.163d en 2.163e Aanbestedingswet is te herleiden tot de Europese onderhandelingsprocedures. De compromistekst is alleen in het Engels opgesteld en spreekt in deze context van “*the need for modification*”.⁶⁵

Daarmee lijkt het aannemelijk dat het begrip “behoefte” begrepen dient te worden in termen van noodzaak en dat in zoverre geen onderscheid bestaat. Het verdient aanbeveling dat de Uniewetgever deze incongruentie dit verduidelijkt. Nederlandse aanbestedende diensten dienen zich ervan te vergewissen dat zij niet (alleen) dienen te motiveren waarom behoefte aan wijziging bestaat, maar (ook) waarom wijziging noodzakelijk is geworden.

7.4.2 Aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf

De mogelijkheid om een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf te publiceren, werd geïntroduceerd om rechtsonzekerheid te vermijden, in het bijzonder voor twijfelgevallen.⁶⁶ Een aanbestedende dienst kondigt aan dat hij zonder Europese aanbestedingsprocedure een overeenkomst wil sluiten. Hij dient de rechtmatigheid van dit voornemen te motiveren en een opschortende termijn in acht te nemen. Deze aankondiging kan ook worden gebruikt om voorgenomen wijzigingen aan te kondigen.⁶⁷ In dat verband hinkt de jurisprudentie van het HJEU echter op twee gedachten. De oordelen in *Fastweb II* en *Finn Frogne* bemoeilijken het antwoord op de vraag wanneer van deze risicobeheersmaatregel gebruik kan worden gemaakt. Na een recapitulatie van *Fastweb II* (ad 1) en *Finn Frogne* (ad 2), wordt het spanningsveld toegelicht (ad 3), en een suggestie voor een uitweg geformuleerd (ad 4).

Ad 1) Fastweb II

Het Italiaanse Ministero dell’Interno heeft een overeenkomst voor telecommediensten gesloten met Telecom Italia. Partijen wensen de overeenkomst, die per 31 december 2011 zou eindigen, te vernieuwen. Het ministerie meent dat Telecom Italia vanwege technische redenen en exclusieve rechten als enige in staat is de opdracht uit te voeren. Op 20 december 2011 wordt een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf gepubliceerd en op 31 december 2011 wordt de nieuwe overeenkomst ter waarde van circa € 521,5 miljoen gesloten. Fastweb start een vernietigingsactie. In meerdere instanties wordt geoordeeld dat het ministerie niet bewezen heeft dat aan de voorwaarden voor directe gunning is voldaan.

65 Compromisvoorstel van 14 juni 2013, interinstitutional file 2011/0438 (COD), nr. 11048/13.

66 Overweging 26 considerans Richtlijn 2007/66/EG.

67 Idem: Van Garsse, Verhoeven & Verschave 2021, § III.2.b.

Hoewel de Consiglio di Stato de onverbindendheid van de overeenkomst in stand laat, betwijfelt hij de gevolgen van de aankondiging, en stelt prejudiciële vragen.⁶⁸

Het Hof benadrukt de noodzaak van daadwerkelijk en effectief toezicht. De aanbestedende dienst moet duidelijk en ondubbelzinnig motiveren dat hij de opdracht zonder aanbestedingsprocedure kan gunnen, zodat de belanghebbenden met volledige kennis van zaken kunnen bepalen of zij het nuttig achten een zaak aanhangig te maken en de rechter een daadwerkelijk toezicht kan uitoefenen. In dat kader dient de rechter te beoordelen of de aanbestedende dienst zorgvuldig handelde en van mening kon zijn dat daadwerkelijk aan de voorwaarden werd voldaan. Zo nee, dan moet de overeenkomst onverbindend worden verklaard, waarbij de gevolgen naar nationaal recht worden bepaald. Zo ja, dan dient de overeenkomst in stand te blijven.⁶⁹

Ook na ommekomst van de opschortende termijn kan de rechtsgeldigheid van de overeenkomst dus nog onzeker zijn. Dit arrest is daarom kritisch ontvangen, omdat de effectiviteit van een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf hierdoor zou worden ondermijnd, zodat aanbestedende diensten nog terughoudender in het gebruik ervan zullen zijn.⁷⁰ Dat laatste moge wellicht zo zijn, maar daarbij dient niet uit het oog te worden verloren dat de aankondiging niet de rechtvaardiging voor het handelen is, maar die rechtvaardiging bevat. Die rechtvaardiging dient deugdelijk te zijn, terwijl die in *Fastweb II* nogal leek te rammelen.

Ad 2) Finn Frogne

In 2007 start de Deense Staat een concurrentiegericht dialoog voor de levering en het onderhoud van een complex communicatiesysteem voor hulpdiensten. CFB wordt als verantwoordelijke aanbestedende dienst aangewezen. Terma wint de aanbesteding. De contractwaarde wordt geraamd op circa € 70,6 miljoen, waarvan circa € 40,2 miljoen voor een minimumoplossing en € 30,4 miljoen aan opties.⁷¹

Er ontstaan uitvoeringsproblemen. Beide partijen wijzen verantwoordelijkheid van de hand. Ze komen tot een schikking op grond waarvan het voorwerp van de opdracht wordt beperkt tot de levering van een radiocommunicatiesysteem ter waarde van circa € 4,7 miljoen. Verder koopt CFB twee servergroepen met een waarde van ongeveer € 6,7 miljoen. Deze groepen had Terma aanvankelijk zelf gekocht om aan CFB te verhuren. Tot slot doet elke partij afstand van alle rechten uit de oorspronkelijke opdracht. Alvorens de schikking definitief te maken wordt

68 HJEU 11 september 2014, C-19/13 (*Fastweb II*). Deze zaak is te onderscheiden van HJEU 4 juli 2013, C-100/12 (*Fastweb I*).

69 *Fastweb II*, r.o. 46 - 53.

70 Halonen 2015, § 3.1; Brown 2015, comments; La Cour, Milhøj & Ølykke 2015, § 7; Halonen 2019, p. 22 en 23 incl. voetnoten 48 en 49.

71 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*).

op 19 oktober 2010 een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf gedaan. De schikking wordt op 17 december 2010 afgerond.

Finn Frogne, die niet aan de aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen, beklaagt zich bij de Deense beroepscommissie inzake overheidsopdrachten en in appèl bij de Østre Landsret. In beide instanties wordt tot een wezenlijke wijziging geconcludeerd, maar wordt tevens geoordeeld dat aan die conclusie geen gevolgen kunnen worden verbonden vanwege de aankondiging. De Deense Hoge Raad stelt daarop een prejudiciële vraag.⁷²

Het antwoord op de vraag of wezenlijk is gewijzigd, vergt volgens het HJEU een objectieve analyse op basis van de aspecten die thans in art. 2.163g Aanbestedingswet vervat zijn en waarbij de wil van partijen geen doorslaggevend element vormt.⁷³ Ook een schikking kan een wezenlijke wijziging inhouden.⁷⁴ Ten slotte wijst het Hof erop “*dat al deze uiteenzettingen niet afdoen aan de mogelijke gevolgen van de aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf die in het kader van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht is gepubliceerd.*”⁷⁵ Tegen de achtergrond van het feitencomplex is het aannemelijk dat deze overweging dient te worden begrepen in die zin dat een schikking die een wezenlijke wijziging meebrengt, in stand kan blijven indien de formele vereisten voor publicatie van een aankondiging van vrijwillige transparantie zijn nageleefd.

Ad 3) Het spanningsveld toegelicht

Ingevolge *Fastweb II* geldt dat een aanbestedende dienst zorgvuldig dient te handelen en daadwerkelijk van mening kan zijn dat aan de voorwaarden voor onderhandse gunning is voldaan. Zo niet, dan sorteert de aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf geen effect. Uit *Finn Frogne* volgt dat die aankondiging wel effect kan sorteren, zelfs als wezenlijk is gewijzigd. In het bijzonder indien na ommekomst van de opschortende termijn wordt geklaagd, kan sprake zijn van verschillende uitkomsten in een juridisch vergelijkbare situatie. Dit kan als volgt worden toegelicht.

Allereerst lijkt geen wezenlijk verschil te bestaan tussen de zorgvuldigheidsanalyse uit *Fastweb II* en de objectieve-maatstaven-analyse uit *Pressetext* die in *Finn Frogne* wordt bevestigd. Er zijn aanwijzingen dat het Italiaanse Ministerie niet te goeder trouw handelde, zeker in vergelijking met CFB. In zijn conclusie voor *Fastweb II* opperde A-G Bot de introductie van een goede-trouw-analyse,⁷⁶ die door het HJEU niet expliciet werd overgenomen. Echter, de noodzaak de kwaliteit

72 Zie ook § 1.4 - 1.7 van de verwijzingsbeschikking die op de website van het Expertisecentrum Europees Recht is gepubliceerd.

73 *Finn Frogne*, r.o. 33.

74 *Finn Frogne*, r.o. 32 - 38.

75 *Finn Frogne*, r.o. 39.

76 Conclusie A-G Bot 10 april 2014, C-19/13 (*Fastweb II*, punt 80).

van de argumenten te toetsen kan in de praktijk wel als zodanig functioneren. Dat de aankondiging in *Finn Frogne* werd gedaan voordat *Fastweb II* verscheen, lijkt daarbij geen bijzonder relevant element. Uit *Finn Frogne* blijkt echter niet dat het Hof deze elementen meeweegt, terwijl het HJEU in zijn eerdere arrest *Belgacom* het beroep op de wil van partijen als rechtvaardigingsgrond al van tafel veegde.⁷⁷

In *Finn Frogne* lijkt het HJEU het inhoudelijke oordeel van de Deense rechters te volgen, in die zin dat: een verkleining van het voorwerp van de opdracht een wezenlijke wijziging kan inhouden; onvoorzienbaarheid geen excuus voor onzorgvuldigheid vormt; de wil een minnelijke oplossing te bereiken geen rechtvaardiging is om wezenlijk te wijzigen; geen herzieningsclausules aanwezig waren; en geen beroep werd gedaan op de mogelijkheden om rechtstreeks met elkaar te onderhandelen.⁷⁸

Tot slot lijkt *Finn Frogne* intrinsiek tegenstrijdig. Enerzijds verwijst het HJEU naar *Belgacom*, waarin werd geoordeeld dat het rechtszekerheidsbeginsel niet kan worden aangevoerd “om een overeenkomst uit te breiden op een wijze die in strijd is met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting. Het doet dienaangaande niet ter zake dat deze uitbreiding een redelijke oplossing kan vormen ter beëindiging van een geschil tussen de betrokken partijen over de draagwijdte van de overeenkomst dat is ontstaan door omstandigheden waarop zij totaal geen vat hadden.”⁷⁹ Anderzijds laat het HJEU de gevolgen van de aankondiging in stand terwijl aannemelijk is dat wezenlijk is gewijzigd, zodat het rechtszekerheidsbeginsel alsnog lijkt te prevaleren.

Ad 4) Een mogelijke uitweg

De eenvoudigste oplossing is dat het HJEU zijn rechtspraak verduidelijkt, te meer omdat het mogelijk lijkt om *Fastweb II* en *Finn Frogne* met elkaar te verenigen. Een aanbestedende dienst dient aan te tonen dat hij de rechtmatigheid van de wijziging zorgvuldig heeft onderzocht, en te motiveren waarom hij van oordeel is dat deze niet wezenlijk is.

Bij een klacht kunnen meerdere scenario's zich verwezenlijken. Ten eerste kunnen de klachten van de klager als ongefundeerd of onjuist terzijde worden geschoven. De effecten van de aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf blijven dan in stand. Ten tweede kan de (tijdige) klager in het gelijk wordt gesteld. De aan-

77 *Finn Frogne*, r.o. 18, 19 en 31 - 34. In HJEU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*, r.o. 40) verwijst het Hof naar HJEG 17 juli 2008, C-347/06 (*ASM Brescia*, r.o. 69 - 71). Opvallend genoeg wordt daarin juist groter belang toegekend aan de rechtszekerheid. Gelet op het tijdsverloop had het HJEU in *Finn Frogne* die rol daarom in meer detail kunnen meewegen.

78 In Plas 2016 heb ik wel kanttekeningen geplaatst bij *Finn Frogne*.

79 *Finn Frogne*, r.o. 34 en HJEU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*, r.o. 40).

kondiging heeft dan niet het gewenste effect en de wijziging wordt als wezenlijk aangemerkt. Ten derde kan sprake zijn van een wezenlijke wijziging, maar is de procedure te laat aangespannen. Dan kan allereerst worden nagegaan hoeveel tijd er sinds die publicatie is verstreken en ook of de aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf mede is te beschouwen als de aankondiging zoals bedoeld in art. 4.15 lid 2 onder a Aanbestedingswet, op grond waarvan de vernietigingstermijn tot 30 dagen kan worden bekort. Vervolgens kan de rechter, afhankelijk van de motivering in de aankondiging, de effecten van de aankondiging al dan niet handhaven, waarbij de situatie ten tijde van publicatie daarvan maatgevend dient te zijn.⁸⁰ Aldus kan het voordeel van de twijfel worden gegund aan een aanbestedende dienst die zorgvuldig en te goeder trouw heeft gehandeld. Op die manier kan ook een middenweg worden gevonden tussen het oordeel in *Fastweb II* en de kritiek daarop. Een discussie over hoe om te gaan met dergelijke kwesties kan geïntegreerd worden in het algemenere discours over de vraag naar transparantie bij aanbestede overeenkomsten.

7.5 ONTWIKKELINGEN OP HET GEBIED VAN TRANSPARANTIEVERPLICHTINGEN

Er klinkt in toenemende mate een roep om meer transparantie. Dit blijkt al uit de Richtlijnen zelf, waarin de Uniewetgever benadrukt “*dat de bepalingen inzake de bescherming van vertrouwelijke informatie geenszins een beletsel vormen voor openbaarmaking van de niet-vertrouwelijke onderdelen van gegunde opdrachten, met inbegrip van eventuele latere wijzigingen*”.⁸¹ Unie-instellingen⁸² en gerenommeerde wetenschappers⁸³ bevelen in toenemende mate aan om registers te ontwikkelen die mede op bekendmaking van wijzigingen zouden moeten zien.

Verder worden in diverse landen stappen ondernomen richting zogeheten “*transparency-first*” systemen.⁸⁴ In Portugal dient informatie te worden gepubliceerd over wijzigingen die meer dan 15% van de contractwaarde bedragen.⁸⁵ In het

80 Deze mogelijkheid, die ik in eerdere publicaties reeds heb verdedigd, zie ik intussen in de nationale jurisprudentie ook bevestigd in Rb. Noord-Nederland 13 juli 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:2363 (r.o. 4.17 - 4.20).

81 Overweging 51 considerans Richtlijn 2014/24/EU. Idem overweging 62 considerans Richtlijn 2014/25/EU en art. 28 lid 1 Richtlijn 2014/23/EU. Vgl. art. 1 lid 2 aanhef en onder c en art. 5 Richtlijn 2016/943/EU op grond waarvan naar nationaal recht verdergaande regels inzake openbaarmaking zijn toegestaan.

82 Zie bijvoorbeeld Mededeling Europese Commissie 2017, p. 12; Advies Europees Economisch en Sociaal Comité 2017, punt 4.8; Advies Comité van de Regio's 2017, punt 21; Resolutie Europees Parlement 2018, punt 29 en 30.

83 Zie § 7.2.

84 Zie Halonen 2016 p. 531; Ginter, Parrest & Simovart 2013 § 1; Halonen, Caranta & Sanchez-Graells 2019 p. 25 en 26 alsook 42 - 48. Vgl. OESO 2013, p. 86 en Europese Commissie 2018a, Annex 1 onder ‘C doc’ en ‘CM’, p. 15.

85 Carvalho 2019, § III.1.

Green Paper on Procurement stelt de Britse regering voor dat wijzigingen in uitgangspunt moeten worden bekendgemaakt. Publicatie is slechts dan niet vereist als de wijziging(en) minder dan 10% van de oorspronkelijke opdrachtwaarde bij leveringen en diensten bedraagt of 15% bij werken, althans sprake is van een wijziging van minder dan 10% van de oorspronkelijke contractvoorwaarden, of wanneer het voorwerp van de opdracht niet wordt gewijzigd.⁸⁶ Naar aanleiding van de publieke consultatie heeft het Cabinet Office inmiddels besloten om deze maatregelen ongewijzigd in een wetsvoorstel op te nemen.⁸⁷

In diezelfde hoek bevindt zich de Franse wetgever.⁸⁸ Deze heeft uitgesproken dat verdergaande verplichtingen, alsook een hogere mate van standaardisering en uniformering van de gepubliceerde informatie, verwacht mogen worden.⁸⁹ Momenteel dienen Franse aanbestedende diensten op hun kopersprofiel toegang te bieden tot alle essentiële informatie inzake overheidsopdrachten met een waarde van meer dan € 40.000. Hieronder valt onder meer informatie over de uitvoering van de opdracht, met inbegrip van wijzigingen.⁹⁰ Eenzelfde verplichting geldt ten aanzien van concessies.⁹¹ Informatie dient te worden verstrekt over onder meer de aard en prijs van de wijzigingen en, voor zover van belang, de gewijzigde duur van de overeenkomst of de naam van de nieuwe opdrachtnemer.⁹² De publicatietermijn bedraagt uiterlijk twee maanden na wijziging.⁹³

CEN, een Europees samenwerkingsverband waarin 34 Europese standaardisatieorganen zijn verenigd, heeft een werkgroep in het leven geroepen met als doel “to define a European standard on integrity and accountability in the context of EU Public procurement”.⁹⁴ Gelet op het voorgaande, is het waarschijnlijk dat die standaard mede zal zien op informatieverplichtingen bij wijzigingen. Hoewel naleving van zulke normen ingevolge art. 2 Verordening 1025/2012/EU niet zonder

86 Green Paper 2020, randnummers 233 - 238.

87 Cabinet Office response 2021, randnummers 267 - 277.

88 Zie voor een algemene grondslag art. L. 2196-2 Code de la commande publique. Vgl. Fichte DAJ 2019a, p. 1 en 10. In 2022 is een consultatie gestart voor een wetsvoorstel dat mede verdere harmonisatie en ontwikkeling van de transparantieverplichtingen beoogt, zie art. 6 van het projet de décret d’application de la loi Climat et Résilience d.d. 7 januari 2022.

89 *Ibidem*, p. 2.

90 Art. R. 2196-1 Code de la commande publique.

91 Art. R. 3131-1 Code de la commande publique.

92 Art. 1 onder II van Annex 15 bij de Code de la commande publique, inhoudende de weergave van het arrêté du 22 mars 2019 relatif aux données essentielles dans la commande publique.

93 *Ibidem*, art. 5.

94 Committee CEN/TC 461. De achtergrond van deze werkgroep wordt toegelicht door Blomberg 2019.

meer verplicht is, is op zijn minst een kaderstellend effect mogelijk nu die normen onderdeel uit kunnen maken van het Unierecht.⁹⁵

Terzijde kan er nog op worden gewezen dat overheidsondernemingen actief in de speciale sectoren en het openbaar vervoer sinds enige tijd onder de reikwijdte van de Richtlijn inzake open data en het hergebruik van overheidsinformatie vallen.⁹⁶ Los daarvan, wordt data over aanbestedingen (inclusief de uitvoering) in toenemende mate verzameld, gestructureerd, en gepubliceerd.⁹⁷

Al met al is een duidelijke tendens naar meer transparantie te ontwaren. In Nederland is de wetgever echter nog niet zo ver.⁹⁸ Afgezien van de op grond van de Richtlijnen vereiste publicatieplichten, bestaan geen verplichtingen. Die zijn ook niet op korte termijn te verwachten, getuige ook een in januari 2023 gepubliceerd artikel van *Follow the Money* waaruit volgt dat Nederland het minst transparante EU-land bij openbare aanbestedingen is.⁹⁹ Die niet zo flatteuze rangschikking wordt in de gewijzigde memorie van toelichting bij de Wet open overheid trefend geïllustreerd. Daarin wordt verdedigd dat het aanbestedingsrecht een eigen transparantieregime kent dat voorgaat op de Woo.¹⁰⁰ Daaraan wordt de stelling toegevoegd: *“De gedachte daarbij is dat het aanbestedingstraject op zichzelf transparant moet zijn, maar dat de uiteindelijk overeengekomen prijs uit concurrentieoverwegingen niet openbaar mag zijn”*.¹⁰¹ Het wordt echter niet toegelicht hoe dit standpunt zich verhoudt tot de al jaren bestaande verplichting om die prijs in de aankondiging van een gegunde opdracht te publiceren.¹⁰² In dat licht wekt het overigens geen verbazing dat de Europese Commissie Nederland voor het Hof van

95 Zie HJEU 27 oktober 2016, C-613/14 (*James Elliott*). Dat dergelijke normen slechts tegen betaling beschikbaar zijn, doet hier niet zonder meer aan af, vgl. HJEU 14 juli 2021, T-185/19 (*Public.Resource.Org*, o.a. r.o. 61 - 74). Zie voor nadere duiding Volpato 2021.

96 Zie overweging 25 considerans en art. 1 lid 1 onder b Richtlijn 2019/1024/EU. Uit overweging 58 considerans volgt wel dat die richtlijn geen afbreuk doet aan Richtlijn 2014/24/EU. Art. 1 lid 2 Richtlijn 2019/1024/EU bevat enkele belangrijke uitzonderingen.

97 Borges de Oliveira, Fabregas & Fazekas 2019.

98 Eigener beweging publiceert het Rijk sinds enige tijd wel overzichten over lopende rijkscontracten en over de rijksuitgaven inkoop, maar daarin wordt niet (duidelijk) ingegaan op (de waarde van) wijzigingen, laat staan dat de betreffende contracten op duidelijke wijze gekoppeld zijn aan de TenderNed-aankondingen van datzelfde contract.

99 Homolová 2023.

100 Dat standpunt is op zichzelf genomen niet verwonderlijk gelet op ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:888 en ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1808, waarin die voorrangregel wordt uitgesproken ten opzichte van de Wob.

101 TK 2019-2020, 35 112, nr. 9, p. 26.

102 Zie bijvoorbeeld bijlage V, deel D, sub 13 Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. voor dit uitgangspunt art. VI lid 1 aanhef en onder e GPA 1988, art. XVIII lid 1 aanhef en onder e GPA 1994 en art. XVI lid 2 aanhef en onder d GPA 2012.

Justitie heeft gedaagd vanwege het niet tijdig omzetten van Richtlijn 2019/1024/EU inzake open data en het hergebruik van overheidsinformatie.¹⁰³

In het licht van het voorgaande is het echter niet zozeer de vraag of nieuwe transparantieverplichtingen worden geïntroduceerd, maar veelmeer wanneer welke verplichtingen. Daarvan uitgaande, kan reeds nu worden nagedacht hoe een dergelijk systeem vorm zou kunnen krijgen. Het is noodzakelijk vooraf te definiëren wat het doel of de doelen van de transparantieverplichtingen zou(den) moeten zijn. Dit is zowel van belang voor de vraag in hoeverre de Uniewetgever bevoegd is tot het treffen van maatregelen als voor de precieze inhoud van de verplichtingen.

Gelet op de verwijzing in de considerans naar artikelen 53, 62, en 114 VWEU, is de unierechtelijke basis voor de Richtlijnen met name ingegeven door interne-marktdoeleinden. Binnen die kaders is de Uniewetgever bevoegd. Bij een ander primair doel ligt het meer voor de hand dat de lidstaten bevoegd zijn. Daar komt bij dat, als belangen van mededingingsrechtelijke aard het primaire doel vormen, de motivering met name gericht dient te zijn op de rechtmatigheid van de wijziging. Echter, een motiveringsverplichting kan ook strekken tot de doelmatigheid van een wijziging. Een nieuw transparantiesysteem zou daarom gebaseerd kunnen worden op een gemeenschappelijke kern waarop lidstaten naar believen kunnen voortbouwen. Bij wijze van gedachtenvorming kan betoogd worden dat bij het ontwikkelen van een dergelijk systeem acht geslagen wordt op de volgende aspecten.

Ten eerste zouden wijzigingen die binnen de reikwijdte van het wijzigingenmandje vallen, niet gepubliceerd hoeven te worden, althans niet op grond van het gemeenschappelijke deel. Deze wijzigingen zijn immers in beginsel hoe dan ook toegestaan. Deze ontheffing verlicht administratieve lasten, terwijl duidelijk is dat wijzigingen die wél gepubliceerd worden niet binnen de reikwijdte van deze uitzondering (kunnen) worden geplaatst.

Ten tweede kan publicatie van het gebruik van een optie of herzieningsclausule (vanaf een bepaalde financiële waarde) verplicht worden gesteld. Dat een dergelijk beding deugdelijk is opgesteld, wil namelijk nog niet zeggen dat het ook op de juiste wijze wordt ingezet.¹⁰⁴

Ten derde verdient het aanbeveling na te denken over de vraag of de publicatie vooraf of achteraf dient plaats te vinden. Vanwege de werkbaarheid en de legitimiteit van het systeem, verdient het de voorkeur om voor publicatie achteraf te kiezen. Die keuze heeft als nadeel dat andere ondernemers voor een voldongen feit kunnen komen te staan. Een middenweg kan gevonden worden in een model

103 Zie inbreukprocedure INFR(2021)0474. Op 15 februari 2023 heeft de Europese Commissie besloten de zaak aanhangig te maken bij het Hof van Justitie.

104 Bogdanowicz 2021, p. 109 is hiervan een voorstander. Hij noemt het zelfs “*startling*” dat die verplichting nog niet bestaat.

waarbij wijzigingen vanaf een bepaalde financiële waarde vooraf dienen te worden gepubliceerd.¹⁰⁵

Ten vierde zou de bescherming van commercieel gevoelige informatie integraal deel uit moeten maken van het register.¹⁰⁶ Maatwerkoplossingen zijn reeds beschikbaar. Dat een toelichting op een bepaald abstractieniveau wordt gegeven, kan worden verduidelijkt door een vinkje aan te kruisen waaruit blijkt dat sprake is van een commercieel gevoelige informatie die niet bekend gemaakt kan worden. Ook kan bijvoorbeeld een regeling getroffen worden op grond waarvan informatie door een onafhankelijke derde vertrouwelijk worden geanalyseerd.¹⁰⁷

Ten vijfde kan de tijdslimiet voor publicatie in beginsel op 30 dagen worden gezet. Voor uitzonderingen kan een langere periode worden toegestaan.¹⁰⁸

Ten zesde dient de aanbestedende dienst risicoverantwoordelijk te zijn voor de input in het systeem. Indien fouten kunnen worden toegerekend aan de opdrachtnemer, kunnen de gevolgen daarvan tussen beide partijen worden afgewikkeld.

Tot slot dient publicatie plaats te vinden via hetzelfde platform als waar de aanbestedingsdocumenten zijn gepubliceerd. Zodoende kan een opdracht van begin tot einde worden gevolgd.

Evident ligt er ten aanzien van publicatieverplichtingen nog het nodige in het verschieft. Het lijkt daarom voor de wetgever wenselijk om goed beslagen ten ijs te komen, teneinde een deugdelijke keuze te kunnen maken.

7.6 BEANTWOORDING DEELVRAAG 6

Deelvraag 6 luidt: hoe kan een derde effectief zijn rechten uitoefenen met betrekking tot wijzigingen tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst, aangezien veel wijzigingen zich aan het zicht van derden onttrekken?

Hoewel deze vraag in Nederland vooralsnog weinig aandacht genereert, neigt het antwoord in veel gezaghebbende bronnen naar meer transparantieverplichtingen. Transparantie wordt daarin niet louter als middel gezien om derden in staat te stellen hun rechtspositie in te schatten. Ook wordt het als geschikt instrument ervaren om controle uit te oefenen op de rechtmatige en doelmatige besteding van belas-

105 Blaisse-Verkooijen 2016, § 3 slotalinea pleit onverkort voor een *ex ante* bekendmaking. Ik kan mij daar niet in vinden, zie § 7.3.3.

106 Ten minste zal dat met inachtneming van Richtlijn 2016/943/EU dienen te geschieden.

107 Vgl. naar analogie art. 5.2 en 5.3 Modelbepalingen Algoritmische toepassingen gemeente Amsterdam in het kader van broncodes bij AI-toepassingen.

108 In Plas 2021, § 6.4 stond ik deels een termijn van drie maanden voor. Inmiddels lijken verschillende termijnen mij onwenselijk.

tinggelden. Zo bezien, vallen vermogensrechtelijke en maatschappelijke belangen in toenemende mate samen, waarbij de aanbestede overeenkomst aldus meer en meer publiek bezit wordt ten nadele van de partijautonomie.

Tegelijkertijd dient niet uit het oog te worden verloren dat transparantie geen doel is, maar een hulpmiddel. Net zoals met ieder ander instrument heeft transparantie zijn nut én zijn grenzen. Daarom dient er rekening mee te worden gehouden dat commercieel gevoelige informatie in beginsel vertrouwelijk dient te blijven. Het verdient verduidelijking welke informatie waarom, wanneer en waar dient te worden gepubliceerd en wat de sancties kunnen zijn bij tekortkomingen. Op dat punt bestaan nog te veel onduidelijkheden, wat de effectiviteit van deze instrumenten niet ten goede komt en tot rechtsonzekerheid kan leiden. De wetgever en de rechtspraak dienen hier nog een slag te slaan.

Gevolgen van een wezenlijke wijziging tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst

8.1 INLEIDING

Een wijziging tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst kan wezenlijk zijn. Dit roept de vraag op wat de gevolgen daarvan zijn (deelvraag 7). Naar huidig recht dient dan een aanbestedingsprocedure te worden georganiseerd. Hoewel die verplichting theoretisch goed verklaarbaar is, kleven daaraan diverse haken en ogen (§ 8.2). Als die aanbestedingsprocedure niet is georganiseerd, kan dit leiden tot het voortijdig einde van (een deel van) de overeenkomst of zelfs tot de vernietiging ervan (§ 8.3). Aldus werkt het verbod om wezenlijk te wijzigen zelfs door tot het einde van de overeenkomst. In het verlengde hiervan wordt in § 8.4 gereflecteerd op enkele aspecten ten aanzien van bestuurlijke boetes en schadevergoedingsacties. In § 8.5 wordt deelvraag 7 beantwoord.

8.2 DE VERPLICHTING TOT AANBESTEDING

De aanbestedingsplicht is in theorie goed te verklaren (§ 8.2.1), maar zorgt in de praktijk voor vragen (§ 8.2.2 en 8.2.3). Nuancering van de aanbestedingsverplichting lijkt daarom op zijn plaats (§ 8.2.4).

8.2.1 Een theoretisch logisch uitgangspunt

Art. 72 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU bepaalt: “*Voor andere wijzigingen dan de in de leden 1 en 2 genoemde wijzigingen die tijdens de looptijd van een overheidsopdracht of een raamovereenkomst dienen te worden aangebracht, is een nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn nodig.*”¹ In hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet is dit zo neergelegd dat wijziging zonder aanbestedingsprocedure alleen is toegestaan in de aldaar opgesomde wijzigingsmogelijkheden.² Die aanbestedingsverplichting bij wezenlijke wijzigingen volgt ook uit Europese,³

1 Idem: art. 43 lid 5 Richtlijn 2014/23/EU en art. 89 lid 5 Richtlijn 2014/25/EU.

2 Art. 2.163a, art. 2.163b lid 1, art. 2.163c lid 1, art. 2.163d lid 1, art. 2.163e lid 1, art. 2.163f aanhef, en art. 2.163g lid 1 Aanbestedingswet. Vgl. § 6.2.

3 Zie o.a. HJEU 14 mei 2020, C-263/19 (*T-Systems*, r.o. 61) en HJEU 18 september 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*, r.o. 59).

Nederlandse,⁴ en Franse⁵ rechtspraak. De onderliggende logica is simpel. Een wezenlijke wijziging geldt als het feitelijk plaatsnemen van een nieuwe opdracht.⁶ Hierdoor wordt andere ondernemers een kans ontnomen. Als de wijziging toch dient te worden uitgevoerd, kan dat niet rechtmatig onder de initieel aanbestede overeenkomst en is een nieuwe aanbestedingsprocedure nodig. Dit uitgangspunt kan aan de hand van enkele voorbeelden worden geïllustreerd.

Ten eerste een raamovereenkomst voor de levering van zogeheten verbindingsmoffen.⁷ Filiform levert jaarlijks gemiddeld 35.000 verbindingsmoffen aan Stedin. In een nieuwe aanbestedingsprocedure gaat Stedin uit van een jaargemiddelde van 4.000. Filiform benoemt dat die indicatie te laag lijkt, wat Stedin niet van koers doet veranderen. De raamovereenkomst wordt gesloten met 3M en Seher. Filiform en Stedin corresponderen nog enige tijd en spreken onder meer over de levering van maximaal 6.000 verbindingsmoffen onder de raamovereenkomst. Stedin informeert Filiform daarna zich niet gebonden te achten aan het plafond van 6.000. In hoger beroep vordert Filiform een verbod tot verdere uitvoering van de overeenkomst in zoverre het aantal van 6.000 wordt overschreden. Zij stelt te zijn uitgegaan van de informatie die door Stedin was gecommuniceerd en dat zij daarop haar prijs heeft gebaseerd. Bij een veel hogere afname zou zij een andere, scherpere offerte hebben kunnen indienen. Het hof volgt dit standpunt. Hoewel Stedin had vermeld dat de genoemde hoeveelheid een indicatieve prognose betrof, kan de werkelijke afname niet een veelvoud daarvan inhouden. Wanneer Stedin meer dan 6.000 verbindingsmoffen afneemt, handelt zij onrechtmatig jegens Filiform. Het wordt Stedin verboden om onder de raamovereenkomst op jaarbasis meer dan 6.000 verbindingsmoffen af te nemen.

Ten tweede de TunnelAlliantie van ProRail, een vierjarige raamovereenkomst met vijf ondernemers voor ontwerpen en realiseren van tunnelonderdoorgangen.⁸ De raamovereenkomst is in april 2015 gesloten en voorziet niet in een verlengingsmogelijkheid. In 2017 maakt ProRail haar voornemen bekend de raamovereenkomst met één jaar te verlengen. ProRail meent dat dit is toegestaan. Door een aanvangsvertraging werd de raamovereenkomst namelijk pas een halfjaar later gesloten, waardoor diverse projecten niet onder de TunnelAlliantie konden worden gegund. De rechtbank concludeert evenwel tot een wezenlijke wijziging en overweegt dat de looptijd als essentieel deel van deze raamovereenkomst moet worden aange-

4 Hof Den Haag 19 februari 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AH5529; Hof Den Haag 13 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0036 (r.o. 8, 9, 15 en 16); en Hof Den Bosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281 (r.o. 4.7, 4.11 en 4.12) dienen als voorbeeld.

5 Hoepffner 2009, p. 201 en 203. Vgl. Conseil d'État 11 juli 2008, nr. 312354 (*Ville de Paris*).

6 Zie de jurisprudentie aangehaald in § 6.3. Vgl. art. 72 lid 1 Richtlijnvoorstel 2011.

7 Hof Den Haag 17 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5247.

8 Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5006 m.nt. H. Plas *JAAN* 2018/11.

merkt. Alleen raamcontractanten kunnen meedingen naar deelopdrachten. Een verlenging leidt zodoende tot een langduriger beperking van de markt en kan de economische waarde van het recht om mee te mogen dingen verhogen. ProRail had als ervaren aanbesteder kunnen voorzien in een verlengingsoptie. Het wordt ProRail verboden de raamovereenkomst te verlengen op grond van de feiten en omstandigheden zoals zij die ten grondslag heeft gelegd aan haar voornemen.⁹

Ten derde het fictieve voorbeeld dat bij de aanbestedende dienst behoefte ontstaat een groot meerwerk aan de opdracht toe te voegen. Conform interne processen wordt de afdeling Juridische Zaken om advies gevraagd. De conclusie is dat dit meerwerk een wezenlijke wijziging zal opleveren. Daarom wordt besloten een aparte aanbestedingsprocedure te organiseren.

In deze voorbeelden is duidelijk vanaf wanneer wezenlijk wordt gewijzigd. De aanbestedingsverplichting vervult dan een nuttige functie, terwijl de voortgang van de uitvoering niet in gevaar hoeft te komen. Leveranciers kunnen elkaar opvolgen of parallel leveren. Dat een overeenkomst niet in 2020 eindigt maar in 2019, maakt duidelijk dat partijen eerder voorbereidingen dienen te treffen voor de situatie daarna. Tegelijkertijd is het onmiskenbaar dat maar relatief weinig aanbestedingen worden georganiseerd vanwege (wezenlijke) wijzigingen tijdens de uitvoering. Dit kan mede te maken hebben met het feit dat overeenkomsten wezenlijk worden gewijzigd, zonder dat gevolg wordt gegeven aan die conclusie.¹⁰ Ook kunnen aspecten rondom de vraag hoe dient te worden aanbesteed een rol spelen. Een eerste aspect betreft dan de vraag welke procedures gekozen mogen worden.

8.2.2 Welke aanbestedingsprocedure?

Art. 72 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat een “*aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn nodig is*”. De Nederlandse wetgever heeft gekozen voor de terminologie dat “*een aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet*” nodig is. Volgens de memorie van toelichting blijft “[het] *uitgangspunt dat wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan noopt tot het volgen van een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure.*”¹¹ Deze op het eerste oog duidelijke verplichting blijkt bij nadere beschouwing vragen op te werpen. Deel 2 Aanbestedingswet is alleen van toepassing op opdrachten die de drempelwaarde overstijgen. Blijven de regels inzake het toepassingsbereik ook in dit geval van kracht, zodat een aanbestedende dienst een meervoudig onderhandse aanbesteding mag organiseren waarbij hij de zittend opdrachtnemer uitnodigt? Of dient als

9 Vgl. HJEU 18 september 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*, r.o. 73 - 79). Zie hierover nader Plas 2020. In het staatssteunrechtelijke arrest HJEU 15 september 2021, T-24/19 (*INC SpA*) kwam het niet tot een inhoudelijk oordeel over de aanbestedingsrechtelijke toelaatbaarheid van de verlenging van Italiaanse snelwegconcessies, omdat het daartoe strekkende besluit werd ingetrokken.

10 Vgl. Prieß & Saussier 2013, p. 160.

11 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 93.

sanctie een onderdrempelige opdracht Europees te worden aanbesteed? En mag een aanbestedende dienst bij een bovendrempelige opdracht nog een beroep doen op de uitzonderingen?¹² Kan hij nog de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking doorlopen?¹³

De Richtlijn geeft op die vragen geen uitsluitsel. Die potentie was er wel. In haar Groenboek uit 2011 heeft de Europese Commissie namelijk de vraag opgeworpen hoe met de aanbestedingsplicht bij een wezenlijke wijziging om te gaan, waarbij zij zelfs de mogelijkheid van een lichtere aanbestedingsprocedure suggereerde.¹⁴ Die suggestie noch enige andere vorm van uitwerking heeft de Richtlijntekst gehaald.

Desalniettemin lijkt het gerechtvaardigd dat een aanbestedende dienst die heeft geconstateerd dat niet rechtmatig kan worden gewijzigd en dienovereenkomstig tot aanbesteding overgaat, niet wordt beperkt in de mogelijkheden die normaliter tot zijn beschikking staan. Hij handelt immers zoals van hem verwacht wordt. Hierover kan anders worden gedacht indien de wezenlijke wijziging al deels is uitgevoerd en de aanbestedende dienst een reparatieslag dient te slaan, bijvoorbeeld door (partiële) beëindiging in combinatie met een nieuwe aanbestedingsprocedure. Het kan met het rechtsgevoel schuren als hij dan zijn toevlucht kan nemen tot een oplossing die erop neerkomt dat de wijziging of restopdracht niet in volle mededinging wordt gegund. Het risico op favoritisme en willekeur ligt dan op de loer. Hoewel de Richtlijn geen expliciete beperking bevat, zou deze vanuit de beginselen dan mogelijk wel kunnen worden geconstrueerd. Hoewel het HJEU zich over dit spanningsveld nog niet heeft uitgelaten, lijkt het aannemelijk dat een aanbestedende dienst in beginsel niet tot een bepaalde aanbestedingsprocedure verplicht zou moeten worden.¹⁵

Als een wezenlijke wijziging werkelijk als nieuwe opdracht dient te worden aangemerkt, ligt in het verlengde daarvan dat die opdracht op zijn eigen merites dient te worden beoordeeld.¹⁶ Het is de Unierechtelijke verplichting om “*overeenkomstig deze richtlijn*” aan te besteden en niet “*overeenkomstig een deel van deze richtlijn*”. Verder heeft de Nederlandse wetgever geen strengere verplichtingen willen neerleggen dan vereist (het zogeheten *gold-plating*). De wetgever laat zich daarover in ieder geval niet uit. Verder wordt uitdrukkelijk gerefereerd aan de verplichting om “*conform deel 2*” aan te besteden, wat impliceert dat ook de daarin vervatte excepties nog steeds kunnen worden toegepast. Gelet op de kabinetsreactie die in 2011 op het Groenboek werd gegeven, is *gold-plating* evenmin aanneme-

12 Zie met name art. 2.24 Aanbestedingswet.

13 Bijvoorbeeld bij dwingende spoed of aanvullende leveringen als bedoeld in art. 2.32 lid 1 onder c resp. art. 2.33 aanhef en onder b Aanbestedingswet. Vgl. Hebby & Klijn 2008, § 3.2.

14 Groenboek 2011, p. 27 en 28 incl. voetnoot 58.

15 Zie ook, enigszins ongenueanceerd, Plas 2018.

16 Arrowsmith 2014, p. 591 laat deze mogelijkheid in ieder geval open.

lijk. Zo schaarde de wetgever zich achter de suggestie van de Europese Commissie een soepelere aanbestedingsprocedure toe te staan.¹⁷

Overigens kan een eventuele restrictie evenmin uit de rechtsbeschermingsrichtlijnen worden afgeleid. Ook hier is de parallel met de kwalificatie als rechtstreekse gunning relevant. Gunningen in strijd met het Europese aanbestedingsrecht worden in beginsel gesanctioneerd met onverbindendheid. Aan die sanctie wordt niet mede een verplichting tot (een wijze van) aanbesteden gekoppeld. Dit, terwijl de Uniewetgever wel oog had voor die vervolgstap: *“Onverbindendheid is de meest doeltreffende manier om de mededinging te herstellen en nieuwe zakelijke kansen te creëren voor bedrijven waaraan op een onwettige manier de mogelijkheid tot mededinging is ontnomen.”*¹⁸ Daarnaast merkt de Uniewetgever zelfs op dat “[in] uitzonderlijke gevallen onmiddellijk na de vernietiging van de overeenkomst, gebruik [moet kunnen worden] gemaakt van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van de opdracht [...]”.¹⁹

Sancties vanwege een schending dienen doeltreffend, afschrikwekkend, én evenredig te zijn.²⁰ Onevenredigheid ligt echter op de loer als aanbestedende diensten categorisch verplicht worden een Europese aanbestedingsprocedure met aankondiging te organiseren,²¹ ook bij onderdrempelige opdrachten. De kosten van de aanbestedingsprocedure staan dan niet langer in redelijke verhouding tot de waarde van de opdracht, terwijl het maar de vraag is of de aanbestedende dienst beter in zijn inkoopbehoefte kan voorzien. Kleinere opdrachten zijn nu eenmaal veelal alleen interessant voor kleinere, regionale partijen. Een Europese aanbestedingsverplichting met aankondiging louter als punitieve maatregel bergt dus het risico in zich zijn doel voorbij te schieten. Wellicht kan die verplichting bij wijze van uitzondering worden aangenomen ingeval van kwade trouw. Dat doet echter niet af aan het uitgangspunt dat aanbestedende diensten zelf besluiten hoe aan te besteden. Daarbij kunnen zij geconfronteerd worden met complicaties.²²

8.2.3 Mogelijke complicaties

Een aanbestedingsprocedure bij een wezenlijke wijziging kan even succesvol zijn als een reguliere aanbestedingsprocedure. Echter, er kunnen evenzeer complica-

17 Zie de reactie op vragen 39 en 40 in de concept kabinetsreactie op het Groenboek 2011, bijlage bij TK 2010-2011, 31144, nr. 8. De definitieve reactie heb ik niet online kunnen vinden. Vgl. het verslag van een algemeen overleg, TK 2010-2011, 31144, nr. 9, p. 20 en 21. Kritisch hierop zijn overigens Hebly & Heijnsbroek 2012, p. 105 en 106. Idem: Hebly & Heijnsbroek 2013, p. 180.

18 Overweging 14 considerans Richtlijn 2007/66/EG.

19 Overweging 23 considerans Richtlijn 2007/66/EG.

20 Vgl. overweging 13 considerans Richtlijn 2007/66/EG.

21 Evenredigheid is een algemeen beginsel van Unierecht. Zie voor een recente aanbestedingsrechtelijke toepassing HJEU 3 juni 2021, C-210/20 (*Rad Service*).

22 Zie ook Marique 2016, § 4.4.

ties ontstaan. Hoewel aanbesteding herstel van de mededinging kan bewerkstelligen, kan de aanbestedende dienst hierdoor projectmatig ook diverse stappen achteruitzetten. Een aanbestedingsprocedure kost tijd en geld, wat de voortgang van het project kan vertragen en het budget onder druk kan zetten. Dit kan de doelmatige besteding van overheidsmiddelen en het beperken van de administratieve lasten in gevaar brengen, terwijl onzeker is of zo beter waarde voor de publieke middelen kan worden gerealiseerd dan wanneer het meerwerk of de restopdracht rechtstreeks door de zittend opdrachtnemer wordt uitgevoerd. Het gevolg hiervan kan dus mede zijn dat de projectbelangen in het gedrang komen.

Daarbij kan de vraag rijzen naar een sluitende business case voor ondernemers, met name als alleen een meerwerk wordt aanbesteed of een restopdracht voor een complex project dat al relatief ver gevorderd is. Hoewel ondernemers dan omzet kunnen genereren, kan worden betwijfeld in hoeverre zij hun stempel op dit werk kunnen zetten. Zij dienen hun werkzaamheden in te passen in het reeds uitgevoerde werk met bijbehorende compatibiliteitsvraagstukken. Dan is het evenmin uitgesloten dat zij een hogere prijs of risico-opslag vragen.

Volledigheidshalve kan erop worden gewezen dat de afwezigheid van interesse niet hoeft af te doen aan de kwalificatie als wezenlijke wijziging, zoals bij een onvoorziene wijziging van het economisch evenwicht in het voordeel van de opdrachtnemer in de zin van art. 2.163g lid 3 Aanbestedingswet. Een concurrent had (achteraf gezien) die opdracht tegen de gewijzigde voorwaarden uit kunnen en willen voeren. Echter, vanwege de gevorderde aard van de werkzaamheden is het voor hem niet commercieel interessant om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure voor de restopdracht.

Stel dat wel een aanbestedingsprocedure wordt georganiseerd en meerdere ondernemers hun interesse kenbaar maken, waaronder de zittend opdrachtnemer. Die laatste geniet een (kennis)voorsprong. Dat is inherent aan zijn positie en op zichzelf niet onrechtmatig.²³ Wel brengt dit mee dat de aanbestedende dienst er actief voor dient te zorgen dat het gelijke speelveld wordt gewaarborgd.²⁴ Zo dient hij ervoor te waken de opdracht (bewust) toe te schrijven naar die zittend opdrachtnemer.

23 Vgl. o.a. HJEU 12 maart 2008, T-345/03 (*European Dynamics/Europese Commissie*, r.o. 70) en Hof Arnhem 14 september 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BQ4977 (r.o. 4.9).

24 Vgl. o.a. Rb. Midden-Nederland 30 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6483 (r.o. 4.20 en 4.21); Rb. Gelderland 14 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8310, (r.o. 4.6 - 4.9); Rb. Gelderland 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6409, (r.o. 4.10); Rb. Den Haag 3 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6559, (r.o. 3.3); Rb. Den Haag 27 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0018 (r.o. 4.3); Rb. Amsterdam 20 januari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3384 (r.o. 4.9 en 4.10); CvAE 17 november 2017, advies nr. 438, alinea 5.3.10.

mer of juist een andere ondernemer.²⁵ Ook dient hij ervoor te zorgen dat andere ondernemers niet op een ongerechtvaardigde (kennis)achterstand komen.²⁶ Op deze verplichting kan extra nadruk komen te liggen in de omstandigheid dat lopende het project tot aanbesteding wordt overgegaan.

De verplichting een gelijk speelveld te creëren heeft overigens zijn weerslag op de belangen van de zittend opdrachtnemer. Zo kan een onrechtmatige kennisvoorsprong soms worden gesanctioneerd met uitsluiting.²⁷ Aan de andere kant geniet hij bescherming ten aanzien van zijn bedrijfsgeheimen en commercieel gevoelige informatie. Dat laatste aspect kan een belangrijke rol vervullen, bijvoorbeeld wanneer een restopdracht wordt aanbesteed. Zo kan de wijze waarop het werk tot dusver is uitgevoerd, zowel voor andere ondernemers relevant zijn in verband met de mogelijkheid een inschrijving te doen als de concurrentiepositie van de zittend opdrachtnemer schaden, omdat hij gebruik heeft gemaakt van innovatieve en/of kostenbesparende processen.

Zelfs wanneer de aanbestedingsprocedure succesvol is geweest, blijft de mogelijkheid bestaan dat de opdracht voortaan door een aanvullende opdrachtnemer wordt uitgevoerd, zodat afspraken nodig zijn over onder andere de precieze demarcatie, planning van werkzaamheden, en onderlinge coördinatie.

Tot slot kan de opdracht al geheel of nagenoeg volledig zijn uitgevoerd, wat een aanbesteding zinledig maakt.²⁸ Hoewel dit niet als complicatie voor het organiseren van een aanbestedingsprocedure in strikte zin is aan te merken, dient hiermee wel rekening te worden gehouden.²⁹

Nu kan worden tegengeworpen dat deze complicaties zich anders ook kunnen voordoen. Aanbesteden kost altijd tijd en geld. Vaak is er sprake van een zittend opdrachtnemer, wat niet verhindert dat succesvol wordt aanbesteed en de opdracht aan een andere opdrachtnemer wordt gegund. Goede afspraken zijn voor ieder project van belang, mede gelet op de betrokkenheid van nevenaannemers, onderaannemers, leveranciers, projectbegeleiding, en toezichthouders. Verder verkeert een opdrachtnemer, die via een wachtkamerconstructie de oorspronkelijke opdrachtnemer vervangt, in een vergelijkbare positie als de winnaar van een aanbestedingsprocedure bij een wezenlijke wijziging. Niettegenstaande mogelijke

25 O.a. art. 1.10a Aanbestedingswet, overweging 74 considerans Richtlijn 2014/24/EU en HJEU 25 oktober 2018, C-413/17 (*Roche*, r.o. 32 - 45). Vgl. HJEU 10 mei 2012, C-368/10 (*Koffiebonen*, r.o. 62), Rb. Zeeland-West-Brabant 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951 (r.o. 4.6.2 - 4.6.4), Rb. Den Bosch 26 april 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AT4942 (r.o. 4.7).

26 Vgl. CvAE 17 november 2017, advies nr. 438 (alineä's 5.3.8 - 5.3.10).

27 Rb. Gelderland 14 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8310 (r.o. 4.7).

28 Vgl. HJEU 27 april 2016, T-556/11 (*European Dynamics/EUIPO*, r.o. 271).

29 Dit past ook in het algemene stelsel van rechtsbescherming, vgl. overweging 21 considerans 2007/66/EG.

bezwaren tegen het gebruik van zulke clauses, lijkt de praktijk ook dan een weg te vinden.

Zulke tegenwerpingen kunnen terecht zijn. De gestelde complicaties om (succesvol) aan te besteden, dienen daarom niet te worden veralgemeniseerd. Juristen horen niet thuis op de stoel van de inkopers. Dit laat onverlet dat die complicaties wel een sta-in-de-weg kunnen vormen. Daarmee wordt vanuit juridisch oogpunt nog onvoldoende rekening gehouden.

8.2.4 De aanbestedingsverplichting genuanceerd

Hebly en Heijnsbroek hebben er in 2012 en 2013 op gewezen dat destijds in Europese wetgeving en jurisprudentie een solide basis ontbrak om in voorkomend geval van aanbesteding bij een wezenlijke wijziging af te zien. Naar hun mening is dit goed verdedigbaar wanneer de oorspronkelijke opdrachtnemer waarschijnlijk toch zou winnen. Ook de kosten van de aanbestedingsprocedure en de risico's in geval van uitvoering door een tweede opdrachtnemer kunnen een rol spelen in het kader van de rechtvaardiging om niet aan te besteden.³⁰

Deze observaties hebben aan actualiteit niet ingeboet. Ze kunnen zelfs aangevuld worden met het geval dat de opdracht al (nagenoeg) is uitgevoerd. De aanbestedende dienst kan wellicht aannemelijk maken dat een aanbestedingsprocedure geen nut zal hebben, omdat hij na een openbare marktconsultatie tot de overtuiging is gekomen dat andere ondernemers niet geïnteresseerd zijn. Er kunnen dan objectieve redenen bestaan om niet aan te besteden. Momenteel voorziet de wet echter niet in die mogelijkheid.

Wanneer de aanbestedingsverplichting niet louter als punitieve maatregel dient te worden beschouwd, verdienen de bijzondere omstandigheden bij een wezenlijke wijziging de nadrukkelijker aandacht van de wetgever. Dit kan de vorm aannemen van een aanvulling in de Richtlijnen waarin wordt geregeld dat een aanbestedingsprocedure in bepaalde gevallen achterwege kan blijven. Deze mogelijkheid dient vanuit het oogpunt van rechtsbescherming dan te worden gekoppeld aan de verplichting het voornemen tot gunning aan te kondigen met inachtneming van een opschortende termijn.

8.3 HET VOORTIJDIG EINDE VAN DE OVEREENKOMST

Als zonder aanbestedingsprocedure wezenlijk wordt gewijzigd, kan dit leiden tot het voortijdig einde van (een deel van) de overeenkomst of zelfs de vernietiging

30 Hebly & Heijnsbroek 2012, onder 'Probleempunten'; Hebly & Heijnsbroek 2013, p. 179.

ervan.³¹ Eerst wordt stilgestaan bij de werking van art. 73 Richtlijn 2014/24/EU (§ 8.3.1). Daarna worden diverse beëindigingsmogelijkheden verkend (§ 8.3.2), waarna wordt ingegaan op verdere aandachtspunten bij beëindiging (§ 8.3.3). Tot slot wordt de mogelijkheid van vernietiging geanalyseerd (§ 8.3.4).

8.3.1 De Unierechtelijke verplichting tot beëindiging

Art. 73 Richtlijn 2014/24/EU bepaalt: *“De lidstaten dragen er zorg voor dat de aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben, ten minste in de volgende omstandigheden en onder de voorwaarden bepaald door het toepasselijke nationale recht, een overheidsopdracht te beëindigen tijdens de looptijd, wanneer [...] de opdracht is gewijzigd waardoor een nieuwe aanbestedingsprocedure zou vereist geweest zijn op grond van artikel 72”*.³²

Deze regel kan als keerzijde van art. 72 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU worden gezien. Het bestaan van een wezenlijk gewijzigde overeenkomst kan namelijk als voortdurende inbreuk op het aanbestedingsrecht worden aangemerkt.³³ Art. 73 Richtlijn 2014/24/EU ligt daarmee in het verlengde van de jurisprudentie waaruit blijkt dat een overeenkomst die in strijd met het aanbestedingsrecht is gesloten, zo nodig dient te worden beëindigd. De beginselen van rechtszekerheid, gerechtvaardigd vertrouwen, *pacta sunt servanda*, en het recht op eigendom doen daar niet aan af.³⁴

Volgens de Nederlandse wetgever is implementatie van dit artikel niet nodig: *“Ingevolge artikel 73, onderdeel a, van richtlijn 2014/24/EU dient een aanbestedende dienst in dat geval de mogelijkheid te hebben een reeds gesloten overeenkomst voortijdig te beëindigen. In die mogelijkheid wordt in het Nederlandse rechtstelsel al voorzien. Op grond van het Burgerlijk Wetboek dienen overeenkomsten te worden nagekomen. Er bestaan echter gronden tot voortijdige beëindiging van de overeenkomst. Een voorbeeld daarvan is een wezenlijke wijziging van de overheidsopdracht. Partijen kunnen over deze beëindigingsgrond afspraken maken in de overeenkomst, maar het Burgerlijk Wetboek biedt daartoe ook mogelijkheden. De gevolgen van voortijdige beëindiging van een overeenkomst, waaronder een*

31 Hiermee kom ik dus terug van de te ongenueanceerde stelling in Plas 2017, § 2 en 4.2 inhoudende dat beëindiging verplicht is.

32 Idem art. 44 Richtlijn 2014/23/EU en art. 90 Richtlijn 2014/25/EU. Art. 73 is door het HJEU nog niet uitgelegd. In HJEU 9 december 2020, T-714/18 (*Adraces*, r.o. 72, 78 en 79) werd een beroep op deze bepaling door het Hof gepasseerd.

33 Zodoende kan deze regel mede in relatie tot de vernietigbaarheid uit art. 4.15 lid 1 aanhef en onder a Aanbestedingswet worden gelezen. Vgl. overwegingen 13 en 14 considerans Richtlijn 2007/66/EG.

34 Zie met name de combinatie van HJEG 10 april 2003, C-20/01 en C-28/01 (*Commissie/Duitsland*) en HJEG 18 juli 2007, C-503/04 (*Commissie/Duitsland*). Zie voor wat betreft de verwijzing naar de genoemde beginselen met name r.o. 36 van het tweede arrest. Vgl. Treumer 2007, § 4 over de Nederlandse inbreng in die zaak.

mogelijke verplichting tot betaling van schadevergoeding, hangen af van de omstandigheden van het geval.”³⁵

In plaats van de gelegenheid te baat te nemen om de praktijk regels of richtsnoeren aan te reiken, wordt feitelijk volstaan met de opmerking “zie BW”. Het is speculeren welke redenen aan die keuze ten grondslag hebben gelegen. Feit is dat het huidige instrumentarium afdoende zou zijn. Dit standpunt wordt hierna op juistheid getoetst. Daaraan voorafgaand zijn nog enkele opmerkingen op hun plaats.

Ten eerste roept art. 73 van de Richtlijn de vraag naar rechtstreekse werking op.³⁶ Er lijkt een gerede kans te bestaan dat het HJEU hiertoe zal concluderen, hoewel dit op basis van een eerste lezing wellicht niet direct voor de hand ligt. Het artikel ligt namelijk in het verlengde van art. 72 van de Richtlijn, waarin duidelijke rechten en verplichtingen zijn neergelegd. Het ‘hoe’ wordt in art. 73 weliswaar aan lidstaten gelaten, maar tegelijkertijd is dwingend bepaald dat een beëindigingsmogelijkheid moet bestaan. Voor rechtstreekse werking is het voldoende wanneer ondubbelzinnig een nauwkeurige resultaatsverplichting wordt opgelegd waaraan geen voorwaarde is verbonden met betrekking tot de toepassing van de daarin vervatte regel.³⁷ Daarvan lijkt hier sprake. Daarnaast heeft het HJEU directe werking toegekend aan art. 1 lid 1 Richtlijn 89/665/EEG, dat eenzelfde opzet kent als art. 73 Richtlijn 2014/24/EU.³⁸ Art. 1 lid 1 Richtlijn 89/665/EEG regelt namelijk samengevat dat lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld tegen besluiten van aanbestedende diensten.

Ten tweede bestaat, mede indachtig de toelichting van de Nederlandse wetgever, in ieder geval ruimte voor toepassing van de richtlijnconforme interpretatie, zodat bestaande nationale regels worden uitgelegd indachtig de bewoordingen en het doel van art. 73 en de Richtlijn als geheel.³⁹

Ten derde blijkt uit de bewoordingen van art. 73 Richtlijn 2014/24/EU dat nationale invulling mogelijk is en zelfs wordt gevergd.⁴⁰ Zolang aan het nuttig effect van deze bepaling niet wordt afgedaan, kan dus een *modus* worden gezocht die

35 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 96. Idem op p. 155: “Behoeft geen implementatie [...] Het civiele recht biedt voldoende mogelijkheden.”

36 De bepaling is immers niet geïmplementeerd, terwijl de omzettingstermijn voorbij is. Vgl. HJEU 14 januari 2021, C-387/19 (*RTS Infra*, r.o. 45).

37 Vgl. HJEU 14 januari 2021, C-387/19 (*RTS Infra*, r.o. 47).

38 HJEG 2 juni 2005, C-15/04 (*Koppensteiner*, r.o. 38) en HJEU 5 april 2017, C-391/15 (*Marina*, r.o. 38 - 41).

39 Zie bijv. HJEG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*, r.o. 8). Vgl. Hebly & Meesters 2016.

40 In overweging 112 considerans Richtlijn 2014/24/EU wordt deze verplichting niet nader uitgewerkt. Idem voor overweging 80 considerans Richtlijn 2014/23/EU en overweging 118 considerans Richtlijn 2014/25/EU.

het best past bij de Nederlandse praktijk. Ook volgens de Europese Commissie is maatwerk mogelijk: *“Depending on national contract law, possible instruments might include ineffectiveness or nullity of the contract or rights of cancellation or rescission. Alternatively, a Member State could also oblige its contracting authorities to provide in all public contracts termination or withdrawal clauses that allow for unilateral termination of the contract under certain conditions.”*⁴¹ Het gaat primair om het bereiken van het doel, niet om de instrumenten.⁴²

Ten vierde is van belang dat art. 73 Richtlijn 2014/24/EU naar de letter ervan een aanbestedende dienst ruime discretionaire bevoegdheden toekent. Dit doet Simovart vrezen voor misbruik.⁴³ Hoewel het risico daarop niet geheel valt uit te sluiten, bestaan waarborgen tegen excessief gebruik van de beëindigingsbevoegdheid. Een aanbestedende dienst blijft namelijk gebonden aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen evenals aan zijn verbintenissenrechtelijke verplichting rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de opdrachtnemer. Hij dient weloverwogen zijn besluit te nemen en kan daar op worden afgerekend.

Ten vijfde is zorgvuldigheid te meer geboden nu op objectieve gronden dient te worden vastgesteld of wezenlijk is gewijzigd, waardoor de eigen mening van de aanbestedende dienst niet doorslaggevend is.⁴⁴ Dit brengt mee dat de opdrachtnemer in de gelegenheid dient te worden gesteld tegenbewijs te leveren. Mede gelet op de verstreckende gevolgen voor een opdrachtnemer, is niet ondenkbaar dat beëindiging in voorkomend geval een constitutief vonnis in een (spoed)bodemprocedure vereist.

Ten zesde is relevant dat door Simovart en Halonen is betoogd dat de mogelijkheid tot beëindiging in de praktijk kan omslaan in een verplichting.⁴⁵ Dit lijkt juist, mede erop gelet dat die omslag al eerder is aangenomen.⁴⁶ Die omslag is ook in de Nederlandse literatuur al aanvaard. Zo wijzen Pijnacker Hordijk c.s. er in hun handboek reeds op dat rechters en arbiters een opdrachtgever kunnen gebieden van de wettelijke of contractuele bevoegdheid tot opzegging gebruik te maken om de gevolgen van zijn onrechtmatig handelen ongedaan te maken.⁴⁷ Hieraan doet niet af dat volgens *Wall AG* de verdragsbeginselen nationale autoriteiten er niet toe gebieden een overeenkomst op te zeggen en evenmin ertoe verplichten dat nationale rechters hiertoe een bevel uitvaardigen indien die verplichting niet is nagekomen.⁴⁸ Niet alleen is dit arrest gewezen onder oud recht, de betreffende

41 Commission non paper 2012 cluster 8, p. 24.

42 Arrowsmith 2018, p. 1042 en 1043 wijst er op dat die verschillende werkwijzen al staande praktijk zijn.

43 Simovart 2017, § 3.

44 Vgl. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 28 en 31 - 33).

45 Simovart 2017, § 1.3 en Halonen 2017, § 3.

46 Zie hierover § 3.2.2.

47 Pijnacker Hordijk c.s. 2009, p. 636.

48 HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 65).

concessieovereenkomst viel destijds ook buiten de reikwijdte van het gereguleerde Europees aanbestedingsrecht. Een opzeggingsverplichting kan dus wel degelijk worden aangenomen als de feiten van de zaak zich daarvoor lenen. Overigens zou zo'n verplichting het bestaan van rechtstreekse werking alleen maar versterken.

Ten zevende heeft Van Heeswijck zich afgevraagd of art. 73 Richtlijn 2014/24/EU de rechtsbescherming van ondernemers verbetert, omdat ze tevens beëindiging kunnen afdwingen op de voet van de nationale regels die ter implementatie van dit artikel strekken. Dit kan volgens hem het stelsel van de rechtsbeschermingsrichtlijnen doorkruisen. Als namelijk niet voldaan wordt aan de voorwaarden voor onverbindendheid, zouden ondernemers via de omweg alsnog een vergelijkbaar effect weten te bewerkstelligen.⁴⁹ Inderdaad geeft tekst noch toelichting aanleiding voor de gedachte dat beoogd is om in dit artikel een verstrekkender regeling neer te leggen dan in de rechtsbeschermingsrichtlijnen wordt gedaan.⁵⁰ Echter, in het licht van het voorgaande is het toch wel aannemelijk dat binnen dat stelsel de positie van ondernemers wordt verbeterd.

Ten achtste dient te worden bezien wat de gevolgen van beëindiging zijn. Art. 73 van de Richtlijn regelt die gevolgen niet.⁵¹ De Nederlandse wetgever heeft volstaan met de opmerking de omstandigheden van het geval dan bepalend zijn, waarbij de mogelijkheid van schadevergoeding niet wordt uitgesloten. Voor de praktijk was een duidelijkere visie wenselijk geweest.⁵² Ook had hij zich kunnen uitspreken over de vraag of beëindiging terugwerkende kracht dient te hebben en over de verhouding met de bestaande regels uit Deel 4 Aanbestedingswet.

Deze algemene opmerkingen indachtig, is het zaak het standpunt van de wetgever - dat implementatie niet nodig is - nader te verkennen. De aandacht gaat dan in eerste instantie uit naar de meest in het oog springende beëindigingsmogelijkheden zoals die op grond van wet en jurisprudentie bestaan.

8.3.2 De mogelijkheid tot beëindiging

Uit de verbindende kracht van de overeenkomst vloeit voort dat een partij zich niet eenzijdig aan zijn contractuele verplichtingen kan onttrekken, tenzij hiervoor een rechtvaardiging kan worden gevonden.⁵³ Het BW biedt intussen uiteenlopende mogelijkheden voortijdig een overeenkomst te beëindigen. Een uitputtende behandeling hiervan kan binnen dit bestek niet worden uitgevoerd, maar dat is ook niet nodig. De hamvraag is hier of het standpunt van de wetgever - dat verbin-

49 Van Heeswijck 2016, § 2.2.

50 Idem Arrowsmith 2014, p. 604.

51 Vgl. Plas 2017, § 4.3.

52 Vgl. Van Heeswijck 2016, § 6.

53 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/601. Sieburgh spreekt zelf van uitzonderingen en niet van rechtvaardiging. Vgl. Van der Kruk & Möhring 2021, aant. 5.3.

tenisrechtelijk afdoende mogelijkheden tot beëindiging vanwege een wezenlijke wijziging bestaan - steek houdt.

Ad 1) Ontbinding vanwege een tekortkoming

De voortijdige beëindiging van een overeenkomst is in de praktijk veelal gekoppeld aan de vaststelling of het standpunt dat een partij is tekortgeschoten in de nakoming van een verbintenis, waardoor op de voet van art. 6:265 BW wordt ontbonden. Van Heeswijck wijst er terecht op dat die grondslag in deze context waarschijnlijk niet kan worden toegepast, omdat een wijziging in de regel niet als tekortkoming van de opdrachtnemer is aan te merken.⁵⁴ Dit standpunt vindt overigens steun in de jurisprudentie van het HJEU. In *Simonsen & Weel* oordeelde het Hof “*dat een wezenlijke wijziging in beginsel wilsovereenstemming impliceert*”.⁵⁵ Daarvan uitgaande, ligt het niet voor de hand om een wezenlijke wijziging als tekortkoming van de opdrachtnemer te kwalificeren.

Ad 2) Beëindiging vanwege een disbalans

Van Heeswijck heeft zich op het standpunt gesteld dat een aanbestedende dienst zich veelal niet met succes zal kunnen beroepen op de regelingen inzake wilsgebreken of onvoorziene omstandigheden, zodat de overeenkomst ook niet op die gronden vernietigd of ontbonden kan worden.⁵⁶ Mede gelet op § 6.6, lijkt die observatie te kort door de bocht. Naast het feit dat de verbintenisrechtelijke leerstukken een beperktere ratio kennen dan hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet, is aannemelijk dat dit hoofdstuk de werking van verbintenisrechtelijke beëindigingsinstrumenten niet (significant) nadelig beïnvloedt. In voorkomend geval blijft beëindiging op deze voet dus mogelijk.

3) Opzegging van bijzondere overeenkomsten

In Boek 7 BW zijn diverse opzeggingsmogelijkheden opgenomen. De voor de praktijk meest relevante betreffen de mogelijkheden om overeenkomsten van opdracht (art. 7:408 BW) en tot aanneming van werk (art. 7:764 BW) te beëindigen. In beide gevallen kan de overeenkomst ‘te allen tijde’ worden opgezegd. In uitgangspunt mag daarom worden aangenomen dat voor veel overheidsopdrachten voor diensten en werken een wettelijke beëindigingsbasis bestaat.⁵⁷ In de jurispru-

54 Van Heeswijck 2016, § 5.2.1. Dit overigens nog los van het gegeven dat art. 6:265 BW van regeland recht is en het recht op ontbinding kan worden beperkt of uitgesloten, vgl. MvT, TK 2008-2009, 32027, nr. 3, p. 10.

55 HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*, r.o. 70). Hieraan doet niet af dat wijziging in rechte kan worden bevolen. Het beginsel laat namelijk ruimte voor de uitzondering.

56 Zie op dit punt ook Van Heeswijck 2016 § 5.2.1 - 5.2.3.

57 Vgl. over het gebruik van een opzeggingsbevoegdheid CvAE 2 februari 2018, advies nr. 431.

dentie is inmiddels ook bevestigd dat een schending van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht de opzegging van een overeenkomst van opdracht rechtvaardigt.⁵⁸

Anders ligt het bij overheidsopdrachten voor leveringen die verbintenisrechtelijk als koopovereenkomst of als huurovereenkomst zijn te kwalificeren.⁵⁹ Zo voorziet de titel koop niet in een hier relevante opzeggingsmogelijkheid.⁶⁰ Voor diverse huurovereenkomsten voor bepaalde tijd geldt dat deze niet tussentijds kunnen worden beëindigd, met dien verstande dat partijen die mogelijkheid kunnen overeenkomen.⁶¹ In zoverre valt het standpunt van de wetgever dus te betwijfelen.⁶²

Ook kan sprake zijn van een gemengde overeenkomst van bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht en een huurovereenkomst. Als die overeenkomst niet in twee overeenkomsten kan worden gesplitst, kunnen twee wettelijke opzeggingsregimes conflicteren.⁶³ De Hoge Raad heeft al eens het oordeel in stand gelaten dat in die situatie de regels inzake overeenkomsten van opdracht prevaleerden en dat dus kon worden beëindigd, zodat de opdrachtnemer/huurder geen huurbescherming toekwam.⁶⁴ Evengoed kan het dus zo zijn dat opzegging niet (zonder meer) is toegestaan.

Ad 4) De beëindiging van duurovereenkomsten

Een aanbestede overeenkomst kan (tevens) als duurovereenkomst worden aangemerkt. Voor de beëindiging hiervan gelden specifieke regels, die kunnen cumuleren met de hiervoor benoemde regels. De beëindiging van duurovereenkomsten voor zowel bepaalde tijd als onbepaalde tijd kan relevant zijn. Het eerste geval kan zich voordoen bij raamovereenkomsten. De looptijd daarvan mag in uitgangspunt

58 Rb. Overijssel 12 november 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:4050.

59 Huur en koop vallen beide onder de definitie overheidsopdracht voor leveringen uit art. 1.1 Aanbestedingswet.

60 Ten aanzien van verzekeringsdiensten - vgl. art. 2.17 onder a Aanbestedingswet - is art. 7:938 lid 2 BW nog relevant. Dit in tegenstelling tot de opzeggingsmogelijkheid uit art. 7:50g lid 4 BW.

61 Art. 7:228 lid 1 BW. Vgl. Hof Leeuwarden 11 januari 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BP1166 (r.o. 9). Vgl. Heikens 2021, § 12. In deze context lijkt de huur van middenstandsbedrijfsruimte (art. 7:290 e.v. BW) in beginsel niet van toepassing. Dan gelden wel beperkingen voor de mogelijkheid tot tussentijds beëindigen, vgl. art. 7:293 BW en de commentaren daarop.

62 Vgl. ten aanzien van koop Van Heeswijck 2016 § 5.3.3.

63 Zie over splitsing nader De Graaf 2020.

64 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405 (*Groeneveld/Staat*). Zie over de samenloop bij huurovereenkomsten Castermans & Krans 2019, p. 11. Zie nader over het combineren en splitsen van overeenkomsten, mede in relatie tot contractuele remedies, De Graaf 2020.

maximaal vier jaren bedragen.⁶⁵ Voor het tweede geval is relevant dat het aanbestedingsrechtelijk niet verboden is overheidsopdrachten voor onbepaalde tijd te sluiten.⁶⁶

Duurovereenkomsten die voor bepaalde tijd zijn aangegaan, zijn in beginsel niet-opzegbaar, tenzij een beroep op art. 6:258 BW kan worden gedaan.⁶⁷ Voor onbepaalde tijd aangegane duurovereenkomsten zijn in beginsel opzegbaar. Naar de bedoeling van partijen kan die overeenkomst ook niet-opzegbaar blijken. In dat geval staat nog wel een beroep open op zowel de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid als onvoorziene omstandigheden.⁶⁸ In dat laatste verband is al aangenomen dat het bestaan van een aanbestedingsplicht een voldoende zwaarwegende grond vormt voor beëindiging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd.⁶⁹

Ad 5) De positie van vaststellingsovereenkomsten

In § 6.5.2 is het één en ander toegelicht over de vaststellingsovereenkomst in relatie tot de wezenlijke wijziging. Een aspect dat hier de aandacht vraagt, is de werking van art. 7:902 BW op grond waarvan een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Aangezien het aanbestedingsrecht niet van openbare orde wordt geacht,⁷⁰ en een in dit verband gesloten vaststellingsovereenkomst niet spoedig in strijd komt met de goede zeden, lijkt aan de hoofdregel uit dit artikel grote betekenis toe te komen.⁷¹ Dit kan anders

65 Art. 2.140 lid 3 Aanbestedingswet. Die termijn bedraagt acht jaren bij speciale sectoropdrachten, art. 3.80 lid 1 Aanbestedingswet.

66 Zie expliciet art. 2.17 onder e en art. 2.20 onder b Aanbestedingswet. Vgl. HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 74) en HJEG 5 oktober 2000, C-337/98 (*Rennes*, r.o. 38). Vgl. verder Rb. Den Haag 10 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9441 (r.o. 4.1). Dat die mogelijkheid kritisch wordt gezien, doet aan het bestaan ervan niet af.

67 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/408.

68 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*, 3.6.2 - 3.6.5).

69 Rb. Den Haag 25 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10439.

70 Hof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:16 (r.o. 5) en Hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816 (r.o. 10). Verwezen wordt naar HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826 (*Uneto/de Vliert*) en HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806 (*Van der Stroom/Staat*).

71 In Plas 2017 § 4.2 wordt verder toegelicht waarom het beroep op art. 7:904 lid 1 BW weinig kans van slagen heeft. Samengevat: art. 7:902 BW is de aangewezen weg; vernietiging is niet mogelijk als de beslissing door beide partijen is genomen; met het onaanvaardbaarheids criterium wordt een verhoogde maatstaf neergelegd, waaraan niet wordt voldaan als de grenzen waarbinnen redelijk denkende mensen van mening kunnen verschillen, niet worden overschreden.

worden indien die regels van dwingend recht bewust zijn geschonden; dan gaat de bescherming uit art. 7:902 BW niet op.⁷²

Met andere woorden: indien in een vaststellingsovereenkomst een wezenlijke wijziging besloten ligt, beschikt de aanbestedende dienst in uitgangspunt niet over een beëindigingsmogelijkheid. Dit kan anders worden wanneer een derde vernietiging vordert. Die derde wordt namelijk niet gehinderd door de regels van Titel 7.15 BW, omdat de vaststellingsovereenkomst alleen tussen contractpartijen werkt.⁷³ In de afwezigheid van een derde, blijft de aanbestedende dienst op grond van titel 7.15 BW evenwel gebonden aan zijn contractuele verplichtingen, die mede een wezenlijke wijziging meebrengen.

Ad 6) Beperken wettelijke wijzigingsmogelijkheden

Verbintenissenrechtelijk kan de opzeggingsmogelijkheid uit bijvoorbeeld art. 7:408 of 7:764 BW normaliter worden weggecontracteerd. Ook kunnen partijen de werking ervan beperken. Die mogelijkheid blijft ten aanzien van aanbestede overeenkomsten bestaan in zoverre geen afbreuk wordt gedaan aan het nuttig effect van art. 73 Richtlijn 2014/24/EU. Anders dient dit beding (in die mate) terzijde te worden geschoven.⁷⁴ Het lijkt overigens niet van bijzonder belang dat volgens de Hoge Raad de nietigheidssanctie uit art. 3:40 lid 2 BW niet in beeld komt bij overeenkomsten die zijn gesloten in strijd met het aanbestedingsrecht.⁷⁵ Het terzijde schuiven kan namelijk rechtstreeks op Unierechtelijke grondslag worden gefundeerd.⁷⁶

Het Franse recht heeft in dezen een duidelijke keuze gemaakt. Volgens de Conseil d'Etat dient een bepaling die de aanbestedende dienst het recht ontnemt voortijdig te beëindigen, als nietig te worden beschouwd. Een dergelijke bepaling geldt als onverenigbaar met de bijzondere positie van de overheid als hoeder van het algemeen belang.⁷⁷ Hoewel die positie in de Nederlandse constellatie minder op de voorgrond staat, is het onmiskenbaar dat ook Nederlandse aanbestedende diensten niet louter vermogensrechtelijke belangen nastreven. Daarnaast blijven zij gebonden aan naleving van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van de aanbestedingsrechtelijke beginselen. Hierbij past niet een beding dat de nuttige werking daarvan eerder frustreert dan bevordert.

72 Vgl. Wessels 2016, p. 498 met verwijzingen.

73 Asser/*Van Schaick* 7-VIII 2018/159.

74 Vgl. HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 75).

75 Zie o.a. HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (*Xafax*, r.o. 3.7.2 en 3.7.3). Volgens Garsse, Verhoeven & Verschave 2021, § I is de nietigheid van een overeenkomst gesloten in strijd met het aanbestedingsrecht voorwerp van debat in België.

76 Zie met name de jurisprudentie aangehaald in § 6.2 en § 8.3.1.

77 Conseil d'Etat 6 mei 1985, nrs. 41589 en 41699.

Het standpunt van Van Ee lijkt zodoende wat te kort door de bocht. Hij meent dat art. 73 Richtlijn 2014/24/EU tot aanpassing van Nederlandse wetgeving noopt en dat dient te worden bepaald dat de mogelijkheid tot tussentijdse beëindiging niet langer contractueel kan worden uitgesloten.⁷⁸ Aangenomen dat hij alleen het oog heeft op het uitsluiten van die mogelijkheid bij Europees aanbestede overeenkomsten, is voortijdige beëindiging nog steeds niet altijd verplicht, ook niet bij wezenlijke wijzigingen. Het lijkt dus evenmin vereist dat de wet in die zin wordt aangepast. De begrenzing ligt daar wanneer het nuttig effect van de Richtlijn in gevaar komt. Dan kan de beëindigingsmogelijkheid via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid alsnog worden ingelezen, althans kan het beding vanwege strijd met het Unierecht terzijde worden geschoven.

Ad 7) Aggregatie: een wettelijke regeling

Uit het voorgaande volgt dat in veel gevallen de mogelijkheid bestaat een wezenlijk gewijzigde overeenkomst te beëindigen. Tegelijkertijd valt zeker niet uit te sluiten dat die bevoegdheid in voorkomend geval niet bestaat. Hoe dan ook heeft de wetgever het nodeloos moeilijk gemaakt. Verkenningen zoals hiervoor zouden niet nodig zijn als in de Aanbestedingswet een voorziening was getroffen, waardoor op eenduidige wijze aan de Europeesrechtelijke verplichtingen kan worden voldaan.

De Franse Code de la commande publique bevat een apart hoofdstuk over de beëindiging van overheidsopdrachten. Op grond van art. L2195-1 daarvan kan de aanbestedende dienst een opdracht beëindigen in de gevallen opgesomd in dat hoofdstuk.⁷⁹ Art. L2195-6 kent die bevoegdheid toe in geval van een wezenlijke wijziging: “*L’acheteur peut résilier le marché lorsque l’exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues au chapitre IV du présent titre.*”⁸⁰ Aangezien die beslissing in de regel zal zijn ingegeven uit overwegingen in het algemeen belang,⁸¹ heeft de opdrachtnemer ingevolge L2195-5 vervolgens recht op schadeloosstelling.

78 Van Ee 2015, § 4.

79 Uit het gedrag van de aanbestedende dienst kan overigens voortvloeien dat hij de opdracht stilzwijgend heeft beëindigd, aldus Conseil d’Etat 11 december 2020, nr. 427616 (r.o. 3 en 4). Het ministerie van Economische Zaken publiceert ook periodiek Cahiers des clauses administratives générales (CCAG) die op de voet van art. R2112-2 aanhef en onder 1° Code de la commande publique onderdeel gemaakt kunnen worden van de aanbestedingsstukken. In de CCAG worden beëindigingsgronden uitvoerig uitgewerkt.

80 Zie ten aanzien van concessies art. L3136-6 Code de la commande publique. Vgl. art. L6 onder 5° Code de la commande publique.

81 Zulke overwegingen kunnen juridisch, technisch en/of financieel van aard zijn. Voorbeelden betreffen het afbreken van een project vanwege moeilijkheden, gewijzigde behoeften en/of beleidswijzigingen. Uiteraard dienen die overwegingen deugdelijk te worden gemotiveerd. Die motivering wordt *ex tunc* getoetst.

Partijen kunnen de gevolgen van zo'n opzegging contractueel regelen. Indien zij dat niet gedaan hebben, dan voorziet art. R2191-31 Code de la commande publique erin dat partijen hierover met elkaar in onderhandeling treden, waarbij ook aandacht is geschonken aan het scenario dat partijen het niet met elkaar eens worden binnen een periode van zes maanden: *“En cas de résiliation du marché ouvrant droit à indemnisation, si les parties ne parviennent pas, dans un délai de six mois à compter de la date de la résiliation, à un accord sur le montant de l'indemnité, le titulaire perçoit, à sa demande, le montant que l'acheteur a proposé.”*⁸²

Een vergelijkbare regeling kan ook naar Nederlands recht wenselijk zijn. Op zijn best is immers thans onzeker of wordt voldaan aan de verplichtingen uit hoofde van art. 73 Richtlijn 2014/24/EU. Wellicht nog belangrijker is dat die onzekerheid het aantal geschillen kan vergroten, omdat onduidelijk is of in het voorliggende geval een beëindigingsbevoegdheid bestaat.

Een nieuw art. 2.163h Aanbestedingswet, dat opzegging en afrekening uniform regelt, lijkt daarom gepast.⁸³ Qua opzegging kan gedacht worden aan een bepaling als de volgende: *“De aanbestedende dienst is te allen tijde tot gehele of gedeeltelijke opzegging bevoegd in geval van een wezenlijke wijziging van de overheidsopdracht.”* In het verlengde daarvan kan het kader voor financiële afwikkeling worden neergelegd, zoals dat gedaan is bij overeenkomsten van opdracht en overeenkomsten tot aanneming van werk, zie art. 7:411 lid 2 resp. 7:764 lid 2 BW. Overkoepelende noties als goede trouw en schadebeperkingsplicht kunnen daarbij de werking van die regeling inkleuren,⁸⁴ net als eventuele contractuele afspraken.

8.3.3 Verdere aandachtspunten bij beëindiging

Naast de mogelijkheid tot beëindiging wordt de aandacht gevestigd op de opzegtermijn (ad 1), de onregelmatige opzegging (ad 2), en het achterwege laten van opzegging (ad 3).

Ad 1) De mogelijkheid van een opzegtermijn

Partijen kunnen normaliter een opzegtermijn overeenkomen.⁸⁵ Op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan zelfs de verplichting bestaan een redelijke termijn in acht te nemen. De vraag of die mogelijkheid ook

82 De hoogte en berekeningswijze van deze vergoeding wordt nader ingekleurd in o.a. art. 50.4 Cahier de Clauses Administratives Générales des marchés publics de travaux. Ingevolge art. R2191-30 Code de la commande publique is een voorschot mogelijk.

83 Zie ook Plas 2017, § 6. Vgl. Van Heeswijck 2016, § 6.

84 Vgl. MvT, TK 2008-2009, 32027, nr. 3, p. 11 en 12.

85 In sommige gevallen geldt een uitgewerkte regeling inzake de opzegtermijn, zie met name voor de agentuurovereenkomst art. 7:437 - 439 BW. Die termijn kan bijvoorbeeld relevant zijn voor aanbestede overeenkomsten inzake brokerdiensten.

bij een wezenlijk gewijzigde overeenkomst geldt, is nog niet sluitend beantwoord, terwijl art. 73 Richtlijn 2014/24/EU hierover niets regelt.

Er bestaan goede gronden om die mogelijkheid aan te nemen, mits de opzegtermijn wordt gerechtvaardigd door het voorwerp van de opdracht.⁸⁶ Het beëindigen van een wezenlijk gewijzigde overeenkomst strekt primair tot herstel van de mededinging via een nieuwe aanbestedingsprocedure. Het geniet dan de voorkeur dat een afgebakend pakket aan te verrichten prestaties wordt aanbesteed. Dit pleit ervoor dat de werkzaamheden onder de wezenlijk gewijzigde overeenkomst tot een logisch punt worden afgerond. Ook is voorstelbaar dat continuering van de dienstverlening soms vanuit het oogpunt van het algemeen maatschappelijk belang gerechtvaardigd is, zodat om die reden een opzegtermijn op zijn plaats is.⁸⁷

Om het nuttig effect van art. 73 Richtlijn 2014/24/EU te waarborgen, dient die termijn niet langer te duren dan strikt noodzakelijk en zouden de werkzaamheden binnen die termijn zoveel als mogelijk gericht moeten zijn op een zorgvuldige afwikkeling. Het spreekt voor zich dat de aanbestedende dienst zijn handelswijze dient te kunnen rechtvaardigen.

Ad 2) De onregelmatige opzegging

Stel dat een aanbestedende dienst meent dat wezenlijk is gewijzigd. Hoewel de opdrachtnemer dit betwist, zegt de aanbestedende dienst de overeenkomst op. In rechte wordt de opdrachtnemer in het gelijk gesteld. Kunnen aan die conclusie gevolgen kleven?

Wanneer onverkort een opzeggingsmogelijkheid van toepassing is, hoeft dit niet zo te zijn. Hoe dan ook bestond voor de aanbestedende dienst een bevoegdheid die hij heeft ingeroepen. Wel kan worden betwijfeld of hij zich heeft gekweten van zijn verplichting zorg te dragen zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te creëren.⁸⁸ Hij heeft dan namelijk zonder objectieve noodzaak een overeenkomst opgezegd met alle financiële (en politieke) gevolgen van dien.

De kwestie wordt anders als die mogelijkheid niet bestond. Een niet-gerechtvaardigde ontbinding,⁸⁹ opzegging,⁹⁰ of opschorting⁹¹ heeft namelijk tot gevolg dat die

86 Ook Halonen 2017, § 4.2 laat die mogelijkheid open.

87 Vgl. Arrowsmith 2018, p. 1042 en 1043.

88 Art. 1.4 lid 2 Aanbestedingswet.

89 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684 (*G4/Hanzevast*, r.o. 3.3.1), bevestigd in HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:152 (*Eiser/verweerder*, r.o. 3.5.2).

90 Engels en Verbaken 2020 § 5.2.1. Vgl. *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2018/180 en *Spierings* 2016/2.4.3.1.

91 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610 (*Ammertlaan/Enthoven*, r.o. 4.6). Vgl. over het automatische verzuim echter HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2517 (*Creative Industry/Heredium*, r.o. 4.2 - 4.5).

rechtshandeling niet het beoogde effect sorteert. Partijen worden dan in beginsel nog steeds door de overeenkomst gebonden, zij het dat de aanbestedende dienst dan in verzuim verkeert.

Een onregelmatige beëindiging kan een aanbestedende dienst dus in een netelige positie brengen. Jegens de opdrachtnemer kan hij schadeplichtig zijn. Daarnaast kan hij al stappen hebben ondernomen voor het verdere verloop, bijvoorbeeld door het inroepen van een wachtkamerregeling of het voorbereiden van een nieuwe aanbestedingsprocedure. Kapitaalvernietiging ligt dan op de loer, zodat terughoudendheid en zorgvuldigheid te meer geboden zijn. In zulke gevallen kan het wenselijk zijn af te gaan op het (spoed)oordeel van een onafhankelijke instantie, zoals een arbitragecommissie.⁹²

Ad 3) Kan opzegging achterwege blijven?

In § 8.3.4 onder ad 4 komt aan de orde dat vernietiging achterwege kan blijven bij toepasselijkheid van artt. 4.18 e.v. Aanbestedingswet. Eenzelfde uitzondering zou via een analoog beroep kunnen worden aangenomen indien de overeenkomst in beginsel geheel of gedeeltelijk dient te worden opgezegd.⁹³ De casuïstiek is immers vergelijkbaar, terwijl vernietiging vanwege haar terugwerkende kracht als verstrekken sanctie kan worden beschouwd. Als het meerdere achterwege kan blijven, kan het mindere dat ook.

In tegenstelling tot een vernietigingsactie bestaat bij opzegging de reële mogelijkheid dat er nog geen klagende derde in beeld is. Zo kan vanuit de interne geleidingen van de aanbestedende dienst zijn gesignaleerd dat (waarschijnlijk) wezenlijk is gewijzigd. Gelet op de mogelijkheid van dit analoge beroep kan gesteld worden dat opzegging alsnog achterwege kan blijven. In die context is het van belang dat artt. 4.18 e.v. Aanbestedingswet uitgaan van rechterlijke tussenkomst. Dit vereiste geldt doorgaans niet bij een besluit over opzegging. Gelet op de potentieel verstrekken gevolgen, kan het niettemin onder omstandigheden raadzaam zijn om het voorgenomen besluit ter beoordeling aan een onafhankelijke derde voor te leggen.

8.3.4 De mogelijkheid tot vernietiging

De rechtsbeschermingsrichtlijn sanctioneert een onrechtmatige gunning met ‘onverbindendheid’. De werking van die sanctie wordt aan het nationale recht overgelaten, zodat ruimte bestaat voor zowel vernietiging als de mogelijkheid alleen toekomstige verbintenissen aan te tasten. In dat laatste geval dient te worden voorzien

92 Met inachtneming van art. 4.26 Aanbestedingswet.

93 Het zal van de aard en inhoud van de overeenkomst afhangen of gedeeltelijke opzegging in beginsel is toegestaan. Ten aanzien van overeenkomsten tot aanneming van werk vloeit die mogelijkheid voort uit art. 7:764 BW, welk artikel van regeland recht is.

in alternatieve sancties.⁹⁴ In art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet is ervoor gekozen dat de overeenkomst dan in rechte kan worden vernietigd.⁹⁵

Deze grondslag is relevant vanwege de gelijkstelling van een wezenlijke wijziging met een onrechtmatige directe gunning. Artt. 4.15 e.v. Aanbestedingswet zijn op die gelijkschakeling echter niet ingericht. Dit hoeft op korte termijn ook niet te worden verwacht. Hoewel de Europese Commissie in 2017 erkende dat kan worden verduidelijkt hoe de rechtsbeschermingsrichtlijnen zich verhouden tot het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten, besloot zij deze richtlijnen vooralsnog te handhaven.⁹⁶

Eerder is de totstandkoming van deze richtlijnen uiteengezet door Hebly, Brants en Kos.⁹⁷ Later heeft Van Heeswijck de totstandkoming van artt. 4.15 e.v. geanalyseerd.⁹⁸ Ook elders zijn de achtergronden, bezwaren, en gemaakte keuzes ten aanzien van deze doorwerking van het aanbestedingsrecht in het contractenrecht geduid.⁹⁹ Aan die aandachtspunten wordt daarom voorbijgegaan. Dat geldt ook voor de kritiek op de beperkte werking van art. 4.15 Aanbestedingswet en het initiatief tot verruiming van het toepassingsbereik,¹⁰⁰ omdat de discussie zich hier centreert rondom de reeds bestaande grondslag van de onrechtmatige gunning. De analyse spitst zich toe op vier vragen: wie kan de actie instellen? Binnen welke termijn dient de actie te zijn ingesteld? Wat dient er te worden vernietigd? Wanneer kan van vernietiging worden afgezien?

Ad 1) Wie kan de actie instellen?

Op grond van art. 4.15 Aanbestedingswet kan een overeenkomst in rechte worden vernietigd. Buitengerechtelijke vernietiging is uitgesloten.¹⁰¹ Gelet op de ratio van het verbod om wezenlijk te wijzigen, is het aannemelijk dat de vernietigingsactie

94 Zie art. 2 quinquies lid 2 en overweging 21 considerans Richtlijn 2007/66/EG. Vgl. Arrowsmith 2018, p. 1028 en 1029.

95 Ten onrechte wekt sub a de suggestie dat onrechtmatig gegunde concessieopdrachten niet vernietigd kunnen worden, vgl. art. 46 en 47 Richtlijn 2014/23/EU. Overigens verwijst art. 2a.29 wel naar art. 4.15 Aanbestedingswet, maar dit alleen in de context van concessies voor sociale en andere specifieke diensten. In Nederland is vernietiging op deze grondslag slechts incidenteel toegepast, zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2878.

96 Europese Commissie 2017, p. 9 - 11.

97 Hebly, Brants & Kos 2011.

98 Van Heeswijck 2014, hoofdstuk 6.

99 Zie o.a. Arrowsmith 2018, hoofdstuk 22; Halonen 2017 § 2; Pijnacker Hordijk c.s. 2009, p. 575 - 578; Treumer 2007.

100 Zie met name de brief van staatssecretaris Keijzer d.d. 12 februari 2021 met kenmerk CE-MC / 20296664.

101 Dit wordt bevestigd door overweging 13 considerans Richtlijn 2007/66/EG en MvT, TK 2008-2009, 32027, nr. 3, p. 11.

in beginsel wordt ingesteld door een concurrent van de opdrachtnemer.¹⁰² Dat de wetgever ook van de betrokkenheid van een concurrent uitging, blijkt uit de aanhef van art. 4.15 lid 2 Aanbestedingswet, waar gesproken wordt van de opdrachtnemer die een vernietigingsactie instelt.¹⁰³ Die keuze is in lijn met het vereiste dat beroepsprocedures “*op zijn minst toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.*”¹⁰⁴

Dit zo zijnde, kan de vraag rijzen of ook een aanbestedende dienst een vernietigingsvordering op de voet van art. 4.15 Aanbestedingswet kan instellen.¹⁰⁵ Het belang van het antwoord hierop is met name gelegen in het effect. In tegenstelling tot opzegging of ontbinding heeft vernietiging vanwege art. 3:53 BW in beginsel terugwerkende kracht, zodat ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan.¹⁰⁶ De rechtsbeschermingsrichtlijnen, parlementaire geschiedenis, en Hoge Raad-jurisprudentie bieden geen aanknopingspunt voor de aanname dat een aanbestedende dienst ook een beroep toekomt op art. 4.15 lid 1 aanhef en onder a Aanbestedingswet.¹⁰⁷ Door het hof Leeuwarden is die weg afgesneden met als argument dat Richtlijn 2007/66/EG niet is geschreven ter bescherming van de belangen van de aanbestedende dienst.¹⁰⁸ In navolging hiervan is betoogd dat art. 4.15 Aanbestedingswet geen grondslag biedt een wezenlijk gewijzigde opdracht te beëindigen.¹⁰⁹

Bij overheden kan die wens wel bestaan, bijvoorbeeld wanneer prestaties nog teruggedraaid kunnen worden zodat ze vervolgens rechtmatig kunnen worden uitgevoerd. Temeer kan die wens bestaan, indien onbedoeld wezenlijk is gewijzigd. In tegenstelling tot het formele besluitvormingsproces dat ten grondslag ligt aan het aangaan van een overeenkomst, kunnen wijzigingen zich relatief eenvoudiger zonder een vergelijkbaar proces (zoals het naleven van een meerwerkprocedure)

102 Vgl. Van Heeswijck 2014, p. 212 - 214 en MvA, EK 2011-2012, 32 440, C, p. 16. In HJEU 2 september 2021, C-721/19 en C-722/19 (*Sisal*, r.o. 56 - 65) is bevestigd dat een concurrent die niet heeft deelgenomen een gestelde wezenlijke wijziging in rechte kan aanvechten. Hij hoeft niet te bewijzen dat hij sowieso zal inschrijven op een nieuwe aanbestedingsprocedure.

103 Art. L551-14 Code de justice administrative hanteert eenzelfde uitgangspunt en staat het onder bepaalde voorwaarden toe dat vertegenwoordigers van de overheid een dergelijke actie kunnen instellen.

104 Art. 1 lid 3 Richtlijn 1989/665/EEG zoals vervangen in art. 1 lid 1 Richtlijn 2007/66/EG.

105 Los dus van de mogelijkheid voor een contractpartij vernietiging te vorderen vanwege het bestaan van een wilsgebrek.

106 *Asser/Sieburgh* 6-III 2018/637 en 638.

107 Zie wat de Hoge Raad betreft, met name HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (*Xafax*).

108 Hof Leeuwarden 21 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6167 (r.o. 7 en 8).

109 Van Heeswijck 2016, § 4. Vgl. De Wijs & Van der Kooij 2015 onder ‘vernietiging in de praktijk’.

voordoen.¹¹⁰ Een te goeder trouw handelende aanbestedende dienst kan stellen dat opheffing van de onrechtmatige situatie en herstel van de mededinging slechts door vernietiging van de gewijzigde overeenkomst, althans de wijziging, kan worden bewerkstelligd.¹¹¹

Unierechtelijk lijkt die mogelijkheid op weinig weerstand te stuiten indien het evenredigheidsbeginsel wordt nageleefd. Het aantasten van een (rechts)toestand in strijd met het aanbestedingsrecht lijkt het nuttig effect eerder te bevorderen dan tegen te werken. Los hiervan, mag het nationaal recht op grond van de rechtsbeschermingsrichtlijn in verdergaande sancties voorzien.¹¹² En op grond van art. 73 Richtlijn 2014/24/EU dient het nationale recht de voorwaarden voor de beëindiging van een wezenlijk gewijzigde overeenkomst te bepalen.

Naar Nederlands recht is het van belang dat de bevoegdheid tot vernietiging alleen wordt toegekend aan een partij in wiens belang de vernietigingsgrond bestaat.¹¹³ Te betogen valt dat een aanbestedende dienst om die reden niet tot vernietiging bevoegd is, omdat het verbod wezenlijk te wijzigen niet beoogt zijn belangen te beschermen, maar die van een belanghebbende ondernemer.¹¹⁴ Daar staat tegenover dat op aanbestedende diensten een zelfstandige verplichting rust rechtmatig te handelen en het aanbestedingsrecht na te leven. Dit laatste komt expliciet ook tot uitdrukking in de bepalingen van de wet NERpe, die onder meer voorziet in de mogelijkheid van een aanwijzing of indeplaatsstelling door de minister wanneer een aanbestedende dienst zijn verplichtingen uit hoofde van die wet - waaronder met betrekking tot het aanbestedingsrecht - niet naleeft.¹¹⁵ In zoverre zou een belang van de aanbestedende dienst wel degelijk kunnen worden aangenomen.

Daarentegen is niet uitgesloten dat een aanbestedende dienst die vernietigingsmogelijkheid aangrijpt om van een hem onwettige overeenkomst of opdrachtnemer af te komen. Opportunistisch handelen is ook de overheid niet altijd

110 Hiermee is niet gezegd dat uitzonderingen ondenkbaar zijn, zie HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1748 (*Almere*) en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1119 (*Dronten*). In de civiele rechtspraak worden zulke uitzonderingen slechts sporadisch aanvaard, vgl. hof Den Bosch 26 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1139. Zie ook *Asser/Kortmann 3-III* 2017/149.

111 Vgl. naar analogie Treumer 2007, introductie.

112 Overweging 20 considerans Richtlijn 2007/66/EG. Vgl. art. 1 lid 3 Richtlijn 1989/666/EEG zoals in 2007 vervangen op grond waarvan beroepsprocedures "op zijn minst" in de benoemde gevallen toegankelijk dienen te zijn. Verdergaande maatregelen zijn getroffen in België, aldus Van Garsse, Verhoeven en Verschave 2021, § III.2.c.

113 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/620 en 621. Vgl. art. 3:51 BW en de commentaren daarop.

114 Vgl. hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1863 (r.o. 5).

115 Zie art. 2, 4, 5, en 7 wet NERpe.

vreemd.¹¹⁶ Verder is onmiskenbaar dat vernietiging een ingrijpende maatregel is die grote gevolgen voor de opdrachtnemer kan hebben.¹¹⁷ Dat belang dient te worden meegewogen, zeker omdat naleving van het aanbestedingsrecht primair een verantwoordelijkheid van de overheid is, zodat zij niet dient te profiteren van haar eigen falen.¹¹⁸

Gelet hierop lijkt het in beginsel terecht dat een aanbestedende dienst geen beroep toekomt op art. 4.15 lid 1 aanhef en onder a Aanbestedingswet. Niettemin kan die mogelijkheid toch voor specifieke uitzonderingsgevallen worden opengesteld, bijvoorbeeld wanneer een louter op de toekomst gerichte beëindiging onvoldoende recht doet aan de vereisten die voortvloeien uit het Europese aanbestedingsrecht, zodat herstel van de mededinging vernietiging vergt, maar een derde (nog) geen vernietigingsactie heeft ingesteld. Uit het oogpunt van rechtszekerheid van de opdrachtnemer is dan wel vereist dat de zesmaandentermijn onverkort wordt geëerbiedigd en dat hij wordt gecompenseerd.

Ad 2) Binnen welke termijn dient de actie te zijn ingesteld?

Art. 4.15 lid 2 Aanbestedingswet bevat twee vervaltermijnen.¹¹⁹ In uitgangspunt geldt een termijn van zes maanden die start op de dag nadat de overeenkomst is gesloten. Die termijn wordt verkort tot 30 dagen wanneer de aanbestedende dienst een aankondiging van een gegunde opdracht heeft gepubliceerd of belanghebbenden in kennis heeft gesteld van het sluiten van de overeenkomst.

De zesmaandentermijn is in de nationale jurisprudentie al meerdere keren toegepast op de wijziging van een aanbestede overeenkomst. Het peilmoment wordt dan gevormd door de datum van wijziging (en niet de datum waarop klager daarmee bekend raakt),¹²⁰ omdat dit de datum van het gestelde onrechtmatige handelen

116 Zie vanuit staatssteunrechtelijk perspectief bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 6 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9636. Dit arrest is op grond van art. 81 RO bevestigd in HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1587 (*Harlingen*).

117 HJEU 26 november 2015, C-166/14 (*MedEval*, r.o. 40).

118 Vgl. HJEU 27 oktober 2011, C-601/10 (*Commissie/Griekenland*, r.o. 33 en 35).

119 Vgl. op het punt van de vervaltermijnen MvT, TK 2008-2009, 32027, nr. 3, p. 8.

120 Rb. Amsterdam 10 januari 2022, ECI:NL:RBAMS:2022:121 (r.o. 4.3 en 4.8); Rb. Limburg 11 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8493 (r.o. 4.4); Rb. Den Haag 14 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6590 (r.o. 4.6); Rb. Overijssel 10 april 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1240 (r.o. 4.5); Rb. Overijssel 13 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2311 (r.o. 5.3 en 5.4); Rb. Den Haag 24 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4898 (r.o. 4.4), CvAE 13 juni 2018, advies nr. 469 (alinea's 5.8.4 en 5.8.5). Vgl. Rb. Gelderland 31 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5858 (r.o. 4.4).

is.¹²¹ Vergeleken met de situatie van een ‘zuivere’ directe gunning, kan aan de zesmaandentermijn ingeval van een (wezenlijke) wijziging een nog groter belang toekomen. Voor de buitenwacht is het doorgaans duidelijker te zien *dat* er iets plaatsvindt dan te achterhalen *wat* er gebeurt. Zes maanden kan dan kort aanvoelen.¹²² Toch weegt dit in beginsel niet op tegen het belang van de rechtszekerheid.¹²³ Als afstand genomen wordt van de zesmaandentermijn kan een overeenkomst mogelijk tot in lengte van jaren met vernietiging bedreigd worden. De belangenafweging valt dan zwaar uit in het voordeel van de gelaedeerde derde. Na ommekomst van die termijn dient dus toevlucht genomen te worden tot andere middelen, zoals schadevergoeding.

Aan de dertig-dagen-termijn kan ook belang toekomen. Zoals in § 7.4.1 toegelicht, vertoont de aankondiging van een wijziging gelijkenissen met de aankondiging van een gegunde opdracht. Dit zo zijnde, ligt het in de rede eenzelfde termijn te hanteren, dus dertig dagen ingaande op de dag na de datum van publicatie van de deugdelijk opgestelde aankondiging van een wijziging.

Hiermee is echter de vraag naar de relevante termijnen nog niet sluitend beantwoord. In ieder geval staat het punt van opeenvolgende wijzigingen nog open. Als aangegeven, dient de termijn op het niveau van de wijziging te worden vastgesteld. De vraag hoe met opvolgende wijzigingen om te gaan is enkele jaren terug door het hof Den Bosch beantwoord in het kader van een overeenkomst ten behoeve van de inzameling van gemeentelijk afval. Op deze overeenkomst worden drie addenda gesloten. Volgens appellant Shanks is de overeenkomst hierdoor wezenlijk gewijzigd. Het hof zoekt aansluiting bij de zesmaandentermijn en oordeelt dat de wijzigingen voortvloeiend uit addenda I en II niet hoeven te worden onderzocht, omdat de vernietigingsactie buiten die termijn is ingesteld. De wijzigingen uit addendum III worden als niet-wezenlijk aangemerkt.¹²⁴

Op zichzelf is dit een begrijpelijk oordeel. Toch dreigt hier mogelijk het gevaar van uitholling. Een wezenlijke wijziging kan namelijk niet alleen aan de orde zijn bij één majeure wijziging, maar ook bij meerdere kleine(re) wijzigingen. Op een gegeven moment doet een druppel de emmer overlopen. Feitelijk is de emmer relevant, maar juridisch wordt dan slechts naar één of enkele druppels gekeken.

121 Vgl. bijv. Hof Den Haag 17 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5247 (r.o. 4.6), HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 34 en 45 - 49) en de conclusie van A-G Kokott d.d. 13 maart 2008 in die zaak (alineas 64 en 65). Vgl. verder Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9094 (r.o. 6.32).

122 Het is nationale wetgevers niet toegestaan vervaltermijnen te wijzigen, om de nieuwe vervaltermijn toe te passen op wijzigingen die op grond van de oude vervaltermijn niet meer aangetast konden worden, aldus HJEU 26 maart 2020, gevoegde zaken C-496/18 en C-497/18 (*Hungeod*, r.o. 88 - 102).

123 Vgl. overweging 27 considerans Richtlijn 2007/66/EG en HJEU 26 november 2015, C-166/14 (*MedEval*, r.o. 42).

124 Hof Den Bosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281 (r.o. 4.10 en 4.12).

Ook hier botsen de wederzijdse belangen en komt bijzonder belang toe aan de rechtszekerheid.

Voor de werkbaarheid van het systeem dient als uitgangspunt te worden gehanteerd dat de aanbestedende dienst niet welbewust het aanbestedingsrecht probeert te omzeilen. In het verlengde hiervan dient te worden aangenomen dat de zesmaandentermijn onverkort geldt. Desalniettemin lijkt ruimte voor een uitzondering te bestaan. Uit het in § 2.2.3 besproken *Mödling*-arrest volgt dat bij een rechtstreekse gunning niet alleen gekeken dient te worden naar afzonderlijke opvolgende gebeurtenissen, maar dat deze ook gezamenlijk kunnen worden beoordeeld mede inachtig het doel dat ze beogen te bewerkstelligen.¹²⁵ Toegepast kan dit ertoe leiden dat bij meerdere wijzigingen die samen een wezenlijke wijziging vormen, een later gelegen peilmoment wordt gekozen althans dat soms een uitzondering op de zesmaandentermijn kan worden aangenomen.

Tot slot is van belang dat deze termijnen niet relevant zijn voor de vraag of de eiser aanspraak heeft op schadevergoeding. Een (primaire) vernietigingsvordering kan dan worden afgewezen omdat de zesmaandentermijn voor enkele wijzigingen al is verlopen, terwijl de resterende wijzigingen niet-wezenlijk zijn. Voor de (subsidiare) schadevergoedingsvordering geldt die termijn niet, zodat alsnog tot een wezenlijke wijziging kan worden geconcludeerd.¹²⁶ Dit betekent dan dat een dubbele inhoudelijke toets kan plaatsvinden.¹²⁷ Voor de vernietigingsactie wordt een deel van de wijzigingen beoordeeld, terwijl voor de schadevergoedingsactie in beginsel alle wijzigingen in beeld blijven.

Ad 3) Wat dient er te worden vernietigd?

Volgens art. 4.15 Aanbestedingswet is de overeenkomst vernietigbaar. Dat is in de systematiek van die bepaling logisch. In dit geval gaat die logica niet zonder meer op. Dient de hele wezenlijk gewijzigde overeenkomst te worden vernietigd of volstaat vernietiging van de wijziging?

Arrowsmith en Halonen wijzen erop dat sprake is van een grijs gebied, maar dat praktisch gezien een redenering op basis van de mate van feitelijke verwevenheid soelaas kan bieden. In zoverre aantasting van louter de wijziging mogelijk is, zou daarmee kunnen worden volstaan.¹²⁸ Vanuit de ratio van het leerstuk van de

125 HJEG 10 november 2005, C-29/04 (*Commissie/Oostenrijk*, met name r.o. 40 en 41).

126 Vgl. o.a. HJEU 26 november 2015, C-166/14 (*MedEval*, r.o. 30 - 46).

127 Dan resteert nog wel de vraag naar rechtsverwerking, vgl. hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7958, maar ook Rb. Overijssel 10 april 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1240 en Rb. Overijssel 13 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2311.

128 Arrowsmith 2018, p. 1024, 1032 en 1033; vgl. Halonen 2017 § 4.3 alsook Van Garsse, Verhoeven & Verschave 2021 § II.

wezenlijke wijziging en het evenredigheidsbeginsel gedacht, lijkt dit juist indien hierdoor herstel van de mededinging kan worden bereikt.¹²⁹ Tegelijkertijd kan de wijziging zodanig verweven zijn (geraakt) met de andere verbintenissen dat alleen volledige vernietiging toereikend is.¹³⁰

Nu is in de Nederlandse jurisprudentie en literatuur de vraag aan de orde gesteld of partiële vernietigbaarheid mogelijk is, waarbij een tendens zichtbaar lijkt naar positieve beantwoording daarvan.¹³¹ Zonder uitvoerig bij deze discussie stil te willen staan, lijkt het in deze context wenselijk die mogelijkheid te aanvaarden om het risico op onevenredige consequenties te verkleinen. Wetssystematisch kan die keuze in het verlengde van art. 4.20 lid 1 Aanbestedingswet worden gezien, op grond waarvan uit het oogpunt van evenredigheid aan de vernietiging geheel of gedeeltelijk de werking kan worden onzegd.¹³²

Het lijkt weinig aantrekkelijk dat gehele vernietiging ook dient te volgen in het geval van een te isoleren wijziging. Het aanbestedingsrecht behoort niet tot sanctierecht te vervallen en de beoogde doelen kunnen dan met minder verstreckende maatregelen worden bereikt. Daarbij komt dat ook een vernietiging van alleen de wijziging tot forse gevolgen kan leiden voor de aanbestedende dienst en de opdrachtnemer.

Complicaties zijn echter niet uit te sluiten. Ter illustratie kan een wezenlijke wijziging dienen die besloten ligt in aanpassingen van de voorwaarden van de overeenkomst via een vaststellingsovereenkomst en die verbintenisrechtelijk schuldvernieuwing c.q. objectieve novatie tot gevolg heeft.¹³³ Stel dat de vernietiging wordt uitgesproken. In uitgangspunt brengt de vernietiging van een novatie mee dat de verbintenis, waarvan afstand was gedaan, herleeft.¹³⁴ In deze casus kan betwijfeld worden of betrokkenen hier wel mee gebaat zijn. Enerzijds zijn contractpartijen niet voor niets de vaststellingsovereenkomst aangegaan; zij wilden van die oorspronkelijke verbintenis af. Anderzijds krijgt de derde, die de procedure is gestart, in beginsel nog steeds geen nieuwe kans, omdat partijen gebonden zijn gebleven

129 Een vergelijkbare visie is te vinden bij Van Garsse & Verhoeven 2019, § 2.4.

130 Hoepffner 2009, p. 439 spreekt zelfs van het besmet raken van de hele overeenkomst.

131 Vgl. De Loos-Wijker 2020 en Van Schaik 2018. Zie ook HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato/X*, r.o. 3.1.15). Anders: *Asser/Hijma 7-I* 2019/722 die in het kader van koopovereenkomsten betoogt dat hierdoor het contractuele evenwicht verstoord kan raken. Zie ook De Graaf 2020 p. 340 - 342 inclusief verwijzingen.

132 Zie overweging 22 considerans Richtlijn 2007/66/EG. Vgl. art. L551-19 Code de justice administrative op grond waarvan de nietigheidssanctie onder meer plaats kan maken voor beëindiging van de overeenkomst.

133 Zie hierover uitgebreider Plas 2017.

134 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/637.

aan de oorspronkelijke overeenkomst die op zichzelf rechtmatig tot stand is gekomen en waarvoor dus geen afzonderlijke grond voor vernietiging hoeft te bestaan.

Op dergelijke complicaties wordt hier geen algemeen antwoord geboden. Gelet op de casuïstische aard van de problematiek valt wel te betwijfelen of wetgevend optreden hier gewenst is. Het ligt meer voor de hand dat betrokkenen dan gebruik kunnen maken van andere instrumenten. Zo kan een schadevergoeding worden toegewezen, al dan niet in combinatie met het op de voet van artt. 4.18 e.v. Aanbestedingswet achterwege laten van de vernietiging.

Ad 4) Wanneer kan van vernietiging worden afgezien?

Gelet op art. 4.20 lid 1 en 4.21 lid 2 Aanbestedingswet (samen met art. 3:53 lid 2 BW) kan de rechter aan de vernietiging geheel of gedeeltelijk de werking ontnemen. Daarnaast kan hij op de voet van art. 4.18 lid 1 Aanbestedingswet besluiten een overeenkomst niet te vernietigen indien dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft, waarbij hij ingevolge art. 4.19 lid 1 Aanbestedingswet ook tot verkorting van de looptijd kan besluiten.¹³⁵

Het begrip dwingende redenen van algemeen belang behelst een open norm waaronder uiteenlopende belangen vallen, van de bescherming van werknemers en consumenten tot het (stedelijk) milieu en het intellectueel eigendom.¹³⁶ Zodoende bestaat enige ruimte voor nationaal maatwerk.¹³⁷ Echter, ingevolge art. 4.18 lid 2 Aanbestedingswet mogen economische belangen alleen als dwingende reden worden beschouwd indien vernietiging in uitzonderlijke omstandigheden onevenredig grote gevolgen zou hebben. Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de overeenkomst, mogen geen dwingende reden vormen.¹³⁸ Het gaat dan onder meer om kosten die voortvloeien uit vertraging bij de uitvoering van de overeenkomst, kosten van een nieuwe aanbestedingsprocedure, kosten die veroorzaakt worden door het feit dat een andere onderneming de overeenkomst uitvoert, en kosten van de wettelijke verplichtingen die voortvloeien uit de vernietiging.

135 Vgl. over de achtergronden van deze uitzonderingen Van Heeswijk 2014, p. 220 - 224.

136 MvT, TK 2008-2009, 32027, nr. 3, p. 12. Vgl. Simovart 2015, p. 37 en 38 (incl. verwijzingen).

137 Arrowsmith 2018, p. 1025.

138 Vgl. HJEU 22 oktober 2013, C-105/12 t/m C-107/12 (*Staat/Essent c.s.*, r.o. 51 en 52). Vgl. inzake de hernieuwing van concessies HJEG 13 september 2007, C-260/04 (*UNIRE*, r.o. 26 - 36). Relatief zijdelings kwam deze grondslag ter sprake in Rb. Amsterdam 21 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9050 (r.o. 4.18). Vgl. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3388 (r.o. 4.16).

In de Nederlandse praktijk leiden deze uitzonderingen vooralsnog een sluimerend bestaan.¹³⁹ De kans bestaat dat, met de doorontwikkeling van het leerstuk van de wezenlijke wijziging, procespartijen in toenemende mate hun weg naar artt. 4.18 e.v. Aanbestedingswet weten te vinden. Simovart heeft die verwachting al uitgesproken. Zij koppelt dit met name aan de omstandigheid dat, hoe verder de uitvoering gevorderd is, hoe kritieker verwezenlijking van de beoogde projectdoelstellingen wordt.¹⁴⁰

Als een op zichzelf staande wijziging ter discussie staat, lijkt verkorting van de looptijd of (gedeeltelijke) ontzegging van de werking van de vernietiging minder voor de hand te liggen. Omdat niet de hele overeenkomst wordt aangetast, lijken de effecten van de vernietiging dan immers minder dramatisch. Staat wel de hele overeenkomst ter discussie, dan kan een bijzondere dynamiek in de verhouding eiser, aanbestedende dienst, en opdrachtnemer ontstaan. Als de vernietigingsvordering in beginsel toewijsbaar is, kan de aanbestedende dienst aanvoeren dat een exceptie dient te worden toegepast. Van de weeromstuit kan de opdrachtnemer zich op het standpunt stellen dat het honoreren van dit verweer een voor hem onacceptabele situatie tot gevolg zal hebben, bijvoorbeeld omdat hij dan gehouden zal zijn de overeenkomst tegen (zwaar) verlieslatende condities uit te voeren. Niet uitgesloten is dan dat de rechter reeds hierom het beroep van de aanbestedende dienst zal afwijzen.¹⁴¹

Een combinatie van maatregelen is ook mogelijk om enerzijds recht te doen aan de derdenbelangen en anderzijds om de continuïteit van de openbare dienstverlening niet in gevaar te brengen. Ter illustratie dient een uitspraak van de Franse Conseil d'Etat inzake een aanbestede overeenkomst voor de reparatie en het onderhoud van liften waarin de *standstill*-termijn niet was gerespecteerd.¹⁴² In die zaak bestonden geen dwingende redenen een alternatieve sanctie toe te passen. Tegelijkertijd bestond er het maatschappelijk belang dat het onderhoud van de liften werd voortgezet. Daarom werd de '*annulation*' uitgesproken vanaf een in de toekomst gelegen datum, te weten vier maanden na de datum van de uitspraak. Daarnaast kan voor bepaalde situaties aan het sluiten van een overbruggingsovereenkomst

139 Getuige Europese Commissie 2017, p. 5 geldt dit ook voor andere lidstaten: "*Wat alternatieve straffen betreft, heeft de meerderheid van de lidstaten zowel boetes en/of het verkorten van de duur van de overeenkomsten omgezet. Toch worden deze boetes slechts sporadisch toegepast omdat ze worden gezien als het minst effectieve rechtsmiddel. Met name zijn de lidstaten van oordeel dat boetes slechts een verplaatsing van fondsen zijn.*"

140 Simovart 2015, p. 39.

141 Vgl. de staatssteunrechtelijke kwestie uit hof Den Bosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1607 (r.o. 9.10.4 - 9.10.12).

142 Conseil d'Etat 1 juni 2011, N° 346405.

met de huidige opdrachtnemer worden gedacht.¹⁴³ In zulke gevallen kan in de tussengelegen periode een (versnelde) aanbestedingsprocedure voor een nieuwe opdracht worden georganiseerd.

Wanneer een uitzondering op de vernietiging wordt aangenomen, of wanneer die mogelijkheid niet langer opstaat, komen alternatieve sancties in beeld.

8.4 REFLECTIES OVER BOETES EN SCHADEVERGOEDING

De Richtlijnen harmoniseren de gevolgen van een wezenlijke wijziging niet volledig.¹⁴⁴ Er zijn dus andere gevolgen mogelijk dan een aanbestedingsplicht en een vorm van aantasting van de overeenkomst. In § 8.4.1 gaat de aandacht uit naar de bestuurlijke boete en in § 8.4.2 naar de onrechtmatige-daadsactie, in het bijzonder naar enkele bewijsperikelen die in dat verband spelen. Tot slot worden in § 8.4.3 enkele gedachten gewijd aan een schadevergoedingsactie ingesteld door een opdrachtnemer.¹⁴⁵

8.4.1 Over boetes en de onwenselijkheid van het doorberekenen daarvan

Op de voet van art. 4.21 t/m 4.24 Aanbestedingswet legt de ACM aan de aanbestedende dienst een bestuurlijke boete op wanneer een onrechtmatig gesloten overeenkomst om dwingende redenen van algemeen belang niet wordt vernietigd, althans wanneer aan die vernietiging geheel of gedeeltelijk de werking is ontzegd.¹⁴⁶ Aangezien een wezenlijke wijziging mede kan leiden tot de vernietiging van de overeenkomst, kan aan deze boeteregeling dus belang toekomen.

De hoogte van de boete en de wijze waarop die berekend wordt, zijn nader uitgewerkt in art. 3.1 t/m 3.6 Boetebeleidsregel ACM 2014.¹⁴⁷ Ingevolge art. 3.3 Boetebeleidsregel bedraagt de hoogte van een boete de waarde van het deel van de overeenkomst dat niet vernietigd is (waaronder mede te begrijpen is het deel waarvan de werking van de vernietiging is ontzegd) vermenigvuldigd met het boetepcentage. Op beide aspecten wordt hierna ingegaan. Vervolgens wordt stilgestaan bij de onwenselijkheid de boete aan de opdrachtnemer door te berekenen.

143 Indien de initiële overeenkomst ten onrechte niet Europees is aanbesteed, kan een daartoe strekkende vordering worden afgewezen, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7958 (r.o. 3.55). Dit is in de context van wezenlijk gewijzigde overeenkomst een niet te veronachtzamen aandachtspunt.

144 HJEU 14 mei 2020, C-263/19 (*T-Systems*, r.o. 62 - 65).

145 Daarnaast zijn andere consequenties mogelijk, zoals het uitblijven van goedkeuring van een jaarrekening. Zie wat dat betreft § 3.5.10 en 3.5.11 van de SDO notitie 2019.

146 Vgl. art. 2 sexies lid 2 Richtlijn 2007/66/EG.

147 Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617.

Ad 1) Waarde van het niet-vernietigde deel

Art. 3.4 Boetebeleidsregel regelt op basis van welke criteria de waarde van de overeenkomst moet worden vastgesteld. Daarbij dient te worden aangesloten bij de waarde van de daadwerkelijk gesloten overeenkomst in plaats van bij de aanvankelijk geraamde waarde van de opdracht.¹⁴⁸ Onduidelijk is hoe deze rekensystematiek zich verhoudt tot wezenlijk gewijzigde overeenkomsten. Moet dan nog steeds van de aanvankelijke opdrachtsom worden uitgegaan? Of is de waarde van de opdracht met inbegrip van de wezenlijke wijziging doorslaggevend?

Wanneer in uitgangspunt de hele overeenkomst als gevolg van een wezenlijke wijziging ter discussie staat, lijkt het voor de hand te liggen dat dient te worden uitgegaan van de waarde na wijziging. Daardoor is immers de hele discussie ontstaan. De discussie kan echter anders worden als niet de hele overeenkomst ter discussie heeft gestaan, maar alleen een wijziging. De boeteregels zijn niet op die situatie ingericht. Daar bestaat wel ruimte voor.¹⁴⁹ Zo kan de Boetebeleidsregel worden aangevuld, waarbij bij het bepalen van de hoogte van de boete in beginsel wordt aangesloten bij de waarde van de wijziging en het deel dat niet is vernietigd, althans waarvan aan de vernietiging de werking is onzegd.¹⁵⁰

Ad 2) Het boetepercentage

Volgens art. 4.21 lid 4 Aanbestedingswet dienen bij het bepalen van de hoogte van de boete alle omstandigheden van het geval in acht te worden genomen en mag de boete maximaal 15% van de waarde van de opdracht bedragen.¹⁵¹ Gelet op art. 3.5 lid 1 Boetebeleidsregel is dat percentage het uitgangspunt bij het opleggen van een boete vanwege gunning zonder aankondiging. Dit percentage kan lager uitvallen als de omstandigheden daartoe aanleiding geven en wordt lager vastgesteld bij verzachtende omstandigheden, aldus leden 2 en 3. Van dat laatste is volgens de toelichting sprake bij gerede twijfel of een aankondiging nodig was.¹⁵²

Het is dus mogelijk dat de aan- of afwezigheid van gerede twijfel over het bestaan van een wezenlijke wijziging een rol van betekenis speelt bij het bepalen van de hoogte van het boetepercentage. In zekere zin is dat opvallend, omdat immers de wil van partijen in het kader van de kwalificatie als wezenlijke wijziging geen doorslaggevend element vormt.¹⁵³ Tegelijkertijd lijkt dit een redelijke correctiefactor: hoewel het schadeveroorzakende handelen gegeven is, dienen de feiten en omstandigheden die daaraan ten grondslag hebben gelegen niet volledig te worden

148 Toelichting op art. 3.4 Boetebeleidsregel, *Stcr*: 15 juli 2014, nr. 19776.

149 Vgl. overweging 19 considerans en art. 2 sexies lid 2 Richtlijn 2007/66/EG.

150 Dit in de geest van art. 3.3 en 3.4 Boetebeleidsregel ACM 2014.

151 Naar Frans recht bedraagt de maximale boete 20% van de opdrachtwaarde, zie art. L551-22 Code de justice administrative.

152 Toelichting op art. 3.5 en 3.6 Boetebeleidsregel, *Stcr*: 15 juli 2014, nr. 19776.

153 Vgl. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 33).

veronachtzaamd. Wanneer kan worden vastgesteld dat de wil van de aanbestedende dienst niet op een wezenlijke wijziging was gericht én hij gronden had om aan te nemen dat een dergelijke wijziging niet aan de orde zou zijn, kunnen daarom redenen bestaan voor het mitigeren van het boetepercentage.

Ad 3) Onwenselijkheid van doorberekening

Een vraag die in het verlengde hiervan ligt, is of de opdrachtnemer kan worden beboet. Tegen de achtergrond dat strengere nationale regels mogelijk zijn,¹⁵⁴ heeft het HJEU die vraag positief beantwoord en geoordeeld dat opdrachtnemers kunnen worden beboet vanwege een wezenlijke wijziging.¹⁵⁵ Hoewel de introductie van een dergelijke boeteregeling in Nederland niet op korte termijn verwacht hoeft te worden, kan desalniettemin de onwenselijkheid ervan worden benadrukt.¹⁵⁶ Wijzigingen berusten in beginsel op wilsovereenstemming. Daarbij komt dat de aanbestedingsrechtelijke verplichtingen primair op aanbestedende diensten rusten. Uit het oogpunt van proportionaliteit en zorgvuldigheid lijkt het daarom aan nemelijk dat dit boeterisico bij de aanbestedende dienst behoort te blijven. Dit zou anders kunnen worden om corruptie te bestrijden, maar daartoe bestaan al andere dan aanbestedingsrechtelijke instrumenten.

Het proportionaliteitsbeginsel vergt dat het risico wordt gealloceerd bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.¹⁵⁷ Meestal kunnen de wijzigingen waar het hier om gaat niet kostenneutraal worden doorgevoerd. De aanbestedende dienst heeft dus een eigen (budgettair) belang haar wijzigingenmanagement op orde te hebben. Verder is het praktijk dat aanbestedende diensten bedingen dat een wijziging pas kan worden doorgevoerd nadat hiervoor schriftelijk goedkeuring is verleend. Zodoende heeft hij belang en mogelijkheden om het risico op financiële consequenties vanwege een wezenlijke wijziging te beheersen en te mitigeren.

Met betrekking tot het zorgvuldigheidsbeginsel kan de parallel met art. 7 Wet NERpe worden getrokken. Op grond hiervan kan de minister verhaal halen bij een publieke entiteit als Nederland een boete opgelegd krijgt voor het niet naleven van haar Unierechtelijke verplichtingen. Tijdens de parlementaire behandeling is in het kader van schending van de aanbestedingsregels aan de orde gesteld of dit financiële risico bij een ondernemer neergelegd kan worden. Volgens de minister

154 Vgl. overwegingen 19 en 20 considerans Richtlijn 2007/66/EG.

155 Zie HJEU 26 maart 2020, C-496/18 en C-497/18 (*Hungeod*, r.o. 31 - 33, 45 - 47, en 68 - 87). A-G Bobek merkt op dat het opleggen van een boete in Hongarije in dergelijke zaken verplicht lijkt te zijn (alinea's 42 - 44). In deze prejudiciële procedure stond overigens het opleggen van boetes als zodanig niet ter discussie.

156 De mogelijkheid van een mededingingsrechtelijke boete blijft hier buiten beschouwing.

157 Vgl. Voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit.

zou dit “*buitengewoon onzorgvuldig*” zijn.¹⁵⁸ Toegepast: de aanbestedende dienst draagt het risico voor het niet naleven van de wijzigingsregels.

8.4.2 Bewijsperikelen bij een onrechtmatige daadsactie

Als een wezenlijke wijziging tijdig wordt gesignaleerd, dan kan hierop worden geacteerd. Wordt deze pas achteraf geconstateerd, dan kan de wijziging of de gewijzigde overeenkomst veelal redelijkerwijs niet meer ongedaan worden gemaakt, terwijl de termijnen voor het instellen van een vernietigingsactie al verlopen kunnen zijn. Een alternatieve sanctie in de zin van art. 6:103 BW vormt in die situatie in beginsel geen reële optie.

Dan resteert voor een derde veelal een schadevergoedingsactie.¹⁵⁹ De rechtsbeschermingsrichtlijnen bieden daarvoor een aanbestedingsrechtelijke grondslag.¹⁶⁰ Verbintenisrechtelijk kan die vordering worden ingebed in het leerstuk van de onrechtmatige daad.¹⁶¹ Door een wezenlijke wijziging wordt een ondernemer immers de kans ontnomen op het uitvoeren van de wijziging of de gewijzigde overeenkomst.¹⁶² Aangezien het verbod wezenlijk te wijzigen er primair toe strekt de belangen van derden te beschermen, verhindert het relativiteitsvereiste uit art. 6:163 BW het toekennen van schadevergoeding in beginsel niet.¹⁶³

Uit deze kenschets zou de indruk kunnen ontstaan dat het toekennen van schadevergoeding betrekkelijk eenvoudig is. De praktijk is echter weerbarstiger. Over schadevergoedingsvorderingen en het aanbestedingsrecht is al het nodige geschre-

158 Nota naar aanleiding van het verslag, TK 2009-2010, 32 157, nr. 6, p. 10.

159 Vgl. bijv. HJEU 27 april 2016, T-556/11 (*European Dynamics/EUIPO*, r.o. 271 en 272) en HJEU 7 oktober 2015, T-299/11 (*European Dynamics/OHIM*, r.o. 145 - 147). Deze mogelijkheid wordt ook naar Frans recht geboden, zie met name Conseil d’Etat 4 april 2014, nr. 358994 (*Tarn-et-Garonne*, considérant 4) en Conseil d’Etat 20 november 2020, nr. 428156 (*Trans ’Cub*). Vgl. Gabayet 2011.

160 Art. 2 Richtlijn 89/665/EEG zoals gewijzigd door art. 1 Richtlijn 2007/66/EG.

161 Vgl. § 2.5.2 en 2.5.3. Vgl. MvT, TK 2008-2009, 32027, nr. 3, p. 4 en 11, alsook Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7958 (r.o. 3.51 en 3.54). In § 2.2.4 is toegelicht dat intentie geen doorslaggevende omstandigheid is. In HJEU 30 september 2010, C-314/09 (*Strabag*, r.o. 45) oordeelde het Hof dat de rechtsbeschermingsrichtlijn zich verzet tegen een regeling die het recht op schadevergoeding laat afhangen van de vraag of de aanbestedende dienst schuld had aan de schending.

162 Vgl. bijv. HJEU 3 mei 2018, C-376/16 P (*EUIPO/European Dynamics*, r.o. 80). Door Kaleda 2014 is toepassing van het leerstuk van verlies van een kans ook van harte aanbevolen. Vgl. vanuit verbintenisrechtelijk perspectief Nuninga 2019, § 3.2.

163 Aan zowel de personele als de materiële component van het relativiteitsleer wordt voldaan.

ven.¹⁶⁴ Een belangrijk onderdeel daaruit is kritiek op de effectiviteit van die mogelijkheid. Zo wijst Arrowsmith op de moeilijkheden bewijs te leveren.¹⁶⁵ Hebly en Wilman concluderen dat ondernemingen vaak moeilijk het gestelde onrechtmatige handelen en de omvang van de schade kunnen bewijzen.¹⁶⁶ Bleeker en Manunza leveren vergelijkbare kritiek en wijzen erop dat het belang van een opdrachtnemer doorgaans is gelegen in het binnen halen van opdrachten, waarbij procederen tegen een potentiële opdrachtgever niet zonder risico is.¹⁶⁷

Deze problematiek doet zich hier in vergelijkbare zin voor. Niet alleen het bestaan van een wezenlijke wijziging kan moeilijk aan te tonen zijn (zie hoofdstuk 7), ook het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen en de geleden schade kan tot een moeilijke bewijspositie leiden. Het bestaan van een wezenlijke wijziging leidt namelijk niet dwingend tot de conclusie dat X hierdoor schade heeft geleden.¹⁶⁸ Dat een wezenlijke wijziging schade bij ondernemers heeft berokkend, houdt immers niet zonder meer in dat X tot die groep behoort. Ter illustratie dient een arrest van het hof Den Haag.¹⁶⁹

In het kader van een meervoudig onderhands aanbestede overeenkomst voor de exploitatie van reclamedisplays voert appellant aan dat de in de aanbestedingsprocedure gestelde eisen tijdens de uitvoering niet worden nageleefd. Het hof wijst de schadevergoedingsvordering vanwege een wezenlijke wijziging af. Appellant kan niet volstaan met de stelling dat wezenlijk wordt gewijzigd. De vordering kan pas worden toegewezen als voldoende aannemelijk is dat appellant de gewijzigde opdracht gegund zou hebben gekregen. Van de zes partijen die op de oorspronkelijke opdracht hebben ingeschreven, was appellant als laatste geëindigd. Zij heeft, aldus nog steeds het hof, volstrekt niet inzichtelijk gemaakt dat zij haar laagste positie in de rangorde had weten om te buigen in een winnende positie. Daarom behoeft niet te worden beoordeeld of wezenlijk is gewijzigd. Voor het schatten van schade vanwege een gemiste kans ziet het hof geen ruimte, omdat de kans op schade nihil of zeer klein is.

Geabstraheerd van de specifieke feiten en omstandigheden uit die casus, kan de daarin besloten regel - dat op X als eiser in wezen de gehele bewijslast rust - tot onwenselijke gevolgen leiden. Weliswaar strekt het verbod om wezenlijk te wijzigen er primair toe de (vermogensrechtelijke) belangen van ondernemers te beschermen, maar hierdoor wordt ook een breder belang gediend, namelijk de integriteit van het aanbestedingsproces alsook de rechtmatige en doelmatige besteding van

164 Bijv. Van Boom e.a. 2001; Pijnacker Hordijk c.s. 2009, § 27.3; Fairgrieve & Lichère 2011; Van Heeswijck 2014, hoofdstuk 4; Arrowsmith 2018, p. 1045 - 1059.

165 Arrowsmith 2018, p. 1016.

166 Hebly & Wilman 2011, p. 88.

167 Bleeker & Manunza 2014, p. 806.

168 Deze onzekerheid doet zich op vele terreinen voor, vgl. *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/79 en 80.

169 Hof Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2466.

belastinggeld. Elk risico op favoritisme en willekeur moet worden uitgebannen.¹⁷⁰ Op aanbestedende diensten rust een zelfstandige plicht om het aanbestedingsrecht na te leven. Een eenzijdige bewijslastverdeling kan er echter toe prikkelen niet (volledig) in lijn met die regels te handelen. Het risico op ontdekking is immers beperkt. Zolang die status quo ongewijzigd blijft, kan een derde vaak niet tijdig een verbod tot uitvoering of vernietiging kan vorderen. Zelfs als hij tijdig weet krijgt van de wijziging, staat hij vaak op een informatieachterstand, hetgeen zijn verhaalskansen niet ten goede komt.

Het lijkt erop dat het hof Den Haag in wezen van de inschrijver vraagt om het volgende aan te tonen: *“Ik kreeg zoveel punten. Als ik rekening had kunnen houden met die en die wijzigingen, zou ik dit en dat anders hebben gedaan. Op grond van de scoresystematiek zou ik dan zoveel punten hebben behaald. Gelet op de scores van de andere inschrijvers, zoals ik die ken uit de gunningsbeslissing, zou ik dan hebben gewonnen.”* Ofwel is deze bewijslast logisch onjuist, ofwel leidt het ertoe dat een duivelsbewijs dient te worden geleverd.

In het eerste geval dient X op basis van de rangorde op de oorspronkelijke aanbesteding aan te tonen hoe hij - rekening houdend met de wijzigingen - zijn verlies in winst zou hebben omgebogen. De premisse is dan dat het voldoende is om alleen rekening te houden met het gewijzigde handelen van X. Die premisse is onjuist, omdat ook het gedrag van zijn concurrenten kan veranderen. Zij hadden evenzeer een ander aanbod kunnen doen of kunnen besluiten om al dan niet in te schrijven. Het enige wat X aan kan tonen, is hoe zijn gewijzigd handelen zich scoretechnisch verhoudt tot het aanbod van de inschrijvers op de oorspronkelijke opdracht. Dat is een scheve vergelijking.

In het tweede geval rust op X de bewijslast een deugdelijke vergelijking te maken. Niet alleen dient hij aan te tonen hoe hij zou hebben gehandeld, maar ook hoe zijn concurrenten op de gewijzigde opdracht dat zouden hebben gedaan. Daarmee moet hij een duivelsbewijs leveren. Hij weet immers niet wat andere inschrijvers hebben aangeboden, zodat hij evenmin deugdelijk kan inschatten hoe hun handelswijze zou veranderen. Ook heeft hij een minder goed beeld dan de aanbestedende dienst bij de ondernemers die destijds hun interesse hebben geuit, toch van inschrijving hebben afgezien, maar wel in de gewijzigde opdracht geïnteresseerd kunnen zijn. Er bestaat dan een reële kans dat zijn bewijs het niveau van speculatie niet ver zal overstijgen.

Tegen deze achtergrond ligt een evenwichtigere bewijslastverdeling voor de hand. Bewijslevering speelt in deze context in meerdere fasen een rol, namelijk bij de

170 HJEG 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*, r.o. 111). Vgl. HJEU 2 mei 2019, C-309/18 (*Lavorga*, r.o. 11). Vgl. art. 1.18 en § 3 van Appendix 1 Worldbank-guidelines on procurement of goods, works, and non-consulting services under IBRD Loans and IDA Credits & Grants 2011 (rev. 2014), op grond waarvan voor wijzigingen de Bank eerst goedkeuring moet geven.

aanwezigheid van een wezenlijke wijziging, het leiden van schade door X vanwege deze wijziging, en de omvang van de door X geleden schade.

Voor X vallen fasen 1 en 2 samen. Hij stelt immers dat hij door bepaalde wijzigingen is benadeeld. Gelet op het voorgaande, lijkt het reëler om van X te vergen dat hij aannemelijk maakt dat hij een kans op uitvoering van de gewijzigde opdracht of wijziging zou hebben gehad. Het zou te ver voeren hem ook te belasten met het bewijs wat de uitkomst van die hypothetische aanbestedingsprocedure zou zijn geweest. Dat is voor de aanbestedende dienst al moeilijk, laat staan voor een ondernemer. Eerder zou de aanbestedende dienst gemotiveerd kunnen betwisten dat X in werkelijkheid geen kans zou hebben gehad. De aanbestedende dienst kan in zijn verweer onderscheid maken tussen fasen 1 en 2. Hij kan betwisten dat wezenlijk wordt gewijzigd. Daarnaast kan hij het bevrijdende verweer voeren dat, zelfs als een wezenlijke wijziging wordt aangenomen, X daardoor niet in zijn belangen is geschaad.¹⁷¹

Steun voor deze bewijslastverdeling kan gevonden worden in de rechtspraak over wilsgebreken. Ingevolge vaste Hoge Raad-jurisprudentie is het vereist dat diegene die onder invloed van een wilsgebrek een overeenkomst is aangegaan, bewijst dat hij de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan. Het is daarentegen niet vereist dat *“hij precies aangeeft onder welke andere voorwaarden hij de overeenkomst zou hebben gesloten indien hij niet onder de invloed van dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden zou hebben gehandeld”*. Aan de motivering van de betwisting door de wederpartij moeten verzwaarde eisen worden gesteld.¹⁷² Aangezien bij met name dwaling en bedrog een vergelijkbaar “als ik dit geweten had”-gevoel kan spelen als bij wezenlijke-wijziging-discussies, kan daarom voor een vergelijkbare bewijslastverdeling worden gekozen.

X dient ook zijn schade aan te tonen (fase 3). Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat hij de wijziging of gewijzigde overeenkomst (zo goed als) zeker zou hebben kunnen uitvoeren versus de situatie dat hij daar ‘slechts’ een mogelijkheid toe had. Het eerste geval kan zich voordoen wanneer er hoe dan ook slechts twee inschrijvers zouden zijn geweest en X achteraf gezien de overeenkomst zou hebben uitgevoerd. Het tweede geval doet zich bijvoorbeeld voor wanneer X met meer gegadigden had moeten concurreren.

Met name in het tweede geval is het van belang de omvang van de kans te waarden. Als een concrete of abstracte begroting niet mogelijk is, dient de schade te

171 Feitelijk kan dit gezien worden als toepassing van het leerstuk van kansschade voor de vestigingsfase, vgl. HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461 (*ISG/Natwest Markets*, r.o. 4.2).

172 HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854 (*Eisers/Wateringseveld*, r.o. 3.4.2). Vgl. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:717 (*Eisers/verweerster CVBA*, r.o. 3.1.2 met verwijzing in voetnoot 3).

worden geschat (art. 6:97 BW).¹⁷³ Als eenmaal aannemelijk is dat schade is geleden, mag een geschilbeslechter er niet van afzien de schade te schatten, om de enkele reden dat hij niet over alle gegevens beschikt die hij idealiter zou wensen.¹⁷⁴ Daarnaast kan een verwijzing naar de schadestaatprocedure volgen, ook zonder dat dit is gevorderd.¹⁷⁵ Het is goed mogelijk dat het gebruik van deze instrumenten in deze context aan belang zal winnen, indachtig het hypothetische karakter dat regelmatig aan wezenlijke-wijziging-discussies kleeft.

8.4.3 Schadevergoeding voor de opdrachtnemer?

Een opdrachtnemer kan worden gecompenseerd als gevolg van een wezenlijke wijziging, met name bij voortijdige beëindiging van de overeenkomst. Hij kan daarnaast betogen dat de opdrachtgever jegens hem schadeplichtig is. Naar de huidige stand van het recht dient hij er echter rekening mee te houden dat een dergelijke vordering wordt afgewezen.

In *Simonsen & Weel* oordeelde het HJEU dat een wezenlijke wijziging in beginsel wilsovereenstemming impliceert.¹⁷⁶ In het verlengde hiervan wordt het Hoge Raad-arrest *Van der Stroom/Staat* relevant. Omdat Van der Stroom “*uitdrukkelijk toestemming heeft verleend voor de wijziging van de voorwaarden, [kan] zij aan de Staat en het NIC niet verwijten dat zij jegens haar onrechtmatig hebben gehandeld [...]*”¹⁷⁷ Hoewel de aanbestedingsrechtelijke onrechtmatigheid van de wijziging blijft staan, valt de verbintenissenrechtelijke onrechtmatigheid jegens Van der Stroom weg.¹⁷⁸

173 Vgl. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683 (*Overzee/Zoeterwoude*, r.o. 3.7.2) en *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/80a.

174 Zie o.a. conclusie A-G Van Peursem 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:421 (*WEA Randstad/verweerders*, alinea's 2.3 - 2.9) inzake vergoeding van uren, gevolgd in HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1435 (*WEA Randstad/verweerders*, r.o. 4.1.2). Idem: RvA 21 december 2020, nr. 35.319 (alinea 19). Vgl. Rb. Den Haag 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10527 (r.o. 2.15).

175 HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1435 (*WEA Randstad/verweerders*, r.o. 4.1.2).

176 HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*, r.o. 70).

177 HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806 (*Van der Stroom/Staat*, r.o. 4.1.3). Vgl. alinea's 4.4, 5.1, en 5.5 van de conclusie van A-G Timmermans d.d. 3 juni 2005. Vgl. ten aanzien van de vraag of een wezenlijke wijziging aan de orde was, Rb. Noord-Holland 16 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11110 (r.o. 4.8).

178 Vgl. de conclusie van A-G Timmermans in die zaak onder alinea 4.13. Via de verwijzing naar *Asser-Hartkamp 4-III*, 2002, nr. 65 in voetnoot 15 komt men uit bij HR 31 januari 1969, NJ 1969, 241 (*Van Blaaderen/Van Dijk*) en HR 28 oktober 1977, NJ 1978, 86 (*Bustaan/Raleigh*). Zie ook *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/94. Instemming is in de ondernemingsrechtelijke praktijk een relatief bekend verschijnsel, nu in de *Beklamel*-zaak een beroep werd gedaan op instemming van de crediteur met doorverkoop van goederen.

Enerzijds valt dit goed te begrijpen. Aanbestede overeenkomsten worden in de regel aangegaan door professionele partijen die geacht worden hun juridische positie te kennen. Zoals in § 2.2.4 aan de orde gesteld, is het verder aannemelijk dat een ondernemer er zich niet zonder meer op kan beroepen dat hij ten aanzien van de wijziging te goeder trouw handelde, omdat hij inmiddels bekend mag worden verondersteld met het verbod om wezenlijk te wijzigen.

Anderzijds dient dit uitgangspunt ruimte voor uitzonderingen te laten. De verplichting om het objectieve recht te kennen, betekent nog niet dat een ondernemer ook geacht moet worden te weten dat dit recht in de gegeven situatie toepasselijk is. Het bestaan van het verbod wezenlijk te wijzigen brengt nog niet mee dat het voor hem duidelijk had moeten zijn dat in strijd met dit verbod is gehandeld. Daar komt bij dat de beslissing om te wijzigen uiteindelijk bij de aanbestedende dienst ligt in zijn hoedanigheid van zowel normadressaat van het aanbestedingsrecht als van (publieke) opdrachtgever. Het HJEU heeft in *T-Systems* dan ook benadrukt dat de keuze om een wijziging al dan niet aan te besteden, een exclusieve bevoegdheid van de aanbestedende dienst betreft.¹⁷⁹

Zodoende lijkt niet uitgesloten dat een ondernemer tevens aanspraak kan maken op schadevergoeding. Vanuit verbintenisrechtelijk perspectief dient dan nog wel rekening te worden gehouden met de omstandigheid of en in hoeverre een opdrachtgever tot beëindiging gerechtigd was, bijvoorbeeld vanwege een aan hem toekomende opzeggingsbevoegdheid. Dan hangt het voortijdig einde van de overeenkomst immers altijd in zekere zin boven het hoofd van de opdrachtnemer.

8.5 BEANTWOORDING DEELVRAAG 7

Deelvraag 7 luidt: wat zijn de gevolgen van een wezenlijke wijziging tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst?

Er geldt geen gedetailleerd kader. Wat het principe betreft dat een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden georganiseerd, bestaat zowel ruimte voor maatwerk als enige onzekerheid ten aanzien van het antwoord op de vraag voor welke procedures mag worden gekozen. Los daarvan dient de aanbestedende dienst rekening te houden met diverse complicerende factoren, bijvoorbeeld waar het gaat om het waarborgen van het gelijke speelveld en de demarcatie met overige werkzaamheden. Zodoende bestaat reden het uitgangspunt te nuanceren en voor bijzondere omstandigheden ruimte te bieden om een aanbestedingsprocedure achterwege te laten.

Een vergelijkbare situatie geldt voor de verplichting de overeenkomst voortijdig te beëindigen. Ook op dit punt staan vragen open, zoals met betrekking tot de mo-

179 HJEU 14 mei 2020, C-263/19 (*T-Systems*, r.o. 74). Van Garsse, Verhoeven & Verschaven 2021, § III, zien dit arrest als waarschuwing richting de opdrachtnemer.

gelijkheid, het moment, en de wijze van voortijdige beëindiging. Gelijksortige vragen doen zich voor ter zake de vernietiging van (een deel van) de overeenkomst. Hoewel het de verwachting is dat de praktijk hier uiteindelijk wel zijn weg zal vinden, lijkt het wenselijker dat de Nederlandse wetgever kaders formuleert. Hierdoor kunnen complexe, tijdrovende en daardoor kostbare discussies vermeden worden, terwijl tegelijkertijd beter aan Unierechtelijke verplichtingen wordt voldaan.

Het is verder mogelijk dat een aanbestedende dienst een bestuurlijke boete dient te betalen. Naast de vraag hoe die boete berekend zou moeten worden, kan ter discussie staan of hij die boete aan de opdrachtnemer kan doorberekenen. Dit lijkt onwenselijk. Het is de aanbestedende dienst die het aanbestedingsrecht dient na te leven. Het lijkt disproportioneel en onzorgvuldig wanneer hij dit financiële risico toch op de markt afwentelt.

Een wezenlijke wijziging kan leiden tot schadevergoedingsacties. Wordt die vordering door een derde ingesteld uit hoofde van een onrechtmatige daad, dan kan hij in een moeilijke bewijspositie komen. Het lijkt wenselijk om een evenwichtigere bewijslastverdeling te hanteren. Een opdrachtnemer die schadevergoeding claimt, dient vooralsnog terdege met afwijzing rekening te houden, zij het vanwege zijn eerdere toestemming met de wijziging dan wel vanwege de aard van de overeenkomst. Desalniettemin is niet uitgesloten dat hij soms toch aanspraak op die vergoeding kan maken.

In algemene zin kan daarom worden besloten met de constatering dat een wezenlijke wijziging de vrijheid tot voortzetting van de overeenkomst kan verhinderen of beperken. Ook kan het de wijze van beëindiging van de overeenkomst inkleuren. Het leerstuk van de wezenlijke wijziging normeert daarmee van het begin tot en met het einde van de aanbestede overeenkomst het gedrag van de aanbestedende dienst, waardoor in het kielzog hiervan de opdrachtnemer navenante gevolgen kan ondervinden.

Conclusie en slotbeschouwing

De hoofdvraag van dit onderzoek luidt: in hoeverre perkt het leerstuk van de wezenlijke wijziging de wijzigingsvrijheid van aanbestedende diensten bij Europees aanbestede overeenkomsten in?

Het verbod om wezenlijk te wijzigen begrenst de wijzigingsvrijheid van de aanbestedende dienst in zekere mate. In zoverre is het een gegeven dat die vrijheid wordt ingeperkt. Dat verbod is echter nieuw noch voorbehouden aan het Europees aanbestedingsrecht (hoofdstuk 2). Het geeft uiting aan een breder gedragen rechtsgevoel, namelijk dat aanbesteding en uitvoering in elkaars verlengde behoren te liggen. Zodoende kunnen gerechtvaardigde belangen van ondernemers worden beschermd en kan de rechtmatige en doelmatige besteding van belastinggeld worden bevorderd. Zo bezien hoeft het niet te verbazen dat dit verbod een rol vervult gedurende alle stadia van de overeenkomst.

Echter, een te sterke nadruk op dit verbod kan tot een onevenwichtige situatie leiden, met name indien het projectbelang en de gerechtvaardigde belangen van contractpartijen grotendeels ondergeschikt worden gemaakt aan de belangen van derden. Er dient daarom een balans te worden gevonden. In de huidige Richtlijnen wordt die balans beter getroffen door mogelijkheden voor flexibiliteit en wijzigingen steviger te verankeren of te introduceren. Hierdoor zijn wijzigingsmogelijkheden toegenomen. Daar waar voorheen in hoge mate sprake was van een binair karakter (wel of geen wezenlijke wijziging), heeft het nieuwe Richtlijnenpakket nuance gebracht, met bijbehorende voor- en nadelen.

Die verankering komt naar voren in de context van het opstellen van de aanbestedingsstukken. In hoofdstuk 3 is gebleken dat het aanbestedingsrecht uiteenlopende instrumenten biedt om flexibiliteit te introduceren, zowel ter zake te verrichten prestaties als het voorbehoud een contractpartij te vervangen. Wel is benadrukt dat vrijheid en verantwoordelijkheid hand in hand gaan. Die verantwoordelijkheid komt tot uiting in zowel de afweging of en welke vorm van flexibiliteit wordt gekozen als in de vraag hoe en onder welke voorwaarden dit wordt gedaan.

In hoofdstuk 6 is aangetoond dat weliswaar sprake is van een gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden, maar ook dat het voor bijna elk van die mogelijkheden aannemelijk is dat er een verruiming is bewerkstelligd. In het verlengde daarvan is het goed verdedigbaar dat de beeldvorming - dat sprake is van een restrictief kader - onvoldoende steun vindt in de feiten. Zo is het niet aannemelijk dat de mogelijkheden om te schikken of om de overeenkomst door middel van een beroep

op onvoorziene en/of kostenverhogende omstandigheden te wijzigen, significant worden ingeperkt.

Tegelijkertijd wordt het gedrag van partijen nog steeds genormeerd door het verbod om wezenlijk te wijzigen. Die begrenzing kan zich sneller doen voelen tijdens de aanbestedingsprocedure, mede omdat in dat stadium geen duidelijke ‘veilige havens’ bestaan. De praktijk moet het doen met drie categorieën wijzigingen die al dan niet toegestaan kunnen zijn, terwijl twijfel kan bestaan tot welke categorie een wijziging behoort. Twijfel lijkt dan het best te kunnen worden weggenomen door een tijdige, transparante, gemotiveerde mededeling van het voorgenomen handelen (hoofdstuk 4).

Die normering komt ook naar voren bij interpretatiekwesties. Niet de gerechtvaardigde wederzijdse verwachtingen van contractpartijen zijn doorslaggevend, maar een uitleg conform een maatmannorm. Het gaat erom wat een ondernemer heeft mogen begrijpen op grond van wat de aanbestedende dienst daadwerkelijk heeft opgeschreven. Enerzijds heeft dit tot gevolg dat meer nadruk komt te liggen op de redactieverplichting van de aanbestedende dienst. Anderzijds leidt deze abstractie ertoe dat aan het gedrag van partijen en hun onderlinge verhoudingen minder belang wordt toegekend. In hoofdstuk 5 is daarom de voorkeur voor toepassing van de geobjectiverde haviltexmaatstaf uitgesproken.

Een duidelijke normering is tot slot zichtbaar in de ingeperkte vrijheid van de aanbestedende dienst indien tot het bestaan van een wezenlijke wijziging is geconcludeerd. Hij kan dan onder meer gehouden zijn de uitvoering te staken, een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren, en/of de huidige overeenkomst (deels) te beëindigen. Weliswaar bestaan hierop uitzonderingen, maar die mogelijkheden bevestigen de hoofdregel. De effecten van die inperking hebben als vanzelf hun weerslag op de positie van de opdrachtnemer (hoofdstuk 8).

In zijn algemeenheid lijkt de wijzigingsvrijheid te worden ingeperkt bij een suboptimale voorbereiding. Dan kan het verbod om wezenlijk te wijzigen sneller knellen, omdat eerder de wens tot wijziging opkomt maar een rechtmatig beroep op de wijzigingsmogelijkheden minder snel openstaat. Hierin schuilt een belangrijke bevinding: er is best veel mogelijk, zolang de voorbereiding zorgvuldig is geweest. Enerzijds verkleint dit de noodzaak voor bepaalde wijzigingen, terwijl dit anderzijds een rechtmatig beroep op de wijzigingsmogelijkheden vergroot. Intussen is het leerstuk van de wezenlijke wijziging integraal onderdeel geworden van het aanbestedingsrecht. Een paradigmaverschuiving heeft daarom niet te worden verwacht; doorontwikkeling is aannemelijker. Verschillende partijen zijn daarbij aan zet.

Op nationaal niveau dienen diverse zaken te worden geadresseerd. De eenvoudigste daarvan betreft het herstel van implementatiegebreken (zie § 6.4 en 8.3.2). Principiëler is een doordenking van de verhouding tussen enerzijds de wijzigingsmogelijkheden en de gevolgen van een wezenlijke wijziging, en anderzijds alge-

meen verbintenisrechtelijke leerstukken. In dit onderzoek zijn daartoe aanzetten gedaan (hoofdstukken 6 en 8), maar het lijkt wenselijk dat de Rijksoverheid een duidelijkere koers gaat varen. In praktische zin kan een circulaire of beleidsregel worden gepubliceerd waarin de verruiming van de wijzigingsruimte wordt benadrukt. Daarbij kan worden verduidelijkt dat onjuist is de gedachte dat het aanbestedingsrecht de verbintenisrechtelijke correctiemechanismen buitenspel zet en dat die mechanismen kunnen worden toegepast in zoverre de wijziging aanbestedingsrechtelijk gerechtvaardigd is. Verder kan de wetgever een artikel aan de Aanbestedingswet toevoegen, waarin beëindiging en afwikkeling vanwege een wezenlijke wijziging worden geregeld.

In het verlengde hiervan kan de wetgever overwegen om de wijzigingsmogelijkheden van toepassing te verklaren op aanbestede overeenkomsten die niet onder de werking van het Europese aanbestedingsrecht vallen, althans om daarvoor een eigen regeling te treffen. Het verbod om wezenlijk te wijzigen blijft immers gelden, terwijl voor een beroep op de wijzigingsmogelijkheden momenteel nog steeds allerlei juridische constructies nodig zijn (§ 6.7). Een dergelijke verbetering kan onderdeel vormen van een bredere wetgevingsoperatie om een echt nationaal aanbestedingsrecht te creëren of wellicht zelfs, in het licht van ontwikkelingen zoals het *Didam*-arrest van de Hoge Raad, een wet op de publieke in- en verkoop. In dat verband kan de Nederlandse wetgever zich laten inspireren door het Franse recht waar de bijzondere contractuele positie van overheden al vele decennia wordt onderkend en uitgewerkt.

Ook de Uniewetgever, althans het HJEU, is aan zet. Allereerst kunnen onderdelen van de huidige regeling worden verduidelijkt (§ 3.3 en 6.4). Dit geldt bijvoorbeeld voor de begrippen ‘algemene aard van de opdracht’, ‘oorspronkelijke waarde’, en ‘netto cumulatieve waarde’. Wat betreft het wijzigingenmandje kan de werking van de indexatieregeling worden toegelicht. Verder lijkt het zaak de reikwijdte van de wijzigingsruimte bij herzieningsclausules en opties te verhelderen. Vervolgens kan de mogelijkheid tot verkleining van de opdracht(som) aan de onvoorzienbare-omstandigheden-regeling worden toegevoegd. Voorts kan gepreciseerd worden wat de rol en reikwijdte van het zorgvuldigheidsvereiste is in het kader van de noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden. Tot slot kan de reikwijdte van het begrip ‘herstructurering’ nader worden geduid, mede in relatie tot overige Uniewetgeving.

Ook op Europees vlak kunnen principiële discussies worden aangesneden, zoals de rechtsongelijkheid uit de bepaling over de wijzigingenmand (§ 6.4.3). Vooralsnog is verder de verhouding tussen de wijzigingsmogelijkheden en bepaalde andere inkoopmogelijkheden - met name herhalingsopdrachten, dynamische aankoop-systemen, en raamovereenkomsten - onvoldoende doordacht (§ 3.5.1 en 6.4.8).

Een heet hangijzer betreft verdergaande transparantieverplichtingen bij wijzigingen tijdens de uitvoering (hoofdstuk 7). De Richtlijnen voorzien momenteel in een basale regeling. Het lijkt een kwestie van tijd voordat verdergaande verplichtingen

worden voorgesteld waardoor aanbestede overeenkomsten en wijzigingen daarin steeds meer openbaar toegankelijk worden. Ontwikkelingen in andere Europese landen, waaronder Frankrijk, wijzen nadrukkelijk in die richting. De klassieke visie dat een overeenkomst alleen partijen regardeert, erodeert daarmee verder. In die mate waarin de betrokkenheid van derden wordt gewenst, nemen transparantieverplichtingen toe, wat het gedrag van de aanbestedende dienst normeert, met bijbehorende gevolgen voor de opdrachtnemer. Forse discussies over de reikwijdte en uitwerking van zulke verplichtingen kunnen daarom worden verwacht.

Tot slot. Dit onderzoek was er niet gekomen zonder de hulp en betrokkenheid van velen. Een uitvoerig dankwoord ga ik niet geven. Toch wil ik twee mensen noemen, namelijk Antoine Broesterhuizen en Arjan ter Mors. Ik was goed en wel een jaar aan het werk toen jullie mij de gelegenheid boden dit traject te starten. Al die tijd boden jullie daarvoor royaal de tijd en de faciliteiten. Dat blijft bijzonder.

Alles heeft zijn tijd, zo dichtte de Prediker eeuwen terug. Voor mij is het tijd om de vrijdagen en zaterdagen anders in te vullen. Dat is een wijziging waar ik naar heb uitgekeken. Er valt nog genoeg te zeggen en te schrijven over de wezenlijke wijziging, maar niet hier.

Summary - Material amendments to public contracts in public procurement law

This PhD thesis researches the doctrine of material amendments to public contracts. This doctrine regulates the extent to which modifications are allowed, during both the procurement as well as the execution stages of a public contract. While having firm roots in public procurement, it also interacts, in Dutch practice, with the law of obligations. Therefore, the main question is to what extent this doctrine limits the freedom to modify a contract that is awarded according to a EU public procurement procedure. This thesis answers this question primarily from a public procurement law perspective, whilst recognizing the importance of the interaction with the Dutch law of obligations.

Chapter 1 introduces the subject matter and explains the importance of this research. Each year, public authorities in The Netherlands spend tens of billions of euros on public contracts. Too much reticence to modify contracts can limit optimal realisation of a contract's possibilities, because optimizations are often discouraged to prevent the accusation of unlawful conduct. On the other hand, too many amendments may prove detrimental to the position of third parties. This problem therefore requires a clear and univocal legal framework. However, the doctrine of material amendments is notoriously complex. It is also controversial, because its application can severely and negatively affect the possibilities of contracting parties to modify their contract. This means that there is a practical and theoretical need for this thesis. To answer the main question, eight sub-questions are formulated and answered in separate chapters. As part of the answer, a comparison is drawn with the French experience.

Chapter 2 analyses the justification of the prohibition to materially amend a public contract. It demonstrates how this prohibition has a firm basis in EU public procurement law, but that it has also developed independently on a national level. In addition, it is argued that the outcome in *Presstext* is not an example of judicial activism, but a logical and inevitable ruling by the CJEU. Finally, the prohibition to amend a contract to the detriment of a third party is viewed from the perspective of Dutch tort law (“onrechtmatige daad”).

Chapter 3 assesses the possibilities for flexibility. Three key issues are discussed: the scope of Article 72(1)(a) Directive 2014/24/EU, the follow-up contract for similar works or services, and the change of contractor or subcontractor. Firstly, the wording of Article 72(1)(a) Directive 2014/24/EU is criticized: Some language versions of this provision contain an Oxford-comma, while others do not. As

a consequence, options could either be viewed as an example of a review clause or as a separate category. Given that review clauses are usually introduced to provide a framework for uncertainties, the absence of an Oxford-comma could imply a restricted view on the type of options allowed. However, it is submitted that this provision should be read as laying down separate categories, thus allowing for a broader scope of application. The discussion then turns to the interaction of Article 72(1)(a) with the Dutch law on obligations, especially in terms of their qualification and in relation to the determinability of obligations. After this, the second issue is reviewed, namely the possibility to apply the negotiated procedure without prior publication for the award of new works or services consisting in the repetition of similar works or services to the incumbent contractor. After an analysis of the relevant criteria, this chapter offers a comparison between said procedure and the use of options. This also allows for reflections on the interaction with the Dutch law of obligations, especially with regard to the qualification of this possibility and the follow-up contract. Thirdly, regarding the change of contractor, particular attention is given to the desirability of so-called waiting-room clauses, which allows the replacement of a contractor by (usually) the tenderer that submitted the second-best bid. Finally, it is submitted that Articles 63 and 71 of the Directive allow for more possibilities to change a subcontractor, but also that caution is necessary because of the inherent risk of discussion and discrepancies in the contractual chain.

Chapter 4 discusses the issue of proposing amendments during the procurement stage of the public contract. Both the nature and the moment of the amendment are aspects to consider. Because the existence of a material amendment can be difficult to ascertain, I propose that the contracting authority should have the possibility to issue a notice in which it motivates the desired course of action, especially in the context of the question whether an amendment is either material or significant in the sense of Article 47(3)(b) Directive 2014/24/EU. The issue of material amendments is also important in the context of a failed procedure. Often, the contracting authority resorts to the use of a procedure without prior notice. I argue that the current motivation obligations fall short to provide effective legal protection. Finally, a reflection is offered on the Dutch case law. According to this case law, an obligation to materially amend the contract is required in case of a retender. I conclude that the doctrine of material amendments fulfils diverse functions during the procurement stage.

Chapter 5 examines how the prohibition to materially amend a public contract relates to the question of how provisions of that contract should be interpreted. After all, it is through interpretation that an amendment can be ascertained. The existence of an amendment can depend on the question of how the contract should be interpreted. Under Dutch law, the so-called ‘haviltexmaatstaf’ is, in principle, the relevant norm. As such, the contract must be interpreted while considering the reasonable expectations from the contracting parties and not the wording of the contract on its own. To the extent however that a contract is destined to affect a third party, an interpretation according to objective criteria is warranted. While

the Directives do not provide for an interpretative norm, the case law of the CJEU does contain the obligation to interpret the procurement documents according to the standard of the reasonably well-informed and normally diligent tenderer. When comparing that standard with national interpretation norms, the use of the so-called ‘geobjectieeerde haviltexmaatstaf’ seems appropriate. This entails that the public contract is interpreted according to objective criteria, while subjective elements can be considered to a certain degree. Following these findings, it is argued that the risk for unclarities should, in principle, fall to the contracting authority. Therefore, it seems contrary to the obligations under EU law to offload that risk on to tenderers and/or the contractor.

Chapter 6 is dedicated to the application of Article 72 Directive 2014/24/EU. First, it is argued that this provision lays down an exhaustive list of possibilities to amend a public contract. Second, it is asserted that this list offers more possibilities when compared to the previous EU public procurement law framework, but also that several unclarities need clearing up. The discussion then turns to a comparison with the Dutch law of obligations. The relevance of the doctrine of material amendments is discussed in relation to the need to comply with the terms of the contract as well as the opportunity to conclude a settlement agreement and the possibility to bring forward a claim to amend the contract due to unforeseen circumstances. On that basis, it is suggested that the possibilities for amendments should be made applicable to public contracts that fall outside the scope of the Directives, or that a similar system should be developed, given the improved legal certainty and the increased room for flexibility provided for by such rules.

Chapter 7 deals with the sub-question to what extent a third party can effectively exercise its rights with regard to amendments during the execution stage since many amendments are hidden from view. Assuming that transparency is in order, the next question is how and when this should take place. Transparency is here understood as the obligation to inform third parties about an amendment and to motivate its legality. Because these issues have not yet gained wide attention in The Netherlands, this chapter starts with an overview of the main arguments in favour of, or against a high level of transparency. On the one hand, effective legal protection, value for public money, the principle of good governance, as well as the fight against corruption, can be used as arguments. On the other hand, however, transparency could also hinder the level playing field and damage the party whose business’ secrets or confidential information have been published. It might also increase administrative burdens. With these arguments in mind, the current legal framework is discussed. Current obligations contain omissions regarding the time limit to publish a notice as well as the consequences of a faulty or absent notice. In addition, the case law is unclear when it comes to the application of the voluntary ex ante transparency notice. Possible future developments regarding transparency obligations are discussed separately. It is expected that additional obligations will be proposed by the EU legislature.

Chapter 8 analyses the consequences of a material amendment during the execution stage of a public contract. First, the obligation to organise a new procurement procedure is theoretically logical and, in certain circumstances, practically feasible. However, this obligation can lead to difficulties for the possibility to successfully put an amendment, or an amended contract, out to tender. It is proposed that this obligation must be nuanced. In addition, it seems that a contracting authority is not always obliged to organise a procedure according to the EU public procurement directives, especially when the contract in question falls outside the scope of their application. It is also proposed that a contracting authority should be able to resort to the use of the negotiated procedure without publication if the relevant criteria are met. Secondly, the obligation from Article 73 Directive 2014/24/EU and the remedy of ineffectiveness are considered. Particular attention is given to the choice of the Dutch legislature not to implement Article 73, which is based on the assumption that Dutch law already provides for sufficient possibilities to terminate a contract during its term. This assumption does not seem to be accurate, even though such a possibility exists for the majority of cases. Nevertheless, this choice can bring about complex legal discussions, which could have been easily avoided if the legislature had introduced a separate provision. The remedy of ineffectiveness is discussed on the basis of four issues: who can invoke this remedy; within which time limit; which part of the contract should be declared ineffective; and under which circumstances can this sanction be put aside. Finally, the possibilities to issue a fine and to claim for damages are discussed. In sum, it is concluded that there is no clear-cut system of consequences, which also allows for a tailor-made approach.

Chapter 9 offers concluding remarks, firstly that, while the doctrine of material amendments limits the freedom of the contracting authority to modify a public contract, it also justifies this limitation. It can also be said that the current Directives extend that freedom in comparison with the previous EU public procurement rules, particularly when they have been diligently prepared in the procurement procedure. Furthermore, several suggestions are put forward to improve the current legal framework both at EU and national levels. Finally, it is expected that the issue of transparency in amending public contracts during the execution phase will become an important matter of debate.

Bronnenlijst

Deze bronnenlijst is als volgt opgebouwd:

1. Wet- en regelgeving

- 1.1. Unierecht
- 1.2. Internationaal en buitenland
- 1.3. Frankrijk
- 1.4. Nationaal
- 1.5. Soft law EG / EU
- 1.6. EU voorbereidende stukken
- 1.7. Nationale parlementaire stukken
- 1.8. Overig

2. Jurisprudentie

- 2.1. EHRM
- 2.2. HJEG / HJEU
- 2.3. Conclusies AG HJEG/HJEU
- 2.4. Frankrijk
- 2.5. Verenigde Staten
- 2.6. Hoge Raad
- 2.7. Conclusies A-G Hoge Raad
- 2.8. Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
- 2.9. College van Beroep voor het bedrijfsleven
- 2.10. Gerechtshoven
- 2.11. Rechtbanken
- 2.12. Raad van Arbitrage in bouwgeschillen
- 2.13. Commissie van Aanbestedingsexperts
- 2.14. Overig

3. Literatuur

- 3.1. Dissertaties
- 3.2. Boeken en naslagwerken
- 3.3. Boekbijdragen
- 3.4. Preadviezen
- 3.5. Overig

4. Overige bronnen

Bronnen worden in alfabetische volgorde weergegeven.

1. Wet- en regelgeving

1.1 UNIERECHT

Handvest EU

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*PbEU* 2012/C 326/02)

VEU

Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie (*PbEU* 2016/ C 202/1)

VWEU

Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016/ C 202/1)

Richtlijn 71/305/EEG

Richtlijn van de Raad 71/305/EEG van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (*PbEG* 1971, L 185/5)

Richtlijn 77/62/EEG

Richtlijn van de Raad 77/62/EEG van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (*PbEG* 1977, L 13/1)

Richtlijn 80/767/EEG

Richtlijn van de Raad 80/767/EEG van 22 juli 1980 tot aanpassing en aanvulling, voor wat bepaalde aanbestedende diensten betreft, van Richtlijn 77/62/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (*PbEG* 1980, L 215/1)

Richtlijn 88/295/EEG

Richtlijn van de Raad 88/295/EEG van 22 maart 1988 tot wijziging van Richtlijn 77/62/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, alsmede tot intrekking van sommige bepalingen van Richtlijn 80/767/EEG (*PbEG* 1988, L 127/1)

Richtlijn 89/440/EEG

Richtlijn van de Raad 89/440/EEG van 18 juli 1989 tot wijziging van Richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (*PbEG* 1989, L 210/1)

Richtlijn 89/665/EEG

Richtlijn van de Raad 89/665/EEG van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (*PbEG* 1989, L 395/33)

Richtlijn 90/531/EEG

Richtlijn van de Raad 90/531/EEG van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (*PbEG* 1990, L 297/1)

Richtlijn 92/13/EEG

Richtlijn van de Raad 92/13/EEG van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (*PbEG* 1992, L 76/14)

Richtlijn 92/50/EEG

Richtlijn van de Raad 92/50/EEG van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (*PbEG* 1992, L 209/1)

Richtlijn 93/36/EEG

Richtlijn van de Raad 93/36/EEG van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (*PbEG* 1993, L 199/1)

Richtlijn 93/37/EEG

Richtlijn van de Raad 93/37/EEG van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (*PbEG* 1993, L 199/54)

Richtlijn 93/38/EEG

Richtlijn van de Raad 93/38/EEG van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (*PbEG* 1993, L 199/84)

Richtlijn 2004/17/EG

Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad 2004/17/EG van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren wateren energievoorziening, vervoer en postdiensten (*PbEU* 2004, L 134/1)

Richtlijn 2004/18/EG

Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*PbEU* 2004, L 134/114)

Richtlin 2007/66/EG

Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad 2007/66/EG van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (*PbEU* 2007, L 335/31)

Richtlijn 2009/81/EG

Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad 2009/81/EG van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (*PbEU* 2009, L 216/76)

Richtlijn 2014/23/EU

Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad 2014/23/EU van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (*PbEU* 2014, L 94/1)

Richtlijn 2014/24/EU

Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad 2014/24/EU van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (*PbEU* 2014, L 94/65)

Richtlijn 2014/25/EU

Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad 2014/25/EU van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (*PbEU* 2014, L 94/243)

Richtlijn 2016/943/EU

Richtlijn 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (*PbEU* 2016, L 157/1)

Richtlijn 2019/1023/EU

Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie) (*PbEU* 2019, L 172/18)

Richtlijn 2019/1024/EU

Richtlijn 2019/1024 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 inzake open data en het hergebruik van overheidsinformatie (*PbEU* 2019, L 172/56)

Verordening 1/2003/EG

Verordening nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEG* 2003, L 1/1)

Verordening 773/2004/EG

Verordening nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEG* 2004, L 123/18)

Verordening 139/2004/EG

Verordening nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*PbEG* 2004, L 24/1)

Verordening 1370/2007/EG

Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (*PbEU* 2007 L 315/1), zoals gewijzigd via Verordening (EU) 2016/2338 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1370/2007, met betrekking tot de openstelling van de markt voor het binnenlands personenvervoer per spoor (*PbEU* 2016, L 354/22)

Verordening 2016/679/EU

Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (*PbEU* 2016, L 119/1)

Verordening 2019/1828/EU

Gedelegeerde verordening 2019/1828 van de Commissie van 30 oktober 2019 tot wijziging van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad wat de drempels betreft voor overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken, en prijsvragen (*PbEU* 2019, L 279/25)

1.2 INTERNATIONAAL EN BUITENLAND

Agreement on government procurement (GPA) 1979

Agreement on government procurement (GPA) 1988

Agreement on government procurement (GPA) 1994

Agreement on government procurement (GPA) 2012

Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPs-verdrag), zoals geraadpleegd via wto.org.

UNCITRAL model law on Procurement of Goods, Construction and Services 1994

UNCITRAL model law on Public Procurement 2011

Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken (Weens Koopverdrag), zoals geraadpleegd op wetten.overheid.nl

Worldbank-guidelines on procurement of goods, works, and non-consulting services under IBRD Loans and IDA Credits & Grants 2011 (rev. 2014)

1.3 FRANKRIJK

Code Civil

Code de la commande publique
Code de la consommation
Code de Justice administrative
Code des marchés publics
Décret n°92-1310 du 15 décembre 1992 portant simplification du code des marchés publics
Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics
Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique

Alle beschikbaar via <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1.4 NATIONAAL

Aanbestedingswet

Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014 met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM inclusief toelichting, *Stcr.* 15 juli 2014, nr. 19776

Besluit Personenvervoer 2000

Boek 3 BW
Boek 6 BW
Boek 7 BW
Faillissementswet, zoals gewijzigd via de Wet Homologatie Onderhands Akkoord
Gids Proportionaliteit (versies 2020 en 2022)
Wet algemene bepalingen
Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten
Wet Personenvervoer 2000
Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
Gemeentewet
Provinciewet
Uniform Aanbestedingsreglement EG 1991
Uniform Aanbestedingsreglement EG 2001

1.5 SOFT LAW EG / EU

Europese Commissie 2000

Interpretatieve mededeling van 29 april 2000 van de Europese Commissie over concessieovereenkomsten, PbEG 2000/C 121/02

Groenboek PPS 2004

Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten van 30 april 2004, COM(2004) 327

Handleiding werken 1997

N.N. *Overheidsopdrachten in de Europese Unie, Handleiding voorschriften van de Gemeenschap inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken buiten de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, richtlijn 93/37/EEG*, Luxemburg, Europese Commissie 1997.

Handleiding diensten 1997

N.N. *Overheidsopdrachten in de Europese Unie, Handleiding voorschriften van de Gemeenschap inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van dienstverlening buiten de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, richtlijn 92/50/EEG*, Luxemburg, Europese Commissie 1997.

Handleiding leveringen 1997

N.N. *Overheidsopdrachten in de Europese Unie, Handleiding voorschriften van de Gemeenschap inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van leveringen buiten de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, richtlijn 93/36/EEG*, Luxemburg, Europese Commissie 1997.

Interpretatieve Mededeling concessieovereenkomsten 2000

N.N., *Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht*, C 121/02 van 29 april 2000

Mededeling Europese Commissie 1997

N.N. *Overheidsopdrachten in de Europese Unie, Handleiding voorschriften van de Gemeenschap inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken buiten de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, richtlijn 93/37/EEG*, Luxemburg, Europese Commissie 1997, p. 25, § 3.3.1

Mededeling Europese Commissie 1997a

N.N. *Overheidsopdrachten in de Europese Unie, Handleiding voorschriften van de Gemeenschap inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van dienstverlening buiten de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, richtlijn 92/50/EEG*, Luxemburg, Europese Commissie 1997

Mededeling Europese Commissie 1997b

N.N. Overheidsopdrachten in de Europese Unie, *Handleiding voorschriften van de Gemeenschap inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van leveringen buiten de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie*, richtlijn 93/36/EEG, Luxemburg, Europese Commissie 1997.

Mededeling EC inzake succesvolle overheidsopdrachten in en voor Europa 2017

Mededeling Europese Commissie inzake succesvolle overheidsopdrachten in en voor Europa, Brussel 3 oktober 2017, COM (2017) 572 final

Richtsnoeren art 101 VWEU 2011

Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2011/C 11/01 van 14 januari 2011

Verklaring Richtlijn 71/305/EEG 1989

Verklaring ad artikel 5 lid 4 van Richtlijn 71/305/EEG, *PbEG* van 21 juli 1989 (L 210/22);

Verklaring Richtlijn 90/531/EEG 1990

Verklaring ad artikel 15 van Richtlijn 90/531/EEG, *PbEG* van 29 oktober 1990 (L 297/48);

Verklaring Richtlijn 93/37/EEG 1994

Verklaring ad artikel 7 lid 4 Richtlijn 93/37/EEG en verklaring artikel 20 Richtlijn 93/38/EEG, *PbEG* 30 april 1994 (L 111/114)

1.6 EU VOORBEREIDENDE STUKKEN

Advies Comité van de Regio's 2012

Advies van het Comité van de Regio's - Pakket overheidsopdrachten (*PbEU* 2012, C 391/49)

Advies Comité van de Regio's 2017

Advies van het Europees Comité van de Regio's over het pakket maatregelen inzake overheidsopdrachten, *PbEU* 25 oktober 2018, C 387/37

Advies Europees Economisch en Sociaal Comité 2017

Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité inzake diverse mededelingen van de Europese Commissie, 532e zitting van het EESC, 14 februari 2018 - 15 februari 2018, PbEU 28 juni 2018, C 227/45.

Commissievoorstel 1964

Proposition de la Commission concernant une première directive portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, Bruxelles, le 23 juin 1964, COM(64)233, Vol. 1964/0051. Online te raadplegen via: http://publications.europa.eu/resource/cellar/3764e06a-ae74-4172-bd68-55dd2f12447d.0001.01/DOC_1 [laatst bezocht op 11 november 2021]

Commission non paper 2012 cluster 1

Commission *non paper* van 20 januari 2012, nr. 5366/12, cluster 1, No Cion prop.: 18966/11 MAP 10 MI 686, interinstitutional file 2011/0438

Commission non paper 2012 cluster 8

Commission non-paper on Cluster 8 of the proposal for a Directive on public procurement, interinstitutional file 2011/0438 (COD), nr. 11266/12 of 14 June 2012

Compromisvoorstel 24 juli 2012

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public Procurement - Presidency compromise text/Consolidated version 24 juli 2012, Interinstitutional File 2011/0438 (COD) nr. 12878/12

Compromisvoorstel 2 oktober 2012

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public Procurement - Presidency compromise text/Consolidated version 2 oktober 2012, Interinstitutional File 2011/0438 (COD), nr. 14418/12

Compromisvoorstel 6 juni 2013

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public Procurement - Presidency compromise text/Consolidated version 6 juni 2013, Interinstitutional file 2011/0438 (COD), nr. 10580/13

Compromisvoorstel 14 juni 2013

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public Procurement - Presidency compromise text/Consolidated version 14 juni 2013, Interinstitutional File 2011/0438 (COD), nr. 11048/13

Groenboek 2011

Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten, Brussel 27.01.2011, COM(2011) 15 def.

Resolutie Europees Parlement 2018

Resolutie van het Europees Parlement van 4 oktober 2018 over het pakket strategie inzake overheidsopdrachten, nr. 2017/2278(INI), PbEU 13 januari 2020, C 11/28

Richtlijnvoorstel 2011

Voorstel voor een Richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten, Brussel 20.12.2011, COM(2011) 896 def.

Tarabella 2012

M. Tarabella, draft report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, amendments 1352 - 1593 ((COM(2011)0896 - C7-0006/2012 - 2011/0438(COD)) 12 juli 2012

Tarabella 2013

M. Tarabella, report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (COM(2011)0896 - C7-0006/2012 - 2011/0438(COD)), A7-0007/2013 van 11 januari 2013

1.7 NATIONALE PARLEMENTAIRE STUKKEN

Amendement Koppejan op het wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet, TK 2011-2012, 32440, nr. 46

Brief van minister Dekker voor Rechtsbescherming inzake het voornemen tot publicatie van een consultatieversie voor een Mediationwet, TK 2019-2020, 35300 VI, nr. 102

Brief van minister Verhagen van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie inzake de concept kabinetsreactie op het Groenboek 2011, TK 2010-2011, 31144, nr. 8, inclusief bijlage.

Brief van minister Zijlstra van Buitenlandse Zaken inzake informatievoorziening over nieuwe Commissievoorstellen 10 november 2017, fiche 6: verbetering van de aanbestedingspraktijk in Europa, TK 2017 - 2018, 22112, nr. 2426

Brief van staatssecretaris Keijzer van Economische Zaken en Klimaat van 12 februari 2021 over de wijziging van de Gids Proportionaliteit met betrekking tot rechtsverwerkingsclausules, TK 2020-2021, 32440, nr. 115

Brief van staatssecretaris Keijzer van Economische Zaken en Klimaat 25 mei 2021, TK 2020-2021, 34252, nr. 22

Gewijzigde memorie van toelichting op Voorstel van wet van de leden Snels en Van Weyenberg tot wijziging van het voorstel van wet van de leden Snels en Van Weyenberg houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet open overheid), TK 2019-2020, 35 112, nr. 9

Memorie van Antwoord NBW6, TK 1975-1976, 7729, nrs. 6-7

Memorie van antwoord II Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6 in: C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981

Memorie van Antwoord op het wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet, EK, 2011-2012, 32 440, C

Memorie van toelichting, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 in: W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990

Memorie van toelichting op het wetsvoorstel tot implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden), TK 2008-2009, 32027, nr. 3

Memorie van toelichting op het wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet, TK 2009-2010, 32440, nr. 3

Memorie van toelichting op het wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, TK 2015-2016, 34 329, nr. 3

Memorie van toelichting op het wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord), TK 2018-2019, 35249, nr. 3

Nota naar aanleiding van het verslag op het wetsvoorstel Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten, TK 2009-2010, 32 157, nr. 6

Nota van wijziging op het wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet, TK, 2010-2011, 32 440, nr. 11

Toelichting Meijers in: C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981

Verslag algemene beraadslaging d.d. 1 februari 2012 inzake het wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet, TK 48-4-7 t/m 49-7-46

Verslag van een algemeen overleg inzake o.a. het EU-voorstel d.d. 2 februari 2011 inzake het Groenboek Modernisering Europese markt voor overheidsopdrachten, TK 2010-2011, 31144, nr. 9

Verslag van het plenair debat Tweede Kamer 9 maart 2016 inzake de wijziging van de Aanbestedingswet 2012, TK 62-10-1 t/m TK 62-12-20

Verslag van een schriftelijk overleg over het wetsvoorstel Aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 (Aan-neming van werk, TK 2000-2001, 23 095, nr. 10, p. 35

Verslag van een schriftelijk overleg vastgesteld op 5 april 2017 inzake o.a. vragen en antwoorden op de brief van 8 maart 2017 over het verslag van de Raad voor Concurrentievermogen van 20 februari 2017, TK 2016-2017, 21 501-30, nr. 395

Verslag van een schriftelijk overleg 1 november 2019 over het Ontwerpbesluit wijziging Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging Gids Proportionaliteit, TK 2019-2020, 32440, nr. 114

1.8 OVERIG

UNIDROIT principles of international commercial contracts 2016

Draft Common Frame of Reference

Principles European Contract Law

Principles of European Law on Service Contracts

Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contractvormen 2005, Ede: CROW 2005

Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012

2. Jurisprudentie

2.1 EHRM

EHRM 9 december 1994, nr. 13427/87 (*Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*)

2.2 HJEG / HJEU

HvJ EGKS 12 juli 1957, zaak 7/56 en 3 t/m 7/57 (*Algera*)
HJEG 6 oktober 1982, zaak 283/81 (*CILFIT*)
HJEG 24 juni 1986, zaak 53/85 (*Akzo*)
HJEG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*)
HJEG 18 maart 1992, C-24/91 (*Commissie/Spanje*)
HJEG 22 juni 1993, C-243/89 (*Storebaelt*)
HJEG 14 april 1994, C-389/92 (*Ballast Nedam I*)
HJEG 18 mei 1995, C-57/94 (*Commissie/Italië*)
HJEG 28 mei 1995, C-7/95 (*John Deere*)
HJEG 28 maart 1996, C-318/94 (*Commissie/Duitsland*)
HJEG 25 april 1996, C-87/94 (*Waalse bussen*)
HJEG 24 september 1996, T-485/93 (*Dreyfus/Commissie*)
HJEG 19 november 1998, C-162/97 (*Nilsson*)
HJEG 5 oktober 1999, C-240/97 (*Spanje/Commissie*)
HJEG 5 oktober 2000, C-337/98 (*Rennes*)
HJEG 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*)
HJEG 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC*)
HJEG 18 juni 2002, C-92/00 (*HI*)
HJEG 27 september 2002, T-211/02 (*Tideland*)
HJEG 14 november 2002, C-411/00 (*Felix Swoboda*)
HJEG 12 december 2002, C-470/99 (*Universale Bau*)
HJEG 23 januari 2003, C-57/01 (*Makedoniki Metro*)
HJEG 10 april 2003, C-20/01 en C-28/01 (*Commissie/Duitsland*)
HJEG 10 april 2003, C-167/99 (*Europees Parlement/SERS*)
HJEG 16 oktober 2003, C-244/02 (*Kauppatalo Hansel Oy*)
HJEG 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*)
HJEG 19 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*)
HJEG 14 september 2004, C-385/02 (*Commissie/Italië*)
HJEG 14 oktober 2004, C-340/02 (*Commissie/Frankrijk*)
HJEG 18 november 2004, C-126/03 (*Commissie/Duitsland*)
HJEG 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*)
HJEG 13 januari 2005, C-84/03 (*Commissie/Spanje*)
HJEG 3 maart 2005, C-21/03 en C-34/03 (*Fabricom*)
HJEG 2 juni 2005, C-394/02 (*Commissie/Griekenland*)

HJEG 2 juni 2005, C-15/04 (*Koppensteiner*)
 HJEG 27 oktober 2005, C-187/04 en C-188/04 (*Commissie/Italië*)
 HJEG 10 november 2005, C-29/04 (*Mödling*)
 HJEG 24 november 2005, C-331/04 (*ATI EAC*)
 HJEG 6 april 2006, C-410/04 (*ANAV/Comune di Bari*)
 HJEU 20 juli 2006, T-114/06 R (*Globe SA*)
 HJEG 20 april 2007, C-189/06 P (*TEA-CEGOS*)
 HJEU 21 juni 2007, C-158/06 (*Stichting ROM-projecten*)
 HJEG 18 juli 2007, C-503/04 (*Commissie/Duitsland*)
 HJEG 12 september 2007, T-239/04 en T-323/04 (*Brandt*)
 HJEG 13 september 2007, C-260/04 (*UNIRE*)
 HJEG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*)
 HJEG 31 januari 2008, C-380/05 (*Centro Europa*)
 HJEG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*)
 HJEU 12 maart 2008, T-345/03 (*European Dynamics/Europese Commissie*)
 HJEG 8 april 2008, C-337/05 (*Commissie/Italië*)
 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*)
 HJEG 17 juli 2008, C-347/06 (*ASM Brescia*)
 HJEG 10 september 2008, T-59/05 (*European Dynamics*)
 HJEG 4 juni 2009, C-250/07 (*Commissie/Griekenland*)
 HJEU 4 juni 2009, C-8/08 (*Telecom operators/NMA*)
 HJEG 9 september 2009, T-437/05 (*Brinks*)
 HJEG 10 september 2009, C-573/07 (*Sea Srl*)
 HJEG 15 oktober 2009, C-196/08 (*Acoset*)
 HJEU 10 december 2009, C-299/08 (*Commissie/Frankrijk*)
 HJEU 10 december 2009, T-195/08 (*Antwerpse Bouwwerken*)
 HJEU 19 maart 2010, T-50/05 (*European Dynamics*)
 HJEU 25 maart 2010, C-451/08 (*Helmüt Muller*)
 HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*)
 HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*)
 HJEU 29 april 2010, C-160/08 (*Commissie/Duitsland*)
 HJEU 20 mei 2010, C-434/08 (*Harms/Heidinga*)
 HJEU 3 juni 2010, C-203/08 (*Sporting Exchange*)
 HJEU 29 juni 2010, C-441/07 P (*Alrosa*)
 HJEU 30 september 2010, C-314/09 (*Strabag*)
 HJEU 18 november 2010, C-226/09 (*Commissie/Ierland*)
 HJEU 22 december 2010, C-215/09 (*Mehiläinen Oy*)
 HJEU 9 juni 2011, C-401/99 P (*European Dynamics*)
 HJEU 13 juli 2011, T-81/09 (*Commissie/Griekenland*)
 HJEU 20 september 2011, T-461/08 (*European Dynamics/EIB*)
 HJEU 27 oktober 2011, C-601/10 (*Commissie/Griekenland*)
 HJEU 9 november 2011, T-170/10 en T-340/10 (*CTG Luxembourg PSF*)
 HJEU 21 december 2011, C-465/10 (*Indre*)
 HJEU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (*Costa en Cifone*)
 HJEU 29 maart 2012, C-599/10 (*SAG*)
 HJEU 10 mei 2012, C-368/10 (*Koffiebonen*)

HJEU 10 oktober 2012, T-183/10 (*Sviluppo Globale GEIE*)
HJEU 25 oktober 2012, T-216/09 (*Astrim*)
HJEU 12 december 2012, T-457/07 (*European Dynamics*)
HJEU 22 januari 2013, C-283/11 (*Sky Österreich*)
HJEU 31 januari 2013, T-235/11 (*Spanje/Commissie*)
HJEU 31 januari 2013, T-540/10 (*Spanje/Commissie*)
HJEU 20 maart 2013, T-415/10 (*Nexans France/ITER*)
HJEU 29 mei 2013, T-384/10 (*Spanje/Commissie*)
HJEU 4 juli 2013, C-100/12 (*Fastweb I*)
HJEU 11 juli 2013, C-576/10 (*Doornakkers*)
HJEU 10 oktober 2013, C-336/12 (*Manova*)
HJEU 16 oktober 2013, T-457/10 (*European Dynamics*)
HJEU 16 oktober 2013, T-474/10 (*European Dynamics*)
HJEU 22 oktober 2013, C-105/12 t/m C-107/12 (*Staat/Essent c.s.*)
HJEU 7 november 2013, C-313/12 (*Giuseppa Romeo*)
HJEU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*)
HJEU 5 december 2013, C-561/12 (*Nordecon*)
HJEU 8 mei 2014, C-161/13 (*Idrodinamica*)
HJEU 23 mei 2014, T-553/11 (*European Dynamics*)
HJEU 11 juni 2014, T-4/13 (*Communicaid*)
HJEU 4 september 2014, C-192/13 P en C-197/13 P (*Spanje/Commissie*)
HJEU 11 september 2014, C-19/13 (*Fastweb II*)
HJEU 26 september 2014, T-222/13 (*B&S Europe*)
HJEU 6 november 2014, C-42/13 (*Cartiera dell'Adda*)
HJEU 19 november 2014, T-40/12 en T-183/12 (*European Dynamics*)
HJEU 11 december 2014, C-440/13 (*Croce Amica*)
HJEU 11 december 2014, C-113/13 (*Spezzino*)
HJEU 18 december 2014, C-568/13 (*Data Medical*)
HJEU 12 maart 2015, C-538/13 (*eVigilo*)
HJEU 19 maart 2015, C-286/13 P (*Dole Food/Commissie*)
HJEU 24 maart 2015, T-383/14 R (*Europower*)
HJEU 26 maart 2015, C-601/13 (*Ambisig*)
HJEU 16 april 2015, C-278/14 (*Enterprise Focused Solutions*)
HJEU 8 juli 2015, T-536/11 (*European Dynamics*)
HJEU 7 oktober 2015, T-299/11 (*European Dynamics*)
HJEU 8 oktober 2015, T-90/14 (*Secolux*)
HJEU 29 oktober 2015, T-126/13 (*Direct Way*)
HJEU 26 november 2015, C-166/14 (*MedEval*)
HJEU 17 december 2015, C-25/14 en C-26/14 (*Unis*)
HJEU 21 januari 2016, C-74/14 (*Eturas c.s./Aviaeuropa c.s.*)
HJEU 28 januari 2016, C-50/14 (*CASTA*)
HJEU 27 april 2016, T-556/11 (*European Dynamics/EUIPO*)
HJEU 24 mei 2016, C-396/14 (*MT Højgaard A/S*)
HJEU 2 juni 2016, C-27/15 (*Pizzo*)
HJEU 28 juni 2016, T-652/14 (*Steelcase*)
HJEU 14 juli 2016, C-458/14 en C-67/15 (*Promoimpresa*)

HJEU 14 juli 2016, C-6/15 (*TNS Dimarso*)
 HJEU 14 juli 2016, C-406/14 (*Wrocław*)
 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*)
 HJEU 15 september 2016, T-481/14 (*European Dynamics/EIT*)
 HJEU 27 oktober 2016, C-292/15 (*Hörmann Reisen*)
 HJEU 27 oktober 2016, C-613/14 (*James Elliott*)
 HJEU 10 november 2016, C-140/16 (*Edra*)
 HJEU 10 november 2016, C-162/16 (*Spinosa*)
 HJEU 21 december 2016, C-51/15 (*Remondis*)
 HJEU 26 januari 2017, T-700/14 (*TV1/Commissie*)
 HJEU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*)
 HJEU 5 april 2017, C-391/15 (*Marina*)
 HJEU 4 mei 2017, C-387/14 (*Esaprojekt*)
 HJEU 11 mei 2017, C-131/16 (*Archus*)
 HJEU 18 mei 2017, T-163/16 (*Reiswolf*)
 HJEU 22 juni 2017, C-49/16 (*Unibet*)
 HJEU 13 juli 2017, C-35/17 (*Saferoad*)
 HJEU 14 september 2017, C-223/16 (*Casertana*)
 HJEU 10 oktober 2017, T-281/16 R (*Solelec*)
 HJEU 9 november 2017, C-227/16 (*Arts/Alpuro*)
 HJEU 10 november 2017, T-668/15 (*Jema Energy*)
 HJEU 20 december 2017, C-277/16 (*Polkomtel*)
 HJEU 20 december 2017, C-677/15 P (*European Dynamics*)
 HJEU 8 februari 2018, C-144/17 (*Lloyds of London*)
 HJEU 28 februari 2018, C-523/16 en C-536/16 (*MA.T.I.SUD*)
 HJEU 6 maart 2018, C-284/16 (*Slowakije/Achmea*)
 HJEU 20 maart 2018, C-187/16 (*Commissie/Oostenrijk*)
 HJEU 22 maart 2018, T-540/15 (*De Capitani*)
 HJEU 19 april 2018, C-152/17 (*Consorzio & Catania*)
 HJEU 3 mei 2018, C-376/16 P (*EUIPO/European Dynamics*)
 HJEU 16 mei 2018, T-206/17 (*Argus Security*)
 HJEU 17 mei 2018, C-531/16 (*Ecoservice*)
 HJEU 19 juni 2018, C-15/16 (*Baumeister*)
 HJEU 11 juli 2018, T-643/13 (*Rogesa*)
 HJEU 13 september 2018, C-594/16 (*Enzo Buccioni*)
 HJEU 20 september 2018, C-546/16 (*Montte*)
 HJEU 4 oktober 2018, T-914/16 (*Proof IT*)
 HJEU 16 oktober 2018, T-10/17 (*Proof IT*)
 HJEU 25 oktober 2018, C-413/17 (*Roche*)
 HJEU 19 december 2018, C-216/17 (*Antitrust*)
 HJEU 17 januari 2019, T-117/17 (*Proximus*)
 HJEU 5 maart 2019, C-349/17 (*Eesti Pagar*)
 HJEU 13 maart 2019, C-647/17 (*Skatteverket*)
 HJEU 4 april 2019, C-699/17 (*Allianz*)
 HJEU 9 april 2019, T-182/15 (*Sopra Steria*)
 HJEU 2 mei 2019, C-309/18 (*Lavorgna*)

HJEU 11 juli 2019, C-697/17 (*Telecom Italia*)
HJEU 18 september 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*)
HJEU 26 september 2019, C-63/18 (*Vitali*)
HJEU 3 oktober 2019, C-267/18 (*Delta*)
HJEU 3 oktober 2019, C-285/18 (*Irgita*)
HJEU 7 november 2019, C-687/17 P (*Aanbestedingskalender BV*)
HJEU 27 november 2019, C-402/18 (*Tedeschi*)
HJEU 30 januari 2020, C-395/18 (*Tim Spa*)
HJEU 6 februari 2020, C-11/19 (*Azienda*)
HJEU 6 februari 2020, C-89/19 tot en met C-91/19 (*Rieco*)
HJEU 26 maart 2020, C-496/18 en C-497/18 (*Hungeod*)
HJEU 14 mei 2020, C-263/19 (*T-Systems*)
HJEU 28 mei 2020, C-796/18 (*ISE*)
HJEU 11 juni 2020, C-472/19 (*Vert Marine*)
HJEU 9 december 2020, T-714/18 (*Adraces*)
HJEU 14 januari 2021, C-387/19 (*RTS Infra*)
HJEU 21 april 2021, T-525/19 (*Intering*)
HJEU 3 juni 2021, C-210/20 (*Rad Service*)
HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*)
HJEU 14 juli 2021, T-185/19 (*Public.Resource.Org*)
HJEU 2 september 2021, C-721/19 en C-722/19 (*Sisal*)
HJEU 7 september 2021, C-927/19 (*Ecoservice*)
HJEU 15 september 2021, T-24/19 (*INC Spa*)
HJEU 6 oktober 2021, T-404/20 (*Global Translation*)
HJEU 3 februari 2022, C-461/20 (*Advania*)
HJEU 12 mei 2022, C-719/20 (*Comune di Lerici*)
HJEU 16 juni 2022, C-376/21 (*Obshtina Razlog*)
HJEU 14 juli 2022, C-274/21 en C-275/21 (*EPIC Financial Consulting*)

2.3 CONCLUSIES AG HJEG/HJEU

Conclusie A-G Jacobs 23 maart 2000, C-337/98 (*Rennes*)
Conclusie A-G Stix-Hackl 11 januari 2005, C-265/03 (*Igor Simutenkov*)
Conclusie A-G Jacobs 2 juni 2005, C-525/03 (*Commissie/Italië*)
Conclusie A-G Stix Hackl 12 januari 2006, C-340/04 (*Carbotermo*)
Conclusie A-G Sharpston 7 juni 2007, C-241/06 (*Lämmerzahl*)
Conclusie A-G Kokott 13 maart 2008, C-454/06 (*Presstext*)
Conclusie A-G Poiares Maduro 17 december 2008, C-250/07 (*Commissie/Griekenland*)
Conclusie A-G Kokott 17 september 2009, C-441/07 P (*Alrosa*)
Conclusie A-G Bot 27 oktober 2009, C-91/08 (*Wall AG*)
Conclusie A-G Mengozzi 17 november 2009, C-451/08 (*Helmüt Muller*)
Conclusie A-G Mazak 23 februari 2010, C-64/08 (*Engelmann*)
Conclusie A-G Bot 10 april 2014, C-19/13 (*Fastweb II*)
Conclusie A-G Sanchez-Bordona 21 januari 2016, C-27/15 (*Pizzo*)

Conclusie A-G Szpunar 21 juli 2016, C-162/15 P (*Evonik GmbH*)
 Conclusie A-G Tanchev 7 februari 2018, C-681/16 (*Pfizer*)
 Conclusie A-G Sharpston 21 maart 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*)
 Conclusie A-G Sanchez-Bordona 8 mei 2019, C-267/18 (*Delta*)
 Conclusie A-G Bobek 21 november 2019, C-496/18 en C-497/18 (*Hungeod*)
 Conclusie A-G Sanchez-Bordona 15 april 2021, C-927/19 (*Ecoservice*)
 Conclusie A-G Saugmandsgaard Øe 9 september 2021, C-461/20 (*Advania*)

2.4 FRANKRIJK

Conseil d'Etat 10 januari 1902, nr. 94624
 Conseil d'Etat 22 november 1907, *Rec. 849*
 Conseil d'Etat 11 maart 1910, nr. 16178
 Conseil d'État 17 februari 1978, nr. 99193
 Conseil d'État 27 oktober 1978, nr. 05722
 Conseil d'État 14 maart 1980, nr. 03417
 Conseil d'État 2 februari 1983, nr. 34027
 Conseil d'Etat 29 april 1983, nr. 19798
 Conseil d'Etat 16 november 1983, nr. 22284
 Conseil d'Etat 6 mei 1985, nrs. 41589 en 41699
 Conseil d'Etat 12 maart 1999, nr. 171293
 Conseil d'Etat 30 juli 2003, nr. 223445
 Conseil d'État 9 februari 2004, nr. 259369
 Conseil d'État 15 juni 2007, nr. 299391
 Conseil d'État 11 juli 2008, nr. 312354
 Conseil d'État 23 juni 2010, nr. 336910
 Conseil d'Etat 3 december 2010, nr. 338272
 Conseil d'Etat 1 juni 2011, nr. 346405
 Conseil d'Etat 16 mei 2012, nr. 345137
 Conseil d'Etat 4 april 2014, nr. 358994
 Conseil d'Etat 8 oktober 2014, nr. 370644
 Conseil d'État 21 oktober 2015, nr. 391311
 Conseil d'Etat 8 november 2017, nr. 396589
 Conseil d'Etat 29 juni 2018, nr. 402251
 Conseil d'Etat 27 november 2019, nr. 432996.
 Conseil d'État 2 december 2019, nr. 423936
 Conseil d'Etat 9 juni 2020, nr. 436922
 Conseil d'Etat 20 november 2020, nr. 428156
 Conseil d'Etat 11 december 2020, nr. 427616
 Conseil d'Etat 18 december 2020, nr. 433386
 Cour Administrative d'Appel de Nancy 13 maart 2008, nr. 06NC01195
 Cour Administrative d'Appel de Paris 18 december 2012, nr. 10PA05735
 Cour administrative d'appel Bordeaux 30 december 2019, nr. 19BX03235
 Tribunal administratif Rennes 24 november 2004, nr. 0403948

2.5 VERENIGDE STATEN

US Court of Claims 14 maart 1969, *Air-A-Plane Corporation vs. United States* (408 F.2d 1030 (1969))

US Court of Claims 25 januari 1978, *Allied Materials & Equip. Co v United States* 569 F.2d 562. *At&T Communications, Inc v Wiltel, Inc.*, 1 F.3d (Fed. Cir. 1993)

U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit 30 juli 1993, *At&T Communications, Inc v Wiltel, Inc.*, 1 F.3d (Fed. Cir. 1993)

US Court of Federal Claims 1 september 2000, *Becho, Inc. v. United States*, 47 Fed. Cl. 595, 601 (2000)

US Government Accountability Office 14 augustus 1978, B-194087

US Government Accountability Office 30 maart 2009, *Lasmer Indus., Inc.*, B-400866.2, B-400916.2, B-401046

2.6 HOGE RAAD

HR 8 januari 1926, *NJ* 1926, 203 (*Sarong*)

HR 19 maart 1926, *NJ* 1926, 441 (*Weefgetouw*)

HR 2 januari 1931, *NJ* 1931, 274 (*Mark = Mark*)

HR 3 mei 1946, *NJ* 1946, 323 (*Staat/Degens*)

HR 14 juni 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC3608 (*Polak/Zwolsman*)

HR 31 januari 1969, *NJ* 1969, 241 (*Van Blaaderen/Van Dijk*)

HR 17 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5835 (*Bunde/Erckens*)

HR 28 oktober 1977, *NJ* 1978, 86 (*Bustraan/Raleigh*)

HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*)

HR 18 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1301 (*Linguamatics/Polyglot*)

HR 20 mei 1994, *NJ* 1995, 691 (*Negende van oma*)

HR 8 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2189, (*SKV/Boskovee*)

HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555 (*Jans/FCN*)

HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (*Briljant Schreuders/ABP*)

HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826 (*Uneto/de Vliert*)

HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD3069 (*VVE/CSM*)

HR 21 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5590 (*De oude molen*)

HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9771 (*Antilliaanse dierenartsen*)

HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5352 (*Van Beers c.s./Van Daalen*)

HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6097 (*Staat/Canon*)

HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (*RZG/ConforMed*)

HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 (*DSM/Fox*)

HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069 (*Vleesmeesters/Alog*)

HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3642 (*Chidda c.s./Amsterdam*)

HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806 (*Van der Stroom/Staat*)

HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4410 (*NBA/Meerhuijsen*)

HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610 (*Ammertlaan/Enthoven*)

HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1194 (*Boxmeer*)

HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6319 (*Van Regteren/VGK*)

HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854 (*Eisers/Wateringseveld*)
 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684 (*G4/Hanzevast*)
 HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876 (*Van den Eijnde/Fuchs c.s.*)
 HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2213 (*Batavus/Vriend*)
 HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 (*Wierds/Visseren*)
 HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162 (*Agfaphoto Finance/Foto Noort*)
 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6727 (*Tennisvereniging De Ijpelaar*)
 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1748 (*Almere*)
 HR 10 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4992 (*Defam*)
 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 (*Tele2/KPN*)
 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (*Staat/KPN*)
 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundiform/Mexx*)
 HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:41 (*Pengel/Curaçao*)
 HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 (*Coface/Intergamma*)
 HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757 (*Valys*)
 HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1119 (*Dronten*)
 HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683 (*Overzee/Zoeterwoude*)
 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:152 (*Eiser/verweerder*)
 HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503 (*HLA/Kadaster*)
 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765 (*Gemeente Amsterdam/Pullens*)
 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769 (*St. Erfpachters belang Amsterdam/Gemeente Amsterdam*)
 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2517 (*Creative Industry/Heredium*)
 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (*Xafax*)
 HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2821 (*Flexabram/Iprem*)
 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405 (*Groeneveld/Staat*)
 HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355 (*DMB/Compaen*)
 HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444 (*Warmond/Lexence*)
 HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615 (*Bronckhorst*)
 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148 (*Bungalowpark De Horn*)
 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*)
 HR 9 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:180 (*CSU/verweerders*)
 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720 (*JCDcaux / SEM*)
 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:722 (*Exterion / JCDcaux*)
 HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1435 (*WEA Randstad/verweerders*)
 HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*Eisers/ABN AMRO*)
 HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940 (*Valerbosch*)
 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (*Inscharing*)
 HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:209 (*Eiser/Staedion*)
 HR 2 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:590 (*ING/Schepel q.q.*)
 HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:717 (*Eisers/Verweester CVBA*)
 HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1587 (*Harlingen*)
 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Eiser/Amsterdam*)
 HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461 (*ISG/Natwest Markets*)
 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato/X*)

HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*)

HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (*Eiser/Heineken*)

2.7 CONCLUSIES A-G HOGE RAAD

Conclusie A-G Timmermans 3 juni 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AU2806 (*Van der Stroom/Staat*)

Conclusie A-G Keus 22 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA1828 (*Staat/KWS*)

Conclusie A-G Hammerstein 22 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ5711 (*Pengel/Curaçao*)

Conclusie A-G Keus 24 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:31 (*Ricoh/Xerox*)

Conclusie A-G Keus 13 mei 2016, ECLI:NL:PHR:2016:368 (*CCC/KLM*)

Conclusie A-G Valk 12 mei 2017 ECLI:NL:PHR:2017:428 (*DMB/Compaen*)

Conclusie A-G Keus 19 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467 (*JBM/UVA*)

Conclusie A-G Langemeijer 1 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1330 (*Top Mehrwert/Getronics*)

Conclusie A-G Van Peurseem 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:421 (*WEA Randstad/verweerders*)

Conclusie A-G Timmerman 21 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:667 (*HVP/Zorgverzekeraars*)

Conclusie A-G Valk 6 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1280 (*Huizon/Alkmaar*)

Conclusie A-G Drijber 20 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1363 (*Nijmegen/Evergreen*)

Conclusie A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:692 (*A/Gemeenten*)

Conclusie A-G Valk 4 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:587 (*Eiser/Staat*)

2.8 AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK RAAD VAN STATE

ABRVs 5 november 2012, ECLI:NL:RVS:2014:3996

ABRVs 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:888

ABRVs 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3988

ABRVs 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927

ABRVs 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1808

ABRVs 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611

2.9 COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

CBb 31 maart 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AW1777

CBb 3 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU3221

CBb 28 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:408

CBb 9 augustus 2016, ECLI:NL:CBB:2016:198

CBb 21 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:348

CBb 17 mei 2022, ECLI:NL:CBB:2022:234

2.10 GERECHTSHOVEN

Hof Den Haag 19 februari 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AH5529
 Hof Amsterdam 15 december 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV3114
 Hof Den Haag 13 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0036
 Hof Leeuwarden 7 oktober 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BG2102
 Hof Leeuwarden 12 mei 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI5096
 Hof Arnhem 27 oktober 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK1406
 Hof Arnhem 6 april 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM0044
 Hof Arnhem 15 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM8441
 Hof Arnhem 14 september 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BQ4977
 Hof Leeuwarden 11 januari 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BP1166
 Hof Den Haag 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ7122.
 Hof Den Haag 31 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:83
 Hof Leeuwarden 21 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6167
 Hof Amsterdam 1 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:4044
 Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9806
 Hof Leeuwarden 20 november 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3635
 Hof Amsterdam 19 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ6956
 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6838
 Hof Den Bosch 3 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5889
 Hof Den Haag 17 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5247
 Hof Den Bosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281
 Hof Den Bosch 1 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:939
 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2878
 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3665
 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014 ECLI:NL:GHARL:2014:5273
 Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028
 Hof Den Haag 24 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:219
 Hof Den Bosch 7 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1275
 Hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1863
 Hof Den Bosch 1 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3427
 Hof Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2466
 Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943
 Hof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:16
 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:130
 Hof Amsterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2157
 Hof Den Haag 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2595
 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7935
 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:665
 Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260
 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5925
 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6973
 Hof Den Haag 31 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3963
 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7154
 Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2612

Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9094
Hof Arnhem-Leeuwarden 6 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9636
Hof Den Bosch 26 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1139
Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1318
Hof Den Haag 16 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2429
Hof Den Haag 23 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1905
Hof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2695
Hof Den Bosch 17 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3434
Hof Den Haag 24 september 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2568
Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7958
Hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816
Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917
Hof Amsterdam 14 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:46
Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:225
Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8022
Hof Den Bosch 27 oktober 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3326
Hof Amsterdam 17 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3102
Hof Den Haag 17 november 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2825
Hof Den Haag 19 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:43
Hof Den Bosch 6 april 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1059
Hof Den Haag 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:638
Hof Den Bosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1359
Hof Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:890
Hof Den Bosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1607
Hof Den Bosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1609
Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150
Hof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:2450
Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6172
Hof Arnhem-Leeuwarden 21 maart 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2365

2.11 RECHTBANKEN

Rb. Utrecht 5 februari 1998 (*NJ* 1998, 53)
Rb. Den Haag 4 april 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AS3532
Rb. Den Bosch 26 april 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AT4942
Rb. Den Haag 15 juni 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU4397
Rb. Haarlem 27 september 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AU3320
Rb. Den Haag 21 februari 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AV2548
Rb. Amsterdam 15 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX8748
Rb. Den Haag 9 januari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:AZ5956
Rb. Den Haag 26 januari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:AZ7141
Rb. Maastricht 13 maart 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BA0781
Rb. Den Haag 18 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB5302
Rb. Den Haag 27 november 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB8865
Rb. Rotterdam 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG3796

Rb. Den Haag 24 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG1459
 Rb. Den Bosch 11 december 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BH2904
 Rb. Rotterdam 10 februari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH5006
 Rb. Rotterdam 10 maart 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH5386
 Rb. Den Haag 12 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI9310
 Rb. Den Haag 23 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ1444
 Rb. Rotterdam 10 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH5006
 Rb. Maastricht 17 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM5293
 Rb. Den Haag 16 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN4842
 Rb. Arnhem 21 juli 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN3487
 Rb. Den Haag 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN4777
 Rb. Den Haag 30 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO9252
 Rb. Amsterdam 8 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8420
 Rb. Den Haag 13 december 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO8078
 Rb. Den Haag 20 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4943
 Rb. Den Haag 20 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ5311
 Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU1361
 Rb. Amsterdam 20 januari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3384
 Rb. Den Haag 24 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1636
 Rb. Den Haag 24 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1638
 Rb. Amsterdam 21 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV8489
 Rb. Den Haag 27 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0018
 Rb. Den Haag 3 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6559
 Rb. Arnhem 11 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7823
 Rb. Amsterdam 24 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3388
 Rb. Amsterdam 1 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3758
 Rb. Almelo 24 juli 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX2992
 Rb. Den Haag 6 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX9783
 Rb. Amsterdam 21 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9050
 Rb. Zwolle-Lelystad 12 november 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BY3162
 Rb. Dordrecht 20 november 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY3491
 Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197
 Rb. Midden-Nederland 15 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ1349
 Rb. Rotterdam 15 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ9149
 Rb. Limburg 17 mei 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482
 Rb. Noord-Nederland 29 mei 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA1485
 Rb. Den Haag 10 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9441
 Rb. Overijssel 26 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1598
 Rb. Gelderland 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6409
 Rb. Midden-Nederland 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763
 Rb. Zeeland-West-Brabant 4 februari 2014 (ECLI:NL:RBZWB:2014:1007)
 Rb. Amsterdam 10 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:681
 Rb. Midden-Nederland 12 februari 2014 (ECLI:NL:RBNNE:2014:710)
 Rb. Overijssel 23 juli 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4077
 Rb. Limburg 28 juli 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:6754
 Rb. Midden-Nederland 30 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3251

Rb. Amsterdam 2 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5580
Rb. Amsterdam 19 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8500
Rb. Gelderland 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676
Rb. Rotterdam 26 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:641
Rb. Den Haag 18 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3794
Rb. Oost-Brabant 14 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2162
Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4864
Rb. Zeeland-West-Brabant 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951
Rb. Gelderland 6 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3398
Rb. Den Haag 16 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7043
Rb. Rotterdam 15 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7379
Rb. Zeeland-West-Brabant 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028
Rb. Noord-Nederland 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4061
Rb. Gelderland 14 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8310
Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7113
Rb. Overijssel 8 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5364
Rb. Noord-Nederland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:568
Rb. Gelderland 1 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187
Rb. Zeeland-West-Brabant 22 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1666
Rb. Rotterdam 13 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2961
Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2234
Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2242
Rb. Overijssel 2 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1948
Rb. Den Haag 6 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6288
Rb. Limburg 13 juni 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4992
Rb. Midden-Nederland 8 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3800
Rb. Noord-Holland 14 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6570
Rb. Den Haag 25 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10439
Rb. Noord-Nederland 27 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3580
Rb. Rotterdam 30 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7827
Rb. Noord-Nederland 7 september 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4075
Rb. Rotterdam 8 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10202
Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8025
Rb. Oost-Brabant 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5831
Rb. Midden-Nederland 30 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6483
Rb. Rotterdam 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280
Rb. Noord-Nederland 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:376
Rb. Gelderland 8 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1162
Rb. Rotterdam 23 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10878
Rb. Den Haag 24 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4898
Rb. Noord-Holland 28 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2329
Rb. Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4255
Rb. Rotterdam 3 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6842
Rb. Gelderland 12 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4007
Rb. Gelderland 26 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5357
Rb. Den Haag 27 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11756

Rb. Oost-Brabant 2 oktober 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:5174
 Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5006
 Rb. Limburg 10 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9783
 Rb. Rotterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8489
 Rb. Rotterdam 13 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10927
 Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465
 Rb. Rotterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:833
 Rb. Amsterdam 22 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:995
 Rb. Den Haag 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940
 Rb. Oost-Brabant 3 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2237
 Rb. Overijssel 25 mei 2018, ECLI:NL:ROVE:2018:1795
 Rb. Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6510
 Rb. Midden-Nederland 30 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2380
 Rb. Oost-Brabant 8 juni 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3526
 Rb. Overijssel 13 juni 2018, ECLI:NL:ROVE:2018:2311
 Rb. Midden-Nederland 12 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3625
 Rb. Noord-Nederland 7 augustus 2018 ECLI:NL:RBNNE:2018:5502
 Rb. Den Haag 12 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933
 Rb. Gelderland 14 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5007
 Rb. Den Haag 18 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:11407
 Rb. Den Haag 26 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12716
 Rb. Den Haag 4 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:54
 Rb. Midden-Nederland 25 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:245
 Rb. Den Haag 13 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:1239
 Rb. Overijssel 10 april 2019, ECLI:NL:ROVE:2019:1240
 Rb. Den Haag 15 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4916
 Rb. Oost-Brabant 24 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2978
 Rb. Den Haag 18 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6413
 Rb. Noord-Nederland 21 juni 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:2681
 Rb. Midden-Nederland 30 augustus 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:6640
 Rb. Rotterdam 26 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7993
 Rb. Den Haag 30 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11332
 Rb. Gelderland 31 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5858
 Rb. Midden-Nederland 1 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5093
 Rb. Gelderland 22 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:6240
 Rb. Overijssel 19 december 2019, ECLI:NL:ROVE:2019:4819
 Rb. Den Haag 20 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14040
 Rb. Midden-Nederland 29 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:285;
 Rb. Gelderland 21 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1324
 Rb. Gelderland 10 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1630
 Rb. Den Haag 29 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4845
 Rb. Amsterdam 4 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2894
 Rb. Midden-Nederland 8 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2580
 Rb. Den Haag 14 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6590
 Rb. Den Haag 20 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:13782
 Rb. Noord-Nederland 4 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3006

Rb. Rotterdam 21 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9442
Rb. Oost-Brabant 14 oktober 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:5031
Rb. Den Haag 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10527
Rb. Gelderland 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5918
Rb. Overijssel 12 november 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:4050
Rb. Den Haag 25 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12170
Rb. Den Haag 10 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2174
Rb. Den Haag 18 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2746
Rb. Den Haag 3 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5955
Rb. Midden-Nederland 18 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2303
Rb. Gelderland 19 mei 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3410
Rb. Rotterdam 2 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8957
Rb. Gelderland 16 juni 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4819
Rb. Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6300
Rb. Noord-Nederland 27 oktober 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4678
Rb. Limburg 11 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8493
Rb. Den Haag 15 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13382
Rb. Gelderland 17 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:8203
Rb. Amsterdam 10 januari 2022, ECI:NL:RBAMS:2022:121
Rb. Overijssel 19 januari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:209
Rb. Limburg 23 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1533
Rb. Gelderland 23 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1468
Rb. Noord-Nederland 13 juli 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:2363
Rb. Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10292
Rb. Limburg 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:8150
Rb. Noord-Holland 16 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11110

2.12 RAAD VAN ARBITRAGE IN BOUWGESCHILLEN

RvA 28 april 2003, nr. 25.357
RvA 18 maart 2005, nr. 70.779
RvA 13 februari 2007, nr. 71.078
RvA 12 juni 2007, nr. 71.058
RvA 17 oktober 2014, nr. 71.936
RvA 17 september 2015, nr. 34.964
RvA 19 mei 2016, nr. 35.550
RvA 31 augustus 2016, nr. 72.030
RvA 27 september 2018, nr. 72.111
RvA 21 december 2020, nr. 35.319

2.13 COMMISSIE VAN AANBESTEDINGSEXPERTS

CvAE 24 april 2014, advies nr. 70
CvAE 19 augustus 2014, advies nr. 124
CvAE 19 september 2014, advies nr. 142

CvAE 9 oktober 2014, advies nr. 147
 CvAE 22 januari 2015, advies nr. 153
 CvAE 23 november 2015, advies nr. 297
 CvAE 20 december 2016, advies nr. 394
 CvAE 28 februari 2017, advies nr. 323
 CvAE 18 mei 2017, advies nr. 400
 CvAE 14 juli 2017, advies nr. 417
 CvAE 29 september 2017, advies nr. 423
 CvAE 17 november 2017, advies nr. 438
 CvAE 19 december 2017, advies nr. 445
 CvAE 2 februari 2018, advies nr. 431
 CvAE 28 februari 2018, advies nr. 428
 CvAE 9 maart 2018, advies nr. 448
 CvAE 13 juni 2018, advies nr. 469
 CvAE 29 november 2018, advies nr. 485
 CvAE 13 september 2019, advies nr. 513
 CvAE 31 januari 2020, advies nr. 564
 CvAE 17 juli 2020, advies nr. 550
 CvAE 20 juli 2020, advies nr. 553
 CvAE 10 augustus 2020, advies nr. 552
 CvAE 10 augustus 2020, advies nr. 572
 CvAE 21 augustus 2020, advies nr. 585
 CvAE 13 oktober 2020, advies nr. 577
 CvAE 4 januari 2021, advies nr. 601
 CvAE 19 februari 2021, advies nr. 613
 CvAE 9 juli 2021, advies nr. 622
 CvAE 15 juli 2021, advies nr. 631
 CvAE 14 december 2022, advies nr. 684
 CvAE 2 februari 2023, advies nr. 677

2.14 OVERIG

English High Court 6 juni 1995, 95 LGR 494 (*R. v. Portsmouth City Council, ex parte Bonaco Builders*)
 Gerecht in eerste aanleg van Sint-Maarten 25 november 2016,
 ECLI:NL:OGEAM:2016:80
 High Court 16 juni 2010, EWHC 1404 (QB) (*J Varney & Sons Waste Management Ltd v Hertfordshire County Council*)
 Europese Commissie staatssteunbeschikking SA.16271 (*London Underground*)

3. Literatuur

3.1 DISSERTATIES

Van Bochove 2013

L.M. van Bochove, *Betrokkenheid van derden bij contractbreuk* (diss. Tilburg) Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013

Van Dongen 2016

S. van Dongen, *Groepen van contracten* (diss. Nijmegen), Serie O&R deel 95, Deventer: Kluwer 2016

Drahmann 2015

A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden 2015), Deventer: Wolters Kluwer 2015

Van Heeswijck 2014

A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedings-procedures* (diss. Groningen), Serie R&P VG7, Deventer: Wolters Kluwer 2014

Hoepffner 2009

H. Hoepffner, *La modification du contrat administratif* (diss. Paris 2), LGDJ, Bibliothèque de droit public, T. 260 2009

Houben 2005

I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Serie R&P deel 134, Deventer: Wolters Kluwer 2005

Huizingh 2016

M. Huizingh, *Contractsoverneming* (diss. Nijmegen), Serie O&R deel 97, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Van Laarhoven 2006

M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006

Du Perron 1999

C.E. Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 1999

Prent 2021

S. Prent, *De redelijk handelende aanbesteder. Over de wisselwerking tussen het Europees aanbestedingsrecht en het Nederlands verbintenissenrecht bij een aanbestedingsprocedure* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2021

Van Romburgh 2005

H.D. van Romburgh, *Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland: een proeve van een wet voor het verstrekken van overheidsopdrachten* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2005

Smith 2017

K.L. Smith, *Contract adjustments and public procurement: an analysis of the law and its application* (diss. University of Nottingham), toegang via:
<http://eprints.nottingham.ac.uk/41936/1/Final%20draft%20SUBMITTED.pdf>

Spierings 2016

C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling* (diss. Nijmegen), Serie O&R deel 89, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Stolz 2015

H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss. Leiden 2015), Den Haag: BJu 2016

Tollenaar 2016

N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2016

De Waele 2009

H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Hof van Justitie* (diss. Nijmegen), Den Haag: BJu 2009

Wolters 2013

P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen), Serie O&R deel 77, Deventer: Wolters Kluwer 2013

3.2 BOEKEN EN NASLAGWERKEN

Arrowsmith 2014

S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, third edition, London: Sweet & Maxwell 2014

Arrowsmith 2018

S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 2, third edition, London: Sweet & Maxwell 2018

Asser/Van den Berg 7-VI 2022

M.A.M.C. van den Berg & S. van Gulijk, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VI. Aanneming van werk*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Asser/Hartkamp 3-I 2019

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Asser/Hijma 7-I 2019

Jac. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Asser/Kortmann 3-III 2017

S.C.J.J. Kortmann (m.m.v. J.S. Kortmann), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Deel III. Vermogensrecht algemeen. Volmacht en vertegenwoordiging*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Asser/Van Schaick 7-VIII 2018

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII. Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, alijdurende rente, spel en wedenschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Asser/Sieburgh 6-I 2020

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Asser/Sieburgh 6-II 2017

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Asser/Sieburgh 6-III 2018

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Asser/Vonken 10-I 2013

A.P.M.J. Vonken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2013

Atiyah 1979

P.S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford: OUP 1979

Basedow 2015

J. Basedow, *The law of open societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Leiden: Brill/Nijhoff 2015

Bleeker, Herber & Van der Zijpp 2016

R.G.T. Bleeker, W.J.M. Herber & B. van Der Zijpp, *UAV-GC 2005. Over problemen bij het werken met geïntegreerde contracten*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2016

Bogdanowicz 2021

P. Bogdanowicz, *Contract Modifications in EU Procurement Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2021

Van Boom e.a. 2001

W.H. van Boom e.a. (red.), *Aanbesteding en aansprakelijkheid*, Den Haag: BJu 2001

Bovis 2015

C. Bovis, *The law of EU public procurement*, Oxford: OUP 2015

Castermans c.s. 2012

A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink, & J.H. Nieuwenhuis, *Foreseen and unforeseen circumstances*, BW-krant Jaarboek vol. 27, Deventer: Kluwer 2012

Castermans & Krans 2019

A.G. Castermans & H.B. Krans, *Samenloop*, Mon. BW A21, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Chao-Duivis 2016

M.A.B. Chao-Duivis, *Serie bouw- en aanbestedingsrecht*, deel 17 nieuwe opzet, eerste druk, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016.

Chao-Duivis en Versteeg 2017

M.A.B. Chao-Duivis en D.R. Versteeg, *Vragen en antwoorden over (wezenlijke) wijzigingen van opdrachten gedurende de looptijd in aanbestedingsrechtelijk perspectief*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2017

Cibinic, Nash & Nagle 2006

J. Cibinic, R. C. Nash & J.F. Nagle, *Administration of Government Contracts*, Washington: CCH 2006

Essers en Lombert 2017

M.J.J.M. Essers & C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, vijfde druk, Deventer: Vakmedianet 2017

Fairgrieve & Lichère 2011

D. Fairgrieve & F. Lichère (red.), *Damages as an effective remedy*, Oxford: Hart 2011

Freudenthal 2013

M. Freudenthal, *Schets van het Europees civiel procesrecht. Europees burgerlijk procesrecht voor de Nederlandse rechtspraak*, tweede druk, Serie BPP nr. 8, Deventer: Wolters Kluwer 2013

Halonen, Caranta & Sanchez-Graells 2019

K.M. Halonen, R. Caranta & A. Sanchez-Graells (red.), *Transparency in EU Procurements. Disclosure Within Public Procurement and During Contract Execution*, Cheltenham: Edward Elgar 2019

Hammerstein & Vranken 2003

A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*. Mon. BW A10, Deventer: Wolters Kluwer 2003

Hartlief & Stolker 1999

T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Wolters Kluwer 1999

Hebly, Brants & Kos 2011

J.M. Hebly, W.J. Brants & M.Z. Kos, *European Public Procurement Law: Legislative History of the 2007 EU Public Procurement Directive on Remedies*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011

Hijma 2012

J.A.C. Hijma, 'The role of the court and of the parties in adapting a contract to unforeseen circumstances' in: A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink, & J.H. Nieuwenhuis, *Foreseen and unforeseen circumstances*, BW-krant Jaarboek vol. 27, Deventer: Kluwer 2012

De Koninck 2004

C. De Koninck, *Overheidsopdrachtenrecht*, Boek I, tweede uitgave, Antwerpen: Maklu 2004

De Koninck, Ronse & Timmermans 2015

C. de Koninck, T. Ronse & W. Timmermans, *European Public Procurement Law. The Public Sector Directive 2014/24/EU Explained through 30 Years of Case Law by the Court of Justice of the European Union*, second edition, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2015

Lasser 2004

M. Lasser, *A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford: OUP 2004

Krans 2010

H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Serie BPP deel 12, Deventer: Wolters Kluwer 2010

Pijnacker Hordijk 1999

E.H. Pijnacker Hordijk & G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht*, tweede druk, Den Haag: SDU 1999

Pijnacker Hordijk 2009

E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht*, vierde druk, Den Haag: SDU 2009

Reurich 2005

L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, Serie R&P deel 135, Deventer: Wolters Kluwer 2005

Ruygvoorn 2006

M. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Mon. Privaatrecht, deel 5, Deventer: Wolters Kluwer 2006

Ruygvoorn 2013

M. Ruygvoorn, *Contracten in de praktijk*, Deventer: Wolters Kluwer 2013

Sanchez-Graells & De Koninck 2018

A. Sanchez-Graells en C. de Koninck, *Shaping EU Public Procurement Law: A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015-2017*, European Monographs nr. 105, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2018

Schelhaas 2017

H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid*, Mon. BW A5, tweede druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Springelkamp 2022

J. Springelkamp, *Kostenverhogend of onvoorzien: een groot verschil of is dát te overzien? Een onderzoek naar de toepassingskaders van par. 47 UAV 2012 en par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005*, IBR scriptiereeks, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2022

Swedish Competition Authority 2012

N.N., *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Swedish Competition Authority 2012

Tjittes 2018

Tjittes, *Commercieel Contractenrecht. Deel I: totstandkoming en inhoud*, Den Haag: BJu 2018

Tjong Tjin Tai 2019

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Meerpartijenovereenkomst en samenhangende overeenkomsten*, Mon. BW nr. A29, Deventer: Wolters Kluwer 2019

De Vries 2016

F.J. de Vries, *De overeenkomst in het algemeen*, Mon. BW nr. B54, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Wibier 2020

R.M. Wibier, *Overgang vorderingen en schulden en afstand vorderingen*, Mon. BW nr. B44, Deventer: Wolters Kluwer 2020

3.3 BOEKBIJDAGEN

Bleeker & Manunza 2014

R.G.T. Bleeker & E.R. Manunza, 'De invloed van het Europees recht op het Nederlandse aanbestedingsrecht' in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014

De Boer 1996

L. de Boer, 'Turnkey en design & construct: concepten, aansprakelijkheid en risico', in: M.A.M.C. van den Berg & C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouwer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Bovis 2016

C. Bovis, 'Judicial activism and public procurement' in: C. Bovis (red.), *Research Handbook in EU public procurement law*, Cheltenham: Edward Elgar 2016

Bruyninckx 2016

T. Bruyninckx, 'Modification of contracts during their term: principle or exception? - a view from the perspective of negative externalities', in: G. Skovgaard Ølykke & A. Sanchez-Graells, *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Cheltenham: Edward Elgar 2016

Caranta 2019

R. Caranta, 'Procurement transparency as a gateway for procurement remedies', in: K.M. Halonen, R. Caranta & A. Sanchez-Graells (red.), *Transparency in EU Procurements. Disclosure Within Public Procurement and During Contract Execution*, Cheltenham: Edward Elgar 2019

Chao-Duivis 2003

M.A.B. Chao-Duivis, 'Aanbestedingsrechtelijke consequenties van contractuele wijzigingen', in: M.A.M.C. van den Berg, M.A.B. Chao-Duivis & H. Langendoen (red.), *Aangenomen werk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2003

Chao-Duivis 2010

M.A.B. Chao-Duivis, 'Contractenrecht en aanbestedingsrecht. Gedachten over beginselen van het contractenrecht en de rol van deze in het aanbestedingsrecht' in: M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen & J.B.M. Vranken, *Alleen samen*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2010

Comba 2013

M.E. Comba, 'Principles of EU Law relevant to the Performance of Public Contracts' in: R. Caranta, G. Edelstam & M. Trybus (eds.), *EU Public Contract Law. Public Procurement and beyond*, Brussel: Bruylant 2013

Comba 2013a

M.E. Comba, 'Retendering or sale of contract in case of bankruptcy of the contractor? Different solutions in an EU and comparative perspective' in: G. Piga & S. Treumer, *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, London: Routledge 2013

Van Ee 2020

David van Ee 'Wijziging van de DBFM overeenkomst', in: A.G. Bregman, E.M. Bruggeman, A.M.B. Chao, N. van Wijk-van Gilst (red.), *Eindafrekening met perpenoten*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2020

Gabayet 2011

N. Gabayet 'A French perspective' in: D. Fairgrieve & F. Lichère, *Public procurement law. Damages as an effective remedy*, Oregon: Oxford & Portland 2011

De Graaf 2020

T. de Graaf 'Combineren van koop en dienstverlening' in: C.G. Breedveld-de Voogd (red.), *Sluistertijd, Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 337 - 349.

Halonen 2019

K.M. Halonen, 'Many faces of transparency in public procurement' in: K.M. Halonen, R. Caranta & A. Sanchez-Graells (red.), *Transparency in EU Procurements. Disclosure Within Public Procurement and During Contract Execution*, Cheltenham: Edward Elgar 2019

Hebly & Heijnsbroek 2013

J.M. Hebly & P. Heijnsbroek, 'When amending leads to ending. A theoretical and practical insight into the retendering of contracts after a material change', in: G. Piga & S. Treumer, *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, London: Routledge 2013

Hebly & Pellegrom 2020

J.M. Hebly & B.J.A. Pellegrom, 'De ACM in het aanbestedingsrecht: toezicht naast boete?' in: C.G. Breedveld-de Voogd (red.), *Sluiterijd, Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Hebly & Wilman 2011

J.M. Hebly & F.G. Wilman, 'Damages for Breach of Procurement Law The Dutch Situation' in: D. Fairgrieve & F. Lichère (red.), *Damages as an effective remedy*, Oxford: Hart 2011

Hondius & Grigoleit 2011

E. Hondius & H.C. Grigoleit (red.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, The Common Core of European Private Law, Cambridge: Cambridge University Press 2011

Houben 2020

I.S.J. Houben, 'Wijziging van duurovereenkomsten: pacta sunt servanda of favor contractus?' in: C.G. Breedveld-de Voogd (red.), *Sluiterijd. Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Huith 2019

G.J. Huith, 'Waarde creëren door veranderende rollen!' in: A.G. Bregman, E.M. Bruggeman, A.M.B. Chao, N. van Wijk-van Gilst (red.), *Eindafrekening met pe-pernoten*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2019

Jansen 2022

C.E.C. Jansen, 'De betekenis van het aanbestedingsrecht voor de uitleg van overeenkomsten', in A.G. Castermans e.a., *Parels aan de kroon. Het bouw- en aanbestedingsrecht en het familievermogensrecht op de bogen van het 30-jarige BW*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Keirse 2010

A.L.M. Keirse, 'Epiloog', in: I. Samoy (red.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Ius Commune Europaeum vol. 90, Antwerpen: Intersentia 2010

Klijn 2016

M.B. Klijn, 'Prijsvorming bij alliantiecontracten' in: M.A.B. Chao-Duvis, J.M. Hebly en E.J. Blom (red.), *Van het gebaande pad*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2016

Marique 2016

Y. Marique, 'Changes during performance. A case for revising the extension of competition', in: K. Wauters and Y. Marique (red.), *EU Directive 2014/24 on public procurement - A new turn for competition in public markets?*, Brussel: Larcier 2016

Plas 2022

H. Plas 'Wezenlijke wijziging en private aanbestedingen' in: A.G. Castermans e.a., *Parels aan de kroon. Het bouw- en aanbestedingsrecht en het familievermogensrecht op de bogen van het 30-jarige BW*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Prieß & Saussier 2013

H.-J. Prieß & S. Saussier, 'Dialogue', in: G. Piga & S. Treumer, *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, London: Routledge 2013

Racca & Cavallo Perin 2015

G.M. Racca & R. Cavallo Perin, 'Material Changes in Contract Management as Symptoms of Corruption: a Comparison between EU and U.S. Procurement Systems', in: G.M. Racca & C.R. Yukins, *Integrity and Efficiency in sustainable public contracts*, Brussel: Bruylant 2015

Van Romburgh 2020

H.D.G. van Romburgh 'Het vizier op de wezenlijke wijziging', in: A.G. Bregman, E.M. Bruggeman, A.M.B. Chao, N. van Wijk-van Gilst (red.), *Eindafrekening met pepernoten*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2020.

Sanchez-Graells 2014

A. Sanchez-Graells, 'Prevention and Deterrence of Bid Rigging: A Look from the New EU Directive on Public Procurement', in: G. Racca & C. Yukins (red.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Brussel: Bruylant 2014

Sanchez-Graells 2016a

A. Sanchez Graells, 'A Deformed Principle of Competition? - The Subjective Drafting of Article 18(1) of Directive 2014/24', in: GS Olykke & A Sanchez-Graells (red.), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules in 2014*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016

Sanchez-Graells 2019

A. Sanchez-Graells, 'Transparency and competition in public procurement: a comparative view' in: K.M. Halonen, R. Caranta & A. Sanchez-Graells (red.), *Transparency in EU Procurements. Disclosure Within Public Procurement and During Contract Execution*, Cheltenham: Edward Elgar 2019

Stijns & Swaenepoel 2010

S. Stijns & E. Swaenepoel, 'De evolutie van de basisbeginselen in het contractenrecht, geïllustreerd aan de hand van het contractueel evenwicht' in: I. Samoy (red.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Ius Commune Europaeum vol. 90, Antwerpen: Intersentia 2010

Tátrai 2016

T. Tátrai, 'EU Public Procurement and probity' in: C. Bovis, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016

Thier 2011

A. Thier, 'Legal history' in: E. Hondius & H.C. Grigoleit (red.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, The Common Core of European Private Law, Cambridge: Cambridge University Press 2011

Treumer 2014

S. Treumer, 'Regulation of contract changes in the new procurement regime' in: F. Lichère, R. Caranta & S. Treumer (eds.), *Modernising public procurement: the new directive*, Copenhagen: Djøf Publishing 2014

Valk 2022

W.L. Valk, 'Contractsoverneming en dynamische uitleg' in: A.G. Castermans e.a., *Parels aan de kroon. Het bouw- en aanbestedingsrecht en het familievermogensrecht op de bogen van het 30-jarige BW*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Wessels 2016

B. Wessels, ‘Vastellingsovereenkomst’, in: H. Schelhaas, A.J. Verheij en B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, SBB6, Deventer: Kluwer 2016

Wissink 2014

M.H. Wissink, ‘Interpretation of Private Law in conformity with EU Directives’ in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The influence of EU law on national private law*, Serie O&R Deel 81-I, Deventer: Wolters Kluwer 2014

Wuijster 2012

R.A. Wuijster, ‘DBFM-overeenkomst’ in: M.A.B. Chao-Duivis (red.), *Praktijkboek contracteren in de bouw*, derde druk, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2012

3.4 PREADVIEZEN**Bruggeman 2020**

E.M. Bruggeman, ‘Inpassen van de afspraken over digitalisering in het bestaande bouwcontractenrecht’ in: A.M. Adriaanse, E.M. Bruggeman en J.T. Voordijk, *Digitale transformatie van het bouwproces en haar juridische en organisatorische aspecten*, VBR preadvies nr. 48, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2020

Hebly 2010

J.M. Hebly, ‘Bewust kiezen voor een nationaal aanbestedingsbeleid’ in: J.M. Hebly, E.R. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, VBR preadvies nr. 38, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2010

Jansen 2009

C.E.C. Jansen, *De aanbestedingsovereenkomst*, NVvA preadvies, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2009

Manunza 2010

E.R. Manunza, ‘Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten’, in: J.M. Hebly, E.R. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, VBR preadvies nr. 38, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2010

Schelhaas 2016

H.N. Schelhaas ‘Uitleg in internationaal perspectief: internationale clausules’ in: H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, VBR preadvies, Zutphen: Paris 2016

Schelhaas & Valk 2016

H.N. Schelhaas en W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, VBR preadvies, Zutphen: Paris 2016

Scheltema 2010

M. Scheltema, ‘Goede marktwerking en publiekrechtelijke beginselen’ in: J.M. Hebly, E.R. Manunza & M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, VBR preadvies nr. 38, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2010

Valk 2016

W.L. Valk: ‘De maatstaf voor uitleg’, in: H.N. Schelhaas en W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, VBR preadvies, Zutphen: Paris 2016

3.5 OVERIG

Anderson, Kavacic & Müller 2017

R.D. Anderson, W.E. Kovacic & A.C. Müller, ‘Promoting competition and deterring corruption in public procurement markets: synergies with trade liberalisation’, *Public Procurement Law Review* 2017, 2, 77-97

Andrecka 2015

M. Andrecka (nu: Andhov), ‘Framework agreements, EU procurement law and the practice’, *Procurement Law Journal* 2015, nr. 2, p. 127 - 149

Aquilina 2018

D. Aquilina, ‘The valuation of contracts for the purposes of the EU Public Contracts Directive’, *Public Procurement Law Review* 2018, 1, p. 1 - 32

Arnaiz & Bernal Blay 2011

T.M. Arnaiz & M.A. Bernal Blay, 'Recent reform of Spanish public procurement legislation in compliance with EU law: the issue of modifications to concluded contracts', *Public Procurement Law Review* 2011, 6, NA256 - 261

Arrowsmith 1997

S. Arrowsmith, 'Amendments to specifications under the European public procurement Directives', *Public Procurement Law Review* 1997, 3, p. 128 - 137

Auricchio 1998

V. Auricchio, 'The problem of discrimination and anti-competitive behaviour in the execution phase of public contracts', *Public Procurement Law Review* 1998, 5, 113 - 130

Basedow 2008

J. Basedow, 'Freedom of contract in the European Union', *European Review of Private Law* 2008-6, p. 901 - 923

Bax 2018

J.H.J. Bax, 'Grensgebied van geschiloplossing en wezenlijke wijzigingen II', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2018/164

Blaisse-Verkooijen 2016

B.J.H. Blaisse-Verkooijen, 'De mogelijkheid om overheidsopdrachten tijdens de looptijd van een overeenkomst aan te passen is te ruim geformuleerd!', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2016/9

Blaisse-Verkooijen 2018

B.J.H. Blaisse-Verkooijen, 'Uitleg van verlengingsoptie', *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht* 2018/160

Blomberg 2019

P. Blomberg, 'A new CEN European standardisation initiative on integrity and accountability in public procurement', *Public Procurement Law Review* 2019, 3, NA83-NA88

Borges de Oliveira, Fabregas & Fazekas 2019

A. Borges de Oliveira, A. Fabregas & M. Fazekas, 'Strategic Sourcing 2.0: Improving Fiscal Efficiency Using Big Data', paper gepresenteerd op Global Revolution IX

Brodec & Janecek 2015

J. Brodec & V. Janecek, 'How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime?' *Public Procurement Law Review* 2015, 3, p. 90 - 105

Brown 2003

A. Brown, 'Green light to Thessaloniki metro contract, despite post-tender modifications', *Public Procurement Law Review* 2003, 4, NA90 and NA91

Brown 2008

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 Case C-454/06', *Public Procurement Law Review* 2008, 6, NA253 - 267

Brown 2015

A. Brown 'When will publication of a voluntary ex ante transparency notice provide protection against the remedy of contract ineffectiveness? Case C-19/13 Ministero dell'Interno v Fastweb Spa', *Public Procurement Law Review* 2015, 1, NA10 - NA16

Brown 2017

A. Brown, 'Whether a new tendering procedure is required when a public contract is amended under a settlement agreement: the EU Court of Justice ruling in case C-549/14 Finn Frogne A/S', *Public Procurement Law Review* 2017, 1, NA5 - NA10

Bogdanowicz 2016

P. Bogdanowicz, 'The Application of the Principle of Proportionality to Modifications of Public Contracts', *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2016, nr. 3, p. 194 - 204

Van Boom 1999

W.H. van Boom, 'De aanbestedende overheid, Beginselen van behoorlijke openbare aanbesteding', *Bouwrecht* 1999

Borger & Van 't Hooft 2013

S.C. Borger & A.-F.M. van 't Hooft, 'De wezenlijke wijziging in het voorstel voor de nieuwe aanbestedingsrichtlijn', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2013, nr. 3, p. 91 - 97

Brown 2010

A. Brown, 'Changing a sub-contractor under a public services concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main (C-91/08)', *Public Procurement Law Review* 2010, 5, NA160 - NA166

Carvalho 2019

R. Carvalho, 'The Directive 2014/24/EU and the Implementation of E-Procurement in Portugal - Part 1', *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2019, nr. 1, p. 43 - 54

Chao-Duivis 2016

M.A.B. Chao-Duivis, 'De (wezenlijke) wijziging tijdens de looptijd van een overeenkomst in de Richtlijn en de aangepaste Aanbestedingswet', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2016/151

Chao-Duivis & Versteeg 2017

M.A.B. Chao-Duivis & D. Versteeg, 'Vragen en antwoorden over (wezenlijke) wijzigingen van opdrachten gedurende de looptijd in aanbestedingsrechtelijk perspectief', online gepubliceerd op www.ibrtracker.nl en www.europadecentraal.nl.

Chen 2016

T.H. Chen, 'De cao-norm en de Haviltex-norm in het aanbestedingsrecht', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun* 2019, nr. 4, p. 17 - 26

La Cour, Milhøj & Ølykke 2015

L. la Cour, A. Milhøj and G.S. Ølykke, 'Transparency notices in the EU public procurement regime: an empirical study of the use of transparency notices in Denmark, Sweden and the United Kingdom', *Public Procurement Law Review* 2015, 5, p. 164 - 192

Cravero 2019

C. Cravero, 'Rethinking the role of Civil Society in Public Procurement', *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2019, nr. 1, p. 30 - 42

Everhardus & Van Deinsen 2020

J.R. Everhardus & N. van Deinsen, 'Overheidsopdracht in de boedel: een beschouwing van het aanbestedingsrechtelijk kader', *Tijdschrift Financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk* 2020, nr. 4, p. 35 - 42

Dekel 2009

O. Dekel, 'Modifications of a Government Contract Awarded following a Competitive Procedure', *Public Contract Law Journal* 2009, vol. 38, nr. 2, p. 401 - 426

Van Ee 2015

D.J.L. van Ee, 'Wijzigingen tijdens de uitvoering van de overeenkomst', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2015/76

Van Ee & Klootwijk 2018

D.J.L. van Ee & B.E.P. Klootwijk, 'Eisen van financiers aan projectdocumentatie bij vastgoedontwikkeling', *Vastgoed fiscaal en civiel* 2018, nr. 5, p. 4 - 10

Engelen 2020

S.S.Y. Engelen in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:26 BW, aant. 3. Online commentaar bijgewerkt tot 15 december 2020

Engels en Verbaken 2020

S. Engels en M.J. Verbaken, 'De niet-rechtsgeldige opzegging van overeenkomsten van opdracht en de mogelijke gevolgen daarvan', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2020/130

Fimerius & De Vries 2018

M.M. Fimerius & W.I. de Vries, 'De verplichting tot aankondiging op TenderNed, bestaat die wel?', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2018, nr. 1, p. 21 - 23

Van Garsse & Verhoeven 2019

S. van Garsse & S. Verhoeven, 'Wijzigingen van overheidsopdrachten ingevolge onvoorzienbare omstandigheden', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun* 2019, nr. 1, p. 5 - 12

Van Garsse, Verhoeven & Verschave 2021

S. van Garsse, S. Verhoeven & A. Verschave, 'Substantial Modifications of Public Contracts and Their Consequences: European and Belgian Procurement Law Perspectives', *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2021, nr. 4, p. 1 - 11

Gelderman 2018

A.B.B. Gelderman, 'De werking van aanbestedingsrechtelijke kernbeginselen in de contractuele fase', *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht* 2018/122

Ginter, Parrest & Simovart 2013

C. Ginter, N. Parrest & M.A. Simovart, 'Access to the content of public procurement contracts: the case for a general EU-law duty of disclosure', *Public Procurement Law Review* 2013, no. 4, p. 156 - 164

Van Gulijk en Muller 2016

S. van Gulijk en L.H. Muller, 'Een gebouw van contracten: de contractengroep als juridisch kader voor bouwprocessen', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2016, nr. 6, p. 174 - 181

Halonen 2015

K.M. Halonen, 'Shielding against damages for ineffectiveness: the limitations of liability available for contracting authorities - a Finnish approach', *Public Procurement Law Review* 2015, 4, p. 111 - 121

Halonen 2016

K.M. Halonen, 'Disclosure rules in EU public procurement: balancing between competition and transparency', *Journal of Public Procurement* 2016, vol. 16, 4, p. 528 - 553

Halonen 2017

K.M. Halonen ‘Termination of a Public Contract - Lifting the Veil on Art. 73 of 2014/24 Directive’, *Public Procurement Law Review* 2017, 5, p. 187 - 198

Hansen, Treumer & Andhov 2018

O. Hansen, S. Treumer & M. Andhov, ‘Social services and contract changes: the legality of social service outsourcing practices in EU procurement law’ *Public Procurement Law Review* 2018, 5, p. 217 - 233

’t Hart 2012

G. ’t Hart, ‘Herziening van de richtlijnen: blijft aan deze nieuwe zakken het meel hangen?’ *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2012, nr. 2, p. 125 - 141

Hartlev & Liljenbol 2013

K. Hartlev and M.W. Liljenbol, ‘Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender’, *Public Procurement Law Review* 2013, 2, p. 51 - 73

Haverkort & Ter Mors 2013

L.E.M. Haverkort en A. ter Mors, ‘Een boeiend intermezzo: Aanbestedingswet 2012 (deel I)’, *Bouwrecht* 2013/49

Hebly & Van den Boogaart 2017

J.M. Hebly & S. van den Boogaart, ‘Modification of public contracts in The Netherlands’, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2017, nr. 2, p. 206 - 210

Hebly & Heijnsbroek 2012

J.M. Hebly en P. Heijnsbroek, ‘Wezenlijke wijzigingen na Europese aanbesteding’, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2012, nr. 3, p. 94 - 106

Hebly & Klijn 2008

J.M. Hebly & M.B. Klijn, ‘Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht’, *Bouwrecht* 2008/157

Hebly & Meesters 2016

J.M. Hebly & J.W.A. Meesters, 'Een race tegen de klok: over de consequenties van niet-tijdige omzetting van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun* 2016/18

Hebly & Plas 2021

J.M. Hebly & H. Plas in: *T&C Aanbestedingsrecht*, commentaar op Wet NERpe

Van Heeswijck 2015

A.J. van Heeswijck, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2015/22

Van Heeswijck 2016

A.J. van Heeswijck, 'Beëindiging van wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2016/10

Van Heeswijck 2021

A.J. van Heeswijck, 'Handhaving van duurzaamheidsverplichtingen bij aanbestedingen', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2021/20

Heikens 2021

J.M. Heikens 'Opzegging van huurovereenkomsten voor (on)bepaalde tijd (met en) zonder contractuele of wettelijke beëindigingsregeling ex artikelen 6:248 BW en 7:228 BW', *WR Tijdschrift voor Huurrecht* 2021/18

Herber 2022

W.J.M. Herber, 'Par. 47 UAV 2012', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2022/26

Hoepffner 2016

H. Hoepffner, 'La modification des contrats', *Revue Française de Droit Administratif* 2016, Dalloz, pp. 280

Houben 2017

I.S.J. Houben, 'Autonomie in het contractenrecht: de bescherming van de ondernemer', *Ars Aequi* juli/augustus 2017, p. 600 - 609

Huith 2019a

Legalflix-uitzending van 30 april 2019 getiteld ‘Contra proferentem uitleg kan leiden tot manipulatie!’, beschikbaar op www.avdrlegalflix.nl.

Jansen 2011

C.E.C. Jansen, ‘Uitleg van overeenkomsten die na een aanbestedingsprocedure tot stand zijn gekomen’ *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2011/41

Jansen 2012

C.E.C. Jansen, ‘Wijzigen van overheidscontracten die door middel van een gereuleerde aanbestedingsprocedure tot stand komen’, *Contracteren* 2012/2, p. 49 - 63

Jansen & Prent 2016

C.E.C. Jansen & S. Prent, ‘Aanvulling van overeenkomsten die na een Europese aanbestedingsprocedure tot stand zijn gekomen’, *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht* 2016/30

Kahn 1986

S.G. Kahn, ‘Unilateral modification clauses in long term contracts’, *International Business Law Review* 1986, nr. 2, p. 145

Kaleda 2014

S.L. Kaleda, ‘Claims for damages in EU procurement and effective protection of individual rights’, *European Law Review* 2014, 39(2), p. 193 - 209

Van der Kemp 2010

J.J. van der Kemp, ‘Aanbestedingsrecht voor de fusie- en overnamepraktijk’, *Vennootschap & Onderneming*, 2010, nr. 9, p. 162 - 165

Kleijn & Ten Cate 2014

P. Kleijn & C. ten Cate, ‘Aanbestedingsrechtelijke beperkingen bij een doorstart; bieden de nieuwe Europese richtlijnen uitkomst?’ *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2014/29

Klijn 2010

M.B. Klijn, 'PPS-light: voordelen van DBFM(O) ook haalbaar voor kleine(re) projecten?', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2010/164

Klijn & Van den Boogaart 2013

M.B. Klijn & S. van den Boogaart, 'Wezenlijke wijziging tijdens aanbesteding of opdracht, aan de hand van het Commissievoorstel', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2013/97

Kloppenburger 2019

L.M. Kloppenburg, 'Lotsverbonden overeenkomsten en de ontbindende voorwaarde', *Contracteren* 2019, nr. 4, p. 138 - 144

Koster-Robaard 2021

J. Koster-Robaard, 'Kansen in relatie tot wezenlijke wijziging', *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht* 2021/68

Kotsonis 2014

T. Kotsonis, 'The 2014 Utilities Directive of the EU: codification, flexibilisation and other misdemeanours', *Public Procurement Law Review* 2014, 4, p. 169 - 187

Krans 2017

H.B. Krans, 'Rechtsvorming van onderaf', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2017/25

Van der Kruk & Möhring 2021

A. van der Kruk & M.E.A. Möhring in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW, commentaar op art. 6:248 BW.

Kuypers & De Wit 2018

P.H.L.M. Kuypers & M. de Wit, 'De concessie in het Nederlandse aanbestedingsrecht', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2018/72

De Leeuwe & Ligthart 2022

T.L. de Leeuwe & N. Ligthart, 'De eindafrekening volgens §16 lid 10 UAV-GC', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2022/4

De Loos-Wijker 2020

S.A.M. de Loos-Wijker in: GS Vermogensrecht, art. 3:41 BW, aant. 5.1, actueel t/m 15 september 2020

Mutsaers 2021

M.J. Mutsaers in: *T&C Aanbestedingsrecht*, commentaar op art. 2.79 Aanbestedingswet 2012

Nuninga 2019

W.Th. Nuninga, 'Het recht op een kans', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2019/8

Olivera 2015

R.D. Olivera, 'Modification of public contracts. Transposition and interpretation of the new EU directives', *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2015, 1, p. 35 - 49

Oudenaarden & Krijbolder 2022

C.W. Oudenaarden & J.S.C. Krijbolder, 'Bescherming van bedrijfsvertrouwelijke informatie door de aanbestedende dienst. Een kwestie van balans', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht & Staatssteun* 2022, nr. 1, p. 7 - 16

Pannebakker 2017

E. Pannebakker, 'Contractonderhandelingen met een letter of intent: het opstellen van bedingen', *Contracteren* 2017, nr. 4, p. 127 - 132

Plas 2016

H. Plas, 'Opzeggen van een wezenlijk gewijzigde overeenkomst, of toch niet?', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2016/97

Plas 2017

H. Plas 'De (on)mogelijkheid een wezenlijk gewijzigde opdracht te beëindigen', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2017/42

Plas 2018a

H. Plas, ‘Hoofdstuk 2.5 Aw 2012: kansen, kritiek en consequenties’, *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht* 2018/11

Plas 2018b

H. Plas ‘Van onderaannemer wisselen: toegestaan of twijfelachtig?’, *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht* 2018/159

Plas 2020

H. Plas, ‘Deze snelwegconcessie is wel/niet/deels wezenlijk gewijzigd’, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun* 2020, nr. 1, p. 31 - 34

Plas 2020a

H. Plas, ‘Coronacrisis, een onvoorzienbare omstandigheid?!’ *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht* 2020/191

Plas 2021

H. Plas, ‘Amendments to public contracts: in search of a sufficient degree of transparency’, *Public Procurement Law Review* 2021, 1, p. 1 - 28

Plas 2022a

H. Plas, ‘Wijziging van opdrachtnemer vanwege rechtsopvolging - en het pragmatisme in Advania’, *Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht en Staatssteun*, 2022/43

Poulsen 2012

S.T. Poulsen, ‘The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law’, *Public Procurement Law Review* 2012, 5, p. 167 - 187

Prechal & Widdershoven 2011

S. Prechal & R. Widdershoven, ‘Redefining the Relationship between ‘Rewe-effectiveness’ and Effective Judicial Protection’, *Review of European Administrative Law*, 2011, vol. 4, nr. 2, p. 31 - 50

Prent 2022

S. Prent, 'De redelijk handelende aanbesteder', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht & Staatssteun* 2022, nr. 1, p. 40 - 49

Racca & Cavallo Perin 2013

G.M. Racca & R.C. Perin, 'Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption', *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013, 4, p. 279 - 293

Racca, Cavallo Perin and Albano 2011

G.M. Racca, R. Cavallo Perin & G.L. Albano, 'Competition in the Execution Phase of Public Procurement', *Public Contract Law Journal* 2011, 41, p. 89 - 108

Raimundo 2017

M.A. Raimundo, 'Good Contracting Authorities Can Predict the Future: A Note on Finn Frogne', *European Papers*, Vol. 2, 2017, nr. 2, p. 411 - 423

Rasenberg 2017

F.M.M. Rasenberg, 'Nieuw kader voor het wijzigen van een contract na aanbesteding', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2017/1

Risvig Hamer 2014

C. Risvig Hamer 'Regular purchases and aggregated procurement: the changes in the new Public Procurement Directive regarding framework agreements, dynamic purchasing systems and central purchasing bodies', *Public Procurement Law Review* 2014, 4, p. 201 - 210

Sanchez-Graells 2013

A. Sanchez-Graells, 'The Difficult Balance between Transparency and Competition in Public Procurement', University of Leicester School of Law Research Paper No. 13-11, <https://ssrn.com/abstract=2353005>

Sanchez-Graells 2015

A. Sanchez-Graells, 'Non paper for the EC Stakeholder Expert Group on Public Procurement', op 19 September 2015 gepubliceerd op <https://www.howtocrackanut.com>

Sanchez-Graells 2016

A. Sanchez-Graells, 'CJEU ignores commercial reality and sets unjustified contractual boilerplate requirements for contractual modifications (C-549/14)', blog 15 september 2016 op www.howtocrackanut.com [laatst bezocht: 26 oktober 2020]

Sanchez-Graells 2016b

A. Sanchez-Graells, 'Assessing the Public Administration's Intention in EU Economic Law: Chasing Ghosts or Dressing Windows?', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2016, vol. 18, p. 93 - 121

Sanchez-Graells 2018

A. Sanchez-Graells, 'Distortions of competition by contracting authorities—Bringing some of the pieces together', 22 juni 2018, <https://ssrn.com/abstract=3201198>

Sanchez-Graells 2019a

A. Sanchez-Graells, 'Data-Driven and Digital Procurement Governance: Revisiting Two Well-Known Elephant Tales', 21 augustus 2019 <https://ssrn.com/abstract=3440552>

Van Schaik 2018

A.C. van Schaik, 'Partiële vernietigbaarheid', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2018/27

Schelhaas 2019

H. N. Schelhaas, 'Het Engelse Supreme Court over het wijzigingsbeding in commerciële contracten', *Contracteren* 2019, nr. 1, p. 32 - 40

Schelhaas 2021

H.N. Schelhaas 'Contractuele vaccinatieplichten, coronaclausules en wijziging van overeenkomsten. Contractsvrijheid in tijden van corona', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2021, nr. 6, p. 195 - 205

Schelhaas & Spanjaard 2018

H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Beëindigingsbedingen zijn helemaal het einde, of toch niet?' *Contracteren* 2018, nr. 2, p. 46 - 53

Simovart 2015

M.A. Simovart, 'Old remedies for new violations? The Deficit of Remedies for Enforcing Public Contract Modification Rules', *Upphandlingsrättslig Tidskrift* 2015/1, p. 33 - 47

Simovart 2016

M.A. Simovart, 'Is there a devil in the details? Modifications of public contracts in the EU and the US', 11 *European Procurement and Private Partnership Review* 2016, 4, p. 292 - 300

Simovart 2017

M.A. Simovart, 'The right of termination under Art 73 (a) of the Directieve 2014/24/EU: the case of Estionia', paper gepresenteerd op Public Procurement: Global Revolution VIII, Nottingham 12 en 13 juni 2017

Smits-Govaerts 2022

C.M.I. Smits-Govaert, 'Succesvolle performance belonen: een 'portfolio-aanpak' bij de gunning van opeenvolgende overheidsopdrachten', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2022/67

Sprik & Vermeulen 2017

M.S. Sprik & L.J. Vermeulen, 'Is vervanging van de gefailleerde opdrachtnemer onder de herziene Aanbestedingswet toegestaan?', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2017/30

Springelkamp 2021

J. Sprinkelkamp, 'Toepassing van par. 47 UAV 2012: draait het om de harde cijfers of - toch weer - de omstandigheden van het geval?', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2021/139

Swann 2013

C.D. Swan, 'Lessons from across the Pond: Comparable Approaches to Balancing Contractual Efficiency and Accountability in the U.S. Bid Protest and European Procurement Review Systems', *Public Contract Law Journal*, Vol. 43, no. 1, 2013, p. 29 - 56

Tjittes 2016

R.P.L. Tjittes, 'De aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen - een kritisch overzicht', *RM Themis* 2016-5, p. 237 - 268

Tjittes & Telepta 2020

R.P.J.L. Tjittes & J.V. Telepta, 'De COVID-19-crisis en de 'share the pain'-benadering bij onvoorziene omstandigheden', *Tijdschrift voor de ondernemingsrecht-praktijk* 2020, nr. 4, p. 18 - 21

Treumer 2007

S. Treumer 'Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules - the end of the status of concluded public contracts as sacred cows', *Public Procurement Law Review* 2007, 6, p. 371 - 386

Treumer 2012

S. Treumer, 'Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011', *Public Procurement Law Review* 2012, 5, p. 153 - 166

Treumer 2014a

S. Treumer, 'Transfer of contracts covered by the EU public procurement rules after insolvency' *Public Procurement Law Review* 2014, 1, p. 21 - 31

Treumer 2014b

S. Treumer, 'Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive', *Public Procurement Law Review* 2014, 3, p. 148 - 155

Valk 2018

W.L. Valk, 'Verder denken over uitleg van rechtshandelingen: kan het eenvoudiger?', specifiek de uitgebreidere internetversie van het artikel dat onder dezelfde titel is verschenen in *Nederlands Juristenblad* 2018/1360, afl. 27, p. 1950 - 1957

Versteeg 2019

D.R. Versteeg, 'Wijzigingen door de jaren heen', *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht* 2019/8

Volpato 2021

A. Volpato, 'Part of EU Law" but only partially: The issue of accessibility of harmonised standards' REALaw.blog 6 oktober 2021, beschikbaar via <https://wp.me/pcQ0x2-7F>

De Waele 2010

H.C.F.J.A. de Waele, 'Plus que la bouche de la loi européenne. Over rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie', *Ars Aequi* juni 2010, p. 439 - 443

Van Wassenauer van Catwijck 2005

A.G.J. van Wassenauer van Catwijck, 'Aanbesteden van PPS-projecten onder de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (nr. 2004/18/EG) en onder het ARW 2004', *Bouwrecht* 2005/149

Van Wechem & H.N. Schelhaas 2017

T.H.M. van Wechem & H.N. Schelhaas, 'Yes or no to no oral modification clauses?', *Contracteren* juni 2017, nr. 2, p. 47 - 52

Van Wechem & Rijsterborgh 2020

T.H.M. van Wechem & A.J. Rijsterborgh, 'Kan een non disclosure agreement worden ontbonden?', *Contracteren* 2020, nr. 3, p. 78 - 84

De Wijs & Van der Kooij 2015

M. de Wijs & P. van der Kooij, 'Vernietiging van de onrechtmatig gegunde overeenkomst', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun* 2015/35

Yukins 2014

R. Yukins, 'The European Procurement Directives and The Transatlantic Trade & Investment Partnership (TTIP): Advancing U.S. - European Trade and Cooperation in Procurement', *GWU Legal Studies Research Paper* No. 2014-15. Online beschikbaar op: <http://ssrn.com/abstract=2433219>

4. Overige bronnen

Cabinet Office response 2021

Cabinet office, *Transforming Public Procurement: Government response to consultation*, december 2021, beschikbaar via https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1038516/Transforming_Public_Procurement-_Government_response_to_consultation.v3_.pdf [laatst bezocht op 23 april 2022]

Cahier travaux 2021

Cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux (versie 2021), beschikbaar via <https://www.economie.gouv.fr/daj/cahiers-clauses-administratives-generales-et-techniques>

Cobouw 6 november 2019

Interview met Fijneman in: N.N., ‘Geld mag géén rol spelen bij tender twee-fasen-contract: modegriep of wondermiddel?’, *Cobouw* 6 november 2019

CROW 2014

CROW vastgestelde RAW-teksten, ‘RAW-raamovereenkomst’, Beheerraad Aanbesteden en Contracteren 6 november 2014

Europese Commissie 2014

Europese Commissie, ‘EU Anti-Corruption Report’, Brussel 3 februari 2014, (COM(2014) 38 final).

Europese Commissie 2015

Europese Commissie, *Leidraad voor professionals ter vermindering van veelvoorkomende fouten bij door Europese structuur- en investeringsfondsen gefinancierde projecten*, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie, 2015

Europese Commissie 2017

Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad betreffende de doeltreffendheid van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG, met betrekking tot beroepsprocedures inzake overheidsopdrachten, COM/2017/028 final

Europese Commissie 2018

European Commission, *Overheidsopdrachtenrichtsnoeren voor professionals ter vermijding van veelvoorkomende fouten bij door Europese structuur- en investeringsfondsen gefinancierde projecten*, 2018.

Europese Commissie 2018a

Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Europese Commissie, 'EXEP Report on contract registers', Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018

Europese Commissie 2019

European Commission (DG GROW, G), *Public procurement indicators 2017*, 2019. Beschikbaar via: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38003>.

Fiche DAJ 2019

Direction des affaires juridiques, 'Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution', bijgewerkt tot 1 april 2019

Fiche DAJ 2019a

Direction des affaires juridiques, 'La publication des données essentielles de la commande publique', bijgewerkt tot 1 april 2019

Fiche DAJ 2020

Fiche DAJ 2020, 'Les marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables', bijgewerkt tot 1 januari 2020

FIDIC Emerald Book

FIDIC Conditions of Contract for Underground Works

Homolová 2023

A. Homolová, 'Nederland is het minst transparante EU-land bij openbare aanbestedingen', *Follow the Money* 12 januari 2023

Green Paper 2020

Cabinet Office, *Transforming public procurement*, december 2020.

Guide de l'achat public 2019

Direction des Achats de l'État, 'Guide de l'achat public : Achats informatiques et propriété intellectuelle' maart 2019.

Koenen 2017

I. Koenen, 'Oud-Pianoo directeur: Schaf Aanbestedingswet af', Cobouw 23 maart 2017.

Mededeling Europese Commissie 2017

Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'Succesvolle overheidsopdrachten in Europa', Brussel, 3 oktober 2017, COM(2017) 572 final

Modelbepalingen Algoritmische toepassingen gemeente Amsterdam

Modelbepalingen voor gemeenten voor verantwoord gebruik van Algoritmische toepassingen van de gemeente Amsterdam

Monitor aanbestedingen 2017 - 2019

Team Significant Synergy, *Monitor aanbestedingen in Nederland 2017 - 2019. Onderzoek naar de waarde van, het aantal aanbestedingen en de mkb-deelname daarbinnen*, 26 april 2021

OESO 2013

OESO-rapport 'Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement: Progress since 2008, OECD Public Governance Reviews', OECD Publishing 2013

OESO 2019

OECD, 'Size of public procurement', 2019. Beschikbaar via: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/fc0c31c5-en/index.html?itemId=/content/component/fc0c31c5-en#:~:text=The%20sheer%20size%20of%20public,to%2019.5%25%20in%20the%20Netherlands> [laatst bezocht op 13 november 2021]

Persbericht Europese Commissie 30 april 2003

Persbericht van de Europese Commissie, 'Public procurement: Commission gives green light to Thessaloniki metro contract' van 30 april 2003 (IP/03/601)

Rapport Rijksoverheid 2009

Rijksoverheid, *De concurrentiegerichtte dialoog. Een handreiking op basis van de ervaringen tot nu toe van de Rijksgebouwendienst, Rijkswaterstaat en Defensie*, Rijksoverheid: Den Haag 2009

SDO notitie 2019 van de NBA

Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants, *Uitvoering van de controle op aanbestedingsrechtmatigheid bij de jaarrekeningcontrole van decentrale overheden*, 17 januari 2019, beschikbaar op www.nba.nl [laatst bezocht op 13 november 2021]

Significant 2016

N.N. *Het inkoopvolume van de Nederlandse overheid*, Barneveld 15 september 2016

United Nations Convention against Corruption 2008

United Nations Convention against Corruption: implementing procurement-related aspects, Nusa Dua Indonesia, 28 January-1 February 2008, second session, CAC/COSP/2008/CRP.2

Vraag nr. 48786 lid Verdier

Vraag nr. 48786 van het lid Verdier over herhalingsopdrachten, beantwoord op 19 augustus 2014, beschikbaar via <https://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-48786QE.htm> [laatst bezocht 13 november 2021]

Trefwoordenregister

	<i>Paginanummer</i>
A	
Aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf	162, 191, 194-198
Aanzienlijke wijzigingen	90-93
Administratieve lasten	98, 185, 190, 201, 210
Algemene aard van de opdracht	28, 55, 133, 134, 136, 137, 141-144 , 155, 166, 168, 172, 247
Alternatieve sancties	225, 233-237
B	
Bedrijfsgeheimen	186-189, 211
Beëindigingsmogelijkheden	214, 216-222
Beëindigingsrecht	78
Beëindigingsverplichting	213-216
Bepaalbaarheid	51-55, 57, 62, 68
Bewijslast(verdeling)	59, 63, 182, 189, 238-240, 243
Boete	97, 159, 164, 233, 234-237, 243
C	
Commercieel gevoelige informatie	186-190, 202, 203, 211
Continuïteit(sverplichting)	2, 26, 29, 39, 108, 180, 181, 182, 233
Contractregisters	185, 186, 198, 202
Contractvrijheid	1, 4, 7, 20, 21, 25, 30, 31, 39, 86, 102, 157, 160, 161
Corruptie	17, 184, 236
Coulance	159, 160
D	
Dwingende reden van algemeen belang	73, 232-234
F	
Faillissement	7, 74, 75, 81, 139

Faillissementswet 81

G

Gesloten stelsel 62, 127-131, 152, 163, 173, 174, 178, 245

Gold-plating 208

H

Herzieningsclausules 41-55, 57, 63, 70, 72, 81, 87, 97, 129, 138, 142, 145, 146, 155, 166, 197, 201, 247

Herhalingsopdracht 41, 56-69, 87, 155, 247

Herstructurering 7, 62, 70, 72, 73, 140, 141, 152-154, 247

Herzieningsopties 45-48, 51, 53

I

Intentieverklaring 68, 69

Interpretatie 19, 105-125, 214, 246

Ipso facto-clause 80-82

K

Kennisvoorsprong 210, 211

Kostenverhogende omstandigheden 1, 164, 170-174, 178, 246

N

Netto cumulatieve waarde 149, 150, 247

Niet-wezenlijke wijziging 129, 137, 138, 166, 229, 230

Noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden 61, 129, 134-137, 150, 166, 191, 193, 247

Noodzakelijkheidsvereiste 137, 193, 194

O

Omzeiling 15, 43, 61, 131, 152, 181, 184, 230

Onverbindendheid 195, 209, 216, 224, 225

Onvoorzienbare omstandigheden 61, 129, 134-137, 142, 150, 156, 164, 168, 169, 170, 191, 193, 247

Onvoorziene omstandigheden	1, 4, 5, 26, 134, 135, 163-170, 178, 217, 219, 246
Oorspronkelijke waarde	144-146, 247
Opties	41, 44-63, 70-87, 129, 142, 145, 146, 148, 149, 166, 195, 201, 207, 237, 247
Opzegging	5, 215-224, 226, 242
Opzegtermijn	222, 223

P

<i>Pacta sunt servanda</i>	75, 157-161, 213
Private aanbesteding	7, 102

R

Rechtsmisbruik	16, 17, 26
Rechtsvorming	8, 18-22
Rechtszekerheid(sbeginsel)	14, 74, 130, 139, 141, 174, 197, 213, 228-230
Redactieverplichting	106, 107, 246
Redelijkheid en billijkheid	1, 5, 32, 43, 52, 67, 116, 160, 163-167, 174, 177, 219, 221, 222

S

Samenhangende overeenkomst	64-67
Schadevergoeding	140, 170, 193, 214, 216, 229, 230, 232-243
Schikkingsmogelijkheden	43, 161-163, 173, 195, 196
<i>Scope of contract</i> (-discussie)	29, 190-193
Soortgelijkheid	56, 58, 60-67, 69, 155

T

<i>Transparency first</i>	198, 199

U

UAV 2012	53, 55, 82, 122, 140, 171, 172
UAV-GC 2005	45, 53, 122, 140, 171
Uitvoeringsautonomie	157-161

V

Vaststellingsovereenkomst	4, 127, 161, 162, 163, 219, 220, 231
Vendor lock-in	131, 183
Vernietiging	27, 65, 66, 67, 191, 194, 198, 209, 212, 213, 217, 219, 220, 224-234
Vervaltermijnen	190, 228-230
Vervangingsbeding	62, 70-87
Voortbouwende overeenkomst	64, 65

W

Waakhondfunctie	180, 182, 184
Waarde voor de publieke middelen	180-183, 210, 223
Wachtkamerconstructie	73-77, 82, 83, 85, 211, 224
Wet NERpe	2, 35, 227, 236
Wezenlijke wijziging	
<i>Bij heraanbesteding</i>	98-101
<i>Mislukte aanbesteding</i>	12, 94-98
<i>Nieuwe overheidsopdracht</i>	13, 15, 16, 19, 20, 26, 180, 206, 208, 209
<i>Onderaannemer</i>	16, 17, 70, 71, 82-87
<i>Onrechtmatige daad</i>	33-37, 86, 174, 237-241, 243
<i>Peilmoment</i>	228-230
<i>Rechtsgevoel</i>	22-29
<i>Rol van intentie</i>	13, 17, 18, 115, 237
<i>Materieel verschil</i>	36
<i>Tijdens aanbestedingsprocedure</i>	90-94
Wijzigingenmandje	129, 133, 134, 144, 146, 147-149, 164, 166, 185, 201, 236, 247
Wijzigingsvrijheid	1, 2, 6, 7, 20, 21, 24-27, 103, 133, 139, 141, 151, 183
Wilsovereenstemming	50, 68, 75, 118, 130, 217, 236, 241

Z

Zorgplicht	29-37, 160
Zorgvuldigheid(sverplichting)	11, 34, 39-43, 74, 75, 77, 87, 107, 134-136, 151, 152, 166, 167, 171, 186, 188, 195-198, 215, 223, 224, 236, 237, 243, 246, 247

Curriculum vitae

Mr. drs. Erik Plas is in 1988 geboren te Deventer. In 2005 behaalde hij zijn HAVO-diploma aan de Jacobus Fruytier scholengemeenschap en in 2006 zijn VWO-diploma. Van 2006 tot 2010 studeerde hij Franse taal en cultuur aan de Universiteit Utrecht, met inbegrip van een semester aan de Université Marc Bloch te Straatsburg. Daarna studeerde hij van 2011 - 2014 rechten aan de Radboud Universiteit te Nijmegen, alwaar hij zijn master International and European Law *cum laude* behaalde. Tijdens zijn master heeft hij een semester aan de Université de Strasbourg te Straatsburg de historische dimensies van het recht in Europa bestudeerd. In 2015 is Erik als wetenschappelijk medewerker begonnen bij Infense advocaten. Op dat nichekantoor werkt hij sinds 2021 als advocaat met specialisatie het aanbestedingsrecht en het bouwcontractenrecht. In 2016 is hij gestart met zijn onderzoek als buitenpromovendus aan de Rechtenfaculteit van de Universiteit Leiden. Daarnaast is hij gastdocent aan de Vrije Universiteit en de Universiteit Twente. Erik publiceert regelmatig artikelen en boekbijdragen, ook in Engelstalige tijdschriften. Hij is coauteur van de *Tekst&Commentaar* Aanbestedingsrecht. Sinds 2022 is hij voorzitter van de commissie van beheer van de CGK Apeldoorn-Centrum.

ISBN 978-94-6315-087-3
NUR 822



9 789463 150873 >