



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).

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 verbintenissenrechtelijke 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 ongenuanceerde 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 uitsluitsel 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 Richtlijnbevestigingen, 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 verbinteniserightelijke 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 bepaaldheidsvereiste 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 verbintenissenrechtelijke 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 verbintenisrechtelijk 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 onvoorziene 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 Catwijck 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 concurrentiegerichte 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 verbintenisrechtelijke 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 reservebankovereenkomst 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 wetbepaling 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 verbintenissenrechtelijk 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-wc’, 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.

