



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).

Wijzigingen en de aanbestedingsprocedure

4.1 INLEIDING

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

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

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

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

4.2 WIJZIGINGEN TIJDENS DE AANBESTEDINGSPROCEDURE

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

4.2.1 Aard van de wijziging

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.2 Moment van de wijziging

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.3 Een alternatief voor twijfelgevallen

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

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

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

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

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

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

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

4.3 DE MISLUKTE AANBESTEDINGSPROCEDURE

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

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

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

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

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

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

4.3.1 Het verbod

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3.2 De motivering

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

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

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

38 Fiche DAJ 2020, § 1.1.2.2.

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

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

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

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

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

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

4.4 WEZENLIJKE WIJZIGING EN HERAANBESTEDING

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.5 SLOTOPMERKINGEN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.6 BEANTWOORDING DEELVRAAG 3

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

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

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

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

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

