



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 tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst

6.1 INLEIDING

Soms sluiten voorbereiding en uitvoering naadloos op elkaar aan. Soms komt tijdens de uitvoering de wens of noodzaak tot wijziging op. Verbintenisrechtelijk staat het partijen in beginsel vrij daar afspraken over te maken, onder meer via meerwerk of een vaststellingsovereenkomst. Mochten zij er onverhoopt niet uitkomen, dan kan één van hen in rechte wijziging vorderen. Dergelijke instrumenten krijgen ten aanzien van aanbestede overeenkomsten echter een andere kleur vanwege het verbod om wezenlijk te wijzigen. Maar welke kleur? Daar wordt in dit hoofdstuk nader op ingegaan. Daarbij staat de volgende deelvraag centraal: welke ruimte bestaat er aanbestedingsrechtelijk om een aanbestede overeenkomst tijdens de uitvoering te wijzigen?

Om het antwoord op die vraag te geven, wordt eerst geanalyseerd of een open of gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden is geïntroduceerd (§ 6.2). Aangenomen dat een gesloten stelsel is geïntroduceerd, wordt in § 6.3 stilgestaan bij de toegenomen mogelijkheden om te wijzigen. Die toename laat onverlet dat, vanwege onduidelijkheden en onvolkomenheden, enige onzekerheid bestaat over de omvang van die ruimte (§ 6.4). Op basis van deze aanbestedingsrechtelijke analyse wordt in § 6.5 en 6.6 de aandacht gevestigd op de interactie met enkele verbintenisrechtelijke leerstukken, specifiek trouw aan het gegeven woord en onvoorziene omstandigheden. In § 6.7 wordt bepleit om de wijzigingsmogelijkheden uit te breiden naar aanbestede overeenkomsten die niet onder de reikwijdte van deel 2 Aanbestedingswet vallen. In § 6.8 wordt deelvraag 5 beantwoord.

6.2 EEN GESLOTEN STELSEL

Startpunt is de vraag hoe in hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet de wijzigingsmogelijkheden geregeld zijn: als een gesloten stelsel of als een open stelsel waarin voor-

beelden zijn neergelegd.¹ Voor de beantwoording van die vraag is art. 2.163a Aanbestedingswet van bijzonder belang: *“Een wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan kan uitsluitend zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet plaatsvinden in de in dit hoofdstuk bedoelde gevallen.”*² Het woord *“uitsluitend”* biedt een sterke aanwijzing voor de lezing dat een gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden is beoogd.

Hoewel de Richtlijnen het woord *“uitsluitend”* niet hanteren, bevat art. 72 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU vergelijkbare bewoordingen: *“Voor andere wijzigingen dan de in de leden 1 en 2 genoemde wijzigingen die tijdens de looptijd van een overheidsopdracht of een raamovereenkomst dienen te worden aangebracht, is een nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn nodig.”* De Duitse, Engelse, Franse, Italiaanse en Spaanse zijn minstens zo expliciet: een nieuwe aanbestedingsprocedure is dan *“erforderlich”*, *“required”*, *“requisie”*, *“richiesta”*, *“prescriptivo”*. De tekst van de Richtlijn biedt dus geen ruimte voor de uitleg dat slechts voorbeelden van wijzigingsmogelijkheden worden geboden.

Toch hebben gerenommeerde auteurs die uitleg betwijfeld of zelfs van de hand gewezen. Zo werpt Chao-Duvis de vraag op of deze regeling uitputtend is.³ Treumer en Arrowsmith betogen zelfs dat deze bepaling niet als harde regel moet worden gelezen, maar als beginselverklaring. Er zou ruimte bestaan voor andere mogelijkheden, zoals in geval van een tekortkoming. Arrowsmith ziet die ruimte in de omstandigheid dat de Uniewetgever met art. 72 Richtlijn 2014/24/EU beoogt jurisprudentie van het HJEU te codificeren en daaruit enkele elementen wenst te verduidelijken. Zodoende zou geen uitputtende regeling zijn getroffen voor zaken die nog niet in de jurisprudentie aan de orde zijn gesteld.⁴

Gelet echter op de dwingende formulering lijkt deze lezing niet aannemelijk. Als de Uniewetgever die ruimte had willen bieden, had een andere redactie voor de

1 Via art. 2.140 lid 2, 2a.53 en 3.80d Aanbestedingswet gelden deze regels ook voor raamovereenkomsten, concessies, en speciale sectoropdrachten. Art. 2.140 lid 2 Aanbestedingswet is niet bedoeld als schakelbepaling, vgl. MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 141. Echter, art. 72 Richtlijn 2014/24/EU en art. 89 Richtlijn 2014/25/EU zijn ook van toepassing op raamovereenkomsten, terwijl hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet daarover niet rept. Vgl. HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*, r.o. 68 - 70) en HJEU 14 juli 2022, C-274/21 en C-275/21 (*EPIC Financial Consulting*, r.o. 65 - 68).

2 Hiermee wordt art. 72 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Zie ook MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 155. Onjuist is dus de stelling van Chao-Duvis 2016, § 3.2.2 dat deze bepaling niet is geïmplementeerd.

3 In gelijke zin: art. 43 lid 5 Richtlijn 2014/23/EU en art. 89 lid 5 Richtlijn 2014/25/EU.

4 Treumer 2014b, introduction en Arrowsmith 2014, p. 602 en 604. Dat Arrowsmith mogelijk toch twijfelt, volgt uit p. 597 voetnoot 875 waar zij schrijft dat *“the implication seems to be that modifications not in the list of allowed modifications are prohibited”*.

hand gelegen. Aangenomen dat Arrowsmith zich baseert op overweging 107 uit de considerans,⁵ maakt dit de zaak niet anders. Daar valt onder andere te lezen: “*Rekening houdend met de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie moet duidelijkheid worden verschaft over de vraag onder welke voorwaarden wijzigingen van een opdracht tijdens de uitvoering ervan een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen.*” Dit geeft juist aanleiding voor de gedachte dat de Uniewetgever een gesloten stelsel heeft willen introduceren.

Gelet op de ratio van de wijzigingsmogelijkheden lijkt een open stelsel evenmin aannemelijk. De Uniewetgever wenste immers meer duidelijkheid te verschaffen over de vraag naar de wijzigingsruimte tijdens de looptijd van een aanbestede overeenkomst. Tegen die achtergrond past een open stelsel minder goed. Sterker nog, een lezing in weerwil van de richtlijntekst creëert juist onduidelijkheid, en daardoor rechtsonzekerheid, iets wat de Europese wetgever nu juist heeft willen beperken. Dat weegt des te zwaarder nu Treumer en Arrowsmith hun stelling helaas niet hebben uitgewerkt, zodat onduidelijk blijft op welke concrete mogelijkheden voor welke gevallen zij het oog hebben.

Dit wordt zelfs niet anders als aangenomen zou kunnen worden dat in één van de overwegingen toch een open stelsel kan worden ingelezen. Een considerans heeft namelijk geen bindende rechtskracht en kan niet gebruikt worden om van de bepaling zelf af te wijken, noch om die bepaling uit leggen op een wijze die kennelijk in strijd is met de bewoordingen ervan.⁶ Los daarvan, heeft het HJEU intussen bevestigd dat sprake is van volledige harmonisatie ten aanzien van de wijzigingsmogelijkheden.⁷

Het dient dus te worden aangenomen dat een limitatieve regeling is getroffen.⁸ Zodoende is wijziging alleen toegestaan als een beroep kan worden gedaan op de wijzigingenmand uit art. 2.163b, een herzieningsclausule of optie zoals uitgewerkt in art. 2.163c, noodzakelijk geworden extra prestaties als bedoeld in art. 2.163d, onvoorzienbare omstandigheden op de voet van art. 2.163e, vervanging van een opdrachtnemer in de situaties ondervangen door art. 2.163f, of de niet-wezenlijke aard van de wijziging in de zin van art. 2.163g lid 1 Aanbestedingswet.⁹

5 Zij verwijst namelijk niet naar een bron waar dit uit zou blijken.

6 Zie o.a. HJEU 13 maart 2019, C-647/17 (*Skatteverket*, r.o. 32) en HJEG 19 november 1998, C-162/97 (*Nilsson*, r.o. 54).

7 HJEU 2 september 2021, C-721/19 en C-722/19 (*Sisal*, r.o. 31).

8 Idem: Kotsonis 2014, § 8.1; Bogdanowicz 2016, p. 201; en Bogdanowicz 2021, p. 80. Vgl. art. L6 onder 4° en art. L2194-1 Code de la Commande publique. Zie ook Rb. Limburg 23 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1533 (r.o. 4.16).

9 Bogdanowicz 2021, p. 77 - 83 concludeert op grond hiervan dat het rechtens relevante onderscheid toegestane vs. niet-toegestane wijzigingen is geworden. Toegestane wijzigingen kunnen uiteenvallen in niet-wezenlijke en wezenlijke wijzigingen.

Dit betekent dat contractuele bedingen of wetsartikelen die verdergaande wijzigingsmogelijkheden toekennen, op grond van de voorrang van het Unierecht terzijde dienen te worden geschoven.¹⁰ Die voorrang werd voorheen door het Gerecht EU al aangenomen in een inbreukprocedure tegen Spanje. Het Gerecht verwierp het argument dat wijziging op grond van Spaanse wetgeving was toegestaan, met de overweging dat die mogelijkheden irrelevant waren vanwege de toepasselijkheid van het Europees aanbestedingsrecht.¹¹ Het Gerecht zoekt voor dit oordeel aansluiting bij overweging 28 uit *Pressetext*. Aldaar overweegt het Hof van Justitie dat, hoewel de in geding zijnde overeenkomst werd gesloten voor toetreding van Oostenrijk tot (destijds) de EG, het gemeenschapsrecht op die overeenkomst van toepassing wordt met ingang van de datum van toetreding, met als gevolg dat wijzigingen die partijen overeenkomen al dan niet toegestaan kunnen zijn.

Hoewel de werking van een rechtmatig gesloten overeenkomst in beginsel dus dient te worden gerespecteerd, strekt die met het rechtszekerheidsbeginsel samenhangende bescherming blijkens deze arresten zich niet zonder meer uit tot wijzigingen van die overeenkomst, ook al vinden deze hun rechtvaardiging in wils-overeenstemming of nationale wetgeving.¹² Dit brengt mee dat *in zoverre* naar Nederlands recht een ruimere wijzigingsmogelijkheid bestaat dan aanbestedingsrechtelijk is toegestaan, deze mogelijkheid *in die mate* buiten toepassing dient te blijven.

In het verlengde hiervan is het waarschijnlijk dat nationale rechters evenzeer aan die grenzen gebonden zijn, ook al wordt hen in art. 72 Richtlijn 2014/24/EU niet expliciet een rol toebedeeld. Op grond van de uit art. 4 lid 3 VEU voortvloeiende verplichting tot loyale samenwerking, dienen alle nationale autoriteiten bij de uitoefening van hun bevoegdheden de eerbiediging van het Unierecht namelijk te verzekeren. Logischerwijs is daarbij een belangrijke rol voor de rechterlijke macht weggelegd. De rechter dient nationale bepalingen daarom zoveel mogelijk in overeenstemming met de eisen van het Unierecht uit te leggen.¹³ Toegespitst lijkt dit in het bijzonder te gelden wanneer wijziging van de overeenkomst wordt gevorderd,

10 Zie ter illustratie ook HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 66 - 71).

11 Gerecht EU 31 januari 2013, T-235/11 (*Spanje/Commissie*, r.o. 60) en T-540/10 (*Spanje/Commissie*, r.o. 56, 57 en 80). Deze arresten zijn vernietigd, omdat de Europese Commissie termijnen niet had gerespecteerd. De geciteerde overwegingen worden niet onderzocht, zie HJEU 4 september 2014, C-192/13 P en C-197/13 P (*Spanje/Commissie*). Vgl. HJEG 13 januari 2005, C-84/03 (*Commissie/Spanje*, r.o. 10 en 49). In 2011 is de Spaanse wetgeving aangepast, omdat wijzigingen tijdens de uitvoering dagelijkse praktijk waren geworden, zie Arnaiz & Bernal Blay 2011.

12 Die beperking wordt gebaseerd op het principe dat de toelaatbaarheid van een wijziging *ex tunc* dient te worden beoordeeld. Zie o.a. HJEU 18 september 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*, r.o. 59 en 60 met verwijzingen). Zie verder Plas 2020, § 2. Vgl. HJEG 18 juli 2007, C-503/04 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 33). Naar Frans recht is dit met zoveel woorden neergelegd in art. 133 lid 1 van de wet n° 2020-1525 van 7 december 2020.

13 Zie o.a. 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 69 en 70).

zoals op grond van art. 6:258 of 7:753 BW. Als de rechter niet gebonden zou zijn aan de wijzigingsregels, bestaat het gevaar dat het nuttig effect daarvan in het gedrang komt en de rechtsonzekerheid wordt vergroot. Dit, terwijl evenmin valt uit te sluiten dat dan schijnprocedures worden gevoerd om de werking van die regels te omzeilen. Aangezien richtlijnen verbindend zijn naar het te bereiken resultaat, lijkt een dergelijke uitzonderingspositie niet aannemelijk.

In dat licht is het van belang om de reikwijdte van die mogelijkheden te onderzoeken. Daaraan voorafgaand wordt nog gesignaleerd dat dit stelsel de mogelijkheid intact laat om in twee gevallen rechtstreeks een qua waarde bovendrempelige overeenkomst te sluiten met de zittend opdrachtnemer. Dit is toegestaan voor de gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties en de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties in geval van het risico op incompatibiliteit bij een leverancierswissel.¹⁴ Een rechtmatig beroep hierop is dus met name aan de orde bij een *vendor lock-in*.¹⁵ Het valt op dat deze mogelijkheden nog bestaan. Een vergelijkbare uitzondering voor aanvullende werken en diensten is bij de herziening van de Richtlijnen in 2014 namelijk gesneuveld vanwege de introductie van art. 2.163d en 2.163e Aanbestedingswet.¹⁶ Diezelfde redenering had gehanteerd kunnen worden voor de aanvullende leveringen-uitzondering, maar daar is niet voor gekozen.¹⁷

6.3 TOEGENOMEN WIJZIGINGSMOGELIJKHEDEN

Wijzigingen kunnen doelmatig en/of noodzakelijk zijn om contractuele doelstellingen alsnog of beter te kunnen realiseren.¹⁸ Tegelijkertijd dient er voor worden gewaakt dat hierdoor de belangen van derden worden geschaad. In zijn vaste jurisprudentie karakteriseert het HJEU wezenlijke wijzigingen tijdens de uitvoering

14 Art. 2.33 en 3.37 Aanbestedingswet strekken tot implementatie van art. 32 lid 3 onder b Richtlijn 2014/24/EU resp. art. 50 aanhef en onder e Richtlijn 2014/25/EU. Zie verder reeds art. 15 lid 2 sub e Richtlijn 90/531/EEG; art. 20 lid 2 aanhef en sub e Richtlijn 93/38/EEG; art. 40 lid 3 aanhef en sub e Richtlijn 2004/17/EG; art. 31 lid 2 lid 4 aanhef en sub b Richtlijn 2004/18/EG.

15 Deze uitzondering dient strikt te worden uitgelegd, aldus onder meer HJEG 8 april 2008, C-337/05 (*Agusta*, r.o. 55 - 60).

16 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 46. Vgl. Commission non paper 2012 cluster 8, p. 21.

17 Te meer nu art. 72 lid 1 onder b sub i Richtlijn 2014/24/EU mede ziet op het geval dat vervanging van opdrachtnemer niet mogelijk is vanwege economische of technische redenen, zoals wanneer de aanvullende goederen of diensten uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met bestaande uitrusting, diensten of installaties.

18 Vgl. conclusie A-G Kokott 13 maart 2008, C-454/06 (*Presstext*, alinea 43).

als directe gunning van een overheidsopdracht.¹⁹ Onrechtmatige directe gunningen gelden als zeer ernstige schending van het Europese aanbestedingsrecht.²⁰ Het weegt aldus zwaar om door middel van een belangenafweging een balans te vinden, te meer nu de vraag of wezenlijk wordt gewijzigd een complexe beoordeling kan vergen of tot onevenredige situaties kan leiden.²¹

Die complexiteit kan als volgt worden geïllustreerd. Van een wezenlijke wijziging is onder meer sprake als door de wijziging de kring van geïnteresseerde ondernemers zou zijn veranderd, of de opdracht aan een andere inschrijver zou zijn gegund.²² Dit vergt een beoordeling die deels hypothetisch van aard is: achteraf dient te worden nagegaan hoe ondernemers zouden hebben gehandeld indachtig de wijziging en de destijds geldende (markt)omstandigheden. Die beoordeling kan nog complexer worden als niet één majeure wijziging in geding is, maar vele kleine(re). Nu is menig jurist niet onbekend met de vergelijking met een hypothetische situatie, maar dat doet aan de complexiteit van de analyse niet af. Duidelijke kaders en handvatten blijven dan gewenst.

Onevenredigheid ligt evenzeer op de loer. Zo kan tot een wezenlijke wijziging worden geconcludeerd wanneer het economisch evenwicht op onvoorziene wijze in het voordeel van de opdrachtnemer wijzigt.²³ In extreme gevallen kan dit betekenen dat elke minieme verschuiving wezenlijk is. Gevoelsmatig lijkt dit overtrokken, maar de wet bevat geen kwalitatief of kwantitatief criterium. Er kan ook weer gedacht worden aan het voorbeeld uit § 2.5.4 inzake de ov-concessie van € 320 miljoen die door loting werd gegund. Iedere euro kan dan tellen. De roep om richting resoneert dus ook van hier.

-
- 19 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 34, 47, 48, 60, 61, 69, 76 en 80); HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 37); HJEU 8 mei 2014, C-161/13 (*Idrodinamica*, r.o. 39); HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 28, 30, 34, 37 en 38); HJEU 14 september 2017, C-223/16 (*Casertana*, r.o. 37 en 38); HJEU 26 maart 2020, C-496/18 en C-497/18 (*Hungeod*, r.o. 89). Vgl. HJEG 15 oktober 2009, C-196/08 (*Acoset*, r.o. 62); Gerecht EU 31 januari 2013, T-540/10 (*Spanje/Commissie*, r.o. 51, 52 en 62) en T-235/11 (*Spanje/Commissie*, r.o. 54, 55 en 69); Gerecht EU 16 mei 2018, T-206/17 (*Argus*, r.o. 64 - 66). Vgl. ook Groenboek PPS, alinea 49 en Rb. Limburg 11 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8493 (r.o. 4.3).
- 20 Zie overweging 13 considerans Richtlijn 2007/66/EG en HJEG 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*, r.o. 37). In de Engelse en Franse taalversies zelfs gesproken over “the most serious breach” en “la violation la plus importante”. Vgl. HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*, r.o. 85 en 86).
- 21 Vgl. voor wat betreft de complexiteit conclusie A-G Kokott 13 maart 2008, C-454/06 (*Presstext*, voetnoot 29). Vgl. het Richtlijnvoorstel 2011, p. 10 en ‘t Hart 2012, § 2.12. Zie ook § 1.3.
- 22 Art. 2.163g lid 3 aanhef en onder a Aanbestedingswet. Vgl. HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 35). Zie voor een praktijkvoorbeeld ook Rb. Gelderland 17 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:8203 (r.o. 4.3).
- 23 Zie art. 2.163g lid 3 aanhef en onder b Aanbestedingswet. Vgl. HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 37).

Zoals eveneens in § 2.5.4 aangekaart, werd de balans tussen belangen naar oud recht onvoldoende gevonden. De nieuwe Richtlijnen brengen daar verandering in. Hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet biedt inmiddels zes grondslagen om te wijzigen. Het uitgangspunt is dat de aanbestedende dienst vrijheid toekomt te beslissen of en van welke mogelijkheden hij gebruik wil maken. Het gebruik van de ene mogelijkheid sluit niet de weg af naar toepassing van een andere,²⁴ waaruit ook volgt dat geen sprake is van een dwingend voorgeschreven rangorde. Hierdoor zijn de wijzigingsmogelijkheden uitgebreid. Dit wordt geconcretiseerd aan de hand van vier thema's: het wijzigingenmandje (§ 6.3.1), de noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden en onvoorzienbare omstandigheden (§ 6.3.2), de niet-wezenlijke wijzigingen (§ 6.3.3), en de vervanging van opdrachtnemer (§ 6.3.4).

6.3.1 Het wijzigingenmandje

Hoewel het begrip wijzigingenmandje in art. 2.163b Aanbestedingswet niet wordt gehanteerd, illustreert deze aanduiding wel treffend het doel en de werking van de regeling. Andere min of meer geschikte termen zijn kruimelregeling of *de minimis*-drempels.²⁵ De aanbestedende dienst beschikt over een bepaalde ruimte één of meer wijzigingen rechtmatig door te voeren zonder dat aanvullende inhoudelijke voorwaarden worden gesteld.²⁶ Er bestaan twee plafonds en één restrictie. Gebruik is toegestaan tot de relevante drempelwaarde en tot een percentage van de opdracht: 15% voor werken, 10% voor leveringen en diensten, en 10% voor concessies.²⁷ De wijziging mag echter niet tot gevolg hebben dat de algemene aard van de opdracht wijzigt, waarover nader in § 6.4.1. Wanneer de mand gevuld is, kan er voor de resterende duur van de uitvoering geen beroep meer op worden gedaan.

Deze vrijheid kan op zichzelf als uitbreiding van de wijzigingsmogelijkheden worden aangemerkt. Deze mogelijkheid bestond voorheen namelijk niet. Daarbij komt dat het HJEU een prijsverhoging van 10% al eens als wezenlijke wijziging heeft aangemerkt. Verder bieden de wettelijke percentages meer ruimte dan de Europese Commissie voor ogen had. Het Commissievoorstel bevatte namelijk een uniforme drempel van 5%.²⁸ Nadat via amendementen werd opgeroepen tot een flexibelere benadering,²⁹ werd het uniforme percentage eerst verhoogd naar 10%,³⁰

24 Vgl. MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 93 en het slot van overweging 107 considerans Richtlijn 2014/24/EU. In de aanhef van art. 72 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU wordt de eigenstandige positie van het wijzigingenmandje verder benadrukt.

25 Overweging 107, tweede alinea, considerans Richtlijn 2014/24/EU.

26 Art. 72 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU. Volgens Commission non paper 2012 cluster 8, p. 18 is sprake van een onweerlegbaar vermoeden van rechtmatigheid.

27 Zie voor die laatste art. 2a.53 aanhef en onder c Aanbestedingswet.

28 Art. 72 lid 4 Richtlijnvoorstel, COM(2011) 896 def.

29 Amendementen 1361 - 1370, ontwerpverslag 2011/0438(COD) in Tarabella 2012.

30 Art. 72 lid 4 compromisvoorstel, interinstitutional file 2011/0438 nr. 12878/12 d.d. 24 juli 2012.

en daarna gewijzigd naar de percentages zoals die in de Richtlijn zijn opgenomen.³¹

6.3.2 Noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden en onvoorzienbare omstandigheden

Op grond van art. 2.163d Aanbestedingswet kan de aanbestedende dienst noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden opdragen, mits vervanging van opdrachtnemer onmogelijk en onwenselijk is in de zin van dit artikel. De prijsverhoging mag maximaal 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht bedragen. De aanbestedende dienst dient de wijziging op TenderNed bekend te maken. Er geldt geen plafond voor het aantal keren dat hij gebruik mag maken van deze mogelijkheid. Een vergelijkbare handelswijze geldt in het kader van art. 2.163e Aanbestedingswet. Het inhoudelijke criterium is dan dat gewijzigd wordt vanwege omstandigheden die een zorgvuldig handelende aanbestedende dienst niet kon voorzien. Deze wijziging mag de algemene aard van de opdracht niet wijzigen. Tegen de achtergrond van hun gedeelde geschiedenis, getuigt het bestaan van deze mogelijkheden van een uitbreiding van de wijzigingsmogelijkheden.

Sinds de jaren 70 kon de aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking toepassen voor onvoorziene, noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden.³² Uit de oorspronkelijke toelichting blijkt dat de Europese Commissie niet haar oog had op regulier meerwerk, maar de situatie van werkzaamheden van fundamenteelere aard wilde ondervangen: *“Echter, de aanvullende werken die het voorwerp zijn van deze bepaling brengen een wijziging mee van het aanvankelijke voorwerp van de opdracht, dat aldus vergroot*

31 Art. 72 lid 4 compromisvoorstel, interinstitutional file 2011/0438 nr. 16725/12 d.d. 27 november 2012.

32 Art. 9 aanhef en sub f Richtlijn 71/305/EEG; art. 6 lid 1 sub e Richtlijn 77/62/EEG; art. 7 Richtlijn 88/295/EEG waarmee art. 6 lid 1 sub e Richtlijn 77/62/EEG werd gewijzigd; art. 7 Richtlijn 89/440/EEG waarmee Richtlijn 71/305/EEG werd gewijzigd; art. 15 lid 2 sub f Richtlijn 90/531/EEG; art. 11 lid 3 aanhef en sub e Richtlijn 92/50/EEG; art. 6 lid 3 aanhef en sub e Richtlijn 93/36/EEG; art. 7 lid 3 aanhef en sub d Richtlijn 93/37/EEG; art. 20 lid 2 aanhef en sub f Richtlijn 93/38/EEG; art. 40 lid 3 aanhef en sub e en f Richtlijn 2004/17/EG; art. 31 lid 2 aanhef en sub b en lid 4 aanhef en sub a Richtlijn 2004/18/EG. Zie voor werkenconcessies art. 61 Richtlijn 2004/18/EG en HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 72). Vgl. art. 2.35 Aanbestedingswet (oud), art. 31 lid 4 onder a Bao en art. 32 lid 2 onder f Bass.

en - om het zo te zeggen - uitgebreid wordt.”³³ Een vergelijkbare regeling wordt sinds 1979 ook in het GPA getroffen.³⁴

Het bestaan van deze regeling weerspiegelt de overtuiging dat dergelijke fundamentele wijzigingen in beginsel niet rechtstreeks konden worden gegund.³⁵ Anders zou deze regeling immers overbodig zijn. Feit is verder dat vanwege de strenge voorwaarden die mogelijkheid slechts voor uitzonderlijke gevallen open stond.³⁶ De aanvullende werken of diensten moesten vanwege een onvoorziene omstandigheid noodzakelijk zijn geworden. Het was verder verplicht dat deze werkzaamheden a) technisch of economisch gezien niet los van de oorspronkelijke opdracht konden worden uitgevoerd zonder overwegende bezwaren voor de aanbestedende dienst, of b) hoewel zij van de uitvoering konden worden gescheiden, strikt noodzakelijk waren. Het totale bedrag aan aanvullende prestaties mocht maximaal 50% van de oorspronkelijke opdrachtwaarde bedragen.³⁷ Tot slot diende een aankondiging van een gegunde opdracht te worden gepubliceerd waarin de gekozen handelswijze werd gemotiveerd.³⁸ Het Hof hield strak de hand aan deze voorwaarden, met name het voorzienbaarheidsvereiste.³⁹

33 Commissievoorstel 1964, p. 9. Dit is een eigen vertaling. De oorspronkelijke tekst luidt: “*En revanche, les travaux supplémentaires qui font l'objet de la disposition en examen entraînent une modification de l'objet initial du marché qui est ainsi élargi et pour ainsi dire prolongé.*”

34 Art. V lid 15 aanhef en onder d GPA 1979; art. V lid 16 aanhef en onder d GPA 1988; art. XV lid 1 onder d GPA 1994; en art. XIII lid 1 onder c GPA 2012. Een verschil met de EU-richtlijnen is dat daarin een driejaarstermijn was opgenomen, zie bijv. art. 31 lid 2 onder b Richtlijn 2004/18/EG.

35 Vgl. Hartlev & Liljenbol 2013, § 2.1.

36 Zie o.a. HJEG 18 november 2004, C-126/03 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 23); HJEG 10 april 2003, C-20/01 en C-28/01 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 58); HJEG 28 maart 1996, C-318/94 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 13); en HJEG 18 mei 1995, C-57/94 (*Commissie/Italië*, r.o. 23). Vgl. HJEG 27 oktober 2005, C-187/04 en C-188/04 (*Commissie/Italië*, r.o. 23 - 25 en 31).

37 Zie bijv. art. 31 lid 4 onder a slot Richtlijn 2004/18/EG. Zie in vergelijkbare zin art. 72 lid 6 onder c Richtlijnvoorstel 2011.

38 Zie bijvoorbeeld bijlage VII deel A onder ‘aankondiging van geplaatste opdrachten’ onderdeel 2 Richtlijn 2004/18/EG.

39 In het kader van de dwingende spoed-uitzondering (thans art. 2.32 lid 1 onder c Aanbestedingswet) geldt eenzelfde vereiste. Regelmatige, seizoensgebonden gebeurtenissen zijn in uitgangspunt niet onvoorzienbaar volgens A-G Jacobs 2 juni 2005, C-525/03 (*Commissie/Italië*, alinea’s 63 en 64). Ditzelfde geldt voor een afwijzing in een bestuursrechtelijke goedkeuringsprocedure, aldus HJEG 28 maart 1996, C-318/94 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 18). In HJEG 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*) beriep de Europese Commissie zich tevergeefs op onvoorzienbare omstandigheden vanwege het gestelde gebrek aan voldoende appels.

Twee inbreukprocedures dienen ter illustratie.⁴⁰ In een zaak tegen Griekenland inzake kadastrale diensten kwam als onvoldoende betwist vast te staan dat aanvullende diensten door bevolkingsgroei te voorzien waren. Het Hof volgt de Europese Commissie dat, indien dan gebruik kan worden gemaakt van deze uitzondering, aanbestedende diensten kunnen profiteren van hun eigen falen.⁴¹ Een tweede voorbeeld betreft de aanleg van een spoortracé voor een hogesnelheidslijn tussen Madrid en Frankrijk. Vanwege overlastrisico's moesten twee verdiepte spoorwegen worden aangelegd. Dat het tracé zo dicht langs woonwijken zou lopen, wordt door het Hof niet als onvoorzien aangemerkt, omdat het een meerjarig project betrof en met demografische ontwikkelingen rekening gehouden had moeten worden.⁴² Een vergelijkbaar lot treft de realisatie van een extra viaduct. Dit bleek nodig omdat vooraf onvoldoende was overlegd met lokale autoriteiten, wat als onvoldoende zorgvuldig wordt aangemerkt.⁴³

De samenhang met het leerstuk van de wezenlijke wijziging is evident. Reeds de toelichting uit 1964 ademt de latere regel dat een wezenlijke wijziging aan de orde kan zijn wanneer door de wijziging het toepassingsgebied van de opdracht aanzienlijk wordt verruimd.⁴⁴ Later is die relatie expliciet benoemd door het Hof van Justitie.⁴⁵ En in het Richtlijnvoorstel uit 2011 betrof één van de wijzigingsmogelijkheden de behoefte aan wijziging vanwege omstandigheden die een zorgvuldig handelende aanbestedende dienst niet kon voorzien en die wijziging noodzakelijk maakten. De wijziging mocht geen verandering in de algemene aard van de opdracht inhouden, en de prijsverhoging mocht maximaal 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht bedragen.⁴⁶ In zijn toelichting wijst de Europese Commissie op de samenhang met de oude onvoorzienbare omstandigheden-regeling, om te benadrukken dat het voorstel de wijzigingsmogelijkheden uitbreidt.⁴⁷ Ten eerste wordt iedere vorm van wijziging gedekt en niet alleen aanvullende werken

40 Zie bijv. Rb. Den Haag 15 juni 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU4397 (r.o. 3.4) inzake aanvullende opdrachten voor Valys-vervoer vanwege gestegen budgetten. Met name bij een politiek gevoelig onderwerp als bovenregionaal gehandicaptenvervoer kon verwacht worden dat verschil van inzicht zou bestaan over het stellen van een financieel plafond.

41 HJEU 27 oktober 2011, C-601/10 (*Commissie/Griekenland*, r.o. 33 en 35). Overigens overstegen die diensten de 50%-drempel.

42 Een vergelijkbaar argument werd door de Europese Commissie gevoerd in HJEG 18 maart 1992, C-24/91 (*Commissie/Spanje*, r.o. 10). Het Hof kwam niet toe aan de beoordeling van dit argument, omdat de vereiste dwingende spoed afwezig was.

43 Gerecht EU 31 januari 2013, T-540/10 (*Commissie/Spanje*, r.o. 77 - 94).

44 Zie o.a. art. 2.163g lid 3 aanhef en onder c Aanbestedingswet, HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 36) en HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 28).

45 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 36). Vgl. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 35).

46 Art. 72 lid 4 Richtlijnvoorstel. Zie voor het noodzakelijkheidsvereiste Bijlage VI Deel G onderdeel 6.

47 Idem: Klijn & Van den Boogaart 2013, § 5 en 't Hart 2012, § 2.12.

of diensten. Ten tweede wordt het vereiste verlaten dat de werkzaamheden niet los van de oorspronkelijke opdracht kunnen worden uitgevoerd, dan wel strikt noodzakelijk zijn. In plaats daarvan wordt een minder streng vereiste gesteld dat de algemene aard van de opdracht niet mag wijzigen.⁴⁸

De bepaling is daarna tijdens de dialoogonderhandelingen tussen Parlement, Raad, en Commissie gesplitst.⁴⁹ Zodoende zijn de wijzigingsmogelijkheden verder toegenomen.⁵⁰ Verder lijken de vereisten per grondslag te zijn versoepeld. Zo speelt bij art. 2.163d Aanbestedingswet het noodzakelijkheidsvereiste een centrale rol, maar wordt niet expliciet vereist dat die werkzaamheden onvoorzienbaar moeten zijn geweest (zie § 6.4.6). Evenmin wordt de beperking aangebracht dat de algemene aard van de opdracht niet mag wijzigen. Ten aanzien van art. 2.163e Aanbestedingswet zijn onvoorzienbaarheid en noodzakelijkheid vereist,⁵¹ maar wordt niet als criterium gesteld dat verandering van opdrachtnemer onmogelijk en onwenselijk is.⁵² Verder is het 50%-plafond versoepeld. Dit plafond gold voorheen voor het totale bedrag aan aanvullende werkzaamheden, maar inmiddels per wijziging.⁵³ Het totale bedrag kan dus (veel) meer bedragen dan 50%.⁵⁴

6.3.3 Niet-wezenlijke wijzigingen

De structuur van hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet kan worden vergeleken met een verkeerslicht. Binnen de kaders van art. 2.163b - 2.163f staat het licht op groen en bij een wezenlijke wijziging in de zin van art. 2.163g leden 2 en 3 op rood. De oranje tussenpositie wordt ingenomen door de niet-wezenlijke wijziging uit art. 2.163g lid 1. Dit lid verduidelijkt dat overeenkomsten kunnen worden gewijzigd wanneer de wijzigingen “*ongeacht de waarde ervan*” niet-wezenlijk zijn. Hoewel

48 Commission non paper 2012 cluster 8, p. 20 en 21. Zie ook het Commission non paper 2012 cluster 1, p. 19.

49 Compromisvoorstel van 14 juni 2013, interinstitutional file 2011/0438 (COD), nr. 11048/13. Uit het Presidency compromise proposal 6 juni 2013, interinstitutional file 2011/0438 (COD), nr. 10580/13, p. 7 en 22 blijkt dat de Uniewetgever aansluiting zoekt bij art. XIII GPA 2012. Ondanks hun gebrekkige transparantie, maken de dialogen deel uit van het wetgevingsproces, aldus HJEU 22 maart 2018, T-540/15 (*De Capitani*, r.o. 68 - 75).

50 Idem: Treumer 2014b, § 2.2, 2.3 en 3 alsook Van Garsse & Verhoeven 2019, § 2.1. Ook de Franse wetgever heeft dit zo aangenomen, zie onder meer Fiche DAJ 2019, p. 7.

51 Zie over het noodzakelijkheidsvereiste verder § 7.4.1 onder ad 3.

52 Art. 72 lid 1 onder b sub i Richtlijn 2014/24/EU geeft enkele voorbeelden van de situatie dat vervanging van opdrachtnemer niet mogelijk is, te weten als aanvullende goederen of diensten uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met bestaande uitrusting, diensten of installaties die in het kader van de oorspronkelijke opdracht zijn verworven.

53 Art. 2.163d lid 3 en art. 2.163e lid 2 Aanbestedingswet. Hiermee worden art. 72 lid 1 onder b slotaline en onder c sub iii Richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd.

54 Idem: Van Garsse & Verhoeven 2019, § 2.1.

dit lid is geformuleerd als wijzigingsmogelijkheid, veronderstelt toepassing ervan een analyse of wezenlijk wordt gewijzigd.⁵⁵

Op basis van de plaats in het wettelijk systeem blijkt dat het niet de bedoeling is wezenlijke wijzigingen toe te staan.⁵⁶ Die mogelijkheid kan wel bestaan bij toepassing van de andere mogelijkheden. In het kader van herzieningsclausules heeft het HJEU dit zelfs expliciet aanvaard.⁵⁷ De bedoeling van de Uniewetgever lijkt te zijn om te verduidelijken dat niet uitsluitend op basis van een waardeanalyse tot een wezenlijke wijziging mag worden geconcludeerd. In zoverre kan die verduidelijking soms dus ook een uitbreiding inhouden. In het verleden heeft het HJEU namelijk de waarde van de wijziging als dragend element beschouwd voor de conclusie dat de overeenkomst aanmerkelijk was verruimd, en daarmee wezenlijk gewijzigd.⁵⁸ In deze gevallen was die waarde overigens boven de drempelwaarde voor Europees aanbesteden.

Het gebruik van de bijzin “*ongeacht de waarde ervan*” suggereert dat ook wijzigingen die de drempelwaarde overstijgen, niet per definitie als wezenlijk hoeven worden aangemerkt.⁵⁹ Die lezing kan mede worden gegrond op de omstandigheid dat het niet zou moeten gaan om de waarde als zodanig, maar om het effect dat een wijziging sorteert, waarbij waarde een factor kan spelen. Zeker als het bewijs van benadeling moeilijk te leveren valt, kan dit feitelijk meebrengen dat de wijzigingsmogelijkheden worden uitgebreid. Tegelijkertijd is nog onduidelijk hoe het HJEU deze bepaling zal uitleggen, mede in het licht van zijn eerdere jurisprudentie.

6.3.4 De wijziging van opdrachtnemer

De gunning van een overheidsopdracht hangt vaak nauw samen met de identiteit van de opdrachtnemer. Gevolg daarvan is dat een wijziging van opdrachtnemer in beginsel onrechtmatig is, zie art. 2.163g lid 3 aanhef en onder d Aanbestedingswet.⁶⁰ Die kwalificatie is met name door *Presstext* voor het voetlicht gebracht. Het HJEG oordeelde daarin dat een vervanging van opdrachtnemer in beginsel niet is toegestaan.⁶¹ Het Hof vervolgt dat ook een aandelenoverdracht aan een

55 Hoewel dit uit de structuur van de Aanbestedingswet niet duidelijk blijkt, laat art. 72 lid 1 aanhef en onder e Richtlijn 2014/24/EU hierover geen misverstand bestaan. Deze mogelijkheid is toegevoegd in het compromisvoorstel d.d. 14 juni 2013, Inter-institutional File: 2011/0438 (COD), nr. 11048/13.

56 Vgl. HJEU 2 september 2021, C-721/19 en C-722/19 (*Sisal*, r.o. 49 - 55).

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

58 HJEU 29 april 2010, C-160/08 (*Commissie/Duitsland*, r.o. 98 - 102) en HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 61, 70 - 74). Vgl. HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 58 - 63).

59 Vgl. Rb. Noord-Nederland 4 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3006 (r.o. 5.15).

60 Vgl. HJEU 3 februari 2022, C-461/20 (*Advania*, r.o. 18 - 20).

61 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 40).

derde als zodanig kan worden aangemerkt.⁶² Volgens Treumer stond *Pressetext* hierin niet alleen. Hij wijst op jurisprudentie uit Duitsland, Italië, en Frankrijk van voor *Pressetext* waarin het principe gehuldigd wordt dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen zich in uitgangspunt tegen vervanging verzetten.⁶³

In *Pressetext* werden ook uitzonderingen aanvaard. In § 3.6 is het vervangingsbeding al behandeld. Verder stond het HJEG zuiver interne reorganisaties toe, in dat geval het verhangen van een overeenkomst van APA naar dochteronderneming APA-OTS. Ook de aandelenverkoop van een rechtspersoon waarvan het aandeelhouderschap altijd kan wijzigen, zoals een beursgenoteerde NV, werd toegestaan. Hetzelfde geldt voor de samenstelling van de leden in een coöperatie.⁶⁴

Pressetext liet echter ook belangrijke vragen onbeantwoord.⁶⁵ Zo bleef onduidelijk of vervanging in een faillissementssituatie was toegestaan.⁶⁶ In de Nederlandse jurisprudentie zocht men daarom naar oplossingen waarin zoveel mogelijk recht werd gedaan aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen. Enerzijds werd de situatie goedgekeurd waarin, na een doorstart, de opdrachtnemer het oorspronkelijke ontwerp zou realiseren.⁶⁷ Anderzijds werd vervanging niet toegestaan, omdat de doorstartende onderneming niet aan de gestelde geschiktheidseisen voldeed.⁶⁸

Pressetext werd ook kritisch onthaald. Hoepffner licht toe dat de overdracht van een aanbestede overeenkomst vanuit (met name) overheidsbelangen gerechtvaardigd kan zijn. Zij schetst dat in Frankrijk in de loop der jaren “*une véritable théorie de la cession de contrat*” is ontwikkeld, waarbij “*la cession de contrat est ainsi devenue une véritable institution du droit administratif*”. Volgens haar ondermijnt *Pressetext* dit instituut. Hierdoor zou het risico bestaan dat aanbestede overeenkomsten niet langer overgedragen kunnen worden, ondanks het grote economische belang dat hiermee gemoeid kan zijn.⁶⁹

In het Richtlijnvoorstel wenste de Europese Commissie de rechtszekerheid en de wijzigingsvrijheid te vergroten.⁷⁰ Niet valt uit te sluiten dat als bijkomende doelstelling een steviger grip op de nationale praktijk werd beoogd. Op grond van art.

62 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 47 - 49). Vgl. § 2.2.3.

63 Treumer 2014a, § 2. Zie voor soortgelijke klanken in de Nederlandse literatuur Van der Kemp 2010.

64 HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 45 - 54). Vgl. Rb. Rotterdam 15 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ9149 (r.o. 7.10).

65 Zie over de rol van het vervangingsbeding ook § 3.6.1.

66 Treumer 2014b, § 2.5.2. Vgl. Comba 2013a.

67 Hof Arnhem 27 oktober 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK1406 (r.o. 12).

68 Rb. Limburg 17 mei 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482.

69 Hoepffner 2009, p. 99.

70 Vgl. Treumer 2014a. Volgens Treumer 2014b § 2.5.2 is deze regeling deels te beschouwen als codificatie van de administratieve praktijk van de Europese Commissie.

72 lid 3 Richtlijnvoorstel was wijziging namelijk toegestaan *”in het geval van rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke ondernemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming of insolventie”*. In de considerans werd daarbij opgemerkt dat het mogelijk diende te zijn *“dat de begunstigde inschrijver in de loop van de uitvoering van de opdracht bepaalde structurele veranderingen ondergaat, bijvoorbeeld door zuiver interne reorganisaties, fusies en overnames of insolventie.”*⁷¹ Dergelijke veranderingen zijn namelijk niet specifiek gericht op het overdragen van de overeenkomst.⁷²

In de definitieve tekst zijn de voorbeelden uit de considerans grotendeels in het artikel ingebed (zie nader § 6.4.7). Art. 2.163f aanhef en onder b Aanbestedingswet bepaalt dat vervanging is toegestaan bij *“rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel in de positie van de aanvankelijke opdrachtnemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, waaronder door overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de oorspronkelijk vastgestelde geschiktheidseisen, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen als bedoeld in artikel 2.163g, derde lid, in de opdracht meebrengt en dit niet gebeurt met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2 van deze wet.”*

Deze wijzigingsmogelijkheid is terecht ontvangen als een verruiming ten opzichte van *Pressetext*.⁷³ De zuiver interne organisatie is als concept uitgebreid naar de herstructurering. Ook wordt duidelijk gemaakt dat insolventie een rechtmatige grond voor vervanging is. Deze uitbreiding betekent echter niet dat - zonder daartoe strekkende clausule - allerlei vervangingen zijn toegestaan. Dit komt ten eerste tot uitdrukking in de ‘mits’ aan het slot van de bepaling. Eventuele voordeeltjes voor de nieuwe opdrachtnemer dienen met argusogen te worden bekeken.

Evenmin kan deze grondslag worden ingeroepen om een tekortschietende opdrachtnemer te vervangen.⁷⁴ Nu is het in de Nederlandse bouwrechtelijke praktijk geaccepteerd dat de opdrachtgever via § 46 UAV 2012 of § 43 UAV-GC 2005 bij voortdurend tekortschieten de werkzaamheden voor rekening van de aannemer door een derde kan laten voltooien, onverminderd zijn recht op schadevergoeding. In zoverre sprake is van een deugdelijk vervangingsbeding, blijft dit toegestaan (zie daarover ook § 3.6.4 onder ad 1). In de Franse praktijk staat deze vervanging

71 Overweging 47 considerans Richtlijnvoorstel 2011. Idem: overweging 109 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

72 Commission non paper 2012 cluster 8, p. 17.

73 Smith 2017, p. 167; Everhardus & Van Deinsen 2020, § 5; Kleijn & Ten Cate 2014, § 3; Sprik & Vermeulen 2017, § 4.3; en Treumer 2014b, § 2.5.2. Vgl. CvAE 28 februari 2017, advies nr. 323 (alinea 5.5.2) en HJEU 3 februari 2022, C-461/20 (*Advania*, r.o. 36).

74 Overweging 110 considerans Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. art. 72 lid 7 aanhef en onder a richtlijnvoorstel 2011.

bekend onder de noemer “marché de substitution”,⁷⁵ waarvan ook gebruik kan worden gemaakt zonder daartoe strekkende contractuele voorziening.⁷⁶ Het valt zeer te betwijfelen of die door de Conseil d’Etat geaccepteerde lijn Europeesrechtelijk gezien wel stand houdt. Tekortschieten blijft iets anders dan herstructureren.

6.4 DE WIJZIGINGSRUIMTE IS NIET UITGEKRISTALLISEERD

Het moge duidelijk zijn dat de wijzigingsvrijheid en de rechtszekerheid zijn toegenomen. Voordat getoetst wordt of er wezenlijk gewijzigd wordt in de zin van art. 2.163g Aanbestedingswet, kan eerst worden gezien of een beroep op één of meer van de wijzigingsmogelijkheden mogelijk is. De introductie van nieuwe regels brengt veelal echter mee dat ook nieuwe onduidelijkheden ontstaan. Ook kunnen onvolkomenheden in de wetgeving zijn geslopen. Beide doen zich voor met betrekking tot de wijzigingsmogelijkheden. Achtereenvolgens wordt ingegaan op de algemene aard van de opdracht (§ 6.4.1), de oorspronkelijke waarde (§ 6.4.2), de uitwerking van art. 2.163b Aanbestedingswet (§ 6.4.3), de vraag naar kostenstijgingen versus kostenverminderingen (§ 6.4.4), concessie-omissies (§ 6.4.5), de verhouding tussen voorzienbaarheid en zorgvuldigheid (§ 6.4.6), en de reikwijdte van art. 2.163f Aanbestedingswet (§ 6.4.7). Tot slot wordt gesignaleerd dat voor diverse situaties nog de vraag openstaat op welk niveau de toelaatbaarheid van wijzigingen dient te worden getoetst (§ 6.4.8).

6.4.1 Wat is de algemene aard van de opdracht?

In drie gevallen wordt het negatief geformuleerde criterium neergelegd dat de wijziging niet de algemene aard van de opdracht mag wijzigen.⁷⁷ Dit criterium roept de vraag op of het hier gaat om de aard van de wijziging, de omvang van de wijziging, of wellicht beide? En hoe verhoudt dit criterium zich tot het verbod wezenlijk te wijzigen? Wetgever noch HJEU laten zich hierover uit. Echter, de kwalificatie als gemengd criterium lijkt aannemelijk (ad 1). Daarbij kan worden aangenomen dat iedere wijziging van de algemene aard een wezenlijke wijziging inhoudt, maar dat dit *vice versa* niet hoeft te gelden (ad 2).

75 Deze mogelijkheid, de zogeheten ‘mise en régie’, wordt bijvoorbeeld geregeld in art. 49 lid 1 Cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux (versie 2021).

76 Vgl. Conseil d’Etat 18 december 2020, nr. 433386.

77 Art. 2.163b lid 1 onder b, art. 2.163c lid 2 onder c, en art. 2.163e lid 1 onder b Aanbestedingswet. Vgl. art. XV lid 7 GPA 2012 op grond waarvan opties en wijzigingen niet gebruikt mogen worden om de verdragsverplichtingen te schenden. Idem ten aanzien van opties art. XIII lid 5 GPA 1994 en art. V lid 15 GPA 1988. Het is onduidelijk hoe art. XV lid 7 GPA 2012 zich op dit punt verhoudt tot art. 72 Richtlijn 2014/24/EU.

Ad 1) Een gemengd criterium

In diverse bronnen is over dit criterium nagedacht. Zo valt in de considerans bij de onvoorzienbare omstandigheden-regeling te lezen dat die mogelijkheid niet van toepassing is *“in gevallen waarin een wijziging tot een verandering van de aard van de gehele aanbesteding leidt, bijvoorbeeld als werken, leveringen of diensten worden vervangen door iets anders of als het soort aanbesteding wezenlijk wordt veranderd, aangezien dan kan worden aangenomen dat het resultaat is beïnvloed.”*⁷⁸

Volgens de Nederlandse wetgever is de wijziging van een werkenopdracht naar een dienstenopdracht een wijziging van de algemene aard, net als die van een leveringenopdracht naar een werkenopdracht, en die van een raamovereenkomst naar een reguliere opdracht. Ook noemt hij als voorbeeld de aanschaf van vijf apparaten waaraan een testperiode werd gekoppeld. Als die testperiode succesvol wordt doorlopen, mogen niet op grond van een optie vijf andersoortige apparaten worden gekocht.⁷⁹

Op haar beurt heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts de wijziging van een concessie naar een overheidsopdracht als wijziging van de algemene aard aangemerkt.⁸⁰ Ook heeft zij niet uitgesloten dat het aanbieden van bepaalde kansen in het kader van een kansendossier hiertoe kan leiden.⁸¹ Echter, het naar achteren verschuiven van een implementatietermijn, waarbij de te leveren prestaties dezelfde blijven, levert geen wijziging van de algemene aard op.⁸²

Volgens de Europese Commissie wordt de grens overschreden wanneer de overeenkomst in *“something completely different”* verandert. Als voorbeelden noemt zij de situatie dat een vloot auto's wordt gekocht in plaats van geleased, of dat het criterium wordt verlaten dat het eten in overheidskantines biologisch dient te zijn. Ook benoemt zij als voorbeeld een vertienvoudiging (de koop van 10 bussen met een optie tot de levering van 100 bussen).⁸³

Een greep uit de literatuur leert dat daarin zowel de aard als de omvang van de wijziging relevant worden geacht. Risvig Hamer legt de nadruk op de aard van de wijziging.⁸⁴ Poulsen en Smith lijken daar ook van uit te gaan, gelet op hun

78 Overweging 109 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

79 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 93 en 94.

80 CvAE 18 mei 2017, advies nr. 400 (alinea 5.10).

81 CvAE 4 januari 2021, advies nr. 601 (alinea 5.6.7).

82 CvAE 21 augustus 2020, advies nr. 585 (alinea 5.12.2).

83 Commission non paper 2012 cluster 8, p. 18 - 20. Anders: Chao-Duivis en Versteeg 2016, vraag en antwoord 14. Zij lijken een vertienvoudiging op grond van een herzieningsclausule wel voorzichtig toe te staan.

84 Risvig Hamer 2014, § 2.4.

voorbeeld dat een zwembad wordt gebouwd in plaats van een school.⁸⁵ Borger en van 't Hooft hanteren een vergelijkbaar voorbeeld, namelijk de bouw van studentenwoningen in plaats van een kantoorgebouw vanwege gewijzigde marktomstandigheden.⁸⁶ Bij Hansen, Treumer & Andhov zijn voorbeelden van beide elementen te vinden.⁸⁷ Arrowsmith stelt dat het duidelijk gaat om de aard van de werken, diensten of leveringen, maar ook dat een vertienvoudiging niet is toegestaan.⁸⁸ Treumer merkt op dat een in financiële zin beperkte wijziging nog steeds een significante impact op de mededinging kan hebben.⁸⁹

Daarom lijkt het aannemelijk dat sprake is van een gemengd criterium. Op zichzelf is dit begrijpelijk, ware het niet dat de gekozen voorbeelden direct een discussiepoint opwerpen, namelijk de relatie met het verbod wezenlijk te wijzigen.

Ad 2) Relatie met het verbod wezenlijk te wijzigen

In de aangehaalde bronnen wordt gesproken van de wijziging van de algemene aard van de opdracht als “*het resultaat is beïnvloed*”, of wanneer ook andere ondernemers geïnteresseerd kunnen zijn geraakt, of indien de opdracht is vertienvoudigd. Deze voorbeelden ademen sterk de tekst van art. 2.163g Aanbestedingswet. De beïnvloeding van het resultaat en de wijziging van de kring van gegadigden staan bijvoorbeeld verwoord in lid 3 aanhef en sub a van dit artikel. Voor de vertienvoudiging van de opdracht kan worden aangesloten bij de aanzienlijke verruiming van sub c. En de CvAE heeft die relatie gelegd in het kansendossier-advies: “*Zo mag een kans de algemene aard van de opdracht of de kring van potentiële gegadigden niet wijzigen (vgl. artikel 2.163b en 2.163g Aw 2012).*”⁹⁰

Deze voorbeelden doen vermoeden dat de analyse of de algemene aard is gewijzigd dezelfde is als de toets of wezenlijk wordt gewijzigd.⁹¹ Dit zou echter de toegevoegde waarde van het algemene-aard-criterium ondergraven en de meerwaarde van de wijzigingsmogelijkheden grotendeels teniet doen.⁹² Dan zou immers eerst moeten worden getoetst of wezenlijk wordt gewijzigd. Zo ja, dan kan

85 Poulsen 2012, § 5.2. Dit voorbeeld wordt aangehaald door Smith 2017, p. 196 met de kanttekening dat het maar de vraag is of een aannemer een dergelijke wijziging zou accepteren.

86 Borger & Van 't Hooft 2013, p. 94.

87 Hansen, Treumer & Andhov 2018, § 4.1.2. Smits-Govaert 2022, § 5 spreekt over kwantitatieve en kwalitatieve elementen.

88 Arrowsmith 2014, p. 600.

89 Treumer 2014b, § 2.4.

90 CvAE 4 januari 2021, advies nr. 601 (alinea 5.6.7).

91 In HJEU 3 oktober 2019, C-285/18 (*Irgita*, r.o. 63) krijgt de nationale rechter onder meer de opdracht mee na te gaan of een transactie “*een wezenlijke wijziging van de algemene opzet van de aan Irgita gegunde opdracht*” vormt. Het Hof verduidelijkt echter niet wat hij bedoelt en verwijst evenmin naar art. 72 Richtlijn 2014/24/EU.

92 In vergelijkbare zin: Van Garsse en Verhoeven 2019, § 2.2.3 ad b.

geen beroep meer worden gedaan op de wijzigingsmogelijkheden. Die uitleg verhoudt zich moeizaam tot de letter en geest van de regeling.⁹³ Vereenzelviging kan dus niet de bedoeling zijn.

Het algemene-aard-criterium dient kan worden beschouwd als correctiemechanisme voor fundamentele wijzigingen. Als stelregel kan worden gehanteerd dat iedere wijziging van de algemene aard een wezenlijke wijziging inhoudt, maar dat *vice versa* niet zonder meer hetzelfde geldt. Wanneer het omslagpunt bereikt wordt, kan in algemene zin niet worden vastgesteld. Wel lijkt dit in ieder geval zo te zijn wanneer de opdracht van kleur verschiet, bijvoorbeeld van een concessie naar een dienstenopdracht. Dan wijzigt niet alleen de kring van geïnteresseerde ondernemers, maar ook het toepasselijke aanbestedingsrechtelijke regime.

Als voorbeeld dient wederom de situatie dat een concessieverlener een exploitatiegat op zodanige wijze dicht dat de concessiehouder niet langer het concessierisico draagt, waardoor de concessie van kleur verschiet naar een reguliere overheidsopdracht.⁹⁴ In beginsel kan die bijdrage binnen de financiële kaders vallen van art. 2.163b (percentages en drempelwaarde), 2.163c (“*ongeacht de geldelijke waarde ervan*”), of 2.163e (de 50%-drempel) Aanbestedingswet. Desondanks is die bijdrage op grond van het algemene-aard-criterium niet toegestaan. Dan heeft het correctiemechanisme ook zijn meerwaarde.

6.4.2 Wat is de oorspronkelijke waarde?

In art. 2.163b, 2.163d, en 2.163e Aanbestedingswet geldt de “*waarde van de oorspronkelijke opdracht*” als referentiepunt. De wet en parlementaire geschiedenis definiëren dit begrip niet.⁹⁵ Vooropgesteld dat een waarde redelijkerwijs gecalculeerd kan worden,⁹⁶ is nog steeds onzeker van welk referentiepunt dient te worden uitgegaan. Betreft dit de waarde die bij de aankondiging van een opdracht dient te worden gecommuniceerd (‘de geraamde waarde’) of de waarde die in de aankondiging van de gegunde opdracht dient te worden opgenomen (‘de aangeboden waarde’).⁹⁷ De geraamde waarde is relevant bij de beoordeling of een aan-

93 Overweging 107 considerans Richtlijn 2014/24/EU. Idem: Commission non paper 2012 cluster 8, p. 20 en 21 en Commission non paper 2012 cluster 1, p. 19. Volgens Treumer 2011, § 4.3 genieten aanbestedende diensten hier een aanzienlijke discretionaire beoordelingsruimte.

94 Het voorbeeld van de vertienvoudiging van de opdracht vind ik niet bruikbaar. Er kan dan immers hoe dan ook geen rechtmatig beroep op het wijzigingenmandje en de onvoorzienbare omstandigheden-regeling worden gedaan, tenzij in het laatstgenoemde geval het speciale sectorenregime van toepassing is (in welk geval het 50%-plafond niet geldt).

95 Vgl. Koster-Robaard 2021, p. 271.

96 Wat bij bijvoorbeeld raamovereenkomsten niet altijd mogelijk is, terwijl de wijzigingsmogelijkheden ook daarop betrekking hebben. Zie daarover nader § 6.4.8.

97 Art. 2.15, art. 2.62 lid 3 jo. Bijlage VIII Deel C sub 7 en 8, Bijlage VIII Deel D sub 13 Richtlijn 2014/24/EU.

bestedingsverplichting bestaat. Daarnaast kunnen ondernemers op basis hiervan inschatten in welke orde van grootte de opdracht ligt. De aangeboden waarde kan daarvan om allerlei redenen afwijken. Die waarde bepaalt vaak de omvang van de betalingsverplichting van de aanbestedende dienst, zodat het in beginsel zuiverder lijkt om daarvan uit te gaan.⁹⁸

Echter, ook de aangeboden waarde kan soms niet veel meer inhouden dan een benadering. Dit is het geval voor raamovereenkomsten, waarbij de omvang van de prestaties nog onzeker is.⁹⁹ Tijdens de aanbestedingsprocedure wordt daarom wel met fictieve inschrijfsommen gewerkt. Die inschrijfsom is het resultaat van (verreken)prijzen voor de afzonderlijke prestaties vermenigvuldigd met de fictieve hoeveelheden die de aanbestedende dienst vooraf heeft ingevuld. De gunnings-systematiek is er meestal op gericht te gunnen aan de inschrijver met de laagste fictieve inschrijvingssom. Voor de uitvoering zijn echter de (verreken)prijzen relevant. Die prijzen worden gebruikt voor het bepalen van de hoogte van de betalingsverplichting. Daarvoor wordt meestal een rekensom gebruikt die neerkomt op uitgevoerde hoeveelheid prestaties x aangeboden prijs = hoogte (termijn)betaling.

In die situatie gaan zowel de geraamde als de aangeboden waarde uit van een fictie. Bij gebrek aan een duidelijke richting vanuit de (Unie)wetgever en de jurisprudentie, bestaat enige onzekerheid van welke waarde dan moet worden uitgegaan. De aangeboden waarde lijkt echter het meest geschikt. Hoewel fictief, is zij wel mede het resultaat van prijzen die vervolgens gehanteerd zullen worden. Daarnaast rust op de aanbestedende dienst een verplichting om bij zijn raming van de raamovereenkomst de werkelijkheid zo nauwkeurig mogelijk te benaderen,¹⁰⁰ wat zijn weerslag dient te krijgen in de fictieve hoeveelheden die hij opgeeft. Zodoende lijkt een nauwkeurigere aanname mogelijk dan wanneer wordt uitgegaan van de geraamde waarde. Daarnaast schept een eenvormige benadering duidelijkheid.

Verder is onzeker hoe omgegaan dient te worden met opties en herzieningsclausules. Dienen zij te worden meegenomen in het bepalen van de oorspronkelijke waarde, terwijl dan nog onzeker is of ervan gebruik zal worden gemaakt? Opties dienen ingevolge art. 2.15 Aanbestedingswet deel uit te maken van de geraam-

98 Art. 6:217 lid 1 BW. Vgl. art. 2.129 Aanbestedingswet en de bepalingen waarin onderscheid gemaakt wordt tussen de mededeling van de gunningsbeslissing en de mogelijkheid tot het sluiten van de overeenkomst, zoals art. 2.26 aanhef en onder g en h Aanbestedingswet.

99 In art. 63 UNCITRAL Model Law on Public Procurement 2011 wordt het verbod neergelegd dat het voorwerp van een raamovereenkomst tijdens de looptijd wordt gewijzigd. Overige wijzigingen mogen worden doorgevoerd voor zover daarin uitdrukkelijk is voorzien.

100 Zie art. 2.15 lid 3 Aanbestedingswet; HJEU 19 december 2018, C-216/17 (*Autorita*, r.o. 57 - 70); HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*); hof Den Haag 17 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5247 (r.o. 4.5); en CROW 2014, p. 30 en 38.

de waarde. Dat ligt anders voor herzieningsclausules, waarvan de waarde veelal moeizaam is te ramen. In § 3.3.2 en 3.5.2 is daarnaast toegelicht dat opties in de gunningssystematiek dienen te worden meegenomen, maar herzieningsclausules niet. In lijn daarmee lijkt het consistent om een optie onderdeel te laten zijn van de oorspronkelijke waarde als deze een rol heeft gespeeld in de gunning.

Dit uitgangspunt lijkt te worden bevestigd door de jurisprudentie van het HJEU, specifiek de Griekse kadaasterzaak die hiervoor al aan de orde kwam. Het HJEU volgt daarin onder meer het betoog van de Europese Commissie dat “*le montant des marchés complémentaires concernés dépasse, dans chaque cas, le seuil de 50 % du montant des marchés initiaux fixé par les directives 92/50 et 2004/18*”.¹⁰¹ Het oorspronkelijke-waarde-criterium wordt gekoppeld aan de regels van Richtlijnen 92/50/EEG en 2004/18/EG. Aannemelijk is dat wordt bedoeld op de regels inzake waardering, in welk verband opties en verlengingen meewegen.¹⁰²

Stel nu dat een aanbestedende dienst besluit een optie niet te lichten waarna zich de eerste wijzigingen voordoen. Mag hij bij een beroep op een wijzigingsmogelijkheid de optie dan meenemen in het bepalen van de oorspronkelijke waarde? Volgens Aquilina zou dit indruisen tegen de geest van de Richtlijnen.¹⁰³ Deze veilige lijn is nog niet door de wetgever of het HJEU bevestigd of weersproken. Het lijkt echter dat een optie wel mag worden meegenomen, mits aangetoond kan worden dat die optie werkelijk een rol heeft gespeeld in de waardering en de gunning. Herzieningsclausules dienen wel buiten beschouwing te worden gelaten, gelet op de onzekerheden die daaraan kleven en de bijbehorende rol die zij in een aanbestedingsprocedure spelen.

6.4.3 De uitwerking van art. 2.163b Aanbestedingswet

Hoewel het bestaan van het wijzigingenmandje kan worden toegejuicht, kunnen bij de uitwerking ervan kritische kanttekeningen worden geplaatst, namelijk: de ongelijkheid in de regeling (ad 1), de onduidelijkheid over het geïndexeerde bedrag (ad 2), en de betekenis van het begrip netto cumulatieve waarde (ad 3).

Ad 1) Ongelijkheid

Op grond van art. 2.163b Aanbestedingswet is wijziging toegestaan tot een bepaald percentage en tot de toepasselijke drempelwaarde. Voor werken geldt een percentage van 15%, tegen 10% voor diensten en leveringen. Die 10% geldt ingevolge art. 2a.53 Aanbestedingswet ook voor concessies. De drempelwaarde voor werken is € 5.382.000, voor leveringen en diensten ten behoeve van de centrale

101 HJEU 27 oktober 2011, C-601/10 (*Commissie/Griekenland*, r.o. 34 en 35).

102 Zie ook art. 7 lid 7 Richtlijn 92/50/EEG en art. 9 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG.

103 Aquilina 2018, § 3.2.

overheid € 140.000, en € 215.000 ten behoeve van decentrale overheden.¹⁰⁴ Het samenspel tussen deze twee criteria maakt dat de wijzigingsruimte bij leveringen en diensten veel kleiner is dan bij werken.

Stel, een ministerie wil één van haar gebouwen verbouwen. Ook heeft zij een nieuw ICT-systeem nodig. Beide projecten kosten € 6 miljoen. Voor de verbouwing beschikt het ministerie over een wijzigingenmand van € 900.000, wat ruimschoots onder de drempelwaarde is. De volledige 15% kan pas niet langer worden benut vanaf een opdrachtwaarde van circa € 35.900.000.¹⁰⁵ Voor de ICT-opdracht is de ruimte 'slechts' € 139.999, omdat 10% van € 6 miljoen € 600.000 bedraagt wat ruimschoots boven de drempelwaarde is. Er bestaat ruimte om tot circa 2,3% van de opdrachtwaarde te wijzigen. De volledige 10% kan alleen worden benut voor opdrachten met een waarde tot € 1.4 miljoen.

Gesteld kan worden dat het effect in zekere zin tegengesteld is aan het beoogde doel. Immers, hoe groter de contractwaarde, hoe kleiner de relatieve wijzigingsruimte. Dit, terwijl het onlogisch is minder zekerheid te bieden aan grotere opdrachten dan aan kleinere. Zodoende maakt de wet een ongerechtvaardigd verschil, althans wordt onvoldoende uitgelegd waarom dit verschil zou moeten worden gemaakt. Deze ongelijkheid komt zowel voort uit de veel lagere drempelwaarde als uit de procentuele wijzigingsruimte.

Op die eerste heeft de Uniewetgever geen volledige invloed doordat deze in WHO-verband wordt vastgesteld. Weliswaar is in de considerans opgemerkt dat in de volgende onderhandelingsronde over de GPA-overeenkomst moet worden nagedacht over een verhoging van de drempels, maar daar hoeft weinig van verwacht te worden.¹⁰⁶ In 2017 heeft de minister van Economische Zaken aangegeven dat op dat moment geen onderhandelingen liepen, dat die ook niet werden voorzien in de nabije toekomst, en dat het onderwerp van verhoging van de drempels in EU-verband niet leeft.¹⁰⁷ Dit laatste bleek ook bij de periodieke herziening van de drempelwaarden in 2019, die toen naar beneden werden bijgesteld.¹⁰⁸

Echter, de GPA-overeenkomst kent niet een met de wijzigingenmand vergelijkbare regeling. Het staat de Uniewetgever daarom vrij het drempelwaarde-criterium (deels) te schrappen. Ook kan zij de procentuele wijzigingsruimte naar 15% bijstellen. Hoewel ieder percentage tot op zekere hoogte arbitrair is, valt zonder nadere toelichting niet in te zien waarom bij werkenopdrachten per definitie 5% meer wijzigingsbehoefte zou bestaan. Welke keuze ook wordt gemaakt, het ver-

104 De overige drempels en eventuele indexaties worden hier buiten beschouwing gelaten.

105 15% is dan namelijk € 5.385.000. De huidige drempelwaarde voor werkenopdrachten bedraagt € 5.382.000 excl. BTW.

106 Overweging 18 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

107 Verslag schriftelijk overleg, TK 2016-2017, 21 501-30, nr. 395, p. 7.

108 Verordening 2019/1828/EU.

dient aanbeveling de wijzigingsruimte op dit punt gelijk te trekken zonder dat die ruimte wordt gereduceerd ten opzichte van de huidige situatie.

Ad 2) Het geïndexeerde bedrag

Art. 2.163b lid 2 Aanbestedingswet bepaalt dat, als een indexeringsclausule is gehanteerd, “*voor de berekening van het bedrag, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, het geactualiseerde bedrag als referentiewaarde [wordt] gehanteerd*”. Op die plaats wordt echter gerept over zowel “*het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat*” als “*het toepasselijke bedrag, bedoeld in artikelen 2.1 tot en met 2.6*”. Ondanks deze taalkundige dubbelzinnigheid, kan alleen bedoeld worden op het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat. Anders zouden partijen de drempelwaarden kunnen indexeren, terwijl dit aan de Europese Commissie is voorbehouden.¹⁰⁹ Te meer is dit aannemelijk, nu art. 2.163d lid 2 Aanbestedingswet wel verwijst naar de prijs van de wijziging en beide bepalingen art. 72 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU implementeren.

Dan rijst de vraag waarom indexatie op zijn plaats is. Er wordt immers geen optie gelicht waarvan de prijs al eerder is overeengekomen. De prijs van de wijziging wordt op dat moment berekend. Nu kan gesteld worden dat de Uniewetgever het oog had op indexatie van overeengekomen eenheidsprijzen. Dat ligt echter niet voor de hand. Het object van de regeling verschuift dan naar de indexatie van één prijscomponent, die samen met andere componenten de prijs van de wijziging vormt. Verder wordt lang niet altijd met eenheidsprijzen gewerkt. Dan zou de reikwijdte dus beperkt zijn, terwijl de bewoordingen van art. 72 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU daar geen aanleiding toe geven.

Een andere uitleg is dat de Uniewetgever wilde regelen dat de waarde van de oorspronkelijke opdracht wordt geïndexeerd. Dit lijkt aannemelijk, omdat dit een objectieve vergelijking mogelijk maakt tussen de waarde van de wijziging en die van de oorspronkelijke opdracht. Dit staat er alleen niet. In art. 72 Richtlijn 2014/24/EU ziet ‘prijs’ op de prijs van de wijziging, en ‘waarde’ op de waarde van de oorspronkelijke opdracht.¹¹⁰ Lid 3 daarvan bepaalt: “*Voor de berekening van de in lid 2 en lid 1, onder b) en c), vermelde prijs wordt - voor zover de opdracht in een indexeringsclausule voorziet - de geactualiseerde prijs als referentiewaarde gehanteerd.*”

Een vergelijking met de andere Richtlijnen biedt geen uitsluitsel. Art. 89 lid 3 Richtlijn 2014/25/EU regelt de prijs van de wijziging in het kader van het wijs-

109 Art. 6 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. overweging 18 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

110 Art. 72 lid 1 onder b slot, onder c sub iii, en lid 2 aanhef Richtlijn 2014/24/EU waar van ‘bedrag’ wordt gesproken. In de Engelse, Duitse, Franse, Italiaanse en Spaanse taalversies wordt een vergelijkbaar onderscheid gemaakt. In het Duits wordt telkens ‘Wert’ gehanteerd.

gingenmandje uit lid 2, terwijl in dat lid alleen het begrip ‘waarde’ wordt gebruikt. In art. 43 lid 3 Richtlijn 2014/23/EU wordt weliswaar gesproken over de geactualiseerde waarde, maar in de rest van het artikel wordt gesproken over zowel de ‘waarde van de wijziging’ als de ‘waarde van de oorspronkelijke opdracht’. Tekstueel staan nog steeds beide opties open. Desalniettemin lijkt de enige objectief juiste uitleg dat de waarde van de oorspronkelijke opdracht wordt geïndexeerd. Ook de Franse wetgever is van deze lezing uitgegaan.¹¹¹

Art. 43 lid 3 Richtlijn 2014/23/EU bepaalt tot slot dat, indien de concessie geen indexeringsclausule bevat, bij de berekening van de geactualiseerde waarde rekening wordt gehouden met de gemiddelde inflatie in de betreffende lidstaat. Deze toevoeging ontbreekt zonder reden in de andere Richtlijnen. Meerjarige samenwerking komt echter ook regelmatig voor bij overheidsopdrachten en speciale sectoropdrachten, zodat een algemene indexatieregeling ook dan op zijn plaats lijkt.

Ad 3) Wat is de netto cumulatieve waarde?

Art. 2.163b lid 3 Aanbestedingswet bepaalt dat bij opeenvolgende wijzigingen “*de waarde [wordt] beoordeeld op basis van de netto cumulatieve waarde van die opeenvolgende wijzigingen.*” De Uniewetgever heeft het begrip ‘netto cumulatieve waarde’ niet gedefinieerd, en het HJEU heeft zich hierover nog niet uitgesproken. Ook de Franse rechtsbronnen lijken hierover te zwijgen. Wel heeft de Europese Commissie gesteld: “*That means that all of the modifications count toward the maximum.*”¹¹² De Nederlandse wetgever heeft daaraan toegevoegd dat, als de waarde boven (één van) de drempel(s) komt, de regeling kan worden toegepast tot aan de wijziging die de overschrijding heeft bewerkstelligd.¹¹³

Voor toevoegingen is dit een eenvoudige optelsom. Dat ligt anders bij zowel meer- als minderwerk. Stel: de wijzigingsruimte is 100, met meerwerk = 90 en minderwerk = 20. Wordt de netto cumulatieve waarde berekend op basis van meerwerk minus minderwerk, dan wordt binnen de kaders gehandeld. Met een rekenmethode meerwerk plus minderwerk wordt de grens met 10 overschreden.

Door Rasenberg is verdedigd dat de waarde van minderwerk in mindering mag worden gebracht op de cumulatieve waarde van de eerdere wijzigingen.¹¹⁴ Hebly en Van den Boogaart hebben de juistheid van die benadering betwijfeld.¹¹⁵ Met Hebly heb ik verdedigd dat twee benaderingen mogelijk zijn.¹¹⁶ In de eerste benadering staat de netto-cumulatieve waarde gelijk aan het saldo van meer- en

111 Art. R3135-4 Code de la Commande publique waarin dit tot uitdrukking wordt gebracht in relatie tot concessies.

112 Europese Commissie 2018, p. 115.

113 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 93.

114 Rasenberg 2017, § 3 onder ad a.

115 Hebly & Van den Boogaart 2017, § II.1.

116 Hebly & Plas 2021, commentaar op art. 2.163b Aanbestedingswet, aant. 4.

minderwerk. In de tweede benadering, die onze voorkeur geniet, wordt gekeken naar de waarde van elke wijziging waarbij rekening wordt gehouden met samenhangend meer- en minderwerk.

Daarvan uitgaande, dient een dubbele rekensom te worden uitgevoerd. Stel dat een nieuw gebouw wordt gerealiseerd. De voorgeschreven heipalen met waarde 70 worden vervangen door duurdere vibropalen met waarde 90. Ook wordt de vijfde toiletgroep met waarde 15 geschrapt. In dit voorbeeld lijkt het dan aannemelijk om de netto cumulatieve waarde dan op $(20 + 15 =) 35$ te waarderen. Het lijkt onjuist dat die waarde dan $(90 - 15 =) 75$ of $(90 + 15 =) 105$ bedraagt.¹¹⁷ De fundering moest er namelijk altijd al komen, terwijl de toiletgroep afzonderlijk dient te worden gewaardeerd.

6.4.4 Kostenstijging of ook kostenvermindering?

Bij noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden en onvoorzienbare omstandigheden geldt de regel dat de prijsverhoging maximaal 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht bedraagt. De Uniewetgever neemt dus aan dat een wijziging tot een prijsverhoging leidt. Echter, door onvoorzienbare omstandigheden kan een opdracht ook in omvang verminderen. Daarbij kan gedacht worden aan facilitaire voorzieningen die door de coronacrisis nog slechts beperkt nodig waren, of aan het gedecimeerde gebruik van het openbaar vervoer.¹¹⁸ Dit is relevant nu ook een verkleining tot een wezenlijke wijziging kan leiden.¹¹⁹

Het zou daarom van rechtsongelijkheid getuigen wanneer voor die gevallen de weg naar art. 2.163e Aanbestedingswet niet openstaat. Nu heeft de Uniewetgever de deur op een kier gezet voor een uitleg die het toestaat het begrip ‘prijsverhoging’ te lezen als ‘prijswijziging’, zie het verplicht gestelde formulier voor de publicatie van een wijziging: “*Indien van toepassing, prijsstijging als gevolg van de wijziging*”.¹²⁰ Toch is dit maar een mager aanknopingspunt. Deze discrepantie valt de Uniewetgever niet helemaal tegen te werpen. Tot 2016 lag de focus op wijzigingen die een prijsverhoging tot gevolg hadden. Dat doet er niet aan af dat opdrachtverkleiningen momenteel onvoldoende worden ondervangen. Een consistente regeling dient daar wel rekening mee te houden, zodat aanpassing op zijn plaats lijkt. Een uitleg in de geest van de Richtlijnen brengt tot die tijd mee dat ook wijzigingen met een prijsverlaging via art. 2.163e Aanbestedingswet kunnen worden gerechtvaardigd.¹²¹

117 Olivera 2015, § V.3 gaat hiervan uit zonder rekening te houden met de mogelijkheid van samenhangend meer- en minderwerk.

118 Dit laatste los van de rudimentaire regels uit Verordening 1370/2007/EG.

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

120 Bijlage V Deel G sub 5 Richtlijn 2014/24/EU. Zie ook Plas 2020a.

121 Idem: Bogdanowicz 2021, p. 98. Vgl. Olivera 2015, § V.1.

6.4.5 Concessie-omissies

Hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet is ingevolge art. 2a.53 Aanbestedingswet van overeenkomstige toepassing op concessies. De Nederlandse wetgever heeft zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat volstaan wordt met een verwijzing, aangezien de bepalingen materieel gelijk zouden zijn.¹²²

Ten eerste gaat die stelling mank met betrekking tot de 50%-drempel uit art. 2.163d en 2.163e Aanbestedingswet. Uit de concessierichtlijn blijkt dat die drempel niet van toepassing is op concessies die worden gegund inzake activiteiten als bedoeld in bijlage II bij die Richtlijn.¹²³ Daarin staan activiteiten op het gebied van gas en warmte, elektriciteit, openbaar vervoer, de exploitatie van zee- en luchthavens, postdiensten, en de winning van fossiele brandstoffen. Deze activiteiten vallen onder de reikwijdte van de speciale sectorrichtlijn.¹²⁴ Aldus heeft de Uniewetgever een met die Richtlijn consistente regeling willen treffen, omdat in art. 89 Richtlijn 2014/25/EU evenmin een 50%-drempel is opgenomen.

Een tweede ommissie betreft de reeds besproken indexeringen. De concessierichtlijn regelt dat, indien de concessie geen indexeringsclausule bevat, van de gemiddelde inflatie in de lidstaat dient te worden uitgegaan. Deze regeling staat niet in art. 2a.53 Aanbestedingswet. Dit terwijl sprake is van een dwingend geformuleerd voorschrift dat van belang is gelet op de doorgaans langjarige duur van concessies.

In deze gevallen biedt de Uniewetgever dus een ruimere wijzigingsvrijheid dan de Aanbestedingswet doet vermoeden. Desondanks bestaat er geen aanleiding dat de Nederlandse wetgever een strikter kader heeft willen introduceren. Het verdient aanbeveling de Aanbestedingswet hierop aan te passen.

6.4.6 Voorzienbaarheid en zorgvuldigheid

In § 6.3.2 is de gedeelde geschiedenis van art. 2.163d en 2.163e Aanbestedingswet behandeld. Een verschil is dat art. 2.163e vereist dat de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien, waarbij het zorgvuldigheidsvereiste per geval wordt ingevuld.¹²⁵ Deze zorgvuldigheidseis wordt in art. 2.163d niet gesteld. Betekent dit dat een onzorgvuldig handelende aanbestedende dienst gebruik kan maken van deze mogelijkheid? Die mogelijkheid is in de literatuur wel gesuggereerd en bekritiseerd.¹²⁶ In de jurisprudentie is die vraag nog niet beantwoord.

122 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 105. Vgl. de transponeringstabel op p. 131.

123 Art. 43 lid 1 onder b slotalinea en onder c sub iii Richtlijn 2014/23/EU.

124 De watersector wordt hier niet genoemd. Activiteiten uit die sector zijn ingevolge art. 10 Richtlijn 2014/25/EU als speciale sectoractiviteit aan te merken. Zie over deze keuzes overweging 40 considerans en art. 12 Richtlijn 2014/23/EU.

125 Overweging 109 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

126 Blaisse-Verkooijen 2016, § 3 en Rasenberg 2017 § 2, ad 3.

Enerzijds kan betoogd worden dat de Uniewetgever het zorgvuldigheidsvereiste wel had gesteld als zij de werkingssfeer van deze grondslag wilde beperken.¹²⁷ Arrowsmith lijkt van deze lezing uit te gaan waar zij stelt dat deze mogelijkheid kan worden gebruikt “*when the circumstances were foreseeable but the authority failed to foresee them or failed to provide for them for other reasons*”.¹²⁸ Deze lezing heeft te meer zijn merites gelet op het gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden, dat ertoe leidt dat aan de inhoud van de gestelde criteria veel belang toekomt. Het inlezen van aanvullende criteria heeft tot gevolg dat de wijzigingsmogelijkheden feitelijk verkleind worden.

Anderzijds is het onrealistisch aan te nemen dat het zorgvuldigheidsvereiste geheel terzijde geschoven wordt. Zorgvuldigheid kan als algemeen aanbestedingsrechtelijk beginsel worden gezien.¹²⁹ In het verlengde daarvan ligt dat in art. 2.163d lid 1 onder a het vereiste wordt gesteld dat de aanvullende prestaties noodzakelijk zijn geworden.¹³⁰ Die noodzaak dient dus tijdens de uitvoering te zijn opgekomen. Voorzienbare fouten hebben weliswaar tot gevolg dat tijdens de uitvoering gewijzigd dient te worden, maar die noodzaak ligt besloten in een onvoldragen voorbereiding, zodat gesteld kan worden dat daarom niet aan de eisen van art. 2.163d wordt voldaan.

Voor beide lezingen valt iets te zeggen. Ook is het zo dat, ongeacht voor welke lezing de voorkeur wordt uitgesproken, omzeilingsconstructies nimmer mogen worden toegestaan.¹³¹ Dit laat onverlet de vraag hoe met vermijdbare fouten dient te worden omgegaan. Fouten maken blijft menselijk. Het lijkt onevenredig om dan categorisch een beroep op art. 2.163d te ontfangen. Daarvan uitgaande, kunnen bepaalde fouten via art. 2.163d gerepareerd worden, met dien verstande dat de grens getrokken wordt bij grove onzorgvuldigheid. Verder lijkt het wenselijk dat de rol van het zorgvuldigheidsvereiste door de Uniewetgever, althans het HJEU, wordt verduidelijkt.

6.4.7 Reikwijdte van art. 2.163f Aanbestedingswet

Hiervoor is toegelicht dat art. 2.163f aanhef en onder b Aanbestedingswet de wijzigingsmogelijkheden vergroot. Centraal in die bepaling staat het begrip herstructurering. Wijziging is namelijk toegestaan bij: “*rechtsopvolging [...] ten gevolge*

127 Dit indachtig het Romeinsrechtelijke adagium *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*.

128 Arrowsmith 2014, p. 602.

129 Zie § 3.2.2. Vgl. o.a. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 36); HJEU 11 september 2014, C-19/13 (*Fastweb II*, r.o. 50); HJEU 31 januari 2013, T-540/10 (*Commissie/Spanje*, r.o. 71, 83, 104, 107) en T-235/11 (*Commissie/Spanje*, r.o. 88, 90 en 102); en HJEU 19 maart 2010, T-50/05 (*European Dynamics*, r.o. 119 - 125).

130 Idem: art. 72 lid 1 onder b Richtlijn 2014/24/EU.

131 Art. 1.10a lid 1 Aanbestedingswet. Vgl. § 2.3.

van herstructurering van de onderneming, onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer [...]”.¹³² Op deze plaats vragen twee punten de aandacht met betrekking tot dit begrip.¹³³

Ten eerste wordt het begrip niet gedefinieerd. Zodoende is niet geheel duidelijk vanaf wanneer de Uniewetgever herstructurering aanwezig acht. Gelet op de genoemde voorbeelden en vanuit het oogpunt van een consistente toepassing van het Unierecht, valt er wat voor te zeggen dat aangesloten wordt bij de definitie zoals die nadien in de Herstructureringsrichtlijn is neergelegd: *“maatregelen die gericht zijn op het herstructureren van het bedrijf van de schuldenaar, waaronder ten minste het wijzigen van de samenstelling, de voorwaarden of de structuur van de activa en passiva van een schuldenaar of van een ander deel van de kapitaalstructuur van de schuldenaar, zoals de verkoop van activa of bedrijfsonderdelen en, indien het nationaal recht hierin voorziet, de verkoop van een bedrijf ‘as going concern’, evenals alle benodigde operationele wijzigingen of een combinatie van deze elementen”*.¹³⁴

In het verlengde hiervan ligt de rol van het begrip ‘insolventie’. Tekstueel wordt insolventie nu als toegestane vorm van herstructurering beschouwd. Dit wijkt af van art. 72 lid 3 Richtlijnvoorstel waarin gesproken werd van *“herstructurering van de onderneming of insolventie”*. Daarmee is insolventie verschoven van een categorie naar een voorbeeld.¹³⁵ De totstandkomingsgeschiedenis biedt geen antwoord op de vraag of dit een bewuste inhoudelijke aanpassing is geweest.¹³⁶ Gevolg is onduidelijkheid over de vraag hoe het herstructureringsvereiste bij insolventie dient te worden uitgelegd.

In de beperkte nationale jurisprudentie wordt over deze kwestie verschillend over gedacht. Volgens de Rb. Overijssel geldt dit vereiste niet, volgens de CvAE wel.¹³⁷ Ook de nationale literatuur is verdeeld. Enerzijds is gesuggereerd dat deze grondslag niet rechtmatig kan worden ingeroepen bij de losse verkoop van een opdracht uit de boedel.¹³⁸ Anderzijds betogen Everhardus en Van Deinsen op basis van een

132 Zoals geciteerd uit art. 72 lid 1 sub d Richtlijn 2014/24/EU.

133 De verwijzing naar geschiktheidseisen in art. 2.163f sub b Aanbestedingswet vormt een onvolledige implementatie. Art. 72 lid 1 sub d onder ii Richtlijn 2014/24/EU spreekt namelijk over het voldoen aan de ‘aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie’. Daaronder vallen blijkens onderafdeling 3.3.1 van die Richtlijn ook de uitsluitingsgronden.

134 Art. 2 lid 1 onder 1 Richtlijn 2019/1023/EU. Op het moment van schrijven is deze richtlijn nog niet omgezet.

135 Dit is in de Engelse, Franse, Duitse, Italiaanse, en Spaanse taalversies niet anders.

136 Deze tekstuele aanpassing volgt uit het compromisvoorstel van 6 juni 2013, interinstitutional file 2011/0438 (COD), nr. 10580/13. Daarin wordt die keuze niet toegelicht.

137 Rb. Overijssel 2 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1948 (r.o. 4.12 slot) en CvAE 28 februari 2017, nr. 323 (alinea 5.6).

138 Sprik & Vermeulen 2017, § 4.3 en Kleijn & Ten Cate 2014, § 3.

parallel met het begrip ‘herstructurering’ uit de herstructureringsrichtlijn dat geen sprake hoeft te zijn van een volledige doorstart: *“Ook deze definitie impliceert dat een herstructurering (in dit geval in een poging insolventie c.q. vereffening te voorkomen) het vervreemden van activa omvat, zonder dat daarbij de eis geldt dat de gehele onderneming wordt overgenomen door een derde. Sterker nog, de tekst lijkt geënt op vooral overdracht van een gedeelte van de activa of bedrijfsonderdelen nu het artikel besluit met de eventualiteit (voor zover nationaal recht daarin voorziet) van verkoop van de lopende onderneming (going concern).”*¹³⁹

Deze onduidelijkheid is recent door het HJEU deels opgehelderd. In het pragmatische arrest *Advania* houdt het Hof er weliswaar aan vast dat insolventie wets-systematisch onder herstructurering valt, maar overweegt hij samengevat ook dat - in het geval van insolventie die tot liquidatie leidt - het overnemen van een overheidsopdracht of raamovereenkomst voor toepassing van deze vervangingsmogelijkheid volstaat. In deze context overweegt het Hof dat de eerste drie voorbeelden van herstructurering (overname, fusie, en acquisitie) kunnen impliceren dat ten minste een deel van de activiteiten wordt voortgezet, maar ook dat dit niet in gelijke zin geldt voor insolventie. Deze mogelijkheid zou haar nuttig effect ontnomen worden *“indien het begrip ‘insolventie’ wordt beperkt tot situaties waarin de activiteiten van de aanvankelijke aannemer die onder de betrokken raamovereenkomst vallen door de nieuwe aannemer, althans gedeeltelijk, worden overgenomen, en indien dit begrip niet in zijn gebruikelijke, ruimere betekenis wordt opgevat.”* Die uitleg vindt mede steun in het doel van deze wijzigingsmogelijkheid, namelijk *“het invoeren van een zekere soepelheid bij de toepassing van de regels teneinde pragmatisch te reageren op een geheel van buitengewone situaties, zoals de insolventie van de opdrachtnemer, die hem belet de betrokken overheidsopdracht uit te voeren.”*¹⁴⁰

Aldus heeft het HJEU de verruimde vervangingsmogelijkheden benadrukt. Met dit op de praktijk gerichte oordeel wordt ook recht gedaan aan de betrokken maatschappelijke en economische belangen. Dit valt toe te juichen, mede in het licht van de in § 2.5.4 behandelde gewenste balans. Wel lijkt het HJEU zodoende af te drijven van de strikte wettekst en toe te roeien naar de regeling uit het richtlijnvoorstel. Verder wordt door het HJEU niet verduidelijkt vanaf wanneer het aangehaalde ‘beletsel’ zich voordoet. Zo is onduidelijk of hieronder mede valt de situatie dat een ondernemer door de verdere uitvoering insolvent zou raken en dat het hem dus is toegestaan om die dreiging door contractovername af te wenden, waaraan de aanbestedende dienst via art. 2.163f Aanbestedingswet kan meewerken.¹⁴¹

139 Everhardus & Van Deinsen 2020, § 5.

140 HJEU 3 februari 2022, C-461/20 (*Advania*). Citaten uit r.o. 30 en 37.

141 Zie uitvoeriger over de vervanging bij insolventie Plas 2022a.

6.4.8 Op welk niveau moet worden getoetst?

Hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet regelt de wijzigingsmogelijkheden op het niveau van de overheidsopdracht. Dit logische uitgangspunt roept vragen op indien er meer wordt ingekocht dan één opdracht, zoals bij herhalingsopdrachten, raamovereenkomsten en dynamische aankoopssystemen.

Stel dat partijen tijdens de uitvoering van een herhalingsopdracht willen wijzigen.¹⁴² Kan dan onverkort toepassing worden gegeven aan de wijzigingsmogelijkheden? Dient daarbij voor het bepalen van de oorspronkelijke opdrachtwaarde te worden uitgegaan van de waarde van de herhalingsopdracht of mag dit ook de waarde van het basisproject zijn? Mogen partijen in de onderhandelingen voor de herhalingsopdracht een herzieningsclausule opnemen die een wezenlijke wijziging inhoudt?¹⁴³ Of levert dat een wijziging van de algemene aard van de opdracht op vanwege het soortgelijkheidsvereiste?

Op dergelijke vragen geven de Richtlijnen geen antwoord. Hoewel de tekst onverkorte toepassing niet expliciet verbiedt, lijkt dit tegen de geest van de Richtlijnen in te druisen. De kans bestaat dan immers dat een wijzigingsruimte wordt geboden die zich moeizaam verdraagt met de vereisten die voor de herhalingsopdracht gelden. Daarvan uitgaande, lijkt een voorziening c.q. compromisregeling wenselijk die op bepaalde wijze afwijkt van de reguliere wijzigingsmogelijkheden, maar ook recht doet aan de vereisten die gelden ten aanzien van de herhalingsopdracht en aan de objectief gerechtvaardigde wens om te kunnen wijzigen.

Deels vergelijkbare vragen doen zich voor bij raamovereenkomsten en dynamische aankoopssystemen. Hoewel dit niet expliciet uit hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet blijkt, zijn de wijzigingsmogelijkheden ook expliciet van toepassing op raamovereenkomsten. Zo luidt de aanhef van art. 72 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU: “*Opdrachten en raamovereenkomsten kunnen in overeenstemming met deze richtlijn zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd in de volgende gevallen [...]*”.¹⁴⁴ Bij meerdere wijzigingsmogelijkheden wordt in leden 1 en 2 expliciet naar (de waarde van) de raamovereenkomst verwezen. Ook in het kader van het verbod om wezenlijk te wijzigen, wordt in leden 4 en 5 van art. 72 verwezen naar de raamovereenkomst. En op grond van art. 33 lid 2 slot Richtlijn 2014/24/EU geldt dat in opdrachten die op een raamovereenkomst zijn gebaseerd, geen

142 In § 3.5.1 is onder ad 6 is al stilgestaan bij de vraag hoe het vereiste, dat de herhalingsopdracht tussen dezelfde partijen wordt gesloten, zich verhoudt tot art. 2.163f Aanbestedingswet. De problematiek is echter breder.

143 Normaliter mag dit immers, vgl. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 36).

144 Dit wordt bevestigd in HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*, r.o. 70). Vgl. HJEU 14 juli 2022, C-274/21 en C-275/21 (*EPIC Financial Consulting*, r.o. 65 - 68).

wezenlijke wijzigingen mogen worden aangebracht met betrekking tot de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden.¹⁴⁵

Het lijkt daarom niet toereikend om alleen van het niveau van de overheidsopdracht uit te gaan. Maar betekent dit dat het niveau van de raamovereenkomst altijd doorslaggevend is? Dan kan het zijn dat een overheidsopdracht met waarde 100 in een raamovereenkomst met waarde 1000 vanwege onvoorzienbare werkzaamheden gewijzigd wordt en dat die wijziging een waarde 400 heeft. Een verviervoudiging van de overheidsopdracht zou dan toegestaan zijn omdat voor het 50%-plafond aangesloten wordt bij de raamovereenkomst. Dit lijkt op gespannen voet te staan met het verbod op favoritisme en willekeur, zeker wanneer de raamovereenkomst met meerdere ondernemers is gesloten en overheidsopdrachten via een minicompetitie worden gegund.¹⁴⁶ Echter, het is evenmin aanlokkelijk dat de analyse op beide niveaus kan plaatsvinden. Los van het feit dat de Richtlijn hiervoor geen aanknopingspunten biedt, verhoogt dit de complexiteit. Hoe dient dan immers het relevante niveau te worden bepaald? Hoe verhouden die niveaus zich tot elkaar, ook waar het gaat om de maximale omvang van de wijzigingen?

Een vergelijkbare problematiek kan zich voordoen bij dynamische aankoopssystemen, met dien verstande dat het dynamisch aankoopstelsel een ander inkoopinstrument is en er in art. 72 Richtlijn 2014/24/EU niet naar dit instrument wordt verwezen.¹⁴⁷ Ook dan speelt namelijk het niveau van het systeem en het niveau van de opdracht en kunnen de belangen van ondernemers in het gedrang komen, zodat zich dan de vraag naar de omvang van de wijzigingsruimte opdringt.

Door Andrecka is ten aanzien van raamovereenkomsten gesuggereerd dat de wijzigingsmogelijkheden mogelijk strikter kunnen worden geïnterpreteerd, omdat op het moment dat de raamovereenkomst is gesloten, er nog geen overheidsopdracht wordt gegund.¹⁴⁸ Zij licht echter niet toe wat die striktere uitleg kan inhouden. Die mogelijkheid vindt ook geen steun in de tekst van de Richtlijn. Desalniettemin snijdt zij een terecht punt aan, in die zin dat raamovereenkomsten een eigen positie innemen, die momenteel ten aanzien van de wijzigingsmogelijkheden onvoldoende wordt onderkend. Een pasklaar antwoord lijkt niet direct voorhanden.

Kortom: de op zichzelf welkome codificatie en verruiming in art. 72 Richtlijn 2014/24/EU heeft tot onduidelijkheden geleid en nieuwe vragen in het leven geroepen. De Uniewetgever, althans de Europese Commissie, lijkt aan zet om in overleg met praktijk en wetenschap tot een werkbare oplossing of handreiking te komen. Met al deze observaties in het achterhoofd wordt hierna stilgestaan bij twee belangrijke verbintenissenrechtelijke noties, namelijk het belang van trouw aan

145 Deze bepaling is geïmplementeerd in art. 2.140 lid 2 Aanbestedingswet.

146 Art. 2.143 lid 1 Aanbestedingswet.

147 Dynamische aankoopssystemen zijn een digitale marktplaats voor de inkoop van eenvoudige producten en diensten, zoals papier.

148 Andrecka 2015, § 3.4.2.

het gegeven woord enerzijds en de vraag hoe om te gaan om onvoorziene omstandigheden anderzijds.

6.5 TROUW AAN HET GEGEVEN WOORD - MEESTAL DAN

Afspraak is afspraak. Dit evenzeer praktische als principiële gezegde drukt uit dat verbintenissen in beginsel moeten worden nagekomen. Om met Haas te spreken: “*Eén van de kernfuncties van het contractenrecht is het scheppen van vertrouwen dat contracten worden nagekomen*”.¹⁴⁹ Die kernfunctie vindt zijn aanbestedingsrechtelijke evenknie in de verplichting voor de aanbestedende dienst tot nauwgezette naleving van de voorwaarden tot aan het einde van de uitvoering, en in het uitgangspunt dat de opdrachtnemer zijn aanbod uitvoert.¹⁵⁰ Voor aanbestede overeenkomsten wordt de nakomingsverplichting dus op contractenrechtelijke én aanbestedingsrechtelijke overwegingen gefundeerd. Toch dienen deze verplichtingen niet zonder meer hetzelfde doel. Contractenrechtelijk staat de verhouding tussen contractpartijen centraal. Aanbestedingsrechtelijk ligt de nadruk veelmeer op de relatie tussen contractpartijen enerzijds en nauw betrokken derden anderzijds. Hierdoor is het mogelijk dat een afspraak toch niet kan worden nagekomen of dat een opdrachtgever zich formeler dient op te stellen. Dit spanningsveld wordt hier geïllustreerd aan de hand van de uitvoeringsautonomie (§ 6.5.1) en de schikkingsmogelijkheden (§ 6.5.2).

6.5.1 De uitvoeringsautonomie

Veel wijzigingen worden expliciet overeengekomen. Echter, een wijziging kan ook in het gedrag van partijen besloten liggen. Daaruit kan blijken dat niet langer nakoming van een verbintenis wordt geleverd dan wel dat die verbintenis anders wordt begrepen of toegepast. Verbintenissenrechtelijk staat hier in uitgangspunt niets aan in de weg. Dit aspect van de contractvrijheid wordt ook wel in de sleutel van de Haviltexmaatstaf geplaast.¹⁵¹ Dat is op zich niet opzienbarend. ‘Haviltexen’ is namelijk zowel relevant voor de uitleg van een overeenkomst als voor de totstandkoming ervan (vgl. art. 3:37 lid 1 BW). Tjittes en Valk spreken zelfs van een onlosmakelijke band tussen de eisen aan de totstandkoming en de methode van uit-

149 Haas 2009, p. 1.

150 Vgl. o.a. § 2.2.1 en 2.5.

151 HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2213 (*Batavus/Vriend*, r.o. 3.4) en HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876 (*Van den Eijnde/Fuchs c.s.*, r.o. 3.6.3). Zie ook HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5352 (*Van Beers c.s./Van Daalen*, r.o. 3.7). Vgl. inzake mondelinge overeenkomsten HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6319 (*Van Regteren/VGK*, r.o. 3.4.2). In Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 919, wordt benadrukt dat wat partijen zijn overeengekomen, dient te worden vastgesteld door interpretatie van hun uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsverklaringen in hun onderling verband.

leg.¹⁵² Daarom kunnen overeenkomsten ook stilzwijgend van inhoud veranderen of zelfs van contractpartij.¹⁵³ Valk verbindt hieraan de termen ‘voortschrijdende Haviltext’ en ‘dynamische uitleg’.¹⁵⁴ Evenwel kan een dergelijke uitoefening van de uitvoeringsautonomie aanbestedingsrechtelijk gezien tot een wezenlijke wijziging leiden. Arrowsmith merkt op: “*It is likely that not merely an explicit change to a contract but also a failure to enforce the terms of a contract can constitute a change that requires a new award procedure [...]*”.¹⁵⁵ Ook in de nationale jurisprudentie keert deze omstandigheid steeds meer terug (ad 1). Wel is het de vraag in hoeverre dit als keerpunt kan worden gezien (ad 2).

Ad 1) Een ontluikende ontwikkeling

Een eerste voorbeeld betreft een advies van de CvAE inzake een concessie voor de exploitatie van reclamedisplays. De concessiehouder was verplicht een voorrangsregel en een gereduceerd tarief te hanteren voor culturele en maatschappelijke campagnes. Hij diende dit deugdelijk en transparant te communiceren. Hij laat dit na en de concessieverlener treedt niet op. Volgens de CvAE is sprake van een wezenlijke wijziging. Niet valt uit te sluiten dat als gevolg van deze niet-nakoming bepaalde ideële campagnes niet zijn geadverteerd en dat, zelfs als dit wel het geval was, de concessiehouder het commerciële tarief heeft kunnen vragen.¹⁵⁶ In beide gevallen valt het economisch voordeel op onvoorziene wijze in zijn voordeel uit doordat hij hogere opbrengsten kan genereren.

Een tweede voorbeeld ziet op de zaken inzake de overeenkomst tussen Rijkswaterstaat en FAM voor het leveren van strooizout. Het geleverde strooizout vol-

152 Tjittes 2018, p. 264 en 265; Valk 2016, p. 17. Vgl. HR 17 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5835 (*Bunde/Erckens*) en art. 3:37 BW.

153 Zie voor dit laatste HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (*Inscharing*, r.o. 3.1.2). Valk 2022 bespreekt de dynamische uitleg in relatie tot de vereisten voor contractoverneming in de zin van art. 6:159 BW. Hij concludeert dat met dit arrest het vormvereiste uit art. 6:159 BW op de tocht staat, hetgeen minder problematisch is dan op het eerste oog lijkt.

154 Valk 2016, p. 31 en Valk 2018. Vgl. *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/165b - 168.

155 Arrowsmith 2014, p. 591. Zij verwijst naar High Court 16 juni 2010 in *J Varney & Sons*, EWHC 1404 (QB), § 210. Het HJEU heeft zich nog niet over dit vraagstuk gebogen. De feiten in HJEU 26 maart 2020, C-496/18 en C-497/18 (*Hungeod*, r.o. 45) gaven hiertoe aanleiding, maar de aard van de prejudiciële vragen verhinderde die bespreking.

156 CvAE 13 september 2019, advies nr. 513 (met name alinea's 5.5.6 en 5.5.7). Vgl. inzake de (tijdelijk) gewijzigde uitvoering van een concessie voor de plaatsing en exploitatie vanabri's Rb. Limburg 11 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8493. In die zaak werd een wezenlijke wijziging niet aanwezig geacht. In CvAE 9 juli 2021, advies nr. 622 lag een gestelde gebrekkige uitvoering en het daartegen niet toereikend optreden ten grondslag aan de klacht. De CvAE kan het bestaan van een wezenlijke wijziging echter niet met 100% zekerheid vaststellen, omdat de aanbestede dienst geen inhoudelijk verweer heeft gevoerd.

doet niet aan de kwaliteitseisen. Rijkswaterstaat stuurt ingebrekestellingen, stelt nieuwe (fatale) termijnen, en maakt aanspraak op de contractuele boete. Rijkswaterstaat besluit vervolgens tot afwikkeling van de overeenkomst over te gaan. Ook spreekt zij het voornemen uit het non-conforme zout voor andere doeleinden aan te wenden. Eurosalt, als tweede geëindigd in de aanbestedingsprocedure, stelt dat hierdoor wezenlijk wordt gewijzigd.

Volgens de rechtbank Den Haag geniet Rijkswaterstaat uitvoeringsautonomie binnen de grenzen van het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel. Daarbinnen gaat het Eurosalt niet aan te bepalen hoe Rijkswaterstaat de overeenkomst dient uit te voeren.¹⁵⁷ Enerzijds brengt dit mee dat het enkele feit dat een fatale termijn niet wordt gehaald, niet direct een wezenlijke wijziging oplevert. Rijkswaterstaat had namelijk voorzien in een escalatiemodel. Zo konden vanwege te late levering boetes worden opgelegd. Daarmee is voorzien in de mogelijkheid van latere levering.¹⁵⁸ Verder is ontbinding opgenomen als *ultimum remedium* en bestond de gelegenheid voor herstel.¹⁵⁹

Met het betrachten van enige coulance heeft Rijkswaterstaat binnen de contractuele mogelijkheden gehandeld. Dergelijke coulance houdt immers niet zonder meer in dat aan de betreffende contractuele eis geen enkele betekenis meer toekomt en dat met een andere handelswijze wordt ingestemd.¹⁶⁰ Te meer niet wanneer op nakoming wordt aangedrongen en een escalatiemodel wordt ingezet. Dit laatste kan zelfs van overheidsinstanties worden verwacht.¹⁶¹ Dit laat onverlet dat voortdurende coulance tot een wezenlijke wijziging kan leiden.¹⁶² De autonomiebegrenzing komt verder tot uitdrukking in het oordeel dat het Rijkswaterstaat voorshands niet vrijstaat inferieur zout tegen een lagere prijs voor andere doeleinden aan te wenden, omdat daarmee de aard van de prestatie wijzigt en het gelijkheidsbeginsel

157 Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465 (r.o. 5.4) en Rb. Den Haag 4 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:54 (r.o. 5.11).

158 Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465 (r.o. 5.5). Vgl. HJEU 20 maart 2018, C-187/16 (*Commissie/Oostenrijk*, r.o. 93) en Rb. Den Haag 16 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7043 (r.o. 4.6). Zie over het incalculeren van boetes ook Rb. Den Haag 4 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:54 (r.o. 5.5).

159 Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465 (r.o. 5.7 en 5.8). Zie over de herstelmogelijkheid ook Rb. Den Haag 4 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:54 (r.o. 5.6). Vgl. over de rol van de verschillende contractuele instrumenten in relatie tot uitvoeringseisen Rb. Midden-Nederland 25 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:245 (r.o. 4.14 en 4.15).

160 Vgl. Hof Amsterdam 14 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:46 (r.o. 3.4.1 - 3.4.6 en 3.5.4) en Rb. Den Haag 16 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7043 (r.o. 4.6).

161 Vgl. Rb. Oost-Brabant 24 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2978 (r.o. 5.7).

162 Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465 (r.o. 5.7 en 5.8). Vgl. Rb. Den Haag 26 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12716 (r.o. 4.8 en 4.9).

wordt geschonden.¹⁶³ Die begrenzing blijkt ook daaruit dat, als op de escalatieladder nog slechts ontbinding resteert, Rijkswaterstaat daartoe niet alleen gerechtigd, maar zelfs gehouden is.¹⁶⁴

Ad 2) Een keerpunt in de contractuele praktijk?

De bijzondere positie van overheden en de wijze van totstandkoming leiden tot een grotere nadruk op de naleving van de afspraken zoals die in de basis zijn overeengekomen en zoals een maatman die zou uitleggen. De voortschrijdende wil en wensen van partijen worden daarmee in zekere mate ingekaderd. Dit lijkt echter niet zonder meer aan te merken als een ernstige inperking van de contractvrijheid. Daarbij is relevant dat verbintenisrechtelijk gaandeweg al piketpalen zijn geslagen waar het gaat om de uitvoering van een overeenkomst in relatie tot de zorgplicht voor derden. Die plicht kan onder andere leiden tot afwijzing van een nakomingsvordering en meebrengen dat het weigeren gebruik te maken van een contractuele bevoegdheid een onrechtmatige daad oplevert (vgl. § 2.5.2).

Het lijkt verder niet aannemelijk dat iedere vorm van *coulance* c.q. redelijke handelsgebruiken aanbestedingsrechtelijk direct als wijziging moet worden aangemerkt.¹⁶⁵ Ter onderbouwing hiervan zou gesteld kunnen worden dat *coulance* c.q. redelijkheid en billijkheid als algemene rechtsbeginselen worden aanvaard of dat de wijzigingsbeperking onderdeel van het hele aanbestedingsrechtelijke pakket is, zodat maatschappelijke belangen, doelmatigheid, en evenredigheid relevant blijven. Er lijkt echter een directere grondslag voorhanden. In het Richtlijnvoorstel werd een aanbestedende dienst de toegang tot de wijzigingsmogelijkheden ontegd als de wijziging tot doel zou hebben om gebreken in de uitvoering of de gevolgen daarvan te verhelpen die door de handhaving van contractuele verplichtingen verholpen hadden kunnen worden.¹⁶⁶ Dit voorstel heeft het niet gehaald. Daaruit kan worden afgeleid dat de Uniewetgever die restrictie niet wenste.¹⁶⁷

Desalniettemin kan niet worden uitgesloten dat in deze inkadering een bepaalde mate van verdergaande juridisering van de contractuele samenwerking besloten ligt, in die zin dat een aanbestedende dienst gehouden kan zijn de escalatieladder strakker te handhaven. In zoverre die ontwikkeling als onwenselijk wordt

163 Rb. Den Haag 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940 (r.o. 5.5). Het accepteren van strijd met de eisen van de overeenkomst werd betoogd, maar niet gevolgd, in Rb. Gelderland 16 juni 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4819.

164 Rb. Den Haag 12 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933 (r.o. 4.6).

165 Ook een beroep op overmacht blijft mogelijk, vgl. CvAE 15 juli 2021, advies nr. 631.

166 Art. 72 lid 7 aanhef en onder a Richtlijnvoorstel 2011. Op grond van sub b gold dit evenzeer voor wijzigingen die tot doel hebben het risico te compenseren van door de contractant afgedekte prijsverhogingen. Ook dat voorstel is niet aangenomen.

167 Vgl. conclusie A-G Saugmandsgaard Øe 9 september 2021, C-461/20 (*Advania*, alinea 99).

beschouwd, is daar primair een schone taak voor de aanbestedende dienst weggelegd. Hij bepaalt in de aanbestedingsstukken immers veelal in verregaande mate wat hij belangrijk vindt en hoe hij de uitvoering voor zich ziet. Hij zit dus aan de knoppen. Voorts dient niet uit het oog te worden verloren dat niet iedere wijziging direct wezenlijk is. Er bestaat inmiddels (veel) meer expliciete wijzigingsruimte. Het hoeft dus niet direct fataal te zijn mocht de overeenkomst een tijdlang onderin de la verdwijnen.¹⁶⁸

6.5.2 Schikkingsmogelijkheden

Tijdens de uitvoering ontstaat weleens discussie over de reikwijdte van rechten en verplichtingen, de correcte nakoming daarvan, en/of de (noodzaak tot) wijziging. Soms worden de verschillen van inzicht door een goed gesprek opgelost. Soms is er meer nodig, zoals een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 lid 1 BW). Partijen komen tot een oplossing om (verdere) escalatie te voorkomen en verder te kunnen. Die vaststelling blijft op grond van art. 7:902 BW in uitgangspunt geldig indien zij in strijd mocht blijken met dwingend recht. Uit de contractvrijheid volgt dat partijen deze oplossing kunnen kiezen met mede als gevolg dat hieruit stevige rechten en verplichtingen voortvloeien. Dit kan op gespannen voet staan met de gerechtvaardigde belangen van een derde.

De relatie tussen de wijzigingsbeperking en de schikkingsmogelijkheid is door *Finn Frogne* in de schijnwerpers geplaatst. Aan de orde was een overeenkomst ten behoeve van een complex communicatiesysteem. Tijdens de uitvoering worden partijen met problemen geconfronteerd, waarna een geschil dreigt. Partijen komen tot een schikking die mede een zeer substantiële wijziging van de aanbestede overeenkomst inhoudt.¹⁶⁹ Finn Frogne stelt te zijn benadeeld en start een procedure. De zaak komt voor het HJEU die het verbod wezenlijk te wijzigen onverkort op vaststellingsovereenkomsten toepast.¹⁷⁰ Het is niet de bedoeling om alle aspecten uit dit arrest te analyseren.¹⁷¹ Hier gaat de aandacht naar de centrale kritiek op *Finn Frogne*. Die lijkt namelijk grotendeels onterecht.

Zoals in § 1.3 benoemd, is dit arrest kritisch ontvangen. Van Romburgh verzucht dat de contractvrijheid onder vuur zou liggen en dat het toepassen van het leerstuk van de wezenlijke wijziging op schikkingen “een relatief gevaarlijk perspectief” opent.¹⁷² Sanchez-Graells en De Koninck verwijten het HJEU in de val te zijn getrapt van de illusie dat perfecte overeenkomsten kunnen worden ontworpen.

168 Zie over de relatie opdrachtgever - opdrachtnemer na een wezenlijke wijziging ook § 8.4.3.

169 In Plas 2017 § 3 heb ik betoogd dat een vaststellingsovereenkomst als in *Finn Frogne* mede te beschouwen is als een objectieve novatie c.q. als schuldvernieuwing.

170 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*). Vgl. Hof Amsterdam 19 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ6956.

171 Plas 2016 en Plas 2017.

172 Van Romburgh 2020, § 2.3 en 3.

Zij rekenen het Hof zwaar aan geen rekening te houden met de economische realiteit.¹⁷³ Van Ee schrijft dat het oplossen van een geschil in goed overleg zo wel heel moeilijk wordt.¹⁷⁴

Echter, als het HJEU schikkingen zou uitzonderen van de werking van het leerstuk van de wezenlijke wijziging, zou het nuttig effect daarvan snel in het gedrang komen. Vorm zou dan de overhand op inhoud kunnen krijgen, met een vergroot risico op misbruik tot gevolg. Dat het verbod wezenlijk te wijzigen zich mede uitstrekt tot vaststellingsovereenkomsten waarmee een aanbestede overeenkomst wordt gewijzigd, lijkt in zoverre niet meer dan logisch.¹⁷⁵

Het is verder aannemelijk dat het belang van *Finn Frogne* nogal eens wordt overschat. Dit arrest had betrekking op de uitleg van Richtlijn 2004/18/EG. Daarin stonden nauwelijks wijzigingsmogelijkheden.¹⁷⁶ Toen het arrest op 7 september 2016 werd gewezen, was de implementatietermijn voor de nieuwe Richtlijnen al verstreken. Aangezien voor het bepalen van het toepasselijke recht dient te worden aangesloten bij het moment van wijziging,¹⁷⁷ kon vanaf het moment van publicatie ten aanzien van vaststellingsovereenkomsten al worden gezien of een beroep op de wijzigingsmogelijkheden open stond.¹⁷⁸ Doordat in één vaststellingsovereenkomst meerdere wijzigingen besloten kunnen liggen, kan ten aanzien van elk daarvan worden nagegaan op grond van welke wijzigingsmogelijkheid deze eventueel kan worden gerechtvaardigd.¹⁷⁹ Het is daarom aannemelijk dat het antwoord van het HJEU anders zou zijn uitgevallen indien aan art. 72 Richtlijn 2014/24/EU zou zijn getoetst.

Daar komt het volgende bij. In geval van twijfel over de toelaatbaarheid van de wijzigingen kan als risicobeheersmaatregel een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf als bedoeld in art. 4.16 Aanbestedingswet worden gepubliceerd. Het HJEU wijst hier met zoveel woorden ook op in *Finn Frogne*.¹⁸⁰ Voor uitzonderlijke gevallen kan zelfs worden overwogen een arbitragecommissie op de voet van art. 1020 lid 4 Rv te verzoeken zich over die rechtmatigheid uit te

173 Sanchez-Graells & De Koninck 2018, hoofdstuk 2. Vgl. Sanchez-Graells, 2016. Vgl. genuanceerder Raimundo 2017, § II.

174 Van Ee 2020, § 6.

175 Idem: Bogdanowicz 2021, p. 64.

176 Vgl. § 2.5.4.

177 Vgl. Plas 2020, § 2.

178 Daarnaast kan een beroep op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking worden overwogen, zie ook art. 2.32 en 2.33 Aanbestedingswet.

179 Vgl. vanuit de Franse praktijk Cour administrative d'appel Bordeaux 30 december 2019, nr. 19BX03235.

180 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 39). Zie hierover nader Plas 2016, § 4.

spreken.¹⁸¹ In Frankrijk bieden art. L213-1 t/m L213-4 Code de justice administrative overigens een vergelijkbare mogelijkheid. Partijen kunnen de bestuursrechter verzoeken een mediator aan te wijzen onder wiens leiding zij naar een oplossing zoeken, waarna de vaststellingsovereenkomst ter homologatie wordt aangeboden.

Kortom, het lijkt logisch dat het leerstuk van de wezenlijke wijziging ook op vaststellingsovereenkomsten wordt toegepast. Het lijkt echter te kort door de bocht om te stellen dat het de praktijk moeilijk wordt gemaakt.¹⁸² Eenzelfde conclusie kan worden getrokken wanneer de regeling inzake onvoorziene omstandigheden wordt geanalyseerd.

6.6 ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN

Een overeenkomst wordt gesloten met de kennis van dat moment. Ontwikkelingen die zich daarna voordoen, kunnen evenwel gevolgen hebben voor de uitvoering van de overeenkomst en de positie van partijen. Dat kunnen gebeurtenissen op individueel en organisatorisch vlak betreffen, maar ook grote maatschappelijke ontwikkelingen zijn, zoals (de gevolgen van) COVID-19, de oorlog in Oekraïne, of de krapte op het elektriciteitsnet. Dan rijst nogal eens de vraag naar wijziging van de overeenkomst. Partijen kunnen hierover in overleg treden en overeenstemming bereiken over (principe-)afspraken inzake wijzigingen. De toelaatbaarheid daarvan dient bij een aanbestede overeenkomst te worden beoordeeld in het licht van het gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden.¹⁸³

Het kan ook zijn dat volgens één van hen de overeenkomst ongewijzigd dient te worden voortgezet. Afspraak is afspraak.¹⁸⁴ Op die situatie wordt hier het licht geschenen. Wat als partijen er niet uitkomen en één van hen een procedure start? Perkt het aanbestedingsrecht de wettelijke correctiemechanismen dan significant in? Afgaande op de beperkte nationale jurisprudentie lijkt dit het geval. Daarin is namelijk geoordeeld dat Europees aanbestede overeenkomsten zich naar hun aard niet lenen voor een succesvol beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het accepteren van een wijziging op deze grondslag zou zelfs

181 De stappen richting een Mediationwet vallen buiten het kader van dit onderzoek, zie o.a. TK 2019-2020, 35300 VI, nr. 102.

182 Zie § 8.3.2 over de wezenlijke wijziging in het licht van een vaststellingsovereenkomst.

183 Achterhaald is dus de stelling van Hammerstein & Vranken 2003, p. 4 dat “*in het Nederlandse recht de vrijheid om met wederzijds goedvinden, vooraf of achteraf, de overeenkomst te beëindigen of te wijzigen niet aan bijzondere beperkingen onderhevig [is]*”. Vgl. nrs. 52 en 53. Vgl. verder Chao-Duivis 2010 § 2.2 en Hof Den Haag 31 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:83 (r.o. 12).

184 Zie voor de rechtshistorische ontwikkeling van de onvoorziene omstandigheden-regelingen Thier 2011.

indruisen tegen de beginselen van het aanbestedingsrecht.¹⁸⁵ Ook zou een beroep op onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW aanzienlijk worden beperkt.¹⁸⁶

Het doel van deze paragraaf is concreet, maar bescheiden: te toetsen in hoeverre deze visie juist is. Na een schets van enkele algemene contouren (§ 6.6.1) worden twee vergelijkingen getrokken. Eerst worden in § 6.6.2 art. 6:258 - 260 BW met art. 2.163e Aanbestedingswet vergeleken.¹⁸⁷ In § 6.6.3 wordt art. 2.163e Aanbestedingswet vergeleken met de kostenverhogende omstandigheden uit art. 7:753 BW. Uit deze toetsing zal blijken dat voornoemde visie in aanzienlijke mate onjuist is (§ 6.6.4).

6.6.1 Enkele algemene contouren

Wijziging kan in rechte worden gevorderd, bijvoorbeeld vanwege een wilsgebrek, onvoorziene omstandigheden, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, kostenverhogende omstandigheden, of om de excessieve gevolgen van een contractuele boete te matigen.¹⁸⁸ Hoewel ze in hun vereisten en uitwerking kunnen verschillen, hebben deze instrumenten gemeen dat ze een grondslag bieden om een (fundamentele) disbalans te herstellen.

Aanbestedingsrechtelijk geldt een veel bredere ratio. Inderdaad kan via met name de onvoorzienbare omstandigheden-regeling uit art. 2.163e Aanbestedingswet een disbalans worden hersteld. Maar de wijzigingsmogelijkheden zijn daartoe niet beperkt. Zo is de ratio van het wijzigingenmandje uit art. 2.163b Aanbestedingswet veelmeer gelegen in het bieden van enige operationele zekerheid. En via art. 2.163d Aanbestedingswet kunnen bepaalde vormen van meerwerk worden opgedragen om het project tot een goed einde te brengen. Als het leerstuk van de wezenlijke wijziging al vanuit het perspectief van herstel van een disbalans dient te worden gezien, dan is dat primair in de relatie tussen contractpartijen enerzijds en nauw betrokken derden anderzijds.

185 Rb. Overijssel 8 december 2015, ECLI:NL:ROBOVE:2015:5364 (r.o. 4.8). Vgl. Rb. Rotterdam 8 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10202 (r.o. 4.10). Zie ook Rb. Rotterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:833 (r.o. 4.12 - 4.22).

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

187 Niet wordt dus ingegaan op de ontbindingsmogelijkheid. Overigens laat wijziging ex art. 6:258 BW de opzeggingsbevoegdheid op grond van art. 6:248 BW onverlet, zie *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/456 en 457. Vgl. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6727 (*Tennisvereniging De IJpelhaar*, r.o. 3.5).

188 Zie o.a. art. 6:94, 6:230, 6:248, 6:258, en 7:753 BW.

Hierom valt dus al niet goed te plaatsen waarom de wijzigingsmogelijkheden de toepassing van verbintenisrechtelijke correctiemechanismen significant negatief beïnvloeden. Het is zelfs mogelijk dat een geslaagd beroep op art. 6:258 BW wordt gedaan en dat de opdrachtgever honderdduizenden euro's aan de opdrachtnemer moet bijbetalen, wat rechtmatig via art. 2.163b Aanbestedingswet kan worden gedaan. Door het Europese aanbestedingsrecht en het Nederlandse BW tegenover elkaar te plaatsen, wordt er (impliciet) aan voorbijgegaan dat een overeenkomst op grond van art. 6:248 lid 1 BW ook die rechtsgevolgen heeft die uit de wet voortvloeien, waaronder de Aanbestedingswet.

Daarnaast heeft een overeenkomst op grond van art. 6:248 lid 1 BW mede die rechtsgevolgen die uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Bij de vaststelling wat redelijkheid en billijkheid eisen, dient op grond van art. 3:12 BW rekening te worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen, en de betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen. Wolters wijst in dat verband op de rol van het Unierecht: *“Het recht van de Europese Unie kent een verplichting tot loyaliteit en het effectiviteitsbeginsel. Deze kenmerken verplichten de Nederlandse rechter, als orgaan van de lidstaat Nederland, tot een effectieve handhaving van het Europese recht. Open normen zijn hiervoor een geschikt instrument. De redelijkheid en billijkheid pleit daarom voor een toepassing van het nationale recht die aansluit bij (de strekking van) het recht van de Europese Unie. Het VWEU, de ‘algemene beginselen van gemeenschapsrecht’ en de richtlijnen van de Europese Unie kunnen de werking van open normen zoals de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.”*¹⁸⁹

Het antwoord op de vraag wat ten aanzien van de wijziging van een aanbestede overeenkomst redelijk en billijk kan worden geacht, wordt dus mede beïnvloed door het leerstuk van de wezenlijke wijziging. Dit zwaard snijdt aan twee zijden. Enerzijds kan een aanbestedende dienst zich niet zonder meer achter het verbod wezenlijk te wijzigen verschuilen. Het mag dan ook van hem worden verwacht aannemelijk te maken waarom een beroep op de wijzigingsmogelijkheden niet is toegestaan én waarom wezenlijk zou worden gewijzigd. Anderzijds mag een opdrachtnemer er niet zonder meer op vertrouwen dat een aanbestedende dienst gehouden zal worden om de overeenkomst wezenlijk te wijzigen.

6.6.2 De voorwaarden vergeleken - art. 6:258 BW

Art. 6:258 - 260 BW worden in zeven stappen vergeleken met art. 2.163e Aanbestedingswet: de keuze, de bepalingen, niet voorzien, terughoudende toetsing, aanbestedingsrechtelijke grenzen, de transparantieverplichting, en voorbeelden van samenloop.

189 Wolters 2013, p. 96 en 97. Vgl. p. 6.

Ad 1) De keuze

Gelet op het doel van deze paragraaf, biedt art. 6:258 BW een geschikt verbintenisrechtelijk vergelijkingsobject; zij geldt namelijk als *lex specialis* van art. 6:248 BW¹⁹⁰ en vertoont raakvlakken met dwaling.¹⁹¹ De keuze voor de vergelijking met art. 2.163e Aanbestedingswet is ingegeven door de omstandigheid dat deze bepalingen een voorziening treffen voor relatief vergelijkbare gevallen. Een nadere vergelijking met het wijzigingenmandje zou van weinig toegevoegde waarde zijn, omdat art. 2.163b Aanbestedingswet geen vereisten stelt aan de gevallen waarin het kan worden toegepast.¹⁹² Verder heeft een vergelijking met art. 2.163c Aanbestedingswet weinig zin, doordat een optie of herzieningsclausule impliceert dat een omstandigheid juist wel in de overeenkomst is verdisconteerd. Een nuttige vergelijking met de niet-wezenlijke wijziging uit art. 2.163g lid 1 Aanbestedingswet is lastig gelet op het hoogst casuïstische toepassingsbereik ervan. Uit de aard van de zaak ligt tot slot samenloop met de noodzakelijk geworden aanvullende prestaties uit art. 2.163d Aanbestedingswet of de vervanging van opdrachtnemer uit art. 2.163f Aanbestedingswet minder voor de hand.

Ad 2) De bepalingen

Op grond van art. 2.163e lid 1 Aanbestedingswet kan er rechtmatig gewijzigd worden als de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien, de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengt, en de prijsverhoging maximaal 50% van de oorspronkelijke opdrachtwaarde bedraagt. Ingevolge art. 6:258 leden 1 en 2 BW kan de rechter de gevolgen van een overeenkomst wijzigen op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding niet mag verwachten, tenzij die omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.

Ad 3) Niet voorzien

De eerste vraag in het kader van art. 6:258 BW is of partijen een omstandigheid contractueel hebben verdisconteerd. Maatstaf is dan niet wat zij hadden kunnen of

190 MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 974 en MvT, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6, p. 1827. Vgl. HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD3069 (*VVE/CSM*, r.o. 3.4). Vgl. Hondius & Grigoleit 2011, p. 71.

191 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/454. Dwaling heeft niet de kern van de overeenkomst te raken en benadeling is geen constitutief vereiste, slechts dat de dwalende de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:717 (*Eisers/CVBA*, r.o. 3.1.2) en HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*Eisers/ABN AMRO*, r.o. 3.6.3).

192 Zie nader § 6.3.1 en 6.4.3.

behoren te voorzien, maar of het intreden van die omstandigheid uitdrukkelijk of stilzwijgend is verdisconteerd.¹⁹³ Aanbestedingsrechtelijk dient sprake te zijn van externe omstandigheden die een zorgvuldig handelende aanbestedende dienst niet kon voorzien.¹⁹⁴ Hoewel daarin besloten ligt dat die omstandigheden contractueel niet zijn verdisconteerd, dient daarnaast te worden beoordeeld of zij vanuit het oogpunt van zorgvuldigheid voorzien hadden moeten worden. Op zichzelf kan dus worden gesteld dat aanbestedingsrechtelijk een wat zwaardere toets wordt aangelegd. Praktisch lijkt dit onderscheid echter van ondergeschikte betekenis.

Ad 4) Terughoudende toepassing

Wijziging op de voet van art. 6:258 lid 1 BW doet zich namelijk voor wanneer de wederpartij ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten. Het betreft een “*bijzondere regel voor een extreem geval*”, die overigens wel een verruiming inhoudt in vergelijking met de stringente Hoge Raad-jurisprudentie uit de eerste helft van de twintigste eeuw.¹⁹⁵ De betreffende onvoorziene omstandigheden dienen bij totstandkoming van de overeenkomst nog in de toekomst te liggen.¹⁹⁶ Ook speelt de tenzij-correctie uit lid 2 een belangrijke rol.¹⁹⁷ Doordat trouw aan het gegeven woord voorop staat, bestaat slechts onder bijzondere omstandigheden grond voor ingrijpen, met dien verstande dat juist bij overeenkomsten met de overheid eerder plaats kan zijn voor ingrijpen.¹⁹⁸ Daarvan uitgaande, vervagen de grenzen met het voorzienbaarheidsvereiste uit art. 2.163e Aanbestedingswet. Terughoudendheid hoeft in het laatstge-

193 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 968 en 973.

194 Art. 2.163e lid 1 Aanbestedingswet en overweging 109 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

195 O.a. Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 969 en HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (*Briljant Schreuders/ABP*, r.o. 4.3.2). Citaat uit Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 973. Deze regeling kan als tegenreactie worden gezien op de zeer strenge jurisprudentie van de Hoge Raad uit de jaren '20 en '30, vgl. Castermans c.s. 2012, p. vii en viii. Dit betreft met name HR 8 januari 1926, *NJ* 1926, 203 (*Sarong*), HR 19 maart 1926, *NJ* 1926, 441 (*Weefgetouw*) en HR 2 januari 1931, *NJ* 1931, 274 (*Mark = Mark*), waarbij de verbindende kracht van de overeenkomst zwaarder woog, zelfs bij (ernstige) oorlogseffecten. Art. 6:258 BW is het geesteskind van E.M. Meijers, zie de bijdrage van Bezemer uit diezelfde editie, p. 3 - 16.

196 Zie o.a. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (*Eiser/Heineken*, r.o. 3.2.3) en HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3642 (*Chidda c.s./Amsterdam*, r.o. 3.7.3).

197 In Rb. Noord-Nederland 27 oktober 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4678 (r.o. 6.5 en 6.12) bleven omzetfluctuaties als gevolg van de coronacrisis gegeven de aard van de overeenkomst (een aanbestede concessie) voor rekening van de concessiehouder.

198 Zie voor wat betreft dat laatste conclusie A-G Valk 4 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:587 (*Eiser/Staat*, alinea 3.11).

noemde geval overigens niet te worden betracht.¹⁹⁹ De Uniewetgever heeft zelfs benadrukt dat bij onvoorzienbare omstandigheden “*enige flexibiliteit vereist [is] om de opdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure aan deze omstandigheden aan te passen*”,²⁰⁰ en heeft bewust voor een aanzienlijke verruiming van de wijzigingsmogelijkheden gekozen.²⁰¹

Ad 5) Aanbestedingsrechtelijke grenzen

Op grond van art. 2.163e lid 1 Aanbestedingswet mag de algemene aard van de opdracht niet wijzigen.²⁰² In relatie tot art. 6:258 BW lijkt die begrenzing weinig problematisch, omdat de rechter in zijn beslissing zoveel mogelijk dient aan te sluiten bij wat partijen reeds aan rechtsgevolgen hebben geregeld of in de overeenkomst besloten lag.²⁰³ Hij dient zoveel mogelijk rekening te houden met de bedoeling van partijen en de strekking van de overeenkomst, met dien verstande dat hij niet beperkt is in de wijze van wijziging: “*Onder wijzigen van de overeenkomst is begrepen het toekennen van een schadeloosstelling aan een der partijen, hetzij als enige wijziging, hetzij naast andere wijzigingen, hetzij zelfs naast een ontbinding van de overeenkomst voor het overige.*”²⁰⁴ Dat zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de oorspronkelijke overeenkomst geniet ook aanbestedingsrechtelijk de voorkeur. Deze vereisten lopen daarmee eerder samen dan dat ze op gespannen voet met elkaar staan.

Het 50%-plafond uit art. 2.163e Aanbestedingswet kan als beperking worden gezien.²⁰⁵ In relatie tot art. 6:258 BW dient echter niet uit het oog te worden verloren dat het mogelijk lijkt om meerdere verbintenissen te wijzigen. Krachtens lid 1 gaat het om het wijzigen van de gevolgen van de overeenkomst. Dit betreft dus alle rechtsgevolgen die op grond van art. 6:248 BW uit de overeenkomst voortvloeien, zowel overeengekomen als voortspruitend uit wetsebepalingen.²⁰⁶ Het is dan niet uitgesloten dat voor elk of meerdere van die wijzigingen een beroep op art. 2.163e Aanbestedingswet kan worden gedaan, zodat het plafond een minder prangende rol speelt.²⁰⁷ Overigens, zelfs als die drempel een sta-in-de-weg zou vormen, kan

199 Vgl. naar analogie overweging 50 considerans Richtlijn 2014/24/EU inzake het gebruik van onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

200 Overweging 109 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

201 Zie § 6.3.2.

202 Zie nader § 6.4.1.

203 MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 974.

204 TM, Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 970.

205 Dit vereiste geldt niet voor speciale sectoropdrachten en sommige concessies, zie art. 3.80d Aanbestedingswet en § 6.4.5.

206 Asser/Sieburgh 6-III 2018/448.

207 Art. 2.163e lid 2 jo. art. 2.163d leden 3 en 4 Aanbestedingswet. Dit standpunt zie ik bevestigd in het, tamelijk ongenueanceerde, vonnis Rb. Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6300 (r.o. 4.4).

worden overwogen om tot die drempel te wijzigen en/of in voorkomend geval een beroep op art. 2.163g lid 1 Aanbestedingswet te doen.

Ad 6) Transparantieverplichting

Aanbestedingsrechtelijk dient een beroep op wijziging vanwege onvoorzienbare omstandigheden op TenderNed te worden gepubliceerd.²⁰⁸ Voorshands lijkt die verplichting geen struikelblok te vormen. Op grond van art. 6:260 lid 1 BW kan de rechter de wijziging namelijk uitspreken onder door hem te stellen voorwaarden. Daarbij kan hij een termijn bepalen waarbinnen een partij de overeenkomst kan ontbinden, binnen welke termijn de wijziging niet intreedt (lid 2).²⁰⁹ De rechter kan dit beslissen wanneer het te ver zou gaan partijen zonder meer te binden aan een door hem gevormde rechtsverhouding.²¹⁰ In het verlengde daarvan kan bijvoorbeeld worden geoordeeld dat de wijziging pas intreedt nadat de aanbestedende dienst binnen een bepaalde termijn de aankondiging heeft gepubliceerd, en binnen een andere termijn geen bezwaren tegen die wijziging zijn ingebracht.

Ad 7) Voorbeelden van samenloop

De visie, dat het leerstuk van de wezenlijke wijziging een beroep op art. 6:258 BW significant inperkt, lijkt in hoge mate te moeten worden genuanceerd. Twee voorbeelden illustreren deze conclusie.

Ten eerste de coronacrisis. Schelhaas wijst erop dat art. 6:258 BW hierdoor nieuw leven is ingeblazen. Zij licht toe dat de ‘share the pain’-filosofie inmiddels breed wordt uitgedragen. Dit houdt in dat - in zoverre de coronacrisis in het concrete geval als onvoorziene omstandigheid is aan te merken - de gevolgen daarvan door beide partijen gedragen worden, hetzij in een 50/50-verdeling, hetzij in een andere verdeling die aansluit bij de contractuele verhoudingen.²¹¹ De overeengekomen risicoverdeling dient wel te worden gehandhaafd; het gaat om het opheffen van het nadeel.²¹² Deze benadering vertoont sterke gelijkenis met het standpunt van de Europese Commissie inzake een beroep op art. 2.163e Aanbestedingswet: *“the COVID-19 crisis [is] clearly a circumstance that could not be foreseen by contracting authorities [...] In the current circumstances, it should be presumed that modifications of public contracts on the grounds of Article 72(1) (c) may be acceptable, however with the following limit: the modifications must be justified to*

208 Art. 2.163e lid 2 Aanbestedingswet. Zie nader § 7.4.1. Publicatie kan zowel voor als na wijziging plaatsvinden.

209 Deze mogelijkheid kan in de tijd worden beperkt, vgl. Hondius & Grigoleit 2011, p. 73.

210 MvA, TK 1975-1976, 7729, nrs. 6-7, p. 234.

211 Schelhaas 2021, § 3. Vgl. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (*Eiser/Heineken*, r.o. 3.3.1 - 3.4).

212 Tjittes & Tetelepta 2020, § 1.5.

*the extent that they are needed to mitigate the consequences of the crisis in the execution of public contracts and only to that extent.”*²¹³

Ten tweede demografische ontwikkelingen. Een recent nationaal voorbeeld betreft de *Bronckhorst*-zaak. Een projectontwikkelaar vordert schadevergoeding nadat een woningproject is geannuleerd, waarna de gemeente zich op een onvoorziene bevolkingskrimp beroept. De Hoge Raad laat het oordeel in stand dat de krimp geen toekomstige aangelegenheid was, zodat de gemeente geen beroep op art. 6:258 BW toekomt.²¹⁴ *Bronckhorst* kan in zijn uitwerking met de in § 6.3.2 aangehaalde voorbeelden worden vergeleken, waarin het HJEG oordeelde dat Griekse en Spaanse aanbestedende diensten aanvullende prestaties niet vanwege onvoorzienbare omstandigheden bij de zittend opdrachtnemer konden neerleggen. In beide gevallen oordeelt het HJEG dat de demografische ontwikkelingen te voorzien waren, zodat geen grond voor onderhandse gunning bestond.²¹⁵ Afgezet tegen het feit hier het strengere oude aanbestedingsrecht werd toegepast, is niet uitgesloten dat deze oordelen naar huidig recht in zekere mate milder zouden zijn uitgevallen.

6.6.3 De voorwaarden vergeleken - art. 7:753 BW

Overheden zijn van oudsher een grote opdrachtgever voor de bouw- en infrasector. Niet verrassend spitste de eerste aanbestedingsrichtlijn 71/305/EEG zich toe op werkenopdrachten. Verbintenisrechtelijk zijn zulke overeenkomsten te kwalificeren als overeenkomsten tot aanneming van werk. Voor dergelijke overeenkomsten is in art. 7:753 BW een aparte regeling voor kostenverhogende omstandigheden getroffen. Voor zover dit artikel niet is weggecontracteerd,²¹⁶ kan de aannemer zich (primair) op dit artikel beroepen. Deze regeling verdient daarom afzonderlijk de aandacht.²¹⁷ Gelet op de aard van de discussie, wordt wederom de vergelijking getrokken met art. 2:163e Aanbestedingswet.

Ad 1) De regeling

Art. 7:753 lid 1 BW bepaalt dat, als na het sluiten van de overeenkomst kostenverhogende omstandigheden ontstaan of aan het licht komen zonder dat zulks de

213 CvAE 21 augustus 2020, advies nr. 585 (alineas 5.12.1 en 5.14.4).

214 HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615 (*Bronckhorst*).

215 Vgl. het in § 8.2.1 behandelde vonnis Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5006.

216 Art. 7:753 BW is, in tegenstelling tot art. 6:258 (jo. 6:250) BW, van regelend recht. Zie bijv. Hof Amsterdam 23 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1803 (r.o. 4.2.3) en RvA 8 februari 2016, nr. 35.133 (alineas 23, 27 en 37).

217 In de bouwrechtelijke literatuur bestaat veel aandacht voor de overeenkomsten en verschillen tussen deze regelingen. Gelet op het doel van deze paragraaf, wordt aan die discussie hier voorbijgegaan. Zie nader *Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI* 2022/143 e.v. en Chao-Duvis 2016, § 3.3. Vgl. bijv. Hof Den Haag 15 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7956 (r.o. 6.2 en 6.3).

aannemer kan worden toegerekend, de rechter op vordering van de aannemer de overeengekomen prijs geheel of gedeeltelijk zal kunnen aanpassen, mits de aannemer bij het bepalen van de prijs geen rekening heeft behoeven te houden met de kans op zulke omstandigheden. Voor zover de kostenverhogende omstandigheden zijn ontstaan na het sluiten van de overeenkomst, kan deze regeling worden beschouwd als een uitwerking van art. 6:258 BW. Gaat het om kostenverhogende omstandigheden die later aan het licht kwamen, dan kan het als een uitwerking worden gezien van dwalingsregeling uit art. 6:228 BW.²¹⁸

Art. 7:753 BW verschilt van art. 6:258 BW. Zo is art. 7:753 BW beperkt tot kostenverhogende omstandigheden en is een beroep erop voorbehouden aan de aannemer, terwijl op grond van art. 6:258 BW ook andere omstandigheden van belang kunnen zijn en de opdrachtgever eveneens de vordering kan instellen. Verder ligt in art. 7:753 BW geen onaanvaardbaarheidsvereiste besloten net zomin als het vereiste dat de omstandigheden in de toekomst moeten liggen.²¹⁹ Hoewel beide regelingen vereisen dat de omstandigheden niet toerekenbaar zijn aan diegene die zich erop beroept, benadrukt art. 7:753 BW dat de aannemer met de kans op die omstandigheden geen rekening hoefde te houden. Volledigheidshalve wordt erop gewezen dat art. 7:753 BW een contractuele evenknie kent in § 47 UAV 2012(1989).²²⁰ Hoewel § 47 UAV op onderdelen verschilt van art. 7:753 BW, legt deze grotendeels een vergelijkbare regeling neer.²²¹ Hierna ligt de nadruk op art. 7:753 BW.

Ad 2) Onvoorzienbaarheid

Als het beroep op art. 7:753 BW faalt, omdat de aannemer met de kostenverhogende omstandigheden rekening diende te houden, hoeft er niet aan art. 2.163e Aanbestedingswet te worden getoetst. Slaagt het beroep wel, dan leidt dit niet per definitie tot onvoorzienbaarheid als bedoeld in art. 2.163e Aanbestedingswet. Immers, daar waar art. 7:753 BW van het perspectief van de aannemer uitgaat, staat in art. 2.163e Aanbestedingswet de zorgvuldigheid van de aanbestedende dienst centraal. Nu kan het zijn dat beide partijen geen rekening hoefden te houden met de kostenverhogende omstandigheid, zodat beide regelingen samenvallen. Daarbij kan relevant zijn dat een aannemer doorgaans over meer relevante marktkennis beschikt dan een aanbestedende dienst. Als de één met de kostenverhogende

218 MvT, TK 1992-1993, 23095, nr. 3, p. 21.

219 Antwoorden op vragen, TK 2000-2001, 23.095, 10, p. 35. Vgl. bijv. RvA 8 december 2017, nr. 72.067 (alineä's 41 en 42).

220 Zie uitvoerig Springelkamp 2022 over § 47 UAV 2012 en § 44 UAV-GC 2005. Vgl. de discussie tussen Springelkamp 2021 en Herber 2022. De praktijk leert dat toepassing van deze bepalingen vele juridische én feitelijke vragen oproept.

221 De waarschuwing dient ingevolge Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3373 (r.o. 4.25) een reëel inzicht te geven in de omvang van de concreet te verwachten extra kosten.

omstandigheid al geen rekening hoefde te houden, geldt dat des te meer voor de ander.

Een ander gevaltype is niet uitgesloten, namelijk dat de aannemer geen rekening hoefde te houden met een kostenverhogende omstandigheid, maar de aanbestedende dienst die omstandigheid wél heeft voorzien.²²² Met een aanbestedingsrechtelijke bril op kan dan gesteld worden dat niet aan art. 2.163e Aanbestedingswet is voldaan. Dan ontspint zich mogelijk wel een andere discussie. Het is dan niet uitgesloten dat de aanbestedende dienst heeft gezien dat het aanbod van de inschrijvende aannemer niet kon kloppen zonder hem dit mede te delen. Gevolg is dan mogelijk dat hij zijn verplichting heeft geschonden om de contradictoire procedure inzake het vermoeden van een abnormaal lage prijs te starten (art. 2.116 Aanbestedingswet). Verder komt de aannemer mogelijk een beroep op dwaling toe, mede omdat de aanbestedende dienst heeft gezwegen waar hij had moeten spreken (art. 6:228 lid 1 onder b BW).²²³ Indien in die situatie een beroep op de andere wijzigingsmogelijkheden niet mogelijk is, kan die aanpassing aanbestedingsrechtelijk echter niet rechtmatig worden doorgevoerd. Dan lijkt de uitweg te zijn dat de aanbestedende dienst de overeenkomst opzegt op de voet van art. 7:764 BW, met als gevolg dat de aannemer - samengevat - aanspraak heeft op de gehele aanneemsom minus de bespaarde kosten.²²⁴ De omstandigheden die aan deze patstelling ten grondslag lagen, vallen dan immers naar verwachting binnen de risicosfeer van de aanbestedende dienst. De jurisprudentie op dit punt staat echter nog in de kinderschoenen.

Ad 4) Aanbestedingsrechtelijke grenzen

In uitgangspunt lijkt de restrictie dat de algemene aard van de opdracht niet mag wijzigen geen struikelblok. De aannemer blijft immers tot dezelfde prestaties gehouden. Het lijkt twijfelachtig dat de overeenkomst door een prijsaanpassing ineens in iets geheel anders verandert.²²⁵ Een punt van aandacht is wel het 50%-plafond, zeker als de kostenverhogende omstandigheden aanbestedingsrechtelijk als één wijziging dienen te worden aangemerkt. In dat verband is vermeldenswaardig dat § 47 UAV 2012(1989) een strenger vereiste neerlegt dan art. 7:753 BW, namelijk dat de kostenverhogende omstandigheden de kosten van het werk aanzienlijk moeten verhogen. Het dient per geval te worden bepaald wanneer een verhoging

222 Dan komt ook de hoofdregel uit art. 7:753 lid 2 BW - prijsaanpassing zonder rechterlijke tussenkomst - in beeld.

223 Voor dwaling is het voldoende dat de dwalende niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gecontracteerd, zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:717 (*Eisers/CVBA*, r.o. 3.1.2) en HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*Eisers/ABN AMRO*, r.o. 3.6.3). Onder omstandigheden kan de onderzoeksplicht van de ondernemer dan nog wel een rol spelen, vgl. Rb. Limburg 23 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1533 (r.o. 4.17).

224 Zie over de eindafrekening na een opzegging nader De Leeuwe & Ligthart 2022.

225 Vgl. § 6.4.1.

aanzienlijk is. In enkele uitspraken is wel aangenomen dat hieraan voldaan is bij een stijging vanaf 5%.²²⁶ Dit percentage dient niet als vaste norm te worden beschouwd; maatgevend blijven de omstandigheden van het geval. Maar zelfs als dit percentage gemakshalve als maatstaf wordt aangehouden, bestaat de nodige ruimte voordat het 50%-plafond überhaupt in beeld komt. Een significante inperking lijkt voorshands daarom niet aanwezig.

Ad 5) Transparantieverplichting

Titel 7.12 BW kent geen met art. 6:260 leden 1 en 2 BW vergelijkbare regeling. Desalniettemin kan een rechter, die van oordeel is dat het beroep op art. 7:753 BW terecht is en op zich binnen de grenzen van art. 2.163e Aanbestedingswet wordt gehandeld, in een tussenvonnis de aanbestedende dienst opdragen een aankondiging van een wijziging te publiceren en zijn definitieve oordeel mede afhankelijk stellen van de omstandigheid of binnen een bepaalde termijn door een derde wordt geklaagd. De publicatieverplichting hoeft dus ook in dit geval niet problematisch te zijn.

6.6.4 Synthese: geen significante negatieve beïnvloeding

In § 6.2 is het gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden uiteengezet. Uiteindelijk is voor de toelaatbaarheid van een wijziging daarmee niet de partijwil noch het Nederlandse verbintenissenrecht doorslaggevend. Het aanbestedingsrecht reguleert de wijzigingsruimte. In zoverre het Nederlandse recht een ruimere wijzigingsmogelijkheid biedt dan aanbestedingsrechtelijk toegestaan, dient die mogelijkheid in die mate buiten toepassing te blijven.

Het maakt zodoende niet uit of een wijziging wordt opgedragen, via een schikking tot stand komt, of volgt uit een rechterlijk oordeel. Het gaat om de inhoud en niet om de wijze van wijziging. Ingevolge art. 288 VWEU staat immers het met de richtlijn te bereiken resultaat centraal. Dat art. 72 Richtlijn 2014/24/EU zich niet expliciet tot rechterlijke instanties richt, lijkt hier niet aan af te doen. Zo heeft het Hof van Justitie in *Wall AG, nota bene* een wezenlijke wijziging-arrest, geoordeeld: “*Het staat aan de nationale rechter om de nationale bepalingen die hij moet*

226 Chao-Duvis 2016, § 4.3. Dit is een ander percentage dan wanneer alleen naar de kostenverhogende omstandigheden wordt gekeken. Een aannemer kan bij een aanneemsom van 100 een bedrag van 10 hebben ingecalculerd voor grondstoffen. Als die in prijs verdubbelen, stijgen de grondstofprijzen met 200%, maar de aanneemsom met 10%. In die percentages is nog geen rekening gehouden met de werking van indexatieclausules en een eventueel te verdisconteren ondernemersrisico. Aangezien voor een beroep op art. 2.163e Aanbestedingswet de aanneemsom de relevante maatstaf is, wordt hier verder aan voorbijgegaan.

toepassen, zo veel mogelijk in overeenstemming met de eisen van het recht van de Unie uit te leggen [...]".²²⁷

Dit betekent dat de aanbestedingsrechtelijke wijzigingsregels de werking van verbintenissenrechtelijke correctiemechanismen kunnen beïnvloeden. Zoals toegelicht, lijkt het echter in aanzienlijke mate onjuist dat een geslaagd beroep op die mechanismen aanzienlijk wordt beperkt (of integendeel: vergemakkelijkt), in ieder geval voor wat betreft het beroep op art. 6:258 en 7:753 BW. Het juiste perspectief lijkt niet zozeer dat van meer of minder, maar eerder dat van opeenvolgende stappen. Een rechter kan eerst toetsen of wordt voldaan aan de criteria van art. 6:258 of 7:753 BW. Als dat het geval is, kan worden nagegaan in hoeverre de voorgestane wijziging binnen de aanbestedingsrechtelijke kaders kan worden gerealiseerd. De rechter noch partijen worden daarbij gebonden aan één specifieke wijzigingsmogelijkheid. Ook kunnen wijzigingsmogelijkheden worden gecombineerd, zolang maar voldaan wordt aan de relevante vereisten.

Het voorgaande laat onverlet dat het moeten meewegen van de aanbestedingsrechtelijke kaders in een contractuele rechtsverhouding onwennig kan aanvoelen. Los van het gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden dient echter niet uit het oog te worden verloren dat (i) de werking van de redelijkheid en billijkheid mede wordt beïnvloed door de eisen die voortvloeien uit het Unierecht,²²⁸ (ii) het verbod om wezenlijk te wijzigen mede vanuit het onrechtmatige daadsrecht kan worden gezien,²²⁹ (iii) het verbod om wezenlijk te wijzigen aanbestedingsrechtelijk breed wordt gedragen,²³⁰ én (iv) dat naar de huidige stand van het Europese aanbestedingsrecht meer wijzigingsmogelijkheden bestaan.²³¹ Deze rechtsontwikkeling leidt ook tot de volgende oproep.

6.7 BREID DE WIJZIGINGSMOGELIJKHEDEN UIT NAAR HET NATIONALE AANBESTEDINGSRECHT

De wijzigingsmogelijkheden dienen de rechtszekerheid door te verduidelijken wanneer de grenzen van het toelaatbare niet worden overschreden. Daarnaast kan, door scherper te stellen wat mag, met meer zekerheid worden aangegeven wanneer het risico bestaat dat wél wezenlijk wordt gewijzigd. Het lijkt daarom wenselijk dat rechtstreeks een beroep gedaan kan worden op wijzigingsmogelijkheden.

227 HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 70). Overigens ligt hierin besloten dat ik de visie van Jansen en Prent 2016, slotalinea niet geheel deel. Zij merken daar onder meer dat art. 72 Richtlijn 2014/24/EU zich tot de aanbestedende dienst richt en niet tot de rechter. Dat is juist, maar laat de verplichtingen van die rechter onverlet.

228 Zie § 6.6.1.

229 Zie § 2.5.

230 Zie § 2.2 t/m 2.4.

231 Zie § 6.3.

In het systeem van de Aanbestedingswet ligt echter besloten dat de wijzigingsmogelijkheden alleen van toepassing zijn op Europees aanbestede overeenkomsten. Daarmee vallen overeenkomsten met een duidelijk grensoverschrijdend belang (ad 1) en overeenkomsten die uitsluitend vallen onder het nationale aanbestedingsrecht (ad 2) buiten de werking van dat hoofdstuk. Deze restrictie lijkt ondoelmatig, reden waarom voor uniformering gepleit wordt (ad 3).

Ad 1) Overeenkomsten met een duidelijk grensoverschrijdend belang

Ingevolge art. 1.7 aanhef en onder b Aanbestedingswet zijn op onderdrempelige overeenkomsten die een duidelijk grensoverschrijdend belang (DGOB) vertonen, de beginselen van toepassing zoals die gelden voor Europees aanbestede overeenkomsten. Ingevolge de jurisprudentie van het HJEU kunnen de verdragsbeginselen ook van toepassing zijn op overeenkomsten die niet vanwege hun waarde, maar wel vanwege hun aard zijn uitgezonderd van de werking van de richtlijnen.²³² In beide gevallen kan geen rechtstreeks beroep op de wijzigingsmogelijkheden worden gedaan, terwijl uit de toepassing van de beginselen wel het verbod om wezenlijk te wijzigen voortvloeit.

Ad 2) Overeenkomsten die uitsluitend onder het nationale aanbestedingsrecht vallen

Dit betreft met name overeenkomsten die door middel van een nationale aanbesteding of een meervoudig onderhandse aanbesteding tot stand komen.²³³ In het eerste geval verplicht de aanbestedende dienst zich tot een handelswijze die grote gelijkenis vertoont met de naleving van de beginselen uit een Europese aanbesteding.²³⁴ In het tweede geval gaat de wetgever ervan uit dat de wettelijke verplichtingen alleen jegens de uitgenodigde partijen gelden.²³⁵ In beide gevallen verplicht de Aanbestedingswet ertoe dat de aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt, en dat zij transparant en proportioneel handelt.

Voor deze categorieën overeenkomsten heeft de Nederlandse wetgever zich de nodige moeite getroost om doorwerking van de (beginselen uit) het Europese aanbestedingsrecht tegen te gaan. Volgens de wetgever dienen deze verplichtingen te worden aangemerkt als ‘uitgangspunten’, niet als ‘beginselen’. Dit om de werking

232 HJEU 3 oktober 2019, C-285/19 (*Irgita*, r.o. 59 - 61). Vgl. HJEU 6 februari 2020, gevoegde zaken C-89/19 tot en met C-91/19 (*Rieco*, r.o. 37); HJEU 6 februari 2020, C-11/19 (*Azienda*, r.o. 45, 57, 51, en 53); en HJEU 28 mei 2020, C-796/18 (*ISE*, r.o. 76).

233 Het juridisch kader van de enkelvoudig onderhandse aanbesteding wordt niet concreetiseerd in Deel 1 Aanbestedingswet 2012.

234 Art. 1.12 en 1.13 corresponderen bijna volledig met art. 1.8, 1.9 lid 1 en 1.10 Aanbestedingswet 2012.

235 Dit blijkt met name uit art. 1.15 Aanbestedingswet.

van de verdragsbeginselen en daaruit voortvloeiende jurisprudentie te vermijden.²³⁶ Wel vormden de ‘beginselen’ een inspiratie voor de ‘uitgangspunten’.²³⁷ Dit standpunt kan zo worden samengevat dat het bieden van faire kansen belangrijk is, maar het onderspit kan delven om een (niet geconcretiseerde) onevenredige toename aan lasten of een beperking van de ruimte voor maatwerk te voorkomen.²³⁸

Vanuit institutioneel opzicht kan die keuze mogelijk worden verklaard tegen de achtergrond dat, als in een zuiver interne situatie het nationale recht rechtstreeks naar de inhoud van Unierechtelijke bepalingen verwijst, het HJEU vanuit het perspectief van rechtseenheid bevoegd is in een prejudiciële procedure.²³⁹ Die keuze kan dan het gevolg geweest zijn van de politieke opvatting dat de jurisdictie van het Hof in deze gevallen ongewenst is.

Als dat al de achtergrond is geweest, laat dit onverlet dat er inhoudelijke verschillen dienen te bestaan tussen de ‘beginselen’ en de ‘uitgangspunten’. Die verschillen heeft de wetgever niet verduidelijkt. In de rechtspraak wordt aangenomen dat ze niet bestaan en wordt de term ‘beginselen’ gehanteerd.²⁴⁰ Verder heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts in een bestendige lijn adviezen geoordeeld dat aanbestedende diensten bij meervoudig onderhandse aanbestedingen de beginselen dienen te vertalen in concrete gedragsnormen. Bij gebreke daaraan in de geldende wet- en regelgeving wordt in toenemende mate aansluiting gezocht bij de regels die gelden voor Europese aanbestedingsprocedures.²⁴¹ Daarbij is in de jurisprudentie vooropgesteld “*dat, ook bij nationale aanbestedingen, wezenlijke wijzigingen van de naar aanleiding van de aanbesteding gesloten overeenkomst kunnen leiden tot een nieuwe aanbestedingsplicht*”.²⁴²

236 MvA, EK, 2011-2012, 32 440, C, p. 10 en 11.

237 Nota van wijziging, TK, 2010-2011, 32 440, nr. 11, p. 14.

238 MvT, TK, 2008-2009, 32440, nr. 3, p. 14.

239 Zie bijv. HJEU 16 juni 2022, C-376/21 (*Razlog*, r.o. 55); HJEU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*, r.o. 33 en 34); en HJEU 7 november 2013, C-313/12 (*Giuseppa Romeo*, r.o. 21 - 23).

240 Zie bijv. HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503 (*HLA/Kadaster*, r.o. 4.2.2, 4.2.3 en 4.3.2); Rb. Noord-Nederland 2 februari 2017 (ECLI:NL:RBNNE:2017:376, r.o. 4.25); Rb. Rotterdam 30 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7827 (r.o. 4.6 - 4.8); Rb. Zeeland-West-Brabant 4 februari 2014 (ECLI:NL:RBZWB:2014:1007, r.o. 4.5); CvAE 9 oktober 2014, advies nr. 147 (alinea’s 7.2.2 en 7.2.3); CvAE 24 april 2014, advies nr. 70 (alinea’s 6.1.1 en 6.1.2). Idem: Van Boom 1999, p. 644, § 4.

241 MvT, TK, 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 28. Zie bijv. CvAE 13 oktober 2020, advies nr. 577 (alinea’s 5.8.3 en 5.8.4); CvAE 10 augustus 2020, advies nr. 572 (alinea’s 5.4.1 en 5.4.2); CvAE 20 juli 2020, advies nr. 553 (alinea’s 5.2.1 en 5.2.2); CvAE 17 juli 2020, advies nr. 550 (alinea’s 5.4.1 en 5.4.2); CvAE 31 januari 2020, advies nr. 564 (alinea’s 5.2.1 en 5.2.2); CvAE 9 maart 2018, advies nr. 448 (alinea’s 5.2.1 en 5.2.2); CvAE 29 september 2017, advies nr. 423 (alinea’s 5.7.1 en 5.7.2); CvAE 14 juli 2017, advies nr. 417 (‘aanbeveling’).

242 Rb. Den Haag 30 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO9252 (r.o. 4.14).

Los hiervan kan de gehoudenheid aan de beginselen ook uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele redelijkheid en billijkheid voortvloeien.²⁴³ Tot slot kan niet onvermeld blijven dat de wetgever bij de herziening van de Aanbestedingswet zelf ook spreekt over het “*transparantiebeginsel bij meervoudig onderhandse procedures*”.²⁴⁴ Al met al verbaast het dus niet dat deze keuze van de wetgever kritisch is ontvangen.²⁴⁵

Ad 3) Een pleidooi voor uniformering

Er kan dus van uit worden gegaan dat, vanwege de toepasselijkheid van de aanbestedingsrechtelijke beginselen, ook voor deze categorieën overeenkomsten een wijzigingsbeperking geldt. Tegelijkertijd kan geen rechtstreeks beroep worden gedaan op de wijzigingsmogelijkheden uit hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet. De rechtsonzekerheid die voorheen gold voor Europees aanbestede overeenkomsten, geldt hier nog steeds. Het lijkt daarom wenselijk de wijzigingsmogelijkheden daarop (deels) van toepassing te verklaren of een eigen regeling te treffen. Het mag namelijk worden aangenomen dat de wijzigingsnoodzaak of -behoefte die aanwezig is bij Europees aanbestede overeenkomsten, in vergelijkbare mate bestaat bij anderszins aanbestede overeenkomsten. Het is daarom wenselijk meer houvast te bieden ter zake de vraag welke mogelijkheden tot wijziging bestaan.

Enerzijds kan ervoor gekozen worden om hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet op alle aanbestede overeenkomsten van toepassing te verklaren via schakelbepalingen. Er wordt dan geen onderscheid meer gemaakt tussen de verschillende regimes (Europees, DGOB, nationaal). Anderzijds kan onderscheid worden gemaakt tussen overeenkomsten waarop het primaire Unierecht mede van toepassing is en overeenkomsten die louter onder Nederlands recht vallen. Voor overeenkomsten met een DGOB ligt het voor de hand rechtstreeks bij hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet aan te sluiten. Voor overeenkomsten die daar niet onder vallen, kan er (op onderdelen) voor gekozen worden afwijkende regels te stellen. Linksom of rechtsom verdient deze kwestie de aandacht van de wetgever.

6.8 BEANTWOORDING DEELVRAAG 5

Deelvraag 5 luidt: welke ruimte bestaat er aanbestedingsrechtelijk om een aanbestede overeenkomst tijdens de uitvoering te wijzigen?

243 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (*RZG/ConforMed*, r.o. 3.4.3 en 3.4.4); Rb. Midden-Nederland 12 februari 2014 (ECLI:NL:RBNNE:2014:710, r.o. 5.1.2); vgl. de annotatie van C.E.C. Jansen in *NJ* 2017/383 bij HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503 (*Kadaster*). Vgl. Gerecht in eerste aanleg van Sint-Maarten 25 november 2016, ECLI:NL:OGEAM:2016:80 en Rb. Den Haag 30 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11332 (r.o. 4.2 en 4.3).

244 MvT, TK, 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 28.

245 Zie bijv. *Asser/Van den Berg 7-VI* 2013/46 en 70; Scheltema 2010, p. 131; Haverkort & Ter Mors 2013; *Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI* 2022/47.

Het gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden en het verbod om wezenlijk te wijzigen, normeren het gedrag van partijen. Dit blijkt duidelijk uit de nadruk die wordt gelegd op het door partijen naleven van overeengekomen verplichtingen. Tegelijkertijd zijn de wijzigingsmogelijkheden toegenomen ten opzichte van de situatie onder oud recht, zij het dat op onderdelen nog onduidelijkheid heerst. Hoewel de werking van verbintenisrechtelijke wijzigingsmogelijkheden zodoende beïnvloed wordt, lijkt die doorwerking minder vergaand dan wel is verondersteld. Zo is het aannemelijk dat de mogelijkheid om vanwege onvoorziene of kostenverhogende omstandigheden te wijzigen, niet significant wordt ingeperkt. Ook kunnen partijen vaak nog steeds tot een minnelijk vergelijk komen. Daarvan uitgaande, kan ervoor gepleit worden de wijzigingsmogelijkheden door te trekken naar aanbestede overeenkomsten die niet onder het Europese aanbestedingsrecht vallen. In die context is het verbod wezenlijk te wijzigen namelijk al wel van kracht, maar kan nog geen rechtstreeks beroep op de wijzigingsmogelijkheden worden gedaan, terwijl dat juist meer ruimte en zekerheid kan bieden.