



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).

Gevolgen van een wezenlijke wijziging tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst

8.1 INLEIDING

Een wijziging tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst kan wezenlijk zijn. Dit roept de vraag op wat de gevolgen daarvan zijn (deelvraag 7). Naar huidig recht dient dan een aanbestedingsprocedure te worden georganiseerd. Hoewel die verplichting theoretisch goed verklaarbaar is, kleven daaraan diverse haken en ogen (§ 8.2). Als die aanbestedingsprocedure niet is georganiseerd, kan dit leiden tot het voortijdig einde van (een deel van) de overeenkomst of zelfs tot de vernietiging ervan (§ 8.3). Aldus werkt het verbod om wezenlijk te wijzigen zelfs door tot het einde van de overeenkomst. In het verlengde hiervan wordt in § 8.4 gereflecteerd op enkele aspecten ten aanzien van bestuurlijke boetes en schadevergoedingsacties. In § 8.5 wordt deelvraag 7 beantwoord.

8.2 DE VERPLICHTING TOT AANBESTEDING

De aanbestedingsplicht is in theorie goed te verklaren (§ 8.2.1), maar zorgt in de praktijk voor vragen (§ 8.2.2 en 8.2.3). Nuancering van de aanbestedingsverplichting lijkt daarom op zijn plaats (§ 8.2.4).

8.2.1 Een theoretisch logisch uitgangspunt

Art. 72 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU bepaalt: “*Voor andere wijzigingen dan de in de leden 1 en 2 genoemde wijzigingen die tijdens de looptijd van een overheidsopdracht of een raamovereenkomst dienen te worden aangebracht, is een nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn nodig.*”¹ In hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet is dit zo neergelegd dat wijziging zonder aanbestedingsprocedure alleen is toegestaan in de aldaar opgesomde wijzigingsmogelijkheden.² Die aanbestedingsverplichting bij wezenlijke wijzigingen volgt ook uit Europese,³

1 Idem: art. 43 lid 5 Richtlijn 2014/23/EU en art. 89 lid 5 Richtlijn 2014/25/EU.

2 Art. 2.163a, art. 2.163b lid 1, art. 2.163c lid 1, art. 2.163d lid 1, art. 2.163e lid 1, art. 2.163f aanhef, en art. 2.163g lid 1 Aanbestedingswet. Vgl. § 6.2.

3 Zie o.a. HJEU 14 mei 2020, C-263/19 (*T-Systems*, r.o. 61) en HJEU 18 september 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*, r.o. 59).

Nederlandse,⁴ en Franse⁵ rechtspraak. De onderliggende logica is simpel. Een wezenlijke wijziging geldt als het feitelijk plaatsnemen van een nieuwe opdracht.⁶ Hierdoor wordt andere ondernemers een kans ontnomen. Als de wijziging toch dient te worden uitgevoerd, kan dat niet rechtmatig onder de initieel aanbestede overeenkomst en is een nieuwe aanbestedingsprocedure nodig. Dit uitgangspunt kan aan de hand van enkele voorbeelden worden geïllustreerd.

Ten eerste een raamovereenkomst voor de levering van zogeheten verbindingsmoffen.⁷ Filiform levert jaarlijks gemiddeld 35.000 verbindingsmoffen aan Stedin. In een nieuwe aanbestedingsprocedure gaat Stedin uit van een jaargemiddelde van 4.000. Filiform benoemt dat die indicatie te laag lijkt, wat Stedin niet van koers doet veranderen. De raamovereenkomst wordt gesloten met 3M en Seher. Filiform en Stedin corresponderen nog enige tijd en spreken onder meer over de levering van maximaal 6.000 verbindingsmoffen onder de raamovereenkomst. Stedin informeert Filiform daarna zich niet gebonden te achten aan het plafond van 6.000. In hoger beroep vordert Filiform een verbod tot verdere uitvoering van de overeenkomst in zoverre het aantal van 6.000 wordt overschreden. Zij stelt te zijn uitgegaan van de informatie die door Stedin was gecommuniceerd en dat zij daarop haar prijs heeft gebaseerd. Bij een veel hogere afname zou zij een andere, scherpere offerte hebben kunnen indienen. Het hof volgt dit standpunt. Hoewel Stedin had vermeld dat de genoemde hoeveelheid een indicatieve prognose betrof, kan de werkelijke afname niet een veelvoud daarvan inhouden. Wanneer Stedin meer dan 6.000 verbindingsmoffen afneemt, handelt zij onrechtmatig jegens Filiform. Het wordt Stedin verboden om onder de raamovereenkomst op jaarbasis meer dan 6.000 verbindingsmoffen af te nemen.

Ten tweede de TunnelAlliantie van ProRail, een vierjarige raamovereenkomst met vijf ondernemers voor ontwerpen en realiseren van tunnelonderdoorgangen.⁸ De raamovereenkomst is in april 2015 gesloten en voorziet niet in een verlengingsmogelijkheid. In 2017 maakt ProRail haar voornemen bekend de raamovereenkomst met één jaar te verlengen. ProRail meent dat dit is toegestaan. Door een aanvangsvertraging werd de raamovereenkomst namelijk pas een halfjaar later gesloten, waardoor diverse projecten niet onder de TunnelAlliantie konden worden gegund. De rechtbank concludeert evenwel tot een wezenlijke wijziging en overweegt dat de looptijd als essentieel deel van deze raamovereenkomst moet worden aange-

4 Hof Den Haag 19 februari 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AH5529; Hof Den Haag 13 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0036 (r.o. 8, 9, 15 en 16); en Hof Den Bosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281 (r.o. 4.7, 4.11 en 4.12) dienen als voorbeeld.

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

6 Zie de jurisprudentie aangehaald in § 6.3. Vgl. art. 72 lid 1 Richtlijnvoorstel 2011.

7 Hof Den Haag 17 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5247.

8 Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5006 m.nt. H. Plas *JAAN* 2018/11.

merkt. Alleen raamcontractanten kunnen meedingen naar deelopdrachten. Een verlenging leidt zodoende tot een langduriger beperking van de markt en kan de economische waarde van het recht om mee te mogen dingen verhogen. ProRail had als ervaren aanbesteder kunnen voorzien in een verlengingsoptie. Het wordt ProRail verboden de raamovereenkomst te verlengen op grond van de feiten en omstandigheden zoals zij die ten grondslag heeft gelegd aan haar voornemen.⁹

Ten derde het fictieve voorbeeld dat bij de aanbestedende dienst behoefte ontstaat een groot meerwerk aan de opdracht toe te voegen. Conform interne processen wordt de afdeling Juridische Zaken om advies gevraagd. De conclusie is dat dit meerwerk een wezenlijke wijziging zal opleveren. Daarom wordt besloten een aparte aanbestedingsprocedure te organiseren.

In deze voorbeelden is duidelijk vanaf wanneer wezenlijk wordt gewijzigd. De aanbestedingsverplichting vervult dan een nuttige functie, terwijl de voortgang van de uitvoering niet in gevaar hoeft te komen. Leveranciers kunnen elkaar opvolgen of parallel leveren. Dat een overeenkomst niet in 2020 eindigt maar in 2019, maakt duidelijk dat partijen eerder voorbereidingen dienen te treffen voor de situatie daarna. Tegelijkertijd is het onmiskenbaar dat maar relatief weinig aanbestedingen worden georganiseerd vanwege (wezenlijke) wijzigingen tijdens de uitvoering. Dit kan mede te maken hebben met het feit dat overeenkomsten wezenlijk worden gewijzigd, zonder dat gevolg wordt gegeven aan die conclusie.¹⁰ Ook kunnen aspecten rondom de vraag hoe dient te worden aanbesteed een rol spelen. Een eerste aspect betreft dan de vraag welke procedures gekozen mogen worden.

8.2.2 Welke aanbestedingsprocedure?

Art. 72 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat een “*aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn nodig is*”. De Nederlandse wetgever heeft gekozen voor de terminologie dat “*een aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet*” nodig is. Volgens de memorie van toelichting blijft “[het] *uitgangspunt dat wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan noopt tot het volgen van een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure.*”¹¹ Deze op het eerste oog duidelijke verplichting blijkt bij nadere beschouwing vragen op te werpen. Deel 2 Aanbestedingswet is alleen van toepassing op opdrachten die de drempelwaarde overstijgen. Blijven de regels inzake het toepassingsbereik ook in dit geval van kracht, zodat een aanbestedende dienst een meervoudig onderhandse aanbesteding mag organiseren waarbij hij de zittend opdrachtnemer uitnodigt? Of dient als

9 Vgl. HJEU 18 september 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*, r.o. 73 - 79). Zie hierover nader Plas 2020. In het staatssteunrechtelijke arrest HJEU 15 september 2021, T-24/19 (*INC SpA*) kwam het niet tot een inhoudelijk oordeel over de aanbestedingsrechtelijke toelaatbaarheid van de verlenging van Italiaanse snelwegconcessies, omdat het daartoe strekkende besluit werd ingetrokken.

10 Vgl. Prieß & Saussier 2013, p. 160.

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

sanctie een onderdrempelige opdracht Europees te worden aanbesteed? En mag een aanbestedende dienst bij een bovendrempelige opdracht nog een beroep doen op de uitzonderingen?¹² Kan hij nog de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking doorlopen?¹³

De Richtlijn geeft op die vragen geen uitsluitsel. Die potentie was er wel. In haar Groenboek uit 2011 heeft de Europese Commissie namelijk de vraag opgeworpen hoe met de aanbestedingsplicht bij een wezenlijke wijziging om te gaan, waarbij zij zelfs de mogelijkheid van een lichtere aanbestedingsprocedure suggereerde.¹⁴ Die suggestie noch enige andere vorm van uitwerking heeft de Richtlijntekst gehaald.

Desalniettemin lijkt het gerechtvaardigd dat een aanbestedende dienst die heeft geconstateerd dat niet rechtmatig kan worden gewijzigd en dienovereenkomstig tot aanbesteding overgaat, niet wordt beperkt in de mogelijkheden die normaliter tot zijn beschikking staan. Hij handelt immers zoals van hem verwacht wordt. Hierover kan anders worden gedacht indien de wezenlijke wijziging al deels is uitgevoerd en de aanbestedende dienst een reparatieslag dient te slaan, bijvoorbeeld door (partiële) beëindiging in combinatie met een nieuwe aanbestedingsprocedure. Het kan met het rechtsgevoel schuren als hij dan zijn toevlucht kan nemen tot een oplossing die erop neerkomt dat de wijziging of restopdracht niet in volle mededinging wordt gegund. Het risico op favoritisme en willekeur ligt dan op de loer. Hoewel de Richtlijn geen expliciete beperking bevat, zou deze vanuit de beginselen dan mogelijk wel kunnen worden geconstrueerd. Hoewel het HJEU zich over dit spanningsveld nog niet heeft uitgelaten, lijkt het aannemelijk dat een aanbestedende dienst in beginsel niet tot een bepaalde aanbestedingsprocedure verplicht zou moeten worden.¹⁵

Als een wezenlijke wijziging werkelijk als nieuwe opdracht dient te worden aangemerkt, ligt in het verlengde daarvan dat die opdracht op zijn eigen merites dient te worden beoordeeld.¹⁶ Het is de Unierechtelijke verplichting om “*overeenkomstig deze richtlijn*” aan te besteden en niet “*overeenkomstig een deel van deze richtlijn*”. Verder heeft de Nederlandse wetgever geen strengere verplichtingen willen neerleggen dan vereist (het zogeheten *gold-plating*). De wetgever laat zich daarover in ieder geval niet uit. Verder wordt uitdrukkelijk gerefereerd aan de verplichting om “*conform deel 2*” aan te besteden, wat impliceert dat ook de daarin vervatte excepties nog steeds kunnen worden toegepast. Gelet op de kabinetsreactie die in 2011 op het Groenboek werd gegeven, is *gold-plating* evenmin aanneme-

12 Zie met name art. 2.24 Aanbestedingswet.

13 Bijvoorbeeld bij dwingende spoed of aanvullende leveringen als bedoeld in art. 2.32 lid 1 onder c resp. art. 2.33 aanhef en onder b Aanbestedingswet. Vgl. Hebby & Klijn 2008, § 3.2.

14 Groenboek 2011, p. 27 en 28 incl. voetnoot 58.

15 Zie ook, enigszins ongenueanceerd, Plas 2018.

16 Arrowsmith 2014, p. 591 laat deze mogelijkheid in ieder geval open.

lijk. Zo schaarde de wetgever zich achter de suggestie van de Europese Commissie een soepelere aanbestedingsprocedure toe te staan.¹⁷

Overigens kan een eventuele restrictie evenmin uit de rechtsbeschermingsrichtlijnen worden afgeleid. Ook hier is de parallel met de kwalificatie als rechtstreekse gunning relevant. Gunningen in strijd met het Europese aanbestedingsrecht worden in beginsel gesanctioneerd met onverbindendheid. Aan die sanctie wordt niet mede een verplichting tot (een wijze van) aanbesteden gekoppeld. Dit, terwijl de Uniewetgever wel oog had voor die vervolgstap: *“Onverbindendheid is de meest doeltreffende manier om de mededinging te herstellen en nieuwe zakelijke kansen te creëren voor bedrijven waaraan op een onwettige manier de mogelijkheid tot mededinging is ontnomen.”*¹⁸ Daarnaast merkt de Uniewetgever zelfs op dat “[in] uitzonderlijke gevallen onmiddellijk na de vernietiging van de overeenkomst, gebruik [moet kunnen worden] gemaakt van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van de opdracht [...]”.¹⁹

Sancties vanwege een schending dienen doeltreffend, afschrikwekkend, én evenredig te zijn.²⁰ Onevenredigheid ligt echter op de loer als aanbestedende diensten categorisch verplicht worden een Europese aanbestedingsprocedure met aankondiging te organiseren,²¹ ook bij onderdrempelige opdrachten. De kosten van de aanbestedingsprocedure staan dan niet langer in redelijke verhouding tot de waarde van de opdracht, terwijl het maar de vraag is of de aanbestedende dienst beter in zijn inkoopbehoefte kan voorzien. Kleinere opdrachten zijn nu eenmaal veelal alleen interessant voor kleinere, regionale partijen. Een Europese aanbestedingsverplichting met aankondiging louter als punitieve maatregel bergt dus het risico in zich zijn doel voorbij te schieten. Wellicht kan die verplichting bij wijze van uitzondering worden aangenomen ingeval van kwade trouw. Dat doet echter niet af aan het uitgangspunt dat aanbestedende diensten zelf besluiten hoe aan te besteden. Daarbij kunnen zij geconfronteerd worden met complicaties.²²

8.2.3 Mogelijke complicaties

Een aanbestedingsprocedure bij een wezenlijke wijziging kan even succesvol zijn als een reguliere aanbestedingsprocedure. Echter, er kunnen evenzeer complica-

17 Zie de reactie op vragen 39 en 40 in de concept kabinetsreactie op het Groenboek 2011, bijlage bij TK 2010-2011, 31144, nr. 8. De definitieve reactie heb ik niet online kunnen vinden. Vgl. het verslag van een algemeen overleg, TK 2010-2011, 31144, nr. 9, p. 20 en 21. Kritisch hierop zijn overigens Hebly & Heijnsbroek 2012, p. 105 en 106. Idem: Hebly & Heijnsbroek 2013, p. 180.

18 Overweging 14 considerans Richtlijn 2007/66/EG.

19 Overweging 23 considerans Richtlijn 2007/66/EG.

20 Vgl. overweging 13 considerans Richtlijn 2007/66/EG.

21 Evenredigheid is een algemeen beginsel van Unierecht. Zie voor een recente aanbestedingsrechtelijke toepassing HJEU 3 juni 2021, C-210/20 (*Rad Service*).

22 Zie ook Marique 2016, § 4.4.

ties ontstaan. Hoewel aanbesteding herstel van de mededinging kan bewerkstelligen, kan de aanbestedende dienst hierdoor projectmatig ook diverse stappen achteruitzetten. Een aanbestedingsprocedure kost tijd en geld, wat de voortgang van het project kan vertragen en het budget onder druk kan zetten. Dit kan de doelmatige besteding van overheidsmiddelen en het beperken van de administratieve lasten in gevaar brengen, terwijl onzeker is of zo beter waarde voor de publieke middelen kan worden gerealiseerd dan wanneer het meerwerk of de restopdracht rechtstreeks door de zittend opdrachtnemer wordt uitgevoerd. Het gevolg hiervan kan dus mede zijn dat de projectbelangen in het gedrang komen.

Daarbij kan de vraag rijzen naar een sluitende business case voor ondernemers, met name als alleen een meerwerk wordt aanbesteed of een restopdracht voor een complex project dat al relatief ver gevorderd is. Hoewel ondernemers dan omzet kunnen genereren, kan worden betwijfeld in hoeverre zij hun stempel op dit werk kunnen zetten. Zij dienen hun werkzaamheden in te passen in het reeds uitgevoerde werk met bijbehorende compatibiliteitsvraagstukken. Dan is het evenmin uitgesloten dat zij een hogere prijs of risico-opslag vragen.

Volledigheidshalve kan erop worden gewezen dat de afwezigheid van interesse niet hoeft af te doen aan de kwalificatie als wezenlijke wijziging, zoals bij een onvoorziene wijziging van het economisch evenwicht in het voordeel van de opdrachtnemer in de zin van art. 2.163g lid 3 Aanbestedingswet. Een concurrent had (achteraf gezien) die opdracht tegen de gewijzigde voorwaarden uit kunnen en willen voeren. Echter, vanwege de gevorderde aard van de werkzaamheden is het voor hem niet commercieel interessant om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure voor de restopdracht.

Stel dat wel een aanbestedingsprocedure wordt georganiseerd en meerdere ondernemers hun interesse kenbaar maken, waaronder de zittend opdrachtnemer. Die laatste geniet een (kennis)voorsprong. Dat is inherent aan zijn positie en op zichzelf niet onrechtmatig.²³ Wel brengt dit mee dat de aanbestedende dienst er actief voor dient te zorgen dat het gelijke speelveld wordt gewaarborgd.²⁴ Zo dient hij ervoor te waken de opdracht (bewust) toe te schrijven naar die zittend opdrachtnemer.

23 Vgl. o.a. HJEU 12 maart 2008, T-345/03 (*European Dynamics/Europese Commissie*, r.o. 70) en Hof Arnhem 14 september 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BQ4977 (r.o. 4.9).

24 Vgl. o.a. Rb. Midden-Nederland 30 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6483 (r.o. 4.20 en 4.21); Rb. Gelderland 14 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8310, (r.o. 4.6 - 4.9); Rb. Gelderland 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6409, (r.o. 4.10); Rb. Den Haag 3 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6559, (r.o. 3.3); Rb. Den Haag 27 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0018 (r.o. 4.3); Rb. Amsterdam 20 januari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3384 (r.o. 4.9 en 4.10); CvAE 17 november 2017, advies nr. 438, alinea 5.3.10.

mer of juist een andere ondernemer.²⁵ Ook dient hij ervoor te zorgen dat andere ondernemers niet op een ongerechtvaardigde (kennis)achterstand komen.²⁶ Op deze verplichting kan extra nadruk komen te liggen in de omstandigheid dat lopende het project tot aanbesteding wordt overgegaan.

De verplichting een gelijk speelveld te creëren heeft overigens zijn weerslag op de belangen van de zittend opdrachtnemer. Zo kan een onrechtmatige kennisvoorsprong soms worden gesanctioneerd met uitsluiting.²⁷ Aan de andere kant geniet hij bescherming ten aanzien van zijn bedrijfsgeheimen en commercieel gevoelige informatie. Dat laatste aspect kan een belangrijke rol vervullen, bijvoorbeeld wanneer een restopdracht wordt aanbesteed. Zo kan de wijze waarop het werk tot dusver is uitgevoerd, zowel voor andere ondernemers relevant zijn in verband met de mogelijkheid een inschrijving te doen als de concurrentiepositie van de zittend opdrachtnemer schaden, omdat hij gebruik heeft gemaakt van innovatieve en/of kostenbesparende processen.

Zelfs wanneer de aanbestedingsprocedure succesvol is geweest, blijft de mogelijkheid bestaan dat de opdracht voortaan door een aanvullende opdrachtnemer wordt uitgevoerd, zodat afspraken nodig zijn over onder andere de precieze demarcatie, planning van werkzaamheden, en onderlinge coördinatie.

Tot slot kan de opdracht al geheel of nagenoeg volledig zijn uitgevoerd, wat een aanbesteding zinledig maakt.²⁸ Hoewel dit niet als complicatie voor het organiseren van een aanbestedingsprocedure in strikte zin is aan te merken, dient hiermee wel rekening te worden gehouden.²⁹

Nu kan worden tegengeworpen dat deze complicaties zich anders ook kunnen voordoen. Aanbesteden kost altijd tijd en geld. Vaak is er sprake van een zittend opdrachtnemer, wat niet verhindert dat succesvol wordt aanbesteed en de opdracht aan een andere opdrachtnemer wordt gegund. Goede afspraken zijn voor ieder project van belang, mede gelet op de betrokkenheid van nevenaannemers, onderaannemers, leveranciers, projectbegeleiding, en toezichthouders. Verder verkeert een opdrachtnemer, die via een wachtkamerconstructie de oorspronkelijke opdrachtnemer vervangt, in een vergelijkbare positie als de winnaar van een aanbestedingsprocedure bij een wezenlijke wijziging. Niettegenstaande mogelijke

25 O.a. art. 1.10a Aanbestedingswet, overweging 74 considerans Richtlijn 2014/24/EU en HJEU 25 oktober 2018, C-413/17 (*Roche*, r.o. 32 - 45). Vgl. HJEU 10 mei 2012, C-368/10 (*Koffiebonen*, r.o. 62), Rb. Zeeland-West-Brabant 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951 (r.o. 4.6.2 - 4.6.4), Rb. Den Bosch 26 april 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AT4942 (r.o. 4.7).

26 Vgl. CvAE 17 november 2017, advies nr. 438 (alineä's 5.3.8 - 5.3.10).

27 Rb. Gelderland 14 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8310 (r.o. 4.7).

28 Vgl. HJEU 27 april 2016, T-556/11 (*European Dynamics/EUIPO*, r.o. 271).

29 Dit past ook in het algemene stelsel van rechtsbescherming, vgl. overweging 21 considerans 2007/66/EG.

bezwaren tegen het gebruik van zulke clausules, lijkt de praktijk ook dan een weg te vinden.

Zulke tegenwerpingen kunnen terecht zijn. De gestelde complicaties om (succesvol) aan te besteden, dienen daarom niet te worden veralgemeniseerd. Juristen horen niet thuis op de stoel van de inkopers. Dit laat onverlet dat die complicaties wel een sta-in-de-weg kunnen vormen. Daarmee wordt vanuit juridisch oogpunt nog onvoldoende rekening gehouden.

8.2.4 De aanbestedingsverplichting genuanceerd

Hebly en Heijnsbroek hebben er in 2012 en 2013 op gewezen dat destijds in Europese wetgeving en jurisprudentie een solide basis ontbrak om in voorkomend geval van aanbesteding bij een wezenlijke wijziging af te zien. Naar hun mening is dit goed verdedigbaar wanneer de oorspronkelijke opdrachtnemer waarschijnlijk toch zou winnen. Ook de kosten van de aanbestedingsprocedure en de risico's in geval van uitvoering door een tweede opdrachtnemer kunnen een rol spelen in het kader van de rechtvaardiging om niet aan te besteden.³⁰

Deze observaties hebben aan actualiteit niet ingeboet. Ze kunnen zelfs aangevuld worden met het geval dat de opdracht al (nagenoeg) is uitgevoerd. De aanbestedende dienst kan wellicht aannemelijk maken dat een aanbestedingsprocedure geen nut zal hebben, omdat hij na een openbare marktconsultatie tot de overtuiging is gekomen dat andere ondernemers niet geïnteresseerd zijn. Er kunnen dan objectieve redenen bestaan om niet aan te besteden. Momenteel voorziet de wet echter niet in die mogelijkheid.

Wanneer de aanbestedingsverplichting niet louter als punitieve maatregel dient te worden beschouwd, verdienen de bijzondere omstandigheden bij een wezenlijke wijziging de nadrukkelijker aandacht van de wetgever. Dit kan de vorm aannemen van een aanvulling in de Richtlijnen waarin wordt geregeld dat een aanbestedingsprocedure in bepaalde gevallen achterwege kan blijven. Deze mogelijkheid dient vanuit het oogpunt van rechtsbescherming dan te worden gekoppeld aan de verplichting het voornemen tot gunning aan te kondigen met inachtneming van een opschortende termijn.

8.3 HET VOORTIJDIG EINDE VAN DE OVEREENKOMST

Als zonder aanbestedingsprocedure wezenlijk wordt gewijzigd, kan dit leiden tot het voortijdig einde van (een deel van) de overeenkomst of zelfs de vernietiging

30 Hebly & Heijnsbroek 2012, onder 'Probleempunten'; Hebly & Heijnsbroek 2013, p. 179.

ervan.³¹ Eerst wordt stilgestaan bij de werking van art. 73 Richtlijn 2014/24/EU (§ 8.3.1). Daarna worden diverse beëindigingsmogelijkheden verkend (§ 8.3.2), waarna wordt ingegaan op verdere aandachtspunten bij beëindiging (§ 8.3.3). Tot slot wordt de mogelijkheid van vernietiging geanalyseerd (§ 8.3.4).

8.3.1 De Unierechtelijke verplichting tot beëindiging

Art. 73 Richtlijn 2014/24/EU bepaalt: “*De lidstaten dragen er zorg voor dat de aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben, ten minste in de volgende omstandigheden en onder de voorwaarden bepaald door het toepasselijke nationale recht, een overheidsopdracht te beëindigen tijdens de looptijd, wanneer [...] de opdracht is gewijzigd waardoor een nieuwe aanbestedingsprocedure zou vereist geweest zijn op grond van artikel 72*”.³²

Deze regel kan als keerzijde van art. 72 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU worden gezien. Het bestaan van een wezenlijk gewijzigde overeenkomst kan namelijk als voortdurende inbreuk op het aanbestedingsrecht worden aangemerkt.³³ Art. 73 Richtlijn 2014/24/EU ligt daarmee in het verlengde van de jurisprudentie waaruit blijkt dat een overeenkomst die in strijd met het aanbestedingsrecht is gesloten, zo nodig dient te worden beëindigd. De beginselen van rechtszekerheid, gerechtvaardigd vertrouwen, *pacta sunt servanda*, en het recht op eigendom doen daar niet aan af.³⁴

Volgens de Nederlandse wetgever is implementatie van dit artikel niet nodig: “*Ingevolge artikel 73, onderdeel a, van richtlijn 2014/24/EU dient een aanbestedende dienst in dat geval de mogelijkheid te hebben een reeds gesloten overeenkomst voortijdig te beëindigen. In die mogelijkheid wordt in het Nederlandse rechtstelsel al voorzien. Op grond van het Burgerlijk Wetboek dienen overeenkomsten te worden nagekomen. Er bestaan echter gronden tot voortijdige beëindiging van de overeenkomst. Een voorbeeld daarvan is een wezenlijke wijziging van de overheidsopdracht. Partijen kunnen over deze beëindigingsgrond afspraken maken in de overeenkomst, maar het Burgerlijk Wetboek biedt daartoe ook mogelijkheden. De gevolgen van voortijdige beëindiging van een overeenkomst, waaronder een*

31 Hiermee kom ik dus terug van de te ongenueanceerde stelling in Plas 2017, § 2 en 4.2 inhoudende dat beëindiging verplicht is.

32 Idem art. 44 Richtlijn 2014/23/EU en art. 90 Richtlijn 2014/25/EU. Art. 73 is door het HJEU nog niet uitgelegd. In HJEU 9 december 2020, T-714/18 (*Adraces*, r.o. 72, 78 en 79) werd een beroep op deze bepaling door het Hof gepasseerd.

33 Zodoende kan deze regel mede in relatie tot de vernietigbaarheid uit art. 4.15 lid 1 aanhef en onder a Aanbestedingswet worden gelezen. Vgl. overwegingen 13 en 14 considerans Richtlijn 2007/66/EG.

34 Zie met name de combinatie van HJEG 10 april 2003, C-20/01 en C-28/01 (*Commissie/Duitsland*) en HJEG 18 juli 2007, C-503/04 (*Commissie/Duitsland*). Zie voor wat betreft de verwijzing naar de genoemde beginselen met name r.o. 36 van het tweede arrest. Vgl. Treumer 2007, § 4 over de Nederlandse inbreng in die zaak.

mogelijke verplichting tot betaling van schadevergoeding, hangen af van de omstandigheden van het geval.”³⁵

In plaats van de gelegenheid te baat te nemen om de praktijk regels of richtsnoeren aan te reiken, wordt feitelijk volstaan met de opmerking “zie BW”. Het is speculeren welke redenen aan die keuze ten grondslag hebben gelegen. Feit is dat het huidige instrumentarium afdoende zou zijn. Dit standpunt wordt hierna op juistheid getoetst. Daaraan voorafgaand zijn nog enkele opmerkingen op hun plaats.

Ten eerste roept art. 73 van de Richtlijn de vraag naar rechtstreekse werking op.³⁶ Er lijkt een gerede kans te bestaan dat het HJEU hiertoe zal concluderen, hoewel dit op basis van een eerste lezing wellicht niet direct voor de hand ligt. Het artikel ligt namelijk in het verlengde van art. 72 van de Richtlijn, waarin duidelijke rechten en verplichtingen zijn neergelegd. Het ‘hoe’ wordt in art. 73 weliswaar aan lidstaten gelaten, maar tegelijkertijd is dwingend bepaald dat een beëindigingsmogelijkheid moet bestaan. Voor rechtstreekse werking is het voldoende wanneer ondubbelzinnig een nauwkeurige resultaatsverplichting wordt opgelegd waaraan geen voorwaarde is verbonden met betrekking tot de toepassing van de daarin vervatte regel.³⁷ Daarvan lijkt hier sprake. Daarnaast heeft het HJEU directe werking toegekend aan art. 1 lid 1 Richtlijn 89/665/EEG, dat eenzelfde opzet kent als art. 73 Richtlijn 2014/24/EU.³⁸ Art. 1 lid 1 Richtlijn 89/665/EEG regelt namelijk samengevat dat lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld tegen besluiten van aanbestedende diensten.

Ten tweede bestaat, mede indachtig de toelichting van de Nederlandse wetgever, in ieder geval ruimte voor toepassing van de richtlijnconforme interpretatie, zodat bestaande nationale regels worden uitgelegd indachtig de bewoordingen en het doel van art. 73 en de Richtlijn als geheel.³⁹

Ten derde blijkt uit de bewoordingen van art. 73 Richtlijn 2014/24/EU dat nationale invulling mogelijk is en zelfs wordt gevergd.⁴⁰ Zolang aan het nuttig effect van deze bepaling niet wordt afgedaan, kan dus een modus worden gezocht die

35 MvT, TK 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 96. Idem op p. 155: “Behoeft geen implementatie [...] Het civiele recht biedt voldoende mogelijkheden.”

36 De bepaling is immers niet geïmplementeerd, terwijl de omzettingstermijn voorbij is. Vgl. HJEU 14 januari 2021, C-387/19 (*RTS Infra*, r.o. 45).

37 Vgl. HJEU 14 januari 2021, C-387/19 (*RTS Infra*, r.o. 47).

38 HJEG 2 juni 2005, C-15/04 (*Koppensteiner*, r.o. 38) en HJEU 5 april 2017, C-391/15 (*Marina*, r.o. 38 - 41).

39 Zie bijv. HJEG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*, r.o. 8). Vgl. Hebly & Meesters 2016.

40 In overweging 112 considerans Richtlijn 2014/24/EU wordt deze verplichting niet nader uitgewerkt. Idem voor overweging 80 considerans Richtlijn 2014/23/EU en overweging 118 considerans Richtlijn 2014/25/EU.

het best past bij de Nederlandse praktijk. Ook volgens de Europese Commissie is maatwerk mogelijk: *“Depending on national contract law, possible instruments might include ineffectiveness or nullity of the contract or rights of cancellation or rescission. Alternatively, a Member State could also oblige its contracting authorities to provide in all public contracts termination or withdrawal clauses that allow for unilateral termination of the contract under certain conditions.”*⁴¹ Het gaat primair om het bereiken van het doel, niet om de instrumenten.⁴²

Ten vierde is van belang dat art. 73 Richtlijn 2014/24/EU naar de letter ervan een aanbestedende dienst ruime discretionaire bevoegdheden toekent. Dit doet Simovart vrezen voor misbruik.⁴³ Hoewel het risico daarop niet geheel valt uit te sluiten, bestaan waarborgen tegen excessief gebruik van de beëindigingsbevoegdheid. Een aanbestedende dienst blijft namelijk gebonden aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen evenals aan zijn verbintenissenrechtelijke verplichting rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de opdrachtnemer. Hij dient weloverwogen zijn besluit te nemen en kan daar op worden afgerekend.

Ten vijfde is zorgvuldigheid te meer geboden nu op objectieve gronden dient te worden vastgesteld of wezenlijk is gewijzigd, waardoor de eigen mening van de aanbestedende dienst niet doorslaggevend is.⁴⁴ Dit brengt mee dat de opdrachtnemer in de gelegenheid dient te worden gesteld tegenbewijs te leveren. Mede gelet op de verstreckende gevolgen voor een opdrachtnemer, is niet ondenkbaar dat beëindiging in voorkomend geval een constitutief vonnis in een (spoed)bodemprocedure vereist.

Ten zesde is relevant dat door Simovart en Halonen is betoogd dat de mogelijkheid tot beëindiging in de praktijk kan omslaan in een verplichting.⁴⁵ Dit lijkt juist, mede erop gelet dat die omslag al eerder is aangenomen.⁴⁶ Die omslag is ook in de Nederlandse literatuur al aanvaard. Zo wijzen Pijnacker Hordijk c.s. er in hun handboek reeds op dat rechters en arbiters een opdrachtgever kunnen gebieden van de wettelijke of contractuele bevoegdheid tot opzegging gebruik te maken om de gevolgen van zijn onrechtmatig handelen ongedaan te maken.⁴⁷ Hieraan doet niet af dat volgens *Wall AG* de verdragsbeginselen nationale autoriteiten er niet toe gebieden een overeenkomst op te zeggen en evenmin ertoe verplichten dat nationale rechters hiertoe een bevel uitvaardigen indien die verplichting niet is nagekomen.⁴⁸ Niet alleen is dit arrest gewezen onder oud recht, de betreffende

41 Commission non paper 2012 cluster 8, p. 24.

42 Arrowsmith 2018, p. 1042 en 1043 wijst er op dat die verschillende werkwijzen al staande praktijk zijn.

43 Simovart 2017, § 3.

44 Vgl. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 28 en 31 - 33).

45 Simovart 2017, § 1.3 en Halonen 2017, § 3.

46 Zie hierover § 3.2.2.

47 Pijnacker Hordijk c.s. 2009, p. 636.

48 HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 65).

concessieovereenkomst viel destijds ook buiten de reikwijdte van het gereguleerde Europees aanbestedingsrecht. Een opzeggingsverplichting kan dus wel degelijk worden aangenomen als de feiten van de zaak zich daarvoor lenen. Overigens zou zo'n verplichting het bestaan van rechtstreekse werking alleen maar versterken.

Ten zevende heeft Van Heeswijck zich afgevraagd of art. 73 Richtlijn 2014/24/EU de rechtsbescherming van ondernemers verbetert, omdat ze tevens beëindiging kunnen afdwingen op de voet van de nationale regels die ter implementatie van dit artikel strekken. Dit kan volgens hem het stelsel van de rechtsbeschermingsrichtlijnen doorkruisen. Als namelijk niet voldaan wordt aan de voorwaarden voor onverbindendheid, zouden ondernemers via de omweg alsnog een vergelijkbaar effect weten te bewerkstelligen.⁴⁹ Inderdaad geeft tekst noch toelichting aanleiding voor de gedachte dat beoogd is om in dit artikel een verstrekkender regeling neer te leggen dan in de rechtsbeschermingsrichtlijnen wordt gedaan.⁵⁰ Echter, in het licht van het voorgaande is het toch wel aannemelijk dat binnen dat stelsel de positie van ondernemers wordt verbeterd.

Ten achtste dient te worden bezien wat de gevolgen van beëindiging zijn. Art. 73 van de Richtlijn regelt die gevolgen niet.⁵¹ De Nederlandse wetgever heeft volstaan met de opmerking de omstandigheden van het geval dan bepalend zijn, waarbij de mogelijkheid van schadevergoeding niet wordt uitgesloten. Voor de praktijk was een duidelijkere visie wenselijk geweest.⁵² Ook had hij zich kunnen uitspreken over de vraag of beëindiging terugwerkende kracht dient te hebben en over de verhouding met de bestaande regels uit Deel 4 Aanbestedingswet.

Deze algemene opmerkingen indachtig, is het zaak het standpunt van de wetgever - dat implementatie niet nodig is - nader te verkennen. De aandacht gaat dan in eerste instantie uit naar de meest in het oog springende beëindigingsmogelijkheden zoals die op grond van wet en jurisprudentie bestaan.

8.3.2 De mogelijkheid tot beëindiging

Uit de verbindende kracht van de overeenkomst vloeit voort dat een partij zich niet eenzijdig aan zijn contractuele verplichtingen kan onttrekken, tenzij hiervoor een rechtvaardiging kan worden gevonden.⁵³ Het BW biedt intussen uiteenlopende mogelijkheden voortijdig een overeenkomst te beëindigen. Een uitputtende behandeling hiervan kan binnen dit bestek niet worden uitgevoerd, maar dat is ook niet nodig. De hamvraag is hier of het standpunt van de wetgever - dat verbin-

49 Van Heeswijck 2016, § 2.2.

50 Idem Arrowsmith 2014, p. 604.

51 Vgl. Plas 2017, § 4.3.

52 Vgl. Van Heeswijck 2016, § 6.

53 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/601. Sieburgh spreekt zelf van uitzonderingen en niet van rechtvaardiging. Vgl. Van der Kruk & Möhring 2021, aant. 5.3.

tenisrechtelijk afdoende mogelijkheden tot beëindiging vanwege een wezenlijke wijziging bestaan - steek houdt.

Ad 1) Ontbinding vanwege een tekortkoming

De voortijdige beëindiging van een overeenkomst is in de praktijk veelal gekoppeld aan de vaststelling of het standpunt dat een partij is tekortgeschoten in de nakoming van een verbintenis, waardoor op de voet van art. 6:265 BW wordt ontbonden. Van Heeswijck wijst er terecht op dat die grondslag in deze context waarschijnlijk niet kan worden toegepast, omdat een wijziging in de regel niet als tekortkoming van de opdrachtnemer is aan te merken.⁵⁴ Dit standpunt vindt overigens steun in de jurisprudentie van het HJEU. In *Simonsen & Weel* oordeelde het Hof “*dat een wezenlijke wijziging in beginsel wilsovereenstemming impliceert*”.⁵⁵ Daarvan uitgaande, ligt het niet voor de hand om een wezenlijke wijziging als tekortkoming van de opdrachtnemer te kwalificeren.

Ad 2) Beëindiging vanwege een disbalans

Van Heeswijck heeft zich op het standpunt gesteld dat een aanbestedende dienst zich veelal niet met succes zal kunnen beroepen op de regelingen inzake wilsgebreken of onvoorziene omstandigheden, zodat de overeenkomst ook niet op die gronden vernietigd of ontbonden kan worden.⁵⁶ Mede gelet op § 6.6, lijkt die observatie te kort door de bocht. Naast het feit dat de verbintenisrechtelijke leerstukken een beperktere ratio kennen dan hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet, is aannemelijk dat dit hoofdstuk de werking van verbintenisrechtelijke beëindigingsinstrumenten niet (significant) nadelig beïnvloedt. In voorkomend geval blijft beëindiging op deze voet dus mogelijk.

3) Opzegging van bijzondere overeenkomsten

In Boek 7 BW zijn diverse opzeggingsmogelijkheden opgenomen. De voor de praktijk meest relevante betreffen de mogelijkheden om overeenkomsten van opdracht (art. 7:408 BW) en tot aanneming van werk (art. 7:764 BW) te beëindigen. In beide gevallen kan de overeenkomst ‘te allen tijde’ worden opgezegd. In uitgangspunt mag daarom worden aangenomen dat voor veel overheidsopdrachten voor diensten en werken een wettelijke beëindigingsbasis bestaat.⁵⁷ In de jurispru-

54 Van Heeswijck 2016, § 5.2.1. Dit overigens nog los van het gegeven dat art. 6:265 BW van regeland recht is en het recht op ontbinding kan worden beperkt of uitgesloten, vgl. MvT, TK 2008-2009, 32027, nr. 3, p. 10.

55 HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*, r.o. 70). Hieraan doet niet af dat wijziging in rechte kan worden bevolen. Het beginsel laat namelijk ruimte voor de uitzondering.

56 Zie op dit punt ook Van Heeswijck 2016 § 5.2.1 - 5.2.3.

57 Vgl. over het gebruik van een opzeggingsbevoegdheid CvAE 2 februari 2018, advies nr. 431.

dentie is inmiddels ook bevestigd dat een schending van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht de opzegging van een overeenkomst van opdracht rechtvaardigt.⁵⁸

Anders ligt het bij overheidsopdrachten voor leveringen die verbintenisrechtelijk als koopovereenkomst of als huurovereenkomst zijn te kwalificeren.⁵⁹ Zo voorziet de titel koop niet in een hier relevante opzeggingsmogelijkheid.⁶⁰ Voor diverse huurovereenkomsten voor bepaalde tijd geldt dat deze niet tussentijds kunnen worden beëindigd, met dien verstande dat partijen die mogelijkheid kunnen overeenkomen.⁶¹ In zoverre valt het standpunt van de wetgever dus te betwijfelen.⁶²

Ook kan sprake zijn van een gemengde overeenkomst van bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht en een huurovereenkomst. Als die overeenkomst niet in twee overeenkomsten kan worden gesplitst, kunnen twee wettelijke opzeggingsregimes conflicteren.⁶³ De Hoge Raad heeft al eens het oordeel in stand gelaten dat in die situatie de regels inzake overeenkomsten van opdracht prevaleerden en dat dus kon worden beëindigd, zodat de opdrachtnemer/huurder geen huurbescherming toekwam.⁶⁴ Evengoed kan het dus zo zijn dat opzegging niet (zonder meer) is toegestaan.

Ad 4) De beëindiging van duurovereenkomsten

Een aanbestede overeenkomst kan (tevens) als duurovereenkomst worden aangemerkt. Voor de beëindiging hiervan gelden specifieke regels, die kunnen cumuleren met de hiervoor benoemde regels. De beëindiging van duurovereenkomsten voor zowel bepaalde tijd als onbepaalde tijd kan relevant zijn. Het eerste geval kan zich voordoen bij raamovereenkomsten. De looptijd daarvan mag in uitgangspunt

58 Rb. Overijssel 12 november 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:4050.

59 Huur en koop vallen beide onder de definitie overheidsopdracht voor leveringen uit art. 1.1 Aanbestedingswet.

60 Ten aanzien van verzekeringsdiensten - vgl. art. 2.17 onder a Aanbestedingswet - is art. 7:938 lid 2 BW nog relevant. Dit in tegenstelling tot de opzeggingsmogelijkheid uit art. 7:50g lid 4 BW.

61 Art. 7:228 lid 1 BW. Vgl. Hof Leeuwarden 11 januari 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BP1166 (r.o. 9). Vgl. Heikens 2021, § 12. In deze context lijkt de huur van middenstandsbedrijfsruimte (art. 7:290 e.v. BW) in beginsel niet van toepassing. Dan gelden wel beperkingen voor de mogelijkheid tot tussentijds beëindigen, vgl. art. 7:293 BW en de commentaren daarop.

62 Vgl. ten aanzien van koop Van Heeswijck 2016 § 5.3.3.

63 Zie over splitsing nader De Graaf 2020.

64 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405 (*Groeneveld/Staat*). Zie over de samenloop bij huurovereenkomsten Castermans & Krans 2019, p. 11. Zie nader over het combineren en splitsen van overeenkomsten, mede in relatie tot contractuele remedies, De Graaf 2020.

maximaal vier jaren bedragen.⁶⁵ Voor het tweede geval is relevant dat het aanbestedingsrechtelijk niet verboden is overheidsopdrachten voor onbepaalde tijd te sluiten.⁶⁶

Duurovereenkomsten die voor bepaalde tijd zijn aangegaan, zijn in beginsel niet-opzegbaar, tenzij een beroep op art. 6:258 BW kan worden gedaan.⁶⁷ Voor onbepaalde tijd aangegane duurovereenkomsten zijn in beginsel opzegbaar. Naar de bedoeling van partijen kan die overeenkomst ook niet-opzegbaar blijken. In dat geval staat nog wel een beroep open op zowel de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid als onvoorziene omstandigheden.⁶⁸ In dat laatste verband is al aangenomen dat het bestaan van een aanbestedingsplicht een voldoende zwaarwegende grond vormt voor beëindiging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd.⁶⁹

Ad 5) De positie van vaststellingsovereenkomsten

In § 6.5.2 is het één en ander toegelicht over de vaststellingsovereenkomst in relatie tot de wezenlijke wijziging. Een aspect dat hier de aandacht vraagt, is de werking van art. 7:902 BW op grond waarvan een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Aangezien het aanbestedingsrecht niet van openbare orde wordt geacht,⁷⁰ en een in dit verband gesloten vaststellingsovereenkomst niet spoedig in strijd komt met de goede zeden, lijkt aan de hoofdregel uit dit artikel grote betekenis toe te komen.⁷¹ Dit kan anders

65 Art. 2.140 lid 3 Aanbestedingswet. Die termijn bedraagt acht jaren bij speciale sectoropdrachten, art. 3.80 lid 1 Aanbestedingswet.

66 Zie expliciet art. 2.17 onder e en art. 2.20 onder b Aanbestedingswet. Vgl. HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 74) en HJEG 5 oktober 2000, C-337/98 (*Rennes*, r.o. 38). Vgl. verder Rb. Den Haag 10 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9441 (r.o. 4.1). Dat die mogelijkheid kritisch wordt gezien, doet aan het bestaan ervan niet af.

67 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/408.

68 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*, 3.6.2 - 3.6.5).

69 Rb. Den Haag 25 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10439.

70 Hof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:16 (r.o. 5) en Hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816 (r.o. 10). Verwezen wordt naar HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826 (*Uneto/de Vliert*) en HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806 (*Van der Stroom/Staat*).

71 In Plas 2017 § 4.2 wordt verder toegelicht waarom het beroep op art. 7:904 lid 1 BW weinig kans van slagen heeft. Samengevat: art. 7:902 BW is de aangewezen weg; vernietiging is niet mogelijk als de beslissing door beide partijen is genomen; met het onaanvaardbaarheids criterium wordt een verhoogde maatstaf neergelegd, waaraan niet wordt voldaan als de grenzen waarbinnen redelijk denkende mensen van mening kunnen verschillen, niet worden overschreden.

worden indien die regels van dwingend recht bewust zijn geschonden; dan gaat de bescherming uit art. 7:902 BW niet op.⁷²

Met andere woorden: indien in een vaststellingsovereenkomst een wezenlijke wijziging besloten ligt, beschikt de aanbestedende dienst in uitgangspunt niet over een beëindigingsmogelijkheid. Dit kan anders worden wanneer een derde vernietiging vordert. Die derde wordt namelijk niet gehinderd door de regels van Titel 7.15 BW, omdat de vaststellingsovereenkomst alleen tussen contractpartijen werkt.⁷³ In de afwezigheid van een derde, blijft de aanbestedende dienst op grond van titel 7.15 BW evenwel gebonden aan zijn contractuele verplichtingen, die mede een wezenlijke wijziging meebrengen.

Ad 6) Beperken wettelijke wijzigingsmogelijkheden

Verbintenissenrechtelijk kan de opzeggingsmogelijkheid uit bijvoorbeeld art. 7:408 of 7:764 BW normaliter worden weggecontracteerd. Ook kunnen partijen de werking ervan beperken. Die mogelijkheid blijft ten aanzien van aanbestede overeenkomsten bestaan in zoverre geen afbreuk wordt gedaan aan het nuttig effect van art. 73 Richtlijn 2014/24/EU. Anders dient dit beding (in die mate) terzijde te worden geschoven.⁷⁴ Het lijkt overigens niet van bijzonder belang dat volgens de Hoge Raad de nietigheidssanctie uit art. 3:40 lid 2 BW niet in beeld komt bij overeenkomsten die zijn gesloten in strijd met het aanbestedingsrecht.⁷⁵ Het terzijde schuiven kan namelijk rechtstreeks op Unierechtelijke grondslag worden gefundeerd.⁷⁶

Het Franse recht heeft in dezen een duidelijke keuze gemaakt. Volgens de Conseil d'Etat dient een bepaling die de aanbestedende dienst het recht ontnemt voortijdig te beëindigen, als nietig te worden beschouwd. Een dergelijke bepaling geldt als onverenigbaar met de bijzondere positie van de overheid als hoeder van het algemeen belang.⁷⁷ Hoewel die positie in de Nederlandse constellatie minder op de voorgrond staat, is het onmiskenbaar dat ook Nederlandse aanbestedende diensten niet louter vermogensrechtelijke belangen nastreven. Daarnaast blijven zij gebonden aan naleving van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van de aanbestedingsrechtelijke beginselen. Hierbij past niet een beding dat de nuttige werking daarvan eerder frustreert dan bevordert.

72 Vgl. Wessels 2016, p. 498 met verwijzingen.

73 Asser/*Van Schaick* 7-VIII 2018/159.

74 Vgl. HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 75).

75 Zie o.a. HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (*Xafax*, r.o. 3.7.2 en 3.7.3). Volgens Garsse, Verhoeven & Verschave 2021, § I is de nietigheid van een overeenkomst gesloten in strijd met het aanbestedingsrecht voorwerp van debat in België.

76 Zie met name de jurisprudentie aangehaald in § 6.2 en § 8.3.1.

77 Conseil d'Etat 6 mei 1985, nrs. 41589 en 41699.

Het standpunt van Van Ee lijkt zodoende wat te kort door de bocht. Hij meent dat art. 73 Richtlijn 2014/24/EU tot aanpassing van Nederlandse wetgeving noopt en dat dient te worden bepaald dat de mogelijkheid tot tussentijdse beëindiging niet langer contractueel kan worden uitgesloten.⁷⁸ Aangenomen dat hij alleen het oog heeft op het uitsluiten van die mogelijkheid bij Europees aanbestede overeenkomsten, is voortijdige beëindiging nog steeds niet altijd verplicht, ook niet bij wezenlijke wijzigingen. Het lijkt dus evenmin vereist dat de wet in die zin wordt aangepast. De begrenzing ligt daar wanneer het nuttig effect van de Richtlijn in gevaar komt. Dan kan de beëindigingsmogelijkheid via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid alsnog worden ingelezen, althans kan het beding vanwege strijd met het Unierecht terzijde worden geschoven.

Ad 7) Aggregatie: een wettelijke regeling

Uit het voorgaande volgt dat in veel gevallen de mogelijkheid bestaat een wezenlijk gewijzigde overeenkomst te beëindigen. Tegelijkertijd valt zeker niet uit te sluiten dat die bevoegdheid in voorkomend geval niet bestaat. Hoe dan ook heeft de wetgever het nodeloos moeilijk gemaakt. Verkenningen zoals hiervoor zouden niet nodig zijn als in de Aanbestedingswet een voorziening was getroffen, waardoor op eenduidige wijze aan de Europeesrechtelijke verplichtingen kan worden voldaan.

De Franse Code de la commande publique bevat een apart hoofdstuk over de beëindiging van overheidsopdrachten. Op grond van art. L2195-1 daarvan kan de aanbestedende dienst een opdracht beëindigen in de gevallen opgesomd in dat hoofdstuk.⁷⁹ Art. L2195-6 kent die bevoegdheid toe in geval van een wezenlijke wijziging: “*L’acheteur peut résilier le marché lorsque l’exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues au chapitre IV du présent titre.*”⁸⁰ Aangezien die beslissing in de regel zal zijn ingegeven uit overwegingen in het algemeen belang,⁸¹ heeft de opdrachtnemer ingevolge L2195-5 vervolgens recht op schadeloosstelling.

78 Van Ee 2015, § 4.

79 Uit het gedrag van de aanbestedende dienst kan overigens voortvloeien dat hij de opdracht stilzwijgend heeft beëindigd, aldus Conseil d’Etat 11 december 2020, nr. 427616 (r.o. 3 en 4). Het ministerie van Economische Zaken publiceert ook periodiek Cahiers des clauses administratives générales (CCAG) die op de voet van art. R2112-2 aanhef en onder 1° Code de la commande publique onderdeel gemaakt kunnen worden van de aanbestedingsstukken. In de CCAG worden beëindigingsgronden uitvoerig uitgewerkt.

80 Zie ten aanzien van concessies art. L3136-6 Code de la commande publique. Vgl. art. L6 onder 5° Code de la commande publique.

81 Zulke overwegingen kunnen juridisch, technisch en/of financieel van aard zijn. Voorbeelden betreffen het afbreken van een project vanwege moeilijkheden, gewijzigde behoeften en/of beleidswijzigingen. Uiteraard dienen die overwegingen deugdelijk te worden gemotiveerd. Die motivering wordt *ex tunc* getoetst.

Partijen kunnen de gevolgen van zo'n opzegging contractueel regelen. Indien zij dat niet gedaan hebben, dan voorziet art. R2191-31 Code de la commande publique erin dat partijen hierover met elkaar in onderhandeling treden, waarbij ook aandacht is geschonken aan het scenario dat partijen het niet met elkaar eens worden binnen een periode van zes maanden: *“En cas de résiliation du marché ouvrant droit à indemnisation, si les parties ne parviennent pas, dans un délai de six mois à compter de la date de la résiliation, à un accord sur le montant de l'indemnité, le titulaire perçoit, à sa demande, le montant que l'acheteur a proposé.”*⁸²

Een vergelijkbare regeling kan ook naar Nederlands recht wenselijk zijn. Op zijn best is immers thans onzeker of wordt voldaan aan de verplichtingen uit hoofde van art. 73 Richtlijn 2014/24/EU. Wellicht nog belangrijker is dat die onzekerheid het aantal geschillen kan vergroten, omdat onduidelijk is of in het voorliggende geval een beëindigingsbevoegdheid bestaat.

Een nieuw art. 2.163h Aanbestedingswet, dat opzegging en afrekening uniform regelt, lijkt daarom gepast.⁸³ Qua opzegging kan gedacht worden aan een bepaling als de volgende: *“De aanbestedende dienst is te allen tijde tot gehele of gedeeltelijke opzegging bevoegd in geval van een wezenlijke wijziging van de overheidsopdracht.”* In het verlengde daarvan kan het kader voor financiële afwikkeling worden neergelegd, zoals dat gedaan is bij overeenkomsten van opdracht en overeenkomsten tot aanneming van werk, zie art. 7:411 lid 2 resp. 7:764 lid 2 BW. Overkoepelende noties als goede trouw en schadebeperkingsplicht kunnen daarbij de werking van die regeling inkleuren,⁸⁴ net als eventuele contractuele afspraken.

8.3.3 Verdere aandachtspunten bij beëindiging

Naast de mogelijkheid tot beëindiging wordt de aandacht gevestigd op de opzegtermijn (ad 1), de onregelmatige opzegging (ad 2), en het achterwege laten van opzegging (ad 3).

Ad 1) De mogelijkheid van een opzegtermijn

Partijen kunnen normaliter een opzegtermijn overeenkomen.⁸⁵ Op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan zelfs de verplichting bestaan een redelijke termijn in acht te nemen. De vraag of die mogelijkheid ook

82 De hoogte en berekeningswijze van deze vergoeding wordt nader ingekleurd in o.a. art. 50.4 Cahier de Clauses Administratives Générales des marchés publics de travaux. Ingevolge art. R2191-30 Code de la commande publique is een voorschot mogelijk.

83 Zie ook Plas 2017, § 6. Vgl. Van Heeswijck 2016, § 6.

84 Vgl. MvT, TK 2008-2009, 32027, nr. 3, p. 11 en 12.

85 In sommige gevallen geldt een uitgewerkte regeling inzake de opzegtermijn, zie met name voor de agentuurovereenkomst art. 7:437 - 439 BW. Die termijn kan bijvoorbeeld relevant zijn voor aanbestede overeenkomsten inzake brokerdiensten.

bij een wezenlijk gewijzigde overeenkomst geldt, is nog niet sluitend beantwoord, terwijl art. 73 Richtlijn 2014/24/EU hierover niets regelt.

Er bestaan goede gronden om die mogelijkheid aan te nemen, mits de opzegtermijn wordt gerechtvaardigd door het voorwerp van de opdracht.⁸⁶ Het beëindigen van een wezenlijk gewijzigde overeenkomst strekt primair tot herstel van de mededinging via een nieuwe aanbestedingsprocedure. Het geniet dan de voorkeur dat een afgebakend pakket aan te verrichten prestaties wordt aanbesteed. Dit pleit ervoor dat de werkzaamheden onder de wezenlijk gewijzigde overeenkomst tot een logisch punt worden afgerond. Ook is voorstelbaar dat continuering van de dienstverlening soms vanuit het oogpunt van het algemeen maatschappelijk belang gerechtvaardigd is, zodat om die reden een opzegtermijn op zijn plaats is.⁸⁷

Om het nuttig effect van art. 73 Richtlijn 2014/24/EU te waarborgen, dient die termijn niet langer te duren dan strikt noodzakelijk en zouden de werkzaamheden binnen die termijn zoveel als mogelijk gericht moeten zijn op een zorgvuldige afwikkeling. Het spreekt voor zich dat de aanbestedende dienst zijn handelswijze dient te kunnen rechtvaardigen.

Ad 2) De onregelmatige opzegging

Stel dat een aanbestedende dienst meent dat wezenlijk is gewijzigd. Hoewel de opdrachtnemer dit betwist, zegt de aanbestedende dienst de overeenkomst op. In rechte wordt de opdrachtnemer in het gelijk gesteld. Kunnen aan die conclusie gevolgen kleven?

Wanneer onverkort een opzeggingsmogelijkheid van toepassing is, hoeft dit niet zo te zijn. Hoe dan ook bestond voor de aanbestedende dienst een bevoegdheid die hij heeft ingeroepen. Wel kan worden betwijfeld of hij zich heeft gekweten van zijn verplichting zorg te dragen zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te creëren.⁸⁸ Hij heeft dan namelijk zonder objectieve noodzaak een overeenkomst opgezegd met alle financiële (en politieke) gevolgen van dien.

De kwestie wordt anders als die mogelijkheid niet bestond. Een niet-gerechtvaardigde ontbinding,⁸⁹ opzegging,⁹⁰ of opschorting⁹¹ heeft namelijk tot gevolg dat die

86 Ook Halonen 2017, § 4.2 laat die mogelijkheid open.

87 Vgl. Arrowsmith 2018, p. 1042 en 1043.

88 Art. 1.4 lid 2 Aanbestedingswet.

89 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684 (*G4/Hanzevast*, r.o. 3.3.1), bevestigd in HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:152 (*Eiser/verweerder*, r.o. 3.5.2).

90 Engels en Verbaken 2020 § 5.2.1. Vgl. *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2018/180 en *Spierings* 2016/2.4.3.1.

91 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610 (*Ammertlaan/Enthoven*, r.o. 4.6). Vgl. over het automatische verzuim echter HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2517 (*Creative Industry/Heredium*, r.o. 4.2 - 4.5).

rechtshandeling niet het beoogde effect sorteert. Partijen worden dan in beginsel nog steeds door de overeenkomst gebonden, zij het dat de aanbestedende dienst dan in verzuim verkeert.

Een onregelmatige beëindiging kan een aanbestedende dienst dus in een netelige positie brengen. Jegens de opdrachtnemer kan hij schadeplichtig zijn. Daarnaast kan hij al stappen hebben ondernomen voor het verdere verloop, bijvoorbeeld door het inroepen van een wachtkamerregeling of het voorbereiden van een nieuwe aanbestedingsprocedure. Kapitaalvernietiging ligt dan op de loer, zodat terughoudendheid en zorgvuldigheid te meer geboden zijn. In zulke gevallen kan het wenselijk zijn af te gaan op het (spoed)oordeel van een onafhankelijke instantie, zoals een arbitragecommissie.⁹²

Ad 3) Kan opzegging achterwege blijven?

In § 8.3.4 onder ad 4 komt aan de orde dat vernietiging achterwege kan blijven bij toepasselijkheid van artt. 4.18 e.v. Aanbestedingswet. Eenzelfde uitzondering zou via een analoog beroep kunnen worden aangenomen indien de overeenkomst in beginsel geheel of gedeeltelijk dient te worden opgezegd.⁹³ De casuïstiek is immers vergelijkbaar, terwijl vernietiging vanwege haar terugwerkende kracht als verstrekkender sanctie kan worden beschouwd. Als het meerdere achterwege kan blijven, kan het mindere dat ook.

In tegenstelling tot een vernietigingsactie bestaat bij opzegging de reële mogelijkheid dat er nog geen klagende derde in beeld is. Zo kan vanuit de interne geledingen van de aanbestedende dienst zijn gesignaleerd dat (waarschijnlijk) wezenlijk is gewijzigd. Gelet op de mogelijkheid van dit analoge beroep kan gesteld worden dat opzegging alsnog achterwege kan blijven. In die context is het van belang dat artt. 4.18 e.v. Aanbestedingswet uitgaan van rechterlijke tussenkomst. Dit vereiste geldt doorgaans niet bij een besluit over opzegging. Gelet op de potentieel verstrekkende gevolgen, kan het niettemin onder omstandigheden raadzaam zijn om het voorgenomen besluit ter beoordeling aan een onafhankelijke derde voor te leggen.

8.3.4 De mogelijkheid tot vernietiging

De rechtsbeschermingsrichtlijn sanctioneert een onrechtmatige gunning met ‘onverbindendheid’. De werking van die sanctie wordt aan het nationale recht overgelaten, zodat ruimte bestaat voor zowel vernietiging als de mogelijkheid alleen toekomstige verbintenissen aan te tasten. In dat laatste geval dient te worden voorzien

92 Met inachtneming van art. 4.26 Aanbestedingswet.

93 Het zal van de aard en inhoud van de overeenkomst afhangen of gedeeltelijke opzegging in beginsel is toegestaan. Ten aanzien van overeenkomsten tot aanneming van werk vloeit die mogelijkheid voort uit art. 7:764 BW, welk artikel van regeland recht is.

in alternatieve sancties.⁹⁴ In art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet is ervoor gekozen dat de overeenkomst dan in rechte kan worden vernietigd.⁹⁵

Deze grondslag is relevant vanwege de gelijkstelling van een wezenlijke wijziging met een onrechtmatige directe gunning. Artt. 4.15 e.v. Aanbestedingswet zijn op die gelijkschakeling echter niet ingericht. Dit hoeft op korte termijn ook niet te worden verwacht. Hoewel de Europese Commissie in 2017 erkende dat kan worden verduidelijkt hoe de rechtsbeschermingsrichtlijnen zich verhouden tot het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten, besloot zij deze richtlijnen vooralsnog te handhaven.⁹⁶

Eerder is de totstandkoming van deze richtlijnen uiteengezet door Hebly, Brants en Kos.⁹⁷ Later heeft Van Heeswijck de totstandkoming van artt. 4.15 e.v. geanalyseerd.⁹⁸ Ook elders zijn de achtergronden, bezwaren, en gemaakte keuzes ten aanzien van deze doorwerking van het aanbestedingsrecht in het contractenrecht geduid.⁹⁹ Aan die aandachtspunten wordt daarom voorbijgegaan. Dat geldt ook voor de kritiek op de beperkte werking van art. 4.15 Aanbestedingswet en het initiatief tot verruiming van het toepassingsbereik,¹⁰⁰ omdat de discussie zich hier centreert rondom de reeds bestaande grondslag van de onrechtmatige gunning. De analyse spitst zich toe op vier vragen: wie kan de actie instellen? Binnen welke termijn dient de actie te zijn ingesteld? Wat dient er te worden vernietigd? Wanneer kan van vernietiging worden afgezien?

Ad 1) Wie kan de actie instellen?

Op grond van art. 4.15 Aanbestedingswet kan een overeenkomst in rechte worden vernietigd. Buitengerechtelijke vernietiging is uitgesloten.¹⁰¹ Gelet op de ratio van het verbod om wezenlijk te wijzigen, is het aannemelijk dat de vernietigingsactie

94 Zie art. 2 quinquies lid 2 en overweging 21 considerans Richtlijn 2007/66/EG. Vgl. Arrowsmith 2018, p. 1028 en 1029.

95 Ten onrechte wekt sub a de suggestie dat onrechtmatig gegunde concessieopdrachten niet vernietigd kunnen worden, vgl. art. 46 en 47 Richtlijn 2014/23/EU. Overigens verwijst art. 2a.29 wel naar art. 4.15 Aanbestedingswet, maar dit alleen in de context van concessies voor sociale en andere specifieke diensten. In Nederland is vernietiging op deze grondslag slechts incidenteel toegepast, zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2878.

96 Europese Commissie 2017, p. 9 - 11.

97 Hebly, Brants & Kos 2011.

98 Van Heeswijck 2014, hoofdstuk 6.

99 Zie o.a. Arrowsmith 2018, hoofdstuk 22; Halonen 2017 § 2; Pijnacker Hordijk c.s. 2009, p. 575 - 578; Treumer 2007.

100 Zie met name de brief van staatssecretaris Keijzer d.d. 12 februari 2021 met kenmerk CE-MC / 20296664.

101 Dit wordt bevestigd door overweging 13 considerans Richtlijn 2007/66/EG en MvT, TK 2008-2009, 32027, nr. 3, p. 11.

in beginsel wordt ingesteld door een concurrent van de opdrachtnemer.¹⁰² Dat de wetgever ook van de betrokkenheid van een concurrent uitging, blijkt uit de aanhef van art. 4.15 lid 2 Aanbestedingswet, waar gesproken wordt van de opdrachtnemer die een vernietigingsactie instelt.¹⁰³ Die keuze is in lijn met het vereiste dat beroepsprocedures “*op zijn minst toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.*”¹⁰⁴

Dit zo zijnde, kan de vraag rijzen of ook een aanbestedende dienst een vernietigingsvordering op de voet van art. 4.15 Aanbestedingswet kan instellen.¹⁰⁵ Het belang van het antwoord hierop is met name gelegen in het effect. In tegenstelling tot opzegging of ontbinding heeft vernietiging vanwege art. 3:53 BW in beginsel terugwerkende kracht, zodat ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan.¹⁰⁶ De rechtsbeschermingsrichtlijnen, parlementaire geschiedenis, en Hoge Raad-jurisprudentie bieden geen aanknopingspunt voor de aannahme dat een aanbestedende dienst ook een beroep toekomt op art. 4.15 lid 1 aanhef en onder a Aanbestedingswet.¹⁰⁷ Door het hof Leeuwarden is die weg afgesneden met als argument dat Richtlijn 2007/66/EG niet is geschreven ter bescherming van de belangen van de aanbestedende dienst.¹⁰⁸ In navolging hiervan is betoogd dat art. 4.15 Aanbestedingswet geen grondslag biedt een wezenlijk gewijzigde opdracht te beëindigen.¹⁰⁹

Bij overheden kan die wens wel bestaan, bijvoorbeeld wanneer prestaties nog teruggedraaid kunnen worden zodat ze vervolgens rechtmatig kunnen worden uitgevoerd. Temeer kan die wens bestaan, indien onbedoeld wezenlijk is gewijzigd. In tegenstelling tot het formele besluitvormingsproces dat ten grondslag ligt aan het aangaan van een overeenkomst, kunnen wijzigingen zich relatief eenvoudiger zonder een vergelijkbaar proces (zoals het naleven van een meerwerkprocedure)

102 Vgl. Van Heeswijck 2014, p. 212 - 214 en MvA, EK 2011-2012, 32 440, C, p. 16. In HJEU 2 september 2021, C-721/19 en C-722/19 (*Sisal*, r.o. 56 - 65) is bevestigd dat een concurrent die niet heeft deelgenomen een gestelde wezenlijke wijziging in rechte kan aanvechten. Hij hoeft niet te bewijzen dat hij sowieso zal inschrijven op een nieuwe aanbestedingsprocedure.

103 Art. L551-14 Code de justice administrative hanteert eenzelfde uitgangspunt en staat het onder bepaalde voorwaarden toe dat vertegenwoordigers van de overheid een dergelijke actie kunnen instellen.

104 Art. 1 lid 3 Richtlijn 1989/665/EEG zoals vervangen in art. 1 lid 1 Richtlijn 2007/66/EG.

105 Los dus van de mogelijkheid voor een contractpartij vernietiging te vorderen vanwege het bestaan van een wilsgebrek.

106 *Asser/Sieburgh* 6-III 2018/637 en 638.

107 Zie wat de Hoge Raad betreft, met name HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (*Xafax*).

108 Hof Leeuwarden 21 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6167 (r.o. 7 en 8).

109 Van Heeswijck 2016, § 4. Vgl. De Wijs & Van der Kooij 2015 onder ‘vernietiging in de praktijk’.

voordoen.¹¹⁰ Een te goeder trouw handelende aanbestedende dienst kan stellen dat opheffing van de onrechtmatige situatie en herstel van de mededinging slechts door vernietiging van de gewijzigde overeenkomst, althans de wijziging, kan worden bewerkstelligd.¹¹¹

Unierechtelijk lijkt die mogelijkheid op weinig weerstand te stuiten indien het evenredigheidsbeginsel wordt nageleefd. Het aantasten van een (rechts)toestand in strijd met het aanbestedingsrecht lijkt het nuttig effect eerder te bevorderen dan tegen te werken. Los hiervan, mag het nationaal recht op grond van de rechtsbeschermingsrichtlijn in verdergaande sancties voorzien.¹¹² En op grond van art. 73 Richtlijn 2014/24/EU dient het nationale recht de voorwaarden voor de beëindiging van een wezenlijk gewijzigde overeenkomst te bepalen.

Naar Nederlands recht is het van belang dat de bevoegdheid tot vernietiging alleen wordt toegekend aan een partij in wiens belang de vernietigingsgrond bestaat.¹¹³ Te betogen valt dat een aanbestedende dienst om die reden niet tot vernietiging bevoegd is, omdat het verbod wezenlijk te wijzigen niet beoogt zijn belangen te beschermen, maar die van een belanghebbende ondernemer.¹¹⁴ Daar staat tegenover dat op aanbestedende diensten een zelfstandige verplichting rust rechtmatig te handelen en het aanbestedingsrecht na te leven. Dit laatste komt expliciet ook tot uitdrukking in de bepalingen van de wet NERpe, die onder meer voorziet in de mogelijkheid van een aanwijzing of indeplaatsstelling door de minister wanneer een aanbestedende dienst zijn verplichtingen uit hoofde van die wet - waaronder met betrekking tot het aanbestedingsrecht - niet naleeft.¹¹⁵ In zoverre zou een belang van de aanbestedende dienst wel degelijk kunnen worden aangenomen.

Daarentegen is niet uitgesloten dat een aanbestedende dienst die vernietigingsmogelijkheid aangrijpt om van een hem onwettige overeenkomst of opdrachtnemer af te komen. Opportunistisch handelen is ook de overheid niet altijd

110 Hiermee is niet gezegd dat uitzonderingen ondenkbaar zijn, zie HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1748 (*Almere*) en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1119 (*Dronten*). In de civiele rechtspraak worden zulke uitzonderingen slechts sporadisch aanvaard, vgl. hof Den Bosch 26 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1139. Zie ook *Asser/Kortmann 3-III* 2017/149.

111 Vgl. naar analogie Treumer 2007, introductie.

112 Overweging 20 considerans Richtlijn 2007/66/EG. Vgl. art. 1 lid 3 Richtlijn 1989/666/EEG zoals in 2007 vervangen op grond waarvan beroepsprocedures "op zijn minst" in de benoemde gevallen toegankelijk dienen te zijn. Verdergaande maatregelen zijn getroffen in België, aldus Van Garsse, Verhoeven en Verschave 2021, § III.2.c.

113 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/620 en 621. Vgl. art. 3:51 BW en de commentaren daarop.

114 Vgl. hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1863 (r.o. 5).

115 Zie art. 2, 4, 5, en 7 wet NERpe.

vreemd.¹¹⁶ Verder is onmiskenbaar dat vernietiging een ingrijpende maatregel is die grote gevolgen voor de opdrachtnemer kan hebben.¹¹⁷ Dat belang dient te worden meegewogen, zeker omdat naleving van het aanbestedingsrecht primair een verantwoordelijkheid van de overheid is, zodat zij niet dient te profiteren van haar eigen falen.¹¹⁸

Gelet hierop lijkt het in beginsel terecht dat een aanbestedende dienst geen beroep toekomt op art. 4.15 lid 1 aanhef en onder a Aanbestedingswet. Niettemin kan die mogelijkheid toch voor specifieke uitzonderingsgevallen worden opengesteld, bijvoorbeeld wanneer een louter op de toekomst gerichte beëindiging onvoldoende recht doet aan de vereisten die voortvloeien uit het Europese aanbestedingsrecht, zodat herstel van de mededinging vernietiging vergt, maar een derde (nog) geen vernietigingsactie heeft ingesteld. Uit het oogpunt van rechtszekerheid van de opdrachtnemer is dan wel vereist dat de zesmaandentermijn onverkort wordt geëerbiedigd en dat hij wordt gecompenseerd.

Ad 2) Binnen welke termijn dient de actie te zijn ingesteld?

Art. 4.15 lid 2 Aanbestedingswet bevat twee vervaltermijnen.¹¹⁹ In uitgangspunt geldt een termijn van zes maanden die start op de dag nadat de overeenkomst is gesloten. Die termijn wordt verkort tot 30 dagen wanneer de aanbestedende dienst een aankondiging van een gegunde opdracht heeft gepubliceerd of belanghebbenden in kennis heeft gesteld van het sluiten van de overeenkomst.

De zesmaandentermijn is in de nationale jurisprudentie al meerdere keren toegepast op de wijziging van een aanbestede overeenkomst. Het peilmoment wordt dan gevormd door de datum van wijziging (en niet de datum waarop klager daarmee bekend raakt),¹²⁰ omdat dit de datum van het gestelde onrechtmatige handelen

116 Zie vanuit staatssteunrechtelijk perspectief bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 6 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9636. Dit arrest is op grond van art. 81 RO bevestigd in HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1587 (*Harlingen*).

117 HJEU 26 november 2015, C-166/14 (*MedEval*, r.o. 40).

118 Vgl. HJEU 27 oktober 2011, C-601/10 (*Commissie/Griekenland*, r.o. 33 en 35).

119 Vgl. op het punt van de vervaltermijnen MvT, TK 2008-2009, 32027, nr. 3, p. 8.

120 Rb. Amsterdam 10 januari 2022, ECI:NL:RBAMS:2022:121 (r.o. 4.3 en 4.8); Rb. Limburg 11 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8493 (r.o. 4.4); Rb. Den Haag 14 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6590 (r.o. 4.6); Rb. Overijssel 10 april 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1240 (r.o. 4.5); Rb. Overijssel 13 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2311 (r.o. 5.3 en 5.4); Rb. Den Haag 24 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4898 (r.o. 4.4), CvAE 13 juni 2018, advies nr. 469 (alinea's 5.8.4 en 5.8.5). Vgl. Rb. Gelderland 31 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5858 (r.o. 4.4).

is.¹²¹ Vergeleken met de situatie van een ‘zuivere’ directe gunning, kan aan de zesmaandentermijn ingeval van een (wezenlijke) wijziging een nog groter belang toekomen. Voor de buitenwacht is het doorgaans duidelijker te zien *dat* er iets plaatsvindt dan te achterhalen *wat* er gebeurt. Zes maanden kan dan kort aanvoelen.¹²² Toch weegt dit in beginsel niet op tegen het belang van de rechtszekerheid.¹²³ Als afstand genomen wordt van de zesmaandentermijn kan een overeenkomst mogelijk tot in lengte van jaren met vernietiging bedreigd worden. De belangenafweging valt dan zwaar uit in het voordeel van de gelaedeerde derde. Na ommekomst van die termijn dient dus toevlucht genomen te worden tot andere middelen, zoals schadevergoeding.

Aan de dertig-dagen-termijn kan ook belang toekomen. Zoals in § 7.4.1 toegelicht, vertoont de aankondiging van een wijziging gelijkenissen met de aankondiging van een gegunde opdracht. Dit zo zijnde, ligt het in de rede eenzelfde termijn te hanteren, dus dertig dagen ingaande op de dag na de datum van publicatie van de deugdelijk opgestelde aankondiging van een wijziging.

Hiermee is echter de vraag naar de relevante termijnen nog niet sluitend beantwoord. In ieder geval staat het punt van opeenvolgende wijzigingen nog open. Als aangegeven, dient de termijn op het niveau van de wijziging te worden vastgesteld. De vraag hoe met opvolgende wijzigingen om te gaan is enkele jaren terug door het hof Den Bosch beantwoord in het kader van een overeenkomst ten behoeve van de inzameling van gemeentelijk afval. Op deze overeenkomst worden drie addenda gesloten. Volgens appellant Shanks is de overeenkomst hierdoor wezenlijk gewijzigd. Het hof zoekt aansluiting bij de zesmaandentermijn en oordeelt dat de wijzigingen voortvloeiend uit addenda I en II niet hoeven te worden onderzocht, omdat de vernietigingsactie buiten die termijn is ingesteld. De wijzigingen uit addendum III worden als niet-wezenlijk aangemerkt.¹²⁴

Op zichzelf is dit een begrijpelijk oordeel. Toch dreigt hier mogelijk het gevaar van uitholling. Een wezenlijke wijziging kan namelijk niet alleen aan de orde zijn bij één majeure wijziging, maar ook bij meerdere kleine(re) wijzigingen. Op een gegeven moment doet een druppel de emmer overlopen. Feitelijk is de emmer relevant, maar juridisch wordt dan slechts naar één of enkele druppels gekeken.

121 Vgl. bijv. Hof Den Haag 17 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5247 (r.o. 4.6), HJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*, r.o. 34 en 45 - 49) en de conclusie van A-G Kokott d.d. 13 maart 2008 in die zaak (alineas 64 en 65). Vgl. verder Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9094 (r.o. 6.32).

122 Het is nationale wetgevers niet toegestaan vervaltermijnen te wijzigen, om de nieuwe vervaltermijn toe te passen op wijzigingen die op grond van de oude vervaltermijn niet meer aangetast konden worden, aldus HJEU 26 maart 2020, gevoegde zaken C-496/18 en C-497/18 (*Hungeod*, r.o. 88 - 102).

123 Vgl. overweging 27 considerans Richtlijn 2007/66/EG en HJEU 26 november 2015, C-166/14 (*MedEval*, r.o. 42).

124 Hof Den Bosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281 (r.o. 4.10 en 4.12).

Ook hier botsen de wederzijdse belangen en komt bijzonder belang toe aan de rechtszekerheid.

Voor de werkbaarheid van het systeem dient als uitgangspunt te worden gehanteerd dat de aanbestedende dienst niet welbewust het aanbestedingsrecht probeert te omzeilen. In het verlengde hiervan dient te worden aangenomen dat de zesmaandentermijn onverkort geldt. Desalniettemin lijkt ruimte voor een uitzondering te bestaan. Uit het in § 2.2.3 besproken *Mödling*-arrest volgt dat bij een rechtstreekse gunning niet alleen gekeken dient te worden naar afzonderlijke opvolgende gebeurtenissen, maar dat deze ook gezamenlijk kunnen worden beoordeeld mede inachtig het doel dat ze beogen te bewerkstelligen.¹²⁵ Toegepast kan dit ertoe leiden dat bij meerdere wijzigingen die samen een wezenlijke wijziging vormen, een later gelegen peilmoment wordt gekozen althans dat soms een uitzondering op de zesmaandentermijn kan worden aangenomen.

Tot slot is van belang dat deze termijnen niet relevant zijn voor de vraag of de eiser aanspraak heeft op schadevergoeding. Een (primaire) vernietigingsvordering kan dan worden afgewezen omdat de zesmaandentermijn voor enkele wijzigingen al is verlopen, terwijl de resterende wijzigingen niet-wezenlijk zijn. Voor de (subsidiare) schadevergoedingsvordering geldt die termijn niet, zodat alsnog tot een wezenlijke wijziging kan worden geconcludeerd.¹²⁶ Dit betekent dan dat een dubbele inhoudelijke toets kan plaatsvinden.¹²⁷ Voor de vernietigingsactie wordt een deel van de wijzigingen beoordeeld, terwijl voor de schadevergoedingsactie in beginsel alle wijzigingen in beeld blijven.

Ad 3) Wat dient er te worden vernietigd?

Volgens art. 4.15 Aanbestedingswet is de overeenkomst vernietigbaar. Dat is in de systematiek van die bepaling logisch. In dit geval gaat die logica niet zonder meer op. Dient de hele wezenlijk gewijzigde overeenkomst te worden vernietigd of volstaat vernietiging van de wijziging?

Arrowsmith en Halonen wijzen erop dat sprake is van een grijs gebied, maar dat praktisch gezien een redenering op basis van de mate van feitelijke verwevenheid soelaas kan bieden. In zoverre aantasting van louter de wijziging mogelijk is, zou daarmee kunnen worden volstaan.¹²⁸ Vanuit de ratio van het leerstuk van de

125 HJEG 10 november 2005, C-29/04 (*Commissie/Oostenrijk*, met name r.o. 40 en 41).

126 Vgl. o.a. HJEU 26 november 2015, C-166/14 (*MedEval*, r.o. 30 - 46).

127 Dan resteert nog wel de vraag naar rechtsverwerking, vgl. hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7958, maar ook Rb. Overijssel 10 april 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1240 en Rb. Overijssel 13 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2311.

128 Arrowsmith 2018, p. 1024, 1032 en 1033; vgl. Halonen 2017 § 4.3 alsook Van Garsse, Verhoeven & Verschave 2021 § II.

wezenlijke wijziging en het evenredigheidsbeginsel gedacht, lijkt dit juist indien hierdoor herstel van de mededinging kan worden bereikt.¹²⁹ Tegelijkertijd kan de wijziging zodanig verweven zijn (geraakt) met de andere verbintenissen dat alleen volledige vernietiging toereikend is.¹³⁰

Nu is in de Nederlandse jurisprudentie en literatuur de vraag aan de orde gesteld of partiële vernietigbaarheid mogelijk is, waarbij een tendens zichtbaar lijkt naar positieve beantwoording daarvan.¹³¹ Zonder uitvoerig bij deze discussie stil te willen staan, lijkt het in deze context wenselijk die mogelijkheid te aanvaarden om het risico op onevenredige consequenties te verkleinen. Wetssystematisch kan die keuze in het verlengde van art. 4.20 lid 1 Aanbestedingswet worden gezien, op grond waarvan uit het oogpunt van evenredigheid aan de vernietiging geheel of gedeeltelijk de werking kan worden onzegd.¹³²

Het lijkt weinig aantrekkelijk dat gehele vernietiging ook dient te volgen in het geval van een te isoleren wijziging. Het aanbestedingsrecht behoort niet tot sanctierecht te vervallen en de beoogde doelen kunnen dan met minder verstreckende maatregelen worden bereikt. Daarbij komt dat ook een vernietiging van alleen de wijziging tot forse gevolgen kan leiden voor de aanbestedende dienst en de opdrachtnemer.

Complicaties zijn echter niet uit te sluiten. Ter illustratie kan een wezenlijke wijziging dienen die besloten ligt in aanpassingen van de voorwaarden van de overeenkomst via een vaststellingsovereenkomst en die verbintenisrechtelijk schuldvernieuwing c.q. objectieve novatie tot gevolg heeft.¹³³ Stel dat de vernietiging wordt uitgesproken. In uitgangspunt brengt de vernietiging van een novatie mee dat de verbintenis, waarvan afstand was gedaan, herleeft.¹³⁴ In deze casus kan betwijfeld worden of betrokkenen hier wel mee gebaat zijn. Enerzijds zijn contractpartijen niet voor niets de vaststellingsovereenkomst aangegaan; zij wilden van die oorspronkelijke verbintenis af. Anderzijds krijgt de derde, die de procedure is gestart, in beginsel nog steeds geen nieuwe kans, omdat partijen gebonden zijn gebleven

129 Een vergelijkbare visie is te vinden bij Van Garsse & Verhoeven 2019, § 2.4.

130 Hoepffner 2009, p. 439 spreekt zelfs van het besmet raken van de hele overeenkomst.

131 Vgl. De Loos-Wijker 2020 en Van Schaik 2018. Zie ook HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato/X*, r.o. 3.1.15). Anders: *Asser/Hijma 7-I* 2019/722 die in het kader van koopovereenkomsten betoogt dat hierdoor het contractuele evenwicht verstoord kan raken. Zie ook De Graaf 2020 p. 340 - 342 inclusief verwijzingen.

132 Zie overweging 22 considerans Richtlijn 2007/66/EG. Vgl. art. L551-19 Code de justice administrative op grond waarvan de nietigheidssanctie onder meer plaats kan maken voor beëindiging van de overeenkomst.

133 Zie hierover uitgebreider Plas 2017.

134 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/637.

aan de oorspronkelijke overeenkomst die op zichzelf rechtmatig tot stand is gekomen en waarvoor dus geen afzonderlijke grond voor vernietiging hoeft te bestaan.

Op dergelijke complicaties wordt hier geen algemeen antwoord geboden. Gelet op de casuïstische aard van de problematiek valt wel te betwijfelen of wetgevend optreden hier gewenst is. Het ligt meer voor de hand dat betrokkenen dan gebruik kunnen maken van andere instrumenten. Zo kan een schadevergoeding worden toegewezen, al dan niet in combinatie met het op de voet van artt. 4.18 e.v. Aanbestedingswet achterwege laten van de vernietiging.

Ad 4) Wanneer kan van vernietiging worden afgezien?

Gelet op art. 4.20 lid 1 en 4.21 lid 2 Aanbestedingswet (samen met art. 3:53 lid 2 BW) kan de rechter aan de vernietiging geheel of gedeeltelijk de werking ontnemen. Daarnaast kan hij op de voet van art. 4.18 lid 1 Aanbestedingswet besluiten een overeenkomst niet te vernietigen indien dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft, waarbij hij ingevolge art. 4.19 lid 1 Aanbestedingswet ook tot verkorting van de looptijd kan besluiten.¹³⁵

Het begrip dwingende redenen van algemeen belang behelst een open norm waaronder uiteenlopende belangen vallen, van de bescherming van werknemers en consumenten tot het (stedelijk) milieu en het intellectueel eigendom.¹³⁶ Zodoende bestaat enige ruimte voor nationaal maatwerk.¹³⁷ Echter, ingevolge art. 4.18 lid 2 Aanbestedingswet mogen economische belangen alleen als dwingende reden worden beschouwd indien vernietiging in uitzonderlijke omstandigheden onevenredig grote gevolgen zou hebben. Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de overeenkomst, mogen geen dwingende reden vormen.¹³⁸ Het gaat dan onder meer om kosten die voortvloeien uit vertraging bij de uitvoering van de overeenkomst, kosten van een nieuwe aanbestedingsprocedure, kosten die veroorzaakt worden door het feit dat een andere onderneming de overeenkomst uitvoert, en kosten van de wettelijke verplichtingen die voortvloeien uit de vernietiging.

135 Vgl. over de achtergronden van deze uitzonderingen Van Heeswijk 2014, p. 220 - 224.

136 MvT, TK 2008-2009, 32027, nr. 3, p. 12. Vgl. Simovart 2015, p. 37 en 38 (incl. verwijzingen).

137 Arrowsmith 2018, p. 1025.

138 Vgl. HJEU 22 oktober 2013, C-105/12 t/m C-107/12 (*Staat/Essent c.s.*, r.o. 51 en 52). Vgl. inzake de hernieuwing van concessies HJEG 13 september 2007, C-260/04 (*UNIRE*, r.o. 26 - 36). Relatief zijdelings kwam deze grondslag ter sprake in Rb. Amsterdam 21 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9050 (r.o. 4.18). Vgl. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3388 (r.o. 4.16).

In de Nederlandse praktijk leiden deze uitzonderingen vooralsnog een sluimerend bestaan.¹³⁹ De kans bestaat dat, met de doorontwikkeling van het leerstuk van de wezenlijke wijziging, procespartijen in toenemende mate hun weg naar artt. 4.18 e.v. Aanbestedingswet weten te vinden. Simovart heeft die verwachting al uitgesproken. Zij koppelt dit met name aan de omstandigheid dat, hoe verder de uitvoering gevorderd is, hoe kritieker verwezenlijking van de beoogde projectdoelstellingen wordt.¹⁴⁰

Als een op zichzelf staande wijziging ter discussie staat, lijkt verkorting van de looptijd of (gedeeltelijke) ontzegging van de werking van de vernietiging minder voor de hand te liggen. Omdat niet de hele overeenkomst wordt aangetast, lijken de effecten van de vernietiging dan immers minder dramatisch. Staat wel de hele overeenkomst ter discussie, dan kan een bijzondere dynamiek in de verhouding eiser, aanbestedende dienst, en opdrachtnemer ontstaan. Als de vernietigingsvordering in beginsel toewijsbaar is, kan de aanbestedende dienst aanvoeren dat een exceptie dient te worden toegepast. Van de weeromstuit kan de opdrachtnemer zich op het standpunt stellen dat het honoreren van dit verweer een voor hem onacceptabele situatie tot gevolg zal hebben, bijvoorbeeld omdat hij dan gehouden zal zijn de overeenkomst tegen (zwaar) verlieslatende condities uit te voeren. Niet uitgesloten is dan dat de rechter reeds hierom het beroep van de aanbestedende dienst zal afwijzen.¹⁴¹

Een combinatie van maatregelen is ook mogelijk om enerzijds recht te doen aan de derdenbelangen en anderzijds om de continuïteit van de openbare dienstverlening niet in gevaar te brengen. Ter illustratie dient een uitspraak van de Franse Conseil d'Etat inzake een aanbestede overeenkomst voor de reparatie en het onderhoud van liften waarin de *standstill*-termijn niet was gerespecteerd.¹⁴² In die zaak bestonden geen dwingende redenen een alternatieve sanctie toe te passen. Tegelijkertijd bestond er het maatschappelijk belang dat het onderhoud van de liften werd voortgezet. Daarom werd de '*annulation*' uitgesproken vanaf een in de toekomst gelegen datum, te weten vier maanden na de datum van de uitspraak. Daarnaast kan voor bepaalde situaties aan het sluiten van een overbruggingsovereenkomst

139 Getuige Europese Commissie 2017, p. 5 geldt dit ook voor andere lidstaten: "*Wat alternatieve straffen betreft, heeft de meerderheid van de lidstaten zowel boetes en/of het verkorten van de duur van de overeenkomsten omgezet. Toch worden deze boetes slechts sporadisch toegepast omdat ze worden gezien als het minst effectieve rechtsmiddel. Met name zijn de lidstaten van oordeel dat boetes slechts een verplaatsing van fondsen zijn.*"

140 Simovart 2015, p. 39.

141 Vgl. de staatssteunrechtelijke kwestie uit hof Den Bosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1607 (r.o. 9.10.4 - 9.10.12).

142 Conseil d'Etat 1 juni 2011, N° 346405.

met de huidige opdrachtnemer worden gedacht.¹⁴³ In zulke gevallen kan in de tussengelegen periode een (versnelde) aanbestedingsprocedure voor een nieuwe opdracht worden georganiseerd.

Wanneer een uitzondering op de vernietiging wordt aangenomen, of wanneer die mogelijkheid niet langer opstaat, komen alternatieve sancties in beeld.

8.4 REFLECTIES OVER BOETES EN SCHADEVERGOEDING

De Richtlijnen harmoniseren de gevolgen van een wezenlijke wijziging niet volledig.¹⁴⁴ Er zijn dus andere gevolgen mogelijk dan een aanbestedingsplicht en een vorm van aantasting van de overeenkomst. In § 8.4.1 gaat de aandacht uit naar de bestuurlijke boete en in § 8.4.2 naar de onrechtmatige-daadsactie, in het bijzonder naar enkele bewijsperikelen die in dat verband spelen. Tot slot worden in § 8.4.3 enkele gedachten gewijd aan een schadevergoedingsactie ingesteld door een opdrachtnemer.¹⁴⁵

8.4.1 Over boetes en de onwenselijkheid van het doorberekenen daarvan

Op de voet van art. 4.21 t/m 4.24 Aanbestedingswet legt de ACM aan de aanbestedende dienst een bestuurlijke boete op wanneer een onrechtmatig gesloten overeenkomst om dwingende redenen van algemeen belang niet wordt vernietigd, althans wanneer aan die vernietiging geheel of gedeeltelijk de werking is ontzegd.¹⁴⁶ Aangezien een wezenlijke wijziging mede kan leiden tot de vernietiging van de overeenkomst, kan aan deze boeteregeling dus belang toekomen.

De hoogte van de boete en de wijze waarop die berekend wordt, zijn nader uitgewerkt in art. 3.1 t/m 3.6 Boetebeleidsregel ACM 2014.¹⁴⁷ Ingevolge art. 3.3 Boetebeleidsregel bedraagt de hoogte van een boete de waarde van het deel van de overeenkomst dat niet vernietigd is (waaronder mede te begrijpen is het deel waarvan de werking van de vernietiging is ontzegd) vermenigvuldigd met het boetepcentage. Op beide aspecten wordt hierna ingegaan. Vervolgens wordt stilgestaan bij de onwenselijkheid de boete aan de opdrachtnemer door te berekenen.

143 Indien de initiële overeenkomst ten onrechte niet Europees is aanbesteed, kan een daartoe strekkende vordering worden afgewezen, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7958 (r.o. 3.55). Dit is in de context van wezenlijk gewijzigde overeenkomst een niet te veronachtzamen aandachtspunt.

144 HJEU 14 mei 2020, C-263/19 (*T-Systems*, r.o. 62 - 65).

145 Daarnaast zijn andere consequenties mogelijk, zoals het uitblijven van goedkeuring van een jaarrekening. Zie wat dat betreft § 3.5.10 en 3.5.11 van de SDO notitie 2019.

146 Vgl. art. 2 sexies lid 2 Richtlijn 2007/66/EG.

147 Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617.

Ad 1) Waarde van het niet-vernietigde deel

Art. 3.4 Boetebeleidsregel regelt op basis van welke criteria de waarde van de overeenkomst moet worden vastgesteld. Daarbij dient te worden aangesloten bij de waarde van de daadwerkelijk gesloten overeenkomst in plaats van bij de aanvankelijk geraamde waarde van de opdracht.¹⁴⁸ Onduidelijk is hoe deze rekensystematiek zich verhoudt tot wezenlijk gewijzigde overeenkomsten. Moet dan nog steeds van de aanvankelijke opdrachtsom worden uitgegaan? Of is de waarde van de opdracht met inbegrip van de wezenlijke wijziging doorslaggevend?

Wanneer in uitgangspunt de hele overeenkomst als gevolg van een wezenlijke wijziging ter discussie staat, lijkt het voor de hand te liggen dat dient te worden uitgegaan van de waarde na wijziging. Daardoor is immers de hele discussie ontstaan. De discussie kan echter anders worden als niet de hele overeenkomst ter discussie heeft gestaan, maar alleen een wijziging. De boeteregels zijn niet op die situatie ingericht. Daar bestaat wel ruimte voor.¹⁴⁹ Zo kan de Boetebeleidsregel worden aangevuld, waarbij bij het bepalen van de hoogte van de boete in beginsel wordt aangesloten bij de waarde van de wijziging en het deel dat niet is vernietigd, althans waarvan aan de vernietiging de werking is onzegd.¹⁵⁰

Ad 2) Het boetepercentage

Volgens art. 4.21 lid 4 Aanbestedingswet dienen bij het bepalen van de hoogte van de boete alle omstandigheden van het geval in acht te worden genomen en mag de boete maximaal 15% van de waarde van de opdracht bedragen.¹⁵¹ Gelet op art. 3.5 lid 1 Boetebeleidsregel is dat percentage het uitgangspunt bij het opleggen van een boete vanwege gunning zonder aankondiging. Dit percentage kan lager uitvallen als de omstandigheden daartoe aanleiding geven en wordt lager vastgesteld bij verzachtende omstandigheden, aldus leden 2 en 3. Van dat laatste is volgens de toelichting sprake bij gerede twijfel of een aankondiging nodig was.¹⁵²

Het is dus mogelijk dat de aan- of afwezigheid van gerede twijfel over het bestaan van een wezenlijke wijziging een rol van betekenis speelt bij het bepalen van de hoogte van het boetepercentage. In zekere zin is dat opvallend, omdat immers de wil van partijen in het kader van de kwalificatie als wezenlijke wijziging geen doorslaggevend element vormt.¹⁵³ Tegelijkertijd lijkt dit een redelijke correctiefactor: hoewel het schadeveroorzakende handelen gegeven is, dienen de feiten en omstandigheden die daaraan ten grondslag hebben gelegen niet volledig te worden

148 Toelichting op art. 3.4 Boetebeleidsregel, *Stcr*: 15 juli 2014, nr. 19776.

149 Vgl. overweging 19 considerans en art. 2 sexies lid 2 Richtlijn 2007/66/EG.

150 Dit in de geest van art. 3.3 en 3.4 Boetebeleidsregel ACM 2014.

151 Naar Frans recht bedraagt de maximale boete 20% van de opdrachtwaarde, zie art. L551-22 Code de justice administrative.

152 Toelichting op art. 3.5 en 3.6 Boetebeleidsregel, *Stcr*: 15 juli 2014, nr. 19776.

153 Vgl. HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 33).

veronachtzaamd. Wanneer kan worden vastgesteld dat de wil van de aanbestedende dienst niet op een wezenlijke wijziging was gericht én hij gronden had om aan te nemen dat een dergelijke wijziging niet aan de orde zou zijn, kunnen daarom redenen bestaan voor het mitigeren van het boetepercentage.

Ad 3) Onwenselijkheid van doorberekening

Een vraag die in het verlengde hiervan ligt, is of de opdrachtnemer kan worden beboet. Tegen de achtergrond dat strengere nationale regels mogelijk zijn,¹⁵⁴ heeft het HJEU die vraag positief beantwoord en geoordeeld dat opdrachtnemers kunnen worden beboet vanwege een wezenlijke wijziging.¹⁵⁵ Hoewel de introductie van een dergelijke boeteregeling in Nederland niet op korte termijn verwacht hoeft te worden, kan desalniettemin de onwenselijkheid ervan worden benadrukt.¹⁵⁶ Wijzigingen berusten in beginsel op wilsovereenstemming. Daarbij komt dat de aanbestedingsrechtelijke verplichtingen primair op aanbestedende diensten rusten. Uit het oogpunt van proportionaliteit en zorgvuldigheid lijkt het daarom aan nemelijk dat dit boeterisico bij de aanbestedende dienst behoort te blijven. Dit zou anders kunnen worden om corruptie te bestrijden, maar daartoe bestaan al andere dan aanbestedingsrechtelijke instrumenten.

Het proportionaliteitsbeginsel vergt dat het risico wordt gealloceerd bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.¹⁵⁷ Meestal kunnen de wijzigingen waar het hier om gaat niet kostenneutraal worden doorgevoerd. De aanbestedende dienst heeft dus een eigen (budgettair) belang haar wijzigingenmanagement op orde te hebben. Verder is het praktijk dat aanbestedende diensten bedingen dat een wijziging pas kan worden doorgevoerd nadat hiervoor schriftelijk goedkeuring is verleend. Zodoende heeft hij belang en mogelijkheden om het risico op financiële consequenties vanwege een wezenlijke wijziging te beheersen en te mitigeren.

Met betrekking tot het zorgvuldigheidsbeginsel kan de parallel met art. 7 Wet NERpe worden getrokken. Op grond hiervan kan de minister verhaal halen bij een publieke entiteit als Nederland een boete opgelegd krijgt voor het niet naleven van haar Unierechtelijke verplichtingen. Tijdens de parlementaire behandeling is in het kader van schending van de aanbestedingsregels aan de orde gesteld of dit financiële risico bij een ondernemer neergelegd kan worden. Volgens de minister

154 Vgl. overwegingen 19 en 20 considerans Richtlijn 2007/66/EG.

155 Zie HJEU 26 maart 2020, C-496/18 en C-497/18 (*Hungeod*, r.o. 31 - 33, 45 - 47, en 68 - 87). A-G Bobek merkt op dat het opleggen van een boete in Hongarije in dergelijke zaken verplicht lijkt te zijn (alinea's 42 - 44). In deze prejudiciële procedure stond overigens het opleggen van boetes als zodanig niet ter discussie.

156 De mogelijkheid van een mededingingsrechtelijke boete blijft hier buiten beschouwing.

157 Vgl. Voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit.

zou dit “*buitengewoon onzorgvuldig*” zijn.¹⁵⁸ Toegepast: de aanbestedende dienst draagt het risico voor het niet naleven van de wijzigingsregels.

8.4.2 Bewijsperikelen bij een onrechtmatige daadsactie

Als een wezenlijke wijziging tijdig wordt gesignaleerd, dan kan hierop worden geacteerd. Wordt deze pas achteraf geconstateerd, dan kan de wijziging of de gewijzigde overeenkomst veelal redelijkerwijs niet meer ongedaan worden gemaakt, terwijl de termijnen voor het instellen van een vernietigingsactie al verlopen kunnen zijn. Een alternatieve sanctie in de zin van art. 6:103 BW vormt in die situatie in beginsel geen reële optie.

Dan resteert voor een derde veelal een schadevergoedingsactie.¹⁵⁹ De rechtsbeschermingsrichtlijnen bieden daarvoor een aanbestedingsrechtelijke grondslag.¹⁶⁰ Verbintenisrechtelijk kan die vordering worden ingebed in het leerstuk van de onrechtmatige daad.¹⁶¹ Door een wezenlijke wijziging wordt een ondernemer immers de kans ontnomen op het uitvoeren van de wijziging of de gewijzigde overeenkomst.¹⁶² Aangezien het verbod wezenlijk te wijzigen er primair toe strekt de belangen van derden te beschermen, verhindert het relativiteitsvereiste uit art. 6:163 BW het toekennen van schadevergoeding in beginsel niet.¹⁶³

Uit deze kenschets zou de indruk kunnen ontstaan dat het toekennen van schadevergoeding betrekkelijk eenvoudig is. De praktijk is echter weerbarstiger. Over schadevergoedingsvorderingen en het aanbestedingsrecht is al het nodige geschre-

158 Nota naar aanleiding van het verslag, TK 2009-2010, 32 157, nr. 6, p. 10.

159 Vgl. bijv. HJEU 27 april 2016, T-556/11 (*European Dynamics/EUIPO*, r.o. 271 en 272) en HJEU 7 oktober 2015, T-299/11 (*European Dynamics/OHIM*, r.o. 145 - 147). Deze mogelijkheid wordt ook naar Frans recht geboden, zie met name Conseil d’Etat 4 april 2014, nr. 358994 (*Tarn-et-Garonne*, considérant 4) en Conseil d’Etat 20 november 2020, nr. 428156 (*Trans ’Cub*). Vgl. Gabayet 2011.

160 Art. 2 Richtlijn 89/665/EEG zoals gewijzigd door art. 1 Richtlijn 2007/66/EG.

161 Vgl. § 2.5.2 en 2.5.3. Vgl. MvT, TK 2008-2009, 32027, nr. 3, p. 4 en 11, alsook Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7958 (r.o. 3.51 en 3.54). In § 2.2.4 is toegelicht dat intentie geen doorslaggevende omstandigheid is. In HJEU 30 september 2010, C-314/09 (*Strabag*, r.o. 45) oordeelde het Hof dat de rechtsbeschermingsrichtlijn zich verzet tegen een regeling die het recht op schadevergoeding laat afhangen van de vraag of de aanbestedende dienst schuld had aan de schending.

162 Vgl. bijv. HJEU 3 mei 2018, C-376/16 P (*EUIPO/European Dynamics*, r.o. 80). Door Kaleda 2014 is toepassing van het leerstuk van verlies van een kans ook van harte aanbevolen. Vgl. vanuit verbintenisrechtelijk perspectief Nuninga 2019, § 3.2.

163 Aan zowel de personele als de materiële component van het relativiteitsleer wordt voldaan.

ven.¹⁶⁴ Een belangrijk onderdeel daaruit is kritiek op de effectiviteit van die mogelijkheid. Zo wijst Arrowsmith op de moeilijkheden bewijs te leveren.¹⁶⁵ Hebly en Wilman concluderen dat ondernemingen vaak moeilijk het gestelde onrechtmatige handelen en de omvang van de schade kunnen bewijzen.¹⁶⁶ Bleeker en Manunza leveren vergelijkbare kritiek en wijzen erop dat het belang van een opdrachtnemer doorgaans is gelegen in het binnen halen van opdrachten, waarbij procederen tegen een potentiële opdrachtgever niet zonder risico is.¹⁶⁷

Deze problematiek doet zich hier in vergelijkbare zin voor. Niet alleen het bestaan van een wezenlijke wijziging kan moeilijk aan te tonen zijn (zie hoofdstuk 7), ook het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen en de geleden schade kan tot een moeilijke bewijspositie leiden. Het bestaan van een wezenlijke wijziging leidt namelijk niet dwingend tot de conclusie dat X hierdoor schade heeft geleden.¹⁶⁸ Dat een wezenlijke wijziging schade bij ondernemers heeft berokkend, houdt immers niet zonder meer in dat X tot die groep behoort. Ter illustratie dient een arrest van het hof Den Haag.¹⁶⁹

In het kader van een meervoudig onderhands aanbestede overeenkomst voor de exploitatie van reclamedisplays voert appellant aan dat de in de aanbestedingsprocedure gestelde eisen tijdens de uitvoering niet worden nageleefd. Het hof wijst de schadevergoedingsvordering vanwege een wezenlijke wijziging af. Appellant kan niet volstaan met de stelling dat wezenlijk wordt gewijzigd. De vordering kan pas worden toegewezen als voldoende aannemelijk is dat appellant de gewijzigde opdracht gegund zou hebben gekregen. Van de zes partijen die op de oorspronkelijke opdracht hebben ingeschreven, was appellant als laatste geëindigd. Zij heeft, aldus nog steeds het hof, volstrekt niet inzichtelijk gemaakt dat zij haar laagste positie in de rangorde had weten om te buigen in een winnende positie. Daarom behoeft niet te worden beoordeeld of wezenlijk is gewijzigd. Voor het schatten van schade vanwege een gemiste kans ziet het hof geen ruimte, omdat de kans op schade nihil of zeer klein is.

Geabstraheerd van de specifieke feiten en omstandigheden uit die casus, kan de daarin besloten regel - dat op X als eiser in wezen de gehele bewijslast rust - tot onwenselijke gevolgen leiden. Weliswaar strekt het verbod om wezenlijk te wijzigen er primair toe de (vermogensrechtelijke) belangen van ondernemers te beschermen, maar hierdoor wordt ook een breder belang gediend, namelijk de integriteit van het aanbestedingsproces alsook de rechtmatige en doelmatige besteding van

164 Bijv. Van Boom e.a. 2001; Pijnacker Hordijk c.s. 2009, § 27.3; Fairgrieve & Lichère 2011; Van Heeswijck 2014, hoofdstuk 4; Arrowsmith 2018, p. 1045 - 1059.

165 Arrowsmith 2018, p. 1016.

166 Hebly & Wilman 2011, p. 88.

167 Bleeker & Manunza 2014, p. 806.

168 Deze onzekerheid doet zich op vele terreinen voor, vgl. *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/79 en 80.

169 Hof Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2466.

belastinggeld. Elk risico op favoritisme en willekeur moet worden uitgebannen.¹⁷⁰ Op aanbestedende diensten rust een zelfstandige plicht om het aanbestedingsrecht na te leven. Een eenzijdige bewijslastverdeling kan er echter toe prikkelen niet (volledig) in lijn met die regels te handelen. Het risico op ontdekking is immers beperkt. Zolang die status quo ongewijzigd blijft, kan een derde vaak niet tijdig een verbod tot uitvoering of vernietiging kan vorderen. Zelfs als hij tijdig weet krijgt van de wijziging, staat hij vaak op een informatieachterstand, hetgeen zijn verhaalskansen niet ten goede komt.

Het lijkt erop dat het hof Den Haag in wezen van de inschrijver vraagt om het volgende aan te tonen: *“Ik kreeg zoveel punten. Als ik rekening had kunnen houden met die en die wijzigingen, zou ik dit en dat anders hebben gedaan. Op grond van de scoresystematiek zou ik dan zoveel punten hebben behaald. Gelet op de scores van de andere inschrijvers, zoals ik die ken uit de gunningsbeslissing, zou ik dan hebben gewonnen.”* Ofwel is deze bewijslast logisch onjuist, ofwel leidt het ertoe dat een duivelsbewijs dient te worden geleverd.

In het eerste geval dient X op basis van de rangorde op de oorspronkelijke aanbesteding aan te tonen hoe hij - rekening houdend met de wijzigingen - zijn verlies in winst zou hebben omgebogen. De premisse is dan dat het voldoende is om alleen rekening te houden met het gewijzigde handelen van X. Die premisse is onjuist, omdat ook het gedrag van zijn concurrenten kan veranderen. Zij hadden evenzeer een ander aanbod kunnen doen of kunnen besluiten om al dan niet in te schrijven. Het enige wat X aan kan tonen, is hoe zijn gewijzigd handelen zich scoretechnisch verhoudt tot het aanbod van de inschrijvers op de oorspronkelijke opdracht. Dat is een scheve vergelijking.

In het tweede geval rust op X de bewijslast een deugdelijke vergelijking te maken. Niet alleen dient hij aan te tonen hoe hij zou hebben gehandeld, maar ook hoe zijn concurrenten op de gewijzigde opdracht dat zouden hebben gedaan. Daarmee moet hij een duivelsbewijs leveren. Hij weet immers niet wat andere inschrijvers hebben aangeboden, zodat hij evenmin deugdelijk kan inschatten hoe hun handelswijze zou veranderen. Ook heeft hij een minder goed beeld dan de aanbestedende dienst bij de ondernemers die destijds hun interesse hebben geuit, toch van inschrijving hebben afgezien, maar wel in de gewijzigde opdracht geïnteresseerd kunnen zijn. Er bestaat dan een reële kans dat zijn bewijs het niveau van speculatie niet ver zal overstijgen.

Tegen deze achtergrond ligt een evenwichtigere bewijslastverdeling voor de hand. Bewijslevering speelt in deze context in meerdere fasen een rol, namelijk bij de

170 HJEG 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*, r.o. 111). Vgl. HJEU 2 mei 2019, C-309/18 (*Lavorga*, r.o. 11). Vgl. art. 1.18 en § 3 van Appendix 1 Worldbank-guidelines on procurement of goods, works, and non-consulting services under IBRD Loans and IDA Credits & Grants 2011 (rev. 2014), op grond waarvan voor wijzigingen de Bank eerst goedkeuring moet geven.

aanwezigheid van een wezenlijke wijziging, het leiden van schade door X vanwege deze wijziging, en de omvang van de door X geleden schade.

Voor X vallen fasen 1 en 2 samen. Hij stelt immers dat hij door bepaalde wijzigingen is benadeeld. Gelet op het voorgaande, lijkt het reëler om van X te vergen dat hij aannemelijk maakt dat hij een kans op uitvoering van de gewijzigde opdracht of wijziging zou hebben gehad. Het zou te ver voeren hem ook te belasten met het bewijs wat de uitkomst van die hypothetische aanbestedingsprocedure zou zijn geweest. Dat is voor de aanbestedende dienst al moeilijk, laat staan voor een ondernemer. Eerder zou de aanbestedende dienst gemotiveerd kunnen betwisten dat X in werkelijkheid geen kans zou hebben gehad. De aanbestedende dienst kan in zijn verweer onderscheid maken tussen fasen 1 en 2. Hij kan betwisten dat wezenlijk wordt gewijzigd. Daarnaast kan hij het bevrijdende verweer voeren dat, zelfs als een wezenlijke wijziging wordt aangenomen, X daardoor niet in zijn belangen is geschaad.¹⁷¹

Steun voor deze bewijslastverdeling kan gevonden worden in de rechtspraak over wilsgebreken. Ingevolge vaste Hoge Raad-jurisprudentie is het vereist dat diegene die onder invloed van een wilsgebrek een overeenkomst is aangegaan, bewijst dat hij de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan. Het is daarentegen niet vereist dat *“hij precies aangeeft onder welke andere voorwaarden hij de overeenkomst zou hebben gesloten indien hij niet onder de invloed van dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden zou hebben gehandeld”*. Aan de motivering van de betwisting door de wederpartij moeten verzwaarde eisen worden gesteld.¹⁷² Aangezien bij met name dwaling en bedrog een vergelijkbaar “als ik dit geweten had”-gevoel kan spelen als bij wezenlijke-wijziging-discussies, kan daarom voor een vergelijkbare bewijslastverdeling worden gekozen.

X dient ook zijn schade aan te tonen (fase 3). Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat hij de wijziging of gewijzigde overeenkomst (zo goed als) zeker zou hebben kunnen uitvoeren versus de situatie dat hij daar ‘slechts’ een mogelijkheid toe had. Het eerste geval kan zich voordoen wanneer er hoe dan ook slechts twee inschrijvers zouden zijn geweest en X achteraf gezien de overeenkomst zou hebben uitgevoerd. Het tweede geval doet zich bijvoorbeeld voor wanneer X met meer gegadigden had moeten concurreren.

Met name in het tweede geval is het van belang de omvang van de kans te waarden. Als een concrete of abstracte begroting niet mogelijk is, dient de schade te

171 Feitelijk kan dit gezien worden als toepassing van het leerstuk van kansschade voor de vestigingsfase, vgl. HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461 (*ISG/Natwest Markets*, r.o. 4.2).

172 HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854 (*Eisers/Wateringseveld*, r.o. 3.4.2). Vgl. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:717 (*Eisers/verweerster CVBA*, r.o. 3.1.2 met verwijzing in voetnoot 3).

worden geschat (art. 6:97 BW).¹⁷³ Als eenmaal aannemelijk is dat schade is geleden, mag een geschilbeslechter er niet van afzien de schade te schatten, om de enkele reden dat hij niet over alle gegevens beschikt die hij idealiter zou wensen.¹⁷⁴ Daarnaast kan een verwijzing naar de schadestaatprocedure volgen, ook zonder dat dit is gevorderd.¹⁷⁵ Het is goed mogelijk dat het gebruik van deze instrumenten in deze context aan belang zal winnen, indachtig het hypothetische karakter dat regelmatig aan wezenlijke-wijziging-discussies kleeft.

8.4.3 Schadevergoeding voor de opdrachtnemer?

Een opdrachtnemer kan worden gecompenseerd als gevolg van een wezenlijke wijziging, met name bij voortijdige beëindiging van de overeenkomst. Hij kan daarnaast betogen dat de opdrachtgever jegens hem schadeplichtig is. Naar de huidige stand van het recht dient hij er echter rekening mee te houden dat een dergelijke vordering wordt afgewezen.

In *Simonsen & Weel* oordeelde het HJEU dat een wezenlijke wijziging in beginsel wilsovereenstemming impliceert.¹⁷⁶ In het verlengde hiervan wordt het Hoge Raad-arrest *Van der Stroom/Staat* relevant. Omdat Van der Stroom “*uitdrukkelijk toestemming heeft verleend voor de wijziging van de voorwaarden, [kan] zij aan de Staat en het NIC niet verwijten dat zij jegens haar onrechtmatig hebben gehandeld [...]*”¹⁷⁷ Hoewel de aanbestedingsrechtelijke onrechtmatigheid van de wijziging blijft staan, valt de verbintenissenrechtelijke onrechtmatigheid jegens Van der Stroom weg.¹⁷⁸

173 Vgl. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683 (*Overzee/Zoeterwoude*, r.o. 3.7.2) en *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/80a.

174 Zie o.a. conclusie A-G Van Peursem 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:421 (*WEA Randstad/verweerders*, alinea’s 2.3 - 2.9) inzake vergoeding van uren, gevolgd in HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1435 (*WEA Randstad/verweerders*, r.o. 4.1.2). Idem: RvA 21 december 2020, nr. 35.319 (alinea 19). Vgl. Rb. Den Haag 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10527 (r.o. 2.15).

175 HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1435 (*WEA Randstad/verweerders*, r.o. 4.1.2).

176 HJEU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*, r.o. 70).

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

178 Vgl. de conclusie van A-G Timmermans in die zaak onder alinea 4.13. Via de verwijzing naar *Asser-Hartkamp 4-III*, 2002, nr. 65 in voetnoot 15 komt men uit bij HR 31 januari 1969, NJ 1969, 241 (*Van Blaaderen/Van Dijk*) en HR 28 oktober 1977, NJ 1978, 86 (*Buistraan/Raleigh*). Zie ook *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/94. Instemming is in de ondernemingsrechtelijke praktijk een relatief bekend verschijnsel, nu in de *Beklamel*-zaak een beroep werd gedaan op instemming van de crediteur met doorverkoop van goederen.

Enerzijds valt dit goed te begrijpen. Aanbestede overeenkomsten worden in de regel aangegaan door professionele partijen die geacht worden hun juridische positie te kennen. Zoals in § 2.2.4 aan de orde gesteld, is het verder aannemelijk dat een ondernemer er zich niet zonder meer op kan beroepen dat hij ten aanzien van de wijziging te goeder trouw handelde, omdat hij inmiddels bekend mag worden verondersteld met het verbod om wezenlijk te wijzigen.

Anderzijds dient dit uitgangspunt ruimte voor uitzonderingen te laten. De verplichting om het objectieve recht te kennen, betekent nog niet dat een ondernemer ook geacht moet worden te weten dat dit recht in de gegeven situatie toepasselijk is. Het bestaan van het verbod wezenlijk te wijzigen brengt nog niet mee dat het voor hem duidelijk had moeten zijn dat in strijd met dit verbod is gehandeld. Daar komt bij dat de beslissing om te wijzigen uiteindelijk bij de aanbestedende dienst ligt in zijn hoedanigheid van zowel normadressaat van het aanbestedingsrecht als van (publieke) opdrachtgever. Het HJEU heeft in *T-Systems* dan ook benadrukt dat de keuze om een wijziging al dan niet aan te besteden, een exclusieve bevoegdheid van de aanbestedende dienst betreft.¹⁷⁹

Zodoende lijkt niet uitgesloten dat een ondernemer tevens aanspraak kan maken op schadevergoeding. Vanuit verbintenisrechtelijk perspectief dient dan nog wel rekening te worden gehouden met de omstandigheid of en in hoeverre een opdrachtgever tot beëindiging gerechtigd was, bijvoorbeeld vanwege een aan hem toekomende opzeggingsbevoegdheid. Dan hangt het voortijdig einde van de overeenkomst immers altijd in zekere zin boven het hoofd van de opdrachtnemer.

8.5 BEANTWOORDING DEELVRAAG 7

Deelvraag 7 luidt: wat zijn de gevolgen van een wezenlijke wijziging tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst?

Er geldt geen gedetailleerd kader. Wat het principe betreft dat een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden georganiseerd, bestaat zowel ruimte voor maatwerk als enige onzekerheid ten aanzien van het antwoord op de vraag voor welke procedures mag worden gekozen. Los daarvan dient de aanbestedende dienst rekening te houden met diverse complicerende factoren, bijvoorbeeld waar het gaat om het waarborgen van het gelijke speelveld en de demarcatie met overige werkzaamheden. Zodoende bestaat reden het uitgangspunt te nuanceren en voor bijzondere omstandigheden ruimte te bieden om een aanbestedingsprocedure achterwege te laten.

Een vergelijkbare situatie geldt voor de verplichting de overeenkomst voortijdig te beëindigen. Ook op dit punt staan vragen open, zoals met betrekking tot de mo-

179 HJEU 14 mei 2020, C-263/19 (*T-Systems*, r.o. 74). Van Garsse, Verhoeven & Verschaven 2021, § III, zien dit arrest als waarschuwing richting de opdrachtnemer.

gelijkheid, het moment, en de wijze van voortijdige beëindiging. Gelijksortige vragen doen zich voor ter zake de vernietiging van (een deel van) de overeenkomst. Hoewel het de verwachting is dat de praktijk hier uiteindelijk wel zijn weg zal vinden, lijkt het wenselijker dat de Nederlandse wetgever kaders formuleert. Hierdoor kunnen complexe, tijdrovende en daardoor kostbare discussies vermeden worden, terwijl tegelijkertijd beter aan Unierechtelijke verplichtingen wordt voldaan.

Het is verder mogelijk dat een aanbestedende dienst een bestuurlijke boete dient te betalen. Naast de vraag hoe die boete berekend zou moeten worden, kan ter discussie staan of hij die boete aan de opdrachtnemer kan doorberekenen. Dit lijkt onwenselijk. Het is de aanbestedende dienst die het aanbestedingsrecht dient na te leven. Het lijkt disproportioneel en onzorgvuldig wanneer hij dit financiële risico toch op de markt afwentelt.

Een wezenlijke wijziging kan leiden tot schadevergoedingsacties. Wordt die vordering door een derde ingesteld uit hoofde van een onrechtmatige daad, dan kan hij in een moeilijke bewijspositie komen. Het lijkt wenselijk om een evenwichtigere bewijslastverdeling te hanteren. Een opdrachtnemer die schadevergoeding claimt, dient vooralsnog terdege met afwijzing rekening te houden, zij het vanwege zijn eerdere toestemming met de wijziging dan wel vanwege de aard van de overeenkomst. Desalniettemin is niet uitgesloten dat hij soms toch aanspraak op die vergoeding kan maken.

In algemene zin kan daarom worden besloten met de constatering dat een wezenlijke wijziging de vrijheid tot voortzetting van de overeenkomst kan verhinderen of beperken. Ook kan het de wijze van beëindiging van de overeenkomst inkleuren. Het leerstuk van de wezenlijke wijziging normeert daarmee van het begin tot en met het einde van de aanbestede overeenkomst het gedrag van de aanbestedende dienst, waardoor in het kielzog hiervan de opdrachtnemer navenante gevolgen kan ondervinden.

