



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).

# Conclusie en slotbeschouwing

De hoofdvraag van dit onderzoek luidt: in hoeverre perkt het leerstuk van de wezenlijke wijziging de wijzigingsvrijheid van aanbestedende diensten bij Europees aanbestede overeenkomsten in?

Het verbod om wezenlijk te wijzigen begrenst de wijzigingsvrijheid van de aanbestedende dienst in zekere mate. In zoverre is het een gegeven dat die vrijheid wordt ingeperkt. Dat verbod is echter nieuw noch voorbehouden aan het Europees aanbestedingsrecht (hoofdstuk 2). Het geeft uiting aan een breder gedragen rechtsgevoel, namelijk dat aanbesteding en uitvoering in elkaars verlengde behoren te liggen. Zodoende kunnen gerechtvaardigde belangen van ondernemers worden beschermd en kan de rechtmatige en doelmatige besteding van belastinggeld worden bevorderd. Zo bezien hoeft het niet te verbazen dat dit verbod een rol vervult gedurende alle stadia van de overeenkomst.

Echter, een te sterke nadruk op dit verbod kan tot een onevenwichtige situatie leiden, met name indien het projectbelang en de gerechtvaardigde belangen van contractpartijen grotendeels ondergeschikt worden gemaakt aan de belangen van derden. Er dient daarom een balans te worden gevonden. In de huidige Richtlijnen wordt die balans beter getroffen door mogelijkheden voor flexibiliteit en wijzigingen steviger te verankeren of te introduceren. Hierdoor zijn wijzigingsmogelijkheden toegenomen. Daar waar voorheen in hoge mate sprake was van een binair karakter (wel of geen wezenlijke wijziging), heeft het nieuwe Richtlijnenpakket nuance gebracht, met bijbehorende voor- en nadelen.

Die verankering komt naar voren in de context van het opstellen van de aanbestedingsstukken. In hoofdstuk 3 is gebleken dat het aanbestedingsrecht uiteenlopende instrumenten biedt om flexibiliteit te introduceren, zowel ter zake te verrichten prestaties als het voorbehoud een contractpartij te vervangen. Wel is benadrukt dat vrijheid en verantwoordelijkheid hand in hand gaan. Die verantwoordelijkheid komt tot uiting in zowel de afweging of en welke vorm van flexibiliteit wordt gekozen als in de vraag hoe en onder welke voorwaarden dit wordt gedaan.

In hoofdstuk 6 is aangetoond dat weliswaar sprake is van een gesloten stelsel van wijzigingsmogelijkheden, maar ook dat het voor bijna elk van die mogelijkheden aannemelijk is dat er een verruiming is bewerkstelligd. In het verlengde daarvan is het goed verdedigbaar dat de beeldvorming - dat sprake is van een restrictief kader - onvoldoende steun vindt in de feiten. Zo is het niet aannemelijk dat de mogelijkheden om te schikken of om de overeenkomst door middel van een beroep

op onvoorziene en/of kostenverhogende omstandigheden te wijzigen, significant worden ingeperkt.

Tegelijkertijd wordt het gedrag van partijen nog steeds genormeerd door het verbod om wezenlijk te wijzigen. Die begrenzing kan zich sneller doen voelen tijdens de aanbestedingsprocedure, mede omdat in dat stadium geen duidelijke ‘veilige havens’ bestaan. De praktijk moet het doen met drie categorieën wijzigingen die al dan niet toegestaan kunnen zijn, terwijl twijfel kan bestaan tot welke categorie een wijziging behoort. Twijfel lijkt dan het best te kunnen worden weggenomen door een tijdige, transparante, gemotiveerde mededeling van het voorgenomen handelen (hoofdstuk 4).

Die normering komt ook naar voren bij interpretatiekwesties. Niet de gerechtvaardigde wederzijdse verwachtingen van contractpartijen zijn doorslaggevend, maar een uitleg conform een maatmannorm. Het gaat erom wat een ondernemer heeft mogen begrijpen op grond van wat de aanbestedende dienst daadwerkelijk heeft opgeschreven. Enerzijds heeft dit tot gevolg dat meer nadruk komt te liggen op de redactieverplichting van de aanbestedende dienst. Anderzijds leidt deze abstractie ertoe dat aan het gedrag van partijen en hun onderlinge verhoudingen minder belang wordt toegekend. In hoofdstuk 5 is daarom de voorkeur voor toepassing van de geobjectiverde haviltexmaatstaf uitgesproken.

Een duidelijke normering is tot slot zichtbaar in de ingeperkte vrijheid van de aanbestedende dienst indien tot het bestaan van een wezenlijke wijziging is geconcludeerd. Hij kan dan onder meer gehouden zijn de uitvoering te staken, een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren, en/of de huidige overeenkomst (deels) te beëindigen. Weliswaar bestaan hierop uitzonderingen, maar die mogelijkheden bevestigen de hoofdregel. De effecten van die inperking hebben als vanzelf hun weerslag op de positie van de opdrachtnemer (hoofdstuk 8).

In zijn algemeenheid lijkt de wijzigingsvrijheid te worden ingeperkt bij een suboptimale voorbereiding. Dan kan het verbod om wezenlijk te wijzigen sneller knellen, omdat eerder de wens tot wijziging opkomt maar een rechtmatig beroep op de wijzigingsmogelijkheden minder snel openstaat. Hierin schuilt een belangrijke bevinding: er is best veel mogelijk, zolang de voorbereiding zorgvuldig is geweest. Enerzijds verkleint dit de noodzaak voor bepaalde wijzigingen, terwijl dit anderzijds een rechtmatig beroep op de wijzigingsmogelijkheden vergroot. Intussen is het leerstuk van de wezenlijke wijziging integraal onderdeel geworden van het aanbestedingsrecht. Een paradigmaverschuiving behoeft daarom niet te worden verwacht; doorontwikkeling is aannemelijker. Verschillende partijen zijn daarbij aan zet.

Op nationaal niveau dienen diverse zaken te worden geadresseerd. De eenvoudigste daarvan betreft het herstel van implementatiegebreken (zie § 6.4 en 8.3.2). Principiëler is een doordenking van de verhouding tussen enerzijds de wijzigingsmogelijkheden en de gevolgen van een wezenlijke wijziging, en anderzijds alge-

meen verbintenisrechtelijke leerstukken. In dit onderzoek zijn daartoe aanzetten gedaan (hoofdstukken 6 en 8), maar het lijkt wenselijk dat de Rijksoverheid een duidelijker koers gaat varen. In praktische zin kan een circulaire of beleidsregel worden gepubliceerd waarin de verruiming van de wijzigingsruimte wordt benadrukt. Daarbij kan worden verduidelijkt dat onjuist is de gedachte dat het aanbestedingsrecht de verbintenisrechtelijke correctiemechanismen buitenspel zet en dat die mechanismen kunnen worden toegepast in zoverre de wijziging aanbestedingsrechtelijk gerechtvaardigd is. Verder kan de wetgever een artikel aan de Aanbestedingswet toevoegen, waarin beëindiging en afwikkeling vanwege een wezenlijke wijziging worden geregeld.

In het verlengde hiervan kan de wetgever overwegen om de wijzigingsmogelijkheden van toepassing te verklaren op aanbestede overeenkomsten die niet onder de werking van het Europese aanbestedingsrecht vallen, althans om daarvoor een eigen regeling te treffen. Het verbod om wezenlijk te wijzigen blijft immers gelden, terwijl voor een beroep op de wijzigingsmogelijkheden momenteel nog steeds allerlei juridische constructies nodig zijn (§ 6.7). Een dergelijke verbetering kan onderdeel vormen van een bredere wetgevingsoperatie om een echt nationaal aanbestedingsrecht te creëren of wellicht zelfs, in het licht van ontwikkelingen zoals het *Didam*-arrest van de Hoge Raad, een wet op de publieke in- en verkoop. In dat verband kan de Nederlandse wetgever zich laten inspireren door het Franse recht waar de bijzondere contractuele positie van overheden al vele decennia wordt onderkend en uitgewerkt.

Ook de Uniewetgever, althans het HJEU, is aan zet. Allereerst kunnen onderdelen van de huidige regeling worden verduidelijkt (§ 3.3 en 6.4). Dit geldt bijvoorbeeld voor de begrippen ‘algemene aard van de opdracht’, ‘oorspronkelijke waarde’, en ‘netto cumulatieve waarde’. Wat betreft het wijzigingenmandje kan de werking van de indexatieregeling worden toegelicht. Verder lijkt het zaak de reikwijdte van de wijzigingsruimte bij herzieningsclausules en opties te verhelderen. Vervolgens kan de mogelijkheid tot verkleining van de opdracht(som) aan de onvoorzienbare-omstandigheden-regeling worden toegevoegd. Voorts kan gepreciseerd worden wat de rol en reikwijdte van het zorgvuldigheidsvereiste is in het kader van de noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden. Tot slot kan de reikwijdte van het begrip ‘herstructurering’ nader worden gedefinieerd, mede in relatie tot overige Uniewetgeving.

Ook op Europees vlak kunnen principiëlere discussies worden aangesneden, zoals de rechtsongelijkheid uit de bepaling over de wijzigingenmand (§ 6.4.3). Vooralsnog is verder de verhouding tussen de wijzigingsmogelijkheden en bepaalde andere inkoopmogelijkheden - met name herhalingsopdrachten, dynamische aankoop-systemen, en raamovereenkomsten - onvoldoende doordacht (§ 3.5.1 en 6.4.8).

Een heet hangijzer betreft verdergaande transparantieverplichtingen bij wijzigingen tijdens de uitvoering (hoofdstuk 7). De Richtlijnen voorzien momenteel in een basale regeling. Het lijkt een kwestie van tijd voordat verdergaande verplichtingen

worden voorgesteld waardoor aanbestede overeenkomsten en wijzigingen daarin steeds meer openbaar toegankelijk worden. Ontwikkelingen in andere Europese landen, waaronder Frankrijk, wijzen nadrukkelijk in die richting. De klassieke visie dat een overeenkomst alleen partijen regardeert, erodeert daarmee verder. In die mate waarin de betrokkenheid van derden wordt gewenst, nemen transparantieplichtingen toe, wat het gedrag van de aanbestedende dienst normeert, met bijbehorende gevolgen voor de opdrachtnemer. Forse discussies over de reikwijdte en uitwerking van zulke verplichtingen kunnen daarom worden verwacht.

Tot slot. Dit onderzoek was er niet gekomen zonder de hulp en betrokkenheid van velen. Een uitvoerig dankwoord ga ik niet geven. Toch wil ik twee mensen noemen, namelijk Antoine Broesterhuizen en Arjan ter Mors. Ik was goed en wel een jaar aan het werk toen jullie mij de gelegenheid boden dit traject te starten. Al die tijd boden jullie daarvoor royaal de tijd en de faciliteiten. Dat blijft bijzonder.

Alles heeft zijn tijd, zo dichtte de Prediker eeuwen terug. Voor mij is het tijd om de vrijdagen en zaterdagen anders in te vullen. Dat is een wijziging waar ik naar heb uitgekeken. Er valt nog genoeg te zeggen en te schrijven over de wezenlijke wijziging, maar niet hier.