

Bijlagen



**Risico's van vervlechten
"de Tracéwetprocedure en de
aanbestedingsprocedure"**

Breda, januari 2010

Afstudeerder: Angela Emmen
Studentnummer: 2002231
Afstudeerrichting HBO-Recht, februari instroom
Onderwijsinstelling: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Eerste afstudeerdocent: Tamara Wielders
Tweede afstudeerdocent: Peter van Harten
Opdrachtgever: Roel van der Woude

Inhoudsopgave

- Bijlage I *Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009*, Rijkswaterstaat, Dienst Infrastructuur, Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, Utrecht: WB Consulting, augustus 2009
- Bijlage II J.M. Hebly en M.B. Klijn, 'Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht', Tijdschrift voor Bouwrecht TBR 2008/157, nr. 9 september 2008, pag. 822 tot en met 830

Bijlage I Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009

De Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009 is in dit document niet weer gegeven omdat het een beschermd pdf bestand betreft. In de papieren versie treft u dit document wel aan. In een apart pdf bestand treft u de Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009 aan.

Bijlage II Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht

TBR 2008/157

Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht

Prof. mr. J.M. Healy en mr. ir. M.B. Klijn¹

1. Inleiding

Tijdens de uitvoering van (overheids)opdrachten is regelmatig sprake van wijzigingen van de oorspronkelijke opdracht. Wijzigingen van de scope van de opdracht, denk bijvoorbeeld aan meer- en minderwerk, zijn eerder regel dan uitzondering. Ook wijzigingen van de voorwaarden waaronder de opdracht dient te worden uitgevoerd, komen met regelmatig voor. Dergelijke wijzigingen zijn in beginsel toegestaan, mits de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht worden genomen. Het gelijkheidsbeginsel wordt in dit verband geëerbiedigd indien een wijziging als *niet wezenlijk* mag worden beschouwd. Wordt een opdracht wezenlijk gewijzigd, dan is sprake van een nieuw bestelingsrecht die met inachtneming van het aanbestedingsrecht zal moeten worden geplaatst. Dit is slechts anders in een situatie waarin de aanbestedende dienst uitdrukkelijk in de mogelijkheid van wijziging van de opdracht en de wijze van toepassing ervan heeft voorzien in de aankondiging of in het beslek.² De voor de hand liggende vraag is nu wanneer sprake is van een dussdanige wijziging van de opdracht dat moet worden gesproken over een nieuwe opdracht? Met andere woorden: wanneer is een wijziging wezenlijk?

Tot op heden is hierover - zeker gezien de mate waarin de praktijk met dit fenomeen wordt geconfronteerd - relatief weinig geschreven.³ Wellicht komt dit doordat wijzigingen zich veelal aan het oog van andere marktpartijen dan de opdrachtnemer onttrekken en bijgevolg minder dan sommige andere aanbestedingsrechtelijke issues onderwerp van geschil zijn. Vermoedelijk is om die reden zowel de nationale als de Europese rechtspraak over dit onderwerp relatief dun gezaid.⁴ Daar komt bij dat de beoordeling van de vraag wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging in belangrijke mate afhangt van de omstandigheden van het geval en daarmee zeer feitelijk van aard is. Uit de voorhanden zijnde jurisprudentie is het daarom (nog altijd) lastig een algemene richtlijn af te leiden om te bepalen wanneer een wijziging zo ingrijpend is, dat geoordeeld moet worden dat sprake is van een nieuwe opdracht.⁵

Met het verschijnen van de recente uitspraak van het Europese Hof van Justitie (thema: 'het Hof') in het arrest *Pressetext*⁶ op 19 juni jl. is evenwel een belangrijk hoofdstuk toegevoegd aan de - beperkte - jurisprudentie op het gebied van de wezenlijke wijziging. Aan de hand van deze uitspraak zal hieronder nader op dit onderwerp worden ingegaan, waarbij eerst in vogelvlucht de voornaamste jurisprudentie en overige relevante zaken die aan dit arrest voorafgingen, zullen worden besproken.⁷

1. Jan-Michel Healy en Michel Klijn zijn advocaat bij Houthoff Buurna te Rotterdam. Jan-Michel Healy isevens hoogleraar Bouwrecht aan de Universiteit Leiden.
2. Zie o.a. de gevoegde zaken C-285/99 en C-286/99, *Lombardini en Mantovani*, *Jurispr.* 2001, p. 1-923, punt 37, en zaak C-315/01, *GAT*, *Jurispr.* 2003, p. 1-531, punt 73.
3. Zie o.a. zaak C-92/00, *HI*, *Jurispr.* 2002, p. 1-553, punt 45, en zaak C-470/99, *Universale-Bau* e.a., *Jurispr.* 2002, p. 1-11617, punt 91.
4. Zie zaak C-496/99 P, Commissie tegen *CAS Succhi di Frutta SpA*, *Jurispr.* 2004, p. 1-1380 (*Succhi di Frutta*), ov. 118. In de zaak C-340/02, Commissie tegen *Frankrijk* van 14 oktober 2004 was voorzien in de mogelijkheid van opdrachtverlening voor de zogeheten 'tweede fase'. Deze latere mogelijkheid werd evenwel niet voldoende geacht, mede omdat de gehanteerde gunningcriteria verband hielden met de eerste fase, welke werkzaamheden overtuide die naar hun aard wezenlijk anders waren dan die van de tweede fase. Daarnaast speelde een rol dat de omvang van de 'tweede fase' veel groter was dan die van de eerste.
5. Voornaamste publicatie op dit punt is van de hand van M.A.B. Chao-Duvis, 'Aanbestedingsrechtelijke consequenties van contractuele wijzigingen', in: *Aangenomen werk*, Exelise W.E.J. Tjeenk Wolk, 2003, p. 35 e.v. Zie ook: M. Bowsher, 'EC Procurement Law and Change During the Tender or the Contract', *ICAF* 2003, p. 154 e.v.
6. Zo is bijvoorbeeld jurisprudentie omtrent de toepassing en/of wijziging van selectie- en gunningcriteria en het aanvullen van inschrijvingen na de aanbesteding duidelijk. Zie o.a. p. 53.
7. Tot deze conclusie kwam ook Chao-Duvis in 2003, *ibid.* noot 100, Oostrenk, 19 juni 2008 (*Pressetext*).
8. Zaak C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* tegen *Frankrijk*, *Jurispr.* 2008, p. 1-11617, punt 19.
9. Toelaatbaarheid van wijziging van bestaande, geschiedkundige selectie- en gunningcriteria, alsmede wijziging na aanbesteding van gedane inschrijvingen vallen buiten het kader van deze bijlage.

2. Tenupblik

Hoewel zij strikt genomen geen betrekking heeft op wijziging van een reeds aanbestede overheidsopdracht kan de gezamenlijke verklaring uit 1994 van de Europese Raad en de Europese Commissie hier niet onvermijdelijk blijven.¹⁰ Deze verklaring geeft een toelichting op artikel 1 lid 4 van de toezichting Richtlijn Werken¹¹ en luidt als volgt:

'De Raad en de Commissie verklaren dat, bij openbare en niet openbare procedures, onderhandelingen met gegadigden of inschrijvers over fundamentele punten van de opdrachten waarvan de wijziging de mededinging kan verstoren, en met name over de prijzen, uitgesloten zijn; wel mogen er besprekingen met gegadigden plaatsvinden, maar alleen met het oog op een verduidelijking of aanvulling van de inhoud van hun offerte, alsmede van de eisen van de aanbestedende diensten, en voor zover zulks geen discriminatie veroorzaakt.'

Onderhandelingen over (laat staan wijzigingen van) fundamentele aspecten van een opdracht achten de Raad en de Commissie aldus niet toegestaan. Deze strikte lijn wordt ook door het Hof gevolgd. Zo bepaalde het Hof in 2000 in het arrest *Rennes*¹² dat onderhandelingen over een wezenlijke voorwaarde van de overeenkomst een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen.¹³ Het Hof formuleerde echter nog geen abstracte toetsingsnorm voor het begrip 'wezenlijk'. In 2004 liet het Hof in het arrest *Succhi di Frutta* meer licht schijnen op dit onderwerp. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat volgens het Hof een voorwaarde met name essentieel is wanneer het een bepaling betreft die, indien zij in de aankondiging van de opdracht of het beslek had gestaan, de

inschrijvers in staat zou hebben gesteld een aanzienlijk andere offerte in te dienen.¹⁴ Het Hof ging helaas niet verder in op de vraag wanneer sprake is van een *aanzienlijk* andere offerte.¹⁵

De eerste relevante uitspraak van nationale bodem dateert (reeds) van 1996. Op 19 februari van dat jaar hanteerde het Hof Den Haag in zijn uitspraak als norm dat een wijziging zonder hernieuwde aanbesteding ontoelaatbaar is indien de wijziging van dien aard is dat de kring van marktpartijen die voor het oorspronkelijke project potentieel belangstelling hadden, verschoolt van de kring van marktpartijen die potentieel belangstelling zouden hebben gehad voor het project, zoals gewijzigd.¹⁶ Het duurt tot 15 juni 2005 voordat weer een interessante uitspraak in Nederland verschijnt.¹⁷ Op deze datum doet de voorzieningenrechter te 's-Gravenhage uitspraak in een zaak omtrent wezenlijke wijziging van een opdracht en oordeelt daarbij in de lijn van *Succhi di Frutta*. De voorzieningenrechter stelde dat wijziging van de opdracht na gunning met name niet toelaatbaar is indien die - ware zij vooraf kenbaar gemaakt - de inschrijvers in staat zou hebben gesteld om een inhoudelijk(1) andere offerte in te dienen.¹⁸ Hierin gaat de voorzieningenrechter verder dan het Hof in *Succhi di Frutta*. Immers, ook wanneer de inhoudelijke wijziging van een offerte zeer beperkt van deze zijn, en dus niet aanzienlijk, zou op grond van deze uitspraak tot aanwijzigheid van een wezenlijke wijziging geconcludeerd moeten worden. Bij hantering van deze norm zou naar onze mening een wijziging (ten onrechte) eerder de kwalificatie 'wezenlijk' opleveren dan bij toepassing van de norm zoals die werd gehanteerd in *Succhi di Frutta*.¹⁹

10. PB 1994, L111/174.
11. Richtlijn 83/37/EEG, 14 juni 1993, Artikel 7 lid 4 luidt: 'In alle andere gevallen maken de aanbestedende diensten voor het plaatsen van opdrachten voor de uitvoering van werken gebruik van de openbare of de niet openbare procedure.'
12. Zaak C-337/98, *Rennes*, ov. 50.
13. Zaak C-337/98, *Rennes*, ov. 50.
14. Zie zaak C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, ov. 116 e.v.
15. De Nederlandse vertaling van de uitspraak in het arrest *Succhi di Frutta* is overweging 116 spreekt over een 'inhoudelijk andere of andere vertaling van de Engelse en Franse tekst wordt gesproken over "a substantially different tender" respectievelijk "une autre substantialment différente". Wij houden het ervoor dat in de Nederlandse versie sprake is van een onjuiste vertaling. (2008/CJ 91/02) Ten aanzien van wijzigingen van de interpretatieve mededeling van de Commissie over gunningcriteria, zie de PPS (2008/CJ 91/02). Ten aanzien van wijzigingen van de opdracht in de fase na de toelating van een gunningcriteria (omvattende PPS wordt daarvoor verwijzing naar *Rennes* en *Succhi di Frutta* - ons inziens correct vertaald - gesproken over een *aanzienlijk* andere offerte).
16. Hof Den Haag 19 februari 1996, *BR* 1996, p. 531, r.o. 10. Deze zaak ging over de verlening van een opdracht die was gewijzigd ten opzichte van de opdracht zoals die onderwerp van aanbesteding was geweest; deze uitspraak achtten wij in het kader van deze bijlage echter van weinig belang.
17. Minder inderdaad is de uitspraak van 4 april 2003 van Rechterbank 's-Gravenhage, KG 09/220. Hierin wordt een wijziging als wezenlijk geoordeeld, doch zonder hantering van een abstracte toetsingsnorm (deze valt althans niet uit het vonnis als te bedenken). Echter, de uitspraak van de Voorzieningenrechter Alkmaar van 24 april 2008, KG ZA 08-47.
18. Deze oordeelde dat een (wezenlijke) wijziging van een overeenkomst, door een rechter uitgesproken op verzoek van de aanbestedende op grond van artikel 6:258 BW, een situatie betreft die niet bestreken zou worden door de Europese aanbestedingsregels (ov. 23). Het verweer van de opdrachtnemer (de gemeente Hoorn) dat de wijziging in kwestie tot een nieuwe aanbesteding zou dienen, faalde.
19. Vgl. Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2005, JA 2005/224, r.o. 3.1.

Uitgangspunt van de - in onze ogen - onjuiste Nederlandse vertaling van het arrest *Succhi di Frutta* is niet onwaarschijnlijk dat de voorzieningenrechter onbedoeld deze strengere norm heeft geïntroduceerd.

uitbreiding van de oorspronkelijke scope van het werk, aldus passendheid van de UAV '89: een vorm van bestekswijziging.

4. de aanvullende werken of diensten kunnen:
 - a. technisch of economisch niet los van de oorspronkelijke opdracht worden uitgevoerd zonder overwegende bezwaren voor de aanbestedende dienst, of
 - b. kunnen wel worden geschieden, maar zijn strikt noodzakelijk om de oorspronkelijke opdracht te vervullen.

Ons inziens moet de tweede beoordelingsmaatstaf uit *Presetex* in relatie tot artikel 31 lid 4 sub a Algemene Richtlijn zo worden begrepen dat deze maatstaf inhoudelijk reeds in dit artikel (en de voorlopers daarvan) is gecodificeerd.³⁶ Dit houdt in dat het Hof met de bewoordingen 'in belangrijke mate' vermoedelijk een uitbreiding van het bedrag van de oorspronkelijke opdracht met meer dan 50 procent bedoelt: bedraagt de geraande waarde van een aanvullende opdracht meer dan 50 procent van de oorspronkelijke opdracht dan is aldus sprake van een wezenlijke wijziging.

Ad iii - wijziging economisch evenwicht

De derde beoordelingsmaatstaf die het Hof hanteert, lijkt op het eerste gezicht een belangrijke beperking in te houden voor aanbestedende diensten en opdrachtnemers om wijzigingen in de opdracht aan te brengen. Immers, een wijziging, hoe klein ook, die het economisch evenwicht (onbedoeld) in het voordeel van de opdrachtnemer wijzigt, moet op grond van deze norm als wezenlijk worden beoordeeld. In de periode vóór *Presetex* was dit niet noodzakelijkerwijs het geval. Denkbaar is immers dat een beperkte wijziging die tot een bevoordeling van de opdrachtnemer leidt, niet als wezenlijk behoeft te worden gekwalificeerd indien deze niet zou leiden tot aanzienlijk andere offertes of de kring van belangstellenden niet zou wijzigen.

Arrowsmith formuleert het minder strikt: 'a change that alters the economic balance of the contract in favour of the contracting party is more likely to involve a new contract.'³⁷ De mate waarin het economisch evenwicht mag wijzigen ten faveure van de opdrachtnemer, hangt volgens haar af van de rechtvaardiging van de wijzigingen. In het kader

van onderhandelingen die met een *preferred bidder* kunnen worden gevoerd, stelt zij bovendien dat het enkele feit dat de definitieve opdracht voor de opdrachtnemer voordeliger is dan de opdracht zoals die ontwerpt van aanbesteding was, niet noodzakelijk schending van de toepasselijke richtlijn oplevert.³⁸ Arrowsmith leidt dit af uit de eerder genoemde staatssteunbeschikking *London Underground*, waar als gevolg van een aantal wijzigingen de waarde van de opdrachten voor de opdrachtnemers vermoedelijk was gesegen. De Commissie achtte dit gerechtvaardigd in het licht van onder meer de onbekendheid, de complexiteit en de duur (dertig jaar) van de diensten in kwestie, alsook vanwege de periode tussen de aanbesteding en de gunning (drie jaar).³⁹ Arrowsmith schaat zich achter de beslissing van de Commissie.

Is aldus de ruimte die de Commissie aanwezig achtte om wijzigingen te rechtvaardigen, op grond van de derde beoordelingsmaatstaf uit het arrest *Presetex* verwenen? Naar onze mening is dit niet zonder meer het geval. In de eerste plaats betekent een voordeliger opdracht voor de opdrachtnemer niet per se dat ook het *economisch evenwicht* in het voordeel van de opdrachtnemer wijzigt.⁴⁰ In de tweede plaats valt niet uit te sluiten dat zich bijzondere omstandigheden voordoen die het doorvoeren van wijzigingen rechtvaardigen. (Her)aanbesteding van een gewijzigde opdracht kost tijd en geld en zal vermoedelijk inefficiency van het bouwproces tot gevolg hebben. Dergelijke omstandigheden kunnen overwegende bezwaren voor de aanbestedende dienst opleveren. Ook levert een verplichte aanbesteding niet zonder meer de hoogste *value for money* op. Voor een dergelijk geval sluiten wij ons aan bij het reeds eerder door Arrowsmith geformuleerde uitgangspunt⁴¹ dat de aanvullende opdracht - bij een objectieve rechtvaardiging (zoals financiële gronden) - het beste aan de oorspronkelijke dienstverleners kan worden opgedragen.⁴² Hierbij is evenwel (gezien de over het algemeen restrictieve uitleg van het Hof) terughoudendheid op zijn plaats, zelfs wanneer deze bijzondere omstandigheden de complexiteit en de looptijd van de opdracht betreffen. Immers, op grond van dergelijke omstandigheden is het een aanbestedende dienst reeds toegestaan

gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.⁴³ Dezelfde omstandigheden rechtvaardigen ons inziens niet zonder meer nog eens verragende wijzigingen na de inschrijving. Wel is het zo dat naarmate een opdracht complexer is en een langere looptijd kent, de kans op wijzigingen toeneemt.⁴⁴ De objectieve rechtvaardiging voor de desbetreffende wijziging(en) zit echter niet zozeer in omstandigheden als complexiteit en/of lange looptijd op zich, maar in economische, juridische en/of technische ontwikkelingen die onder dergelijke omstandigheden tot wijzigingen noegen. Dit alles maakt ons inziens in beginsel het toelingskader bij complexe en langdurige projecten evenwel niet anders dan bij relatief eenvoudige, kortlopende opdrachten.

De derde beoordelingsmaatstaf lijkt aldus in de regel een beperking ten aanzien van de mogelijkheid van wijzigingen in te houden. Het is echter de vraag of dit in de praktijk tot problemen zal leiden. Een wijziging is veelal ingegeven door de behoefte de opdracht aan te passen aan bepaalde, externe ontwikkelingen. In een dergelijke situatie beogen de contractpartijen met de wijziging veelal eerder het economisch evenwicht van de overeenkomst te herstellen dan een eenzijdige bevoordeling van de opdrachtnemer te bewerkstelligen, zodat voor aanpassing in die gevallen een objectieve rechtvaardiging aanwezig is.⁴⁵

3.3 Beoordelingsmaatstaven in onderlinge samenhang bezien

Siel, een aannemer heeft een overheidsopdracht aangenomen ter waarde van € 10 mio, betreffende renovatiewerkzaamheden. Tijdens de uitvoering van het werk blijft dat de constructieve staat van het werk veel slechter is dan waarvan werd uitgegaan. Deze noopt tot onvoorziene ingrijpende herstelwerkzaamheden aan de fundering. De geraande waarde van deze herstelwerkzaamheden bedraagt € 4 mio. De opdrachtgever besluit deze als aanvullende opdracht aan dezelfde aannemer op te dragen. Aan alle voorwaarden voor gebruikmaking van artikel 31 lid 4 sub a Algemene Richtlijn is voldaan. Ervenwel is niet onderkenbaar dat ware de ingrijpende herstelwerkzaamheden aan de fundering in de oorspronkelijke opdracht begrepen, aanzienlijk andere offertes zouden zijn ingediend. Betekent dit dat de

aanvullende opdracht niet onderhands kan worden opgedragen aan dezelfde aannemer?

Wij menen van niet. Aangenomen moet worden dat in een dergelijke situatie artikel 31 lid 4 sub a Algemene Richtlijn prevaleert. De Europese weggever heeft er immers bewust voor gekozen dat aanvullende opdrachten die aan de voorwaarden van artikel 31 lid 4 sub a Algemene Richtlijn voldoen niet aan mededinging behoeven te worden blootgesteld. Is een wijziging op grond van artikel 31 lid 4 sub a toelaatbaar, dan kan die aldus zonder nieuwe aanbesteding worden doorgevoerd, ongeacht of deze wijziging op grond van één of beide van de andere twee beoordelingsmaatstaven als wezenlijk zou kwalificeren.

De spiegelbeeldsituatie is ook denkbaar: zij het minder waarschijnlijk. Een aanvullende opdracht mag niet onderhands worden opgedragen op grond van artikel 31 lid 4 sub a Algemene Richtlijn, doch de wijziging is op grond van de overige twee beoordelingsmaatstaven niet wezenlijk. Van belang is dan om welke reden artikel 31 lid 4 sub a Algemene Richtlijn niet toelaatbaar is. Indien niet wordt voldaan aan de eis van maximaal 50 procent, de voorwaarde die direct verband houdt met de tweede beoordelingsmaatstaf, dan moet ons inziens de wijziging op grond van deze beoordelingsmaatstaf als wezenlijk worden geoordeeld. Wordt wel voldaan aan de eis van maximaal 50 procent, maar niet aan de eis(en) onder (1) en/of (4)? dan is geen sprake van uitbreiding van de opdracht 'in belangrijke mate'. Wij actien in dat geval vertelbaar dat de wijziging op grond van de tweede beoordelingsmaatstaf niet als wezenlijk moet worden beschouwd en de gewijzigde opdracht niet opnieuw aanbesteed behoeft te worden.

Overigens is voor de toepasbaarheid van artikel 31 lid 4 sub a Algemene Richtlijn relevant in hoeverre rekening moet worden gehouden met eerder verleende aanvullende opdrachten voor de vraag of de 50%-norm al dan niet gedeeltelijk reeds is 'opgesoupeerd'. Siel, een aannemer heeft een overheidsopdracht aangenomen met een waarde van € 100 mio betreffende de aanleg van een metrolijn. Tijdens de uitvoering van het werk heeft de opdrachtnemer voor een bedrag van in totaal € 45 mio aan meerkost opgedragen gekregen. Alle meer-

36. Steun voor deze lezing is te vinden in de Engelse en Franse vertaling waar in de desbetreffende overweging gesproken wordt over 'confirmed' en 'confirmed'. Deze begrippen kunnen (ook) vertaald worden met 'officieel' bekrachtigen. De Nederlandse Vertaling Bevestiging vinden 'in' dekt in onze ogen niet geheel de lading.
37. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, London: Sweet & Maxwell 2005, p. 288.
38. Op. cit., p. 551 en 605.
39. C1002/95/81m, "London Underground Public Private Partnership", 2 oktober 2002, o.v. 93 t/m 103.
40. C1002/95/81m, "London Underground Public Private Partnership", 2 oktober 2002, o.v. 93 t/m 103.
41. In geen sprake van wijziging van het economisch evenwicht in het voordeel van de opdrachtnemer, maar wel van ging die een voordeliger opdracht tot gevolg heeft de eerste en de tweede beoordelingsmaatstaf natuurlijk nog wel van belang.
42. Arrowsmith, op. cit., 621. "In these cases the objective circumstances make it almost certain that the existing provider will offer best value for money for the additional work, and it thus appears inappropriate to advertise the contract."
43. Zie ook: Chao Doron, op. cit., 40. Zij spreekt in dit verband over 'toelaatbaarheid' als een door sommigen gehanteerd begrip.
44. Zie ook: Chao Doron, op. cit., 40. Zij spreekt in dit verband over 'toelaatbaarheid' als een door sommigen gehanteerd begrip.
45. Zie ook: Chao Doron, op. cit., 40. Zij spreekt in dit verband over 'toelaatbaarheid' als een door sommigen gehanteerd begrip.

43. Artikel 30 lid 1 sub b van de Algemene Richtlijn en het Bao beschrijft één van de situaties waarin deze procedure toepasbaar is: 'in uitzonderende gevallen, wanneer het werken, leveringen of diensten betreffen waarvan de aard en de omvang onmiskenbaar een vaststelling vooraf van de totale prijs niet mogelijk maken'. Dergelijk stringente voorwaarden gelden ook voor gebruik van de concurrentiegebaseerde dialoog (artikel 29 lid 1 Algemene Richtlijn en Bao).
44. Pinckner-Horik, Van der Bond & Van Noudy, *Aanbestedingsrecht, Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Stu 2004, p. 407.
45. Overigens zal een aanbestedende dienst in geval van wijziging van het economisch evenwicht in het voordeel van de opdrachtnemer braden moeten zijn op de mogelijkheid van staatssteun.
46. Zie hiervoor alinea 3.2 ad ii; aangenomen wordt dat aan de voorwaarde onder (2), dezelfde opdrachtnemer, in dit verband altijd zal worden volstaan.

werkopdrachten zijn gerechtvaardigd verleend op grond van artikel 31 lid 4 sub a. Vervolgens blijken aan het eind van de tit onvoorziene aanvullende werkzaamheden noodzakelijk, ten bedrage van € 7 mio. Deze werkzaamheden zijn noodzakelijk voor vervolmaking van de oorspronkelijke opdracht. Mogen deze werkzaamheden als aanvullende opdracht aan dezelfde aannemer worden opgedragen, dracht aan dezelfde aannemer worden opgedragen, opdrachten in dat geval 52 procent van de oorspronkelijke opdracht en betreft het totaal (45 mio + 7 mio) een uitbreiding 'in belangrijke mate' in de zin van de tweede bevoordingsmaatstaf? De tekst van artikel 31 lid 4 sub a Algemene Richtlijn is hierover duidelijk. Dit artikel zegt expliciet dat het totale bedrag van de voor de aanvullende werken of diensten geplaatste opdrachten niet hoger mag zijn dan 50 procent van de oorspronkelijke opdracht.⁴⁷ In ons voorbeeld zou dit betekenen dat de aanvullende werkzaamheden niet onderhands aan dezelfde aannemer opgedragen zouden kunnen worden. Echter, ook in een dergelijke situatie zijn bijzondere omstandigheden denkbaar die overwegende bezwaren voor de aanbestedende dienst opleveren, welke onderhands opdrachtenverlening zouden kunnen rechtvaardigen. Hiervan zou naar onze mening zelfs sprake kunnen zijn wanneer dit betekent dat de 50%-grens wordt overschreden. Vanzelfsprekend is ook hier de nodige terughoudendheid op zijn plaats.

4. Beoordeling Hof

Gezien de feitelijke aard van kwesties aangaande wezenlijke wijzigingen is de meerwaarde van *Pressetext* gelegen in het hierboven besproken toetsingskader, welk kader duidelijk meer houvast biedt dan de voorgaande jurisprudentie. Interessant is vervolgens om te zien hoe het Hof oordeelt over de wijzigingen op de basisovereenkomst legen de achtergrond van dit toetsingskader.

4.1 Wijziging contractpartner

Het Hof stelt dat over het algemeen de vervanging van de contractpartner aan wie de aanbestedende dienst de opdracht oorspronkelijk had toegevoerd

door een nieuwe contractpartner, aangemerkt dient te worden als een wijziging van de wezenlijke voorwaarden van de betrokken overeenkomst inzake de overheidsopdracht.⁴⁸ In het geval van APA is het Hof evenwel van mening dat de overdracht van de betrokken activiteit in wezen meerkomt op een *interne reorganisatie* van de opdrachtnemer, waardoor de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst niet wezenlijk worden gewijzigd.⁴⁹ Voor deze conclusie is voor het Hof onder meer van belang dat APA-OTS een 100%-dochtermaatschap pij was van APA, APA de zeggenschap uitoefende op APA-OTS, wisten en verlieten van APA-OTS aan APA werden overgedragen en APA jegens de aanbestedende dienst hoofdelijk aansprakelijk bleef.⁵⁰

4.2 Prijsgerelateerde wijzigingen

Deze wijzigingen betroffen in de eerste aanwijzing op de basisovereenkomst de omzetting van de prijzen in euro's waarbij het intrinsieke bedrag ervan niet werd gewijzigd, de omzetting van de prijzen in euro's waarbij het intrinsieke bedrag ervan werd verlaagd, en de herformulering van een prijsindexeringsclausule. In de tweede aanvulling op de basisovereenkomst werd de korting die APA verterende verhoogd van 15 procent naar 25 procent.

Onder verwijzing naar *Sacchi di Pruita*⁵¹ merkt het Hof op dat het duidelijk is dat de prijs een belangrijke voorwaarde van de opdracht vormt. Het wijzigen van een dergelijke voorwaarde tijdens de geldigheidsduur van de opdracht zonder dat de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht dit uitdrukkelijk toestaan, kan een schending van de beginselen van doorzichtigheid en van gelijke behandeling van de inschrijvers tot gevolg hebben.⁵² Het Hof oordeelt evenwel in het onderhavige geval dat de omzetting in euro's en de afronding daarvan geen wezenlijke wijziging is, maar enkel een aanpassing van de overeenkomst aan gewijzigde omstandigheden. Het Hof verbindt hieraan wel de voorwaarde dat de bedragen in euro's worden afgerond conform de geldende bepalingen (niet name de Europese verordening betreffende de invoering van

de euro).⁵³ Ook de aanpassingen die verder gingen dan de op grond van de desbetreffende geldende bepalingen toegestane afronding acht het Hof evenwel toelaatbaar. Het ging immers om een minimale, objectief verklaarbare aanpassing, bedoeld om de uitvoering van de opdracht te vergemakkelijken. Bovendien waren de prijsaanpassingen niet in het voordeel, maar in het nadeel van de opdrachtnemer.⁵⁴ Voor wat betreft de herformulering van de indexeringsclausule merkt het Hof op dat deze een toepassing vormde van de in de basisovereenkomst opgenomen bepalingen inzake de aanpassing van de indexeringsclausule. Om deze reden, aldus het Hof, is geen sprake van een wezenlijke wijziging.⁵⁵

Ten aanzien van de verhoging van de korting van 15 procent naar 25 procent is het Hof van mening dat deze verhoging onder de clausules van de basisovereenkomst valt.⁵⁶ Bovendien wordt het economisch evenwicht van de overeenkomst niet in het voordeel van de opdrachtnemer gewijzigd.⁵⁷ Tot slot merkt het Hof in dit verband op dat het enkele feit dat de aanbestedende dienst een hogere korting ontvingt, niet kan leiden tot concurrentievervalsing in het nadeel van potentiële inschrijvers.⁵⁸ A-G Kokott denkt daar overigens anders over.⁵⁹ Zij stelt dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat het bedingen van een lagere verhoging op een gegeven moment een vervalsing van de mededinging tot gevolg kan hebben. Doorgaaggevend is steeds welke condities de aanbestedende dienst op het moment van de wijziging van de overeenkomst op de markt had kunnen krijgen. In voorkomend geval dient daarom in haar visie onderzocht te worden of andere potentiële opdrachtnemers op het moment van de wijziging van de overeenkomst de opdracht tegen een nog gunstiger prijs kunnen aanbieden.

4.3 Opzeggingsmogelijkheid

Naast aanpassing van de korting hebben partijen in de tweede aanvulling de basisovereenkomst gewijzigd in de zin dat zij afstand hebben gedaan van elke opzegmogelijkheid gedurende de periode van 2005 tot en met 2008. Ook deze wijziging staat het Hof toe. Het Hof acht hiervoor van belang dat uit

het dossier niet blijkt dat de aanbestedende dienst gedurende de periode van 2005 tot en met 2008 waarin de clausule inzake afstand van de mogelijkheid van opzegging gold, zonder deze clausule concreet voortnemers zou zijn geweest om de lopende basisovereenkomst te beëindigen en een nieuwe aanbesteding uit te schrijven.⁶⁰ Het Hof voegt daaraan toe dat ook wanneer de aanbestedende dienst dit wel van plan was geweest, de hoopdijd van deze clausule, te weten drie jaar, hem dit in verhouding tot de voor het organiseren van een dergelijke operatie benodigde tijd niet buitensporig lang had verhindert. Onder deze omstandigheden, zo concludeert het Hof, is niet aangevoerd dat een dergelijke clausule de mededinging dreigt te vervalsen in het nadeel van potentiële nieuwe inschrijvers (mits deze clausule niet systematisch opnieuw in de overeenkomst wordt opgenomen). Bijgevolg kan deze clausule niet worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst.

5. Slotopmerkingen

Het arrest *Pressetext* betreft wijzigingen van de opdracht die zijn opgetreden tijdens de uitvoering ervan. Zou bij de beoordeling omtrent wijzigingen die optreden vóór de gunning en ander toetsingskader moeten c.q. mogen worden getraakteerd? Pijnacker Hordijk c.s. zeggen hierover dat onderhandelings met de 'winnaar' inschrijver - dus vóór gunning - niet mag leiden tot zodanig wezenlijke aanpassingen van de inhoud van de opdracht, dat de gegunde opdracht op voor de onderlinge vergelijking van de verrichte inschrijvingen wezenlijke punten met meer overeenkomst met de aanbestede opdracht.⁶¹ Dezelfde norm leggen zij aan voor de periode direct na gunning.⁶² Deze norm komt materieel gezien niet op dezelfde toetsen die het Hof in *Sacchi di Pruita* hanteerde en ook valt terug te zien in de eerste bevoordingsmaatstaf van *Pressetext*: een voorwaarde is essentieel wanneer een - kort gezegd - de inschrijvers in staat zou hebben gesteld een aanzienlijk andere offerte in te dienen.

Naamde de tijd na de gunning verstrijkt, voegen Pijnacker Hordijk c.s. daaraan toe, zal de te han-

53 Zaak C-454/06, *Pressetext*, ov. 57. Zie ook Conclusie A-G Kokott, ov. 99.

54 Zaak C-454/06, *Pressetext*, ov. 61 en 62. Zie ook Conclusie A-G Kokott, ov. 100.

55 Zaak C-454/06, *Pressetext*, ov. 64 tm 69.

56 Zaak C-454/06, *Pressetext*, ov. 64. Anders, Conclusie A-G Kokott, ov. 84 tm 86. Zij ziet de verhoging van de korting als een wijziging van de opdracht, niet als een *restructurering*. Zij acht deze wijziging evenwel niet wezenlijk (ov. 95).

57 Zaak C-454/06, *Pressetext*, ov. 86.

58 Zaak C-454/06, *Pressetext*, ov. 86.

59 Ov. 90, 91 van haar conclusie.

60 Zaak C-454/06, *Pressetext*, ov. 73. Zie ook Conclusie A-G Kokott, ov. 77 en 78. Kokott achtte tevens relevant dat de aanbestedende dienst er redelijkerwijs van uit mocht gaan dat er in de periode tot 2008 geen vergelijkbare aanbestedingen tegen gunstige voorwaarden zouden worden gedaan dan een verandering van dienstverlener zouden rechtvaardigen.

61 Ov. c.t., p. 405.

62 Ibid., p. 406.

47 Uit de tekst van het Bao valt deze beperking minder goed op te maken. Zij spreekt - ten onrechte - over het totale bedrag van de voor de aanvullende werken of diensten geplande overheidsopdracht (enkelvoud). Dit zou de suggestie kunnen wekken dat bij het verlenen van een aanvullende opdracht in het kader van de 50%-grens reeds verleende aanvullende opdrachten buiten beschouwing worden genomen, hegegen dus niet het geval is.

48 Zaak C-454/06, *Pressetext*, ov. 40. Zie ook Conclusie A-G Kokott, ov. 54.

49 Zaak C-454/06, *Pressetext*, ov. 45. Zie ook Conclusie A-G Kokott, ov. 60. Zie Rechterbank s-Gravenhage van 4 augustus 2008 (KG ZA 08/826) waarin de gewijzigde (inkoop)organisatie van de aanbestedende dienst niet als een wezenlijke wijziging werd geoordeeld; de aanbestedende dienst had niet aannemelijk gemaakt dat de nieuwe structuur zou leiden tot een wezenlijke wijziging van de specificaties van de opdracht.

50 In de zaak C-290/4, *Commissie tegen Oostenrijk*, van 10 november 2006 (*Jurispr.* p. 19708) kwam het Hof tot de conclusie dat de overdracht in kwestie ontoelaatbaar was (ov. 38 tm 42). Hierover was van belang dat de verkoop van de aandelen in de dochtermaatschappij aan een derde reeds was voorzien op het tijdstip waarop de betrokken activiteiten aan deze dochter werden overgedragen. Zie in dit verband ook Conclusie A-G Kokott, ov. 64 en 65.

51 Zaak C-456/99 P, *Sacchi di Pruita*, ov. 117.

52 Zaak C-456/99 P, *Sacchi di Pruita*, ov. 121.

teren toetssteen veranderen.⁶³ Uit het arrest *Pres-setext* kan evenwel worden afgeleid dat het Hof van mening is dat het toetsingskader (aldus met inbegrip van de eerste beoordelingsmaatstaf) ook tijdens de uitvoering van de opdracht gehandhaafd blijft. Opvallend in dit verband is dat het Hof in zijn beoordeling de eerste beoordelingsmaatstaf niet toepast,⁶⁴ althans dit valt niet uit het arrest af te leiden.⁶⁵ Wellicht heeft voor het Hof een rol gespeeld dat aan de oorspronkelijke opdracht geen aanbesteding vooraf was gegaan. Ook is denkbaar dat het Hof gezien de periode waarin aan de overeenkomst reeds uitvoering was gegeven, toetsing aan de eerste beoordelingsmaatstaf reukelijk heeft toegepast. Wat hiervan ook zij, met Pijnacker Hordijk c.s. menen wij dat naarmate de tijd verstrijkt de eerste beoordelingsmaatstaf minder strikt zou kunnen worden toegepast, zeker bij complexe projecten. Al te letterlijke toepassing van deze maatstaf zou getuigen van weinig realiteitszin en de praktijk geweld aandoen. Voor de tweede en derde beoordelingsmaatstaf gelden deze bezwaren niet. Zij zouden naar onze

mening, ook lange tijd na de aanbestedingsfase, onveranderd kunnen en behoren te worden toegepast.

Het arrest ziet op wijzigingen in de overeenkomst in de periode ná gunning. Het arrest is echter gelijk van belang bij de beoordeling van wijzigingen van de opdracht die optreden in de periode tussen het moment van inschrijving en het moment van gunning,⁶⁶ alswel bij toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking waarbij het niet wezenlijk wijzigen van de oorspronkelijke opdracht als voorwaarde geldt.⁶⁷ Immers, ook in deze gevallen gaat het om wijzigingen ten opzichte van een situatie waarin de opdracht was opgesteld voor mededinging.⁶⁸ De algemene beginselen van aanbestedingsrecht, het gelijkheidsbeginsel voorop, dienen in deze situaties daarom in gelijke mate in acht te worden genomen. De beoordelingsmaatstaven die het Hof hanteert kunnen in onze visie ook in deze situaties het toetsingskader vormen.⁶⁹

⁶³ Ibid., p. 407.

⁶⁴ Evenmin de tweede, maar dat wekt gezien de aard van de wijzigingen (geen uitbreiding van de opdracht) geen verbazing.

⁶⁵ Ook in de conclusie van A-G Kokott komt in haar beoordeling de door haar geformuleerde norm niet duidelijk terug.

⁶⁶ Net zoals de uitspraak van het Hof Den Haag van 19 februari 1996 van belang is voor de periode ná gunning (zie noot 16).

⁶⁷ Artikel 31 lid 1 sub a Algemene Richtlijn en Bao.

⁶⁸ Vergelijk: Arrowsmith, op. cit., p. 287.

⁶⁹ Arrowsmith merkt op dat een flexibele benadering opportuun lijkt in geval van wijzigingen na gunning: een nieuwe aanbestedingsprocedure brengt disproportionele kosten voor de aanbestedende dienst met zich mee (op. cit., p. 288).