



TRANSPARANTIE OVER WIJZIGINGEN NA INSTORTEN BRUG



DE ZAAK

De rechtsvoorganger van het Italiaanse ministerie van Infrastructuur en Duurzame Mobiliteit (hierna: het ministerie) heeft in 2007 een concessieovereenkomst voor snelwegtrajecten gegund aan de Italiaanse onderneming ASPI. De concessie loopt tot en met 2038. Op 14 augustus 2018 is de Morandi-brug in Genua, Italië, ingestort en deze brug maakte onderdeel uit van deze concessie. Hierdoor zijn veel (inclusief dodelijke) slachtoffers gevallen en is er veel schade geleden, waar ASPI aansprakelijk voor is gesteld. Vervolgens wordt in 2021 een schikkingsovereenkomst gesloten, waarbij de concessieovereenkomst niet wordt beëindigd maar gewijzigd, inclusief betaling van een schadevergoeding.

De consumentenvereniging Adusbef is het niet eens met de schikkingsovereenkomst en het in stand houden van de concessie en wil dit terugdraaien middels een rechtszaak bij de Italiaanse bestuursrechter in Lazio. Adusbef is van mening dat de gemaakte afspraken niet voldoen aan de voorwaarden van de concessierichtlijn 2014/23/EU en specifiek artikel 43 dat ziet op de mogelijkheden om een opdracht onder bepaalde omstandigheden te wijzigen. Het gaat hier om wijzigingen naar aanleiding van een tekortkoming in de verplichtingen van de concessiehouder, een wijziging in de samenstelling van de aandeelhouders van ASPI en het versterken van veiligheidsnormen. De bestuursrechter concludeert dat het ministerie op de betreffende onderdelen niet heeft onderzocht of sprake is van een wezenlijke wijziging en besluit prejudiciële vragen te stellen over de consequenties daarvan bij het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Hof).

[Het Hof](#) overweegt dat een oordeel of daadwerkelijk sprake is van een wezenlijke wijziging aan de nationale rechter is. Het Hof geeft wel aan – in algemene zin – dat een tekortkoming in de verplichtingen van de concessiehouder niet kan worden beschouwd als een omstandigheid die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien. Het Hof komt tot dit oordeel door de bewoording van artikel 43 van de Concessie-

richtlijn 2014/23/EU na te gaan. Een dergelijke wijziging kan niet worden gezien als 'onvoorzien', omdat de contractspartijen een contractuele regeling zijn overeengekomen die betrekking heeft op dergelijke tekortkomingen. Vervolgens bespreekt het Hof de voorwaarden waaronder de concessiehouder vervangen zou kunnen worden door een nieuwe concessiehouder zonder aanbesteding. Het Hof oordeelt dat de wijziging in zeggenschap moet worden gezien als een wijziging in de samenstelling of verdeling van het maatschappelijk kapitaal van de concessiehouder en niet zozeer als een wijziging/vervanging van opdrachtnemer. Ten slotte moeten nieuwe verplichtingen, zoals het versterken van de veiligheidsnormen, niet worden gezien als wijzigingen die het economisch evenwicht ten gunste van de concessiehouder veranderen.

Vervolgens gaat het Hof verder in op welke vormvereisten er zijn in geval van een wijziging die niet leidt tot een nieuwe aanbesteding. Er kan een verplichting zijn een wijziging openbare aan te kondigen. Als dat het geval is dan is dat in het desbetreffende wetsartikel vastgelegd. Wanneer die verplichting er is, vindt de bekendmaking in geval van een concessie ná de wijziging plaats. Daarnaast moet een aanbestedende dienst zich houden aan Unierechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur en het transparantiebeginsel. Daaruit volgt een motiveringsplicht, zodat duidelijk is voor marktpartijen wat de redenen zijn waardoor er geen aanbesteding hoeft plaats te vinden. Deze motivering moet elke belanghebbende in staat te stellen 'zonder moeite' de redenen te achterhalen waarom de aanbestedende dienst niet gehouden was om een nieuwe aanbesteding uit te schrijven. Dit is nodig om met kennis van zaken te beoordelen of het al dan niet zinvol is om een beroep in te stellen tegen dit besluit.

De conclusie is dat de nationale rechter uiteindelijk zal moeten beslissen of sprake is van een wezenlijke wijziging op grond van het genoemde normenkader.



JURIDISCH KADER

- De door het Hof specifiek aangehaalde overwegingen 75 en 76 uit de Concessierichtlijn 2014/23/EU beschrijven onder meer dat concessieovereenkomsten gewoonlijk complexe technische en financiële lange termijn regelingen betreffen die vaak aan veranderende omstandigheden onderhevig zijn en dat artikel 43 lid 1 sub c specifiek tot doel heeft om flexibiliteit te faciliteren.
- Concessies kunnen volgens artikel 43 Concessierichtlijn 2014/23/EU in bepaalde gevallen zonder een nieuwe concessiegunningsprocedure worden gewijzigd. Dit kader is vergelijkbaar met artikelen 2.163a t/m 2.163f Aanbestedingswet 2012.

- In deze zaak zijn de volgende artikelen van belang:
 - o Artikel 43 lid 1 sub c: Een concessie mag zonder aanbesteding worden gewijzigd "indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:
 - i. de behoefte aan wijziging is het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst of aanbestedende instantie niet kon voorzien;
 - ii. de wijziging verandert de algehele aard van de concessie niet;
 - iii. in het geval van concessies die door de aanbestedende dienst worden gegund met het oog op andere dan de in bijlage II bedoelde activiteiten, kan een waardeverhoging niet meer bedragen dan 50 % van de waarde van de oorspronkelijke concessie. In het geval van verscheidene achtereenvolgende wijzigingen geldt deze beperking voor de waarde van elke wijziging. Achtereenvolgende wijzigingen mogen niet ten doel hebben de richtlijn te omzeilen."
 - o Artikel 43 lid 1 sub d onder ii: Een concessie mag zonder aanbesteding worden gewijzigd "indien de concessiehouder aan wie de concessie aanvankelijk door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie was gegund, wordt vervangen als gevolg van: ii. rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel in de positie van de oorspronkelijke concessiehouder, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, met inbegrip van overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de overeenkomst meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen,"
 - o Artikel 43 lid 1 afsluitende tekst: Aanbestedende diensten "die in de onder de punten b) en c) van dit lid genoemde gevallen een concessie hebben gewijzigd, maken een daartoe strekkende aankondiging bekend in het Publicatieblad van de Europese Unie(...)."
- Het transparantiebeginsel uit artikel 1.9 Aw 2012 verplicht aanbestedende diensten om transparant te handelen. Uit het Unierechtelijke beginsel van behoorlijk bestuur in artikel 41 van het EU-Handvest, volgt dat instellingen, organen en instanties van de Unie een zekere motiveringsplicht hebben bij het nemen van besluiten. In afdeling 3.7 van de Algemene wet bestuursrecht is voor besluiten van Nederlandse aanbestedende diensten ook een motiveringsplicht voorgeschreven.



RECHTERS AAN HET WOORD

- [Het Hof](#) van Justitie van de Europese Unie heeft in 2023 bevestigd dat het bij een beroep op een onvoorziene omstandigheid conform artikel 72 lid 1 sub c van richtlijn 2014/24/EU (artikel 2.163e AW 2012) moet gaan om externe omstandigheden die ondanks een zorgvuldige voorbereiding niet voorzien waren door de aanbestedende dienst. Hierbij moet rekening gehouden worden met beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifiek project, de goede praktijk op het betrokken gebied en het feit dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de raming en de verwachte waarde van de gunning.
- Dat beginselen van behoorlijk bestuur van belang zijn in de context van motiveren van besluiten in aanbestedingsprocedures bleek ook al uit een recente uitspraak van [het Hof](#), toen dit werd toegepast in het licht van de motivering waarom er sprake was van een facultatieve uitsluitingsgrond. In deze nieuwe zaak refereert het Hof aan arrest van [het Hof](#) uit 2023, waaruit volgt dat het motiveren van besluiten bijzonder belangrijk is, aangezien dit belanghebbenden in staat stelt om hun rechtspositie te bepalen en eventueel tegen het besluit in beroep te gaan.



TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

- Uit deze uitspraak blijkt dat een tekortkoming in de verplichtingen van een huidige concessiehouder doorgaans niet gezien wordt als een onvoorziene omstandigheid. Dat is ook logisch; het feit dat een concessiehouder zijn verplichtingen niet nakomt, is juist een omstandigheid waarmee contractspartijen wél rekening houden en is doorgaans dus voorzien.
- Voor een aantal situaties in het leerstuk van de wezenlijke wijziging is het verplicht om een openbare publicatie (met motivatie) te publiceren. Dit is alleen verplicht wanneer dit in de Aanbestedingswet 2012 is vermeld. Maar wij raden aan, dit arrest van het Hof in acht nemend, wel een transparant antwoord/motivering te geven als aanbestedende dienst wanneer gevraagd wordt naar de redenen waarom er niet opnieuw wordt aanbesteed ten gevolge van een wijziging.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP