



# WEZENLIJK VOORZIEN IN MOGELIJKE WIJZIGING



## DE ZAAK

TenneT c.s. organiseren een onderhandelingsprocedure met aankondiging voor een Managed Cloud Provider die zowel voor TenneT NL (Nederland) als voor TenneT DL (Duitsland) een cloud-infrastructuur ontwerpt, implementeert en uitvoert. Het oorspronkelijke uitgangspunt is één publieke cloud-omgeving voor de gehele TenneT organisatie. Tijdens de aanbestedingsprocedure blijkt dat er een kans bestaat dat de aandelen in TenneT DL op termijn worden verkocht aan de Duitse staat. Daardoor dienen inschrijvers nu niet één, maar twee publieke cloud-omgevingen in te richten: één voor TenneT NL en één voor TenneT DL. In een presentatie ('Guiding Principles') worden alle gegadigden (nader) geïnformeerd over de mogelijke splitsing van de twee TenneT-vennootschappen. Inschrijvers moeten in hun inschrijving voorsorteren op deze (eventuele) splitsing.

Eén van de gegadigden, Arvato, meent dat door deze wijzigingen niet alleen de scope van de opdracht verandert, maar ook de voorwaarden waaronder de opdracht is aanbesteed. Volgens Arvato vormt dit een ontoelaatbare wijziging van de opdracht tijdens de aanbestedingsprocedure. Arvato start een kort geding. Op 30 augustus 2023 oordeelt **de voorzieningenrechter** van de rechtbank Gelderland dat de aanpassingen, die TenneT c.s. vooruitlopend op de mogelijke splitsing van TenneT NL en TenneT DL in de aanbestedingsstukken hebben aangebracht, niet kwalificeren als wezenlijke wijziging. Arvato is het daar niet mee eens en stelt hoger beroep in tegen dit vonnis.

Volgens het **Gerechtshof** maakt Arvato niet aannemelijk dat de wijzigingen (waaronder een nieuwe taaleis, samenwerking in een consortium en een mogelijk andere/extra opdrachtgever) leiden tot een andere kring van gegadigden. Evenmin gaat het hof mee in het betoog dat TenneT c.s. in strijd met het transparantiebeginsel handelt. Dat Arvato de opdracht nu te complex vindt en daardoor de uit te voeren werkzaamheden niet goed meent te kunnen overzien en beprijzen, betekent niet dat de opdracht dermate complex is dat een normaal oplettende en goed geïnformeerde inschrijver op basis van de gewijzigde aanbestedingsdocumenten niet heeft kunnen begrijpen wat de opdracht inhoudt. Ook de bewering dat TenneT c.s. de gunningscriteria ontoelaatbaar hebben gewijzigd, volgt het Hof niet. Het is voorzienbaar dat het offeren voor twee in plaats van één cloud-omgeving leidt tot een hogere prijs. Het toevoegen van een correctiefactor in het gunningscriterium prijs om dat effect op de prijs/kwaliteit-verhouding te corrigeren, is een toegestane wijziging aangezien deze verhouding hierdoor ongeveer gelijk blijft als bij aanvang van de aanbestedingsprocedure. Daarnaast voorziet de conceptovereenkomst in de mogelijkheid van een splitsing. Doordat alle inschrijvers hun inschrijving tijdig konden afstemmen op alle modaliteiten daaromtrent, handelt TenneT c.s. niet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Het hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter.



## JURIDISCH KADER EN RECHTERS AAN HET WOORD

- Of er sprake is van een wezenlijke wijziging, wordt beoordeeld aan de hand van de criteria die zijn geformuleerd in het **Pressetext-arrest** van het HvJ EU. In deze zaak was in geschil of een wijziging van een reeds gegunde overheidsopdracht kan worden aangemerkt als wezenlijk. In dat geval is de wijziging in beginsel niet toegestaan. De criteria uit dit arrest kunnen naar analogie worden toegepast bij de beoordeling van de vraag of wijzigingen gedurende de looptijd van de aanbestedingsprocedure zijn toegestaan.
- Het Pressetext-arrest is in 2016 gecodificeerd in artikel 2.163g Aw 2012, dat bepaalt dat een wijziging moet worden aangemerkt als 'wezenlijk' wanneer:
  - a. de gewijzigde voorwaarden zouden hebben geleid tot i) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of ii) tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;
  - b. de wijziging ervoor zorgt dat het economische evenwicht van de overeenkomst op niet-voorzien wijze wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer;
- de verruiming van de overheidsopdracht met werken, leveringen en/of diensten die oorspronkelijk niet in de opdracht waren opgenomen, ervoor zorgt dat de markt in belangrijke mate uitbreidt; of
- een andere opdrachtnemer in de plaats komt van degene aan wie de opdracht oorspronkelijk is gegund, anders dan vanwege een in artikel 2.163f bedoeld geval.
- Het HvJ EU stelt in het **Succhi di frutta-arrest** dat het enkel is toegestaan bepaalde inschrijvingsvoorwaarden te wijzigen indien hierin uitdrukkelijk is voorzien in het inschrijvingsbericht dat door de aanbestedende dienst zelf is opgesteld en dat het kader aangeeft waarbinnen de procedure moet verlopen. Belangstellende ondernemingen hebben dan van meet af aan kennis van deze wijzigingsvoorwaarden en bevinden zich bijgevolg op voet van gelijkheid bij het opstellen van hun offerte.

Op die manier waarborgt de aanbestedende dienst de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van de inschrijvers.

- In de zaak **Finn Frogne** bepaalt het HvJ EU dat het aan de aanbestedende dienst is om het voorwerp van de opdracht bedachtzaam te omschrijven als het gaat om overheidsopdrachten die vanwege hun voorwerp vanaf het begin al als onzeker kunnen worden beschouwd. Het feit dat bepaalde overheidsopdrachten vanwege hun aard vanaf het begin af aan als onzeker kunnen worden gezien, maakt het gevaar dat problemen rijzen in de fase van de uitvoering voorzienbaar. De eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting moeten worden verzekerd, dat geldt ook wanneer een overeenkomst niet uitvoerbaar blijkt. Een wezenlijke wijziging is daarom niet mogelijk na de gunning van een overheidsopdracht. Dat zou alleen anders zijn wanneer in de aanbestedingsdocumenten uitdrukkelijk is voorzien in de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om bepaalde, zelfs belangrijke, voorwaarden van die opdracht aan te passen na de gunning ervan, en de voorwaarden voor de toepassing van deze mogelijkheid van tevoren waren vastgesteld.

- **De rechtbank Den Haag** oordeelt in 2021 dat het wijzigen van de gunningscriteria en subgunningscriteria gedurende de looptijd van de aanbestedingsprocedure niet noodzakelijkerwijs wezenlijk zijn wanneer de aanbestedende dienst deze wijzigingen tijdig en passend aankondigt via de in art. 2.67 Aanbestedingswet 2012 neergelegde methodiek van het rectificeren van een eerder gedane aankondiging.
- Wanneer een aanbestedende dienst toestaat dat een opdrachtnemer eerder start met de uitvoering van werkzaamheden dan is vermeld in de aanbestedingsdocumenten, is niet per definitie een wezenlijke wijziging, aldus **de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag** in december 2023.
- In een **recente zaak** luidt het antwoord van het HvJ EU op de vraag of een wijziging alleen wezenlijk is als deze schriftelijk is vastgelegd, 'nee'. De bedoeling om opnieuw te onderhandelen over de voorwaarden kan ook blijken uit andere vormen dan een schriftelijke overeenkomst. In beginsel gaat het om de vraag of wilsovereenstemming is bereikt. Bovendien zou het vereisen van schriftelijke elementen de ontwijking van de aanbestedingsregels vergemakkelijken.



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Benader de vraag of sprake is van een wezenlijke wijziging in een strikte volgorde, namelijk:
  - Wat is de aard en de omvang van de wijziging? Met andere woorden: waar gaat het feitelijk over.
  - Is in de wijziging voorzien in een herzieningsclausule zoals bedoeld in artikel 2.163 c Aw 2012?
  - Past de wijziging binnen de de-minimis vereisten van artikel 2.163 b Aw 2012?
  - Is er sprake van een van de overige specifieke wijzigingsmogelijkheden uit artikel 2.163 d, e of f Aw 2012?
- Zo ja, dan geen wezenlijke wijziging. Zo nee, dan:
  - Doorstaat de wijziging de "Presstext-toets" van artikel 2.163 g Aw 2012?
- Denk van tevoren goed na over eventuele wijzigingen die je als aanbestedende dienst wil (kunnen) doorvoeren na gunning van een overheidsopdracht. Neem een op maat gemaakte herzieningsclausule op in de aanbestedingsdocumenten voor dergelijke (voorzienbare) wijzigingen. Neem niet zomaar een algemene variant op in de algemene inkoopvoorwaarden of in het inkoopbeleid.

Immers, een herzieningsclausule dient duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig te zijn.

- Wanneer een aanbestedende dienst een wijziging wenst door te voeren in de voorwaarden/scope van een opdracht, wordt in de praktijk soms toestemming gevraagd aan alle gegadigden om een dergelijke wijziging door te voeren. Dat deed TenneT c.s. ook in deze zaak. Een dergelijke (eventuele) 'goedkeuring' van gegadigden voor het doorvoeren van een wijziging, heeft juridisch weinig waarde. Een dergelijke goedkeuring is immers niet relevant voor de toets of sprake is van een wezenlijke wijziging van opdracht. Wellicht kan een dergelijke goedkeuring helpen in het kader van een (eventueel) verweer inzake rechtsverwerking, maar ook daar zou je als aanbestedende dienst (in onze optiek) niet te veel van moeten verwachten. Daar komt nog bij dat juist de partijen die **niet** betrokken zijn in de aanbestedingsprocedure geïnformeerd zouden moeten worden over een wijziging: de wijziging zou immers kunnen leiden tot een andere kring van gegadigden. Verwacht dus niet te veel van een 'goedkeuring' voor het doorvoeren van een wijziging. Toets als aanbestedende dienst zelf of sprake is van een wezenlijke wijziging, deel – wanneer geen sprake is van een wezenlijke wijziging – mee welke wijzigingen je doorvoert en verleen desgewenst uitstel voor het indienen van een inschrijving, zodat alle gegadigden voldoende tijd hebben om hun bieding aan te passen aan de doorgevoerde wijzigingen.

## EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP