



AANPASSING OPLEVERINGSDATUM IS GEEN WEZENLIJKE WIJZIGING



DE ZAAK

De Dienst Wegverkeer ('RDW') houdt een Europese aanbesteding voor een nieuw telefonieplatform voor het klantcontactcentrum. In deze aanbestedingsprocedure is gebruik gemaakt van de Best Value Procurement ('BVP') methode. Aan dit telefonieplatform wordt ook een 'CCaaS-oplossing' gekoppeld. Inschrijvers moeten verklaren dat zij het systeem uiterlijk op 31 mei 2021 opleveren (KO-eis). Inschrijver Frontline eindigt als eerste in de ranking en inschrijver Cloudoe als tweede. De RDW is na verificatie met Frontline de concretiseringsfase ingegaan en verlengt deze vervolgens enkele keren met een week. Op 6 april 2021 maakt de RDW aan Cloudoe bekend dat Frontline de concretiseringsfase succesvol heeft doorlopen en dat zij voornemens is de opdracht aan Frontline te gunnen. Na de voorlopige gunning echter besluit de RDW de opleveringsdatum van 31 mei 2021 los te laten. Op 27 april 2021 gaat de RDW over tot definitieve gunning. Volgens Cloudoe handelt de RDW hiermee in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen en dus onrechtmatig tegenover Cloudoe. Zij start een juridische procedure en eist schadevergoeding.

In een eerdere editie van het **Jurisprudentie Alarm** schreven wij dat de **rechtbank Den Haag** concludeerde dat Cloudoe het recht om een vordering tot schadevergoeding tegen de RDW in te dienen had verwerkt, vanwege het vervalbeding wat was opgenomen in de aanbestedingsstukken. Nu, in hoger beroep, oordeelt het **gerechtshof Den Haag** dat de door Cloudoe aangevoerde grieven daarover gegrond zijn. Cloudoe beklaagde zich op 17 maart 2021 namelijk uitdrukkelijk over de verlenging van de concretiseringsfase omdat daardoor de KO-eis van 31 mei 2021 losgelaten zou worden. RDW bestreed

dat deze verlenging tot het uitstellen van de opleveringsdatum zou leiden. RDW wist echter op 5 maart 2021 al dat de door RDW voorgestelde verlenging van de concretiseringsfase gevolgen kon hebben voor de opleveringsdatum. Doordat het hof oordeelt dat er geen sprake is van rechtsverwerking gaat het hof inhoudelijk in op de vraag of RDW onrechtmatig heeft gehandeld tegenover Cloudoe.

Volgens Cloudoe is de opdracht onrechtmatig gegund aan Frontline, omdat Frontline van meet af aan niet kon voldoen aan de KO-eis dat de aangeboden oplossing uiterlijk op 31 mei 2021 opgeleverd moest worden en omdat RDW deze deadline vrij snel na gunning van de opdracht heeft losgelaten en verschoven naar 1 oktober 2021. Volgens Cloudoe zijn daarmee tijdens de wedstrijd de spelregels veranderd. Het hof concludeert dat de enkele omstandigheid dat RDW en Frontline na gunning onderling een nieuwe opleveringsdatum zijn overeengekomen, de inschrijving van Frontline niet alsnog ongeldig kan maken. Evenmin is er sprake van dat RDW in strijd met de aanbestedingswet de KO-eis heeft losgelaten of aangepast. De RDW bleek immers zelf meer tijd nodig te hebben voor afstemming met haar security- en privacy-deskundigen dan bij het uitschrijven van de opdracht was voorzien. De schuld lag dus niet zozeer (enkel) bij Frontline, maar voor een groot deel ook bij de RDW. De reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse verplichtingen wijzigen door het opschuiven van de datum niet. Het hof concludeert derhalve dat de datumwijziging niet leidt tot een wezenlijke wijziging. De aanbesteding is rechtmatig verlopen en de vordering tot schadevergoeding van Cloudoe wordt afgewezen.



JURIDISCH KADER

- Hoofdstuk 2.5 Aw 2012 geeft een limitatieve opsomming van toegestane wijzigingen van overheidsopdrachten.
- Een wijziging is niet toegestaan als er sprake is van een 'wezenlijke wijziging'. Artikel 2.163g noemt een wijziging in ieder geval wezenlijk als een wijziging:
 - o leidt tot toelating van andere inschrijvers of
 - o leidt tot de keuze voor een andere offerte of
 - o de markt in belangrijke mate uitbreidt tot (werken, leveringen en) diensten die in de oorspronkelijke opdracht niet waren opgenomen of
- o het economisch evenwicht van de overeenkomst op niet-voorzien wijze wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer of
- o ervoor zorgt dat een nieuwe opdrachtnemer de opdracht uitvoert.
- De reflexwerking van het **Presstext-arrest** zorgt ervoor dat het begrip wezenlijke wijziging ook relevant is bij de beantwoording van de vraag of een wijziging van de voorwaarden in een lopende aanbesteding is toegestaan.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Op 9 januari 2024 oordeelt de **rechtbank Midden-Nederland** dat het enkel verstrijken van een contractueel overeengekomen termijn niet betekent dat de aard en omvang van de opdracht materieel wordt gewijzigd. De overeengekomen hoofdverplichtingen wijzigen immers niet. Het niet afronden van de transitiefase voor de fatale termijn is weliswaar een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst, maar betekent niet zonder meer dat de opdracht wezenlijk wijzigt. Binnen de grenzen van het verbintenissenrecht en het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel bepaalt een aanbestedende dienst zelf hoe om te gaan met een tekortschietende contractspartij. De voorzieningenrechter voegt daar wel aan toe dat het echter niet is uitgesloten dat bij het geven van voortdurende coulance en/of bij het sluiten van compromissen omdat opdrachtnemer niet aan haar overeengekomen opdracht kan voldoen, wel het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel in het gedrang kan komen.
- Het **Hof van Justitie van de Europese Unie** doet op 7 december 2023 uitspraak over een beroep op onvoorziene omstandigheden. Het gaat hier om twee aanbestedingen bij twee verschillende gemeentes. De vastgelegde uitvoeringstermijn van beide opdracht wordt tijdens de uitvoering verlengd. Deze verlengingen zijn vanwege slechte weersomstandigheden en omdat er niet gebouwd mag worden tijdens het toeristische seizoen. Bij onvoorziene omstandigheden gaat het om externe omstandigheden die ondanks een zorgvuldige voorbereiding niet voorzien waren voor de aanbestedende dienst. Normale weersomstandigheden en vooraf bekende wettelijke verbodsbepalingen zijn niet onvoorzien. Er is sprake van een wezenlijke wijziging.
- In het **Passmann-Peulen arrest** van 26 september 2019 komt de rechtbank Rotterdam tot de slotsom dat ook het verschuiven van de ingangsdatum van de overeenkomst (met één jaar) een wezenlijke wijziging kan zijn. Het verschuiven van de ingangsdatum met maar liefst 1 jaar terwijl het gaat om eenvoudige sleepdiensten met laagste prijs als gunningscriterium maakt het aannemelijk dat er andere gegadigden waren. Er zouden dan immers partijen kunnen zijn die niet op een termijn van enkele maanden maar wel op langere termijn ruimte hebben in hun orderportefeuille om de uitgevraagde diensten te verrichten.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Wijzigingen zijn veelal voorzienbaar. Een succesvol beroep doen op een gerechtvaardigde wijziging conform de Aanbestedingswet is dan ook niet eenvoudig. Denk daarom bij het samenstellen van de aanbestedingsstukken goed na welke wijzigingen zich voor kunnen doen en borg maximale speelruimte in de aanbestedingsstukken, zoals (desgewenst) een wachtkamerconstructie en een nauwkeurig geformuleerde herzieningsclausule.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves
Benefit

Van Doorne

Het
NIC.

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com