



# HERZIENINGSCLAUSULE JUIST TOEGEPAST



## DE ZAAK

In mei 2020 organiseren netbeheerders Stedin en Enduris samen met waterbedrijf Evides (hierna: Stedin) een aanbesteding 'Multi Disciplinair Werken Zeeland & Rijnmond' (mededingingsprocedure met onderhandeling). Beoogd is acht raamovereenkomsten over twee geografische percelen voor de duur van maximaal 12 jaar te sluiten. Stedin gaat eerst met de geselecteerde gegadigden in gesprek – tijdens de overlegfase – om tot algemeen geaccepteerde en gedragen aanbestedingsstukken te komen. Ook het prijsmodel wordt vastgesteld, waarna inschrijvers alleen beoordeeld worden op kwaliteit. In de concept raamovereenkomst is een herijkingsclausule op specifieke onderdelen van het prijsmodel ingericht, om mee te kunnen bewegen met prijschommelingen tijdens de looptijd van de raamovereenkomst. In de aanbestedingsvoorwaarden staat verder dat geselecteerde gegadigden eventuele onduidelijkheden, ondubbelzinnigheden en tegenstrijdigheden zo vroeg mogelijk aan Stedin dienen te melden, anders hebben zij hun rechten verwerkt om hiertegen bezwaar te maken.

Een gegadigde, Visser & Smit Hanab Distributie B.V. (hierna: VSH), neemt deel aan de overlegfase en dient een inschrijving in. De inschrijving van VSH behaalt echter niet het minimale aantal benodigde kwaliteitspunten en wordt terzijde gelegd.

VSH is het niet eens met de motivering in gunningsbeslissing, het gehanteerde prijsmodel en een herijkingsclausule die is opgenomen in de contractvoorwaarden. VSH stapt naar de rechter. Volgens VSH handelt Stedin in strijd met het transparantiebeginsel door niet voor alle onderdelen de prijs vast te leggen en tijdens de looptijd van de raamovereenkomst een herijking van het prijsmodel toe te staan. Dit zou zorgen voor een ondoorzichtige aanbestedingsprocedure, omdat prijzen achteraf door Stedin kunnen worden herzien, aldus VSH.

De [voorzieningenrechter](#) oordeelt dat de herijkingsclausule gezien moet worden als een correct geformuleerde herziensclausule in de zin van artikel 2.163c Aanbestedingswet 2012. Het betreft een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige clausule waarbij de voorwaarden waaronder deze gebruikt worden, zijn vastgelegd. Bovendien zal (gebruikmaking van) de clausule niet leiden tot een wijziging van de algemene aard van de opdracht. Stedin heeft daarnaast aangegeven erop toe te zien dat het economisch evenwicht niet ten gunste van de opdrachtnemer verandert. Dit doet Stedin onder meer door een aanvaardbaar rendement van 5% te hanteren. Ook de andere bezwaren van VSH worden afgewezen. De voorzieningenrechter oordeelt dat de aanbestedingsprocedure, de kwalitatieve beoordeling en de motivering van de gunningsbeslissing juist en voldoende transparant zijn.



## JURIDISCH KADER

- Het transparantiebeginsel verplicht aanbestedende diensten alle voorwaarden en modaliteiten op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te formuleren (artikel 1.9 Aw 2012). Dit brengt met zich mee dat alle toepasselijke eisen en voorwaarden vooraf bekend moeten zijn gemaakt in de aanbestedingsstukken.
- De voorwaarden waaronder een opdracht mag worden gewijzigd na gunning zijn sinds 1 juli 2016 vastgelegd in artikel 2.163a t/m 2.163g Aw 2012.
- Een wijziging is conform artikel 2.163g Aw 2012 in ieder geval wezenlijk wanneer deze wijziging:
  - o Leidt tot toelating van andere inschrijvers of tot de keuze voor een andere offerte;
  - o Het economisch evenwicht van de overeenkomst op niet voorziene wijze wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer;
  - o De markt in belangrijke mate uitbreidt tot (leveringen en) diensten die in de oorspronkelijke opdracht niet waren opgenomen, of
  - o Ertoe leidt dat een nieuwe opdrachtnemer in de plaats komt van de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund

- Artikel 2.163c Aw 2012 betreft wijzigingen door middel van herzieningsclausules. Een overheidsopdracht mag na gunning zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd indien de wijziging, ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken is opgenomen in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules, waaronder prijsherzieningsclausules of opties. Een dergelijke herzieningsclausule dient:

- o De omvang en de aard van mogelijke wijzigingen en opties te omschrijven;
- o De voorwaarden waaronder deze gebruikt kunnen worden te omschrijven;
- o Niet ertoe te leiden dat de algemene aard van de opdracht verandert.

Een goed geformuleerde herzieningsclausule voorkomt strijdigheid met artikel 2.163g Aw 2012.



## RECHTERS AAN HET WOORD

- Het [Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden](#) oordeelde in 2022 dat een aanbesteding ná voorlopige gunning wel doorgang kon vinden. Tijdens de looptijd van de overeenkomst mocht echter geen gebruik worden gemaakt van een onduidelijk geformuleerde herzieningsclausule in de overeenkomst. In de betreffende zaak leidde dit ertoe dat overstappen naar alternatieve (duurzame) aandrijving van veegwagens tijdens de looptijd van de overeenkomst niet meer mogelijk was.
- De [Rechtbank Gelderland](#) oordeelde in 2017 dat een opgenomen 'Right to Challenge'-clausule in de conceptovereenkomst als een correct geformuleerde herzieningsclausule

in de zin van artikel 2.163c Aw 2012 gezien moest worden. De omvang en aard van de wijziging en de voorwaarden waaronder deze gebruikt mocht worden waren namelijk in de clausule opgenomen.

- De Commissie van Aanbestedingsexperts overwoog in [Advies 601](#) dat er geen sprake is van een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule wanneer een inschrijver kansen mag aandragen als antwoord op een gunningscriterium die waarde toevoegen aan projectdoelstellingen. De aanbestedende dienst had hier onjuist verwezen naar artikel 2.163c Aw 2012. Aangeboden kansen moesten namelijk worden meegenomen in de inschrijfsom.



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Soms zijn wijzigingen van een opdracht na gunning 'voorzienbaar'. Denk daarbij bijvoorbeeld aan een herijking van overeengekomen tarieven of een eventuele uitbreiding van de werkzaamheden. Anticipeer op dergelijke wijzigingen, zodat je als aanbestedende dienst voldoende flexibiliteit hebt na gunning om een opdracht (of de bijbehorende voorwaarden) te wijzigen. Denk van tevoren dus goed na – bij het opstellen van de aanbestedingsstukken – welke wijzigingen zich kunnen (of moeten) voordoen na gunning.
- Ten aanzien van bijvoorbeeld optionele verlengingen, indexatieclausules, uitbreiding van werkzaamheden of – zoals in deze zaak – het herijken van projectkosten op basis

van vooraf vastgestelde kostenposten, is het raadzaam een herzieningsclausule op te nemen in de (basis)overeenkomst. Gebruik daarvoor geen standaardclausule of een algemene variant uit algemene (inkoop)voorwaarden. Maak een herzieningsclausule op maat (of laat er een maken), zodat je discussies over een (mogelijke) wezenlijke wijziging van de opdracht voorkomt. Zorg er altijd voor dat de herzieningsclausule duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is en toets de clausule in dat verband aan de criteria van artikel 2.163c Aw 2012 (zie 'Juridisch kader' hiervoor). Zo creëer je de benodigde speelruimte na gunning van een aanbestede opdracht.

### EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

**VANDOORNE** ⊕

**Aeves**  
**Benefit**

Vragen? Mail naar [legal@aevesbenefit.com](mailto:legal@aevesbenefit.com)