

Jurisprudentie Alarm

Niet communiceren wezenlijke wijziging
is fundamenteel gebrek.

De zaak

De gemeente Hendrik-Ido-Ambacht organiseert een Europese openbare aanbesteding voor een tijdelijke opvanglocatie op het water in de vorm van een schip of ponton. Volgens het Programma van Eisen bedraagt de maximale beschikbare breedte van het schip of de ponton vijftien meter. De Gemeente is voornemens de Opdracht te gunnen aan het bedrijf Slaapschepen. Rederij River Roots en Rederij Le Formidable (hierna "River Roots c.s.") zijn het hier niet mee eens en starten een kort geding. De Gemeente heeft namelijk tijdens de aanbestedingsprocedure de breedte-eis gewijzigd naar maximaal dertig meter zonder dit duidelijk en transparant op TenderNed te publiceren. Alleen partijen die de opdracht handmatig hadden toegevoegd aan "Mijn Aanbestedingen" op TenderNed en/of door middel van een button op TenderNed hadden aangegeven op de hoogte te willen worden gehouden over de opdracht hebben het bericht van de gemeente over de wijziging van de breedte-eis ontvangen.

Aangezien de oorspronkelijke maximale beschikbare breedte van vijftien meter in combinatie met de overige eisen ertoe leidt dat maar weinig schepen voldoen aan de gestelde eisen, maakt een verruiming van de eis het aannemelijk dat meer marktpartijen aan de gestelde eisen kunnen voldoen. Doordat het aannemelijk is dat meer marktpartijen in de opdracht geïnteresseerd zouden zijn geweest als van meet af aan een ruimere breedte-eis was gehanteerd, kwalificeert het verruimen van de breedte-eis tot dertig meter als een wezenlijke wijziging zoals bedoeld in artikel 2.163g lid 3 sub a van de Aanbestedingswet 2012.

De voorzieningenrechter stelt vast dat de wijziging van de breedte-eis niet is gecommuniceerd aan alle marktpartijen die in potentie geïnteresseerd waren in de opdracht. Door niet alle potentiële geïnteresseerden op de hoogte te stellen van een wezenlijke wijziging in de voorwaarden van de opdracht, heeft de gemeente het gelijkheids- en transparantiebeginsel geschonden. De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat de aanbestedingsprocedure als gevolg van deze schending een fundamenteel gebrek bevat dat alleen kan worden hersteld door de Gemeente te verplichten tot heraanbesteding over te gaan als zij de opdracht alsnog wil gunnen.

Juridisch kader

- Het leerstuk van de wezenlijke wijziging vloeit voort uit de beginselen van gelijkheid en transparantie en vindt zijn oorsprong in het Presetext arrest van het Europese Hof van Justitie. Het leerstuk is opgenomen in hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet 2012. In deze artikelen, artikel 2.163a t/m 2.163g, is vastgelegd onder welke voorwaarden een overheidsopdracht mag worden gewijzigd.
- In Nederland wordt het leerstuk van de wezenlijke wijziging naar analogie ook toegepast op wijzigingen in de precontractuele fase, dus nog voordat gunning heeft plaatsgevonden.
- Een wijziging is in ieder geval wezenlijk (artikel 2.163g lid 3 van de Aanbestedingswet) wanneer:
 - 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;
 - de wijziging ervoor zorgt dat het economische evenwicht van de overeenkomst op niet-voorzienne 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
 - de wijziging inhoudt dat een andere opdrachtnemer in de plaats komt van degene aan wie de opdracht oorspronkelijk is gegund, anders dan vanwege een in artikel 2.163f Aw 2012 bedoeld geval.

Rechters aan het woord

- De rechtbank Rotterdam oordeelde in 2015 dat het in beginsel mogelijk is om voor het verstrijken van de termijn van inschrijving de in de aanbestedingsstukken bekendgemaakte producteisen nog te wijzigen. Een voorwaarde hiervoor is wel, dat de wijziging tijdig aan alle potentiële inschrijvers bekend is gemaakt, zodat zij hun beoogde inschrijving hierop hebben kunnen aanpassen. De rechtbank oordeelde dat in dit geval aan deze voorwaarde was voldaan, omdat alle geïnteresseerde mogelijke inschrijvers - die bekend waren doordat het inschrijfdocument gedownload moest worden - een e-mail hadden gekregen waarin hen is meegedeeld dat zij de nota van inlichtingen op Aanbestedingskalender.nl konden downloaden en inzien.
- Het Hof Leeuwarden oordeelde in 2009 dat het – met instemming van alle betrokkenen - laten vervallen van een tweetal subcriteria bij het onderdeel prijs tijdens de aanbesteding niet als wezenlijke wijziging kwalificeerde. Het ging om de optie verstelbaarheid armleuningen van scootmobielen (omdat alle geïnteresseerde aanbieders die standaard leverden) en het vervallen van de post onderhoud douchekrukjes (omdat deze krukjes geen onderhoud behoeften dan wel bij gebreken werden vervangen door een nieuw douchekrukje). Het Hof overweegt dat niet valt in te zien dat andere inschrijvers belangstelling voor de opdracht hadden getoond als zij hadden geweten dat de criteria verstelbaarheid armleuningen scootmobielen en onderhoudskosten douchekrukjes niet gehandhaafd zouden worden.
- De rechtbank Rotterdam oordeelde in 2019 dat het na de gunningsbeslissing wijzigen van het minimale vermogen van een sleepboot van 250 PK naar 450 PK en het veranderen van de beoogde ingangsdatum van de raamovereenkomst van 1 juli 2019 naar 1 juni 2020, wel waren aan te merken als een wezenlijke wijziging. In de eerste plaats valt niet uit te sluiten dat indien de Gemeente het gewijzigde minimale vermogen en de uitgestelde ingangsdatum in de aanbestedingsprocedure waren opgenomen, dit zou hebben geleid tot inschrijving door andere partijen. Het is volgens de rechtbank immers niet ondenkbaar dat er partijen 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.
- In Jurisprudentie Alarm editie nr. 3/2024 schreven wij dat het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in 2023 oordeelde dat er geen sprake was van een wezenlijke wijziging van de aanbestedingsvoorwaarden door TenneT. Het hof oordeelde dat de mogelijke splitsing van TenneT in twee cloudomgevingen (TenneTNL en TenneTDL), prijsaanpassingen en een nieuw opzeggingsrecht geen wezenlijke veranderingen vormden. De kernopdracht en technische eisen bleven gelijk, de wijzigingen waren transparant gecommuniceerd binnen de procedure en inschrijvers hadden voldoende gelegenheid om vragen te stellen.

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 één 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 “Presetext-toets” van artikel 2.163 g Aw 2012?

Wanneer een aanbestedende dienst een wijziging wenst door te voeren in de voorwaarden/scope van een opdracht, moet juist ook aandacht geschonken worden aan de partijen die niet betrokken zijn in de aanbestedingsprocedure. Ook zij moeten geïnformeerd worden over een wijziging: de wijziging zou immers kunnen leiden tot een andere kring van gegadigden.

Om er zeker van te zijn dat een wezenlijke wijziging in de voorwaarden/scope van een opdracht gecommuniceerd wordt aan alle marktpartijen die in potentie geïnteresseerd kunnen zijn in de opdracht, is het verstandig de wijziging als een rectificatie te publiceren. Hiervoor is in TenderNed een officieel EU-rectificatieformulier beschikbaar.



MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze [website](#).

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met [Van Doorne Advies](#)
Advocaten, notarissen & fiscalisten en [EPSA Procurement](#).

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne