epsa PROCUREMENT

Jurisprudentie Alarm

Prijsaanpassing geen wezenlijke wijziging?

nr. 23

De zaak

De Zweedse politie heeft in 2020 een aanbesteding uitgeschreven voor het afslepen van voertuigen. In het kader van deze aanbesteding moesten de inschrijvingen worden beoordeeld op basis van de laagste aangeboden prijs. De inschrijvers werden gevraagd een vaste prijs op te geven voor diensten waarbij het ophaalpunt van het te slepen voertuig zich bevond binnen een straal van 10 kilometer rond de plaats waar het voertuig naartoe moest worden teruggebracht, en een toeslag per kilometer voor het resterende deel van het traject voor transporten buiten deze straal. De aanbestedingsstukken gaven aan dat de prijzen gedurende de gehele looptijd van de opdracht niet gewijzigd mochten worden. De aanbesteding is begin 2021 afgerond met het sluiten van twee raamovereenkomsten, waarvan een met Lidköpings Biltjänst Hyr AB **('LBH')**.

De politie is in de loop van 2021 met de twee opdrachtnemers overeengekomen om de vergoedingsvoorwaarden in de twee raamovereenkomsten te wijzigen met als doel tot een evenwichtige verdeling van de kosten over de verschillende politiezones te komen, zonder de totale contractwaarde van de raamovereenkomsten te verhogen. Ten eerste is de straal waarbinnen een vaste prijs voor de afsleepdiensten wordt toegepast vergroot van 10 tot 50 km. Ten tweede zijn de aanvankelijk overeengekomen prijzen, zoals de vaste prijs per dienstverrichting, gewijzigd. De politie berekende dat toepassing van dit nieuwe vergoedingsmodel tot een marginale daling van de totale vergoeding van LBH leidde in vergelijking met de vergoeding die aanvankelijk in het vergoedingsmodel was voorzien.

De Zweedse mededingingsautoriteit verzocht de bestuursrechter de politie een geldboete op te leggen wegens het zonder nieuwe aanbestedingsprocedure wijzigen van de raamovereenkomsten. Dat verzoek is toegewezen op grond van wezenlijke wijziging; als het gewijzigde vergoedingsmodel deel van de aanvankelijke aanbesteding had uitgemaakt, had dit mogelijk geleid tot deelname van andere inschrijvers of een andere winnende inschrijving. Volgens de bestuursrechter is als gevolg van deze wijzigingen bovendien 'de algemene aard' van de met LBH gesloten raamovereenkomst veranderd.

De politie ging hiertegen in hoger beroep. De hoogste Zweedse bestuursrechter stelt vast dat de waarde van de wijzigingen in de raamovereenkomst lager is dan de in artikel 72, lid 2, van richtlijn 2014/24 bedoelde bedragen (te weten: onder de aanbestedingsdrempel en minder dan 10% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht voor leveringen en diensten of minder dan 15% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht voor werken). Derhalve moet worden nagegaan of deze wijzigingen de algemene aard van die raamovereenkomst hebben kunnen veranderen. Daartoe stelde hij een prejudiciële vraag aan het Europees Hof van Justitie **('HvJEU')**.

Het HvJEU stelt voorop dat dat het begrip *"verandering van de algemene aard van een raamovereenkomst"* (artikel 72, lid 2, richtlijn 2014/24) verschilt van het begrip "wezenlijke wijziging" (artikel 72, lid 4, richtlijn 2014/24). Het eerste begrip ziet enkel op de grootste wezenlijke wijzigingen die (i) een fundamentele verandering van het voorwerp van de raamovereenkomst of (ii) van het betrokken type raamovereenkomst

of (iii) zelfs een fundamentele aantasting van het evenwicht van die raamovereenkomst tot gevolg hebben, zodat zij geacht worden zodanig ingrijpend te zijn dat zij de raamovereenkomst in haar geheel transformeren. Hieruit volgt dat de enkele omstandigheid dat een wijziging de uitkomst van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure had kunnen beïnvloeden, zoals bij het begrip “wezenlijke wijziging” een voorwaarde is, als zodanig niet volstaat om vast te stellen dat deze wijziging de algemene aard van die raamovereenkomst verandert.

Voor wat betreft een wijziging van de in een raamovereenkomst vastgestelde vergoedingsmethode, benadrukt het HvJEU dat artikel 72 lid 2 van richtlijn 2014/24 uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorziet om de prijs van een opdracht of raamovereenkomst beperkt te wijzigen zonder dat opnieuw moet worden aanbesteed. Als het wijzigen van de vergoedingsmethode per definitie zou leiden tot een verandering van de algemene aard, zou dat meebrengen dat bij elke prijswijziging opnieuw moet worden aanbesteed. Een wijziging van de in een raamovereenkomst vastgestelde vergoedingsmethode die de totale waarde van deze raamovereenkomst marginaal verandert, kan dan ook geen fundamentele wijziging van het voorwerp of betrokken type van die raamovereenkomst tot gevolg hebben.

Wel kan een wijziging van de vergoedingsmethode die de totale waarde van de raamovereenkomst marginaal verandert, zoals een drastische wijziging van het evenwicht tussen de vaste en de variabele prijzen, in uitzonderlijke omstandigheden leiden tot een fundamentele aantasting van het evenwicht van die raamovereenkomst en dus tot een verandering van de algemene aard van die raamovereenkomst. Dit zal het geval zijn wanneer de herziening van de vergoedingsmethode leidt tot een situatie waarin de partijen bij de raamovereenkomst in een situatie komen te verkeren die duidelijk gunstiger is dan die welke zou zijn voortgevloeid uit de toepassing van de oorspronkelijk overeengekomen vergoedingsmethode.

Juridisch kader

- Artikel 72 van richtlijn 2014/24 schrijft voor in welke gevallen opdrachten en raamovereenkomsten gedurende de looptijd zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kunnen worden gewijzigd.

- Artikel 72 lid 2 van richtlijn 2014/24 bepaalt dat geen nieuwe aanbestedingsprocedure gehouden hoeft te worden indien het bedrag van de wijziging lager is dan de in artikel 4 van richtlijn 2014/24 genoemde drempels, en lager is dan 10% van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor leveringen en diensten of lager is dan 15% van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor werken. Indien het bedrag van de wijziging binnen de genoemde waarden blijft, moet worden beoordeeld of de wijziging de algemene aard van de overheidsopdracht niet wijzigt. Indien de aard van de opdracht wijzigt, moet in beginsel opnieuw worden aanbesteed. Indien de aard van de opdracht niet wijzigt, kan de wijziging plaatsvinden zonder dat opnieuw hoeft te worden aanbesteed.

- De Nederlandse wetgever heeft artikel 72 lid 2 van richtlijn 2014/24 vastgelegd in artikel 2.163b Aw 2012.

Rechters aan het woord

- In 2024 overwoog de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam dat een partij te maken had met kostenstijgingen die de opdracht voor haar verlieslijdend maakten. In die omstandigheid was volgens de rechtbank voldoende rechtvaardiging gelegen voor een risicoverdeling tussen partijen en de wijziging van de prijs met maximaal tien procent ten opzichte van de oorspronkelijke opdrachtsom. Daarmee wijzigt de algemene aard van de opdracht (te weten: levering van PMD inzamelzakken tegen een vooraf overeengekomen prijs) volgens de rechtbank niet en is dus geen sprake van een wezenlijke wijziging. De Overeenkomst kon dus worden gecontinueerd met de wijziging zonder dat een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden georganiseerd. Vraag is of de rechtbank met wetenschap van het besproken arrest uit oktober tot eenzelfde oordeel zou zijn gekomen.

- In 2021 oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Limburg dat, mede in de zin van artikel 2.163b Aw 2012, geen sprake was van een wezenlijke wijziging van de overeenkomst. Redenen hiervoor waren dat de wijziging niet tot een andere uitkomst van de aanbesteding zou hebben geleid, en dat niet onderbouwd is dat de wijziging tot een substantiële waardeverandering of een verstoring van het evenwicht leidt.

- Vanuit historisch perspectief is het Pressetext-arrest uit 2008 relevant, welk arrest is gecodificeerd in artikel 72 lid 4 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.163g leden 1 en 2 Aw 2012. In dit arrest liet het HvJEU zich voor het eerst uit over de gevolgen van wijzigingen tijdens de looptijd van een overeenkomst. Conclusie was dat in geval van een 'wezenlijke' wijziging van een lopende overeenkomst een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd. Er was volgens het HvJEU sprake van een 'wezenlijke' wijziging als:
    - de wijziging voorwaarden invoert die, als zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot (i) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten óf tot (ii) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;
    - de wijziging de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen;
    - de wijziging het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.

Tips voor de praktijk

- Houd rekening met het feit dat de bevoegdheid om een opdracht of (raam)overeenkomst te wijzigen niet onbegrensd is, ook niet bij wijzigingen onder de de-minimisdrempels. De uitspraak van het HvJEU toont aan dat de wijziging er nooit toe mag leiden dat de opdrachtnemer in een duidelijk gunstigere positie komt te verkeren.

- Het aanpassen van uw vergoedingsmethode is niet automatisch problematisch. Pas op voor situaties waarbij de aanpassing leidt tot een 'fundamentele aantasting van het evenwicht'. Dit gebeurt wanneer de wijziging uw contractspartij in een veel gunstigere positie brengt dan oorspronkelijk bedoeld. Een kleine verslechtering van de positie van partijen door de prijsaanpassing is daarentegen meestal geen probleem.

- Bij een beoordeling in het kader van artikel 72 lid 2 van richtlijn 2014/24 hoeft u zich in beginsel niet af te vragen of de wijziging tot een andere uitkomst van de aanbesteding zou hebben geleid. Deze vraag is wel relevant bij de toets voor 'wezenlijke wijziging', maar niet bij de vraag of de algemene aard van uw raamovereenkomst verandert.

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