

Jurisprudentie Alarm

Aanpassing eis ná gunning toegestaan:
géén 'wezenlijke wijziging'

De zaak

De Gemeente Rotterdam ("de Gemeente") heeft een Europese openbare aanbesteding voor het verrichten van doelgroepenvervoer ("de Opdracht") definitief gegund aan RMC Nederland ("RMC"). Na gunning is de Gemeente voornemens Eis 184 van het Programma van Eisen aan te passen. Deze Eis beperkt Collectief Aanvullend Vervoer ("CAV-ritten") tot maximaal 25 kilometer van het woonadres, met een uitzonderingsmogelijkheid ná onderling overleg. De Gemeente wil de 25-kilometerbeperking laten vervallen voor CAV-ritten waarvan vertrek- en aankomstpunt binnen de gemeentegrenzen liggen.

Trevvel B.V. ("Trevvel") maakt bezwaar tegen deze wijziging en stelt dat het gaat om een wezenlijke wijziging. Volgens Trevvel moet de Gemeente de CAV-ritten van méér dan 25 kilometer afzonderlijk aanbesteden óf de Opdracht heraanbesteden. Trevvel vordert om die reden in kort geding dat de Gemeente de voorgenomen aanpassing intrekt en alsnog aanbesteedt.

De voorzieningenrechter oordeelt dat sprake is van een 'wijziging' van de Opdracht, doordat de Gemeente het voornemen expliciet als 'wijziging' heeft aangemerkt. Bovendien is ook feitelijk sprake van een 'wijziging'. De uitzonderingsmogelijkheid die is opgenomen in het programma van eisen maakt dit niet anders. In eis 184 staat immers duidelijk dat een afwijking op de regel dat langere CAV-ritten uitgesloten zijn, slechts incidenteel mogelijk is ná overleg. Door een deel van deze langere CAV-ritten structureel toe te laten, wordt de reikwijdte van de eis verruimd. Dit gaat verder dan een toepassing van de bestaande uitzonderingsmogelijkheid.

De voorzieningenrechter beoordeelt vervolgens of deze 'wijziging' is toegestaan dan wel kwalificeert als 'wezenlijke wijziging'. Daarvan is sprake indien de opdracht als gevolg van de 'wijziging' materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht (artikel 2.163g lid 2 Aanbestedingswet 2012 ("Aw 2012")). De Aw 2012 bevat een niet-limitatieve opsomming van gevallen waarin een 'wijziging' in ieder geval als 'wezenlijk' wordt aangemerkt (artikel 2.163g lid 3 Aw 2012).

Ten aanzien van de stelling dat de 'wijziging' gunning aan een andere inschrijver meebrengt al zou deze onderdeel zijn van de oorspronkelijke Opdracht (artikel 2.163g lid 3 sub a Aw 2012), oordeelt de voorzieningenrechter dat niet aannemelijk is dat de 'wijziging' tot een andere uitkomst van de aanbesteding had kunnen leiden. De inschrijvingen zijn beoordeeld op 'prijs' en 'kwaliteit', waarbij RMC als enige inschrijver op beide criteria het maximale aantal punten behaalde. Zelfs als andere inschrijvers door de 'wijziging' beter hadden gescoord op 'prijs', hadden zij niet kunnen opwegen tegen de hogere kwaliteitsscore van RMC.

Ook het beroep dat sprake is van een situatie waarin de 'wijziging' het 'economisch evenwicht' van de Opdracht ten gunste van RMC wijzigt op een wijze die niet in de Opdracht is voorzien (artikel 2.163g lid 3 sub a Aw 2012), slaagt niet. Voor een 'verschuiving van het economisch evenwicht' is vereist dat de 'wijziging' de Opdracht voor RMC 'substantieel' economisch gunstiger maakt. Daarvan is geen sprake. In de

Opdracht was al voorzien in de mogelijkheid om (incidenteel) CAV-ritten van meer dan 25 kilometer uit te voeren, zodat een deel van de daarmee gemoeide omzet al was verdisconteerd. Bovendien ziet de 'wijziging' op een beperkt aantal CAV-ritten dat binnen de bandbreedte van de Opdracht blijft. Verder is niet aannemelijk gemaakt dat langere CAV-ritten structureel winstgevender zijn dan kortere CAV-ritten.

Daartegenover staan juist aanvullende kosten en beperktere combinatie-mogelijkheden. Ook de financiële impact van de 'wijziging' is beperkt. De 'wijziging' leidt naar schatting tot een omzetstijging van maximaal 3,86% van de totale opdrachtwaarde, wat niet als 'substantieel' kan worden aangemerkt.

Gelet op het voorgaande concludeert de voorzieningenrechter dat geen sprake is van een 'wezenlijke wijziging' en wijst de vorderingen af. De Gemeente mocht Eis 184 derhalve wijzigen zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure te doorlopen.

Juridisch kader

- **Artikel 2.163g lid 1 Aw 2012** biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid een overheidsopdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure te 'wijzigen', mits de 'wijziging' – ongeacht de waarde – niet 'wezenlijk' is.
- **Artikel 2.163g lid 2 Aw 2012** bepaalt dat een 'wijziging' van een overheidsopdracht als 'wezenlijk' wordt aangemerkt indien de overheidsopdracht daardoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht.
- **Artikel 2.163g lid 3 Aw 2012** bepaalt dat een 'wijziging' van een overheidsopdracht in ieder geval als 'wezenlijk' wordt aangemerkt indien:
 - de 'wijziging' voorziet in voorwaarden die, indien zij deel hadden uitgemaakt van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure, de toelating van andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden, de gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver of de deelname van aanvullende deelnemers mogelijk zouden hebben gemaakt,
 - de 'wijziging' het economisch evenwicht van de overheidsopdracht ten gunste van de opdrachtnemer wijzigt op een wijze die niet in de oorspronkelijke overheidsopdracht was voorzien,
 - de 'wijziging' leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht, of
 - de 'wijziging' ertoe leidt dat een nieuwe opdrachtnemer de plaats inneemt van de oorspronkelijke opdrachtnemer, anders dan in artikel 2.163f bedoeld geval.

Rechters aan het woord

- In 2024 oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland dat het niet langer betrekken van de onderaannemer waarmee opdrachtnemer de oorspronkelijke opdracht is gestart, geen wezenlijke wijziging van de opdracht vormt. Uit de motivering van de gunningsbeslissing blijkt dat de keuze voor opdrachtnemer niet van doorslaggevend belang is geweest bij de gunning. Evenmin is er sprake van een verschuiving van het economisch evenwicht of van wijzigingen in de vereisten van de opdracht. Er bestaat bovendien geen doorlopende verplichting voor opdrachtnemer om dezelfde onderaannemer voor de vervolgoopdracht in te schakelen.
- De rechtbank Den Haag wees in 2024 de vorderingen tot beëindiging en heraanbesteding van de overeenkomsten af. Er is geen sprake van een wezenlijke wijziging ten opzichte van de opdracht zoals die is aanbesteed. Dat opdrachtnemer niet aan bepaalde voorschriften voldoet, leidt er in beginsel niet toe dat opdrachtnemer tekortschiet in zijn verplichting naar opdrachtgever om de geldende voorschriften na te leven. Het betekent immers niet dat opdrachtgever er genoeg mee neemt dat voorschriften niet worden nageleefd, en zo instemt met een wezenlijk andere uitvoering van de overeenkomsten.
- De Hoge Raad oordeelde in 2025 dat het achteraf toestaan van tussentijdse vervanging van een onderaannemer, niet leidt tot een wezenlijke wijziging. De kring van gegadigden zou er niet anders uit hebben gezien als dit al vanaf het begin was toegestaan. Ook had het al vanaf het begin toestaan van tussentijdse vervanging van een onderaannemer er niet toe hebben geleid dat mogelijk meer ondernemers zich zouden hebben ingeschreven.

Tips voor de praktijk

 Motiveer bij iedere contractwijziging expliciet waarom deze noodzakelijk is en waarom geen sprake is van een 'wezenlijke wijziging'. Een goed gedocumenteerde afweging is essentieel om de rechtmatigheid van de 'wijziging' achteraf te kunnen onderbouwen.

 Neem waar mogelijk duidelijke en specifieke herzieningsclausules op in de aanbestedingsstukken. Hoe concreter de mogelijke wijzigings- en uitbreidingsmogelijkheden vooraf zijn omschreven, hoe kleiner de kans dat een latere aanpassing wordt aangemerkt als 'wezenlijke wijziging'.



MEER WETEN?

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

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

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne