

Publicatie: Tender Nieuwsbrief
Aflevering: 2019/1
Publicatiedatum: 25 januari 2019
Auteurs: mr. R.S. Damsma, mr. J.U. Vonk Noordegraaf

Wezenlijke wijziging – knelpunten in de praktijk

Een van de consequenties van aanbesteden is dat een vergeven opdracht niet wezenlijk gewijzigd mag worden. Zou dat anders zijn, dan zou immers de vraag ontstaan waarover de competitie eigenlijk heeft plaatsgevonden. De ‘wezenlijke wijziging’ kennen we oorspronkelijk uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU.¹ Inmiddels is de regeling met enige aanvullingen en verduidelijkingen gecodificeerd in artikel 2.163a Aanbestedingswet 2012 (Aw) en verder. Deze codificatie is op zichzelf toe te juichen, onder meer omdat zij een aantal uitzonderingen bevat die het soms wat rigoureuze regime van de wezenlijke wijziging op een goede wijze nuanceert. Zoals echter bij vrijwel alle codificaties het geval is, leidt ook deze tot nieuwe knelpunten en interpretatievragen, waarvan wij er hierna een aantal zullen bespreken.

Hoe bereken je de waarde van een wijziging?

Een belangrijke vernieuwing sinds 2016 is de invoering van zogenaamde ‘safe harbours’ in artikel 2.163b Aw, de *de minimis*-uitzondering. Zo kan een overheidsopdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd indien het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan 10% van de waarde van de oorspronkelijke overheidsopdracht voor leveringen en diensten en 15% voor werken, met als absoluut maximum de drempelwaarde.

De vraag is dan vervolgens hoe de waarde van een wijziging berekend moet worden. Dit terwijl de waarde van de wijziging cruciaal is om te bepalen of onder de genoemde drempelbedragen wordt gebleven. Echter, noch in de wet zelf, noch in de parlementaire totstandkomingsgeschiedenis (zowel nationaal als Europees) zijn hiervoor handvatten aangereikt en jurisprudentie op dit punt ontbreekt vooralsnog.

Een voorbeeld dat illustreert tot welke praktijkproblemen dit kan leiden. Stel, inschrijvers moeten een product aanbieden aan een aanbestedende dienst met tien verplichte gelijke functionaliteiten. De inschrijver die krijgt gegund heeft € 20 geboden. Stel deze inschrijver aan wie is gegund en de aanbestedende dienst komen overeen dat het product een extra, elfde functionaliteit zal hebben omdat dit meer overeenkomt met wat de aanbestedende dienst wenst. Hoe dient de waarde van de wijziging dan berekend te worden? De stelling kan worden ingenomen dat het product per functionaliteit € 2 duurder wordt, dan zou het product dus € 22 gaan kosten en is de waarde van de wijziging € 2 per product: het verschil tussen het product met tien functionaliteiten dat € 20 kost en het product met elf functionaliteiten dat € 22 kost. Eveneens verdedigbaar is de stelling dat er sprake is van een heel nieuw product en dat de waarde van de wijziging daarom € 22 per product betreft. Er bestaat op dit punt dus onduidelijkheid.

Daarnaast is het nog maar de vraag of de *de minimis*-uitzondering van artikel 2.163b Aw überhaupt van toepassing kan zijn op dergelijke situaties omdat hier sprake is van een wijziging in het product zelf, waardoor een ander product ontstaat. Is dat mogelijk of is een dergelijke wijze van berekenen alleen mogelijk indien sprake is van een verhoging van het *aantal* van *hetzelfde* product? Voor dat laatste geval is er echter al een aparte uitzondering in de Aanbestedingswet, namelijk artikel 2.163d, waardoor het mogelijk is om onder bepaalde voorwaarden onderhands extra opdrachten te geven aan een aanbestede partij die niet onder de oorspronkelijk aanbestede overheidsopdracht vielen.

Een vraag die in het verlengde ligt, is of de *de minimis*-uitzondering ook gebruikt kan worden voor enkel een ‘platte’ prijsverhoging die binnen de *de minimis*-uitzondering blijft. Stel dat een bepaalde dienst geleverd zal worden tegen een vooraf vastgesteld vast bedrag, maar dat de aanbestedende dienst extra budget ter beschikking wil stellen omdat het achteraf gezien niet mogelijk blijkt om de dienst tegen het vastgestelde budget te leveren. Gelet op de tekst van de richtlijnen en de wet zijn er geen aanwijzingen dat de reikwijdte van de *de minimis*-uitzondering op enigerlei wijze beperkt is. Een functionele wijziging – zoals een extra functionaliteit toevoegen aan een product – die niet zou zijn

toegestaan en een 'platte' prijsverhoging wel, wringt met elkaar. Kortom: ons lijkt het het meest logisch dat artikel 2.163b Aw in principe toepasbaar is op elke soort wijziging, ook als de waarde van de wijziging moeilijk te berekenen is. In een dergelijk geval kan wellicht een rapport van een deskundige uitkomst bieden.

Zijn schikkingsonderhandelingen nog mogelijk bij aanbestede contracten?

In geval van een conflict over de interpretatie/uitvoering van een contract verdient minnelijke schikking in beginsel de voorkeur boven een gang naar de rechter. Bij aanbestede of aan te besteden contracten is de ruimte voor de aanbestedende dienst om te schikken echter beperkt, aangezien ook een wijziging van (de uitvoering van) het contract als uitkomst van schikkingsonderhandelingen kan kwalificeren als wezenlijke wijziging. Uit het Finn Frogne-arrest² van het Hof van Justitie EU volgt namelijk dat een aanbestedende dienst ook na schikkingsonderhandelingen – in de casus waar het over oordeelde: na objectieve problemen met onvoorzienbare gevolgen – gebonden is aan de voorwaarden van het contract. Wat in onze optiek met name kan knellen, is dat het erop lijkt dat het voor het Hof niet lijkt uit te maken of de aanbestedende dienst legitieme redenen heeft voor het afwijken van een aanbesteed contract, zoals een goede relatie met de gecontracteerde partij, kosten en het voorkomen van procedures.

Dit roept de vraag op of een 'ouderwetse' schikking waarbij beide partijen wat water bij de wijn doen waardoor de voorwaarden van het contract (mogelijk) wijzigen bij aanbestede contracten nog wel mogelijk is. Het lijkt ons dat ook aanbesteders wel gelegenheid moet worden geboden om tot een vergelijk te kunnen komen met hun contractanten, zonder dat de rechter er altijd aan te pas moet komen om te bepalen wie er gelijk heeft. Wij noemen hieronder twee mogelijke oplossingsrichtingen waaraan gedacht kan worden om te voorkomen dat een gang naar de rechter moet worden gemaakt dan wel een contract wellicht onnodig voortijdig moet worden (her)aanbesteed met alle kosten van dien.

Als eerste, stel dat partijen het erover eens zijn dat de gegunde inschrijver er niet in slaagt om aan de voorwaarden van het aanbestede contract te voldoen. Er staat aldus vast dat sprake is van wanprestatie door de inschrijver/contractant. Een dergelijk scenario deed zich voor bij de recent door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag gewezen 'strooizout-zaak'.³ Het door de contractant geleverde strooizout voldeed niet aan de afgesproken korrelverdeling. De vraag in dit soort situaties is of de aanbestedende dienst altijd moet kiezen voor ontbinding of dat de aanbestedende dienst ook andere contractuele of wettelijke remedies ter dienste staan. De 'strooizout-zaak' biedt aanwijzingen dat mogelijk ook andere remedies gekozen kunnen worden. In de 'strooizout-zaak' werd het contract door de rechter zo geïnterpreteerd dat op grond van het contract bij een wanprestatie als die voorlag er (slechts) een keuze was tussen volledige vervanging of (volledige) ontbinding van het contract. Aangezien volledige vervanging niet mogelijk bleek, bleef slechts ontbinding over. Of dat een juiste uitleg van het contract is geweest, is zonder precieze kennis van de feiten van de zaak moeilijk te beoordelen en laten wij hier dan ook in het midden.

Belangrijk is echter dat bij andere contracten waarbij de gecontracteerde partij wanpresteert, er wellicht (meer) contractuele en wettelijke remedies mogelijk zijn. Te denken valt aan schadevergoeding, inning van boetes (als er boeteclausules zijn overeengekomen) of ook aan gedeeltelijke ontbinding in de vorm van prijsvermindering. Hierbij moet in gedachten worden gehouden dat op grond van vaste rechtspraak in beginsel de schuldeiser (in dit geval: de aanbestedende dienst) kiest welke remedie hij toepast. Om die reden menen wij dat als de aanbestedende dienst ervoor kiest om een wanprestatie af te doen met een andere remedie dan het verlangen van onverkorte nakoming of ontbinding, hij nog steeds conform de voorwaarden van het contract handelt. Immers, van tevoren was al bekend dat de aanbestedende dienst kon kiezen voor alternatieve remedies. Er is wellicht een risico dat de inschrijver/contractant de gok waagt en inschrijft terwijl hij weet niet aan de voorwaarden te zullen/kunnen voldoen, maar een boete voor lief neemt. Het is echter wel riskant voor de inschrijver om erop te gokken dat enkel de boete verschuldigd zal zijn indien niet wordt voldaan aan de voorwaarden. In de meeste gevallen zal het immers zo zijn dat de aanbestedende dienst kiest welke remedie hij toepast als niet aan de eisen wordt voldaan. Van tevoren weet de inschrijver niet of de aanbestedende dienst niet toch voor ontbinding zal gaan. Dat risico ligt met name op de loer als de aanbestedende dienst echt weinig kan met de aangeleverde oplossing. In de praktijk is het daarom van groot belang om met een ruime blik naar een aanbesteed contract te kijken en te bezien of het mogelijk is om te kiezen voor een wettelijke of contractuele remedie anders dan nakoming of ontbinding.

Een volgende oplossingsrichting, in het verlengde van het vorige, is erin gelegen dat een contract vaak niet 'zwart-wit'

is, maar juist multi- interpretabil. De aanbestedende dienst heeft een bepaalde lezing van het contract die erop neerkomt dat de contractant wanpresteert en de contractant heeft een andere lezing waardoor hij niet wanpresteert. Het is erg moeilijk van tevoren te bepalen welke lezing objectief de 'juiste' is. Het komt geregeld voor dat beide lezingen in meer of mindere mate verdedigbaar zijn. Het gaat wel heel ver als de aanbestedende dienst verplicht zou zijn om voor een harde lijn te moeten kiezen en zou moeten vasthouden aan zijn eigen interpretatie en er niet voor mag kiezen om uiteindelijk tot een oplossing te komen waarin geheel of gedeeltelijk wordt toegegeven aan de contractant.

We geven het voorbeeld van een boeteclausule in een aanbesteed aannemingscontract. Stel deze boeteclausule houdt in dat er boetes gelden per mijlpaal bij de ontwikkeling van een bouwproject bestaande uit verschillende gebouwen en dat de boete is gemaximeerd. Er kan bijvoorbeeld, als de boeteclausule niet zo duidelijk geformuleerd is, discussie ontstaan over de vraag of de boete per gebouw (verschillend) is en of de maximale boete ziet op de maximale boete per mijlpaal of op de totale boete per gebouw of op de totale boete voor het gehele bouwproject. In hoeverre kunnen partijen in een schikking dan overeenkomen: wij kiezen voor een bepaalde interpretatie die tegemoetkomt aan de bezwaren van de contractant maar wel verdedigbaar is na toepassing van de in het aanbestedingsrecht gebruikelijke cao-norm (taalkundige uitleg, objectieve maatstaven) zodat de aanbestedende dienst niet te veel risico loopt dat de wijziging als wezenlijke wijziging wordt gekwalificeerd? Het lijkt ons dat dit mogelijk moet zijn.

Hoe gedetailleerd dient een herzieningsclausule te zijn?

In veel aanbestede contracten – waarbij enigszins wordt voorzien dat er een wijziging in de toekomst plaats zou kunnen vinden – is een clausule opgenomen waarin staat dat het contract gewijzigd kan worden. Deze mogelijkheid wordt geboden in artikel 2.163c Aw. Dit artikel bepaalt onder meer dat een herzieningsclausule (zoals dit artikel het noemt) duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig dient te zijn. Een herzieningsclausule dient (i) de omvang en aard van mogelijke wijzigingen of opties te omschrijven, (ii) de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt te noemen, en (iii) niet de algemene aard van de opdracht te kunnen veranderen. De vraag is echter hoe gedetailleerd een dergelijke herzieningsclausule dient te zijn. Hoe uitgebreid dient opgeschreven te worden onder welke voorwaarden en binnen welke bandbreedte(s) het contract gewijzigd mag worden? Er bestaat voor zover wij weten nog geen jurisprudentie over de gedetailleerdheid van herzieningsclausules. Duidelijk is wel dat een brede en ruime herzieningsclausule zonder duidelijke formulering, waardoor elke wijziging mogelijk zou moeten worden, niet door de beugel kan. Helemaal lastig wordt het bij het opnemen van een clausule voor bijvoorbeeld een extra functionaliteit die ten tijde van het afsluiten van het contract nog niet bestaat, maar een puur toekomstige ontwikkeling betreft. Hoe wordt de prijs hiervoor bepaald? Is het überhaupt mogelijk om hier een herzieningsclausule voor te maken en wat dient er dan opgenomen te worden in een dergelijke herzieningsclausule? Vragen waar nog geen (eenduidig) antwoord op is.

Conclusie

Het is een goede ontwikkeling dat er een wettelijke regeling over de wezenlijke wijziging is gekomen. Hopelijk komt er ten aanzien van interpretatiekwesties waar de praktijk mee worstelt, waarvan wij er hiervoor niet-uitputtend een aantal hebben genoemd, snel de nodige duidelijkheid in de vorm van jurisprudentie of adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

mr. R.S. Damsma en mr. J.U. Vonk

Noordegraaf Loyens & Loeff N.V.

1) HvJEG 19 juni 2008, C454/06, ECLI:EU:C:2008:351 (Presstext-arrest).

2) HvJEU 7 september 2016, C-549/14, ECLI:EU:C:2016:634.

3) Rb. Den Haag 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940.