



WEZENLIJKE WIJZIGING

Reflexwerking in de aanbestedingsfase

21 november 2018
Daan Versteeg

versteeg@rozemond.nl

nl.linkedin.com/in/daan-versteeg-9381b43

Lang uiteenlopende jurisprudentie

- Zie bijv. Essers 2017: praktische v. strikte benadering
- Met name terughoudendheid bij gunningscriteria

"93 De gunningscriteria zelf mogen a fortiori niet worden gewijzigd gedurende de aanbestedingsprocedure."

HvJ EU 4 december 2003, C-448/01 (Wienstrom)

Kaders

- Criteria voor onderscheid toelaatbare en wezenlijke wijziging ná gunning
HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (Pressetext)
- Reflexwerking wezenlijke wijziging in aanbestedingsfase
"Hoewel de mogelijkheden van een aanbestedende dienst om bij nota van inlichtingen wijzigingen in het bestek aan te brengen niet onbeperkt zijn, is er geen grond de grenzen enger te leggen dan ze in het Pressetext arrest zijn gesteld."
Hof Leeuwarden 12 mei 2009, JAAN 2009/64

Hoofdregel

- Het gaat om de kring van gegadigden

"55 [...] maar kan langs deze weg niet — zij het ook door correcties — de betekenis worden gewijzigd van de belangrijkste voorwaarden [...] — waaronder de technische specificaties en de gunningscriteria — zoals die in het bestek zijn geformuleerd en waarop de belanghebbende marktdeelnemers zich rechtmatig hebben gebaseerd voor hun beslissing, een offerte voor te bereiden of juist van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure af te zien."

HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, (Max-Havelaar)

- Oplossing: rectificatie
- Nationaal, bijv.: CvA 13 juni 2014, Advies 105, Vزر. Gelderland 15 december 2017, JAAN 2018/44

Lakmoesproef

- De Tinderende Tendermanager

Scant aankondigingen op bijv.:

- omvang opdracht
- verhouding prijs kwaliteit
- uitdagende eisen



- Alleen aankondiging of ook bestek?

HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, (Max-Havelaar)

v.

CvA 20 oktober 2015, advies 286, JAAN 2016/216

- Fout: verantwoordelijkheid Tendermanager om Nvl te blijven volgen
"IV-Water heeft er op gewezen dat potentiële inschrijvers die zich na registratie bij ProjectNed weer uitgelogd geen melding van het verschijnen van de Nota van Inlichtingen hebben ontvangen. Dit komt echter voor risico van deze ondernemingen, nu zij bekend moeten worden geacht met het feit dat in de loop van de aanbestedingsprocedure nog een Nota van Inlichtingen volgt die van belang kan zijn voor hun keuze om al dan niet op de aanbesteding in te schrijven."

Vzr. Utrecht 16 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY3469

- Goed:

"kunnen hebben afgezien van een inschrijving op grond van die criteria en dat, wanneer dat gunningscriterium op een later moment wordt gewijzigd, potentiële inschrijvers die niet meedoen aan de aanbestedingsprocedure dan mogelijk toch mee hadden willen doen, maar daartoe geen kans meer hebben gehad"

Vzr. Gelderland 15 december 2017, JAAN 2018/44

- Naast wezenlijkheid, ook proportionaliteit

Vzr. Gelderland 15 december 2017, JAAN 2018/44

- Alleen verruiming of ook beperking kring van gegadigden?

"Niet aannemelijk is dat sprake is van het invoeren van een wijziging die de groep van potentiële Inschrijvers zou hebben vergroot, [...] geen sprake van een wijziging van het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer"

Kring wijzigt niet, maar inhoud inschrijving wel

- Artikel 2.73 lid 1 sub d Aw

*“Een aanbestedende dienst verlengt de termijnen voor het indienen van de inschrijvingen [...], indien:
[...]*

d. de aanbestedingsstukken aanzienlijk gewijzigd zijn.”

- Artikel 2.54 lid 1Aw

“nadere inlichtingen over de aanbestedingsstukken uiterlijk tien dagen voor de uiterste datum voor datum voor het indienen van de inschrijvingen”

Vzr. Midden-Nederland 12 februari 2016, JAAN 2016/139

- Gelegenheid bieden tot aanpassing inschrijving

“een andere inschrijving had ingediend, wanneer zij eerder had geweten dat ... ”

Vzr. Rotterdam 3 juli 2017, JAAN 2017/225

Reflex Pressetext / artikel 2.163g Aw

- *“Niet elke aanzienlijke wijziging is ook een wezenlijke wijziging”*

Vzr. Rotterdam 3 juli 2017, JAAN 2017/225

- Artikel 2.163b – de minimis
 < drempel
 <10% waarde oorspronkelijke overheidsopdracht leveringen en diensten

- Kort geding ná inschrijving, is inschrijven en inschrijven is:
 - bewijs van voortdurende interesse in de opdracht
 - vragen om rechtsverwerking

Uitzondering: Vزر. Rotterdam 3 juli 2017, JAAN 2017/225
- Kort geding vóór inschrijving:
 - verzet tegen aanpassen eisen?
 - meer tijd voor verwerking aanzienlijke wijziging?
- Kort geding na 'afhaken' vanwege verlies interesse?
 - kring niet vergroot, economisch evenwicht nadeliger
 - kort vóór inschrijving, ná kostbare deelname aan de procedure:
toch onrechtmatig? Vordering vergoeding tenderkosten?

Opties voor de thuisblijvende tinderende tendermanager

- Kort geding niet aan de orde
- Procedure voor schadevergoeding
 - positief contractbelang: lastige bewijspositie
 - negatief contractbelang: niet aanwezig
- Wira-procedure – Reflex: art. 4.15 lid 1 sub a Aw

“de overeenkomst gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie”

Wezenlijke wijziging – na gunning – leidt (ook) tot beroep op art. 4.15 Aw,
Vzr Den Haag 26 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12716 / CvA 13 juni 2018, advies 469



- Wezenlijke wijziging van de eisen en gunningscriteria leidt tot vergroting van de kring van gegadigden
 - ontoelaatbaar
 - rectificatie aankondiging
- Aanzienlijke, maar niet wezenlijke, wijziging is toelaatbaar, mits voldoende tijd voor verwerking in aanbidding
- Reflexwerking leerstuk wezenlijke wijziging toont zich in:
 - toepassing Pressetext-criteria
 - toepassing artt. 2.163g en mogelijk 2.163a Aw
 - rechtsbescherming v/d thuisblijver via art. 4.15 Aw



WEZENLIJKE WIJZIGING

Reflexwerking in de aanbestedingsfase

21 november 2018
Daan Versteeg

versteeg@rozemond.nl

nl.linkedin.com/in/daan-versteeg-9381b43