

Wijzigingen (en) het Europese aanbestedingsrecht

Prof dr. Steven Van Garsse



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

Overzicht

- Intro
- Wijzigingen tijdens de aanbesteding
- Wijzigingen na de aanbesteding
- Ruime (nationale) casuïstiek/praktijk
- Het EU-aanbestedingsrecht
- Enkele arresten
- Presetext tijdens aanbesteding?
- Slotbeschouwingen



Intro

- Aanbestedingsprocedures en de uitvoering van contracten strekt zich uit over soms zeer lange periodes
- Hoe omgaan met wijzigingen tijdens de aanbesteding en na sluiting?
- VW van veel discussie en een aanhoudend contentieux...

PRAKTIJK=

- Wijzigingen soms/vaak nodig
 - Lange duur, onvermijdelijk
 - Evoluties/flexibiliteit/gewijzigde omstandigheden
 - Nodig om aanbesteding te kunnen afronden of contractsuitvoering succesvol te kunnen afronden



Intro

- Overweging 109 richtlijn klassieke sectoren

“ Contracting authorities can be faced with external circumstances that they could not foresee when they awarded the contract, in particular when the performance of the contract covers a long period. In this case, a certain degree of flexibility is needed to adapt the contract to those circumstances without a new procurement procedure. The notion of unforeseeable circumstances refers to circumstances that could not have been predicted despite reasonably diligent preparation of the initial award by the contracting authority, taking into account its available means, the nature and characteristics of the specific project, good practice in the field in question and the need to ensure an appropriate relationship between the resources spent in preparing the award and its foreseeable value. However, this cannot apply in cases where a modification results in an alteration of the nature of the overall procurement, for instance by replacing the works, supplies or services to be procured by something different or by fundamentally changing the type of procurement since, in such a situation, a hypothetical influence on the outcome may be assumed.”

Wijzigingen tijdens de aanbestedingsprocedure

- Wijzigingen aan de zijde van de inschrijver/deelnemer
 - Verandering van samenstelling van consortium
 - Verandering van ingediende stukken
 - Verandering van situatie van betrouwbaarheid of zelfs faillissement
 - ...
- Wijzigingen aan de zijde van de aanbestedende overheid
 - Wijzigende behoefte
 - Wijziging in hoedanigheden
 - Wijziging in technische specificaties
 - Wijziging in het voorwerp van de opdracht
 - Wijziging in contractvoorwaarden
 -

Wijziging na contractsluiting

- Wijziging aan de zijde van de uitvoerder
 - Samenstelling team
 - Alternatieve oplossingen
 - ...
- Wijzigingen aan de zijde van de overheid
 - Gewijzigde behoeften
 - Wijziging van hoedanigheid
 - Prijs/prijsmechanismen
 - Contractuele modaliteiten
 -
 - Discussies over niet afdwinging, ontbinding en impliciete wezenlijke wijziging



Ruime casuïstiek/praktijk

- Zowel op EU-niveau
- Maar ook nationaal: BE, NL, Frankrijk,... weliswaar niet altijd goed ontsloten
- Bijvoorbeeld België: Rvs vs Gewone (civiele) rechter



Vervolg

- Rechtbank Limburg, 28-01-2016: Het alsnog laten indienen van een bijlage bij de inschrijving ziet in casu niet op het herstel van een klaarblijkelijk eenvoudige precisering van de inschrijving of kennelijke fout, maar ziet op een wezenlijke wijziging (toevoegen van inhoudelijke informatie) van de inschrijving.
- Rechtbank Den Haag, 04-12-2024: Geen grond voor vernietiging op grond van 4.15 lid 1 sub a Aw (geen wezenlijke wijziging van de opdracht) en geen onrechtmatige daad Defensie door afwijking van de regels of de voorwaarden toe te staan bij uitvoering van de opdracht



- **Rechtbank Den Haag, 25-06-2025.** Eiseres: Thebigword is structureel tekortgeschoten in de uitvoering van de Raamovereenkomst. Zij leverde vertalingen te laat aan, was geregeld niet in staat een vertaling aan te leveren en zette vertalers zonder de vereiste kwalificaties in. Hoewel correcte vertalingen van essentieel belang zijn voor het strafproces, heeft de Staat nagelaten effectief tegen tekortkomingen van Thebigword op te treden. Deze handelwijze van de Staat is in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Op grond van deze beginselen is de Staat gehouden de voorwaarden van de Raamovereenkomst nauwgezet in acht te nemen, ook tijdens de uitvoeringsfase. Daarom was de Staat gehouden effectief tegen de tekortkomingen op te treden. Nu de Staat dat heeft nagelaten, is er sprake van wezenlijke wijzigingen van de Raamovereenkomst, die meebrachten dat de Staat de Raamovereenkomst had moeten ontbinden en de opdracht opnieuw had moeten aanbesteden.
- Niet in geschil is dat onder omstandigheden het onvoldoende effectief optreden door de aanbestedende dienst tegen tekortkomingen van de opdrachtnemer als een wezenlijke wijziging van de overheidsopdracht kan worden gekwalificeerd, met name als het economisch evenwicht van de opdracht ten gunste van de opdrachtnemer wordt veranderd op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht.



- Rechtbank Midden-Nederland, 20-12-2024,
ECLI:NL:RBMNE:2024:7097

Geen sprake van een wezenlijke wijziging van de aanbestede opdracht na vervanging van een onderaannemer door de opdrachtnemer. Tevens geen sprake van een contractuele verplichting voor de opdrachtnemer tot blijvende inschakeling van haar onderaannemer: (naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de rol van onderaannemer van doorslaggevende betekenis is geweest zodat het niet langer inzetten van OA en haar werkzaamheden te laten uitvoeren door andere....



- Rechtbank Den Haag, 01-08-2025: In strijd met het gelijkheidsbeginsel door Perceel 1 wel en Perceel 2 niet te gunnen. Eiseres stelt daartoe dat het niet mogelijk is om alleen Perceel 1 te gunnen, omdat de essentie/aard van de opdracht geweld wordt aangedaan als niet ook Perceel 2 wordt gegund, vanwege de symbiose tussen de percelen. Dit is een wezenlijke wijziging van de opdracht, naar analogie van artikel 2.163a Aw, aldus eiseres.
- Rechtbank: eiseres gaat er aan voorbij dat, zoals de UMC's terecht hebben aangevoerd, Perceel 1 en Perceel 2 betrekking hebben op dezelfde opdracht en in die zin met elkaar samenhangen, maar dat die samenhang niet zo ver gaat dat de gunning van het ene perceel betekent dat ook het andere perceel gegund moet worden. Bovendien steeds uitdrukkelijk en ondubbelzinnig de mogelijkheid open gehouden om Perceel 2 niet te gunnen. Dat de UMC's er vanwege een te laag concurrentieniveau voor hebben gekozen om de aanbestedingsprocedure voor dat perceel in te trekken, maakt daarom, anders dan eiseres heeft gesteld, niet dat sprake is van een (wezenlijke) wijziging van de opdracht.



- Rechtbank Rotterdam, 16-07-2025, Er is sprake van een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de Opdracht in de zin van artikel 2.163g lid 3 sub a Aanbestedingswet 2012. Die wijziging is niet gecommuniceerd aan alle potentiële geïnteresseerden in de Opdracht. Schending gelijkheids- en transparantiebeginsel. Fundamenteel gebrek dat alleen kan worden hersteld door te verplichten tot heraanbesteding over te gaan.

De Gemeente heeft een Europese openbare aanbesteding voor een tijdelijke opvanglocatie op het water (in de vorm van een schip of ponton) gepubliceerd via TenderNed (de Opdracht). In het Programma van Eisen van de Opdracht staan de eisen waaraan de opvanglocatie moet voldoen. Een van die eisen is dat de maximale beschikbare breedte van het schip of de ponton vijftien meter bedraagt (gemeten vanaf de kade). De Gemeente heeft de Opdracht voorlopig gegund aan Slaapschepen. River Roots c.s. zijn het daar niet mee eens. Volgens hen heeft de Gemeente de breedte-eis tijdens de aanbestedingsprocedure gewijzigd, zonder dit duidelijk en transparant op TenderNed te publiceren. Volgens River Roots c.s. is de Opdracht hiermee wezenlijk gewijzigd, waardoor de aanbestedingsprocedure een fundamenteel gebrek vertoont.

(België)

Een wijziging van de opdrachtdocumenten vóór het uiterste indieningstijdstip kan een schending van het gelijkheids- of non-discriminatiebeginsel inhouden, maar dit hoeft niet noodzakelijk het geval te zijn. De overheid kan immers gebruikmaken van een rechtzettingsbericht om een wijziging of aanpassing bekend te maken. Daarbij moet tevens in voorkomend geval een verlenging van de indieningstermijn worden voorzien, zodat de inschrijvers voldoende tijd hebben om hun offertes aan te passen of (opnieuw) in te dienen.

Ingrijpende wijzigingen vereisen in beginsel dat de procedure wordt stopgezet en opnieuw wordt opengesteld.



UHASSALT

KNOWLEDGE IN ACTION

- RvS nr. 262.870 van 2 april 2025. Wijziging selectie criterium. Rechtzetting. Rectificatie. Vragen niet per se.
-  Overeenkomstig artikel 65 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren' (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017) worden de selectiecriteria door de aanbestedende overheid vermeld in de aankondiging van de opdracht of, in afwezigheid van een dergelijke aankondiging, in de opdracht documenten. Daaruit dient op het eerste gezicht te worden afgeleid dat de beslissing tot wijziging van een selectie criterium aanleiding dient te geven tot de bekendmaking van een rechtzettingsbericht. Geïnteresseerde ondernemingen die voorheen niet konden voldoen aan het oorspronkelijk bepaald selectie criterium, zouden immers thans eventueel wel kunnen deelnemen.

(België)

- Van zodra de uiterste datum voor ontvangst van de offertes is verstreken en deze zijn geopend, is een wijziging minder snel denkbaar. Een wijziging in deze fase zou immers in principe een schending van het gelijkheidsbeginsel of non-discriminatiebeginsel – of één van de andere algemene beginselen – inhouden
- Te nuanceren bij procedures met onderhandelingen waar tijdens de procedure wel wijzigingen kunnen doorgevoerd worden (aankondiging/aard van de opdracht/gelijkheidsbeginsel/opengelaten marge)
- Te nuanceren bij CD waar per definitie nog meer marge is.



Het EU-aanbestedingsrecht

- Pressetext, Wall,...meer eerder ook al Succhi di frutta.
- “Codificatie” in de richtlijnen: art. 72 edm.

AG recent: " as is apparent from the case-law of the Court, that provision aims, in essence, to ensure compliance with the principles of transparency of procedures and of equal treatment of tenderers, by preventing the contracting authority and the successful tenderer from amending the provisions of the contract in such a way as to make them substantially different from those of the original contract, in line with the more general objective of the EU provisions in the field of public procurement to ensure the free movement of services and the opening-up to undistorted competition in all Member States."



- Pressetext: *“Het aanbestedingsrechtelijke leerstuk van de ‘wezenlijke wijziging’ is ontwikkeld in rechtspraak van het Hof van Justitie en daarna uitgewerkt in Europese richtlijnen. Het doel van dit leerstuk is te voorkomen dat de concurrentieverhoudingen achteraf, want na de aanbesteding, worden vervalst doordat van de aanbestedingsvoorwaarden wordt afgeweken op zodanige wijze dat, indien die wijzigingen waren toegepast ten tijde van de aanbesteding, dit ertoe had kunnen leiden dat er meer of andere gegadigden zouden zijn geweest en mogelijk andere biedingen zouden zijn gedaan.”* (Parket bij de Hoge raad, ECLI:NL:PHR:2025:734, 27-06-2025)



- De codificatie:
 - Bevestiging principes Pressetext
 - Maar ook situaties waarbij wijzigingen toegelaten zijn:
 - Niet wezenlijke wijzigingen
 - De minimis situaties
 - Onvoorziene omstandigheden
 - ...

Draagwijdte principes Pressetext en art. 72 (en co) afgelopen jaren verfijnd en verduidelijkt.



- Vervanging onderaannemer/contractspartij:
 - Pressetext: Over het algemeen dient de vervanging van de contractpartner aan wie de aanbestedende dienst de opdracht oorspronkelijk had toegewezen, door een nieuwe contractpartner, te worden aangemerkt als een wijziging van de wezenlijke voorwaarden van de betrokken overeenkomst inzake de overheidsopdracht, tenzij deze vervanging is vastgelegd in de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst.
 - Interne reorganisatie: minder problematisch
 - Wall: Een vervanging van een onderaannemer kan, zelfs indien de overeenkomst in deze mogelijkheid voorziet, in uitzonderlijke gevallen een dergelijke wijziging van een van de essentiële elementen van de concessieovereenkomst vormen wanneer de omstandigheid dat een beroep is gedaan op een bepaalde onderaannemer en niet op een andere, rekening houdend met de specifieke kenmerken van de betrokken dienst, een beslissend element is geweest bij de sluiting van de overeenkomst, wat hoe dan ook door de verwijzende rechter dient te worden onderzocht.”



- **Art. 72:** rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen,...
- HvJ EU. Case C-461/20, 3 februari 2022: Article 72(1)(d)(ii) of Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC must be interpreted as meaning that an economic operator which, following the insolvency of the initial contractor which led to its liquidation, has taken over only the rights and obligations of the initial contractor arising from a framework agreement concluded with a contracting authority must be regarded as having succeeded in part to that initial contractor, following corporate restructuring, within the meaning of that provision.



Ook interessant:

- Opinie AG 30 april 2025 – zaak C-282/24, Polismyndigheten
- De **noties wezenlijke wijziging en verandering algemene aard**
- It follows that, even in the light of the objectives pursued by Article 72 of Directive 2014/24, the two concepts analysed cannot be regarded as equivalent and, in particular, that the concept of 'alterations of the overall nature' of the contract, while included in that of 'substantial modifications', is limited to the most significant substantial modifications.



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

- 16 In other words, the concept of 'substantial modifications' refers to modifications which, in principle, are such as to affect the outcome of the procurement procedure, whereas the concept of an 'alteration of the overall nature' of the contract, while included in the first concept, is limited to modifications which more profoundly transform the contract, in particular as regards its subject matter or type (for example, the purchasing of works instead of services or a service contract instead of a concession contract). See, in that regard, Treumer, S., 'Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive', in Lichère, F., Caranta, R. and Treumer, S. (eds), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, p. 293. Therefore, while all alterations of the overall nature of the contract constitute substantial modifications, conversely, not all possible substantial modifications are capable of affecting the overall nature of the contract.

- In conclusion, I consider that the de minimis exception provided for in Article 72(2) of Directive 2014/24 may apply where the modifications made to the contract, although substantial, do not result in an alteration of the overall nature of the contract. That being established, in the following points, I will examine the contested modifications, having regard to the latter concept (....)



- I am of the view that Article 72(2) of Directive 2014/24 must be interpreted as meaning that a modification to the remuneration model in a framework agreement originally awarded on the basis of the criterion of the lowest price offered, whereby the balance between fixed and variable prices is altered and the price levels are adjusted to such an extent that the total contract value does not change to more than a marginal degree, may have the effect of altering the overall nature of the framework agreement only if that modification is likely to entail modifications to the subject matter or type of contract, irrespective of whether such a modification is covered by the broader concept of 'substantial modifications' provided for in Article 72(1)(e) and (4) of that directive.

- Fastned dossier: HvJ 29 april 2025, C-452/23, Fastned
- De **notie behoeft** iHK "de behoefte aan wijziging is het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst of aanbestedende instantie niet kon voorzien"
- Bij onvoorziene omstandigheden is er flexibiliteit nodig, herinnert het Hof
- MAAR: enkele grond dat de contractuele bepalingen ervan de situatie die voortvloeit uit onvoorzienbare omstandigheden niet dekken = niet voldoende
- Om ervan uit te kunnen gaan dat een concessie een wijziging „behoeft” als gevolg van onvoorzienbare omstandigheden, moeten deze omstandigheden dus ook nog vereisen dat de oorspronkelijke concessie wordt aangepast om te waarborgen dat de correcte uitvoering van de daaruit voortvloeiende verplichtingen kan worden voortgezet.



- **Notie zorgvuldige aanbestedende overheid** overigens eerder al uitgelegd in HvJ EU 7 december 2023, C-441/22 en C-443/22

Artikel 72, lid 1, onder c), i), moet aldus worden uitgelegd dat de zorgvuldigheid waarvan de aanbestedende dienst blijk moet hebben gegeven om zich op deze bepaling te kunnen beroepen, met name **vereist dat hij bij de voorbereiding van de betrokken overheidsopdracht rekening heeft gehouden met de risico's van overschrijding van de uitvoeringstermijn van deze opdracht als gevolg van voorzienbare omstandigheden van opschorting, zoals normale weersomstandigheden en wettelijke verbodsbepalingen inzake de uitvoering van werken die vooraf zijn bekendgemaakt en die gelden gedurende een periode die in de uitvoeringsperiode van genoemde opdracht is begrepen, waarbij deze weersomstandigheden en wettelijke verbodsbepalingen, wanneer daarin niet is voorzien in de aanbestedingsdocumenten, geen rechtvaardiging kunnen vormen voor de uitvoering van werken na het verstrijken van de in deze documenten en in de oorspronkelijke aanbestedingsovereenkomst gestelde termijn.**



- Quid de notie **Wezenlijk vs niet wezenlijk**?
- HvJ EU 7 december 2023, C-441/22 en C-443/22,
- Artikel 72, lid 1, onder e), en lid 4:

*"om een wijziging van een overheidsopdracht als „wezenlijk” in de zin van deze bepaling aan te kunnen merken, de partijen bij de overeenkomst **geen schriftelijke overeenkomst met deze wijziging als voorwerp hoeven te hebben ondertekend, en dat een wilsovereenstemming om de betrokken wijziging aan te brengen met name ook uit andere schriftelijke elementen van deze partijen kan worden afgeleid.**"*



- Voorbeeld: wezenlijk vs niet wezenlijke wijziging:
- HvJ EU 20 maart 2025 n C-728/22 tot en met C-730/22
...staat vast dat een wijziging die met name tot gevolg heeft dat die concessie wordt hernieuwd of dat de looptijd ervan wordt verlengd voorbij de oorspronkelijk bij de toewijzing vastgestelde looptijd, de kenmerken van die concessie materieel wijzigt ten opzichte van de oorspronkelijk bepaalde kenmerken. Die wijziging raakt namelijk een wezenlijk onderdeel van de betrokken overeenkomst. Indien dit nieuwe kenmerk van een wezenlijk onderdeel van die overeenkomst in de oorspronkelijke procedure was opgenomen, zou deze procedure meer deelnemers hebben aangetrokken. Daarom moet een dergelijke wijziging als wezenlijk worden beschouwd, aangezien de andere gevolgen van die wijziging het wezenlijke karakter ervan alleen maar kunnen hebben versterkt



- Quid de minimis?
-*Bijgevolg kan een wijziging die onder meer tot gevolg heeft dat de looptijd van een concessie wordt verlengd, slechts vallen onder artikel 43, lid 2, van deze richtlijn wanneer die verlenging, vermeerderd met de omzetting in tijdseenheden van eventuele andere gevolgen van die wijziging voor de factoren die in aanmerking zijn genomen om de oorspronkelijke waarde van de concessie te bepalen, niet meer dan 10 % van de oorspronkelijke looptijd van de concessie bedraagt.*
 - (in casu zou vb. 8 m. denkbaar geweest zijn)

Pressetext/principes tijdens de aanbesteding?

- Het toetsingskader uit het Pressetext-arrest heeft expliciet betrekking op wijzigingen in de uitvoeringsfase van de overeenkomst. Het ziet dus op wijzigingen in de postcontractuele fase.
- In Nederland wordt het Pressetext-arrest echter ook naar analogie toegepast op wijzigingen in de precontractuele fase van een aanbesteding.



(België)

- Raad van State , nr. 263.214 van 6 mei 2025.
Overheidsopdrachten. Onderhandelingen. Wijzigingen.
- In beginsel beschikt de aanbestedende entiteit in het kader van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking in de speciale sectoren overeenkomstig artikel 120 van de wet van 17 juni 2016, over een grote vrijheid om met de inschrijvers te onderhandelen en om de procedure in te richten en te doorlopen. In het kader van die onderhandelingsprocedure lijkt het niet uitgesloten dat bepaalde voorwaarden van de opdracht in de loop van de onderhandelingen worden aangepast. Overeenkomstig de beginselen vermeld in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 dienen bij dergelijke wijzigingen de aanbestedende overheden de aannemers, de leveranciers en de dienstverleners wel op "gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze" te behandelen.



(België)

- Raad van State, nr. 261.806 van 18 december 2024. Interessant arrest inzake (al dan niet wezenlijke) wijzigingen in het kader van een BAFO bij een concessie. In zoverre de verzoekende partij voorts betoogt dat een onderhandelingsprocedure niet mag leiden tot een wezenlijke wijziging van de opdracht en dat wat geldt tijdens de uitvoering van de opdracht, in elk geval geldt tijdens de plaatsingsprocedure zelf, doelt zij op het verbod van wezenlijke wijzigingen van een overheidsovereenkomst tijdens de uitvoering ervan, zoals dat is ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in onder meer het arrest van 19 juni 2008, Pressetext. Daargelaten de vraag of, zoals de verzoekende partij voorhoudt, wat geldt voor de uitvoering van de opdracht zonder meer geldt tijdens de plaatsingsprocedure zelf, lopende de onderhandelingen met een voorkeursbieder, moeten ook in deze onderhandelingsfase in ieder geval het gelijkheidsbeginsel en de transparantieverplichting worden geëerbiedigd. Dit vereiste houdt onder meer in dat de betrokken wijzigingen niet dermate wezenlijk mogen zijn dat zij potentiële inschrijvers zouden hebben aangetrokken die zonder deze wijzigingen geen offerte zouden kunnen indienen of zouden hebben geleid tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk is gekozen.



Slotbeschouwingen

- Presetext blijft de spil
- Huidige regime perfect?
- UK: Levensbedreigende situaties mits...
- EU: in a situation of extreme urgency resulting from a crisis, the terms of a framework contract may be modified by common agreement to apply to those new contracting authorities added following a modification of the framework contract, including in the case of inter-institutional or joint procurements, subject to....
- Afwachten op reform proposals... intussen... lawyers paradise?