

gen vanuit de opdrachtnemer ontving. In het kader van de ontwerp vrijheid, die het Waterschap in dat laatste geval van groot belang achtte, wordt gesproken over constructies. Dat ook op andere onderdelen ontwerp vrijheid zou bestaan, volgt niet uit de tekst van par. 4.3. De enkele omstandigheid dat ten aanzien van de bekleding van het buitentalud is opgemerkt dat het definitieve ontwerp daarvan nog dient te worden gemaakt, maakt dat niet anders. Dat dat definitieve ontwerp naar vrije invulling van de opdrachtnemer tot stand mag worden gebracht, volgt immers niet uit de tekst van de subparagraaf. Par. 4.3 en de daarvan deel uitmakende subparagraaf ten aanzien van de ontwerp vrijheid van de aanbieder moeten dus zo worden begrepen dat ten aanzien van de bekleding van de onderkant van het talud en de opsluitband geen ontwerp vrijheid bestond. Deze subparagraaf is niet voor een andere uitleg vatbaar.

Daarmee ligt de vraag voor of het eigen ontwerp van CDVM aan de bindend voorgeschreven eisen voldeed. De rechtbank is van oordeel dat het 't Waterschap vrij stond aanpassing van het eigen ontwerp van CDVM te verlangen voor zover dat ontwerp niet voldeed aan de ten aanzien van de meter steenbekleding, de beton- of andere dijksteen zuilen die daarop moesten worden geplaatst en de hogere betonnen opsluitband. Die verlangde wijzigingen van het ontwerp kwalificeren, niet als meerwerk, maar als onderdeel van het werk zoals CDVM dat met het Waterschap is overeengekomen. Het betreft wijzigingen die noodzakelijk waren om het ontwerp van CDVM aan alle bindend voorgeschreven eisen te laten voldoen en de kosten daarvoor hadden aldus in de inschrijfsom kunnen en moeten worden meegenomen. Indien CDVM dat voor deze specifieke onderdelen niet (afdoende) heeft gedaan, komt dat voor haar rekening en risico en kan zij die kosten niet als verzoek tot wijziging bij het Waterschap in rekening brengen.

### Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen (mede naar aanleiding van de hier niet-opgenomen overwegingen omtrent niet-aanbestedingsrechtelijke geschilpunten) af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

MOURIK INFRA B.V.,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te Groot-Ammers,

eisers,

advocaat mr. B. Martens te Amsterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

WATERSCHAP RIVIERENLAND,

kantoorhoudende te Tiel,

gedaagde,

advocaat mr. I. van der Hoeven te Middelburg.

De volledige uitspraak is te raadplegen op [opmaat.sdu.nl](http://opmaat.sdu.nl).

## 5

### Noodzaakt andere uitvoering concessieovereenkomst (wezenlijke wijziging) tot heraanbesteding?

Rechtbank Limburg zp Maastricht  
11 november 2021, C/03/297308 / KG ZA  
21-362, ECLI:NL:RBLIM:2021:8493  
(mr. J.R. Sijmonsma)  
Noot mr. C.A.M. Lombert

### Beoordelingssystematiek. Concessie. Concessieovereenkomst. EMVI. Heraanbesteding. Looptijd concessieopdracht. Wezenlijke wijziging.

[Aw art. 2a.43, art. 2.163 b, art. 2.163 c, art. 2.163 d, art. 2.163 e, art. 2.163 f, art. 2.163 g]

### De feiten

De gemeente heeft een Europese aanbestedingsprocedure uitgevoerd voor het sluiten van een concessieovereenkomst voor onder andere het plaatsen vanabri's en vrijstaande reclamevitruines en de exploitatie daarvan. De uitvraag laat de vrijheid om in te schrijven met gebruikt materiaal of met nieuw materiaal. Met gebruikt materiaal is de initiële looptijd van de concessieovereenkomst 10 jaar en met nieuw materiaal is de looptijd 15 jaar. Inschrijvingen met nieuw materiaal leveren bovendien meer (kwaliteits)punten op (10 punten) dan inschrijvingen met gebruikt materiaal (0 pun-

ten). Leidend voor de punten en looptijd is het aangeboden materiaal voor de abri's.

RBL is ten tijde van de uitvraag de exploitant van de abri's en vrijstaande reclamevitrites. Alleen RBL en EM hebben op de aanbesteding ingeschreven. EM heeft deze uitvraag op EMVI gewonnen en heeft daarbij met nieuwe materialen ingeschreven. De gemeente heeft op 16 maart 2021 de opdracht (voorlopig) gegund aan EM. RBL heeft geen bezwaar gemaakt tegen deze gunning.

### De beoordeling

Het toetsingskader: is er een wezenlijke wijziging die noodzaak tot heraanbesteding?

Centraal staat de vraag of de handelwijze van de gemeente – het (tijdelijk) toestaan van een andere uitvoering van de overeenkomst dan de inschrijving waarop gegund is – in strijd is met de Aanbestedingswet, omdat sprake is van een wezenlijke wijziging die noodzaak tot heraanbesteding.

Het wijzigen van een aanbestedingsplichtige overeenkomst is in beginsel hetzelfde als het sluiten van een nieuwe overeenkomst. Slechts in bepaalde gevallen is een dergelijke nieuwe overeenkomst toegestaan zonder heraanbesteding van de opdracht. Daarbij is ook de periode relevant ná feitelijke afronding van de aanbestedingsprocedure en definitieve gunning van de opdracht.

Of sprake is van een wezenlijke wijziging moet worden getoetst op het moment dat de wijzigingen worden doorgevoerd (ECLI:NL:GHSHE:2014:281), te beoordelen vanuit objectief oogpunt. HvJEU 9 juni 2008 (Pressetext, nr. C454/06) en art. 2:163g lid 1 en 2 Aw verduidelijken wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging. Ook 2:163g lid 3 (in samenhang met art. 2a.43) Aw is daarbij relevant. Art. 2:163 b – 163 f Aw geven uitzonderingen.

### De materiële beoordeling

Tussen partijen is niet in geschil dat a) EM met nieuw materiaal voor de abri's en de vrijstaande reclamevitrites heeft ingeschreven, b) EM de uitvoering van de opdracht aanvangt met gebruikt materiaal voor de abri's en dat dit niet conform de overeenkomst is, c) EM heeft gemeld aan de gemeente dat zij (mogelijk) niet in staat is bij aanvang van de overeenkomst op 1 november 2021 direct nieuw materiaal te plaatsen wat betreft de abri's, omdat zij geconfronteerd wordt met vertraging in de levering, d) de gemeente per 1 november 2021 start van de exploitatie volgens de gegunde overeenkomst wenst en ten slotte e)

de gemeente plaatsing van gebruikt materiaal toestaat gedurende een in de tijd afgebakende periode van enkele maanden. Het is in dit geding onvoldoende aannemelijk geworden dat EM niet binnen die periode haar verplichtingen naar de letter zal hebben uitgevoerd.

Het is niet expliciet benoemd in de Aanbestedingsleidraad, maar het verdienmodel van de exploitant is (kort gezegd) gelegen in de opbrengsten uit de verkoop van de reclame-ruimte. Relevant voor de beoordeling van de centrale vraag in dit geding is dat in het kader van de scope van de opdracht de verhouding tussen prijs (afdracht) en kwaliteit (aangeboden meubilair) 60% - 40% is: de inschrijfprijs weegt het zwaarst. Eveneens relevant voor de beoordeling is dat de afdracht start vanaf het moment dat 50% van de objecten (ongeacht abri's of vrijstaande vitrites) geplaatst is.

De stelling dat het gebruik van materiaal voor abri's dat niet kwalificeert als nieuw een wezenlijke wijziging is, miskent dat objectief beschouwd de financiële afdracht het hoofdbestanddeel is van de concessieovereenkomst die met EM is gesloten. Dat de looptijd van de overeenkomst daarnaast zou moeten wijzigen van 15 naar 10 jaar, vloeit niet dwingend voort uit de beoordelings-systematiek. In de bepaling van de score op de prijs is de looptijd van de overeenkomst verdisconteerd en om de maximale score te behalen op de kwaliteitseisen is niet vereist in te schrijven met nieuw materiaal.

Dat EM handelt in strijd met haar inschrijving staat vast, evenals dat deze handelwijze in strijd is met de opdracht, zoals deze is aanbesteed. De stelling dat niet vaststaat dat EM in de loop der tijd nieuw materiaal zal plaatsen, is niet voldoende op feiten gebaseerd, evenmin als de impliciete stelling dat de gemeente daarmee zonder meer genoegen neemt. De voorzieningenrechter heeft ook geen aanwijzingen dat vermoed moet worden dat dit het geval zal zijn.

De kern van de stelling, dat als gevolg van het bij wijze van tussenperiode plaatsen van gebruikt materiaal EM een economisch voordeel geniet ten opzichte van de andere (potentiële) inschrijvers, is de volgende: EM geniet veel lagere kosten door nieuw materiaal te offeren, maar gebruikt materiaal in te zetten. Deze stelling is door RBL in het licht van de gemotiveerde betwisting onvoldoende feitelijk onderbouwd. EM merkt in dit verband namelijk op juist meer kosten te hebben,

omdat zij nu gehouden is tweemaalabri's te plaatsen en dus tweemaal met de kosten van plaatsing en aansluiting van deabri's wordt geconfronteerd.

De voorzieningenrechter acht het aannemelijk dat de inschrijving van RBL anders zou hebben geluid, als de mogelijkheid van een mengvorm van gebruikt en nieuw materiaal van te voren bekend was geweest, omdat de financiële businesscase daardoor anders had kunnen luiden. Mogelijk is ook dat andere potentiële inschrijvers zich zouden hebben geïnteresseerd in de opdracht. Vast staat echter dat het geoffreerde materiaal niet de doorslaggevende factor is die tot gunning van de opdracht leidt. Zonder nadere toelichting is de blote stelling dat de financiële businesscase anders had kunnen luiden onvoldoende om te moeten oordelen dat in strijd wordt gehandeld met de wet, gelet op de beperkte omvang van de periode van hybride uitvoering afgezet tegen de totale looptijd van de concessie.

In dit verband is ter mondelinge behandeling nog gesteld dat gewijzigde uitvoering gedurende de maanden november 2021 tot april 2022 een wezenlijke wijziging inhoudt, alleen al omdat de werkelijke ingangsdatum voor het plaatsen van nieuw materiaal is uitgesteld. Hierbij is niet onderbouwd dat gezien in het licht van de looptijd van 15 jaar (plus 1) van de overeenkomst dit tot een substantiële waardeverandering of een verstoring van het evenwicht leidt. Van een verruiming van de opdracht is in ieder geval geen sprake.

In dit geding kan kortom niet worden vastgesteld dat door de gewijzigde uitvoering van de concessieovereenkomst sprake is van een wezenlijke (materiële) wijziging van de overeenkomst waardoor vernietiging van de overeenkomst en heraanbesteding aangewezen zijn, indien de gemeente nog van zins zou zijn de opdracht in de markt te zetten. De gevorderde opschorting van de uitvoering van de overeenkomst moet worden afgewezen, alsmede de ongedaanmaking van hetgeen al is uitgevoerd.

### Conclusie

Gelet op het oordeel in conventie wordt RBL veroordeeld tot medewerking aan het vervangen van deabri's. De enkele toezegging van RBL dat zij zal meewerken is onvoldoende waarborg. Een dwangsom terzake is aangewezen, waarbij termen aanwezig zijn deze te matigen als in het dictum is bepaald.

RECLAMEBUREAU LIMBURG BV,  
gevestigd te Voerendaal,  
eiseres (in conventie), verweerster in reconventie,  
advocaat mrs. S.C. Brackmann en A.H. Klein Hofmeijer,  
tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon GEMEENTE SITTARD-GELEEN,

met zetel te Sittard,  
gedaagde,

advocaten mrs. P. Courtens en H.C. Lejeune.

2. EXTERION MEDIA (NETHERLANDS) B.V.,  
gevestigd te Amsterdam,  
gedaagde in conventie, eiseres in reconventie,  
advocaten mrs. J.W. Fanoy en K.M. de Groes.

Partijen zullen hierna RBL, de gemeente en EM genoemd worden.

### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties 1 tot en met 13,
- het verzoek tot het doen van vervroegde uitspraak, tevens akte wijziging van eis, tevens akte overlegging producties van RBL met productie 14,
- de akte overlegging producties van RBL met producties 15 en 16,
- de brief van de gemeente, met producties 1 tot en met 5,
- de akte houdende eis in reconventie tevens overlegging producties van EM, met producties 1 tot en met 11,
- de door RBL overgelegde producties 17 tot en met 21,
- de mondelinge behandeling van 28 oktober 2021 met de pleitnota van RBL, de pleitnota van de gemeente en de pleitnota van EM. Bij de mondelinge behandeling is beslist dat de producties 17 tot en met 21 van RBL gelet op het tijdstip van indiening, alleen hebben te gelden als te zijn ingediend in de reconventie.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

### 2. De feiten

2.1. De gemeente heeft een Europese aanbestedingsprocedure uitgevoerd voor het sluiten van een concessieovereenkomst voor het plaatsen, onderhouden, beheren en herstellen (in geval van schade) vanabri's en vrijstaande reclamevitruines en de exploitatie daarvan.

2.2. De uitvraag laat de vrijheid om in te schrijven met gebruikt materiaal of met nieuw materiaal. Met gebruikt materiaal is de initiële looptijd van de concessieovereenkomst 10 jaar en met nieuw materiaal is de looptijd 15 jaar. Inschrijvingen met nieuw materiaal leveren bovendien meer (kwaliteits)punten op (10 punten) dan inschrijvingen met gebruikt materiaal (0 punten). Leidend voor de punten en looptijd is het aangeboden materiaal voor de abri's (Nota van Inlichtingen, vraag 91).

2.3. RBL is ten tijde van de uitvraag de exploitant van de abri's en vrijstaande reclamevitrites. Alleen RBL en EM hebben op de aanbesteding ingeschreven. EM heeft deze uitvraag op EMVI (economisch meest voordelige inschrijving) gewonnen en heeft daarbij met nieuwe materialen ingeschreven.

2.4. De gemeente heeft op 16 maart 2021 de opdracht (voorlopig) gegund aan EM. RBL heeft geen bezwaar gemaakt tegen deze gunning. In totaal gaat de opdracht (blijkens de Nota van Inlichtingen) om 78 abri's en 49 losse reclamevitrites.

2.5. Op grond van hoofdstuk 7 van de aanbestedingsleidraad start de implementatieperiode na opdrachtverlening en loopt deze totdat alle objecten vervangen zijn. Uiterlijk vijf maanden na onherroepelijke omgevingsvergunning en/of na start van de exploitatie dienen alle objecten vervangen te zijn (Nota van Inlichtingen, vraag 104). RBL heeft het recht om de objecten te blijven exploiteren tot aan de vervanging en heeft het exclusieve exploitatierecht tot 50% van de geplaatste objecten is vervangen. Op dat moment gaat dat recht over op EM.

2.6. De overeenkomst voorziet in een implementatieperiode. Gedurende die periode plaatst (vervangt) de nieuwe opdrachtnemer EM de bestaande abri's en vrijstaande reclamevitrites. De voorgaande opdrachtnemer RBL dient mee te werken aan die vervanging. De gemeente verwacht dat de nieuwe en de voormalige opdrachtnemer met elkaar samenwerken, zodat het plaatsen en aansluiten van de nieuwe objecten direct aansluitend plaatsvindt op het verwijderen van de bestaande objecten.

2.7. Uit de stukken die RBL in bezit krijgt in het kader van de vervanging van de abri's en vrijstaande reclamevitrites blijkt dat EM gebruikte abri's zal plaatsen. RBL stelt op 29 september 2021 vragen aan de gemeente over de door EM te plaat-

sen gebruikte abri's. Er is geen inhoudelijke reactie op deze brief ontvangen.

### 3. *Het geschil in conventie*

3.1. RBL vordert na eisenwijziging dat de voorzieningenrechter bij vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

(1) primair: de gemeente en EM veroordeelt om geen (verdere) uitvoering te geven aan de overeenkomst voor het plaatsen, onderhouden, beheeren en herstellen (in geval van schade) van abri's en vrijstaande reclamevitrites en de exploitatie daarvan, in ieder geval totdat de rechtbank Limburg in de bodemprocedure vonnis heeft gewezen, en, indien en voor zover aan de overeenkomst reeds uitvoering is gegeven, deze ongedaan te maken binnen uiterlijk twee weken na wijzen van het vonnis in deze kortgedingprocedure, op kosten van EM en de gemeente (hoofdelijk), ook voor wat betreft de kosten die RBL heeft moeten maken zowel voor wat betreft het weghalen van haar objecten als het weer terugplaatsen daarvan;

(2) subsidiair: een andere maatregel treft die in goede justitie redelijk is en recht doet aan de belangen van RBL;

(3) In alle gevallen: gedaagden ieder hoofdelijk veroordeelt in de kosten van dit geding, waaronder begrepen een redelijke tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van RBL, alsmede de nakosten<sup>1</sup> (zonder of met betekening) van het in deze zaak te wijzen vonnis, met de aantekening dat als niet binnen veertien kalenderdagen na wijziging van het vonnis aan de proceskostenveroordeling is voldaan daarover de wettelijke rente verschuldigd is vanaf de vijftiende kalenderdag na dagtekening van het vonnis tot aan de dag der algehele voldoening

(4) In alle gevallen: een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 20.000 althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen bedrag, per dag of per dagdeel dat gedaagde in gebreke blijft bij de naleving van het vonnis, met een maximum van € 2.000.000.

3.2. RBL legt het volgende aan de vordering ten grondslag. De overeenkomst voorziet in een implementatieperiode. In die periode vervangt EM de bestaande abri's en vrijstaande reclamevitrites. RBL werkt als voorgaande opdrachtnemer mee aan die vervanging. RBL heeft van EM een planingsoverzicht ontvangen via de aannemer die EM daartoe heeft aangezocht. Uit deze planning

blijkt dat EM alleen gebruikt materiaal laat plaatsen, in plaats van het geoffreerde nieuwe materiaal. Dit is volgens RBL strijdig met de inschrijving van EM én met de overeenkomst. Volgens RBL is hierdoor sprake van een wezenlijke wijziging van de overeenkomst. De gemeente accepteert immers deze wijziging in de uitvoering van de opdracht.

RBL stelt dat deze gewijzigde opdrachtuitvoering niet is aanbesteed, maar wel aanbestedingsplichtig is. De overeenkomst moet dan ook (in de bodemprocedure) vernietigd worden en in kort geding wordt dan ook stilleggen van de uitvoering gevorderd.

RBL stelt daartoe dat

(1) de looptijd van de overeenkomst wijzigt of zou moeten wijzigen van 15 naar 10 jaar, omdat EM geen nieuw materiaal gebruikt, zoals geoffreerd, maar gebruikt materiaal.

(2) de omvang van de waarde van de opdracht wijzigt door de looptijdwijziging, en in ieder geval meer dan 10% bedraagt.

(3) EM handelt in strijd met haar inschrijving en dat niet vast staat dat zij in de loop der tijd nieuw materiaal zal plaatsen, nog daargelaten dat een dergelijke handelwijze in strijd is met de opdracht zoals deze is aanbesteed. Als gevolg van een en ander heeft EM een economisch voordeel ten opzichte van de andere (potentiële) inschrijvers. Het economisch evenwicht is aldus verstoord door verschuiving van het moeten voldoen aan de verplichting.

(4) de inschrijving van RBL anders zou hebben kunnen luiden, als de mogelijkheid van een mengvorm van gebruikt en nieuw materiaal van te voren bekend was geweest.

(5) geen van de mogelijkheden uit hoofdstuk 2.5 Aw om de opdracht te wijzigen zonder nieuwe aanbestedingsprocedure zich voordoet.

(6) op grond van artikel 2.163 b Aw in samenhang met artikel 2.163 g lid 3 Aw is sprake van een wezenlijk gewijzigde opdracht. De overeenkomst die nu wordt uitgevoerd is geen onderwerp geweest van een Europese aanbesteding, zodat aanbesteding nog dient te gebeuren.

3.3. De gemeente en EM voeren elk gemotiveerd verweer.

#### **in reconventie**

3.4. EM vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis zoveel als mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

(1) RBL veroordeelt om vanaf veertien kalenderdagen na de dagtekening van het te wijzen vonnis in kort geding mee te werken aan het vervangen van de objecten door EM conform de planning van EM;

(2) RBL veroordeelt tot het betalen van een dwangsom van € 20.000 per dag dat RBL na de dag van betekening van het vonnis geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft aan het vonnis te voldoen, met een maximum van € 2.000.000 dan wel een zodanig bedrag als de voorzieningenrechter in redelijkheid juist acht;

Subsidiar:

(1) Indien de vorderingen van RBL in kort geding worden toegewezen, RBL veroordeelt per direct, dat wil zeggen vanaf één dag na de dagtekening van het te wijzen vonnis, te stoppen met de exploitatie van alle reclameobjecten in de gemeente behorende tot de concessieovereenkomstabri's en vrijstaande reclamevitines van de aanbesteding met kenmerk 27209, dan wel, indien wordt gekozen voor een huurconstructie ten aanzien van deze reclameobjecten, RBL veroordeelt dat zij enkel de kosten voor het onderhoud in rekening mag brengen bij de gemeente;

(2) RBL veroordeelt tot het betalen van een dwangsom van € 20.000 per dag dat RBL na de dag van betekening van het vonnis geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft aan het vonnis te voldoen, met een maximum van € 2.000.000 dan wel een zodanig bedrag als de voorzieningenrechter in redelijkheid juist acht;

Meer subsidiar:

(1) Een maatregel treft die de voorzieningenrechter in goede justitie redelijk acht en die recht doet aan de belangen van EM;

In alle gevallen:

RBL veroordeelt in de kosten van dit geding, te vermeerderen met de nakosten, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het te wijzen vonnis, en – voor het geval voldoening van de (na)kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na)kosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

3.5. EM legt aan de vordering ten grondslag dat RBL niet (meer) meewerkt aan vervanging van de objecten die onder de concessieovereenkomst vallen, hetgeen onrechtmatig is jegens EM en leidt tot (vertragings)schade.

3.6. RBL voert gemotiveerd verweer.

#### 4. De beoordeling

##### in conventie en reoventie

###### *De spoedeisendheid*

4.1. Het spoedeisend belang vloeit voort uit de aard van de zaak.

##### verder in conventie

###### *Het toetsingskader*

4.2. Centraal staat in dit geding de vraag of de gemeente door haar handelwijze – het (tijdelijk) toestaan van een andere uitvoering van de overeenkomst dan de inschrijving waarop gegund is – in strijd handelt met de Aanbestedingswet, omdat sprake is van een wezenlijke wijziging die noodzaakt tot een heraanbesteding.

4.3. Het wijzigen van een aanbestedingsplichtige overeenkomst is vanuit het aanbestedingsrecht bezien in beginsel hetzelfde als het sluiten van een nieuwe overeenkomst. Slechts in bepaalde gevallen is een dergelijke nieuwe overeenkomst toegestaan zonder heraanbesteding van de opdracht. De stelling van de gemeente en EM dat geen sprake is van een gewijzigde overeenkomst, laat staan van een nieuwe overeenkomst, maar van een periode waarin EM de gelegenheid wordt gegeven om alsnog te voldoen aan haar verplichtingen uit de gegunde opdracht, omdat opdrachtconforme nakoming niet blijvend onmogelijk is, maar slechts is vertraagd vanwege leveringsproblemen met de geoffreerde materialen, maakt niet zonder meer dat er vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt geen sprake zou zijn van een nieuwe – wezenlijk ofwel materieel gewijzigde – overeenkomst. Het (Europees gewortelde) aanbestedingsrecht strekt zich ook uit over de periode na feitelijke afronding van de aanbestedingsprocedure en definitieve gunning van de opdracht.

4.4. Of sprake is van een wezenlijke wijziging moet worden getoetst op het moment dat de wijzigingen worden doorgevoerd (ECLI:NL:GHSHE:2014:281). De kwalificatie wezenlijke wijziging moet vanuit objectief oogpunt worden geanalyseerd. Daarbij is de intentie van partijen niet relevant.

4.5. Het Europees Hof van Justitie heeft in het *Pressetext*-arrest (EuGH 9 juni 2008, zaak C454/06) uitgemaakt wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging. De rechtsregel uit dit arrest is gecodificeerd in artikel 2.163 g lid 1 en 2 Aw. Deze maatstaf ter beantwoording van de vraag of er een wezenlijke wijziging is, luidt als volgt: een wijziging moet worden aangemerkt als wezenlijk wanneer deze (1) kenmerken vertoont die wezen-

lijk (materieel) verschillen van die van de oorspronkelijke overeenkomst (opdracht) en (2) om die reden doet blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst.

4.6. Uit artikel 2:163g lid 3 Aw – voor zover relevant in dit kort geding (in samenhang met schakelbepaling artikel 2a.43 Aw) – volgt dat een wijziging van een overheidsopdracht in ieder geval wezenlijk is, indien:

- (a) de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden of de gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt of bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken,
- (b) de wijziging het economische evenwicht van de overheidsopdracht ten gunste van de opdrachtnemer verandert op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht,
- (c) de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht, of
- (d) (...).

4.7. In artikel 2:163 b Aw tot en met artikel 163 f Aw zijn uitzonderingen opgenomen. In die artikelen is bepaald dat een opdracht (onder omstandigheden) kan worden gewijzigd zonder nieuwe aanbestedingsprocedure, indien – voor zover relevant in dit kort geding:

- het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat, lager is dan de toepasselijke drempelwaarde en de opdrachtsom minder dan 10% toeneemt bij leveringen en diensten (bij werken: 15%) (artikel 163 b Aw),
- de wijziging het gevolg is van onvoorziene omstandigheden, die geen verandering in de algemene aard van de opdracht met zich brengen en de verhoging van de prijs niet meer dan 50% bedraagt (artikel 2.163 e Aw), waarbij geldt dat de wijziging de algemene aard van de opdracht niet mag wijzigen.

###### *De materiële beoordeling*

4.8. Tussen partijen is niet in geschil dat EM met nieuw materiaal voor de abri's en de vrijstaande reclamevitruines heeft ingeschreven. Niet in geschil is dat EM de uitvoering van de opdracht aanvangt met gebruikt materiaal voor de abri's en dat dit niet conform de overeenkomst is. Er kan

verder van worden uitgegaan dat EM heeft gemeld aan de gemeente dat zij (mogelijk) niet in staat is bij aanvang van de overeenkomst op 1 november 2021 direct nieuw materiaal te plaatsen wat betreft de abri's, omdat zij geconfronteerd wordt met vertraging in de leverantie. Niet ter discussie staat dat de gemeente per 1 november 2021 start van de exploitatie volgens de gegunde overeenkomst wenst en dat de gemeente plaatsing van gebruikt materiaal toestaat gedurende een in de tijd afgebakende periode van enkele maanden. Het is in dit geding onvoldoende aannemelijk geworden dat EM niet binnen die periode haar verplichtingen naar de letter zal hebben uitgevoerd.

4.9. De scope van de opdracht is omschreven in de Aanbestedingsleidraad (pagina 5 gelezen in samenhang met pagina 17-18) en betreft een concessieverlening voor het exploiteren van reclame in abri's en vrijstaande reclamevitruines gedurende een looptijd van 10 (plus 1) dan wel 15 (plus 1) jaren, afhankelijk van de vraag of met nieuwe materialen wordt ingeschreven, onder de voorwaarde dat de opdrachtnemer de gemeente een financiële afdracht doet en de objecten plaatst en onderhoudt. Niet expliciet benoemd, maar een noodzakelijk uitvloeisel van een en ander is dat het verdienmodel van de exploitant kort gezegd gelegen is in de opbrengsten uit de verkoop van de reclame-ruimte.

4.10. Relevant voor de beoordeling van de centrale vraag in dit geding is dat in het kader van de scope van de opdracht de verhouding tussen prijs (afdracht) en kwaliteit (aangeboden meubilair) 60% - 40% is. Een en ander in het licht van vraag 26 en het antwoord daarop in de Nota van Inlichtingen: De inschrijfprijs weegt het zwaarst. De kwaliteit en de uitstraling van de objecten zijn, zoals de vragensteller het aanduidt, dus van ondergeschikt belang. Eveneens relevant voor de beoordeling is dat de afdracht start vanaf het moment dat 50% van de objecten (ongeacht abri's of vrijstaande vitruines) geplaatst is (vgl. hoofdstuk 7 van het Programma van Eisen, Nota van Inlichtingen, vraag 53).

4.11. Kern van de stellingen van RBL is dat sprake is van een wezenlijke wijziging als bedoeld in artikel 2.163 g lid 1 en 2 Aw doordat de gemeente aanvaardt een hybride uitvoering, gegeven het gebruik van materiaal voor abri's dat niet kwalificeert als nieuw, van de overeenkomst gedurende de periode tussen 1 november 2021 en april 2022.

4.12. RBL miskent met haar standpunt dat objectief beschouwd de financiële afdracht het hoofdbestanddeel is van de concessieovereenkomst die met EM is gesloten.

De stelling van RBL dat de looptijd van de overeenkomst wijzigt of zou moeten wijzigen van 15 naar 10 jaar (stelling 1, rov. 3.2. van dit vonnis) vloeit niet dwingend voort uit de beoordelings-systematiek. In de bepaling van de score op de prijs is de looptijd van de overeenkomst verdisconteerd (pagina 18 Aanbestedingsleidraad) en om de maximale score te behalen op de kwaliteitseisen is niet vereist in te schrijven met nieuw materiaal (hoofdstuk 5 van het Programma van Eisen en pagina 18 e.v. Aanbestedingsleidraad). Omdat stelling 1 geen stand houdt, snijdt ook stelling 2 van RBL geen hout. Aan beide stellingen wordt daarom voorbij gegaan.

4.13. Dat EM handelt in strijd met haar inschrijving staat vast, evenals dat deze handelwijze in strijd is met de opdracht, zoals deze is aanbesteed. De stelling van RBL (stelling 3, rov. 3.2. van dit vonnis) dat niet vast staat dat EM in de loop der tijd nieuw materiaal zal plaatsen is niet voldoende op feiten gebaseerd, evenmin als de impliciete stelling, die overigens wordt weersproken door de gemeente en EM, dat de gemeente daarmee zonder meer genoegen neemt. De voorzieningen-rechter heeft ook geen aanwijzingen dat vermoed moet worden dat dit het geval zal zijn.

Dat als gevolg van het bij wijze van tussenperiode plaatsen van gebruikt materiaal EM een economisch voordeel geniet ten opzichte van de andere (potentiële) inschrijvers (eveneens stelling 3), is door RBL nader beargumenteerd in randnummer 4.2. van productie A bij dagvaarding. Kern van die stelling en argumentatie is dat EM door nieuw materiaal te offeren, maar gebruikt materiaal in te zetten geconfronteerd wordt met veel lagere kosten, onder andere inzake ontwikkelkosten, afschrijvingen en opslagkosten. Deze stelling is door RBL gezien in het licht van de gemotiveerde betwisting door EM onvoldoende feitelijk onderbouwd. EM merkt in dit verband op juist meer kosten te hebben, omdat zij nu (onder meer op grond van de afspraken met de gemeente in het kader van de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst en haar schadebeperkingsplicht) gehouden is tweemaal abri's te plaatsen en dus tweemaal met de kosten van plaatsing en aansluiting van de abri's wordt geconfronteerd.

In dit geding staat dus niet vast dat sprake is van een economisch voordeel aan de zijde van EM.

4.14. De voorzieningenrechter acht het aannemelijk dat de inschrijving van RBL anders zou hebben geluid, als de mogelijkheid van een mengvorm van gebruikt en nieuw materiaal van tevoren bekend was geweest, omdat de financiële businesscase daardoor anders had kunnen luiden (stelling 4, rov. 3.2. van dit vonnis, randnummer 4.3 van productie A bij dagvaarding). Mogelijk is ook dat andere potentiële inschrijvers zich zouden hebben geïnteresseerd in de opdracht. Vast staat in dit kort geding echter dat het geoffreerde materiaal niet de doorslaggevend factor is die tot gunning van de opdracht leidt (en ook niet heeft geleid: zie de puntentoekenning, bijlage 1 bij de gunningsbeslissing van 16 maart 2021, productie 3 gemeente). Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, is de blote stelling dat de financiële businesscase anders had kunnen luiden onvoldoende om te moeten oordelen dat in strijd wordt gehandeld met de wet, gelet op de beperkte omvang van de periode van hybride uitvoering afgezet tegen de totale looptijd van de concessie.

In dit verband is ter mondelinge behandeling nog gesteld dat gewijzigde uitvoering gedurende de maanden november 2021 tot april 2022 een wezenlijke wijziging inhoudt, alleen al omdat de werkelijke ingangsdatum voor het plaatsen van nieuw materiaal is uitgesteld. Hierbij is niet onderbouwd dat gezien in het licht van de looptijd van 15 jaar (plus 1) van de overeenkomst dit tot een substantiële waardeverandering of een verstoring van het evenwicht leidt. Van een verruiming van de opdracht is, gehoord het verweer van de gemeente terzake, in ieder geval geen sprake.

4.15. Al met al kan in dit geding dan ook niet worden vastgesteld dat door de gewijzigde uitvoering van de concessieovereenkomst sprake is van een wezenlijke (materiële) wijziging van de overeenkomst waardoor vernietiging van de overeenkomst en heraanbesteding aangewezen zijn, indien de gemeente nog van zins zou zijn de opdracht in de markt te zetten. Gelet op dit oordeel behoeven de overige stellingen geen verdere beoordeling.

4.16. De gevorderde opschorting van de uitvoering van de overeenkomst moet worden afgewezen, alsmede de ongedaanmaking van hetgeen al is uitgevoerd.

### **in reconventie**

4.17. Gelet op het oordeel in conventie moet RBL zonder meer worden veroordeeld tot medewerking aan het vervangen van deabri's, een en ander overeenkomstig wat daaromtrent in de aanbestedingsdocumenten is bepaald. De enkele toezegging van RBL ter zitting dat zij zal meewerken is onvoldoende waarborg. Een dwangsom terzake is aangewezen, waarbij termen aanwezig zijn deze te matigen als in het dictum is bepaald.

### **in conventie en in reconventie**

#### *Proceskosten*

4.18. RBL wordt als de in het ongelijk gestelde partij in conventie veroordeeld in de kosten van het geding. Die kosten worden aan de zijde van de gemeente begroot op € 667 aan griffierecht en € 1.016 aan salaris advocaat. De kosten van EM worden begroot op € 667 aan griffierecht en € 1.016 aan salaris advocaat.

4.19. RBL wordt als de in het ongelijk gestelde partij in reconventie veroordeeld in de kosten van de reconventie. Aan de zijde van EM worden die kosten begroot op € 1.016 aan salaris advocaat.

4.20. De door de gemeente en EM gevorderde nakosten en rente worden toegewezen, waarbij aan de zijde van EM eenmaal nakosten worden toegekend.

### *5. De beslissing*

De voorzieningenrechter

### **in conventie**

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt RBL in de kosten van het geding, aan de zijde van de gemeente begroot op € 1.683 vermeerderd met de nakosten, te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van dit vonnis, en, indien voldoening binnen die termijn niet plaatsvindt, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten vanaf 14 dagen na dagtekening van dit vonnis,

5.3. veroordeelt RBL in de kosten van het geding, aan de zijde van EM begroot op € 1.683 vermeerderd met de nakosten, te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van dit vonnis, en – voor het geval voldoening van de (na)kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na)kosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening,

5.4. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad wat betreft de proceskostenveroordelingen,

**in reconventie**

5.5. veroordeelt RBL om vanaf veertien kalenderdagen na de dagtekening van dit vonnis mee te werken aan het vervangen van de objecten door EM conform de planning van EM,

5.6. veroordeelt RBL tot het betalen van een dwangsom van € 10.000 per dag dat RBL na de dag van betekening van dit vonnis geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft aan dit vonnis te voldoen, met een maximum van € 200.000

5.7. veroordeelt RBL in de kosten van het geding, aan de zijde van EM begroot op € 1.016, vermeerderd met de nakosten, te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van dit vonnis, en – voor het geval voldoening van de (na)kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na)kosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening,

5.8. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

**NOOT****Pressetext wezenlijk gewijzigd?**

Het onderhavige vonnis, dat gaat over het leerstuk van de wezenlijke wijziging, bevat voor de lezer onvoldoende feitelijke informatie over de gunningssystematiek om zich een compleet beeld van de zaak en, in het verlengde daarvan, het door de Voorzieningenrechter gegeven oordeel te kunnen vormen.<sup>1</sup> Desalniettemin geeft het vonnis aanleiding voor enkele observaties over dit (notoir ingewikkelde) leerstuk.

**Systematiek van het leerstuk**

Een eerste opmerking ziet op de systematiek van art. 2.163a tot en met 2.163g Aw 2012. Startpunt is art. 2.163g Aw 2012 dat de codificatie van het Pressetext-arrest<sup>2</sup> betreft, en dan meer specifiek de (hoofd)regel van art. 2.163g lid 1 Aw 2012: *Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien de wijzigin-*

1 Zo is onduidelijk hoe de constatering van de rechter dat om de maximale score te behalen op de kwaliteitseisen niet vereist is in te schrijven met nieuw materiaal (r.o. 4.12) zich verhoudt tot r.o. 2.2 waaruit volgt dat inschrijven met nieuw materiaal meer kwaliteitspunten oplevert dan inschrijven met gebruikt materiaal.

2 HvJ EG 9 juni 2008, C-454/06.

*gen, ongeacht de waarde ervan, niet wezenlijk zijn.*<sup>3</sup>

Uitgangspunt is dus dat een opdracht gewijzigd mag worden, mits de wijziging niet wezenlijk is.

Ofwel, alleen een *wezenlijke* wijziging is een niet-toegestane wijziging. Art. 2.163b tot en met 2.163f Aw 2012 bevatten vervolgens de zogenoemde 'safe harbours' of 'veilige havens'. Die term dekt in mijn optiek de lading het best. Deze artikelen kunnen ook – zoals de Voorzieningenrechter doet – aangeduid worden als 'uitzonderingen' vanuit de gedachte dat ook wijzigingen die onder art. 2.163g Aw 2012 als wezenlijk zouden kwalificeren, toch zijn toegestaan mits aan de voorwaarden van (één van) deze artikelen wordt voldaan. In die gevallen is er sprake van een uitzondering op de (Pressetext)regel dat alleen niet-wezenlijke wijzigingen zijn toegestaan.<sup>4</sup>

Dit leidt tot de conclusie dat niet-wezenlijke wijzigingen en (wezenlijke) wijzigingen die voldoen aan de voorwaarden van één van de safe harbours, toegestane wijzigingen zijn.<sup>5</sup>

Lid 3 van art. 2.163g Aw 2012 (de codificatie van het Pressetext-arrest) beschrijft daarentegen situaties waarin een wijziging in ieder geval als wezenlijk moet worden beschouwd. Als de safe harbours geen soelaas bieden, dan geldt dat *in ieder geval* geen sprake mag zijn van één van de situaties van art. 2.163g lid 3 Aw 2012.<sup>6</sup> Ik zie overigens onvoldoende reden om aan te nemen dat eerst aan de safe harbours getoetst moet worden en dat daarna pas aan art. 2.163g Aw 2012 wordt toegekomen.<sup>7</sup> Een dergelijke benadering past mijns inziens niet bij het uitgangspunt dat niet-wezenlijke wijzigingen zijn toegestaan. De

3 Zie ook art. 72 lid 1 sub e) Richtlijn 2014/24/EU.

4 Zie ook P. Bogdanowicz, *The Application of the Principle of Proportionality to Modifications of Public Contracts*, EPPL, 3|2016, p. 198.

5 Zie ook J. Brodeck and V. Janeczek, *How does the Substantial Modification of a Public Contract Affect its Legal Regime?*, PPLR, 3|2015.

6 Lid 3 geeft voorbeelden van materiële (wezenlijke) wijzigingen (in de zin van artikel 2.163g lid 2 Aw 2012). Er zijn dus ook andere situaties denkbaar die maken dat een opdracht wezenlijk wordt gewijzigd. Die gevallen worden bestreken door artikel 2.163g (lid 1 jo.) lid 2 Aw 2012.

7 Zie voor deze opinie F.M.M. Rasenberg, *Nieuw kader voor het wijzigen van een contract na aanbesteding*, TAAN 2017-1.

safe harbours bieden in de praktijk allicht wel meer (rechts)zekerheid dat de betreffende wijziging toelaatbaar is en om die reden kan toepassing daarvan de voorkeur hebben.

### De denkoefening van Pressetext

De ingewikkeldste van de 'Pressetext-situaties' betreft art. 2.163g lid 3 sub a Aw 2012: *de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden of de gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt of bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken.*<sup>8</sup>

De Voorzieningenrechter overweegt hierover in r.o. 4.14:

*De voorzieningenrechter acht het aannemelijk dat de inschrijving van RBL anders zou hebben geluid, als de mogelijkheid van een mengvorm van gebruikt en nieuw materiaal van te voren bekend was geweest, omdat de financiële businesscase daardoor anders had kunnen luiden (stelling 4, rov. 3.2. van dit vonnis, randnummer 4.3 van productie A bij dagvaarding). Mogelijk is ook dat andere potentiële inschrijvers zich zouden hebben geïnteresseerd in de opdracht. Vast staat in dit kort geding echter dat het geoffreerde materiaal niet de doorslaggevende factor is die tot gunning van de opdracht leidt (en ook niet heeft geleid: zie de puntentoekenning, bijlage 1 bij de gunningsbeslissing van 16 maart 2021, productie 3 gemeente). Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, is de blote stelling dat de financiële businesscase anders had kunnen luiden onvoldoende om te moeten oordelen dat in strijd wordt gehandeld met de wet, gelet op de beperkte omvang van de periode van hybride uitvoering afgezet tegen de totale looptijd van de concessie.*

8 In de Nederlandse richtlijntekst staat waar in art. 2.16g lid 3 sub a het woordje 'of' voor de eerste keer staat geschreven, het woordje 'en'. In de Engelse taalversie staat echter 'or' en in de Franse taalversie 'ou'. Aangenomen moet worden dat de Nederlandse taalversie van de richtlijn op dit punt onjuist is. Bovendien is het gebruik van het woordje 'en' onlogisch omdat het hier gaat om het duiden van twee verschillende situaties, te weten (i) een andere uitkomst van de selectiefase en (ii) een andere uitkomst van de gunningsfase.

De Voorzieningenrechter overweegt dat het mogelijk is dat ook andere potentiële inschrijvers zich zouden hebben geïnteresseerd voor de opdracht indien de mogelijkheid van een mengvorm van gebruikt en nieuw materiaal van te voren bekend was geweest, maar koppelt deze mogelijkheid aan het aspect gunning van de opdracht: had die deelname tot een andere winnaar geleid? Daarmee kent de Voorzieningenrechter aan het laatste deel van art. 2.163g lid 3 sub a Aw 2012 ("of bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken") geen zelfstandige betekenis toe. Deze toepassing van het criterium acht ik te kort door de bocht. Sub a<sup>9</sup> verlangt mijns inziens juist een denkoefening die zowel binnen de gevoerde aanbesteding kijkt (had de opdracht aan een andere inschrijver kunnen worden gegund?) als daarbuiten (hadden er anderen meegedaan)? De tekst van art. 2.163g lid 3 sub a Aw 2012 geeft met de laatste zinsnede die wordt ingeleid met 'of' (zie het citaat hiervoor) mijns inziens duidelijk een apart toetsingsaspect.<sup>10</sup> Het is overigens onduidelijk of deze laatste zinsnede louter een verduidelijking van het in het Pressetext-arrest gegeven criterium betreft of dat het hier om een verzwaring van de toets gaat.<sup>11</sup> Arrowsmith lijkt van het eerste uit te gaan.<sup>12</sup>

Dat wezenlijk gewijzigde opdrachten opnieuw moeten worden aanbesteed hangt samen met de gedachte dat opdrachten via transparante procedures vergeven moeten worden om discriminatie te voorkomen en gelijke behandeling te verzekeren.<sup>13</sup> Als er marktpartijen zijn die om een bepaalde reden niet hebben ingeschreven en die reden wordt na gunning, als gevolg van de wijziging, ongedaan gemaakt, dan is geen sprake van gelijk-

9 Zijnde de codificatie van r.o. 35 van het Pressetext-arrest, HvJ EG 9 juni 2008, C-454/06.

10 In Nederlandse Richtlijntekst staat 'dan wel' in plaats van 'of', waarmee de zelfstandigheid van het aspect allicht duidelijker wordt gemaakt.

11 Zie ook L. Bevernaege, Contract changes during the contract performance phase and the duty to retender the contract: a European and national perspective, Jaarboek overheidsopdrachten 2015-2016, p. 495.

12 Zie ook S. Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, Third Edition, Volume 1, 6-271.

13 P. Bogdanowicz, The Application of the Principle of Proportionality to Modifications of Public Contracts, EPPL, 3|2016, p. 199.

ke behandeling omdat die marktpartijen (ten onrechte) geen kans op de opdracht hebben gemaakt.<sup>14</sup> Als er andere deelnemers aan de aanbesteding zouden zijn geweest, dan is de uitkomst van die aanbesteding bovendien potentieel anders (een bijkomende partij had bijvoorbeeld met een (aanzienlijk) lagere prijs kunnen inschrijven). Dat potentieel is in beginsel genoeg om een wezenlijke wijzigingen aan te nemen. Denkbaar is wel dat als vaststaat dat door de wijziging een andere partij geïnteresseerd zou zijn maar ook vaststaat dat die partij niet geldig had kunnen inschrijven – en dus niet van invloed op de gunningsuitslag had kunnen zijn – geen sprake is van een wezenlijke wijziging. Het aannemen van een wezenlijke wijziging in dergelijke omstandigheden zou tot onredelijke uitkomsten leiden. Andrews J. van de UK High Court legt om die reden het criterium als volgt uit: *“there would be someone else who would have been ready, willing and able to bid and who would have wished to have done so if the opportunity had been made clear, but who did not do so because it was not”*.<sup>15</sup> Het oordeel van de Voorzieningenrechter in het onderhavige vonnis gaat echter een stap ver-

der door te verlangen dat die deelname ook tot een andere gunning zou hebben geleid. Dat is echter een toets die niet of nauwelijks is uit te voeren, bijvoorbeeld omdat niet bekend is voor welke prijs die partij zou hebben ingeschreven. Het oordeel van de Voorzieningenrechter dat andere marktpartijen in de opdracht geïnteresseerd zouden zijn geweest, wordt overigens niet toegelicht. Uit de weergave van de stellingen van RBL (r.o. 3.2) blijkt ook niet dat RBL betoogd heeft dat als gevolg van de wijzigingen de kring van gegadigden wijzigt. Feit is dat alleen Reclamebureau Limburg B.V. en Exterior Media (Netherlands) B.V. op de opdracht hebben ingeschreven. Bekende spelers als JCDecaux en Ocean Outdoor ontbreken dus, maar of zij (of anderen) wel hadden meegedaan als een mengvorm van gebruikt en nieuw materiaal van te voren bekend was geweest, is onduidelijk.

Verder begrijp ik r.o. 4.14 van het onderhavige vonnis zo dat het geoffreerde materiaal *op het onderdeel kwaliteit* niet de doorslaggevende factor is die tot gunning van de opdracht leidt of heeft geleid. Of dat ook geldt voor het onderdeel prijs is kennelijk onvoldoende door RBL onderbouwd.

14 Advocaat Generaal Kokott verwoordt het in haar conclusie bij het Presstext-arrest het als volgt: Van een wijziging van de wezenlijke bepalingen van een overeenkomst is steeds sprake, wanneer niet kan worden uitgesloten dat andere dienstverrichters door de oorspronkelijke, minder gunstige bepalingen ervan zijn weerhouden mee te dingen naar de overheidsopdracht of dat zij op grond van de nieuwe bepalingen van de overeenkomst thans interesse zouden hebben om mee te dingen naar de overheidsopdracht of dat de opdracht thans op grond van de nieuwe contractuele bepalingen zou worden verleend aan een destijds niet gekozen gegadigde. AG Kokott, 13 maart 2008, C-454/06, overweging 49. Zie ook HvJ EU 7 september 2016, C-549/14 (Finn Frogne), r.o. 32: [...] noch [...] kunnen rechtvaardigen dat tot deze wijziging wordt besloten zonder eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling, dat ten gunste moet komen van alle marktdeelnemers die potentieel in een overheidsopdracht zijn geïnteresseerd.

15 L. Bevernaege, Contract changes during the contract performance phase and the duty to retender the contract: a European and national perspective, Jaarboek overheidsopdrachten 2015-2016, p. 496. Bij deze uitleg zijn de feitelijke omstandigheden van groot belang, wat meer van de klagende partij vraagt.

### Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

In het voorgaande is betoogd dat aan elk van de drie opties uit art. 2.163g lid 3 sub a Aw 2012 zelfstandige betekenis toekomt. Dat betekent dat ook een wijziging die tot gevolg heeft dat de kring van gegadigden verandert, een wezenlijke wijziging is. Dat is immers in beginsel voldoende om het gunningsresultaat van de opdracht ter discussie te kunnen stellen. Van enig realiteitsgehalte moet wel sprake zijn om onredelijke uitkomsten te voorkomen. Verder leert de onderhavige uitspraak dat een klagende partij concreet moet onderbouwen waarom een wijziging wezenlijk is. Enkel stellen dat de financiële businesscase anders zou zijn geweest, is onvoldoende. Een klagende partij doet er in zo'n geval goed aan de gevolgen van de wijziging financieel door te rekenen en inzichtelijk te maken.

mr. C.A.M. Lombert  
advocaat bij Clairfort Advocaten