

Overbruggen via een wijziging – nieuwe mogelijkheden dankzij de rechter?

Auteur(s): mr. H. (Erik) Plas, Infense advocaten

Het gebeurt wel eens in de praktijk: de (Europees aanbestede) overeenkomst loopt af, maar de aanbestedingsprocedure voor de nieuwe overeenkomst kan niet tijdig worden afgerond. De redenen voor zo'n vertraging kunnen verschillen, maar het effect is vergelijkbaar: er ontstaat een gat in de dienstverlening dat moet worden overbrugd. Het vervoer, de facilitaire diensten of het groenonderhoud staan namelijk geen langdurige onderbreking toe.

In zo'n geval wordt in de regel – al dan niet met (juridische) creativiteit – de oplossing gezocht in een overbruggingsovereenkomst. Met de zittend dienstverlener wordt dan een kortdurende overeenkomst gesloten. De einddatum van dat contract is dan, afhankelijk van het type dienstverlening, doorgaans gekoppeld aan de inwerkingtreding van de nieuwe overeenkomst of de afronding van de implementatietermijn.

In andere gevallen wordt de overbrugging weleens geregeld via een (formele) wijziging van de bestaande overeenkomst met de zittend dienstverlener. Het is mogelijk om over de rechtmatigheid van zo'n verlenging te twisten, mede gelet op artikel 2:163a Aanbestedingswet: 'een wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan kan uitsluitend zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet plaatsvinden in de in dit hoofdstuk bedoelde gevallen' (mijn cursivering, EP). Deze bepaling kan zo worden uitgelegd dat wijzigingen tijdens de looptijd weliswaar toelaatbaar kunnen zijn, maar dat die looptijd zelf niet door middel van een wijziging kan worden gewijzigd. Dit uiteraard met uitzondering van het beroep op een toepasselijke, deugdelijk geformuleerde, verlengingsoptie.

Op 20 maart 2025 heeft het Hof van Justitie EU in de ANIB-kwestie (gevoegde zaken C-728/22, C-729/22, C-730/22) een arrest gewezen dat nieuw licht op deze kwestie laat schijnen. Op basis van dit arrest kan namelijk goed verdedigbaar worden gesteld dat het is toegestaan om overbrugging op aanbestedingsrechtelijk rechtmatige wijze via een wijziging te regelen.

Casus

Italië kent een lange geschiedenis van kansspelconcessies. Die werden voorheen zonder Europese aanbestedingsprocedure verdeeld. Toen duidelijk werd dat zulke concessies Europees moesten worden aanbesteed, is besloten om het systeem van 'technische verlengingen' te introduceren. Verlopen concessies werden hierdoor bij wijze van overgangsmaatregel verlengd. Doel was om de uiteindelijke einddatum van de concessies gelijk te trekken zodat deze gelijktijdig konden worden aanbesteed. Die aanbesteding zou aanvankelijk voor 31 december 2014 plaatsvinden.

Tegenover het recht om de concessie langer uit te voeren, stonden op grond van deze overgangsregeling enkele verplichtingen. De betreffende concessiehouders moesten, ongeacht financiële draagkracht, een vaste maandelijkse vergoeding betalen die geleidelijk aan steeds verder werd verhoogd. Die vergoeding maakte geen onderdeel uit van de oorspronkelijke concessie. Ook moesten ze hun huidige bedrijfsruimtes (bingohallen) behouden. Acceptatie van deze condities was in beginsel een voorwaarde voor deelname aan de nieuwe aanbestedingsprocedure. Die aanbestedingsprocedure is meerdere malen uitgesteld en was ten tijde van de prejudiciële procedure voor het HJEU nog steeds niet uitgeschreven. Deze aanpassingen werden eenzijdig in de regelgeving opgenomen; onderhandeling hierover was niet mogelijk. Het was ouderwets slikken of stikken.

Ongeveer veertig eisers starten op enig moment een procedure tegen het Italiaanse ministerie van Financiën tegen deze regeling van technische verlengingen. Zij betogen dat zij zeer ernstige financiële moeilijkheden hebben ondervonden door de COVID-19-pandemie en als gevolg van de verplichte vaste maandelijkse vergoeding. Zij voeren onder meer aan dat de regeling van technische verlengingen heeft geleid tot niet-toegestane wijzigingen van de concessies op een wijze die de door richtlijn 2014/23 toegestane grenzen overschrijdt. Het Hof van Justitie EU wordt in essentie gevraagd of deze regeling aanbestedingsrechtelijk in de haak is.

Oordeel

Het Hof van Justitie stelt voorop dat artikel 43 Richtlijn 2014/23/EU over concessies zowel van toepassing is op wijzigingen die tussen partijen worden overeengekomen als op wijzigingen die eenzijdig bij wet zijn opgelegd. Artikel 43 Richtlijn 2014/23/EU is overigens zeer vergelijkbaar met artikel 72 Richtlijn 2014/24/EU voor overheidsopdrachten, zodat het oordeel van het Hof ook relevant is voor 'gewone' overheidsopdrachten. Dat de wijzigingen bij wet zijn opgelegd, is dus niet relevant (overwegingen 74-76). Het gaat niet om de vorm



van de wijziging, maar om het effect. De toelaatbaarheid van de wijziging moet – in dit geval – aan de hand van artikel 43 Richtlijn 2014/23/EU worden getoetst.

Het Hof oordeelt dat de aard van de wijzigingen in dit geval het beroep op een herzieningsclausule uitsluit (overweging 79). De nationale rechter heeft het Hof van Justitie EU onvoldoende gegevens aangedragen voor een oordeel over de vraag of wellicht een beroep kan worden gedaan op de regeling inzake noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden, onvoorzienbare omstandigheden, of de wijziging van opdrachtnemer (overwegingen 80 en 81). Daarna stelt het Hof vast dat een beroep op de pendant van artikel 2.163g lid 1 inzake de niet-wezenlijke wijziging evenmin opgaat, omdat in dit geval juist wel van een wezenlijke wijziging kan worden gesproken (overwegingen 82-86). Gelet op de lange duur van de verlengingen is een beroep op de bagatelregeling niet mogelijk (overwegingen 87-94). Uitgaande van een wezenlijke wijziging is een nieuwe aanbestedingsprocedure vereist (overweging 95).

Belang

Deze zaak is niet zozeer van belang vanwege de uitkomst. De vraag of op wijzigingsmogelijkheden een beroep kan worden gedaan, moet immers altijd in het concrete geval worden beantwoord. Belangrijker is dat het Hof in dit geval überhaupt eraan toekomt om aan die gronden te toetsen. Terzijde teken ik daarbij aan dat die mogelijkheden de wijzigingsruimte significant vergroten: niet langer hoeft eerst te worden getoetst of wezenlijk wordt gewijzigd. Het volstaat in uitgangspunt om te beoordelen of aan de voorwaarden van één of meer van de bepalingen uit hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet wordt voldaan. Ook een wijziging die op zichzelf als wezenlijk kan worden aangemerkt, kan niettemin rechtmatig zijn omdat het beroep op één of meer van de wijzigingsgronden slaagt.

Net zoals artikel 2.163a Aanbestedingswet, spreken artikel 43 lid 5 Richtlijn 2014/23/EU en artikel 72 Richtlijn 2014/24/EU duidelijk over wijzigingen gedurende/tijdens de looptijd. Op grond hiervan had het Hof kunnen oordelen dat – met uitzondering van de verlengingsoptie – de wijzigingsgronden niet kunnen worden gebruikt om de looptijd zelf te wijzigen. Dan zou het Hof niet aan een verdere inhoudelijke waardering zijn toegekomen. Dan zou het oordeel zijn geweest: 'de overeenkomst voorziet niet in verlenging en de andere gronden mogen daarvoor niet worden gebruikt, dus hoeven we niet inhoudelijk te toetsen of aan de voorwaarden van die andere gronden is voldaan'.

Maar dat doet het Hof nu juist niet. Integendeel, het Hof loopt de voorwaarden van de verschillende gronden langs om tot de conclusie te komen dat die gronden in dit Italiaanse geval niet van toepassing zijn, onder voorbehoud van toetsing van de nationale rechter. In die benadering ligt goed verdedigbaar besloten dat een beroep op die gronden als zodanig toelaatbaar is. Oftewel: goed verdedigbaar kan in voorkomend geval een beroep op een van die andere gronden worden overwogen om de looptijd van een overeenkomst te verlengen. Dit lijkt wenselijk, al was het maar omdat een (rechtmatige) wijziging in de regel bestuurlijk-administratief sneller wordt afgewikkeld.

Handvatten

Voorkomen is beter dan genezen: bij aanbestede overeenkomsten die periodiek opnieuw worden aanbesteed, is het zaak om de voorbereidingen en de aanbestedingsprocedure tijdig te starten alsook om in die aanbestedingsprocedure voldoende rek in de planning in te bouwen.

Regeren is vooruitzien. Als vooraf duidelijk is dat de opdracht over enkele jaren opnieuw gaat worden aanbesteed, kan worden overwogen om in de aanbestedingsstukken een specifiek op deze situatie toegespitste verlengingsoptie te introduceren naast eventuele 'reguliere' verlengingsopties. Met betrekking tot een eventuele overbrugging kan in essentie worden geregeld dat de opdracht voor een bepaalde (maximale) periode kan worden verlengd indien de aanbestedingsprocedure voor het opvolgende tijdvak niet tijdig tot opdrachtverlening heeft geleid, waarbij ook wordt geconcretiseerd wanneer en hoe duidelijkheid over het lichten van deze mogelijkheid wordt geboden.

We leven niet in een ideale wereld. Overbrugging is soms gewenst of zelfs noodzakelijk, ook als er geen 'overbruggingsclausule' voorhanden is. In zo'n geval kan dan nog steeds het instrument van de overbruggingsovereenkomst worden overwogen. Te meer wanneer zo'n overbruggingsovereenkomst de drempelwaarde voor Europees aanbesteden overstijgt, is een stevige motivering in het licht van de uitzonderingen op de aanbestedingsplicht wel vereist.

Er leiden meer wegen naar Rome. Als een beroep op een overbruggingsclausule of overbruggingsovereenkomst niet (langer) mogelijk of gewenst is, kan worden bezien of een beroep op de andere wijzigingsgronden mogelijk is. In eerste instantie valt te denken aan de bagatelregeling uit artikel 2.163b Aanbestedingswet, omdat de vereisten eenvoudiger zijn. Wel is het de vraag hoeveel ruimte binnen die mogelijkheid nog resteert. Niet valt uit te sluiten dat de verlenging een grotere waarde vertegenwoordigt dan dat er ruimte resteert. Dan kan worden nagegaan of verlenging mogelijk is via noodzakelijk geworden werkzaamheden en/of onvoorzienbare omstandigheden (artikel 2.163d respectievelijk artikel 2.163e Aanbestedingswet). Die bepalingen kennen wel meer voorwaarden én een publicatieplicht op TenderNed. Tot slot kan worden beproefd of de overbrugging als niet-wezenlijke wijziging in de zin van artikel 2.163g lid 1 Aanbestedingswet is te beschouwen.

Vertraging is niet altijd te voorkomen. Het is daarom goed te beseffen dat het aanbestedingsrechtelijk instrumentarium in voorkomend geval overbrugging mogelijk maakt, zeker in gevallen waarin de vertraging niet aan de aanbestedende dienst is te wijten.

