

# Wezenlijke wijzigingen van ICT-overeenkomsten en het aanbestedingsrecht

**227** *ICT-dienstverlening wordt vaak gecontracteerd in de vorm van een duurovereenkomst. Indien de looptijd van de overeenkomst lang is, is de kans groot dat na enkele jaren bij partijen de behoefte ontstaat om de overeenkomst aan te passen aan gewijzigde omstandigheden. Als het contract daar niet zelf in voorziet, biedt het Nederlandse recht daartoe diverse mogelijkheden. In dit artikel worden die mogelijkheden beschreven. Als gevolg van binnenkort te verwachten wetswijzigingen op grond van een nieuwe Europese Richtlijn voor rechtsbescherming van de inschrijver bij aanbestedingen zal het wijzigen van een bestaande overeenkomst aanzienlijk lastiger worden indien de opdrachtgever een aanbestedende dienst is. In geval dat partijen een wezenlijke wijziging overeenkomen, wordt het mogelijk dat een concurrent naar de rechter stapte en vernietiging van de (gewijzigde) overeenkomst eist.*

## Europese aanbestedingen

Overheden, semi-overheden en nutsbedrijven moeten voordat zij een contract van enige omvang sluiten, een zogenoemde Europese aanbestedingsprocedure doorlopen. Een dergelijke procedure is streng gereguleerd in een groot aantal regels die behoren tot een afzonderlijk rechtsgebied: het aanbestedingsrecht. Er zijn dikke boeken geschreven over aanbestedingsrecht<sup>2</sup> en er bestaat een Tijdschrift Aanbestedingsrecht<sup>3</sup> waarin de vele honderden uitspraken van Nederlandse rechters en van het Hof van Justitie EG zijn gepubliceerd. Het aanbestedingsrecht komt er kort gezegd op neer dat het voornemen tot het sluiten van een nieuw contract eerst moet worden gepubliceerd op Europees niveau, waarna alle geïnteresseerde marktpartijen uit de Europese Unie en uit sommige derde landen mogen meedingen naar gunning van de opdracht. Bij aanbestedende diensten zijn Request for Information (RFI) en Request for Proposal (RFP) dus aan strikte regels onderworpen. De regels van het aanbestedingsrecht zijn dermate gecompliceerd dat alleen met een goede kennis van die regels een onderneming met kans van slagen kan deelnemen aan een aanbestedingsprocedure. Het economisch belang van het aanbestedingsrecht kan niet licht onderschat worden: op jaarbasis gaat het in Nederland om contracten met een totale waarde van meer dan €50 miljard.<sup>4</sup>

## Duurcontracten

Een langdurig contract sluiten tegen gunstige leveringsvoorwaarden is de droom van elke accountmanager in de ICT. Voor de opdrachtgever, die misschien denkt dat het contract voor hem gunstige voorwaarden biedt, zal een contract met

een lange looptijd daarentegen niet zelden een 'kat in de zak' blijken. Vrijwel nergens immers gaan de ontwikkelingen zo snel als in de ICT. De opdrachtgever die zich een paar jaar geleden verplicht heeft om gedurende tien jaar laptops af te nemen voor een prijs van €2500 per stuk, zal door menigeen thans als een 'sukkel' beschouwd worden, terwijl hij bij het sluiten van het contract wellicht een mooie deal leek te hebben gemaakt. Bij een commodity als in dit voorbeeld begrijpt iedereen onmiddellijk wat er aan de hand is. Er zijn echter tal van ICT-contracten die alleen voor insiders te doorgronden zijn, en dan ontdekt de opdrachtgever vaak pas in een laat stadium dat hij veel te veel betaalt.

## Afrekenmechanisme bij een aanbesteding

Een afschrikwekkend voorbeeld van wat er bij een Europese aanbesteding mis kan gaan is de aanbesteding van het Elektronisch Kinddossier dat aanleiding was tot niet minder dan drie kort gedingen.<sup>5</sup> Bij deze aanbesteding ging het om het inrichten, beheren, onderhouden en technisch exploiteren van het Elektronisch Kinddossier (EKD). Bij het (niet in detail gepubliceerde) afrekenmechanisme ging het om vier kostenposten waarvoor elk afzonderlijk een bepaalde score werd toegekend in het beoordelingsmodel. In het eerste in noot 5 genoemde vonnis achtte de voorzieningenrechter het geen probleem dat Ordina de jaarlijkse kosten voor operationeel beheer, in combinatie met de prijs per actief dossier, had gesteld op een symbolisch bedrag van €0,01 en daarmee de facto de totale kosten voor beheer had verplaatst naar de inrichtingsfase. Getronics had in haar aanbieding voor bepaalde onderdelen aanvankelijk helemaal geen prijs genoemd en na daarop aangesproken te zijn door de Stichting EKD gesteld dat zij bedoelde in te schrijven voor een bedrag van €0,00 voor die onderdelen. Omdat bij de omrekening van prijzen naar een puntenscore de laagste geboden prijs in de noemer van de formule stond, kreeg de Stichting EKD hierdoor een

1 Mr. T.H. Chen is advocaat bij BarentsKrans advocaten en notarissen te Den Haag en gespecialiseerd in aanbestedingsrecht en ICT-recht.

2 Het beste, maar voor de beginner nogal ontoegankelijke werk is *Aanbestedingsrecht, Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, van E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, 's-Gravenhage: Sdu uitgevers, 783 pagina's, 4<sup>e</sup> druk 2009.

3 Een uitgave van Sdu uitgevers.

4 *Het totale inkoopvolume van Nederlandse overheden*, rapport van het Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven (IOO bv), Zoetermeer 2009, p. 9.

5 V.zr. Rb. Utrecht 13 juni 2007, LJN: BA7015, Ordina System Integration & Development BV/Stichting EKD.NL; V.zr. Rb. Utrecht 19 juni 2007, LJN: BA7460, Ness Benelux BV/Stichting EKD.NL; V.zr. Rb. Utrecht 21 september 2007, LJN: BB3984, drie gevoegde zaken Centric IT Solutions/Stichting EKD.NL, Getronics PinkRocade Nederland BV/Stichting EKD.nl en Ness Benelux BV/Stichting EKD.NL met in de eerste twee zaken Ordina System Integration & Development BV als tussenkomende partij.

probleem: delen door 0 is immers niet mogelijk. Dit probleem werd opgelost door een rekenkundige correctie op die nul-prijs toe te passen. De voorzieningenrechter achtte dit laatste echter onjuist en oordeelde dat de inschrijving van Getronics als ongeldig moest worden beschouwd. Nadat de Stichting EKD, gehoor gevend aan het vonnis, de opdracht aan Ordina had gegund, kwam Getronics hier tegen op in kort geding, waarbij zij onder meer stelde dat de prijs voor beheer van de database per actief dossier een inhoudsloos begrip was omdat de beheerkosten niet afhangen van het aantal dossiers. Dit lijkt wel een steekhoudend argument te zijn: veel beheerhandelingen, zoals het maken van backups, toekennen van autorisaties, aanpassen van het datamodel, zijn niet afhankelijk van het aantal records in de database. Omdat de Stichting EKD niet betwistte dat de prijs per actief dossier een niet-bestaand gegeven betreft, kwam de voorzieningenrechter in r.o. 4.10 van het derde in noot 5 genoemde vonnis tot het volgende oordeel: *'Overwogen wordt dat tegen het vragen van fictieve gegevens op zich zelf geen bezwaar behoeft te bestaan, doch vereist is dan wel dat de inhoud of de betekenis van hetgeen gevraagd wordt, ondubbelzinnig duidelijk is.'* Aan deze laatste eis was niet voldaan, wat een van de motieven was om te vonnissen dat de procedure moest worden stopgezet. Kort na dit vonnis is de Stichting EKD opgeheven. Sindsdien worden her en der in het land aanbestedingen voor een decentraal Digitaal Dossier Jeugdgezondheidszorg gehouden omdat per 1 januari 2010 dit digitale dossier moet zijn ingevoerd.

### Een alternatief afrekenmechanisme

Het volgende eenvoudige voorbeeld laat zien waar men aan moet denken bij het opstellen van een afrekenmechanisme. Stel dat de opdracht inhoudt het ter beschikking stellen van kopieermachines, onderhoud, inkt en papier. Dan zijn er diverse afrekenmechanismen denkbaar, zoals een combinatie van

1. een huurprijs per kopieermachine per maand;
2. een prijs voor onderhoud per maand;
3. een prijs van inkt per cartridge;
4. een prijs per vel papier van formaat A4;
5. een prijs per gemaakte kopie.

Het lijkt een goed model waarbij de klant een groot inzicht in de reële kosten krijgt, maar dat is schijn. Want welke garantie heeft de klant dat de leverancier reële prijzen biedt? Als voor huur en onderhoud een vaste prijs per maand wordt gerekend, dan is het toch lood om oud ijzer hoeveel men voor elk van die beide componenten afzonderlijk betaalt? Ook tussen prijzen 3, 4 en 5 zijn er verbanden, zodat de leverancier vermoedelijk zonder veel problemen voor onderdelen 3 en 4 prijzen van € 0,00 kan bieden en die kosten volledig kan verwerken in de prijs per gemaakte kopie. Ook de prijzen 1 en 2 kunnen waarschijnlijk met enige moeite verdisconteerd worden in prijs 5. We krijgen dan een veel eenvoudiger afrekenmechanisme dat slechts uit één prijscomponent bestaat: de prijs per gemaakte kopie. Eventueel kan men hierbij stafelprijzen toepassen. Bij een aanbesteding heeft dit alternatieve afrekenmechanisme als voordeel dat de prijzen van de inschrijvers goed vergelijkbaar zijn. Zoals we aan het voorbeeld van het Elektronisch Kinddossier zagen, is in geval van

een afrekenmechanisme dat onderscheid maakt in meerdere prijscomponenten de kans aanwezig dat inschrijvers met de geboden prijzen gaan manipuleren en strategische inschrijvingen doen.<sup>6</sup> Bij het alternatieve afrekenmechanisme dat slechts één prijs kent – de prijs per gemaakte kopie in dit voorbeeld – is het onmogelijk, of in ieder geval veel moeilijker, om met die prijs te manipuleren.<sup>7</sup>

### Onvoorziene omstandigheden – art. 6:258 BW

Nu heeft elk prijsmechanisme bepaalde karakteristieken waardoor het alleen onder bepaalde omstandigheden goed werkt. Een prijs per gemaakte kopie bijvoorbeeld zou afgestemd kunnen zijn op een volume van ca. 10 miljoen kopieën per jaar. Zolang de fluctuaties niet al te groot zijn, zullen opdrachtgever en leverancier beiden tevreden zijn met de afgesproken prijs. Daalt het aantal kopieën tot 1 miljoen, dan zal de leverancier gaan klagen dat hij verlies maakt (tenzij er prijzen in geschikte staffels zijn overeengekomen). Stijgt daarentegen het aantal kopieën tot 50 miljoen, dan zal de opdrachtgever zich realiseren dat hij teveel betaalt – althans, dat volume voor een veel lagere prijs door een andere leverancier zou kunnen laten verzorgen. We komen nu op het lastige terrein van de *onvoorziene omstandigheden*. Volgens art. 6:258 BW kan de rechter in geval van onvoorziene omstandigheden de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of de overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden. Het ongewijzigd in stand houden van de overeenkomst moet dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zijn en die omstandigheden moeten niet wegens de aard van de overeenkomst of de verkeersopvattingen voor rekening komen van de partij die zich tot de rechter wendt. Een ernstige verstoring van de waardeverhouding kan dus aanleiding zijn tot wijziging van de overeenkomst. Maar de rechter zal in het algemeen niet snel aannemen dat de door de gewijzigde omstandigheden benadeelde partij recht heeft op compensatie. In ieder geval is van belang dat eerst wordt vastgesteld welke omstandigheden partijen precies in hun overeenkomst hebben verdisconteerd, want die gelden in ieder geval niet als onvoorziene. We zullen echter hierna zien dat dit nog niet zo eenvoudig vast te stellen is. Een bekend voorbeeld dienaangaande is de clausule van aanpassing van de prijs aan devaluatie van de vreemde munt, waarin die prijs is uitgedrukt: hebben partijen dan ook bedoeld af te spreken dat een extreme devaluatie zoals in het Duitsland van de twintiger jaren van de vorige eeuw optrad hierin is verdisconteerd? Het antwoord hierop is 'nee' volgens een gezaghebbend standaardwerk.<sup>8</sup>

### Onvoorziene omstandigheden in de thuiszorg

Diverse recente voorbeelden van een beroep op art. 6:258 BW ziet men in de thuiszorg waar met de invoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) in 2007 de markt-

6 Zie T.H. Chen, 'De speltheoretisch voordeligste inschrijving', *TA* 2007/6, p. 458 voor een uitvoeriger bespreking van het verschijnsel strategische inschrijvingen.

7 Vraagt men die prijs per kopie in staffels, dan is als de aanbestedende dienst geen duidelijke regels stelt de mogelijkheid van ongewenste manipulatie van staffelprijzen aanwezig.

8 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 333.

werking werd geïntroduceerd. Bij thuiszorg maakt men doorgaans onderscheid tussen eenvoudige huishoudelijke verzorging (HV1) en meer complexe huishoudelijke verzorging (HV2).<sup>9</sup> De bijbehorende tarieven liepen in 2007 sterk uiteen: HV1 kostte ca. €14 per uur, HV2 ca. €22. Voor de invoering van de Wmo was de verhouding tussen HV1 en HV2 ongeveer 20% tegen 80%. Thuiszorginstellingen die van die verhouding waren uitgegaan bij de aanbestedingen, kwamen echter van een koude kermis thuis, omdat al snel bleek dat de gemeenten bij ca. 80% van de nieuwe gevallen de goedkope HV1-zorg verstrekten, zodat de verhouding tussen HV1 en HV2 snel veranderde. De voorzieningenrechter Alkmaar zag in die radicale wijziging aanleiding om de gemeente Hoorn te veroordelen tot betaling van een voorschot op een later door de bodemrechter vast te stellen compensatie.<sup>10</sup> In hoger beroep werd het vonnis echter vernietigd: het hof stelt dat de thuiszorginstelling de gevolgen van de invoering van de Wmo wellicht had kunnen voorzien en acht de problematiek onvoldoende uitgekristalliseerd om in kort geding vooruit te lopen op het oordeel van de bodemrechter.<sup>11</sup> Interessant is het vonnis van de voorzieningenrechter 's-Gravenhage die constateert dat de verschuiving in uren HV1 en HV2 niet het gevolg is van een gewijzigd beleid ten aanzien van de indicatiestelling. Vóór 2007 mochten de thuiszorginstellingen aan een betrokkene met een indicatie voor eenvoudige huishoudelijke verzorging toch de duurdere HV2 hulp bieden. Door de invoering van de Wmo in 2007 was die mogelijkheid echter afgesloten en die oorzaak van de verschuiving komt voor rekening van de thuiszorginstelling.

### Onvoorziene omstandigheden in de Bouw – art. 7:753 BW als *lex specialis*

De Bouwsector kent een *lex specialis* in art. 7:753 BW, dat deel uitmaakt van Titel 12, Aanneming van werk. Volgens dit artikel mag de rechter de prijs aanpassen op grond van kostenverhogende omstandigheden, mits de aannemer bij het bepalen van de prijs geen rekening heeft behoeven te houden met de kans op zulke omstandigheden. Ook bouwreglementen kennen dit soort regels, bijvoorbeeld § 47 lid 1 UAV 1989 bepaalt dat voor het opleggen van een prijsaanpassing er sprake moet zijn van omstandigheden 'die de kosten van het werk aanzienlijk verhogen'. Zoals te verwachten is omtrent de vraag wat dan onder 'aanzienlijk' moet worden verstaan het nodige te doen. En die vraag is merkwaardigerwijs pas heel kort geleden beantwoord: zowel de Raad van Arbitrage voor de Bouw als de burgerlijke rechter nemen aan dat 'aanzienlijk' betekent een kostenverhoging van minstens 5% van de aanneemsom.<sup>12</sup> Intussen blijkt dat onvoorziene kostenstijgingen in de Bouw regelmatig aanleiding kunnen zijn tot toekenning van compensatie aan de opdrachtnemer. Het gaat daarbij met name om stijging van grondstofprijzen als staalprijzen.<sup>13</sup> De rechter houdt uiteraard wel rekening met het normale ondernemersrisico, maar omtrent de precieze berekening daarvan is in de jurisprudentie nog geen eenduidig standpunt. Wie meer details wil kennen zij verwezen naar de in voetnoten 12 en 13 genoemde annotaties van Herber in het *Tijdschrift voor Bouwrecht*. Wellicht speelt bij deze zaken een rol dat het vrij eenvoudig is objectief vast te stellen of staalprijzen in een bepaalde periode na sluiten van de overeenkomst excessief gestegen zijn: deze prijzen hangen immers nauw samen met prijzen van grondstoffen als ijzer, nikkel en zink die op

beurzen genoteerd worden. Dat is een groot verschil met de ICT waar de belangrijkste 'grondstof' – het menselijk denkvermogen – vrijwel niet uit te drukken is in euro's. Voor sommige componenten in de ICT is echter wel degelijk een vergelijking met de situatie in de Bouw mogelijk: men denke aan de prijs van chips en processoren die soms in belangrijke mate de prijs van de overeenkomst bepalen.

### Het Pressetext-arrest van het Hof van Justitie EG

Op 19 juni 2008 deed het Hof van Justitie EG een belangwekkende uitspraak in een zaak die in Oostenrijk speelde.<sup>14</sup> In 1994 sloot de staat Oostenrijk een overeenkomst voor onbepaalde tijd met APA Austria Presse Agentur voor onder meer de terbeschikkingstelling van een databank met persberichten. Op dat moment was Oostenrijk nog geen lid van de Europese Gemeenschap, zodat de aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing was. In de loop der jaren werden verschillende wijzigingen in de overeenkomst overeengekomen tussen partijen, zoals het onderbrengen van een deel van de activiteiten in een dochteronderneming van APA, omrekenen van de jaarlijkse vergoeding in euro's (waarbij werd afgerond op een rond getal met als gevolg een prijsdaling van 0,3%), aanpassing van de overeengekomen prijsindexering, andere kleine prijsaanpassingen, hernieuwen van de afspraak dat de overeenkomst niet opgezegd kon worden tot een bepaalde datum en verhoging van de korting op de vergoeding voor online gebruik van de informatiediensten van 15% naar 25%. Concurrent Presstext Nachrichtendienst, die vergeefs haar diensten aan de staat had aangeboden, stapte in 2006 naar de rechter, stellende dat de diverse wijzigingen van de overeenkomst een schending van het inmiddels ook in Oostenrijk van kracht zijnde aanbestedingsrecht inhielden. De Oostenrijkse rechter wendt zich tot het Hof van Justitie EG met een aantal vragen. De eerste drie vragen komen erop neer dat men wenst 'te vernemen onder welke voorwaarden wijzigingen van een bestaande overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een dienstverlener kunnen worden aangemerkt als een nieuwe plaatsing van een overheidsopdracht' (r.o. 29). Indien dit laatste het geval is en de waarde van die opdracht groter is dan de drempelwaarde,<sup>15</sup> dan betekent dit dat die wijziging alleen mogelijk is door de aldus gedefinieerde nieuwe overeenkomst Europees aan te besteden, zodat ook concurrenten kunnen meedingen naar die gewijzigde opdracht. Het Hof van Justitie EG komt in r.o. 34 tot het volgende belangwekkende oordeel: 'Met het oog op het garanderen van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van

9 Ook ziet men soms nog een derde categorie: HV3, huishoudelijke verzorging in een verstoord huishouden.

10 V.zr. Rb. Alkmaar 24 april 2008, LJN: BD0487, Stichting Omring/Gemeente Hoorn.

11 Hof Amsterdam 28 oktober 2008, NJF 2009, 229, r.o. 4.6.

12 RvA 19 februari 2008, no. 71.215, TBR 2009/95 m.nt. Herber; Rb. Rotterdam 16 juli 2008, LJN: BD9020, TBR 2009/96.

13 Behalve de in noot 12 genoemde vonnissen werd ook in Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 2007, LJN: BB9842 en in Rb. Amsterdam 15 april 2009, TBR 2009/148, m.nt. Herber een compensatie aan de opdrachtnemer toegekend, in beide gevallen wegens excessief gestegen staalprijzen.

14 HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur/Oostenrijk.

15 Voor opdrachten voor diensten door de centrale overheid is die drempelwaarde thans € 133 000 ex BTW.

de inschrijvers, vormen wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst [...]’ (r.o. 34). Met andere woorden: een *wezenlijke wijziging* van de overeenkomst zonder aanbestedingsprocedure is niet toegestaan (tenzij de aldus ontstane nieuwe opdracht een waarde beneden de drempelwaarde vertegenwoordigt). Ook onder de nieuwe Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG, die tegenwoordig het aanbestedingsrecht voor nutsbedrijven respectievelijk overheden bepalen, is deze uitspraak zonder meer van groot belang. Minstens zo belangrijk is dit arrest doordat het Hof van Justitie EG vervolgens concretiseert wat men onder wezenlijke wijziging dient te verstaan. Er is – kort samengevat – sprake van een wezenlijke wijziging van de overeenkomst in de volgende drie gevallen:

1. Er worden voorwaarden ingevoerd die, wanneer zij waren genoemd in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure, hadden geleid tot een andere kring van toegelaten gegadigden of keuze van een andere offerte (r.o. 35);
2. De markt wordt in belangrijke mate uitgebreid tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen (r.o. 36);
3. ‘[...] het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld’ (r.o. 37).

Interessant voor het Nederlandse recht is dat het derde geval precies aansluit bij de hierboven genoemde interpretatie van art. 6:258 BW: zolang er sprake is van aanpassing van de overeenkomst conform de bedoeling van partijen, dus rekening houdend met die omstandigheden die vooraf in de overeenkomst verdisconteerd zijn, is er geen bezwaar vanuit het aanbestedingsrecht. De voor de Bouw relevante bepalingen van art. 7:753 BW en art. § 47 UAV 1989 gaan echter een stap verder: het laatste artikel bijvoorbeeld spreekt over ‘kostenverhogende omstandigheden [...] die van dien aard zijn dat bij het tot stand komen van de overeenkomst geen rekening behoefde te worden gehouden met de kans dat zij zich zouden voordoen [...]’. Enigszins paradoxaal zou men kunnen zeggen dat het van toepassing verklaren van het UAV 1989 betekent dat men een voorziening voor onvoorziene omstandigheden treft. Of het toepassen van die voorziening in het concrete geval aanbestedingsrechtelijk een stap te ver is in geval van een overheidsopdracht is thans nog onbekend; wel is het Presstext-arrest in een andere situatie toegepast door de Nederlandse rechter.<sup>16</sup>

### Consequenties van het Presstext-arrest voor de ICT

Voor de ICT heeft het arrest grote betekenis – althans voor zover het gaat om wijziging van overeenkomsten met aanbestedende diensten.<sup>17</sup> Uiteraard beperkt deze betekenis zich niet tot de ICT, zoals men bijvoorbeeld kan lezen in de grondige bespreking van het arrest door Hebly en Klijn in het *Tijdschrift voor Bouwrecht*.<sup>18</sup> In vergelijking met de Bouw zijn er minstens twee opvallende verschillen:

1. er komen in de ICT sterke prijsfluctuaties voor, zowel omhoog als omlaag; en
2. in veel gevallen is het erg moeilijk of zelfs onmogelijk om een ICT-opdracht vooraf voldoende nauwkeurig te specificeren.

Beide punten leiden in de praktijk zeer frequent tot wijziging van een ICT-contract. In de casus van het Presstext-arrest bijvoorbeeld is onmiddellijk duidelijk dat verhoging van de korting op de vergoeding voor het online gebruik van de informatiediensten van 15% naar 25% een volstrekt logische aanpassing is. Het percentage van 15% was immers in 1994 overeengekomen en dan is het niet vreemd dat die online dienst in 2006 aanzienlijk goedkoper kan worden verricht. In dat verband zij opgemerkt dat het Hof die hogere korting zag als inbegrepen in de clausules van het oorspronkelijke contract (r.o. 84) waarbij het economisch evenwicht niet in het voordeel van de opdrachtnemer was gewijzigd (r.o. 85). Advocaat-Generaal Kokott stelt daarentegen – mijn inziens terecht – dat bedingen van een lagere vergoeding toch vervalzing van de mededinging met zich mee kan brengen, want ‘Doorslaggevend is steeds, welke condities de aanbestedende dienst op het moment van de wijziging van de overeenkomst op de markt had kunnen krijgen.’<sup>19</sup> Als een internetprovider, zoals de mijne onlangs deed, gratis een nieuw modem en verhoging van de bandbreedte van 20 Mb/s naar 50 Mb/s kan aanbieden, dan is wel duidelijk dat zeker op het terrein van telecommunicatie gigantische wijzigingen van prijzen, diensten en service levels dagelijkse praktijk zijn. Uitbreiding van de overeenkomst met diensten ‘die oorspronkelijk niet waren opgenomen’ in het contract is schering en inslag op vele terreinen van de ICT. Zou dit in geval van overheidsopdrachten elke keer leiden tot een aanbestedingsplicht, dan is het einde letterlijk zoek.

Gelukkig is hier wel iets aan te doen: opstellen van een flexibele overeenkomst bij de aanbestedingsprocedure. Die overeenkomst moet dus clausules bevatten die het mogelijk maken om de dienstverlening aan te passen aan gewijzigde omstandigheden, zoals het beschikbaar komen van nieuwe technieken. Wanneer partijen dan later gebruikmaken van die clausules, is er geen sprake van *wijziging* van de overeenkomst, maar slechts van toepassen van een contractuele regel voor gewijzigde omstandigheden. Die wijziging is dus in de overeenkomst verdisconteerd, zodat art. 6:258 BW niet van toepassing is en dus evenmin het Presstext-arrest. Prijsindexering is bijvoorbeeld zo’n clausule. Maar het kan gebeuren dat een prijsindex geen rekening houdt met een onverwachte excessieve prijsstijging (of prijsdaling). Dit was bijvoorbeeld het geval in de casus van het in noot 12 genoemde vonnis van

16 Vzr. Rb. Haarlem 30 maart 2009, LJN: BH9057, Ballast Nedam Infra c.s./Gemeente Haarlem c.s. In r.o. 4.7 van dit vonnis wordt een enigszins onnauwkeurige samenvatting van de voorwaarden uit het arrest gegeven.

17 Behalve de staat, provincies, gemeenten en waterschappen zijn ook publiekrechtelijke instellingen als DNB, UWV, SVB, IB-groep en speciale sector bedrijven zoals openbaar vervoer bedrijven, energiebedrijven en (lucht-)havenbedrijven aanbestedende diensten. Alles bij elkaar gaat het dus om een aanzienlijk deel van de Nederlandse economie.

18 J.M. Hebly, M.B. Klijn, ‘Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht’, *TBR* 2008/157.

19 Conclusie A-G J. Kokott 13 maart 2008, zaak C-454/06, r.o. 90-91.

de Rechtbank Rotterdam. Veel ICT-contracten kennen behalve prijsindexering dan ook clausules met betrekking tot de mogelijkheid van prijsaanpassing op grond van benchmarking – overigens ziet men in overheidsland zelden dat daarvan gebruik wordt gemaakt. Worden de prijzen aangepast aan gewijzigde omstandigheden op grond van een afgesproken indexering of benchmarking, dan is er overduidelijk geen sprake van wijziging van de overeenkomst. En zelfs als men van mening is dat hiervan wél sprake is, dan nog geldt dat het economisch evenwicht hierdoor niet is gewijzigd op een wijze die in voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld. Met andere woorden: zelfs als men dit zou zien als een wijziging van de overeenkomst, dan is het nog geen *wezenlijke wijziging* in de zin van het Presstext-arrest die noopt tot een aanbestedingsprocedure.

### **Uitbreiding van het contract met nieuwe diensten: een wezenlijke wijziging?**

Lastiger is het uitbreiden van de overeenkomst met diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen. Om de problematiek toe te lichten geef ik twee voorbeelden:<sup>20</sup>

- A. Het beheer van een aantal met name genoemde databases wordt aanbesteed en na een jaar wenst de opdrachtgever het beheer van een andere database hieraan toe te voegen.
- B. Het verzorgen van mobiele telefonie is enkele jaren geleden aanbesteed en op een bepaald moment komt een nieuwe techniek (men kan denken aan GPRS) beschikbaar die partijen onder het contract wensen onder te brengen.

Zou in geval A bij de aanbesteding de opdracht eenduidig gespecificeerd zijn als ‘het gedurende 5 jaar beheren van de databases X en Y’, dan hebben partijen een probleem als daar database Z aan toegevoegd moet worden. Het aanbestedingsrecht kent hiervoor een eenvoudige oplossing: de raamovereenkomst. De opdracht die wordt aanbesteed is dan de raamovereenkomst die bestaat uit het beheren van nader overeen te komen databases. Gedurende de looptijd van die raamovereenkomst kunnen partijen dan nadere overeenkomsten sluiten waarin de concrete te beheren databases worden genoemd. Er zijn echter in de overheidssector<sup>21</sup> nogal wat restricties aan raamovereenkomsten, zoals

1. Een raamovereenkomst kan met één leverancier of met drie of meer leveranciers gesloten worden maar niet met twee leveranciers (tenzij er slechts twee geschikte gegadigden zijn).
2. De looptijd is maximaal vier jaar, tenzij men in uitzonderingsgevallen kan motiveren waarom deze langer zou mogen zijn.
3. In geval van een raamovereenkomst met één leverancier moeten de nadere overeenkomsten met toepassing van alle voorwaarden van de raamovereenkomst worden gesloten. Die raamovereenkomst moet dus reeds alle details van de later te verstrekken opdrachten bevatten (zoals tarieven).
4. Bij een raamovereenkomst met meerdere leveranciers waarin niet alle voorwaarden voor toekomstige opdrachten zijn bepaald, moet elke nadere overeenkomst in concurrentie gegund worden onder de mantelpartijen.

Geval A is dus wel enigszins oplosbaar, maar helemaal be-

vredigend zal dit lang niet altijd geregeld kunnen worden. Geval B is lastiger: meestal is al enige tijd van tevoren bekend dat er een nieuwe techniek wordt ontwikkeld, al is het moment waarop deze commercieel geëxploiteerd zal worden vaak onzeker. Stel nu in dit concrete voorbeeld dat in de aanbesteding de volgende clausule was opgenomen: ‘Zodra de nieuwe GPRS-techniek commercieel beschikbaar wordt gesteld door de opdrachtnemer, zullen partijen de overeenkomst uitbreiden met deze techniek onder nader overeen te komen condities.’ Veel concreter vastleggen dan op deze wijze, is waarschijnlijk niet mogelijk. De prijs per MB bijvoorbeeld hangt immers sterk af van de gecontracteerde bandbreedte en het aantal gebruikers dat van de nieuwe techniek gebruik zal maken. Ook de dekking (Nederland, Europa of hele wereld) is natuurlijk relevant voor de prijs. En zo zijn er ongetwijfeld nog vele andere parameters die men lang niet altijd van tevoren kan voorzien. Bij uitbreiding van de diensten met nieuwe technieken komt men dus snel in de situatie van het Presstext-arrest, waarbij er sprake is van een wezenlijke wijziging. Stel bijvoorbeeld dat een ministerie gewone mobiele telefonie voor 5000 ambtenaren heeft aanbesteed en na drie jaar dit wenst uit te breiden met datadiensten. Dan is het denkbaar dat wanneer dit laatste meteen was aanbesteed er een andere offerte was uitgekozen. Ook is er duidelijk sprake van een significante uitbreiding van de dienstverlening en is het goed denkbaar dat tevens het economische evenwicht verschuift in het voordeel van de leverancier. Kortom, álle drie gevallen die het Presstext-arrest noemt, zouden zich kunnen voordoen.

Wanneer het gaat om bestaande technieken waarbij het mogelijk is de parameters van de opdracht van tevoren vast te leggen, dan is het mogelijk dat men toekomstige uitbreiding van de opdracht in de vorm van opties onderdeel laat uitmaken van de aanbesteding. In het bovenstaande voorbeeld van het ministerie zou dan de optie van mobiele datadiensten onderdeel uitmaken van de opdracht en zouden de inschrijvers hiervoor ook prijzen moeten bieden in hun inschrijvingen. Wordt vervolgens de optie uitgeoefend tijdens de looptijd van de overeenkomst, dan is er geen sprake van een wijziging van de overeenkomst en dus ook niet van een aanbestedingsplicht. Formeel gesproken kan men stellen dat in dit voorbeeld het enige dat onbekend is, is óf de optie zal worden uitgeoefend: de voorwaarden van de optie zijn voor het overige allemaal bij de aanbesteding bekend gemaakt, zodat elke inschrijver weet waar hij aan toe is. Dat neemt niet weg dat er op het tijdstip van uitoefening van de optie inmiddels wel sprake kan zijn van zo sterk gewijzigde omstandigheden, dat men zich kan afvragen of toch niet de criteria van het Presstext-arrest van toepassing zijn, zodat de optie niet meer uitgeoefend mag worden en de gewenste uitbreiding van de diensten moet worden aanbesteed.

20 Uiteraard zonder te suggereren hiermee het zeer brede veld van alle mogelijkheden ook maar in de verste verte te kunnen dekken.

21 In de speciale sectoren (onder meer openbaarvervoerbedrijven, energiebedrijven, (lucht)havenbedrijven) zijn er vrijwel geen restricties bij raamovereenkomsten.

## De nieuwe rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG bij aanbestedingsplichtige opdrachten

In de praktijk wordt tot nog toe door overheden tamelijk gemakkelijk omgegaan met aanpassing van ICT-contracten aan gewijzigde omstandigheden. Dat zal echter binnenkort radicaal moeten veranderen. Op 20 december 2009 moet namelijk in de EU-lidstaten Richtlijn 2007/66/EG zijn geïmplementeerd. En volgens art. 2 quinquies lid 1 van die nieuwe rechtsbeschermingsrichtlijn geldt dat een opdracht die is gegund zonder voorafgaande bekendmaking, terwijl een dergelijke bekendmaking verplicht was, door een onafhankelijke beroepsinstantie *onverbindend* verklaard kan worden. Wat precies onder 'onverbindend' moet worden verstaan en welke consequenties dit heeft, wordt vervolgens door het nationale recht bepaald. Combineren wij nu de uitspraak van het EG Hof van Justitie in het Pressetext-arrest met de nieuwe rechtsbeschermingsrichtlijn, dan betekent een en ander dat elke wezenlijke wijziging van een overeenkomst gezien moet worden als plaatsing van een nieuwe opdracht en dus onverbindend verklaard kan worden (althans als de waarde van de nieuwe opdracht de drempelwaarde overschrijdt).

Onlangs is het voorstel voor de Wet implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden ('Wira') gepubliceerd.<sup>22</sup> Volgens art. 8 van de Wira kan iedere belanghebbende tot zes maanden na het sluiten van de met een gunningsbeslissing beoogde overeenkomst bij de rechter vernietiging van die overeenkomst vorderen indien deze, in strijd met de regels, is gesloten zonder voorafgaande bekendmaking. De Wira bepaalt in belang van de rechtszekerheid dat deze regel niet geldt voor overeenkomsten die vóór 20 december 2009 gesloten zijn. Deze nieuwe regel legt een bom onder menig ICT-contract, zeker als het al enige jaren geleden is gesloten zonder rekening te houden met de mogelijkheid van aanpassing van de overeenkomst aan gewijzigde omstandigheden. Als overheidsopdrachtgever en leverancier, bijvoorbeeld naar aanleiding van hun jaarlijkse evaluatie in het strategisch overleg, tot de slotsom komen dat het gewenst is het contract op allerlei punten aan te passen, moeten zij er voortaan gedegen rekening mee houden dat een concurrent naar de rechter zou kunnen stappen en het contract – of in ieder geval de overeengekomen wijzigingen – misschien kan laten vernietigen. Omdat vernietiging niet

zelden zeer ongewenste gevolgen kan hebben, kan overigens de rechter in het algemeen belang daarvan afzien krachtens art. 11 Wira. Art. 12 Wira bepaalt dat in dat geval de rechter op vordering van de belanghebbende of ambtshalve een looptijdverkorting kan opleggen. Die mogelijkheid van looptijdverkorting kan natuurlijk voor een concurrent een heel goede reden zijn om naar de rechter te stappen, met name in geval van langdurige contracten: de opdracht die hij graag zou verwerven, komt dan eerder op de markt. Art. 14 Wira bepaalt dat in geval van afzien van vernietiging wegens het algemeen belang de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) een boete oplegt aan de aanbestedende dienst. De boete wordt betaald aan de staat, zodat marktpartijen met deze sanctie weinig opschieten.

De vele technische complicaties die het daadwerkelijk effectueren van vernietiging door de rechter met zich meebrengt vallen buiten het bestek van dit artikel. Volstaan wordt met op te merken dat het onvermijdelijk lijkt dat dit niet in kort geding mogelijk lijkt omdat de voorzieningenrechter immers geen constitutief vonnis mag wijzen.<sup>23</sup> Om jarenlange procedures te voorkomen, is het wellicht mogelijk hiervoor een speciale aanbestedingskamer in te richten, uiteraard in Den Haag waar zich verreweg de meeste aanbestedingsgeschillen voordoen. Een andere interessante kwestie is of – in geval van niet-tijdige implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijn – deze richtlijn vanaf 20 december 2009 *rechtstreekse werking* heeft. Volgens Pijnacker Hordijk is dit niet het geval.<sup>24</sup>

### Conclusie

Bedrijven die nu nog met lede ogen aanzien hoe een concurrent jarenlang een lucratief overheidscontract weet uit te nutten, krijgen binnenkort door wetswijziging een machtig wapen. Zodra immers de contractpartijen de overeenkomst aanpassen aan gewijzigde omstandigheden – en dat is in de ICT welhaast onvermijdelijk bij langdurige contracten – kan elke concurrent binnenkort naar de rechter stappen en op grond van het aanbestedingsrecht vernietiging van de gewijzigde overeenkomst eisen. Deze nieuwe rechtsbeschermingsregel zal aanbestedende diensten dwingen om nog zorgvuldiger om te gaan met lopende contracten en om de aanbesteding van nieuwe opdrachten meer met het oog op de toekomst in te richten dan zij thans doen.

22 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 027, nr. 2.

23 Anders Pijnacker Hordijk (noot 2), p. 636 e.v.

24 Noot 2, p. 560.