



HvJ, 7 september 2016, Finn Frogne A/S tegen Rigspolitiet ved Center

[Zaak C-549/14](#)

Introductie

In deze zaak heeft het Hof geoordeeld dat de verandering van een aanbesteedde opdracht wegens een schikking tussen de aanbestedende dienst en een opdrachtnemer kan leiden tot een wezenlijke wijziging. Dit betekent dat de aanbestedende dienst de opdracht in dat geval opnieuw had moeten aanbesteed.

Feiten

In 2007 organiseert de Deense Staat een Europese aanbesteding voor de levering van software met betrekking tot een geïntegreerd radiocommunicatiesysteem voor spoeddiensten. Via een concurrentiegerichte dialoog wordt in oktober 2008 de overeenkomst gesloten met Terma. Bij de uitvoering van de opdracht ontstaan echter problemen met de leveringstermijnen. Beide partijen wijzen aansprakelijkheid af. Om een geding te vermijden en tegemoet te komen aan de wederzijdse belangen, wordt besloten het geschil te schikken, waarbij de waarde van de opdracht bijna wordt gedecimeerd. Dit voornemen wordt bekendgemaakt via een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf.

Finn Frogne, die niet aan de aanbesteding heeft deelgenomen, raakt hiervan op de hoogte en start een procedure bij de Deense beroepscommissie voor aanbestedingsgeschillen. De commissie concludeert dat de schikking een wezenlijke wijziging van de opdracht inhoudt, maar dat de schikking niet onverbindend kan worden verklaard, wegens de vooraf gepubliceerde aankondiging van vrijwillige transparantie. Finn Frogne gaat in hoger beroep en de Deense rechter legt de volgende prejudiciële vraag voor bij het Europese Hof van Justitie.

Prejudiciële vragen

“Moet artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG, beschouwd in het licht van de arresten van het Hof van 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), en 13 april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), aldus worden uitgelegd dat een schikking die inhoudt dat de diensten die de partijen oorspronkelijk hebben afgesproken in het kader van een overeenkomst waarvoor reeds een aanbesteding is uitgeschreven, worden ingeperkt en gewijzigd en dat zij er wederzijds van afzien rechtsmiddelen aan te wenden wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst om een later rechtsgeding te vermijden, een overeenkomst is die op zich een aanbesteding vereist, in het geval dat er problemen zijn gerezen bij de uitvoering van de oorspronkelijke overeenkomst?”

Uitspraak Hof

Het Hof oordeelt dat aanbestedende diensten een opdracht niet wezenlijk mogen wijzigen wegens de verplichtingen van gelijke behandeling en transparantie. Of er sprake is van een wijziging die wezenlijk is zal moeten worden getoetst aan de [Presstext-criteria C-454/06](#) (deze zijn ondertussen ook in artikel 72 opgenomen van richtlijn 2014/24). (ro. 28), dat wil zeggen dat een wijziging wezenlijk is wanneer:

1. voorwaarden worden ingevoerd die zouden hebben geleid bij het afsluiten van de overeenkomst: a. tot toelating van andere inschrijvers dan de oorspronkelijke of ; b. tot de keuze van een andere offerte dan de oorspronkelijke;
2. bij uitbreiding van de oorspronkelijk afgesproken diensten;
3. bij economisch evenwicht verschuiving naar de opdrachtnemer.

Geen wilsaspecten

De kwalificatie als wezenlijke wijziging moet echter vanuit objectief oogpunt worden geanalyseerd en voor het leerstuk van de wezenlijke wijziging is geen wilsovereenstemming vereist. Het Hof concludeert hieruit dat een schikking die het



gevolg is van externe omstandigheden (en niet de wil van partijen) ook valt onder de werking van het leerstuk van de wezenlijke wijziging valt. (ro. 33-34)

Zorgvuldige aanbestedende dienst - herzieningsclausule

Bovendien bepaalt het Hof dat een zorgvuldige aanbestedende dienst voor bepaalde overheidsopdrachten die vanwege hun voorwerp vanaf het begin al als onzeker kunnen worden beschouwd en er gevaren kunnen worden voorzien in de uitvoeringsfase, er een herzieningsclausule zou kunnen worden opgenomen. (ro. 35-36)

Uitspraak Hof

Volgens het Hof is het dus mogelijk dat een wijziging in een opdracht wegens een schikking tussen een aanbestedende dienst en een opdrachtnemer heraanbesteden verplicht is. Een zorgvuldige aanbestedende dienst kan dit binnen gecompliceerde opdrachten volgens het Hof namelijk voorzien en afvangen via een herzieningsclausule. In het licht van deze uitspraak is het dus raadzaam voor aanbestedende diensten een deugdelijke herzieningsclausule voor schikkingsmogelijkheden op te nemen in complexe opdrachten.