

## NOTITIE

Datum : 28 april 2022  
Aan : Vereniging KLAIR  
Van : Suzanne Brackmann  
Dossiernaam : Vereniging KLAIR  
Dossiernummer : D102264  
Onderwerp : Notitie aanbestedingsrechtelijke aspecten wijzigen overeenkomst ivm prijsstijgingen

---

### 1. Inleiding

- 1.1. In de markt van leveren van (mini)containers hebben opdrachtnemers al geruime tijd te maken met prijsstijgingen van grondstoffen, zoals kunststof, staal en brandstoffen. Als gevolg daarvan is de overeengekomen prijs in veel gevallen niet meer kostendekkend. In deze notitie wordt ingegaan op de mogelijkheden om te komen tot een aanpassing van de overeenkomst, die aanbestedingsrechtelijk rechtmatig is. Ik ga daartoe in op de mogelijkheden die de Aanbestedingswet en het Burgerlijk Wetboek bieden. Ook ga ik in aansluiting daarop in op specifieke aspecten die gelden voor (raam-)overeenkomsten.
- 1.2. Vereniging KLAIR mag deze notitie verstrekken aan aanbestedende diensten.

### 2. Relevante feiten

- 2.1. Deze notitie heeft betrekking op overeenkomsten die als resultaat van een aanbestedingsprocedure zijn gesloten.
- 2.2. In de meeste overeenkomsten is een bepaling opgenomen met betrekking tot de prijsindexatie. Ten behoeve van dit advies ga ik ervan uit dat de prijsaanpassing op basis van die prijsindexatie ontoereikend is, ofwel de werkelijke prijzen zijn veel hoger of stijgen veel sneller en worden niet gedekt door de prijsindexatie.

### 3. Juridisch kader wijziging overeenkomst - Aanbestedingswet: aanbesteden is de hoofdregel

- 3.1. Het uitgangspunt van het aanbestedingsrecht is dat een aanbestedingsprocedure leidt tot het sluiten van een overeenkomst tussen de opdrachtgever (meestal een gemeente) en de opdrachtnemer. De overeenkomst omvat alle aanbestedingsstukken en de inschrijving van de opdrachtnemer.
- 3.2. Vervolgens is het uitgangspunt van het aanbestedingsrecht dat die overeenkomst niet wijzigt; een wijziging moet leiden tot een nieuwe aanbestedingsprocedure:

*Artikel 2.163a Aw:*

*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.*

- 3.3. In het betreffende hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet staan de mogelijke uitzonderingen. Dat is een limitatief overzicht. Andere uitzonderingen zijn er dus niet. De aanbestedende dienst zal het besluit om de overeenkomst te wijzigen dus moeten kunnen verantwoorden door zich te beroepen op een (of meer) van de uitzonderingen. Bij sommige

uitzonderingen is bepaald dat het beroep daarop gepubliceerd moet worden via Tendered. Waar dat niet is voorgeschreven zal de aanbestedende dienst de onderbouwing - ten behoeve van marktpartijen die ernaar vragen alsmede ten behoeve van de accountant - in het interne dossier moeten hebben opgeslagen. In de volgende paragraaf behandel ik de relevante uitzonderingen.

- 3.4. Het Europese Hof van Justitie heeft bij herhaling geoordeeld dat uitzonderingen op de aanbestedingsplicht met grote terughoudendheid moeten worden toegepast. Een uitzondering moet echt een uitzondering zijn.

#### 4. Juridisch kader wijzigen overeenkomst - Aanbestedingswet: de uitzonderingen

##### *De minimus*

- 4.1. De eerste uitzondering betreft de de-minimus-uitzondering (artikel 2.163b Aw). Ofwel de uitzondering die te klein is om een aanbestedingsprocedure te rechtvaardigen. Uitgangspunt om een beroep te kunnen doen op deze uitzondering is dat de wijziging op geld waardeerbaar is. In de Aanbestedingswet zijn de volgende twee voorwaarden gesteld waaraan voldaan moet zijn om een beroep te kunnen doen op deze uitzondering:

1. *Het bedrag van de wijziging van de overeenkomst is lager dan de toepasselijke drempelwaarde en is lager dan 10% van de waarde van de oorspronkelijke overheidsopdracht voor leveringen of diensten<sup>1</sup>;*
2. *De algemene aard van de opdracht wijzigt niet door de wijziging.*

- 4.2. De drempelwaarde die geldt ten tijde van de wijziging is bepalend. Voor overheidsopdrachten voor leveringen is de drempelwaarde € 215.000 ex btw. Verder geldt de geactualiseerde waarde als grondslag indien de overeenkomst een indexeringsclausule bevat.<sup>2</sup> Tot slot moeten de opeenvolgende wijzigingen die tijdens de looptijd van de overeenkomst zijn doorgevoerd bij elkaar worden opgeteld om te bepalen of een beroep kan worden gedaan op de uitzondering.<sup>3</sup>

- 4.3. De levering van (mini)containers is op geld waardeerbaar omdat de inschrijvers daartoe in hun inschrijving een bedrag moeten offreren.

- 4.4. Indien de overeenkomst op grond van deze uitzondering gewijzigd mag worden dan is dat aanbestedingsrechtelijk rechtmatig. Deze wijziging hoeft niet gepubliceerd te worden. De aanbestedende dienst en de opdrachtnemer leggen de wijziging contractueel vast, bijvoorbeeld in een aanvulling op de overeenkomst.

##### *Herzieningsclausule*

- 4.5. Indien de overeenkomst een herzieningsclausule bevat dan mag tijdens de looptijd van de overeenkomst die clausule toegepast worden indien de clausule volgt uit de oorspronkelijke aanbestedingsstukken (artikel 2.163c Aw). De concept-overeenkomst of de bepalingen die in de overeenkomst opgenomen zullen worden, inclusief de herzieningsclausule zijn dus tijdens de aanbestedingsprocedure aan de markt bekend gemaakt.

- 4.6. De meest voorkomende herzieningsclausules zijn de verlenging van de looptijd, de aanpassing van het prijsniveau en bijvoorbeeld toekomstige wijzigingen waarop wordt vooruitgelopen, zoals verhuizingen van gemeentelijke diensten, fusie met buurgemeenten of andere aspecten die van invloed zijn op de omvang van de opdracht.

---

<sup>1</sup> Voor overheidsopdrachten voor werken is dit gesteld op 15% maar in het geval van (mini)containers is geen sprake van een overheidsopdracht voor werken.

<sup>2</sup> Artikel 2.163b lid 2 Aw

<sup>3</sup> Artikel 2.163b lid 3 Aw

4.7. In de Aanbestedingswet zijn de volgende twee voorwaarden gesteld waaraan voldaan moet zijn om een beroep te kunnen doen op deze uitzondering:<sup>4</sup>

1. *De wijziging van de overeenkomst is opgenomen in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken*
2. *in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules*

4.8. In de wet is verder toegelicht wanneer sprake is van een “*duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige*” clausule:

- a. *omschrijven de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties,*
- b. *omschrijven de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt, en*
- c. *voorzien niet in wijzigingen of opties die de algemene aard van de opdracht kunnen veranderen*

4.9. De herzieningsclausule moet dus concreet geformuleerd zijn. Algemene formuleringen, zoals “*iedere toekomstige wijziging wordt geacht onderdeel uit te maken van deze overeenkomst*” kwalificeren aanbestedingsrechtelijk niet als een herzieningsclausule.

4.10. De waarde van de wijziging speelt in deze uitzonderingsgrond geen rol. De ratio daarvan is dat die waarde al betrokken is in de waardebepaling van de opdracht.

4.11. In het geval voor de aanpassing van de prijs een herzieningsclausule is opgenomen in de overeenkomst, behoort de wijziging van de prijs dus tot de overeenkomst en betreft het geen wijziging die moet leiden tot een aanbesteding. Voor verdergaande wijzigingen zal een beroep gedaan moeten worden op een van de mogelijke uitzonderingen.

### *Onvoorzienbare omstandigheden*

4.12. Onvoorzienbare omstandigheden kunnen leiden tot een rechtmatige wijziging van de overeenkomst (artikel 2.163e Aw):

*Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien:*

- a. *de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien,*
- b. *de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengt, en*
- c. *de verhoging van de prijs niet meer bedraagt dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.*

4.13. De kern van deze uitzonderingsgrond betreft de onvoorzienbare omstandigheden: het gaat daarbij om omstandigheden die een professionele, zorgvuldig handelende aanbestedende dienst bij de aanbesteding niet kon voorzien. Dat betreft een objectieve toets: kon een vergelijkbare aanbestedende dienst in vergelijkbare omstandigheden dit voorzien. Het betreft hier niet *onvoorziene* omstandigheden; dat zijn omstandigheden die (mogelijk) voorzienbaar waren maar waarin de overeenkomst niet voorziet. Er is dus in de overeenkomst geen regeling voor opgenomen.

### *Voorbeeld:*

*Reguliere prijsstijgingen zijn voorzienbare omstandigheden. Indien de overeenkomst een prijsaanpassingsformule (indexering) bevat, dan is die omstandigheid voorzien in de overeenkomst. Op grond van artikel 2.163c Aw kan de overeenkomst gewijzigd worden met een beroep op die bepaling. Bevat een overeenkomst niet een dergelijke formule dan kan geen beroep worden gedaan op*

---

<sup>4</sup> Artikel 2.163c lid 2 Aw

*deze uitzonderingsgrond omdat een professionele, zorgvuldig handelende aanbestedende dienst bij de aanbesteding reguliere prijsstijgingen had behoren te voorzien.*

*Onvoorzienbaar zijn wel extreme prijsstijgingen. Indien een overeenkomst geen bepaling bevat om een overeenkomst te kunnen wijzigen als gevolg van extreme prijsstijgingen kan wel een beroep worden gedaan op deze uitzondering. Ik merk daarbij wel op dat dit voor recent gesloten overeenkomsten anders kan zijn: de prijzen van grondstoffen en brandstoffen stijgen al geruime tijd en er kan dan discussie bestaan over de vraag of een professionele, zorgvuldig handelende aanbestedende dienst bij de aanbesteding verdere extreme prijsstijgingen niet behoorde te voorzien. Ofwel, als de prijzen al geruime tijd stijgen en zelfs extreem stijgen, handelt een aanbestedende dienst dan zorgvuldig als hij onder die omstandigheden zich beperkt tot een reguliere prijsindexering en geen voorziening opneemt voor extreme prijsstijgingen?*

- 4.14. In het betreffende artikel is bepaald dat uitgegaan moet worden van de geactualiseerde prijs, dat de 50%-grens geldt voor elke afzonderlijke wijziging (mits die voortvloeit uit andere onvoorzienbare omstandigheden), dat de aanbestedende dienst geen wijzigingen mag doorvoeren met het oogmerk zich te onttrekken aan de Aanbestedingswet en dat de aanbestedende dienst de wijziging bekendmaakt door een aankondiging op Tendered.

### *Wezenlijke wijziging*

- 4.15. Een overeenkomst mag gewijzigd worden als die wijziging niet wezenlijk is (artikel 2.163g Aw). Een wijziging is wezenlijk als de opdracht materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht.<sup>5</sup> De wet geeft geen aanknopingspunten wat daarmee precies bedoeld wordt. Uit de wetsgeschiedenis en uit de jurisprudentie volgen voorbeelden, zoals een wijziging in de verdeling van de intellectuele eigendomsrechten, het uitbesteden van een deel van de gecontracteerde opdracht aan een inhouse-partij. Hoe dan ook, moet de materiële wijziging vanuit een objectief oogpunt vastgesteld worden; de intenties van de partijen zijn daarbij niet relevant.
- 4.16. In de Aanbestedingswet is wel bepaald welke wijzigingen in ieder geval als wezenlijk kwalificeren (dit is geen limitatieve opsomming):<sup>6</sup>

*Een wijziging van een overheidsopdracht is in ieder geval wezenlijk 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. een nieuwe opdrachtnemer in de plaats is gekomen van de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst de overheidsopdracht oorspronkelijk had gegund in een ander dan in artikel 2.163f bedoeld geval.*

- 4.17. Toegepast op de wijziging van de prijzen in verband met extreme prijswijzigingen van grondstoffen is mijn standpunt hieromtrent als volgt:

---

<sup>5</sup> Artikel 2.163g lid 2 Aw

<sup>6</sup> Artikel 2.163g lid 3 Aw

*Sub a: de toelating van de andere inschrijvers ligt niet voor de hand gezien de geringe omvang van de markt. Partijen die niet hebben deelgenomen, hebben die keuze naar alle waarschijnlijkheid niet gebaseerd op de mogelijke prijsontwikkelingen omdat die op het moment van inschrijven onvoorzienbaar waren.*

*Sub b: met 'de wijziging van het economisch evenwicht ten gunste van de opdrachtnemer' wordt bedoeld dat de opdrachtnemer een voordeel heeft door de wijziging dat hij niet heeft op basis van de oorspronkelijke overeenkomst. In dit geval zal de opdrachtnemer (tijdelijk?) een hogere prijs ontvangen dan wat zij heeft geoffreerd en daarmee is in principe sprake van het verschuiven van het economisch evenwicht in haar voordeel. Maar als niet alleen naar de prijs wordt gekeken maar naar het gehele samenstel van rechten en verplichtingen van de opdrachtnemer - en uit de jurisprudentie volgt dat dat de bedoeling is -, is er geen sprake van verschuiving van het economisch evenwicht, ervan uitgaande dat de overeen te komen prijsstijging zodanig is dat de opdrachtnemer maximaal haar oorspronkelijke marge op de levering kan realiseren, en de prijsstijging niet verder gaat dan dat. Zou de opdrachtnemer een hogere marge realiseren dan is naar mijn oordeel wel sprake van de verschuiving van het economisch evenwicht.*

*Sub c: er is geen sprake van een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied.*

*Sub d: er is geen sprake van een nieuwe opdrachtnemer.*

## **5. Conclusie met betrekking tot wijzigen op grond van de Aanbestedingswet**

De conclusie is dat de wijziging, bestaande uit de verhoging van de prijs in verband met de extreme stijging van grondstofprijzen geldt als een wijziging waarvoor een beroep kan worden gedaan op de uitzondering van de de minimus-bepaling van artikel 2.163b Aw dan wel op de uitzondering van de onvoorzienbare omstandigheid. De wijziging is tevens geen wezenlijke wijziging.

## **6. Juridisch kader wijziging overeenkomst - Burgerlijk Wetboek**

- 6.1. Op grond van het Burgerlijk Wetboek kunnen contractspartijen hun overeenkomst (laten) wijzigen of voortijdig beëindigen.

### *Onvoorziene omstandigheden*

- 6.2. Een contractspartij kan de rechter verzoeken de gevolgen van een overeenkomst te wijzigen of de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden, die van dien aard zijn dat de andere contractspartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten (artikel 6:258 BW). Onderdeel van het verzoek kan zijn om aan de wijziging of ontbinding terugwerkende kracht te verlenen. De wijziging van de overeenkomst moet getoetst worden aan de Aanbestedingswet om te bepalen dat de wijziging aanbestedingsrechtelijk rechtmatig is. Aansluiting bij artikel 2.163e Aw ligt voor de hand.
- 6.3. Om een beroep te kunnen doen op deze bepaling is het van belang dat de onvoorziene omstandigheden ten tijde van het aangaan van de overeenkomst in de toekomst lagen en dat de overeenkomst geen bepaling bevat die juist ziet op die omstandigheden (want dan zijn ze niet meer onvoorzien).
- 6.4. De rechter zal bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen rekening moeten houden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij de kwestie betrokken zijn (artikel 3:12 BW). De partij die een dergelijk verzoek doet, doet er goed aan

de relevante omstandigheden en belangen te schetsen zodat de rechter deze kan betrekken in zijn beoordeling. Vooral de extremiteit van de prijsstijgingen, de oorzaak daarvan (oorlog Oekraïne) en de gevolgen (faillissement?) dienen genoemd te worden en bij voorkeur onderbouwd te worden met informatie en documentatie.

### *Beëindiging*

- 6.5. Indien de overeenkomst niet gewijzigd kan worden, kan onder omstandigheden gekozen worden voor een ingrijpender maatregel: beëindiging van de overeenkomst. Voor het beëindigen van een overeenkomst geldt als uitgangspunt dat een overeenkomst voor bepaalde tijd (en dat zijn vrijwel alle overeenkomsten die gesloten worden na een aanbestedingsprocedure) niet tussentijds opzegbaar, tenzij:
- (i) in de overeenkomst of de algemene voorwaarden een opzegregeling is opgenomen: elke der partijen kan de overeenkomst tussentijds beëindigen op grond van die opzegregeling (bijvoorbeeld artikel 22.6 ARVODI);
  - (ii) de beëindigende partij zich erop beroept dat het voortduren van de overeenkomst in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:248 BW).
- 6.6. De beëindigende partij (in dit geval de opdrachtnemer) informeert de andere partij (de aanbestedende dienst). In sommige overeenkomsten zijn formaliteiten voorgeschreven (bijvoorbeeld per aangetekende brief); deze moeten uiteraard in acht genomen worden. De beëindigende partij hanteert een redelijke opzegtermijn. De vraag wat een redelijke opzegtermijn is, is lastig te beantwoorden. De argumenten voor de opzegging spelen een rol maar ook andere factoren, bijvoorbeeld de belangen van de beide contractspartijen.
- 6.7. Indien de andere partij niet instemt met de beëindiging dient deze een juridische procedure te starten met als doel de beëindiging ongedaan te maken. De rechter beoordeelt dan of inderdaad sprake is van een dusdanige onaanvaardbaarheid, als bedoeld in deze bepaling. Indien de beëindiging ten onterechte is, dan kan de rechter een schadevergoeding toekennen. Het is daarom raadzaam dat de contractspartijen eerst proberen onderling een regeling te treffen, waarbij de mogelijkheid om de rechter de beëindiging van de overeenkomst te laten toetsen als ‘stok achter de deur’ fungeert.
- 6.8. De rechter kan aan de wijziging of ontbinding voorwaarden verbinden (artikel 6:260 BW), bijvoorbeeld als de rechter een schadeloosstelling rechtvaardig acht. Ook kan de wijziging of ontbinding tijdelijk gemaakt worden, bijvoorbeeld voor de duur dat Nederland en de andere Europese landen de sancties handhaven. Na opheffing ervan kan de overeenkomst weer herleven, tenzij bijvoorbeeld de oorspronkelijke looptijd inmiddels is verstreken.
- 6.9. Na de (tijdelijke) beëindiging van de overeenkomst zal de aanbestedende dienst geen (mini)containers meer geleverd krijgen. De aanbestedende dienst moet dus tijdig op zoek naar een alternatief. Daartoe zie ik de volgende mogelijkheden:
- onderhandelingsprocedure op grond van ‘dwingende spoed’
  - aanbestedingsprocedure met verkorte termijnen (zie artikel 2.74 en 2.74a Aw)
- Op basis van de specifieke omstandigheden van het geval is nadere advisering nodig.

### **7. (Raam-)overeenkomst**

- 7.1. De looptijd van een (raam-)overeenkomst bestaat vaak uit een initiële looptijd en vervolgens een of meer verlengingen. Ten aanzien van een verlenging zien we in de praktijk twee mogelijkheden: de opdrachtgever verlengt eenzijdig of beide partijen moeten instemmen met de verlenging. Bij een eenzijdige verlenging dient de opdrachtgever zich rekenschap te geven van de vraag of een ongewijzigde verlenging redelijk en billijk is, gezien de marktomstandigheden. Bij een verlenging waarvoor de toestemming van de beide

contractspartijen nodig is, geldt dat een contractspartij (de opdrachtnemer is hierin de meest voor de hand liggende partij) die toestemming mag weigeren. De aanbestedende dienst dient daarop bedacht te zijn en tijdig de voorbereidingen te treffen voor het sluiten van de opvolgende overeenkomst.

- 7.2. Indien de overeenkomst een raamovereenkomst betreft, attendeer ik erop dat de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht de geraamde hoeveelheid en/of waarde en een maximumhoeveelheid en/of -waarde voor de leveringen die moeten worden verricht, moet hebben vermeld en dat zodra de raamovereenkomst die maximumhoeveelheid en/of -waarde bereikt, de raamovereenkomst geen effect meer sorteert, ofwel de raamovereenkomst is dan verbruikt.<sup>7</sup> Concreet heeft dat tot gevolg dat onder de raamovereenkomst geen leveringen meer mogen worden uitgevraagd.

\*\*\*

---

<sup>7</sup> HvJ EU 17 juni 2021, C-23/20, ECLI:EU:C:2021:490