

# Wezenlijke wijziging in het aanbestedingsrecht

## Proefschrift

ter verkrijging van  
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,  
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,  
volgens het besluit van het college voor promoties  
te verdedigen op donderdag 14 september 2023  
klokke 16.15 uur

door

Hendrikus Plas  
geboren te Deventer  
in 1988

**Promotoren**

Prof. mr. J.M. Hebly, emeritus

Prof. mr. H.B. Krans

**Promotiecommissie**

Prof. mr. A.G. Castermans

Prof. mr. T.J. de Graaf

Prof. mr. S. van Gulijk (Tilburg University)

Prof. mr. C.E.C. Jansen (Vrije Universiteit Amsterdam)

Prof. mr. P.H.L.M. Kuypers (Radboud Universiteit)

Voor mijn ouders  
Herman en Jennie Plas



# Inhoudsopgave

## 1. Inleiding

1.1	De wijzigingsvrijheid begrensd	1
1.2	De reikwijdte van het Europese aanbestedingsrecht	2
1.3	Waarom dit onderzoek?	4
1.4	Hoofdvraag en deelvragen	6
1.5	Methodiek en afbakening	7

## 2. De grondslagen voor een wijzigingsbeperking

2.1	Inleiding	9
2.2	Een panoramaschets	9
2.2.1	De beginselen	10
2.2.2	Het systeem	14
2.2.3	Misbruik	15
2.2.4	Een objectiverende toets	17
2.3	<i>Pressetext</i> : rechtsvormend of excessief activistisch?	18
2.3.1	Het relevante kader geschetst	18
2.3.2	Het verwijt geformuleerd	19
2.3.3	Het verwijt weersproken	20
2.4	Wijzigingsbeperking tijdens de uitvoering: een rechtsgevoel	22
2.4.1	Een pril Nederlands begin	22
2.4.2	Een lange Franse traditie	24
2.4.3	Amerikaanse gelijkgestemdheid	27
2.5	De verbintenisrechtelijke zorgplicht in nieuw licht	29
2.5.1	Over de ontwikkeling van de contractvrijheid	30
2.5.2	Rekening houden met de belangen van derden	31
2.5.3	Wezenlijke wijziging als onrechtmatige daad	33
2.5.4	Belang om te waken voor een te vergaande doorwerking	36
2.6	Beantwoording deelvraag 1	37

## 3. De mogelijkheden tot het introduceren van flexibiliteit

3.1	Inleiding	39
3.2	Algemene opmerkingen	39
3.2.1	Vrijheid: een breed palet aan keuzes	40
3.2.2	Verantwoordelijkheid: de noodzaak tot zorgvuldigheid	41
3.3	Het voorbehoud tot wijziging van de overeengekomen prestaties	44
3.3.1	Wijziging van de overeenkomst?	44
3.3.2	De verhouding tussen de herzieningsclausule en de optie	45
3.3.3	Twee lezingen door een Oxford-komma	48
3.3.4	Typen bedingen	51

3.4	Wijzigingsbedingen in relatie tot de verbintenisrechtelijke bepaalbaarheid en kwalificatie	51
3.4.1	Kader	52
3.4.2	Herzieningsclausules	53
3.4.3	(Herzienings)opties	53
3.4.4	Gescheiden wegen	54
3.5	De herhalingsopdracht	56
3.5.1	Aanbestedingsrechtelijke aandachtspunten	56
3.5.2	Verschillen tussen de herhalingsopdracht en de optie	62
3.5.3	De overeenkomst gekwalificeerd	64
3.5.4	De mogelijkheid gekwalificeerd	67
3.6	Het voorbehoud tot vervanging van een opdrachtnemer	70
3.6.1	Oorsprong	71
3.6.2	Toepassingsbereik	72
3.6.3	De wenselijkheid van een wachtkamerconstructie	74
3.6.4	Het vervangingsbeding nader beschouwd	77
3.6.5	De vervanging van onderaannemers	82
3.7	Beantwoording deelvraag 2	87
<b>4.</b>	<b>Wijzigingen en de aanbestedingsprocedure</b>	
4.1	Inleiding	89
4.2	Wijzigingen tijdens de aanbestedingsprocedure	90
4.2.1	Aard van de wijziging	90
4.2.2	Moment van de wijziging	92
4.2.3	Een alternatief voor twijfelgevallen	93
4.3	De mislukte aanbestedingsprocedure	94
4.3.1	Het verbod	95
4.3.2	De motivering	97
4.4	Wezenlijke wijziging en heraanbesteding	98
4.5	Slotopmerkingen	101
4.6	Beantwoording deelvraag 3	103
<b>5.</b>	<b>Interpretatie van aanbestede overeenkomsten</b>	
5.1	Inleiding	105
5.2	Het Europese kader: helderheid, consistentie en strikte naleving	106
5.2.1	Introductie van een maatman	106
5.2.2	Inhoud van de maatmannorm	109
5.3	Het nationale kader: de uitleg van een aanbestede overeenkomst	111
5.3.1	Van haviltex tot cao-norm: een schets	112
5.3.2	De Nederlandse aanbestedingsrechtelijke praktijk	113
5.3.3	Voorkeur voor toepassing van de geobjectiverde haviltexmaatstaf	116
5.3.4	Geobjectiverde haviltexmaatstaf en onderhandelingen	120
5.3.5	De <i>contra proferentem</i> -regel als mogelijk gezichtspunt	122
5.3.6	Mag een aanbestedende dienst een eigen maatstaf kiezen?	123
5.4	Beantwoording deelvraag 4	125

<b>6.</b>	<b>Wijzigingen tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst</b>	
6.1	Inleiding	127
6.2	Een gesloten stelsel	127
6.3	Toegenomen wijzigingsmogelijkheden	131
6.3.1	Het wijzigingenmandje	133
6.3.2	Noodzakelijk geworden aanvullende werkzaamheden en onvoorzienbare omstandigheden	134
6.3.3	Niet-wezenlijke wijzigingen	137
6.3.4	De wijziging van opdrachtnemer	138
6.4	De wijzigingsruimte is niet uitgekristalliseerd	141
6.4.1	Wat is de algemene aard van de opdracht?	141
6.4.2	Wat is de oorspronkelijke waarde?	144
6.4.3	De uitwerking van art. 2.163b Aanbestedingswet	146
6.4.4	Kostenstijging of ook kostenvermindering?	150
6.4.5	Concessie-omissies	151
6.4.6	Voorzienbaarheid en zorgvuldigheid	151
6.4.7	Reikwijdte van art. 2.163f Aanbestedingswet	152
6.4.8	Op welk niveau moet worden getoetst?	155
6.5	Trouw aan het gegeven woord - meestal dan	157
6.5.1	De uitvoeringsautonomie	157
6.5.2	Schikkingsmogelijkheden	161
6.6	Onvoorziene omstandigheden	163
6.6.1	Enkele algemene contouren	164
6.6.2	De voorwaarden vergeleken - art. 6:258 BW	165
6.6.3	De voorwaarden vergeleken - art. 7:753 BW	170
6.6.4	Synthese: geen significante negatieve beïnvloeding	173
6.7	Breid de wijzigingsmogelijkheden uit naar het nationale aanbestedingsrecht	174
6.8	Beantwoording deelvraag 5	177
<b>7.</b>	<b>Transparantie en wijzigingen tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst</b>	
7.1	Inleiding	179
7.2	Argumenten voor een hoge mate van transparantie	180
7.2.1	Belangen van derden	180
7.2.2	Waarde voor de publieke middelen	182
7.2.3	Behoorlijk bestuur en de rol van het maatschappelijk middenveld	183
7.3	Argumenten tegen een hoge mate van transparantie	185
7.3.1	Mededinging wordt geschaad	185
7.3.2	Bescherming van commercieel gevoelige informatie	186
7.3.3	Administratieve lasten	190
7.4	Transparantie inzake wijzigingen naar huidig recht	191
7.4.1	Verplichte aankondiging van een wijziging	191
7.4.2	Aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf	194

7.5	Ontwikkelingen op het gebied van transparantieplichtingen	198
7.6	Beantwoording deelvraag 6	202

## **8. Gevolgen van een wezenlijke wijziging tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst**

8.1	Inleiding	205
8.2	De verplichting tot aanbesteding	205
8.2.1	Een theoretisch logisch uitgangspunt	205
8.2.2	Welke aanbestedingsprocedure?	207
8.2.3	Mogelijke complicaties	209
8.2.4	De aanbestedingsverplichting genuanceerd	212
8.3	Het voortijdig einde van de overeenkomst	212
8.3.1	De Unierechtelijke verplichting tot beëindiging	213
8.3.2	De mogelijkheid tot beëindiging	216
8.3.3	Verdere aandachtspunten bij beëindiging	222
8.3.4	De mogelijkheid tot vernietiging	224
8.4	Reflecties over boetes en schadevergoeding	234
8.4.1	Over boetes en de onwenselijkheid van het doorberekenen daarvan	234
8.4.2	Bewijsperikelen bij een onrechtmatige daadsactie	237
8.4.3	Schadevergoeding voor de opdrachtnemer?	241
8.5	Beantwoording deelvraag 7	242

## **9. Conclusie en slotbeschouwing**

<b>Summary - Material amendments to public contracts in public procurement law</b>	249
<b>Bronnenlijst</b>	253
<b>Trefwoordenregister</b>	317
<b>Curriculum vitae</b>	321