

De mogelijkheid tot 'wijziging' van een overheidsopdracht in uitvoering. Tijd voor een nieuwe benadering van Preetext

Johan Geerts
Advocaat Publius

Simon Verhoeven
GJS advocaten

INHOUD

1. Situering	235
1.1 Het begrip 'wijziging van de opdracht'	235
1.2 Het onderscheid tussen een eenzijdige wijziging en een wijziging in onderling overleg	235
1.3 Opzet van deze bijdrage: overzicht van de mogelijkheden tot wijziging van een overheidsopdracht in uitvoering	236
2. De plaats van de Preetext-leer in het wijzigingsleerstuk: hoever mag een overheid gaan bij het wijzigen van de opdracht?	237
2.1 Het arrest Preetext van het Hof van Justitie	237
2.2 Codificatie van de Preetext-leer door de nieuwe Europese Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU	238
3. De wijziging van een overheidsopdracht onder de 'nieuwe' Belgische Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006	240
3.1 De mogelijkheid tot eenzijdige wijziging van een overheidsopdracht in uitvoering	240
3.2 De mogelijkheid tot wijziging van een overheidsopdracht in uitvoering, in onderling overleg	243
3.3 De wijziging die geen wijziging is: contractueel voorziene wijzigingen als herzienings- en optieclausules	246
4. Conclusie: tijd voor een nieuwe benadering van Preetext	247

ziene technische hinder bij de uitvoering¹. Hoewel meestal technisch (bv. een wijziging van het materiaal, van de hoeveelheden of van de uitvoeringswijze), heeft een wijziging uiteraard invloed op het contractueel kader (met name prijs en termijn).

2. De wijziging van de gesloten opdracht (of overeenkomst) moet worden begrepen in de meest ruime zin. Het gaat zowel om het uitvoeren van 'aanvullende' werken, leveringen of diensten die om technische of economische redenen beter aan dezelfde opdrachtnemer worden gegund, om 'verlengingen' of 'herhalingen' van opdrachten, als om eenzijdige wijzigingsbevelen (cf. art. 37 AUR² en het 'oude' art. 42 AAV³) en wijzigingen door uitvoeringsproblemen.

3. Uit deze begripsbepaling volgt al dat de wijziging van de opdracht een koepelbegrip is dat – naargelang de omstandigheden en de gevolgde procedure – verder wordt ingevuld in diverse bepalingen van de Overheidsopdrachtenwet en de uitvoeringsbesluiten daarbij. Deze verschillende omstandigheden en procedures worden in deze bijdrage onderzocht.

1. Situering

1.1 Het begrip 'wijziging van de opdracht'

1. Tijdens de uitvoering van een overheidsopdracht komt het regelmatig voor dat de aanbestedende overheid de gegunde en gesloten opdracht in uitvoering wenst (of dient) te wijzigen ten opzichte van de omschrijving van de opdracht in de opdrachtdocumenten (bestek en offerte).

Daarbij gaat het voornamelijk om technische wijzigingen van de opdracht, bijvoorbeeld in geval van onvoor-

1.2 Het onderscheid tussen een eenzijdige wijziging en een wijziging in onderling overleg

4. Een eerste onderscheid inzake wijziging – dat hierna bepalend zal zijn voor het wettelijk kader waarbinnen moet worden gehandeld – is het onderscheid tussen de eenzijdige wijziging en de wijziging van de opdracht in onderling overleg.

5. In het **privaat aannemingsrecht** bestaat er slechts één mogelijkheid tot wijziging van een gesloten overeenkomst: de wijziging in onderling overleg. In toepassing van artikel 1134, lid 1 BW strekt de overeen-

1. Verslag aan de Koning bij KB Uitvoering (AUR), BS 14 februari 2014, p. 876.
2. KB 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, BS 14 februari 2013 (hierna 'AUR').
3. Bijlage bij KB 26 september 1996 tot bepaling van de uitvoeringsregels van overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, BS 26 januari 1996, err. BS 25 februari 1997 (hierna 'AAV').



komst partijen tot wet. Enkel bij wederzijds akkoord van opdrachtgever en opdrachtnemer kan een opdracht worden gewijzigd.

6. Ook in het **overheidsopdrachtenrecht** hebben partijen in principe geen andere mogelijkheid tot wijziging van de opdracht en/of de contractuele voorwaarden dan bij onderling akkoord. Een overheidsopdracht is – na de gunning en de sluiting – immers eveneens onderworpen aan het gemeen privaatrecht (en dus art. 1134 BW), met dien verstande dat de regels vervat in de AUR erop primeren⁴.

Het principe van artikel 1134 BW wordt ook bevestigd in artikel 6 van de Overheidsopdrachtenwet (overheidsopdrachten worden geplaatst op forfaitaire basis) van 15 juni 2006⁵ en in artikel 56 AUR (“In beginsel heeft de opdrachtnemer geen recht op enige wijziging van de contractuele voorwaarden om welke omstandigheden ook die vreemd zijn aan de aanbestedende overheid”).

In afwijking van het privaat aannemingsrecht schrijft de overheidsopdrachtenreglementering in bepaalde gevallen wel concrete procedures voor volgens de welke een wijziging van de overeenkomst in onderling overleg dient te verlopen. Artikel 26 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 bepaalt op welke wijze aanvullende opdrachten ‘onderhands’ (dus met akkoord van de opdrachtnemer) kunnen worden gegund aan de opdrachtnemer die een lopende opdracht uitvoert; met de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (OPZB, zie *infra*).

7. Het **overheidsopdrachtenrecht** voorziet daarnaast in een uitzondering op de ‘vastheid’ van de opdracht.

In toepassing van het administratiefrechtelijk veranderlijkheidsbeginsel⁶ bepaalt artikel 37 AUR (de ‘opvolger’ de ‘oude’ art. 7 en 8 KB 26 september 1996⁷ en art. 42 AAV) dat de aanbestedende overheid **eenzijdig wijzigingen van de opdracht kan bevelen**. De opdrachtnemer is verplicht zich naar deze wijzigingsbevelen te schikken.

Ook in toepassing van artikelen 47, 54 en 56 AUR kan de aanbestedende overheid **bij uitvoeringsproblemen** eenzijdige beslissingen (o.a. d.m.v. ambtshalve maatregelen) nemen aangaande de verdere uitvoering van de opdracht.

Deze bepalingen zijn een uitdrukking van de ongelijkheid van de contractpartijen bij overheidsovereenkomsten. Het algemeen belang – nagestreefd door de overheid – primeert op het privaat belang van de opdrachtnemer.

1.3 Opzet van deze bijdrage: overzicht van de mogelijkheden tot wijziging van een overheidsopdracht in uitvoering

8. Voorwerp van deze bijdrage is de vraag binnen welke grenzen de aanbestedende overheid een gesloten opdracht kan wijzigen. Daarbij wordt zowel de eenzijdige wijziging als de wijziging in onderling overleg bedoeld.

De nieuwe Belgische Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 – van toepassing op de opdrachten gepubliceerd sinds 1 juli 2013⁸ - is het uitgangspunt.

Het zal blijken dat deze recent in werking getreden Belgische wetgeving reeds gedateerd is. Inmiddels zijn immers de **nieuwe Europese Richtlijnen Overheidsopdrachten** gepubliceerd met innovatieve bepalingen inzake de wijziging tijdens de uitvoering van de opdracht. Deze nieuwe richtlijnen moeten voor 18 april 2016 omgezet zijn in nationaal recht.

9. We bespreken vooreerst de Europese Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014⁹, waarin de *Pressetext*-leer (zie hierna) volledig gecodificeerd wordt, en gaan nadien in op de huidige stand van de Belgische wetgeving.

4. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 150; D. D'HOOGHE en PH. DE KEYSER, “Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel” in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 390; J. MERTENS, “De contractuele verantwoordelijkheid van de openbare besturen”, *TBP* 1948, p. 116; D. D'HOOGHE, “Overeenkomsten met de overheid” in X, *De overeenkomst: vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 134-135; D. D'HOOGHE, “De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen”, *T.Gem.* 1995, 75-105.

5. Wet 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten van werken, leveringen en diensten, *BS* 15 februari 2007 (hierna “Overheidsopdrachtenwet 15 juni 2006”).

6. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, nrs. 138 en 146.

7. tot bepaling van de uitvoeringsregels van overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, *BS* 26 januari 1996, *err.* *BS* 25 februari 1997.

8. KB 2 juni 2013 tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de Wet Overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de koninklijke uitvoeringsbesluiten ervan, *BS* 5 juni 2013.

9. Richtl. EP en Raad 2014/24/EU, 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, *Pb.L.* 28 maart 2014, afl. 94, 65 (hierna ‘richtlijn 2014/24/EU’). De richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (*Pb.L.* 28 maart 2014, afl. 94, 1) en de richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (*Pb.L.* 28 maart 2014, afl. 94, 243) blijven buiten beschouwing in deze bijdrage.



2. De plaats van de Presstext-leer in het wijzigingsleerstuk: hoever mag een overheid gaan bij het wijzigen van de opdracht?

2.1 Het arrest Presstext van het Hof van Justitie

10. Wie ‘wijziging’ zegt, zegt ‘Presstext’. De zogenaamde *Presstext*-leer verbiedt een ‘**wezenlijke wijziging**’ van de overheidsopdracht zonder dat een nieuwe gunningsprocedure wordt gevoerd.

11. Het spreekt voor zich dat de mogelijkheid tot wijziging van een gesloten opdracht (in onderling overleg of eenzijdig) niet onbeperkt is. Wijzigingen van een opdracht komen immers ten goede van één opdrachtnemer, zonder dat opnieuw een beroep wordt gedaan op de mededinging. Een onbeperkte wijzigingsmogelijkheid zou de wetgeving inzake de plaatsing van overheidsopdrachten alsook het gelijkheids- en transparantiebeginsel ondergraven¹⁰.

Deze laatste beginselen gelden – krachtens de rechtspraak van het Hof van Justitie – niet enkel tijdens de gunningsfase, maar ook tijdens de uitvoeringsfase.

Zo bekritiseerde het Rekenhof veelvuldige verrekeningen bij de uitvoering van overheidsopdrachten. In zijn verslag met de ondertitel “Kostenbeheersing bij de aanneming van waterwerken” wijst het Rekenhof op de *Presstext*-leer om te besluiten dat meerwerkenpercentages van 82 tot 214 % van het oorspronkelijke opdrachtbedrag dergelijke proporties aannemen dat sprake is van een nieuwe opdracht. “*De vraag rijst dan ook wat nog overblijft van de wettelijk vastgelegde beginselen van de forfaitaire prijs en de mededinging*”, aldus het Rekenhof¹¹.

Inderdaad stelt de *Presstext*-leer dat wanneer de wijzigingen van de aanvankelijke opdracht dermate zijn dat de reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen materieel worden gewijzigd, hieruit een intentie van partijen blijkt om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst. In zulk geval is een nieuwe aanbestedingsprocedure vereist. De op-

dracht moet dan opnieuw op de markt worden geplaatst, zodat andere ondernemingen kunnen meedingen en de overheid de beste voorwaarden kan bekomen.

Voorgaande wordt samengevat tot het begrip ‘**wezenlijke wijziging**’, geïntroduceerd door het Hof van Justitie in het arrest *Presstext*¹². Een wezenlijke wijziging van een lopende overeenkomst wordt beschouwd als een nieuwe overheidsopdracht.

12. Cruciale vraag is dan: **wanneer is een wijziging wezenlijk?** Wanneer wordt een overeenkomst dermate gewijzigd dat in feite sprake is van een nieuwe overheidsopdracht, die opnieuw op de markt moet worden geplaatst?

Het Hof introduceerde drie criteria (de ‘*Presstext*-criteria’) aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een ‘wijziging’ al dan niet als wezenlijk moet worden beschouwd, in welk geval een nieuwe aanbestedingsprocedure vereist is. In navolgende rechtspraak heeft het Hof deze criteria verder gepreciseerd en toegepast¹³.

Een wijziging is wezenlijk wanneer:

- de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden en de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt dan wel **bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken**;
- de wijziging het **economische evenwicht** van de opdracht of de raamovereenkomst ten gunste van de opdrachtnemer verandert op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst;
- de wijziging leidt tot een **aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied** van de opdracht of raamovereenkomst.

13. Het *Presstext*-arrest heeft aanleiding gegeven tot een omvangrijke literatuur aangaande de mogelijkheid tot wijziging van een gesloten opdracht en het begrip ‘wezenlijke wijziging’¹⁴.

10. Zie hierover: K. RONSE, “Gelijkheid en transparantie in het kader van de uitvoering van overheidsopdrachten” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2008-2009*, Brussel, EBP, 2009, 506-513.

11. Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams Parlement, *Parl.St.* VI.Parl. 2011-2012, nr. 37-E/1, p. 18.

12. HvJ 19 juni 2008, C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH.

13. HvJ 31 januari 2013, T-235/11, Commissie t./ Spanje; HvJ 29 april 2010, C-160/08, Europese Commissie t./ Duitsland (overwegingen 99 e.v.); HvJ 13 april 2010, C-91/08, Wall A.G. (overwegingen 37 e.v.); HvJ 25 maart 2010, Helmut Müller, C-451/08 (overwegingen 79 e.v.); HvJ 4 juni 2009, C-250/07 Europese Commissie t./ Griekenland (overweging 52).

14. K. WAUTERS en K. MAN, “De wijzigingen van overheidsopdrachten en andere overheidsvereenkomsten. Een Europees sausje?”, *CDPK* 2010, 142-158; A.L. DURVIAUX, “La négociation des contrats en cours d’exécution et le droit communautaire” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP, 2011, 935-951; M. SCHOUPS en K. LEMMENS, “Wijzigingen van overheidsopdrachten: rechtmatigheid en rechtsgevolgen” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2011/2012*, Brussel, EBP, 2012, 683-702; J.M. HEBLY en M.B. KLIJN, “Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht”, *Tijdschrift voor Bouwrecht* (NL) 2008/9, 822-830; J. HEBLY, en P. HEIJNSBROEK, “Wezenlijke wijzigingen na Europese aanbesteding”, *NTER* 2012, afl. 3, 94-106; B. SCHUTYSER, “De gunning van overheidsopdrachten in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State (2008-2009)”, *T.Gem.* 2010, afl. 2, 78-111; C. DE WOLF, “Noot bij H.v.J. 19 juni 2008, Presstext, C-454/06”, *T.Ann.* 2009, afl. 2, 186-201; E. VAN NUFFEL, “La modification substantielle d’un marché public assimilable à un nouveau marché devant faire l’objet d’une mise en concurrence” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY en P. THIEL, *Jaarboek*



Het arrest zal in deze bijdrage dan ook niet *in extenso* worden besproken. Ook inzake de mogelijkheid tot vervanging van een opdrachtnemer – hetgeen tevens uitdrukkelijk wordt behandeld in *Presstext* – wordt verwezen naar reeds verschenen rechtsleer¹⁵.

14. De *Presstext*-leer is het uitgangspunt van deze bijdrage. De leer wordt hierna gekaderd ten aanzien van de nieuwe Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006. Eerst gaan we echter in op de nieuwe Europese Overheidsopdrachtenrichtlijnen, die de *Presstext*-leer benaderen vanuit een nieuwe invalshoek.

2.2 Codificatie van de *Presstext*-leer door de nieuwe Europese Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU

15. De ‘oude’ Overheidsopdrachtrichtlijn 2004/18/EG¹⁶ voorzag niet in een bepaling inzake wijzigingen. Dat is niet onlogisch nu de Overheidsopdrachtenrichtlijnen zich beperken tot de plaatsing van overheidsopdrachten. De uitvoeringsregels worden volledig beheerst door nationaal recht.

Met het ‘wijzigingsleerstuk’ – dat tot ontwikkeling kwam in de rechtspraak van het Hof van Justitie (en tot op vandaag niet als dusdanig in de Belgische regelgeving is verankerd) – worden de algemene beginselen inzake transparantie en gelijke behandeling doorgetrokken van de gunningsfase (de plaatsing) naar de uitvoeringsfase.

16. De ‘nieuwe’ Europese Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014¹⁷ kiest in **artikel 72** voor een nieuwe flexibele benadering van de *Presstext*-leer. Het valt daarbij op dat de aangenomen tekst nog sterk afwijkt van het initiële commissievoorstel van 20 december 2011 (dat bekend was ten tijde van de opmaak van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 en de uitvoeringsbesluiten daarbij).

Het is van belang te onderlijnen dat de Europese wetgever bij wijziging van de opdracht zowel de eenzijdige wijziging als de wijziging in onderling overleg bedoelt. Artikel 72 bepaalt enkel de voorwaarden waaronder een wijziging – bevolen of in onderling overleg – al dan niet als een nieuwe opdracht wordt beschouwd. De nationale wetgever heeft de vrijheid om de aanbestedende overheid al dan niet de mogelijkheid te geven eenzijdig wijzigingen te bevelen, dan

wel te vereisen dat dit in onderling overleg gebeurt.

17. De krachtlijnen van artikel 72 worden hierna *in concreto* uiteengezet.

2.2.1 Aanvullende opdrachten zijn nooit een wezenlijke wijziging

18. Onder de artikelen 72, lid 1, b) en c) – toegelicht in de inleidende overwegingen 108 en 109 – wordt bepaald dat ‘**aanvullende opdrachten om technische redenen**’ – enerzijds, en ‘**onvoorzienbare aanvullende opdrachten**’ – anderzijds, niet worden beschouwd als een nieuwe opdracht, onder de daar bepaalde voorwaarden (o.a. prijsverhoging niet hoger dan 50 % van de initiële waarde van de opdracht).

In deze gevallen wordt aldus niet getoetst aan het criterium ‘wezenlijke wijziging’, dat wordt gedefinieerd in lid 4 van artikel 72. Of met andere woorden: **de *Presstext*-leer speelt hier niet.**

19. Artikel 72, § 1, b) richtlijn 2014/24/EU aangaande ‘**aanvullende opdrachten om technische redenen**’, bepaalt:

“Opdrachten en raamovereenkomsten kunnen in overeenstemming met deze richtlijn zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd in volgende gevallen:

*b) Voor door de oorspronkelijke aannemer te verrichten **aanvullende werken, diensten of leveringen** die noodzakelijk zijn geworden en die niet in de oorspronkelijke aanbesteding waren opgenomen, indien een verandering van aannemer:*

- i) niet mogelijk is om economische of technische redenen, zoals wanneer de aanvullende goederen of diensten uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met bestaande uitrusting, diensten of installaties die in het kader van de oorspronkelijke opdracht zijn verworven, en*
- ii) tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijgingen zou leiden voor de aanbestedende dienst.*

Prijsverhogingen mogen evenwel niet hoger zijn dan 50 % van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Indien er verscheidene opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, geldt deze beperking voor de waarde van elke wijziging. Dergelijke opeenvolgende

Overheidsopdrachten 2012/2013, Brussel, EBP, 2013, 617-638; A. BROWN, “When do Changes to an Existing Public Contract Amount to the Award of a New Contract for the Purposes of the EU Procurement Rules? Guidance at Last in *presstext* Nachrichtenagentur GmbH (Case C-454/06)”, *Public Procurement Law Review* 2008, NA253-NA267.

15. R. HEIJSE, “De vervanging van een contractpartij lopende de uitvoering van een overheidsopdracht”, *T.Aann.* 2013, afl. 3, 276-294; D. LINDEMANS en J. H. HONNAY, “Bedrijfsreorganisatie en andere wijzigingen bij de opdrachtnemer” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY en P. THIEL, *Jaarboek Overheidsopdrachten 2009-2010*, Brussel, EBP, 2010, 647-666; W. TIMMERMANS, “De overdracht van overheidsopdrachten” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY en P. THIEL, *Jaarboek overheidsopdrachten 2010-2011*, Brussel, EBP, 2011, 253-274.

16. Van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Pb.L.* 30 april 2004, afl. 134, 114.

17. Richtl. EP en Raad 2014/24/EU, 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, *Pb.L.* 28 maart 2014, afl. 94, 65 (hierna ‘richtlijn 2014/24/EU’).



wijzigingen mogen niet worden gebruikt om deze richtlijn te omzeilen.”

Dit scenario komt overeen met de notie aanvullende leveringen voorzien in artikel 26, § 1, 3°, b) Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006, die om technische redenen kunnen worden gegund aan dezelfde opdrachtnemer middels onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (OPZB). Voor werken en diensten, voorziet de huidige Belgische wetgeving niet in een dergelijke bepaling (evenmin als de oude Europese richtlijn 2014/18/EG).

De 50 %-drempel geldt voor elke wijziging afzonderlijk.

20. Het artikel 72, § 1, c) richtlijn 2014/24/EU aangaande **onvoorzienbare aanvullende opdrachten**, luidt als volgt:

“Opdrachten en raamovereenkomsten kunnen in overeenstemming met deze richtlijn zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd in volgende gevallen:

c) indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- 1) de behoefte aan wijziging is het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien;*
- 2) de wijziging brengt geen verandering in de algemene aard van de opdracht;*
- 3) de prijsverhogingen zijn niet hoger dan 50 % van de waarde van de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst. Indien er verscheidene opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, geldt deze beperking voor de waarde van elke wijziging. Dergelijke opeenvolgende wijzigingen mogen niet worden gebruikt om deze richtlijn te omzeilen.”*

Dit scenario komt overeen met de notie ‘aanvullende werken en diensten’ bedoeld in artikel 26, § 1, 2°, a) en ‘aanvullende leveringen’ als bedoeld in artikel 26, § 1, 3°, c) Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 (zie *infra*).

21. Wijzigingen die onder de vorige richtlijn 2004/18/EG (en de huidige Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006) onder de artikelen inzake de ‘onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking’ (OPZB) ressorteerden, verhuizen in de nieuwe Europese Overheidsopdrachtenrichtlijn, naar artikel 72 inzake wijzigingen en worden niet meer vermeld onder het artikel dat de toepassingsvoorwaarden van de OPZB regelt (art. 32 richtlijn 2014/24/EU).

Deze vernieuwing is logisch nu er bij de uitvoering van ‘aanvullende opdrachten’ in feite nooit sprake was van een ‘nieuwe opdracht’ (gegund bij OPZB) maar van een aanvulling – dus wijziging – van de opdracht die in uitvoering was.

2.2.2 Een wijziging is altijd mogelijk indien de waarde onder bepaalde de minimis-drempels blijft

22. De wijziging van een opdracht – eenzijdig dan wel in onderling overleg – wordt in de nieuwe Europese Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU altijd mogelijk gemaakt indien bepaalde drempelwaarden niet worden overschreden.

Artikel 72, lid 2 bepaalt:

“Voorts, en zonder dat onderzocht moet worden of de in lid 4, onder a) tot en met d)¹⁸, genoemde voorwaarden vervuld zijn, kunnen opdrachten ook zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure in overeenstemming met deze richtlijn worden gewijzigd indien het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan elk van de volgende bedragen:

- 1) de in artikel 4 genoemde drempels¹⁹, en*
- 2) 10 % van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor leveringen en diensten en minder dan 15 % van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor werken.*

De wijziging mag de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst evenwel niet veranderen. Wanneer een aantal opeenvolgende wijzigingen plaatsvinden, wordt de waarde beoordeeld op basis van de netto-cumulatieve waarde van de opeenvolgende wijzigingen.”²⁰

23. Het bedrag van opeenvolgende wijzigingen moet worden opgeteld. Eens de drempel is bereikt, moet een volgende wijziging worden getoetst aan de andere voorwaarden voorzien in artikel 72.

2.2.3 De notie wezenlijke wijziging als vangnetcriterium

24. Onder de nieuwe Europese richtlijn wordt de vraag of een wijziging van de opdracht wezenlijk is maar gesteld indien aan geen van de voornoemde toepassingsgevallen voldaan is.

Wanneer geen sprake is van aanvullende opdrachten in de zin van artikel 72, lid 1, b) en c), en wanneer de *de minimis*-drempels voorzien in artikel 72, lid 2 worden overschreden, blijft een wijziging van de opdracht mogelijk indien geen sprake is van een wezenlijke wijziging.

18. Dit zijn de *Pressetext*-voorwaarden (zie hierna).

19. Dit zijn de Europese drempels.

20. Zie art. 72, lid 2 Richtl. 2014/24/EU.



Om te bepalen of een wijziging al dan niet wezenlijk is, codificeert de richtlijn onder artikel 72, lid 4 de *Presstext*-voorwaarden (zie *supra*: randnummer 12).

25. De invulling van de notie wezenlijke wijziging als vangenetcriterium – dus: wanneer niet aan andere mogelijkheden tot wijziging van de opdracht voldaan is – plaatst de *Presstext*-leer in een nieuwe context.

Niet elke wijziging van een opdracht moet aan de notie wezenlijke wijziging worden getoetst. Dat is maar het geval wanneer de wijziging niet onder een andere toepassingsvoorwaarde kan worden ingevuld.

26. Deze nieuwe benadering van de *Presstext*-leer wordt hierna toegepast op het huidige Belgische wettelijk kader.

Niettegenstaande de wetgever in bepaalde gevallen slordig is geweest – met onduidelijkheden tot gevolg – wordt getracht een duidelijk kader uit te werken waarbinnen wijzigingen van een opdracht in uitvoering toelaatbaar zijn.

Daarbij wordt *de lege ferenda* een oproep gedaan om versneld werk te maken van een omzetting van artikel 72 van de nieuwe Europese Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU.

3. De wijziging van een overheidsopdracht onder de ‘nieuwe’ Belgische Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006

3.1 De mogelijkheid tot eenzijdige wijziging van een overheidsopdracht in uitvoering

3.1.1 De eenzijdige wijziging van de opdracht op bevel van de aanbestedende overheid (art. 37 AUR)

27. Zoals hiervoor uiteengezet, wordt in het overheidsopdrachtenrecht afgeweken van artikel 1134 BW (de overeenkomst strekt partijen tot wet) in toepassing van het administratiefrechtelijk veranderlijkheidsbeginsel.

Deze wijzigingsmogelijkheid werd geregeld in de artikelen 7 en 8 van het ‘oude’ KB van 26 septem-

ber 1996²¹. Voor opdrachten voor werken was in artikel 42 AAV een meer concrete bepaling voorzien.

28. De bepalingen van de ‘oude’ artikelen 7 en 8 van het KB 26 september 1996 en het ‘oude’ artikel 42 AAV worden onder **het ‘nieuwe’ artikel 37 AUR**²² grotendeels overgenomen, doch met één ingrijpende **verstrenging**, door het invoeren van de zogenaamde 15 % drempel.

Naast de gekende voorwaarden dat het voorwerp van de opdracht onveranderd moet blijven en dat – zo nodig – een ‘passende compensatie²³’ moet worden voorzien voor de opdrachtnemer, geldt nu als bijkomende voorwaarde dat de eenzijdige wijziging in waarde beperkt dient te blijven tot 15 % van het oorspronkelijke opdrachtbedrag. Artikel 42 AAV bepaalde daarentegen dat de opdrachtnemer gehouden is om gevolg te geven aan wijzigingsbevelen tot de ‘totale waarde’ van opeenvolgende wijzigingen 50 % van de het initiële opdrachtbedrag belooft.

Artikel 37, eerste lid AUR bepaalt:

“Ongeacht de wijze waarop de prijzen worden bepaald, is de aanbestedende overheid gerechtigd de oorspronkelijke opdracht eenzijdig te wijzigen, voor zover cumulatief aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- 1° *het voorwerp van de opdracht blijft onveranderd;*
- 2° *buiten de toepassing van de artikelen 26, § 1, 2°, a) en b), en 3°, b) en c), en 53, § 2, 2° en 4°, a) en b), van de wet en artikel 25, 3°, a), en 4°, b), van de wet defensie en veiligheid, blijft de wijziging in waarde beperkt tot vijftien percent van het oorspronkelijke opdrachtbedrag;*
- 3° *zo nodig wordt voorzien in een passende compensatie voor de opdrachtnemer.”*

Positief is ook dat artikel 37 AUR van toepassing is op werken, leveringen en diensten, daar waar artikel 42 AAV enkel van toepassing was op werken.

Artikel 37 AUR doet ook geen afbreuk doet aan de toepassing van de artikelen 26, § 1, 2°, a) en b), en 3°, b) en c) van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 inzake de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (OPZB), waarin voor bepaalde gevallen een specifieke drempel van 50 % is voorzien. Het gunnen van ‘aanvullende werken en diensten’, ‘herhalingsopdrachten’ en ‘bijbestellingen’ (leverin-

21. KB 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, *BS* 26 januari 1996, *err.* *BS* 25 februari 1997.
 22. KB 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, *BS* 14 februari 2013.
 23. Zie daarover: A. EECKHOUT, “Herstel van het contractueel evenwicht bij wijzigingen van een opdracht van werken op bevel van de aanbestedende overheid” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2013-2014*, Brussel, EBP, 2014, 759-784: de aannemer moet dankzij een compensatie waarop hij recht heeft, teruggeplaatst worden in de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien de wijziging niet zou zijn bevolen. De compensatie moet dus van die aard zijn dat het contractueel evenwicht hersteld wordt. In het verslag aan de Koning bij het KB Uitvoering (*BS* 14 februari 2013, *err.* *BS* 26 maart 2013, p. 8782) wordt verduidelijkt dat onder ‘passende compensatie’ zowel kan worden begrepen een prijsherziening als een verlenging van de uitvoeringstermijn en/of – indien dat niet volstaat – een schadevergoeding, waarmee het contractueel evenwicht hersteld wordt. Zie tot slot: C. DE KONINCK, P. FLAMEY en K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2005, 359.



gen) blijft dus mogelijk zoals onder de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 (zie *infra*: titel 3.2.1).

29. De aanbestedende overheid beveelt een wijziging van de opdracht volgens de procedure voorzien in artikel 80 AUR (werken), 121 AUR (leveringen) en 151 AUR (diensten). Deze artikels regelen ook de wijze waarop de opdrachtnemer voor deze wijzigingen wordt vergoed²⁴.

30. De reden voor deze ingrijpende verstrenging van de eenzijdige wijzigingsmogelijkheid is blijkens het verslag aan de Koning “*ingegeven door de evolutie in de rechtspraak van het Hof van Justitie die zich op het vlak van de uitvoering van overheidsopdrachten vrij recent is gaan ontwikkelen. Sinds het arrest Pissetext kunnen immers moeilijk nog opdrachtwijzigingen zonder meer – d.w.z. zonder beperking naar omvang en de draagwijdte (buiten de vanzelfsprekende beperking dat het voorwerp van de opdracht niet gewijzigd mag worden) – worden aanvaard.*”²⁵

De nota aan de ministerraad van 14 juni 2012 – bij de voorlopige goedkeuring van het KB – gaat hierop verder in:

“*Hierbij dient erop te worden gewezen dat in de voorstellen van nieuwe Europese Richtlijn Overheidsopdrachten (in december 2011 aangenomen door de Europese Commissie en momenteel in bespreking bij het Europees Parlement en de Raad²⁶) regels zijn uitgewerkt – en dit voor het eerst – omtrent de problematiek van de opdrachtwijzigingen, die de marge voor de aanbestedende overheden ter zake heel sterk beperken (wijzigingen in de loop van de uitvoering zonder het uitschrijven van een nieuwe opdracht zouden, behoudens in het voormelde geval van aanvullende opdrachten, enkel mogelijk zijn voor zover het bedrag ervan beneden 5 % van het oorspronkelijke opdrachtbedrag blijft). Bijgevolg wordt in dit stadium voorgesteld dat de mogelijkheid om een opdracht te wijzigen, in waarde zou worden begrensd tot een percentage van het initieel opdrachtbedrag, vastgesteld op 15 %.*”

31. Deze sterke – kwantitatieve – beperking van de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging van een lopende opdracht door het nieuwe artikel 37 AUR, is niet realistisch. Het commissievoorstel waarnaar wordt verwezen in de voorbereidende werken is intussen een

nieuwe richtlijn geworden. In plaats van een beperking is – in tegenstelling tot de eerste voorstellen – net gekozen voor een versoepeling van de wijzigingsmogelijkheden (zie *supra*).

Maar zelfs dan berust de verwijzing naar de 5 % drempel in de nota aan de ministerraad op een foutieve lezing van het commissievoorstel. Deze drempels betreffen zogenaamde *de minimis*-drempels waaronder een wijziging altijd toegelaten is (zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure), en die dus niet aan de *Pissetext*-voorwaarden moet worden getoetst (zie *supra*). Het is maar wanneer deze drempels overschreden zijn, dat de toelaatbaarheid van een wijziging van de opdracht wordt getoetst aan de notie wettelijke wijziging (de *Pissetext*-criteria).

32. Er was ons inziens dan ook geen reden om de voorwaarden als voorzien in het oude artikel 42 AAV dermate te verstrengen. Het strekt tot aanbeveling om het huidige artikel 37 AUR versneld aan te passen aan de nieuwe Europese richtlijn 2014/24/EU²⁷.

Het tweede reparatie-KB van 22 mei 2014²⁸ - dat diverse bepalingen van de AUR aanpast – voorziet niet in een ‘reparatie’ van artikel 37. In de voorlopige teksten die wij konden inkijken was zulke reparatie van artikel 37 – door een integrale ‘overschrijving’ van artikel 72 van de richtlijn 2014/24/EU – wel voorzien. De letterlijke ‘overschrijving’ van artikel 72 van de richtlijn in artikel 37 AUR die was voorzien, is niet aangewezen gelet op het verschil tussen wijziging van de opdracht in onderling overleg en het eenzijdige wijzigingsbevel bedoeld in artikel 37 (zie *supra*). Ook de Belgische wetgeving moet dit onderscheid duidelijk maken.

33. Zolang hiervoor bedoelde reparatie niet wordt doorgevoerd, blijft artikel 37 AUR uiteraard onverminderd van kracht en dient de (arbitraire) 15 %-drempel te worden nageleefd.

Problematiek bij de toepassing van artikel 37 AUR is dat de invulling van de nieuwe 15 %-drempel vragen oproept. Moet de drempel worden beoordeeld als absoluut totaal, door het optellen van de waarde van de opeenvolgende wijzigingen (lees: indien de spreekwoordelijke emmer vol is, zijn geen wijzigingen meer mogelijk)?

24. Zie J. DEBIEVRE en L. DERDEYN, “Verrekening, bijakte en wijziging onder het K.B. uitvoering van 14 januari 2013” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2013-2014*, Brussel, EBP, 2014, p. 492-497, ‘invloed van de wijziging op de prijs’.

25. *BS* 14 februari 2013 (ed. 1).

26. Bedoeld wordt het voorstel voor een richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten van de Europese Commissie van 20 december 2011, nr. COM 2011-0896.

27. Weliswaar dienen de nieuwe Overheidsopdrachtenrichtlijnen ‘pas’ omgezet te worden op 18 april 2016. Niettegenstaande dit gegeven en het feit dat de nieuwe richtlijnen in principe pas directe werking zouden krijgen bij laattijdige of foutieve omzetting dienen de lidstaten zich ervan te onthouden maatregelen te nemen die het doel van een richtlijn ernstig in het gedrang brengen. Meer nog hebben nationale rechters de verplichting om een nationale rechtsregel buiten toepassing te laten wanneer deze in strijd is met een richtlijn ook al is de implementatieperiode nog niet verstreken; zie D. CHALMERS, G. DAVIES en G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 297-298 en de verwijzingen naar de rechtspraak aldaar.

28. KB 22 mei 2014 tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, *BS* 30 mei 2014.



Noch artikel 37 zelf, noch het verslag aan de Koning geeft hierover duidelijkheid.

Gelet op voornoemde ‘foutieve’ inschatting door de Belgische wetgever dient de 15 %-drempel o.i. in zijn meest soepele lezing geïnterpreteerd te worden, in overeenstemming met de nieuwe richtlijn 2014/24/EU. Elke wijziging afzonderlijk moet onder de 15 %-drempel blijven, zonder dat opeenvolgende wijzigingen moeten worden opgeteld.

3.1.2 De eenzijdige wijziging van de opdracht bij uitvoeringsproblemen: fouten, schorsingen, onvoorziene omstandigheden (art. 54, 55, 56 AUR) en ambtshalve maatregelen (art. 47 AUR)

34. Ingevolge incidenten tijdens de uitvoering van een overheidsopdracht voorziet het AUR in diverse mogelijkheden om de verdere uitvoering van de opdracht te wijzigen.

We behandelen hierna de mogelijkheid van de aanbestedende overheid om ambtshalve maatregelen te nemen (art. 47 AUR) wanneer de opdrachtnemer in gebreke is (art. 44 AUR), en de wijziging van de opdracht na klachten en verzoeken van de opdrachtnemer (art. 52 en 53 AUR) ingevolge tekortkomingen van de aanbestedende overheid (art. 54 AUR), schorsing van de uitvoering op bevel van de aanbestedende overheid (art. 55 AUR) en onvoorziene omstandigheden (art. 56 AUR).

a) Ambtshalve maatregelen (art. 47 AUR)

35. Indien tijdens de uitvoering van een overheidsopdracht de opdrachtnemer in gebreke blijft, kan de aanbestedende overheid zogenaamde ambtshalve maatregelen²⁹ nemen, voor zover zij de opdrachtnemer middels proces-verbaal in gebreke heeft gesteld³⁰.

Overeenkomstig artikel 47 AUR kan de aanbestedende overheid volgende maatregelen nemen:

- De eenzijdige verbreking van de opdracht.
Dit betreft in wezen een contractueel voorzien buitengerechtelijk ontbindingsrecht van de aanbestedende overheid in geval van in gebreke zijn van de opdrachtnemer (art. 1184 BW)³¹.

– De uitvoering in eigen beheer van geheel of van gedeelte van de niet-uitgevoerde opdracht (in reëgestelling).

In dit geval voert de aanbestedende overheid zelf de opdracht verder uit, d.w.z. zonder een derde te belasten met de uitvoering van de opdracht. De overeenkomst met de in gebreke blijvende opdrachtnemer wordt niet verbroken. Dit betreft een toepassing van de gemeenrechtelijke figuur, de indeplaatsstelling (art. 1143 BW)³².

– De sluiting van één of meerdere opdrachten voor rekening van één of meerdere derden voor het geheel of een deel van de nog uit te voeren opdracht (overeenkomst voor rekening).

Deze rechtshandeling is een toepassing van artikel 1144 BW, de (buiten)gerechtelijke vervanging³³. Op kosten van en risico van de in gebreke blijvende aannemer wordt de opdracht verder uitgevoerd door een derde. De overeenkomst voor rekening impliceert echter niet de verbreking van de oorspronkelijke overeenkomst met de in gebreke blijvende aannemer. Zij is slechts een voorlopige maatregel³⁴.

36. De vraag rijst hoe deze bepalingen zich verhouden tot de *Pressetext*-rechtspraak. Impliceert het nemen van een ambtshalve maatregel de plaatsing van een nieuwe opdracht omdat er sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht?

Deze vraag stelt zich voornamelijk bij de sluiting van overeenkomsten met derden. Het arrest *Pressetext* handelt immers specifiek over de vervanging van de opdrachtnemer³⁵.

37. In de **rechtsleer** wordt verdedigd dat de sluiting van de overeenkomst voor rekening een nieuwe gunningsprocedure vereist, hoewel artikel 47 AUR (en haar voorganger art. 20 AAV) zulks niet uitdrukkelijk voorschrijft.

Zowel M.-A. Flamme³⁶ als K. Wauters en K. Man lijken van mening dat de overeenkomst voor rekening

29. In het vervangen KB van 26 september 1996 tot bepaling van algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en de concessies voor openbare werken (BS 26 januari 1996, *err.* BS 25 februari 1997), heetten de ambtshalve maatregelen, maatregelen van ambtswege (zie art. 20 Algemene Aannemingsvoorwaarden, bijlage bij KB 26 september 1996).

30. Zie art. 44 *juncto* art. 47 AUR. De opdrachtnemer beschikt over een termijn van 15 kalenderdagen volgend op de datum van verzending van het pv om zijn verweermiddelen over te maken aan de aanbestedende overheid. Indien de opdrachtnemer niet antwoordt binnen deze termijn, is de aanbestedende overheid gerechtigd ambtshalve maatregelen te nemen. Dit geldt eveneens indien de opdrachtnemer de gebreken erkent of indien de aanbestedende overheid het verweer niet gerechtvaardigd acht.

31. M. DEVROEY, *De uitvoering van overheidsopdrachten van werken. Commentaar op de algemene aannemingsvoorwaarden*, Lokeren, Konstruktieve Publikaties, 2011, 257; W. GELDHOF en M. SOMERS, “De vervanging en indeplaatsstelling van de in gebreke blijvende schuldenaar. Artikelen 1143-1144 B.W. en artikel 20 § 6 AAV als uitdrukking van een gemeen recht van contractenrechtelijke eigenrichting?”, *TBO* 2008, afl. 4, 140.

32. W. GELDHOF en M. SOMERS, “De vervanging en indeplaatsstelling van de in gebreke blijvende schuldenaar. Artikelen 1143-1144 B.W. en artikel 20 § 6 AAV als uitdrukking van een gemeen recht van contractenrechtelijke eigenrichting?”, *TBO* 2008, afl. 4, 140.

33. “De schuldeiser kan ook, ingeval de verbintenis niet ten uitvoer wordt gebracht, gemachtigd worden om zelf de verbintenis te doen uitvoeren op kosten van de schuldenaar.”

34. M. DEVROEY, *De uitvoering van overheidsopdrachten van werken. Commentaar op de algemene aannemingsvoorwaarden*, Lokeren, Konstruktieve Publikaties, 2011, 242.

35. HvJ 19 juni 2008, C454/06, *pressetext* Nachrichtenagentur GmbH (overweging 40).

36. M.-A. FLAMME, P. MATHÉI, P. FLAMME e.a., *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten. Deel 2*, Brussel, Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf, 1996-1997, 506.



een wezenlijke wijziging van de overeenkomst betreft³⁷.

De rechtspraak van de Raad van State biedt geen antwoord op voornoemde vraag. In bepaalde zaken vocht een onderneming de gunning van opdracht voor rekening aan voor de Raad van State bij gebreke van mededinging. De gunning gebeurde immers onderhands op basis van een ambtshalve maatregel *ex* artikel 47, § 2, 3° AUR.

Aangezien de beslissing om een overeenkomst te sluiten met een derde onderneming haar grondslag vindt in de overeenkomst tussen de aanbestedende overheid en de in gebreke gebleven opdrachtnemer en niet in het openbaar gezag dat de aanbestedende overheid werd toegekend op grond van de overheidsopdrachtenreglementering, achtte de Raad van State zich echter steeds zonder rechtsmacht³⁸.

Ook de **burgerlijke rechtspraak** biedt voor zover ons bekend geen antwoord op voornoemde vraag.

38. Artikel 72 van de nieuwe Europese Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU biedt op vandaag wel een duidelijk antwoord.

Overeenkomstig artikel 72, lid 1, d), i) van vermelde richtlijn impliceert de vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer (d.i. aan wie de opdracht werd gegund) door een nieuwe opdrachtnemer geen nieuwe plaatsing indien de vervanging haar grondslag vindt in een ondubbelzinnige herzieningsclausule of optie in de overeenkomst, voor zover de voorwaarden van artikel 72, lid 1, a) van vermelde richtlijn zijn gerespecteerd.

O.i. dient artikel 47, § 2, 3° AUR geïnterpreteerd worden als zijnde een toepassing van dergelijke herzieningsclausule overeenkomstig artikel 72, lid 1, a) *juncto* artikel 72, lid 1, d), i) richtlijn 2014/24/EU.

Deze zienswijze wordt o.i. bovendien bevestigd door het *Pressetext*-arrest zelf. Onder rechtsoverweging 40 stelt het Hof immers:

“Over het algemeen dient de vervanging van de contractpartner aan wie de aanbestedende dienst de opdracht oorspronkelijk had toegewezen, door een nieuwe contractpartner, te worden aangemerkt als een wijziging van de wezenlijke voorwaarden van de betrokken overeenkomst inzake de overheidsopdracht, tenzij deze vervanging is vastgelegd in de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst, bijvoorbeeld op basis van onderaanneming.”

39. Dit besluit strookt ook met de aard van de over-

eenkomst voor rekening zelf. De sluiting van een overeenkomst voor rekening impliceert niet de verbreking van de overeenkomst tussen de aanbestedende overheid en de in gebreke blijvende opdrachtnemer. De uitvoering van deze eerste overeenkomst wordt tijdelijk opgeschort.

b) Herziening van de opdracht wegens klachten en verzoeken van de opdrachtnemer

40. In toepassing van artikel 56 AUR (het ‘oude’ art. 16, § 2 AAV) kan de opdrachtnemer hetzij om een verlenging van de uitvoeringstermijnen, hetzij – wanneer hij een zeer belangrijk nadeel heeft geleden – om de herziening of de verbreking van de overeenkomst vragen, wanneer zich tijdens de uitvoering van de opdracht omstandigheden voordoen die de opdrachtnemer niet kon voorzien bij het indienen van de offerte.

Artikel 54 AUR (het ‘oude’ art. 16, § 1 AAV) bevat een gelijkaardige bepaling voor de gevallen waarin de opdrachtnemer aan de aanbestedende overheid een fout verwijt.

41. De wijzigingen die in het licht van voornoemde bepalingen aan de lopende overeenkomst worden aangebracht, dienen ons inziens evenmin te worden getoetst in het licht van de notie wezenlijke wijziging.

Evenals het artikel 47 (zie *supra*), zijn de artikelen 56 en 54 van de AUR reeds bij de sluiting van de opdracht voorziene contractbepalingen, die evengoed van toepassing zouden zijn op de andere potentiële inschrijvers dan diegenen aan wie de opdracht gegund is. De toepassing van deze artikelen kan dus worden gezien als een uitvoeringsmodaliteit en niet als een werkelijke wijziging van de opdracht.

Bovendien beogen de wijzigingen die aan de overeenkomst worden aangebracht niet de wijziging van het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer, maar wel het bewaren en – in voorkomend geval – het herstel ervan³⁹.

3.2 De mogelijkheid tot wijziging van een overheidsopdracht in uitvoering, in onderling overleg

42. Hiervoor werd al benadrukt dat de wijziging van de opdracht in onderling overleg zich verhoudt ten overstaan van de eenzijdig bevolen wijziging die in voorgaande titel werd besproken.

Onder dit deel bespreken we ten eerste de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (OPZB), als toepassingsgeval van de wijziging van de overheids-

37. K. WAUTERS en K. MAN, “De wijzigingen van overheidsopdrachten en andere overheidsvereenkomsten: een Europees sausje?”, *CDPK* 2010, afl. 2, 150.

38. RvS 9 juni 2011, nr. 213.821, Algrobo; RvS 23 maart 1999, nr. 79.402, Delrue; RvS 15 juli 1997, nr. 67.518, Endeta.

39. M.A. FLAMME, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, Brussel, Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf, 1997, 423.



opdracht in uitvoering (titel 3.2.1) en vervolgens de wijziging in onderling overleg, in toepassing van artikel 1134 BW (titel 3.2.2).

3.2.1 De OPZB – onderhandse gunning aan de opdrachtnemer die reeds een opdracht uitvoert (art. 26 WOO)

43. Artikel 26 van de ‘nieuwe’ Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 voert op het vlak van de OPZB slechts beperkte aanpassingen door ten aanzien van de ‘oude’ Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 (art. 17).

In strijd met de nieuwe Europese richtlijn 2014/24/EU wordt de gunning van ‘aanvullende opdrachten’ nog steeds beschouwd als een nieuwe opdracht, die wordt gegund aan de opdrachtnemer die reeds een lopende opdracht uitvoert. Zoals gezegd, wordt deze juridische fictie in de nieuwe Europese richtlijn verlaten door aanvullende opdrachten als een wijziging van dezelfde initiële opdracht te beschouwen (zie *supra*: randnummer 21).

Ook op dit vlak is, niettegenstaande deze richtlijn maar in 2016 moet omgezet zijn, wetgevend ingrijpen op korte termijn noodzakelijk, teneinde het volledige kader inzake wijzigingen te verduidelijken.

44. De toepassingsvoorwaarden voor het gebruik van de OPZB voor het gunnen van ‘aanvullende opdrachten’ en ‘herhalingsopdrachten’, als bepaald in artikel 26 van de Overheidsopdrachtenwet, worden doorgaans geïnterpreteerd in het licht van de *Pressetext*-rechtspraak⁴⁰.

Zoals blijkt uit de nieuw Europese Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU is deze interpretatie achterhaald. De notie wezenlijke wijziging speelt niet bij aanvullende opdrachten (zie *supra* randnummer 24). **Indien aan de voorwaarden voor toepassing van de OPZB is voldaan, dient de vraag of een wijziging wezenlijk is, niet gesteld te worden.**

Artikel 37, lid 1, 2^o bevestigt dit ook door de OPZB (en de 50 %-drempel voor gunning van aanvullende opdrachten) expliciet uit te sluiten van toepassing van dit artikel.

De redenering die aan de *Pressetext*-leer ten grondslag ligt, blijft wel een leidraad bij de beoordeling of aan de hierna beschreven toepassingsvoorwaarden voor de OPZB is voldaan. Ook de Europese richtlijn 2014/24/EU onderlijnt dit door te stellen dat ‘opeenvolgende wijzigingen’ niet mogen worden gebruikt om de richtlijn te omzeilen. Met andere woorden, het uit-

gangspunt blijft dat een overheidsopdracht in mededinging moet worden gesteld. De toepassingsvoorwaarden van de OPZB zijn daarop een uitzondering en dienen aldus restrictief geïnterpreteerd te worden⁴¹.

45. In toepassing van **artikel 26, § 1, 2^o, a)** Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 kan de aanbestedende overheid **aanvullende werken of diensten** – die noodzakelijk zijn geworden ingevolge **onvoorziene omstandigheden** – gunnen middels onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (OPZB) aan de opdrachtnemer die de lopende opdracht uitvoert, met een **maximum van 50 %** van het bedrag van de hoofdopdracht, in de volgende gevallen:

- wanneer deze aanvullende werken of diensten technisch of economisch niet van de hoofdopdracht kunnen worden gescheiden zonder een ernstig bezwaar op te leveren voor de aanbestedende overheid, of
- wanneer deze werken of diensten, alhoewel scheidbaar van de uitvoering van de oorspronkelijke opdracht, strikt noodzakelijk zijn voor de vervolmaking ervan.

Deze bepaling stemt overeen met artikel 17, § 2, 2^o, a) van de ‘oude’ Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993.

Op basis van een richtlijnconforme interpretatie (*cf.* art. 72, lid 1, b), iii en c), iii Richtl. 2014/24/EU) dient elke aanvullende opdracht voor de beoordeling van de 50 %-drempel op zichzelf te worden beoordeeld. De 50 %-drempel telt dus niet op.

46. Artikel 26, § 1, 2^o, b) Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 laat toe om **nieuwe werken of diensten** te gunnen middels een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bestaande uit **herhaling van nieuwe soortgelijke werken of diensten**, op de (cumulatieve) voorwaarde dat:

- de nieuwe werken of diensten overeenstemmen met het basisontwerp;
- de oorspronkelijke opdracht geplaatst werd middels een open of beperkte procedure;
- deze mogelijkheid werd voorzien in de opdracht-documenten.

De gunning van de herhalingsopdracht kan bovendien slechts plaatsvinden binnen drie jaar na de sluiting van de oorspronkelijke opdracht⁴².

Er is geen beperking van het aantal herhalingsopdrachten dat binnen deze periode kan worden gesloten. Echter moeten de initiële opdracht-documenten een realistische raming bevatten, zodat de inschrijvers

40. Verslag van het Rekenhof over de onderhandse aankoop van lagevloertrams door de Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn, *Parl.St.* VI.Parl. 2011-2012, nr. 37-C.

41. RvS 30 januari 2003, nr. 115.270, *Eurosense Belfotop*; RvS 24 september 2002, nr. 110.592, *Iss*.

42. Dit in toepassing van het arrest van het Hof van Justitie van 14 september 2004, C-385/02, *Commissie t./ Italië*.



in staat zijn om hun prijszetting te bepalen in functie van de te verwachten herhalingen.

Deze bepaling stemt overeen met artikel 17, § 2, 2°, b) van de ‘oude’ Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993, waarin evenwel de beperking tot drie jaar na de sluiting niet expliciet voorzien was.

De gunning van een ‘herhalingsopdracht’ middels een OPZB is in feite een reeds in de opdrachtdocumenten voorziene wijziging van de opdracht, en dus strikt genomen geen wijziging maar een uitvoeringsmodaliteit die de opdrachtnemer reeds kende bij het indienen van zijn offerte. In de nieuwe Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU blijft deze voorwaarde voorzien (art. 32, lid 5).

Bij de gunning en de sluiting van de opdracht met herhalingen ligt alleen de basisopdracht vast. De herhalingen zijn facultatief en vormen slechts een mogelijkheid waarvan de aanbestedende overheid gebruik kan maken na de voltooiing van de basisopdracht. Wanneer de aanbestedende overheid beslist om effectief tot een herhaling over te gaan, plaatst zij een nieuwe opdracht via een nieuwe procedure, namelijk een OPZB. De overheid moet hiervoor een aparte gunningsbeslissing nemen.

47. Artikel 26, § 1, 3°, b) voorziet in de mogelijkheid om **aanvullende leveringen** middels een OPZB te gunnen aan de oorspronkelijke leverancier indien deze leveringen ofwel bestemd zijn voor de gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties voor courant gebruik, ofwel voor de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties, wanneer verandering van leverancier de aanbestedende overheid ertoe zou verplichten apparatuur aan te schaffen met andere technische eigenschappen, zodat onverenigbaarheid ontstaat of zich bij gebruik en onderhoud onevenredige technische moeilijkheden voordoen.

Artikel 17, § 2, 3°, d) van de ‘oude’ Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 voorzag in een gelijklopende bepaling. Deze procedure blijft behouden in de nieuwe Europese richtlijn 2014/24/EU (art. 32, lid 3, b)).

Ook hier wordt verduidelijkt dat de nabestellingen – in regel⁴³ – binnen een duur van 3 jaar na de gunning van de basisopdracht moeten gebeuren, en de uitvoeringstermijn ervan mag op zijn beurt de drie jaar evenmin overschrijden.

In een verslag aangaande beoordeelde het Rekenhof de bestelling van 13 lagevloertrams middels een on-

derhandelingsprocedure zonder bekendmaking, voor een waarde van 17 % van het initiële opdrachtbedrag, binnen het kader van een bestaande opdracht, als een wezenlijke wijziging van de overeenkomst, zodat een nieuwe aanbestedingsprocedure moest worden geplaatst. Het Rekenhof steunde zich op het feit dat de werkelijke oorzaak van de ‘bijbestelling’ onder een lopende opdracht gelegen was in de laattijdige en onzorgvuldige besluitvorming voor een nieuwe levering, vooral door de gebrekkige voorbereiding van de koppeling van alternatieve financiering aan de investeringen in rollend materieel⁴⁴.

Hoewel het besluit kan worden onderschreven, is deze toets aan de *Pressetext*-voorwaarden ons inziens niet langer correct, gelet op de nieuwe Europese richtlijn 2014/24/EU. De toepassingsgevallen voor de toekenning van deze aanvullende opdrachten moeten niet in het licht van de notie wezenlijke wijziging worden geïnterpreteerd.

48. Artikel 26, § 1, 3°, c) betreft een nieuw toepassingsgeval van de OPZB voor **aanvullende leveringen** van dezelfde aard aan de leverancier van de basisopdracht, ingevolge **onvoorziene omstandigheden**, onder de volgende voorwaarden:

- Het samengevoegde bedrag van alle aanvullende leveringen is niet hoger dan 50 % van het bedrag van de oorspronkelijke opdracht.
- Het samengevoegde bedrag van de aanvullende leveringen én de basisopdracht ligt onder de Europese drempels.
- De basisopdracht alsook de nabestellingen mogen geen looptijd hebben langer dan 3 jaar.

Deze mogelijkheid is niet voorzien in de Europese Overheidsopdrachtenrichtlijn 2004/18/EG⁴⁵, maar sluit aan bij het hoger vernoemd regime voor werken en diensten (art. 26, § 1, 2°, a) Overheidsopdrachtenwet 15 juni 2006).

Net zoals bij de gelijklopende bepaling voor diensten en werken (art. 26, § 1, 2°, a), verhuist deze mogelijkheid in de nieuwe Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU naar artikel 72 inzake wijzigingen.

3.2.2 De wijziging in onderling overleg middels een bijakte (art. 1134 BW)

49. Hoewel de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 en haar uitvoeringsbesluiten hierin niet voorzien, is de wijziging van de opdracht in onderling overleg – middels een bijakte – o.i. mogelijk zolang geen sprake is van een **wezenlijke wijziging** van de opdracht.

43. In de rechtsleer wordt aangenomen dat de duur langer dan drie jaar mag zijn mits uitdrukkelijke motivering: S. VAN GARSSE, “Wijze van gunnen” in D. D’HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, 267.

44. Verslag van het Rekenhof over de onderhandse aankoop van lagevloertrams door de Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn, *Parl.St.* VI.Parl. 2011-2012, nr. 37-C.

45. *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 2237/1, 47.



De juridische grondslag voor deze wijzigingsmogelijkheid, kan worden gevonden in artikel 1134 BW op grond waarvan partijen bij onderlinge overeenstemming kunnen afwijken van de tussen hen gesloten overeenkomst, alsook in artikel 37, tweede lid AUR.

Artikel 37, tweede lid AUR bepaalt:

“Van de essentiële bepalingen en voorwaarden van de opdracht kan evenwel enkel op gemotiveerde wijze worden afgeweken, en dit:

- 1° hetzij door een wijzigingsbevel of elke andere eenzijdige beslissing van de aanbestedende overheid;
- 2° hetzij door een bijakte.”

Een bijakte is een overeenkomst tussen de door de opdracht gebonden partijen, waarin de op de opdracht toepasselijke documenten worden aangepast tijdens de uitvoering ervan⁴⁶.

Ook P. Thiel merkt terecht op dat uit een letterlijke lezing van artikel 37 AUR volgt dat de 15 %-grens enkel van toepassing is op eenzijdig ‘bevolen’ wijzigingen en niet op de wijzigingen die in onderling overleg (dus met akkoord van de opdrachtnemer) worden afgesproken middels een bijakte⁴⁷. Wij zijn het absoluut oneens met de stelling van J. Debièvre en L. Derdeyn⁴⁸ die P. Thiel tegenspreken, stellende dat de nieuwe richtlijn ‘een verdere verfijning’ is van artikel 37 AUR.

Onder toepassing van het oude artikel 42 AAV oordeelde ook M. Gelders dat de 50 %-grens er niet aan in de weg staat, dat de aanbestedende overheid – met akkoord van de opdrachtnemer – een wijziging met een waarde van meer dan 50 % kan doorvoeren⁴⁹.

50. Voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van een wijziging in onderling overleg kan rechtstreeks een beroep worden gedaan op artikel 72 van de nieuwe Europese richtlijn 2014/24/EU.

Aldus kan de aanbestedende overheid in samenspraak met de opdrachtnemer de opdracht wijzigen indien:

- de *de minimis*-drempels voorzien in artikel 72, lid 2 niet worden bereikt;
- geen sprake is van een wezenlijke wijziging, als gedefinieerd in artikel 72, lid 4.

51. De voornoemde bepalingen van artikel 72 kunnen o.i. nu reeds rechtstreeks worden toegepast in de Belgische rechtsorde, op grond van een richtlijnconforme interpretatie.

Niettegenstaande de nieuwe Europese Overheidsopdrachtenrichtlijnen maar directe werking krijgen bij laattijdige of foutieve omzetting, dienen de lidstaten zich ervan te onthouden maatregelen te nemen die het doel van een richtlijn ernstig in het gedrang brengen. Nationale rechters hebben de verplichting om een nationale rechtsregel buiten toepassing te laten wanneer deze in strijd is met een richtlijn ook al is de implementatieperiode nog niet verstreken⁵⁰.

3.3 De wijziging die geen wijziging is: contractueel voorziene wijzigingen als herzienings- en optieclausules

52. Het voorzien in het bestek in een wijzigings- of keuzemogelijkheid in hoofde van de aanbestedende overheid (bv. een mogelijkheid tot uitvoering van welomlijnde extra werken), is toegelaten zonder dat in deze dient te worden getoetst aan de *Presstext*-criteria.

Immers, een wijziging op basis van een voorziene bestekbepaling is in feite geen wijziging van de opdracht in de zin van *Presstext*, maar betreft louter de uitvoering van de opdracht overeenkomstig hetgeen is bepaald in de opdrachtdocumenten. Met andere woorden, de theorie van de (wezenlijke) wijziging van de lopende opdracht beperkt zich tot gevallen waarin een werk, levering of dienst moet worden uitgevoerd, dat niet voorzien was in de opdrachtdocumenten.

De nieuwe Europese Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU bepaalt in artikel 72, lid 1, a) dat de toepassing van herzienings- en optieclausules geen aanleiding geeft tot de plaatsing van een nieuwe overheidsopdracht.

53. We bespreken hierna de voornaamste herzienings- en optieclausules onder de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006.

3.3.1 Opdracht met een vast en voorwaardelijk gedeelte

54. Sinds 1 juli 2013 kan de aanbestedende overheid overeenkomstig **artikel 37, § 1 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006** en voor zover zij daartoe de noodzaak aantoonde, een opdracht plaatsen die één of meer vaste gedeeltes en één of meer voorwaardelijke gedeeltes omvat. Met deze bepaling werd een

46. Art. 2, 21° AUR.

47. P. THIEL, *Memento des marchés publics*, Waterloo, Kluwer, 2014, 791, nr. 638.

48. J. DEBIEVRE en L. DERDEYN, “Verrekening, bijakte en wijziging onder het K.B. uitvoering van 14 januari 2013” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2013-2014*, Brussel, EBP, 2014, p. 489.

49. M. GELDERS, “Het eenzijdig wijzigingsrecht van de aanbestedende overheid bij overheidsopdrachten voor aanneming van werken en bij concessies van openbare werken”, *RW* 2003-04, afl. 14, 521-533.

50. D. CHALMERS, G. DAVIES en G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 297-298.



reeds bestaande administratieve praktijk gecodificeerd⁵¹.

De vereiste van het bewijs van de noodzaak om de opdracht te plaatsen met vaste en voorwaardelijke gedeelten impliceert o.i. dat de aanbestedende overheid in de beslissing tot goedkeuring van het bestek, dan wel in het bestek zelf dient te motiveren waarom bepaalde delen van de opdracht slechts voorwaardelijk worden geplaatst.

55. De sluiting van de opdracht heeft betrekking op de volledige opdracht, dus zowel de vaste als de voorwaardelijke gedeelten, doch de aanbestedende overheid is enkel gebonden door de vaste gedeelten. De aannemer verbindt zich contractueel tot de uitvoering van de volledige opdracht, voorwaardelijke gedeelten inbegrepen⁵². De uitvoering van elk gedeelte is afhankelijk van een beslissing van de aanbestedende overheid.

3.3.2 Opdracht met één of meer verlengingen

56. In artikel 37, § 2 van de Overheidsopdrachtenwet 15 juni 2006 is thans voorzien dat een opdracht van bij de sluiting één of meer verlengingen kan omvatten, en dit overeenkomstig de in de opdrachtdocumenten bepaalde modaliteiten. De volledige looptijd van de opdracht, met inbegrip van de verlengingen, dient over het algemeen beperkt te zijn tot vier jaar na het sluiten van de opdracht.

De memorie van toelichting bij dit artikel verduidelijkt dat de *verlenging van de opdracht* te onderscheiden is van de hier reeds besproken *herhaling van de opdracht*, die overeenkomstig artikel 26, § 1, 2° van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 wordt gegund via een OPZB (zie *supra*). De herhalingsopdracht veronderstelt dat partijen, indien gewenst, onderhandelingen kunnen aanknopen en dat elke partij de vrijheid heeft de uitvoering van de nieuwe gelijkaardige werken of diensten te weigeren⁵³.

Bij een verlenging van de opdracht is dit niet het geval aangezien de opdrachtnemer door de indiening van zijn offerte ingestemd heeft met het bestek en dus met de bepaling dat de aanbestedende overheid de opdracht kan verlengen.

57. Het gebruik van verlengingsclausules in de praktijk is niet nieuw.

De Raad van State erkende reeds dat in het kader van de oude Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 een opdracht kon worden verlengd voor zover die mogelijkheid tot verlenging ingeschreven was in het bestek. Was dergelijke clause niet voorzien en werd de opdracht toch verlengd, dan werd dit beschouwd als een nieuwe opdracht die moet worden geplaatst volgens de overheidsopdrachtenreglementering⁵⁴.

3.3.3 Opties

58. In de actuele reglementering overheidsopdrachten is tevens voorzien in de mogelijkheid van ‘opties’.

Volgens artikel 2, 11° van het KB Plaatsing is een optie een bijkomend element dat niet strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van de opdracht, dat hetzij op vraag van de aanbestedende overheid, hetzij op initiatief van de inschrijver wordt ingediend. Het verslag aan de Koning noemt als voorbeeld van een optie de levering van een trekhaak voor een voertuig of de aanleg van een bijkomende kelder van een gebouw als het om een opdracht van werken gaat. Daarbij wordt verduidelijkt dat een optie niet te beschouwen is als een voorwaardelijk gedeelte van de opdracht *ex* artikel 37, § 1 van het KB Plaatsing⁵⁵.

59. Artikel 10 van het KB Plaatsing bepaalt dat er twee soorten opties zijn, namelijk verplichte opties en vrije opties. Verplichte opties zijn opties die de aanbestedende overheid omschrijft in de opdrachtdocumenten. Het voorwerp, de aard en de draagwijdte van de optie worden bepaald en de inschrijvers zijn verplicht om in hun offerte een bod te doen voor de optie⁵⁶. Vrije opties kunnen op eigen initiatief door de inschrijvers worden ingediend⁵⁷.

De aanbestedende overheid is nooit verplicht een optie te bestellen, noch bij sluiting, noch tijdens de uitvoering van de opdracht⁵⁸.

4. Conclusie: tijd voor een nieuwe benadering van Presstext

60. Het belang van het *Presstext*-arrest kan niet worden ontkend. Met dit arrest geeft het Hof van Justitie aan dat de beginselen van vrije mededinging, gelijkheid en transparantie niet enkel gewaarborgd dienen te worden tijdens de gunningsfase, maar evenzeer tij-

51. Zie MvT, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 2237/001, 56-57; C. DE KONINCK en P. FLAMEY, “De wetten van 15 juni 2006 inzake overheidsopdrachten – *Ratio legis* en belangrijke nieuwigheden”, *RW* 2007-08, afl. 1, 13.

52. MvT, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 2237/001, 56-57.

53. MvT, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 2237/001, 56-57; C. DE KONINCK en P. FLAMEY, “De wetten van 15 juni 2006 inzake overheidsopdrachten – *Ratio legis* en belangrijke nieuwigheden”, *RW* 2007-08, afl. 1, 13.

54. RvS 18 januari 2011, nr. 210.497, SCA Hygiene Products.

55. Verslag aan de Koning bij het KB van 15 juli 2011 betreffende plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, *BS* 9 augustus 2011 (ed. 1).

56. Art. 10, § 1, 1° KB Plaatsing.

57. Art. 10, § 1, 2° KB Plaatsing.

58. Art. 10, § 3 KB Plaatsing.



dens de uitvoeringsfase. Een onbeperkte wijzigingsmogelijkheid zou de wetgeving inzake de plaatsing van overheidsopdrachten alsook het gelijkheids- en transparantiebeginsel immers ondergraven.

61. Uit wat voorafgaat, volgt echter dat de draagwijdte van dit arrest wordt overschat. De notie ‘wezenlijke wijziging’ – en de invulling ervan door de *Presstext*-voorwaarden – wordt in bepaalde interpretaties als *passe-partout* gebruikt voor de beoordeling van de wettigheid van elke mogelijke wijziging van een overheidsopdracht in uitvoering.

De nieuwe Europese Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU plaatst de *Presstext*-leer nu in een juiste context.

Onder deze richtlijn wordt de vraag of een wijziging van de opdracht wezenlijk is – en dus of een nieuwe aanbestedingsprocedure vereist is (de zogenaamde *Presstext*-toets) – maar gesteld indien de aanbestedende overheid geen beroep kan doen op de wijzigingsmogelijkheden voorzien in artikel 72, lid 1 en lid 2.

De huidige Belgische wetgeving dient – in afwachting van de omzetting van de nieuwe richtlijn tegen 18 april 2016 – nu reeds richtlijnconform te worden geïnterpreteerd.

62. We doen een poging om een nieuwe redeneerschema uit te werken.

De aanbestedende overheid wenst bijvoorbeeld een wijziging van het materiaal, van de hoeveelheden of van de uitvoeringswijze van de opdracht door te voeren, of de uitvoering van aanvullende opdrachten of herhalingsopdrachten toe te vertrouwen aan de opdrachtnemer die een opdracht aan het uitvoeren is, of de contractuele voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd (prijs, termijn, ...) aan te passen.

De volgende stappen moeten worden doorlopen.

1) Is de voorgenomen wijziging daadwerkelijk een wijziging?

Zijn **geen wijziging** en dienen dus niet te worden getoetst aan de notie ‘wezenlijke wijziging’:

- in het bestek voorziene wijzigingen op grond van **herzienings- en optieclausules**. Het gaat om: opties (art. 10 KB Plaatsing), de uitvoering van voorwaardelijke gedeelten (art. 37, § 1 KB Plaatsing) en verlengingen (art. 37, § 2 KB Plaatsing). Ook naast de voornoemde in het KB Plaatsing voorziene herzienings- en optieclausules is het denkbaar dat het bestek bepaalde uitvoeringsmodaliteiten beschrijft die de aanbestedende overheid de mogelijkheid geeft om keuzes te maken tijdens de uitvoering van de opdracht;

- wijzigingen ingevolge **incidenten bij de uitvoering**. Het gaat om:
 - klachten en verzoeken van de opdrachtnemer (art. 52 en 53 AUR) wegens tekortkomingen van de aanbestedende overheid (art. 54 AUR), schorsing van de uitvoering op bevel van de aanbestedende overheid (art. 55 AUR) en onvoorziene omstandigheden (56 AUR);
 - ambtshalve maatregelen opgelegd door de aanbestedende overheid (art. 47 AUR) wanneer de opdrachtnemer voor de uitvoering van de opdracht in gebreke is (art. 44 AUR).

Indien de wijziging hier niet onder valt => 2)

2) Kan ik de voorgenomen wijziging naar redelijkheid kaderen binnen een overheidsopdracht in uitvoering?

- **Indien ja**, dan dient één van de hiervoor uiteengezette procedures te worden gevolgd, waarbij een onderscheid moet worden gemaakt tussen de eenzijdige wijziging en de wijziging in onderling overleg.
 - De **eenzijdige wijziging** is maar mogelijk onder de voorwaarden van **artikel 37, lid 1 AUR**. De wijziging moet – in de huidige stand van de wetgeving – beperkt zijn tot 15 % van het initiële opdrachtbedrag. De 15 %-drempel wordt ingevuld voor elke wijziging afzonderlijk (dus na elke wijziging staat de ‘teller’ weer op nul). De aanbestedende overheid beveelt een wijziging van de opdracht volgens de procedure voorzien in artikel 80 AUR (werken), 121 AUR (leveringen) en 151 AUR (diensten). Een wijziging onder de *de minimis*-drempels voorzien in artikel 72, lid 2 richtlijn 2014/24/EU is steeds toelaatbaar, zonder dat moet worden getoetst aan de notie wezenlijke wijziging.
 - De **wijziging in onderling overleg** (dus met akkoord van de opdrachtnemer) biedt meer mogelijkheden. Twee toepassingsgevallen zijn mogelijk:
 - . Indien voldaan is aan de toepassingsvoorwaarden voor de gunning van een **aanvullende opdracht** in de zin van artikel 26, § 1, 2°, a) (werken en diensten) en § 1, 3°, b) en c) (leveringen) van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006, is een ‘wijziging’ mogelijk indien de waarde van de wijziging onder de 50 % van het initiële opdrachtbedrag blijft. De toepassingsvoorwaarden worden – als uitzondering op het principe van de mededinging – strikt geïnterpreteerd. Er dient hierbij niet te worden getoetst aan de notie wezenlijke wijziging.
 - . De wijziging in onderling overleg, middels de ondertekening van een **bijakte**, in toepassing van artikel 1134 BW en artikel 37, lid 2 AUR. De toelaatbaarheid van deze wijziging wordt getoetst aan de *Presstext*-criteria gecodificeerd in artikel 72, lid 4 richtlijn 2014/24/EU. Een wijziging onder de *de minimis*-drempels voor-



zien in artikel 72, lid 2 richtlijn 2014/24/EU is steeds toelaatbaar, zonder dat moet worden getoetst aan de notie wezenlijke wijziging.

- **Indien nee**, dan moet een nieuwe opdracht op de markt worden geplaatst waarbij de mededinging voluit kan spelen. Desgevallend zal de initiële opdracht moeten worden verbroken.