

De coronacrisis en de aanbestedingspraktijk in Nederland

BR 2020/37

Nederland is dit jaar hard geraakt door de uitbraak van het coronavirus en de daaropvolgende overheidsmaatregelen. Uiteraard heeft dit ook gevolgen voor aanbestedingsprocedures. Zowel aanbestedende diensten als ondernemingen staan voor grote uitdagingen nu inkoopbehoeften veranderen, interne werkprocessen moeten worden aangepast, planningen op de schop moeten en de economische schade in veel sectoren begint op te lopen.

Ondanks het feit dat ook de aanbestedingspraktijk door de crisis is geraakt en met veel nieuwe vragen worstelt, heeft de Nederlandse overheid het aanbestedingsrecht ongeroerd gelaten. Er is bijvoorbeeld geen noodwetgeving aangenomen zoals dat wel is gebeurd in andere landen. Dit is ook niet vreemd, aangezien de huidige Aanbestedingswet genoeg flexibiliteit biedt aan aanbestedende diensten om ook in tijden van crisis opdrachten in de markt te zetten.

Juist in tijden van crisis, waarin snel handelen vaak noodzakelijk is, is het van belang dat de juridische ruimte die aanbestedende diensten daarbij hebben duidelijk is. Wat is wel en wat is niet rechtmatig? Ook in crisistijd zijn immers de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht (gelijkheid, transparantie en proportionaliteit) van toepassing en moet zo veel mogelijk eerlijke concurrentiestelling worden georganiseerd voor het vergeven van overheidsopdrachten. In dit artikel zullen wij daarom een aantal vraagstukken bespreken die in de huidige coronacrisis kunnen spelen bij aanbestedende diensten en ondernemingen en per vraagstuk de juridische kaders onder het voetlicht brengen.

1. Lopende aanbestedingsprocedures

De coronacrisis heeft voor lopende aanbestedingsprocedures met name invloed op de termijnen die worden gehanteerd. PIANOo heeft aanbestedende diensten in dat verband geadviseerd om de invloed van de coronacrisis op hun aanbestedingen in te schatten en waar nodig maatregelen te treffen zoals het verlengen van termijnen.² Gezien het vereiste van artikel 1.10 lid 2 sub e Aanbestedingswet 2012 dat gestelde termijnen proportioneel moeten zijn, zou het verlengen van termijnen niet alleen een discretionaire bevoegdheid van aanbestedende diensten zijn, maar ook een verplichting. Vanwege de overheidsmaatregelen opereren

veel bedrijven immers niet op dezelfde efficiënte wijze als normaal, zodat het proportioneel is om die bedrijven langere termijnen te gunnen voor het indienen van een aanmelding of inschrijving, het stellen van vragen of het ahangig maken van een kort geding. Het verlengen van de rechtsbeschermingstermijnen ligt daarbij des te meer in de rede nu rechtbanken slechts gedeeltelijk open zijn en sommige rechtbanken nog zoekende zijn naar hoe de gebruikelijke fysieke mondelinge behandeling van een kort geding het beste kan worden vervangen. Het is nog niet te zeggen of door het verdwijnen van de fysieke mondelinge behandeling de effectieve rechtsbescherming in het gedrang komt, maar het verlengen van rechtsbeschermingstermijnen zal alle betrokken partijen – inclusief de rechtspraak – wel wat meer tijd geven om hun werkwijzen aan te passen aan de nieuwe situatie. Gelukkig hebben veel aanbestedende diensten inmiddels ook hun termijnen verlengd of tijdelijk opgeschort. Daarbij zullen zij overigens ook in veel gevallen inschrijvers moeten verzoeken om eventuele gestanddoeningstermijnen te verlengen om te voorkomen dat deze verlopen voor gunning.

Waar het verlengen van termijnen is toegestaan en mogelijk zelfs vereist is in lopende aanbestedingsprocedures, is het aanbestedende diensten in lopende aanbestedingsprocedures niet toegestaan om belangrijke voorwaarden van de opdracht – waaronder de technische specificaties, geschiktheidseisen en de gunningscriteria – te wijzigen.³ Aanbestedende diensten zien zich wellicht genooddacht om opdrachten die momenteel worden aanbesteed aan te passen, maar zij mogen daarbij niet uit het oog verliezen dat ondernemingen zich hebben gebaseerd op de oorspronkelijke gepubliceerde modaliteiten van de opdracht voor hun beslissing om wel of niet in te schrijven op de betreffende aanbestedingsprocedure. Wanneer vervolgens wezenlijke wijzigingen worden doorgevoerd, dient de lopende aanbestedingsprocedure te worden ingetrokken of dient deze te worden gerectificeerd op grond van artikel 2.67 Aanbestedingswet 2012 en zullen opnieuw de wettelijke termijnen in acht moeten worden genomen.

2. Toekomstige aanbestedingsprocedures

Veel aanbestedende diensten vragen zich momenteel af wat te doen met aanbestedingsprocedures die op de planning staan. Aan deze groep hebben grote opdrachtgevers zoals Rijkswaterstaat, het Rijksvastgoedbedrijf en het ministerie van Defensie een duidelijk signaal willen geven door hun aanbestedingsprocedures zo veel mogelijk door te laten lopen. De rijksoverheid heeft een vergelijkbaar signaal afge-

¹ Olav de Wit en Jildau Yilmaz zijn advocaat bij CMS Derks Star Busmann NV.

² Zie de oproep van PIANOo (deel van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat) van 16 maart 2020: <https://www.piano.nl/nl/actueel/nieuws/gevolgen-corona-voor-lopende-aanbestedingen>.

³ HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Max Havelaar*).

geven met de gemeenschappelijke verklaring 'Samen doorbouwen aan Nederland'.

Dat nieuwe aanbestedingsprocedures ondanks de coronacrisis zo veel mogelijk doorgang zullen vinden, is natuurlijk positief, maar daar kunnen met name vanuit het oogpunt van proportionaliteit nog wel enige kanttekeningen bij geplaatst worden. Het verlengen van termijnen is daarbij slechts de eerste stap. Er zal door aanbestedende diensten ook kritisch moeten worden gekeken naar hoe de huidige en toekomstige gevolgen van de coronacrisis het beste kunnen worden verdisconteerd in aan te besteden opdrachten. Het gebruiken van bijvoorbeeld een conceptovereenkomst waarin geen aandacht is besteed aan welke partij de risico's van deze gevolgen zal moeten dragen – of waarin deze risico's onevenwichtig zijn verdeeld – zal mogelijk niet proportioneel zijn in het licht van voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit. Boeteregelingen en voorgeschreven werkwijzen van voor de coronacrisis zullen daarbij mogelijk niet meer passend zijn en zullen aanpassing behoeven. Nu al is te zien dat inschrijvers het zekere voor het onzekere nemen en overwegen om corona-voorbehouden in hun inschrijvingen op te nemen. Bouwend Nederland heeft bijvoorbeeld enkele “*coronaclausules*” opgesteld waaronder een concept-voorbehoud voor gebruik bij het inschrijven op aanbestedingsprocedures. De crux van het voorbehoud van Bouwend Nederland is dat mogelijke meerkosten en tijdsconsequenties als gevolg van de coronacrisis niet in de inschrijfprijs zijn verdisconteerd en dat de inschrijver niet aansprakelijk is indien zij bij de uitvoering van de opdracht niet of niet tijdig nakomt als gevolg van de coronacrisis. Het opnemen van een dergelijk voorbehoud lijkt wellicht aantrekkelijk maar leidt strikt genomen tot een voorwaardelijke inschrijving, die waarschijnlijk door de aanbestedende dienst als ongeldig terzijde zal (moeten) worden gelegd. Ondernemingen zullen zich af moeten vragen of ze dat risico wel willen lopen. Des te meer omdat een vraag stellen in de nota van inlichtingen over de proportionaliteit van de contractvoorwaarden van de aanbestedende dienst in het licht van de coronacrisis, mogelijk hetzelfde effect zal sorteren.

3. Verkorte aanbestedingsprocedures en dwingende spoed

Een aantal aanbestedende diensten – bestaande met name uit ziekenhuizen en andere zorginstellingen – zal als gevolg van de coronacrisis geconfronteerd worden met een onvoorziene en acute vraag naar diensten, leveringen en (wellicht) werken. Deze aanbestedende diensten zullen af moeten wegen of zij gebruik kunnen maken van de uitzonderingen in de Aanbestedingswet 2012 om tijdig te kunnen voldoen aan deze vraag.

Artikel 2.74 Aanbestedingswet 2012 biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid om de wettelijke minimumtermijnen van aanbestedingsprocedures te verkorten wanneer er sprake is van een urgente situatie en die situatie niet aan

de aanbestedende dienst te wijten is.⁴ In een openbare procedure kan dan een minimum inschrijftermijn van 15 dagen worden gehanteerd en in een niet-openbare procedure of een mededingingsprocedure met onderhandeling een minimumtermijn van 25 dagen (15 voor de selectiefase en 10 voor de gunningsfase). Deze uitzondering biedt aanbestedende diensten dus de mogelijkheid op een transparante en niet-discriminatoire wijze concurrentie te organiseren, maar dit proces wel versneld te doorlopen.

Er zijn ook situaties denkbaar waarin zelfs het doorlopen van een aanbestedingsprocedure met verkorte termijnen niet snel genoeg is. In dat soort gevallen van 'dwingende spoed' kan er, wanneer dit strikt noodzakelijk is, de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging zoals bedoeld in artikel 2.32 lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012 worden doorlopen. Dit betekent dat de aanbestedende dienst zonder formele aanbestedingsprocedure direct in onderhandelingen mag treden met, en mag gunnen aan, één of meer ondernemingen. Voorwaarde is dan wel dat de dwingende spoed niet het gevolg is van omstandigheden die niet aan de aanbestedende dienst te wijten zijn en die zij niet had kunnen voorzien.

De Europese Commissie heeft op 1 april 2020 een richtsnoer gepubliceerd over het gebruik van voornoemde aanbestedingsrechtelijke opties tijdens de coronacrisis. De Europese Commissie geeft in haar richtsnoer aan dat de uitbraak van het virus, en ook de specifieke manier waarop de uitbraak zich ontvouwt, voor elke aanbestedende dienst als onvoorzienbaar moet worden beschouwd. Dat de onzekerheid van de ontwikkeling van de infectiecurve ook door de Europese Commissie als onvoorzienbaar wordt gekwalificeerd, is interessant omdat dit betekent dat coronacrisis ook in de toekomst nog als onvoorzienbare omstandigheid kan worden gekwalificeerd. Dit is ook logisch nu er nog altijd veel onduidelijkheid bestaat over het verdere verloop van de uitbraak. Als er door de uitbraak of de ontwikkeling daarvan sprake is van onmiddellijke behoeften aan goederen, diensten en openbare werken, dan ligt volgens de Europese Commissie voor de hand dat er sprake is van 'dwingende spoed'. In dat geval mag een procedure met verkorte termijnen worden gevolgd, of indien dat niet snel genoeg soelaas beidt, de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging totdat er een stabielere oplossing kan worden gevonden (zoals een raamovereenkomst waaronder dergelijke goederen op afroep kunnen worden afgenomen).

De Europese Commissie benadrukt daarbij dat haar richtsnoer met name ziet op de “hoogst noodzakelijke” medische diensten, leveringen en infrastructuur, die binnen een bepaald aantal dagen of zelfs uren moeten worden ingekocht. De reikwijdte van de richtsnoer lijkt daarmee beperkt te zijn, maar de kwalificatie van de uitbraak van het virus en de ontwikkeling daarvan als een onvoorzienbare nood situatie is mogelijk ook in andere situaties bruikbaar. Een

⁴ Kamerstukken II 2015/16, 34329, 3, p. 57.

lokale overheid die bijvoorbeeld in het kader van de handhaving van de anderhalve meter maatregelen additionele goederen of diensten wil inkopen (zoals afzetlint, digitale waarschuwborden of beveiligingsdiensten), zou ook gebruik kunnen maken van het richtsnoer van de Europese Commissie. Zij kan bijvoorbeeld in de motivering van haar besluit om bij de aanbesteding van deze goederen en diensten de inschrijftermijnen te verkorten op grond van artikel 2.74 Aanbestedingswet 2012, kunnen verwijzen naar de richtlijnen van de Europese Commissie en de kwalificatie van de corona-uitbraak als een onvoorzienbare niet aan aanbestedende diensten te wijten omstandigheid.

De Europese Commissie verwijst ten slotte in haar richtsnoer naar vaste Europese rechtspraak waaruit volgt dat een beroep op 'dwingende spoed' niet mogelijk is wanneer een beroep op deze uitzondering resulteert in een langer inkoopproces dan wanneer gebruik zou zijn gemaakt van een transparante aanbestedingsprocedure met verkorte termijnen.⁵ Aanbestedende diensten zullen dus ook bij urgente situaties moeten inschatten of het echt meer tijd zal kosten om een verkorte aanbestedingsprocedure te doorlopen dan om direct in onderhandelingen te treden met de markt.

Nog altijd zal per geval moeten worden gezien of een beroep op de uitzonderingen in de Aanbestedingswet 2012 gerechtvaardigd is, maar duidelijk moge zijn – mede in het licht van de richtsnoer van de Europese Commissie – dat een beroep op deze uitzonderingen met name door ziekenhuizen en andere (zorg)instellingen betrokken bij de bestrijding van het virus, goed mogelijk is wanneer zij geconfronteerd worden met een zeer spoedeisende vraag naar goederen, diensten of werken.

Een in dit verband interessante actuele casus is de procedure die op 11 april 2020 werd ingezet door het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport voor de ontwikkeling van de zogenoemde corona-app. Het ministerie organiseerde een marktconsultatie en leek daarna direct door te willen met een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging.⁶ Het ministerie gaf potentiële ontwikkelaars enkele dagen om zich aan te melden voor deelname aan de procedure. De opzet en hoge snelheid van het proces – waarbij binnen één dag honderden geïnteresseerden werden afgewezen en waar het eerste datalek al snel een feit was – hebben echter tot verwarring en ophef geleid bij de markt, toezichthouders, de politiek en in de maatschappij. Hetgeen wij begrijpelijk achten; als het ministerie een oproep doet aan gegadigden hun interesse kenbaar te maken, dient het ministerie bij de keuze voor een partij uit die groep van gegadigden wel de aanbestedingsrechtelijke beginselen te respecteren. Het enthousiasme voor de app lijkt mede daardoor al danig bekoeld te zijn. De minister heeft de markt dan ook bedankt voor haar inzet maar heeft besloten

om geen opdracht voor de ontwikkeling van de corona-app te vergunnen. In plaats daarvan zal een intern op te zetten team van het ministerie verder gaan werken aan de ontwikkeling van de app.⁷

Het stopzetten van het door het ministerie ingezette proces roept de vraag op of de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging op grond van artikel 2.32 lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012 wel geschikt is voor groots opgezette en voor iedereen toegankelijke inkoopprocedures voor complexe opdrachten. De procedure is meer bedoeld om direct in onderhandelingen te treden met een beperkt aantal partijen om snel een zeer spoedeisende vraag van de aanbestedende dienst te vervullen. Bij het soort procedure dat het ministerie voor ogen had, waarbij een keuze voor een partij moest worden gemaakt uit een grote groep van gegadigden, is de transparantie en structuur van een formele aanbestedingsprocedure – zoals een mededingingsprocedure met onderhandeling –, of een daarop gelijkende procedure, wellicht toch onontbeerlijk en zal dit wellicht zelfs sneller tot een goed eindresultaat leiden.

4. Uitsluitingsgronden

Een andere omstandigheid waar het coronavirus van invloed op kan zijn, zowel bij lopende als nieuwe aanbestedingsprocedures, betreft de toepasselijkheid van de dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden.

In artikel 2.88 Aanbestedingswet 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ervoor kan kiezen de dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden niet toe te passen ingeval zich dwingende redenen van algemeen belang voordoen. Concreet betekent dit dat als op een inschrijvende partij een dwingende uitsluitingsgrond of van toepassing verklaarde facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is, de aanbestedende dienst ervoor kan kiezen af te zien van het uitsluiten van de desbetreffende onderneming, indien zich dwingende redenen van algemeen belang voordoen. Volgens de memorie van toelichting is deze grond opgenomen in de Aanbestedingswet, omdat er noodsituaties denkbaar zijn waarbij de aanbestedende dienst zo snel mogelijk de opdracht wil gunnen, ongeacht of de opdracht bijvoorbeeld wordt gegund aan een onderneming die onherroepelijk is veroordeeld.

Zo'n noodsituatie, en derhalve de aanwezigheid van het beschermen van dwingende redenen van algemeen belang, kan volgens de memorie van toelichting gelegen zijn in de bescherming van de volksgezondheid. Specifiek wordt in dat verband het voorbeeld aangehaald van het uitbreken van een epidemie, waarbij snel moet worden gehandeld. Dit voorbeeld in combinatie met de richtsnoer van de Europese Commissie dat het coronavirus kwalificeert als een volksgezondheids crisis, maakt dat aanbestedende diensten van-

5 Zie onder meer: HvJ EG 18 maart 1992, C-24/91 (*EC/Spanje*), HvJ EG 2 augustus 1993, C-107/92 (*EC/Italië*) en HvJ EU 20 juni 2013, C-352/12.

6 Zie voor de aankondiging van het ministerie: <https://www.tenderned.nl/tenderned-tap/aankondigingen/192421;section=2>.

7 Zie de kamerbrief van de minister aan de tweede kamer van 21 april 2020 (kenmerk 1677140-204449-PG), p. 38.

wege het coronavirus een opdracht kunnen gunnen aan een onderneming op wie een uitsluitingsgrond van toepassing is. Het spreekt voor zich dat een opdracht aan een dergelijke onderneming enkel kan worden gegund, indien de opdracht direct verband houdt met het coronavirus, zoals bijvoorbeeld de inkoop van mondkapjes. Enkel bij het vergeven van dergelijke opdrachten is immers een dwingende reden van algemeen belang aanwezig.

5. Huidige opdrachten

Veel opdrachtgevers en opdrachtnemers zijn de afgelopen weken geconfronteerd met de noodzaak om lopende overeenkomsten aan te passen als gevolg van de coronacrisis. Sommige aanbestedende diensten zullen daarbij – alle oproepen van de rijksoverheid ten spijt – wellicht nieuwe aanbestedingsprocedures willen uitstellen en huidige overeenkomsten willen verlengen.

Wijzigingen (en verlengingen) van overeenkomsten, waarin de overeenkomst zelf niet voorziet, moeten altijd kunnen worden gerechtvaardigd op grond van hoofdstuk 2.5, waarin de artikelen 2.163b t/m 2.163g Aanbestedingswet 2012 zijn opgenomen.⁸ In deze artikelen is namelijk bepaald wanneer een overeenkomst mag worden gewijzigd, zonder dat voor de gewijzigde opdracht een nieuwe aanbestedingsprocedure behoeft te worden doorlopen. Is de wijziging niet te rechtvaardigen op grond van hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet 2012, dan wordt de wijziging als een wezenlijke wijziging aangemerkt. Voor een wezenlijk gewijzigde opdracht dient een nieuwe aanbestedingsprocedure te worden georganiseerd.

Nu de Europese Commissie de huidige crisis als een onvoorzienbare gebeurtenis heeft gekwalificeerd, ligt een beroep op artikel 2.163e Aanbestedingswet 2012 voor de hand. De uitzonderingsgrond van artikel 2.163e Aanbestedingswet 2012 ziet namelijk op de situatie waar zich onvoorzienbare omstandigheden hebben voorgedaan die de aanbestedende dienst nopen tot een wijziging van de oorspronkelijk aanbestede opdracht. Voor een geslaagd beroep op dit artikel moet zijn voldaan aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden: (i) de behoefte aan een wijziging is het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet heeft kunnen voorzien, (ii) de algemene aard van de opdracht wordt niet gewijzigd en (iii) de waarde van de prijsverhoging is niet groter dan 50% van de oorspronkelijke opdrachtwaarde. Vooral het vervullen van de eerste voorwaarde kon in de praktijk lastig zijn. Had een aanbestedende dienst, wanneer zij bij de aanbesteding van de opdracht beter haar huiswerk had gedaan, toch rekening kunnen en moeten houden met de omstandigheid die zich heeft voorgedaan? In het geval van de coronacrisis is deze voorwaarde echter minder problematisch. Zoals de Europese Commissie ook heeft aangegeven, is de uitbraak van het virus en de

ontwikkeling daarvan onvoorzienbaar voor aanbestedende diensten. De andere twee voorwaarden van dit artikel zijn vrij makkelijk vervuld. Van een wijziging van de aard van de opdracht zal gezien de memorie van toelichting niet snel sprake zijn, nu daarin het voorbeeld wordt gegeven van een overheidsopdracht voor een levering die wordt gewijzigd in een overheidsopdracht voor een werk. Het op dergelijke wijze verschieten van kleur van een opdracht komt niet vaak voor. Het vervullen van de 50%-voorwaarde zal vaak neerkomen op een puur wiskundige oefening.⁹

Ook een beroep op de andere artikelen uit hoofdstuk 2.5 zou uitkomst kunnen bieden bij het wijzigen van de overeenkomst ten gevolge van de coronacrisis. In het geval aanvullende werken, diensten of leveringen noodzakelijk zijn geworden als gevolg van de coronacrisis, dan kan wellicht een beroep worden gedaan op artikel 2.163d Aanbestedingswet 2012. In dit artikel is bepaald dat indien aanvullende werken, diensten of leveringen noodzakelijk zijn geworden, maar in de aanvullende werken, diensten of leveringen niet is voorzien in de aanbestede opdracht, de aanvullende opdracht toch kan worden uitgezet bij de gecontracteerde opdrachtnemer, indien: (i) verandering van opdrachtnemer niet mogelijk is vanwege economische of technische redenen en zou leiden tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijgingen voor de aanbestedende dienst en (ii) de prijsverhoging niet groter is dan 50% van de oorspronkelijke opdrachtwaarde.

Te denken valt bijvoorbeeld aan een situatie waarin een academisch ziekenhuis 50% meer medisch beschermende kleding benodigd heeft, dan zij heeft ingekocht bij een bepaalde opdrachtnemer. Wij kunnen ons voorstellen dat in dat geval verandering van opdrachtnemer niet mogelijk is vanwege economische redenen en zou leiden tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijgingen. De vraag naar medisch beschermende kleding kan immers aanzienlijk zijn toegenomen door het coronavirus, zodat verandering van opdrachtnemer om economische redenen niet mogelijk is en verandering van opdrachtnemer leidt tot aanzienlijke kostenstijgingen. Verder kan de vraag naar medisch beschermende kleding acuut zijn, waardoor verandering van opdrachtnemer (en derhalve het moeten doorlopen van een aanbestedingsprocedure) leiden tot aanzienlijk ongemak. Gezien het gebrek aan bruikbare voorbeelden in de jurisprudentie, kan dit echter niet met zekerheid worden gesteld.

In het geval een aanbestedende dienst een overeenkomst kortstondig wenst te verlengen, zou een beroep op artikel 2.163b Aanbestedingswet 2012 (*de minimis*) wellicht ook passend zijn, er daarbij van uitgaand dat de prijsverhoging gemoeid met de verlening onder de 15% van de waarde van de opdracht blijft voor diensten en leveringen en 10% voor

⁸ Zie voor verlengingen onder meer: Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5006.

⁹ *Kamerstukken II 2015/16, 34329, 3, p. 93.* Zie toelichting bij art. 2.163b. Daar wordt een voorbeeld gegeven van een wijziging van de algemene aard van de opdracht: namelijk het wijzigen van een overheidsopdracht voor een levering in een overheidsopdracht voor een werk.

werken en het bedrag van de verlenging op zich zelf niet boven de Europese aanbestedingsdrempels ligt.

Altijd zal ervoor moeten worden gewaakt dat een wijziging kan worden gekwalificeerd als een ontoelaatbare wezenlijke wijziging. Derden zouden in dat geval namelijk de wijziging in rechte kunnen aantasten op grond van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012. Zowel opdrachtgever als opdrachtnemer hebben derhalve belang bij een deugdelijke onderbouwing van de aanbestedingsrechtelijke toelaatbaarheid van wijzigingen. Eén voordeel zal een dergelijke door een derde gestarte procedure overigens mogelijk wel met zich brengen: een interessante toevoeging aan de nog altijd schaarse jurisprudentie over de toepassing van de uitzonderingen van artikelen 2.163b t/m 2.163g Aanbestedingswet 2012.

6. Conclusie

Zowel aanbestedende diensten als ondernemingen worstelen met de vraag hoe zij de negatieve gevolgen van de coronacrisis zo veel mogelijk kunnen beperken. Met name aanbestedende diensten hebben hierin een belangrijke rol. Zij zullen de moeilijkheden die de markt ervaart, moeten inzien en gepaste proportionele wijzigingen moeten doorvoeren in hun aanbestedingsprocedures en lopende opdrachten. Het is daarbij goed dat alle partijen weten welke wettelijke mogelijkheden bestaan en waar de juridische grenzen liggen.