

# WIJZIGEN VAN EUROPEES AANBESTEDE CONTRACTEN EN SUBSIDIES



Versie 1.0

**i-Sociaal Domein**  
voor gemeenten en zorgaanbieders

# Wijzigen van Europees aanbestede contracten en subsidies

Roel van Weert en Nino Lopulalan

## Inleiding

Gemeenten hebben binnen het sociaal domein een deel van de aanbieders via Europese aanbestedingen gecontracteerd. Verschillende gemeenten hebben de behoefte om binnen de looptijd van deze contracten het contract op onderdelen te wijzigen. Het wijzigen van deze contracten gedurende de looptijd van de overeenkomst kan echter niet zomaar. Hiervoor dient de gemeente rekening te houden met enkele aspecten van het aanbestedingsrecht. In deze notitie worden deze aspecten kort toegelicht. De notitie begint met uitleg over contracten binnen het aanbestedingsrecht en gaat vervolgens nader in op het begrip 'wezenlijke wijziging'. De notitie sluit vervolgens af met een stappenplan dat gemeenten kunnen hanteren om te beoordelen of de gewenste wijzigingen mogelijk zijn.

## Contracten binnen het Europees aanbestedingsrecht

In het burgerlijke recht is sprake van zogenaamde contractsvrijheid, dat houdt in dat contracten die enkel tussen private partijen worden afgesloten in belangrijke mate vrij zijn qua vorm en inhoud. Maar onder meer omdat publieke instellingen handelen in het algemeen belang, belastinggeld uitgeven en alle burgers gelijk moeten behandelen gelden er voor publieke instellingen regels om op de juiste manier met de private markt om te gaan. Het Aanbestedingsrecht reguleert de manier waarop publieke instellingen (zoals gemeenten) de werken, leveringen en diensten die zij nodig hebben, uit de markt verkrijgen. Ondanks dat het gaat om interactie met private markten (aanbieders) verandert de publieke instelling zelf niet in een private partij en is dus sprake van ongelijke partijen die gezamenlijk een overeenkomst sluiten. Het aanbestedingsrecht geeft invulling aan die interactie op basis van vier fundamentele beginselen. Deze beginselen zijn: gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit. Deze beginselen zijn als rode draad verwerkt in de aanbestedingsregels en -procedures (bijvoorbeeld de openbare en niet-openbare aanbestedingsprocedures), een sprekend voorbeeld hiervan is de Gids Proportionaliteit.

## Het opnemen van wijzigingsmogelijkheden in Europees aanbestede contracten is mogelijk

Aanbestedende Diensten zijn vrij om in de aanbestede overeenkomsten een regeling op te nemen op grond waarvan de overeenkomst gewijzigd mag worden. Dit neemt overigens niet weg dat het verstandig is om voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst al na te denken over de te gebruiken contractvorm. Zo is een raamovereenkomst flexibeler dan een reguliere overeenkomst, in die zin dat specifieke opdrachten op detailniveau afzonderlijk bijgesteld kunnen worden. Andere aspecten om over na te denken zijn het beperken van de contractduur, het regelen van verlengingsmogelijkheden, het regelen van indexatie van overeengekomen prijzen en tarieven, et cetera. Toch is het niet altijd mogelijk om op voorhand een contract uit te werken dat optimaal aansluit bij de behoeften van alle

betrokkenen. Er kunnen zich bijvoorbeeld situaties voordoen waar partijen geen rekening mee hebben gehouden of omstandigheden wijzigen. Hieronder wordt ingegaan op de aanbestedingsrechtelijke grenzen waar rekening mee gehouden moet worden als een aanbesteed contract gewijzigd wordt.

### **Het begrip wezenlijke wijziging bij Europees aanbestede contracten**

Overheidsopdrachten die Europees zijn aanbesteed worden in beginsel bekendgemaakt aan de markt (veelal door middel van een openbare of niet openbare procedure) waardoor op basis van concurrentie tussen marktpartijen de beste kwaliteit voor de meest gunstige prijs kan worden ingekocht door de overheid.

Als datzelfde contract op onderdelen gewijzigd wordt is het de vraag of die wijzigingen invloed hebben op de concurrentie. In de rechtspraak is daarom vastgesteld wanneer een wijziging van een reeds gesloten contract niet is toegestaan. Een reeds gesloten overeenkomst mag niet gewijzigd worden als<sup>1</sup>:

- De wijziging er toe zou hebben geleid dat ten tijde van de aanbesteding andere marktpartijen toegelaten zouden worden tot de aanbestedingsprocedure;
- De wijziging er toe zou hebben geleid dat de aanbestedende dienst een andere offerte had gekozen;
- De wijziging de opdracht uitbreidt tot markten die niet in de oorspronkelijke opdracht waren opgenomen; of
- De opdracht het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer, zonder dat in het contract een dergelijke regeling was opgenomen;
- Als de opdrachtnemer de overheidsopdracht heeft gewonnen omdat hij een beroep doet op een bepaalde onderaannemer, en de opdrachtnemer besluit om een andere onderaannemer in te schakelen terwijl de oorspronkelijke onderaannemer van beslissend belang is geweest bij de gunning van de opdracht, dan is dit niet zomaar toegestaan;<sup>2</sup>
  - Wisselen van onderaannemer is in dit geval alleen toegestaan als de opdrachtnemer individueel aan alle gestelde eisen voldoet op basis waarvan de gunning van de opdracht heeft plaatsgevonden; of wanneer
  - De opdrachtnemer tezamen met de nieuwe onderaannemer evengoed aangemerkt moeten worden als winnende inschrijvers bij de gunning van de opdracht.

Hierbij geldt telkens dat de nieuwe onderaannemer moet voldoen aan alle eisen die op hem van toepassing zijn.

Dat een opdrachtnemer of opdrachtgever de wijziging belangrijk vindt, betekent niet dat er een wezenlijke wijziging is. Doorslaggevend is of de opdrachtnemer voordeel ondervindt ten

---

<sup>1</sup> Arresten: pressetext (C-454/06 19 juni 2008), Commissie/Duitsland (C-160//08 29 april 2010), Acoset (C-196/08 15 oktober 2009).

<sup>2</sup> Arrest: WALL AG (C-91/08 13 april 2010).

opzicht van zijn concurrenten dat niet geregeld is in de overeenkomst (hieronder vallen ook de toepasselijke algemene voorwaarden of het beleid van de aanbestedende dienst) zelf<sup>3</sup>.

### **Wat als een overeenkomst tot stand is gekomen via bestuurlijk aanbesteden?**

Het leerstuk van de 'wezenlijke wijziging' is er in belangrijke mate op gericht te voorkomen dat de mededinging vervalst wordt nadat er al een overeenkomst afgesloten is. Bestuurlijk aanbesteden is in de (oude en nieuwe) aanbestedingswet geen formele of juridisch erkende aanbestedingsvorm. Bestuurlijk aanbesteden heeft enkele kenmerken die vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief van belang zijn bij het wijzigen van een overeenkomst.

- Het aanbestedingsproces loopt continue door in de vorm van 'overlegrondes/overlegtafels' waarbij de overeenkomst telkens bijgesteld wordt;
- De toepasselijke voorwaarden worden op enig moment vastgesteld en alle geïnteresseerden die voldoen aan die voorwaarden kunnen toetreden tot de overeenkomst en uittreden;
- Feitelijk is geen sprake van concurrentie onder marktpartijen met betrekking tot de toetreding tot de overeenkomst.

Vanwege de genoemde kenmerken is de aansluiting met het leerstuk van de wezenlijke wijziging niet eenvoudig te maken. Bovendien is het onder de nieuwe aanbestedingswet nog de vraag hoe bestuurlijke aanbesteding voortgezet kan worden.

### **Hoe weet u of u uw overeenkomst mag wijzigen?**

1. Om een reeds gesloten overeenkomst te wijzigen is het verstandig om allereerst de gesloten overeenkomst zelf te raadplegen om te achterhalen of de overeenkomst een wijzigingsregeling bevat;
2. Is dat niet het geval raadpleeg dan de toepasselijke algemene voorwaarden/inkoopvoorwaarden van de Aanbestedende Dienst voor een wijzigingsregeling. Bevatten ook de algemene voorwaarden/inkoopvoorwaarden geen wijzigingsregeling, raadpleeg dan het inkoopbeleid van de Aanbestedende Dienst;
3. Ontbreekt ook in het inkoopbeleid van de Aanbestedende Dienst een wijzigingsregeling, dan kan de gesloten overeenkomst gewijzigd worden onder voorwaarde dat de aanbestedingsregels niet overtreden worden en geen sprake is van een wezenlijke wijziging. Kort gezegd moet u rekening houden met het volgende:
  - a. Wijzigen kan niet als de overheidsopdracht gegund had moeten worden aan een andere marktpartij als de voorwaarden anders waren geweest;
  - b. Wijzigen kan niet als het financiële evenwicht van de overheidsopdracht verschuift ten voordele van de marktpartij;
  - c. Wijzigen mag niet als de opdracht wordt uitgebreid tot andere markten dan oorspronkelijk is vastgesteld;

---

<sup>3</sup> Uitspraak: Shanks (ECLI:NL:GHSHE:2014:281, 11 februari 2014).

- d. Wijzigen mag niet als dat betekent dat andere partijen hadden moeten worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.

### Tips bij het afsluiten van de contracten

- Hou rekening met de interesse die marktpartijen hebben getoond in de aanbesteding van de overeenkomst die u wilt wijzigen. Interesse van marktpartijen kan (ook zonder deelname aan de aanbesteding) een indicatie zijn dat die marktpartijen graag hadden deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure als de insteek anders was geweest. Daarom is het handig marktpartijen die wel interesse hebben getoond maar niet hebben deelgenomen direct na afloop van de aanbestedingsprocedure evengoed te benaderen voor een toelichting. Wijzigingen die buiten de toelichting van die partijen vallen zouden geoorloofd kunnen zijn;
- Denk voorafgaand aan een aanbesteding goed na over wijzigingsopties en hoe u deze formuleert in de overeenkomst. Zorg dat de bepalingen in de overeenkomst eenduidig (dus niet dubbelzinnig of ambigu) worden geformuleerd<sup>4</sup>;
- Bevraag marktpartijen in een vroeg stadium over de contractuele voorwaarden waaronder zij de opdracht zouden kunnen en willen uitvoeren. Betrokkenheid vanuit de markt voorkomt onduidelijkheden en versterkt uw relatie met uw potentiële contractuele wederpartij.

**LET OP!** Gelet op de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 per 1 juli 2016 is het raadzaam informatie in te winnen over de juridische implicaties van deze wetswijziging voor uw overeenkomsten.

---

<sup>4</sup> Zie hiervoor ook het 'Haviltex-criterium' Uitspraak: (ECLI:NL:HR:2013:BY8101, 05-04-2013).

## Wijzigen van subsidies

Subsidies zijn gereguleerd in titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)<sup>5</sup>. Daarbij wordt een subsidie omschreven als 'de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten'. Hierbij geldt dat een subsidie verstrekt wordt op aanvraag, en dus aangemerkt moet worden als een bestuursrechtelijke beschikking. Het gaat hier dus om iets heel anders dan een overeenkomst die voortkomt uit een aanbestedingsprocedure.

Bij subsidies geldt dat er een verschil bestaat tussen het 'verlenen' van een subsidie en het 'vaststellen' van een subsidie. Het onderscheid tussen deze twee handelingen heeft invloed op de mogelijkheden een subsidie te wijzigen.

### Wat is het verschil tussen subsidie 'verlenen' en subsidie 'vaststellen'?

Kort gezegd is 'verlening' het daadwerkelijk beschikbaar stellen van financiële middelen en 'vaststellen' is het achteraf registreren van de werkelijke hoogte van die financiële middelen.

### Hoe werkt intrekking en wijziging van subsidies?

Intrekking en wijziging van subsidies is geregeld in afdeling 4.2.6. van de Algemene wet bestuursrecht.

In artikel 4:48 Awb is bepaald dat een subsidie *verlening* kan worden ingetrokken of ten nadele van de subsidieontvanger kan worden gewijzigd, zolang die subsidie nog niet is *vastgesteld*, indien:

- De activiteiten waarvoor de subsidie is verleend niet of niet geheel hebben plaatsgevonden of zullen plaatsvinden;
- De subsidieontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen;
- De subsidieontvanger onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt en de verstrekking van juiste of volledige gegevens tot een andere beschikking op de aanvraag tot subsidieverlening zou hebben geleid;
- De subsidieverlening anderszins onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten; of
- Met toepassing van artikel 4:34 vijfde lid Awb, een beroep wordt gedaan op de voorwaarde dat voldoende gelden ter beschikking worden gesteld.

Artikel 4:50 Awb stelt dat de subsidie *verlening*, met inachtneming van een redelijke termijn, door het bestuursorgaan kan worden ingetrokken of ten nadele van de subsidieontvanger kan worden gewijzigd:

---

<sup>5</sup> <http://wetten.overheid.nl/BWBR0005537/2016-07-01>.

- Voor zover de subsidieverlening onjuist is;
- Voor zover veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten zich in overwegende mate tegen voortzetting of ongewijzigde voortzetting van de subsidie verzetten; of
- In andere bij wettelijk voorschrift geregelde gevallen.

Tot slot kan de subsidie *vaststelling*, volgens artikel 4:49 Awb door het bestuursorgaan worden ingetrokken of ten nadele van de ontvanger worden gewijzigd:

- Op grond van feiten of omstandigheden waarvan het bij de subsidie vaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager dan overeenkomstig de subsidieverlening zou zijn vastgesteld;
- Indien de subsidie vaststelling onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten; of
- Indien de subsidieontvanger na de subsidie vaststelling niet heeft voldaan aan de subsidie verbonden verplichtingen.

In voornoemde artikelen gaat het telkens over intrekking of ten nadele van de subsidieontvanger wijzigen van de subsidieverlening of –vaststelling. Wijziging ten *voordele* van de subsidieontvanger lijkt niet mogelijk omdat een subsidie enkel op aanvraag wordt verleend, het ligt daarbij niet voor de hand dat het bestuursorgaan meer toekent dan is aangevraagd. (In dat geval is er onverschuldigd betaald en ontstaat veelal een plicht tot terugvordering.) Een wijziging die als voordeel zou kunnen worden ervaren is het toewijzen van een subsidieverlening onder ‘zachtere’ voorwaarden dan in beginsel gesteld worden. In dat soort gevallen is echter geen sprake van wijziging van de subsidie maar wijziging van bijvoorbeeld het subsidiebeleid of de subsidieregeling.

### **Wat mag er dan gewijzigd worden?**

Zoals aangegeven in de genoemde artikelen, mogen de subsidieverlening en de subsidie vaststelling worden gewijzigd. Verplichte onderdelen van deze documenten zijn de omschrijving van de activiteiten waarvoor de subsidie wordt verleend en de hoogte van het subsidiebedrag. Onduidelijk is wat verder allemaal onderdeel is van deze documenten en wat er om die reden gewijzigd mag worden. Van verplichtingen die opgelegd mogen worden aan de subsidieontvanger lijkt het voor de hand te liggen dat deze onderdeel zijn van de subsidieverlening, gelet op artikel 4:40 Awb en dat zij om die reden gewijzigd mogen worden. De verplichtingen waar het om gaat zijn omschreven in artikelen 4:37 en 4:38 Awb, zie bijlage A.

## Bijlage A: Artikel 4:37 en 4:38 van de algemene wet bestuursrecht

### Artikel 4:37

1. Het bestuursorgaan kan de subsidieontvanger verplichtingen opleggen met betrekking tot:
  - a. aard en omvang van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verleend;
  - b. de administratie van aan de activiteiten verbonden uitgaven en inkomsten;
  - c. het vóór de subsidievaststelling verstrekken van gegevens en bescheiden die nodig zijn voor een beslissing omtrent de subsidie;
  - d. de te verzekeren risico's;
  - e. het stellen van zekerheid voor verleende voorschotten;
  - f. het afleggen van rekening en verantwoording omtrent de verrichte activiteiten en de daaraan verbonden uitgaven en inkomsten, voor zover deze voor de vaststelling van de subsidie van belang zijn;
  - g. het beperken of wegnemen van de nadelige gevolgen van de subsidie voor derden;
  - h. het uitoefenen van controle door een accountant als bedoeld in [artikel 393, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek](#) op het door het bestuursorgaan gevoerde financiële beheer en de financiële verantwoording daarover.
2. Indien een verplichting als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, wordt opgelegd, zijn de [artikelen 4:3](#) en [4:4](#) van overeenkomstige toepassing.

### Artikel 4:38

1. Het bestuursorgaan kan de subsidieontvanger ook andere verplichtingen opleggen die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie.
2. Indien de subsidie op een wettelijk voorschrift berust, worden de verplichtingen opgelegd bij wettelijk voorschrift of krachtens wettelijk voorschrift bij de subsidieverlening.
3. Indien de subsidie niet op een wettelijk voorschrift berust, kunnen de verplichtingen worden opgelegd bij de subsidieverlening.



Colofon

# Wijzigen van Europees aanbestede contracten en subsidies

Roel van Weert en Nino Lopulalan

[Programma i-Sociaal Domein](#)

Versie 1, 12 augustus 2016



**i-Sociaal Domein**  
voor gemeenten en zorgaanbieders