



Factsheet

Wat kun je nog wijzigen via de Nota van Inlichtingen?

Versie: 2.0 Doc.nr. 11 | Datum: maart 2024 | Beheer: inkoop en contractmanagement | Mail: inkoop@zwolle.nl

In deze factsheet wordt het volgende behandeld:

1. Nota van Inlichtingen (Nvl)
2. Aanbestedingsstukken 'niet meer wezenlijk wijzigen'
3. Aanpassing Overeenkomst/ algemene (inkoop)voorwaarden
4. Wat als er toch gewijzigd moet worden?
5. Zo voorkom je wijzigingen
6. Achtergrond (wettelijk kader)

1. Nota van Inlichtingen (Nvl)

Tijdens het aanbestedingsproces bestaat de mogelijkheid voor gegadigden en inschrijvers om vragen te stellen over de aanbestedingsprocedure en de, daarbij behorende, aanbestedingsstukken. Zo verkrijgen potentiële opdrachtnemers inzicht in onduidelijkheden, tegenstrijdigheden en eventuele zaken die mogelijk ontbreken of wettelijk niet correct zijn.

In de Nvl staan de originele, geanonimiseerde vragen en antwoorden. De aanbestedende dienst stuurt de nota met vragen en antwoorden naar alle gegadigden of inschrijvers die zich hebben aangemeld of hebben ingeschreven. Zo beschikken alle deelnemers over dezelfde informatie. De Nvl wordt opgeslagen in het aanbestedingsdossier.

2. Aanbestedingsstukken 'niet meer wezenlijk wijzigen'

De Nvl mag niet leiden tot wezenlijke aanpassingen van de aanbestedingsstukken.

Dat betekent dat bij Nota van Inlichtingen geen wijzigingen kunnen worden doorgevoerd die:

- zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan de oorspronkelijke inschrijvers; of
- zouden hebben geleid tot keuze voor een andere offerte (met andere woorden: voorwaarden die de gunningscriteria zouden beïnvloeden); of
- de aanbestede werkzaamheden "in belangrijke mate" worden uitgebreid tot diensten (c.q. werken of leveringen) die oorspronkelijk niet waren opgenomen (hierbij is het meerwerk criterium van artikel 31, lid 4 sub a van Richtlijn 2004/18 bepalend); of
- een niet-voorzien wijziging in het economisch evenwicht ontstaat ten voordele van de opdrachtnemer, op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.

Bron: Presetextarrest (HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06)

3. Aanpassing overeenkomst/algemene voorwaarden

Is aanpassing van de overeenkomst/algemene voorwaarden een wezenlijke wijziging?

Het lijkt erop dat dit zeer zeker het geval kan zijn. Met name wanneer een belangstellende afziet van deelname omdat hij bijv. niet aan ongelimiteerde aansprakelijkheid/afzien van intellectueel eigendom, kan of wil voldoen. Voldoen aan voorschrift 3.9B¹ van de Gids Proportionaliteit betekent dan ook dat de aanbestedende dienst het risico loopt dat hij bij wijziging van de overeenkomst via een NvI in strijd met het Europese aanbestedingsrecht handelt. Hierdoor kan hij door de rechter teruggefloten worden.

Wanneer er wijzigingen via NvI doorgevoerd worden, moet er na gegaan worden of het wezenlijke wijzigingen zijn aan de hand van de genoemde criteria bij punt 2. Is de conclusie dat dit niet het geval is, dan is het mogelijk een wijziging door te voeren zonder aanpassing in de procedure. Is dit wel het geval dan kan de aanbesteedde dienst niet op dezelfde wijze met de aanbestedingsprocedure doorgaan.

4. Wat als er toch gewijzigd moet worden?

Afbreken van de procedure en opnieuw aanbesteden is de meest zuivere benadering.

Een oplossing die dicht daarbij in de buurt komt, is de rectificatie waarbij aan alle belangstellenden kennis wordt gegeven van de gewijzigde documenten en aan hen voldoende tijd gegeven wordt om alsnog in te schrijven. Voldoende tijd zal in dit geval vanuit oogpunt van gelijkheidsbeginsel betekenen dat de oorspronkelijke inschrijftermijn wederom gehanteerd wordt. Het mag duidelijk zijn dat er voor de opgelopen vertraging geen oplossing is.

In de jurisprudentie staat inmiddels één uitspraak na de “Koffiezaak” (zie ook punt 6 achtergrond). Hierbij oordeelde de rechter dat door het in acht nemen van de wettelijke termijn van 40 dagen bij aanvullende documenten bij de NvI er geen sprake was van strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel (Vzr. Rb 's-Gravenhage 12 september 2012, LJN: BX8643 Traffic Support/Provincie Zuid-Holland). Dit lijkt erop te wijzen dat de rechter deze praktische lijn accepteert.

Praktijk onder de Gids proportionaliteit

De Gids biedt op het punt van wijzigingen ook geen oplossing. Worden er voorstellen gedaan die kwalificeren als "wezenlijk" dan zit er niets anders op om opnieuw aan te besteden of te rectificeren.

5. Zo voorkom je wijzigingen

Bij het voorbereiden van de aanbesteding moet er voldoende tijd zijn. Er dient een evenwichtige overeenkomst opgesteld te worden waarbij men zich oriënteert op wat in de desbetreffende branche gebruikelijk en acceptabel is. Maar ook voor wat betreft de verdere technische specificaties en gunningscriteria zal men zich van tevoren goed moeten realiseren wat de wezenlijke onderdelen zijn welke niet zomaar meer bij Nota van Inlichting gewijzigd kunnen worden.

In gevallen waarin op voorhand niet zelf te bepalen is wat gebruikelijk en acceptabel is of waarin technische criteria nog niet helemaal helder zijn, is het verstandig door middel van, een aan de aanbesteding voorafgaande marktconsultatie, hierop meer duidelijkheid te verkrijgen.

¹ De aanbestedende dienst biedt tijdens de aanbestedingsprocedure potentiële inschrijvers de kans suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden.

6. Achtergrond (wettelijk kader)

In de Aanbestedingswet 2012 is aangegeven dat bij AmvB “het Aanbestedingsbesluit” de Gids proportionaliteit als verplichte richtlijn is aangewezen. De aanbestedende dienst biedt tijdens de aanbestedingsprocedure potentiële inschrijvers de kans suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden.

In voorschrift 3B van de Gids is opgenomen dat de aanbestedende dienst potentiële inschrijvers tijdens de aanbestedingsprocedure de kans biedt suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden.

Op 10 mei 2012 wees het Hof van Justitie EU arrest in de zaak C-368/10 (de "Douwe Egbertszaak"). In deze uitspraak gaf het Hof niet alleen meer duidelijkheid over het gebruik van keurmerken en certificaten in aanbestedingsdocumenten, maar ook maakt het Hof duidelijk welke wijzigingen of aanvullingen van aanbestedingsstukken nog zonder gevolgen voor de aanbesteding kunnen worden opgenomen in een Nota van Inlichtingen.

Het Hof is heel duidelijk en geeft aan dat er weliswaar bepaalde verduidelijkingen kunnen worden aangebracht en inlichtingen kunnen worden verstrekt. Zij geeft ook aan dat door middel van een Nota van Inlichtingen niet de betekenis kan worden gewijzigd, ook niet als het een correctie betreft van 1 of meerdere voorwaarden en/of eisen van de opdracht, die in het bestek zijn opgenomen en waarop potentiële inschrijvers hun beslissing om wel of niet op de aanbesteding in te schrijven hebben gebaseerd.