



# Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Achtste kamer)

7 september 2016\*

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten — Richtlijn 2004/18/EG — Artikel 2 — Beginsel van gelijke behandeling — Transparantieverplichting — Opdracht voor de levering van een complex communicatiesysteem — Problemen bij de uitvoering — Onenigheid tussen partijen over de verantwoordelijkheden — Schikking — Beperking van de omvang van de overeenkomst — Omzetting van verhuur van materiaal in verkoop — Wezenlijke wijziging van een opdracht — Rechtvaardiging door de objectieve gelegenheid om de zaak in der minne te regelen”

In zaak C-549/14,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU ingediend door de Højesteret (hoogste rechterlijke instantie, Denemarken) bij beslissing van 27 november 2014, ingekomen bij het Hof op 2 december 2014, in de procedure

**Finn Frogne A/S**

tegen

**Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation,**

wijst HET HOF (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: D. Šváby (rapporteur), kamerpresident, J. Malenovský en M. Vilaras, rechters,

advocaat-generaal: E. Sharpston,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

- Finn Frogne A/S, vertegenwoordigd door K. Dyekjær, C. Bonde, P. Gjørtler, H. B. Andersen en S. Stenderup Jensen, advocater, alsook door J. Grayston, solicitor,
- de Deense regering, vertegenwoordigd door C. Thorning als gemachtigde, bijgestaan door P. Hedegaard Madsen, advocaat,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door P. Grasso, avvocato dello Stato,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

\* Procestaal: Deens.

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Grønfeldt en A. Tokár als gemachtigden, gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten, het navolgende

### Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG 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 2004, L 134, blz. 114, met rectificatie in PB L 351, blz. 44).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Finn Frogne A/S (hierna: „Frogne”) en Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (centrum voor spoedcommunicatie van de nationale politie, Denemarken) (hierna: „CFB”) over de regelmatigheid van een schikkingsovereenkomst die CFB, als aanbestedende dienst, heeft gesloten met Terma A/S, de gekozen inschrijver voor een overheidsopdracht, in het kader van de uitvoering van deze opdracht.

### Toepasselijke bepalingen

#### *Unierecht*

- 3 In overweging 2 van richtlijn 2004/18 heet het:

„Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. Bijgevolg moeten deze coördinatiebepalingen overeenkomstig voornoemde regels en beginselen alsmede overeenkomstig de andere Verdragsregels worden uitgelegd.”

- 4 Artikel 2 van deze richtlijn, met het opschrift „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten”, luidt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.”

- 5 Artikel 28 van die richtlijn bepaalt:

„Bij het plaatsen van hun overheidsopdrachten maken de aanbestedende diensten gebruik van de nationale procedures die voor de toepassing van deze richtlijn zijn aangepast.

Zij maken voor het plaatsen van deze overheidsopdrachten gebruik van de openbare of de niet-openbare procedure. [...] In de specifieke gevallen en omstandigheden zoals uitdrukkelijk bepaald in de artikelen 30 en 31, kunnen zij gebruikmaken van een procedure van gunning door onderhandelingen, met of zonder bekendmaking van de aankondiging van de opdracht.”

6 Artikel 31 van die richtlijn luidt als volgt:

„De aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen voor het plaatsen van hun overheidsopdrachten gebruikmaken van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht:

1) voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten:

[...]

c) voor zover zulks strikt noodzakelijk is, ingeval de termijnen voor de openbare of de niet-openbare procedure dan wel voor de procedure van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging van een opdracht bedoeld in artikel 30 wegens dwingende spoed, als gevolg van gebeurtenissen die door de desbetreffende aanbestedende diensten niet konden worden voorzien, niet in acht kunnen worden genomen. De ter rechtvaardiging van de dwingende spoed ingeroepen omstandigheden mogen in geen geval aan de aanbestedende diensten te wijten zijn.

[...]

4) voor overheidsopdrachten voor werken en overheidsopdrachten voor diensten:

a) voor aanvullende werken of diensten die noch in het aanvankelijk gegunde ontwerp noch in de oorspronkelijke overeenkomst waren opgenomen en die als gevolg van onvoorziene omstandigheden voor de uitvoering van het werk of het verlenen van de dienst zoals deze daarin zijn beschreven, noodzakelijk zijn geworden, mits zij worden gegund aan de ondernemer die dit werk uitvoert of deze dienst verleent:

— wanneer deze aanvullende werken of diensten uit technisch of economisch oogpunt niet los van de oorspronkelijke opdracht kunnen worden uitgevoerd zonder overwegende bezwaren voor de aanbestedende diensten,

of

— wanneer deze werken of diensten, hoewel zij van de uitvoering van de oorspronkelijke opdracht kunnen worden gescheiden, voor de vervolmaking ervan strikt noodzakelijk zijn.

Het totale bedrag van de voor de aanvullende werken of diensten geplaatste opdrachten mag echter niet hoger zijn dan 50 % van het bedrag van de hoofdopdracht;

[...]”

7 Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33),

zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB 2007, L 335, blz. 31) (hierna: „richtlijn 89/665”), bevat een artikel 2 quinquies, met als opschrift „Onverbindendheid”, dat het volgende bepaalt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat een overeenkomst door een beroepsinstantie die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst onverbindend wordt verklaard of dat de onverbindendheid van de overeenkomst het gevolg is van een besluit van zulke onafhankelijke beroepsinstantie, in de volgende gevallen:

a) indien de aanbestedende dienst een opdracht heeft gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, zonder dat dit op grond van richtlijn 2004/18/EG is toegestaan;

[...]

4. De lidstaten bepalen dat lid 1, onder a), van dit artikel niet van toepassing is indien:

— de aanbestedende dienst van mening is dat de gunning van een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* op grond van richtlijn 2004/18/EG is toegestaan,

— de aanbestedende dienst de in artikel 3 bis bedoelde aankondiging van zijn voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan in het *Publicatieblad van de Europese Unie* heeft bekendgemaakt, en

— de overeenkomst niet is gesloten voor het verstrijken van een termijn van ten minste 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum van bekendmaking van bedoelde aankondiging.

[...]”

### **Hoofdeding en prejudiciële vraag**

- 8 In de loop van 2007 heeft de Deense staat een procedure uitgeschreven voor het plaatsen van een overheidsopdracht, in de vorm van een concurrentiegericht dialog, voor de levering van een compleet communicatiesysteem dat gemeenschappelijk was voor alle hulpdiensten, en het onderhoud van dit systeem gedurende meerdere jaren. CFB is later de voor deze opdracht bevoegde overheidsinstantie geworden.
- 9 Die opdracht werd aan Terma gegund. De waarde van de met haar op 4 februari 2008 gesloten overeenkomst bedroeg in totaal 527 miljoen Deense kroon (DKK) (ongeveer 70 629 800 EUR), waarvan 299 854 699 DKK (ongeveer 40 187 000 EUR) verband hield met een in het aanbestedingsdossier beschreven minimale oplossing, en het surplus betrekking had op opties en prestaties waarvan niet noodzakelijkerwijze om uitvoering zou worden verzocht.
- 10 In de loop van de uitvoering van die overeenkomst rezen er problemen inzake de naleving van de leveringstermijnen, waarbij CFB en Terma wederzijds de verantwoordelijkheid afwezen voor de onmogelijkheid om de opdracht zoals voorzien uit te voeren.
- 11 Na onderhandelingen zijn partijen het eens geworden over een schikking volgens welke de opdracht zou worden beperkt tot de levering van een radiocommunicatiesysteem voor de regionale politiekorpsen met een waarde van ongeveer 35 000 000 DKK (ongeveer 4 690 000 EUR), terwijl CFB twee centrale servergroepen met een waarde van ongeveer 50 000 000 DKK (ongeveer 6 700 000 EUR) zou kopen die Terma zelf had gekocht om aan CFB te verhuren in uitvoering van de oorspronkelijke

opdracht. In het kader van deze schikking was elke partij voornemens om afstand te doen van alle rechten die voortvloeiden uit de oorspronkelijke opdracht, behalve de rechten die voortvloeiden uit de schikking.

- 12 Alvorens deze schikking definitief te maken, heeft CFB overeenkomstig artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 op 19 oktober 2010 een aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf van de schikkingsovereenkomst die het voornemens was te sluiten met Terma gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.
- 13 Frogne, die niet had verzocht om preselectie om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure voor de oorspronkelijke opdracht, heeft beroep ingesteld bij de Klagensævnet for Udbud (beroepscommissie inzake overheidsopdrachten, Denemarken) (hierna: „beroepscommissie”). Alvorens ten gronde te beslissen heeft deze bij beslissing van 10 december 2010 geweigerd om dit beroep schorsende werking te verlenen.
- 14 De schikkingsovereenkomst werd op 17 december 2010 gesloten.
- 15 Frognes beroep bij de beroepscommissie is bij beslissing van 3 november 2011 afgewezen.
- 16 De door Frogne na deze beslissing ingestelde gerechtelijke vordering is eveneens afgewezen bij een beslissing van de Østre Landsret (appelrechter van de regio Oost, Denemarken) van 20 december 2013.
- 17 In eerste instantie heeft deze rechter geoordeeld dat de wijziging van de oorspronkelijke opdracht zoals deze heeft plaatsgevonden door de schikking tussen CFB en Terma een wezenlijke wijziging van deze opdracht was in de zin van de rechtspraak van het Hof.
- 18 In tweede instantie heeft deze rechter echter geoordeeld dat, ten eerste, deze schikking niet het resultaat was geweest van de wil van Terma en CFB om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht om hun latere samenwerking te optimaliseren in sterk gewijzigde omstandigheden, maar een alternatieve regeling was geweest voor het geschil dat tussen partijen was gerezen, die in de plaats kwam van de beëindiging van deze opdracht in omstandigheden waarin de uitvoering ervan onmogelijk was gebleken. In het kader van die regeling heeft elke partij aanzienlijke concessies gedaan om tot een aanvaardbare oplossing te komen, met een duidelijk beperktere omvang dan die opdracht, waarbij zij beide het gevaar voor waarschijnlijk onevenredige verliezen konden vermijden. Ten tweede laat niets veronderstellen dat CFB of Terma de bedoeling hadden gehad de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten te omzeilen.
- 19 In dergelijke omstandigheden heeft de Østre Landsret geoordeeld dat de beginselen van gelijke behandeling en transparantie niet in de weg staan aan het treffen van deze schikking voor zover een nauw verband bestaat tussen de oorspronkelijke opdracht en de in het kader van deze schikking vastgestelde prestaties. Dit is het geval geweest voor de levering van een radiocommunicatiesysteem voor de regionale politiekorpsen, maar niet voor de verkoop van twee centrale servergroepen. Gelet op dit laatste element heeft deze rechter geoordeeld dat de beslissing van CFB om over te gaan tot de in het hoofdgeding aan de orde zijnde schikking en het sluiten van deze overeenkomst strijdig waren met het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting. Geoordeeld werd dat het feit dat de aanbestedende dienst door het sluiten van deze overeenkomst maatregelen kon nemen tegen de risico's die waren verbonden aan een conflictsituatie, niet van invloed was op de rechtmatigheid van het sluiten van deze overeenkomst.
- 20 De Østre Landsret heeft echter geoordeeld dat de stelling van CFB dat de schikkingsovereenkomst met Terma mocht worden gesloten zonder voorafgaande publicatie van een aankondiging van de opdracht overeenkomstig de Unieregels, niet kennelijk onjuist was. Rekening houdend met de aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf die de aanbestedende dienst overeenkomstig

artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 in het *Publicatieblad van de Europese Unie* had gepubliceerd over de schikking die zij voornemens was te treffen, en het feit dat de aanbestedende dienst, alvorens deze schikking te treffen, niet alleen het verstrijken van de in deze bepaling gestelde termijn van tien dagen had afgewacht, maar ook de beslissing van de beroepscommissie over de eventuele schorsende werking van het door Frogne bij haar ingestelde beroep, heeft deze rechter geoordeeld dat deze overeenkomst niet onverbindend kon worden verklaard, zodat het bij hem aanhangige beroep niet diende te worden toegewezen.

- 21 Voor de Højesteret (hoogste rechterlijke instantie, Denemarken), bij wie Frogne de zaak aanhangig heeft gemaakt, voert Frogne aan dat de vraag of voor een overheidsopdracht die is beoogd in het kader van een schikking inzake een oorspronkelijke overheidsopdracht, een aanbestedingsprocedure moet worden gevoerd, er uitsluitend van afhangt of de aldus aan de oorspronkelijke opdracht aangebrachte wijziging al dan niet wezenlijk is. In casu is de wijziging wezenlijk, zowel wat betreft het voorwerp van de opdracht zoals gewijzigd, als wat betreft de aanzienlijk verminderde waarde ervan, aangezien de gewijzigde opdracht kleinere ondernemingen had kunnen interesseren. Bovendien kunnen noch economische overwegingen, noch de bescherming van de situatie van de gekozen inschrijver worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een schending van het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting.
- 22 CFB neemt beide aspecten van de schikking in overweging. Wat ten eerste de beperking van de overeenkomst tot de levering van een radiocommunicatiesysteem voor alleen de regionale politiekorpsen betreft, benadrukt het het belang van het feit dat de wijziging bestond in een aanzienlijke beperking van de prestaties, een situatie die door het Unierecht niet wordt geregeld. Wat ten tweede de aankoop van de centrale servergroepen betreft, die in het kader van de oorspronkelijke opdracht alleen hadden moeten worden verhuurd, stelt het in wezen dat de beschikking over dit materiaal in eigendom, eerder dan in huur, geen wezenlijke wijziging van deze opdracht vormt.
- 23 Meer algemeen stelt CFB dat, wanneer de uitvoering van een opdracht tot problemen leidt, hetgeen niet ongebruikelijk is voor bepaalde soorten opdrachten, zoals opdrachten inzake de ontwikkeling van IT-systemen, aan de aanbestedende dienst een ruime beoordelingsbevoegdheid moet worden toegekend om in geval van uitvoeringsproblemen tot een redelijke oplossing te kunnen komen. Bij gebreke daarvan is hij verplicht om hetzij af te zien van redelijke aanpassingen, hetzij de overeenkomst te verbreken, met alle daarmee gepaard gaande risico's en verliezen. Het aldus uitleggen van richtlijn 2004/18 dat in dergelijk geval moet worden overgegaan tot een nieuwe procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht zou er in de praktijk op neerkomen dat het sluiten van een schikkingsovereenkomst wordt verhinderd, hetgeen een door de verdragen niet toegestane inmenging in het verbintenissenrecht is.
- 24 De Højesteret twijfelt aan de draagwijdte van artikel 2 van richtlijn 2004/18, in het bijzonder aan de vraag of het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting tot gevolg hebben dat een aanbestedende dienst niet mag overwegen om een schikking te treffen om de problemen waartoe de uitvoering van een overheidsopdracht aanleiding geeft op te lossen zonder dat automatisch de verplichting ontstaat om een nieuwe aanbesteding over de voorwaarden van deze overeenkomst uit te schrijven.
- 25 Volgens deze rechter ligt het nieuwe element ten opzichte van de door het Hof eerder onderzochte situaties in deze problemen bij de uitvoering, waarvan de toerekenbaarheid aan de ene of de andere partij ter discussie staat, en is de relevante vraag uiteindelijk of gebruik kan worden gemaakt van een schikking om daaraan een einde te maken zonder dat een nieuwe aanbesteding moet worden uitgeschreven.

- 26 In deze context heeft de Højesteret de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moet artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG, beschouwd in het licht van de arresten van het Hof van 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), en 13 april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), aldus worden uitgelegd dat een schikking die inhoudt dat de diensten die de partijen oorspronkelijk hebben afgesproken in het kader van een overeenkomst waarvoor reeds een aanbesteding is uitgeschreven, worden ingeperkt en gewijzigd en dat zij er wederzijds van afzien rechtsmiddelen aan te wenden wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst om een later rechtsgeding te vermijden, een overeenkomst is die op zich een aanbesteding vereist, in het geval dat er problemen zijn gerezen bij de uitvoering van de oorspronkelijke overeenkomst?”

### **Beantwoording van de prejudiciële vraag**

- 27 Met zijn vraag wenst te verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2 van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat na de gunning van een overheidsopdracht geen wezenlijke wijziging aan deze opdracht mag worden aangebracht zonder dat een nieuwe procedure voor het plaatsen van een opdracht wordt uitgeschreven, zelfs wanneer deze wijziging, objectief gezien, een regeling in de vorm van een schikking vormt, die wederzijdse concessies door beide partijen met zich meebrengt, ter beëindiging van een geschil met onzekere uitkomst dat is ontstaan uit de problemen bij de uitvoering van deze opdracht.
- 28 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting die daaruit voortvloeit eraan in de weg staan dat de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver na de gunning van een overheidsopdracht aan de bepalingen van deze opdracht zodanige wijzigingen aanbrengen dat deze bepalingen kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke opdracht. Dit is het geval wanneer de voorgenomen wijzigingen tot gevolg hebben dat hetzij de opdracht in belangrijke mate wordt uitgebreid tot elementen die niet waren voorzien, hetzij het economische evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de gekozen inschrijver wordt gewijzigd, hetzij deze wijzigingen de gunning van de opdracht ter discussie kunnen stellen, in die zin dat in het geval waarin deze wijzigingen waren opgenomen in de documenten die de procedure voor het plaatsen van de oorspronkelijke opdracht regelden een andere inschrijving zou zijn gekozen of andere inschrijvers hadden kunnen worden toegelaten (zie in die zin met name arrest van 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punten 34 tot en met 37).
- 29 Wat dit laatste geval betreft, dient te worden opgemerkt dat een wijziging van de elementen van een opdracht, die erin bestaat dat de omvang van het voorwerp van de opdracht wordt beperkt, tot gevolg kan hebben dat de opdracht binnen het bereik van een groter aantal marktdeelnemers komt. Voor zover de oorspronkelijke omvang van deze opdracht zodanig was dat alleen bepaalde ondernemingen een aanvraag tot deelneming of een inschrijving konden indienen, kan een beperking van de omvang van die opdracht deze immers ook interessant maken voor kleinere marktdeelnemers. Aangezien de minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden overeenkomstig artikel 44, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 verband moeten houden met en in verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht, kan een beperking van het voorwerp van de opdracht bovendien een evenredige beperking met zich meebrengen van de eisen inzake draagkracht en bekwaamheden die van de gegadigden of de inschrijvers worden verlangd.
- 30 In beginsel kan een wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht na de gunning ervan niet na gemeen overleg door de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver plaatsvinden, maar moet deze leiden tot een nieuwe procedure voor het plaatsen van de aldus gewijzigde opdracht (zie naar analogie arrest van 13 april 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punt 42). Dit zou slechts anders zijn mocht

deze wijziging in de bepalingen van de oorspronkelijke opdracht vastgesteld zijn geweest (zie in die zin arrest van 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punten 37, 40, 60, 68 en 69).

- 31 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt evenwel dat volgens de analyse van de Østre Landsret (appellrechtter van de regio Oost), waarnaar de Højesteret (hoogste rechterlijke instantie) verwijst, het bijzondere karakter van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie ligt in het feit dat de – als wezenlijk aangemerkte – wijziging van de opdracht niet voortvloeide uit de wil van de partijen om opnieuw te onderhandelen over de essentiële voorwaarden van de overeenkomst waardoor zij oorspronkelijk waren gebonden, in de zin van de voornoemde rechtspraak van het Hof, maar uit objectieve problemen met onvoorziebare gevolgen bij de uitvoering van deze overeenkomst, welke problemen – zoals sommige belanghebbenden die opmerkingen hebben ingediend bij het Hof benadrukken – ook onvoorziebaar zijn wanneer het gaat om complexe opdrachten, zoals opdrachten waarbij IT-systemen moeten worden ontwikkeld, zoals in casu.
- 32 Vastgesteld zij echter dat noch het feit dat een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van een overheidsopdracht niet is gemotiveerd door de bewuste wil van de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver om opnieuw te onderhandelen over de voorwaarden van deze opdracht, maar door hun wil om een schikking te vinden voor objectieve problemen die bij de uitvoering van die opdracht zijn gerezen, noch het objectief onzekere karakter van sommige prestaties, kunnen rechtvaardigen dat tot deze wijziging wordt besloten zonder eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling, dat ten gunste moet komen van alle marktdeelnemers die potentieel in een overheidsopdracht zijn geïnteresseerd.
- 33 Wat in de eerste plaats de redenen betreft die de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver van een opdracht ertoe kunnen brengen om een wezenlijke wijziging van de opdracht te overwegen, welke wijziging de uitschrijving van een nieuwe aanbestedingsprocedure meebrengt, dient te worden opgemerkt, ten eerste, dat de verwijzing naar de bewuste wil van de partijen om opnieuw te onderhandelen over de voorwaarden van deze opdracht geen doorslaggevend element is. Punt 44 van het arrest van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk (C-337/98, EU:C:2000:543), het eerste arrest waarin het Hof deze problematiek heeft onderzocht, doelt inderdaad op een dergelijke intentie. Zoals blijkt uit de punten 42 tot en met 44 van genoemd arrest was deze formulering echter van eenmalig belang in het specifieke feitelijke kader van de zaak die tot dat arrest heeft geleid. De kwalificatie als wezenlijke wijziging moet echter vanuit objectief oogpunt worden geanalyseerd, op basis van de in punt 28 van dit arrest in herinnering gebrachte criteria.
- 34 Ten tweede blijkt uit punt 40 van het arrest van 14 november 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736), dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de daaruit volgende transparantieplichting, die voortvloeien uit het VWEU, niet buiten beschouwing kunnen worden gelaten wanneer wordt overwogen een concessieovereenkomst voor diensten of een overeenkomst waarbij een exclusief recht wordt verleend, wezenlijk te wijzigingen om een redelijke oplossing te bieden die een einde kan maken aan een geschil tussen openbare lichamen en een marktdeelnemer over de draagwijdte van de overeenkomst waardoor zij zijn gebonden, dat is ontstaan door omstandigheden waarop zij totaal geen vat hadden. Aangezien deze beginselen en deze verplichting de grondslag vormen voor artikel 2 van richtlijn 2004/18, zoals blijkt bij lezing van overweging 2 ervan, geldt dit gegeven ook in het kader van de toepassing van deze richtlijn.
- 35 Wat in de tweede plaats het objectief onzekere karakter van sommige prestaties die onder een overheidsopdracht kunnen vallen betreft, moet er inderdaad aan worden herinnerd dat aanbestedende diensten overeenkomstig artikel 31 van richtlijn 2004/18 in verschillende gevallen, waarvan er meerdere worden gekenmerkt door de onvoorziebaarheid van bepaalde omstandigheden, een opdracht onderhands kunnen plaatsen, dit wil zeggen door met een gekozen marktdeelnemer te onderhandelen over de voorwaarden van de overeenkomst zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht. Zoals blijkt uit de bewoordingen van artikel 28, tweede alinea,



laatste volzin, van deze richtlijn, kunnen echter alleen de in dit artikel 31 bepaalde specifieke gevallen en omstandigheden aanleiding geven tot de toepassing ervan, zodat de opsomming van de betrokken uitzonderingen als uitputtend moet worden beschouwd. Het blijkt echter niet dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie met een van deze situaties overeenkomt.

- 36 Bovendien maakt het feit zelf dat bepaalde overheidsopdrachten vanwege hun voorwerp vanaf het begin al als onzeker kunnen worden beschouwd, het gevaar dat problemen rijzen in de fase van de uitvoering voorzienbaar. Voor een dergelijke opdracht staat het bijgevolg aan de aanbestedende dienst om niet alleen gebruik te maken van de meest geschikte aanbestedingsprocedures, maar ook om het voorwerp van deze opdracht bedachtzaam te omschrijven. Zoals blijkt uit punt 30 van dit arrest, kan een aanbestedende dienst zich bovendien de mogelijkheid voorbehouden om bepaalde, zelfs wezenlijke, wijzigingen aan de opdracht aan te brengen na de gunning ervan, mits hij dit heeft vastgesteld in de documenten die de gunningsprocedure regelden.
- 37 Hoewel de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting zelfs voor bijzondere overheidsopdrachten moeten worden verzekerd, belet dit immers niet dat rekening wordt gehouden met de bijzondere kenmerken ervan. Dit juridische vereiste en deze concrete noodzaak kunnen worden verzoend door, ten eerste, de strikte naleving van de voorwaarden van een opdracht zoals deze zijn vastgesteld in de documenten ervan, tot aan het einde van de uitvoeringsfase van deze opdracht, maar ook, ten tweede, de mogelijkheid om in deze documenten uitdrukkelijk te voorzien in de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om bepaalde, zelfs belangrijke, voorwaarden van die opdracht aan te passen na de gunning ervan. Door uitdrukkelijk in deze mogelijkheid te voorzien en de voorwaarden voor de toepassing ervan in deze documenten vast te stellen, waarborgt de aanbestedende overheid dat alle marktdeelnemers die interesse hebben om deel te nemen aan deze opdracht daarvan bij aanvang kennis hebben en bijgevolg op voet van gelijkheid staan bij het formuleren van hun inschrijving (zie naar analogie arrest van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punten 112, 115, 117 en 118).
- 38 Bij gebreke van dergelijke vooruitzichten in de documenten van de opdracht vereist de noodzaak om voor een gegeven overheidsopdracht dezelfde voorwaarden toe te passen op alle marktdeelnemers, in geval van wezenlijke wijziging van deze opdracht, van de andere kant dat een nieuwe aanbestedingsprocedure wordt uitgeschreven (zie naar analogie arrest van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punt 127).
- 39 Ten slotte zij erop gewezen dat al deze uiteenzettingen niet afdoen aan de mogelijke gevolgen van de aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf die in het kader van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht is gepubliceerd.
- 40 Gelet op één en ander, dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat artikel 2 van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat na de gunning van een overheidsopdracht geen wezenlijke wijziging aan deze opdracht mag worden aangebracht zonder dat een nieuwe procedure voor het plaatsen van een opdracht wordt uitgeschreven, zelfs wanneer deze wijziging, objectief gezien, een regeling in de vorm van een schikking vormt, die wederzijdse concessies door beide partijen meebrengt, ter beëindiging van een geschil met onzekere uitkomst dat is ontstaan uit de problemen bij de uitvoering van deze opdracht. Dit zou slechts anders zijn indien de documenten van deze opdracht voorzagen in de mogelijkheid bepaalde, zelfs belangrijke, voorwaarden van de opdracht aan te passen na de gunning ervan en de voorwaarden voor de toepassing van deze mogelijkheid vaststelden.

## Kosten

- 41 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Achtste kamer) verklaart voor recht:

**Artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG 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 moet aldus worden uitgelegd dat na de gunning van een overheidsopdracht geen wezenlijke wijziging aan deze opdracht mag worden aangebracht zonder dat een nieuwe procedure voor het plaatsen van een opdracht wordt uitgeschreven, zelfs wanneer deze wijziging, objectief gezien, een regeling in de vorm van een schikking vormt, die wederzijdse concessies door beide partijen meebrengt, ter beëindiging van een geschil met onzekere uitkomst dat is ontstaan uit de problemen bij de uitvoering van deze opdracht. Dit zou slechts anders zijn indien de documenten van deze opdracht voorzagen in de mogelijkheid bepaalde, zelfs belangrijke, voorwaarden van de opdracht aan te passen na de gunning ervan en de voorwaarden voor de toepassing van deze mogelijkheid vaststelden.**

ondertekeningen