



Datum van inontvangstneming : 14/01/2025

Zaak C-820/24

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

28 november 2024

Verwijzende rechter:

Bundesverwaltungsgericht (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

25 november 2024

Verzoekster:

Strominator Elektro GmbH

Aanbestedende dienst:

Bundesimmobiliengesellschaft mbH (hierna: „BIG”)

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Declaratoire procedure voor het Bundesverwaltungsgericht (federale bestuursrechter in eerste aanleg, Oostenrijk) waarin moet worden geoordeeld inzake de onrechtmatigheid of de rechtmatigheid van de wijziging respectievelijk het plaatsen van een overheidsopdracht zonder nieuwe bekendmaking

Voorwerp van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Uitlegging van het Unierecht krachtens artikel 267 VWEU op het gebied van overheidsopdrachten

Prejudiciële vragen

1. Moet artikel 72, lid 5, van richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94,

blz. 65, laatstelijk gerectificeerd bij PB 2023, L, 2023/90063) aldus worden uitgelegd dat een wijziging van een overheidsopdracht na het verstrijken van de overeengekomen uitvoeringstermijn, en na de uitvoering van niet geannuleerde prestaties alsmede het indienen van de eindafrekening door de opdrachtnemer, maar vóór de betaling van de beloning door de aanbestedende dienst, moet worden gekwalificeerd als wijziging van een overheidsopdracht „*tijdens de looptijd*”?

Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

2. Moet artikel 72, lid 1, onder c), i), van richtlijn 2014/24/EU aldus worden uitgelegd dat omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst „*niet kon voorzien*” ook externe omstandigheden omvatten die zich weliswaar vóór het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan maar waarvan de gevolgen voor de overheidsopdracht pas na het sluiten van de overeenkomst aan het licht komen?

Indien naast de eerste ook de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord:

3. Moet artikel 72, lid 1, onder c), i), juncto deze bepaling onder ii), van richtlijn 2014/24/EU aldus worden uitgelegd dat ook kan worden gesproken van een „*behoefte aan wijziging*” van een overheidsopdracht op grond van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien, indien de wijziging weliswaar „wenselijk” maar niet „absoluut noodzakelijk” is, zolang deze wijziging niet de algemene aard van de opdracht verandert?

Aangevoerde nationale bepalingen

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (federale wet van 2018 inzake het gunnen van overheidsopdrachten; Bundesvergabegesetz 2018, hierna: „BVergG 2018”):

„Deel 1

Voorwerp van de regeling en definities

Voorwerp van de regeling

§ 1. Deze federale wet regelt in het bijzonder

1. de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de openbare sector (procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten), te weten de plaatsing van overheidsopdrachten voor werken, de levering van goederen of de verrichting van diensten alsmede de door aanbestedende diensten georganiseerde prijsvragen en de plaatsing van overheidsopdrachten voor werken en diensten die niet door aanbestedende diensten worden geplaatst, maar door hen worden gesubsidieerd (deel 2),

[...]

Deel 2

Aanbestedingsprocedures voor aanbestedende diensten

[...]

§ 9. (1) Deze federale wet is niet van toepassing op

[...]

26. aanbestedingsprocedures voor toegestane wijzigingen van overeenkomsten en raamovereenkomsten gedurende de looptijd ervan, overeenkomstig § 365.

[...]

Drempelwaarden

§ 12. (1) Procedures van aanbestedende diensten voor het plaatsen van opdrachten verlopen boven de drempelwaarde wanneer de geraamde waarde van de opdracht

1. [...]

2. bij overheidsopdrachten voor diensten overeenkomstig bijlage XVI minstens 750 000 EUR bedraagt, of

3. bij alle overige overheidsopdrachten voor leveringen en diensten minstens 221 000 EUR bedraagt, of

4. bij overheidsopdrachten voor werken minstens 5 548 000 EUR bedraagt.

(2) [...]

(3) Procedures van aanbestedende diensten voor het plaatsen van opdrachten verlopen onder de drempelwaarde wanneer de geraamde waarde van de opdracht onder de in lid 1 vermelde bedragen blijft. Prijsvragen verlopen onder de drempelwaarde wanneer de geraamde waarde van de opdracht met inbegrip van het prijzengeld en de betalingen of het totaal van het prijzengeld en de betalingen aan de deelnemers onder de in lid 2 vermelde bedragen blijft.

[...]

Deel 5

[...]

Buitenstatelijk toezicht, IMI [(Informatiesysteem interne markt)], statistiek, verplichtingen na gunning van de opdracht en civielrechtelijke bepalingen

§ 365. (1) Wezenlijke wijzigingen van overeenkomsten en raamovereenkomsten gedurende de looptijd zijn alleen toegestaan na het opnieuw voeren van een

aanbestedingsprocedure. Een wijziging van een overeenkomst of raamovereenkomst wordt als wezenlijk beschouwd wanneer de overeenkomst of raamovereenkomst hierdoor aanzienlijk verschilt van de oorspronkelijke overeenkomst of raamovereenkomst.

(2) Onverminderd lid 3 moet een wijziging in ieder geval als een wezenlijke wijziging worden beschouwd wanneer is voldaan aan een van de volgende voorwaarden:

1. de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt,
 - a) de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden of
 - b) de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt, dan wel
 - c) bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken, of
2. de wijziging verandert het economische evenwicht van de overeenkomst of de raamovereenkomst ten gunste van de opdrachtnemer op een wijze waarin niet is voorzien in de oorspronkelijke overeenkomst of raamovereenkomst, of
3. de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming of beperking van het toepassingsgebied van de overeenkomst of raamovereenkomst, of
4. [...]

(3) De volgende wijzigingen van overeenkomsten en raamovereenkomsten moeten als niet-wezenlijke wijzigingen worden beschouwd:

1. wijzigingen van de waarde van de opdracht voor zover zij
 - a) de desbetreffende in § 12, lid 1, of § 185, lid 1, vermelde drempelwaarden en
 - b) 10 % van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor leveringen en diensten en 15 % van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor werken niet overschrijden. De wijzigingen mogen de algemene aard van de overeenkomst 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.
2. wijzigingen die, ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken zijn aangebracht in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules. Deze clausules omschrijven de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties alsmede de voorwaarden waaronder

deze kunnen worden gebruikt. Zij voorzien niet in wijzigingen of opties die de algemene aard van de overeenkomst of raamovereenkomst kunnen veranderen.

3. [...]

4. wijzigingen die, ongeacht de waarde ervan, niet wezenlijk zijn in de zin van de leden 1 en 2.

5. door de oorspronkelijke aannemer te verrichten aanvullende prestaties die noodzakelijk zijn geworden en die niet in de oorspronkelijke aanbesteding waren opgenomen, indien een verandering van aannemer:

- a) niet mogelijk is om economische of technische redenen en
- b) tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijgingen zou leiden voor de aanbestedende dienst.

6. indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de behoefte aan wijziging is het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien en
- b) de wijziging brengt geen verandering in de algemene aard van de opdracht.

Indien het gaat om overeenkomsten en raamovereenkomsten die zijn gesloten na het voeren van een procedure overeenkomstig de bepalingen van deel 2 van deze federale wet mag in het geval van punt 5 of punt 6 de waarde van de aanvullende diensten daarnaast 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 wijzigingen mogen niet worden gebruikt om deze federale wet te omzeilen.

4) De aanbestedende dienst die een overeenkomst of raamovereenkomst boven de drempelwaarde heeft gewijzigd overeenkomstig lid 3, punt 5 of punt 6, maakt deze wijziging bekend overeenkomstig de §§ 61 en 62 of 231 en 232.

5) Indien de overeenkomst of raamovereenkomst een indexeringsclausule bevat, moet voor de berekening van de in lid 3, punten 1, 5 en 6, vermelde prijs van de opdracht, de geactualiseerde prijs of waarde van de opdracht als referentiewaarde worden gehanteerd. Indien de overeenkomst geen indexeringsclausule bevat, moet voor de berekening van de geactualiseerde prijs van de opdracht of de geactualiseerde waarde het gemiddelde inflatiecijfer in Oostenrijk worden gehanteerd.

[...]

Deel 6

Straf-, slot- en overgangsbepalingen

[...]

§ 382. Bij deze federale wet worden de volgende rechtshandelingen van de Unie omgezet dan wel in acht genomen:

[...]

16. richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65), laatstelijk gewijzigd bij verordening (EU) 2017/2365 tot wijziging van richtlijn 2014/24/EU wat betreft de toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten (PB 2017, L 337, blz. 19).

[...]”

Aangevoerde Unierechtelijke bepalingen

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, in het bijzonder artikel 72

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure en voornaamste argumenten van partijen

- 1 De Bundesimmobiliengesellschaft mbH (federale onroerend goed vennootschap; hierna: „BIG”) is eigenaar van een schoolcampus in de stad Salzburg (Oostenrijk), die zij verhuurt aan de Republiek Oostenrijk (federale overheid), vertegenwoordigd door de federale minister van Onderwijs, Wetenschap en Onderzoek. Op het terrein staat een bouwwerk, bestaande uit verschillende bouwkundig met elkaar verbonden delen, onder andere de gebouwen I en II, die door twee openbare hogere beroepsopleidingen (handelsacademies) worden gebruikt. In gebouw I bevinden zich de ruimten van handelsacademie I, in gebouw II de ruimten van handelsacademie II. De verbindingsvleugel tussen deze gebouwen wordt door beide scholen gebruikt.
- 2 In 2022 voerde de BIG – een aanbestedende dienst als bedoeld in artikel 2, lid 1, punt 1, van richtlijn 2014/24 – een openbare aanbestedingsprocedure voor de uitvoering van elektrotechnische installatiewerkzaamheden in gebouw II (overheidsopdracht voor werken; CPV-code 45311200). De bekendmaking van de opdracht in heel Oostenrijk vond plaats op 25 mei 2022. Een bekendmaking in de hele Unie was op grond van de geraamde waarde van de opdracht niet vereist. De aanbestedingsprocedure werd aangeduid met de naam „5020 Salzburg, Johann-Brunauer-Straße 2-4, HAK II + 966991 Elektrosanierung, Elektrotechnik”.

- 3 Op 3 augustus 2022 werd Fiegl & Spielberger GmbH (hierna: „Fiegl & Spielberger”) de opdracht gegund en een bijbehorende overeenkomst gesloten tussen haar en de BIG. Na de bekendmaking de volgende dag in heel Oostenrijk bedroeg de waarde van de opdracht 675 107,03 EUR. In overeenstemming met de oorspronkelijke bekendmaking van de opdracht werd overeengekomen de in de opdracht vermelde diensten te verrichten voor 31 augustus 2023.
- 4 Nog voor het sluiten van de overeenkomst ontstond er op 11 juli 2022 brand in gebouw I, die aldaar tot aanzienlijke schade leidde. Pas op een later tijdstip tijdens het schooljaar 2022/2023 bleek dat de door de brand veroorzaakte schade voor de gehele school een andere ruimtelijke indeling en wijze van functioneren op de schoolcampus noodzakelijk maakte. In het kader van de nieuwe benadering was een deel van de door Fiegl & Spielberger uit te voeren elektrotechnische installatiewerkzaamheden in gebouw II alsmede in de verbindingingsvleugel naar gebouw I niet meer nodig. De overbodig geworden werkzaamheden zijn derhalve niet uitgevoerd maar daarentegen in mei 2023 geannuleerd waardoor de waarde van de opdracht met ongeveer tweederde verminderde. De overgebleven werkzaamheden zijn conform de overeenkomst voor 31 augustus 2023 uitgevoerd en de desbetreffende eindafrekening is op 15 december 2023 ingediend. Fiegl & Spielberger zou evenwel ook alle werkzaamheden tijdig hebben kunnen uitvoeren.
- 5 Bijgevolg vorderde zij van de BIG vergoeding van de bij haar door de annulering ontstane schade. Op 7 september 2023 zijn Fiegl & Spielberger en de BIG het eens geworden om af te zien van deze vordering en in plaats daarvan een deel van de aanvankelijk niet verrichte, geannuleerde werkzaamheden in 2024, thans echter in gebouw I uit te voeren. Op 13 december 2023 heeft zij hiervoor een offerte uitgebracht die zij volgens overeenstemmende gegevens van Fiegl & Spielberger en de BIG op basis van haar aanvankelijke offerte in het kader van de aanbesteding in 2022 heeft berekend en opgesteld.
- 6 Op 22 december 2023 heeft de BIG Fiegl & Spielberger formeel de opdracht gegund voor de werkzaamheden „herstel van verlichting” alsmede „verlichting” in gebouw I telkens met een uitvoeringstermijn van 15 januari 2024 tot 30 september 2024 en een waarde van de opdracht van in totaal 264 355,80 EUR.
- 7 Bovendien waren voor het herstel van de brandschade en het herstel van de functies van gebouw I nog andere werkzaamheden noodzakelijk. De geraamde waarde van de opdracht van het totale project bedroeg meer dan 1 miljoen EUR, maar niet de waarde volgens artikel 4, onder a), van richtlijn 2014/24 in de bij gedelegeerde verordening (EU) 2021/1952 gewijzigde versie.
- 8 In verband met dat project voerde de BIG onder andere ook wederom een open aanbestedingsprocedure voor de uitvoering van elektrotechnische installatiewerkzaamheden (overheidsopdracht voor werken; CPV-code 45311200). De naam van de aanbestedingsprocedure luidde „5020 Salzburg, Johann-Brunauer-Str. 2-4, HAK I, 977598 E 009159 brandschade (aansprakelijkheid) – elektrotechnische installatie”. De opdracht werd op

6 december 2023 gegund aan Strominator Elektro GmbH (hierna: „Strominator Elektro”). De waarde van de opdracht bedroeg 832 551,55 EUR. De aan Fiegl & Spielberger gegunde en eveneens in gebouw I uit te voeren elektrotechnische installatiewerkzaamheden maakten geen deel uit van deze opdracht.

- 9 Op 9 juli 2024 heeft Strominator Elektro bij de verwijzende rechter overeenkomstig § 353 BVergG 2018 een verzoek ingediend om vast te stellen dat het belasten van Fiegl & Spielberger met de levering en de installatie van de verlichting in het bouwproject „HAK I Salzburg” zonder voorafgaande bekendmaking onrechtmatig is geweest. Zij is geschonden in haar recht op het voeren van een aanbestedingsprocedure overeenkomstig het recht volgens de bepalingen van de BVergG 2018, met name in haar recht op het nalaten van een ongeoorloofde onderhandse aanbesteding, in haar recht op deelname aan een openbare aanbestedingsprocedure overeenkomstig het recht, in haar recht op gelijke behandeling van de bidders en handhaving van een eerlijke mededinging, met name volgens de wettelijke beginselen, alsmede op het voeren van een transparante aanbestedingsprocedure (transparantiebeginsel) volgens de nationale en Unierechtelijke bepalingen.
- 10 De BIG werpt in wezen tegen dat de aanwijzing van de betrokken partij in december 2023 een toegestane wijziging heeft gevormd van de in augustus 2022 in een open procedure gegunde overheidsopdracht.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 11 Om te beginnen wijst de verwijzende rechter erop dat bij de BVergG 2018 onder andere richtlijn 2014/24 wordt omgezet. Overeenkomstig § 1, lid 1, gelezen in samenhang met § 12, leden 1 en 3, van de BVergG 2018 geldt deze wet echter anders dan richtlijn 2014/24 voor het plaatsen van opdrachten vanaf een geraamde waarde van de opdracht van een cent en niet alleen wanneer de geraamde waarde van de opdracht een bepaalde drempelwaarde overschrijdt. De in het onderhavige geval doorslaggevende § 365 van de BVergG 2018, die gebaseerd op de rechtspraak van het Hof (onder andere arrest van 7 september 2015, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:234), artikel 72 van richtlijn 2014/24 omzet, moet zowel op de wijziging van overheidsopdrachten boven als onder de Unierechtelijke drempelwaarde worden toegepast. Deze nationale bepaling bepaalt dat wezenlijke wijzigingen van overeenkomsten gedurende de looptijd alleen zijn toegestaan na het voeren van een nieuwe aanbestedingsprocedure. Weliswaar laat § 365 van de BVergG 2018 een andere systematische opbouw zien dan artikel 72 van richtlijn 2014/24, maar die gaat volgens de wetgevingsstukken niet gepaard met inhoudelijke afwijkingen. Het enige, in casu echter niet relevante, verschil is dat § 365, lid 4, van de BVergG 2018 de verplichting tot bekendmaking van de wijziging van overheidsopdrachten volgens artikel 72, lid 1, laatste zin, van richtlijn 2014/24 overeenkomstig artikel 4 daarvan alleen omzet voor overheidsopdrachten boven de drempelwaarde. De wijziging van opdrachten met een waarde die lager is, behoeft derhalve niet bekendgemaakt te worden.

- 12 Hoewel de in het onderhavige geval aan de orde zijnde opdracht voor werken op grond van de waarde daarvan niet onder het toepassingsgebied van richtlijn 2014/24 valt, blijkt volgens vaste rechtspraak van het Hof dat wanneer een nationale regeling zich voor haar oplossingen voor situaties waarop een handeling van de Unie niet van toepassing is, rechtstreeks en onvoorwaardelijk conformeert aan de in die handeling gekozen oplossingen, de Unie er stellig belang bij heeft dat de overgenomen bepalingen van die handeling op eenvormige wijze worden uitgelegd (zie met verdere verwijzingen arresten van 7 december 2023, *Obshtina Razgrad e.a.*, C-441/22 en C-443/22, EU:C:2023:970, punt 38 e.v., hierna: arrest in de zaak *Obshtina Razgrad*, en van 4 april 2019, *Allianz Vorsorgekasse*, C-699/17, EU:C:2019:290, punt 39 e.v.).
- 13 In het onderhavige geval moet de verwijzende rechter § 365 van de BVergG 2018 op dezelfde wijze toepassen dan wanneer de waarde van de opdracht boven de doorslaggevende drempelwaarde van richtlijn 2014/24 zou liggen. Wat dat betreft zijn de overwegingen van het Hof in het arrest van 4 april 2019 (*Allianz Vorsorgekasse*, C-699/17, EU:C:2019:290, punt 44 e.v.), die betrekking hebben op de oude wetgeving volgens de Bundesvergabegesetz 2006 (Oostenrijkse federale wet van 2006 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten), volgens de verwijzende rechter inmiddels achterhaald.
- 14 De verwijzende rechter wijst er bovendien op dat de vraag of de annulering van prestaties door de aanbestedende dienst in mei 2023 geoorloofd was, geen deel uitmaakt van het hoofdgeding. In punt 63 van het arrest in de zaak *Obshtina Razgrad* heeft het Hof erop gewezen dat wezenlijke wijzigingen van de opdracht in beginsel wilsovereenstemming impliceren. Zelfs indien deze annulering al een wezenlijke wijziging zou vormen, zou zij met het oog op de feitelijke wijziging van de opdracht in december 2023 geen gevolgen hebben. Artikel 72 van richtlijn 2014/24 bepaalt immers herhaaldelijk dat een wijziging ten opzichte van de „aanvankelijk gegunde opdracht” (Engelse taal onder andere: „the initial contract”) moet worden beoordeeld, dat wil in het onderhavige geval zeggen ten opzichte van de in augustus 2022 gegunde overheidsopdracht.

Eerste prejudiciële vraag

- 15 De eerste vraag heeft betrekking op de uitlegging van artikel 72, lid 5, van richtlijn 2014/24 met het oog op de vraag op welk tijdstip de wijziging van een overheidsopdracht als wijziging „gedurende de looptijd” (Engelse taal: „during its term”) moet worden beschouwd. Want alleen tijdens deze in richtlijn 2014/24 niet omschreven periode vervalt de verplichting tot het opnieuw voeren van een aanbestedingsprocedure wanneer het gaat om een niet wezenlijke wijziging. Welke wijzigingen als wezenlijk moeten worden beschouwd, stelt § 365 van de BVergG 2018 bij de omzetting van artikel 72 van richtlijn 2014/24 vast. Daarbij is het volgens de verwijzende rechter niet van belang dat § 365 van de BVergG 2018 zich toespitst op de wijziging van „overeenkomsten” en artikel 72, lid 5, van richtlijn 2014/24 op de wijziging van „opdrachten” (Engelse taal: „public contracts”), telkens gedurende de looptijd. In de context van artikel 12, lid 4, van

deze richtlijn heeft het Hof immers al geoordeeld dat het begrip „overeenkomst” samenvalt met het begrip „overheidsopdracht” (arrest van 28 mei 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, punt 36).

- 16 Op welk tijdstip de looptijd van een opdracht als bedoeld in artikel 72 van richtlijn 2014/24 eindigt, is volgens de verwijzende rechter om de volgende redenen niet duidelijk:
- 17 Om te beginnen zijn „overheidsopdrachten” in artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 gedefinieerd als schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten. Daarbij impliceert de vereiste bezwarende titel dat de aanbestedende dienst op grond van deze overeenkomst in ruil voor een tegenprestatie, een prestatie ontvangt die een rechtstreeks economisch belang heeft voor deze aanbestedende dienst (zie met verdere verwijzingen, arrest van 28 mei 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, punt 40). Dat pleit er volgens de verwijzende rechter voor dat als de looptijd overeenkomstig artikel 72, lid 5, van richtlijn 2014/24 elke periode moet worden beschouwd waarin de wederzijdse hoofdverplichtingen – uitvoering van de werken door de aannemer en betaling van de vergoeding door de aanbestedende dienst – worden voldaan. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat ook wijzigingen van de vergoeding, dus van de prestatie van de aanbestedende dienst, wijzigingen kunnen vormen die met het oog op de wezenlijkheid ervan moeten worden onderzocht (zie alleen al arrest van 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351).
- 18 Daar komt bij dat het Hof – voor een deel – gesproken heeft van een wijziging van een overheidsopdracht „tijdens de geldigheidsduur ervan” (zie bijvoorbeeld voor het in werking treden van richtlijn 2014/24, arrest van 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punt 34, verder arrest van 26 maart 2020, Hungeod e.a., C-496/18, EU:C:2020:240, punt 89). In de context van wijzigingen van een opdracht zou de looptijd overeenkomstig artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU bijgevolg ook nog voortduren wanneer de aannemer weliswaar de werken heeft uitgevoerd en mogelijk zelfs de eindafrekening al heeft ingediend, maar deze nog niet door de aanbestedende dienst is betaald. Wijzigingen van de overheidsopdracht zouden derhalve ook in deze (late) fase nog kunnen worden doorgevoerd.
- 19 Daarentegen moet volgens overweging 107 van richtlijn 2014/24/EU duidelijkheid worden verschaft over de vraag onder welke voorwaarden wijzigingen van een opdracht „gedurende de uitvoering ervan” (Engelse taal: „during its performance”) een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen. In de overwegingen wordt dienaangaande ook op andere plaatsen naar de uitvoering verwezen (zie overwegingen 107 en 110). Met het begrip „uitvoering” mag daarbij echter alleen de periode worden bedoeld dat de dienst door de aannemer

wordt verricht. De definitie van een overheidsopdracht in artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 spitst zich immers onder andere al toe op de „uitvoering” van werken waarom tenslotte ook de prijsvraag onder marktdeelnemers plaatsvindt. Ook artikel 70 van richtlijn 2014/24 spitst zich met het begrip „uitvoering” van een opdracht (Engelse taal: „performance of a contract”) toe op het verrichten van de dienst door de ondernemer (zie ook overweging 104 van richtlijn 2014/24). Verder pleiten daarvoor, behalve andere bepalingen, ook artikel 58 van richtlijn 2014/24, volgens welk ondernemers moeten aantonen over de juiste bekwaamheden te beschikken om de te plaatsen opdracht „uit te voeren” (Engelse taal: „to perform the contract to be awarded”), en artikel 67 van richtlijn 2014/24/EU, dat onder andere is toegespitst op het met de uitvoering” van de opdracht belaste personeel (Engelse taal: „staff assigned to performing the contract”).

- 20 Bovendien voorziet richtlijn 2014/24 voor een deel in beperkingen in de tijd van de looptijd van overheidsopdrachten. Aldus bepaalt artikel 32, lid 3, onder b), ervan dat „de looptijd van deze opdrachten en nabestellingen [...] in de regel niet hoger dan drie jaar [is]” en bepaalt artikel 77, lid 3, dat de „opdracht [...] een maximale looptijd [heeft] van drie jaar.” In beide samenhangen zal volgens de verwijzende rechter duidelijk zijn dat met de „looptijd” wordt bedoeld op de periode van uitvoering, dus elke periode waarin de aannemer prestaties mag verrichten, niet daarentegen op het feit dat in deze periode ook de betaling van de prestatie door de aanbestedende dienst moet geschieden. Iets vergelijkbaars zou kunnen gelden voor de regelingen om de geraamde waarde van de opdracht te berekenen bij bepaalde opdrachten voor leveringen en diensten (zie artikel 5, leden 12 en 14, van richtlijn 2014/24).
- 21 Bij een dergelijke uitlegging zou de looptijd in de context van wijzigingen van een opdracht eindigen met de (overeengekomen) periode die de aannemer voor de uitvoering van de in de opdracht opgenomen prestaties ter beschikking staat. Wijzigingen van de opdracht na de (tijdsige) uitvoering van de prestatie respectievelijk na het verstrijken van de overeengekomen uitvoeringstermijn zouden daarmee overeenkomstig artikel 72 van richtlijn 2014/24 niet meer zijn toegestaan zonder het voeren van een nieuwe aanbestedingsprocedure.
- 22 In het onderhavige geval was op het tijdstip van de door de BIG gestelde wijziging van de opdracht de oorspronkelijk overeengekomen periode van uitvoering reeds geëindigd. De oorspronkelijk overeengekomen en niet geannuleerde prestaties waren verricht en de eindafrekening was ingediend. De aanbestedende dienst had ze echter nog niet betaald. In verband daarmee en gelet op de hierboven uiteengezette twijfel van de verwijzende rechter is de uitlegging van artikel 72, lid 5, van richtlijn 2014/24 met het oog op de vraag wanneer de looptijd van een opdracht eindigt en bijgevolg voor welk tijdstip niet wezenlijke wijzigingen van de opdracht overeenkomstig de voorwaarden van artikel 72 van richtlijn 2014/24 zonder het voeren van een nieuwe aanbestedingsprocedure kunnen worden doorgevoerd, voor het onderhavige geval van aanzienlijk belang en noodzakelijk voor de beslechting van het hoofdeding.

Tweede prejudiciële vraag

- 23 Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord en de wijziging van de opdracht in december 2023 aan de hand van artikel 72 van richtlijn 2014/24 respectievelijk overeenkomstig § 365 van de BVergG 2018 moet worden beoordeeld, rijst vervolgens de vraag met betrekking tot de uitlegging van artikel 72, lid 1, onder c), punt i, van richtlijn 2014/24/EU. Bijgevolg is een van de voorwaarden voor wijziging van de opdracht zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure te voeren dat de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien.
- 24 Overeenkomstig overweging 109 van richtlijn 2014/24 zijn onvoorziene omstandigheden externe omstandigheden, die niet konden worden voorzien ondanks een normaal zorgvuldige voorbereiding van de aanvankelijke gunning door de aanbestedende dienst, rekening houdend met de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de goede praktijk op het betrokken gebied en het feit dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de voor de voorbereiding van de gunning uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan (zie eveneens arrest in de zaak *Obshtina Razgrad*, punt 68).
- 25 Volgens de verwijzende rechter komt een brand in ieder geval in aanmerking als een dergelijke onvoorziene externe omstandigheid. Aangezien de brand op de schoolcampus zich echter al een maand voor de gunning van de oorspronkelijke opdracht heeft voorgedaan, rijst de vraag of deze gebeurtenis een omstandigheid als bedoeld in artikel 72, lid 1, onder c), punt i, van richtlijn 2014/24 kan vormen, die de aanbestedende dienst niet heeft kunnen voorzien. Het Hof heeft deze vraag, dat wil zeggen of de bewoordingen „omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien”, alleen betrekking hebben op omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het sluiten van de overeenkomst, tot nu toe duidelijk niet beantwoord (arrest in de zaak *Obshtina Razgrad*, punt 72).
- 26 Tegen de kwalificatie van de brand als onvoorziene omstandigheid pleit overweging 109 van richtlijn 2014/24. Deze spitst zich toe op externe omstandigheden „bij het plaatsen van de opdracht” (Engels taal: „when they awarded the contract”). Tegelijkertijd moet volgens de verwijzende rechter echter worden bedacht dat – eveneens in het licht van de in overweging 109 aangevoerde factoren – externe omstandigheden zoals een brand gevolgen kunnen hebben die pas na een soms ver na de gebeurtenis liggend tijdstip zichtbaar kunnen worden. De aanbestedende dienst voert dienaangaande aan dat de gevolgen van de brand voor de overheidsopdracht pas na de gunning ervan als gevolg van de gewijzigde ruimtelijke en functionele benadering aan het licht zijn gekomen. Op het tijdstip van de gunning is er nog van uitgegaan dat de werken zoals aanbesteed konden worden uitgevoerd.
- 27 De verwijzende rechter acht het in het licht van het voor de aanbestedende dienst geldende zorgvuldigheidsvereiste (zie arrest in de zaak *Obshtina Razgrad*, punt 68 e.v.) mogelijk om artikel 72, lid 1, onder c), punt i, van richtlijn 2014/24 aldus uit

te leggen dat de aanbestedende dienst, indien zich een onvoorziene externe omstandigheid voordoet, alle gevolgen voor de overheidopdracht moet onderzoeken, voordat deze wordt geplaatst. Een dergelijk onderzoek zou er ook toe kunnen leiden dat de gunning pas later plaatsvindt of dat de aanbestedingsprocedure wordt ingetrokken, omdat de prestaties niet meer zoals aanbesteed nodig zijn.

- 28 Niettemin kunnen onvoorziene externe omstandigheden zoals een brand ook gevolgen hebben die pas later aan het licht komen en die zelfs een zorgvuldige aanbestedende dienst aanvankelijk niet kan voorzien. Dienaangaande moet volgens de verwijzende rechter overweging 109 van richtlijn 2014/24 in aanmerking worden genomen volgens welke er onder andere een redelijke verhouding moet zijn tussen de voor de voorbereiding van de gunning uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan. Dat pleit ervoor dat ook externe omstandigheden die zich hebben voorgedaan voor de gunning van de opdracht als omstandigheden kunnen worden beschouwd die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien.
- 29 Aangezien de externe omstandigheid zich in het onderhavige geval op het tijdstip van de gunning al had voorgedaan en gelet op de uiteenzetting hierboven is de uitlegging van artikel 72, lid 1, onder c), punt i, van de richtlijn door het Hof volgens de verwijzende rechter voor het onderhavige geval van aanzienlijk belang en noodzakelijk voor zijn oordeel.

Derde prejudiciële vraag

- 30 Indien behalve de eerste ook de tweede vraag bevestigend moet worden beantwoord, rijst vervolgens de vraag betreffende de uitlegging van artikel 72, lid 1, onder c), punt i, gelezen in samenhang met artikel 72, lid 1, onder c), punt ii, van richtlijn 2014/24/EU gelet op de behoefte aan een wijziging wegens onvoorziene omstandigheden.
- 31 Het begrip behoefte moet volgens de verwijzende rechter alleen al wegens de gelijke behandeling van alle marktdeelnemers alsmede om redenen van transparantie aan de hand van een objectief criterium worden beoordeeld. Verder volgt uit de bewoordingen van artikel 72, lid 1, onder c), punt i, van richtlijn 2014/24 dat er tussen de wijziging van de overheidsopdracht en de onvoorziene omstandigheden een causaal verband moet bestaan (aldus eveneens arrest Hof van 7 november 2024, Adusbef [Morandi-Brücke], C-683/22, EU:C:2024:936, punt 61). Het is echter de vraag of het begrip behoefte vereist dat de wijziging als gevolg van onvoorziene omstandigheden absoluut noodzakelijk is of dat ook louter wenselijke wijzigingen onder artikel 72, lid 1, onder c), punt i, van richtlijn 2014/24 kunnen vallen.
- 32 De verwijzende rechter wijst er ook in dat verband op dat volgens overweging 109 van richtlijn 2014/24 voor aanbestedende diensten in bepaalde situaties „enige flexibiliteit [is] vereist om de opdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure aan

deze omstandigheden aan te passen”. Daarbij zou mogelijkserwijs in aanmerking moeten worden genomen dat overeenkomstig artikel 72, lid 1, onder c), punt ii, van richtlijn 2014/24 de algemene aard van de opdracht op grond van de wijziging niet mag veranderen. Daarbij pleit voor een ruime uitlegging van deze bepaling dat in overweging 109 alleen wijzigingen, waarbij de werken worden vervangen door iets anders of als het soort aanbesteding wezenlijk wordt veranderd, als voorbeelden van een dergelijke volledige wijziging worden genoemd. Bijgevolg zouden ook louter wenselijke wijzigingen kunnen zijn toegestaan teneinde aanbestedende diensten de vereiste flexibiliteit te bieden als gevolg van onvoorziene gebeurtenissen.

- 33 In het onderhavige geval heeft de wijziging van de overeenkomst in december 2023 volgens de verwijzende rechter in ieder geval niet geleid tot een wijziging van de algemene aard van de in augustus 2022 geplaatste opdracht. Het gaat om dezelfde prestatie die alleen op een ander tijdstip in een ander gebouw van dezelfde schoolcampus diende te worden geleverd. Verder staat vast dat de elektrotechnische installatiewerkzaamheden waarmee Fiegl & Spielberger zijn belast zonder de brand verder in gebouw II en niet in gebouw I nodig waren.
- 34 De verwijzende rechter twijfelt echter of de wijziging van de overeenkomst in december 2023 inderdaad absoluut noodzakelijk was. De BIG annuleerde aanvankelijk de werkzaamheden die niet langer nodig waren en pas door de gesprekken over een schikking heeft zij Fiegl & Spielberger wederom belast met de eerder geannuleerde werkzaamheden, echter in een ander gebouw en met een in de tijd verschoven uitvoeringstermijn. Verder konden de overige elektrotechnische installatiewerkzaamheden in verband met het herstel van de brandschade en de wijziging van functies in gebouw I in december 2023 zonder meer in een open procedure worden aanbesteed.
- 35 Of de brand in het onderhavige geval heeft geleid tot de „behoefte” aan wijziging van de overeenkomst is volgens de verwijzende rechter afhankelijk van de uitlegging van artikel 72, lid 1, onder c), punt i, gelezen in samenhang met artikel 72, lid 1, onder c), punt ii, van richtlijn 2014/24/EU met het oog op de vraag hoe strikt of ruim het causaliteitsvereiste in punt i van deze bepaling moet worden uitgelegd.