

# Ventoux

I.	De coronapandemie en het zorgvervoer .....	2
1.	Inleiding.....	2
2.	De vraagstelling .....	3
3.	Contracten in het zorgvervoer .....	3
4.	Kostencalculaties bij inschrijvingen in het zorgvervoer en tariefsoorten .....	6
5.	Reële vergoedingen in het zorgvervoer .....	8
II.	Vervoerscontracten en de coronapandemie .....	10
6.	Onmogelijkheid tot nakoming van contracten door de coronapandemie .....	10
7.	Redelijkheid en billijkheid kunnen bij de coronapandemie leiden tot een heronderhandelingsplicht.....	13
8.	De coronapandemie als “onvoorziene omstandigheden”: algemeen kader .....	15
9.	De coronapandemie als “onvoorziene omstandigheden”: jurisprudentie .....	18
III.	Aanbestedingsrecht.....	20
10.	Inleiding.....	20
11.	(Niet-)wezenlijke wijziging .....	20
12.	Bagatelregeling .....	21
13.	Herzieningsclausules .....	22
14.	Onvoorziene omstandigheden .....	24
15.	Tijdelijke contracten .....	25
16.	Botsing met staatssteunregels? .....	26
IV.	Conclusie en advies .....	28
17.	Conclusie en advies .....	28

Dit memo met datum 16 november 2020 is opgesteld door de mrs. W.F.R. Rinzema en N.F. de Bruin van Ventoux Advocaten B.V.

## I. De coronapandemie en het zorgvervoer

### 1. Inleiding

- 1.1 Binnen het zorgvervoer in de taxisector<sup>1</sup> is al snel na het zichtbaar worden van de coronapandemie de noodklok geluid<sup>2</sup>. Doordat de meeste gebruikers van het zorgvervoer thuis bleven of moesten blijven, liep het aantal zorgvervoerritten met vele tientallen procenten terug. De sector werd daardoor onmiddellijk zwaar geraakt: in vervoerscontracten die gemeenten, zorginstellingen en ziektekostenverzekeraars afsluiten met vervoerders is namelijk doorgaans afgesproken dat *alleen* voor het daadwerkelijk verrichte vervoer wordt betaald.
- 1.2 Hoewel ook zorgvervoerders gebruik konden maken van regelingen die door de Rijksoverheid werden geïnitieerd, zijn de gevolgen van de ‘geen vervoer, geen betaling’-methodiek voor deze sector extra zwaar. De sector en de sociale partners hebben dan ook bij de overheid en opdrachtgevers aangedrongen op vergoeding van ‘vaste kosten’. Met een rapport van onderzoeksbureau Panteia<sup>3</sup> werd aangetoond dat als de taxivoertuigen stilstaan de vaste lasten van de ondernemer voor zo’n 80 procent doorlopen. Om die reden heeft de sector aangedrongen op vergoeding van die 80 procent.
- 1.3 Uit de antwoorden van minister De Jonge op Kamervragen<sup>4</sup> blijkt dat “het rijk eerder samen met de VNG en zorgverzekeraars opdrachtgevers heeft opgeroepen om de vaste kosten te blijven financieren met het oog op de continuïteit van de vervoersvoorziening en het beschermen van de werkgelegenheid”. Er is inderdaad gebleken dat diverse vervoerders op verschillende manieren voor uitgevallen ritten zijn gecompenseerd. Dit geldt echter niet voor allen<sup>5</sup>.
- 1.4 In genoemd antwoord op de Kamervragen stelt minister De Jonge tevens dat er

*“per 1 juli is geen dringend beroep meer (is) vanuit de Rijksoverheid om de continuïteitsbijdrage voor de meeste vormen van zorg en ondersteuning te continueren. Dat wordt vanaf die datum lokaal bepaald waar nodig.”*

---

<sup>1</sup> Onder het zorgvervoer vallen het vervoer gerelateerd aan de jeugdwet, vervoer met betrekking tot dagbesteding, leerlingenvervoer, cliëntenvervoer, regio/WMO-vervoer, Valys vervoer en vervoer zorgverzekeraars.

<sup>2</sup> Op 11 maart 2020 kwalificeerde de World Health Organization het coronavirus als een zogeheten pandemie, ofwel een wereldwijde epidemie.

<sup>3</sup> <https://www.panteia.nl/nieuws/compensatie-effecten-coronapandemie-zorgvervoer/>.

<sup>4</sup> Beantwoording d.d. 18 augustus 2020 van Kamervragen van het Kamerlid Kerstens (PvdA) over de werkgelegenheid in het zorgvervoer.

<sup>5</sup> Zie ook <https://www.taxipro.nl/contractvervoer/2020/03/20/opdrachtgevers-hebben-oog-voor-financiele-situatie-vervoerders/?gdpr=accept>.

# Ventoux

1.5 Deze conclusie wordt niet door de sector gedeeld gelet op de aard van de voor de ondernemers risicovolle contracten. Daarom meent de sector dat er aanleiding is bestaande contracten voor zorgvervoer (hierna: 'vervoerscontracten') te herzien zodat de economische balans voor de ondernemers wordt hersteld waardoor zij de ritten kunnen blijven uitvoeren.

## **2. De vraagstelling**

2.1 Het zorgvervoer voorziet als gevolg van de coronapandemie ook in de nabije toekomst een sterke afname van haar diensten. De verwachting is dat deze situatie voorlopig zal aanhouden.

2.2 De sector vindt het daarom noodzakelijk dat bestaande vervoerscontracten met opdrachtgevers moeten worden 'opengebroken' en dat tot bijstelling van de voorwaarden moet worden gekomen. Zij zoekt naar het juridisch kader dat die bijstelling rechtvaardigt. Voorts stelt zij de vraag welke argumenten relevant zijn voor een dergelijke wijziging van afspraken. Ook rijst de vraag of - als opdrachtgevers de voorwaarden bijstellen - deze bijstelling leidt tot aanbestedingsrechtelijke problemen.

2.3 Op bovengenoemde vragen gaat dit memo in.

## **3. Contracten in het zorgvervoer**

3.1 Omdat de meeste opdrachtgevers in het zorgvervoer aanbestedende diensten zijn, komen vervoersovereenkomsten doorgaans door toepassing van (Europese) aanbestedingen tot stand. Hierbij hanteren opdrachtgevers spelregels en voorwaarden die leidend zijn voor het inrichten van een aanbidding. Met andere woorden: de zorgvervoerders moeten zich in het algemeen conformeren aan de voorwaarden die door opdrachtgevers in aanbestedingen worden gesteld en concurreren onderling in hoge mate op prijsstelling<sup>6</sup>.

3.2 Wij hebben begrepen dat eigenlijk in alle aanbestedingen gewerkt wordt met een beschrijving van de bestaande situatie met betrekking tot het zorgvervoer qua type vervoer, frequentie van de op dat moment bekende ritten en samenstelling van de doelgroep. Die informatie geeft de inschrijvers een beeld van het aantal en soort ritten (hierna: het "Vervoersvolume") waarop zij hun aanbidding kunnen baseren.

---

<sup>6</sup> Aanbestedende diensten kunnen hun visies wel via marktverkenningen in kaart brengen. Ook het Aanbestedingsinstituut Mobiliteit (AIM) speelt in dit kader een beïnvloedende rol.

### 3.3 Zo wordt in een Aanbestedingsleidraad uit 2020<sup>7</sup> bijvoorbeeld gesteld:

#### *“ 2.5 Omvang van de Opdracht*

*Beheersbaarheid van het Vervoer van Regiotaxi Utrecht (kwalitatief, praktisch en financieel) is van groot belang. Opdrachtgever houdt zich dan ook het recht voor om gedurende de contractperiode het vervoer te beperken of uit te breiden. Dit kan onder andere met betrekking tot reizigersgroepen, openingstijden, subsidiabele zones, Vervoergebied, ritlengtes en al dan niet specifieke bestemmingen. Eventuele operationele gevolgen van de wijzigingen zullen met de Opdrachtnemer(s) worden besproken. Onderling wordt een redelijke implementatieperiode voor het invoeren van wijzigingen afgesproken.*

- Het vervoervolume van Regiotaxi Utrecht 2020-2023 Vervoer perceel 1 bedraagt het afgelopen jaar (september 2018 t/m augustus 2019) ongeveer 977.701 declarabele reiskilometers exclusief opstapkilometers;*

- Het vervoervolume van Regiotaxi Utrecht 2020-2023 Vervoer perceel 2 bedraagt het afgelopen jaar (september 2018 t/m augustus 2019) ongeveer 1.171.565 declarabele reiskilometers exclusief opstapkilometers;*

- Het vervoervolume van Regiotaxi Utrecht 2020-2023 Vervoer perceel 3 bedraagt het afgelopen jaar (september 2018 t/m augustus 2019) ongeveer 2.872.728 declarabele reiskilometers exclusief opstapkilometers;*

- Het vervoervolume van Regiotaxi Utrecht 2020-2023 Vervoer perceel 4 bedraagt het afgelopen jaar (september 2018 t/m augustus 2019) ongeveer 1.110.984 declarabele reiskilometers exclusief opstapkilometers.*

*Het aantal declarabele ritten van Regiotaxi Utrecht 2020-2023 Callcenter perceel 5 bedroeg over het afgelopen jaar (september 2018 t/m augustus 2019) ongeveer 675.000 ritten.” [er volgt een tabel]*

### 3.4 In vrijwel alle aanbestedingen wordt gesteld dat het Vervoersvolume niet vaststaat en gedurende de contractperiode om allerlei redenen kan variëren. Doorgaans wordt gesteld dat de opdrachtgever geen garanties geeft met betrekking tot het Vervoersvolume. De in sub 3.3 genoemde leidraad vermeldt in dat kader:

*“De hierboven genoemde omvang is gebaseerd op historische cijfers. De Aanbestedende dienst heeft geen afnameverplichting en geeft geen omzetgarantie.*

#### *2.6 Invloedfactoren op het volume*

*Inschrijvers dienen er rekening mee te houden dat de vervoervraag van Regiotaxi Utrecht ten opzichte van de verstrekte historische vervoersvolumes (september 2018 - augustus 2019) kan veranderen. Het risico van een veranderende vervoervraag ligt bij de Inschrijvers omdat deze in staat moeten worden geacht een inschatting te maken omtrent de te verwachten ontwikkeling van de vervoervraag, alsmede in staat moeten worden geacht om bij het bepalen van de te offren prijs rekening te (kunnen) houden met mogelijke fluctuaties van de vervoervraag. De vervoervraag kan als gevolg van verschillende omstandigheden wijzigen. In het onderstaande geeft de Aanbestedende*

---

<sup>7</sup> Aanbestedingsleidraad Ten behoeve van de Europese openbare aanbesteding met betrekking tot Regiotaxi Utrecht 2020-2023 EU-aanbesteding Regiotaxi Utrecht 2020-2023 14292

# Ventoux

*dienst een niet-limitatieve opsomming van een aantal factoren die kunnen leiden tot een gewijzigde vervoervraag.*

*De Aanbestedende dienst kan op grond van beleid, budgettaire en/of wettelijke invloeden geconfronteerd worden met omstandigheden die leiden tot stimulering of beperking van de vervoervraag. Beïnvloeding van die vraag kan geschieden door verhoging of verlaging van de gebruiksmogelijkheden, het reisbereik en/of de gebruikerstarieven. Dalingen van de vervoersvraag ten opzichte van de verstrekte vervoersvolumes komen, ongeacht de omvang daarvan en ongeacht de oorzaak daarvan, voor risico van de Opdrachtnemer. Dit betekent dat een Opdrachtnemer bij een daling van de vervoervraag in geen enkel geval aanspraak kan maken op een hogere dan de geoffeerde prijs. Evenmin bestaat aanspraak op enige compensatie of schadevergoeding hoe ook genaamd of op welke juridische grondslag dan ook. Bovendien kan Opdrachtnemer tijdens de uitvoering van de opdracht op geen enkele wijze een (gerechtvaardigd) beroep doen op dwaling in het geval de vervoersvolumes achteraf afwijken van de bij deze aanbesteding opgegeven (historische) cijfers.”*

- 3.5 Er zijn ook gevallen waarin bij structurele afwijking van het Vervoersvolume in de aanbestedingsdocumenten een opening wordt gegeven voor overleg tussen opdrachtgever en de vervoerder. De genoemde leidraad bepaalt hierover:

*“Indien het aantal (volume (perceel 1-4 = daadwerkelijk declarabele reis kilometers plus de opstapkilometers, perceel 5 het aantal declarabele ritten) in enig kalenderjaar meer dan 20% negatief of positief afwijkt van de historische aantallen zoals genoemd in paragraaf 2.5, dan treden Opdrachtnemer en Opdrachtgever hierover tijdig met elkaar in overleg. De eerste 20% afwijking is aldus volledig voor rekening en risico van de Opdrachtnemer.*

*Afwijkingen van meer dan 20% naar boven of naar beneden zijn onderwerp van overleg om te bezien of er een aanleiding bestaat om te komen tot een gewijzigde kostprijs per declarabele reiskilometer zonder dat er daarbij sprake mag zijn van een wezenlijke wijziging.*

*Bij een afwijking van meer dan 20% is het aan Opdrachtnemer om schriftelijk, feitelijk, concreet en deugdelijk onderbouwd aan te tonen dat aanpassing van de kostprijs per declarabele reiskilometer gerechtvaardigd is middels het indienen van een nieuw prijzenblad. Deze bepaling verplicht partijen uitsluitend om met elkaar in overleg te treden en in alle redelijkheid een eventuele prijsaanpassing te bespreken.*

*Prijsaanpassing zal uitsluitend plaatsvinden indien Opdrachtgever door Opdrachtnemer is overtuigd van de redelijkheid van de prijsaanpassing. Indien partijen tot een prijsaanpassing komen, dan geldt die gewijzigde prijs alleen in het desbetreffende jaar waarin meer dan 20% afwijking heeft plaatsgevonden. Voor de eerstvolgende jaren geldt de oorspronkelijke (eventueel geïndexeerde) inschrijfprijs van Opdrachtnemer, tenzij achteraf vast komt te staan dat (wederom) een afwijking van meer dan 20% heeft plaatsgevonden ten opzichte van de historische cijfers. In dat geval treedt deze bepaling weer in werking. [...]”*

- 3.6 Concluderend kan gesteld worden dat vervoerscontracten in het zorgvervoer in het algemeen worden aangegaan op basis van een door de opdrachtgever geschetst historisch Vervoersvolume, waarbij zowel door de opdrachtgever als door omstandigheden van buitenaf wijziging van het Vervoersvolume kan plaatsvinden gedurende de contractperiode.

Opdrachtgevers garanderen over het algemeen geen Vervoersvolume, maar het komt ook voor dat bij afwijking van het geschetste Vervoersvolume contractueel een heronderhandeling over de voorwaarden wordt mogelijk gemaakt.

3.7 Er is ons gemeld dat er tot op heden geen verbod geweest is op het uitvoeren van zorgvervoer.

3.7.1 Dit betekent dat er geen sprake is geweest van een - in juridische zin - *absolute* onmogelijkheid voor vervoerders tot het nakomen van de vervoersovereenkomsten, bijvoorbeeld omdat wettelijk het vervoeren van personen zou zijn verboden. Absoluut onmogelijk betekent in dit kader dus dat nakoming verboden is, bijvoorbeeld omdat het vervoeren van personen wettelijk niet is toegestaan.

3.7.2 Wel hebben de zorgvervoerders zelf protocollen opgesteld “om een zo veilig mogelijk zorgvervoer en regulier taxivervoer aan te bieden gedurende de periode dat we geconfronteerd blijven met het COVID-19 (Corona)virus”. Het is begrijpelijk dat de sector collectief voor het opstellen van dergelijke protocollen heeft gekozen. Niet alleen is dit door de overheid aangemoedigd en werd bijvoorbeeld het 1,5 meter afstand houden tot 8 juni 2020 voorgeschreven, maar het kan ook zonder meer gezien worden als onderdeel van de zorgplicht die bij de vervoersovereenkomsten behoort.

3.7.3 Ook verschillende hoteleigenaren hebben ervoor gekozen de deuren ‘vrijwillig’ te sluiten, terwijl de maatregelen van de Nederlandse overheid op dat moment inhielden dat horecagelegenheden – en niet ook hotels – moesten sluiten. In § 6.5 wordt uitgebreider ingegaan op de absolute en relatieve onmogelijkheid tot nakoming van overeenkomsten en in § 9.2.3 wordt weergegeven hoe de Nederlandse rechter daarmee in enkele uitspraken – ten gunste van de hoteleigenaren – is omgegaan.

#### **4. Kostencalculaties bij inschrijvingen in het zorgvervoer en tariefsoorten**

4.1 Hoewel de achtergronden en omstandigheden van aanbieders in het zorgvervoer enigszins kunnen verschillen, zijn de kosten die aan het uitvoeren van zorgvervoer ten grondslag liggen volgens Panteia in algemene zin te berekenen.

4.1.1 Zo blijkt uit haar rapport dat de vaste kosten in het zorgvervoer 78,52% van de totale kosten bedragen<sup>8</sup>.

4.1.2 Panteia hanteert hiervoor de volgende kengetallen<sup>9</sup>:

---

<sup>8</sup> D.w.z. kosten die doorlopen als er niet (meer) wordt gereden.

<sup>9</sup> Blz. 13 van het genoemde rapport van onderzoeksbureau Panteia d.d. 27 maart 2020.

# Ventoux

<b>Kostensoort</b>	<b>Kostenaandeel</b>	<b>Deel vaste kosten per kostensoort</b>	<b>Aandeel vaste kosten die doorlopen</b>
<u>Capaciteitskosten</u>			
Afschrijving	7,25%	85%	6,17%
Rente	0,70%	85%	0,59%
Verzekering	2,77%	74%	2,05%
Stalling	0,52%	100%	0,52%
Overige capaciteitskosten	0,58%	100%	0,58%
<u>Kilometerkosten</u>			
Brandstof	9,21%	0%	0,00%
Banden	0,39%	0%	0,00%
Onderhoud + reparatie	5,93%	50%	2,96%
<u>Loonkosten</u>			
Arbeidsloon	64,06%	89%	57,20%
Overige personeelskosten	1,40%	89%	1,25%
<u>Algemene kosten</u>	7,19%	100%	7,19%
<b>Totaal</b>	<b>100,00%</b>		<b>78,52%</b>

4.2 De aanbesteder bepaalt in zijn uitvraag de gehanteerde tariefstructuur. Inschrijvers moeten hier dus aan voldoen en op die basis hun inschrijfprijs berekenen. Er zijn verschillende elementen voor hen van belang voor het berekenen van dat tarief. Naast de vaste kosten voor personeel en materieel zijn ook van belang elementen als: combinatiegraad, hoeveelheid personen in een voertuig, bezettingsgraad, verhouding beladen versus onbeladen kilometers, gemiddelde snelheid, vervoersvolume, gemiddelde ritlengte, ophaalmarges. Ook de eigen bijdrage van reizigers en medereizigers is van belang. Er bestaat tevens een door CROW opgestelde "Kostenberekeningstool voor Doelgroepenvervoer"<sup>10</sup>. En uiteraard moeten marges voor winst en risico worden gehanteerd.

4.3 In de contracten die in de praktijk van het zorgvervoer worden afgesloten komen qua vergoedingen verschillende tariefstructuren voor. De meest voorkomende zijn:

4.3.1 *Een tarief per beladen voertuigkilometer of per beladen voertuiguur.* Dit tarief wordt bijna uitsluitend gehanteerd bij het zogenaamde routevervoer. Dit zijn min of meer vaste routes die periodiek worden uitgevoerd, zoals leerlingenvervoer en dagbesteding. De basis van de berekeningen is hetzelfde maar voor een vervoerder is een tarief per beladen uur gecompliceerder omdat hij eerst de werkelijk ingezette uren moet bepalen en daarna deze moet omzetten naar beladen uren. Zowel de beladen uren als de beladen kilometers worden vastgesteld met behulp van de reiskosten calculatie van bijvoorbeeld 'Easy Travel'. De ondernemer berekent eerst zijn kostprijs per uur en rekent dan uit hoeveel beladen kilometers of beladen uren hij gedurende zijn inzeturen kan declareren.

<sup>10</sup> <https://www.crow.nl/online-kennis-tools/jaarlicentie-kostenberekeningstool-doelgroepenverv>.

4.3.2 Een tarief per beladen gebruikerskilometer. Deze berekening is voor een opdrachtnemer gecompliceerder dan in het geval genoemd in § 4.3.1 omdat hierbij veel aannames moeten worden verricht die niet bij voorbaat bekend zijn. Een verkeerde inschatting heeft een forse invloed op de berekening.

4.3.3 Soms wordt er een variant op de bovenstaande tariefstructuren gehanteerd waarbij sprake is van een vast starttarief of een vaste vergoeding per rit.

## 5. Reële vergoedingen in het zorgvervoer

5.1 Op verschillende plaatsen in sociale wet- en regelgeving is het belang van reële dienstverleningstarieven vastgelegd. Deze vastlegging houdt mede verband met het feit dat sociale dienstverleningscontracten steeds vaker (moeten) worden aanbesteed, waardoor zowel van de zijde van de opdrachtgevers als van de zijde van de inschrijvers ‘perverse’ prikkels kunnen worden gegeven. Deze ‘prikkels’ kunnen leiden tot irreëel lage vergoedingen voor de dienstverlening waardoor zowel de dienstverlening als de dienstverlener in gevaar kan komen. Maatregelen die irreëel lage prijzen voorkomen worden dus ook van overheidswege noodzakelijk geacht om zodoende te waarborgen dat dienstverleners met een sociaal maatschappelijke taak daadwerkelijk in staat zijn hun diensten in een economische gezonde situatie te leveren.

5.1.1 Een voorbeeld hiervan is artikel 2.12 van Jeugdwet en het vergelijkbare artikel 2.6.6. van de Wmo. Artikel 2.12 jeugdwet bepaalt:

*“Met het oog op gevallen waarin ten aanzien van jeugdhulp, kindbeschermingsmaatregelen of jeugdreclassering artikel 2.11, eerste lid, wordt toegepast, worden bij verordening regels gesteld ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van jeugdhulp of de uitvoering van een kindbeschermingsmaatregel of jeugdreclassering en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit daarvan. Daarbij wordt rekening gehouden met de deskundigheid van de beroepskrachten en de toepasselijke arbeidsvoorwaarden”*

5.1.2 Uit de toelichtingen op de Wmo 2015 en de Jeugdwet blijkt dat gemeenten bij het bepalen van de tarieven ten minste een inschatting moeten maken van een reële kostprijs voor de activiteiten die zij door aanbieders willen laten uitvoeren. De gemeenten moeten zich in ieder geval een beeld vormen van de vereiste activiteiten en de arbeidsvoorwaarden die daarbij horen. Uitgangspunt daarbij is dat de aanbieder personeel inzet tegen de arbeidsvoorwaarden die passen bij de vereiste vaardigheden. Hiermee wil men voorkomen dat gemeenten als opdrachtgever alleen de laagste prijs voor de uitvoering van de opdracht in overweging nemen. Tevens is het een wetmatigheid dat gunnen op alleen (de laagste) prijs marginalisering van de dienstverlening in de hand werkt.



# Ventoux

5.1.3 In de toelichting op de AMvB<sup>11</sup> die bij de Wmo hoort, wordt iets vergelijkbaars gesteld, namelijk<sup>12</sup>:

*“Doel van de AMvB is dat het college een reële prijs vaststelt voor diensten die in opdracht van het college door derden worden verleend, zodat de kwaliteit en continuïteit van deze diensten kunnen worden gewaarborgd door het gemeentebestuur en de gecontracteerde aanbieders. De AMvB stelt hiertoe nadere regels aan de al in de Wmo opgenomen verplichting om een reële prijs te hanteren. De bepaling van een reële prijs voor een voorziening wordt met dit besluit geregeld door de kostprijselementen waar het college een reële prijs op moet baseren, vast te leggen.”*

5.1.4 Het zorgvervoer is een bijzondere vorm van taxivervoer. Er is niet alleen sprake van vereiste rijvaardigheidseisen en -papieren. Door het diverse, en vaak zorgbehoevende aanbod van reizigers, is het ook noodzakelijk dat de chauffeurs in alle opzichten daarvoor gekwalificeerd zijn. Hierdoor kan de vervoerder er niet voor kiezen het contract ‘zo goedkoop mogelijk’ uit te voeren. Het is dus in het belang van de kwaliteit en de continuïteit van het zorgvervoer dat de vervoerder een passende beloning ontvangt. Dit sluit aan bij de hiervoor genoemde regelingen in de Jeugdwet en de Wmo.

---

<sup>11</sup> Besluit van 10 februari 2017, houdende regels ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van een voorziening en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit van de voorziening en de continuïteit in de hulpverlening tussen de cliënt en de hulpverlener (Staatsblad 2017, nr. 55).

<sup>12</sup> Ontleend aan “AMvB reële prijs Wmo 2015 Handelingsperspectieven voor gemeenten”. VNG, juli 2017.

## II. Vervoerscontracten en de coronapandemie<sup>13</sup>

### 6. Onmogelijkheid tot nakoming van contracten door de coronapandemie

- 6.1 In zakelijke relaties tussen professionele partijen is de contractsvrijheid van partijen niet vaak begrensd. De hoofdregel in het Nederlandse contractenrecht is namelijk dat autonome partijen vrij zijn de overeenkomsten aan te gaan die hen goed dunkt en dat gemaakte afspraken – ook al pakken deze later ongunstig uit – moeten worden nagekomen. De rechter zal zich normaliter niet snel mengen in contractuele afspraken tussen partijen en een vordering tot nakoming dan ook niet snel afwijzen. Dit uitgangspunt geldt vooral als zakelijke partijen bij het contract zijn betrokken<sup>14</sup>.
- 6.2 Contracten mogen echter nimmer strijdig zijn met dwingende wetsbepalingen, de openbare orde of de goede zeden<sup>15</sup>. Daarnaast geldt ook altijd dat de zogenoemde “beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid” in uitzonderingssituaties aan een beroep op contractsbepalingen in de weg kan staan<sup>16</sup>. In handelsrelaties wordt daarbij doorgaans wel terughoudend geoordeeld door rechters.
- 6.3 *Wat* de inhoud van een contract is, wordt in beginsel bepaald door de letterlijke tekst van het contract.
- 6.3.1 Is die tekst niet geheel duidelijk dan passen rechters normaliter de zogenoemde “Haviltex-norm”<sup>17</sup> toe en kijken zij naar de wederzijds kenbare bedoelingen en belangen van partijen<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> Bij het opstellen van dit advies is dankbaar gebruik gemaakt van de publicatie ‘Contract en coronacrisis’, geschreven door professor mr. H.N. Schelhaas en mr. J.H.M. Spanjaard, NJB 2020/88. Hun publicatie wordt bedoeld wanneer in dit advies over ‘Schelhaas en Spanjaard’ wordt gesproken. Tevens is gebruik gemaakt van de blog van professor mr. R.J. Tjittes, ‘Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling nadeel’, te vinden op <https://www.barentskrans.nl/nieuws/commerciele-contracten-en-corona-uitgangspunt-50-50-verdeling-nadeel/>.

<sup>14</sup> Voor consumenten gelden allerlei beschermingsmaatregelen.

<sup>15</sup> art. 3:40 BW.

<sup>16</sup> art. 6:248 lid 2 BW.

<sup>17</sup> HR 13 maart 1981, NJ 1981/635. Dit is een door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf waarmee de rechter onduidelijke begrippen in overeenkomst moet uitleggen.

<sup>18</sup> Aldus de Hoge Raad moet de vraag hoe in een contract de verhouding tussen partijen is geregeld niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen in het contract. Het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van

- 6.4 Bij contracten die het gevolg zijn van een aanbesteding ligt een meer *letterlijke lezing* van de overeenkomst (en de onderliggende aanbestedingsdocumenten) echter voor de hand<sup>19</sup>.
- 6.4.1 Aanbestedingsdocumenten zijn namelijk geschriften die gelet op het zogenoemde ‘transparantiebeginsel’ bestemd zijn (ook) de rechtspositie te beïnvloeden van derden, zoals andere inschrijvers of belangstellenden. Deze moeten voor kennis van de bedoeling van de aanbesteder immers terugvallen op aanbestedingsdocumenten, waarop de inschrijvers geen invloed hebben gehad. Er heeft in het algemeen geen persoonlijke uitwisseling van mededelingen en verwachtingen plaatsgevonden.
- 6.4.2 Contracten en documenten in aanbestedingen moeten daarom worden uitgelegd naar hun objectieve betekenis. Dat wil zeggen: zoals een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver deze, binnen de context van het totaal van de aanbestedingsstukken, redelijkerwijs heeft moeten begrijpen. De niet in die stukken tot uitdrukking gebrachte opvatting van de opstellers van die stukken over de uitleg daarvan, moet buiten beschouwing worden gelaten, omdat die tot ongelijke behandeling van de inschrijvers zou kunnen leiden.
- 6.4.3 Bij contracten die voortvloeien uit een aanbesteding zal de rechter dus vooral kijken naar de teksten van die contracten en (bijna) niet naar de werkelijke bedoelingen en verwachtingen van partijen.
- 6.5 De grondslag van het recht op nakoming vormt artikel 3:296 lid 1 BW dat de rechter verplicht vordering tot nakoming van een contract te honoreren<sup>20</sup>. Op het harde nakomingsrecht bestaan echter uitzonderingen, zoals de situatie dat nakoming *absoluut* onmogelijk is, ongeacht of de reden voor niet-nakoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Een geval van absolute onmogelijkheid is aan de orde als de uitvoering van een overeenkomst door wet- en regelgeving onmogelijk wordt gemaakt<sup>21</sup>. Een voorbeeld is de overeenkomst met een horecabedrijf voor het faciliteren van een feest, terwijl de horecaondernemer door de coronaregelgeving verplicht was zijn lokalen gesloten te houden. Door na te komen zou de horecaondernemer moeten handelen in strijd met de wet. Zoals hiervoor in § 3.7 is aangegeven is zorgvervoer tot nu toe

---

belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis partijen geacht worden te hebben.

<sup>19</sup> De zogenaamde cao-norm. Deze is door de Hoge Raad voor het eerst onder woorden gebracht in het arrest Gerritse/Has, waarin het ging om de uitleg van bepalingen in een cao. In het belangrijke arrest DSM/Fox wordt overwogen dat de toepassing van deze nieuwe norm is uitgebreid tot ‘andere geschriften’.

<sup>20</sup> De rechter heeft wel mogelijkheden om de nakomingsvordering te weigeren, bijvoorbeeld als al op andere wijze aan de vordering van eiser tegemoet is gekomen: zie HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, NJ 1996/509 (Pampers/Huggies).

<sup>21</sup> Asser/Sieburgh 6-II 2017/344. Zie ook HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2401, NJ 1997/641 (Budde/Tao Moa); HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, NJ 1997/719, m.nt. JH (Setz/Brunings); HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:667, NJ 2017/122, m.nt. Van Mierlo (Bouten/ABC).

echter niet wettelijk verboden geweest, zodat de situatie van absolute onmogelijkheid tot nakoming zich niet voordoet.

6.6 Naast de absolute onmogelijkheid tot nakoming bestaat de *relatieve* onmogelijkheid tot nakoming. In die situatie is nakoming van het contract op zichzelf wel mogelijk maar is het gevolg hiervan buitensporig bezwarend voor de schuldenaar. Dat verweer kan door een rechter gehonoreerd worden wanneer de schuldenaar in alle redelijkheid niet meer tot nakoming kan worden gehouden<sup>22</sup>. Deze situatie lijkt zich hier wel voor te doen. Kort gezegd: voor de vervoerder is het feitelijk onmogelijk om tegen de overeengekomen tarieven zakelijk gezien het vervoer te verzorgen, omdat door daling van het volume een objectief verlieslatende situatie ontstaat. De vraag is echter of die omstandigheden voldoende zwaar wegen nu de hoofdregel immers is dat contracten tussen zakelijke partijen moeten worden nagekomen.

6.7 In de literatuur wordt stilgestaan bij de situatie van relatieve onmogelijkheid. Haas<sup>23</sup> kiest in zijn dissertatie het volgende uitgangspunt:

*“Als de kosten van nakoming meer dan 130% van het geobjectieerde schuldeisersbelang bedragen, dient het recht op nakoming van de schuldeiser te vervallen ten gunste van het belang van de schuldenaar om niet na te komen.”*

6.8 Van Dunné gaat in Contracteren uit van een percentage groot 150% van de normale prijs<sup>24</sup>. Al voegde hij daar aan toe:

*“Het hanteren van een dergelijk algemeen percentage is echter zinloos indien niet aangegeven wordt op welk type overeenkomst het gericht is en alles over één kam geschoren wordt.”*

6.9 Schelhaas en Spanjaard<sup>25</sup> menen dat in het geval nakoming relatief onmogelijk is de rechter de

*“impasse het beste (kan) oplossen door louter een vordering tot vervangende schadevergoeding [...] toe te wijzen, omdat de schuldeiser bij de keuze van remedies rekening moet houden met de belangen van de wederpartij en schadevergoeding hier meer voor de hand ligt dan uitvoering van de overeenkomst.”<sup>26</sup>*

---

<sup>22</sup> Zie bijvoorbeeld HR 21 mei 1976, NJ 1977/173 m.nt. G.J. Scholten (Oosterhuis/Unigro) waaruit volgt dat onder onmogelijkheid ook moet worden verstaan de situatie dat de schuldenaar offers moet brengen die in redelijkheid niet van hem kunnen worden gevegd.

<sup>23</sup> Anders dan de 130 procent norm van Haas, zie: Mr. D. Haas, De grenzen van het recht van nakoming (diss. VU), Deventer: Kluwer 2008, §6.3 De 130%-richtlijn.

<sup>24</sup> J.M. van Dunné, ‘Aanpassing van de overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden: een kwestie van uitleg?’, Contracteren 2011/4, § 15.

<sup>25</sup> Als variatie op HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (Multi Vastgoed/Nethou).

<sup>26</sup> Zij verwijzen tevens naar het ‘sowieso-criterium’ dat in de rechtspraak over schadevergoeding na wanprestatie is ontwikkeld. Volgens dit criterium wordt bekeken, welke kosten de schuldenaar sowieso had moeten dragen

- 6.10 In de juridische literatuur wordt ook bepleit dat de coronapandemie een beroep op ‘overmacht’ zou kunnen rechtvaardigen. Aan de zijde van de opdrachtgever zal overmacht nauwelijks relevant zijn, omdat deze de betalende partij is en betalingsonmacht niet snel als overmacht wordt aangemerkt. Aan de zijde van de vervoerder zou een geslaagd beroep op overmacht er alleen toe kunnen leiden dat deze de overeenkomst niet kan nakomen als gevolg van omstandigheden die op basis van de wet of verkeersopvatting niet voor zijn risico komen. Dat de vervoerder zijn vervoersverplichtingen niet kan nakomen is bij de coronapandemie niet of nauwelijks aan de orde. Daarvoor zouden de wettelijke coronamaatregelen de vervoerder moeten verhinderen om het vervoer te verrichten. Waar het om gaat is dat de daarvoor overeengekomen vergoeding nakoming in de weg zit. Dit laatste is in het algemeen geen overmachtsvraag en zal ons inziens slechts in uitzonderlijke gevallen tot ‘overmacht’ leiden. Wel kan – zoals hiervoor en hierna aangegeven – een beroep van de opdrachtgever op ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst door een rechter in verband met de eisen van redelijkheid en billijkheid worden afgewezen.
- 6.11 Tussenconclusie: de hoofdregel is dat de inhoud van de afgesloten contracten voor de betrokken partijen bepalend is. Dit wordt anders wanneer nakoming absoluut onmogelijk is of als er sprake is van ‘relatieve onmogelijkheid’. Dit laatste is aan de orde als de schuldenaar (bijvoorbeeld de vervoerders) te zware offers zouden moeten brengen om toch na te komen. De coronapandemie kan er dus toe leiden dat opdrachtgevers niet meer van zorgvervoerders kunnen eisen dat deze het gecontracteerde vervoer tegen de afgesproken prijzen en tarieven leveren.
- 7. Redelijkheid en billijkheid kunnen bij de coronapandemie leiden tot een heronderhandelingsplicht.**
- 7.1 Uit het Vodafone/ETC-arrest<sup>27</sup> volgt dat partijen bij de uitvoering van de overeenkomst rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Tjittes stelt op basis van dit arrest dat dat partijen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit houdt volgens hem een medewerkings- of coöperatieplichten in. Daarnaast kan een commerciële partij *verplicht zijn*, in het bijzonder gelet op de redelijke belangen van de wederpartij in geval van gewijzigde omstandigheden, een redelijk voorstel van laatstgenoemde tot wijziging van een commercieel contract te aanvaarden<sup>28</sup>.
- 7.2 Als het contract zelf geen herzieningsclausule bevat kan onder omstandigheden uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) derhalve een

---

indien hij zich van zijn verplichtingen zou hebben gekweten. Daar zou dan eventueel een opslag van 30% op kunnen gezet, hetgeen aansluit bij de gedachtegang van Haas.

<sup>27</sup> HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, NJ 2007/565 (Vodafone/ETC).

<sup>28</sup> Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes, Spoediger wijziging van commerciële duurcontracten, Contracteren 2012-3.

heronderhandelingsverplichting voortvloeien. Bijvoorbeeld als de situatie sinds de contractsluiting door de coronapandemie is gewijzigd en de belangen van een van de partijen hierdoor onevenredig zwaar worden getroffen.

7.3 Zoals hiervoor in § 3.5 is aangegeven zijn er vervoerscontracten waarin in de tekst van de overeenkomst zelf al een heronderhandelingsplicht is opgenomen. Ter illustratie wordt hieronder nader ingegaan op de contractuele heronderhandelingsplicht uit de genoemde Aanbestedingsleidraad uit 2020.

7.3.1 Een dergelijke contractuele wijzigingsregeling is een op zichzelf staande wijzigingsgrond die – buiten de gevolgen van de huidige coronapandemie om – bepaalt dat “de eerste 20% afwijking volledig voor rekening en risico van de Opdrachtnemer” is waarna partijen (uitsluitend) worden verplicht

*“om met elkaar in overleg te treden en in alle redelijkheid een eventuele prijsaanpassing te bespreken. Prijsaanpassing zal uitsluitend plaatsvinden indien Opdrachtgever door Opdrachtnemer is overtuigd van de redelijkheid van de prijsaanpassing.”*

7.3.2 De opdrachtnemer mag in dat geval

*“schriftelijk, feitelijk, concreet en deugdelijk onderbouwd aantonen dat aanpassing van de kostprijs per declarabele reiskilometer gerechtvaardigd is middels het indienen van een nieuw prijzenblad”*

7.3.3 Deze clausule is zowel binnen als buiten het kader van de coronapandemie van toepassing op situaties waarin het vervoersaanbod meer dan 20 procent afwijkt. Een vervoerder kan dus altijd een beroep op een dergelijke clausule doen, zolang aan de gestelde voorwaarden is voldaan.

7.3.4 Indien de gevolgen van de coronapandemie weinig of geen invloed hebben op het vervoersaanbod – indien in dit voorbeeld dus sprake is van minder dan 20% afwijking – kan niet rechtstreeks gesteund worden op bovenstaande contractuele heronderhandelingsplicht. Dat wil echter niet zeggen dat de vervoerder in dat geval per definitie met lege handen komt te staan. Ook wanneer de vervoerder op een andere manier gevolgen van de coronapandemie ondervindt, is er mogelijk sprake van een heronderhandelingsplicht. Of dit in een concreet geval zo is moet per geval worden vastgesteld.

7.4 Als er *geen* sprake is van een contractuele wijzigingsregeling of als die regeling onvoldoende houvast biedt, rijst de vraag of de coronapandemie een zelfstandige reden is te verlangen dat partijen in onderhandeling treden over een wijziging van het contract om zodoende het nadeel eerlijker te verdelen. Tjittes<sup>29</sup> heeft er eerder op gewezen dat zo’n algemene verplichting in het contractenrecht goed aansluit bij de in het arbeidsrecht bestaande verplichting van de

---

<sup>29</sup> T.a.p.

werknemer om in geval van gewijzigde omstandigheden een redelijk wijzigingsvoorstel van de werkgever te aanvaarden, zelfs als deze gewijzigde omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever vallen. Met betrekking tot de huidige coronapandemie kan dit betekenen dat als de contractuele vervoersverplichting (te) zwaar op de vervoerder is gaan drukken, de opdrachtgever gehouden kan zijn om met de vervoerder in onderhandeling te treden en een redelijk wijzigingsvoorstel, dat ook met zijn belangen rekening houdt, te accepteren. Als hij dat niet doet, dan kan hij “ofwel tot nakoming van dit redelijke voorstel worden gedwongen, of kan hij geen onverkorte nakoming van de oorspronkelijke contractuele verplichtingen vorderen”<sup>30</sup>.

7.4.1 De vraag is wanneer gewijzigde omstandigheden – als gevolg van de coronapandemie – vallen binnen het ‘ondernemersrisico’ van het vervoerscontract en wanneer de contractuele vervoersverplichting (te) zwaar op de vervoerder is gaan drukken. In tegenstelling tot de situatie waarin sprake is van een contractuele wijzigingsregeling kan men zich bij gebreke daaraan niet vasthouden aan een concreet afwijgingspercentage, zoals de bovengenoemde 20%. Men dient hierbij in acht te nemen dat als een afwijking binnen de marge van 20% blijft, de rechter ook anders kan oordelen.

7.5 Schelhaas en Spanjaard wijzen in dit kader op het feit dat normaliter wijziging van economische omstandigheden voor rekening van de schuldenaar komt, maar menen dat “het hier echter niet zomaar om een crisis, maar om een exceptionele toestand die zijn weerga niet kent (gaat), en die (dus) ook exceptionele maatregelen kan eisen”. Zij menen dat het enkele feit dat zich deze coronapandemie voordoet, niet een reden kan zijn om direct een heronderhandelingsplicht en een verplichting tot een contractwijziging aan te nemen. Wat hun betreft is nodig dat de coronapandemie er de oorzaak van is dat in een concreet geval een contractuele verplichting een der partijen onevenredig benadeelt, dat de gewenste heronderhandeling of wijziging direct verband moet houden met de coronapandemie en niet verder gaat dan de periode van de crisis. Verder dienen hier de belangen van beide contractspartijen in ogenschouw te worden genomen, ook die van de partij die dacht een contract te hebben gesloten en zich naderhand geconfronteerd ziet met een partij die niet meer onverkort wil of kan nakomen, aldus deze auteurs.

7.6 Tussenconclusie: er kan contractueel sprake zijn van een heronderhandelingsplicht omdat die verplichting in de aanbestedingsdocumenten is opgenomen. Maar ook als dat niet zo is, kan er sprake zijn van een heronderhandelingsplicht. Een opdrachtgever kan verplicht zijn “een redelijk wijzigingsvoorstel dat ook met zijn belangen rekening houdt te accepteren”.

## **8. De coronapandemie als “onvoorziene omstandigheden”: algemeen kader**

8.1 Artikel 6:258 BW kent de rechter de mogelijkheid toe om in bijzondere situaties op verzoek van een partij een contract te wijzigen of geheel of gedeeltelijk te ontbinden. Er moet dan sprake zijn van “onvoorziene omstandigheden op grond waarvan ongewijzigde instandhouding van het

---

<sup>30</sup> Schelhaas en Spanjaard t.a.p.

# Ventoux

contract niet mag worden verwacht". Die omstandigheden moeten zo bijzonder zijn dat de andere partij "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten". Kort gezegd moet ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onacceptabel' zijn<sup>31</sup>.

- 8.2 Volgens Schelhaas en Spanjaard is "de achtergrond van deze bepaling de gedachte dat de inhoud van de overeenkomst wordt geregeerd door de stand van zaken ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, maar dat partijen door de omstandigheden kunnen worden ingehaald en zich dan geconfronteerd zien met een contract dat niet meer past bij de nieuwe realiteit". Zij menen dat de coronapandemie "een helder voorbeeld (is) van een situatie waarin de realiteit plots een heel ander wereldbeeld toont dan dat partijen [bij het aangaan van het contract<sup>32</sup>] voor mogelijk hadden gehouden".
- 8.3 Artikel 6:258 BW biedt de mogelijkheid tot wijziging of (gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst op basis van de uit de coronapandemie voortvloeiende omstandigheden, als de gevolgen van de coronapandemie:
- (a) niet in de overeenkomst zijn verdisconteerd, dat wil zeggen als in het contract geen voorziening hiervoor is getroffen;
  - (b) ten tijde van de contractsluiting niet bekend waren; en
  - (c) de gevolgen hiervan zodanig zijn "dat partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mogen verlangen".
- 8.4 De gevolgen van de coronapandemie mogen bij het aangaan van de overeenkomst dus niet in de overeenkomst zijn verdisconteerd. Wanneer partijen geen bepaling hierover in het contract hebben opgenomen maar destijds bij een mogelijke uitbraak van de coronapandemie hebben stilgestaan, kunnen de gevolgen van de 'pandemie' impliciet toch in de overeenkomst zijn verdisconteerd. In dat geval kan er dan geen beroep op onvoorziene omstandigheden worden gedaan. Anderzijds betekent het feit dat partijen bij het aangaan van het contract in het algemeen bij de mogelijkheid van *een* pandemie hebben stilgestaan, niet automatisch dat de uitzonderlijke consequenties van de huidige coronapandemie wel in het contract zijn verdisconteerd<sup>33</sup>. Schelhaas en Spanjaard vinden dat beargumenteerd kan worden dat "de huidige uitzonderlijke situatie, die niet alleen een epidemie is maar ook gepaard gaat met nog niet eerder vertoond overheidsingrijpen en met zware bedrijfseconomische consequenties"

---

<sup>31</sup> Rechtbank Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406.

<sup>32</sup> Toegevoegd door Ventoux.

<sup>33</sup> Zie ook Rechtbank Rotterdam 7 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7089. In dat geval was een huurovereenkomst op 3 februari 2020 gesloten maar stelde de rechter vast dat partijen het optreden van coronacrisis niettemin niet stilzwijgend in de overeenkomst hebben verdisconteerd.



buiten de context van een algemene bepaling in het contract valt en dus de mogelijkheid van een beroep op onvoorziene omstandigheden openlaat.

- 8.5 Een tweede vereiste om een beroep te kunnen doen op het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden is dat door die omstandigheden, de ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is. Dit is een hoge drempel. In de rechtspraak wordt een beroep op onvoorziene omstandigheden in het algemeen daarom niet snel aanvaard. Schelhaas en Spanjaard zijn van mening dat “de kaart van het ‘ondernemersrisico’ op dit moment minder snel getrokken kan worden”. Zij geven aan dat “de huidige coronapandemie zijn oorsprong heeft in grote gezondheidsproblemen, die buiten iedere vorm van menselijk economisch handelen zijn opgetreden, [waarna] vervolgens ongekende overheidsmaatregelen zijn uitgevaardigd, die ook ongekend grote financiële en bedrijfseconomische consequenties hebben gehad over de volle breedte van de mondiale maatschappij”. Daarom kunnen volgens hen de daaruit voortvloeiende consequenties niet simpelweg als ondernemersrisico worden gekwalificeerd. Zij vinden een beroep op onvoorziene omstandigheden daarom “goed denkbaar”.
- 8.6 In lid 2 van artikel 6:258 BW is bepaald dat wijziging of ontbinding achterwege blijft voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept. Deze toevoeging dwingt de rechter er in feite toe een oordeel te geven over maatschappelijke posities van de betrokken partijen. Schelhaas en Spanjaard menen dat artikel 6:258 lid 2 BW kan worden gebruikt om kleinere en zwakkere contractspartijen te beschermen tegen grote contractspartijen, die de gevolgen van de crisis financieel vaak beter kunnen dragen.
- 8.7 In discussies over wat onvoorziene omstandigheden zijn, nemen overeenkomsten met de overheid een bijzondere plaats in. Hijma c.s. stellen hierover het volgende<sup>34</sup>:

*“Het is een publiek belang dat de overheid – in verband met nieuwe inzichten of gewijzigde politieke verhoudingen – haar beleid kan wijzigen. Mits de redenen voor een wijziging van het beleid zwaarwegend genoeg zijn, merkt men bij overeenkomst met de overheid daarom de beleidswijziging als een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW aan. Wel zal de overheid, op grond van het beginsel dat algemene belangen niet ten laste van de individuele burger behoren te worden gerealiseerd, de wederpartij schadeloos moeten stellen.”*

- 8.8 Tussenconclusie: hoewel de drempel voor contractwijzigingen wegens onvoorziene omstandigheden hoog is, zijn er voldoende aanwijzingen dat de coronapandemie als onvoorziene omstandigheid geldt en recht geeft op aanpassing of (gedeeltelijke) beëindiging van het contract.

---

<sup>34</sup> Rechtshandeling en Overeenkomst (Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel, W.L. Valk), nr. 287.

## 9. De coronapandemie als “onvoorziene omstandigheden”: jurisprudentie

9.1 De jurisprudentie rondom de gevolgen van de coronapandemie op lopende contracten is nog vrij jong en casuïstisch.

9.2 In uitspraken die betrekking hebben op huurovereenkomsten wordt vaak geoordeeld dat de gevolgen van de coronapandemie verdeeld moeten worden tussen de huurder en verhuurder.

9.2.1 Er zijn inmiddels verschillende kortgedingzaken die zien op huurovereenkomsten waarin door de voorzieningenrechter is geoordeeld dat de coronapandemie een onvoorziene omstandigheid is in de zin van artikel 6:258 BW. Hierbij wordt van belang geacht dat “partijen een dergelijke ingrijpende situatie bij het sluiten van de overeenkomst in het algemeen niet voor ogen zullen hebben gehad en niet in hun overeenkomst zullen hebben verdisconteerd”<sup>35</sup> en dat “ongewijzigde instandhouding van de huurovereenkomst op dit punt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is”<sup>36</sup>. Daarnaast is het niet eerder voorgekomen dat overheidsmaatregelen op nationaal en internationaal niveau het gebruik van vrijwel alle middenstandbedrijfsruimte voor een langere periode juridisch of feitelijk onmogelijk maken, dan wel ernstig belemmeren waardoor schommelingen ontstaan die niet vallen binnen het normale ondernemersrisico<sup>37</sup>.

9.2.2 Ook uit twee wat recentere uitspraken blijkt dat de coronapandemie gelet op de omvang daarvan en de gevolgen voor de economie en de maatschappij, in beginsel moet worden aangemerkt als een onvoorziene omstandigheid<sup>38</sup>.

9.2.3 Ook oordeelde de Amsterdamse voorzieningenrechter dat het vrijwillig sluiten van een hotel onder de omstandigheden een redelijke beslissing was nu het “niet verantwoord [was] om kosten te maken om operationeel te blijven zonder dat daar omzet tegenover stond”. Ondanks de ‘vrijwillige’ sluiting kon naar redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst worden verwacht.<sup>39</sup> In een andere uitspraak oordeelde de Amsterdamse voorzieningenrechter als volgt: “De coronacrisis moet, gelet op de omvang daarvan en de gevolgen voor de economie en de maatschappij, in beginsel worden aangemerkt als een onvoorziene omstandigheid. Dat – zoals

---

<sup>35</sup> Vzgr Rb Noord-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1979, r.o. 4.8.

<sup>36</sup> Vzgr Rb Gelderland 29 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2768, r.o. 4.2.

<sup>37</sup> Vzgr Rb Rotterdam 18 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5583, r.o. 5.5; Vzgr Rb Rotterdam 18 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5585, r.o. 5.5; Vzgr Rb Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914, r.o. 3.5., Rb Amsterdam, 29 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3730.

<sup>38</sup> Vzgr Rb Amsterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3494, r.o. 5.1; vzgr Rb Amsterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3508, r.o. 4.4.

<sup>39</sup> Vzgr. Rb Amsterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3494, r.o. 5.2.

# Ventoux

verhuurder heeft aangevoerd – de maatregelen van de Nederlandse overheid niet inhielden dat hotels – anders dan horecagelegenheden – moesten sluiten, maakt dit niet anders.”<sup>40</sup> In een uitspraak van 27 augustus 2020 sluit de kantonrechter zich bij deze redenering aan.<sup>41</sup>

- 9.3 Deze gedachtegang sluit aan bij de overwegingen van Schelhaas en Spanjaard<sup>42</sup>. Zij stellen bijvoorbeeld over de mogelijkheid tot opzegging van een duurovereenkomst wegens de coronapandemie:

*“Wij menen dat als al een zwaarwegende opzeggingsgrond vereist zou zijn, de coronapandemie in de regel als zodanig moet worden aangemerkt, omdat dit dermate veelomvattend en onverwacht is dat het een grote invloed heeft op bedrijfseconomische processen.*

- 9.4 In een uitspraak met betrekking tot de nakoming van een bedrijfsovernameovereenkomst meende de rechter ook dat er sprake is van onvoorziene omstandigheden die tot een beperkte wijziging van de (koop-) overeenkomst noodzaakten. Tevens meent deze rechter dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat een andere (latere) nakomingsdatum opportuun is.

- 9.5 Tussenconclusie: de huidige rechtspraak over de contractuele gevolgen van de coronapandemie is casuïstisch. Wel blijkt hieruit dat de rechters de pandemie kwalificeren als een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 6:258 BW “omdat partijen een dergelijke ingrijpende situatie bij het sluiten van de overeenkomst in het algemeen niet voor ogen zullen hebben gehad en niet in hun overeenkomst zullen hebben verdisconteerd”. Het hangt van de concrete situatie af tot welk rechterlijk ingrijpen dat leidt.

9.5.1 Voorzichtig mag worden geconcludeerd dat ingrijpen eerder voor de hand ligt wanneer er sprake is van ‘duurovereenkomst’, dat wil zeggen overeenkomsten met een langere looptijd. Dat is ook bij vervoersovereenkomsten het geval.

9.5.2 Daarnaast wordt sneller geoordeeld dat er sprake is van onvoorziene omstandigheden in contracten met overheden wanneer er sprake is van beleidswijzigingen aan de zijde van de overheid<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Vgزر. Rb Amsterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3508, r.o. 4.4.

<sup>41</sup> Vzgr. Rb. Amsterdam 27 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4253, r.o. 16.

<sup>42</sup> Zij menen eveneens op grond van rechtspraak en wetsgeschiedenis dat bij huurovereenkomsten het inderdaad voor de hand ligt om op basis van de coronapandemie de overeenkomst te wijzigen door huurprijsverlaging.

<sup>43</sup> Zie § 8.7 van dit advies.

## III. Aanbestedingsrecht

### 10. Inleiding

10.1 Voor aanbestedingsplichtige opdrachtgevers in het zorgvervoer is het van belang te weten of een overeen te komen wijziging van het vervoercontract zich verdraagt met de beginselen van het aanbestedingsrecht, zoals vastgelegd in de Aanbestedingswet 2012.

10.2 In het hierna volgende gaan wij daarom op deze materie in. Hierbij is bepalend of de overeengekomen wijziging als 'niet-wezenlijk' kan worden aangemerkt. Een wezenlijke wijziging van een contract kan namelijk leiden tot de verplichting tot heraanbesteding van het contract. De Aanbestedingswet 2012 geeft criteria om die vraag te beantwoorden.

### 11. (Niet-)wezenlijke wijziging

11.1 De Aanbestedingswet 2012 onderkent dat contractspartijen tijdens de looptijd van een contract kunnen worden geconfronteerd met de noodzaak het contract aan te passen, dan wel dat er aanleiding ontstaat voor het verstrekken van nieuwe opdrachten. In de artikelen 2.163a tot en met 2.163g van deze wet zijn hiervoor diverse bepalingen opgenomen. Wij noemen deze bepalingen hierna: de 'Uitzondering(en)'. Wordt niet aan die voorwaarden voldaan dan is een contractswijziging niet mogelijk en moet er opnieuw worden aanbesteed.

11.2 Hierbij staat centraal dat het aan de aanbestedende dienst is om te beoordelen of in bepaalde gevallen een beroep wordt gedaan op een Uitzondering. De aanbestedende dienst is dus niet verplicht om gebruik te maken van een Uitzondering en kan er ook vrijwillig voor kiezen een nieuwe aanbestedingsprocedure starten. De gecontracteerde vervoerder kan de aanbestedende dienst aanbestedingsrechtelijk dan ook niet verplichten om gebruik te maken van een Uitzondering. De keerzijde hiervan is – zoals uit het bovenstaande blijkt – dat een opdrachtgever civielrechtelijk *wanprestatie* kan plegen door het contract te beëindigen en tot heraanbesteding over te gaan. Die handeling kan opdrachtgevers dan schadelijktig maken ten opzichte van de gecontracteerde zorgvervoerder.

11.3 Op de website van PIANOo, het Expertisecentrum Aanbesteden van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat, is het artikel "Coronacrisis en inkoop in Nijmegen: Vertrouw de markt en daag haar uit, juist tijdens deze crisis"<sup>44</sup> gepubliceerd waarin de gemeente Nijmegen uitlegt hoe zij omgaat met de aanbestedingsprocedures en lopende contracten tijdens de coronacrisis. Pieter van Diemen, Senior Juridisch Beleidsadviseur bij de gemeente Nijmegen, vertelt in dit artikel o.a. het volgende:

“(...)”  
*Voorwaarden stellen*

---

<sup>44</sup> <https://www.pianoo.nl/nl/coronacrisis-en-inkoop-nijmegen-vertrouw-de-markt-en-daag-haar-uit-juist-tijdens-deze-crisis>.

# Ventoux

*Ook de taxibranche, verantwoordelijk voor doelgroepenvervoer, vroeg om een omzetgarantie. 'Want ook zij hebben doorlopende kosten en personeel dat betaald moet worden', legt de beleidsadviseur uit. 'Dat was best ingewikkeld, omdat we doelgroepenvervoer regionaal aanbesteed hebben en de verantwoordelijkheid dus niet bij één gemeente ligt. We besloten in te stemmen met hun verzoek, als addendum op de bestaande overeenkomst. Een wijziging die contractueel mogelijk is onder de noemer "onvoorziene omstandigheden". Maar wel met voorwaarden.'*

## **Marktpartijen aanmoedigen**

*'Afspraken met bijvoorbeeld zorgaanbieders of taxichauffeurs gelden voor de hele branche', zegt Van Diemen. 'Er is geen tijd en capaciteit om maatwerk toe te passen.' Hij adviseert aanbestedende diensten om op dit moment ook zo'n praktische houding aan te nemen. 'Wees daarbij coulant en moedig marktpartijen aan om ook zélf praktische oplossingen te vinden. Hou niet vast aan de verantwoordingsvoorschriften en accountantsprotocollen die je normaal gesproken inzet. Ga ervan uit dat partijen geen misbruik van de situatie maken. Je controleert aan de voorkant; je bekijkt bijvoorbeeld of de stukken die men aanlevert duidelijk zijn en of ze beloven om mee te werken aan eventuele toekomstige terugbetalingen. Je moet ervan uitgaan dat zij eerlijk zijn, totdat het tegendeel bewezen is. Maar reken hen er wel op af als er misbruik wordt gemaakt. Ons vertrouwen betaalt zich in de toekomst hopelijk uit.'*

11.4 Wij gaan er overigens van uit dat een aanpassing van het contract – door daarin weer een eerlijke balans aan te brengen – niet zal leiden tot een hogere totaalwaarde van het contract. Aangenomen wordt dat een (tussentijdse) bijstelling van het contract per saldo niet zal leiden tot een grotere opbrengst voor de zorgvervoerder in totaliteit. De compensatie is immers een vergoeding voor het lagere aantal ritten dat de vervoerder kan maken als gevolg van de coronacrisis.

## **12. Bagatelregeling**

12.1 Indien een wijziging valt onder de drempels van artikel 2.163b van de Aanbestedingswet 2012 dan is de wijziging geen wezenlijke wijziging ('de bagatelregeling'). De aanbestedende dienst hoeft in dat geval niet te onderzoeken of er sprake is van een wijziging als bedoeld in artikel 2.163g van de Aanbestedingswet 2012. Artikel 2.163b luidt als volgt:

### *"Artikel 2.163b*

*1. Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien:*

*a. het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan:*

*1° het toepasselijke bedrag, bedoeld in de artikelen 2.1 tot en met 2.6a, en*

*2° 10% van de waarde van de oorspronkelijke overheidsopdracht voor leveringen en diensten of 15% van de waarde van de oorspronkelijke overheidsopdracht voor werken, en*

*b. de wijziging de algemene aard van de overheidsopdracht niet wijzigt.*

*2. Indien een overheidsopdracht een indexeringsclausule bevat, wordt voor de berekening van het bedrag, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, het geactualiseerde bedrag als referentiewaarde gehanteerd.*

# Ventoux

*3. Indien opeenvolgende wijzigingen van een overheidsopdracht worden doorgevoerd, wordt de waarde beoordeeld op basis van de netto cumulatieve waarde van die opeenvolgende wijzigingen.”*

12.2 Het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat moet dus lager zijn dan 10% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. De berekening van de waarde van een opdracht wordt gebaseerd op het totale bedrag, exclusief omzetbelasting, met inbegrip van opties en verlenging van het contract zoals expliciet vermeld in de aanbestedingsdocumenten. Het is per vervoersopdracht verschillend of hieraan zal kunnen worden voldaan.

12.2.1 Stel de waarde van een opdracht is 500.000 euro, dan mag het bedrag waarmee de opdracht wordt gewijzigd niet meer bedragen dan 50.000 euro. Indien het bedrag waarmee de opdracht wordt gewijzigd 45.000 euro is, wordt zowel aan sub 2 én sub 1 van artikel 2.163b lid 1 onder a voldaan.

12.2.2 Stel de waarde van een opdracht is 5.000.000 euro, dan mag het bedrag waarmee de opdracht wordt gewijzigd niet meer bedragen dan 500.000 euro. Indien het bedrag waarmee de opdracht wordt gewijzigd uitkomt op 250.000 wordt daarmee wel voldaan aan sub 2 maar niet aan sub 1. Dit bedrag is namelijk hoger dan de aanbestedingsdrempel van 214.000 euro.

12.3 Daarnaast mag de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengen. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een opdracht voor een levering wordt gewijzigd naar een opdracht voor een werk. Een dergelijke wijziging zal hier doorgaans niet aan de orde zijn. Immers, partijen beogen redelijke prijswijzigingen aan te brengen als gevolg van de volumedalingen en het gewijzigde rittenaanbod, waardoor de algemene aard van de opdracht ongewijzigd blijft.

12.4 De aanbestedingsdrempel van 2020 bedraagt 214.000 euro voor overheidsopdrachten voor leveringen en voor diensten gegund door niet-centrale aanbestedende diensten. Het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat mag dus niet hoger zijn dan tien procent van de contractwaarde en maximaal 214.000 euro. In dat geval wordt de totale contractwaarde dus hoger dan bij de aanbesteding is afgesproken, hetgeen naar wij in § 11.4 verwachten niet (snel) aan de orde zal zijn.

12.5 Wijzigingen die voldoen aan de voorwaarden van artikel 2.163b van de Aanbestedingswet 2012 hoeven niet bekend te worden gemaakt via TenderNed.

## **13. Herzieningsclausules**

13.1 De Aanbestedingswet 2012 bepaalt in artikel 2.163c dat het wijzigen van een opdracht is toegestaan indien de mogelijkheid tot wijziging is opgenomen in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken. Dit wordt ook wel een herzieningsclausule, prijsindexeringsclausule of een optie genoemd. Een dergelijke clausule of optie omschrijft (a) de omvang en aard van mogelijke wijzigingen of opties, (b) de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt

en (c) voorzien niet in wijzigingen of opties die de algemene aard van de opdracht kunnen veranderen.

- 13.2 Vergelijkbare clausules of opties in het contract tussen de aanbestedende dienst en de vervoerder voldoen niet aan artikel 2.163c Aanbestedingswet 2012 indien de clausule of optie niet ook is opgenomen in de oorspronkelijke aanbestedingsdocumenten. Een wijziging op basis van een achteraf overeengekomen clausule of optie is derhalve geen aanbestedingsrechtelijk toegestane wijziging. Zonder een clausule of optie is de wijziging in feite een nieuwe opdracht die op grond van de aanbestedingsregels opnieuw in de markt moet worden gezet.
- 13.3 Als er sprake is van een contractuele herzieningsclausule heeft de vervoerder contractueel recht op wijziging van de overeenkomst. Als de opdrachtgever zich daar niet aan houdt pleegt deze wanprestatie en heeft de vervoerder recht op schadevergoeding.
- 13.4 Een voorbeeld van een prijsindexeringsclausule is de NEA-indexering taxivervoer. Panteia voert jaarlijks onderzoek uit, waarbij de kostenontwikkelingen voor het taxivervoer worden berekend. De NEA-index wordt steeds vaker in vervoerscontracten opgenomen. Zo staat in de Aanbestedingsleidraad uit 2020 bijvoorbeeld het volgende:

*“Indexering prijs Vervoer conform NEA  
De kostenontwikkelingen worden jaarlijks berekend door Panteia te Zoetermeer. Jaarlijks vindt een indexering plaats, voor het eerst per 1 januari 2021. De toe te passen index voor taxi is de NEA-indexering taxivervoer. Deze indexering wordt doorgaans in de maand november bekend gemaakt.*

*Prijsaanpassingen dienen uiterlijk op 1 december voorafgaande aan de wijziging aan de Opdrachtgever schriftelijk kenbaar gemaakt te worden, door middel van het overleggen van een aangepaste tarievenlijst. De tarieven worden afgerond op 2 decimalen. Inhaalslagen op niet doorgevoerde indexeringen worden niet geaccepteerd”*

- 13.5 De prijsaanpassingen die worden gemaakt naar aanleiding van de NEA-indexering zijn aanbestedingsrechtelijk toegestaan. Het is echter niet te verwachten dat de coronacrisis een ‘merkbaar’ invloed zal hebben op de NEA-index, aangezien de daarin meegewogen kostenontwikkelingen enkel betrekking hebben op zaken zoals afschrijving en rente, verzekeringen, stalling, brandstof, banden, onderhoud en reparatie, arbeidskosten en overige personeelskosten. Of de zorgvervoerder genoeg moet nemen met (alleen) aanpassing van prijzen en tarieven conform deze index (die alleen ziet op de prijsontwikkeling) is een onderwerp dat hiervoor in hoofdstuk II is besproken. De coronapandemie kan immers ook een grotere wijziging van het contract rechtvaardigen.
- 13.6 De hiervoor in §3.5 geciteerde Aanbestedingsleidraad uit 2020 voorziet in een mogelijkheid tot wijziging van de kostprijs per declarabele reiskilometer indien het vervoersvolume in enig kalenderjaar meer dan 20% negatief of positief afwijkt van de historische aantallen.

*“Afwijkingen van meer dan 20% naar boven of naar beneden zijn onderwerp van overleg om te bezien of er een aanleiding bestaat om te komen tot een gewijzigde kostprijs per declarabele reiskilometer zonder dat er daarbij sprake mag zijn van een wezenlijke wijziging.*



# Ventoux

*Bij een afwijking van meer dan 20% is het aan Opdrachtnemer om schriftelijk, feitelijk, concreet en deugdelijk onderbouwd aan te tonen dat aanpassing van de kostprijs per declarabele reiskilometer gerechtvaardigd is middels het indienen van een nieuw prijzenblad. Deze bepaling verplicht partijen uitsluitend om met elkaar in overleg te treden en in alle redelijkheid een eventuele prijsaanpassing te bespreken. Prijsaanpassing zal uitsluitend plaatsvinden indien Opdrachtgever door Opdrachtnemer is overtuigd van de redelijkheid van de prijsaanpassing.”*

13.7 De bovenstaande clausule uit de Aanbestedingsleidraad uit 2020 vermeldt dus de voorwaarden waaronder een prijswijziging kan worden doorgevoerd en voorziet niet in wijzigingen die de algemene aard van de opdracht wijzigen. Daarnaast is de aard van de wijziging vermeldt, namelijk een prijswijziging. De omvang van de wijziging wordt echter niet vastgesteld. De omvang van de eventuele prijsaanpassing dient immers door partijen te worden bepaald. De prijsaanpassing kan hierdoor mogelijk niet door de zogenoemde herzieningsclausule worden gerechtvaardigd. Onduidelijk is namelijk of de wijze waarop de prijsaanpassing in de aanbestedingstukken is omschreven aanbestedingsrechtelijk voldoet aan de vereisten van een herzieningsclausule doordat geen beperking aan de omvang van deze wijzigingsmogelijkheid wordt gesteld.

13.8 Naast een prijsindexeringsclausule kan ook een optie zijn opgenomen in de aanbestedingsdocumenten. Hiermee kan de mogelijkheid zijn geboden tot het verlengen van de opdracht voor een bepaalde periode. De Aanbestedingsleidraad uit 2020 voorziet in deze mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om de opdracht in totaal met 6 maanden te verlengen:

*“De Callcenterovereenkomst en de Vervoersovereenkomst worden afgesloten (voor een looptijd van drie jaar en vier maanden en drie dagen) vanaf 15 augustus 2020 tot en met 18 december 2023. Na het verstrijken van deze periode heeft de Aanbestedende dienst de mogelijkheid de Opdracht 2 maal tegen dezelfde voorwaarden eenzijdig te verlengen voor een periode van telkens 3 maanden.”*

13.9 De wijziging op basis van een herzieningsclausule of optie mag de algemene aard van de opdracht niet veranderen. Zie hiervoor verder § 12.3. Dit lijkt bij deze clausule niet het geval te zijn.

13.10 Wijzigingen die voldoen aan de voorwaarden van artikel 2.163c van de Aanbestedingswet 2012 hoeven niet bekend te worden gemaakt via TenderNed.

## **14. Onvoorziene omstandigheden**

14.1 In deze situatie kan mogelijk een beroep worden gedaan op de ‘onvoorziene omstandigheden’ op grond van artikel 2.163e van de Aanbestedingswet 2012:

*“1. Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien:  
a. de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien,*



# Ventoux

*b. de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengt, en*

*c. de verhoging van de prijs niet meer bedraagt dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.*

*2. Artikel 2.163d, tweede tot en met zesde lid, is van overeenkomstige toepassing.”*

14.2 Om een succesvol beroep te kunnen doen op het bovenstaande artikel moet worden voldaan aan de daarin genoemde voorwaarden.

14.3 Allereerst moet er sprake zijn van ‘omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien’. Het moet gaan om externe omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normale zorgvuldige voorbereiding van de oorspronkelijke gunning door de aanbestedende dienst, met name wanneer sprake is van een contract met een lange termijn. Of er sprake is geweest van een normale zorgvuldige voorbereiding is onder meer afhankelijk van de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de gangbare 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.

14.3.1 In deel II van dit advies is aangetoond dat de coronapandemie als ‘onvoorziene omstandigheid’ moet worden aangemerkt. Hierdoor ligt het voor de hand dat diezelfde omstandigheden ook als rechtvaardiging in het kader van artikel 2.163e van de Aanbestedingswet 2012 kunnen worden gebruikt.

14.4 Daarnaast mag de wijziging de algemene aard van de opdracht niet veranderen. Zie hiervoor verder § 12.3.

14.5 Tenslotte mag de verhoging van de prijs niet meer bedragen dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Het gaat hierbij om de prijs per wijziging. Indien er verschillende wijzigingen worden doorgevoerd kan de totale prijs van de wijzigingen de 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht overschrijden. Men moet er echter op bedacht zijn dat de opeenvolgende wijzigingen niet verricht mogen worden om zich zodoende te onttrekken aan een nieuwe aanbestedingsprocedure. Dit houdt in dat een wijziging niet in tweeën gesplitst mag worden om daarmee per wijziging onder de 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht uit te komen. Omdat wij ervan uitgaan dat bij een wijziging de netto waarde van de vervoersovereenkomst in euro's niet zal toenemen, lijkt deze beperkingen niet tot een probleem te leiden.

14.6 Uit het tweede lid van artikel 2.163e van de Aanbestedingswet 2012 volgt dat een publicatie van de wijziging op TenderNed moet worden geplaatst.

## **15. Tijdelijke contracten**

15.1 AIM heeft tevens de vraag gesteld of de coronapandemie het verlengen van bestaande contracten rechtvaardigt dan wel het afsluiten van kortdurende contracten.

15.2 Ten aanzien van het verlengen van bestaande contracten geldt het volgende:

# Ventoux

- 15.2.1 Als het contract al een verlengingsoptie bevatte<sup>45</sup>, dan leidt gebruikmaking daarvan niet tot een schending van het aanbestedingsrecht.
- 15.2.2 Als het contract *geen* verlengingsoptie bevatte dan wordt het (tijdelijk) verlengen van de overeenkomst als wijziging aangemerkt. Of die wijziging toegestaan is moet beoordeeld worden op basis van de hiervoor genoemde criteria.
- 15.3 De Aanbestedingswet 2012 biedt twee mogelijkheden om (tijdelijke) opdrachten niet via een standaardprocedure met normale termijnen te vergeven.
- 15.3.1 De versnelde procedure<sup>46</sup>: in een “urgente situatie” mag de aanbestedende dienst de wettelijke minimumtermijnen verkorten.
- 15.3.2 Onderhandse gunning van opdrachten. Volgens art. 2.32 lid 1 sub c Aanbestedingswet kan hiervan gebruik worden gemaakt:
- “voor zover zulks strikt noodzakelijk is, ingeval de termijnen van de openbare procedure, de niet-openbare procedure of de mededingingsprocedure met onderhandeling wegens dwingende spoed niet in acht kunnen worden genomen als gevolg van gebeurtenissen die door de aanbestedende dienst niet konden worden voorzien en niet aan de aanbestedende dienst zijn te wijten”.*
- 15.4 In een ouder kort geding tussen Centric en de gemeente Eindhoven oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch<sup>47</sup> overigens dat een noodmaatregel geen aanbesteding behoefde. Het is onduidelijk of andere rechters dit oordeel zullen volgen.

## 16. Botsing met staatssteunregels?

- 16.1 Een laatste punt waar kort op in wordt gegaan, is het verschil tussen staatssteun en overheidsopdrachten en de daarbij van toepassing zijnde regels en wetten.
- 16.2 Op het moment dat er sprake is van een overheidsopdracht of wanneer een subsidie te kwalificeren is als een overheidsopdracht, is het aanbestedingsrecht van toepassing. Wanneer er echter sprake is van louter een subsidie, dan dienen de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en mogelijk de Europese staatssteunregels toegepast te worden<sup>48</sup>. De uiteindelijke beslissing of een financiële transactie/handeling door de overheid zich kwalificeert als een opdracht of subsidie ligt altijd bij de betreffende overheidsinstantie<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Die onderdeel vormde van de onderliggende aanbestedingsprocedure.

<sup>46</sup> art. 2.74 Aanbestedingswet 2012.

<sup>47</sup> Vonnis 30 juni 2006 ECLI:NL:RBSHE:2006:AY5180.

<sup>48</sup> <https://europadecentraal.nl/onderwerp/aanbesteden/subsidie-en-aanbesteden/>.

<sup>49</sup> <https://www.pianoo.nl/nl/visie-subsidie-overheidsopdracht>.

# Ventoux

- 16.3 Wanneer de overheidsinstantie marktconform handelt wordt de overheidsmaatregel niet als staatssteun gekwalificeerd. Dit houdt in dat de marktprijs voor het leveren van diensten moet worden betaald. Bij een aanbesteding wordt de tegenprestatie van de overheid in beginsel niet gezien als staatssteun. Van belang is dat de aanbestedende dienst geen kosten voor rekening neemt die bij een marktpartij horen te liggen<sup>50</sup>.
- 16.4 De Europese Commissie heeft het 'Tijdelijk handelingskader Europese Commissie voor steun in verband met coronavirus' gepubliceerd<sup>51</sup>. De daarin vermelde regels zijn per 19 maart 2020 in werking getreden. Op grond van deze regels kunnen ook lokale overheden, zoals gemeentes, maatregelen treffen. Uit de regels volgt dat overheden vijf mogelijkheden hebben om de economische gevolgen van corona tegen te gaan. Eén daarvan is de mogelijkheid tot schadecompensatie aan ondernemingen die extra hard worden getroffen (bijvoorbeeld in de transportsector en de toeristenbranche).

---

<sup>50</sup> Handreiking Staatssteun voor de overheid, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties December 2016, p. 12.

<sup>51</sup> Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak, Brussels, 13.3.2020 COM(2020) 112 final.

## IV. Conclusie en advies

### 17. Conclusie en advies

- 17.1 Hiervoor is aangetoond dat er meerdere redenen zijn om aan te nemen dat partijen bij een vervoerscontract gehouden zijn als gevolg van de coronapandemie in heronderhandeling te treden.
- 17.2 Er zijn verschillende rechtsgronden die tot deze verplichting leiden. Niet alleen kan de vervoersovereenkomst *zelf* hiertoe al noodzaken, omdat er bijvoorbeeld een wijzigingsclausule is opgenomen, maar ook de redelijkheid en billijkheid en de regeling omtrent gewijzigde omstandigheden kunnen hiertoe verplichten.
- 17.3 De Aanbestedingswet 2012 biedt meerdere aanknopingspunten om een dergelijke prijsaanpassing mogelijk te achten.

-/-