Bij een overheidsaanbestedingstraject beschikt de overheid over een machtspositie en kan om die reden de contractvoorwaarden geheel naar eigen behoefte opstellen. Het gebeurt niet zelden dat deze bepalingen afwijken van de standaardvoorwaarden die in de betreffende sector gebruikelijk zijn en hierdoor als onevenwichtig worden aangemerkt. Wat voor mogelijkheden heeft men als inschrijvende marktpartij indien de aanbestedende overheid gebruik maakt van deze onevenwichtige contractvoorwaarden?
Inhoudsopgave

1 INLEIDING ........................................................................................................................................... 3

1.1 AANLEIDING .................................................................................................................................... 3

1.2 PROBLEEMOMSCHRIJVING ............................................................................................................. 5

1.3 VRAAGSTELLING ............................................................................................................................ 6

1.4 METHODEN VAN ONDERZOEK ...................................................................................................... 8

1.5 MAATSCHAPPELIJKE EN WETENSCHAPPELIJKE RELEVANTIE ....................................................... 9

2 OVERHEIDSANBESTEDING .................................................................................................................... 11

2.1 HET OVERHEIDSANBESTEDINGSTRAJECT .................................................................................. 11

2.2 PARTIJBELANGEN ............................................................................................................................ 12

2.2.1 BELANGEN VAN DE OVERHEIDSANBESTEDER .................................................................... 12

2.2.2 BELANGEN VAN DE INSCHRIJVER ......................................................................................... 13

2.3 PARTIJVERHOUDING ....................................................................................................................... 13

2.3.1 MONOPSONIE ............................................................................................................................. 14

2.3.2 GEVOLGEN VAN DE MONOPSONIEPOSITIE ......................................................................... 14

2.4 JURIDISCH KADER ......................................................................................................................... 15

2.4.1 VERBINTEISRECHTELIJK PERSPECTIEF ............................................................................... 15

2.4.2 AANBESTEDINGSRECHTELIJK PERSPECTIEF ....................................................................... 16

2.4.3 VERHOUDING TUSSEN VERBINTEISEN- EN AANBESTEDINGSRECHT .................................. 18

2.5 TUSSENCONCLUSIE ....................................................................................................................... 22

3 TOETSING VAN ONEVENWICHTIGE CONTRACTVOORWAARDEN ................................................... 23

3.1 REDENEN VOOR ONEVENWICHTIGE CONTRACTVOORWAARDEN .......................................... 24

3.2 EFFECT VAN ONEVENWICHTIGE CONTRACTVOORWAARDEN OP MARKT EN MARKTPARTIJ ...... 25

3.3 EVENWICHTIGE VERSUS ONEVENWICHTIGE CONTRACTVOORWAARDEN .......................... 26

3.3.1 ONEVENWICHTIGE CONTRACTVOORWAARDEN ................................................................ 26

3.3.2 TOETSINGSKADER .................................................................................................................... 27

3.3.3 BEoordeling .................................................................................................................................. 29

3.4 TUSSENCONCLUSIE ....................................................................................................................... 29

4 CONTRACTENRECHTELIJKE REMEDIES TEGEN ONEVENWICHTIGE CONTRACTEN .................. 31

4.1 EX ANTE-TOEPASSING CONTRACTENRECHT ............................................................................ 31
4.2 EX POST-TOEPASSING CONTRACTENRECHT ................................................................. 33
  4.2.1 MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN ................................................................. 33
  4.2.2 REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID ......................................................................... 34
  4.2.3 UITLEG VAN DE OVEREENKOMST ................................................................. 34
4.3 CONTRACTSWIJZING VOLGENS HET AANBESTEDINGSRECHT ..................................... 35
  4.3.1 UITGANGSPUNT AANBESTEDINGSRECHT ......................................................... 35
  4.3.2 JURISPRUDENTIE OP EUROPEES NIVEAU ...................................................... 36
  4.3.3 JURISPRUDENTIE OP NATIONAAL NIVEAU .................................................... 37
4.4 TUSSENCONCLUSIE .................................................................................................... 38
5 CONCLUSIE .................................................................................................................... 39
6 LITERATUUR ................................................................................................................... 44
1 Inleiding

Een aanbestedingsopdracht bij een overheidsinstelling; vanwege de grote omvang van de opdracht en de veelal langere periode van uitvoering lijkt een overheidsaanbestedingsopdracht voor ondernemers al snel een zeer interessante klus. Een groot deel van het personeel kan worden ingezet, de planning is gevuld en een goede omzet is verzekerd. Of toch niet?

De jurisprudentie toont aan dat een overheidsaanbestedingsopdracht niet altijd zo interessant is als deze in eerste instantie lijkt. Zo schreef Deerns Groep B.V. zich in 2005 in op een overheidsaanbestedingsopdracht omtrent de nieuwbouw en renovatie van het Provinciehuis te Haarlem. Het aanbestedingscontract bleek echter een contractvoorwaarde te bevatten waarmee Deerns niet akkoord wenste te gaan; Deerns zou volgens deze bepaling de volledige aansprakelijkheid op zich nemen. Omdat Deerns niet akkoord ging met de volledige inhoud van het selectiedocument, werd de inschrijving van Deerns ‘ongeldig’ bevonden en kwam de onderneming niet langer in aanmerking voor de opdracht. Men heeft als geïnteresseerde marktpartij aldus weinig te zeggen over de contractvoorwaarden die aan een aanbestedingsopdracht worden verbonden; een voorbehoud in de door de aanbesteder gestelde contractvoorwaarden kan zelfs tot uitsluiting van de procedure leiden. Deerns heeft aan den lijve ondervonden dat aan een in beginsel aantrekkelijk ogende overheidsaanbestedingsopdracht ook belangrijke nadelen verbonden kunnen zijn. Maar beschikt een ondernemer niet over mogelijkheden om deze nadelen te bedwingen?

1.1 Aanleiding

De overheid maakt steeds meer gebruik van het fenomeen aanbesteding voor het inkopen van goederen en diensten, onder meer om tegemoet te komen aan de doelstellingen van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. De inzet van het overheidsaanbestedingstraject is aldus bezig aan een opmars. In de praktijk is echter gebleken dat het binnenhalen van een overheidsaanbestedingsopdracht voor een onderneming niet gelijk staat aan de garantie om zonder risico’s aan de slag te kunnen. Dit wordt grotendeels

1 Vt Haarlem 5 december 2005, rolnr. 1117486/KG ZA 05-547, Deerns/Provincie Noord-Holland.
2 Immers aansprakelijkheid voor “…alle schade die door de Provincie of door derden wordt geleden als gevolg van een gebrekkige dienstverlening of als gevolg van handelen of nalaten van het Adviesbureau, van zijn Medewerkers of van degenen die door haar bij de uitvoering van de Raamovereenkomst zijn betrokken.”
3 De inschrijvende marktpartij die geïnteresseerd is in een overheidsaanbestedingsopdracht wordt in dit stuk tevens aangeduid als aanbieder, opdrachtnemer, dienstverlener en inschrijver.
4 Het bijdragen aan de vorming van een Europese markt door het stimuleren van vrije mededinging en grensoverschrijdende bedrijvigheid binnen de Europese Unie (volgt uit: Idzenga e.a. 2010, pag. 11).
5 Uit onderzoek dat in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken werd uitgevoerd blijkt dat de rijkssoeverheid in 2008 van de opdrachten die aanbesteed hadden moeten worden 86% daadwerkelijk aanbesteedde, wat een flinke verbetering is ten opzichte van het percentage van 78% uit het jaar 2006. Ook vergeleken met voorgaande jaren is nooit eerder een dergelijk percentage behaald. Of een overheidsopdracht moet worden aanbevolen hangt af van de waarde van de opdracht; boven een bepaald bedrag – de drempelwaarde – is de overheid verplicht de opdracht volgens de Europese aanbestedingsregels aan te besteden (volgt uit: Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys 2009, pag. 104).
veroorzaakt door de monopsoniepositie waarover de aanbestedende overheid beschikt; de overheid als vragende partij bevindt zich tegenover meerdere aanbiedende partijen. Dankzij deze machtspositie kan een monopsonist eenzijdig contractvoorwaarden opstellen welke regelmatig als onevenwichtig dienen te worden aangemerkt; ze worden door de overheidsaanbesteder opgesteld in het voordeel van zichzelf en in afwijking van de breed geaccepteerde standaardvoorwaarden. Een relatief kleine en financieel zwakkere marktpartij is bij een overheidsaanbestedingstrajec afhankelijk van deze monopsonist en zal over mogelijk onevenwichtige contractvoorwaarden in de aanbestedingsopdracht niet gauw met de aanbestedende overheid kunnen onderhandelen. Het is slikken of stikken. Anders gezegd; als een geïnteresseerde marktpartij niet akkoord gaat met de volledige inhoud van de overheidsaanbestedingsopdracht dan wordt deze partij uitgesloten van de procedure.

Het uitbiedende karakter van de overheidsaanbesteding, de hierdoor toenemende toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden en de gevolgen die dit heeft voor in de aanbestedingsopdracht geïnteresseerde marktpartijen, toont de noodzaak aan van opheldering. In deze scriptie wordt dan ook bekeken wat wordt verstaan onder deze onevenwichtige contractvoorwaarden en welke juridische contractenrechtelijke remedies men vervolgens als meedingende onderneming heeft tegen dergelijke door de overheidsaanbesteder opgestelde ‘wurgbepalingen’.  

1.1.1 Aanzet tot onderzoek
Aan de Vrije Universiteit van Amsterdam wordt momenteel gewerkt aan een proefschrift over de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden bij overheidsaanbestedingen. Met betrekking tot dit proefschrift plaatste mr. Mutluer een oproep in het Tijdschrift voor Bouwrecht waarin zij aangaf op zoek te zijn naar voorbeelden van onevenwichtige contractvoorwaarden die door overheidsaanbesteders worden opgelegd in de bouwsector. Deze oproep vormde de aanzet tot verdere verdieping in het onderwerp waarna al gauw bleek dat over het onderwerp – veelal recentelijk – diverse artikelen en uitspraken verschenen zijn.

De discussie in de literatuur over het onderwerp van onevenwichtige contractvoorwaarden bij overheidsaanbesteding heeft zich geconcentreerd in het Nederlands Juristenblad. Drion opende de discussie met de stelling dat vele overheden de regels van het openbare aanbestedingsrecht aan hun laars lappen en dat door overheden misbruik wordt gemaakt van het criterium ‘de economisch meest

---

6 Het begrip ‘monopsonie’ wordt in paragraaf 2.3 nader uitgelegd en vergeleken met het begrip ‘monopolie’.
7 Voor de aanbestedende overheid worden in dit stuk synoniemen gebruikt: overheidsaanbesteder en opdrachtgever hebben dezelfde betekenis.
8 Mutluer 2010, pag. 95.
9 Bleecker 2003, pag. 773.
10 Ook bij een niet-overheidsaanbesteding is het mogelijk dat de opdrachtgever de inhoud van het contract bepaalt en dat deze over dezelfde dominante positie beschikt als een overheidslichaam, zie hierover tevens paragraaf 1.5. In dit stuk wordt echter slechts ingegaan op de overheidsaanbesteding, andere vormen van aanbesteding blijven buiten schot.
11 Mutluer 2011, pag. 89.
voordelige aanbieding'. 12 Tot de wegingsfactoren van dit criterium wordt immers tevens gerekend de mate waarin een aanbiedende partij bereid is zich te binden aan de inhoud van het contract en de daarin opgenomen onevenwichtige contractvoorwaarden. Jansen en Manunza schreven in het verlengde hiervan dat zich binnen het aanbestedingsrecht de ontwikkeling voordoet onevenwichtige contractvoorwaarden aan marktpartijen op te dringen. 13 Dit gebeurt door marktpartijen te dwingen in hun aanbieding aan te geven in welke mate zij bereid zijn zichzelf aan de gestelde contractvoorwaarden te binden. Zoals Drion eerder ook stelde is dit vervolgens doorslaggevend bij de beoordeling van de aanbiedingen. Leether betwijst het betoog van Jansen en Manunza. Hij erkent dat de opstellers van contractvoorwaarden deze naar zich toe schrijven maar ontkent dat aanbesteders het geheel voor het zeggen hebben. 14 Ook plaatst hij vraagtekens bij de omvang van het probleem. Jansen en Manunza reageren kritisch op dit artikel. 15 Zij stellen dat sprake is van een gebruikelijke praktijk en dat zij hieromtrent vanuit verschillende richtingen signalen ontvangen. 16

De genoemde oproep van mr. Mutluer en de wens een bijdrage te leveren aan voornoemde discussie vormen tezamen de aanleiding van dit onderzoek. 17

1.2 Probleemomschrijving
Zoals reeds in de vorige alinea werd aangegeven, geschiedt het in de markt zetten van grote projecten in toenemende mate middels een overheidsaanbestedingstraject. Ook werd uitgelegd dat de overheidsaanbesteders hierbij over een machtspositie beschikt ten aanzien van inschrijvende partijen; het is dan ook de monopsonistische overheidsaanbesteder die de inhoud van het contract bepaalt. Hierbij wordt regelmatig zonder goede grond afgeweken van de grondprincipes van het (bouw)-contractenrecht. 18 Deze afwijkende en hiermee vaak onevenwichtige contractvoorwaarden zijn vaak een combinatie van ongebruikelijke en vergaande verplichtingen en risico’s voor de wederpartij van de overheidsaanbesteder met een opeenstapeling van zekerheden en boetebepalingen. 19 Het onderzoeksdoel is dan ook het opheffen van de wijze waarop door de overheidsaanbesteders wordt afgeweken van deze grondprincipes en wat de inschrijvende partijen tegen door de overheidsaanbesteder gestelde onevenwichtige contractvoorwaarden kunnen ondernemen. Hierbij dient de werking van de verschillende rechts-
gebieden in acht te worden genomen; voorafgaand aan de aanbestedingsovereenkomst wordt de rechtsverhouding in belangrijke mate beheerst door het aanbestedingsrecht en vanaf het moment van de totstandkoming van de aanbestedingsovereenkomst bepaalt het verbintenissenrecht de rechtsverhouding.\textsuperscript{20}

1.3 Vraagstelling

De centrale onderzoeksvraag luidt als volgt:

“Wat wordt verstaan onder door de aanbestedende overheid opgelegde onevenwichtige contractvoorwaarden en welke juridische remedies heeft de kleine, financieel zwakkere marktpartij tegen dergelijke contractvoorwaarden?”

Deze onderzoeksvraag valt uiteen in de volgende subvragen:

1. Waardoor wordt een overheidsaanbestedingsprocedure gekenmerkt, gelet op de verhouding tussen de overheidsaanbesteder en de geïnteresseerde marktpartijen en het juridisch kader dat hierop van toepassing is? (Hoofdstuk 2)

Tijdens een overheidsaanbestedingstraject worden verschillende fasen doorlopen. Zo vangt het traject aan met het uiteenzetten van de aanbestedingsopdracht, vervolgens wordt de opdracht in de markt gezet en kunnen geïnteresseerde partijen hierop reageren. Na de opening van de inschrijving – de eigenlijke aanbesteding – maakt de aanbesteder zijn definitieve keuze uit de aanbiedingen: de gunning.\textsuperscript{21} De concurrentiewerking bij een aanbesteding tussen alle inschrijvende partijen zorgt ervoor dat de prijs omlaag gaat; geïnteresseerde partijen dienen een inschrijving te doen met een zo scherp mogelijke prijskwaliteit verhouding.\textsuperscript{22} Naast de voordelen die deze concurrentiewerking ten gunste van de overheidsaanbesteder met zich meebrengt zijn er, zoals ook in paragraaf 1.1 en 1.2 is verwoord, ten aanzien van de inschrijvende partijen ook nadelen aan verbonden. Hoe verhouden de partijen zich hierbij tot elkaar? Om het juridische kader te geven dat op de overheidsaanbestedingsprocedure van toepassing is wordt daarnaast ingegaan op de vraag in welke verhouding het aanbestedings- en verbintenissenrecht tot elkaar staan tijdens dit traject en of sprake is van een wisselwerking tussen beide.

2. Op welke manier wordt bij een overheidsaanbesteding gebruikgemaakt van onevenwichtige contractvoorwaarden en welk oordeel vloeit voort uit de toetsing van dergelijke voorwaarden aan het toetsingskader gebaseerd op de Leidraad Aanbesteden? (Hoofdstuk 3)

Standaardvoorwaarden zijn in iedere sector breed geaccepteerde bepalingen waarmee de rechten en plichten van partijen worden vastgesteld. Centraal staat hier de vraag met welke typen contractvoorwaarden op onevenwichtige wijze wordt afgeweken van de standaardvoorwaarden en welke

\textsuperscript{20} Jansen 2008, pag. 526.
\textsuperscript{21} Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys 2004, pag. 389.
\textsuperscript{22} “WAAROM EEN AANBESTEDING”, www.mkbservicedesk.nl 13 juli 2011 (zoek op WAAROM EEN AANBESTEDING?)
contractvoorwaarden aldus aanleiding vormen voor dit onderzoek. Allereerst worden de redenen genoemd die de aanbestedende overheid heeft om af te wijken van de standaardvoorwaarden en wordt ingegaan op de gevolgen die de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden heeft op het gedrag van de geïnteresseerde marktpartijen. Bepaalde risico’s worden immers in afwijking van de standaardvoorwaarden bij de wederpartij van de overheidsaanbesteding gelegd, wat leidt tot strategisch gedrag van de inschrijvende partijen.


3. Welke juridische remedies heeft de inschrijvende marktpartij ten aanzien van onevenwichtige contractvoorwaarden in een overheidsaanbestedingsopdracht? (Hoofdstuk 4)

Op grond van het aanbestedingsrecht dient een geïnteresseerde marktpartij ten aanzien van een aanbestedingsopdracht een aanbod te doen waarmee de gestelde contractvoorwaarden in het geheel worden geaccepteerd. Een inschrijving met een voorbehoud is volgens het aanbestedingsrecht ongeldig. Dit maakt het in beginsel onmogelijk om in de precontractuele fase welke voorafgaat aan de totstandkoming van de overeenkomst een beroep te doen op het contractenrecht tegen eventuele onevenwichtige contractvoorwaarden te corrigeren. De vraag is vervolgens of dit achteraf wel mogelijk is – dus na het sluiten van het overheidsaanbestedingscontract – en welke leerstukken hierop van toepassing zijn. Hieromtrent kunnen drie leerstukken worden genoemd, te beginnen met het misbruik van omstandigheden op grond van artikel 3:44 van het Burgerlijk Wetboek. Ten tweede kan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid op grond van de artikelen 6:2 jo 6:248 van het Burgerlijk Wetboek een rol spelen en tot slot wordt in de literatuur de ‘uitleg van de overeenkomst’ genoemd bij het achteraf beoordelen van een tot stand gekomen contract. Vanuit het aanbestedingsrecht mag een na een overheidsaanbesteding tot stand gekomen overeenkomst echter alleen op ‘ondergeschikte punten’ worden gewijzigd. Maar wat is een ondergeschikt punt? Dit vraagstuk wordt aan de hand van zowel de Europese als de nationale jurisprudentie beantwoord.

23 Bleeker 2003, pag. 773.
25 In het vervolg van dit document wordt gesproken over de Leidraad Aanbesteden.
26 Bleeker 2003, pag. 775.
27 Mutluer 2010, pag. 92.
1.4 Methoden van onderzoek

Subvraag 1 zal worden beantwoord middels dogmatisch onderzoek. Omdat de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden bij overheidsaanbesteding een onderwerp is waarover recentelijk veel is gepubliceerd, dient deze actuele informatie als geschikte bron. Daarnaast wordt de aanbestedingsprocedure in kaart gebracht aan de hand van standaard literatuur omtrent aanbestedingen. Het tevens in subvraag 1 besproken juridische kader wordt gebaseerd op de geldende wet- en regelgeving. Om de verhoudingen weer te geven tussen de verschillende van toepassing zijnde rechtsgebieden bij de totstandkoming van een overheidsaanbestedingsovereenkomst, worden onder andere verschillende aanbestedingsrechtelijke en privaatrechtelijke wetteksten gebruikt. Daarnaast is de aanvullende achtergrondinformatie van de besproken wetsbepalingen van belang en wordt gebruik gemaakt van de recent verschenen literatuur. Middels de jurisprudentie wordt invulling gegeven aan het ontbreken van eenduidigheid van bepaalde wettelijke bepalingen.


In subvraag 3 worden allereerst de mogelijkheden bekeken die het civiele recht biedt om ex-ante en ex-post te reageren op gestelde onevenwichtige contractvoorwaarden en wordt vervolgens besproken hoe een mogelijke wijziging van een overheidsaanbestedingsovereenkomst vanuit het aanbestedingsrecht dient te worden beoordeeld. Voor de beantwoording van dit hoofdstuk wordt opnieuw gebruik gemaakt van de van toepassing zijnde wetteksten waarbij de nadruk ligt op het civiele recht en het aanbestedingsrecht. Tot slot speelt bij de beantwoording van subvraag 3 de Europese en nationale jurisprudentie een belangrijke rol.

28 De heer Mak van Deerns Groep BV sprak tijdens het symposium ‘Onevenwichtige voorwaarden’ op 16 maart 2010 over de reactie van de praktijk op onevenwichtige contractvoorwaarden bij overheidsaanbesteding. Om aanvullende informatie te vergaren is getracht in gesprek te komen met de heer Mak. Helaas is persoonlijk contact met de heer Mak niet mogelijk gebleken, Deerns Groep BV is een omvangrijke internationale organisatie. Wel is de exacte tekst van de lezing van de heer Mak tijdens het symposium van 16 maart 2010 opgevraagd, waarmee het hoofdstuk voldoende kon worden aangevuld.
1.5 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie

Zoals de aanleiding van het onderzoek in paragraaf 1.1 vermeldt, leeft de discussie omtrent de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden in het wetenschappelijke debat. Maar niet alleen voor de wetenschap is het onderwerp van belang, ook de maatschappij is erbij gebaat dat meer duidelijkheid ontstaat over welke juridische remedies een marktpartij heeft bij het aangaan van een overheids-aanbestedingsovereenkomst waarin mogelijk onevenwichtige contractvoorwaarden zijn opgenomen. Bij een aanbestedingsoordracht zijn immers diverse partijen betrokken. Hierbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen de belangen van enerzijds de aanbestedende overheid die de contractvoorwaarden opstelt en anderzijds die van de geïnteresseerde marktpartijen. 29 Dat de genoemde tegenstrijdige belangen tot problemen kunnen leiden volgt onder andere uit de jurisprudentie, het arrest uit de inleiding van dit hoofdstuk is hiervan een voorbeeld. De aanbestedende overheid wenst een zo gunstig mogelijke opdracht te verwezenlijken waarbij bepaalde risico’s in de richting van de marktpartij worden geschoven, terwijl de marktpartij deze risico’s niet wil en vaak ook niet kan dragen.

Naast het gebruik van onevenwichtige contractvoorwaarden in de aanbestedingspraktijk komt de toepassing van dergelijke voorwaarden ook voor in het algemene contractenrecht. Dat in 1993 de Europese richtlijn betreffende oneerlijke bedingingen 30 in consumentenovereenkomsten tot stand is gekomen toont dit op heldere wijze aan. 31 De Nederlandse wetgeving ging hier aan vooraf middels enkele reeds in 1992 ingevoerde bepalingen in het Burgerlijk Wetboek: in afdeling 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek werd een wettelijke regeling voor algemene voorwaarden opgenomen. In artikel 6:238 van deze afdeling is onder andere bepaald dat bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld en dat in geval van twijfel de voor de consument gunstigste uitleg zal prevaleren en in artikel 6:237 BW is bijvoorbeeld opgenomen dat een contractvoorwaarde die de gebruiker een ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn voor de nakoming geeft wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn. In de afgelopen jaren is er zelfs een duidelijke tendens ontstaan waarbij bedingen in consumentenovereenkomsten steeds vaker worden getoetst op het onredelijk bezwarend zijn ervan. 32

Bij de meeste overeenkomsten is de tegenprestatie van de wederverbintenis duidelijk en is bescheiding tegen onevenwichtige contractvoorwaarden ook niet per se noodzakelijk. De levering van een huis-houdelijk apparaat of het schilderen van een deur kan weinig onduidelijkheden opleveren. In sommige gevallen is de te leveren prestatie minder duidelijk; bij verzekeringen ligt het bijvoorbeeld vaak wat moeilijker. Het risico dat door de verzekerder wordt overgenomen van de verzekerde wordt in de polis met de bijbehorende contractvoorwaarden zo exact mogelijk omschreven. Er wordt een opsomming gegeven van de gedekte gevaren en enkele aanvullende uitsluitingen daarop, zoals de uitsluiting van

29 Deze verschillende belangen van de betrokken partijen worden in paragraaf 2.2.1 en 2.2.2 nader toegelicht.
30 De terminologie ‘oneerlijke bedingingen’ komt overeen met de in dit stuk gehanteerde terminologie ‘onevenwichtige contractvoorwaarden’.
31 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993, betreffende oneerlijke bedingingen in consumentenovereenkomsten.
32 Vermeij 2009, p. 188. Ook hierbij geldt dat de terminologie ‘onredelijkheid’ overeenkomt met ‘onevenwichtigheid’.
schade die het gevolg is van een atoomkernreactie.\textsuperscript{33} Het komt echter ook voor dat uitsluitingen worden genoemd die zeer twijfelachtig te noemen zijn en waarbij vraagtekens kunnen worden gesteld omtrent de betekenis ervan. Zo kan de schade worden uitgesloten die het gevolg is van ‘het niet in acht nemen van bepaalde preventieve maatregelen’, maar wat wordt hieronder precies verstaan?\textsuperscript{34}

Naast de eerder genoemde voorbeelden van bedingen die voorkomen in consumentenovereenkomsten en zijn opgenomen in afdeling 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek, dient ook het arbitraal beding, als beding voorkomend in algemene voorwaarden, te worden genoemd. Op grond van dit beding wordt bepaald dat geschillen voortvloeiende uit de overeenkomst worden voorgelegd aan een arbitragecommissie waarbij partijen tevens afstand doen van hun recht op toegang tot de overheidsrechter. Naast de bezwaren over de arbitrageprocedure zelf (de kosten, tijdsduur, het bewijsrecht en de benoeming en achtergrond van de arbiters) wordt voornamelijk het laatstgenoemde element van het arbitragebeding in de literatuur bediscussieerd.\textsuperscript{35} Dit vanwege het feit dat het recht op toegang tot de overheidsrechter, dat in de Grondwet en zelfs in het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens is vastgelegd, wordt geschonden. In de jurisprudentie is daarom geoordeeld dat de nationale rechter ambtshalve dient te onderzoeken of het arbitragebeding oneerlijk is en indien dit zo is ervoor dient te zorgen dat de consument niet door het beding is gebonden.\textsuperscript{36}

Het feit dat in de algemene contractenrechtelijke wetgeving regels zijn vastgelegd omtrent de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden en dat voorwaarden steeds vaker op mogelijke onevenwichtigheid worden getoetst, toont aan dat de problematiek niet alleen het aanbestedingsrecht beheerst maar in breder perspectief dient te worden geplaatst. Specifiek met betrekking tot de aanbestedingspraktijk toont daarnaast de in paragraaf 1.1 genoemde wetenschappelijke discussie aan dat het onderwerp nader onderzocht dient te worden. Zoals tevens werd vermeld in paragraaf 1.1 wordt dan ook getracht middels dit onderzoek een bijdrage te leveren aan deze discussie. Vanwege de noodzakelijke afbakening van het onderwerp zal ik me in dit onderzoek toeleggen op de onredelijke contractvoorwaarden in aanbestedingsovereenkomsten.

\textsuperscript{33} Tolman 2001, p. 167.
\textsuperscript{34} Tolman 2001, p. 167.
\textsuperscript{35} Vermeij 2009, p. 188.
\textsuperscript{36} HvJ EG 27 april 2006, zaak C-168/05 (Mostaza Claro/ Centro Móvil) en HvJ EG 6 oktober 2009, zaak C-40/08 (Asturcom Telecomunicaciones SL/Rodríguez Nogueira).
2 Overheidsaanbesteding

Het door de overheid in de markt zetten van grote (bouw)projecten geschiedt regelmatig middels een aanbestedingstraject. Na de publicatie van de betreffende opdracht kan iedere belangstellende markt-partij een offerte indienen waarna de aanbestedende dienst op grond van vooraf bekend gemaakte objectieve selectie- en gunningscriteria uit deze offertes de keuze maakt aan wie de opdracht wordt gegund.\(^{37}\) Maar hoe ziet een aanbestedingstraject er nu precies uit? Deze vraag wordt in paragraaf 2.1 beantwoord. In paragraaf 2.2 wordt vervolgens gekeken naar de belangen van de betrokken partijen bij een overheidsaanbestedingsprocedure en in paragraaf 2.3 wordt het juridisch kader gegeven welke op deze procedure van toepassing is.

2.1 Het overheidsaanbestedingstraject

Het doel van aanbesteden is het beter op elkaar afstemmen van vraag en aanbod door de markt zijn werk te laten doen; middels de concurrentiewerking wordt ofwel de laagste prijs gerealiseerd, ofwel de prijs-kwaliteitsverhouding geoptimaliseerd.\(^{38}\) Dit effect wordt verstrekt doordat ook ondernemingen uit de verschillende lidstaten op elkaars markten kunnen meedingen naar overheidsopdrachten.\(^{39}\) Daarnaast kan een opdracht relatief eenvoudig en tegen relatief geringe kosten worden aanbesteed.\(^{40}\)

Een overheidsaanbestedingstraject is een veelomvattende procedure waarbij verschillende fasen kunnen worden onderscheiden. Zo vangt het traject aan met een voorbereiding waarbij de te verwerven dienst door de overheidsaanbesteder wordt gedefinieerd; wat moet er gebeuren, binnen welke termijn en binnen welk budget? Nadat dit is gebeurd worden de selectie- en gunningscriteria opgesteld en worden de marktpartijen ingelicht. Nadat door middel van de selectieramen een eerste schifting van de aanbiedende organisaties is gemaakt, wordt aan de hand van de gunningscriteria gekeken naar de inhoud van de offertes en wordt op basis daarvan de winnende inschrijver geselecteerd.\(^{41}\) Deze gunningscriteria bieden de spelers binnen de markt van overheidsopdrachten voorspelbaarheid en transparantie van de procedure, twee cruciale elementen van het aanbestedingsrecht.\(^{42}\)

Teneinde de gelijkheid van de diverse deelnemers te waarborgen dienen zij allen op gelijke voet over dezelfde informatie te beschikken over de wijze waarop de aanbestedende overheid de gehanteerde

---

38 ‘Waarom een aanbesteding’, www.mkbservicedesk.nl 13 juli 2011 (zoek op Waarom een aanbesteding?).
39 Klinge-van Rooij 2003, pag. 62.
40 Het gaat slechts om de kosten die de overheidsaanbesteder maakt om de aanbesteding te formuleren en in de markt te zetten en de inschrijfkosten van de ondernemingen.
42 Flamey 2007, pag. 146.
criteria zal beoordelen. Zo bevat het Aanstekingsreglement Werken – en de hieraan verbonden Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009 – specifieke voorschriften met betrekking tot de verschaffing van nadere informatie door aanbesteders aan inschrijvers. Hieruit volgt onder meer dat de overheidsaanbesteder iedere andere geïnteresseerde partij de mogelijkheid dient te bieden kennis te nemen van extra verstrekte gegevens. Tevens blijkt de vereiste gelijkheid uit de onverbindingverklaring die volgt op een in strijd met het aanbestedingsrecht gesloten overeenkomst, bijvoorbeeld een gunning zonder voorafgaande bekendmaking.

2.2 Partijbelangen
Nu het traject van een overheidsaanbestedingsopdracht in kaart is gebracht, wordt in deze paragraaf hetzelfde gedaan met de verhouding tussen de aanbestedende overheid en de inschrijvende marktpartij tijdens het overheidsaanbestedingstraject. Dit gebeurt door de primaire belangen van beide partijen weer te geven.

2.2.1 Belangen van de overheidsaanbesteder
Het belangrijkste doel voor overheidsaanbesteders is het vinden van een geschikte oplossing voor het probleem, bijvoorbeeld een metrolijn die moet worden aangelegd of een bepaalde overheidsinstantie die moet worden voorzien van nieuwe software voor de boekhouding en inventaris van de diensten daarvan. Aan die behoefte dient door een marktpartij tegen zo laag mogelijke totaalkosten te worden voldaan door het leveren van een kwalitatief hoogwaardige prestatie. Om dit te realiseren maakt een overheidsaanbesteder gebruik van haar unieke positie op de markt; zij beschikt over de mogelijkheid een vraagspecificatie op te stellen die exact op haar eigen behoeften is afgestemd.

Om het genoemde doel van de overheidsaanbesteder te kunnen realiseren, moet worden voorkomen dat de overheidsaanbesteder – nadat hij diens keuze uit de door de markt aangeboden oplossingen heeft bepaald – tijdens de uitvoering van het bouwproject voor verrassingen komt te staan. Daarom dient de overheidsaanbestedingsovereenkomst die met de wederpartij wordt aangegaan totale helderheid te verschaffen over de uitvoering van de opdracht. De aanbesteder dient volledig op de hoogte te zijn van de opdracht, zowel wat betreft de kostenberekeningen als wat betreft de uitvoering van de opdracht.

---

43 Flamey 2007, pag. 147.
44 Door middel van nota’s van inlichtingen, aanwijzingen en bezichtigingen (volgt uit: Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys 2004, pag. 311).
45 Scheltema 2006, pag. 8.
46 Deze behoeften kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op de functionaliteitsvereisten van het bouwproject en de realisatietermijn, maar ook op de beheersing en verdeling van de risico’s met betrekking tot interacties tussen de realisatie van het bouwproject en belangrijke omgevingsfactoren, en bijvoorbeeld op de belangen van derden (volgt uit: Scheltema 2006, sleutelpublicatie, pag. 17).
47 Dergelijke verrassingen kunnen zich bij de uitvoering van het project voordoen indien achteraf blijkt dat de uitgekozen marktpartij slechts tegen hogere kosten aan de behoeften van de overheidsaanbesteder kan voldoen (volgt uit: Scheltema 2006, sleutelpublicatie, pag. 17).
zoals de termijn waarin de opdracht wordt uitgevoerd en de kwaliteit die de marktpartij garandeert. 

Indien het immers ontbreekt aan helderheid in het contract en de daarop van toepassing zijnde voorwaarden is het mogelijk dat de ingeschreven marktpartij hier misbruik van maakt door bijvoorbeeld extra kosten door te berekenen. Hierop wordt in paragraaf 3.2 verder ingegaan.

### 2.2.2 Belangen van de inschrijver

Tegenover de hiervoor genoemde belangen van de overheidsaanbesteder staan zoals gezegd de belangen van de geïnteresseerde aanbieder. Deze primaire belangen komen grotendeels overeen met de belangen van iedere andere onderneming, namelijk het zorgen voor voldoende omzet en daarmee het streven naar bedrijfscontinuïteit. Daarnaast heeft een onderneming belang bij winstmaximalisatie, waarnaar bijvoorbeeld kan worden gestreefd door het veroveren van een sterke marktpositie. Dit kan worden bereikt door het leveren van kwalitatief hoogwaardige oplossingen die in de juiste verhouding staan tot de prijs die men ervoor betaalt. Naast de genoemde zakelijke belangen spelen ook emotionele en sociale belangen een rol aan de kant van de inschrijver. Voor een inschrijver is het immers belangrijk een opdracht naar behoren te volbrengen om de goede relatie met de opdrachtgever te behouden. Deze kan in de toekomst nieuwe vormen van samenwerking tot gevolg hebben.

De spanning tussen het belang van de overheidsaanbesteder als opdrachtgever en de inschrijvende partij als opdrachtnemer is feitelijk altijd aanwezig bij commerciële contractuele relaties. Iedere partij streeft immers naar een optimale realisatie van het eigen primaire belang. In de praktijk is gebleken dat men tot de beste uitkomst komt indien door de partijen wordt gestreefd naar het in evenwicht brengen van ieders belangen. Hierdoor dient men soms het spreekwoordelijke water bij de wijn te doen. De vraag is echter of ook de aanbestedende overheidsaanbesteder bij een overheidsaanbestedingsovereenkomst bereid is water bij de wijn te doen en de belangen van de geïnteresseerde marktpartij op bepaalde punten kan laten prevaleren boven haar eigen belang.

### 2.3 Partijverhouding

Tijdens een overheidsaanbestedingstraject beschikken de betrokken partijen over uiteenlopende posities ten opzichte van elkaar. Dit wordt veroorzaakt doordat er bij een overheidsaanbestedingsprocedure, in tegenstelling tot bij een normale tostandkomingsprocedure van een overeenkomst, sprake is van ‘monopsonie’; een vragende partij bevindt zich tegenover meerdere aanbiedende partijen. Wat houdt

---

48 Scheltema 2006, pag. 8.
49 Deze primaire belangen wordt gediend wanneer een onderneming in staat is de in het kader van haar bedrijfs economische activiteiten gemaakte kosten en gepleegde investeringen door middel van die activiteiten terug te verdienen (volgt uit: Scheltema 2006, sleutelpublicatie, pag. 18).
50 Scheltema 2006, pag. 8. Een onderneming heeft dit voor een groot deel zelf in de hand; een onderneming dient er zorg voor te dragen dat vakkundig personeel de projecten op overeengekomen wijze afgeleverd. Tevredenheid bij de opdrachtgever leidt tot meer klanten, wat vanzelfsprekend leidt tot meer opdrachten.
51 Mutluer 2010, pag. 95.
een dergelijke monopsoniepositie nu eigenlijk in en welke gevolgen heeft deze positie van de aanbestedende overheid voor de geïnteresseerde marktpartijen?

2.3.1 Monopsonie
De bijzondere marktsituatie die wordt aangeduid met de term monopsonie geldt als tegenhanger van het begrip monopolie. Een monopolie is een marktvorm waarbij slechts één onderneming een product aanbiedt. Deze onderneming kent geen concurrentie van andere ondernemingen die hetzelfde product tegen een lagere prijs aanbieden en heeft aldus alleen met de kopers van zijn product te maken. Hierdoor beschikt de onderneming over de mogelijkheid het product naar eigen wens in te richten en een hogere prijs voor het product te vragen dan in een situatie van volkomen concurrentie het geval zou zijn.\(^52\)

De situatie die zich bij monopsonie voordoet, is dat één vrager – de aanbesteder – op een door zichzelf gecreëerde markt een marktoverwicht ten opzichte van de aanbiedende partijen – de opdrachtnemers – in het leven kan roepen.\(^53\) In het geval van de overheidsaanbesteding gebeurt dit door middel van het aanbesteden van werken. De overheid beschrijft het bestek in meer of minder gedetailleerde mate en vergelijkt vervolgens de concurrerende prijsaanbiedingen van de verschillende opdrachtnemers met elkaar.

2.3.2 Gevolgen van de monopsoniepositie
De monopsoniepositie van de overheidsaanbesteder heeft voor geïnteresseerde marktpartijen grote gevolgen. De aanbestedende overheid benadert de verschillende aanbieders tegelijkertijd om zo diverse offertes te verkrijgen. Hierbij hebben de geïnteresseerde partijen ten opzichte van elkaar een concurrentiepositie en dienen zij allen een zo gunstig mogelijke aanbieding te doen om de opdracht gegund te krijgen; een voordelige aanbieding is dus essentieel.\(^54\) De overheidsaanbesteder maakt uiteindelijk een keuze tussen de gedane aanbiedingen aan de hand van de gestelde selectie- en gunningscriteria.

De afhankelijke positie van de aanbieder ten opzichte van de overheidsaanbesteder blijkt tevens uit de veelvoorkomende contractvoorwaarde dat de overheidsaanbestedingsovereenkomst ‘door de enkele aanvaarding van de overheidsaanbesteder tot stand komt’.\(^55\) Hiermee wordt de normale contractsvrijheid aanzienlijk beperkt, partijen kunnen over het aanbod immers niet meer onderhandelen.\(^56\) In het aanbestedingsrecht is deze contractuele onderhandelingsmogelijkheid in beginsel niet toegestaan vanwege de vereiste gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie en slechts mogelijk indien

\(^{52}\) ‘Monopolie’, www.ondernemersunited.nl 3 september 2011 (zoek op Monopolie).
\(^{53}\) Jansen 2001, afl. 44.
\(^{54}\) Mutluer en Jansen 2007, afl. 23.
\(^{55}\) Mutluer en Jansen 2007, afl. 23.
\(^{56}\) Bij de normale totstandkoming van een overeenkomst kunnen contractuele voorwaarden partijen slechts binden nadat door de ene partij een voorstel wordt gedaan en de andere partij de gelding van de voorgestelde voorwaarden eventueel na onderhandelingen aanvaardt. Door onderhandelingen te voeren, krijgen partijen de kans om wat betreft de inhoud van die voorwaarden een zo gunstig mogelijk eindresultaat te bereiken.
de gelijke behandeling van alle inschrijvers wordt gewaarborgd.\footnote{57} Een nadelige consequentie van het ontbreken van de onderhandelingsmogelijkheid is dat een onevenwichtig contract tot stand kan komen.\footnote{58}

2.4 Juridisch kader

Om een overheidsaanbestedingsovereenkomst goed te kunnen beoordelen dient het juridisch kader dat op de overeenkomst van toepassing is helder te zijn. In deze paragraaf wordt aangegeven welke regels op de rechtsverhouding tussen de overheidsaanbesteder en de inschrijvende marktpartij van toepassing zijn en hoe deze uiteenlopende regelgeving zich ten opzichte van elkaar verhoudt. Allereerst worden daarom de verbintenisrechtelijke en aanbestedingsrechtelijke perspectieven weergegeven. Vervolgens wordt de verhouding tussen beide perspectieven omschreven door te bekijken in welke mate sprake is van wisselwerking tussen de rechtsgebieden.\footnote{59}

Nadat in deze paragraaf is weergegeven met welke regels en beginselen tijdens de totstandkoming van een overheidsaanbestedingsovereenkomst rekening dient te worden gehouden, kan in het volgende hoofdstuk de daadwerkelijke toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden worden beoordeeld.

2.4.1 Verbintenisrechtelijk perspectief

In de literatuur wordt veelal als uitgangspunt genomen dat de onderlinge rechtsverhouding tussen de overheidsaanbesteder en de aanbiedende partij voorafgaand aan de overheidsaanbestedingsovereenkomst door het aanbestedingsrecht wordt beheerst, en vanaf het moment dat de overheidsaanbestedingsovereenkomst tot stand is gekomen door het verbintenissenrecht.\footnote{60} Het verbintenissenrecht wordt gekenmerkt door enkele beginselen waaraan voldaan dient te worden voordat van een contract verbindende werking uit gaat.\footnote{61} De belangrijkste beginselen worden hier besproken.

Het beginsel van partijautonomie vormt het basisbeginsel van het verbintenissenrecht en houdt het zelfbeschikkingsrecht van partijen in: het op grond van artikel 3:33 BW sluiten van een op een verklaarde wil berustende overeenkomst.\footnote{62} Met de partijautonomie hangt samen het beginsel van contractsvrijheid; het staat eenieder vrij wel of geen overeenkomst aan te gaan. Ten aanzien van gebreken in de wijze waarop de wil tot stand komt zijn de artikelen 3:44 en 6:228 BW van belang, waarin onder andere het misbruik van omstandigheden is opgenomen en waarmee de autonomie en contractsvrijheid van partijen

\footnote{57} Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys 2004, pag. 433. Zie tevens artikel 30 lid 4 van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten. Onderhandelingen zouden kunnen leiden tot een onevenredige positie van de ene aanbieder ten opzichte van de andere aanbieders.
\footnote{58} Mutluer en Jansen 2007, afl. 23.
\footnote{59} Naast de verbintenisrechtelijke en aanbestedingsrechtelijke regels kunnen tijdens het overheidsaanbestedingstraject ook bestuursrechtelijke regels een rol spelen. Deze bestuursrechtelijke regelgeving wordt in dit kader echter buiten beschouwing gelaten, de concentratie ligt op het aanbestedings- en verbintenissenrecht.
\footnote{60} De termen verbintenissenrecht en contractenrecht hebben dezelfde betekenis.
\footnote{61} Hartkamp en Sieburgh 2010, pag. 34.
\footnote{62} Hartkamp en Sieburgh 2010, pag. 35. In de literatuur wordt gesteld dat van afnemend belang is of een partij instemde met de \textit{inhoud} van een overeenkomst, maar voornamelijk wordt gekeken naar het \textit{externe gedrag} van een partij waarop de andere partij mocht vertrouwen (volgt uit: Chao-Duivis, Jansen en Vranken 2010, pag. 177).
wordt gewaarborgd.\(^{63}\) Met het vertrouwensbeginsel wordt het rechtvaardigd vertrouwen van beide contractpartijen beschermd. Indien een partij iets beweert mag de wederpartij dit als waar aannemen, tenzij het vertrouwen onredelijk zou zijn geweest wegens een kenbare onjuistheid.\(^{64}\) Daarnaast is het beginsel van de maatschappelijke rechtvaardigheid van belang, op basis waarvan de ongelijkwaardigheid tussen partijen dient te worden gecompenseerd.\(^{65}\)

**2.4.2 Aanbestedingsrechtelijk perspectief**

Zoals in de vorige paragraaf reeds werd aangegeven geldt als uitgangspunt dat de onderlinge rechtsverhouding tussen de overheidsaanbesteder en de inschrijver vanaf de totstandkoming van de overeenkomst wordt geregeld door het verbintenissenrecht. De periode hieraan voorafgaand wordt beheerst door het aanbestedingsrecht. Gelet op de in de vorige paragraaf genoemde beginselen kan verbintenisrechtelijk echter worden bepleit dat ook reeds voordat een overheidsaanbestedingsovereenkomst wordt gesloten de verbintenisrechtelijke regels dienen te worden nageleefd; op grond van het autonomiebeginsel kunnen immers alleen evenwichtige onderhandelingen leiden tot wilsovereenstemming over de inhoud van een overeenkomst.\(^{66}\) Tijdens het overheidsaanbestedingstraject voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst dient de overheidsaanbesteder echter de beginselen en regels van het aanbestedingsrecht in acht te nemen. Opmerkelijk is dat in deze beginselen juist beperkingen aan die onderhandelingsmogelijkheid worden gesteld.

Op welke regelgeving het aanbestedingsrechtelijk perspectief is gebaseerd en welke beginselen hieruit voortvloeien met betrekking tot de totstandkoming en beoordeling van een overheidsaanbestedingsovereenkomst wordt in deze paragraaf behandeld.

**2.4.2.1 Aanbestedingsrechtelijke regelgeving**

Binnen het aanbestedingsrecht bestaat een grote hoeveelheid aan wet- en regelgeving. Dit komt doordat het aanbestedingsrecht op Europees niveau tot stand is gekomen en vervolgens op lager niveau is uitgewerkt.\(^{67}\) Met de omzetting van de Europese richtlijnen in lagere, nationale regelgeving kregen

---

\(^{63}\) In hoofdstuk 4 wordt hier verder op ingegaan.

\(^{64}\) Bij dit het vertrouwensbeginsel spelen de redelijkheid en billijkheid uit de artikelen 6:2 en 6:248 BW een rol, wat eveneens in hoofdstuk 4 verder wordt uitgewerkt.

\(^{65}\) Chao-Duivis, Jansen en Vranken 2010, pag. 181.

\(^{66}\) Jansen 2008, pag. 540.

aanbestedende diensten een formele aanbestedingsplicht. De Hoge Raad overwoog dat pas aan het gelijkheidsbeginsel wordt voldaan indien is bijvoorbeeld opgenomen (15). Een advies om de naleving van het gelijkheidsbeginsel. Het transparantiebeginsel vervolgens dient ter controle van het gelijkheidsbeginsel; door openheid kunnen beslissingen gerechtvaardigd en verantwoord worden ten aanzien van andere geïnteresseerde marktpartijen. Het transparantiebeginsel strekt er aldus toe het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen door de naleving ervan controleerbaar te maken. De Hoge Raad overwoog dat pas aan het gelijkheidsbeginsel wordt voldaan indien iedere aanbieder de beschikking heeft over de gegevens die zij nodig heeft om de naleving van het gelijkheidsbeginsel te kunnen controlleren. Ook in de regelgeving komt de parallel tussen het gelijkheids- en transparantiebeginsel naar voren. In de Leidraad Aanbesteden is bijvoorbeeld opgenomen over welke zaken een overheidsaanbesteder extra informatie mag verstrekken aan een inschrijver en tot

Ten aanzien van het wijzigen van een aanbestedingsopdracht speelt naast de wet- en regelgeving tevens de jurisprudentie een belangrijke rol. In het aanbestedingsrecht is vastgesteld dat een aanbestedingsopdracht in verband met het gelijkheidsbeginsel slechts op ‘ondergeschikte punten’ mag worden gewijzigd. Wat exact wordt verstaan onder een ‘ondergeschikt punt’ is op Europees en op nationaal niveau in de jurisprudentie uitgewerkt. Hierop wordt in paragraaf 4.3 uitvoerig ingegaan.

2.4.2.2 Aanbestedingsrechtelijke beginselen
De beginselen van gelijke kans, transparantie en proportionaliteit en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid vormen de kern van het aanbestedingsrecht. Het gelijkheidsbeginsel is het meest centrale beginsel en komt voort uit het verbod op discriminatie; iedereen dient een gelijke kans te hebben om een aanbestedingsopdracht te verwerven. Het transparantiebeginsel vervolgens dient ter controle van het gelijkheidsbeginsel; door openheid kunnen beslissingen gerechtvaardigd en verantwoord worden ten aanzien van andere geïnteresseerde marktpartijen. Het transparantiebeginsel strekt er aldus toe het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen door de naleving ervan controleerbaar te maken.

In de jurisprudentie wordt invulling gegeven aan de relatie tussen dit transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel. De Hoge Raad overwoog dat pas aan het gelijkheidsbeginsel wordt voldaan indien iedere aanbieder de beschikking heeft over de gegevens die zij nodig heeft om de naleving van het gelijkheidsbeginsel te kunnen controlleren. Ook in de regelgeving komt de parallel tussen het gelijkheids- en transparantiebeginsel naar voren. In de Leidraad Aanbesteden is bijvoorbeeld opgenomen over welke zaken een overheidsaanbesteder extra informatie mag verstrekken aan een inschrijver en tot

---

69 Scheltema 2006, pag. 6.
71 Ondanks de beperkte bindingende kracht, vormt soft law een heldere uitwerking van en gewenste aanvulling op de minder concrete bindingede wet- en regelgeving.
72 Jansen 2010, sheet 7.
73 Waterman 2011, sheet 5.
74 Van den Berg, Bergman en Chao-Duivis 2010, pag. 204.
75 Van den Berg, Bergman en Chao-Duivis 2010, pag. 204.
welke consequenties extra informatieverstrekking kan leiden.\textsuperscript{77} Indien een inschrijver door informatie- 
vergaring een informatievoorsprong heeft verkregen ten opzichte van de overige inschrijvers dient de 
 overheidsaanbesteder dit te neutraliseren of de partij zelfs uit te sluiten van deelname aan de 
 overheidsaanbestedingsprocedure.\textsuperscript{78} Naast het gelijkheids- en transparantiebeginsel is tevens het 
proportionaliteitsbeginsel van groot belang tijdens de overheidsaanbestedingsprocedure; de eis of wens 
 van de overheidsaanbesteder dient in redelijke verhouding te staan tot de opdracht.

Het beginsel van proportionaliteit is net als het gelijkheids- en transparantiebeginsel opgenomen in 
 hoofdstuk 1.2 van het voorstel Aanbestedingswet.\textsuperscript{79} Daarnaast zijn deze beginselen uitgewerkt in de 
 besluiten BAO en BASS en in de meer specifieke regels die ten aanzien van een overheidsaanbestedings-
 procedure zijn gesteld, zoals de Leidraad Aanbesteden, het consultatiedocument behorende tot de 
 Leidraad Aanbesteden en het Aanbestedingsreglement Werken 2005.\textsuperscript{80}

**2.4.3 Verhouding tussen verbintenissen- en aanbestedingsrecht**

Uit het voorgaande blijkt wat de zwaartepunten van beide rechtsgebieden zijn, zo ook met het oog op 
 het sluiten van een overheidsaanbestedingsovereenkomst. Om het juridisch kader te kunnen schetsen 
 waarmee een overheidsaanbestedingsprocedure kan worden beoordeeld, dient echter tevens kenbaar te 
 zijn in welke mate het verbintenissen- en aanbestedingsrecht elkaar overlappen of wellicht overheersen. 
 Daarom wordt in deze paragraaf de volgende vraag beantwoord: in welke verhouding staan het 
 verbintenissen- en het aanbestedingsrecht tot elkaar bij de totstandkoming en de beoordeling van een 
 overheidsaanbestedingsovereenkomst en in welke mate is sprake van wisselwerking tussen beide? 
 Daarmee wordt immers duidelijk welke regels toegespast en nageleefd dienen te worden.\textsuperscript{81}

Om te beginnen geldt als uitgangspunt dat de rechtsverhouding tussen de aanbesteder en de 
 inschrijvende marktpartij tijdens de aanbestedingsfase primair aanbestedingsrechtelijk van aard is.\textsuperscript{82} Het 
 verbintenissenrecht wordt hier niet direct bij betrokken. Toch kan het verbintenissenrecht een 
 belangrijke aanvullende rol spelen bij het regelen van deze rechtsverhouding, bijvoorbeeld wanneer de 
 overheidsaanbesteder extra ‘spelregels’ op de rechtsverhouding tussen de aanbesteder en de 
 inschrijvende marktpartij van toepassing wil verklaren. Deze gewenste aanvulling is vaak wel opgenomen 
 in een aanbestedingsreglement, een aanbestedings- of een selectieleidraad, maar omdat beiden tot de 

\textsuperscript{77} Omdat de Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten soft law is, is deze tekst vooral richtinggevend voor de overheids-
anbesteder en gaat er geen bindende kracht vanuit.

\textsuperscript{78} Leidraad Aanbesteden, pag. 11.

\textsuperscript{79} Het feit dat slechts sprake is van een voorstel/ van de Aanbestedingswet, betekent dat nog geen sprake is van definitieve 
wetgeving en de wetsbepalingen nog geen bindende werking hebben. Derhalve kan het wetsvoorstel slechts dienen als 
handleiding gebaseerd op regelgeving, en welke naar alle waarschijnlijkheid in de toekomst gaat gelden. Partijen kunnen 
an de hand van het wetsvoorstel wel bedacht zijn op de mogelijke werking en gevolgen van het aanbestedingsrecht.

\textsuperscript{80} Besluit van 16 juli 2005, Stb. 408, Besluit van 16 juli 2005, Stb. 409, (zie voetnoot 62), Leidraad Aanbesteden, Leidraad 

\textsuperscript{81} Het gaat om geschillen die zowel rijzen tijdens de aanbestedingsfase, als die welke betrekking hebben op de totstand-
komming en de inhoud van de na een aanbestedingsprocedure gesloten overeenkomst (volgt uit: Jansen 2008, pag. 526).

\textsuperscript{82} Jansen 2008, pag. 527.
‘soft law’ behoren leiden deze niet tot gebondenheid van partijen.\textsuperscript{83} De oplossing voor dit probleem vormt het verbintenissenrecht: in een ‘procedure-overeenkomst’ kunnen de gewenste spelregels worden opgenomen waarmee na aanbod en aanvaarding van deze overeenkomst door beide partijen wordt bereikt dat de regels bindend op de rechtsverhouding tussen partijen van toepassing zijn.\textsuperscript{84} Vervolgens rijst de vraag hoe het aanbestedingsrecht en het verbintenissenrecht zich in dat kader tot elkaar verhouden. Voorop staat ook hier dat de overheidsaanbesteder dient te voldoen aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen; alle aan de procedure deelnemende ondernemingen dienen op gelijke en niet-discriminerende wijze behandeld te worden waarbij transparantie vereist is. De positie van de marktpartij aan wie de aanbestedingsopdracht wordt gegund mag dus middels de procedureovereenkomst niet bevoordeeld worden ten aanzien van hoe deze positie en die van de andere geïnteresseerde markt- partijen in eerste instantie was tijdens het aanbestedingstraject. Dit zou immers oneerlijk zijn ten opzichte van de andere partijen die de opdracht niet gegund hebben gekregen omdat hun aanbiedingen gericht waren op de oorspronkelijke voorwaarden die aan de aanbestedingsopdracht waren verbonden. Ondanks het feit dat het verbintenissenrecht middels de procedureovereenkomst een aanvullende rol kan spelen bij de afbakening van de aanbestedingsverhouding tussen de aanbestedende overheid en de inschrijvende marktpartij, blijft het aanbestedingsrecht aldus ook hier gelden en daarmee het verbintenissenrecht ‘overruilen’.

Een tweede uitgangspunt bij het bepalen van de verhouding tussen het verbintenissen- en aanbestedingsrecht is de leer van de afgebroken onderhandelingen. Op grond van het aanbestedingsrecht en de jurisprudentie is het voor een aanbesteder mogelijk om zich – nadat een aanbestedingsopdracht in de markt is gezet – aan de gehele overheidsaanbesteding te onttrekken en deze niet door te laten gaan. Een overheidsaanbesteder is niet verplicht over te gaan tot het gunnen van de opdracht.\textsuperscript{85} Het verbintenissenrecht oordeelt hier evenwel anders over; op grond van het verbintenissenrecht is het onaannemenbaar onderhandelingen af te breken indien dit niet in overeenstemming is met het vertrouwen dat de afbrekende onderhandelingspartij bij de onderhandelingspartner heeft gewekt met betrekking tot de kans op het tot stand komen van de overeenkomst waarover werd onderhandeld.\textsuperscript{86} Op grond van de jurisprudentie mogen onderhandelingen slechts worden afgebroken totdat dit rechts relevante totstandkomingsvertrouwen is ingetreden.\textsuperscript{87} Hierbij wordt tevens gekeken naar de fase waarin

\textsuperscript{83} Zoals eerder vermeld gaat van soft law een beperkte bindende kracht uit.

\textsuperscript{84} Jansen 2008, pag. 529. In die ‘procedure-overeenkomst’ spreken de overheidsaanbesteder en de inschrijvende marktpartij af dat de gunning van de aanbestede opdracht zal plaatsvinden op basis van een aanbestedingsprocedure die volgens een aantal vooraf vastgestelde en tussen beide partijen overeengekomen spelregels moet verlopen.


\textsuperscript{86} Ruigvooorn 2011, pag. 70.

de onderhandelingen zich bevinden. Eerst is er een periode in het onderhandelingsproces waarin het partijen zonder meer vrijstaat om onderhandelingen af te breken (de eerste fase), vervolgens betreden partijen een stadium waarin zij zich slechts nog kunnen terugtrekken wanneer de door de wederpartij gemaakte kosten worden vergoed (de tweede fase) en ten slotte kunnen de onderhandelingen een stadium bereiken (de derde fase) waarin partijen zo dicht bij een overeenkomst zijn gekomen dat zij zich nog slechts kunnen terugtrekken onder vergoeding van het positief contractsbelang.\textsuperscript{88} Het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen kan dus in specifieke gevallen een grondslag bieden voor schadevergoeding.\textsuperscript{89} Middels het verbintenisrechtelijke leerstuk van de afgebroken onderhandelingen en de schadevergoeding die hieruit kan voortvloeien kunnen aldus grenzen gesteld worden aan de uitoefening van de aanbestedingsrechtelijke bevoegdheid tot het afbreken van onderhandelingen met de winnende inschrijver. Hier kan de wisselwerking tussen het verbintenissen- en het aanbestedingsrecht worden vastgesteld.

Naast het geval dat een overheidsaanbesteder al tijdens de onderhandelingsfase besluit niet tot overheidsaanbesteding over te gaan, kan deze situatie zich ook voordoen nadat het aanbod van de inschrijver reeds is aanvaard. Hier komen we bij een derde uitgangspunt. Verbintenisrechtelijk is er na de aanvaarding van een aanbod een overeenkomst tot stand gekomen.\textsuperscript{90} In het aanbestedingsrecht was dit lange tijd ook het geval, zodra de gunningsbeslissing de betrokken inschrijver had bereikt kwam op grond van de jurisprudentie en de Rechtsbeschermingsrichtlijn de aanbestedingsovereenkomst tot stand.\textsuperscript{91}

Echter, het samenvallen van de totstandkoming van deze overeenkomst met de gunningsbeslissing van de overheidsaanbesteder is buiten werking gesteld en op deze wijze vastgelegd in de artikelen 55 BAO en 57 BASS. In voornoemde artikelen wordt eenvoudigweg bepaald dat de mededeling van de gunning geen aanvaarding van een aanbod als bedoeld in artikel 6:217 lid 1 BW inhoudt.\textsuperscript{92} Hiermee is de invloed van het verbintenissenrecht op deze gunningsbeslissing buiten werking gesteld. De onzekerheid die beide bepalingen tot gevolg hebben voor de inschrijvende marktpartij kan als onredelijk worden aangemerkt. Het blijft voor de inschrijvende marktpartijen immers onduidelijk op welk moment de aanbestedingsovereenkomst wel tot stand komt. Anderzijds biedt het de geïnteresseerde marktpartijen ook een


\textsuperscript{90} Dit op grond van de artikelen 6:217 juncto 3:37 lid 3 BW.

\textsuperscript{91} Hvj EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98 (Alcatel) en Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EG van de Raad, van 21 december 1989, houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken. Ter implementatie van – onder andere – deze Richtlijn is op 28 januari 2010, stb. 38, de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden in werking getreden.

\textsuperscript{92} Jansen 2008, pag. 533. Een belangrijke vraag is dan vervolgens op welk moment de overeenkomst tussen overheidsaanbesteder en inschrijver dan wel tot stand komt. Het antwoord op deze vraag reikt te ver om hier in dit onderzoek uitgebreid op in te gaan.
belangrijk voordeel. Volgens het Hof van Justitie EG houdt een volledige rechtsbescherming niet alleen in dat inschrijvers in kennis worden gesteld van de gunningsbeslissing, maar tevens dat er een gunningsbesluit bestaat dat kan worden onderscheiden van het sluiten van de overeenkomst en dat in rechte kan worden bestreden.\textsuperscript{93} Nadat de gunningsbeslissing is genomen dient dan ook een redelijke termijn in acht te worden genomen tussen deze gunningsbeslissing aan de afgewezen inschrijvers en het sluiten van de overeenkomst; dit biedt de afgewezen inschrijvers de mogelijkheid om voorlopige maatregelen te kunnen verzoeken voordat de overeenkomst is gesloten.\textsuperscript{94}

Als vierde uitgangspunt dient de onevenwichtigheid te worden genoemd die bestaat tussen de aanbestedende overheid en de inschrijvende marktpartijen. Dit bleek tevens blijkt uit paragraaf 2.3. Deze onevenwichtigheid blijkt onder meer uit de strikte verplichting voor de inschrijver om de aanbestedende dienst precontractueel te waarschuwen bij onjuistheden in de opdracht, tegenover dezelfde maar veel beperktere gehoudenheid van de overheidsaanbesteder met betrekking tot fouten in de inschrijving. Daarnaast blijkt deze onevenwichtigheid tussen partijen uit de onherroepelijkheid van het aanbod van de aanbieders.\textsuperscript{95} Voor inschrijvende partijen is het onmogelijkheid de inhoud van de overeenkomst aan te passen of aan te vullen.\textsuperscript{96} Dergelijke onevenwichtigheid tussen partijen is op grond van het verbintenisrechtelijke beginsel van de maatschappelijke rechtvaardigheid niet geoorloofd en zien we in het gewone contractenrecht dan ook niet terug. In het aanbestedingsrecht wordt hiermee echter geen rekening gehouden.

Uit het voorgaande blijkt dat, ondanks dat op bepaalde punten sprake is van wisselwerking tussen het verbintenissen- en het aanbestedingsrecht en de regels elkaar op deze punten aanvullen, de regels elkaar soms ook uitsluiten. De rechtsverhouding tijdens een overheidsaanbestedingsprocedure wordt in deze gevallen voornamelijk gedomineerd door het aanbestedingsrecht. Het juridisch kader dat betrekking heeft op de totstandkoming van een aanbestedingsovereenkomst blijkt dan ook hoofdzakelijk te worden beheerst door het aanbestedingsrecht waarbij het verbintenissenrecht slechts op bepaalde punten een aanvullende werking heeft.

\textsuperscript{93} HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98 (Alcatel).
\textsuperscript{94} Bartels 2006, pag. 3. In artikel 55 lid 2 BAO is dan ook bepaald dat een termijn van 15 dagen na de gunningsbeslissing dient te worden aangehouden voordat de overeenkomst mag worden aangenomen; de Alcateltermijn. In deze periode kan een afgewezen inschrijver middels een voorlopige voorzieningenprocedure bereiken dat de aanbestedende dienst de overeenkomst gedurende een nadere termijn niet mag sluiten.
\textsuperscript{95} Een door de marktpartij gedane inschrijving is beslissend en kan na het bekend worden van nadere gegevens omtrent de opdracht niet gewijzigd worden. Dit terwijl de aanbestedende dienst nauwelijks gehouden is bij twijfel navraag te doen inzake de juistheid van de inschrijving. Daarnaast wordt een inschrijving vaak gedaan onder grote tijdstrik. Hierdoor liggen fouten op de loer en is de kans op een onjuiste inschrijving reëel (volgt uit: Chao-Duivis, Jansen en Vranken 2010, pag. 192). Daarnaast kan een nadelige consequentie zijn dat er niet in alle gevallen een evenwichtig contract tot stand komt (volgt uit: Mutuuer en Jansen 2007, afl. 23).
\textsuperscript{96} In de literatuur wordt er met het oog op de Rechtsbeschermingsrichtlijn en de algemene beginselen van aanbesteding dan ook voor gepleit dat een inschrijver de mogelijkheid dient te hebben om onregelmatigheden in een overheidsaanbestedingsprocedure aan de kaak te stellen (volgt uit: Heemskerk 2007, pag. 116 en Rechtsbeschermingsrichtlijn).
2.5 Tussenconclusie
Een aanbestedingsprocedure is een veelomvattend traject waarbij sprake is van zeer uiteenlopende belangen van de betrokken partijen. De overheidsaanbesteder streeft naar een zo voordelig mogelijke uitvoering van de aanbestede opdracht tegen een zo hoog mogelijke kwaliteit en de geïnteresseerde marktpartij wil op haar beurt zo veel mogelijk voordelen uit de opdracht halen. Vanwege het feit dat de overheidsaanbesteder tijdens het aanbestedingstraject een monopsoniepositie inneemt beschikt deze over de mogelijkheid de inhoud van de overheidsaanbestedingsovereenkomst zelf en daarmee ook in het voordeel van zichzelf, vast te stellen. De contractvoorwaarden en -eisen worden naar eigen behoefte opgesteld. Omdat er doorgaans voor de aanbieder geen mogelijkheid bestaat met de overheidsaanbesteder te onderhandelen over de inhoud van de overeenkomst en toch regelmatig zonder goede grond wordt afgeweken van de grondprincipes van het (bouw)contractenrecht, is een onevenwichtige contractvoorwaarde in een overheidsaanbestedingsovereenkomst geen uitzondering. Om dergelijke overeenkomsten te kunnen beoordelen is het juridisch kader weergegeven aan de hand waarvan deze beoordeling kan geschieden. Hieruit blijkt dat tijdens het overheidsaanbestedingstraject op bepaalde vlakken sprake is van een wisselwerking tussen het aanbestedingsrecht en het verbintenissenrecht maar dat vanuit het aanbestedingsrecht toch een overheersende werking uit gaat.

Nu de belangrijkste aspecten van een overheidsaanbesteding en het juridisch kader ervan in kaart zijn gebracht, wordt in het volgende hoofdstuk de daadwerkelijke toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden door de overheidsaanbesteder bekeken.

---

97 Leidraad Aanbesteden, consultatiedocument, par. 4.4.2.2.
3 Toetsing van onevenwichtige contractvoorwaarden


Volgens het voorstel Aanbestedingswet is het een overheidsaanbesteder toegestaan in afwijking van de standaardvoorwaarden ‘binnen het domein van proportionaliteit’ aanvullende voorwaarden en criteria te stellen aan inschrijvers en inschrijvingen indien deze voorwaarden in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.100 Over de vraag wat valt binnen het genoemde domein van proportionaliteit valt vanzelfsprekend te twisten. De overheid zoekt hieromtrent dan ook de grenzen op; de laatste jaren wordt door de aanbestedende overheid veelvuldig geëxperimenteerd met afwijkingen van standaardvoorwaarden.101 Door middel van deze afwijkende contractvoorwaarden kunnen risico’s en verplichtingen die op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen bij de opdrachtgever thuishoren bij de opdrachtnemer komen te liggen.102

Voordat de mogelijke onevenwichtigheid van afwijkende contractvoorwaarden wordt bekeken, wordt in paragraaf 3.1 allereerst ingegaan op de redenen die een overheid heeft om gebruik te maken van dergelijke afwijkende contractvoorwaarden. In paragraaf 3.2 wordt vervolgens besproken welk effect onevenwichtige contractvoorwaarden kunnen hebben op de markt en op het handelen van de inschrijvende marktpartijen. Nadat de oorzaak en het effect van de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden zijn behandeld, wordt in paragraaf 3.3 in kaart gebracht op welke wijze in de praktijk wordt afgeweken van de standaardvoorwaarden. Dit gebeurt om te beginnen door bepaalde breed geaccepteerde standaardvoorwaarden te omschrijven welke betrekking hebben op de gebruikelijke verdeling van risico’s en verplichtingen tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer. Vervolgens worden enkele in de aanbestedingspraktijk gesignaleerde afwijkende contractvoorwaarden

98 Hijma, Van Dam, Van Schendel en Valk 2007, pag. 246.
101 Drijon 2006, afl. 6.
102 Omdat als gevolg van deze bepalingen in individuele gevallen onrechtvaardige situaties kunnen ontstaan worden deze afwijkende bepalingen in de literatuur ook wel ‘wurgbepalingen’ genoemd (volgt uit: SMI 2010, pag. 2).
besproken en wordt aangegeven op welke – onevenwichtige – wijze daarmee wordt afgeweken van de genoemde standaardvoorwaarden. Hierbij ligt opnieuw de nadruk op contractvoorwaarden omtrent de verschuiving van risico’s en verplichtingen van de aanbestedende overheid als opdrachtgever naar de marktpartij als opdrachtnemer. Tot slot worden dezelfde afwijkende contractvoorwaarden beoordeeld aan de hand van een toetsingskader welke gebaseerd is op de Leidraad Aanbesteden.

3.1 Redenen voor onevenwichtige contractvoorwaarden

Bij overheidsaanbestedingen in de bouw is het hanteren van onevenwichtige contractvoorwaarden voor veel overheidsaanbesteders vaste praktijk.102 Over de vraag waarom de aanbestedende overheid gebruik maakt van deze onevenwichtige contractvoorwaarden wordt in de literatuur dan ook uitvoerig gedebatteerd.104 Hoe zou het toch komen dat die opdrachtgevers zich vaak zo onredelijk opstellen?

Ten eerste wantrouwen veel overheidsaanbesteders de inschrijvende marktpartijen. Dit wantrouwen wordt veroorzaakt door eerdere negatieve ervaring met inschrijvers, bijvoorbeeld door bewust verkeerde berekeningen, het indienen van ongefundeed meerwerk of het berekenen van minderwerk tegen een ander tarief dan het meerwerk.105 Logischerwijs heeft dit argwaan van de overheidsaanbesteder tot gevolg en wordt bij een volgende overheidsaanbesteding een contract zo opgesteld dat soortgelijke acties worden uitgesloten: de overheidsaanbesteder komt zo achteraf niet voor verrassingen te staan.106

Een tweede oorzaak is het rond de millenniumwisseling gewijzigde overheidsbeleid. Sindsdien wordt door afname van deskundig eigen overheids personeel in toenemende mate naar innovatieve contractvormen gestreefd, waarbij bepaalde verantwoordelijkheden van de overheid naar de aanbiedende partij worden verschoven.107 Deze vernieuwde vorm van contracteren leidt ertoe dat de opsteller van een innovatief ‘geïntegreerd contract’ zijn eigen gang gaat, waarbij hij zal streven naar risicoverplaatsing. Dit is mogelijk omdat de standaardvoorwaarden die op deze nieuwe contractvorm betrekking hebben nog niet geheel zijn uitgekristalliseerd en er hierdoor door de overheidsaanbesteder eenvoudig van kan worden afgeweken. Bij deze verschuiving van aansprakelijkheid en risicoverdeling richting opdrachtnemers wordt ervan uitgegaan dat de overheidsaanbesteder de relevante risico’s vooraf goed kan inschatten en deze op de juiste wijze verwerkt in de raming. Volgens de commissie is dit echter niet het geval, waardoor de opdrachtnemer voor onhaalbare aansprakelijkheidrisico’s kan komen te staan.108

103 Jansen en Manunza 2006, afl. 19.
104 Zie de discussie hieromtrent zoals aangeduid in paragraaf 1.1.1.
105 Mak 2010, pag. 3.
106 De overheid bemoeide zich voorheen bij opdrachten naast de functionele invulling ook met de technische uitvoering van de opdracht maar dit is niet langer het geval. Het ontwerp en de uitvoering van de aanbestedingsopdracht worden steeds vaker in één contract opgenomen, het ‘geïntegreerde contract’ (volgt uit: Chao-Duivis en Koning 2001, pag. XX).
107 Brief van de Minister van Verkeer en Waterstaat van 1 december 1999, Kamerstukken II 1999-2000 26 942, nr. 1. De overheid bemoeide zich voorheen bij opdrachten naast de functionele invulling ook met de technische uitvoering van de opdracht maar dit is niet langer het geval. Het ontwerp en de uitvoering van de aanbestedingsopdracht worden steeds vaker in één contract opgenomen, het ‘geïntegreerde contract’ (volgt uit: Chao-Duivis en Koning 2001, pag. XX).
3.2 Effect van onevenwichtige contractvoorwaarden op markt en marktpartij

Inschrijvers kunnen voorafgaand aan het sluiten van de overheidsaanbestedingsovereenkomst nauwelijks iets tegen onevenwichtige contractvoorwaarden ondernemen. Uit de regelgeving volgt immers dat elk in de overheidsaanbesteding gemaakt voorbehoud leidt tot een ongeldige aanbieding. Dit is ook in de jurisprudentie vastgesteld. Daarnaast is onderhandelen over de inhoud van het contract met het oog op aanpassing in verband met het gelijkheidsbeginsel sowieso niet toegestaan. Desondanks komt het regelmatig voor dat een opdrachtgever op onredelijke wijze risico's afwenteelt op de geïnteresseerde marktpartij. Marktpartijen gaan daarom op hun beurt op zoek naar mogelijkheden om de genoemde onverzekerbare risico's en onhaalbaar lage prijzen het hoofd te kunnen bieden. Ze blijken op dit vlak creatief en slim te zijn, maar welke ‘trucenbibliotheek’ kennen de marktpartijen om zich te beschermen? En welk effect heeft dit op de markt?

Onevenwichtige contractvoorwaarden kunnen strategisch gedrag van geïnteresseerde marktpartijen tot gevolg hebben, bijvoorbeeld door het vormen van kartels door de marktpartijen waarmee de prijs kan worden opgedreven. Hoe meer de overheidsaanbesteder betaalt voor de uitvoering van de opdracht, hoe beter het opgelegde aansprakelijkheidsrisico valt te overzien. Het strategische gedrag van marktpartijen kan zich tevens openbaren door het onjuist voorschrijven van bestekken.

Het gevolg van het strategische gedrag van de marktpartijen is een vicieuze cirkel. De opdrachtgever legt meer en meer aansprakelijkheidsrisico's bij de opdrachtverklarings en de opdrachtverklaren probeert vervolgens in toenemende mate onaangenaamde kosten op de opdrachtgever te verhalen of de prijs op andere wijze op te drijven. Ook besluiten veel marktpartijen af te zien van inschrijving omdat aanpassing van het contract in het voordeel van de inschrijver niet mogelijk is. Het feit dat maar weinig marktpartijen zich inschrijven op de overheidsaanbestedingsopdracht heeft een ongeoorloofde beperking van de mededinging tot gevolg; het beperkter aantal deelnemende partijen heeft een concurrentie- en innovatiebeperkend effect op de markt.

---

109 Aanbestedingsreglement Werken 2005, art. 2.25.
111 Leidraad Aanbesteden, consultatiedocument, par. 4.4.2.2.
112 Leidraad Aanbesteden, consultatiedocument, par. 4.4.2.2.
114 Leidraad Aanbesteden, consultatiedocument, par. 4.4.2.2.
115 Enkele voorbeelden hiervan zijn het achteraf opgeven van ongefundende meerwerken, het teruggeven van minderwerken tegen een andere begroting, maar ook het langs verschillende wegen komen tot herhalingen van hetzelfde meerwerk, het ondoorzichtig houden van meerwerkrekeningen, het smokkelen met leidinglengtes en het hanteren van andere kortingspercentages in het meerwerk dan overeengekomen op basis van de open begroting (volgt uit: Mak 2010, pag. 3).
116 Vanzelfsprekend dient deze vicieuze cirkel doorbroken te worden wat het belang aantoon van onderzoek naar de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden. Indien de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden kan worden beperkt heeft dit vanzelfsprekend een positief effect op de houding van de inschrijvende marktpartijen.

---

MASTERSCRIPTIE | Toetsing van onevenwichtige contractvoorwaarden
3.3 Evenwichtige versus onevenwichtige contractvoorwaarden
Zoals ook reeds in de inleiding is aangegeven zijn evenwichtige contractvoorwaarden in het kader van een overheidsaanbesteding eenzijdig door de overheidsaanbesteder vastgestelde contractvoorwaarden die afwijken van de breed geaccepteerde standaardvoorwaarden. In de bedoelde gestandaardiseerde contractvoorwaarden die binnen de toepasselijke branche breed zijn geaccepteerd is de verdeling van risico’s en verplichtingen met betrekking tot de aansprakelijkheid van zowel de opdrachtnemer als die van de opdrachtgever duidelijk afgebakend. Zo is in de eerder genoemde standaardvoorwaarden – de UAV 1989 en de UAV-GC 2005 – een apart hoofdstuk gewijd aan enerzijds de verplichtingen van de opdrachtgever en anderzijds aan de verplichtingen van de opdrachtnemer.\textsuperscript{117} Op basis van deze standaardvoorwaarden komen geen buitenproportionele risico’s of verplichtingen voor rekening van de opdrachtnemer; de verhouding tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer is evenredig.\textsuperscript{118} Dit komt omdat deze gestandaardiseerde contractvoorwaarden over een langere periode tot stand zijn gekomen na telkens te zijn aangepast aan de behoeften uit de praktijk. Er is in de loop der jaren veel kennis en ervaring opgedaan met dergelijke voorwaarden en zij hebben over het algemeen hun nut meer dan voldoende bewezen.\textsuperscript{119}

3.3.1 Onevenwichtige contractvoorwaarden
In onevenwichtige contractvoorwaarden worden ongebruikelijke en vergaande verplichtingen en risico’s in afwijking van de standaardvoorwaarden bij de wederpartij van de overheidsaanbesteder gelegd.\textsuperscript{120} Omdat de breed geaccepteerde standaardvoorwaarden niet van dwingend recht zijn – hetgeen inhoudt dat partijen daar in hun overeenkomst van mogen afwijken – is het civielrechtelijk niet verboden een afwijkende contractvoorwaarde te stellen.\textsuperscript{121} Daarnaast beschikt de overheid, zoals tevens aangegeven in de inleiding van dit hoofdstuk, op grond van het voorstel Aanbestedingswet over een bepaalde vrijheid om aan inschrijvers en inschrijvingen nadere voorwaarden en criteria te stellen.

Met de hierna opgesomde voorbeelden van mogelijk onevenwichtige contractvoorwaarden welke voorkomen in de aanbestedingspraktijk wordt in ferregaande mate afgeweken van de breed geaccepteerde standaardvoorwaarden zoals deze zijn vermeld in de vorige paragraaf.\textsuperscript{122}

\textsuperscript{117} In de UAV 1989 bevat paragraaf 5 van hoofdstuk 3 de verplichtingen van de opdrachtgever en paragraaf 6 de verplichtingen van de opdrachtnemer. In de UAV-GC 2005 zijn in paragraaf 3 en 4 van hoofdstuk 2 de verplichtingen en verantwoordelijkheden van respectievelijk de opdrachtgever en de opdrachtnemer uiteengezet.

\textsuperscript{118} Zie bijvoorbeeld de volgende bepalingen: ‘De opdrachtnemer vrijwaart de opdrachtgever tegen aanspraken van derden tot vergoeding van schade, voor zover deze door de uitvoering van het werk is toegenegeven en te wijten is aan nalatigheid, onvoorzichtigheid of verkeerde handelingen van de opdrachtnemer, zijn personeel, zijn onderaannemers of zijn leveranciers.’ (volgt uit: UAV 1989, paragraaf 6, artikel 9). Of: ‘De opdrachtgever is verantwoordelijk voor de inhoud van alle informatie die door hem aan de opdrachtnemer ter beschikking is gesteld, alsmede voor de goederen die aan de opdrachtnemer ter beschikking zijn gesteld.’ (volgt uit: UAV-GC, hoofdstuk 2, paragraaf 2, artikel 2).

\textsuperscript{119} Leidraad Aanbesteden, consultatiedocument, par. 4.5.2.

\textsuperscript{120} Mutluer 2010, pag. 91.

\textsuperscript{121} Leidraad Aanbesteden, consultatiedocument, par. 4.4.2.2.

\textsuperscript{122} De voorbeeldbepalingen van onevenwichtige contractvoorwaarden zijn afkomstig uit SMI 2010, uit de Leidraad Aanbesteden (consultatiedocument) en Mutluer 2010, pag. 91.
1. ‘De inschrijver is aansprakelijk voor alle schade en dient de overheidsaanbesteder te vrijwaren voor aanspraken van derden tot vergoeding van alle schade, ongeacht of deze schade door de inschrijver is veroorzaakt en aan de inschrijver kan worden toegerekend.’¹²³
   - In afwijking van de standaardvoorwaarden komt middels deze contractvoorwaarde ook het risico bij de opdrachtnemer te liggen voor aanspraken voortvloeiende uit schadeoorzaken die niet aan de opdrachtnemer toegerekend kunnen worden.¹²⁴
2.1 ‘De inschrijver is aansprakelijk voor de onjuistheid, onvolledigheid en ongeschiktheid van alle door de overheidsaanbesteder verstrekte gegevens en materialen.’¹²⁵
2.2 ‘De inschrijver draagt de verantwoordelijkheid voor de door of namens de opdrachtgever voorgeschreven constructies en werkwijzen.’¹²⁶
   - Ook met deze contractvoorwaarden wordt op bijzondere wijze afgeweken van de standaardvoorwaarden. Volgens de standaardvoorwaarden draagt de overheidsaanbesteder immers zelf de verantwoordelijkheid over de door haar verstrekte informatie en materialen en over het ontwerp indien zij dit zelf heeft opgesteld.¹²⁷
3.1 ‘De inschrijver garandeert dat de overheidsaanbesteder niet meer dan X (prijspeil/jaar) aan de inschrijver dient te betalen. Alle kosten boven dit bedrag zijn voor rekening van de inschrijver, ook indien sprake is van meerwerk, overmacht, onvoorziene omstandigheden of verwezenlijking van risico’s die voor rekening van de overheidsaanbesteder zouden moeten komen.’¹²⁸
   - Ook in de standaardvoorwaarden dient de opdrachtnemer de opdracht te verrichten zoals dit is afgesproken maar wordt wel een begrenzing opgenomen; de opdrachtnemer hoeft immers niets te verrichten indien dit naar de aard van de overeenkomst niet billijk zou zijn. De bovengenoemde afwijkende contractvoorwaarde sluit deze mogelijkheid uit.

Uit de bovengenoemde opsomming van afwijkende contractvoorwaarden met soortgelijke bepalingen uit de standaardvoorwaarden is gebleken dat in de afwijkende bepalingen ingrijpende verschillen zijn opgenomen. Om beoordeling van de mogelijke onevenwichtigheid van afwijkende contractvoorwaarden in aanbestedingsrechtelijke context vollediger uit te kunnen voeren, worden de genoemde afwijkende contractvoorwaarden hierna beoordeeld aan de hand van een toetsingskader. Dit toetsingskader wordt gevormd door de Leidraad Aanbesteden en het daarbij behorende consultatiedocument.

3.3.2 Toetsingskader
De Leidraad Aanbesteden gaat in op het formuleren van contractvoorwaarden die van toepassing worden verklaard op het overheidsaanbestedingscontract dat wordt gesloten met de marktpartij. Zo wordt

¹²³ Mutluer 2010, pag. 91.
¹²⁴ Zie voorbeeld 1 uit voetnoot 111.
¹²⁵ Mutluer 2010, pag. 91 en SMI 2010, pag. 44.
¹²⁶ Leidraad Aanbesteden, consultatiedocument, par. 4.4.2.2.
¹²⁷ Zie voorbeeld 2 uit voetnoot 111.
¹²⁸ Mutluer 2010, pag. 91.
aangegeven dat een aanbesteder vrij is in het bepalen van de inhoud van deze contractvoorwaarden maar dat het een aanbesteder niet is toegestaan disproportionele contractvoorwaarden van toepassing te verklaren.\footnote{Artikel 4.3 van de Leidraad Aanbesteden, lid 1 respectievelijk lid 2.} Deze laatste regel is een juridische verplichting.\footnote{In de Leidraad Aanbesteden wordt een aanbeveling aangeduid met ‘A’ en een juridische verplichting met ‘V’.} Volgens de uitleg bij dit artikel is sprake van disproportionaliteit indien het aantal marktpartijen dat aan die contractvoorwaarden kan voldoen te klein is om de mededinging nog voldoende te kunnen waarborgen. Ook vermeldt de Leidraad Aanbesteden – in de vorm van een aanbeveling – dat zoveel mogelijk gebruik moet worden gemaakt van gestandaardiseerde contractvoorwaarden.\footnote{Hiermee worden hiermee worden “gestandaardiseerde contractvoorwaarden” een synoniem voor ‘standaardvoorwaarden’. Hiermee worden bijvoorbeeld de UAV 1989 en UAV-GC 2005 bedoeld.} Daarnaast wordt – eveneens in de vorm van een aanbeveling – wel de mogelijkheid geboden om in aanvulling op, in afwijking van of zelfs ter vervanging van de bedoelde standaardvoorwaarden gebruik te maken van projectspecifieke contractvoorwaarden.\footnote{Artikel 4.3 van de Leidraad Aanbesteden, lid 4 respectievelijk lid 5.} Het voordeel van het gebruik van gestandaardiseerde contractvoorwaarden is, zoals gezegd, dat zij na langere tijd tot stand zijn gekomen en zijn ontwikkeld via een voortdurend proces van ‘trail and error’.\footnote{Leidraad Aanbesteden, consultatiedocument, par. 4.4.2.2.} Het voordeel van het gebruik van projectspecifieke contractvoorwaarden, is dat de gestandaardiseerde voorwaarden soms tekortschieten, zij kunnen immers geen rekening houden met alle specifieke omstandigheden van ieder geval.\footnote{Projectspecifieke contractvoorwaarden worden echter eenzijdig door of namens de aanbesteder ontwikkeld, waarbij het risico van onevenwichtigheid van de contractvoorwaarden zich voordoet (volgt uit: Leidraad Aanbesteden, consultatiedocument, par. 4.5.2).}

Het consultatiedocument geeft aan dat van onevenwichtigheid van een contractvoorwaarde sprake kan zijn als zonder goede grond wordt afgeweken van een of meer grondprincipes van het contractenrecht. De bedoelde principes komen erop neer dat een marktpartij de juridische verantwoordelijkheid draagt voor de gevolgen van beslissingen die zij zelf in het proces heeft kunnen nemen, een marktpartij zou op grond hiervan dus geen verantwoordelijkheid mogen dragen over zaken waarop die partij zelf geen invloed heeft gehad en beslissingen over heeft kunnen maken. Daarnaast dienen de risico’s die van buitenaf komen te worden neergelegd bij die partij die deze risico’s het beste kan beheersen. Concreet gaat het om de vraag of de van toepassing verklaarde contractvoorwaarden voldoen aan het aanbestedingsrechtelijke beginsel van proportionaliteit.\footnote{Leidraad Aanbesteden, consultatiedocument, par. 4.4.2.2.} Indien een aanbesteder toch gebruik maakt van onevenwichtige contractvoorwaarden kan dit op aanbestedingsrechtelijke bezwaren stuiten of kan in een later stadium op grond van het contractenrecht ten nadele van de aanbesteder tegen dergelijke contractvoorwaarden worden opgetreden.\footnote{Leidraad Aanbesteden, consultatiedocument, par. 4.3.2.1 en 4.4.2.2.}
3.3.3 Beoordeling

Wanneer men de regels uit het bovengenoemde toetsingskader toepast op de afwijkende contractvoorwaarden uit paragraaf 3.3.1, kan worden geconcludeerd dat sprake is van disproportionele bepalingen in de afwijkende contractvoorwaarden. Verschillende risico’s en verplichtingen verschuiven op grond van deze bepalingen van de aanbestedende overheid naar de inschrijvende marktpartij, een situatie die zeer ongewenst is. Dit is gelegen in het feit dat de marktpartij de bedoelde risico’s niet goed kan beheersen. Een in verhouding tot de aanbestedende overheid relatief kleine en financieel zwakkere onderneming beschikt over aanzienlijk minder middelen om zichzelf te beschermen tegen de middels de onevenwichtige contractvoorwaarden aan hem opgelegde risico’s en verantwoordelijkheden. Het is voor een kleine ondernemer onmogelijk om de aansprakelijkheid op zich te nemen voor, zoals in de genoemde afwijkende contractvoorwaarden werd gesteld, ‘alle schade’ en ‘alle aanspraken van derden tot vergoeding van alle schade’ die tijdens de uitvoering van de aanbestedingsopdracht kunnen ontstaan. Daarnaast zijn de onevenwichtige contractvoorwaarden naast ongewenst en onhaalbaar ook vaak onredelijk. In diverse bepalingen wordt de aansprakelijkheid voor bijvoorbeeld het bestek en de voorgeschreven middelen bij de marktpartij gelegd, terwijl deze weinig tot geen invloed heeft op de bedoelde gang van zaken en het voorgeschreven bestek. De marktpartij krijgt vaak een volledig uitgewerkte plan voorgelegd en dient hiermee in te stemmen; zoals eerder vermeld leiden voorbehouden immers tot een ongeldige aanbieding. Indien de marktpartij niet in de gelegenheid wordt gesteld zich uit te laten over de inhoud van de aanbestedingsovereenkomst kan onmogelijk van hem worden verlangd de aansprakelijkheid ervoor te dragen.

Het feit dat het toetsingskader een aanbeveling bevat waarmee van de standaardvoorwaarden mag worden afgeweken doet aan de disproportionaliteit van de hiervoor beoordeelde contractvoorwaarden niet af. De aanbeveling biedt de aanbesteder immers slechts de mogelijkheid om afwijkende voorwaarden te stellen welke overeenkomen met het aanbestedingsrechtelijke beginsel van proportionaliteit. Zoals in de vorige paragraaf werd vermeld is hierbij beslissend hoe groot het aantal marktpartijen is dat aan die afwijkende voorwaarden kan voldoen. Indien deze beredenering wordt toegepast op de genoemde bepalingen dient te worden geconcludeerd dat slechts een klein aantal of zelfs geen van de marktpartijen in staat zal zijn deze in de richting van de ondernemers verschoven aansprakelijkheid en risico’s te dragen. De genoemde afwijkende contractvoorwaarden dienen dan ook als onevenwichtig te worden bestempeld.

3.4 Tussenconclusie

Uit dit hoofdstuk blijkt allereerst dat een overheidsaanbesteder verschillende redenen heeft om gebruik te maken van onevenwichtige contractvoorwaarden. Zo kan sprake zijn van wantrouwen in de richting van de marktpartijen, deze schatten prijzen vaak onjuist in en komen achteraf met extra kosten. De toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden dient in dit geval dus als beschermingsinstrument. Daarnaast leidt de steeds vaker toegepaste geïntegreerde contractsom tot het gebruik van innovatieve
contracten waarin wordt gestreefd naar risicoverplaatsing. Het tactische gedrag van de aanbestedende overheid door steeds meer risico’s in de richting van de marktpartij te schuiven heeft tot gevolg dat ook de marktpartijen zich strategisch opstellen. Als voorbeeld kan de vorming van kartels worden genoemd of het onjuist voorschrijven van bestekken. Daarnaast heeft de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden een concurrentie- en innovatiebeperkend effect, vanwege de risico’s durven steeds minder marktpartijen zich in te schrijven op de aanbestedingsopdracht.

Om de mogelijke onevenwichtigheid van contractvoorwaarden te kunnen beoordelen is allereerst gekeken naar breed geaccepteerde standaardvoorwaarden en enkele afwijkende contractvoorwaarden en zijn beide soorten met elkaar vergeleken. Vervolgens zijn de bepalingen aan de hand van het toetsingskader beoordeeld en kon worden geconstateerd dat met de genoemde afwijkende voorwaarden afkomstig uit de aanbestedingspraktijk op onevenwichtige wijze wordt afgeweken van de standaardvoorwaarden. Uit het toetsingskader blijkt immers dat het een aanbesteder niet is toegestaan verregaande mate verantwoordelijkheden en risico’s in de richting van de inschrijvende marktpartij te schuiven is van onevenwichtigheid onmiskenbaar sprake.

Het middels een beroepsprocedure opkomen tegen dergelijke onevenwichtige contractvoorwaarden opent voor de marktpartij een mogelijkheid zich enerzijds toch in te schrijven voor een aanbestedingsopdracht maar anderzijds niet het slachtoffer te worden van onevenwichtige contractvoorwaarden. In het volgende hoofdstuk wordt daarom ingegaan op de vraag welke juridische remedies het contractenrecht biedt tegen onevenwichtige contractvoorwaarden.
4 Contractenrechtelijke remedies tegen onevenwichtige contracten

Vanzelfsprekend staat het marktpartijen vrij om al dan niet aan een overheidsaanbesteding deel te nemen. Toch komt het regelmatig voor dat partijen die de opdracht willen verwerven de voor hen nadelige bepalingen in het contract en de daaraan verbonden risico’s voor lief nemen. Ze kunnen het zich bijvoorbeeld om economische redenen niet permitteren de kans op het verkrijgen van de opdracht te laten schieten.\textsuperscript{137} De vraag is dan vervolgens hoe een geïnteresseerde marktpartij op een aangeboden contract met daarin onevenwichtige contractvoorwaarden kan reageren.

Allereerst kan de inschrijver bij de inschrijving vermelden dat hij bepaalde bestekbepalingen niet accepteert. Dit heeft echter op grond van het aanbestedingsrecht een ongeldige inschrijving tot gevolg; een inschrijving met voorbehouden wordt geacht niet te zijn gedaan.\textsuperscript{138} Een tweede mogelijkheid is het doen van een alternatieve inschrijving, maar de wijzigingen mogen slechts betrekking hebben op zaken van ondergeschikt belang, zoals bouwstenen en hulpmiddelen. De risicospreiding tussen overheidsaanbesteder en inschrijver kan hiermee dus niet worden verlegd.\textsuperscript{139} Tot slot kan de geïnteresseerde marktpartij de overweging maken zich in te schrijven. Door de aan de opdracht verbonden onevenwichtige contractvoorwaarden kan een inschrijving echter wel tot een groot aansprakelijkheidsrisico leiden. Wanneer toch tot inschrijving wordt overgegaan, is het voor de inschrijver van belang te weten welke middelen de inschrijver ter beschikking staan indien deze wordt geconfronteerd met de aansprakelijkheidslast die uit een onevenwichtige contractvoorwaarden voortvloeiert.

In paragraaf 4.1 wordt daarom allereerst ingegaan op de juridische mogelijkheden die het contractenrecht biedt om voorafgaand – ex ante – aan het sluiten van een overheidsaanbestedingsovereenkomst te komen tegen onevenwichtige contractvoorwaarden in deze overeenkomst. Vervolgens wordt in paragraaf 4.2 gekeken naar de mogelijkheden dit achteraf te doen – de ex post-toepassing van het contractenrecht – en wordt in paragraaf 4.3 beoordeeld of de wijziging van een overheidsaanbestedingscontract na toepassing van het contractenrecht ook op grond van het aanbestedingsrecht is toegestaan.

4.1 Ex ante-toepassing contractenrecht
Zoals reeds eerder is aangegeven, kan in de precontractuele fase geen beroep worden gedaan op het contractenrecht om onevenwichtige contractvoorwaarden te corrigeren. De inschrijvende marktpartij kan, nadat men de uitnodiging van de overheidsaanbesteder tot het doen van een aanbod heeft ontvangen, slechts een onherroepelijk aanbod doen dat voldoet aan de door de overheidsaanbesteder gestelde voorwaarden.\textsuperscript{140} De positie van de inschrijver die tijdens de overheidsaanbestedingsprocedure wenst terug te komen op zijn aanbod zou anders ten opzichte van de andere inschrijvende marktpartijen

\textsuperscript{137} Mutluer en Jansen 2007, afl. 23.
\textsuperscript{138} Rb. ’s-Gravenhage 8 mei 2009.
\textsuperscript{139} Bleecker 2003, pag. 774.
\textsuperscript{140} Leidraad Aanbesteden, consultatiedocument, par. 4.4.2.2 en Rb. Utrecht 4 november 2009, LJN: BK2034.
bevoordeeld kunnen worden, wat in strijd is met het leidende beginsel binnen het aanbestedingsrecht; het gelijkheidsbeginsel.\textsuperscript{141} In de jurisprudentie is in het verlengde hiervan zelfs bepaald, dat bij een vergissing van de inschrijver in zijn aanbod hem geen beroep toekomt op het ontbreken van wil, dwaling, schending van de precontractuele goede trouw of op misbruik van de bevoegdheid.\textsuperscript{142} Allereerst werd in dit arrest met betrekking tot het ontbreken van wilssoevereenstemming geoordeeld dat de wil van de inschrijvende partij pas wijzigde \textit{nadat} een onherroepelijk aanbod was gedaan en daar dus op het moment van het aanbod geen sprake van was. Het beroep op dwaling werd vervolgens afgedaan met het oordeel dat dit slechts bij een \textit{bestaande} overeenkomst kan leiden tot vernietiging ervan. Ook het ontbreken van de precontractuele goede trouw aan de zijde van de aanbesteder kon niet leiden tot een geslaagd beroep. Geoordeeld werd dat hierbij niet de mededeling van de inschrijver omtrent een al dan niet aanwezige vergissing van doorslaggevende betekenis is, maar het antwoord op de vraag of de aanbestede op het schriftelijke aanbod mocht afgaan. In dit geval was de prijs van de inschrijver weliswaar scherp (en daarmee ook het laagste) maar op zichzelf hoefde deze prijs voor de aanbestede geen aanleiding te geven om te vermoeden dat het hier geen werkelijk aanbod zou betreffen.\textsuperscript{143}

Uit het voorgaande blijkt dat de inschrijver het volle risico draagt van vergissingen in zijn prijsbepaling welke de aanbesteder niet hoeft te vermoeden; zodra een aanbod is gedaan welke niet leidt tot vraagtekens bij de aanbestedende partij is sprake van onherroepelijkheid, ongeacht of de hierin opgenomen prijs te laag was ten gevolge van een vergissing. Enerzijds is dit niet meer dan redelijk, het zou immers zeer oneerlijk zijn ten opzichte van de andere inschrijvende partijen indien de inschrijver met het meest voordelige aanbod de opdracht verwerft, terwijl deze partij de opdracht achteraf tegen een dusdanig hogere prijs uitvoert waardoor het aanbod van een andere inschrijvende partij nog voordeliger zou zijn geweest. Anderzijds is het zeer reëel dat een inschrijvende partij pas na afloop van de toegestane aanbestedingstermijn bekend wordt met bepaalde zaken. Zo worden vragen van inschrijvende partijen met betrekking tot een aanbestedingsopdracht vaak tijdens een inlichtingenbijeenkomst besproken welke hooguit een paar uur duurt, terwijl enkele decimeters rapporten en tekeningen ter inzage liggen.\textsuperscript{144} Daarnaast is er, gelet op de aanbestedingstermijn, vaak niet veel tijd om zaken echt goed uit te zoeken en zou dit uitzoekenwerk voor de marktpartijen bovendien veel tijd, energie en geld kosten waarbij moet worden bedacht dat een inschrijvende marktpartij slechts eens in de zoveel tijd een werk gegund krijgt.

Zoals weergegeven is het ex ante toepassen van het contractenrecht bij de totstandkoming van een aanbestedingsovereenkomst niet toegelaten en zou dit, gelet op de beginselen waarop het aanbestedingsrecht is gebaseerd, ook niet anders moeten zijn. Toch zijn er omstandigheden te noemen op basis waarvan wel voor deze toepassing gepleit kan worden, gelet op de onduidelijkheid die bij de marktpartij die de opdracht gegund heeft gekregen nog vaak aanwezig is ten aanzien van de uitvoering

\textsuperscript{141} Mutluuer en Jansen 2007, afl. 23.
\textsuperscript{142} RV A 1 maart 1984, BR 1989.
\textsuperscript{143} Ook in paragraaf 2.4.3 is deze beperkte precontractuele waarschuwingsplicht van de aanbesteder aan bod gekomen.\textsuperscript{144} Bleecker 2003, pag. 774.
van de aanbestedingsopdracht. Hier staat echter tegenover dat het de inschrijvende partij uiteindelijk zelf is die ondanks deze omstandigheden tot het indienen van een aanbod overgaat. Men kiest er dus zelf voor de uitdaging aan te gaan en daarmee bepaalde risico’s te aanvaarden.

4.2 Ex post-toepassing contractenrecht

Nu het ex ante aanpassen van een inschrijving niet mogelijk is in verband met de aanbestedingsrechtelijke beginselen, dient het ex post aanpassen van de overeenkomst te worden onderzocht. Er zijn verschillende leerstukken die met betrekking tot het ex post wijzigen van onevenwichtige contractvoorwaarden in een overheidsaanbestedingscontract relevant kunnen zijn. Allereerst dient het ‘misbruik van omstandigheden’ te worden bekeken. Als tweede mogelijkheid wordt de ‘redelijkheid en billijkheid’ onder de loep genomen en tot slot wordt ingegaan op de ‘uitleg van de overeenkomst’.

4.2.1 Misbruik van omstandigheden

Bij de toepassing van een onevenwichtige contractvoorwaarde in een overheidsaanbestedingsovereenkomst kan op grond van artikel 3:44 BW een beroep worden gedaan op het misbruik van omstandigheden, welk artikel ook van toepassing is op een ongelijke machtspositie van partijen. In de context van de overheidsaanbesteding wordt misbruik gemaakt van de economische machtspositie.\footnote{Bleeker 2003, pag. 776.}

Een geslaagd beroep leidt hierbij tot vernietiging van de overeenkomst. In de jurisprudentie is hierover reeds uitspraak gedaan, echter wel in het nadeel van de inschrijvende marktpartij.\footnote{De Hoge Raad overwoog ooit dat de stelling met betrekking tot het verkeren in een economische dwangpositie niet kon worden aanvaard, ook niet indien de contractvoorwaarde uitsluitend op verlangen van een van de partijen in de overeenkomst is opgenomen (volgt uit: HR 2 november 1979, NJ 1980, 429). In een recente arrest leek dit noegmaals bevestigd te worden; hier werd aan de inschrijvende partijen toestemming gevraagd om de opdracht in plaats van aan maximaal twee, aan drie leveranciers te gunnen. De in het nauw gedreven inschrijver daagde vervolgens de overheidsaanbesteder voor de rechter, met als motie dat zij deze toestemming in zijn geheel niet kon afwijzen omdat haar anders de opdracht niet zou worden gegund. Ook hier vond de Hoge Raad dat van een dwangsituation of misbruik van omstandigheden geen sprake was; het beroep werd dan ook afgewezen (volgt uit: HR 4 november 2005, NJ 2006, 204).}

Het slagen van een beroep op artikel 3:44 BW is, zoals ook uit de genoemde rechtspraak blijkt, niet altijd eenvoudig.\footnote{Het beroep is ook van toepassing. Indien de machthebbende partij weet of moet weten dat de ander door bijzondere omstandigheden – hoofdzakelijk actief is in een markt waarvan de vraagzijde sterk wordt gedomineerd door een specifieke overheidsaanbestediker kan een inschrijver uit economisch lijsbehoud tot contracteren dienen over te gaan. Hierbij dient te worden opgemerkt dat een marktpartij er, door het dusdanig specialiseren van haar activiteiten, wel zelf voor kiest zich te beperken tot de door een overheidsaanbesteder gedomineerde markt. Indien een marktpartij de activiteiten van de onderneming breder houdt beschikt zij over meer mogelijkheden om opdrachten te verwerven en haar onderneming winstgevend te laten zijn.}

Wat ondanks de genoemde jurisprudentie toch als meest kansrijke standpunt geldt, is het beroep op de economische afhankelijkheid van de inschrijvende marktpartij. Indien een marktpartij hoofdzakelijk actief is in een markt waarvan de vraagzijde sterk wordt gedomineerd door een specifieke overheidsaanbesteder dan is de misbruik mogelijkheden te beperken tot het vervullen van de openstaande contracten in zo’n uitzonderlijke omstandigheden, het beroep op artikel 3:44 BW is, zoals ook uit de genoemde rechtspraak blijkt, niet altijd eenvoudig.\footnote{Vereist is dat de machthebbende partij weet of moet weten dat de ander door bijzondere omstandigheden – hoofdzakelijk afhankelijkheid of onervarenheid – bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling en de eerstbedoeld partij het totstandkomen daarvan bevordert terwijl het hem daarvan juist zou moeten weerhouden.}

\footnote{Mutluer en Jansen 2007, afl. 23.}
4.2.2 Redelijkheid en billijkheid

Op grond van de artikelen 6:2 lid 2 juncto 6:248 lid 2 BW beschikt de rechter over de mogelijkheid een contractvoorwaarde te beoordelen aan de hand van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Hoewel partijen in beginsel gebonden zijn aan hetgeen is vastgelegd in een overeenkomst, kunnen zich toch omstandigheden voordoen die aan naleving van de overeenkomst in de weg staan. Voor het buiten toepassing laten van een tussen partijen geldend beding geldt de maatstaf dat een beroep op het beding naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ‘onaanvaardbaar’ is. Hierbij dient wel de bepleite terughoudende toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW te worden vermeld; in geval van contracten tussen twee professionele partijen dient de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW terughoudend te worden toegepast vanwege het beginsel van rechtszekerheid. Professionele partijen hanteren dikwijls algemene voorwaarden waarin bepalingen zijn opgenomen die beogen de rechtszekerheid tussen partijen te vergroten, zoals bedingen die de aansprakelijkheid uitsluiten of beperken. Echter, tijdens een overheidsaanbestedingsprocedure is door de ongelijkheid tussen de overheidsaanbesteder en de inschrijvende marktpartij van een ‘gewone’ verhouding tussen professionele partijen geen sprake. Dit wordt onder meer veroorzaakt door de machtspositie van de overheidsaanbesteder en de onmogelijkheid voor de marktpartij om over de aanbestedingsovereenkomst te onderhandelen. Beide aspecten vergroten wel de kans op een geslaagd beroep op de redelijkheid en billijkheid; ongelijkheidscompensatie zou dan ook het uitgangspunt van het beroep moeten zijn.

Het voorgaande pleit ervoor dat de rechter de gewoonlijk in acht te nemen terughoudendheid bij geschillen tussen twee professionele partijen in aanbestedingsrechtelijke geschillen moet laten varen. De reden van terughoudende toepassing van de redelijkheid en billijkheid is immers dat de contractsverhouding in de verhouding tussen beide – professionele – partijen dient te prevaleren en de rol van de redelijkheid en billijkheid slechts een beperkte rol dient te spelen. Tijdens een overheidsaanbestedingsprocedure is niet of nauwelijks sprake van contractsverhouding tussen partijen; de overeengekomen bedingen worden eenzijdig aan de inschrijvende marktpartijen voorgelegd en dan is het voor deze partij, zoals eerder is aangegeven, ‘slikken of stikken’.

4.2.3 Uitleg van de overeenkomst

Indien een bestekbepaling onduidelijk is, kan de rechter de gevolgen van een dergelijke bepaling in bepaalde gevallen verzachten door dit onderdeel van de overeenkomst ‘uit te leggen’. Hierbij is van belang de ‘contra proferentem-regel’, welke regel inhoudt dat onduidelijke bestekbepalingen moeten

150 Te Ronde 2008, pag. 1.
151 Te Ronde, pag. 1.
152 Zie paragraaf 1.1 op pagina 4.
153 Deze regel is opgenomen in artikel 6:238 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek.
worden uitgelegd in het nadeel van degene die de bepaling heeft opgesteld. Dit artikel heeft echter slechts betrekking op overeenkomsten die voortvloeien uit consumentenkoop waarbij als uitgangspunt geldt dat niet over iedere contractvoorwaarde afzonderlijk is onderhandeld. Hier valt evenwel een belangrijke overeenkomst met het aanbestedingsrecht te bespeuren; bij de totstandkoming van een aanbestedingsovereenkomst wordt in zijn geheel niet onderhandeld over contractvoorwaarden. Dit is immers niet mogelijk gelet op het door de aanbesteder in acht te nemen gelijkheidsbeginsel. Gelet op het voorgaande kan aldus worden betoogd dat de strekking van het artikel ook op aanbestedingsrechtelijke kwesties van overeenkomstige toepassing dient te worden verklaard.154

Daarnaast is in Nederland algemeen aanvaard dat ook voor de uitleg van overeenkomsten de wilsvertrouwensleer beslissend is; deze regel vloeit voort uit het Haviltex-arrest.155 De Hoge Raad stelde in dit arrest vast dat het bij de uitleg van een overeenkomst aankomt op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.156 Indien deze regel wordt losgelaten op overheidsaanbestedingsovereenkomsten kan worden gesteld dat, om een voorbeeld uit paragraaf 3.3.1 te noemen, de overheidsaanbesteder redelijkerwijs niet van een geïnteresseerde partij mocht verwachten dat zij de aansprakelijkheid zou dragen voor alle schade die tijdens de uitvoering van de overeenkomst kon ontstaan. Dit is voor een relatief kleine en financieel zwakkere marktpartij immers onhaalbaar.

4.3 Contractwijziging volgens het aanbestedingsrecht

Uit de voorgaande paragraaf blijkt dat er verschillende civielrechtelijke beroepsmogelijkheden bestaan waarmee getracht kan worden de inhoud van een overheidsaanbestedingsovereenkomst ex ante te wijzigen. Echter, lopen we middels deze toepassing van het civiele recht niet tegen een aanbestedingsrechtelijk probleem aan? Een succesvol beroep op een van de civielrechtelijke beroepsmogelijkheden zou immers leiden tot het buiten werking stellen van onevenwichtige contractvoorwaarden, maar betekent dit dan niet een wijziging in het overheidsaanbestedingscontract en is dit wel toegestaan gelet op het gereguleerde en op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde aanbestedingsrecht?157

4.3.1 Uitgangspunt aanbestedingsrecht

Nadat een overheidsaanbesteding tot stand is gekomen mag de aanbestedingsrechtelijke overeenkomst volgens het aanbestedingsrecht alleen ‘op ondergeschikte punten’ worden gewijzigd.158 Wijzigingen

---

154 Hierover is nog geen jurisprudentie verschenen.
155 Hijma, Van Dam, Van Schendel en Valk 2007, pag. 286.
157 Hoewel de inhoud van deze paragraaf een andere strekking heeft dan de rest van dit hoofdstuk – de civielrechtelijke wijzigingsmogelijkheden middels procederen c.q. de aanbestedingsrechtelijke wijzigingsmogelijkheid middels onderhandelen – is toch ook dit onderdeel voor de beantwoording van het hoofdstuk relevant. In de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie is immers geoordeeld over het aanpassen van een overheidsaanbestedingsovereenkomst, maar welke invloed heeft deze jurisprudentie op de civielrechtelijke mogelijkheden een aanbestedingsovereenkomst te wijzigen?
tijdens de uitvoering van de overheidsaanbestedingsopdracht zijn slechts toegestaan indien de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht worden genomen en deze aanbestedingsrechtelijke beginselen worden in dit verband alleen geëerdigd indien een wijziging als ‘niet wezenlijk’ kan worden beschouwd. Een wezenlijke wijziging zou immers leiden tot een nieuwe opdracht die op grond van het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel opnieuw zou moeten worden geplaatst.\footnote{159} Een uitzondering op deze regel is slechts mogelijk indien dit vooraf in de overheidsaanbestedingsopdracht uitdrukkelijk is opgenomen, bijvoorbeeld indien dit in het inschrijvingsbericht wordt vermeld.

Deze tegenstelling heeft in de literatuur voor twijfels gezorgd omtrent de uiteindelijke gelding van de civielrechtelijke beroepsmogelijkheden.\footnote{160} De remedie van een gerechtvaardigd civielrechtelijk beroep zal immers tot een resultaat kunnen leiden – het buiten werking stellen van contractvoorwaarden – dat haaks staat op het gelijkheidsbeginsel waardoor het aanbestedingsrecht wordt beheerst.\footnote{161} Daarom is het van belang op te helderen in welke gevallen een wijziging welke tot stand is gekomen middels een civielrechtelijke beroepprocedure ook op grond van het aanbestedingsrecht geoorloofd is. Hiertoe dient de vraag te worden gesteld wanneer op grond van de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie sprake is van een ‘wezenlijke wijziging’ en wat onder een ‘ondergeschikt punt’ wordt verstaan. Deze vraag wordt in de volgende paragrafen beantwoordt aan de hand van de Europese respectievelijk de nationale jurisprudentie waarin over dit vraagstuk is geoordeeld.

Een aantal keer is inmiddels uitspraak gedaan over de invulling van de genoemde begrippen. Het aantal uitspraken is echter gering en ook omdat steeds andere specifieke omstandigheden van toepassing zijn op de situatie is het moeilijk een eenduidig criterium vast te stellen. Desondanks wordt hierna getracht een chronologisch overzicht gegeven van de ontwikkelingen die dit onderwerp in de Euroepse en nationale jurisprudentie heeft doorgemaakt.

### 4.3.2 Jurisprudentie op Europees niveau

In 1994 werd op Europees niveau door de Raad en de Commissie een gezamenlijke verklaring gegeven omtrent het wijzigen van aanbestedingsopdrachten waarmee werd vastgesteld dat de opdracht alleen op ondergeschikte punten mocht worden gewijzigd.\footnote{162} Door het Europese Hof van Justitie werd de inhoud...
van deze verklaring nauwgezet overgenomen en voor het eerst in het arrest Rennes in 2000 toegepast. In dit arrest werd bepaald dat onderhandelingen over een ‘wezenlijke voorwaarde’ van de overeenkomst een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen.\textsuperscript{163} Vervolgens werd in 2004 in het arrest Succhi di Frutta betekenis gegeven aan het begrip ‘wezenlijke voorwaarde’. Zo werd vastgesteld dat een voorwaarde met name wezenlijk is wanneer het ‘een bepaling betreft die, indien zij in de aankondiging van de opdracht of het bestek had gestaan, de inschrijvers in staat zou hebben gesteld een ‘aanzienlijk andere offerte’ in te dienen.’\textsuperscript{164} Het arrest Pressetext, daterend uit 2008 en tevens afkomstig van het Europese beroepsorgaan, geeft hier vervolgens nog een nadere invulling aan. Hierin wordt immers bepaald dat een wijziging van een lopende overeenkomst met betrekking tot een overheidsaanbestedingsopdracht tevens moet worden aangemerkt als ‘wezenlijk’ als voorwaarden worden ingevoerd die bij het afsluiten van de overeenkomst tot toelating van andere inschrijvers dan de oorspronkelijke zouden hebben geleid.\textsuperscript{165} Feit blijft echter dat geen enkele situatie dezelfde is en de omstandigheden telkens nopen tot een zorgvuldige afweging.

4.3.3 Jurisprudentie op nationaal niveau

De eerste relevante uitspraak op nationaal niveau omtrent de vraag of een wijziging van een aanbestedingsovereenkomst ‘wezenlijk’ is dateert van 1996. Het Hof stelde vast dat een wijziging zonder hernieuwde overheidsaanbesteding ontoelaatbaar is indien de gewijzigde opdracht tot een andere groep inschrijvers zou hebben geleid.\textsuperscript{166} Het volgende interessante nationale arrest dateert uit 2005. Hier oordeelde de voorzieningenrechter in de lijn met het eerder genoemde Europeesrechtelijke arrest Succhi di Frutta uit 2004, echter in dit nationale arrest werd het doen van een ‘wezenlijke wijziging’ nog sneller aannemelijk geacht. Door de voorzieningenrechter werd immers gesteld dat de wijziging van de opdracht na gunning niet toelaatbaar is indien die de inschrijvers in staat zou hebben gesteld om een ‘inhoudelijk andere offerte’ in te dienen.\textsuperscript{167} Aan het indienen van een ‘inhoudelijk andere offerte’ op grond van dit arrest wordt eerder voldaan dan aan het indienen van een ‘aanzienlijk andere offerte’ waarover in het arrest Succhi di Frutta wordt gesproken. Een minieme wijziging behoort op grond van dit laatstgenoemde arrest derhalve ook tot een ongeoorloofde wijziging van de overheidsaanbestedingsopdracht.

\textsuperscript{163} Hvw EG 5 oktober 2000, zaak C-337/98.
\textsuperscript{164} Hvw EG 29 april 2004, zaak C-496/99. Zouden de inschrijvers hiertoe immers in staat worden gesteld dan kan niet worden uitgesloten dat de keuze op een andere offerte en dus op een andere inschrijver zou vallen.
\textsuperscript{165} Hvw EG 19 juni 2008, zaak C-454/06. Voor de complete overweging (welke volgt uit: Hebly en Klijn 2008, pag. 15): in het arrest Pressetext worden 3 categorieën van ‘wezenlijke wijzigingen’ onderscheiden, namelijk wanneer:
1) de gewijzigde voorwaarden zouden hebben geleid tot: a. toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of b. de keuze voor een aanzienlijk andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen (Succhi di Fruta);
2) tot de gewijzigde opdracht diensten behoren die oorspronkelijk niet waren opgenomen, of;
3) de wijziging het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer.
\textsuperscript{166} Hof Den Haag 19 februari 1996, BR 1996 (‘indien de wijziging van dien aard is dat de kring van marktpartijen die voor het oorspronkelijke project potentieel belangstelling hadden, verschilt van de kring van marktpartijen die belangstelling zouden hebben gehad voor het gewijzigde project’).
Op grond van de hiervoor aangehaalde Europese en nationale aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie worden de juridische mogelijkheden die het contractenrecht biedt om een overheidsaanbestedings-overeenkomst na de totstandkoming ervan te wijzigen in verregaande mate afgewend.

4.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is vastgesteld dat een aanbestedingsovereenkomst voorafgaand aan de totstandkoming ervan niet kan worden gewijzigd. Wel zijn er civielrechtelijke mogelijkheden om de overeenkomst te wijzigen nadat deze tot stand is gekomen. Middels het ‘misbruik van omstandigheden’ kan tegen de ongelijke machtspositie van partijen worden opgekomen, een beroep op de ‘redelijkheid en billijkheid’ biedt de gelegenheid mogelijk onevenwichtige contractvoorwaarden op onaanvaardbaarheid te toetsen en bij een beroep op de ‘uitleg van overeenkomst’ wordt bijvoorbeeld gekeken naar hetgeen partijen redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten. Een juiste toepassing van deze beroepsmogelijkheden biedt theoretisch gezien perspectief voor de marktpartijen die vrezen voor onhaalbare risico’s en verplichtingen die uit het overheidsaanbestedingscontract voort kunnen vloeien.

Gelet op de zeer strenge criteria die voortvloeien uit de Europese en nationale aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie is de kans echter reëel dat het wijzigen van de overheidsaanbestedingsopdracht na het doorlopen van een civiele procedure voor problemen zal zorgen. Het is immers niet ondenkbaar dat een dergelijke wijziging, indien ze in een eerder stadium van het proces zou hebben plaatsgevonden, zou hebben geleid tot verruiming van de kring van inschrijvers. Inschrijvers die besloten zich niet in te schrijven vanwege de onevenwichtige contractvoorwaarden hadden zich wellicht wel ingeschreven indien sprake was geweest van de middels de civielrechtelijke procedure gewijzigde aanbestedingsopdracht. Daarnaast is het goed mogelijk dat de inschrijvers gelet op de gewijzigde opdracht andere offertes zouden hebben ingediend. Ook in de literatuur wordt deze twijfel volop geuit. Het is dan ook niet onredelijk om met betrekking tot de toepassing van civielrechtelijke beroepsmogelijkheden te pleiten voor terughoudendheid.

Hiertegen kan worden ingebracht dat het eenieder vrij staat achteraf op te komen tegen onevenwichtigheden in een contract en dat hierdoor de kansen voor inschrijvende marktpartijen als gelijk dienen te worden beschouwd. Vanuit dit standpunt wordt er echter wel vanuit gegaan dat het normaal is om in het bewustzijn van bijvoorbeeld het misbruik van omstandigheden een overeenkomst aan te gaan met het idee te proberen deze overeenkomst achteraf na een beroep op een van de civielrechtelijke leerstukken door de rechter te laten aanpassen. Dit zou een wel erg bijzondere manier van contracteren in de hand werken.
5 Conclusie

Voor veel marktpartijen lijkt een overheidsaanbestedingsopdracht vanwege de vaak grote omvang ervan in eerste instantie meestal een interessante kus. Daarbij wordt niet direct stilgestaan bij de contractuele risico’s die verbonden kunnen zijn aan een dergelijke opdracht, namelijk in het geval sprake is van contracteren onder vigeur van onevenwichtige contractvoorwaarden. In dit onderzoek is juist wel gekeken naar deze risico’s en naar de mogelijkheden die een marktpartij heeft om tegen deze risico’s op te komen. Dit onderwerp is aan de hand van de volgende centrale vraagstelling onderzocht: “Wat wordt verstaan onder door de aanbestedende overheid opgelegde onevenwichtige contractvoorwaarden en welke juridische remedies heeft de kleine, financieel zwakkere marktpartij tegen dergelijke contractvoorwaarden?”. Deze hoofdvraag is opgesplitst in drie deelvragen die ieder in een apart hoofdstuk zijn besproken.

Na het inleidende hoofdstuk 1 is in hoofdstuk 2 de eerste deelvraag beantwoord. Deze deelvraag luidt: “Waardoor wordt een overheidsaanbestedingsprocedure gekenmerkt, gelet op de verhouding tussen de overheidsaanbesteder en de geïnteresseerde marktpartijen en het juridisch kader dat hierop van toepassing is?”. Zoals de deelvraag weergeeft is eerst de verhouding tussen de marktpartij en de overheidsaanbesteder onderzocht. Deze is vergelijkbaar met een commerciële verhouding waarbij meestal sprake is van zeer uiteenlopende belangen; beide contractpartijen streven immers naar een optimaal rendement voor zichzelf. In geval van een overheidsaanbestedingsopdracht streeft de aanbestedende overheid naar een zo voordelig mogelijke uitvoering van deze opdracht. Hier tegenover staat de geïnteresseerde marktpartij, die bij de uitvoering van deze opdracht juist een zo hoog mogelijke winst wil behalen. De aanbestedende overheid beschikt hierbij echter over een bijzondere positie ten opzichte van de geïnteresseerde marktpartijen: dankzij haar monopsoniepositie kan zij het aanbestedingscontract zelf opstellen en daarbij haar eigen belang nastreven. Dit leidt er dan ook toe dat de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden een regelmatig voorkomend fenomeen is. Het juridisch kader dat van toepassing is op een overheidsaanbestedingsprocedure en dat essentieel is om mogelijk onevenwichtige contractvoorwaarden uit een overheidsaanbestedingsovereenkomst te kunnen beoordelen, wordt gevormd door het verbintenissen- en het aanbestedingsrecht. De verhouding tussen de overheidsaanbesteder en de marktpartij dient immers te worden aangemerkt als een verbintenis met een aanbestedingsrechtelijk karakter. Tevens is gekeken naar de wijze waarop de beide rechtsgebieden zich tot elkaar verhouden. Hieruit blijkt dat op bepaalde punten sprake is van een wisselwerking tussen de rechtsgebieden; het aanbestedingsrecht omvat de basisregels waarop het verbintenissenrecht op bepaalde punten een belangrijke aanvulling vormt. Zo is het mogelijk middels het verbintenissenrecht extra spelregels op de overheidsaanbestedingsovereenkomst bindend van toepassing te verklaren; het aanbestedingsrecht schrijft hieromtrent immers geen bindende regelgeving voor. Ook vormt het verbintenissenrecht een gewenste aanvulling indien een overheidsaanbesteder zich onttrekt aan de
overheidsaanbestedingsprocedure. De verbintenisrechtelijke verplichtingen die kunnen ontstaan tijdens de precontractuele fase, kunnen voor de vertrouwende marktpartij immers een grondslag bieden voor schadevergoeding. Ondanks het voorgaande blijft het aanbestedingsrecht tijdens de overheidsaanbestedingsprocedure toch een dominerende rol spelen. Zo wordt bijvoorbeeld in de aanbestedingsrechtelijke regelgeving een belangrijke verbintenisrechtelijke bepaling eenvoudigweg buiten werking gesteld. De regel dat een overeenkomst tot stand komt door aanbod en aanvaarding geldt niet onverkort in het aanbestedingsrecht; door de aanvaarding van het aanbod door de overheidsaanbesteder komt immers geen overeenkomst tot stand. Daarnaast blijft er sprake van onevenwichtigheid tussen de contractpartijen, ondanks dat dit niet te verenigen is met het verbintenisrechtelijke beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid. Het aanbestedingsrecht vormt dus de basis voor de beoordeling van de overheidsaanbestedingsprocedure en -overeenkomst waarbij het verbintenissenrecht slechts op bepaalde punten een aanvullende rol speelt.

Nu in hoofdstuk 2 helder is geworden welke regels op het overheidsaanbestedingstraject van toepassing zijn, is in hoofdstuk 3 vervolgens ingezoomd op de daadwerkelijke toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden tijdens een overheidsaanbestedingsprocedure. Hierbij staat de volgende deelvraag centraal: “Op welke manier wordt bij een overheidsaanbesteding gebruikgemaakt van onevenwichtige contractvoorwaarden en welk oordeel vloeit voort uit de toetsing van dergelijke voorwaarden aan het toetsingskader gebaseerd op de Leidraad Aanbesteden?”. Een overheidsaanbesteder kan verschillende redenen hebben om gebruik te maken van onevenwichtige contractvoorwaarden, bijvoorbeeld het wantrouwen dat de aanbestedende overheid heeft ten aanzien van de markt. Het gebruik van onevenwichtige contractvoorwaarden door overheidsaanbesteders en de verplichting van de marktpartij om hiermee in te stemmen heeft echter ook strategisch gedrag van de marktpartijen tot gevolg, zoals de vorming van kartels of het onjuist voorschrijven van bestekken. Ter beoordeling van enkele in de literatuur genoemde afwijkende contractvoorwaarden op mogelijke onevenwichtigheid zijn deze voorwaarden allereerst vergeleken met breed geaccepteerde standaardvoorwaarden. In deze vaak meerdere malen verbeterde standaardvoorwaarden worden de risico’s en verplichtingen op zorgvuldige wijze verdeeld. Hierdoor vormen deze voorwaarden een geschikt uitgangspunt voor de vast te stellen overheidsaanbestedingsovereenkomsten. Zulks wordt ook in de aanbestedingsrechtelijke regelgeving aan overheidsaanbesteders aanbevolen. Desondanks wordt er in de aanbestedingspraktijk regelmatig van afgeweken, de standaardvoorwaarden zijn immers niet toegespitst op de steeds wisselende omstandigheden per geval. Het gevolg is echter dat ook van contractvoorwaarden die betrekking hebben op de risico- en aansprakelijkheidstoedeling wordt afgeweken, wat kan leiden tot onevenwichtige contractvoorwaarden.

Naast de vergelijking met enkele standaardvoorwaarden zijn deze afwijkende contractvoorwaarden vervolgens beoordeeld aan de hand van het toetsingskader, gebaseerd op de Leidraad Aanbesteden. In deze Leidraad zijn algemene regels opgenomen omtrent het vaststellen van contractvoorwaarden. Zo is
bepaald dat het de overheidsaanbesteder is toegestaan zelf contractvoorwaarden vast te stellen, maar deze dienen wel proportioneel te zijn. Volgens de Leidraad is een contractvoorwaarde proportioneel zolang het aantal marktpartijen dat aan die contractvoorwaarde kan voldoen groot genoeg is om de mededinging voldoende te kunnen waarborgen. Daarnaast vermeldt de Leidraad dat er door de overheidsaanbesteder naar gestreefd moet worden om zoveel mogelijk gebruik te maken van gestandaardiseerde contractvoorwaarden, maar dat de overheidsaanbesteder in plaats van deze standaardvoorwaarden wel gebruik mag maken van eigen, projectspecifieke voorwaarden. Nadat deze uitgangspunten van de Leidraad werden toegepast op de eerder genoemde afwijkende contractvoorwaarden, kon worden vastgesteld dat hierbij geen sprake was van proportionele contractvoorwaarden. Risico’s en verplichtingen worden op excessieve wijze bij de marktpartijen gelegd terwijl deze door hen vanwege hun financieel zwakkere positie nauwelijks beheersbaar zijn. Ook wordt de winnende marktpartij op grond van de afwijkende contractvoorwaarden aansprakelijk gehouden voor zaken die buiten de invloed van deze marktpartij vallen, zoals de aansprakelijkheid voor het door de overheidsaanbesteder voorgeschreven bestek. Dat dergelijke contractvoorwaarden als projectspecifieke contractvoorwaarden kunnen worden aangemerkt doet aan de disproportionaliteit van deze bepalingen niet af en dit is op grond van het toetsingskader dus niet toegestaan. Dit alles leidt tot de conclusie dat de genoemde contractvoorwaarden als onevenwichtig dienen te worden aangemerkt.

In vervolg op de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden in overheidsaanbestedingsopdrachten zijn tot slot in hoofdstuk 4 de juridische remedies bekeken die de inschrijvende marktpartij heeft om te ageren tegen deze contractvoorwaarden. De deelvraag die aan dit hoofdstuk ten grondslag ligt, luidt: “Welke juridische remedies heeft de inschrijvende marktpartij ten aanzien van onevenwichtige contractvoorwaarden in een overheidsaanbestedingsopdracht?” Allereerst is gekeken naar wat een marktpartij vóór de totstandkoming van de overheidsaanbestedingsovereenkomst kan doen tegen de in de overeenkomst opgenomen onevenwichtige contractvoorwaarden. Het in het aanbestedingsrecht zo belangrijke gelijkheidsbeginsel sluit echter uit dat over de inhoud van de overeenkomst – met de ene partij wel en met de andere niet – onderhandeld wordt. Door marktpartijen kan slechts een onherroepelijk aanbod worden gedaan waarmee de overheidsaanbestedingsovereenkomst wordt aanvaard.

Met deze bevindingen wordt tevens een bijdrage geleverd aan de in hoofdstuk 1 genoemde discussie die zich afspeelt in aanbestedingsrechtelijke kringen. In deze discussie wordt gesteld, maar – belangrijker nog – ook betwist, dat de overheidsaanbesteders het voor het zeggen hebben bij het vaststellen van de overheidsaanbestedingsovereenkomsten. Geconstateerd is echter dat overheidsaanbesteders een voorbehoud in het aanbod van marktpartijen niet accepteren en dat over de inhoud van het contract niet kan worden onderhandeld. Hiermee wordt bevestigd dat de contractvoorwaarden aan marktpartijen worden opgedrongen; ze hebben immers geen keuze.

De juridische remedies van het contractenrecht bieden daarentegen wél enkele mogelijkheden om een reeds tot stand gekomen overheidsaanbestedingsovereenkomst achteraf te wijzigen. Ten eerste kan
met een beroep op het ‘misbruik van omstandigheden’ de ongelijke machtspositie van partijen aan de kaak worden gesteld. Het uitgangspunt dient hierbij te zijn dat de overheid middels het opleggen van onevenwichtige contractvoorwaarden misbruik maakt van haar machtspositie; zij beschikt immers over de bevoegdheid eenzijdig contractvoorwaarden op te stellen. Deze bevoegdheid houdt echter niet in dat het de overheidsaanbesteder is toegestaan op dergelijk verregaande wijze verantwoordelijkheden en risico’s bij de marktpartij neer te leggen. Een tweede mogelijkheid biedt het beroep op de ‘redelijkheid en billijkheid’. Hierbij wordt gekeken naar de ‘onaanvaardbaarheid’ van de contractvoorwaarden. De bepleite terughoudende toepassing van een beoordeling aan de hand van de redelijkheid en billijkheid bij professionele contractpartijen, waartoe ook de overheidsaanbesteder en de marktpartij behoren, dient in geval van een overheidsaanbestedingsovereenkomst achterwege te blijven. Deze terughoudende toepassing is immers bedoeld om de contractsvrijheid tussen de partijen te waarborgen maar hiervan is bij een overheidsaanbestedingsovereenkomst allerminst sprake. Tot slot kan als derde beroeps-mogelijkheid de ‘uitleg van overeenkomst’ een redmiddel bieden voor marktpartijen. Hierbij wordt bijvoorbeeld gekeken naar hetgeen partijen ‘redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten’. Met de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden worden forse risico’s en verplichtingen bij de vaak kleine en financieel zwakkere marktpartij neergelegd; iets dat een overheidsaanbesteder redelijkerwijs niet van een marktpartij kan en mag verwachten.


Aanbevelingen

Gelet op het feit dat de inzet van contractenrechtelijke juridische remedies tot een conflict kan leiden met de uitgangspunten van het aanbestedingsrecht, dient bij de toepassing ervan terughoudendheid te worden betracht. De kans is immers aanwezig dat met de toepassing van de juridische remedies niet kan worden bereikt dat de onevenwichtige contractvoorwaarden door de rechter aangepast worden. Efficiënter dan het achteraf toepassen van contractenrechtelijke remedies zou dan ook zijn het vinden
van een oplossing waarmee de toepassing van onevenwichtige contractvoorwaarden vooraf kan worden bestreden. Daarmee kan reeds vóór de contractssluiting het machtsoverwicht en de ongelijkheid tussen partijen wordt gecorrigeerd. Hierdoor kan direct een acceptabel en voor de marktpartijen haalbaar contract gesloten worden waarbij dan geen sprake meer zal zijn van onevenwichtige contractvoorwaarden. Er zijn twee mogelijke oplossingen te noemen waarmee kan worden bereikt dat het machtsoverwicht tussen de overheidsaanbesteders en de geïnteresseerde marktpartij reeds vooraf wordt gecorrigeerd.

Ten eerste dient te worden gedacht aan het verplicht stellen van de toepassing van standaardvoorwaarden in plaats van dat er – zoals de Leidraad Aanbesteden voorschrijft – ‘zoveel mogelijk naar wordt gestreefd’ deze toe te passen. Indien de standaardvoorwaarden niet toereikend zijn om te worden toegepast in een specifieke situatie, dient in plaats van het opstellen van aanvullende projectspecifieke contractvoorwaarden te worden overgegaan tot het aanpassen van de standaardvoorwaarden totdat deze wel toereikend zijn voor de betreffende situatie. Zo kan worden voorkomen dat de overheidsaanbesteders eigen contractvoorwaarden opstelt en deze naar zich toeschrijft. Dit kan immers leiden tot onevenwichtige contractvoorwaarden. Als de overheidsaanbesteders alsnog van de standaardvoorwaarden wenst af te wijken, kan bijvoorbeeld worden vereist dat de afwijkende contractvoorwaarden eerst aan een deskundige worden voorgelegd. Dit gebeurt dan voordat de overeenkomst wordt afgesloten.

Een tweede oplossing kan zijn dat aan de geïnteresseerde marktpartijen de mogelijkheid wordt geboden met tegenuitspraken te komen. Volgens de huidige wet- en regelgeving van het aanbestedingsrecht is het voor een marktpartij alleen mogelijk om het voorstel in zijn geheel te accepteren; een voorbehoud in het aanbod leidt tot de ongeldigheid ervan. Hiertoe zal de betreffende wet- en regelgeving moeten worden aangepast, zodat marktpartijen dan zelf kunnen aangeven in welke mate zij verantwoordelijk willen en kunnen zijn voor in de overheidsaanbestedingsovereenkomst opgenomen risico's en verplichtingen. Hierna is het aan de overheidsaanbesteders als opdrachtgevende partij om de afweging tussen de diverse offertes te maken. De onmogelijkheid tot het doen van alternatieve aanbiedingen zou dus moeten worden opgeheven.
6 Literatuur

Artikelen

Bleeker, Contractdwang en rechtsbescherming
Mr. R.G.T. Bleeker, Contractdwang en rechtsbescherming, Bouwrecht 2003/09.

Broesterhuizen en Le Haen-de Croon, Aanbesteden in tijden van crisis
Mr. A.E. Broesterhuizen en mr. B.M.H.C. Le Haen-de Croon, Bouwrecht, Aanbesteden in tijden van crisis, Bouwrecht 2009/111.

Brons, CBB/JPO gaat nog lang niet ver genoeg
Mr. M. Brons, CBB/JPO gaat nog lang niet ver genoeg, Contracteren 2006/2.

Drion, Ongewenste ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht
Mr. C.E. Drion, Ongewenste ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht, Nederlands Juristenblad 2006/06.

Hebly en Klijn, Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht

Jansen, Andere manier van aanbesteden voorkomt bouwkartels
Prof.mr. C.E.C. Jansen, Andere manier van aanbesteden voorkomt bouwkartels, Nederlands Juristenblad 2001/44.

Jansen, Wisselwerking tussen aanbestedingsrecht en verbintenissenrecht
Prof.mr. C.E.C. Jansen, Wisselwerking tussen aanbestedingsrecht en verbintenissenrecht, Tijdschrift Aanbestedingsrecht 2008/12.

Jansen en Manunza, (On)gewenste ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht?

Jansen en Manunza, Reacties: bij Ruud Leether, Zin en onzin van het aanbestedingsrecht

Leether, Zin en onzin van het aanbestedingsrecht
Mr. R. Leether, Zin en onzin van het aanbestedingsrecht, Nederlands Juristenblad 2006/37.

Mutluer, Onevenwichtige contractvoorwaarden bij overheidsaanbestedingen
Mr. S. Mutluer, Onevenwichtige contractvoorwaarden bij overheidsaanbestedingen en het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW, Contracteren 2010/03.

Mutluer, Promovenda zoekt naar vermeend onredelijke contractvoorwaarden in de aanbesteding
Mr. S. Mutluer, Promovenda zoekt naar vermeend onredelijke contractvoorwaarden in de aanbesteding, Tijdschrift voor Bouwrecht 2011/08.
Mutluer en Jansen, Mogelijke contractenrechtelijke remedies ter correctie van machtsoverwicht van aanbesteders

Nouhuys, Fatsoenlijk aanbesteden
Mr. J.F. van Nouhuys, Fatsoenlijk aanbesteden, Redactioneel, Tijdschrift Aanbestedingsrecht 2009/06.

Te Ronde, Terughoudende toetsing bij beroep op derogerende werking redelijkheid en billijkheid in geval van professionele partijen
Mr.drs. C. te Ronde, Terughoudende toetsing bij beroep op derogerende werking redelijkheid en billijkheid in geval van professionele partijen, Maandblad Vermogensrecht 2008/06.

Ruygvoorn, Over de contractuele plicht tot (door)onderhandelen
Mr.dr. M.R. Ruygvoorn, Over de contractuele plicht tot (door)onderhandelen, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 2011/02.

Schelhaas, Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten
Mr. H.N. Schelhaas, Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 2008/21.

Tolman, Oneerlijke bedingen in contractvoorwaarden

Vermeij, Het arbitraal beding in algemene voorwaarden in de bouw
Mr. P. Vermeij, Het arbitraal beding in algemene voorwaarden in de bouw: een onredelijk bezwarend of oneerlijk beding in overeenkomsten met consumenten?, Bouwrecht 2009/173.

Boeken

Van den Berg, Bouwrecht in kort bestek

Van den Berg, Samenwerkingsvormen in de bouw

Chao-Duvis, Jansen en Vranken (red.), Alleen samen: Contractenrecht en aanbestedingsrecht

Chao-Duvis en Koning, Veranderende rollen

Essers, Aanbestedingsrecht voor overheden
Flamey, Overheidsopdrachten

Hartkamp en Sieburgh, Algemeen overeenkomstenrecht

Klinge-van Rooij, Bouwen voor Ruimte

Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys, Aanbestedingsrecht

Van Wijngaarden, Hoofdstukken Bouwrecht

Van Wijngaarden en Chao-Duivis, Bouw- en aanbestedingsrecht

**Wet- en regelgeving**

- **Rechtsbeschermingsrichtlijn**: Richtlijn 89/665/EEG van de Raad, van 21 december 1989, houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken.

- **Richtlijn werken**: Richtlijn 93/37/EEG van de Raad, van 14 juni 1993, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.

- **Richtlijn klassieke aanbestedingssectoren**: Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad, van 31 maart 2004, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

- **Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden**: Wet van 28 januari 2010, Stb. 38, houdende regels ter implementatie van Richtlijn 2007/66/EG, met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

- **Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen**: Wet van 31 maart 1993, Stb. 212, tot uitvoering van EEG-maatregelen inzake het plaatsen van opdrachten voor de levering van producten, de uitvoering van werken en de verrichting van diensten.

- **Voorstel Aanbestedingswet**: Voorstel 32440, nr. 2, houdende het opnieuw implementeren van Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 ten behoeve van een goede uitvoering en naleving van de uit deze richtlijn voortvloeiende voorschriften.
- **Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten**: Besluit van 16 juli 2005, Stb. 408, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

- **Besluit aanbesteding speciale sectoren**: Besluit van 16 juli 2005, Stb. 409, houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en de artikelen 2 en 3 van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen.


- **Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009**


- **Kamerstukken**
  - Brief van Minister van Verkeer en Waterstaat van 1 december 1999, Kamerstukken II 1999-2000 26, nr. 1 en 2.
  - Eindrapport van de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid: De bouw uit de schaduw, Kamerstukken II 2002-2003, 28244, nr. 5-6.

**Jurisprudentie**

- Voorzieningenrechter Rechtbank Den Bosch 26 april 2005.
- Rechtbank Leeuwarden 8 april 2009.
- Rechtbank ’s-Gravenhage 8 mei 2009.
- Rechtbank Utrecht 4 november 2009.
- Hof van Justitie EG 18 juni 2002, zaak C-92/00.
- Hof van Justitie EG 16 oktober 2003, zaak C-244/02.
- Hof van Justitie EG 19 juni 2008, zaak C-454/06.
- Hof van Justitie EG 6 oktober 2009, zaak C-40/08.
- Raad van Arbitrage voor de Bouw 1 maart 1984, No. 10.902.
- Raad van Arbitrage voor de Bouw 6 januari 2006, No. 70.977.

**Websites**

- [www.aanbestedingenonline.nl](http://www.aanbestedingenonline.nl)  
- [www.europeseaanbestedingen.eu](http://www.europeseaanbestedingen.eu)  
- [www.mkbservicedesk.nl](http://www.mkbservicedesk.nl)  
- [www.onder nemersunited.nl](http://www.onder nemersunited.nl)  
- [www.pianoo.nl](http://www.pianoo.nl)  

**Overige**

- *Beter aanbesteden in de bouw: sleutelpublicatie*  
- *Beter aanbesteden in de bouw*  
- *Inleiding aanbestedingsrecht, Lezing*  
- Mak: Symposium *Onevenwichtige contractvoorwaarden of niet?*  
- Nalevingsmeting Europees aanbesteden 2008  
- *Onevenwichtige voorwaarden? Brochure Stichting Marktwerking Installatietechniek*  
- Public procurement for Research and Innovation  
- Rechtsbescherming NVVA 14 november 2006, presentatie  
  Mr. C.J.G.M. Bartels, Bartels Sueters Fischer aanbestedingsadvocaten te ’s-Hertogenbosch.
- SMI-symposium  