

Wet reguleert inhoud overeenkomsten

Sinds 1 april is de nieuwe Aanbestedingswet van kracht. Deze wet bepaalt dat aanbestedende diensten uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria mogen stellen aan inschrijvers en inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot de opdracht. Dit betekent dat de eisen, voorwaarden en criteria proportioneel moeten zijn ten opzichte van de opdracht.

Opvallend is dat dit beginsel zich op grond van de Aanbestedingswet ook uitstrekt tot de inhoud van overeenkomsten. De gedachte hierachter is dat inschrijvers beschermd moeten worden tegen al te onredelijke overeenkomsten.

“ Er mag geen sprake zijn van een ongelimiteerde aansprakelijkheid

De Gids Proportionaliteit, die op basis van de Aanbestedingswet en -besluit is aangewezen als verplicht richtsnoer, geeft interessante voorschriften over de inhoud van overeenkomsten en dus ook bestekken.

Ten eerste krijgen potentiële inschrijvers de kans om suggesties te doen voor aanpassingen van de overeenkomst of afwijkingen van de inkoopvoorwaarden. Het opleggen van een overeenkomst zonder de mogelijkheid voor inschrijvers om suggesties te doen is disproportioneel.

Ten tweede bepaalt de Gids Proportionaliteit dat voorwaarden die paritair zijn opgesteld integraal moeten worden toegepast. De Gids doelt hiermee op voorwaarden die

in overleg tussen opdrachtnemers en opdrachtgevers zijn opgesteld. Als voorbeeld worden de UAV en de UAVgc genoemd. Bij projectspecifieke situaties kan er worden afgeweken van de UAV en UAVgc. De aanbestedende dienst moet die afwijkingen dan wel motiveren. Ten derde bepaalt de Gids Proportionaliteit dat er geen sprake mag zijn van een ongelimiteerde aansprakelijkheid in overeenkomsten.

Wat betekent dit voor de praktijk? Inschrijvers hebben dus het recht om suggesties te doen op de overeenkomst. Het beste moment om dat te doen lijkt de Nota van Inlichtingen. De aanbestedende dienst kan dan de aanpassingen in de overeenkomst immers nog aan alle inschrijvers communiceren. Afwijkingen van de UAV en UAVgc zijn in principe niet toegestaan tenzij goed gemotiveerd door de aanbestedende dienst. Vanuit een juridisch oogpunt lijkt bijvoorbeeld een afwijking van par. 42 lid 3 goed te motiveren. De UAV bepalen in die paragraaf dat kortingen niet worden opgelegd voor dagen die geen werkdag zijn (zoals weekenden en feestdagen). De schade die een aanbestedende dienst lijdt bij een te late oplevering zal zich soms niet beperken tot de werkdagen zodat een beperking niet voor de hand ligt. In dat geval kan de aanbestedende dienst bepalen dat de korting wordt verbeurd over kalenderdagen. Echter, ook hiervoor geldt mijns inziens dat de afwijking proportioneel moet zijn in relatie tot de te verwachten schade.

Een afwijking van bijvoorbeeld par. 47 UAV (kostenverhogende omstandigheden) lijkt minder voor de hand te liggen. In bestekken wordt het beroep op deze paragraaf soms uitgesloten. De vraag rijst echter of

een dergelijke uitsluiting proportioneel is.

Voor wat betreft de Nieuwe Regeling 2011 (DNR 2011) geldt dat deze voorwaarden niet paritair zijn opgesteld. Kan de aanbestedende dienst hier dan onbeperkt (in het nadeel van inschrijvers) van afwijken? Nee, er moet immers sprake zijn van proportionele voorwaarden. Bovendien kunnen de inschrijvers dan nog terugvallen op de mogelijkheid om suggesties te doen op de voorwaarden of een klacht neerleggen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. De Aanbestedingswet reguleert dus niet alleen de precontractuele fase maar geeft tevens een kader voor de contractuele fase. Dit laatste is een nieuw element in de aanbestedingsregelgeving. Aanbestedende diensten die willen afwijken van paritaire voorwaarden zullen dit moeten motiveren. De vraag is in hoeverre dit uitgangspunt zich uitstrekt tot alle aanbestedende diensten. Moeten aanbestedende diensten, die niet zijn betrokken bij het opstellen van paritaire voorwaarden, deze wel integraal toepassen? Vooralsnog wordt dit niet duidelijk in de nieuwe regelgeving. Het lijkt mij bepleitbaar dat aanbestedende diensten die niet zijn betrokken bij het opstellen van paritaire voorwaarden deze niet integraal hoeven toe te passen.

Mr. H.N. s'Jacob
Bentham Gratama Advocaten