

# Een grijze lijst van onredelijke besteksbepalingen

label: bouwbreed

**Steeds vaker bevatten bestekken administratieve voorwaarden die vergaande afwijkingen bevatten van de gewone risicoverdeling, zoals die voortvloeit uit UAV of UAVGC. De Stichting Marktwerking Installatietechniek organiseert een symposium over onevenwichtige contractvoorwaarden bij aanbestedingen dat plaatsvindt op 16 maart.**

Een voorbeeld van administratieve voorwaarden in bestekken is de eis dat de inschrijver de verantwoordelijkheid overneemt voor het ontwerp of de producten die de opdrachtgever heeft voorgeschreven. Of de eis dat de inschrijver verantwoordelijk is voor fouten in de besteksinformatie van de opdrachtgever. Over dergelijke eisen wordt vaak de vraag gesteld of zij niet in overeenstemming kunnen worden gebracht met de UAV of UAVGC. Helaas blijken aanbesteders daartoe niet vaak bereid. Inschrijvers komen dan voor de keuze te staan om al dan niet in te schrijven. De meeste bouwbedrijven schrijven dan toch maar in, in de hoop dat het gewraakte risico zich niet zal voordoen. Een voorbehoud maken voor de onredelijke eis is immers niet mogelijk, omdat de inschrijving daardoor ongeldig wordt. Toen ik in 2003 voor de eerste keer over dit fenomeen schreef, stelde ik nog vast dat de optie om niet in te schrijven in beginsel uitgesloten is, omdat bouwondernemingen voorrang moeten geven aan omzet boven een ongunstige risicoverdeling. Sindsdien is in zoverre een opvallende ontwikkeling zichtbaar, dat bouwondernemingen steeds vaker afzien van inschrijving vanwege een onaanvaardbare risicoverdeling. Als het zover komt, wordt het tijd om naar oplossingen voor het probleem te zoeken. Stel: een onderneming stelt voor aanbesteding tevergeefs schriftelijke vragen over een onredelijke risicoverdeling; schrijft desalniettemin in zonder voorwaarden, en krijgt het werk opgedragen. Bij uitvoering doet zich het bestreden risico voor (het ontwerp van de opdrachtgever blijkt bijvoorbeeld ondeugdelijk), en er ontstaat discussie of de opdrachtgever zich op de onredelijke bestekseis kan beroepen. Ofschoon de wet op enkele plaatsen voorziet in de mogelijkheid dat een rechter een bepaling uit een overeenkomst buiten toepassing laat, of bijvoorbeeld een hoge kortingsbepaling matigt, doen zich problemen voor. De Hoge Raad heeft de laatste jaren namelijk in een reeks van uitspraken duidelijk gemaakt dat slechts bij hoge uitzondering in contracten mag worden ingegrepen. Opdrachtgevers werpen deze rechtspraak dan aan de bouwonderneming tegen.

## Openbaar

Het is evenwel de vraag of die zeer terughoudende benadering gerechtvaardigd is bij contracten die gesloten worden in het kader van een openbare aanbesteding. De regel dat contracten onder alle omstandigheden volledig moeten worden nageleefd, is namelijk gebaseerd op het beginsel van volledige contractsvrijheid. Bij openbare aanbestedingen is daarvan in aanzienlijk geringere mate sprake. Vanwege het bij aanbestedingen geldende verbod op voorwaarden van

inschrijverszijde kunnen zij namelijk niet over de condities van de overeenkomst onderhandelen. De wet voorziet niet in die situatie. Geldt in het gewone recht bijvoorbeeld de regel dat een overeenkomst tot stand komt ook wanneer een aanbod wordt aanvaard met afwijkingen op ondergeschikte punten (art. 6:225 lid 2 BW), bij openbare aanbestedingen is juist de regel dat iedere afwijking de inschrijving ongeldig maakt. De overeenkomst die na aanbesteding tot stand komt, wijkt dus essentieel af van de gewone overeenkomst. Het motief voor de zeer terughoudende toetsing door de rechter komt daarmee te vervallen. In dit opzicht doet de aanbestede overeenkomst veeleer denken aan de consumentenovereenkomst. Ook daar kan niet over de voorwaarden van de transactie worden onderhandeld. De wetgever heeft daarom voorzien in lijsten van voorwaarden die aanbieders in het geheel niet mogen hanteren (de zwarte lijst) en voorwaarden die vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn (de grijze lijst).

## Grijs

Dergelijke lijsten zouden ook kunnen worden opgesteld voor onredelijke bestekseisen. Natuurlijk moet bij de opstelling van zo'n lijst rekening gehouden worden met de mogelijkheid dat een aanbesteder in zijn situatie argumenten ziet om af te wijken van de gebruikelijke risicoverdeling. De toetsingsmaatstaf voor de grijze lijst (een beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn, maar de gebruiker mag tegenbewijs leveren) voorziet in die ruimte. Tegenwoordig zegt men dan: comply or explain.

Naar mijn mening zouden organisaties van bouwbedrijven moeten streven naar de opstelling van een dergelijke grijze lijst, in beginsel op basis van de standaardvoorwaarden voor de diverse typen bouwcontracten. Zo'n lijst kan bouwbedrijven, en indirect opdrachtgevers, attenderen op ongewenste risicoverdelingen. Als een grijze lijst gestalte krijgt, kan men ook draagvlak zoeken bij grote opdrachtgevers. In laatste instantie kan zo'n lijst een reflexwerking hebben voor het geval arbiters of rechters moeten oordelen over de mogelijkheid van een beroep op een onredelijk bezwarende besteksbepaling.

Zonder concrete grijze lijst dreigt de discussie over deze belangrijke kwestie te verzanden in discussies op een te hoog of juist te laag abstractieniveau. Een middag brainstormen met juristen en contractmanagers van een grote bouwonderneming leverde de conclusie dat een grijze lijst met tien in het algemeen onredelijk bezwarende besteksbepalingen tamelijk eenvoudig is opgesteld.

Rozemond Advocaten

Eerste publicatie door **Van een onzer verslaggevers** op 12 mrt 2010  
Laatste update: 12 mrt 2010

---

Vakmedianet gebruikt cookies om bepaalde voorkeuren te onthouden en af te stemmen op uw vakmatige interesse. **Meer informatie over het gebruik van cookies**