

## TBR 2016/10 Beëindiging van wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten

---

Auteur: A.J. van Heeswijck

TBR 2016/10

Beëindiging van wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten

### 1. Inleiding

Een overheidsopdracht die na een Europese aanbesteding is gegund, mag niet wezenlijk worden gewijzigd, tenzij de aanbestedende dienst een nieuwe aanbestedingsprocedure organiseert. Een wezenlijke wijziging van de bepalingen van een overeenkomst vormt volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) namelijk een plaatsing van een nieuwe overheidsopdracht. [2] In 2014 zijn nieuwe aanbestedingsrichtlijnen vastgesteld. [3] Hierin is de rechtspraak van het HvJ EU over de wijziging van overheidsopdrachten gecodificeerd en uitgewerkt. [4] De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen bevatten tevens een regeling voor het beëindigen van een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht. Lidstaten moeten er zorg voor dragen dat aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben een overheidsopdracht tijdens de looptijd te beëindigen, indien sprake is van een wijziging die een nieuwe aanbestedingsprocedure noodzakelijk maakte. [5]

De Nederlandse regering heeft op 29 oktober 2015 een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer dat strekt tot implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen in de Aanbestedingswet 2012. [6] Het wetsvoorstel bevat geen bepaling die de aanbestedende dienst de mogelijkheid biedt een overheidsopdracht te beëindigen, indien sprake is van een wezenlijke wijziging. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel zouden de betreffende richtlijnbevestigingen geen implementatie behoeven, omdat het Nederlandse rechtstelsel al in deze mogelijkheid zou voorzien. [7]

In deze bijdrage toets ik deze aanname op juistheid. In paragraaf 2 bespreek ik de Unierechtelijke bepalingen op het gebied van het beëindigen van wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten. In paragraaf 3 komt de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 aan de orde en ga ik dieper in op de argumenten van de regering om voor het beëindigen van overheidsopdrachten geen nieuwe regels vast te stellen. In de paragrafen 4 en 5 wordt vervolgens onderzocht of het Nederlandse rechtstelsel voorziet in een mogelijkheid tot het beëindigen van een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht. Daarbij komt in paragraaf 4 de Aanbestedingswet 2012 aan bod en in paragraaf 5 het Burgerlijk Wetboek (BW). Ik sluit in paragraaf 6 af met een conclusie.

De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen verplichten lidstaten er tevens voor te zorgen dat aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben een overheidsopdracht tijdens de looptijd te beëindigen, indien de overheidsopdracht niet aan de betrokken ondernemer had mogen worden gegund, omdat op hem een verplichte uitsluitingsgrond van toepassing was of omdat de aanbestedende dienst een ernstige inbreuk heeft gemaakt op een van de Europese verdragen of de aanbestedingsrichtlijnen, welke inbreuk door het HvJ EU in een procedure als bedoeld in artikel 258 VWEU is vastgesteld. [8] Deze beëindigingsgronden komen in deze bijdrage slechts zijdelings aan de orde.

### 2. Unierechtelijke bepalingen omtrent beëindiging van wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten

#### 2.1 Unierecht tot 2014

De huidige aanbestedingsrichtlijnen, die in 2004 zijn vastgesteld, bevatten geen regeling voor de beëindiging van wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten. [9] Verwonderlijk is dit niet. Pas eerst in 2008 kreeg het HvJ EU in het *pressetext*-arrest de kans zich uit te laten over de gevolgen van een wijziging van een overheidsopdracht. De aanbestedingsrichtlijnen volgen op dit punt de ontwikkelingen in de rechtspraak van het HvJ EU. [10]

Daarmee is niet gezegd dat er onder het huidige Unierecht in het geheel geen voorschriften bestaan ten aanzien van de beëindiging van wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten. Op grond van artikel 2 quinquies sub a van de rechtsbeschermingsrichtlijnen moeten lidstaten ervoor zorgen dat een overeenkomst onverbindend kan worden verklaard, indien de aanbestedende dienst een overheidsopdracht heeft gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging daarvan in het Publicatieblad van de Europese Unie. [11] De sanctie van onverbindendheid is in 2007 bij de herziening van de rechtsbeschermingsrichtlijnen geïntroduceerd. [12] Met deze herziening is beoogd de doeltreffendheid van de beroepsprocedures te

verhogen. [13] Aangezien een wezenlijke wijziging van de bepalingen van een overeenkomst volgens het HvJ EU als een plaatsing van een nieuwe overheidsopdracht moet worden beschouwd [14], is hierop de sanctie van onverbindendheid van toepassing, indien vooraf geen Europese aanbesteding heeft plaatsgevonden. De in de rechtsbeschermingsrichtlijnen genoemde beroepsprocedures, waaronder het beroep tot onverbindendheid, moeten krachtens artikel 1 lid 3 van de rechtsbeschermingsrichtlijnen ten minste openstaan voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door de vermeende inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

## 2.2 Unierecht na 2014 (de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen)

De in 2014 vastgestelde aanbestedingsrichtlijnen bevatten zoals gezegd wel een regeling voor de beëindiging van wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten. Artikel 73 aanhef en sub a van Richtlijn 2014/24/EU luidt als volgt:

‘De lidstaten dragen er zorg voor dat de aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben, ten minste in de volgende omstandigheden en onder de voorwaarden bepaald door het toepasselijke nationale recht, een overheidsopdracht te beëindigen tijdens de looptijd, wanneer:

a) de opdracht ingrijpend is gewijzigd waardoor een nieuwe aanbestedingsprocedure zou vereist geweest zijn op grond van artikel 72;’

Artikel 45 aanhef en sub a van Richtlijn 2014/23/EU en artikel 90 aanhef en sub a van Richtlijn 2014/25/EU zijn hier de pendanten hiervan. De formulering van beide bepalingen wijkt enigszins af van die van artikel 73 Richtlijn van 2014/24/EU, en onderling zijn er ook tekstuele verschillen, maar materieel stemmen zij overeen. Voor het gemak noem ik hierna alleen nog artikel 73 van Richtlijn 2014/24/EU.

Blijkens de gekozen formulering genieten lidstaten een zekere discretie bij de implementatie van artikel 73 van Richtlijn 2014/24/EU. Aanbestedende diensten moeten beschikken over een juridisch instrument om een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht te kunnen beëindigen, maar het is aan de afzonderlijke lidstaten de voorwaarden vast te stellen waaronder die beëindiging plaatsvindt. Bij die voorwaarden valt te denken aan constitutieve voorwaarden voor de uitoefening van de bevoegdheid tot beëindiging van een overheidsopdracht, de afwikkeling van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen en verjaringstermijnen.

Onduidelijk is hoe de regeling in artikel 73 aanhef en sub a van Richtlijn 2014/24/EU zich verhoudt tot de rechtsbeschermingsrichtlijnen, in het bijzonder artikel 2 quinquies sub a daarvan, op grond waarvan een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht op vordering van belanghebbende ondernemers onverbindend moet kunnen worden verklaard. Wordt de rechtsbescherming van ondernemers (verder) verbeterd? Moeten belanghebbende ondernemers met andere woorden voortaan tevens beëindiging van een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht kunnen afdwingen op de voet van de nationale regels die beogen artikel 73 aanhef en sub a van Richtlijn 2014/24/EU te implementeren? De (consideransen van) aanbestedingsrichtlijn(en) zwijgen hierover.

Ik ben geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. De Uniewetgever heeft omwille van de rechtszekerheid de mogelijkheid van belanghebbende ondernemers om een overeenkomst die ten onrechte zonder Europese aanbesteding is gesloten, onverbindend te laten verklaren bewust beperkt. [15] Zo zijn lidstaten op grond van artikel 2 quinquies lid 4 van de rechtsbeschermingsrichtlijnen verplicht te bepalen dat een overeenkomst die in strijd met de toepasselijke aanbestedingsrichtlijn niet Europees is aanbesteed, niet onverbindend kan worden verklaard, indien de aanbestedende dienst - kort samengevat - een voornemen van de onderhandse gunning heeft gepubliceerd en een opschortende termijn in acht heeft genomen. Voorts zijn de lidstaten bevoegd relatief korte verjaringstermijnen vast te stellen voor het instellen van een beroep tot onverbindendheid. [16] Dit stelsel zou worden doorkruist, indien op het moment dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor het onverbindend laten verklaren van een overeenkomst, belanghebbende ondernemers via een omweg, namelijk door zich te beroepen op de nationale regels die hebben te gelden als implementatie van artikel 73 Richtlijn van 2014/24/EU, alsnog een vergelijkbaar effect zouden weten te bereiken. Aannemelijk is dat de in artikel 73 van Richtlijn 2014/24/EU opgenomen beëindigingsgronden niet strekken tot bescherming van belanghebbende ondernemers, maar vooral bedoeld zijn de objectieve handhaving, met name door de Europese Commissie [17], te faciliteren. [18] In het verleden is het voorgekomen dat lidstaten met een beroep op het vertrouwensbeginsel en het beginsel van *pacta sunt servandi* nalieten schendingen die in een procedure bij het HvJ EU als bedoeld in artikel 258 VWEU waren vastgesteld, ongedaan te maken. [19]

## 3. Wetsvoorstel tot implementatie van nieuwe aanbestedingsrichtlijnen

### 3.1 Toelichting bij bevoegdheid beëindiging wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten

Zoals gezegd zou volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel het Nederlandse rechtsstelsel al voorzien in de mogelijkheid voor aanbestedende diensten om een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht te beëindigen. [20] Indien het standpunt van de regering juist is, is het vaststellen van nieuwe regels ter implementatie van artikel 73 aanhef en sub a van Richtlijn 2014/24/EU inderdaad niet noodzakelijk. Het nationale recht dient niettemin de volledige toepassing van de richtlijn te verzekeren. De uit het nationale recht voortvloeiende rechtssituatie dient bovendien voldoende bepaald en duidelijk te zijn. [21] Het is daarom nuttig na te gaan hoe de regering tot haar standpunt is gekomen. In de memorie van toelichting valt ter zake het volgende te lezen [22] :

‘Op grond van het Burgerlijk Wetboek dienen overeenkomsten te worden nagekomen. Er bestaan echter gronden tot voortijdige beëindiging van de overeenkomst. Een voorbeeld daarvan is een wezenlijke wijziging van de overheidsopdracht. Partijen kunnen over deze beëindigingsgrond afspraken maken in de overeenkomst, maar het Burgerlijk Wetboek biedt daartoe ook mogelijkheden. De gevolgen van voortijdige beëindiging van een overeenkomst, waaronder een mogelijke verplichting tot betaling van schadevergoeding, hangen af van de omstandigheden van het geval.’

Hier lijkt in de eerste plaats te worden beweerd dat een wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht een bestaande beëindigingsgrond in het BW zou zijn. Dit is echter niet het geval. In het BW ontbreken regels die specifiek betrekking hebben op overheidsopdrachten, laat staan dat hierin regels zijn opgenomen voor het beëindigen van wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten.

In de tweede plaats wordt de mogelijkheid genoemd van het maken van afspraken over het beëindigen van de overeenkomst, indien sprake is van een wezenlijke wijziging. Gelet op de contractsvrijheid is dit een reële optie, al zal het maken van afspraken vaak neerkomen op het eenzijdig opnemen van een regeling in het bestek door de aanbestedende dienst. Hiermee heeft Nederland als lidstaat echter niet voldaan aan zijn verplichting om artikel 73 van Richtlijn 2014/24/EU te implementeren. Lidstaten zijn verplicht alle maatregelen te treffen die de volle werking van de richtlijn en het daarmee beoogde doel verzekeren. [23] Het enkele bestaan van de mogelijkheid van het maken van afspraken doet dat niet. Indien een contractuele regeling ontbreekt, zal een aanbestedende dienst immers moeten teruggrijpen op de beëindigingsgronden die de wet hem biedt. De wet dient dan wel te voorzien in een beëindigingsgrond.

In de geciteerde passage uit de memorie van toelichting wordt er in de derde plaats op gewezen dat het BW mogelijkheden zou bieden om een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht te beëindigen. Welke die mogelijkheden dit zouden zijn, wordt helaas niet toegelicht. De rechtspraktijk wordt hierdoor gedwongen zelf zijn weg te vinden. In paragraaf 5 zal ik een aantal mogelijkheden verkennen.

### 3.2 Toelichting bij overige gronden voor beëindiging overheidsopdrachten

Een overheidsopdracht dient tevens door de aanbestedende dienst te kunnen worden beëindigd, indien deze niet aan de betrokken ondernemer had mogen worden gegund, omdat op hem een verplichte uitsluitingsgrond van toepassing was of omdat de aanbestedende dienst een ernstige inbreuk heeft gemaakt op een van de Europese verdragen of de aanbestedingsrichtlijn, welke inbreuk door het HvJ EU in een procedure als bedoeld in artikel 258 VWEU is vastgesteld. [24] Ook voor deze situaties bevat het wetsvoorstel geen regels, kennelijk omdat de regering ervan uitgaat dat het Nederlandse rechtsstelsel al voorziet in de noodzakelijke juridische instrumenten. In de memorie van toelichting valt ter zake te lezen dat gunning in strijd met de Europese verdragen of de delen 2, 2a of 3 van de Aanbestedingswet 2012 ‘in principe’ strijd zou opleveren met een dwingende wetsbepaling en in beginsel tot nietigheid zou leiden. [25] Deze opmerking is tevens relevant voor beëindiging van wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten, omdat een ongeoorloofde wijziging van een overheidsopdracht eveneens in strijd is met deel 2, deel 2a of deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 en dus met nietigheid zou worden bedreigd.

De aangehaalde opmerkingen in de memorie van toelichting zijn verrassend. De Hoge Raad heeft namelijk herhaaldelijk geoordeeld dat de regels die strekken tot implementatie van de (voormalige) aanbestedingsrichtlijnen juist niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. [26] In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden is dit destijds nota bene nog de regering onderstreept. [27] Toepassing van artikel 3:40 lid 2 BW, waarin nietigheid wegens strijd met een dwingende wetsbepaling is geregeld, op overheidsopdrachten zou dus een behoorlijke koerswijziging inhouden ten opzichte van het huidige recht, die naar mijn mening een grondigere analyse had verdiend.

Ik betwijfel of de regering de gevolgen heeft overzien van toepassing van artikel 3:40 lid 2 BW op overheidsopdrachten. Naar huidig recht zijn de mogelijkheden van afgewezen gegadigden en inschrijvers om de gunning van een overheidsopdracht aan te vechten in bepaalde opzichten beperkt. De aanbestedende dienst moet op grond van artikel 2.127 lid 1 en lid 3 van de Aanbestedingswet 2012 een opschortende termijn van ten minste twintig dagen in acht nemen. Indien binnen deze termijn geen kort geding aanhangig is gemaakt of indien een voorlopige voorziening is geweigerd, mag de aanbestedende dienst de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst sluiten. De overeenkomst is dan - behoudens uitzonderlijke omstandigheden - niet nietig of vernietigbaar. [28] De rechter kan op vordering van een benadeelde ondernemer de aanbestedende dienst nog wel bij wege van schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom veroordelen om de overeenkomst te beëindigen [29], maar bij de uitoefening van die bevoegdheid past een zekere terughoudendheid. [30] Voorts kunnen ondernemers in de in artikel 4.15 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 genoemde situaties vernietiging van een overeenkomst vorderen, maar deze mogelijkheid is door de korte vervaltermijnen in artikel 4.15 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 en de uitzonderingsgronden in artikel 4.16 van de Aanbestedingswet 2012 aan banden gelegd. Dit stelsel van rechtsbescherming, waarin evenwicht lijkt te zijn gevonden tussen de belangen van aanbestedende diensten en afgewezen inschrijvers [31], zou volledig worden doorkruist, als met de regering wordt aangenomen dat een overheidsopdracht die in strijd met deel 2, deel 2a of deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 is gegund, 'in principe' nietig is. Indien een rechtshandeling nietig is, blijven de daarmee beoogde rechtsgevolgen immers uit. [32] Definitieve gunning zal dus geen effect sorteren. Ondernemers zouden in beginsel in elk stadium, voor en na het sluiten van de overeenkomst door de aanbestedende dienst, de gunning van een overheidsopdracht kunnen aanvechten. Van de in artikel 2.127 lid 1 en lid 3 van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde opschortende termijn zouden zij zich in principe niets hoeven aan te trekken. De aanzienlijk verruimde mogelijkheden van ondernemers om de gunning van een overheidsopdracht aan te vechten zou bovendien niet beperkt blijven tot de in artikel 73 van Richtlijn 2014/24/EU bedoelde situaties. Onder gunning in strijd met de Europese verdragen of de delen 2, 2a of 3 van de Aanbestedingswet 2012 vallen immers tevens schendingen van vele andere bepalingen van de Aanbestedingswet 2012. Het kan toch niet de bedoeling zijn van de regering het huidige stelsel van rechtsbescherming volledig op zijn kop te zetten? In mijn ogen zou de regering er verstandig aan doen expliciet op de betreffende passages in de memorie van toelichting terug te komen.

Los van het voorgaande is artikel 3:40 lid 2 BW naar mijn mening hoe dan ook ongeschikt om beëindiging van een overheidsopdracht door aanbestedende diensten mogelijk te maken. Een overheidsopdracht die nietig is, moet worden geacht nooit tot stand te zijn gekomen. Er valt in dat geval niets te beëindigen. De sanctie van nietigheid gaat dus te ver. Ter zijde merk ik op dat in het in artikel 73 aanhef en sub c van Richtlijn 2014/24/EU bedoelde geval de noodzaak tot beëindiging van de overheidsopdracht volgt uit een uitspraak van het HvJ EU in een procedure als bedoeld artikel 258 VWEU. De uitspraak van het HvJ EU zou dus een voorwaarde moeten zijn voor het intreden van de nietigheid van de overheidsopdracht. Dit valt dogmatisch lastig in te passen in artikel 3:40 BW.

## 4. Beëindigingsgrond in Aanbestedingswet 2012

Hoewel de regering hier in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel niet op in is gegaan, is het nuttig te onderzoeken of artikel 4.15 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012 niet al een grondslag biedt voor aanbestedende diensten om een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht te beëindigen. Artikel 4.15 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012 behelst de implementatie van het in paragraaf 2.1 besproken artikel 2 quinquies lid 4 van de rechtsbeschermingsrichtlijnen, dat lidstaten - kort samengevat - verplicht ervoor te zorgen dat een overeenkomst die ten onrechte niet Europees is aanbesteed onverbindend kan worden verklaard. De Aanbestedingswet 2012 voorziet dus al in de mogelijkheid om een overheidsopdracht in de in artikel 73 aanhef en sub a van Richtlijn 2014/24/EU bedoelde situatie te beëindigen.

Waarschijnlijk komt de aanbestedende dienst geen beroep toe op artikel 4.15 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012. Deze bepaling strekt namelijk tot bescherming van ondernemers die door een onrechtmatige onderhandse gunning zijn benadeeld. Uit de parlementaire geschiedenis valt niet af te leiden, dat de Nederlandse wetgever tevens aan aanbestedende diensten zelf het recht heeft willen toekennen zich op één van de in artikel 4.15 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 genoemde vernietigingsgronden te kunnen beroepen. In het tweede lid van artikel 4.15 van de Aanbestedingswet 2012, waarin de termijnen voor het instellen van een rechtsvordering tot vernietiging zijn opgenomen, wordt zelfs expliciet gesproken van 'een ondernemer die zich door een gunningsbeslissing benadeeld acht'. Met behulp van een *a contrario* redenering zou op basis hiervan nog kunnen worden betoogd, dat de in artikel 4.15 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 genoemde termijnen alleen gelden voor ondernemers en dat aanbestedende diensten ook daarbuiten vernietiging van een overeenkomst kunnen vorderen, maar daarvoor biedt de parlementaire geschiedenis

geen enkele steun. Het gebruik van de woorden 'ondernemer die zich door een gunningsbeslissing benadeeld acht' in het tweede lid van artikel 4.15 van de Aanbestedingswet 2012 duidt naar mijn mening juist op het beperkte beschermingsbereik van de vernietigingsgronden. [33] Artikel 4.15 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012 biedt dus geen grondslag voor een aanbestedende dienst om een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht te beëindigen.

## 5. Beëindigingsgronden in BW

### 5.1 Inleiding

Bij de mogelijkheden die het BW een aanbestedende dienst zou kunnen bieden om een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht te beëindigen kan onderscheid worden gemaakt tussen beëindigingsgronden die in beginsel gelden voor alle overeenkomsten, die te vinden zijn in Boek 3 en Boek 6 BW, en beëindigingsgronden voor de in Boek 7 BW geregelde bijzondere overeenkomsten. Het voert te ver op deze plaats iedere denkbare beëindigingsgrond uitvoerig te behandelen. Daarom zal ik hierna ingaan op een beperkt aantal beëindiginggronden.

### 5.2 Beëindigingsgronden Boek 3 en Boek 6 BW

#### 5.2.1 Ontbinding op grond van tekortkoming

Beëindiging van een overeenkomst kan onder meer plaatsvinden door ontbinding. Op grond van artikel 6:265 lid 1 BW geeft iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van één van haar verbintenissen aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding op grond van artikel 6:265 lid 2 BW pas, wanneer de schuldenaar in verzuim is.

Artikel 6:265 BW biedt de aanbestedende dienst waarschijnlijk geen mogelijkheid om een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht te beëindigen. Een (wezenlijke) wijziging van een overeenkomst berust in de regel op wilsovereenstemming. Zij is niet als een tekortkoming van de wederpartij van de aanbestedende dienst aan te merken. Voor zover een van de partijen, meestal de aanbestedende dienst als opdrachtgever, bevoegd is eenzijdig de overeenkomst te wijzigen [34], zal de uitoefening van die bevoegdheid evenmin als tekortkoming zijn aan te merken.

#### 5.2.2 Ontbinding op grond van onvoorziene omstandigheden

Ontbinding van een overeenkomst is op grond van artikel 6:258 lid 1 BW tevens mogelijk op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten (*imprévision*). Onder 'onvoorziene omstandigheden' moeten worden verstaan omstandigheden die na het sluiten van de overeenkomst zijn ingetreden en die partijen niet (uitdrukkelijk of stilzwijgend) in hun overeenkomst hebben verdisconteerd. [35] Ontbinding wordt op grond van het tweede lid van artikel 6:258 BW niet uitgesproken, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.

Een wijziging van een overheidsopdracht is aan te merken als een omstandigheid die na het sluiten van de overeenkomst is ingetreden. In de meeste gevallen zal een wijziging bovendien niet in de overeenkomst zijn verdisconteerd. Anders zou een wijziging van de overheidsopdracht immers overbodig zijn. [36] Een wijziging van een overheidsopdracht berust echter zoals gezegd in de regel op wilsovereenstemming of op de uitoefening door de aanbestedende dienst van een (contractuele) bevoegdheid tot het wijzigen van de opdracht. Onder de gegeven omstandigheden is naar mijn mening onmogelijk vol te houden dat een wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht is te beschouwen als een onvoorziene omstandigheid welke van dien aard is dat de wederpartij van de aanbestedende dienst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding mag verwachten.

Een beroep van een aanbestedende dienst op artikel 6:258 BW zou voorts snel stranden op het tweede lid van artikel 6:258 BW. Aanbestedende diensten worden geacht de aanbestedingsregels te kennen en correct toe te passen. Zij zijn de normadressaat van de aanbestedingsregels. Voor zover een wezenlijke wijziging al als 'onvoorziene omstandigheid' in de zin van artikel 6:258 BW zou zijn aan te merken, zou deze krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de aanbestedende dienst moeten komen.

Met behulp van een richtlijnconforme interpretatie van de begrippen 'redelijkheid en billijkheid' en 'de in het verkeer geldende opvattingen' zou de rechter in een concrete zaak wellicht tot een ander oordeel kunnen komen. In dat geval moet niettemin worden aangenomen, dat artikel 6:258 BW onvoldoende bepaald en duidelijk is om als implementatie van artikel 73 aanhef en sub a van Richtlijn 2014/24/EU te kunnen gelden, met name omdat een beroep van een aanbestedende dienst op artikel 6:258 BW zonder richtlijnconforme interpretatie in ieder geval weinig kansrijk zou zijn. Richtlijnconforme interpretatie zou niet meer zijn dan een middel om de gevolgen van een implementatiegebrek te beperken. Dit ontslaat Nederland als EU-lidstaat hoe dan ook niet van zijn verplichting om het implementatiegebrek door het vaststellen van regelgeving te herstellen. [37]

Tot slot is voor ontbinding van een overeenkomst op grond van artikel 6:258 BW een constitutioneel vonnis van de rechter noodzakelijk. [38] Ontbinding van de overeenkomst is dus strikt genomen een bevoegdheid van de rechter en niet van contractpartijen. [39] Doordat de aanbestedende dienst voor beëindiging van een overheidsopdracht met een beroep op artikel 6:258 BW altijd eerst de gang naar de rechter moet maken, zou bovendien afbreuk worden gedaan aan de effectiviteit van *imprévision* als beëindigingsgrond. Naar mijn mening is artikel 6:258 BW hoe dan ook ongeschikt om als beëindigingsgrond als bedoeld in artikel 73 aanhef en sub a van Richtlijn 2014/24/EU te dienen.

Voorstelbaar is overigens dat de omstandigheden die aanleiding geven de overheidsopdracht wezenlijk te wijzigen, wel zijn aan te merken als onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij van de aanbestedende dienst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten. In voorkomend geval doet de aanbestedende dienst er verstandig aan direct op dat moment op grond van artikel 6:258 BW ontbinding te vorderen, in plaats van de overheidsopdracht in strijd met de aanbestedingsregels te wijzigen. Voorkomen is beter dan genezen.

### 5.2.3 Vernietiging op grond van wilsgebrek

Een andere wijze van beëindiging van een overeenkomst dan ontbinding is vernietiging. Een overeenkomst is onder meer vernietigbaar, indien zij tot stand is gekomen onder invloed van bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden of dwaling. [40] Hoewel toepassing van een of meer van deze vernietigingsgronden in algemene zin niet valt uit te sluiten, mag worden aangenomen dat een wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht zeer zelden onder invloed van bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden tot stand zal komen. Van de genoemde vernietigingsgronden lijkt dwaling nog het meest voor toepassing in aanmerking te komen.

Onder omstandigheden is namelijk een beroep op dwaling mogelijk, indien de onjuiste voorstelling betrekking heeft op het recht (rechtsdwaling). [41] Hierdoor zou een onjuiste interpretatie van de regels die gelden voor het wijzigen van een overheidsopdracht een beroep op artikel 6:228 BW kunnen rechtvaardigen. Een aanbestedende dienst zou hiermee echter slechts de rechtshandeling die strekt tot de wijziging van de overheidsopdracht kunnen vernietigen, niet de gehele overheidsopdracht. De oorspronkelijke gunning van de overheidsopdracht is immers niet tot onder invloed van (rechts)dwaling tot stand gekomen. Een beroep op dwaling biedt een aanbestedende dienst dus geen mogelijkheid om een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht te beëindigen, zoals artikel 73 aanhef en sub a van Richtlijn 2014/24/EU vereist.

Daar komt bij dat een beroep van een aanbestedende dienst op rechtsdwaling waarschijnlijk strandt op het derde lid van artikel 6:228 BW, op grond waarvan een beroep op dwaling (onder meer) is uitgesloten, indien de dwaling op grond van de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de dwalende behoort te blijven. [42] Zoals hiervoor bij de behandeling van artikel 6:258 BW toegelicht zou de rechter in een concrete zaak met behulp van een richtlijnconforme interpretatie wellicht tot een ander oordeel kunnen komen, maar dit neemt de noodzaak van het vaststellen van nieuwe regels niet weg. Artikel 6:228 BW is naar mijn mening hoe dan ook ongeschikt om als beëindigingsgrond als bedoeld in artikel 73 aanhef en sub a van Richtlijn 2014/24/EU te dienen.

## 5.3 Beëindigingsgronden Boek 7 BW

### 5.3.1 Inleiding

In Boek 7 BW zijn diverse beëindigingsgronden te vinden. De toepassingsfeer van elk van die beëindigingsgronden is beperkt tot de specifieke bijzondere overeenkomst waarvoor die beëindigingsgrond is geschreven. Overheidsopdrachten kunnen afhankelijk van hun inhoud uiteenlopend worden gekwalificeerd. Zo kan een overheidsopdracht voor leveringen betrekking hebben op de koop van goederen, maar huur behoort bijvoorbeeld ook tot de mogelijkheden. [43] In theorie kan een groot aantal beëindigingsgronden

voor toepassing in aanmerking komen op wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten. Ik bespreek hieronder echter slechts enkele beëindigingsgronden voor een aantal bijzondere overeenkomsten die in de aanbestedingspraktijk veelvuldig voorkomen. Ik maak daarbij onderscheid tussen overheidsopdrachten voor diensten, leveringen en werken.

Overheidsopdrachten kunnen de kenmerken vertonen van meerdere bijzondere overeenkomsten als bedoeld in Boek 7 BW. In voorkomend geval kunnen ingewikkelde vragen rijzen over de samenloop van regels. [44] Deze problematiek blijft hier buiten beschouwing.

### 5.3.2 Overheidsopdrachten voor diensten

Veel overheidsopdrachten voor diensten kwalificeren als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW. Dit is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken. Op grond van artikel 7:408 BW is de opdrachtgever te allen tijde bevoegd de overeenkomst op te zeggen. [45] Indien de overeenkomst voortijdig wordt beëindigd en de verschuldigdheid van loon afhankelijk is van de volbrenging van de opdracht of van het verstrijken van de tijd waarvoor de opdracht is verleend, heeft de opdrachtnemer op grond van artikel 7:411 BW recht op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon. Bij de bepaling hiervan wordt onder meer rekening gehouden met de reeds door de opdrachtnemer verrichte werkzaamheden, het voordeel dat de opdrachtgever daarvan heeft, en de grond waarop de overeenkomst is geëindigd.

In geval de overheidsopdracht kwalificeert als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW, beschikt de aanbestedende dienst door het bestaan van een ruime opzeggingsbevoegdheid over een wettelijk instrument om een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht te beëindigen.

### 5.3.3 Overheidsopdrachten voor leveringen

Bij overheidsopdrachten voor leveringen is sprake van een grote verscheidenheid aan overeenkomsten. Indien de overheidsopdracht strekt tot eigendomsverschaffing, is waarschijnlijk sprake van koop in de zin van artikel 7:1 BW en valt de overeenkomst onder het bereik van Titel 1 van Boek 7 BW. Deze titel bevat geen algemene opzeggingsbevoegdheid. Een aanbestedende dienst kan een overeenkomst alleen ontbinden in geval van niet-nakoming door de wederpartij. Daarvan is in het algemeen geen sprake, indien partijen afspraken maken over het wijzigen van de voorwaarden van een overheidsopdracht. Ik verwijs ter zake naar de behandeling van artikel 6:265 BW hiervoor in paragraaf 5.2.1. Indien een overheidsopdracht kwalificeert als een koopovereenkomst in de zin van artikel 7:1 BW, beschikt de aanbestedende dienst dus niet over een wettelijk instrument om een wezenlijk gewijzigde overeenkomst te beëindigen.

Een overheidsopdracht voor leveringen kan ook strekken tot het in gebruik geven van zaken, zonder dat daarbij de eigendom wordt overgedragen. In dat geval kan sprake zijn van huur in de zin van artikel 7:201 BW. Het is moeilijk voor te stellen dat een overheidsopdracht voor leveringen op iets anders betrekking heeft dan op roerende zaken in de zin van artikel 3:3 lid 2 BW. Op de huur van roerende zaken zijn uitsluitend de eerste vier afdelingen van Titel 4 van Boek 7 BW van toepassing. Op grond van artikel 7:228 lid 2 BW eindigt een huurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan door opzegging. Een voor bepaalde tijd aangegane huurovereenkomst eindigt, wanneer die tijd is verstreken. De wet biedt in dat geval niet de mogelijkheid van tussentijdse opzegging. Een overheidsopdracht voor leveringen die als huurovereenkomst kwalificeert, zal in de regel voor bepaalde tijd zijn aangegaan. In voorkomend geval beschikt de aanbestedende dienst niet over een wettelijk instrument om een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht te beëindigen.

### 5.3.4 Overheidsopdrachten voor werken

Een overheidsopdracht voor werken zal meestal onder de definitie van aanneming van werk vallen. Dit is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld, aldus artikel 7:750 lid 1 BW. Op grond van artikel 7:760 lid 1 BW is de opdrachtgever te allen tijde bevoegd de overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen. In dat geval is de opdrachtgever de voor het gehele werk geldende prijs verschuldigd, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien. In het algemeen pakt dit niet voordelig uit voor de opdrachtgever.

In geval een overheidsopdracht kwalificeert als een overeenkomst van aanneming van werk in de zin van artikel 7:750 lid 1 BW, beschikt de aanbestedende dienst door het bestaan van een ruime opzeggingsbevoegdheid over een wettelijk instrument om een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht te beëindigen.

## 6. Conclusie

De aanname van de regering dat het Nederlandse rechtsstelsel al voorziet in de mogelijkheid om een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht te beëindigen, is slechts gedeeltelijk juist. Het antwoord op de vraag of de aanbestedende dienst in een concreet geval beschikt over een wettelijke bevoegdheid om een overheidsopdracht te beëindigen is met name afhankelijk van de aard van de overeenkomst. Indien de overheidsopdracht kwalificeert als een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk, kan de aanbestedende dienst gebruik maken van een algemene opzeggingsbevoegdheid, tenzij deze bevoegdheid contractueel is uitgesloten. Indien de overheidsopdracht kwalificeert als koop- of huurovereenkomst, hetgeen het geval kan zijn bij overheidsopdrachten voor leveringen, ontbreekt in ieder geval die wettelijke bevoegdheid. De Nederlandse wetgever zal dus nieuwe regels moeten vaststellen ten behoeve van de implementatie van artikel 73 van Richtlijn 2014/24/EU.

De Nederlandse wetgever zou ervoor kunnen kiezen het BW uit te breiden met opzeggingsbevoegdheden. Naar mijn mening is het verstandiger in de Aanbestedingswet 2012 één algemene opzeggingsbevoegd op te nemen voor aanbestedende diensten die specifiek is toegesneden op de in artikel 73 van Richtlijn 2014/24/EU bedoelde situaties. Hierin zouden ook regels voor de financiële afwikkeling moeten worden opgenomen. Voor de financiële afwikkeling van een overheidsopdracht die op een van de in artikel 73 van Richtlijn 2014/24/EU bedoelde gronden moet worden beëindigd, zou de aard van de overheidsopdracht naar mijn mening geen verschil mogen maken. Indien de financiële afwikkeling volgens de bestaande regels in Boek 7 zou geschieden, voor zover dit al mogelijk is, zouden er wel ongerechtvaardigde verschillen kunnen ontstaan tussen de verschillende overeenkomsten. Dit geldt in ieder geval overeenkomsten van opdracht enerzijds en overeenkomsten van aanneming van werk anderzijds. Artikel 7:411 BW, dat van toepassing is op de overeenkomst van opdracht, biedt namelijk meer dan artikel 7:760 lid 2 BW, dat van toepassing is op aanneming van werk, de mogelijkheid om rekening te houden met de reden voor beëindiging.?

- [1] Arthur van Heeswijck is zelfstandig advocaat en als docent verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.
- [2] HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351 (*presstext Nachrichtenagentur*), r.o. 34.
- [3] Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB L 94/1); Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PB L 94/65); Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PB L 94/243).
- [4] Art. 43 Richtlijn 2014/23/EU; art. 72 Richtlijn 2014/24/EU; art. 89 Richtlijn 2014/25/EU.
- [5] Art. 44 aanhef en sub a Richtlijn 2014/23/EU; art. 73 aanhef en sub a Richtlijn 2014/24/EU; art. 90 aanhef en sub a Richtlijn 2014/25/EU.
- [6] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 2.
- [7] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 96.
- [8] Art. 45 aanhef en sub b en sub c Richtlijn 2014/23/EU; art. 73 aanhef en sub b en sub c Richtlijn 2014/24/EU; art. 90 aanhef en sub b en sub c Richtlijn 2014/25/EU.
- [9] Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134/1); 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 (PB L 134/114).
- [10] Zie over de ontwikkelingen van het leerstuk wezenlijke wijziging in de rechtspraak van het HvJ EU J.M. Hebly & P. Heijnsbroek, 'Wezenlijke wijzigingen na Europese aanbesteding', *NtEr* 2012, p. 94 – 106.
- [11] 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 (PB L 395/33) en Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 76/14), beide gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG (PB L 335/31).
- [12] Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PB L 335/31).
- [13] Zie ook punt 34 van de considerans van Richtlijn 2007/66/EG.



- [14] HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351 (*presstext Nachrichtenagentur*), r.o. 34.
- [15] Zie punt 25 - 27 van de considerans van Richtlijn 2007/66/EG.
- [16] Zie art. 2 septies rechtsbeschermingsrichtlijnen. Zie hierover HvJ EU 26 november 2015, C-166/14, ECLI:EU:C:2015:779 (*MedEval*).
- [17] Er is ook een taak weggelegd voor de minister wie het aangaat, die op grond van de WNErpe bevoegd is in het kader van de handhaving van de Europese verdragen en de aanbestedingsrichtlijnen een aanwijzing te geven.
- [18] Met name de in art. 73 aanhef sub c Richtlijn 2014/24/EU genoemde beëindigingsgrond, die van toepassing is indien in een procedure als bedoeld in art. 258 VWEU een inbreuk op de Europese verdragen of de aanbestedingsrichtlijn is vastgesteld, wijst hierop.
- [19] Zie bijv. HvJ EG 18 juli 2007, C-503/04, ECLI:EU:C:2007:432 (*Commissie/Duitsland*).
- [20] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 96.
- [21] HvJ EG 4 december 2003, C-63/01, ECLI:EU:C:2003:650 (*Evans*), r.o. 35.
- [22] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 96.
- [23] HvJ EG 10 april 1984, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*von Colson en Kamann*), r.o. 15; HvJ EG 15 april 2008, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223 (*Impact*), r.o. 40.
- [24] Art. 45 aanhef en sub b en sub c Richtlijn 2014/23/EU; art. 73 aanhef en sub b en sub c Richtlijn 2014/24/EU; art. 90 aanhef en sub b en sub c Richtlijn 2014/25/EU.
- [25] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 96 - 97.
- [26] HR 22 januari 1999, NJ2000/305 (*Uneto/De Vliert*), r.o. 3.3.3; HR 4 november 2005, NJ2006/204 (*Gebr. Van der Stroom/Staat*), r.o. 4.1.2. Zie recent Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943, r.o. 6.11.
- [27] *Kamerstukken II* 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT), p. 10.
- [28] Hof Den Haag 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ5659, r.o. 6.3; Hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1863, r.o. 5.
- [29] Art. 6:103 BW.
- [30] Zie hierover A.J. van Heeswijck, 'Hoger beroep in aanbestedingsgeschillen in kort geding: nieuwe ronde, nieuwe kansen of doodlopend pad?', *JAAN* 2015, afl. 6, p. 877 - 878.
- [31] Zie ook Hof Den Haag 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ5659, r.o. 6.3, die uit dit stelsel zelfs een bijzonder beoordelingskader afleidt voor de beoordeling van een vordering na definitieve gunning. Zie hierover A.J. van Heeswijck, 'Hoger beroep in aanbestedingsgeschillen in kort geding: nieuwe ronde, nieuwe kansen of doodlopend pad?', *JAAN* 2015, afl. 6, p. 874 - 879.
- [32] Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, *Overeenkomsten in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 604.
- [33] Zie ook Hof Leeuwarden 15 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6167, r.o. 7.
- [34] Zie bijv. par. 36 lid 2 UAV 2012. Zie ook Asser/Van den Berg 5-IIIC, *Aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 142, die meent dat de aannemer in beginsel bevoegd is het werk te wijzigen, kennelijk ook zonder contractuele grondslag.
- [35] Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-III, *Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 441.
- [36] Denkbaar is overigens dat de wijziging wel door partijen is voorzien en door middel van een wijzigingsclausule in de overeenkomst is verdisconteerd, maar dat de wijziging niet in overeenstemming is met art. 72 lid 1 sub a Richtlijn 2014/24/EU en daardoor toch als wezenlijke wijziging moet worden beschouwd.
- [37] Vgl. A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013, p. 168.
- [38] Parl. Gesch. Boek 6, p. 974.
- [39] Zie ook Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-III, *Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 446.
- [40] Art. 3:44 lid 1 en art. 6:228 BW.
- [41] Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-III, *Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 246. Zie ook HR 26 november 2004, NJ2006/115, r.o. 3.4.
- [42] Vgl. Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-III, *Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 246.
- [43] Zie definitie van overheidsopdracht voor leveringen in art. 1.1 Aanbestedingswet 2012.
- [44] Zie art. 6:215 BW.
- [45] Van deze bepaling kan enkel niet worden afgeweken ten nadele van natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf. In geval van een overheidsopdracht, waarbij de opdrachtgever nimmer een natuurlijke persoon is, is afwijken wel toegestaan.