



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Wezenlijke wijziging in het aanbestedingsrecht

Plas, H.

Citation

Plas, H. (2023, September 14). *Wezenlijke wijziging in het aanbestedingsrecht. Bouwrecht monografieën*.

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from:

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Interpretatie van aanbestede overeenkomsten

5.1 INLEIDING

Door uitleg kan een wijziging worden vastgesteld. Naar Nederlands recht staat dan in beginsel de haviltexmaatstaf centraal, waarbij het doel is de wederzijdse gerechtvaardigde verwachtingen te achterhalen aan de hand van de kenbare bedoelingen van partijen.¹ Naarmate de inhoud van de overeenkomst meer bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, is een (meer) objectieve uitleg op zijn plaats. Subjectievere elementen verliezen dan in toenemende mate hun belang. De keuze voor een uitlegmaatstaf kán dus gevolgen hebben voor het antwoord op de vraag of er wordt gewijzigd.

Gelet op het verbod wezenlijk te wijzigen, is die keuze mede van belang voor aanbestede overeenkomsten. Stel, inschrijver A verliest een aanbesteding. Het contract wordt uitgevoerd, met inbegrip van prestatie X. A meent dat X een wezenlijke wijziging inhoudt. Contractpartijen verweren zich met de stelling dat X altijd al tot het voorwerp van de overeenkomst behoorde. In dit voorbeeld kan de uitkomst van het geschil samenhangen met de gekozen uitlegmaatstaf. Een uitleg waarbij subjectievere opvattingen centraal staan, kan tot een ander resultaat leiden dan wanneer (deels) wordt geabstraheerd van het partijperspectief. Indien er geabstraheerd dient te worden, kan dit de vrijheid van partijen begrenzen om door middel van uitleg de inhoud van de tussen hen geldende overeenkomst te bepalen.

Daarom staat in dit hoofdstuk de beantwoording van de volgende deelvraag centraal: hoe verhoudt het verbod om wezenlijk te wijzigen zich tot de te hanteren uitlegmaatstaf? Die vraag wordt in twee stappen beantwoord. Eerst wordt besproken welke verplichtingen uit het Europese aanbestedingsrecht voortvloeien (§ 5.2). Op basis daarvan kan worden nagegaan welke uitlegmaatstaf uit de Nederlandse praktijk daar het beste op aansluit (§ 5.3). In § 5.4 wordt deelvraag 4 beantwoord.

1 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*, r.o. 2).

5.2 HET EUROPESE KADER: HELDERHEID, CONSISTENTIE EN STRIKTE NALEVING

De Richtlijnen voorzien niet in een uitlegmaatstaf voor aanbestede overeenkomsten.² De bepalingen inzake wijzigingen tijdens de uitvoering veronderstellen het bestaan van een wijziging, en gaan voorbij aan de vraag *of* er wordt gewijzigd. Op die basis kan dus niet worden vastgesteld welke uitlegmaatstaf dient te worden toegepast. Wel kan aan de hand van de jurisprudentie van het HJEU worden vastgesteld dat een relevante maatmannorm bestaat (§ 5.2.1), en kan worden onderzocht welke aspecten in het kader van een uitleg conform die maatmannorm kunnen meewegen (§ 5.2.2).

5.2.1 Introductie van een maatman

Uit de rechtspraak van het HJEU blijkt dat aanbestedende diensten aanbestedingsstukken deugdelijk dienen op te stellen (ad a), de inhoud daarvan tijdens de aanbestedingsprocedure consistent dienen uit te leggen en toe te passen (ad b), en deze tijdens de uitvoering strikt dienen na te leven (ad c).

Ad a) redactieverplichting

Als vertrekpunt geldt de *Succhi di frutta*-norm.³ In dat arrest overwoog het HJEU dat het transparantiebeginsel impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze worden geformuleerd. Enerzijds kunnen alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers zodoende de juiste draagwijdte daarvan begrijpen en op dezelfde manier interpreteren. Anderzijds stelt dit de aanbestedende dienst in staat na te gaan of de offertes beantwoorden aan de door hem gestelde criteria.⁴

2 De instructies inzake de uitleg en toepassing van de Richtlijnen uit art. 45 lid 4 Richtlijn 2014/23/EU, art. 83 lid 4 onder a Richtlijn 2014/24/EU en art. 99 lid 4 onder a Richtlijn 2014/25/EU, lijken niet als zodanig te kunnen worden opgevat.

3 Helemaal terecht is dit niet vanwege HJEG 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC*, r.o. 42) en HJEG 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*, r.o. 57).

4 HJEU 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*, r.o. 111). Vgl. o.a. HJEU 6 november 2014 (*Cartiera dell'Adda*, r.o. 44).

De essentie is dus dat aanbestedingsstukken zo duidelijk dienen te zijn geformuleerd dat een maatman⁵ in staat is deze op dezelfde wijze te interpreteren.⁶ Die verplichting strekt ertoe te waarborgen dat betrokkenen hun procedurele verplichtingen kennen en er op kunnen vertrouwen dat deze ook voor hun concurrenten gelden.⁷ Oftewel: een aanbestedende dienst dient vooraf zijn behoefte te definiëren en duidelijk te specificeren, zodat ondernemers kunnen nagaan of de opdracht voor hen interessant is en, zo ja, welk verzoek tot deelneming of welke offerte zij indienen.⁸

Hierin valt een wisselwerking te zien tussen de verplichting van de aanbestedende dienst en dat wat van een maatman-ondernemer verwacht mag worden. In de praktijk gaat relatief vaak de aandacht uit naar dat verwachtingspatroon. Hoewel dat tot op zekere hoogte begrijpelijk is, dient niet uit het oog te worden verloren dat de vraag wat een maatman mocht begrijpen, een afgeleide vormt van de primaire verplichting van de aanbestedende dienst. Zo oordeelde het HJEU in de *Koffiebonen*-zaak dat hoewel “*de aanbestedende dienst van de belanghebbende marktdeelnemers mag verwachten dat zij redelijk geïnformeerd zijn en de normale zorgvuldigheid betrachten, een dergelijk gewettigd vertrouwen evenwel veronderstelt dat de aanbestedende dienst zijn eisen zelf duidelijk heeft geformuleerd.*”⁹

Ad b) consistentieverplichting tijdens de aanbestedingsprocedure

Naast de redactieverplichting geldt een consistentieverplichting: een aanbestedende dienst dient de door hem opgestelde stukken tijdens de hele aanbestedingsprocedure op dezelfde wijze uit te leggen en toe te passen om het gelijke speelveld te waarborgen.¹⁰ Daarin ligt besloten dat zijn discretionaire bevoegdheden worden

5 Wie in de Franstalige versie van het zoekformulier op de website van het HJEU “*soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents*” invult, vindt meer dan 100 resultaten. Omdat niet alle jurisprudentie in het Nederlands verschijnt, levert dit een betrouwbaarder zoekresultaat op.

6 Zie o.a. HJEG 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC*, r.o. 41 - 43); HJEG 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*, r.o. 58 en 59); HJEU 2 juni 2016, C-27/15 (*Pizzo*, r.o. 37); en HJEU 12 maart 2015, C-538/13 (*eVigilo*, r.o. 54). Vgl. Conclusie A-G Sanchez-Bordona 21 januari 2016, C-27/15 (*Pizzo*, alinea 4).

7 HJEU 2 juni 2016, C-27/15 (*Pizzo*, r.o. 37). Vgl. o.a. HJEG 14 oktober 2004, C-340/02 (*Commissie/Frankrijk*, r.o. 34 en 35).

8 Vgl. bijv. HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 58, 64, 65 en 71).

9 HJEU 10 mei 2012, C-368/10 (*Koffiebonen*, r.o. 66).

10 HJEG 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC*, r.o. 41 - 43). Vgl. o.a. HJEU 6 november 2014, C-42/13 (*Cartiera dell’Adda*, r.o. 42 en 48); HJEU 2 juni 2016, C-27/15 (*Pizzo*, r.o. 44); HJEU 13 juli 2017, C-35/17 (*Saferoad*, r.o. 21); HJEU 20 december 2017, C-677/15 (*EU IPO/European Dynamics*, r.o. 31); en HJEU 6 oktober 2021, T-404/20 (*Global Translation*, r.o. 80). Vgl. HJEU 30 januari 2020, C-395/18 (*Tim Spa*, r.o. 45).

afgebakend, zodat het risico op willekeur en favoritisme wordt verkleind.¹¹ Het Hof spreekt daarom ook wel van “*het beginsel van zelfbinding*”.¹²

Voor die consistentieverplichting valt zeker wat te zeggen. Wat een aanbestedende dienst wenst en hoe hij die wens gerealiseerd wil zien, komt immers tot uitdrukking in de informatie die hij communiceert. Als hij zwalkt in wat hij bedoelt, kan dit van invloed zijn op de interesse van ondernemers, de wijze van deelneming, en/of de inhoud van hun inschrijving. Het is van belang de uitgezette koers te blijven volgen, met dien verstande dat de consistentieverplichting niet categorisch verhindert dat elementen uit de opdracht worden verduidelijkt of aangepast.

Ad c) continuïteitsverplichting tijdens de uitvoering

De consistentieverplichting raakt niet uitgewerkt bij het afronden van de aanbestedingsprocedure. In *Succhi di Frutta* oordeelde het Hof óók dat de aanbestedende dienst nauwgezet de vastgestelde criteria in acht dient te nemen tot aan het einde van de uitvoering.¹³ Deze continuïteitsverplichting is meermaals bevestigd,¹⁴ en door de Hoge Raad herhaald.¹⁵ Totstandkoming en uitvoering zijn nauw met elkaar verweven.¹⁶ Dit betekent dat bij de uitleg van een aanbestede overeenkomst ook conceptstukken, nota's van inlichtingen, en mededelingen van de aanbestedende dienst van waarde kunnen zijn. Een *entire agreement clause* die de reikwijdte beperkt van de bewijsmiddelen die partijen ten dienste staan in een uitlegkwestie, lijkt daarom van beperktere waarde.¹⁷ Hieruit vloeit voort dat het subjectieve begrip van partijen evenmin doorslaggevend kan worden geacht. Het bestaan van die maatmannorm verduidelijkt echter nog niet welke aspecten bij toetsing aan de hand van die norm kunnen meewegen.

11 HJEU 22 juni 2017, C-49/16 (*Unibet*, r.o. 46); HJEU 17 januari 2019, T-117/17 (*Proximus*, r.o. 121); en HJEG 10 september 2008, T-59/05 (*European Dynamics/Europese Commissie*, r.o. 70).

12 HJEU 20 maart 2013, T-415/10 (*Nexans France/ITER*, r.o. 80).

13 HJEU 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*, r.o. 115). Vgl. r.o. 119 - 121. In r.o. 115 spreekt het HJEG over “*het einde van de fase van uitvoering van de betrokken aanbesteding*”. Uit de context en andere taalversies blijkt dat het begrip ‘aanbesteding’ hier mede betrekking heeft op de uitvoeringsfase. Het begrip ‘opdracht’ was hier dus beter op zijn plaats geweest.

14 Gerecht EU 20 september 2011, T-461/08 (*European Dynamics/EIB*, r.o. 159); Gerecht EU 31 januari 2013, T-540/10 (*Spanje/Commissie*, r.o. 49) en T-235/11 (*Spanje/Commissie*, r.o. 52). Idem: HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 37). Vgl. HJEU 10 oktober 2013, C-336/12 (*Manova*, r.o. 40).

15 HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757 (*Valys*, r.o. 3.6.3). Vgl. voor inkoopprocedures CvAE 10 augustus 2020, advies nr. 552.

16 Dit brengt ook mee dat het niet volstaat een opdracht te gunnen. Die opdracht dient ook te worden uitgevoerd, vgl. HJEG 31 januari 2008, C-380/05 (*Centro Europa*, met name r.o. 85, 86, 110, 111, en 116).

17 Dit dus los van bijvoorbeeld HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundiform/Mexx*, r.o. 3.5.3).

5.2.2 Inhoud van de maatmannorm

De behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver staat centraal. Deze maatmannorm legt verplichtingen op aan de aanbestedende dienst en heeft tot gevolg dat in zekere mate van het subjectieve kennisniveau - en verwachtingspatroon - van ondernemers wordt geabstraheerd.¹⁸ Er wordt niet primair uitgegaan van wat een aanbestedende dienst bedoelde op te schrijven of wat een ondernemer heeft begrepen. Eerder is het de vraag wat een ondernemer kon en mocht begrijpen gelet op wat de aanbestedende dienst feitelijk heeft opgeschreven.¹⁹

Zodoende kan een taalkundige uitleg van een bepaling in ieder geval gerechtvaardigd zijn,²⁰ met dien verstande dat die bepaling in het geheel van de aanbestedingsstukken gelezen dient te worden.²¹ Vele casus zijn dan mogelijk.²² Zo kan een onduidelijk geformuleerde bepaling die tot inhoudelijke gevolgen kan leiden veelal niet in stand blijven.²³ Verder mogen vage criteria niet altijd achteraf worden gerepareerd.²⁴ Evenmin kan een beslissing overeind blijven die gebaseerd is op de uitleg van een eis, terwijl die eis objectief gezien ook anders kan worden uitgelegd.²⁵ Anderzijds hoeft een onhandige woordkeuze niet per definitie te worden gesanctioneerd, als de werkelijke bedoeling van de aanbestedende dienst gelet op de context duidelijk genoeg is.²⁶

Het zou echter van een te beperkt blikveld getuigen om alleen acht te slaan op taalkundige aspecten. Uit de jurisprudentie blijkt dat een criterium “*moet worden uitgelegd op basis van het voorwerp, het systeem en de bewoordingen ervan*”, waarbij de aanbestedende dienst bij twijfel “*met inachtneming van alle relevante factoren*” een beslissing dient te nemen, en een rechter in voorkomend geval na

18 Conclusie A-G Sharpston 7 juni 2007, C-241/06 (*Lämmerzahl*, alinea 65).

19 Vgl. HJEU 22 december 2010, C-215/09 (*Mehiläinen Oy*, r.o. 39).

20 Zie voor de toepassing van een letterlijke uitleg bijv. HJEU 8 oktober 2015, T-90/14 (*Secolux*, r.o. 42).

21 Zie o.a. HJEU 24 maart 2015, T-383/14 R (*Europower*, r.o. 55); HJEU 7 oktober 2015, T-299/11 (*European Dynamics/OHMI*, r.o. 97 - 101); HJEU 23 mei 2014, T-553/11 (*European Dynamics/ECB*, r.o. 127); HJEU 16 oktober 2013, T-457/10 (*European Dynamics/Europese Commissie*, r.o. 128) en T-474/10 (*European Dynamics/Europese Commissie*, r.o. 114).

22 Vgl. de arbitrage inzake de bouw van het Europees Parlement, HJEG 10 april 2003, C-167/99 (*Europees Parlement/SERS*, r.o. 95). Het Hof oordeelt dat een bepaling “*niet op zichzelf moet worden beschouwd, maar in de context van de algemene opzet van de overeenkomst waarvan zij deel uitmaakt. Daaruit volgt dat de uitlegging ervan zoveel mogelijk met alle andere bepalingen van die overeenkomst verenigbaar moet zijn en die andere bepalingen hun nuttige werking niet mag ontnemen.*”

23 HJEU 20 juli 2006, T-114/06 R (*Globe SA*, r.o. 80 - 84).

24 HJEU 27 april 2016, T-556/11 (*European Dynamics/EUIPO*, r.o. 193).

25 HJEU 10 oktober 2012, T-183/10 (*Sviluppo Globale GEIE/Europese Commissie*, r.o. 36 - 44).

26 HJEU 15 september 2016, T-481/14 (*European Dynamics/EIT*, r.o. 266 en 271).

dient te gaan of die uitleg “*al dan niet correct*” is.²⁷ Daarbij heeft het Hof onder andere rekening gehouden met:

- feiten van algemene bekendheid;²⁸
- kennis, ervaring en jargon binnen een beroepsgroep;²⁹
- de vraag of ondernemers konden inschrijven, en zo nodig voordien vragen hebben gesteld;³⁰
- de vraag hoe ondernemers een bepaling hebben opgevat, gelet op hun vragen en inschrijving;³¹
- subjectieve kennis, met name voor een ondernemer uit een andere lidstaat die op een informatieachterstand staat ten opzichte van binnenlandse ondernemers;³²
- de mogelijkheid tot gunning c.q. objectieve vergelijking;³³
- het gelijkheidsbeginsel;³⁴

27 HJEU 10 december 2009, T-195/08 (*Antwerpse Bouwwerken*, r.o. 51 en 53). Idem: HJEU 10 november 2017, T-668/15 (*Jema Energy*, r.o. 35); HJEU 25 oktober 2012, T-216/09 (*Astrim*, r.o. 19); en HJEG 20 april 2007, C-189/06 P (*TEA-CEGOS*, r.o. 46). De beoordeling of de aanbestedende dienst aan haar verplichtingen heeft voldaan, is voorbehouden aan de nationale rechter, zie o.a. HJEG 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*, r.o. 58 en 59); HJEU 12 maart 2015, C-538/13 (*eVigilo*, r.o. 54 - 58); en HJEU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (*Costa en Cifone*, r.o. 79).

28 Conclusie A-G Sanchez-Bordona 21 januari 2016, C-27/15 (*Pizzo*, alinea 52).

29 O.a. HJEU 10 november 2017, T-668/15 (*Jema Energy*, r.o. 40 - 48); HJEU 11 juni 2014, T-4/13 (*Communicaid/Commissie*, r.o. 68 en 69); en HJEU 19 november 2014, T-40/12 en T-183/12 (*European Dynamics/Europol*, r.o. 122). Vgl. HJEU 18 september 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*, r.o. 70). Het Hof expliciteert niet welke uitlegnorm hij hanteert; wel wordt aangegeven dat conform de kaders uit *Finn Frogne* wordt geoordeeld, zie r.o. 58 en 59. Zie ook Plas 2020.

30 HJEU 12 maart 2015, C-538/13 (*eVigilo*, r.o. 56 en 57). Vgl. HJEU 16 oktober 2018, T-10/17 (*Proof IT*, r.o. 49 en 50); HJEU 4 oktober 2018, T-914/16 (*Proof IT*, r.o. 97 - 99); HJEU 19 november 2014, T-40/12 en T-183/12 (*European Dynamics/Europol*, r.o. 122); HJEU 9 november 2011, T-170/10 en T-340/10 (*CTG Luxembourg PSF*, r.o. 34); HJEU 9 juni 2011, C-401/99 P (*European Dynamics/ECB*, r.o. 24).

31 HJEU 12 december 2012, T-457/07 (*European Dynamics/EFSA*, r.o. 117, 118, en 188) en HJEU 19 november 2014, T-40/12 en T-183/12 (*European Dynamics/Europol*, r.o. 120 en 121). Vgl. HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1194 (*Boxmeer*, r.o. 3.3).

32 Conclusie A-G Sanchez-Bordona 21 januari 2016, C-27/15 (*Pizzo*, alinea 65) en HJEU 2 juni 2016, C-27/15 (*Pizzo*, r.o. 46). Vgl. HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 68 en 69); HJEU 10 november 2016, C-140/16 (*Edra*, r.o. 25 - 35); HJEU 10 november 2016, C-162/16 (*Spinosa*, r.o. 22 - 32); HJEU 13 juli 2017, C-35/17 (*Saferoad*, r.o. 22) en HJEU 2 mei 2019, C-309/18 (*Lavorgna*, r.o. 20).

33 HJEU 7 oktober 2015, T-299/11 (*European Dynamics/OHMI*, r.o. 45 en 46). Vgl. HJEU 22 april 2010, C-423/07 (*Commissie/Spanje*, r.o. 71).

34 HJEG 9 september 2009, T-437/05 (*Brinks*, r.o. 198). Vgl. de slotzin van r.o. 146.

- het evenredigheidsbeginsel;³⁵
- het doelmatigheidsbeginsel;³⁶
- het partijdebat in rechte.³⁷

Uit deze niet-limitatieve opsomming blijkt dat het rekening moeten houden met alle relevante factoren niet verengd kan worden tot alle relevante *taalkundige* factoren. Dit indachtig, is het zaak na te gaan hoe deze maatmannorm zich verhoudt tot de uitlegmaatstaven die in de Nederlandse rechtspraktijk ten aanzien van overeenkomsten worden gehanteerd.

5.3 HET NATIONALE KADER: DE UITLEG VAN EEN AANBESTEDE OVEREENKOMST

Aangezien de beginselen voortvloeien uit de vrijverkeersbepalingen uit (thans) het VWEU, die rechtstreekse werking genieten en voorrang hebben op het nationale recht,³⁸ ligt het in de rede om Europees aanbestede overeenkomsten uit te leggen conform een daarmee consistente uitlegmaatstaf. De vraag is dan hoe die maatmannorm zich verhoudt tot de in de Nederlandse praktijk gehanteerde uitlegmaatstaven,³⁹ oftewel waar de uitleg conform een maatmannorm zich situeert op de glijdende schaal met aan de ene kant de haviltexmaatstaf en aan de andere kant de cao-norm.⁴⁰

Om die vraag te beantwoorden, worden eerst de in de Nederlandse praktijk gangbare uitlegmaatstaven geschetst (§ 5.3.1). Daarna wordt een overzicht gegeven van de nationale aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie (§ 5.3.2). Vervolgens wordt toegelicht waarom de geobjectieerde haviltexmaatstaf de voorkeur lijkt te genieten (§ 5.3.3), ook bij een aanbestedingsprocedure met onderhandelingen (§ 5.3.4). In § 5.3.5 wordt aandacht gevraagd voor de toepassing van de *contra proferentem*-regel. Tot besluit wordt in § 5.3.6 de vraag verkend of een aanbestedende dienst de vrijheid toekomt een eigen interpretatiemaatstaf te kiezen.

35 HJEU 9 april 2019, T-182/15 (*Sopra Steria/Europese Parlement*, r.o. 103 - 105); HJEU 10 oktober 2017, T-281/16 (*Solelec c.s./Europese Parlement*, r.o. 83); en HJEU 26 september 2014, T-222/13 (*B&S Europe/Europese Commissie*, r.o. 85). Vgl. HJEU 30 januari 2020, C-395/18 (*Tim Spa*, r.o. 45).

36 HJEU 10 december 2009, T-195/08 (*Antwerpse Bouwwerken*, r.o. 65).

37 Zie bijv. HJEU 11 november 2016, T-281/16 R (*Solelec c.s./Europese Parlement*, r.o. 106 - 110) en HJEU 27 april 2016, T-556/11 (*European Dynamics/EUIPO*, r.o. 92, 102, 126, 132, 199, en 205).

38 Zie o.a. HJEU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*, r.o. 66 - 71).

39 Dit is dus een andere vraag dan besproken door Wissink 2014, p. 139 - 142. Hij concludeert dat richtlijnconforme interpretatie van een overeenkomst enkel kan meebrengen dat onderzocht wordt of de overeenkomst richtlijnconform kan worden uitgelegd, indachtig de toepasselijke interpretatieregels.

40 Zie uitbreider Tjittes 2018, hoofdstuk V; Schelhaas & Valk 2016; Asser/Sieburgh 6-III 2018/354 e.v..

5.3.1 Van haviltex tot cao-norm: een schets

In de praktijk wordt uitgegaan van een glijdende schaal met aan de ene kant de haviltexmaatstaf, aan de andere kant de cao-norm, en daar tussenin de geobjectieeerde haviltexmaatstaf.⁴¹ Kenmerkend aan de haviltexmaatstaf is de subjectief-objectieve zoektocht naar de partijbedoeling, waarbij de taalkundige betekenis van bewoordingen - hoewel vaak van groot belang - niet zonder meer doorslaggevend zijn.⁴² Naarmate de overeenkomst naar haar aard meer bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, groeit het belang van een uitleg conform objectieve maatstaven, ook omdat die derden vaak op een informatieachterstand staan ten opzichte van de contractpartijen.

De geobjectieeerde haviltexmaatstaf kan dan meerwaarde bieden, omdat de nadruk wordt gelegd op wat objectief kenbaar is, terwijl ook subjectieve elementen een rol kunnen spelen.⁴³ Zodoende kunnen zaken als kennis, ervaring en deskundigheid van de derde een rol spelen.⁴⁴ Die maatstaf is toegepast in de context van veilingvoorwaarden⁴⁵, kettingbedingen⁴⁶ en cessieverboden.⁴⁷ In andere gevallen is de cao-norm meer op zijn plaats. Dan bestaat in beginsel geen ruimte voor het laten meewegen van subjectieve elementen.⁴⁸ Toepassing van de cao-norm is geëigend wanneer de overeenkomst of andere regeling *“naar haar aard bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van die overeenkomst of regeling, terwijl de onderliggende partijbedoeling voor die derden niet kenbaar is”*.⁴⁹

Het verschil is dus hoofdzakelijk gelegen in de mate waarin subjectieve elementen een rol mogen spelen. Valk vat dit onderscheid treffend samen: *“Wat bij de Haviltex-norm een kwestie is van meer of minder, is bij de CAO-norm een kwestie van wel of niet.”*⁵⁰ Tegelijkertijd vervagen de grenzen tussen die maatstaven. Zo

41 In HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Eiser/Amsterdam*, r.o. 3.2.1 - 3.2.4) werd aangenomen dat voor de kwalificatie van de overeenkomst - in dat geval een arbeidsovereenkomst - de partijbedoelingen niet relevant zijn.

42 Schelhaas 2017, p. 31 en 32. Vgl. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2821 (*Flexabram/Iprem*, r.o. 4.1.1).

43 Valk 2016, p. 37 - 39.

44 HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4410 (*NBA/Meerhuijsen*, r.o. 3.5.1).

45 Idem, r.o. 3.5.1.

46 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148 (*Bungalowpark De Horn*, r.o. 3.4.3).

47 HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 (*Coface/Intergamma*, r.o. 3.4.1 en 3.4.2).

48 Zie ook HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 (*DSM/Fox*, r.o. 4.3 en 4.5). Valk 2016, p. 37 wijst er op dat wanneer dit ‘in beginsel’ gebruikt zou worden om bijzondere kennis *“bij uitzondering toch niet buiten beschouwing te laten, dan spoedig verloren [gaat] waar het bij de CAO-norm om te doen is: een uniforme uitleg van de CAO.”*

49 HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 (*DSM/Fox*, r.o. 4.3).

50 Valk 2016, p. 37.

wijst Tjittes erop dat de scherpe randjes tussen de cao-norm en de geobjectieerde haviltexmaatstaf intussen zijn afgesloten, en dat die twee in de toepassing niet langer verschillen.⁵¹ Ten aanzien van de haviltexmaatstaf is het vaste jurisprudentie dat een taalkundige uitleg voorshands de overhand kan hebben.⁵² Voor dit voorlopig oordeel is niet vereist dat partijen over de bepaling hebben onderhandeld of zijn bijgestaan door (juridisch) deskundigen. De overeenkomst hoeft ook niet tussen professionele partijen te zijn gesloten, terwijl aan de aard, omvang, en gedetailleerdheid van de overeenkomst geen doorslaggevende betekenis hoeft toe te komen.⁵³

Deze fluiditeit maakt dat de uitkomst van de uitlegvraag niet *hoeft* af te hangen van de (keuze voor een bepaalde) uitlegmaatstaf.⁵⁴ Voor aanbestede overeenkomsten is het in zoverre vanuit Unierechtelijk perspectief ook niet van doorslaggevend belang welke uitlegmaatstaf wordt gehanteerd: het gaat erom dat recht wordt gedaan aan de verplichtingen die uit het Europese aanbestedingsrecht voortvloeien. Toch *kan* de keuze voor de haviltexmaatstaf op gespannen voet staan met de eisen uit het Europese aanbestedingsrecht.

5.3.2 De Nederlandse aanbestedingsrechtelijke praktijk

Ten aanzien van uitlegdiscussies tijdens een aanbestedingsprocedure wordt veelal expliciet de cao-norm als relevante maatstaf aangemerkt.⁵⁵ Die keuze is niet voorbehouden aan stukken die in het kader van Europese aanbestedingen worden verstrekt, maar wordt ook als normatief aanvaard in uitspraken over meervoudig onderhandse aanbestedingen.⁵⁶ Het vooropstellen van het belang van de bewoordingen heeft ook tot rechtspraak geleid waarin wordt benadrukt dat de bedoelingen

51 Tjittes 2018, p. 271.

52 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundiform/Mexx*, r.o. 3.4.4).

53 HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940 (*Valerbosch*, r.o. 3.2.3).

54 Vgl. Hof Den Bosch 7 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1275 (r.o. 3.4.1).

55 Hof Den Haag 16 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2429 (r.o. 8); Hof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2695 (r.o. 3.2); Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2612 (r.o. 5.2); Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273 (r.o. 7.3); Hof Den Bosch 1 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:939 (r.o. 4.6.3); Hof Den Bosch 3 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5889 (r.o. 7.14); Hof Leeuwarden 20 november 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3635 (r.o. 6); Hof Amsterdam 1 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:4044 (r.o. 3.4.1); Hof Leeuwarden 12 mei 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI5096 (r.o. 28).

56 Rb. Den Haag 18 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6413 (r.o. 5.3); Rb. Gelderland 14 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5007 (r.o. 4.5); Rb. Noord-Nederland 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4061 (r.o. 6.8); Rb. Den Haag 18 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3794 (r.o. 3.2); Rb. Noord-Nederland 29 mei 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA1485 (r.o. 4.4); Rb. Zwolle-Lelystad 12 november 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BY3162 (r.o. 4.2.2). Vgl. Rb. Rotterdam 15 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7379 (r.o. 3.7).

van de aanbestedende dienst niet van belang zijn, tenzij die bedoelingen expliciet tot uitdrukking zijn gebracht.⁵⁷

In het verlengde hiervan ligt dat rechters in toenemende mate aanvaarden dat bij de uitleg van een aanbestede overeenkomst de cao-norm als uitgangspunt geldt.⁵⁸ Zo is ten aanzien van een garantieregeling geoordeeld dat aan de wijze van uitvoering door partijen geen betekenis toekomt, omdat daarmee tijdens de aanbestedingsprocedure geen rekening kon worden gehouden, hetgeen tot een beoordeling *ex tunc* noopt.⁵⁹ Ter rechtvaardiging wordt soms ook overwogen dat het “*in beginsel de uitleg van een eenzijdige rechtshandeling betreft waaromtrent tussen con- tracterende partijen niet wordt onderhandeld.*”⁶⁰ Ook wordt de geobjectiveerde

57 Zie onder meer conclusie A-G Drijber 20 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1363 (*Nijmegen/Evergreen*, alinea’s 4.24 - 4.26); CBB 21 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:348 (r.o. 5.5); Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:130 (r.o. 4.9); Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6838 (r.o. 4.11); Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9806 (r.o. 3.6). Vgl. de insteek van Rb. Den Haag 10 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2174 (r.o. 4.8, 4.24 en 4.40); Rb. Den Haag 18 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6413 (r.o. 5.3); Rb. Amsterdam 22 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:995 (r.o. 4.3); Rb. Rotterdam 30 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7827 (r.o. 4.18); Rb. Midden-Nederland 8 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3800 (r.o. 4.24); Rb. Gelderland 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676 (r.o. 4.5); Rb. Den Haag 18 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3794 (r.o. 3.2); Rb. Noord-Nederland 29 mei 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA1485 (r.o. 4.4).

58 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7154 (r.o. 5.6 en 5.7); Hof Amsterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2157 (r.o. 3.5); Hof Den Haag 17 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5247 (r.o. 4.2 - 4.6); Hof Arnhem 15 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM8441 (r.o. 8). Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917 (r.o. 5.3); Hof Den Bosch 17 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3434 (r.o. 3.8.4 en 3.8.5); Rb. Gelderland 16 juni 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4819 (r.o. 4.14); Rb. Gelderland 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5918 (r.o. 4.3); Rb. Den Haag 30 mei 2018 ECLI:NL:RBDHA:2018:6510 (r.o. 4.2 en 4.3); Rb. Rotterdam 13 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2961 (r.o. 4.14); Rb. Rotterdam 23 februari 2017 ECLI:NL:RBROT:2017:10878 (r.o. 4.3); en Rb. Rotterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:833 (r.o. 4.6).

59 Rb. Overijssel 19 januari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:209 (r.o. 4.5).

60 Hof Den Bosch 17 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3434 (r.o. 3.8.4 en 3.8.5). Vgl. Rb. Noord-Nederland 27 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3580 (r.o. 4.2) en Rb. Arnhem 21 juli 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN3487 (r.o. 4.7). Vgl. Rb. Noord-Nederland 7 augustus 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:5502 (r.o. 4.6).

haviltexmaatstaf als maatgevend aangemerkt.⁶¹ Verder is overwogen dat de aanbestedingsstukken conform de cao-norm moeten worden uitgelegd, terwijl voor nadere afspraken de haviltexmaatstaf maatgevend is.⁶²

Ook zonder expliciete vermelding van de cao-norm of de geobjectiveerde haviltexmaatstaf, wordt de noodzaak tot een objectieve uitleg die recht doet aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen benadrukt.⁶³ Treffend is deze overweging van het Hof Den Haag: *“Dientengevolge moet het onderhavige bestek objectief worden uitgelegd en kunnen en mogen daarvan afwijkende intenties tussen de aanbestedder en de opdrachtnemer, zo deze al zouden bestaan, bij de uitleg van de overeenkomst, voor zover deze op het bestek is gebaseerd, geen rol spelen. Daarmee zou immers de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, anders kunnen worden behandeld dan de andere inschrijvers.”*⁶⁴

Uit dit alles valt in ieder geval af te leiden dat het besef groeit dat de totstandkoming van aanbestede overeenkomsten gevolgen heeft voor de te hanteren uitlegmaatstaf. Dit laat onverlet dat het onderkennen van de juiste maatstaf niet per definitie hoeft te leiden tot het correct toepassen daarvan. Die al dan niet correcte

61 Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:225 (r.o. 3.6); Hof Amsterdam 19 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ6956 (r.o. 3.2); Rb. Arnhem 21 juli 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN3487 (r.o. 4.7); RvA 17 oktober 2014, nr. 71.936 (alineä 21); RvA 19 mei 2016, nr. 35.550 (alineä 11). Vgl. RvA 31 augustus 2016, nr. 72.030 (alineä 30) en Rb. Rotterdam 2 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8957 (met name r.o. 4.7.2 en 4.11).

62 Rb. Gelderland 19 mei 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3410 (zie met name r.o. 4.8, 4.28, en 4.35).

63 Rb. Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10292 (r.o. 4.3 en 4.36); Rb. Gelderland 23 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1468 (r.o. 5.2 en 5.3); Rb. Limburg 23 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1533 (r.o. 4.1 - 4.5); Rb. Den Haag 10 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2174 (r.o. 4.8); Rb. Den Haag 13 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:1239 (r.o. 4.18 en 4.56); Rb. Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6510; RvA 27 september 2018, nr. 72.111 (alineä's 20 en 21). Vgl. Hof Den Bosch 6 april 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1059 (r.o. 3.6.1 - 3.6.3) en Hof Den Bosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1609 (r.o. 6.4.2 en 6.4.11). Vgl. verder Rb. Rotterdam 2 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8957 (r.o. 4.8 - 4.12) en Rb. Midden-Nederland 18 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2303 (r.o. 4.5).

64 Hof Den Haag 31 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:83 (r.o. 7).

toepassing doet hier echter niet ter zake. Waar het om gaat, is de principiële onderkenning van de positie van aanbestede overeenkomsten.⁶⁵

Toch is zeker geen sprake van een algemeen aanvaarde praktijk, ook niet in jurisprudentie waarin duidelijk is dat een aanbestede overeenkomst dient te worden uitgelegd.⁶⁶ Een duidelijke exponent daarvan is te vinden in een vonnis inzake een aanbestede WMO-overeenkomst, waarin de voorzieningenrechter overweegt: *“Dat de overeenkomst tot stand is gekomen via een aanbestedingsprocedure betekent niet dat die bepalingen en beginselen ook nog doorwerken in de contractfase [...] Voor de contractfase gelden andere waarborgen, zoals de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 en 6:248 BW).”*⁶⁷

Oftewel: naast jurisprudentie waarin de afwijkende positie van aanbestede overeenkomsten niet wordt onderkend, wordt die positie ook nog expliciet ontkend. De vraag blijft dus actueel: welke uitlegmaatstaf is bij aanbestede overeenkomsten het meest op zijn plaats?

5.3.3 Voorkeur voor toepassing van de geobjectiverde haviltexmaatstaf

In de inleiding kwam het voorbeeld van A ter sprake. Hij meent dat prestatie X een wezenlijke wijziging inhoudt. Contractpartijen kunnen de rangen sluiten en stellen dat prestatie X tot het voorwerp van de aanbestede overeenkomst behoorde. Uitgaande van de haviltexmaatstaf kan dan geoordeeld worden dat een wijziging niet aan de orde is vanwege deze (kennelijke) gemeenschappelijke partijbedoeling. De kans op dit oordeel neemt zelfs toe naarmate tijdens de aanbestedingsprocedure over X geen vragen zijn gesteld en in zoverre geen uitsluitsel over de status van X kan worden gegeven. Dit terwijl het verweer in werkelijkheid mogelijk niet meer

65 Vlak voor voltooiing van deze dissertatie publiceerde Jansen een bijdrage over de betekenis van het aanbestedingsrecht voor de uitleg van overeenkomsten, zie Jansen 2022. Hij neemt een tendens waar dat rechters in toenemende mate relevantie toekennen aan de aanbestedingsrechtelijke voorgeschiedenis van de aanbestede overeenkomst. Hij plaatst opnieuw - terecht - zijn vraagtekens bij de keuze van de meeste rechters om voor de CAO-maatstaf te kiezen. Wel nuanceert hij het belang van die vraagtekens met de opmerking dat de keuze voor geobjectiverde haviltexmaatstaf of CAO-norm eigenlijk niet lijkt uit te maken.

66 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7935 (r.o. 3.1 en 4.2) en Rb. Den Haag 27 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11756. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6973 (r.o. 3.3 en 5.5) en Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8022 (r.o. 3.1 - 3.5 en 5.4). Ook in Rb. Noord-Nederland 27 oktober 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4678 (r.o. 6.8) wordt naar de haviltexmaatstaf verwezen. In Hof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:2450 (r.o. 4.7) werd ter zake de voorgenomen onderhandse gunning de haviltexmaatstaf als maatgevend geacht in het licht van de vraagbehoefte van de aanbestedende dienst.

67 Rb. Oost-Brabant 3 mei 2018, ECLI:NL:ROBR:2018:2237 (r.o. 4.6).

is geweest dan een gelegenheidsargument. Overigens verandert de situatie niet zonder meer als contractpartijen daadwerkelijk van die uitleg uitgingen. Het is namelijk niet ondenkbaar dat een derde zich alsnog benadeeld acht en dat een uitleg conform een maatmannorm tot een ander resultaat leidt dan waar contractpartijen van uitgingen.

Het primaat van de subjectief-objectieve partijbedoeling kan dus wringen met de verplichting tot een uitleg conform de maatmannorm. Omdat een aanbestede overeenkomst niet los kan worden gezien van de wijze van totstandkoming lijkt het daarom gerechtvaardigd uit te gaan van een uitleg naar meer objectieve maatstaven. Er is immers doorgaans geen sprake van één-op-één onderhandelingen die leiden tot een overeenkomst. Instemmend lees ik dan ook A-G Keus, die meermaals heeft geconcludeerd dat zowel aanbestedingsstukken als de aanbestede overeenkomst dienen te worden uitgelegd naar objectieve maatstaven.⁶⁸ Ten aanzien van de uitleg van een aanbestede overeenkomst concludeert hij dat deze in lijn dient te zijn met de aanbestedingsstukken zoals behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende (potentiële) inschrijvers die hadden moeten begrijpen. Het effect van een uitleg waarop zij niet bedacht hadden hoeven zijn, is vanuit hun perspectief niet wezenlijk anders dan wanneer de opdracht na gunning zou worden gewijzigd.⁶⁹

Objectieve maatstaven dienen dus het primaat te hebben, zodat in essentie gekozen kan worden tussen de geobjectiveerde haviltexmaatstaf of de cao-norm. Zoals hiervoor bleek, bestaat op grond van de jurisprudentie van het HJEU enige ruimte om subjectievere elementen mee te wegen. Dit pleit voor het toepassen van de geobjectiveerde haviltexmaatstaf. Die ruimte bestaat in beginsel namelijk niet bij toepassing van de cao-norm. Jansen heeft er zodoende terecht voor gepleit om onder de vlag van de haviltexmaatstaf te kiezen voor die vorm van objectieve uitleg waarbij het aankomt op de vraag hoe een redelijk persoon van dezelfde hoedanigheid als de contractpartijen, die in dezelfde omstandigheden zou hebben verkeerd als die partijen, het beding zou hebben moeten begrijpen.⁷⁰

Stel nu dat contractpartijen van een bepaalde betekenis uitgingen, maar die betekenis het onderspit delft ten faveure van een betekenis verdedigd door de derde. Als partijen al tot uitvoering zijn overgegaan conform de door hen voorgestane

68 Conclusie A-G Keus 19 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467 (*JBM/UVA*, alinea's 2.25, 2.5. - 2.12); conclusie A-G Keus 24 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:31 (*Ricoh/Xerox*, alinea's 3.25 e.v.); conclusie A-G Keus 22 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA1828 (*Staat/KWS*, alinea's 3.7.1 en 3.7.3). Vgl. in het kader van een private aanbesteding conclusie A-G Keus 13 mei 2016, ECLI:NL:PHR:2016:368 (*CCC/KLM*, alinea's 2.22 - 2.24).

69 Conclusie A-G Keus 19 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467 (*JBM/UVA*, alinea 2.12).

70 Jansen 2011 § 3.4 en 3.5. Idem: Jansen & Prent 2016. Tjittes 2018, p. 280 beperkt zich tot het signaleren van deze keuze.

betekenis, kan betoogd worden dat het aanbestedingsrechtelijke effect hiervan is dat de overeenkomst is gewijzigd. De overeenkomst is immers (deels) anders uitgevoerd dan verwacht mocht worden. Echter, in de relatie tussen contractpartijen ligt het niet zonder meer voor de hand die wijziging ook aan te nemen. Tussen hen bestond immers wilsovereenstemming. De nog openstaande vraag is dan hoe hiermee om te gaan.

Gelet op de vele mogelijke casusposities, lijkt een antwoord in de vorm van een algemene regel niet mogelijk. In ieder geval lijkt het niet aannemelijk dat de wilsovereenstemming tussen contractpartijen verandert louter vanwege de conclusie dat van een andere uitleg dient te worden uitgegaan. Eén van de aandachtspunten lijkt dan dat de aanbestedende dienst nagaat of het nodig en mogelijk is een beroep op een wijzigingsmogelijkheid uit hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet te doen om de aanvankelijk gekozen route (alsnog) te rechtvaardigen. Indien aanbestedingsrechtelijk tot het bestaan van een wijziging dient te worden geconcludeerd, kan een ander aandachtspunt gevormd worden door de vraag of en in hoeverre de opdracht-nemer een (financiële) aanspraak heeft. Contractueel kan hij immers nog steeds tot dezelfde prestatie gehouden zijn. Complexe analyses zijn aldus niet uitgesloten.

Dat de keuze voor de geobjectiveerde haviltexmaatstaf tot hoofdbrekens kan leiden, is echter geen steekhoudende reden om van die keuze als zodanig af te zien. De verplichting tot uitleg conform een maatmannorm kan immers tot zijn Unierechtelijke origine herleid worden. Verder leidt de toepassing van de ‘gewone’ haviltexmaatstaf evenzeer regelmatig tot discussies, getuige de vele jurisprudentie over de uitleg van overeenkomsten. De praktijk zal hierin dus nog zijn weg moeten vinden.

De Unierechtelijke origine van de maatmannorm maakt het verder de moeite waard de aandacht te vestigen op de positie van de uitlegeregels die in internationaal (academisch) verband zijn opgesteld. Zowel de PECL⁷¹ en de Unidroit Principles⁷² als het Weens Koopverdrag⁷³ stellen het zoeken van de gemeenschappelijke partijbedoeling voorop, ook als die bedoeling afwijkt van de woordelijke betekenis van een bepaling.⁷⁴ Pas als die bedoeling niet gevonden kan worden, is uitleg conform een maatmannorm (hoe zou een redelijk handelende persoon in vergelijkbare omstandigheden het beding uitleggen) op zijn plaats. Diezelfde

71 Art. 5:101 leden 1 en 3 Principles of European Contract Law.

72 Art. 4.1 Unidroit Principles of international commercial contract.

73 Art. 8 Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken.

74 Ik ga eraan voorbij dat deze documenten niet zijn opgesteld met het oog op contracten tussen een overheidsinstantie en een ondernemer.

rangorde is overigens in de Franse praktijk gebruikelijk.⁷⁵ Daarmee vertonen die regels een belangrijke overeenkomst met de haviltexmaatstaf die, zoals we zagen, op gespannen voet kan staan met de vereisten die voortvloeien uit het Europese aanbestedingsrecht.

Dit ligt anders onder de DCFR. Hoewel daarin de gemeenschappelijke partijbedoeling tot uitgangspunt wordt genomen,⁷⁶ lijdt dit uitzondering onder meer vanwege de derdenbescherming die volgt uit art. 8:101(3)(b): “*The contract is, however, to be interpreted according to the meaning which a reasonable person would give to it: [...] if the question arises with a person, not being a party to the contract or a person who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the contract’s apparent meaning*”. Deze uitzondering is niet afhankelijk van het niet kunnen vinden van een gemeenschappelijke partijbedoeling. Ook wordt het subjectieve begrip geobjectiveerd door het vereiste dat de derde “*reasonably and in good faith*” op een “*apparent meaning*” heeft vertrouwd.⁷⁷

Gelet op de grensoverschrijdende kenmerken die Europees aanbestede overeenkomsten kenmerken, valt niet uit te sluiten dat partijen direct of indirect aansluiting zoeken bij één of meerdere van deze documenten. Dit schept immers duidelijkheid over de wederzijdse rechten en verplichtingen, met name voor de situatie dat tussen partijen uit verschillende rechtsstelsels wordt gecontracteerd. Dan is ook van belang oog te blijven houden voor de verplichting tot uitleg conform een maatmannorm. De uitlegmaatstaf uit de DCFR lijkt dan het meest geschikt.

Het voorgaande laat onverlet of wel van ‘de’ aanbestede overeenkomst kan worden gesproken. Er bestaat namelijk een grote verscheidenheid aan aanbestede overeenkomsten, zowel inhoudelijk als met betrekking tot de rol van partijen. De aandacht gaat hier uit naar dat laatste aspect, en wel specifiek naar de situatie dat over de overeenkomst wordt onderhandeld.

75 Zie art. 1188 Code Civil. Hoewel aanbestede overeenkomsten onderworpen zijn aan het bestuursrechtelijk regime, laat dit onverlet dat getracht wordt de gemeenschappelijke bedoeling te achterhalen. Zie bijv. Conseil d’Etat 29 april 1983, nr. 19798; Conseil d’Etat 16 november 1983, nr. 22284; Cour Administrative d’Appel de Nancy 13 maart 2008, nr. 06NC01195; Conseil d’Etat 3 december 2010, nr. 338272; Conseil d’Etat 16 mei 2012, nr. 345137; Cour Administrative d’Appel de Paris 18 december 2012, nr. 10PA05735; Conseil d’Etat 29 juni 2018, nr. 402251 (considérant 7). Vgl. Guide de l’achat public 2019, p. 12. In Conseil d’Etat 8 november 2017, nr. 396589 (considérant 3 en 5) werd geoordeeld dat een vordering inzake de interpretatie van een beding pas ontvankelijk is als redelijkerwijs kan worden aangenomen dat dit beding onduidelijk of ambigu is.

76 Art. 8:101 lid 1 Draft Common Frame of Reference.

77 Art. 8:102 lid 2 DCFR.

5.3.4 Geobjectiveerde haviltexmaatstaf en onderhandelingen

De keuze voor een geobjectiveerde uitlegmaatstaf wordt wel gebaseerd op de overweging dat het bij een aanbestede overeenkomst in beginsel de uitleg van een eenzijdige rechtshandeling betreft waarover niet is onderhandeld (vgl. § 5.3.2). Echter, in de praktijk verschilt de rolverdeling van partijen nogal. Zo verschijnen uitgedetailleerde bestekken op de markt, waarbij inschrijvers in wezen alleen een prijs hoeven op te geven. Ook worden opdrachten gepubliceerd die functioneel zijn gespecificeerd met meer eigen invulling van de inschrijvers. Voor complexere opdrachten vraagt een aanbestedende dienst nogal eens ‘slechts’ een oplossing of oplossingsrichting uit, zodat het precieze voorwerp van de wederzijdse rechten en verplichtingen pas relatief laatstijdig duidelijk wordt, soms zelfs pas tijdens de uitvoering.⁷⁸

Dit laatste kan aan de hand van een voorbeeld worden geïllustreerd. Een aanbestedende dienst wenst een oeververbinding ten behoeve van gemotoriseerd wegverkeer, maar heeft geen voorkeur voor het type verbinding. Hij kondigt een procedure voor een concurrentiegericht dialogoog aan en omschrijft in de aanbestedingsstukken zijn behoeften, eisen en gunningscriteria,⁷⁹ selecteert drie gegadigden en gaat met hen in dialoog. De dialogen zijn bedoeld om één of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde ondernemers zullen worden uitgenodigd om in te schrijven.⁸⁰

Tijdens de dialoogrondes presenteren de geselecteerde gegadigden hun oplossingen: de eerste gaat uit van een brug, de tweede van een tunnel, en de derde van een veerdienst. Het laat zich raden dat de inhoud van de dialogen, en de inhoud van de overeenkomst, significant anders zullen zijn naargelang de aangeboden oplossing.⁸¹ De bouw van een tunnel is iets anders dan die van een brug, terwijl de exploitatie van een veerdienst waarschijnlijk de vorm van een concessie zal krijgen. Elk van deze oplossingen heeft zijn eigen aandachtspunten, zoals op het punt van bodemopbouw, vergunningen, financiële afspraken, risicoallocatie, inzet van materieel en eventueel meerjarig onderhoud. Los daarvan zijn de deelnemers aan de dialogen nogal eens niet op de hoogte van elkaars oplossingen, omdat de aanbestedende dienst ingevolge art. 2.110 lid 5 Aanbestedingswet gehouden is “[...] *de voorgestelde oplossingen of andere door een deelnemer aan de dialoog verstrekte vertrouwelijke inlichtingen niet aan de andere deelnemers mee* [te de-

78 Vgl. art. 2.126d Aanbestedingswet inzake het innovatiepartnerschap.

79 Vgl. art. 2.110 leden 2 en 3 Aanbestedingswet.

80 Art. 1.1 Aanbestedingswet, definitie ‘procedure van de concurrentiegericht dialogoog’. Zie ook art. 2.29 aanhef en onder f, art. 2.110 lid 4 en art. 2.111 leden 4 en 5 Aanbestedingswet.

81 Die onderhandelingen kunnen ingevolge art. 2.110 lid 5 Aanbestedingswet over alle aspecten van de opdracht gaan.

len] *zonder de instemming van de desbetreffende deelnemer met de bekendmaking van de desbetreffende specifieke inlichtingen.*”

De ratio van een uitleg volgens een maatmannorm is recht te doen aan de eisen van gelijke behandeling en transparantie. Die eisen hebben in het geschetste voorbeeld echter een andere invulling, omdat de rol en gerechtvaardigde verwachtingen van deelnemers van een andere orde zijn dan bij een uitgewerkt bestek. Hierom pleit Habraken - in de context van DBFM(O)-overeenkomsten - voor een glijdende schaal. Aan de hand van de mate waarin een bepaling onderwerp is geweest van precontractueel debat, wordt dan bepaald in hoeverre een meer subjectieve of objectieve uitleg wordt toegepast. Daarom zou ook niet zonder meer plaats zijn voor toepassing van de cao-norm of een andere taalkundige uitleg.⁸²

Hoewel zijn redenering op onderdelen wat ongenuanceerd voorkomt,⁸³ werpt Habraken een terechte vraag op. Om die vraag in eigen woorden te herformuleren: hoe verhouden de aanbestedingsrechtelijke beginselen zich tot de uitleg van een aanbestede overeenkomst als de rol en verplichtingen van de aanbestedende dienst van een andere orde zijn dan bij een uitgedetailleerde opdracht? Het hoeft niet te verbazen dat een objectieve uitleg op zijn plaats lijkt waar het gaat om de uitleg van de door de aanbestedende dienst opgestelde stukken. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het voorbeeld van de oeververbinding. Stel dat een vierde deelnemer een rondweg rondom het waterlichaam aanbiedt en de opdracht gegund krijgt. Mochten inschrijvers begrijpen dat onder ‘verbinding’ ook deze omleiding viel?

Tegelijkertijd valt op de redenering van Habraken wel wat af te dingen, met name wat betreft zijn voorstel om per bepaling een maatstaf te kiezen. Het risico op aanvullende discussies neemt dan namelijk toe, omdat de belangen van partijen gediend kunnen zijn met de keuze voor de ene of de andere maatstaf. Die handelswijze lijkt ook niet nodig. De geobjectiveerde haviltexmaatstaf biedt al ruimte voor maatwerk.⁸⁴ Dit wordt niet anders door het gegeven dat de bepaling is uitonderhandeld en niet (met zoveel woorden) in de aanbestedingsstukken heeft gestaan. Ook dan is de aanbestedende dienst gehouden naleving van de beginselen te waarborgen. Dan kan worden nagegaan hoe met de bepaling tijdens de dialoogrondes is omgesprongen, zoals kenbaar uit de verslaglegging.⁸⁵ Zo nodig kan die verslaglegging in rechte zelfs vertrouwelijk worden geproduceerd.⁸⁶

82 Habraken 2016, p. 123. Chen 2016 lijkt eenzelfde glijdende schaal voor te staan.

83 Zo lijkt hij de cao-norm te vereenzelvigen met een taalkundige uitleg, terwijl bij toepassing van de cao-norm ook de objectieve context een rol kan spelen, vgl. Valk 2016, p. 34. Ook maakt hij geen melding van de geobjectiveerde haviltexmaatstaf.

84 Vgl. hof Arnhem-Leeuwarden 21 maart 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2365 (r.o. 3.21 en 3.22).

85 Vgl. de documentatie- en archiveringsverplichting uit art. 2.56 Aanbestedingswet.

86 Zie art. 22, 22a lid 3 en 162 Rv.

Met de keuze voor de geobjectiveerde haviltexmaatstaf wordt geen pasklaar antwoord gegeven voor iedere situatie. Maar dat lijkt bij de keuze voor een uitlegmaatstaf hoe dan ook niet realistisch. Die keuze bepaalt het kader waarbinnen een oplossing kan worden gezocht; het is niet de oplossing zelf.

5.3.5 De *contra proferentem*-regel als mogelijk gezichtspunt

De inhoud van de aanbestedingsstukken dient duidelijk, precies en ondubbelzinnig te zijn. Niet alle bedingen zijn echter op die wijze geformuleerd. Het komt nogal eens voor dat de formulering slordig, vaag, dubbelzinnig en/of tegenstrijdig is. Die werkelijkheid geeft aanleiding stil te staan bij de vraag of dan de *contra proferentem*-regel kan worden toegepast. Deze regel houdt in dat een onduidelijk eenzijdig opgesteld beding in het voordeel van de contractuele wederpartij wordt uitgelegd.

Die regel is van bijzondere betekenis bij de uitleg van overeenkomsten gesloten met consumenten.⁸⁷ Nu zijn consumenten zelden partij bij een aanbestede overeenkomst, maar dat sluit de weg naar de toepassing van die regel niet categorisch af. Ook in het kader van een overeenkomst gesloten tussen professionele partijen kan de *contra proferentem*-regel namelijk een gezichtspunt zijn dat de rechter bij de uitleg betreft.⁸⁸ Die uitleg kan zelfs onderdeel vormen van de overeenkomst, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de UAV 2012⁸⁹ en de Model Basisovereenkomst bij de UAV-GC 2005⁹⁰. Indien van toepassing verklaard, dienen deze documenten in uitgangspunt integraal te worden toegepast, en dient een afwijking deugdelijk te worden gemotiveerd.⁹¹

Het hoeft dan ook niet te verbazen dat in de civiele en arbitrale praktijk voorbeelden te vinden zijn van toepassing van de *contra proferentem*-regel bij de uitleg van aanbestede overeenkomsten.⁹² Dit lijkt ook terecht gelet op de verplichtingen van de aanbestedende dienst. Hij blijft verantwoordelijk voor de informatie die hij communiceert en de wijze waarop hij dat doet. Toch kan de mogelijke toepassing van de *contra proferentem*-regel niet geheel op instemming rekenen. Met name

87 Art. 6:238 lid 2 BW, dat ingevolge art. 6:246 BW van dwingend recht is. Vgl. art. L 211-1 van de Franse Code de la consommation.

88 Conclusie A-G Langemeijer 1 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1330 (*Top Mehrwert/Getronics*, alinea 2.21 en voetnoot 20). Vgl. Tjittes 2018, p. 323.

89 Zie het slot van § 2 lid 4 UAV 2012.

90 Zie art. 3 lid 4 MBO. Deze bepaling wordt nader besproken en gekritiseerd door Bleeker, Herber & Van der Zijpp 2016, § 1.12.

91 Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit.

92 Zie bijv. Rb. Maastricht 17 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM5293 (r.o. 3.5.3); RvA 13 februari 2007, nr. 71.078 (alinea 10); RvA 12 juni 2007, nr. 71.058 (alinea 27); RvA 27 september 2018, nr. 72.111 (alinea's 21 - 31); en RvA 17 september 2015, nr. 34.964 (alinea 31). Vgl. 24 september 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2568 (r.o. 26).

Huith heeft zich daartegen gekant en vreest dat “*toepassing van het gezichtspunt een mededingingsverstorend effect kan sorteren en strategisch handelen gedurende de inlichtingenfase van een aanbesteding in de hand kan werken.*”⁹³ Deze niet nader onderbouwde stelling overtuigt voorshands niet. Het eventuele mededingingsverstorende effect wordt niet gepreciseerd. Daarbij blijft de aanbestedende dienst de veroorzaker. Het gaat hem daarom niet aan de gevolgen van dit effect (volledig) voor rekening van de markt te laten komen.

Strategisch inschrijfgedrag valt inderdaad niet geheel uit te sluiten. Dat doet echter niet af aan de verplichtingen die op de aanbestedende dienst rusten. Daarnaast is zulk gedrag - mits in het concrete geval verboden en aangetoond - geen argument om de *contra proferentem*-regel categorisch uit te sluiten. Het is eerder een argument om een beroep op die regel in voorkomend geval te ontzeggen. In dat verband kan een parallel getrokken worden met de civielrechtelijke literatuur waarin wordt betoogd dat de mate van professionaliteit van de wederpartij en diens onderzoeksverantwoordelijkheden de werking van die regel kunnen corrigeren.⁹⁴ Aanbestedingsrechtelijk vindt dit weerklank in de elementen die bij een uitleg conform een maatmannorm worden betrokken, en in de proactiviteitsverplichting die op ondernemers rust.⁹⁵ De *contra proferentem*-regel blijft aldus relevant, maar wordt alleen in een specifiek geval niet toegepast. Met deze discussie hangt ook samen de vraag of het een aanbestedende dienst vrijstaat zijn eigen uitlegmaatstaf te kiezen.

5.3.6 Mag een aanbestedende dienst een eigen maatstaf kiezen?

Regelmatig nemen aanbestedende diensten rechtsverwerkingsclausules op in de aanbestedingsstukken. Die clausules nemen inmiddels haast *boilerplate*-achtige vormen aan. Doorgaans komt het erop neer dat, wanneer inschrijvers niet tijdig ergens over klagen, zij het recht verwerken om dit punt later nog ter discussie te stellen. Zulke clausules kunnen mede zien op de uitleg van de aanbestedingsstukken: “*Indien naderhand blijkt dat de aanbestedingsstukken tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden en/of disproportionele eisen bevatten en deze door de Inschrijver niet zijn gemeld aan de Aanbestedende dienst, is de door Aanbestedende dienst gegeven interpretatie van de aanbestedingsstukken doorslaggevend. De eventuele (nadelige) gevolgen hiervan komen voor risico van Inschrijver.*”⁹⁶

De vraag is of een dergelijk beding is toegestaan. Vanuit verbintenissenrechtelijk perspectief neig ik naar een neutraal antwoord. Partijen zijn in principe vrij in wat

93 Huith 2019, p. 254, voetnoot 20 en Huith 2019a.

94 Zie wat dat betreft ook Jansen 2012, § 3.8.3 en Tjittes 2018, p. 323 en 324. Zie over machtsposities in aanbestede overeenkomsten en de relatie met correctiemechanismen Chao-Duvis 2010.

95 Vgl. Jansen 2011 § 3.3.

96 Dit voorbeeld kwam ik in mijn praktijk tegen. Vgl. Rb. Rotterdam 2 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8957 (r.o. 2.8, 4.7.2, 4.12, 4.14).

zij met elkaar overeenkomen. Een dergelijke clause kan duidelijkheid scheppen hoe met onduidelijkheden en discrepanties wordt omgegaan. In ruil voor deze risicoallocatie kan een hogere risico-opslag worden bedongen. Hiertegen pleit dat feitelijk van de wilsvertrouwensleer wordt afgestapt, wat onredelijk kan uitwerken als partijen niet op voet van gelijkwaardigheid met elkaar contracteren.⁹⁷ Deze risicoallocatie wordt dan niet zozeer overeengekomen als wel opgelegd. Veel hangt daarmee af van de context waarin het beding is overeengekomen.

Met een aanbestedingsrechtelijke bril op ligt dit anders. Momenteel staat de toelaatbaarheid van verstrekkende rechtsverwerkingsclausules ter discussie, met name ingegeven door het debat of een eenzijdige risico-allocation wel is toegestaan.⁹⁸ Aan die discussie wordt hier voorbijgegaan. De vraag kan namelijk ook worden benaderd vanuit de invalshoek van de uitleg conform een maatmannorm en het leerstuk van de wezenlijke wijziging. Via zo'n clause wentelt een aanbestedende dienst, in afwijking van zijn redactieverplichting, het risico op gebreken namelijk op de markt af. Door zijn eigen interpretatie voorop te stellen, wijkt hij ook af van de maatmannorm. Maatgevend wordt dan de voor hem meest gunstige uitleg die mogelijk niet eens objectief tot de stukken herleid kan worden. Aangezien zowel de redactieverplichting als de uitleg conform een maatmannorm voortvloeien uit een toepassing van de aanbestedingsrechtelijke beginselen, lijkt de toelaatbaarheid ervan hierom al twijfelachtig.

Ook kan een verstrekkende rechtsverwerkingsclause op gespannen voet staan met het verbod om wezenlijk te wijzigen. Zoals toegelicht, is het effect van een uitleg waarop (potentiële) inschrijvers niet bedacht hadden hoeven zijn, niet wezenlijk anders dan wanneer de opdracht zou worden gewijzigd. Het bestaan van een wezenlijke wijziging moet vanuit objectief oogpunt worden geanalyseerd op basis van de inmiddels in art. 2.163g Aanbestedingswet vervatte criteria. Zou het een aanbestedende dienst worden toegestaan om de werking aan die regels grotendeels te ontzeggen door zijn eigen voorkeuren centraal te stellen, dan zou het nuttig effect aan die regels snel ontnomen worden. Daarom zouden aanbestedende diensten hiervan moeten afzien en kunnen zulke vergaande rechtsverwerkingsclausules vanwege strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen terzijde worden geschoven.

97 In zoverre onderscheidt deze problematiek zich dus niet fundamenteel van de vragen die bij het gebruik van een *no oral modification*-clause opkomen, vgl. Van Wechem & Schelhaas 2017, p. 47 - 52 en Schelhaas 2019, p. 32 - 40.

98 Zie bijv. de brief van staatssecretaris Keijzer d.d. 12 februari 2021, TK 2020-2021, 32440, nr. 115 en de daarmee samenhangende wijziging van de Gids Proportionaliteit per 1 januari 2022 (*Stc.* 2021, nr. 41481 et *Stb.* 2021, 464). Zie ook Hof Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:890.

5.4 BEANTWOORDING DEELVRAAG 4

Deelvraag 4 luidt: hoe verhoudt het verbod om wezenlijk te wijzigen zich tot de te hanteren uitlegmaatstaf?

Naar Nederlands recht wordt een overeenkomst in uitgangspunt uitgelegd conform de haviltexmaatstaf. Voor aanbestede overeenkomsten dient hiervan te worden afgeweken en ligt het gebruik van de geobjectiveerde haviltexmaatstaf voor de hand. Niet de wil van partijen staat voorop, maar de uitleg conform een maatmannorm. De overeenkomst dient aan de hand van objectieve maatstaven te worden uitgelegd, zonder dat de ogen hoeven te worden gesloten voor subjectieve elementen. Het effect van een uitleg waar een derde niet op bedacht hoefde te zijn, is vanuit diens perspectief namelijk niet wezenlijk anders dan wanneer de opdracht gewijzigd zou worden. Die keuze voor een uitleg conform objectieve maatstaven laat onverlet dat de *contra proferentem*-regel in uitlegkwesities een gezichtspunt kan vormen. Het is goed verdedigbaar dat clausules op grond waarvan de uitleg van de aanbestedende dienst prevaleert, vanwege strijd met het aanbestedingsrecht terzijde geschoven dienen te worden.

