

Onvoorziene prijsstijgingen in aanbestede contracten

Auteur(s): mr. C.A.M. (Claire) Lombert, Claifort Advocaten

Het zal weinigen zijn ontgaan; sinds de oorlog in Oekraïne zijn de prijzen enorm gestegen. Veel opdrachtnemers van de overheid zien zich geconfronteerd met contracten die als gevolg van de prijsstijgingen verlieslatend zijn geworden. Overeengekomen indexeringen zijn onvoldoende om de gestegen kosten te dekken of indexering is zelfs contractueel uitgesloten.

Het is daarom niet verwonderlijk dat opdrachtnemers, met overeenkomsten die soms nog jaren lopen en vaak eenzijdige verlengingsopties voor de aanbesteder bevatten, het gesprek met hun publieke opdrachtgever proberen aan te gaan. Helaas regelmatig zonder het gewenste resultaat. Een gedegen onderzoek is niet voorhanden, maar uit ervaringen die ik hoor in het veld maak ik op dat lagere overheden de nieuwe realiteit onder ogen zien en daarom nog wel eens willen meebewegen met de (gerechtvaardigde) belangen van hun opdrachtnemers. Met name de centrale overheid lijkt het credo *pacta sunt servanda* (afpraak is afspraak) te prediken. Dit roept de vraag op in hoeverre overheden gehouden zijn om nieuwe (prijs)afspraken te maken. Deze vraag heeft binnen het Nederlandse recht twee aspecten: (i) een aanbestedingsrechtelijk aspect en (ii) een contractrechtelijk aspect. In dit artikel worden beiden aspecten besproken, mede aan de hand van recente ontwikkelingen.

Onvoorzien(bare) omstandigheden

De Aanbestedingswet 2012 (Aw) laat het wijzigen van contracten toe zolang een wijziging niet 'wezenlijk' is. Een prijsverhoging zal in de regel al snel worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging als daar geen contractuele bepaling aan ten grondslag ligt omdat het economisch evenwicht dan in het voordeel van de opdrachtnemer verschuift (art. 2:163g Aw). De Aw staat echter wel kleine wijzigingen toe (art. 2:163b Aw) en staat zelfs een prijsverhoging van 50% toe als sprake is van onvoorzienbare omstandigheden. Het gaat daarbij om omstandigheden die door de zorgvuldige aanbesteder niet konden worden voorzien. Daarmee lijkt het criterium strenger dan dat van de onvoorziene omstandigheden zoals bedoeld in art. 6:258 BW, omdat het daar gaat om de vraag of (beide) partijen een omstandigheid al dan niet hebben voorzien en niet of een van beiden dat ook kon. Het BW gaat dus uit van een feitelijke vraag (hebben partijen de omstandigheden voorzien) terwijl de letterlijke tekst van de Aw lijkt uit te gaan, althans voor de aanbesteder, van de meer hypothetische vraag (had de omstandigheid (door de aanbesteder) kunnen worden voorzien). In de praktijk lijken de coronapandemie en de oorlog in Oekraïne (en hun gevolgen) zowel als onvoorzienbare (ex art. 2:163e Aw) als onvoorziene omstandigheid (art. 6:258 BW) te kunnen kwalificeren (zie ook hierna).

Contractrechtelijk perspectief

In het geval een wederpartij een (redelijk) voorstel tot wijziging van een overeenkomst doet vanwege onvoorziene omstandigheden die niet voor zijn rekening zouden moeten komen, kan uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid volgen dat partijen een heronderhandelingsplicht hebben.¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 23 februari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1040:

4.7. Bij een beroep op onvoorziene omstandigheden rust op contractspartijen in eerste instantie een heronderhandelingsplicht. Pas als partijen daar niet uitkomen kan de overeenkomst gewijzigd of ontbonden worden door de rechter. Een eenzijdige aanpassing of ontbinding door één van de partijen behoort niet tot de mogelijkheden.

Een dergelijke heronderhandelingsplicht kan ook contractueel zijn overeengekomen. Leiden die onderhandelingen tot niets, dan kan een gang naar de rechter volgen. Een rechter is gehouden om als aan de voorwaarden van art. 6:258 BW wordt voldaan, de overeenkomst te wijzigen of te ontbinden.² Zo'n wijziging kan bijvoorbeeld een prijsverlaging inhouden. De heronderhandelingsplicht en de verplichting tot rechtelijk ingrijpen als aan de voorwaarden van art. 6:258 BW wordt voldaan, betekenen dat de wederpartij geen vrijblijvende positie heeft: hij zal iets met de nieuwe omstandigheden moeten als een opdrachtnemer zich meldt. Gebeurt dat niet vrijwillig, dan kunnen, zoals gezegd, maatregelen in rechte worden afgedwongen. Tijttes e.a. staan een 'share the pain'-benadering voor waarbij het uitgangspunt is dat het nadeel 50/50 over partijen wordt verdeeld, tenzij het contract aanleiding geeft tot een andere risicoverdeling.³ Omdat bij aanbestede overeenkomsten sprake is van een zekere mate van 'take it or leave it', zou dit mijns inziens aanleiding kunnen zijn om de aanbesteder een groter aandeel dan 50% te laten dragen.

In de rechtspraak is inmiddels meermalen geoordeeld dat de oorlog in Oekraïne en de als gevolg daarvan gestegen kosten, onvoorzien waren.⁴ In een vonnis van 16 december 2022 paste Rechtbank Noord-Holland het 'share the pain'-principe toe in een zaak over een aanbestede overeenkomst. De Gemeente Purmerend en aannemer De Meeuw hadden een geschil over de realisatie van ongeveer 300 tijdelijke woningen. Realisatie