

<Concept>Raamovereenkomst

Medische advisering Wmo en andere regelingen
kenmerk 2025WI400

Gemeente Utrecht
en
<xxx>

Contractnummer: <xxx>

Raamovereenkomst voor het leveren van Medische advisering Wmo en andere diensten

Partijen:

1. De gemeente Utrecht, te dezen rechtsgeldig vertegenwoordigd door <.....> in <zijn/haar> hoedanigheid van <.....>, hierna te noemen: 'Opdrachtgever',

en
2. <.....>, statutair gevestigd te <.....>, te dezen rechtsgeldig vertegenwoordigd door <.....>, in <zijn/haar> hoedanigheid van <.....>, hierna te noemen: 'Opdrachtnemer',

NEMEN IN AANMERKING DAT:

- I Opdrachtgever in april 2025 een Europese aanbesteding is gestart met kenmerknummer 2025WI400 voor een Raamovereenkomst voor het leveren van medische advisering Wmo en andere regelingen;
- II Opdrachtgever wenst een Raamovereenkomst te sluiten met als inhoud medische advisering en andere regelingen;
- III Bij deze aanbestedingsprocedure is gebleken dat Opdrachtnemer de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan;
- IV Opdrachtnemer in staat is om medische advisering voor Wmo en andere regelingen te leveren;
- V Partijen de voorwaarden waaronder de diensten geschieden, wensen vast te leggen in een Raamovereenkomst.

EN KOMEN OVEREEN ALS VOLGT:

Begrippen

- 1.1 Diensten
De door Opdrachtnemer op basis van deze Raamovereenkomst ten behoeve van de gemeente Utrecht te leveren prestaties.
- 1.2 Nadere overeenkomst:
Een afzonderlijke overeenkomst (opdracht) die in aanvulling op de Raamovereenkomst tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer wordt gesloten met betrekking tot levering van de onder de Raamovereenkomst overeengekomen diensten.
- 1.3 Raamovereenkomst:
Onderhavige overeenkomst, inclusief de in artikel 2.3 van deze Raamovereenkomst genoemde documenten.
- 1.4 Algemene Voorwaarden:
Algemene inkoopvoorwaarden gemeente Utrecht 2018.
- 1.5 Daar waar in deze overeenkomst Opdrachtgever genoemd staat moet ook gelezen moet worden: Verwerkingsverantwoordelijke. Daar waar in deze overeenkomst Opdrachtnemer genoemd staat moet ook gelezen worden: Verwerker.

2 Voorwerp van de Raamovereenkomst

- 2.1 Deze Raamovereenkomst ziet op de medische advisering in het kader van de wet maatschappelijke ondersteuning en andere regelingen.
- 2.2 Deze diensten vinden plaats overeenkomstig de naar aanleiding van de aanbestedingsdocumenten van Opdrachtgever (2025WI400)opgestelde inschrijvingsdocumenten van Opdrachtnemer (<datum inschrijving>) en de voorwaarden en bepalingen van deze Raamovereenkomst inclusief bijbehorende documenten.
- 2.3 Voor zover de Raamovereenkomst, de Algemene Voorwaarden en/of de overige documenten met elkaar in tegenspraak zijn, geldt de navolgende rangorde, waarbij de inhoud van het hoger in de onderstaande lijst genoemde document prevaleert boven het lager genoemde:
 - 1. Raamovereenkomst;
 - 2. Verwerkersovereenkomst (bijlage x);
 - 3. Verslag verificatiebespreking d.d. <datum verif> (bijlage x);
 - 4. Nota van Inlichtingen d.d. <datum nvi inschrijvingsfase>;
 - 5. Offerteaanvraag Opdrachtgever met kenmerk < kenmerk > inclusief de documenten die een onlosmakelijk onderdeel van de offerteaanvraag uit maken. Welke documenten dit zijn staat vermeld in de offerteaanvraag;
 - 6. Nota van Inlichtingen selectiefase d.d. < datum nvi selectiefase >;
 - 7. Aanmeldingsleidraad Opdrachtgever met kenmerk < kenmerk > inclusief de documenten die een onlosmakelijk onderdeel van de aanmeldingsleidraad uit maken. Welke documenten dit zijn staat vermeld in de aanmeldingsleidraad;
 - 8. Algemene inkoopvoorwaarden gemeente Utrecht 2018;
 - 9. Inschrijvingsdocumenten Opdrachtnemer d.d. <datum inschrijving>;
 - 10. Aanmeldingsdocumenten Opdrachtnemer d.d. <datum aanmelding>.
- 2.4 Met uitzondering van het Verslag verificatiebespreking, zijn de in het vorige lid onder **3** tot en met <xx> genoemde documenten via de website TenderNed.nl reeds in bezit gekomen van Opdrachtgever en Opdrachtnemer en zullen niet nogmaals als bijlage bij de Raamovereenkomst worden gevoegd. Alle in 2.3 genoemde documenten maken echter wel nadrukkelijk onderdeel van de Raamovereenkomst uit.

- 2.5 Opdrachtgever is gerechtigd van Opdrachtnemer te verlangen dat Opdrachtnemer de diensten die behoren tot het door Opdrachtnemer aangeboden pakket zal leveren geheel volgens de voorwaarden die in deze Raamovereenkomst zijn vastgelegd.
- 2.6 Opdrachtnemer heeft zich voldoende op de hoogte gesteld van de doelstellingen van Opdrachtgever met betrekking tot de onderhavige Raamovereenkomst en de relevante organisatie van Opdrachtgever. Opdrachtgever heeft Opdrachtnemer daartoe van voldoende en correcte informatie voorzien.
- 2.7 De voorwaarden van deze Raamovereenkomst zijn van toepassing op alle Nadere overeenkomsten (opdrachten) die tijdens de looptijd van deze Raamovereenkomst tussen Opdrachtgever enerzijds en Opdrachtnemer anderzijds worden gesloten met betrekking tot de diensten.
- 2.8 Opdrachtgever is gerechtigd opdrachten bij Opdrachtnemer te plaatsen. Opdrachtgever is daartoe niet verplicht.
- 2.9 **[optioneel]** Opdrachtgever is gerechtigd, eventueel gelijktijdig, aan (een) derde(n) met betrekking tot het leveren van diensten een offerte te vragen, dan wel met (een) derde(n) daaromtrent (een) overeenkomst(en) te sluiten.
- 2.10 **[optioneel]** Opdrachtgever is gerechtigd om ook met, aan (een) derde(n) een overeenkomst te sluiten voor het leveren van diensten.

3 Duur van de Raamovereenkomst

- 3.1 Deze Raamovereenkomst is van kracht met ingang van <dd-mm-jjjj>.
- 3.2 Deze Raamovereenkomst is aangegaan voor een periode van <xx> jaar en eindigt derhalve op <dd-mm-jjjj>.
- 3.3 **[optioneel, zie instructie bij b]** Deze Raamovereenkomst kan voor een periode van <xx> keer <xx> jaar onder gelijkblijvende voorwaarden eenzijdig door Opdrachtgever worden verlengd. Verlenging vindt plaats door middel van een daartoe bedoeld schrijven van Opdrachtgever aan Opdrachtnemer.
- 3.4 **[optioneel, zie instructie bij b]** Verlenging van de Raamovereenkomst geschiedt schriftelijk door Opdrachtgever uiterlijk <xx> maanden vóór afloop van de betreffende einddatum.
- 3.5 **[optioneel, zie instructie bij c]** Deze Raamovereenkomst kan voor een periode van <xx> keer <xx> jaar onder gelijkblijvende voorwaarden stilzwijgend door Opdrachtgever worden verlengd.
- 3.6 **[optioneel, zie instructie bij c]** Indien Opdrachtgever geen gebruik zal maken van een verlengingsoptie, zal Opdrachtgever dit uiterlijk <xx> maanden vóór afloop van de betreffende einddatum schriftelijk kenbaar maken aan Opdrachtnemer.
- 3.7 **[optioneel, zie instructie bij d, actieve variant]** Deze Raamovereenkomst kan voor een periode van <xx> keer <xx> jaar onder gelijkblijvende voorwaarden in overleg tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer worden verlengd. Het initiatief voor het overleg wordt genomen door een van de partijen en vindt plaats uiterlijk <xx> maanden vóór afloop van de betreffende einddatum van de Raamovereenkomst.
- 3.8 **[optioneel, zie instructie bij d, actieve variant]** De overeengekomen verlenging of beëindiging van de Raamovereenkomst wordt vastgelegd door Opdrachtgever en door beide partijen ondertekend.
- 3.9 **[optioneel, zie instructie bij d, passieve variant]** Deze Raamovereenkomst kan voor een periode van <xx> keer <xx> jaar stilzwijgend worden verlengd.
- 3.10 **[optioneel, zie instructie bij d, passieve variant]** Indien Opdrachtgever resp. Opdrachtnemer geen gebruik zal maken van een verlengingsoptie, zal Opdrachtgever resp. Opdrachtnemer dit uiterlijk <xx> maanden vóór afloop van de betreffende einddatum schriftelijk kenbaar maken aan de wederpartij.

4 Nadere overeenkomst

- 4.1 Een Nadere overeenkomst komt tot stand door ondertekening van de Nadere overeenkomst door beide partijen.

5 Nakoming

- 5.1 Opdrachtnemer garandeert dat
- 5.1.1 de door of namens hem te leveren diensten zullen voldoen aan de overeengekomen condities en kwalificaties als vastgelegd in deze Raamovereenkomst bijbehorende documenten en;
 - 5.1.2 de door of namens hem te verlenen diensten op vakbekwame wijze ononderbroken zullen worden uitgevoerd en;
 - 5.1.3 de door of namens hem uit te voeren diensten geschikt zijn voor het doel waarvoor Opdrachtgever deze heeft bestemd en;
 - 5.1.4 de door of namens hem te verlenen diensten (tijdig) zullen worden uitgevoerd waarbij hij de continuïteit en de voortgang waarborgt.
- 5.2 In het geval Opdrachtnemer, ook na schriftelijke aanmaning zijdens Opdrachtgever, waarbij een redelijke termijn wordt gesteld, niet (meer) voldoet aan zijn verplichting tot nakoming van een of meer van de verplichtingen zoals in dit artikel genoemd, is Opdrachtgever, onverminderd zijn verdere rechten, gerechtigd dit verzuim na voorafgaande kennisgeving hetzij zelf, hetzij door derden te doen verhelpen. De kosten samenhangend met het herstel van het verzuim zullen Opdrachtnemer in rekening worden gebracht. Opdrachtnemer is verplicht aan het herstel van het verzuim zijn medewerking te verlenen en desgewenst op eerste verzoek de daarvoor benodigde informatie te verstrekken.

6 [optioneel] Aansprakelijkheid verwerking persoonsgegevens

- 6.1 Opdrachtnemer is op grond van het bepaalde in artikel 82 AVG aansprakelijk voor schade of nadeel die voortvloeit uit het door Opdrachtnemer niet nakomen van de bij deze Raamovereenkomst behorende verwerkersovereenkomst. Hieronder valt in ieder geval het niet voldoen aan de specifiek aan Opdrachtnemer opgelegde verplichtingen in de AVG alsmede niet conform rechtmatige instructies van Opdrachtgever handelen.
- 6.2 Op de in lid 1 genoemde aansprakelijkheid is artikel 14 van de Algemene Voorwaarden van toepassing.

7 [optioneel] Vernietiging en/of teruggave persoonsgegevens

- 7.1 Opdrachtnemer is op schriftelijk verzoek van Opdrachtgever, binnen een nadere overeen te komen termijn, verplicht tot volledige dan wel gedeeltelijke vernietiging en/of teruggave van persoonsgegevens die in het kader van deze Raamovereenkomst zijn verkregen, in welke vorm dan ook.
- 7.2 De volledige dan wel gedeeltelijke vernietiging van ontvangen persoonsgegevens vindt plaats op alle locaties van Opdrachtnemer door:
- deze te verwijderen uit de betreffende databases en eventueel aanwezige elektronische kopieën;
 - er zorg voor te dragen dat bij het gebruik van backups deze gegevens niet worden hersteld;
 - eventueel aanwezige fysieke documenten waarin verstrekte persoonsgegevens staan te (laten) vernietigen, hierbij zorg dragend dat de bescherming van de persoonsgegevens te allen tijde voldoende gewaarborgd is.
- 7.3 Opdrachtnemer toont middels een schriftelijke verklaring aan dat de persoonsgegevens daadwerkelijk zijn vernietigd.
- 7.4 Opdrachtgever kan nadere eisen stellen aan de wijze van vernietiging en/of teruggave van persoonsgegevens, waaronder eisen aan het bestandsformaat. Aan deze eisen moet, binnen een nader overeen te komen redelijke termijn, tegemoet gekomen worden en hiervan wordt een verslag gemaakt.
- 7.5 Opdrachtnemer waarborgt bij teruggave van persoonsgegevens aan Opdrachtgever altijd het behoud van functionaliteit en volledigheid van de persoonsgegevens.

8 [optioneel] Gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid

- 8.1 Indien opdrachtnemer in combinatie de opdracht uitvoert zijn de combinanten gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijk voor de uitvoering van de opdracht.

9 [optioneel] Prijs en betaling

- 9.1 De prijzen en tarieven van de te leveren diensten zijn vastgesteld op (bedrag noemen exclusief btw)> <zijn opgenomen in de inschrijvingsdocumenten van Opdrachtnemer>.
- 9.2 De genoemde prijzen en tarieven zijn vast tot <dd-mm-jjjj>. Ten hoogste eenmaal per jaar kunnen de prijzen en tarieven worden herzien, voor het eerst op <dd-mm-jjjj>. De wijze van indexeren is opgenomen in de eisen <xx en xx> van de aanbestedingsdocumenten.
- 9.3 De factuur, opgesteld door Opdrachtnemer conform hetgeen is vermeld in de aanbestedingsdocumenten, zal pas worden verzonden door Opdrachtnemer na dienstverlening van de <invullen> <of: per kwartaal/maand achteraf etc>.
- 9.4 Indien Opdrachtnemer zijn verbintenissen voortvloeiend uit de Raamovereenkomst niet geheel of niet behoorlijk is nagekomen, heeft Opdrachtgever het recht de betaling op te schorten.

- 9.5 Facturering gebeurt middels e-factuur. In artikel 18 van de Algemene Voorwaarden gemeente Utrecht 2018 vindt u meer informatie over de facturering.

10 Tijden en plaats werkzaamheden

- 10.1 De diensten vinden plaats conform de overeengekomen procedure, zoals vastgelegd in de aanbestedingsdocumenten met kenmerk 2025WI400.

11 Contactpersonen en Rapportage

- 11.1 Beide partijen zullen een contactpersoon en een vervangend contactpersoon aanwijzen, die de contacten over de (wijze van) uitvoering van deze Raamovereenkomst zullen onderhouden.
- 11.2 Er zal periodiek <periode vastleggen> overleg plaatsvinden tussen functionarissen van partijen over de wijze waarop deze Raamovereenkomst wordt uitgevoerd. In dit overleg zal in ieder geval de uitvoering van de Raamovereenkomst aan de orde komen. Afspraken, die in dit overleg door de contactpersonen van partijen zijn gemaakt zullen schriftelijk worden vastgelegd <aangeven wie voor de vastlegging moet zorgdragen>. Partijen garanderen over en weer dat de personen die namens hen aan dit overleg deelnemen bevoegd zijn om afspraken te maken.

12 Boete

- 12.1 Indien Opdrachtnemer de door of namens Opdrachtgever gegeven opdrachten niet nakomt, of de in de aanbestedingsdocumenten gegeven voorschriften en/ of bepalingen niet naleeft, dan is Opdrachtnemer een direct opeisbare boete aan Opdrachtgever verschuldigd van <bedrag noemen> per geval en van <bedrag noemen> voor iedere kalenderdag dat het bedoelde geval voortduurt, met een maximum van <bedrag noemen> per kalenderjaar. Deze boete wordt verbeurd zonder dat in gebreke stelling nodig is. Verbeurdverklaring van de boete vindt plaats voor iedere afwijking, ongeacht de toerekenbaarheid van de tekortkoming van Opdrachtnemer. Het opleggen van de boete laat het recht van Opdrachtgever op schadevergoeding van de tekortkoming onverlet.

13 Arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving

- 13.1 Opdrachtnemer houdt zich in de uitvoering van de Overeenkomst aan de geldende arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving en een van toepassing zijnde cao. Opdrachtnemer vrijwaart Opdrachtgever tegen alle aanspraken ter zake, waaronder aanspraken op grond van de ketenaansprakelijkheid voor verschuldigd loon.
- 13.2 Opdrachtnemer legt alle arbeidsvoorwaardelijke afspraken ten behoeve van de uitvoering van de Overeenkomst op een inzichtelijke en toegankelijke wijze vast.
- 13.3 Opdrachtnemer verschaft desgevraagd aan Opdrachtgever en bevoegde instanties toegang tot de in lid 2 genoemde arbeidsvoorwaardelijke afspraken en werkt mee aan controles en audits.
- 13.4 Opdrachtnemer legt alle in lid 1 tot en met 3 genoemde verplichtingen, met uitzondering van de in lid 1 genoemde vrijwaring, onverkort op aan alle partijen waarmee Opdrachtnemer overeenkomsten aangaat ten behoeve van de uitvoering van de Overeenkomst.

14 Nietigheid

- 14.1 Indien een of meer bepalingen van deze Overeenkomst nietig zijn of vernietigd worden, zullen de overige bepalingen van deze Overeenkomst van kracht blijven. Partijen zullen over de bepalingen welke nietig zijn of vernietigd worden overleg plegen om een vervangende bepaling

overeen te komen, zodanig dat de strekking van deze Overeenkomst zoveel mogelijk behouden blijft.

- 14.2 Aanpassingen van de Overeenkomst op grond van voornoemd overleg en op grond van regelgeving zullen over en weer nooit tot schadeplichtigheid leiden voor partijen.

15 Voorzetting overeenkomst

- 15.1 Indien Opdrachtnemer in staat van faillissement geraakt, besluit tot ontbinding of surséance van betaling aanvraagt, dan wel indien er beslag, gevolgd door vanwaardeverklaring, gelegd wordt op registergoederen of essentiële onderdelen van de bedrijfsvoering van Opdrachtnemer (welk beslag een belemmering kan vormen voor de uitvoering en de nakoming van de Overeenkomst), of de rechtspersoon wijzigt door overname of een overdracht van aandelen en een andere partij als rechtsopvolger onder algemene of bijzondere titel in de positie van Opdrachtnemer wenst te treden, heeft Opdrachtgever het recht om de Overeenkomst met die andere partij voort te zetten.

16 Toepasselijk recht

- 16.1 Op deze Raamovereenkomst is Nederlands recht van toepassing.
- 16.2 De Algemene voorwaarden zijn op deze Raamovereenkomst van toepassing. Algemene voorwaarden van Opdrachtnemer worden hierbij uitdrukkelijk uitgesloten.

Aldus overeengekomen en ondertekend

Opdrachtgever

Opdrachtnemer

Bijlagen:

- Bijlage xx [Optioneel] <Geheimhoudingsverklaring>
Bijlage xx [Optioneel] <Verwerkersovereenkomst>
Bijlage 1 Verslag verificatiebespreking d.d. <datum verificatiebespreking>

LET OP: HIERNA VOLGT NOG INSTRUCTIE / TOELICHTING OP ENKELE CLAUSULES. DIT VERWIJDEREN VOORDAT DEZE CONCEPTRAAMOVEREENKOMST WORDT OPGENOMEN IN DE AANBESTEDINGSDOCUMENTEN.

INSTRUCTIE 1

Toelichting op artikel 3: duur van de overeenkomst

Algemeen

De duur van de overeenkomst neem je altijd op in een overeenkomst. In geen geval wordt in aanbestede opdrachten een overeenkomst voor geheel onbepaalde duur gesloten. De Aanbestedingswet stelt echter, met uitzondering voor de raamovereenkomst, geen maximale looptijd voor overeenkomsten. Volgens jurisprudentie mag je een overeenkomst echter niet langer laten duren dan voor de opdracht noodzakelijk. De Aanbestedingswet kent dus wel een maximale looptijd voor Raamovereenkomsten. Deze maximale looptijd is vier jaar. Je mag hier van afwijken, maar dat moet je dan wel goed motiveren in je aanbestedingsstukken.

Voor de looptijd van overeenkomsten zijn grofweg vier varianten mogelijk:

- a. bepaalde duur;
- b. bepaalde duur met een eenzijdig, actief en gelimiteerd verlengingsbeding;
- c. bepaalde duur met een eenzijdig, passief en gelimiteerd verlengingsbeding;
- d. bepaalde duur met een tweezijdig en gelimiteerd verlengingsbeding.

Ad a

In dit geval wordt alleen vermeld dat de duur van de overeenkomst een aantal maanden of jaren is. Verlengen na afloop van de termijn is niet mogelijk. Opzegging c.q. ontbinding voor het einde van de overeengekomen termijn kan tot schadeplichtigheid leiden. De maximale duur bedraagt vier jaar, behoudens deugdelijk gemotiveerde afwijking.

Ad b

De looptijd van de overeenkomst wordt in dit geval voor het eerste deel bepaald. Voor de afloop van de eerste termijn kan de opdrachtgever aan de opdrachtnemer de mededeling doen om de overeenkomst te verlengen met een bepaalde termijn. De opdrachtnemer heeft deze verlenging te accepteren en heeft zelf, behoudens regelingen uit het Burgerlijk Wetboek, geen mogelijkheden de overeenkomst te beëindigen. Onderneemt de opdrachtgever geen actie, dan eindigt de overeenkomst van rechtswege. De maximale duur inclusief alle verlengingen bedraagt vier jaar, behoudens deugdelijk gemotiveerde afwijking.

Ad c

De looptijd van de overeenkomst wordt in dit geval voor het eerste deel bepaald. Zonder opzegging door de opdrachtgever wordt de overeenkomst stilzwijgend verlengd met een vooraf beschreven periode. De opdrachtnemer heeft deze verlenging te accepteren en heeft zelf, behoudens regelingen uit het Burgerlijk Wetboek, geen mogelijkheden de overeenkomst te beëindigen. Wil de opdrachtgever de overeenkomst beëindigen, dan dient hij dit met inachtneming van een beschreven en redelijke opzegtermijn aan de opdrachtnemer bekend te maken.

Ad d

Voor de gemeente minder gunstig is het tweezijdig verlengingsbeding. Dit houdt in dat na afloop van de eerste periode, de partijen in overleg bepalen of zij met elkaar verder gaan of niet. Deze is zowel in een actieve als in een passieve variant mogelijk. Deze variant wordt in overeenkomst bij aanbestedingen niet gehanteerd, tenzij de markt alleen dergelijke verlengingsbedingen toelaat.

In artikel 3 moeten de bovengenoemde keuzes in overleg met de opdrachtgever verwerkt worden. De opdrachtgever moet, zeker in geval van verlengingsbedingen, op de hoogte zijn van de van hem verwachte acties.

INSTRUCTIE 2

Toelichting op artikel 10: Boete

Introductie

Als eerste iets over de aard van de bepaling. Deze bepaling in een overeenkomst is te kwalificeren als een boetebeding. Het doel van het boetebeding is tweeledig, namelijk:

- de uitvoering van de hoofdbintenis verzekeren en/of;
- bij voorbaat het bedrag van de schadevergoeding te fixeren.

Prikkel tot nakoming

De eerste functie is de schuldenaar (in casu de opdrachtnemer) te prikkelen tot het nakomen van zijn verplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien. In dit kader is van belang welke strekking het boetebeding heeft en dus op welke gevallen het beding ziet. In de paragraaf met betrekking tot de strekking van de bepaling ga ik hier verder op in Fixeren van het schadebedrag.

De tweede functie, het fixeren van de schadevergoeding, houdt in dat de boete in plaats van de schadevergoeding treedt (art. 6:92 lid 2). Volgens de wettelijke regeling mag de schuldeiser dus noch naast, noch in plaats van de boete schadevergoeding vorderen. Art. 6:92 BW is echter van regelend recht, dus bij overeenkomst mag hiervan afgeweken worden. Bedongen kan dus worden dat de schuldenaar naast de verbeurde boete bovendien volledige schadevergoeding zal hebben te voldoen, of wel dat hij, voor zover het boetebedrag te gering mocht blijken, vergoeding van verdere schade zal moeten geven.

Fixeren van het schadebedrag

Volgens het wettelijk systeem is de boete alleen verbeurd in geval van wanprestatie van de schuldenaar.

Omdat het boetebeding ex art. 6:92 lid 2 BW in de plaats treedt van de schadevergoeding is, (evenals de gewone schadevergoeding eerst verschuldigd is wanneer de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend), ook de boete pas verschuldigd, wanneer de schuldenaar ten aanzien van de nakoming van de hoofdbintenis toerekenbaar is tekortgeschoten. De opdrachtnemer moet dus eerst een wanprestatie hebben gepleegd (art. 6:92 lid 3 BW). Soms is daarom ook een ingebrekestelling vereist. Opnieuw kan, daar art. 6:92 BW van regelend recht is, bedongen worden dat de schuldenaar de boete verschuldigd is, indien om welke reden ook de hoofdbintenis niet wordt vervuld (bijvoorbeeld door overmacht).

Matigingsrecht van de rechter

De rechter kan, op verlangen van de schuldenaar, de boete matigen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist (art. 3:94 lid 1 BW). Dit is dwingend recht (art. 3:94 lid 3 BW). Op dezelfde grond kan de rechter op verlangen van de schuldeiser aanvullende schadevergoeding toekennen (art. 3:94 lid 2 BW).

Boete in standaard overeenkomst

De bepaling in de standaardovereenkomst ziet er als volgt uit:

"Indien Opdrachtnemer de door of namens Opdrachtgever gegeven opdrachten niet nakomt, of de in de aanbestedingsdocumenten gegeven voorschriften en/ of bepalingen niet naleeft, dan is Opdrachtnemer een direct opeisbare boete aan Opdrachtgever verschuldigd van <bedrag noemen> per geval en van <bedrag noemen> voor iedere kalenderdag dat het bedoelde geval voortduurt, met een maximum van <bedrag noemen> per kalenderjaar. Deze boete wordt verbeurd zonder dat in gebreke stelling nodig is. Verbeurdverklaring van de boete vindt plaats voor iedere afwijking, ongeacht de toerekenbaarheid van de tekortkoming van Opdrachtnemer. Het opleggen van de boete laat het recht van de gemeente Utrecht op schadevergoeding van de tekortkoming onverlet". In de lijn met de bovenstaande uitleg houdt deze bepaling derhalve het volgende in.

- Er is geen ingebrekestelling nodig om de boete verbeuren. De boete wordt dus opgelegd zonder dat eerst een ingebrekestelling richting de opdrachtnemer moet worden gezonden, de opdrachtnemer een redelijke termijn moet worden geboden en deze termijn zonder resultaat verstrijkt. Het tekstdeel "Deze boete wordt verbeurd zonder dat in gebreke stelling nodig is." weglaten betekent dat wel een ingebrekestelling nodig is. Dit is in veel gevallen redelijk en voldoende om de overeenkomst te kunnen handhaven.
- De boete wordt verbeurd, ongeacht de toerekenbaarheid van de tekortkoming aan opdrachtnemer. Dit is een verstrekkende bepaling. Men moet goed overwegen of men deze

bepaling erin wil hebben, omdat de opdrachtnemer in beginsel bij iedere afwijking een boete verschuldigd is, ook al is die afwijking niet aan hem toe te rekenen. Dit doe je daarom enkel voor delen van de overeenkomst die zodanig kritisch zijn, dat het resultaat in ieder geval bereikt wordt en dat de opdrachtnemer de risico's zoveel mogelijk uitbant. Weglaten van de passage

"Verbeurdverklaring van de boete vindt plaats voor iedere afwijking, ongeacht de toerekenbaarheid van de tekortkoming van Opdrachtnemer." maakt dat eerst sprake moet zijn van een toerekenbare tekortkoming om verbeurdverklaring van de boete mogelijk te maken.

- De boete is nu geformuleerd dat enkel sprake is van een prikkel tot nakoming. De eventuele schade kan nog op de opdrachtnemer worden verhaald. Advies is om deze bepaling in elke overeenkomst te handhaven.

De hoogte van de boete

Hoe stel je de hoogte van de boete en het jaarlijkse maximum vast? Hier is helaas geen vaste formule voor. Dit is onder meer afhankelijk van de aard van de werkzaamheden en de betreffende branche.

Wel zijn er een aantal aanknopingspunten:

1. De boete is bedoeld om de opdrachtnemer te prikkelen om na te komen. De boete mag dus niet te laag zijn waardoor een prikkel ontbreekt. Maar ook niet zo hoog dat de boete niet meer in verhouding staat tot de niet-nakoming.
2. Wat zijn de gevolgen van niet-nakoming? Stem de hoogte van de boete (en het maximum per jaar) af met de (financiële of politieke) impact voor de gemeente van niet-nakoming door de opdrachtnemer.
3. Wat is de totale waarde van de overeenkomst? Zorg er voor dat de hoogte van de boete (en het maximum per jaar) in verhouding is met de totale waarde van de overeenkomst. De punt hangt natuurlijk nauw samen met het eerste punt.