

## Advies 301

### 1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft een aankondiging gedaan voor een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure voor de nieuwbouw van een rioolwaterzuiveringsinstallatie.

1.2. In par. 1.3 ("Het Project") van de Gunningsleidraad is op blz. 4 onder andere het volgende bepaald:

'Het project wordt als een zogenoemd geïntegreerd project in de markt gezet, waarbij de Opdrachtnemer verantwoordelijk is voor ontwerp, uitvoering en een garantie respectievelijk de garantietermijn.

(...)

De Overeenkomst is als concept aan deze Gunningsleidraad bijgevoegd.

(...).'

1.3. In de bijlage ("Overeenkomst") bij de Gunningsleidraad is in art. 1.2 het volgende bepaald:

'Op de Overeenkomst zijn de Algemene Voorwaarden [Beklaagde] ("AV") van toepassing welke integraal onderdeel uitmaken van deze Overeenkomst.'

Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde Algemene Voorwaarden [Beklaagde] eveneens als bijlage bij de Gunningsleidraad gevoegd.

1.4. In de Nota van Inlichtingen 1 zijn – voor zover relevant – de volgende vragen met bijbehorend antwoord opgenomen:

1.4.1. 'Vraag 24: (...) in de Gunningsleidraad schrijft u een Overeenkomst en Algemene Voorwaarden [Beklaagde] voor die sterk afwijken van de UAV-GC 2005 of gelijkwaardig wat in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel van de Aanbestedingswet 2012 (...). Bent u bereid de Overeenkomst en Algemene Voorwaarden [Beklaagde] in te trekken en de Standaard Basisovereenkomst met de UAV-GC 2005 van toepassing te verklaren voor deze aanbesteding?

Antwoord: Beklaagde zal uw verzoek niet honoreren (...). Vooropgesteld zij dat de UAV-GC 2005 niet van toepassing zijn verklaard, temeer niet daar de verwachtingen en belangen van [beklaagde] uitstijgen boven hetgeen ingevolge een "UAV-GC overeenkomst" doorgaans wordt verlangd van een Opdrachtnemer. (...) Het belang van Opdrachtgever bij het Werk is bovenal gelegen in het waarborgen van haar bestaande en toekomstige bedrijfsactiviteit met behoud van haar organisatorische inrichting, niet slechts bij ontwerp, uitvoering en meerjarig onderhoud van het tot stand te brengen object. De Opdrachtnemer realiseert niet slechts het Werk, maar bepaalt *de facto* het toekomstige productieproces van [Beklaagde] en daarmee de bedrijfsactiviteit als zodanig; daarbij passen andere eisen en een andere risicoverdeling. (...).'

- 1.4.2. Vraag 30: Kunt u bevestigen dat de te realiseren RWZI voldoet aan de definitie Fit for Purpose wanneer Opdrachtnemer aantoonst dat zij voldoet aan de eisen zoals opgenomen in de vraagspecificatie en vergunningen?. Indien dit niet het geval is verzoeken wij u een heldere definitie te geven van Fit for Purpose.

Antwoord: Fit for purpose omvat ten minste (en niet uitputtend) dat het Systeem (...) en al haar delen – met inachtnaam van onderhoud conform het daartoe door de Opdrachtnemer aan Opdrachtgever ter Acceptatie voor te leggen, en het door Opdrachtnemer uit te voeren Bedrijfsplan – in overeenstemming zal/ zullen en blijven met de eisen van Opdrachtgever (vgl. art. 13.1 van de Overeenkomst). Derhalve moet ten minste worden voldaan aan de eisen zoals opgenomen in de Vraagspecificatie, vergunningen en overigens alle door Opdrachtgever verstrekte documenten in het kader van deze aanbesteding. Daarnaast dient Opdrachtnemer al datgene te doen om de impliciete en expliciete verwachtingen van Opdrachtgever te realiseren en te voldoen aan de eisen die voortvloeien uit het normale gebruik waarvoor het werk bestemd is.'

- 1.5. Klager heeft op 6 augustus 2015 een klacht ingediend bij een door beklagde ingestelde klachtencommissie. Deze klacht had betrekking op verschillende voorwaarden opgenomen in de door beklagde opgestelde Overeenkomst en Algemene Voorwaarden (zie 1.3 hiervoor).
- 1.6. De klachtencommissie heeft op 27 augustus 2015 een advies gegeven over de klacht.
- 1.7. Beklagde heeft naar aanleiding van het advies van haar klachtencommissie een aangepaste overeenkomst opgesteld ("Model Basisovereenkomst").
- 1.7.1. In die Model Basisovereenkomst is onder andere het volgende bepaald:

**'Artikel 1 Juridische aard van de Overeenkomst, toepasselijke voorwaarden**

(...)

- 1.2 Op de Overeenkomst zijn van toepassing de UAV-GC 2005, indien en voor zover daarvan niet wordt afgeweken, in welk geval de afwijkingen prevaleren. (...).

(...)

**Artikel 2 Opdracht**

(...)

- 2.9 De volgende onderdelen van het Werk dienen zodanig door de Opdrachtnemer te worden gerealiseerd dat zij conform het bepaalde in § 24 lid 8 UAV-GC 2005 gereed zijn voor aanvaarding door de Opdrachtgever na het voor ieder onderdeel afzonderlijk vermelde aantal dagen, bij uitblijven waarvan Opdrachtnemer een korting verbeurt voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Opdrachtnemer in gebreke blijft aan deze fatale termijnen te voldoen, onverminderd het recht van Opdrachtgever op aanvullende schadevergoeding.

FASEN	BOUWTIJD	BOETE
Geaccepteerd		
DO	1 december 2016	korting ad € 2.500,= per dag te laat

Oplevering	31 december 2018	korting ad € 10.000,= per dag te laat
PGC	365 dagen na aanvang eerste startdatum PGT	korting ad € 5.000,= per dag te laat

(...)

### **Artikel 9 Relatie met andere werkzaamheden en bestaande gebouwen**

(...)

- 9.4 Opdrachtnemer vrijwaart Opdrachtgever voor aanspraken, welke ook, van nevenaannemers als gevolg van het niet voldoen aan de overeengekomen planning c.q. het tekort schieten in de nakoming van enige verplichting uit hoofde van onderaannemingsovereenkomst door Opdrachtnemer. Opdrachtnemer zal Opdrachtgever niet kunnen aanspreken, doch enkel de betrokken nevenaannemer(s) voor de door laatstgenoemde(n) veroorzaakte (stagnatie)schade als gevolg van het niet voldoen aan de overeengekomen planning c.q. het tekort schieten in de nakoming van verplichtingen tijdens nevenaannemer. Stagnatie op het kritieke pad van (delen van) het Werk als gevolg van de tekortkoming in de nakoming van enige verplichting door een nevenaannemer, geven Opdrachtnemer enkel recht op bouwtijdverlenging gelijk aan het aantoonbare aantal stagnatiedagen als gevolg van vorenbedoelde tekortkoming, niet op andere bijbetalingen en/of vergoeding door Opdrachtgever van (stagnatie)schade of kosten van Opdrachtnemer.'

(...)

### **Artikel 13 Garantieperiode en Meerjarig Onderhoud**

- 13.1 Opdrachtnemer garandeert (Garantieperiode) dat het Werk na oplevering, tot en met negen jaar ná afgifte van het Prestatie Garantie Certificaat ("PGC") binnen de overeengekomen gegarandeerde Total Cost of Ownership ("TCO" (TCO 1+TCO 2)) Fit for Purpose, ("FFP") zal blijven en alle gebreken die in de Garantieperiode aan het licht treden te zullen herstellen. Fit for Purpose omvat ten minste dat het Werk en al haar delen – met in acht name van onderhoud conform het daartoe door Opdrachtnemer aan Opdrachtgever ter Acceptie voor te leggen door Opdrachtnemer uit te voeren Bedrijfsvoeringsplan – in overeenstemming zal/zullen zijn en blijven met de eisen van Opdrachtgever. Opdrachtnemer garandeert ten aanzien van de in contractdocumenten vermelde onderdelen tegen ontwerp, fabricage-, materiaal- en uitvoeringsgebreken, en dat het bouwterrein, waaronder tevens begrepen het grondwater, onder de alsdan geldende regelgeving niet zodanig vervuild is ten gevolge van de door de Opdrachtnemer uitgevoerde werkzaamheden, dat het Werk niet overeenkomstig de beoogde bestemming gebruikt kan worden zonder het nemen van maatregelen waaronder het saneren van de grond en/of het grondwater.

(...)

### **Artikel 16 Boetebeding**

(...)

- 16.3 Opdrachtnemer kan maximaal de in artikel 2 bedoelde kortingen verbeuren ten belope van een bedrag gelijk aan 10% van de prijs van het Werk, te vermeerderen met meerwerk en de geraamde kosten van het Meerjarig

Onderhoud exclusief BTW. De aansprakelijkheid van Opdrachtnemer is beperkt tot 50% van de prijs van het Werk, te vermeerderen met meerwerk en de geraamde kosten van het Meerjarig Onderhoud exclusief BTW. Indien de vordering van Opdrachtgever meer bedraagt dan de beperking van aansprakelijkheid van Opdrachtnemer dan heeft Opdrachtnemer geen recht op vergoeding van 50% van een onderschrijding van de TCO als bedoeld in artikel 2.11 van deze Overeenkomst. Reeds betaalde bedragen dienen in voorkomende gevallen te worden gerestitueerd

### **Artikel 17 Zekerheidstelling**

(...)

17.2 Ter meerdere zekerheid voor de nakoming door de Opdrachtnemer van diens verplichtingen uit deze Overeenkomst, zal Opdrachtnemer bij het aangaan van deze Overeenkomst aan Opdrachtgever een verklaring overleggen ex artikel 2:403 BW waaruit eenduidig volgt dat Opdrachtnemer een tot een groep behorende rechtspersoon betreft waarvoor geldt dat de consoliderende groepsmaatschappij zich openbaar aansprakelijk heeft gesteld voor de schulden van Opdrachtnemer die voortvloeien uit deze Overeenkomst.

(...)

17.4 Opdrachtnemer verklaart dat hij met betrekking tot het Werk of delen van het Werk, afstand doet van zijn mogelijkheid om zich op enig eigendomsvoorbehoud te beroepen of elk ander recht om de uitvoering van het Werk respectievelijk oplevering op te schorten, stagneren of anderszins te temporiseren of het Werk in zijn geheel of delen daarvan, vanaf de datum van oplevering, in bezit te houden. Opdrachtnemer komt geen beroep toe op de uitoefening van het retentierecht indien [Beklaagde] ter vervangende zekerheid een bankgarantie stelt ten belope van het bedrag van de vordering waarvoor Opdrachtnemer haar retentierecht wenst uit te oefenen, met een maximum van 1.000.000 EURO.

(...)

17.6 Indien Opdrachtgever met enig beroep op een retentierecht en/of eigendomsvoorbehoud wordt geconfronteerd door een derde die in de keten door of vanwege Opdrachtnemer terzake van het Werk is gecontracteerd, verbeurt Opdrachtnemer een direct opeisbare boete gelijk aan 150% van de vordering terzake waarvan de derde zich jegens Opdrachtgever schriftelijk op een retentierecht en/of eigendomsvoorbehoud beroept.

(...)

### **Artikel 19 Beëindiging van de Overeenkomst**

(...)

19.2 Opdrachtgever is voorts bevoegd om de Overeenkomst terstond en zonder nadere ingebrekestelling buitengerechtelijk te ontbinden in elk van de navolgende gevallen:

(...)

- (c) indien ten laste van Opdrachtnemer beslag wordt gelegd of de vermogensbestanddelen van Opdrachtnemer met beslag of andere gerechtelijke maatregelen worden bedreigd voorzover deze omstandigheid naar oordeel van Opdrachtgever een aanmerkelijke verzwaring van haar risico's meebrengt;

(...)

## **Artikel 21 Geschillen**

Artikel 21.1: De geschillenbeslechting geschiedt conform het bepaalde in annex XI.'

- 1.7.2. In onderdeel 3.1 van de in artikel 21.1 Model Basisovereenkomst bedoelde annex XI is onder meer bepaald:

'Alle geschillen (daaronder begrepen die welke slechts door één der partijen als zodanig worden beschouwd) die naar aanleiding van deze Overeenkomst of daaruit voortvloeiende overeenkomsten tussen partijen mogen ontstaan zullen, met inachtneming van de artikelen 1 en 2 van deze annex, hetzij worden beslecht door de bevoegde rechter in het arrondissement Utrecht, hetzij door arbitrage door een scheidsgerecht van de Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA) als redelijke mannen naar billijkheid en overigens overeenkomstig het arbitragereglement van de RvA zoals dit gold drie maanden voorafgaand aan ondertekening, hetzij door een scheidsgerecht van het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) naar de regelen des rechts en overigens overeenkomstig het arbitragereglement van het N.A.I. zoals dit gold drie maanden voorafgaand aan ondertekening, een en ander ter keuze van Opdrachtgever. Opdrachtgever spreekt zich binnen 2 weken na een daartoe strekkend verzoek van Opdrachtnemer uit omtrent haar dwingende voorkeur.'

- 1.8. In de Nota van Inlichtingen 3 zijn – voor zover relevant – de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen met betrekking tot de 1.7.1 hiervoor bedoelde bepalingen in de Model Basisovereenkomst:

- 1.8.1. 'Vraag 26: De toevoeging op de UAV-GC 2005 "...onverminderd het recht van de Opdrachtgever op aanvullende schadevergoeding" (...) [*bedoeld is art. 2.9 van de Model Basisovereenkomst, zie 1.7.1 hiervoor, Commissie*] leidt tot een disproportioneel risico omdat de eerste zin van Artikel 16.3 hierdoor zinledig wordt zodat er geen maximale vertragingsschade van 10% van toepassing is (...). Gegadigde vraagt Aanbesteder deze aanvulling van dit artikel te verwijderen? Indien Aanbesteder hier niet toe bereid is wil Gegadigde de aanvullende motivering voor deze afwijking ontvangen zoals de Klachtencommissie in haar advies heeft aangegeven?

Antwoord: Artikel 16.3 is niet zinledig. Het maximaal te verbeuren forfaitaire bedrag aan kortingen bedraagt 10% van de prijs van het Werk (...). De maximale aansprakelijkheid ter zake is beperkt tot 50% van de prijs van het Werk (...). Genoemde bepalingen zijn gangbaar en proportioneel.'

- 1.8.2. 'Vraag 41: Deze bepaling [*bedoeld is art. 9.4 van de Model Basisovereenkomst, zie 1.7.1 hiervoor, Commissie*] is disproportioneel omdat de Opdrachtnemer buiten de contractering van [Beklaagde] en de nevenaannemers staat. Het niet voldoen aan de planning c.q. het te kort schieten in de nakoming van verplichtingen zijdens de nevenaannemer kan verder het gevolg zijn van niet toerekenbare omstandigheden aan Opdrachtnemer waarvoor een vrijwaring niet aan de orde kan zijn. In het licht van het advies van de Klachten Commissie vraagt Gegadigde de

Aanbesteder dit artikel uit de Overeenkomst te verwijderen omdat Opdrachtnemer alleen voor zijn coördinatiewerkzaamheden vastgelegd in een separate coördinatieovereenkomst aansprakelijk gehouden kan worden? Indien Aanbesteder hier niet toe bereid is wil Gegadigde graag de motiveren voor deze afwijking ontvangen?

Antwoord: Het is – ook indachtig de UAV-GC – niet meer dan vanzelfsprekend dat opdrachtnemer opdrachtgever dient te vrijwaren voor aanspraken als gevolg van tekortkomingen zijdens de opdrachtnemer zelf. Dat opdrachtgever verwacht dat opdrachtnemer nevenaannemers rechtstreeks zou aanspreken voor de tekortkoming in de nakoming van verplichtingen zijdens nevenaannemers is niet disproportioneel en ook niet ongebruikelijk. Ter illustratie wijst [Beklaagde] bijvoorbeeld op de coördinatieovereenkomst met schadevergoedingsregeling. Eén en ander heeft slechts betrekking op de nevenaannemers die bij inschrijving kenbaar zijn uit hoofde van de bij de overeenkomst ter zake behorende annex.'

- 1.8.3. Vraag 43: De fit for purpose garantie [bedoeld is art. 13.1 van de Model Basisovereenkomst, zie 1.7.1 hiervoor, Commissie] kan nooit gebreken dekken die door verkeerd gebruik van het Werk veroorzaakt zijn. Daarnaast kan de fit for purpose niet betekenen dat aan de eisen van de Opdrachtgever moet worden voldaan maar aan de eisen van de Overeenkomst. Gegadigde vraagt de Aanbesteder de bepaling aan te passen zodanig dat de garantie alleen toerekenbare gebreken dekt en dat aan de eisen van de Overeenkomst moet worden voldaan?

Antwoord: "Opdrachtgever" wordt vervangen door "Overeenkomst". Gebreken komen voor rekening en risico van Opdrachtnemer behoudens gebreken als gevolg van toerekenbaar verkeerd gebruik door Opdrachtgever.'

- 1.8.4. Vraag 44: Fit for Purpose is niet gedefinieerd in de Overeenkomst en zoals blijkt uit deze bepaling reikt dit verder dan de eisen uit de Overeenkomst wat niet acceptabel is. Gegadigde vraagt een exacte definitie van Fit for Purpose toe te voegen aan de Overeenkomst?

Antwoord: Verwezen wordt naar de beantwoording van vraag 30 in NvI I.'

- 1.8.5. Vraag 59: Het overleggen van een verklaring 2x artikel 2:403 BW is een aanvullende voorwaarden op de aanbestedingsvoorwaarden die bij de aankondiging en/of selectieleidraad als zekerheid is verlangd. Hierdoor wijzigt de Aanbesteder de aanbestedingsvoorwaarden gedurende het aanbestedingsproces wat zich verzet tegen de Aanbestedingswet 2012. Gegadigde verzoekt Aanbesteder deze Artikelen te verwijderen uit de Overeenkomst [bedoeld is art. 17.2 van de Model Basisovereenkomst, zie 1.7.1 hiervoor, Commissie].

Antwoord: [Beklaagde] zal uw verzoek niet honoreren. Het overleggen van een 403-verklaring is overigens zeer gangbaar.'

- 1.8.6. Vraag 60: Het bij voorbaat stellen van een gelimiteerde bankgarantie van 1.000.000 EURO voor het opgeven van het eigendomsvoorbehoud en retentierecht is niet redelijk ten opzichte van de opdrachtwaarde en als nog een disproportioneel afwijking op §38 lid 7 UAV-GC 2005 om een genoegzame zekerheid te verlangen van Opdrachtgever. In lijn van dit is het verbeurt verklaren van een boete indien een onderaannemer zijn retentierecht uitoefent een proportionele afwijking op de UAV-GC 2005 [bedoeld zijn art. 17.4 en 17.6 van de Model Basisovereenkomst, zie 1.7.1 hiervoor, Commissie]. Gegadigde verzoekt Aanbesteder deze disproportioneel afwijkende artikelen te verwijderen uit de Overeenkomst? Indien Aanbesteder hier niet toe bereid is dan vraagt Gegadigde een aanvullende motivering met in achtname van het advies van de Klachtencommissie?

Antwoord: De (reeds onnodige) vervangende zekerheid van maximaal EUR 1.000.000 moet worden beschouwd in het licht van een eventuele vordering Opdrachtnemer meent te hebben. Niet in het licht van de gehele opdrachtwaarde. Het is onwaarschijnlijk dat Opdrachtnemer een vordering meent te kunnen hebben gelijk aan de opdrachtwaarde. Opdrachtnemer dient een gelijke regeling bij haar zelfstandige hulppersonen c.q. onderaannemers te bedingen. Met een dergelijke regeling worden de belangen van beide partijen gerespecteerd en zal [beklaagde] - door het invoeren van een retentierecht - geen nodeloze schade oplopen en zal Opdrachtnemer (onnodige) vervangende zekerheid kunnen verkrijgen ter zake haar vordering.'

- 1.8.7. Vraag 63: Een beslaglegging door derden mag nimmer zomaar een reden zijn voor beëindiging van de Overeenkomst [*bedoeld is art. 19.2 sub c van de Model Basisovereenkomst, zie 1.7.1 hiervoor, Commissie*]. Vast dient te staan dat er sprake is van wanprestatie. Hierdoor worden de wettelijke regels niet gevolgd zoals de Klachtencommissie heeft geadviseerd. Gegadigde verzoekt dan ook dat dit sub-artikel ( c ) verwijderd wordt uit de Overeenkomst? Indien Aanbesteder hier niet toe bereid is dan vraagt Gegadigde een aanvullende motivering met inachtneming van het advies van de klachtencommissie.

Antwoord: Ontbinding na beslaglegging is enkel gerechtvaardigd indien de beslaglegging een aanmerkelijke verzwaring van de risico's ter zake de realisatie van het Werk en het Meerjarig Onderhoud met zich brengt. [Beklaagde] zal niet op basis van onredelijke gronden mogen ontbinden.'

- 1.8.8. Vraag 65: In de UAV-GC 2005 is de Raad van Arbitrage van de Bouw voorgescreven en laat geen keuze mogelijkheid per geval zoals aangegeven in Annex XI. Door een keuze mogelijkheid wordt een onevenredig risico gelegd bij de Opdrachtnemer [*bedoeld is art. 21.1 van de Model Basisovereenkomst, zie 1.7.1 hiervoor, Commissie*]. Dit is verzet zich tegen het voorschrift 3.9a van de Gids Proportionaliteit. De Gegadigde verzoekt de Opdrachtnemer dit artikel aan te passen conform de geschillenregeling van de UAV-GC 2005? Indien Aanbesteder hier niet toe bereid is dan vraagt Gegadigde een aanvullende motivering met inachtneming van het advies van de Klachtencommissie?

Antwoord: [Beklaagde] begrijpt niet welk risico Opdrachtnemer meent te lopen / waarom de keuzemogelijkheid van [beklaagde] een onevenredige regeling zou zijn. Immers, zowel de rechtbank als arbitrage zijn onafhankelijk en kundig. De aard van de vordering zal mede bepalen welke (rechts)gang de meest aangewezen is.'

- 1.8.9. Vraag 66: Wilt u in alle paragrafen de "Raad van Deskundigen" wijzigen in "Raad van Arbitrage" als ook "arbiter/rechter" in "Raad van Arbitrage"?

Antwoord: [Beklaagde] zal uw verzoek niet honoreren. Zie tevens beantwoording vraag 65.'

- 1.9. In de Nota van Inlichtingen 4 van 28 oktober 2015 zijn – voor zover relevant – de volgende vragen met bijbehorend antwoorden opgenomen:

- 1.9.1. Vraag 28: Uit het antwoord op vraag 59 (NvI 3) hebben wij begrepen dat u de 403 verklaring niet wil laten vervallen ofschoon dit nimmer een eis is geweest in de Aankondiging en Selectieleidraad. Overigens is dit niet gangbaar op de wijze hoe in Nederland de bedrijfsorganisaties gestructureerd zijn en het is bij al onze selecties voor inschrijvingen meer uitzondering dan regel. Wij maken hier be-

zwaar tegen op basis van de Aanbestedingswet en verzoeken om uw antwoord in deze in heroverweging te nemen en van de 403-verklaring af te zien.

Antwoord: Om tegemoet te komen aan de diverse vragen van de gegadigden heeft [beklaagde] besloten Inschrijvers tegemoet te komen, aldus dat Inschrijvers de keuze hebben om tijdens de stand still periode aan te tonen dat zij (en in geval van een combinatie, elk der combinanten) beschikken over een 403-verklaring ofwel (een) concerngarantie(s) over te leggen van de hoogste juridische entiteit van de inschrijver (in geval van een combinatie een concerngarantie van elk der combinanten). Zowel de 403-verklaring als de concerngarantie moeten op het eerste verzoek van [beklaagde] tijdens de standstill periode worden overgelegd. Indien degene ten gunste van wie het gunningsvoornemen is geuit dat nalaat, zal niet tot gunning worden overgegaan omdat in dat geval niet aan de eisen wordt voldaan. Zie voor de concernverklaring ook de bijlage bij deze NvI. In het kader van het gelijkheids- en transparantiebeginsel is de keuzemogelijkheid ook gepubliceerd via TenderNed. [Beklaagde] herhaalt dat gegadigden door op de aanbesteding in te schrijven instemmen met (ook) deze voorwaarde van de aanbesteding zodat daarover later niet meer kan worden gediscussieerd. [Beklaagde] meent dat zij met deze keuzemogelijkheid maximaal aan de vragen van gegadigden tegemoet is gekomen en is niet bereid verdere concessies te doen, mede in het licht van het belang dat [beklaagde] heeft bij een juiste en tijdige uitvoering van werkzaamheden.'

1.9.2. 'Vraag 31: Het antwoord op vraag 65 (NvI 3) negeert de verschillende reglementen die bij de verschillende instanties gelden waardoor de Opdrachtnemer afhankelijk van het het geschil in het nadeel is wat de gekozen beslechtsprocedure door opdrachtgever betreft waarop de opdrachtnemer geen inspraak heeft. Hierdoor wordt er een onevenredig risico bij Opdrachtnemer gelegd. Dit is een afwijking op de UAV-GC 2005 die de Raad van Arbitrage van de Bouw voorschrijft. Om dit als een proportioneel risico in de Overeenkomst op te nemen vraagt Gegadigde nadrukkelijk om hier niet af te wijken van de UAV-GC 2005?

1.10. Antwoord: [Beklaagde] zal uw verzoek niet honoreren en blijft bij de beantwoording op vraag 65 van de NvI III. Tijdens de toelichting is ook gebleken dat gegadigden geen bezwaar hebben tegen het zwevend forum keuzebeding als zodanig, maar tegen het feit dat OG en niet ON zulks in voorkomend geval bepaalt. Als gezegd valt niet in te zien waarom ON zulks zou moeten mogen bepalen, noch waarom ON hiermee een "onevenredig risico" verkrijgt.'

1.11. Beklaagde heeft bij de Nota van Inlichtingen 4 tevens het definitieve concept "Model Basisovereenkomst betreffende het ontwerp, uitvoering en meerjarig onderhoud van het Project (...)" (hierna: "definitieve Basisovereenkomst") aan de inschrijvers gestuurd. In deze definitieve Basisovereenkomst is onder andere het volgende bepaald:

**'Artikel 1 Juridische aard van de Overeenkomst, toepasselijke voorwaarden**

(...)

1.2 Op de Overeenkomst zijn van toepassing de UAV-GC 2005, indien en voor zover daarvan niet wordt afgeweken, in welk geval de afwijkingen prevaleren. (...).

(...)



## Artikel 2 Opdracht

(...)

- 2.9 De volgende onderdelen van het Werk dienen zodanig door de Opdrachtnemer te worden gerealiseerd dat zij conform het bepaalde in § 24 lid 8 UAV-GC 2005 gereed zijn voor aanvaarding door de Opdrachtgever na het voor ieder onderdeel afzonderlijk vermelde aantal dagen, bij uitblijven waarvan Opdrachtnemer een korting verbeurd voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Opdrachtnemer in gebreke blijft aan deze fatale termijnen te voldoen, onverminderd het recht van Opdrachtgever op aanvullende schadevergoeding voor zover deze de korting overstijgt.

FASEN	BOUWTIJD	BOETE
Geaccepteerd		
DO	1 december 2016	korting ad € 2.500,= per dag te laat
Oplevering	31 december 2018	korting ad € 10.000,= per dag te laat
PGC	365 dagen na aanvang eerste startdatum PGT	korting ad € 5.000,= per dag te laat

(...)

## Artikel 9 Relatie met andere werkzaamheden en bestaande gebouwen

(...)

- 9.5 Opdrachtnemer vrijwaart Opdrachtgever voor aanspraken, welke ook, van nevenaannemers als gevolg van het niet voldoen aan de overeengekomen planning c.q. het tekort schieten in de nakoming van enige verplichting uit hoofde van ~~deze Overeenkomst~~ onderaannemingsovereenkomst door Opdrachtnemer. Opdrachtnemer zal Opdrachtgever niet kunnen aanspreken, doch enkel de betrokken nevenaannemer(s) voor de door laatstgenoemde(n) veroorzaakte (stagnatie)schade als gevolg van het niet voldoen aan de overeengekomen planning c.q. het tekort schieten in de nakoming van verplichtingen zijdens nevenaannemer. Stagnatie op het kritieke pad van (delen van) het Werk als gevolg van de tekortkoming in de nakoming van enige verplichting door een nevenaannemer, geven Opdrachtnemer enkel recht op bouwtijdverlenging gelijk aan het aantoonbare aantal stagnatiedagen als gevolg van vorenbedoelde tekortkoming, niet op andere bijbetalingen en/of vergoeding door Opdrachtgever van (stagnatie)schade of kosten van Opdrachtnemer.

(...)

## Artikel 13 Garantieperiode en Meerjarig Onderhoud

- 13.1 Opdrachtnemer garandeert (Garantieperiode) dat het Werk na oplevering, tot en met negen jaar ná afgifte van het Prestatie Garantie Certificaat ("PGC") binnen de overeengekomen gegarandeerde Total Cost of Ownership ("TCO" (TCO 1+TCO 2)) Fit for Purpose, ("FFP") zal blijven en alle gebreken die in de Garantieperiode aan het licht treden te zullen herstellen. Fit for Purpose omvat ten minste dat het Werk en al haar delen – met in acht name van onderhoud conform het daartoe door Opdrachtnemer aan Opdrachtgever ter Acceptie voor te leggen en het onder leiding van ~~de~~ Opdrachtnemer uit te voeren Bedrijfsvoeringsplan – in overeenstemming zal/zullen zijn en blijven met de eisen van de Overeenkomst ~~Opdrachtgever~~.

Opdrachtnemer garandeert ten aanzien van de in contractdocumenten vermelde onderdelen tegen ontwerp, fabricage-, materiaal- en uitvoeringsgebreken, en dat het bouwterrein, waaronder tevens begrepen het grondwater, onder de alsdan geldende regelgeving niet zodanig vervuild is ten gevolge van de door de Opdrachtnemer uitgevoerde werkzaamheden, dat het Werk niet overeenkomstig de beoogde bestemming gebruikt kan worden zonder het nemen van maatregelen waaronder het saneren van de grond en/of het grondwater.'

(...)

#### **Artikel 16 Boetebeding**

(...)

16.3 Opdrachtnemer kan maximaal de in artikel 2 bedoelde kortingen verbeuren ten belope van een bedrag gelijk aan 10% van de prijs van het Werk, te vermeerderen met meerwerk en de geraamde kosten van het Meerjarig Onderhoud exclusief BTW.

16.4 De aansprakelijkheid van Opdrachtnemer is beperkt tot 50% van de prijs van het Werk, te vermeerderen met meerwerk en de geraamde kosten van het Meerjarig Onderhoud exclusief BTW. Indien de vordering van Opdrachtgever meer bedraagt dan de beperking van aansprakelijkheid van Opdrachtnemer dan heeft Opdrachtnemer geen recht op vergoeding van 50% van een onderschrijding van de TCO als bedoeld in artikel 2.11 van deze Overeenkomst. Reeds betaalde bedragen voor de vergoeding van de onderschrijding van de TCO dienen in voorkomende gevallen te worden gerestitueerd.

#### **Artikel 17 Zekerheidsstelling**

(...)

17.2 Ter meerdere zekerheid voor de nakoming door de Opdrachtnemer van diens verplichtingen uit deze Overeenkomst, zal Opdrachtnemer bij het aangaan van deze Overeenkomst aan Opdrachtgever een concerngarantie verklaring overleggen conform het door [Beklaagde] verstrekte model ~~ex artikel 2:403 BW~~ waaruit eenduidig volgt dat Opdrachtnemer een tot een groep behorende rechtspersoon betreft waarvoor geldt dat de consoliderende groepsmaatschappij zich openbaar aansprakelijk heeft gesteld voor de schulden van Opdrachtnemer die voortvloeien uit deze Overeenkomst.

(...)

17.4 Opdrachtnemer verklaart dat hij met betrekking tot het Werk of delen van het Werk, afstand doet van zijn mogelijkheid om zich op enig eigendomsvoorbehoud te beroepen of elk ander recht om de uitvoering van het Werk respectievelijk oplevering op te schorten, stagneren of anderszins te temporiseren of het Werk in zijn geheel of delen daarvan, vanaf de datum van oplevering, in bezit te houden. Opdrachtnemer komt geen beroep toe op de uitoefening van het retentierecht indien [Beklaagde] ter vervangende zekerheid een bankgarantie stelt ten belope van het bedrag van de vordering waarvoor Opdrachtnemer haar retentierecht wenst uit te oefenen, met een maximum van € 1.000.000 EURO.

(...)

17.6 Indien Opdrachtgever met enig beroep op een retentierecht en/of eigendomsvoorbehoud wordt geconfronteerd door een derde die in de keten door of vanwege Opdrachtnemer terzake van het Werk is gecontracteerd, verbeurt Opdrachtnemer een direct opeisbare boete gelijk aan 150% van de vordering terzake waarvan de derde zich jegens Opdrachtgever schriftelijk op een retentierecht en/of eigendomsvoorbehoud beroept.

(...)

## **Artikel 19 Beëindiging van de Overeenkomst**

(...)

19.2 Opdrachtgever is voorts bevoegd om de Overeenkomst terstond en zonder nadere ingebrekestelling buitengerechtelijk te ontbinden in elk van de navolgende gevallen:

(...)

(c) indien ten laste van Opdrachtnemer beslag wordt gelegd of de vermogensbestanddelen van Opdrachtnemer met beslag of andere gerechtelijke maatregelen worden bedreigd voorzover deze omstandigheid naar oordeel van Opdrachtgever een aanmerkelijke verzwaring van haar risico's meebrengt;

(...)

## **Artikel 21 Geschillen**

21.1 De geschillenbeslechting geschiedt conform het bepaalde in annex XI.'

## **2. Beschrijving klacht**

Beklaagde is met diverse in de concept Basisovereenkomst opgenomen bepalingen afgeweken van de UAV-GC 2005 en de daarin opgenomen risicoverdeling. Klager acht deze bepalingen disproportioneel.

## **3. Onderbouwing klacht**

### **3.1. Klachtonderdeel 1**

De vrijwaring in art. 9.4 van de Basisovereenkomst is disproportioneel daar waar klager buiten de contractering met de nevenaannemers staat. Klager is niet bekend met hetgeen beklagde met deze aannemers heeft afgesproken. Bovendien behoeft het "niet behalen van de overeengekomen planning" niet het gevolg te zien van een tekortkoming van de zijde van opdrachtnemer (en/of haar onderaannemers). Wanneer de planning niet gehaald kan worden door voor rekening van de opdrachtgever komende omstandigheden, kan een vrijwaring volgens klager sowieso niet aan de orde zijn. Beklaagde wijkt in deze af van de UAV-GC zonder hiervoor een deugdelijke motivering te verstrekken. Evenmin heeft beklagde – in afwijking van het advies van haar klachtencommissie – gemotiveerd waarom deze afwijking onverbrekkelijk zou samenhangen met de door beklagde verstrekte motivering met betrekking tot de verzwaarde onderhoudsperiode.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde geeft in verband met art. 13.1 van de Basisovereenkomst aan dat onder "Fit for purpose" niet alleen dient te worden verstaan: het voldoen aan de contractdocumenten, maar tevens het voldoen aan "de impliciete en expliciete verwachtingen van Opdrachtgever". Daarmee maakt beklagde de opdracht feitelijk onbepaald. Niet duidelijk is immers wat de impliciete en expliciete verwachtingen van de opdrachtgever zijn, voor zover deze door beklagde niet tot uitdrukking zijn gebracht in de Vraagspecificatie en / of overige aanbestedingsdocumenten. Krachtens de UAV-GC (par. 4-5) is de opdrachtnemer verplicht al datgene wat naar de aard van de overeenkomst door de wet, redelijkheid en billijkheid of het gebruik wordt gevorderd. Met deze bepaling wijkt beklagde andermaal af van de UAV-GC zonder daartoe een deugdelijke motivering te verstrekken. Evenmin heeft beklagde – in afwijking van het advies van haar klachtencommissie – gemotiveerd waarom deze afwijking onverbrekkelijk zou samenhangen met de door beklagde verstrekte motivering met betrekking tot de verzwaarde onderhoudsperiode.

### 3.3. Klachtonderdeel 3A

Het uitoefenen van het retentierecht betreft een zekerheidsrecht dat wettelijk aan de opdrachtnemer toekomt. Ook krachtens de UAV-GC (par. 38-7) is de opdrachtnemer gerechtigd van de opdrachtgever voldoende zekerheid te verlangen. Het is gelet op de raming van de opdracht niet onmogelijk dat een vordering van klager het bedrag van € 1.000.000 zou overschrijden. Het moeten opgeven van dit zekerheidsrecht conform art. 17.4 van de Basisovereenkomst acht klager disproportioneel.

### 3.4. Klachtonderdeel 3B

Hetzelfde geldt voor de boetebepaling bij het uitoefenen van het retentierecht door een onderaannemer conform art. 17.6 van de Basisovereenkomst, aldus klager.

### 3.5. Klachtponderdeel 4

Zowel op grond van de UAV-GC als de wet is een ontbinding enkel mogelijk indien sprake zou zijn van een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van de zijde van de opdrachtnemer. Zonder deugdelijke motivering wijkt beklagde in art. 19 lid 2 sub c van de Basisovereenkomst af van deze bepalingen, hetgeen klager strijdig acht met de Gids Proportionaliteit. Voor zover een dergelijke bepaling al toegestaan zou zijn, mag van beklagde daar het een dermate vergaande maatregel betreft verwacht worden dat hij nauwkeurig aangeeft onder welke omstandigheden hij over zal gaan tot ontbinding. Beklaagde licht niet toe wat hij verstaat onder een aanmerkelijke verzwarende van de risico's ter zake de realisatie van het werk en het meerjarig onderhoud. Beklaagde heeft hieraan toegevoegd dat niet op onredelijke gronden ontbonden mag worden. Beklaagde laat echter in het midden wat hij verstaat onder onredelijke gronden. Gelet op deze onduidelijke termen, is het voor klager onmogelijk op voorhand de risico's in te schatten, hetgeen disproportioneel is.

### 3.6. Klachtonderdeel 5

Nog afgezien van het feit dat de Raad van Arbitrage krachtens de nieuwe arbitragewet tevens rechtsprekt conform de regelen des rechts (en niet als redelijke mannen naar billijkheid), wijkt beklagde zonder enige motivering af van de

UAV-GC. Evenmin heeft beklagde, in afwijking van het advies van de klachtencommissie, gemotiveerd waarom deze afwijking onverbrekkelijk zou samenhangen met de door beklagde verstrekte motivering met betrekking tot de verzwaarde onderhoudsperiode. Daar waar beklagde aangeeft dat arbitrage als onafhankelijk en kundig dient te worden beschouwd, is het een raadsel waarom beklagde voor zichzelf een keuzemogelijkheid wenst in te bouwen en zich niet houdt aan het bepaalde in de UAV-GC. Om op voorhand alle risico's deugdelijk in te kunnen schatten en contracten af te kunnen sluiten met onderaannemers, is het noodzakelijk dat hierover op voorhand duidelijkheid bestaat. Te meer, daar een procedure bij de Rechtbank en de Raad van Arbitrage tevens de mogelijkheid van hoger beroep kent, terwijl hoger beroep in een procedure bij het NAI juist is uitgesloten. Gelet op deze onduidelijkheid, acht klager art. 21.1 van de Basisovereenkomst derhalve niet proportioneel.

### 3.7. Klachtonderdeel 6

3.7.1. De Overeenkomst wijkt af van de UAV-GC 2005, aangezien de UAV-GC enkel de gefixeerde schadevergoeding kennen en niet het recht tevens aanvullende schadevergoeding te vorderen. Beklaagde verstrekt geen deugdelijke motivering voor deze afwijking. De enige motivering die beklagde verstrekt is: "genoemde bepalingen zijn gangbaar en proportioneel". Klager betwist dit. Beklaagde laat na te motiveren waarom zij afwijkt van de UAV-GC. Klager acht de boetes wegens overschrijding van de termijnen reeds zeer fors. Dat deze kortingen gelimiteerd zouden zijn tot 10% van de prijs van het werk, te vermeerderen met meerwerk en de geraamde kosten van het meerjarig onderhoud (art. 16.3 definitieve Basisovereenkomst), is feitelijk een loze bepaling, aangezien uit art. 2.9 definitieve Basisovereenkomst (in samenhang gelezen met art. 16.3) volgt dat tevens (en niet enkel voor het geval dat de werkelijke schade de gefixeerde schadevergoeding zou overschrijden) aanvullende schadevergoeding gevorderd kan worden tot 50% van de prijs van het werk, te vermeerderen met meerwerk en de geraamde kosten van het meerjarig onderhoud.

3.7.2. De klachtencommissie heeft nog opgemerkt dat de aansprakelijkheidsbeperking van 50% van "de aanneemsom" haar niet disproportioneel voor komt. Echter, beklagde heeft de beperking gekoppeld aan de prijs van het werk, inclusief meerjarig onderhoud en meerwerk. Door deze laatste toevoeging is op voorhand de hoogte van de beperking niet bekend, waardoor het risico voor beklagde niet valt in te schatten. De Combinatie acht deze beperking derhalve wel degelijk disproportioneel.

### 3.8. Klachtonderdeel 7

Inschrijvers mogen in plaats van de 403-verklaring ook een concerngarantie indienen. Echter, ook deze (aangepaste) eis heeft beklagde op voorhand niet kenbaar gemaakt. Deze minimumeis had reeds in de aankondiging (alsmede in de Selectieleidraad) gesteld dienen te worden. Het in dit stadium introduceren van nieuwe eisen, is in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

## **4. Reactie beklagde**

### 4.1. Klachtonderdeel 1

4.1.1. Klager verwijst naar een eerdere versie van de Overeenkomst waarin abusievelijk werd gerefereerd naar een "onderaannemingsovereenkomst" in plaats van de "Overeenkomst". Art. 9.4 [nieuw: 9.5] van de definitieve Basisovereenkomst luidt:

'Opdrachtnemer vrijwaart Opdrachtgever voor aanspraken, welke ook, van nevenaannemers als gevolg van het niet voldoen aan de overeengekomen planning c.q. het tekort schieten in de nakoming van enige verplichting uit hoofde van de ~~onderaannemingsovereenkomst~~ deze Overeenkomst door Opdrachtnemer.' [*Onderstreping toegevoegd door beklagde, Commissie*].

4.1.2. Opdrachtnemer staat aldus uiteraard niet in voor de deugdelijke en tijdige nakoming door nevenaannemers en/of beklagde, enkel voor de door of vanwege opdrachtnemer zelf verrichtte werkzaamheden. De inhoudelijke grief dat "wanneer de planning niet gehaald kan worden door voor rekening en risico van de Opdrachtgever komende omstandigheden kan een vrijwaring volgens de Combinatie sowieso niet aan de orde zijn" zou aldus terecht zijn, ware het niet dat beklagde zulks nooit heeft verlangd. Klager citeert nota bene het de facto gelijklopende antwoord van beklagde dat de opdrachtnemer opdrachtgever vrijwaart voor de aanspraken van nevenaannemer als gevolg van de tekortkomingen van (wege) opdrachtnemer zelf; dat is niet meer dan logisch. Bij gelegenheid van de mondelinge toelichting is een en ander nogmaals toegelicht en, naar beklagde begreep, als misverstand zijdens klager opgehelderd.

4.1.3. Er is aldus geen sprake van een disproportionele bepaling.

#### 4.2. Klachtonderdeel 2

4.2.1. De Combinatie klaagt dat de contractuele eis Fit for Purpose niet is gedefinieerd en te moeten voldoen aan impliciete eisen. De Combinatie geeft – gezien de vragen en toelichtingen van de Combinatie – blijk van een (te) traditionele opvatting in het licht van onderhavige turn-key overeenkomst en een (te) beperkte uitleg van haar contractuele verplichtingen door het begrip Fit for Purpose in te willen perken. De Combinatie miskent daarmee de aard, omvang en ratio van de UAVgc als zodanig, welke de Combinatie juist onverkort van toepassing wenst te verklaren. Opdrachtnemer realiseert in dezen geen door of vanwege Opdrachtgever opgesteld traditioneel (UAV)bestek, maar concretiseert de turn-key verwachtingen van [bklagde], ingevolge waarvan de Combinatie – overeenkomstig de UAVgc – de expliciete en impliciete verwachtingen dient te realiseren.

4.2.2. Beklagde verwijst vervolgens naar de Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, p. 34 e.v.:

'Het Werk dient op de in de ingevulde Model Basisovereenkomst vastgelegde datum van oplevering en, indien Meerjarig Onderhoud is overeengekomen, gedurende de Meerjarige Onderhoudsperiode, te beantwoorden aan de in de Overeenkomst expliciet vastgelegde of impliciet daaruit af te leiden eisen, aldus lid 3. Deze eisen omvatten nadrukkelijk ook de eisen die voortvloeien uit het gebruik waartoe het Werk bestemd is. Het kan dan enerzijds gaan om eisen die voortvloeien uit het normale gebruik waartoe het Werk bestemd is, anderzijds om eisen die voortvloeien uit het bijzonder gebruik dat van het Werk zal worden gemaakt. De normale gebruikseisen kunnen hetzij expliciet in de Overeenkomst zijn opgenomen hetzij impliciet daaruit worden afgeleid.

(...)

Van een tuibrug mag in het algemeen worden verwacht dat deze bij een in ons land normale, stevige windkracht niet onaanvaardbaar gevaarlijk heen en weer beweegt als gevolg waarvan de brug moet worden afgesloten van alle verkeer. Maar van de Opdrachtnemer mag niet worden verwacht dat hij de brug zodanig

bouwt dat deze gevrijwaard zal zijn van normale verkeersopstoppingen tijdens de spits. (...)

Van een Opdrachtnemer mag voorts worden verwacht dat een door hem gebouwd commercieel kantoorgebouw of een technische productie-installatie geschikt is voor het normale gebruik waarvoor dat gebouw bestemd is. Dat houdt bijvoorbeeld in dat een normale bedrijfsvoering in het kantoorgebouw of in de installatie mogelijk moet zijn, zonder dat voor de veiligheid en de gezondheid van de gebruikers van het gebouw behoeft te worden gevreesd. Maar wanneer het gebouw of de installatie aan die algemene gebruiks-eisen beantwoorden, behoeft de Opdrachtnemer er in beginsel niet voor in te staan dat de commerciële activiteiten die in het gebouw of de installatie worden verricht ook winstgevend zullen zijn.' [*Onderstreping toegevoegd door beklagde, Commissie*].

4.2.3. Tijdens de mondelinge toelichting van 9 oktober 2015 heeft beklagde één en ander nader toegelicht aan de hand van vorenbedoelde toelichting bij de UAV-GC en de jurisprudentie dienaangaande. Beklagde heeft onder meer gewezen op de bestendige jurisprudentie terzake impliciete en expliciete eisen, de casuïstiek toegelicht en besproken, en geduid wat wèl en wat niet onder de reikwijdte van de verplichting zou vallen. Ook heeft beklagde eerdere ervaringen gedeeld waarbij beklagde – onder toepasselijkheid van de UAV-GC – werd geconfronteerd met meerwerk aanspraken om onderhoudsvoorzieningen daadwerkelijk te kunnen gebruiken, nu – bij ontstentenis van een expliciete eis terzake – nog niet was voorzien in de noodzakelijke mogelijkheid het gemaal droog te zetten teneinde de onderhoudsvoorziening überhaupt te bereiken. Overigens heeft beklagde tijdens de mondelinge toelichting tevens de vergelijking getrokken met het begrip "gebrek", wat zich a priori (ook) niet laat definiëren. Besproken zijn onder meer: RvA 4 juli 2000, BR 2001, p. 73 (glaswasinstallatie); RVA 29 november 2002, nr. 23.323 (zeile); RvA 4 maart 1996, BR 1996, p.430 (souterrain-showroom); M.A.M.C. vd den Berg: De ontwerpende bouwer; M.A. Van Wijngaarden: Hoofdstukken Bouwrecht.

4.2.4. Beklagde heeft ook tijdens de extra toelichting op de Overeenkomst nog eens benadrukt dat indien een verwachting onredelijk is en/of niet (impliciet) volgt uit de vraagspecificatie, geen sprake kan zijn van een eis in de nakoming waarvan Opdrachtnemer tekort schiet (vgl. bijlage 11 zijdens klager). Eventuele discussies tussen beklagde en opdrachtnemer zullen worden getoetst aan (de toelichting op) de UAV-GC, de literatuur en jurisprudentie en – uiteraard – de wet respectievelijk redelijkheid en billijkheid. Vergelijk de Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, p. 34:

'Voor de bijzondere gebruiks-eisen geldt daarentegen dat zij, willen zij de Opdrachtnemer kunnen binden, expliciet in de Overeenkomst (meer in het bijzonder: de Vraagspecificatie) moeten zijn vastgelegd.'

Zie ook de beantwoording van vraag 27 Nota van Inlichtingen 4:

'Fit for Purpose, geschikt voor het beoogde gebruik zo u wilt en het daartoe voldoen aan alle ex- en impliciete eisen, is een contractuele eis; onjuist is dan te stellen dat Fit for Purpose het voldoen aan de Overeenkomst sec is. Niettemin kunnen wij u bevestigen dat het begrip Fit for Purpose uiteraard niet aan de hand van Angelsaksische jurisprudentie zal worden uitgelegd, maar conform de UAV-GC 2005 (toelichting) en de daarop van toepassing zijnde jurisprudentie.'

4.2.5. Voor zover bezwaar bestaat / bestond tegen de Engelstalige duiding heeft beklagde verwezen naar het internationale equivalent van de UAV-GC, FIDIC (i.c. Silver Book). Als gezegd heeft beklagde bij Nota van Inlichtingen 4 nog eens

benadrukt dat de definitie van het begrip "Fit for Purpose" niet aan de hand van Angelsaksische jurisprudentie zal worden uitgelegd, maar conform de UAV-GC 2005 (toelichting) en de daarop van toepassing zijnde jurisprudentie (vgl. beantwoording vraag 27, bijlage 12 zijdens de klager) en heeft beklagde gesproken over "*geschikt voor het beoogde gebruik*". Zie art. 4.1 van de FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects:

'Contractor's General Obligations

The Contractor shall design, execute and complete the Works in accordance with the Contract, and shall remedy any defects in the Works. When completed, the Works shall be fit for the purposes for which the Works are intended as defined in the Contract.

(...)

The Works shall include any work which is necessary to satisfy the Employer's Requirements, or is implied by the Contract, and all works which (although not mentioned in the Contract) are necessary for stability or for the completion, or safe and proper operation, of the Works.' [*Onderstreping toegevoegd door beklagde, Commissie*].

4.2.6. Er is aldus geen sprake van een disproportionele bepaling.

4.3. Klachtonderdeel 3

4.3.1. De uitsluiting van het retentierecht is geen afwijking van de UAV-GC, maar enkel een meer dan gebruikelijke afwijking van niet dwingend recht, gelijk overigens aansprakelijkheid van opdrachtnemer ten faveure van de opdrachtgever verregaand is beperkt ten opzichte van de wet. Beklaagde heeft klager er op gewezen dat het uitsluiten zelfs dermate gebruikelijk is, dat ten minste één van de combinanten van klager het retentierecht in haar algemene voorwaarden, die zij zelf op haar eigen overeenkomsten van toepassing verklaart, uitsluit (en dus reeds invulling geeft aan art. 17.6 van de Overeenkomst), overigens, anders dan beklagde, zonder vervangende zekerheid te bieden.

4.3.2. Beklaagde verwijst naar art. 17 van de Algemene inkoopvoorwaarden [combinant klager], waarin is bepaald:

'Opdrachtnemer ziet af van ieder retentierecht dat hij tegenover [combinant klager] geldend kan maken.'

4.3.3. Beklaagde biedt daarentegen onnodig vervangende zekerheid in de vorm van een bankgarantie van maximaal € 1.000.000,-. Beklaagde betreft een immer solvabele financieel draagkrachtige publiekrechtelijke rechtspersoon ten laste waarvan geen beslag kan worden gelegd, terwijl het werk nota bene het instrument is waarmee beklagde haar publieke taak ter zake waterzuivering vervult.

4.3.4. Beklaagde tracht met een dergelijke bepaling – zoals herhaaldelijk tijdens de mondelinge gesprekken en Nota's van Inlichtingen aan bod is gekomen – te bewerkstelligen dat zij niet geconfronteerd wordt met rechtens en feitelijk ontoelaatbare vertragingen met (zeer) verstrekkende gevolgen. Immers, beklagde heeft er groot belang bij dat het Werk tijdig wordt opgeleverd.

4.3.5. Beklaagde verwijst ook nog naar haar antwoord op vraag 29 in de Nota van Inlichtingen 4:



'[Beklaagde] zal uw verzoek niet honoreren. [Beklaagde] meent in haar hoedanigheid van publiekrechtelijke rechtspersoon belast met waterzuivering dat beslag en retentie ontoelaatbaar is en de te stellen vervangende zekerheid als zodanig reeds feitelijk en rechtens onnodig. [Beklaagde] meent gegadigden dus (te) verregaand tegemoet te komen met de geboden zekerheid.'

- 4.3.6. Ten aanzien van (het doorleggen van de verplichting tot) het uitsluiten van het retentierecht van onderaannemers geldt mutatis mutandis hetzelfde, waarbij zij opgemerkt dat door verbeurte van een boete van 150% van de vordering waarvoor een onderaannemer zich op diens retentierecht beroept, opdrachtgever opdrachtnemer in beginsel dwingt i) het recht uit te sluiten en daarop toe te zien, maar ii) opdrachtnemer in voorkomend geval de vordering ook beter, al dan niet onder het leggen van beslag, onder protest van gehoudenheid en voorbehoud van terugbetaling, zal kunnen voldoen, dan de boete verbeuren. Aldus ondervindt beklagde in beginsel geen hinder van een geschil dat zich louter in de relatie opdrachtnemer – onderaannemer afspeelt.
- 4.3.7. De uitsluiting van een beroep op het retentierecht is rechtens en feitelijk juist en – zeker in het licht van onderhavig project – niet disproportioneel. Sterker, beklagde meent slechts te duiden wat rechtens het geval zou zijn én stelt daar (onnodig) enige zekerheid tegenover.

#### 4.4. Klachtonderdeel 4

- 4.4.1. Het klachtonderdeel tegen de onder art. 19.2 sub c van de definitieve Basisovereenkomst genoemde ontbindingsgrond doet verbazen nu een dergelijke bepaling meer regel dan uitzondering is. Sterker nog, in ieder geval twee van de combinanten van klager hanteren eenzelfde soort regeling in hun algemene voorwaarden die zij op hun eigen overeenkomsten van toepassing verklaren.

- 4.4.2. Zo staat in de Algemene inkoopvoorwaarden van [combinant klager A]:

'Onverminderd het bepaalde in de overige artikelen van deze algemene voorwaarden is [combinant klager A] gerechtigd de Overeenkomst zonder ingebrekestelling en/of rechterlijke tussenkomst, geheel of gedeeltelijk, met onmiddellijke ingang te ontbinden:

- a. indien tegen Opdrachtnemer een faillissementsaanvraag wordt ingediend, deze zelf het faillissement aanvraagt, in staat van faillissement wordt gesteld, surseance van betaling heeft aangevraagd, surseance van betaling wordt verleend, overgaat tot liquidatie (van een gedeelte) van zijn onderneming, een akkoord aan zijn schuldeisers aanbiedt of op een andere wijze insolvent blijkt;
- b. indien Opdrachtnemer zich beroept op overmacht bij een tekortkoming in de nakoming;
- c. indien de Overeenkomst tussen Opdrachtgever en [combinant klager A] wordt beëindigd of geschorst;
- d. indien de zeggenschap in de onderneming van Opdrachtnemer op een ander overgaat, tenzij Opdrachtnemer aannemelijk maakt dat de uitvoering van de Overeenkomst daarvan geen hinder of nadeel ondervindt;
- e. indien door Opdrachtnemer, dan wel zijn personeel of door hem ingeschakelde derden in strijd wordt gehandeld met artikel 2.'

In de Algemene inkoopvoorwaarden van [combinant klager C] staat:

'[Combinant klager C] is bevoegd om alle Overeenkomsten terstond (zonder ingebrekestelling) te ontbinden in elk van de navolgende gevallen:

- a. indien Opdrachtnemer enige verplichting van wezenlijke aard uit de Overeenkomst niet volledig en tijdig nakomt of een andere verplichting niet voldoet;

b. indien Opdrachtnemer of degene die zich voor Opdrachtnemers verplichtingen garant heeft gesteld of zekerheid heeft verstrekt, voorlopige surseance van betaling aanvraagt, in staat van faillissement wordt verklaard, vrijwillig of onvrijwillig in liquidatie treedt, bedrijfsactiviteiten staakt of een besluit neemt tot liquidatiestaking of aanvraag van faillissement of surseance van betaling;

c. indien een wijziging optreedt ter zake van de aandeelhouders van Opdrachtnemer, voor zover deze omstandigheid naar het oordeel van [combinant klager C] een aanmerkelijke verzwaring van haar risico's meebrengt;

d. indien ten laste van Opdrachtnemer beslag wordt gelegd of de vermogensbestanddelen van Opdrachtnemer met beslag of andere gerechtelijke maatregelen worden bedreigd.'

4.4.3. Bovendien laat een dergelijke bepaling zich niet zodanig concretiseren dat (uitputtend) wordt aangegeven onder welke omstandigheden beklagde zal overgaan tot ontbinding. Beklaagde heeft reeds bij Nota van Inlichtingen bericht dat niet mag worden ontbonden op basis van onredelijke gronden en dat een eventuele ontbinding (in rechte) geen stand zal houden indien de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt, ofwel de wet (zie beantwoording vraag 26 Nota van Inlichtingen 3). Daarbij heeft beklagde bij Nota van Inlichtingen bepaald dat de zinsnede "naar oordeel van Opdrachtgever" wordt geëcarteerd. Tevens dient sprake te zijn van een aanmerkelijke verzwaring van de risico's van beklagde indien sprake is van beslaglegging ten laste van opdrachtnemer. In voorkomend geval zal in rechte moeten worden uitgemaakt of wordt voldaan aan dit criterium.

#### 4.5. Klachtonderdeel 5

4.5.1. Klager stelt zonder dit nader te onderbouwen dat de forumkeuze het op voorhand deugdelijk inschatten van de risico's bemoeilijkt. Sterker nog, duidelijkheid hierover is "noodzakelijk", aldus klager.

4.5.2. Beklaagde vermag echter niet in te zien op welke wijze klager bij inschrijving en/of tijdens de uitvoering zou worden benadeeld, laat staan waarom een dergelijk gebruikelijk beding een disproportionele afwijking van de UAV-GC zou zijn. Nodeloos te zeggen zou een bepaling waarin partijen in goed overleg kunnen besluiten een geschil te kunnen doen beslechten door arbitrage zinledig zijn, nu deze mogelijkheid altijd bestaat, terwijl bij uitblijven van consensus over arbitrage enkel de burgerlijke rechter bevoegd zou zijn, waar beklagde dat mogelijk niet wenselijk acht. Anderzijds wenst beklagde geen arbitraal oordeel over meer formele financieel administratieve geschillen, terwijl de omvang en kwalificatie daarvan op zich al weer tot een verschil van inzicht kan leiden. Beklaagde voorkomt dergelijke discussies met de gewraakte bepaling. Voorgaande is onder meer bij de mondelinge bespreking en in de Nota's van Inlichtingen (zie vraag 31 Nota van Inlichtingen 4) toegelicht.

4.5.3. Overigens geldt ook hier dat ten minste één van de combinanten de facto een zwevend forumkeuzebeding hanteert. Zie art. 18 van de Algemene inkoopvoorwaarden [combinant klager A]:

'1. Alle geschillen, daaronder begrepen die welke slechts door één der partijen als zodanig worden beschouwd, die naar aanleiding van de Overeenkomst tussen [combinant klager A] en Opdrachtnemer mochten ontstaan, worden voorgelegd aan de burgerlijk rechter.

2. In afwijking van het bepaalde in lid 1 is [combinant klager A] immer bevoegd een geschil te laten beslechten door de instantie zoals bepaald in de Overeenkomst tussen Opdrachtgever en [combinant klager A].'

#### 4.6. Klachtonderdeel 6

- 4.6.1. Klager lijkt – zeker is dat niet – te klagen dat het boetebeding van art. 2.9 in samenhang met de aansprakelijkheidsbeperking van art. 16.3 van de definitieve Basisovereenkomst onvoldoende gemotiveerd dan wel disproportioneel is. Meer specifiek stelt klager – ten onrechte – dat de limitering van het boetebeding uit hoofde van art. 2.9 van de definitieve Basisovereenkomst feitelijk zinledig is, aangezien (aanvullende) schadevergoeding gevorderd kan worden tot 50% van de prijs van het Werk, te vermeerderen met meerwerk en de geraamde kosten van het meerjarig onderhoud.
- 4.6.2. Het boetebeding is gefixeerd en eerst verschuldigd indien en zodra sprake is van overschrijding van een overeengekomen termijn. De op te leggen boetes uit hoofde van art. 2.9 van de definitieve Basisovereenkomst – en dus niet de daadwerkelijke mogelijk meer omvattende schade waarvoor de Opdrachtnemer aansprakelijk is – zijn gemaximeerd tot 10% van de prijs van het Werk, te vermeerderen met meerwerk en de geraamde kosten van het Meerjarig Onderhoud exclusief BTW.
- 4.6.3. Terzijde: klager acht de hoogte van de boetes "reeds zeer fors", waarmee zij kennelijk tracht te insinueren dat de boetes disproportioneel zijn. De hoogste boete bedraagt € 10.000,= per dag te laat. Dit boetebedrag komt neer op minder dan 0,1% van de begroote aanneemsom van het gehele project. Een dergelijk boetebeding is niet ongewoon bij een dergelijk complex project, waarbij grote belangen spelen. Bovendien onderbouwt klager niet nader waarom deze boete zeer fors zou zijn.
- 4.6.4. Voor schade waarvoor de Opdrachtnemer aansprakelijk is geldt een maximering van 50% van de prijs van het Werk, te vermeerderen met meerwerk en de geraamde kosten van het Meerjarig Onderhoud exclusief BTW. Enkel indien en voor zover beklagde zal kunnen aantonen dat de door haar daadwerkelijk geleden schade wegens te late oplevering de hoogte van de opgelegde boetes overschrijdt, heeft beklagde recht op de aanvullende schadevergoeding (voor zover de Opdrachtnemer aansprakelijk is), ofwel enkel het meerdere boven de gefixeerde schade van 10% evenwel tot een maximum van 50% van de prijs van het Werk, te vermeerderen met meerwerk en de geraamde kosten van het Meerjarig Onderhoud exclusief BTW. De schadevergoeding kan (dus) niet naast of in de plaats van de boetes worden gevorderd. De aansprakelijkheid van de Opdrachtnemer en de risico's zijn – mede gelet op de belangen van beklagde ter zake het (de facto) door de Opdrachtnemer te bepalen productieproces en in het licht van de wettelijke aansprakelijkheidsregelgeving – verregaand beperkt. Zoals gezegd stelt de beperking ook de Opdrachtnemer in staat de gemaximeerde aansprakelijkheid te verzekeren en zullen de kosten in de aanbidding zijn verdisconteerd.
- 4.6.5. Tot slot stelt klager dat door de toevoeging "inclusief meerjarig onderhoud en meerwerk" op voorhand de hoogte van de beperking niet bekend is. Vast staat dat de prijs van het Werk en de kosten van het Meerjarig Onderhoud zijn bekend en opgegeven door klager in haar inschrijving. Enkel hogere kosten ten gevolge van meerwerk op initiatief van beklagde (wijzigingen in de zin van par. 14 UAV-GC 2005), leiden in voorkomend geval tot een verhoging van het bedrag waarvoor Opdrachtnemer aansprakelijk kan zijn. Dat meerwerk leidt evenwel ook tot een toename van de scope van het werk en het risico waar Opdrachtnemer voor aansprakelijk kan zijn, en – anderzijds – dus tot een verhoging van hetgeen Opdrachtnemer uit hoofde van de overeenkomst toekomt.

#### 4.7. Klachtonderdeel 7

- 4.7.1. Klager klaagt dat 'de eis' van de 403-verklaring/concerngarantie in de aankondiging en in de Selectieleidraad gesteld had dienen te worden. Het stellen van deze eis in de Gunningsfase (bij publicatie van de Gunningsleidraad en de concept Overeenkomst) is in strijd met het gelijkheidsbeginsel, aldus klager.
- 4.7.2. Klager stelt ten onrechte dat het overleggen van een 403-verklaring óf – bij wijze van alternatief – de contractuele concerngarantie een (aanbestedingsrechtelijke) minimumeis betreft. De 403-verklaring c.q. concerngarantie is immers geen gunningscriterium of geschiktheidseis waarvan bij inschrijving dient te worden aangetoond dat hieraan wordt voldaan; een inschrijver zal dan ook niet reeds daarom als ongeldig terzijde kunnen worden gelegd; één en ander betreft een zuiver onvoorwaardelijke contractuele verplichting.
- 4.7.3. Zo al sprake zou zijn van een in de Gunningsfase geïntroduceerde minimumeis / wijziging van opdracht – hetgeen beklaagde betwist – dan nog heeft beklaagde rechtmatig gehandeld. Klager stelt dan ook ten onrechte dat het stellen van deze contractuele verplichting in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Beklaagde wijst er in dat verband op dat de concept Overeenkomst (met de 403-verklaring) en later de Nota van Inlichtingen 4 (waarin – nota bene op verzoek van gegadigden! – de mogelijkheid van de concerngarantie werd geboden) op TenderNed zijn gepubliceerd én daarbij – overigens geheel onverplicht – een ruime termijn van 35 dagen (vgl. de (Europese) minimumtermijn van 40 dagen te verkorten met 5 dagen op grond van art. 2.72 Aw ter zake het doorvoeren van wijzigingen) tussen de verruiming van de contractuele verplichting en de datum van inschrijving is geboden. Aan deze handelwijze is dan ook niets onrechtmatigs. Dat geldt te meer nu alle gegadigden (ook diegene die zich reeds had afgemeld) in deze aanbesteding van de contractuele verplichting kennis hebben kunnen nemen en voldoende tijd hebben gehad hiermee in hun aanbieding rekening te houden.

Zie in dat verband:

- v.zr. Rb Haarlem 6 augustus 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ6775:

'4.4. Met betrekking tot wijzigingen in de omvang van de opdracht in een lopende aanbesteding heeft te gelden dat het een aanbestedende dienst vrijstaat om vóór sluiting van de inschrijvingstermijn de aanbestedingsprocedure te annuleren. Daaruit volgt dat het een aanbestedende dienst eveneens vrijstaat inhoudelijk wijzigingen in de opdracht aan te brengen, aangezien dit immers feitelijk niet verschilt van het annuleren van de lopende aanbesteding en het uitschrijven van een nieuwe aanbesteding op basis van de gewijzigde opdracht. (...) Verder is in de onderhavige aanbestedingsprocedure de termijn voor het indienen van een inschrijving vervolgens verlengd hetgeen aan alle partijen die reeds interesse in de opdracht hadden getoond, kenbaar is gemaakt. Gelet hierop is de voorzieningenrechter van oordeel dat de gemeente de wijzigingen in de opdracht, alsmede in de planning, mocht aanbrengen.'

- v.zr. Rb Den Haag 12 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8643:

'3.1. De vraag is allereerst of gedaagde in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld door tussentijdse aanpassing van de geschiktheidseisen.

3.2. (...) In de onderhavige zaak heeft gedaagde aangevoerd dat een hernieuwde publicatie heeft plaatsgevonden waarbij de wettelijke termijn van 40 dagen tussen de aankondiging en de inschrijving opnieuw in acht is genomen. Eiseres heeft dit niet met kracht van argumenten betwist. Geoordeeld wordt dat eiseres niet aannemelijk heeft gemaakt dat gedaagde het in het betreffende arrest gehanteerde criterium inzake de transparantieplicht in de onderhavige zaak niet in acht heeft genomen. Dat aanvankelijk afhakende potentiële gegadigden geen kennis hebben kunnen nemen van deze hernieuwde aankondiging is voorshands niet gebleken. Immers, in de door eiseres overgelegde rectificatie van 2 mei 2012 inzake de aankondiging van een opdracht staat in de paragraaf "Afdeling I: Aanbestedende Dienst" onder 1.1) onder meer vermeld dat het bestek en aanvullende documenten te downloaden zijn via [www.aanbestedingskalender.nl](http://www.aanbestedingskalender.nl). Van oplettende potentiële gegadigden voor een aan te besteden opdracht mag worden verwacht dat zij op deze wijze inzage hadden kunnen hebben in de onderhavige hernieuwde publicatie. Dit brengt met zich dat gedaagde op dit punt niet in strijd heeft gehandeld met het transparantie- en/of het gelijkheidsbeginsel.' [onderstrepingen toegevoegd door beklagde].

- 4.7.4. In andere aanbestedingsprocedures zou in theorie voorstelbaar kunnen zijn dat een wijziging van eisen of criteria een doorkruising van het gelijkheids- of transparantiebeginsel zou kunnen opleveren. Dat risico dreigt vooral indien potentiële gegadigden van inschrijving zouden afzien op basis van eisen of voorwaarden die in een latere fase zouden worden geamendeerd of geëcarteerd. Die omstandigheid doet zich zoals gezegd hier niet voor, aangezien in deze kwestie een contractuele verplichting (nota bene op verzoek van klager c.q. gegadigden) is verruimd. Het betreft derhalve geen minimumeis waaraan gegadigden en inschrijvers dienen te voldoen om voor onderhavige opdracht in aanmerking te kunnen komen. Alle tot de inschrijving toegelaten gegadigden zijn gelijktijdig geïnformeerd en hebben vervolgens een ruime (en de wettelijke) termijn gekregen om rekening te houden met die verruiming.
- 4.7.5. Beklaagde benadrukt nogmaals dat zij, met het bieden van de keuzemogelijkheid tussen een 403-verklaring of een concerngarantie, tegemoet is gekomen aan de uitdrukkelijke wensen en suggesties van gegadigden. Meer in het bijzonder heeft klager zelf, tijdens het door hun verzochte toelichtingsgesprek d.d. 9 oktober 2015, aangegeven een concerngarantie te willen stellen.
- 4.7.6. Er is derhalve geen sprake van schending van welk aanbestedingsrechtelijk beginsel dan ook. Voor zover de klacht van klager (ook) de impliciete klacht behelst dat het vragen van de 403-verklaring c.q. concerngarantie disproportioneel zou zijn, geldt het volgende.
- 4.7.7. Het vragen om een concerngarantie is (ook) contractueel gerechtvaardigd. Zoals bekend omvat het project een garantieperiode van (ten minste) 10 jaar waarin de Opdrachtnemer onder meer de verantwoordelijkheid draagt ter zake het Meerjarig Onderhoud. Het behoeft geen nadere toelichting dat de belangen van beklagde aanzienlijk zijn bij een (ononderbroken) operationele zuiveringsinstallatie.
- 4.7.8. Het is niet ondenkbaar dat een moederbedrijf van een combinant gedurende de garantieperiode wordt overgenomen, een nieuw beleid zal invoeren of zich op een andere wijze (al dan niet actief) zal inmengen bij haar dochter. De moeder zal in dat kader - bij het ontbreken van een concerngarantie als het onderhavige - kunnen overgaan tot het vervreemden van haar activa (schuiven met gelden) en/of ingrijpen in de bedrijfsvoering van haar dochter, (een combinant van) de Opdrachtnemer van beklagde. Een dergelijke (wel denkbare) situatie zal de ver-

plichtingen van Opdrachtnemer uit hoofde van de Overeenkomst in het geding brengen en is dan ook zeer onwenselijk.

- 4.7.9. Gezien in het licht van de langdurige garantieperiode acht beklagde het vragen om een concerngarantie ter meerdere zekerheid (van haar verhaalsmogelijkheden) dan ook proportioneel.
- 4.7.10. Het vragen om een 403-verklaring dan wel contractuele concerngarantie ter meerdere zekerheid in een aanbesteding van een UAV-GC opdracht is bovendien niet ongevoel. Vergelijk in dat kader bijvoorbeeld aanbestedingen van X. of de gemeente Y., die consequent vragen om een 403-verklaring, of verschillende ministeries, waarin geregeld om een concerngarantie wordt gevraagd.
- 4.7.11. Terzijde: de overheidsinstantie en aanbestedende dienst Z. stelde in een door haar georganiseerde aanbesteding voor een UAV-GC opdracht in 2013 dat een 403-verklaring onvoldoende zekerheid bood en verlangde een onvoorwaardelijke borgstelling voor de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Alvorens de afzonderlijke klachtonderdelen te behandelen, geeft de Commissie met betrekking tot klachten als de onderhavige de volgende algemene overwegingen in lijn met haar eerdere Advies 228.
  - 5.2.1. Een aanbestedende dienst moet op grond van art. 1.10 lid 4 Aw 2012 hetzij de voorschriften van de Gids Proportionaliteit toepassen, hetzij een afwijking van die voorschriften motiveren in de aanbestedingsstukken.
  - 5.2.2. In Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit is het volgende bepaald: 'In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.' De toelichting op dit voorschrift noemt de UAV-GC 2005 als een voorbeeld van paritair opgestelde voorwaarden (zie blz. 53 Gids Proportionaliteit).
  - 5.2.3. De Commissie stelt vast dat klager met haar klachtonderdelen in de kern klaagt over de niet-naleving door beklagde van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit *jo.* art. 1.10 lid 4 Aw 2012. Geklaagd wordt immers over het door beklagde niet integraal toepassen van de paritair vastgestelde UAV-GC 2005 in samenhang met het niet, althans niet deugdelijk, motiveren van afwijkingen van die voorwaarden.
  - 5.2.4. Bij de beoordeling van de klacht neemt de Commissie tot uitgangspunt dat tussen partijen niet ter discussie staat dat beklagde in de door haar opgestelde definitieve Basisovereenkomst is afgeweken van verschillende bepalingen van de UAV-GC 2005. Daarmee staat vast dat beklagde Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit niet heeft toegepast. De te beantwoorden vraag is dan of beklagde – voor zover zij is afgeweken van de UAV-GC 2005 – heeft voldaan aan haar motiveringsplicht van art. 1.10 lid 4 Aw 2012, zodat aan het niet toepassen van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit geen betekenis meer toekomt.

- 5.2.5. Zoals de Commissie in overweging 5.7.3 van haar eerdere Advies 228 heeft overwogen, mag een aanbestedende dienst zijn motiveringsplicht van art. 1.10 lid 4 Aw 2012 in een geval als het onderhavige naleven door generiek te motiveren waarom hij de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 niet integraal heeft toegepast. Een aanbestedende dienst is derhalve niet verplicht om elke afwijking van elke individuele bepaling van de Model Basisovereenkomst en/of de UAV-GC 2005 specifiek en afzonderlijk te motiveren. Het voorgaande laat echter onverlet dat dergelijke individuele afwijkingen wel zullen moeten kunnen worden gedragen door een generieke motivering zoals hiervoor bedoeld.
- 5.2.6. De wetgever heeft in art. 1.10 Aw 2012 en in de Gids Proportionaliteit niet uitdrukkelijk voorzien in een normatieve toetsingsmaatstaf aan de hand waarvan in concrete gevallen dient te worden bepaald of een afwijking van de hoofdregel van lid 4 van dat art. – namelijk: dat een aanbestedende dienst een voorschrift van de Gids niet toepast – is toegestaan. In het verlengde daarvan heeft de wetgever evenmin voorzien in een regeling van de aspecten waarop een aanbestedende dienst in zijn motivering acht moet slaan bij de beantwoording van de vraag waarom hij van oordeel is dat een afwijking van een dergelijk voorschrift is toegestaan. In de algemene toelichting op de Gids Proportionaliteit is slechts bepaald: 'In voorkomend geval zal gemotiveerd aangegeven moeten worden, waarom en in hoeverre in die specifieke situatie een afwijkend standpunt gerechtvaardigd is. Afwijking van de voorschriften kan derhalve niet zonder goede grond' (zie Toelichting Gids proportionaliteit, blz. 7), terwijl in de specifieke toelichting op Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit is bepaald dat 'Projectspecifieke situaties (...) het noodzakelijk [kunnen] maken om van die modellen of voorwaarden af te wijken, maar die afwijkingen dienen dan wel te kunnen worden gemotiveerd' (zie Toelichting Gids Proportionaliteit, blz. 53).
- 5.2.7. Niettegenstaande het voorgaande is de Commissie van oordeel dat – gegeven de doelstellingen die de wetgever met art. 1.10 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit heeft beoogd – het een aanbestedende dienst is toegestaan af te wijken van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit wanneer die beslissing voldoende wordt gedragen door een uit de motivering van die afwijking blijken goede afweging van de volgende aspecten:
- (i) de aard en omvang van de met het voorwerp van de opdracht en de marktsituatie verband houdende projectspecifieke belangen van de aanbestedende dienst, die voor hem de aanleiding zijn geweest om de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 niet integraal toe te passen;
  - (ii) de mate waarin in de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 niet dan wel onvoldoende rekening is gehouden met de belangen zoals hiervoor bedoeld;
  - (iii) de mate waarin de door de aanbestedende dienst van toepassing verklaarde voorwaarden van de overeenkomst – niettegenstaande dat daarmee wordt afgeweken van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 – in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht;
  - (iv) de mate waarin het voor de aanbestedende dienst mogelijk is (geweest) om de projectspecifieke belangen te dienen door het treffen van andere en minder vergaande maatregelen dan het niet integraal toepassen van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005.
- 5.3. Daarmee komt de Commissie toe aan de beantwoording van de in 5.2.4 gestelde vraag of beklagde heeft voldaan aan haar motiveringsplicht van art. 1.10 lid 4 Aw 2012. De Commissie overweegt in dat verband het volgende.
- 5.3.1. Vast staat dat beklagde in haar beantwoording van vraag 24 in de Nota van Inlichtingen 1 (zie 1.4.1 hiervoor) een generieke motivering zoals bedoeld in 5.2.5 hiervoor heeft gegeven. Hoewel de onderhavige klacht geen betrekking heeft op

de vraag of beklagde met die beantwoording heeft voldaan aan haar motiveeringsplicht van art. 1.10 lid 4 Aw 2012, is de Commissie voorshands van oordeel dat die vraag ontkennend dient te worden beantwoord. De Commissie vermag niet in te zien, mede gelet op de in 5.2.7 genoemde aspecten, waarom het door beklagde genoemde belang – namelijk: het waarborgen van haar bestaande en toekomstige bedrijfsactiviteit met behoud van haar organisatorische inrichting – niet evenzeer zou kunnen worden gediend binnen het kader van de integrale toepassing van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005. Dat de Opdrachtnemer niet slechts het Werk realiseert maar de facto het toekomstige productieproces van beklagde en daarmee de bedrijfsactiviteit als zodanig bepaalt, betekent niet dat de aard van de onderhavige opdracht zodanig is dat de daarmee gemoeide belangen aan een integrale toepassing van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 in de weg staan.

- 5.3.2. Nu de door beklagde in haar beantwoording van vraag 24 in de Nota van Inlichtingen 1 gegeven generieke motivering niet beantwoordt aan de daaraan te stellen eisen, kan beklagde – zie immers 5.2.5 hiervoor – alsnog aan haar motiveeringsplicht van art. 1.10 lid 4 Aw 2012 voldoen door haar afwijkingen van de UAV-GC 2005 per individuele bepaling specifiek te motiveren. De Commissie begrijpt de klacht aldus dat klager daarmee betoogt dat beklagde met haar specifieke motiveringen, zoals die met name zijn terug te vinden in de beantwoording van vragen in de Nota's van Inlichtingen 3 en 4, evenmin heeft voldaan aan haar motiveringsplicht van art. 1.10 lid 4 Aw 2012. Klager heeft deze klacht voor een aantal afwijkingen van individuele bepalingen van de UAV-GC 2005 in afzonderlijke klachtonderdelen uitgewerkt. De Commissie zal hierna per klachtonderdeel nagaan of beklagde – mede gelet op de in 5.2.7 genoemde aspecten – aan haar specifieke motiveringsplicht heeft voldaan.

#### 5.4. Klachtonderdeel 1

- 5.4.1. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat dit klachtonderdeel ten dele berust op een verkeerde lezing door klager van art. 9.5 van de definitieve Basisovereenkomst, zoals dat is gewijzigd bij de Nota van Inlichtingen 4 (zie 1.11 hiervoor). De vrijwaring waartegen klager bezwaar maakt, ziet niet op een gebeurtenis als vertraging van de planning als gevolg van tekortschieten van een nevenaannemer of als gevolg van omstandigheden welke voor rekening van de Opdrachtgever komen. De vrijwaring is alleen aan de orde wanneer een nevenaannemer een vordering instelt tegen de Opdrachtgever als gevolg van een toerekenbare tekortkoming van de Opdrachtnemer. Een dergelijke vrijwaring is vastgelegd in paragraaf 4 lid 11 UAV-GC 2005, die als volgt luidt:

'De Opdrachtnemer vrijwaart de Opdrachtgever tegen aanspraken van derden tot vergoeding van schade, voorzover deze door de Werkzaamheden is toegebracht en te wijten is aan de schuld van de Opdrachtnemer, diens gemachtigden of hulppersonen, of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.'

- 5.4.2. Anders dan in de hiervoor geciteerde bepaling uit de UAV-GC 2005 geldt echter dat in art. 9.5 van de definitieve Basisovereenkomst is bepaald dat de Opdrachtnemer de Opdrachtgever dient te vrijwaren voor elke tekortkoming, ook wanneer die tekortkoming niet te wijten is aan de schuld van de Opdrachtnemer of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Daarmee heeft beklagde – in afwijking van paragraaf 4 lid 11 UAV-GC 2005 – de vrijwaringsverplichting van de Opdrachtnemer in de definitieve Basisovereenkomst uitgebreid tot tekortkomingen die niet aan de Opdrachtnemer kunnen worden toegerekend.



5.4.3. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde afwijking van paragraaf 4 lid 11 UAV-GC 2005 in strijd met haar verplichting van art. 1.10, vierde lid, Aw 2012 niet gemotiveerd.

5.4.4. Het eerste klachtonderdeel is derhalve gegrond.

#### 5.5. Klachtonderdeel 2

5.5.1. Uit het antwoord op vraag 43 van de Nota van Inlichtingen 3 (zie 1.8.3 hiervoor) en het door beklagde wijzigen van het woord "Opdrachtgever" in "Overeenkomst" in art. 13.1 van de definitieve Basisovereenkomst (zie 1.11 hiervoor), alsmede uit het in de reactie van beklagde geciteerde antwoord op vraag 27 van Nota van Inlichtingen 4 (zie 4.2.4 hiervoor), blijkt naar het oordeel van de Commissie duidelijk dat beklagde met het gebruik van het begrip "Fit for purpose" in art. 13.1 binnen de kaders van de bepalingen van de UAV-GC 2005 is gebleven en dat van een afwijking van de UAV-GC 2005 mitsdien geen sprake is.

5.5.2. Het tweede klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

#### 5.6. Klachtonderdeel 3A

5.6.1. In paragraaf 38 lid 7 UAV-GC 2005 is het volgende bepaald:

'Indien de Opdrachtgever hetgeen de Opdrachtnemer volgens de Overeenkomst toekomt, niet of niet tijdig betaalt, of de Opdrachtnemer gegronde redenen heeft om aan te nemen dat de Opdrachtgever het hem toekomende niet of niet tijdig zal betalen, is de Opdrachtnemer gerechtigd om van de Opdrachtgever genoegzame zekerheid te verlangen. Indien de Opdrachtgever in gebreke blijft met het stellen van de verlangde genoegzame zekerheid, is de Opdrachtnemer bevoegd hetzij de Werkzaamheden te schorsen hetzij de Overeenkomst te ontbinden. Met betrekking tot de schorsing dan wel de ontbinding is het bepaalde in § 16 van overeenkomstige toepassing.'

5.6.2. De Commissie is van oordeel dat beklagde is afgeweken van paragraaf 38 lid 7 UAV-GC 2005 in die zin, dat zij in art. 17.4 van de definitieve Basisovereenkomst onder andere heeft bepaald dat de Opdrachtnemer geen beroep toekomt op de uitoefening van het retentierecht indien beklagde ter vervangende zekerheid een bankgarantie stelt ten belope van het bedrag van de vordering waarvoor Opdrachtnemer haar retentierecht wenst uit te oefenen, met een maximum van € 1.000.000 (zie 1.11 hiervoor). Denkbaar is immers dat een door beklagde gestelde bankgarantie met een maximum van € 1.000.000 – gelet op de omvang van de vordering van de Opdrachtnemer – geen "genoegzame zekerheid" biedt in de zin van paragraaf 38 lid 7 UAV-GC 2005. In dat geval heeft de Opdrachtnemer – in afwijking van het bepaalde in paragraaf 38 lid 7 UAV-GC 2005 – niet de mogelijkheid om de Werkzaamheden te schorsen aangezien die mogelijkheid door beklagde in art. 17.4 is uitgesloten.

5.6.3. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde afwijking gemotiveerd in haar beantwoording van vraag 60 in de Nota van Inlichtingen 3 (zie 1.8.6 hiervoor) en van vraag 29 in de Nota van Inlichtingen 4 (zie 4.3.5 hiervoor). De Commissie is van oordeel dat deze motiveringen – mede gelet op de in 5.2.7 genoemde aspecten – onvoldoende zijn om haar beslissing tot afwijking van paragraaf 38 lid 7 UAV-GC 2005 te kunnen dragen. Zoals ook uit de reactie op de klacht blijkt (zie 4.3.4 en 4.3.5 hiervoor), is het beklagde er in de kern om te doen dat zij geen nodeloze schade oploopt als gevolg van het door de Opdrachtnemer inroepen van diens retentierecht. Aan dat belang kan beklagde evenzeer tegemoet komen door met

haar Opdrachtnemer te contracteren overeenkomstig het bepaalde in paragraaf 38 lid 7 UAV-GC 2005.

5.6.4. Klachtonderdeel 3A is derhalve gegrond.

5.7. Klachtonderdeel 3B

5.7.1. De Commissie overweegt met betrekking tot art. 17.6 van de definitieve Basisovereenkomst (zie 1.11 hiervoor) allereerst dat deze bepaling zich moeilijk laat beschouwen als een afwijking van de UAV-GC 2005, aangezien de UAV-GC 2005 immers niet voorziet in een regeling van de kwestie waarop art. 17.6 betrekking heeft. De Commissie begrijpt het klachtonderdeel echter aldus dat klager daarmee – terecht – betoogt dat een dergelijke de UAV-GC 2005 aanvullende bepaling desalniettemin in een redelijke verhouding dient te staan tot het voorwerp van de opdracht.

5.7.2. De Commissie is van oordeel vast dat art. 17.6 van de definitieve Basisovereenkomst ziet op de voor beklagde zeer ongewenste situatie dat zij wordt geconfronteerd met een eigendomsvoorbehoud of retentierecht terzake van een vordering van een derde waarvoor de Opdrachtnemer aansprakelijk is. Beklaagde kan, wanneer die situatie zich voordoet, het probleem oplossen door de vordering van de derde te voldoen, zonder zich te bekommeren om de vraag of die vordering gegrond is. Daartoe volstaat naar het oordeel van de Commissie echter een boete van 100% van die vordering en is de extra 50% die art. 17.6 aan beklagde toekent niet nodig. Die extra 50% zou mogelijk wel nodig zijn wanneer beklagde zich in een eventuele rechtsstrijd tussen de Opdrachtnemer en de derde zou moeten mengen, maar aangezien beklagde eenvoudig na inning van een boete van 100% de vordering kan voldoen, hoeft zij geen gerechtelijke kosten te maken. Een boete van 100% zou derhalve wel proportioneel geweest zijn, zodat beklagde door een boete van 150% op te nemen in de definitieve Basisovereenkomst heeft gehandeld in strijd met art. 1.10 lid 1 jo. lid 2 sub h Aw 2012.

5.7.3. Klachtonderdeel 3B is derhalve gegrond.

5.8. Klachtonderdeel 4

5.8.1. De Commissie overweegt ten aanzien van dit klachtonderdeel allereerst dat de UAV-GC 2005 niet voorziet in een algemene regeling van de (grenzen van de) uitoefening door de Opdrachtgever van diens bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden. De UAV-GC 2005 werkt die bevoegdheid, alsmede de rechtsgevolgen van de uitoefening daarvan, slechts uit voor enkele specifiek omschreven gevallen. Voor zover de UAV-GC 2005 dat voor andere gevallen niet doet – en de Commissie rekent ook het geval voorzien in art. 19.2 sub c van de definitieve Basisovereenkomst (zie 1.11 hiervoor) tot die categorie – moet worden teruggevalen op de bepalingen van Boek 6 van het BW.

5.8.2. Gelet op het voorgaande begrijpt de Commissie het klachtonderdeel aldus dat klager daarmee betoogt dat art. 19.2 sub c desalniettemin in een redelijke verhouding dient te staan tot het voorwerp van de opdracht.

5.8.3. De Commissie is van oordeel dat het partijen bij een overeenkomst binnen de kaders van de bepalingen van Boek 6 BW vrijstaat om een contractuele regeling te treffen zoals voorzien in art. 19.2 sub c van de definitieve Basisovereenkomst. Zoals beklagde in haar reactie op het klachtonderdeel terecht stelt, is het in de praktijk zeer gebruikelijk dat professionele partijen in hun overeenkomst een dergelijke regeling treffen. De Commissie is dan ook van oordeel dat beklagde niet heeft gehandeld in strijd met art. 1.10 lid 1 jo. lid 2 sub h Aw 2012 door art.

19.2 sub c op te nemen in de definitieve Basisovereenkomst, zeker nu beklagde – zoals zij in haar beantwoording van vraag 63 in de Nota van Inlichtingen 3 ook zelf heeft aangegeven – haar in art. 19.2 sub c voorziene bevoegdheid niet op onredelijke gronden zal mogen uitoefenen.

5.8.4. Het vierde klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

#### 5.9. Klachtonderdeel 5

5.9.1. Vooropgesteld moet worden dat beklagde met het bepaalde in art. 21.1 van de definitieve Basisovereenkomst (zie 1.11 hiervoor), gelezen in samenhang met annex XI (zie 1.7.2 hiervoor), ontegenzeggelijk is afgeweken van paragraaf 47 lid 1 jo. lid 2 UAV-GC 2005. Beklaagde heeft deze afwijking in haar beantwoording van vraag 65 in de Nota van Inlichtingen (zie 1.8.8 hiervoor) bovendien slechts zeer summier gemotiveerd.

5.9.2. De Commissie is echter van oordeel dat een afwijking als hiervoor bedoeld toelaatbaar moet worden geacht, ook wanneer die afwijking – zoals in het onderhavige geval – een voldoende gemotiveerde onderbouwing ontbeert. Bij dat oordeel komt allereerst betekenis toe aan het feit dat tussen partijen niet ter discussie lijkt te staan dat een procedure bij de rechtbank en een procedure bij de Raad van Arbitrage in beginsel met dezelfde waarborgen zijn omkleed. In het verlengde daarvan weegt de Commissie mee dat moeilijk valt in te zien – ook klager maakt dat niet duidelijk – waarom de bedoelde afwijking problematisch is in het licht van de inhoud en strekking van het proportionaliteitsbeginsel en de uitwerking daarvan in art. 1.10 Aw 2012 en Voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit.

5.9.3. Het vijfde klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

#### 5.10. Klachtonderdeel 6

5.10.1. Beklaagde heeft in art. 2.9 van definitieve Basisovereenkomst (zie 1.11 hiervoor) het volgende bepaald:

'De volgende onderdelen van het Werk dienen zodanig door de Opdrachtnemer te worden gerealiseerd dat zij conform het bepaalde in § 24 lid 8 UAV-GC 2005 gereed zijn voor aanvaarding door de Opdrachtgever na het voor ieder onderdeel afzonderlijk vermelde aantal dagen, bij uitblijven waarvan Opdrachtnemer een korting verbeurd voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Opdrachtnemer in gebreke blijft aan deze fatale termijnen te voldoen, onverminderd het recht van Opdrachtgever op aanvullende schadevergoeding voor zover deze de korting overstijgt. (...) [*onderstreping Commissie*].'

5.10.2. Klager klaagt met dit klachtonderdeel in de kern over het feit dat beklagde met het laatste zinsdeel van art. 2.9 van de definitieve Basisovereenkomst – gelezen in samenhang met art. 16.3 (zie 1.11 hiervoor) – is afgeweken van de UAV-GC 2005. De Commissie begrijpt de klacht aldus dat klager hiermee de inhoud en strekking van art. 2.6 jo. art. 16 van de Model Basisovereenkomst, gelezen in samenhang met paragraaf 36 UAV-GC 2005, op het oog heeft.

5.10.3. Bij de beoordeling van het klachtonderdeel moet worden vooropgesteld dat de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 de Opdrachtgever de mogelijkheid biedt om zogenoemde mijlpaaldata te koppelen aan de verbintenissen van de Opdrachtnemer tot het voltooiën van bepaalde onderdelen van het Werk (zie art. 2.6 Model Basisovereenkomst). Wanneer die onderdelen op de overeengekomen mijlpaaldata niet gereed zijn voor aanvaarding door de Opdrachtgever,

staat daarmee vast dat de Opdrachtnemer is tekortgeschoten in de nakoming van de bedoelde verbintenis. Indien die niet-nakoming vervolgens kwalificeert als een tekortkoming die aan de Opdrachtnemer kan worden toegerekend (zie art. 6:74 BW), heeft de Opdrachtgever aanspraak op de schade die hij ten gevolge van die tekortkoming daadwerkelijk heeft geleden. De Modelbasisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 biedt vervolgens de mogelijkheid om boetebedragen te koppelen aan de overeengekomen mijlpaaldata (zie art. 16 Model Basisovereenkomst jo. paragraaf 36 lid 3 UAV-GC 2005. Uit de Toelichting UAV-GC 2005 (zie blz. 88) blijkt dat met het begrip "boete" aansluiting is gezocht bij het begrip "boetebeding" zoals dat wordt gebruikt in art. 6:91 BW en dat met het begrip ook overigens niet iets anders mee wordt bedoeld als met het begrip "korting" dat wordt gebruikt in paragraaf 42 UAV 1989. In art. 6:92 lid 2 BW is vervolgens bepaald dat hetgeen ingevolge een boetebeding is verschuldigd in de plaats treedt van de schadevergoeding op grond van de wet.

5.10.4. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat beklagde met het laatste zinsdeel van art. 2.9 van de definitieve Basisovereenkomst – gelezen in samenhang met art. 16.3 (zie 1.11 hiervoor) – inderdaad is afgeweken van de inhoud en strekking van art. 2.6 jo. art. 16 van de Model Basisovereenkomst, gelezen in samenhang met paragraaf 36 UAV-GC 2005 en art. 6:92 lid 2 BW. Beklaagde heeft desgevraagd deze afwijking beoogd te motiveren in haar beantwoording van vraag 26 van de Nota van Inlichtingen 3 (zie 1.8.1 hiervoor). Beklaagde maakt in deze motivering weliswaar duidelijk dat ook wanneer zij bovenop de door de Opdrachtnemer verschuldigde boete aanvullende schadevergoeding vordert, ter zake van schade die zij daadwerkelijk heeft geleden als gevolg van een tekortkoming door Opdrachtnemer in de nakoming van diens in 5.10.3 hiervoor bedoelde verbintenis, de door Opdrachtnemer verschuldigde aanvullende schadevergoeding is gelimiteerd, maar daarmee heeft beklagde haar afwijking van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 als zodanig nog niet gemotiveerd. Beklaagde maakt met haar motivering immers niet duidelijk waarom zij in de definitieve Basisovereenkomst – in afwijking van het uitgangspunt dat in de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC is gekozen – heeft voorzien in de mogelijkheid om bovenop een verschuldigde boete aanvullende schadevergoeding te vorderen.

5.10.5. Het zesde klachtonderdeel is derhalve gegrond.

#### 5.11. Klachtonderdeel 7

5.11.1. De Commissie stelt vast dat dit klachtonderdeel aldus moet worden begrepen dat klager daarmee niet stelt dat art. 17.2 van de definitieve Basisovereenkomst (zie 1.11 hiervoor) als een (onvoldoende gemotiveerde) afwijking van de UAV-GC 2005 dient te worden beschouwd. De Commissie begrijpt het klachtonderdeel aldus dat klager daarmee betoogt dat de in art. 17.2 vervatte verplichting tot het overleggen van een concerngarantie als een kwalitatieve geschiktheidseis had moeten worden opgenomen in de aankondiging van de onderhavige opdracht alsmede in de Selectieleidraad. Beklaagde zou – aldus klager – in strijd handelen met het gelijkheidsbeginsel door deze eis pas in een later stadium te introduceren als een contractvoorwaarde.

5.11.2. De Commissie volgt beklagde niet in haar stelling. Art. 17.2 van de definitieve Basisovereenkomst heeft, net zoals bijvoorbeeld een contractbepaling die een partij bij de overeenkomst verplicht tot het stellen van een bankgarantie, het karakter van een zekerheidsstelling. Er bestaat geen regel die een aanbestedende dienst gebiedt om in geval van een Europese niet-openbare procedure als de onderhavige een dergelijke verplichting tot zekerheidsstelling reeds in de aankondiging van de opdracht als een kwalitatieve geschiktheidseis op te nemen. Een

dergelijke verplichting mag in beginsel als een contractvoorwaarde worden opgenomen in de aanbestedingsstukken bij de uitnodiging tot het doen van een inschrijving aan de gekwalificeerde gegadigden.

5.11.3. Het zevende klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

## **6. Advies**

De Commissie acht onderdelen 1, 3A, 3B en 6 van de klacht **gegrond** en de onderdelen 2, 4, 5 en 7 van de klacht **ongegrond**.

## **7. Aanbeveling**

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 22 januari 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid