

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 355 (herstelversie)¹

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de vervanging van Storage- en Server Infrastructuur en de service en onderhoud hierop.

1.2. In de Aanbestedingsleidraad van 24 februari 2016 is het volgende bepaald:

1.2.1. '7.1 Criteria met een uitsluitend karakter

De offerte dient te voldoen aan de in deze paragraaf gestelde minimumeisen. Indien de ingediende offerte niet voldoet aan de gestelde minimumeisen, wordt deze van verdere beoordeling uitgesloten.

7.1.1 Akkoordverklaring Concept overeenkomst

[Beklaagde] stelt als minimumeis dat Inschrijver akkoord gaat met de deze offerteaanvraag opgenomen Concept overeenkomst bijlage 4 en de daarbij behorende algemene inkoopvoorwaarden bijlage 5 en het concept contract Social Return on Investment bijlage 6. Inschrijver levert hiertoe een ondertekende 'akkoordverklaring concept overeenkomst' aan zoals opgenomen in bijlage 1.

(...)'

1.2.2. '8 Voorwaarden aan de inschrijving

In dit hoofdstuk worden de juridische, commerciële en algemene voorwaarden beschreven, die [Beklaagde] stelt aan de inschrijving. Het indienen van een offerte houdt in dat inschrijver onvoorwaardelijk instemt met alle voorwaarden voor deze procedure. Voorwaardelijke offertes worden niet geacht te zijn gedaan.

8.1 Juridische voorwaarden

Inschrijver gaat akkoord met de concept overeenkomst en levert hiertoe de akkoordverklaring aan zoals opgenomen in bijlage 1 van deze offerteaanvraag. De inhoud van de concept overeenkomst is ten behoeve van de uniformiteit en vergelijkbaarheid vastgesteld. Echter, vragen en/ of opmerkingen over dit contractdocument kunnen als zijnde een verzoek tot nadere informatie worden gesteld. Deze zullen vervolgens in de Nota van inlichtingen worden beantwoord. Bij de Nota van inlichtingen zal eventueel, naar aanleiding van de vragen en opmerkingen, een aangepaste versie van voornoemd contractdocument worden toegevoegd. Dit vormt dan de definitieve versie van de raamovereenkomst en dient in die vorm dan ook te worden geaccepteerd. Door het indienen van de offerte gaat inschrijver akkoord met de tekst van de raamovereenkomst zoals deze na de laatste vragenronde door [Beklaagde] is vastgesteld.

(...)'

1 De overwegingen in 5.5.7 en 7 (Aanbeveling) over Voorschrift 3.9 D, lid 2, Gids Proportionaliteit zijn geschrapt. Verder is de inhoud van de overweging ten overvloede in 5.5.7 verplaatst naar de aanbeveling in overweging 7.

1.2.3. '9 Bijlage 1: Akkoordverklaring conceptovereenkomst

Inschrijver verklaart hiermee kennis te hebben genomen van de door [Beklaagde] opgestelde concept overeenkomst zoals opgenomen in bijlage 4 en de daarbij behorende algemene inkoopvoorwaarden bijlage 5 (...).

Inschrijver gaat volledig en zonder voorbehoud akkoord met de artikelen zoals opgenomen in bovengenoemde concept overeenkomst en is bereid om op basis van deze artikelen, bij gunning, met [Beklaagde] de overeenkomst aan te gaan tegen de geoffreerde prijzen en tarieven.

(...)'

1.3. In het Programma van Eisen in hoofdstuk 10, Bijlage 2 van de Aanbestedingsleidraad zijn de volgende eisen opgenomen:

1.3.1. Eis 31: 'Na definitieve gunning heeft Opdrachtnemer 12 weken de tijd om de Aangeboden Oplossing te implementeren. Uitvoering van de POC vindt plaats voor definitieve gunning.'

1.3.2. Eis 32: 'Indien Opdrachtnemer de termijn gesteld in Eis 31 overschrijdt, door oorzaken die aan Opdrachtnemer verwijtbaar zijn, zal Opdrachtnemer korting op de factuurprijs verschuldigd zijn zoals hieronder wordt beschreven, uitgezonderd situaties van overmacht;

- Vertraging tussen 1 en 5 werkdagen: 3% van de initiële aanschaf
- Vertraging tussen 6 en 10 werkdagen: 6% van de initiële aanschaf
- Vertraging na 10 werkdagen: 3% van de initiële aanschaf voor elke navolgende 5 werkdagen

Informatie bij E 32

Met de initiële aanschaf bedoelt Opdrachtgever, de waarde van de initiële afname bestaande uit de Aangeboden Oplossing + 1 jaar Support op de Aangeboden Oplossing.'

1.4. In de Concept overeenkomst in hoofdstuk 12, Bijlage 4 van de Aanbestedingsleidraad is het volgende bepaald:

'(...)

Definities

(...)

Nota van Inlichtingen

Document waarin de vragen van inschrijvers en de antwoorden van [beklaagde] zijn opgenomen. De nota('s) van inlichtingen maakt/maken onderdeel uit van deze overeenkomst en prevaleert/prevaleren boven het vermelde in de offerteaanvraag.

(...)

Artikel 1. Opdracht

(...)

2. Opdrachtnemer verbindt zich tot het uitvoeren van de vervanging van de Storage- en Server Infrastructuur en het beheer en onderhoud hierop zoals beschreven in de navolgende bescheiden. Voor zover bepalingen en/of bescheiden met elkaar in tegenspraak zijn, prevaleert de tekst van deze Overeenkomst tenzij nadrukkelijk anders is overeengekomen. Voorts geldt de navolgende rangorde, waarbij het eerder genoemde document prevaleert boven het later genoemde document:

- a.) Deze Overeenkomst vervanging van de Storage- en Server Infrastructuur [Beklaagde], [nummer], hierna te noemen 'Overeenkomst';
- b.) Nota('s) van Inlichtingen van [datum], [nummer], hierna te noemen 'Nota('s) van Inlichtingen';
- c.) Offerteaanvraag [naam] met kenmerk [kenmerk], d.d. [datum], hierna te noemen 'Offerteaanvraag'.
- d.) Offerte [naam] met kenmerk [kenmerk], d.d. [datum], hierna te noemen 'Offerte'.

(...)

Artikel 4. Aansprakelijkheid

1. Opdrachtnemer is aansprakelijk voor alle schade die tijdens uitvoering van werkzaamheden is ontstaan, schade als gevolg van het niet of niet naar behoren uitvoeren van de overeengekomen werkzaamheden zijn daaronder begrepen.
2. De minimale dekking per gebeurtenis van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering dient EUR 2,0 miljoen te zijn. Opdrachtnemer draagt zorg voor een adequate verzekering met een minimale dekking van deze van de aansprakelijkheden.
3. Opdrachtnemer is aansprakelijk voor directe schade.
4. Opdrachtnemer is aansprakelijk voor indirecte schade.
5. Opdrachtnemer zal Opdrachtgever vrijwaren van claims en boetes van derden, voortkomend uit het niet naleven van de wetgeving door personeel of onderaannemers van opdrachtnemer. Eventuele claims worden door Opdrachtgever verhaald op leverancier.
6. Opdrachtnemer is verantwoordelijk en aansprakelijk voor al haar vertegenwoordigers. Vertegenwoordigers zijn onder hem werkend personeel en/of onderaannemers.'

1.5. In de Algemene inkoopvoorwaarden in hoofdstuk 13, Bijlage 5 van de Aanbestedingsleidraad zijn de volgende bepalingen opgenomen:

1.5.1. '13: Boete

Indien de Opdrachtnemer niet binnen de overeengekomen termijn op de overeengekomen plaats, de Zaken en/of Prestaties heeft afgeleverd, die aan de Overeenkomst beantwoorden, dan is hij jegens de Opdrachtgever in gebreke. Als Opdrachtnemer, na sommatie en in gebreke stelling, binnen een redelijke termijn niet in staat is aan zijn verplichtingen te voldoen heeft Opdrachtgever het recht Opdrachtnemer voor de financiële consequenties aansprakelijk te stellen.'

1.5.2. '16: Aansprakelijkheid

1. Opdrachtnemer is aansprakelijk voor alle schade die kan ontstaan in verband met de uitvoering van de verplichtingen die voortvloeien uit de Overeenkomst.

2. Opdrachtnemer vrijwaart Opdrachtgever tegen alle financiële gevolgen van aanspraken van derden in enig verband staande met de uitvoering van zijn verplichtingen die voortvloeien uit de Overeenkomst.

3. De aansprakelijkheid is beperkt tot een bedrag van 1.000.000,- euro per geval, dan wel tot een tussen partijen afgesproken bedrag.

Opdrachtgever heeft het recht van Opdrachtnemer te verlangen een verzekering af te sluiten ter dekking van de risico's.

Opdrachtnemer heeft op eerste verzoek van Opdrachtgever de plicht inzage in de daartoe strekkende polis te geven.'

1.6. In de eerste Nota van Inlichtingen van 17 maart 2016 zijn de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.6.1. Vraag Algemene Inkoopvoorwaarden: 'In de algemene inkoopvoorwaarden wordt de aansprakelijkheid per gebeurtenis voor persoons- en zaakschade en daaruit voortvloeiende schade van EURO 1.000.000,- genoemd. Er is geen limiet aan aantal gebeurtenissen per jaar vastgesteld en dus is er sprake van ongelimiteerde aansprakelijkheid per jaar. Ter beperking van onze bedrijfsrisico's en om verzekeringstechnische redenen kan leverancier geen onbeperkte aansprakelijkheid aanvaarden. Bij het bepalen van limitering van aansprakelijkheid moet men, volgens voorschrift 3-9 D lid 2 Gids Proportionaliteit, kijken naar de daadwerkelijke risico's die de aanbestedende dienst loopt en wat de gebruikelijke aansprakelijkheidseis is in de betreffende branche. Het is gebruikelijk de aansprakelijkheid per jaar te limiteren en inschrijvers enkel aansprakelijk te stellen voor directe schade. Inschrijvers kunnen zich hiervoor namelijk verzekeren. Inschrijver verzoekt de u aansprakelijkheid te maximaliseren tot € 1.250.000,- per aanspraak en € 2.500.000,- per jaar en enkel voor directe schade. Gaat u hiermee akkoord?'

Antwoord: 'De beroepsaansprakelijkheid kunnen wij in principe aanpassen naar hetgeen in uw branche qua hoogte gebruikelijk is. Echter, om deze aansprakelijkheid te laten afhangen van hetgeen uw verzekeringsmaatschappij voornemens is uit te keren bij schade, is voor [Beklaagde] onacceptabel. Wij stellen voor om het huidige artikel 16 van onze algemene voorwaarden te vervangen door artikel 14 van het standaard VNG-model algemene voorwaarden en dit te verwerken in de concept overeenkomst, Aansprakelijkheid en verzekering. Door het gebruik van artikel 14 lid 2 nemen wij geen hoogte van het aansprakelijkheidsbedrag in de voorwaarden op, maar verwijzen wij, door gebruik te maken van het woord 'adequaat' naar de omstandigheden per geval. In de bijlage is een nieuwe versie van de conceptovereenkomst opgenomen.

De standaard voorwaarden van de VNG luiden als volgt:

14.1. De Contractant vrijwaart de Gemeente tegen eventuele aanspraken van derden terzake van schade door deze derden geleden ten gevolge van de uitvoering door de Contractant van de Overeenkomst en het gebruik of toepassing van de geleverde Goederen of Diensten van de Contractant.

14.2. De Contractant zal vanaf het aangaan van de Overeenkomst adequaat verzekerd zijn voor het uitvoeren van de Overeenkomst en zal zich adequaat verzekerd houden gedurende de uitvoering van de Overeenkomst.

14.3. De Contractant zal het verzekerd bedrag en de polisvoorwaarden gedurende de uitvoering van de Overeenkomst niet ten nadele van de Gemeente wijzigen, tenzij de Gemeente hiervoor haar expliciete en schriftelijke toestemming heeft gegeven.

14.4. Eventuele verzekeringen die noodzakelijk zijn in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst en waarover de Contractant nog niet beschikt, zal de

Contractant afsluiten tenminste voor de periode van de uitvoering van de Overeenkomst.'

- 1.6.2. Vraag artikel 4 Contractvoorwaarden: 'ongelimiteerde aansprakelijkheid is voor inschrijver niet verzekeraar en is niet proportioneel. Gebruikelijk is (zie ook onder meer de ARBIT) om deze aansprakelijkheid te beperken tot directe schade en een verzekeraar bedrag. Inschrijver stelt ten aanzien van de aansprakelijkheid het volgende voor:
- 1 Leverancier aanvaardt wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding voor zover dat uit dit artikel blijkt.
 - 2 De totale aansprakelijkheid van Leverancier wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst is beperkt tot vergoeding tot maximaal het bedrag van de voor die overeenkomst bedongen prijs (excl. BTW). Indien de overeenkomst hoofdzakelijk een duurovereenkomst is met een looptijd van meer dan drie maanden, wordt de bedongen prijs gesteld op het totaal van de vergoedingen (excl. BTW) bedongen voor de drie maanden direct voorafgaande aan het moment dat Opdrachtgever Leverancier voor schade aansprakelijk stelt. In geen geval zal de totale vergoeding voor directe schade en indirecte schade elk afzonderlijk echter meer bedragen dan €1.000.000,- (één miljoen Euro).
Onder directe schade wordt uitsluitend verstaan:
 - a. kosten die Opdrachtgever zou moeten maken om de prestatie van Leverancier aan de overeenkomst te laten beantwoorden. Deze schade wordt echter niet vergoed indien Opdrachtgever de overeenkomst heeft ontbonden;
 - b. kosten die Opdrachtgever heeft gemaakt voor het noodgedwongen langer operationeel houden van zijn oude systeem of systemen en daarmee samenhangende voorzieningen doordat Leverancier op een voor hem bindende leverdatum niet heeft geleverd, verminderd met eventuele besparingen die het gevolg zijn van de vertraagde levering;
 - c. kosten, gemaakt ter vaststelling van de oorzaak en de omvang van de schade, voor zover de vaststelling betrekking heeft op directe schade in de zin van deze voorwaarden;
 - d. kosten, gemaakt ter voorkoming of beperking van schade, voor zover Opdrachtgever aantoont dat deze kosten hebben geleid tot beperking van directe schade in de zin van deze voorwaarden
 - 3 Onder indirecte schade wordt verstaan: gevolgschade, gederfde winst, gemiste besparingen, verminderde goodwill, schade door bedrijfsstagnatie, schade als gevolg van aanspraken van afnemers van Opdrachtgever, verminking of verlies van data, schade verband houdende met het gebruik van door Opdrachtgever aan'

Antwoord: [Zie het antwoord in 1.6.1, Commissie].

- 1.6.3. Vraag art. 4.4 Contractvoorwaarden: 'U geeft aan dat de opdrachtnemer aansprakelijk is voor indirecte schade. Wij verzoeken u dit te laten vervallen. Dit is voor leverancier niet verzekeraar.'

Antwoord: [Zie het antwoord in 1.6.1, Commissie].

- 1.6.4. Vraag art. 4.4 Contractvoorwaarden: 'Graag zie wij onderstaand aan dit artikel toegevoegd. De aansprakelijkheid van Opdrachtnemer en/of toepassing van maatregelen wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst ontstaat in alle gevallen slechts indien Opdrachtgever Opdrachtnemer schriftelijk en voorzien van een gedetailleerde onderbouwing in gebreke stelt, waarbij een redelijke termijn ter zuivering van de tekortkoming wordt toegekend, en Opdrachtnemer ook na die termijn toerekenbaar tekort blijft schieten in de nakoming van haar verplichtingen.'

Antwoord: 'Opdrachtnemer wordt in gebreke gesteld zoals is opgenomen in de Algemene Inkoopvoorwaarden.'

- 1.6.5. Vraag Algemene inkoopvoorwaarden: 'Art. 13.1. Het is niet redelijk dat alle levertermijnen fataal zijn. Verzoek om dit artikel buiten toepassing te verklaren. In het PvE staan reeds diverse fatale termijnen genoemd. Verzoek om dit artikel aan te passen zodat opdrachtnemer bij niet tijdige aflevering pas in verzuim is na schriftelijke ingebrekestelling door opdrachtgever.'

Antwoord: '[Beklaagde] handhaaft dit artikel. De in het Programma van eisen eis 32 is gerelateerd aan eis 31 en betreft de POC. Artikel 13.1 van de algemene inkoopvoorwaarden geldt voor alle andere levertermijnen. Zoals bijvoorbeeld uitbreidingen in de toekomst. [Beklaagde] biedt in artikel 13.1 de opdrachtnemer de mogelijkheid om binnen een redelijke termijn (na sommatie) aan de verplichtingen te voldoen alvorens over te gaan om opdrachtnemer voor financiële consequenties aansprakelijk te stellen.'

- 1.6.6. Vraag Algemene inkoopvoorwaarden: 'Art. 7.3. Het is niet redelijk dat alle levertermijnen fataal zijn. Verzoek om dit artikel buiten toepassing te verklaren. In het PvE staan reeds diverse fatale termijnen genoemd.'

Antwoord: [*Zie het antwoord bij 1.6.5, Commissie*].

- 1.6.7. Vraag Concept overeenkomst: 'Art. 7.5. Verzoek om toe te voegen dat in geval van overlap of tegenstrijdigheden de bepalingen van de overeenkomst voorrang hebben boven de algemene voorwaarden.'

Antwoord: 'Dit is akkoord, de concept overeenkomst prevaleert boven de algemene inkoopvoorwaarden indien hierin tegenstrijdigheid is. In de bijlage is een nieuwe versie van de conceptovereenkomst opgenomen.'

- 1.6.8. Vraag Concept overeenkomst: 'Art. 4.5. Het is niet redelijk dat deze vrijwaringsverplichting ongelimiteerd in hoogte is. Verzoek om de beperkingen in aansprakelijkheid uit lid 3 en 4 op deze vrijwaringsverplichting van toepassing te verklaren.'

Antwoord: [*Zie het antwoord in 1.6.1, Commissie*].

- 1.6.9. Vraag Concept overeenkomst: 'Art. 4.4. Ter beperking van onze bedrijfsrisico's en om verzekeringstechnische redenen kan leverancier geen aansprakelijkheid voor indirecte en gevolgschade aanvaarden. Verzoek om aansprakelijkheid voor indirecte en gevolgschade uit te sluiten. In geval de schade is veroorzaakt door opzet of grove schuld van leverancier komen deze beperkingen in aansprakelijkheid uiteraard te vervallen.'

Antwoord: [*Zie het antwoord in 1.6.1, Commissie*].

- 1.6.10. Vraag Concept overeenkomst: 'Art. 4.3. Ter beperking van onze bedrijfsrisico's en om verzekeringstechnische redenen kan leverancier geen ongelimiteerde aansprakelijkheid voor directe schade aanvaarden. Het eisen van een ongelimiteerde aansprakelijkheid is bovendien in strijd met het aanbestedingsrecht, meer concreet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Verzoek om aansprakelijkheid voor directe schade te beperken tot een bedrag van 500.000 euro per schadegeval en 1.000.000 euro per jaar. Deze bedragen zijn zeer redelijk in verhouding tot de verwachte contractwaarde. In geval de schade is veroorzaakt door opzet of grove schuld van leverancier komen deze beperkingen in aansprakelijkheid uiteraard te vervallen.'

Antwoord: [Zie het antwoord in 1.6.1, Commissie].

- 1.6.11. Vraag Concept overeenkomst: 'Art. 4.2. U stelt als eis dat inschrijver een minimale verzekeringsdekking heeft van 2mi euro per gebeurtenis. Verzekeringen hebben standaard ook een dekking per jaar. Wij verzoeken u dan ook om een minimale verzekeringsdekking per jaar op te nemen van 4mi euro.'

Antwoord: [Zie het antwoord in 1.6.1, Commissie].

- 1.6.12. Vraag Aanbestedingsleidraad: 'Par. 5.2.2. U stelt als eis dat inschrijver een minimale verzekeringsdekking heeft van 2mi euro per gebeurtenis. Verzekeringen hebben standaard ook een dekking per jaar. Wij verzoeken u dan ook om een minimale verzekeringsdekking per jaar op te nemen van 4mi euro.'

Antwoord: [Zie het antwoord in 1.6.1, Commissie].

- 1.6.13. Vraag PvE, Eis 31&32: 'Er geldt 12 weken voor de implementatie, inclusief alle testen. Is dit exclusief de migratie? En heeft opdrachtgever er rekening mee gehouden dat levering van hardware een groot deel van deze tijd in beslag neemt?'

Antwoord: 'Eis blijft gehandhaafd. De periode van 12 weken is inclusief migratie en er is rekening gehouden met de leveringstermijn van de hardware componenten. Levertijd componenten bedraagt doorgaans maximaal 3 tot 4 weken.'

- 1.6.14. Vraag Eis 32: 'Onbegrensde boetes zijn niet proportioneel en in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Wij verzoeken u het totaal aan boetes te begrenzen op 5% van de opdrachtwaarde. Hoge boetes zorgen voor onnodig hoge risico toeslagen die in uw nadeel werken en onbegrensde boetes zorgen voor onacceptabele risico's voor leveranciers die leiden tot no-bid en een beperking van uw keuzemogelijkheden tussen partijen.'

Antwoord: 'Eis blijft gehandhaafd. Dit heeft niets te maken met proportionaliteitsbeginsel . Gegadigde/Opdrachtnemer heeft immers zelf controle over de hoogte van de boete. Daarnaast kan de schade voor de Opdrachtgever veel hoger zijn dan de initiële opdrachtwaarde als oplevering voortdurend wordt uitgesteld.'

- 1.6.15. Vraag Bijlage 2 Programma van Eisen: 'Eis 32. Het is niet redelijk dat de boetes worden berekend over de aanschafprijs van de producten vermeerderd met het support tarief voor het eerste jaar support. Op overschrijding van de SLA's voor support is ook al een separaat boetebeding van toepassing (eis 132). Verzoek om de boete enkel te berekenen over de aanschafprijs van de producten.'

Antwoord: 'De Eis zal worden aangepast. Boete geldt alleen over aanschafprijs. Er is immers nog geen sprake van een onderhoudsverplichting zolang de apparatuur in de ogen van [Beklaagde] niet is opgeleverd. (INFORMATIEREGEL AANPASSEN)'

- 1.6.16. Vraag Bijlage 2 Programma van Eisen: 'Eis 32. Dit boetebeding is ongelimiteerd in hoogte. Het eisen van ongelimiteerde boetes is in strijd met het aanbestedingsrecht, meer concreet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Wij verzoeken u om een maximaal verschuldigde boete/korting op te nemen van 15% van de waarde van de initiële aanschaf.'

Antwoord: 'Eis blijft gehandhaafd. Dit heeft niets te maken met proportionaliteitsbeginsel . Gegadigde/Opdrachtnemer heeft immers zelf controle over de

hoogte van de boete. Daarnaast kan de schade voor de Opdrachtgever veel hoger zijn dan de initiële opdrachtwaarde als oplevering voortdurend wordt uitgesteld.'

1.7. In de tweede Nota van Inlichtingen van onbekende datum zijn de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.7.1. Vraag Concept overeenkomst: 'Vraag over aangepaste concept overeenkomst, artikel 4.4. Verzoek om de beperkingen in aansprakelijkheid uit lid 2 en 3 op deze vrijwaring van toepassing te verklaren. Het is niet redelijk en niet toegestaan om een ongelimiteerde vrijwaring te eisen.'

Antwoord: 'Het artikel wordt niet aangepast. Aanbestedende dienst verlangt geen aansprakelijkheid die ongelimiteerd is. De vrijwaring wordt hier opgenomen als adequaat. Dit is wel toegestaan.'

1.7.2. Vraag Concept overeenkomst: 'Vraag over aangepaste concept overeenkomst, artikel 4.3. Ter beperking van onze bedrijfsrisico's en om verzekeringstechnische redenen kan leverancier geen aansprakelijkheid voor indirecte en gevolgschade (zoals gedeelde winst, gedeelde inkomsten en verlies van gegevens) aanvaarden. Wij wijzen u erop dat het conform de Gids Proportionaliteit van groot belang dat de risico's verzekeraar zijn. Wij wijzen erop dat het risico op aansprakelijkheid voor indirecte/gevolgschade niet verzekeraar is. Tevens is van belang wat een gebruikelijke aansprakelijkheidseis is in de van toepassing zijnde markt. In de ICT markt is de eis die u stelt niet gebruikelijk. Wij verzoeken u dan ook dringend om aansprakelijkheid voor indirecte en gevolgschade uit te sluiten. In geval de schade is veroorzaakt door opzet of grove schuld van opdrachtnemer komt deze beperking in aansprakelijkheid uiteraard te vervallen'

Antwoord: 'Per abuis is het opgegeven artikel opgenomen in de Nota van Inlichtingen 1 niet verwerkt in de Herziende concept overeenkomst. Deze is nu juist aangepast en wordt tegelijkertijd met de publicatie van deze Nota van Inlichtingen (2) gepubliceerd. Opgenomen in de NvI 1 is: De beroepsaansprakelijkheid kunnen wij in principe aanpassen naar hetgeen in uw branche qua hoogte gebruikelijk is. Echter, om deze aansprakelijkheid te laten afhangen van hetgeen uw verzekeringsmaatschappij voornemens is uit te keren bij schade, is voor [Beklaagde] onacceptabel. Wij stellen voor om het huidige artikel 16 van onze algemene voorwaarden te vervangen door artikel 14 van het standaard VNG-model algemene voorwaarden en dit te verwerken in de concept overeenkomst, Aansprakelijkheid en verzekering. Door het gebruik van artikel 14 lid 2 nemen wij geen hoogte van het aansprakelijkheidsbedrag in de voorwaarden op, maar verwijzen wij, door gebruik te maken van het woord 'adequaat' naar de omstandigheden per geval. In de bijlage is een nieuwe versie van de conceptovereenkomst opgenomen.

De standaard voorwaarden van de VNG luiden als volgt:

14.1. De Contractant vrijwaart de Gemeente tegen eventuele aanspraken van derden terzake van schade door deze derden geleden ten gevolge van de uitvoering door de Contractant van de Overeenkomst en het gebruik of toepassing van de geleverde Goederen of Diensten van de Contractant.

14.2. De Contractant zal vanaf het aangaan van de Overeenkomst adequaat verzekerd zijn voor het uitvoeren van de Overeenkomst en zal zich adequaat verzekerd houden gedurende de uitvoering van de Overeenkomst.

14.3. De Contractant zal het verzekerd bedrag en de polisvoorwaarden gedurende de uitvoering van de Overeenkomst niet ten nadele van de Gemeente wijzigen, tenzij de Gemeente hiervoor haar expliciete en schriftelijke toestemming heeft gegeven.

14.4. Eventuele verzekeringen die noodzakelijk zijn in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst en waarover de Contractant nog niet beschikt, zal de Contractant afsluiten tenminste voor de periode van de uitvoering van de Overeenkomst.'

- 1.7.3. Vraag Concept overeenkomst: 'Vraag over aangepaste concept overeenkomst, artikel 4.2. Ter beperking van onze bedrijfsrisico's en om verzekeringstechnische redenen kan leverancier geen ongelimiteerde aansprakelijkheid voor directe schade aanvaarden. Het eisen van een ongelimiteerde aansprakelijkheid is bovendien in strijd met het aanbestedingsrecht, meer concreet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Wij verwijzen naar par. 3.9 van de Gids Proportionaliteit. Verzoek om aansprakelijkheid voor directe schade te beperken tot een bedrag van 500.000 euro per schadegeval en 1.000.000 euro per jaar. Deze bedragen zijn zeer redelijk in verhouding tot de verwachte contractwaarde. In geval de schade is veroorzaakt door opzet of grove schuld van leverancier komen deze beperkingen in aansprakelijkheid uiteraard te vervallen.'

Antwoord: [Zie het antwoord in 1.7.2, Commissie].

- 1.7.4. Vraag Programma van Eisen: 'Vraag over beantwoording van diverse vragen over Eis 32 in eerste nota van inlichtingen. Er is door diverse partijen gevraagd om de boete in eis 32 te limiteren tot een maximum percentage van de initiële aanschaf prijs. Het eisen van ongelimiteerde boetes is namelijk in strijd met het aanbestedingsrecht, meer concreet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. U antwoord dat dit niets te maken heeft met het proportionaliteitsbeginsel, omdat inschrijver zelf controle heeft over de hoogte van de boete. Wij zijn het hiermee niet eens. Wij wijzen er nogmaals op dat het eisen van ongelimiteerde boetes in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel. Wij verwijzen naar par. 3.9 van de Gids Proportionaliteit. Wij verzoeken u daarom dringend om een maximaal verschuldigde boete op te nemen van 15% van de waarde van de initiële aanschaf prijs.'

Antwoord: [Zie het antwoord in 1.7.2, Commissie].

- 1.8. In de herziene concept-overeenkomst luidt artikel 4 als volgt:

'Artikel 4. Aansprakelijkheid

1. De Opdrachtnemer vrijwaart Opdrachtgever tegen eventuele aanspraken van derden terzake van schade door deze derden geleden ten gevolge van de uitvoering door de Opdrachtnemer van de Overeenkomst en het gebruik of toepassing van de geleverde Goederen of Diensten van de Opdrachtnemer.
2. De Opdrachtnemer zal vanaf het aangaan van de Overeenkomst adequaat verzekerd zijn voor het uitvoeren van de Overeenkomst en zal zich adequaat verzekerd houden gedurende de uitvoering van de Overeenkomst.
3. De Opdrachtnemer zal het verzekerd bedrag en de polisvoorwaarden gedurende de uitvoering van de Overeenkomst niet ten nadele van de Opdrachtgever wijzigen, tenzij de Opdrachtgever hiervoor haar expliciete en schriftelijke toestemming heeft gegeven.
4. Eventuele verzekeringen die noodzakelijk zijn in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst en waarover de Opdrachtnemer nog niet beschikt, zal de Opdrachtnemer afsluiten tenminste voor de periode van de uitvoering van de Overeenkomst.'

- 1.9. In de derde Nota van Inlichtingen van 5 april 2016 is de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag: 'Vraag over beantwoording van diverse vragen over Eis 32 in eerste nota van inlichtingen.'

Er is door diverse partijen gevraagd om de boete in eis 32 te limiteren tot een maximum percentage van de initiële aanschaf prijs. Het eisen van ongelimiteerde boetes is namelijk in strijd met het aanbestedingsrecht, meer concreet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. U antwoordt dat dit niets te maken heeft met het proportionaliteitsbeginsel, omdat inschrijver zelf controle heeft over de hoogte van de boete.

Wij zijn het hiermee niet eens. Wij wijzen er nogmaals op dat het eisen van ongelimiteerde boetes in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel. Wij verwijzen naar par. 3.9 van de Gids Proportionaliteit. Wij verzoeken u daarom dringend om een maximaal verschuldigde boete op te nemen van 15% van de waarde van de initiële aanschaf prijs.'

Antwoord: 'Abusievelijk is in de beantwoording van de 2de Nota van Inlichtingen een verkeerd antwoord publiceert. Antwoord moet zijn:

Eis blijft gehandhaafd zoals aangepast in de verschillende vragen die zijn opgenomen in de eerste Nota van Inlichtingen:

In de herziende versie van het Programma van Eisen luidt eis 32:

E32. Indien Opdrachtnemer de termijn gesteld in Eis 31 overschrijdt door oorzaken die aan Opdrachtnemer verwijtbaar zijn, zal de Opdrachtnemer korting op de factuurprijs verschuldigd zijn zoals hieronder wordt beschreven, uitgezonderd situaties van overmacht;

- Vertraging tussen 1 en 5 werkdagen: 3% van de initiële aanschaf
- Vertraging tussen 6 en 10 werkdagen: 6% van de initiële aanschaf
- Vertraging na 10 werkdagen: 3% van de initiële aanschaf voor elke navolgende werkdagen

Informatie bij E 32

Met de initiële aanschaf bedoelt Opdrachtgever, de waarde van de initiële aanschaf bestaande uit de aanschaf van de Aangeboden Oplossing.'

- 1.10. Bij brief van 13 april 2016 heeft klager een klacht ingediend bij beklaagde.
- 1.11. Beklaagde heeft op 29 april 2016 op deze klacht gereageerd.

2. Beschrijving klacht

2.1. De Commissie heeft de klacht onderverdeeld in twee klachtonderdelen.

2.2. Klachtonderdeel 1

Beklaagde vraagt met artikel 4 van de Concept overeenkomst, zoals gewijzigd in de tweede Nota van Inlichtingen, een ongelimiteerde aansprakelijkheid. Dat is volgens klager in strijd met de voorschriften opgenomen in paragraaf 3.9 Gids Proportionaliteit.

2.3. Klachtonderdeel 2

Beklaagde vraagt met Eis 32 van het Programma van Eisen, zoals gewijzigd in de derde Nota van Inlichtingen, een ongelimiteerde boete. Dat is volgens klager in strijd met de voorschriften opgenomen in paragraaf 3.9 Gids Proportionaliteit.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager heeft beklagde meermalen verzocht de ongelimiteerde aansprakelijkheid en het ongelimiteerde boetebeding bij te stellen. Het eisen van ongelimiteerde aansprakelijkheid en ongelimiteerde boetes is in strijd met het aanbestedingsrecht, meer concreet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Klager verwijst in dit kader naar paragraaf 3.9 van de Gids Proportionaliteit.
- 3.2. Volgens klager gaat beklagde eraan voorbij dat de tekst van de Concept overeenkomst op grond van artikel 1.2 van die Concept overeenkomst prevaleert boven de inhoud van de Nota's van Inlichtingen. De aansprakelijkheid is ongelimiteerd. Met betrekking tot het ongelimiteerd boetebeding stelt beklagde dat het irreal is dat er telkens een overschrijding van de termijn zou kunnen plaatsvinden waardoor de boete niet ongelimiteerd is. Klager kan zich niet vinden in deze uitleg. Ook het boetebeding is ongelimiteerd.
- 3.3. Gezien de eisen betreffende onbeperkte aansprakelijkheid en het ongelimiteerde boetebeding heeft klager besloten van inschrijving af te zien. Klager wil dat beklagde haar eisen bijstelt.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Gedurende de aanbestedingsprocedure heeft beklagde de vragen van de potentiële inschrijvers over de aansprakelijkheid en het boetebeding beantwoord. Alleen klager had ook in de tweede vragenronde en na de deadline voor het stellen van vragen nog de behoefte om door te vragen op deze onderdelen. De overige marktpartijen hebben na het verzenden van de eerste Nota van Inlichtingen geen aanleiding meer gezien om vragen te stellen over deze onderwerpen.
- 4.2. Klager stelt als oplossing voor dat beklagde haar eisen omtrent aansprakelijkheid en boetebeding bijstelt. Beklagde heeft meerdere keren aangegeven dat de interpretatie van klager onjuist is (zie de reactie van beklagde onder 4.3 en 4.4 hierna). Volgens beklagde is er dus geen aanleiding om de eisen aan te passen. Bovendien verstreek op 13 april 2016, de datum waarop ook de brief van klager is gedateerd (en die beklagde op 14 april 2016 per e-mail heeft ontvangen), de deadline voor het indienen van de inschrijvingen. De beoordelingsprocedure is vanaf dat moment gestart en bevindt zich inmiddels in de afrondende fase. Beklagde stelt dat het derhalve niet meer mogelijk is om binnen de aanbestedingsprocedure de eisen aan te passen. Bovendien is het gezien de levensduur van de huidige apparatuur van groot belang om op korte termijn over te gaan tot het gunnen van de opdracht.
- 4.3. Klachtonderdeel 1

Beklagde stelt geen aansprakelijkheid te hebben geëist met een ongelimiteerde omvang. Het antwoord op vragen is steeds (letterlijk) geweest dat beklagde géén ongelimiteerde vrijwaring eist maar aan de inschrijvers vraagt adequaat verzekerd te zijn naar de omstandigheden per geval. Dit houdt volgens beklagde in dat de aansprakelijkheid zo ver gaat als de inschrijver verzekerd is, hetgeen aansluit op de gebruikelijke aansprakelijkheid in de branche (Voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit). Uit de antwoorden blijkt dat juist het hebben van een voldoende, passende verzekering naar de omstandigheden van het geval voor beklagde voldoende is. Daarmee eist beklagde geen ongelimiteerde aansprakelijkheid.

4.4. Klachtonderdeel 2

- 4.4.1. Uit de tekst van Eis 32, samen met de extra informatie over Eis 32 in Nota van Inlichtingen 1 en 3, is op te maken dat een eventuele boete wordt berekend over de waarde van de initiële afname; te weten de waarde van de aangeboden oplossing (exclusief service en onderhoud van het eerste jaar). Vanzelfsprekend is geen waarde ingevuld bij "initiële afname"; hierdoor zou beklagde haar raming prijsgeven hetgeen de aanbesteding negatief had kunnen beïnvloeden. De hoogte van de initiële aanschaf wordt dus bepaald door de prijsaanbieding die de inschrijver doet.
- 4.4.2. Tot aan een overschrijding van 10 werkdagen op de implementatietermijn is de boete duidelijk gelimiteerd. Voor de overschrijding van meer dan 10 werkdagen geldt een boete van 3% per vijf werkdagen. Ook deze is niet ongelimiteerd. Beklaagde acht het volkomen irreëel aan te nemen dat de overschrijding van vijf werkdagen iedere keer opnieuw zou plaatsvinden, tot in het oneindige. Een opdrachtnemer zou dan immers – opzettelijk – wanpresteren, hetgeen ertoe zou leiden dat beklagde zou inzetten op contractbeëindiging. Het is niet juist te veronderstellen dat het gaat om een ongelimiteerde boete, nu de veronderstelling dat de boete kan blijven doorlopen slechts een theoretische mogelijkheid is.
- 4.4.3. Volgens beklagde volgt uit artikel 6:75 BW dat wanneer het niet-presteren in het geheel niet te wijten is aan de opdrachtnemer, de boete vanzelfsprekend niet verschuldigd is. Dit volgt uit de tekst van het artikel: "Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend". Het risico voor opdrachtnemer wordt hierdoor beperkt tot gevallen waarin opdrachtnemer zelf willens en wetens niet presteert.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de vervanging van Storage- en Server Infrastructuur en de service en het onderhoud hierop. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012; Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Alvorens de Commissie de klachtonderdelen zal behandelen, zal zij zich hierna eerst uitlaten over het daarbij te hanteren toetsingskader.
- 5.2.1. Artikel 1.10, lid 1 Aw 2012 luidt, voor zover relevant, als volgt:
- 'Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.'
- 5.2.2. Krachtens het vierde lid dient een aanbestedende dienst de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit toe te passen of een afwijking daarvan te motiveren in de aanbestedingsstukken.
- 5.2.3. Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit luidt als volgt:
- 'De aanbestedende dienst alloceert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.'

5.2.4. In Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit is vervolgens bepaald:

'1. De aanbestedende dienst verlangt geen aansprakelijkheid die op geen enkele manier gelimiteerd is.'

5.3. Zoals de Commissie in eerdere Adviezen heeft overwogen, verhouden de Voorschriften 3.9 A en 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit zich als volgt tot elkaar in gevallen waarin de proportionaliteit van een contractuele regeling van de (beperking van) aansprakelijkheid van de opdrachtnemer moet worden beoordeeld.

5.3.1. Een contractuele regeling kan allereerst tot onbeperkte aansprakelijkheid van de opdrachtnemer leiden, wanneer die regeling er in voorziet dat het risico – namelijk: dat zich in verband met de uitvoering van de opdracht een gebeurtenis voordoet die tot schade leidt – te allen tijde bij de opdrachtnemer wordt gealloceerd. In een dergelijk geval kan zo'n contractuele regeling een afwijking inhouden van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. Van een dergelijke afwijking zal geen sprake zijn in het geval dat een contractuele risicoregeling ontbreekt – in welk geval immers kan worden teruggevallen op het stelsel van het Burgerlijk Wetboek (zie art. 6:74 e.v. BW) – of de in het contract voorziene risicoregeling bij dat wettelijk stelsel aansluit (vergelijk Adviezen 40 en 42, overweging 6.2; Advies 154, overweging 6.2.8; Advies 331, overweging 5.6).

5.3.2. Een contractuele regeling kan in de tweede plaats tot onbeperkte aansprakelijkheid van de opdrachtnemer leiden, wanneer zijn aansprakelijkheid op grond van de wet of een contractuele risicoregeling in beginsel kan worden gevestigd (zie 5.3.1 hiervoor) en het contract er expliciet in voorziet dat zijn schadevergoedingsverbintenis naar de inhoud, omvang of duur daarvan ongelimiteerd is. In een dergelijk geval – dat zich voordeed in de casus die speelde in Advies 331 – vormt een dergelijke contractuele voorziening een afwijking van Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit. Van een dergelijke afwijking zal geen sprake zijn in het geval dat zo'n expliciete voorziening in het contract ontbreekt – in welk geval immers kan worden teruggevallen op het stelsel van het Burgerlijk Wetboek (zie in het bijzonder afdeling 6.1.10 BW) – of de in het contract voorziene regeling bij dat wettelijk stelsel aansluit (vergelijk Adviezen 40 en 42, overweging 6.5.2; Advies 154, overwegingen 6.2.2 t/m 6.2.6; Advies 331, overweging 5.7).

5.3.3. De Commissie merkt tot slot op dat wanneer de schadevergoedingsverbintenis van de opdrachtnemer naar de inhoud, omvang of duur daarvan wel expliciet in het contract is gelimiteerd, de inhoud van die regeling eventueel nog een afwijking kan inhouden van Voorschrift 3.9 D, lid 2, Gids Proportionaliteit (vergelijk Advies 13, overweging 6.2; Adviezen 40 en 42, overwegingen 6.5.3 en 6.5.4; Advies 154, overwegingen 6.2.7 t/m 6.2.16). Die kwestie is in de onderhavige klacht echter niet aan de orde gesteld. Klager stelt in de kern immers dat beklagde met artikel 4 Concept overeenkomst en Eis 32 van het Programma van Eisen een ongelimiteerde aansprakelijkheid respectievelijk boete heeft uitgevraagd.

5.4. Klachtonderdeel 1

- 5.4.1. Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel dient het volgende voorop te worden gesteld. Klager stelt met het klachtonderdeel dat beklagde met artikel 4 Concept overeenkomst een ongelimiteerde aansprakelijkheid heeft gevraagd. De leden 2 t/m 4 van dat artikel voorzien echter niet in een contractuele regeling van de (beperking van) aansprakelijkheid van de opdrachtnemer: zij betreffen diens verzekeringsplicht. Uit deze bepalingen – in het bijzonder het tweede lid – volgt naar het oordeel van de Commissie slechts dat de opdrachtnemer zich moet verzekeren tegen aansprakelijkheid voor schade, voor zover zijn aansprakelijkheid op grond van de wet en het contract kan worden gevestigd (zie 5.3.1 hiervoor) en voor zover diens schadevergoedingsplicht in dat geval reikt (zie 5.3.2 hiervoor). Het voorgaande betekent dat de leden 2 t/m 4 van artikel 4 Concept overeenkomst bij de beoordeling van het klachtonderdeel verder buiten beschouwing kunnen blijven.
- 5.4.2. Gelet op het voorgaande spitst het klachtonderdeel zich toe op artikel 4, lid 1, Concept overeenkomst, waarin is bepaald:
- ‘1. De Opdrachtnemer vrijwaart Opdrachtgever tegen eventuele aanspraken van derden terzake van schade door deze derden geleden ten gevolge van de uitvoering door de Opdrachtnemer van de Overeenkomst en het gebruik of toepassing van de geleverde Goederen of Diensten van de Opdrachtnemer.’
- 5.4.3. De Concept overeenkomst voorziet in artikel 4 lid 1 in aanvulling op de wet slechts in een contractuele regeling van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor schade die de opdrachtgever lijdt wanneer deze wordt aangesproken door derden ter zake van schade die deze derden op hun beurt hebben geleden ten gevolge van de uitvoering van de werkzaamheden door de opdrachtnemer. In alle overige gevallen waarin de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer in het geding kan zijn en die niet onder het toepassingsbereik van artikel 4 lid 1 Concept overeenkomst vallen, zal de opdrachtnemer ter beperking van zijn aansprakelijkheid kunnen terugvallen op de eerdergenoemde bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (zie 5.3.1 en 5.3.2 hiervoor). Voor wat betreft die overige gevallen voorziet de Concept overeenkomst dan ook niet in een onbeperkte aansprakelijkheid van de opdrachtnemer.
- 5.4.4. De te beantwoorden vraag is dan vervolgens of beklagde voor wat betreft het specifieke in artikel 4, lid 1, Concept overeenkomst geregelde geval heeft voorzien in een onbeperkte aansprakelijkheid van de opdrachtnemer en daarmee is afgeweken van de Voorschriften 3.9 A en 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit. De Commissie beantwoordt die vraag als volgt.
- 5.4.5. Beklaagde heeft met artikel 4 van de Concept overeenkomst beoogd om artikel 14 van de VNG Model Algemene Inkoopvoorwaarden (AIV) over te nemen (zie het antwoord in de eerste Nota van Inlichtingen in 1.6.1). In de toelichting op dat artikel wordt niet – in ieder geval niet expliciet – ingegaan op de aansprakelijkheidsregeling in het eerste lid van artikel 14 VNG Model AIV. In de toelichting op artikel 14 is echter wel aangegeven dat de VNG voor de regeling van aansprakelijkheid in algemene zin heeft willen aansluiten bij het Burgerlijk Wetboek (vergeleek ook Advies 154, overweging 6.2.10). De Commissie leest de formulering van artikel 14 lid 1 VNG Model AIV en van artikel 4 lid 1 Concept overeenkomst ook overigens niet zo dat de VNG respectievelijk beklagde de bedoeling hebben gehad daarmee te willen afwijken van het stelsel van het Burgerlijk Wetboek.

- 5.4.6. Het voorgaande betekent allereerst dat artikel 4, lid 1, Concept overeenkomst de toepassing van artikel 6:74 BW e.v. niet uitsluit en dat het zal moeten worden gelezen in samenhang met die wettelijke bepalingen. De consequentie daarvan is dat de opdrachtnemer alleen door de opdrachtgever in vrijwaring kan worden geroepen ter zake van schade door deze derden geleden voor zover die schade het gevolg is van een tekortkoming die aan de opdrachtnemer kan worden toegerekend conform het bepaalde in art. 6:74 BW e.v. Daarmee heeft beklagde het risico gealloceerd bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden en is zij niet afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit (zie 5.3.1 hiervoor).
- 5.4.7. Het voorgaande betekent bovendien dat – voor zover de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer jegens de opdrachtgever voor door derden geleden schade kan worden gevestigd – de opdrachtnemer ook voor wat betreft de beperking van zijn schadevergoedingsverbintenis naar de inhoud, omvang of duur daarvan een beroep kan doen op de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, zoals de bepalingen van afdeling 6.1.10. Artikel 4, lid 1, Concept overeenkomst sluit dat laatste immers niet uit. Daarmee is beklagde evenmin afgeweken van Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit (zie 5.3.2 hiervoor).
- 5.4.8. Het eerste klachtonderdeel is daarmee ongegrond.
- 5.4.9. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. Beklaagde heeft met artikel 4 van de Concept overeenkomst zoals gezegd beoogd om artikel 14 van de Model VNG AIV over te nemen. In de toelichting op dat artikel is onder meer vermeld dat het belangrijk is 'dat de Gemeente per Overeenkomst bekijkt welke verzekeringen belangrijk zijn voor de uitvoering van de Overeenkomst en deze vermeldt in de Offerteaanvraag'. De Commissie vraagt zich af of beklagde zich deze aanbeveling ter harte heeft genomen. Omdat de klacht daar echter niet op ziet, laat de Commissie het bij deze kanttekening.

5.5. Klachtonderdeel 2

- 5.5.1. Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel dient het volgende voorop te worden gesteld. Uit een in de 1^e Nota van Inlichtingen door beklagde beantwoorde vraag over Eis 32 van het Programma van Eisen kan worden afgeleid dat beklagde de intentie heeft gehad om in de oorspronkelijke formulering van de informatieregel behorende bij Eis 32 de zinsnede '+ 1 jaar Support op de Aangeboden Oplossing' te verwijderen (zie 1.3.2 en 1.6.15 hiervoor). Beklaagde heeft die zinsnede vervolgens ook verwijderd blijkens de laatste versie van Eis 32, zoals die aan de potentiële inschrijvers via de 3^e Nota van Inlichtingen is gecommuniceerd (zie 1.9 hiervoor). In die versie is nu echter ook bepaald dat de opdrachtnemer onder omstandigheden een korting op de factuurprijs verschuldigd zal zijn bij een vertraging na 10 werkdagen van '3% van de initiële aanschaf voor elke navolgende werkdagen'. De Commissie neemt aan dat hier sprake is van een omis-sie en dat beklagde heeft bedoeld te schrijven: '3% van de initiële aanschaf voor elke navolg[en]de **5** werkdagen', zoals dat ook in de oorspronkelijke versie van Eis 32 was bepaald. Uit de hiervoor bedoelde antwoorden van beklagde in de Nota's van Inlichtingen blijkt immers niet dat beklagde naast de informatieregel bij Eis 32 ook die eis zelf inhoudelijk heeft willen aanpassen. Ook de reactie van beklagde op de klacht bevestigt deze lezing (zie 4.4.2 hiervoor).

- 5.5.2. Uitgaande van de hiervoor bedoelde – juiste – lezing van Eis 32, stelt de Commissie vast dat die eis voorziet in een contractueel boetebeding zoals bedoeld in art. 6:91 BW. De korting op de factuurprijs die de opdrachtnemer ingevolge dit boetebeding verschuldigd zal zijn wanneer hij de termijn overschrijdt die in Eis 31 is gesteld, treedt dan in de plaats van de schadevergoeding waartoe hij op grond van de wet verplicht is (zie artikel 6:92, lid 2, BW).
- 5.5.3. De te beantwoorden vraag is vervolgens of beklagde voor wat betreft het specifieke in Eis 31 geregelde geval – namelijk: dat hij de in die eis gestelde termijn overschrijdt – in Eis 32 heeft voorzien in een onbeperkte korting op de factuurprijs en daarmee is afgeweken van de Voorschriften 3.9 A en 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit. De Commissie beantwoordt die vraag als volgt.
- 5.5.4. Uit de formulering van Eis 32 blijkt allereerst overduidelijk dat beklagde geen nakoming van het boetebeding kan vorderen indien overschrijding van de in Eis 31 gestelde termijn het gevolg is van oorzaken die niet aan opdrachtnemer verwijtbaar zijn of anderszins kwalificeren als situaties van overmacht. Daarmee sluit het boetebeding aan bij het stelsel van het Burgerlijk Wetboek (zie artikel 6:74 en artikel 6:92, lid 3, BW). Dat betekent dat beklagde het risico heeft gealloceerd bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden en dat zij niet is afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit (zie 5.3.1 hiervoor).
- 5.5.5. Uit de formulering van Eis 32 blijkt verder dat in het geval dat beklagde nakoming van het boetebeding kan vorderen – omdat overschrijding van de in Eis 31 gestelde termijn kwalificeert als een tekortkoming die aan de opdrachtnemer kan worden toegerekend – de omvang van de korting op de factuurprijs is vastgesteld op bepaalde percentages van de initiële aanschafwaarde van de door de opdrachtnemer aangeboden oplossing. Zoals hiervoor is vastgesteld (zie 5.5.1), bepaalt Eis 32 dat de korting op de factuurprijs bij een vertraging na 10 werkdagen 3% van de initiële aanschaf voor elke navolgende 5 werkdagen bedraagt. Daarmee bevat Eis 32 zelf weliswaar geen regeling van een beperking ten aanzien van de omvang van de korting die de opdrachtnemer op de factuurprijs verschuldigd zal zijn, maar daaruit volgt niet dat beklagde met Eis 32 een in omvang ongelimiteerde korting vraagt. De formulering van Eis 32 staat er immers niet aan in de weg – anders dan het geval was in de casus die speelde in Advies 331 – dat de opdrachtnemer een beroep doet op de in de wet voorziene mogelijkheid tot matiging van de in Eis 32 bedongen korting (artikel 6:94, lid 1, BW) of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248, lid 2, BW). Daarmee is beklagde evenmin afgeweken van Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit (zie 5.3.2 hiervoor).
- 5.5.6. Ook het tweede klachtonderdeel is ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht beide onderdelen van de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

Een aanbestedende dienst voldoet op zichzelf aan Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit wanneer hij in het door hem beoogde contract niet voorziet in een expliciete regeling van de limitering van de schadevergoedingsverbintenis van de aansprakelijke opdrachtnemer of van de korting die de opdrachtnemer op grond van een contractueel boetebeding verschuldigd is. In een dergelijk geval kan de opdrachtnemer immers terugvallen op het vangnet van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek. Echter, nog afgezien van het feit dat de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW weliswaar toepassing vinden in het kader van een schadevergoedingsverbintenis maar niet van toepassing zijn in het geval van een contractueel boetebeding, is het ook overigens zo dat een beroep op matiging (artikel 6:94 lid 1 BW) of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) de opdrachtnemer niet in alle gevallen voldoende soelaas zal kunnen bieden, omdat de rechter bij de beoordeling van een dergelijk beroep terughoudendheid moet betrachten. Daarom beveelt de Commissie – zoals ook de VNG dat doet in de Toelichting op artikel 14 VNG Model AIV – aanbestedende diensten aan om in voorliggende gevallen te onderzoeken (bijvoorbeeld door middel van een marktconsultatie) of en in hoeverre het raadzaam is om in het contract expliciet te voorzien in een limitering van de schadevergoedingsverbintenis – en eventueel van een verschuldigde boete – door middel van een maximumbedrag of maximumpercentage van de waarde van de opdracht. Wanneer dat onderzoek uitwijst dat een expliciete contractuele limitering zoals hiervoor bedoeld raadzaam is, doet de aanbestedende dienst er verstandig aan deze in het contract op te nemen.

Den Haag, 29 november 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid