

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 404

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 19 december 2016 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met betrekking tot de levering van kunststof leidingwerk voor riolering. De opdracht is verdeeld in drie percelen en per perceel zal een raamovereenkomst met één ondernemer worden gesloten.
- 1.2. In de aankondiging van de opdracht van 19 december 2016 is, onder meer, bepaald:

II 1.5) Geraamde totale waarde

Waarde zonder btw: 2 000 000,00 Munt: EUR

(...)

II.2) BESCHRIJVING

II.2.1) Benaming

Levering kunststof buizen ten behoeve van vrij verval riolering

Perceel nr.: 1

(...)

II 2.6) Geraamde waarde

Waarde zonder btw: 2 400 000,00 Munt: EUR

II.2.1) Benaming

Levering volwandige PVC buizen t.b.v. persleidingen

Perceel nr.: 2

II 2.6) Geraamde waarde

Waarde zonder btw: 300 000,00 Munt: EUR

II.2.1) Benaming

Levering kunststof buizen ten behoeve van infiltratie riolering

Perceel nr.: 3

II 2.6) Geraamde waarde

Waarde zonder btw: 150 000,00 Munt: EUR'

- 1.3. In het Programma van Eisen en wensen 'Perceel 1 - Levering kunststof buizen ten behoeve van vrij verval riolering' zijn onder meer de volgende eisen en wensen opgenomen:

'1.1 Eisen (Knock-out criteria)

Kwaliteit

(...)

1.1.1. De materialen moeten voldoen aan de van toepassing zijnde (N)EN-normen, alsmede de van toepassing zijnde KIWA-beoordelingsrichtlijnen.

(...)

1.1.2. De materialen moeten worden geleverd onder KOMO-certificaat, met KOMO-keurmerk, danwel met een KOMO-keurmerk voor partijkeuringen of met een gelijkwaardige kwaliteitsverklaring van een door de Nederlandse Raad voor Certificatie erkende certificerende instelling. Alle goedgekeurde materialen moeten van een KOMO-merk zijn voorzien.

(...)

1.1.3. De eventuele controle tijdens de vervaardiging, de beproeving van het product direct na voltooiing en de eindkeuring in de fabriek zullen namens de opdrachtgever worden verricht door KIWA N.V. Kosten voor extra keuringen ten gevolge van geconstateerde gebreken aan het product komen ten laste van de leverancier.

(...)

1.1.5. Afdeling riolering eist dat de kwaliteit van de aangeboden producten gedurende de looptijd van de overeenkomst constant is. Onder constante kwaliteit wordt onder andere (maar niet beperkend tot) verstaan: een constante technische kwaliteit en constante toepasbaarheid van artikelen.

(...)

1.1.6. De buizen dienen te allen tijde recht te zijn bij het verwerken. Als uitgangspunt wordt hiervoor de standaard RAW gehandhaafd, zo ook voor de toleranties.

(...)

1.1.15. 88 graden bocht \varnothing 125 en 160 mm dient geen scherpe inwendige hoek te hebben maar dient vloeiend te lopen. Tijdens eventuele proefopstelling wordt hierop getest. Tijdens doorspuiten dient de spuitkop makkelijk door te lopen.

De inschrijver aan wie Aanbestedende dienst voornemens is de opdracht te gunnen, dient na eventueel verzoek daartoe in de verificatiefase een nader gespecificeerd aantal producten kosteloos te leveren ten behoeve van een test met proefopstelling. Met de proefopstelling zal Aanbestedende dienst onder andere verifiëren of de geboden functionaliteit in de praktijk werkbaar is en of er geen hinder wordt ondervonden met het toepassen van één of meer producten.

(...)

1.1.16. Alle hulpstukken \varnothing 125 mm: Aanbestedende dienst eist dat de hulpstukken makkelijk op de buizen gemonteerd kunnen worden. Een opstaande rand

waarop met een hamer geslagen kan worden heeft de voorkeur. In de praktijk blijken monteurs veel kracht nodig te hebben om een mof over een buis heen te krijgen.

De inschrijver aan wie Aanbestedende dienst voornemens is de opdracht te gunnen, dient na eventueel verzoek daartoe in de verificatiefase een nader gespecificeerd aantal soorten hulpstukken van \varnothing 125 mm te leveren ten behoeve van een test met proefopstelling. Met de proefopstelling wil Aanbestedende dienst onder andere verifiëren of de geboden functionaliteit in de praktijk werkbaar is en of er geen hinder wordt ondervonden met het toepassen van één of meer producten.

(...)

Duurzaamheid

1.1.27. De criteria voor Duurzaam Inkopen zijn voor productgroep Riolering te vinden op <http://www.pianoo.nl/themas/duurzaam-inkopen/productgroepen>. Inschrijver verklaart dat uw Inschrijving in ieder geval voldoet aan de in het document gestelde minimum eisen.

(...)

Voorwaarden

1.1.28. Op de Overeenkomst zullen de Algemene Inkoopvoorwaarden Leveringen 2014 [Beklaagde] van toepassing zijn. De Verkoopvoorwaarden van de Inschrijver worden uitdrukkelijk uitgesloten.

Daarnaast worden branchevoorwaarden of andere voorwaarden van leverancier en/of producent worden uitdrukkelijk afgesloten.

Deze Algemene Inkoopvoorwaarden zijn in te zien op [website Beklaagde] en/of bij het Inkoopbeleid van [Beklaagde] in Negometrix.

Inschrijver heeft de gelegenheid om tijdens de vragenronde(s) inhoudelijke suggesties voor aanpassingen op de Algemene Inkoopvoorwaarden te doen. Indien [Beklaagde] akkoord is met de wijziging, zal de gewijzigde tekst opgenomen worden in de definitieve overeenkomst.

(...)

Af te sluiten overeenkomst

1.1.29. De conceptversie van de Raamovereenkomst vindt u in de bijlage.

- Inschrijver heeft de gelegenheid om tijdens de vragenronde(s) inhoudelijke suggesties voor aanpassingen op de conceptversie van de raamovereenkomst te doen. Indien [Beklaagde] akkoord is met de wijziging, zal de gewijzigde tekst opgenomen worden in de definitieve raamovereenkomst.

(...)

Inschrijver verklaart akkoord te gaan met de conceptversie van de overeenkomst en hetgeen hierboven is gesteld.

(...)'

- 1.4. In de Programma's van Eisen 'Perceel 2 - Levering volwandige PVC buizen t.b.v. persleidingen' en 'Perceel 3 - Levering kunststof buizen ten behoeve van infiltratie riolering' zijn voormelde eisen 1.1.1-1.1.3, 1.1.5 en 1.1.6 eveneens opgenomen. Eisen 1.1.27-1.2.29 zijn hierin terug te vinden als 1.1.23-1.2.25.

- 1.5. In de Algemene Inkoopvoorwaarden voor leveringen [Beklaagde] 2014 (hierna: Algemene Inkoopvoorwaarden van beklagde) is onder meer het volgende opgenomen:

(...)

II UITVOERING VAN DE OVEREENKOMST

(...)

3. Levering en eigendomsoverdracht

(...)

3.2 De overeengekomen leveringsdatum, of -data, of -termijn(en) gelden als vast en fataal. Indien niet binnen de overeengekomen termijn op de overeengekomen plaats het Product is afgeleverd, is de Leverancier zonder ingebrekestelling in verzuim.

3.3 Onverminderd het bepaalde in lid 2 is de Leverancier bij overschrijding door de Leverancier van de overeengekomen leveringsdatum, of -data, of -termijn(en) anders dan door overmacht, een direct opeisbare boete verschuldigd van 0,1% van de prijs van het desbetreffende Product voor elke dag dat deze tekortkoming voortduurt, tot een maximum van 10%. Indien de Levering anders dan door overmacht blijvend onmogelijk is geworden, is de boete van in totaal 10% van de prijs van het desbetreffende Product onmiddellijk geheel verschuldigd.

3.4 De in lid 3 bedoelde boete komt de Koper toe onverminderd alle andere rechten of vorderingen, daaronder mede begrepen:

(a) de vordering tot nakoming van de verplichting tot Levering van het Product (voor zover nakoming niet blijvend onmogelijk is geworden);

(b) het recht op schadevergoeding.

(...)

5. Garantie

5.1 De Leverancier garandeert dat het afgeleverde Product aan de Overeenkomst beantwoordt, vrij van gebreken is en geschikt is voor het doel waarvoor het Product is bestemd. Het Product beantwoordt niet aan de Overeenkomst, indien het Product niet de eigenschappen bezit die de Koper op grond van de Overeenkomst mocht verwachten.

5.2 Voor zover de Koper geen nadere omschrijving van de aan het Product te stellen eisen heeft gegeven, dient het Product in ieder geval van goede kwaliteit te zijn en ten minste aan de gebruikelijke eisen van deugdelijkheid, doelmatigheid, afwerking en aan alle wettelijke eisen en gebruikelijke branchevoorschriften betreffende kwaliteit, veiligheid, gezondheid en milieu te voldoen.

5.3 De Koper kan er geen beroep meer op doen dat het Product niet aan de Overeenkomst beantwoordt, indien hij de Leverancier daarvan niet schriftelijk in kennis heeft gesteld binnen 60 dagen nadat hij dit heeft ontdekt. Indien de Leverancier van de Koper een dergelijke kennisgeving ontvangt, zal de Leverancier binnen een door de Koper in de desbetreffende kennisgeving gestelde termijn het gebrek of de non-conformiteit overeenkomstig het bepaalde in Artikel 13 verhelpen.

5.4 De Leverancier garandeert dat het afgeleverde Product vrij is van iedere bijzondere last of beperking die de Koper niet uitdrukkelijk en schriftelijk heeft aanvaard. De Leverancier vrijwaart de Koper tegen iedere aanspraak ter zake.

5.5 De Koper kan verlangen dat als zekerheid voor de nakoming van de (garantie)verplichtingen van de Leverancier op grond van de Overeenkomst een procesgarantie wordt afgegeven door een door de Koper aanvaarde kredietinstelling.

(...)

V TEKORTSCHIETEN IN DE NAKOMING, ONTBINDING

13. Tekortschieten in de nakoming

13.1 Indien het afgeleverde Product niet aan de in Artikel 5 bedoelde garanties voldoet, kan de Koper eisen dat de Leverancier het Product herstelt of vervangt. De daarmee gemoeide kosten komen voor rekening van de Leverancier.

13.2 Indien de Leverancier niet, nadat hij daartoe door de Koper schriftelijk is aangemaand, binnen de daarin gestelde termijn voldoet aan een eis als bedoeld in lid 1, is de Koper, zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst, bevoegd te kiezen tussen:

(a) vervanging of herstel van het Product door een derde op kosten en voor rekening van de Leverancier;

(b) retournering van het desbetreffende Product voor rekening en risico van de Leverancier en ontbinding van de Overeenkomst overeenkomstig het bepaalde in Artikel 16 en dientengevolge creditering van (het gedeelte) van de koopprijs dat voor het desbetreffende Product reeds is betaald.

13.3 Het bepaalde in de leden 1 en 2 laat overige rechten en vorderingen die de Koper aan een tekortkoming kan ontleen onverlet.

13.4 Het nalaten door één van de Partijen om binnen een in de Overeenkomst genoemde termijn nakoming van enige bepaling te verlangen, tast het recht om alsnog nakoming te verlangen niet aan, tenzij de desbetreffende Partij uitdrukkelijk en schriftelijk met de niet-nakoming heeft ingestemd.

14. Aansprakelijkheid

14.1 Een Partij is aansprakelijk voor de schade die de andere Partij, diens ondergeschikten of hulppersonen daaronder begrepen, heeft geleden dan wel mocht lijden door of in verband met het toerekenbaar tekortschieten van de andere Partij in de nakoming van diens verplichtingen onder de Overeenkomst.

14.2 Een Partij vrijwaart de andere Partij tegen alle aanspraken van derden in verband met schade ontstaan door of in verband met het tekortschieten bedoeld in lid 1.

14.3 De aansprakelijkheid van Opdrachtnemer is, per gebeurtenis, beperkt tot een bedrag van € 150.000,- voor opdrachten waarvan de totale waarde kleiner is dan of gelijk aan € 50.000,- ; € 300.000,- voor opdrachten waarvan de totale waarde meer is dan € 50.000,- maar kleiner dan of gelijk aan € 100.000,-; € 500.000,- voor opdrachten waarvan de totale waarde meer is dan € 100.000,- maar kleiner dan of gelijk aan € 150.000,-; € 1.500.000,- voor opdrachten waarvan de totale waarde meer is dan € 150.000,- maar kleiner dan of gelijk aan € 500.000,-; en € 3.000.000,- voor opdrachten waarvan de totale waarde meer is dan € 500.000,-. Deze beperking van de aansprakelijkheid komt te vervallen: a. ingeval van aanspraken van derden op schadevergoeding ten gevolge van dood of letsel; en b. indien sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van Opdrachtnemer of diens personeel.

15. Overmacht

(...)

15.3 Onder overmacht wordt in ieder geval niet verstaan: gebrek aan personeel, stakingen, ziekte van personeel, grondstoffentekort, transportproblemen, tekortkoming of niet-nakoming van de verplichtingen door toeleveranciers, storingen in de productie van de Leverancier en liquiditeits- of solvabiliteitsproblemen aan de zijde van Leverancier.

(...)

1.6. In de concept-raamovereenkomst is, voor zover van belang, het volgende opgenomen:

(...)

Voorwaarden

Op deze overeenkomst en alle daaruit voortvloeiende nadere overeenkomsten en/of afroepen, zijn de navolgende voorwaarden van toepassing, waarbij de benoemde voorwaarden in volgorde staan benoemd:

1. Deze raamovereenkomst en alle bijlagen ervan;

2. De Nota van inlichtingen van de aanbesteding met [kenmerk nr.] (alle vragen in Vraag & Antwoord van [tender nr.] in Negometrix);

3. De aanbestedingsstukken van de aanbesteding met [kenmerk nr.] (Het geheel van de publicatie van [tender nr.], gepubliceerd via Negometrix);
4. De inschrijving van de Opdrachtnemer in Negometrix voor de aanbesteding met [kenmerk nr.] (Negometrix [tender nr.]);
5. De vigerende algemene inkoopvoorwaarden voor leveringen van [Beklaagde];

Dit voor zover daarvan bij deze raamovereenkomst niet rechtsgeldig is afgeweken.

(...)

Garantie

16. Product

1. Opdrachtnemer garandeert dat de af te nemen producten en onderdelen aan de eisen van [tender nr.], gepubliceerd via www.negometrix.nl, en bij Opdrachtgever bekend onder de aanbesteding met [kenmerk nr.] voldoen.
2. Opdrachtnemer garandeert dat de af te nemen producten te allen tijde aan de vigerende relevante wet en –regelgeving voldoen. Indien wijzigingen van de voornoemde wet- en regelgeving zich voordoen, zullen eventuele gevolgen voor deze raamovereenkomst pas geëffectueerd worden indien partijen dit formeel hebben vastgelegd middels een addendum. Voorafgaand aan een dergelijk addendum zullen partijen zo vroeg mogelijk in overleg treden voor afstemming.

(...)'

- 1.7. In de Nota van Inlichtingen van 3 februari 2017 is, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 4: 'De garanties zoals opgenomen in artikel 5 van de algemene inkoopvoorwaarden en artikel 16 van de raamovereenkomst zijn disproportioneel. Immers, de garanties zijn ongelimiteerd. Ook hier ontbreekt de materiele afweging in het licht van de daadwerkelijke risico's in verband met de uitvoering van de voorliggende opdracht. Inschrijver doet de volgende suggestie ingevolge Voor­sch­rift 3.9B van de Proportionaliteitsgids: het beperken van de garantieperiode tot 5 jaar en de aansprakelijkheid beperken conform artikel 14.3 van de algemene inkoopvoorwaarden.'

Antwoord: 'Hieraan wordt niet voldaan. Het gestelde blijft gehandhaafd.'

- 1.8. Op 17 februari 2017 heeft klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Hierbij dien ik (...) de volgende klacht in, in verband met de lopende aanbestedingsprocedure [tender nr.] (...).

1. In het kader van de inlichtingenronde heeft [Klager] onder andere de volgende schriftelijke, gemotiveerde vraag gesteld, die verband houdt met art. 5 van de Algemene Inkoopvoorwaarden (AIV) van [Beklaagde] en met art. 16 in de concept-Raamovereenkomst: 4. Algemene inkoopvoorwaarden, artikel 5 & raamovereenkomst artikel 16 [Klager]:
2. De garanties zoals opgenomen in artikel 5 van de algemene inkoopvoorwaarden en artikel 16 van de raamovereenkomst zijn disproportioneel. Immers, de garanties zijn ongelimiteerd. Ook hier ontbreekt de materiele afweging in het licht van de daadwerkelijke risico's in verband met de uitvoering van de voorliggende opdracht.

3. Inschrijver doet de volgende suggestie ingevolge Voorschrift 3.9B van de Proportionaliteitsgids: het beperken van de garantieperiode tot 5 jaar en de aansprakelijkheid beperken conform artikel 14.3 van de algemene inkoopvoorwaarden.
4. Antwoord [Beklaagde]: 3 feb 2017 12:46 Hieraan wordt niet voldaan. Het gestelde blijft gehandhaafd.
5. [Beklaagde] heeft afwijzend gereageerd op deze vragen en het bijbehorende (redelijke) verzoek van [Klager], maar heeft deze reactie niet (nader) gemotiveerd.
6. [Klager] acht dit handelen, althans deze reactie van [Beklaagde] niet zorgvuldig, ontransparant, disproportioneel en onjuist/onterecht. Daartoe is het volgende van belang:

7. Onderbouwing

- a. Het gaat hier om een Europese openbare aanbestedingsprocedure, waarop de (herziene) Aanbestedingswet 2012 van toepassing is. Op grond van de bepalingen in deel 1 van deze wet, dient [Beklaagde] zich te houden aan de kernbeginselen van het aanbestedingsrecht: transparantie, gelijke behandeling, non-discriminatie en proportionaliteit. Uit datzelfde deel 1 volgt dat [Beklaagde] zich dient te houden aan de Voorschriften in de Gids Proportionaliteit (GP).
- b. Voor die Voorschriften geldt het adagium: comply or explain! Let wel, een eventuele afwijking moet door de aanbesteder worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken. Met name de volgende Voorschriften zijn van belang voor deze klacht:
 - i. Voorschrift 3.9 A: De aanbestedende dienst alloceert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden. Voorschrift 3.9 B: De aanbestedende dienst biedt tijdens de aanbestedingsprocedure potentiële inschrijvers de kans suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden.
 - ii. Voorschrift 3.9 D: 1. De aanbestedende dienst verlangt geen aansprakelijkheid die op geen enkele manier gelimiteerd is. 2. Bij de beoordeling welke limitering van de aansprakelijkheid proportioneel is slaat de aanbestedende dienst in ieder geval acht op: • de risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt; • de gebruikelijke aansprakelijkheidseis in de betreffende branche of voor de betreffende opdracht naar aard en omvang.
- c. [Klager] gaat er van uit dat aanspraken onder de garantie wél vallen onder de contractuele bepalingen omtrent de (beperking van de) aansprakelijkheid. Desalniettemin meent [Klager] dat deze garantiebepalingen ongebruikelijk en disproportioneel zijn. De garantie die [Beklaagde] van [Klager] verlangt is namelijk noch in tijd, noch in omvang/breedte beperkt. Zie verder de onderbouwing van dit standpunt in hierboven aangehaalde Nota van Inlichtingen (NvI).
- d. [Beklaagde] zal op zijn minst (nader) moeten motiveren waarom deze contractuele voorwaarden volgens hem wél proportioneel zouden zijn en waarom volgens hem afwijking van de hiervóór genoemde Voorschriften in de GP gerechtvaardigd zou zijn. Daarbij dient [Beklaagde] er blijk van te geven dat en hoe acht is geslagen op de aspecten die worden genoemd in de GP.
- e. Zonder deze (nadere) motiveringen, waartoe [Beklaagde] op grond van de Aanbestedingswet 2012 en de algemene beginselen van be-

hoorlijk bestuur gehouden is, worden de contractuele voorwaarden waar het hier om gaat vermoed disproportioneel te zijn.

8. Oplossingsrichtingen

- a. [Klager] verzoekt dat [Beklaagde] alsnog akkoord gaat met de concrete aanpassingsvoorstellen die [Klager] in de hierboven aangehaalde NvI heeft gedaan.
- b. Bij gebreke daarvan verzoekt [Klager] om de hiervóór genoemde motiveringen.'

1.9. Beklaagde heeft op 22 februari 2017 als volgt gereageerd op de brief van klager:

'Naar aanleiding van de klacht die wij hebben ontvangen op 17-2-2017 via het klachtenmeldpunt van [Beklaagde], stuur ik u hierbij onze reactie. Uw klacht is gerelateerd aan aanbesteding [referentienr.] *Levering kunststof leidingwerk voor riolering* ([Tender nr.] in Negometrix) en heeft betrekking op het antwoord dat wij op 3-2-2017 hebben gepubliceerd (vraag en antwoord #4 in de hoofdtender).

a. De bepalingen in de algemene inkoopvoorwaarden waar [Klager] naar verwijst, liggen in lijn met de Algemene Waterschapsinkoopvoorwaarden voor leveringen. Dit zijn algemeen geaccepteerde bepalingen welke tot stand zijn gekomen na overleg en consultatie met alle Waterschappen en met de rijksoverheid. De raamovereenkomst ligt ook in lijn hiermee.

b. De beperking die wij als aanbestedende dienst bieden, is dat garantie wordt gekoppeld aan de kwaliteit van leveringen die wij mogen verwachten.

c. Wat wij in deze aanbesteding vragen, zijn bijzondere producten. Het zijn producten die de grond in gaan, daar is volgens ons een lange levensverwachting aan gekoppeld. De kwaliteit van de aangeboden producten is daarom zeer belangrijk voor ons.

De voorgaande motivering in acht genomen stellen wij ons op het standpunt dat hetgeen in de publicatie staat proportioneel is. Wij vertrouwen er op u hier mee een tijdige en volledige motivatie te hebben gegeven en wensen u veel succes met uw inschrijving toe.'

2. Beschrijving klacht

De Commissie onderscheidt de volgende klachtonderdelen.

2.1. Klachtonderdeel 1

Met het van toepassing verklaren van de garantiebepalingen in artikel 5 van de concept-raamovereenkomst en artikel 16 van de Algemene inkoopvoorwaarden van beklagde is beklagde ten onrechte afgewezen van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. Deze afwijking van de Gids Proportionaliteit heeft beklagde ten onrechte niet gemotiveerd.

2.2. Klachtonderdeel 2

Met het van toepassing verklaren van de garantiebepalingen in artikel 5 van de concept-raamovereenkomst en artikel 16 van de Algemene inkoopvoorwaarden van beklagde is beklagde ten onrechte afgewezen van Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit, doordat deze garantiebepalingen niet in tijd en hoogte gelimiteerd zijn. Deze afwijking van de Gids Proportionaliteit heeft beklagde ten onrechte niet gemotiveerd.

2.3. Klachtonderdeel 3

Bij het van toepassing verklaren van de garantiebepalingen in artikel 5 van de concept-raamovereenkomst en artikel 16 van de Algemene inkoopvoorwaarden van beklaagde is beklaagde ten onrechte afgeweken van Voorschrift 3.9 D, lid 2, Gids Proportionaliteit. Deze afwijking van de Gids Proportionaliteit heeft beklaagde ten onrechte niet gemotiveerd.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager verwijst ter onderbouwing van haar standpunt naar haar brief die zij op 17 februari 2017 aan beklaagde verzonden heeft (zie 1.8 hiervoor). Daarbij merkt klager op dat het antwoord van beklaagde op haar klacht niet overtuigt.
- 3.2. Ten eerste stelt klager dat de algemene voorwaarden van beklaagde niet paritair zijn opgesteld. Dit geldt volgens klager eveneens voor de Algemene Waterschapsinkoopvoorwaarden voor leveringen waarmee de algemene voorwaarden en de conceptovereenkomst van beklaagde in lijn zouden liggen. Dit deel van de nadere motivering van beklaagde (zie 1.9 hiervoor, sub a) is volgens klager niet steekhoudend/juist.
- 3.3. Daarnaast is het volgens klager op zich juist dat de garantie wordt gekoppeld aan de kwaliteit van de producten die beklaagde mag verwachten, maar klager stelt dat zij daarover ook niet (zozeer) klaagt.
- 3.4. Tenslotte motiveert beklaagde volgens klager nog steeds niet waarom het noodzakelijk dan wel proportioneel zou zijn om de garantietermijn onbeperkt te laten zijn. Beklaagde spreekt over een lange levensverwachting van de te leveren producten, maar dat verklaart niet direct waarom het redelijk/proportioneel zou zijn om een garantie voor onbeperkte duur te eisen. Klager is van mening dat het gebruikelijk en redelijk/proportioneel is om de garantie in tijd (bijvoorbeeld tot vijf jaar, althans de te verwachten levensduur van de buizen, althans tot de termijn waarna die buizen normaliter weer zouden moeten worden vervangen) én qua omvang/breedte te beperken.

4. Reactie beklaagde

- 4.1. Beklaagde stelt voorop dat zij bij haar standpunt blijft zoals zij dat eerder in haar brief van 22 februari 2017 aan klager heeft verwoord (zie 1.9 hiervoor).
- 4.2. Beklaagde stelt dat er een beperking van de garantie gesteld wordt in de onderhavige voorwaarden, te weten tot de kwaliteit die ervan verwacht mag worden.
- 4.3. Het karakter van de gestelde garantie wordt volgens beklaagde gebruikelijk geacht in deze markt, hetgeen onderstreept is door het ontbreken van een soortgelijk bezwaar van de overige inschrijvers bij de publicatie. Ook in een eerdere publicatie van dezelfde opdracht (die in november 2016 is ingetrokken) is er noch door klager, noch door andere potentiële inschrijvers een soortgelijk bezwaar gemaakt.
- 4.4. Volgens beklaagde hebben de gevraagde producten een bijzonder karakter, te weten een benodigde lange levensduur die past bij het doel van de producten.
- 4.5. Tenslotte merkt beklaagde op dat zij als opdrachtgever belang heeft bij een dergelijke garantie, in die zin dat een leverancier staat voor de langdurige kwaliteit

van zijn product aangezien de kosten en maatschappelijke impact van een voortijdige vervanging van de buizen enorm zijn.

5. Beoordeling

5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 19 december 2016 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met betrekking tot de levering van kunststof leidingwerk voor riolering. De opdracht is verdeeld in drie percelen en per perceel zal een raamovereenkomst met één ondernemer worden gesloten. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de raamovereenkomst geldende Aw 2012 en de 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 van voornoemd artikel 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. In Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit is 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.’

5.2.4. Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit bepaalt:

‘De aanbestedende dienst biedt tijdens de aanbestedingsprocedure potentiële inschrijvers de kans suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden.’

5.2.5. 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.’

5.2.6. Zoals de Commissie eerder heeft overwogen in haar Adviezen 40, 41 en 331, gaat zij ervan uit dat met het begrip “risico” in Voorschrift 3.9 A wordt bedoeld: het risico dat zich een gebeurtenis voordoet die tot schade leidt.

5.2.7. In de Gids Proportionaliteit is in de toelichting bij Voorschrift 3.9 A bepaald:

- Waar horen de verschillende risico's die in een opdracht besloten zitten, te liggen? Alloceer het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen en/of beïnvloeden, hetzij de aanbestedende dienst hetzij de inschrijver. Bij de risico-afweging moeten de volgende aspecten worden betrokken:
 - de kans dat een risico zich verwezenlijkt en

- de gevolgen van de omstandigheid dat een risico zich verwezenlijkt. Het bij een inschrijver neerleggen van een niet of nauwelijks voorzienbaar risico dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet alsmede van een risico met in potentie effecten die de continuïteit van de leverancier kunnen of zullen ondermijnen is eerder disproportioneel dan een redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of overzienbare effecten.
- Is het risico voor een van beide partijen in redelijkheid/onder reële voorwaarden verzekeraar (let op: Een veel gehoorde misvatting is dat alles verzekeraar is. Dit is niet het geval. Daarbij moet worden bedacht dat indien er een verzekering op de markt beschikbaar is, niet altijd betekent dat ook alle risico's onder die verzekering gedekt zijn. Met name garantieverplichtingen, boetes of vrijwaringen zijn in de regel onverzekerbaar.)'

5.2.8. In Voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit is vervolgens bepaald:

- '1. De aanbestedende dienst verlangt geen aansprakelijkheid die op geen enkele manier gelimiteerd is.
- 2. Bij de beoordeling welke limitering van de aansprakelijkheid proportioneel is slaat de aanbestedende dienst in ieder geval acht op:
 - De risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt;
 - De gebruikelijke aansprakelijkheidseis in de betreffende branche of voor de betreffende opdracht naar aard en omvang.'

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 en Advies 355, overweging 5.3.1).

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 en Advies 355, overweging 5.3.2).

- 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 en Advies 355, overweging 5.3.3).
- 5.4. Klager klaagt niet over de naleving door beklagde van de Voorschriften 3.9 C en 3.9 B Gids Proportionaliteit. Desalniettemin overweegt de Commissie daarover het volgende.
- 5.4.1. In haar brief van 22 februari 2017 heeft beklagde gesteld dat haar algemene inkoopvoorwaarden in lijn zijn met de Algemene Waterschapsinkoopvoorwaarden voor leveringen, die algemeen geaccepteerd zijn en tot stand zijn gekomen na overleg met en consultatie van alle waterschappen en de rijksoverheid (zie 1.8 hiervoor). De Commissie is van oordeel dat de Algemene Waterschapsinkoopvoorwaarden daarmee geen paritair opgestelde algemene voorwaarden zijn in de zin van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit. Dat betekent dat – ook voor zover de algemene inkoopvoorwaarden van beklagde in lijn zouden zijn met de Algemene Waterschapsinkoopvoorwaarden – die inkoopvoorwaarden zullen moeten voldoen aan Voorschriften 3.9 A en 3.9 D Gids Proportionaliteit.
- 5.4.2. De Commissie is van oordeel dat beklagde heeft voldaan aan Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit door de inschrijvers in de gelegenheid te stellen suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden (zie 1.3 hiervoor). Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit verplicht aanbestedende diensten op zichzelf niet om die suggesties vervolgens ook over te nemen.
- 5.5. Klachtonderdeel 1
- 5.5.1. De nadere overeenkomsten die onder de raamovereenkomst zullen worden gesloten betreffen overeenkomsten van koop in de zin van artikel 7:1 BW. Titel 1 van Boek 7 Burgerlijk Wetboek is op deze nadere overeenkomsten van toepassing.
- 5.5.2. In de artikelen 7:10, 15, 17, 21 en 23 BW is bepaald:

'Artikel 10

1. De zaak is voor risico van de koper van de aflevering af, zelfs al is de eigendom nog niet overgedragen. Derhalve blijft hij de koopprijs verschuldigd, ongeacht tenietgaan of achteruitgang van de zaak door een oorzaak die niet aan de verkoper kan worden toegerekend.

(...)

3. Indien de koper op goede gronden het recht op ontbinding van de koop of op vervanging van de zaak inroept, blijft deze voor risico van de verkoper.

4. Wanneer de zaak na de aflevering voor risico van de verkoper is gebleven, is het tenietgaan of de achteruitgang ervan door toedoen van de koper eveneens voor rekening van de verkoper. De koper moet echter van het ogenblik af dat hij redelijkerwijs rekening moet houden met het feit dat hij de zaak zal moeten teruggeven, als een zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan zorgen; artikel 78 van Boek 6 is van overeenkomstige toepassing.

(...)

Artikel 17

1. De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.

2. Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.

3. Een andere zaak dan is overeengekomen, of een zaak van een andere soort, beantwoordt evenmin aan de overeenkomst. Hetzelfde geldt indien het afgeleverde in getal, maat of gewicht van het overeengekomene afwijkt.

4. Is aan de koper een monster of model getoond of verstrekt, dan moet de zaak daarmee overeenstemmen, tenzij het slechts bij wijze van aanduiding werd verstrekt zonder dat de zaak daaraan behoefde te beantwoorden.

5. De koper kan zich er niet op beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt wanneer hem dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn. Ook kan de koper zich er niet op beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt wanneer dit te wijten is aan gebreken of ongeschiktheid van grondstoffen afkomstig van de koper, tenzij de verkoper hem voor deze gebreken of ongeschiktheid had moeten waarschuwen.

(...)

Artikel 21

1. Beantwoordt het afgeleverde niet aan de overeenkomst, dan kan de koper eisen:

a. aflevering van het ontbrekende;

b. herstel van de afgeleverde zaak, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen;

c. vervanging van de afgeleverde zaak, tenzij de afwijking van het overeengekomene te gering is om dit te rechtvaardigen, dan wel de zaak na het tijdstip dat de koper redelijkerwijze met ongedaanmaking rekening moet houden, teniet of achteruit is gegaan doordat hij niet als een zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan heeft gezorgd.

2. De kosten van nakoming van de in lid 1 bedoelde verplichtingen kunnen niet aan de koper in rekening worden gebracht.

3. De verkoper is verplicht om, mede gelet op de aard van de zaak en op het bijzondere gebruik van de zaak dat bij de overeenkomst is voorzien, binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de koper, zijn in lid 1 bedoelde verplichtingen na te komen.

(...)

Artikel 23

1. De koper kan er geen beroep meer op doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. Blijkt echter aan de zaak een eigenschap te ontbreken die deze volgens de verkoper bezat, of heeft de afwijking betrekking op feiten die hij kende of behoorde te kennen doch die hij niet heeft meegedeeld, dan moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden. (...)

2. Rechtsvorderingen en verweren, gegrond op feiten die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, verjaren door verloop van twee jaren na de overeenkomstig het eerste lid gedane kennisgeving. Doch de koper behoudt de bevoegdheid om aan een vordering tot betaling van de prijs zijn recht op vermindering daarvan of op schadevergoeding tegen te werpen.

3. De termijn loopt niet zolang de koper zijn rechten niet kan uitoefenen als gevolg van opzet van de verkoper.'

- 5.5.3. Het klachtonderdeel lijkt niet gericht te zijn op artikel 5.3, 5.4 en 5.5 van de Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde. De Commissie zal daarop dan ook niet ingaan.
- 5.5.4. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.
- 5.5.5. De te beantwoorden vraag is allereerst of beklaagde aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat zij de in artikel 5.1 en 5.2 van de Algemene inkoopvoorwaarden voor leveringen [Beklaagde] 2014 (zie 1.5 hiervoor) in samenhang gezien met de in artikel 16 van de concept-raamovereenkomst (zie 1.6 hiervoor) gevraagde garanties zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze garantiebepalingen op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van deze garantiebepalingen moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevend betekenissen zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
- 5.5.6. In artikel 16, lid 2, van de concept-raamovereenkomst (zie 1.6 hiervoor) is bepaald dat de opdrachtnemer garandeert dat de af te nemen producten te allen tijde aan de vigerende relevante wet- en regelgeving voldoen. Bij wijziging van deze wet- en regelgeving zullen partijen in overleg treden en de gevolgen vastleggen in een addendum. Naar het oordeel van de Commissie volgt hieruit dat de opdrachtnemer dient te garanderen dat bij iedere bestelling onder de raamovereenkomst de kunststof rioleringsbuizen bij aflevering aan de op dat moment geldende relevante wet- en regelgeving voldoen, ook wanneer die wet- en regelgeving na totstandkoming van de raamovereenkomst inmiddels is gewijzigd. Deze garantie gaat naar het oordeel van de Commissie niet zo ver dat alle op basis van vóór die wijziging gedane bestellingen reeds geleverde buizen – die mogelijk al in de grond zijn verwerkt – aan die wijzigingen in de wet- en regelgeving moeten worden aangepast. Dat de buizen op het moment van aflevering aan de op dat moment geldende regelgeving moeten voldoen, betekent naar het oordeel van de Commissie ook overigens niet dat beklaagde is afgeweken van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. Artikel 16, lid 2, van de concept-raamovereenkomst voorziet voor dat geval immers in een risicoregeling waarmee voldoende aan het belang van de opdrachtnemer kan worden tegemoetgekomen. Voor zover het klachtonderdeel is gericht tegen artikel 16, lid 2, van de concept-raamovereenkomst is het dan ook ongegrond.
- 5.5.7. In artikel 16, lid 1, van de concept-raamovereenkomst (zie 1.6 hiervoor) is bepaald dat de opdrachtnemer garandeert dat de af te nemen producten en onderdelen aan de eisen van [tender nr.] voldoen. Daarnaast is in artikel 5.1 van de Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde (zie 1.5 hiervoor) bepaald dat de leverancier garandeert dat het afgeleverde product aan de overeenkomst beantwoordt, vrij van gebreken is en geschikt is voor het doel waarvoor het product is bestemd. Tevens is bepaald dat het product niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien het product niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Voor zover beklaagde geen nadere omschrijving van de aan de kunststof rioleringsbuizen te stellen eisen heeft gegeven, bepaalt artikel 5.2 van de Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde (zie 1.5 hiervoor) dat de buizen in ieder geval van goede kwaliteit dienen te zijn en

ten minste aan de gebruikelijke eisen van deugdelijkheid, doelmatigheid, afwerking en aan alle wettelijke eisen en gebruikelijke branchevoorschriften betreffende de kwaliteit, veiligheid, gezondheid en milieu dienen te voldoen.

- 5.5.8. Naar het oordeel van de Commissie dient artikel 16, lid 1, van de concept-raamovereenkomst, gelezen in samenhang met artikel 5.1 en 5.2 van de Algemene Inkoopvoorwaarden van beklagde, aldus te worden begrepen dat daarmee geen andere risico-allocatie wordt beoogd dan die welke zou gelden op grond van het Burgerlijk Wetboek, in het bijzonder op grond van artikel 7.17 BW (zie 5.5.2 hiervoor). De opdrachtnemer is op grond van de genoemde concept-bepalingen immers enkel gehouden tot het afleveren van kunststof rioleringsbuizen die eigenschappen bezitten die beklagde op grond van de overeenkomst mocht verwachten.
- 5.5.9. Ook overigens sluiten die bepalingen de mogelijkheid niet uit dat wanneer op enig moment na aflevering blijkt dat de buizen op dat moment niet (meer) de eigenschappen bezitten die beklagde op grond van de overeenkomst mocht verwachten, de opdrachtnemer – aangesproken op nakoming van diens garantieverbintenis – stelt en bewijst dat de buizen ten tijde van de aflevering daarvan aan de hiervoor bedoelde eisen voldeden en dat een nadien opgetreden achteruitgang in de kwaliteit van de buizen – ten opzichte van die eisen – niet voor zijn risico komt omdat die achteruitgang het gevolg is van oorzaken die zich na de aflevering buiten zijn invloedssfeer hebben voorgedaan. Dat betekent bijvoorbeeld dat beklagde de opdrachtnemer niet met succes op nakoming van diens garantieverbintenis zal kunnen aanspreken wanneer zich na aflevering een gebrek in de buizen openbaart en de opdrachtnemer bewijst dat dit gebrek na aflevering is ontstaan ten gevolge van een onjuiste behandeling van de buizen bij transport, opslag of de verwerking daarvan, waarbij kan worden gedacht aan een onjuiste inbedding in omhullingszand. Strikte naleving van de verwerkingsvoorschriften van de fabrikant zijn voor de levensduur van de kunststof rioleringsbuizen immers van groot belang.
- 5.5.10. De te beantwoorden vraag is vervolgens of beklagde met de garantiebepalingen van artikel 16, lid 1, van de concept-raamovereenkomst, gelezen in samenhang met artikel 5.1 en 5.2 van de Algemene Inkoopvoorwaarden van beklagde en gelet op de hiervoor weergegeven uitleg die aan die bepalingen dient te worden gegeven – Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit in acht heeft genomen. De Commissie beantwoordt die vraag als volgt.
- 5.5.11. Zoals hiervoor is overwogen, bevatten de genoemde concept-bepalingen geen andere risico-allocatie dan die welke zou gelden op grond van het Burgerlijk Wetboek, in het bijzonder op grond van artikel 7.17 BW (zie 5.5.2 hiervoor). Ook beklagde heeft in haar reactie op de klacht bij de Commissie aangevoerd dat de garantie is beperkt tot de kwaliteit die van de buizen verwacht mag worden (zie 4.2 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie wijkt beklagde met de genoemde concept-bepalingen dan ook niet af van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. Dat beklagde in die bepalingen de primaire prestatieplicht van de opdrachtnemer heeft versterkt met een garantieverbintenis, waarmee zij is afgeweken van het wettelijk stelsel van stelplicht- en bewijslastverdeling, doet aan het voorgaande oordeel niet af. De Gids Proportionaliteit – in het bijzonder Voorschrift 3.9 A – verbiedt immers niet dat een aanbestedende dienst een garantiebepaling met een dergelijke strekking opneemt in de contractvoorwaarden die hij voornemens is van toepassing te verklaren op de beoogde overeenkomst.
- 5.5.12. Daarmee is het eerste klachtonderdeel ongegrond.

5.6. Klachtonderdeel 2

- 5.6.1. In het tweede klachtonderdeel wordt allereerst geklaagd dat beklaagde Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit niet heeft toegepast doordat de garantiebepalingen niet in tijd gelimiteerd zouden zijn. Naar het oordeel van de Commissie ziet Voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit ook op garantiebepalingen (zie in dit verband de toelichting op Voorschriften 3.9 A en D in de Gids Proportionaliteit).
- 5.6.2. De garantiebepalingen van artikel 5 van de Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde en artikel 16 van de concept-overeenkomst zijn naar het oordeel van de Commissie niet ongelimiteerd in tijd. Indien op enig moment na aflevering van de buizen blijkt dat zij niet voldoen aan een eis waaraan zij op grond van de overeenkomst wel moeten voldoen, dient beklaagde daarvan binnen bekwame tijd na de ontdekking kennis te geven aan de leverancier (artikel 7:23, lid 1, BW). In artikel 5.3 van de Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde is daaraan invulling gegeven door te bepalen dat beklaagde deze kennisgeving binnen 60 dagen schriftelijk aan de opdrachtnemer dient te doen. Na die kennisgeving gaat de relatieve verjaringstermijn lopen. De rechtsvordering tot nakoming in de zin van herstel of vervanging van de buizen op grond van artikel 13 van de Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde verjaart op basis van artikel 7:23, lid 2, BW twee jaar na de kennisgeving. Op grond van de absolute verjaringstermijn van artikel 3:311 BW verjaart de rechtsvordering op grond van artikel 13 van de Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde bovendien 20 jaar na levering. Daarmee is beklaagde niet afgeweken van Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit.
- 5.6.3. Daarmee is het klachtonderdeel in zoverre ongegrond.
- 5.6.4. In het tweede klachtonderdeel wordt tevens de vraag opgeworpen of beklaagde is afgeweken van Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit doordat de garantiebepalingen niet in hoogte gelimiteerd zouden zijn. In dat verband voert klager aan dat zij in het kader van de garantiebepalingen een soortgelijke limitering wil als in het kader van de aansprakelijkheid voor schade in artikel 14, lid 3, Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde is opgenomen.
- 5.6.5. Op grond van artikel 14, lid 3, Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde is de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor perceel 1 met een geraamde waarde van € 2.400.000 beperkt tot € 3.000.000 per gebeurtenis, voor perceel 2 met een geraamde waarde van € 300.000 beperkt tot € 1.500.000 per gebeurtenis en perceel 3 met een geraamde waarde van € 150.000 beperkt tot € 500.000 per gebeurtenis.
- 5.6.6. De Commissie neemt aan dat de kosten van herstel of vervanging van de buizen voor de opdrachtnemer als gevolg van een geslaagd beroep op een garantiebepaling niet hoger zullen zijn dan voornoemde bedragen, daargelaten eventuele schade die op grond van andere bepalingen (zoals artikel 14 Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde) zal moeten worden vergoed. Dat in theorie meerdere malen een beroep zou kunnen worden gedaan op een garantiebepaling omdat de nieuwe buizen opnieuw niet aan de eisen voldoen, geldt ook voor artikel 14, lid 3, Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde op grond waarvan de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor meerdere schadeveroorzakende gebeurtenissen kan worden ingeroepen.
- 5.6.7. De Commissie neemt daarmee aan dat de gevolgen van de garantiebepalingen qua hoogte binnen de kaders blijven van de te vergoeden schade op grond van

artikel 14, lid 3, Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde, waarbij klager zoals gezegd zou willen aansluiten. Ook in zoverre is het klachtonderdeel dan ook ongegrond.

5.6.8. Daarmee is klachtonderdeel 2 ongegrond.

5.7. Klachtonderdeel 3

5.7.1. Op grond van Voorschrift 3.9 D, lid 2, Gids Proportionaliteit dienen aanbestedende diensten bij de beoordeling van de proportionaliteit van de limitering van de aansprakelijkheid acht te slaan op bepaalde aspecten die in het voorschrift zijn vermeld. Het voorschrift verplicht aanbestedende diensten niet om in de aanbestedingsdocumenten blijf te geven van de beoordeling die zij in dit kader hebben uitgevoerd.

5.7.2. Vast staat dat de garantie in de tijd is gelimiteerd. Zoals reeds in het tweede klachtonderdeel is vastgesteld, dient beklaagde op basis van artikel 7:23, lid 2 BW en artikel 5.3 van de Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde binnen 60 dagen na ontdekking van een gebrek de leverancier daarvan in kennis te stellen. De rechtsvordering op grond van artikel 13.1 van de Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde verjaart op basis van artikel 7:23, lid 2 BW 2 jaar na vornoemde kennisgeving. Bovendien verjaart vornoemde rechtsvordering op basis van artikel 3:311 BW uiterlijk 20 jaar na aflevering van de betreffende buizen.

5.7.3. Aanbestedende diensten zoals beklaagde hebben er groot belang bij dat de kunststof rioleringsbuizen lange tijd mee gaan. Indien de rioleringsbuizen gebreken vertonen en gaan lekken, zullen ze opgegraven en hersteld of vervangen moeten worden. Naast de kosten die daarmee gemoeid zullen zijn, zal dat voor de nodige overlast in de omgeving zorgen.

5.7.4. Gegeven het hiervoor genoemde belang, worden kunststof rioleringsbuizen onder KOMO-keur geproduceerd en geleverd. Die productie vindt plaats onder een procedure van kwaliteitsborging om zeker te stellen dat het product voldoet aan de geldende (NEN-EN) normen. De NEN-EN-normen, tezamen met de Beoordelingsrichtlijnen voor het verkrijgen van KOMO-keur (certificatieproces), bieden de afnemer de kwaliteitszekerheid van de kunststof rioleringsbuizen. Dat betekent onder andere dat een kunststof rioleringsbuis gemiddeld een technische levensduur van 100 jaar heeft. Verder is het zo dat het gebruikelijk is dat fabrikanten van kunststof rioleringsbuizen een productgarantie van 10 tot 15 jaar verstrekken.

5.7.5. In het licht van het voorgaande komt de Commissie een relatieve verjaringstermijn van 2 jaar na kennisgeving binnen twee maanden na ontdekking van gebreken en een absolute verjaringstermijn van 20 jaar na aflevering van de betreffende buizen (zie 5.6.2 hiervoor) niet disproportioneel voor. Daarmee is klager naar het oordeel van de Commissie niet afgeweken van Voorschrift 3.9 D, lid 2, Gids Proportionaliteit.

5.7.6. Wat de limitering van de garantie in hoogte betreft, heeft de Commissie in het kader van het tweede klachtonderdeel reeds aangenomen dat de gevolgen van de garantiebepalingen qua hoogte binnen de kaders blijven van de te vergoeden schade op grond van artikel 14, lid 3, Algemene Inkoopvoorwaarden van beklaagde, waarbij klager zoals gezegd zou willen aansluiten. Ook in zoverre is het onderhavige klachtonderdeel dan ook ongegrond.

5.7.7. Daarmee is het derde klachtonderdeel ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht alle klachtonderdelen **ongegrond**.

7. Aanbeveling

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

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door ing. T.G. van Reeuwijk en mr. drs. J. Fijneman die als Branche-Experts aan de Commissie zijn verbonden.

Den Haag, 6 april 2017

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid