

Advies 631 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht voor levering en onderhoud van 68 Container Lifting Trucks en 12 Spreaders. De klacht luidt dat de combinatie aan wie de opdracht gegund is in strijd met de eisen van de Aanbestedingsleidraad niet tijdig aan haar leveringsverplichtingen, die in 2019 zouden zijn aangevangen, heeft voldaan. Aldus zou er sprake zijn van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Ook had aanbesteder volgens ondernemer boetes moeten opleggen wegens vertraging.

Aanbesteder heeft in zijn verweer duidelijk gemaakt waarom er in 2019 nog geen leveringen hoefden te worden verricht. Hieruit volgt dat het mogelijk is dat de combinatie een beroep op overmacht heeft gedaan wegens de coronacrisis.

Aanbesteder geeft aan dat nog niet vaststaat of het beroep op overmacht wel of niet gerechtvaardigd is. Aanbesteder geeft aan dat in geval mocht blijken dat het beroep niet terecht is, aanbesteder alsnog zal optreden tegen de combinatie. Dat betekent dat de Commissie op dit moment nog niet kan vaststellen dat er sprake is van handelen of nalaten in strijd met de Aanbestedingswet 2012.

De klacht wordt ongegrond verklaard.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 631

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 22 december 2017 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor levering en onderhoud van 68 Container Lifting Trucks en 12 Spreaders.
- 1.2. In de Aanbestedingsleidraad van 21 december 2017 is, onder meer, het volgende bepaald:

2.1.1 'Yearly delivery volumes

The Contracting Authority needs to divide and synchronise the different projects within [Programma] across the timeframe 2015-2023. The Contracting Authority considers the following (indicative) production scheme for the delivery of the Container Lifting Trucks and Spreaders in scope:

Year	Amount of Container Lifting Trucks delivered per/year	Minimum number	Amount of Spreaders delivered per/year	Minimum number
2018	5 (consists of 1 test System for verification and 4 Systems)	5	4	4
2019	38	15	4	2
2020	25	15	4	2

The delivery schedule of the Systems, documentation and training will be established in consultation with the Supplier on the understanding that delivery of the Systems should begin in 2018 and must be completed in 2020. For the purpose of this European Public Procurement procedure, the term 'indicative' means that the *total number* of delivery must be guaranteed for the period up to and including 2020. However, the actual distribution over the years may change after conclusion of the Agreements. Please note that the minimum number of Systems as set out in the table above, **must** be delivered in the relevant year, Tenderer guarantees the delivery of these numbers by submission of ANNEX J with his offer.

(...)

2.1 Planning of the European Public Procurement Procedure

The Contracting Authority plans the following events in this European Public Procurement Procedure. All dates are indicative and Contracting Authority reserves the right to change the dates, the minimum periods as prescribed by the Dutch Public Procurement Act 2012 will be maintained.

Activity/Event	Applicable Paragraph	Date 2017/2018
Publication of the European Public Procurement Procedure	n.a.	22 December 2017

Kick-off meeting	par. 1.3.5.	24 January 2018
Final date for questions	par. 1.2.3	5 February 2018
Final date for suggestions for Agreements	par. 1.3.3.	5 February 2018
Submission of offer (Negometrix: end date of offer phase)	Par. 3.2.1.	1 March 2018, 14:00 Dutch Local Time
Evaluation of offers. <i>The offer will be assessed upon correctness, completeness and validity</i>	Par. 5.2 and 5.3	1 March – 19 April 2018
Preliminary award	Par. 5.4	19 April 2018
Standstill period	Par. 5.4	20 days
Final award	Par 5.4	9 May 2018
Signature of Agreements with Supplier	Par. 2.5	1 June 2018

- 1.3. Ondernemer heeft een inschrijving ingediend die ongeldig verklaard is wegens het niet voldoen aan referentie-eisen. Tegen deze beslissing heeft ondernemer een kort geding aanhangig gemaakt: bij vonnis van 12 maart 2019 zijn de vorderingen door de voorzieningenrechter afgewezen.
- 1.4. Op 26 juni 2020 heeft ondernemer aan zijn advocaat een bericht doorgestuurd dat hij heeft ontvangen van aanbesteder. In dat ongedateerde bericht deelt aanbesteder mee dat de opdracht op 19 april 2019 gegund is aan X en Y, dat het aflever-schema daarop gebaseerd is, dat containerhefmiddelen worden gehuurd totdat de machines zijn geleverd en dat er geen intentie is om een nieuwe aanbesteding in de markt te zetten.
- 1.5. Op 11 januari 2021 heeft de advocaat van ondernemer per brief inlichtingen gevraagd bij aanbesteder omtrent de uitvoering van de opdracht en zijn twijfels geuit over de deugdelijke nakoming van de overeenkomst door X en Y. Ondernemer stelt dat op deze brief geen schriftelijk antwoord is gegeven.
- 1.6. Op 9 april 2021 heeft de advocaat van aanbesteder aan de advocaat van ondernemer een brief gestuurd waarin inlichtingen over de uitvoering van de opdracht worden gegeven en waarin ontkend wordt dat er sprake zou zijn van wezenlijke wijzigingen van de overeenkomst met X en Y.
- 1.7. Vervolgens heeft ondernemer op 8 april 2021 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 2 hierna).
- 1.8. Aanbesteder heeft op 23 april 2021 een reactie ingediend (zie paragraaf 3 hierna).

2. Beschrijving klacht

Wezenlijke wijziging van de overeenkomst

- 2.1. De overeenkomst is wezenlijk gewijzigd. X en Y (combinatie van leveranciers) komen hun (minimale) leveringsverplichting niet na. Gebleken is dat X en Y tot op heden geen dan wel onvoldoende leveringen hebben verricht ten aanzien van de CLT's en Spreaders die door aanbesteder zijn uitgevraagd. In ieder geval zijn er tot en met november 2020 geen leveringen door X en Y verricht. Met andere woorden: er is sprake van een overschrijding van de leveringstermijn(en).
- 2.2. Daarbij komt dat aanbesteder] niet optreedt dan wel heeft opgetreden tegen de tekortkomingen in de nakoming van de overeenkomst door X en Y. Tot op heden is niet gebleken dat Aanbesteder X en Y conform de overeenkomst een boete heeft opgelegd, nakoming heeft gevorderd en/of de overeenkomst heeft ontbonden.
- 2.3. De overeenkomst is gesloten op 19 april 2019. Het leveringsschema is daarop gebaseerd. Uitgaande van de in de aanbestedingsstukken opgenomen minimale leveringsverplichting (par. 2.1.1 Procurement Guidelines en Annex J), zou dat impliceren dat in 2019 in ieder geval 5 CLT's en 4 Spreaders door X en Y aan [Aanbesteder] zouden moeten zijn geleverd. Dat is echter niet het geval. Sterker, tot december 2020 zijn er door X en Y in het geheel geen leveringen verricht. Het voorgaande volgt uit een e-mailbericht d.d. 26 juni 2020 (zie hiervoor onder 1.4)
- 2.4. Daarmee zijn de tussentijdse leveringstermijnen ruimschoots overschreden en is de minimale leveringsverplichting zowel in 2019 als in 2020 geschonden. Het uitstellen van de levering dan wel het verlagen van de leveringshoeveelheid kan worden beschouwd als een dusdanige wijziging van de opdracht dat deze materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht (zie in dat laatste geval Hof van Justitie EU 7 september 2016, zaak C-549/14, ECLI:EU:C:2016:634 (Finn Frogne)).
- 2.5. Indien en voor zover [Aanbesteder] zich op het standpunt zou stellen dat overschrijding van de leveringstermijnen is voorzien in de aanbestedingsstukken omdat een boeteclausule in artikel 12 van de overeenkomst is opgenomen, merkt ondernemer het volgende op. Overschrijding van de leveringstermijnen kan niet door deze boeteclausule worden gerechtvaardigd. Deze clausule voldoet niet aan de vereisten voor een herzieningsclausule ex artikel 2.163c lid 2 Aw 2012 in die zin dat een herzieningsclausule duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig moet zijn en de omvang van en de aard van mogelijke wijzigingen moet omschrijven. In dit geval is in de overeenkomst geen enkele beperking gesteld aan de overschrijding van de leveringstermijn(en). De voorwaarden voor overschrijding van de leveringsstermijn(en) en het invoeren van de boeteclausule staan niet vast. De overschrijding van de leveringstermijnen kan dan ook niet door de boeteclausule worden gerechtvaardigd.
- 2.6. Mocht de Commissie evenwel van oordeel zijn dat een overschrijding van de leveringstermijn wegens de boeteclausule in de aanbestedingsstukken is voorzien, geldt nog steeds dat in dit geval sprake is van een wezenlijke wijziging. In dat kader is van belang dat de overeenkomst op 19 april 2019 is ondertekend én dat in 2019 door X en Y géén leveringen zijn verricht. Op 1 januari 2020 stond dan ook vast dat X en Y niet aan haar (minimale) leveringsverplichting voor dat jaar had voldaan. Gelet op de inhoud van de boeteclausule waren X en Y vanaf dat moment zonder aanmaning een onmiddellijke opeisbare boete verschuldigd ten bedrage van 0,1% van de prijs voor elke werkdag dat de tekortkoming voort zou duren tot een maximum van 10%.
- 2.7. In dat kader geldt dat het maximum van 10% is bereikt na 100 werkdagen zodat op basis van de boeteclausule slechts is voorzien in een overschrijding van de leveringstermijn met maximaal 100 werkdagen. Aangezien pas in december 2020 de eerste CLT is geleverd, heeft de overschrijding van de leveringstermijn ruimschoots voortgeduurd nadat het maximum van de boete was bereikt. In een

dergelijke overschrijding voorziet de overeenkomst duidelijk niet, waardoor sprake is van een wezenlijke wijziging.

- 2.8. Indien en voor zover aanbesteder zich op het standpunt zou stellen dat X en Y een gerechtvaardigd beroep kunnen doen op overmacht wegens COVID-19, merkt ondernemer het volgende op.
- 2.9. Conform de aanbestedingsstukken zou de overeenkomst op 1 juni 2018 worden ondertekend en zouden er binnen 7 maanden (dus voor 1 januari 2019) 5 CLT's en 4 Spreaders en binnen 19 maanden (dus voor 1 januari 2020) 20 CLT's en 6 Spreaders moeten zijn geleverd. Uiteindelijk is de overeenkomst op 19 april 2019 ondertekend. Indien voornoemde minimale leveringsverplichtingen inclusief tijdsverloop worden toegepast op 19 april 2019, dan zouden er voor 19 november 2019 5 CLT's en 4 Spreaders en voor 19 november 2020 20 CLT's en 6 Spreaders door [X] en [Y] moeten zijn geleverd.
- 2.10. Aangezien de eerste wereldwijde Coronamaatregelen pas in januari 2020 zijn afgekondigd, is een eventueel beroep op COVID-19 in ieder geval ten aanzien van de eerste leveringsverplichting van 5 CLT's en 4 Spreaders achterhaald c.q. kan COVID-19 niet de reden zijn dat in 2019 niet aan de leveringsverplichting is voldaan.
- 2.11. Los daarvan geldt dat op basis van kennis en ervaring uit de markt COVID-19 ook geen beletsel kan vormen om in 2020 en 2021 leveringen te verrichten. De leveranciers van ondernemer uit Italië, Spanje en Duitsland hebben ondanks de COVID-19 in 2020 volledig aan alle leveringsverplichtingen voldaan. Alle fabrikanten draaiden op volledige capaciteit zonder vertraging ten opzichte van de opdrachtbevestigingen. Scheepvaart voor transport van de machines vond ook gewoon plaats, evenals transport per vliegtuig (onderdelen) als over de weg.
- 2.12. Opgemerkt zij dat op grond van artikel 19 van de overeenkomst pas een beroep op overmacht kan worden gedaan indien de leverancier, in dit geval X en Y, aanbesteder onverwijld, en in ieder geval binnen de voor de verplichting geldende termijn, van de reden van de niet nakoming op de hoogte heeft gesteld.
- 2.13. *Overeenkomst wordt niet gehandhaafd*
Ondernemer stelt voorop dat een aanbestedende dienst op grond van het gelijkheids- en transparantiebeginsel verplicht is om erop toe te zien dat aan de in de aanbestedingsprocedure gestelde voorwaarden wordt voldaan én in dat kader de door hemzelf opgestelde voorwaarden strikt na te leven. Dat uitgangspunt geldt niet enkel tijdens de aanbestedingsprocedure zelf, maar tot aan het einde van de uitvoeringsfase van de opdracht/betrokken aanbesteding (zie Hof van Justitie EG 29 april 2004, zaak C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236 (Succhi di Frutta), r.o. 114-121; Hof van Justitie EU 7 september 2016, zaak C-549/14, ECLI:EU:C:2016:634 (Finn Frogne), r.o. 37-38).
- 2.14. Het voorgaande brengt met zich dat de aanbestedende dienst gehouden is op te treden tegen tekortkomingen van de leverancier/opdrachtnemer en daarbij gebruik te maken van de wettelijke en contractuele mogelijkheden die hem ten dienste staan. Indien de aanbestedende dienst dit nalaat, dan is sprake van een wezenlijke wijziging (zie Commissie van Aanbestedingsexperts 13 september 2019, advies 513, r.o. 5.5.6-5.6; Vزر. Rb. Den Haag 12 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933, r.o. 4.6; Vزر. Rb. Den Haag 15 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940, r.o. 5.5).
- 2.15. Opgemerkt zij dat aanbesteder nalaat tegen de bovenstaande toerekenbare tekortkomingen op te treden, althans ondernemer is niet gebleken dat Aanbesteder

conform de overeenkomst reeds een boete heeft opgelegd, nakoming heeft gevorderd dan wel de overeenkomst heeft ontbonden.

3. Reactie aanbesteder

3.1. Klachtonderdeel 1

Levering CLT's/Spreaders en beroep op force majeure

3.2. Ondernemer geeft een verkeerde voorstelling van zaken. Zoals ondernemer bekend is, is het leverschema uit paragraaf 2.1.1 tijdens de aanbesteding bij nota van inlichtingen als volgt gewijzigd:

"The delivery schedule will be changed, the table of paragraph 2.1.1 must be read as follows:

Delivery of the Container Lifting Trucks 2018: 0

2019 Q1: 3 Container Lifting Trucks (including 1 Test System) and 1 Spreader;

2019 Q2-Q4: 31 Container Lifting Trucks and 5 Spreaders;

2020: 34 Container Lifting Trucks and 6 Spreaders.

The numbers as set out above are minimum numbers and must be guaranteed, through Annex J Guarantee delivery number. The actual distribution of the numbers over a year may change after conclusion of the Agreements."

3.3. Deze nieuwe planning, die tevens is opgenomen in Annex J bij de inschrijving, ging nog uit van contractsluiting per 1 juni 2018. De eerste gunningsbeslissing werd echter pas op 2 oktober 2018 genomen. Die gunningsbeslissing is op 26 november 2018 ingetrokken waarna op 14 januari 2019 een nieuwe gunningsbeslissing is genomen. Tegen die beslissing heeft [Ondernemer] een kort geding aanhangig gemaakt wat resulteerde in een vonnis van 12 maart 2019. Vervolgens hebben [Aanbesteder] en de Combinatie de overeenkomst op 19 april 2019 – bijna een jaar later dan beoogd - gesloten. Vanzelfsprekend diende de planning dienovereenkomstig op te schuiven.

3.4. In model Annex J is bovendien opgenomen dat zowel het minimum als het totaal aantal te leveren CLT's en Spreaders "subject to the Project Realisation Plan as mutually agreed upon by both Supplier and Contracting Authority" zijn. Conform het dienovereenkomstig bij contractsluiting overeengekomen Project Realisation Plan dienden de eerste 20 CLT's te worden geleverd in 2020 en nog eens 10 CLT's dienden te worden geleverd vóór 15 maart 2021. De overige 48 CLT's dienen conform die planning ook in 2021 te worden geleverd. Alle 12 Spreaders dienden te worden geleverd in de periode oktober t/m december 2020.

3.5. Begin 2020 zag de Combinatie zich echter geconfronteerd met de gevolgen van de coronacrisis. Met een beroep op artikel 19 (force majeure) van de overeenkomst (bijlage 4), heeft de Combinatie [Aanbesteder] direct laten weten dat fabrieken tijdelijk werden gesloten en testfaciliteiten niet of minder beschikbaar waren. Gedurende de epidemie heeft de Combinatie [Aanbesteder] op de hoogte gehouden van de vertraging.

3.6. "ARTICLE 19: NON-IMPUTABLE FAILURES (FORCE MAJEURE)

To the extent that a failure to perform an obligation cannot be imputed to the Supplier, he shall not be in default nor be liable for damages nor owe any penalty, provided that he has notified the State of the failure and the reason thereof without delay and in any case within the period agreed for the performance of the obligation."

- 3.7. In het geval van force majeure is van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst geen sprake. Teneinde te kunnen beoordelen of en in welke mate een beroep op force majeure in het kader van de maatregelen rondom COVID-19 gerechtvaardigd is, heeft aanbesteder de Combinatie om meer gedetailleerde informatie gevraagd.
- 3.8. Anders dan ondernemer in zijn klacht betoogt, kan niet op voorhand worden uitgesloten dat COVID-19 tot vertraging in de levering heeft geleid. Waar ondernemer stelt dat COVID-19 niet de reden kan zijn dat in 2019 niet aan de leveringsvoorwaarden is voldaan omdat de eerste wereldwijde coronamaatregelen pas in januari 2020 zijn afgekondigd, geldt dat hij een onjuist leveringsschema tot uitgangspunt neemt en miskent dat de eerste CLT's en Spreaders niet in 2019, maar pas in 2020, dienden te worden geleverd. Voorts stelt ondernemer zonder enige onderbouwing dat "op basis van kennis en ervaring uit de markt COVID-19 ook geen beletsel kan vormen om in 2020 en 2021 leveringen te verrichten". Voor de vraag of de Combinatie een gerechtvaardigd beroep kan doen op force majeure is vanzelfsprekend niet maatgevend of de leveranciers van ondernemer volledig aan alle leveringsverplichtingen hebben voldaan, nog daargelaten dat ondernemer die stelling ook niet heeft onderbouwd.
- 3.9. Aanbesteder heeft de Combinatie verzocht de aanvullende informatie spoedig te verstrekken. De beoordeling of sprake is van een gerechtvaardigd beroep op force majeure is vanzelfsprekend aan aanbesteder als opdrachtgever.

Geen wezenlijke wijziging

- 3.10. Voor zover ondernemer betoogt dat een enkele overschrijding van de leveringstermijnen zonder meer tot een wezenlijke wijziging leidt is dat standpunt onjuist. Dat volgt ook niet uit het in dit kader door ondernemer aangehaalde arrest van het Hof van Justitie Finn Frogne (HvJ EU 7 september 2016, zaak C-549/14, ECLI:EU:C:2016:634). Met de in de overeenkomst opgenomen boeteclausule van artikel 12 lid 1 (penalty clause) is juist voorzien in de mogelijkheid van een latere levering. Alle inschrijvers hebben daar bij inschrijving ook vanuit kunnen gaan.

"ARTICLE 12: PENALTY CLAUSE

If at the agreed place and within the agreed time, no goods and/or services as mentioned in paragraph 1, of ARTICLE 2: SCOPE OF THE SUPPLIERS OBLIGATIONS conforming to this Delivery Agreement have been delivered in full or no services conforming to this Delivery Agreement have been rendered in full, the Supplier shall, without notice of warning or other prior notice, owe the State a penalty that shall be immediately due and payable in the amount of 0.1% of the price (including VAT) of the goods and/or services in question for each working day that the failure continues.

1. This penalty continues up to a maximum of 10% of the price (including VAT) of the goods or services in question. If the delivery or the rendering of services has become permanently impossible, the full penalty shall be immediately payable. If this Delivery Agreement is dissolved by the State for grounds other than stated in ARTICLE 21: DISSOLUTION paragraph 2 and 4, the penalty becomes immediately payable in full."

- 3.11. Aanbesteder verwijst in dit kader ook naar het volgende vonnis van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag:

Vzr. Rb. Den Haag 21 december 2017 (ECLI:NL:RBDHA:2017:15465):

"5.5 (...) Voorts staat vast dat de finale opleverdatum van 1 oktober 2017 is verstreken. Voor zover Eurosalt betoogt dat het enkele feit dat FAM met het verstrijken van de finale opleverdatum geen wegenzout conform alle eisen heeft geleverd reeds meebrengt dat de opdracht wezenlijk is gewijzigd, kan dat betoog niet worden gevolgd. De in de overeenkomst opgenomen boeteclausules duiden er immers op dat is voorzien in de mogelijkheid van een latere levering en dat Rijkswaterstaat de mogelijkheid van herstel kan bieden indien het zout niet voldoet."

- 3.12. Dat, zoals ondernemer schrijft, "niet kan worden uitgesloten dat andere inschrijvers zich hadden ingeschreven, aan een andere inschrijver was gegund of meer marktpartijen in de opdracht geïnteresseerd waren geweest indien het ten tijde van de aanbestedingsprocedure al duidelijk was geweest dat de zich thans voordoende leveringsvertraging door aanbesteder (al dan niet onder oplegging van een boete) zou worden geaccepteerd" is aldus onjuist.
- 3.13. Evenzeer is onjuist dat de overeenkomst niet voorziet in een overschrijding van de maximale boete waardoor bij een vertraging van meer dan 100 werkdagen direct sprake is van een wezenlijke wijziging, zoals ondernemer stelt op pagina 4 van zijn klacht. Artikel 12 lid 3 sub b biedt aanbesteder de mogelijkheid schade die het boetebedrag overschrijdt op de opdrachtnemer te verhalen. Nog daargelaten dat van een maximering van de boete thans nog geen sprake is.

"ARTICLE 12: PENALTY CLAUSE

(...)

3. The penalties, referred to in this article, apply without prejudice to all the State's other rights or claims, including:

(...)

b. its right to claim damages to the extent that the damages exceed the amount of the penalty.

- 3.14. Evenmin is sprake van een wezenlijke wijziging omdat aanbesteder zou nalaten tegen de te late leveringen op te treden. De vertraagde leveringen kwalificeren pas als een tekortkoming indien de Combinatie geen of slechts gedeeltelijk een beroep toekomt op force majeure in de zin van artikel 19 van de overeenkomst. Die beoordeling is als gezegd primair aan aanbesteder als opdrachtgever en vindt nog plaats. Aanbesteder heeft de Combinatie verzocht spoedig de benodigde informatie te verstrekken. Indien uit die beoordeling door aanbesteder volgt dat geen of slechts gedeeltelijk sprake is van force majeure heeft aanbesteder op grond van de overeenkomst de mogelijkheid de Combinatie aan te spreken op de te late leveringen door gebruik te maken van de boetebepaling van artikel 12 lid 1 van de overeenkomst.
- 3.15. Voorts heeft aanbesteder op grond van artikel 12 lid 3 van de overeenkomst de mogelijkheid nakoming te vorderen. Daar heeft aanbesteder vanzelfsprekend ook alle belang bij. Er is geen reden te twifelen dat aanbesteder niet zal toezien op naleving van de overeenkomst, ondernemer heeft dat ook niet geconcretiseerd.

Conclusie

- 3.16. Waar aanbesteder nog doende is vast te stellen of en in welke mate een beroep op force majeure gerechtvaardigd is, is nog geen sprake van een tekortkoming, laat staan dat aanbesteder nalaat de contractuele voorwaarden toe passen en sprake is een wezenlijke wijziging. Aanbesteder concludeert dan ook tot ongegrondverklaring van de onderhavige klacht.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 22 december 2017 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1, 2 en 4 van de Aw 2012.
- 4.2. Ondernemer stelt dat aanbesteder niet is opgetreden tegen te late levering en ook geen boete daarvoor heeft opgelegd, zodat sprake zou zijn van een ontoelaatbare wezenlijke wijziging van de overeenkomst. Zoals de Commissie heeft overwogen in Advies 622 (zie ov. 4.3.1 tot en met 4.3.3) dient een aanbestedende dienst bij de uitvoering van de overeenkomst nauwgezet toe te zien op de naleving van de voorwaarden van de aanbesteding. Ook heeft de Commissie overwogen in Advies 513 (zie ov. 5.5) dat niet of onvoldoende optreden tegen tekortkomingen in de nakoming van een overeenkomst gezien moet worden als een wijziging van die overeenkomst. De vraag is dus of deze situaties zich hier voordoen.
- 4.3. Aanbesteder heeft in zijn verweer duidelijk gemaakt waarom er in 2019 nog geen leveringen hoefden te worden verricht (zie 3.2 tot en met 3.4 hiervoor). Hieruit volgt dat het mogelijk is dat X en Y een beroep op overmacht hebben gedaan wegens de coronacrisis.
- 4.4. De Commissie merkt terzijde op dat, anders dan aanbesteder stelt, een geslaagd beroep op overmacht niet inhoudt dat er geen sprake is van een tekortkoming, maar dat de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, waardoor er geen schadevergoeding of boete kan worden toegewezen.
- 4.5. Aanbesteder geeft aan dat nog niet vaststaat of het beroep op overmacht wel of niet gerechtvaardigd is. Aanbesteder geeft aan dat in geval mocht blijken dat het beroep niet terecht is, aanbesteder alsnog zal optreden tegen X en Y. Dat betekent dat de Commissie op dit moment nog niet kan vaststellen dat er sprake is van handelen of nalaten in strijd met de Aanbestedingswet 2012.
- 4.6. De klacht is derhalve ongegrond.

5. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 15 juli 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. drs. T.H. Chen

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid