

## **Advies [732]**

### **1. Waar gaat dit advies over?**

- 1.1. Dit advies gaat over de vraag of de door aanbesteder gestelde voorwaarden in de overeenkomst met betrekking tot de aansprakelijkheid en het boetebeding strijdig zijn met het proportionaliteitsbeginsel.
- 1.2. Ook komt in dit advies de rangorde van de contractdocumenten aan de orde.

### **2. Hoe luidt dit advies?**

#### 2.1. Klachtonderdeel 1

De Commissie komt met betrekking tot de aansprakelijkheid tot de slotsom dat niet blijkt dat aanbesteder in strijd handelt met het proportionaliteitsbeginsel en de Gids Proportionaliteit. De Commissie verklaart het eerste klachtonderdeel **on-gegrond**.

#### 2.2. Klachtonderdeel 2

De Commissie komt met betrekking tot de boete tot de slotsom dat niet blijkt dat aanbesteder in strijd handelt met het proportionaliteitsbeginsel en de Gids Proportionaliteit. De Commissie verklaart het tweede klachtonderdeel **ongegron**d.

#### 2.3. Klachtonderdeel 3

De Commissie is met betrekking tot de rangorde van contractdocumenten van oordeel dat aanbesteder - door de eisen en voorwaarden uit het bestek, die algemeen gelden voor alle inschrijvers, bij tegenstrijdigheid, te laten prevaleren boven een individuele inschrijving van één opdrachtnemer, waarborgt dat voor elke inschrijver gedurende de uitvoering van de overeenkomst dezelfde voorwaarden gelden. Daarmee handelt aanbesteder in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel. De Commissie verklaart het derde klachtonderdeel **ongegron**d.

### **3. Wat zijn de relevante feiten?**

- 3.1. Aanbesteder, een onderwijsinstelling, heeft op 22 december 2023 een Europese openbare aanbesteding voor de opdracht tot het leveren, implementeren en technisch onderhouden van een nieuw Student Informatie Systeem (SIS) aangekondigd op TenderNed.
- 3.2. Het doel van de aanbesteding is het sluiten van een overeenkomst met één opdrachtnemer voor een (initiële) periode van 146 maanden. Startdatum van de implementatie van het SIS is bepaald op 1 mei 2024.

## De aanbestedingsstukken

3.3. In het bestek 'Aanbesteding Student Informatie Systeem' staat onder meer:

(...)

### 1. Begrippenlijst

Begrip	Omschrijving
(...)	
Bestek	Dit document inclusief Bijlagen 1 tot en met 10 die hiervan integraal en onlosmakelijk onderdeel uitmaken.
(...)	

### 2.1. Inleiding

(...)

Bijlagen die integraal en onlosmakelijk van dit Bestek deel uitmaken, zijn:

- (...)
- Bijlage 1: Programma van Eisen en Wensen
- Bijlage 3A: Overeenkomst
- (...)
- Bijlage 4: Algemene Inkoopvoorwaarden (ARBIT 2022)
- (...)
- Bijlage 6: Format Nota van Inlichtingen
- (...)

### 3.1 Aanleiding

Begin 2020 is door [aanbesteder] een speerpunt Eigentijds Onderwijs (ETO) gedefinieerd. In het kader van dit speerpunt is onder meer nagegaan of het applicatielandschap dat [aanbesteder] heeft ingericht toereikend is om aan de eisen te voldoen die (naar verwachting) aan het toekomstige nieuwe onderwijs worden gesteld. Dit onderzoek heeft in 2021 geresulteerd in de conclusie dat onder meer de inrichting van het huidige studenten informatiesysteem (SIS) niet voldoende toereikend is.

(...)

Inmiddels is voor het speerpunt ETO een project gestart. ETO heeft niet alleen invloed op hoe het onderwijs wordt uitgevoerd maar ook op hoe de processen moeten lopen, hoe de middelen beschikbaar moeten zijn, hoe het onderwijs ondersteund moeten worden en hoe de organisatie en medewerkers gaan werken. Het project ETO wordt onder architectuur uitgevoerd.

Om tegemoet te kunnen komen aan de behoeften op het gebied van ETO heeft [aanbesteder] besloten om een nieuw Student Informatie Systeem (SIS) in te kopen. Het SIS wordt ingekocht middels een Europese openbare aanbestedingsprocedure. Op dit moment wordt binnen [aanbesteder] gebruik gemaakt van '[merksnaam SIS systeem]' van [naam leverancier]. De overeenkomst met [naam leverancier] is doorlopend en zal worden beëindigd op het moment dat volledige overgang naar de nieuwe SIS gerealiseerd is. Het beoogde startmoment van de implementatie van het nieuwe SIS betreft 1 mei 2024. De deadline voor livegang is 1 juli 2026.

(...)

### **3.3. Doelstellingen**

Deze opdracht is voor [aanbesteder] behaald op het moment dat, in samenwerking met de Opdrachtnemer, de volgende doelstellingen worden behaald:

- Er is door de Opdrachtnemer een SIS aangeboden en geïmplementeerd dat voorziet in de behoeften van het onderwijs en haar benodigde ondersteuning. Met het SIS van Opdrachtnemer worden zoveel mogelijk 'wensen' van [aanbesteder] ingevuld.
- Er is door de Opdrachtnemer een SIS aangeboden en geïmplementeerd die blijvend voorziet in de landelijke ontwikkelingen op het gebied van wetgeving en onderwijs.
- Er is door de Opdrachtnemer een SIS aangeboden en geïmplementeerd die, gelet op de diversiteit van rollen onder medewerkers, voorziet in de behoefte.
- Er is door de Opdrachtnemer een SIS aangeboden en geïmplementeerd die niet als administratieve last wordt ervaren.

(...)

### **4.1 Akkoordverklaring**

1. Door een Inschrijving in te dienen, verklaart Inschrijver zich onvoorwaardelijk en volledig akkoord met alle eisen, voorwaarden, criteria en voorbehouden zoals opgenomen in de toepasselijke documenten, waaronder het Bestek, het Programma van Eisen, de Nota('s) van Inlichtingen, de (Waakvlam)Overeenkomst en de Algemene Inkoopvoorwaarden (ARBIT 2022).

2. Tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer komt na definitieve gunning de Overeenkomst (Bijlage 3A) tot stand aangevuld met eventuele aanvullingen en/of wijzigingen uit de Nota van Inlichtingen.

(...)

(...)

### **7.2 Uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen**

(...)

Verzekering:

Inschrijver verklaart door middel van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument dat Inschrijver adequaat is verzekerd of dat Inschrijver zich adequaat zal verzekeren op het moment dat de Opdracht voorlopig aan hem wordt gegund (zie Overeenkomst voor de minimaal verzekerde bedragen) door middel van een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering (Aansprakelijkheids Verzekering Bedrijven (AVB)). Inschrijver dient op het moment dat de Opdracht definitief aan hem wordt gegund adequaat te zijn verzekerd en zich gedurende de uitvoering van de Opdracht ook als zodanig verzekerd te houden. Op het certificaat van verzekering staat geen eigen risico vermeld. Indien dit wel van toepassing is, zal de Opdrachtnemer dit niet verrekenen met de Opdrachtgever. (...)

(...)'

3.4. In de overeenkomst 'Student Informatie Systeem' staat onder meer:

'(...)

## **ARTIKEL 2: INHOUD VAN DE OVEREENKOMST**

2.1 De Overeenkomst heeft betrekking op de in het Bestek inclusief Nota('s) van Inlichtingen omschreven Opdracht. Opdrachtnemer is verplicht de

- Opdracht uit te voeren geheel overeenkomstig het bepaalde in de hierna onder artikel 2.2 genoemde contractdocumenten.
- 2.2 De volgende contractdocumenten zijn onverkort van toepassing op de Opdracht:
- I. Overeenkomst;
  - II. Verwerkersovereenkomst (Bijlage 1);
  - III. Verslag verificatiegesprek (Bijlage 2);
  - IV. NvI (waarbij de laatste Nota van Inlichtingen als eerste prevaleert) (Bijlage 3);
  - V. Bestek (Bijlage 4);
  - VI. Algemene Inkoopvoorwaarden Opdrachtgever (Bijlage 5);
  - VII. SLA (Bijlage 6);
  - VIII. Inschrijving Opdrachtnemer (Bijlage 7).
- 2.3 In geval van tegenstrijdigheid tussen de in artikel 2.2 genoemde contractdocumenten, geldt dat document als genoemd onder I prevaleert boven II, II boven III en zo verder.
- (...)
- (...)

#### **ARTIKEL 5: LEVERING & BOETEBEDING**

- 5.1 De leveringstermijn van de applicatie geldt als stipt en fataal. In geval de termijn wordt overschreden, dan is Opdrachtnemer zonder nadere ingebrekestelling direct in verzuim. Dit geldt eveneens voor eventuele wensen vanuit het Programma van Wensen die Opdrachtnemer niet conform planning heeft opgeleverd. Opdrachtgever is in dat geval gerechtigd de Overeenkomst zonder verdere ingebrekestelling met onmiddellijke ingang te ontbinden, onverminderd de bevoegdheid van Opdrachtgever om schadevergoeding of nakoming van Opdrachtnemer te vorderen. Indien overschrijding dreigt, dient Opdrachtnemer dit onverwijld schriftelijk aan Opdrachtgever kenbaar te maken onder opgave van reden van de overschrijding.
- 5.2 Ingeval Opdrachtnemer de applicatie niet tijdig, en conform afspraken, levert (waaronder de tijdige leveringen van wensen vanuit het Programma van Wensen), is hij voor elke dag waarmee de leveringstermijn wordt overschreden, zonder dat een nadere ingebrekestelling is vereist, aan Opdrachtgever een direct opeisbare boete verschuldigd van 0,5% per dag, met een maximum van 20%, van de verschuldigde totale vergoeding voor de implementatie van de applicatie.
- 5.3 Ingeval Opdrachtnemer gedurende de periode van operatie de applicatie niet conform afspraken (zoals opgenomen in het Programma van Eisen) in stand houdt, of niet voldoet aan de overeengekomen Service Level Agreement, is hij, per constatering c.q. gebeurtenis, rekening houdend met het hersteltermijn zoals omschreven in artikel 8.1, voor elke dag waarbij het gebrek in stand blijft, aan Opdrachtgever een direct opeisbare boete verschuldigd van 0,5% per dag, met een maximum van 20%, van de verschuldigde totale vergoeding van het desbetreffende contractjaar.
- (...)

#### **ARTIKEL 8: TOEREKENBARE TEKORTKOMING EN ONTBINDING**

- 8.1 In het geval Opdrachtnemer toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen uit de Overeenkomst, dan zal Opdrachtgever hem deswege schriftelijk in gebreke stellen waarbij Opdrachtnemer in de gelegenheid wordt gesteld om binnen tien (10) werkdagen alsnog zijn verplichtingen naar behoren na te komen, tenzij nakoming van de desbetreffende

verplichting reeds blijvend onmogelijk is, in welk geval Opdrachtnemer onmiddellijk in verzuim is, zulks onverminderd het bepaalde in artikel 5.2.

(...)

(...)

#### **ARTIKEL 10: AANSPRAKELIJKHEID**

- 10.1 Opdrachtnemer is aansprakelijk voor alle schade van Opdrachtgever die ontstaat als gevolg van het toerekenbaar niet, niet tijdig of niet naar behoren nakomen van de verplichtingen uit de Overeenkomst, de uitvoering van door Opdrachtnemer ingeschakelde derden daaronder mede begrepen. Uitzonderingen op de aansprakelijkheid voor (indirecte) schade voor beide Partijen zijn: handelsverlies, gederfde winst, gemiste besparingen en/of schade door bedrijfsstagnatie.
- 10.2 Opdrachtnemer vrijwaart Opdrachtgever tegen alle (financiële gevolge van) aanspraken van derden in enig verband staande met het niet, niet tijdig of niet naar behoren uitvoeren van zijn verplichtingen uit de Overeenkomst, daaronder uitdrukkelijk mede maar niet uitsluitend begrepen alle aanspraken van uitvoeringsinstanties of de Belastingdienst in de ruimste zin van het woord en alle aanspraken wegens inleners-, keten- en productaansprakelijkheid.
- 10.3 Opdrachtnemer is verplicht zich door middel van een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering adequaat tegen aansprakelijkheid op grond van dit artikel te verzekeren voor een bedrag van € 2.500.000,- per gebeurtenis met een maximum van € 5.000.000,- per jaar.
- 10.4 De aansprakelijkheid van Opdrachtnemer is beperkt tot maximaal de in artikel 10.3 genoemde verzekerde bedragen. Deze beperking van de aansprakelijkheid geldt niet indien er sprake is van opzet of grove schuld van Opdrachtnemer.
- 10.5 Op eerste verzoek van Opdrachtgever is Opdrachtnemer gehouden inzage in de daartoe strekkende polis en polisvoorwaarden te geven.
- 10.6 Opdrachtgever is niet aansprakelijk voor enige schade die Opdrachtnemer of zijn personeel of door hem ingeschakelde derden lijden, tenzij sprake is geweest van opzet, een bewuste fout of grove schuld van Opdrachtgever.

(...)'

3.5. In de 'ARBIT 2022' staat onder meer:

'(...)

#### **Artikel 26. Aansprakelijkheid**

- 26.1. Indien een partij tekortschiet in de nakoming van een overeengekomen verplichting, kan de andere partij haar in gebreke stellen waarbij de nalatige partij alsnog een redelijke termijn voor de nakoming wordt gegund. Blijft nakoming ook dan uit dan is de nalatige partij in verzuim. Ingebrekestelling is niet nodig wanneer voor de nakoming een Fatale termijn geldt of indien uit een mededeling dan wel de houding van de andere partij moet worden afgeleid dat deze in de nakoming van haar verplichting zal tekortschieten. De partij die toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen, is tegenover de andere partij aansprakelijk voor de door deze geleden en/of te lijden schade.
- 26.2. De in artikel 26.1 bedoelde aansprakelijkheid voor persoons- en zaakschade en daaruit voortvloeiende schade, is beperkt tot een bedrag van € 1.250.000,- per gebeurtenis. Samenhangende gebeurtenissen worden daarbij aangemerkt als één gebeurtenis.

- 26.3. De in artikel 26.1 bedoelde aansprakelijkheid voor schade anders dan die bedoeld in artikel 26.2 is beperkt tot een bedrag van ten hoogste vier maal de hoogte van de Vergoeding per gebeurtenis. Samenhangende gebeurtenissen worden daarbij aangemerkt als één gebeurtenis.
- 26.4. De in artikel 26.2 en artikel 26.3 opgenomen beperkingen van aansprakelijkheid komen te vervallen:
- ingeval van aanspraken van derden op schadevergoeding ten gevolge van dood of letsel en/of;
  - indien sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van de andere partij of diens Personeel en/of;
  - in geval van schending van intellectuele eigendomsrechten als bedoeld in artikel 8;
  - in geval van aanspraken op schadevergoeding ten gevolge van schending van wet- en regelgeving op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens of handelen in strijd met de rechtmatige instructies van de verwerkingsverantwoordelijke. Onder schade wordt mede begrepen een door de toezichthoudende autoriteit opgelegde boete.
- 26.5. Alle verplichtingen, ook die krachtens de belasting-, zorgverzekerings- en sociale verzekeringswetgeving met betrekking tot Personeel van Wederpartij, komen ten laste van Wederpartij. Wederpartij vrijwaart Opdrachtgever tegen elke aansprakelijkheid die daarmee verband houdt.

(...)'

- 3.6. In de Nota van Inlichtingen (1) van 2 februari 2024 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

*Vragen en antwoorden met betrekking tot artikel 5 'Overeenkomst Student Informatie Systeem'*

- 3.6.1. Vraag 105 (over artikel 5): 'Opdrachtnemer stelt dat bij deze artikelen toegevoegd wordt dat indien de vertraging veroorzaakt wordt door opdrachtgever deze artikelen niet van toepassing zijn. Dit zal vastgesteld worden in een notitie door beiden partijen.'

Antwoord: 'Akkoord, indien er sprake is van een aan Opdrachtgever toerekenbare vertraging.'

- 3.6.2. Vraag 106: 'Fatale Termijnen. De in artikel 5.1 van de Overeenkomst geregelde fatale termijn past niet bij de gevraagde diensten aangezien er vaktechnische motivaties kunnen zijn die een belemmering vormen voor het opleveren van bepaalde functionaliteiten binnen de gestelde fatale termijn. Voorts kan het zijn dat een latere oplevering veroorzaakt wordt door gebrekkige informatie en/of medewerking van Opdrachtgever, van wie wij als dienstverlener voor een groot deel afhankelijk zijn.

Afgezien van het voorgaande zouden wij het redelijk vinden dat Opdrachtnemer van Opdrachtgever de kans krijgt om eventuele tekortkomingen te herstellen. Wij achten het in dat kader redelijk dat de partij die tekortschiet in de nakoming van de overeenkomst eerst, conform wetgeving, art. 6:82 BW e.v., schriftelijk door de andere partij in gebreke wordt gesteld waarbij er een redelijke termijn voor nakoming wordt gesteld. Indien na deze ingebrekestelling nakoming alsnog uitblijft, dan is de partij in verzuim.

Wij stellen derhalve voor de volgende bepaling op te nemen in de te sluiten overeenkomst, in plaats van het huidige artikel 5.1. Kunt u hiermee instemmen? Zo niet, kunt u toelichten waarom (niet)?

"De duur van de Overeenkomst kan behalve door de inspanning van het team dat met de uitvoering van de Overeenkomst is belast, worden beïnvloed door allerlei factoren, zoals de kwaliteit van de informatie die Opdrachtnemer verkrijgt en de medewerking die (door Opdrachtgever) wordt verleend. Termijnen waarbinnen de werkzaamheden dienen te zijn afgerond gelden derhalve als indicatie en worden derhalve niet als fatale termijnen beschouwd."

Antwoord: '[Aanbesteder] gaat niet akkoord met uw voorstel. [Aanbesteder] is echter wel bereid om binnen artikel 5 de hersteltermijn te bieden zoals opgenomen in artikel 8.1.'

- 3.6.3. Vraag 107: 'In 5.1 wordt gesteld dat indien er de leveringstermijn wordt overschreden, de Opdrachtgever direct in verzuim is. Echter, de overschrijding kan ook (deels) toerekenbaar zijn aan Opdrachtgever. Bent u bereid om dit artikel op dit punt aan te passen?'

Antwoord: 'Inschrijver heeft het in de vraag over het in verzuim zijn van 'Opdrachtgever', wij gaan er vanuit dat u hier 'Opdrachtnemer' bedoelt.

Indien de overschrijding (deels) aantoonbaar toerekenbaar is aan Opdrachtgever, dan zal Opdrachtgever zich niet beroepen op dit artikel.

Voor de volledigheid; Opdrachtnemer blijft verantwoordelijk voor de tijdige implementatie van het SIS. Indien er vertraging dreigt te ontstaan door toedoen van [Aanbesteder], dan dient u dit te escaleren. Indien u dit niet doet, zal een vertraging in geen geval toerekenbaar zijn aan [aanbesteder].'

- 3.6.4. Vraag 108 (over artikel 5.1): 'Het door u aangegeven boetebeding is nogal omvangrijk en zeer eenzijdig. Bij het opstellen van boetebedingen dient de boete op grond van redelijkheid en billijkheid gebaseerd te zijn. Gaat u akkoord dat er voorstellen worden gedaan om de boetebedingen naar redelijkheid en billijkheid aan te passen. Zo nee. Graag uw motivatie waarom niet en de redenen waarom u kiest voor het huidige omvangrijke boetebeding?'

Antwoord: '[Aanbesteder] is niet bereid om na gunning nog te onderhandelen over het boetebeding. U kunt uw voorstel indienen binnen de 2e Nota van Inlichtingen.'

- 3.6.5. Vraag 109 (over artikel 5.1 en artikel 5.2): 'Opdrachtgever geeft aan dat in geval de termijn van levering wordt overschreden, dat Opdrachtnemer zonder nadere ingebrekestelling de overeenkomst met onmiddellijke ingang kan beëindigen. Wij verzoeken om toevoegen van een ingebrekestellingstermijn. Bent u hiertoe bereid?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 106.'

- 3.6.6. Vraag 110: 'Boete overschrijding termijnen. Artikel 5.2 en 5.3 van de Concept Overeenkomst regelt een direct opeisbare boete bij overschrijding van de overeengekomen termijn. Aangezien Opdrachtnemer m.b.t. de onderhavige opdracht voor een groot deel afhankelijk zal zijn van Opdrachtgever en/of door Opdrachtgever gecontracteerde derden, vinden wij deze boete niet reëel. Bovendien dient een boete te worden aangemerkt als disproportioneel (wij verwijzen naar Voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit). De boete is nota bene geformuleerd als direct opeisbaar, hetgeen maakt dat deze direct verschuldigd is zonder dat in rechte is komen vast te staan dat de opdrachtnemer daadwerkelijk niet conform de overeenkomst heeft opgeleverd.

Het overeenkomen van boetes is bovendien niet noodzakelijk omdat in de contractvoorwaarden een vangnet is opgenomen ten aanzien van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer en de daaruit voortvloeiende verplichting tot vergoeding van schade, in geval van schending van de verplichtingen uit de overeenkomst. Kunt u derhalve akkoord gaan met het buiten toepassing laten van dit artikel?

Indien u hiermee niet akkoord kunt gaan, zou u dan kunnen toelichten waarom niet?'

Antwoord: 'De clause blijft in stand. Zie daarnaast de antwoorden op vraag 106 en 107.'

*Vragen en antwoorden met betrekking tot artikel 10 'Overeenkomst Student Informatie Systeem'*

- 3.6.7. Vraag 117 (over artikel 10): 'Opdrachtgever geeft aan dat een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering tegen aansprakelijkheid op grond van dit artikel te verzekeren voor een bedrag van € 2.500.000,- per gebeurtenis met een maximum van € 5.000.000,- per jaar moet zijn. Gangbaar is dat het te verzekeren bedrag € 1.250.000 per gebeurtenis is met een maximum van € 2.500.000 per jaar. Bent u bereid dit aan te passen?'

Antwoord: 'Uw voorstel is akkoord.'

- 3.6.8. Vraag 118: 'Vrijwaring. Artikel 10.2 van de Overeenkomst regelt een vrijwaring ten nadele van Opdrachtnemer. De Opdrachtnemer heeft uiteraard een vaktechnische verantwoordelijkheid als het gaat om zijn werkzaamheden. In dat kader is in de wet en daaruit voortvloeiende jurisprudentie reeds een vangnet opgenomen ten aanzien van de aansprakelijkheid van de voor toerekenbare tekortkomingen jegens de opdrachtgever en jegens derden. Het vrijwaren van de Opdrachtgever voor aanspraken van derden gaat echter verder en is in strijd met hetgeen in onze beroepsgroep gebruikelijk is.

Het afgeven van een vrijwaring voor claims van derden is bijzonder ongebruikelijk in onze branche (de enige uitzondering hierop vormen vrijwaringen voor claims van belastingautoriteiten en sociale verzekeringsinstanties en voor claims van derden ten aanzien van een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten). Het risico dat op deze manier bij de opdrachtnemer wordt neergelegd is disproportioneel, zoals is bepaald in Voorschrift 3.9 A van de van de Gids Proportionaliteit die in januari 2022 door het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat is uitgebracht. Kunt u met in acht neming van het voorgaande akkoord gaan met het verwijderen van het bepaalde in artikel 10.2 uit de Overeenkomst?

Mocht u dit verzoek niet honoreren, kunt u dan bevestigen dat de contractueel overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking ook ziet op de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de vrijwaring?'

Antwoord: 'Indien de aanspraken van derden in enig verband staan met de uitvoering van de opdracht door Opdrachtnemer, dan is het naar mening van [aanbesteder] proportioneel dat Opdrachtnemer daarvoor aansprakelijk is. Dit wordt niet aangepast.'

- 3.6.9. Vraag 119: 'Beperking van aansprakelijkheid. Artikel 10.4 bepaalt de maximale aansprakelijkheid op € 2.500.000 per gebeurtenis en € 5.000.000 per jaar. Deze aansprakelijkheidsbeperking wijkt sterk af van de aansprakelijkheidsbeperking zoals deze normaliter in onze branche gehanteerd wordt. Wij wijzen in dit kader naar Voorschrift 3.9 D van de Gids Proportionaliteit die in januari 2022 door het



Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (herzien) is uitgebracht. Dit Voor­ schrift 3.9 D bepaalt dat de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer gelimiteerd dient te zijn, waarbij de aansprakelijkheidsbeperking die in de betreffende branche gebruikelijk is in acht dient te worden genomen. In de branche is het gebruikelijk om bij IT-opdrachten een beperking van aansprakelijkheid op te nemen van 1 maal de opdrachtwaarde (per jaar). Kunt u akkoord gaan met het opnemen van onder­ staande, marktconforme, bepaling in de Overeenkomst ter vervanging van artikel 10.4?:

“Opdrachtnemer zal zijn werkzaamheden naar beste kunnen verrichten en daarbij de zorgvuldigheid in acht nemen die van Opdrachtnemer kan worden verwacht. Indien een fout wordt gemaakt doordat Opdrachtgever aan Opdrachtnemer on­ juiste of onvolledige informatie heeft verstrekt, is Opdrachtnemer voor de daardoor ontstane schade niet aansprakelijk. Indien de Opdrachtgever aantoonbaar dat hij schade heeft geleden door een fout van Opdrachtnemer die bij zorgvuldig handelen zou zijn vermeden, is Opdrachtnemer voor die schade aansprakelijk tot maximaal het bedrag van het honorarium dat opdrachtgever aan opdrachtnemer heeft be­ taald en/of nog verschuldigd is over de laatste twaalf maanden voor de onder de opdracht verrichte specifieke werkzaamheden waaruit de fout voortvloeit. Samen­ hangende fouten worden daarbij aangemerkt als één fout. De beperking van aan­ sprakelijkheid geldt niet indien er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van opdrachtnemer en/of indien dwingende (inter)nationale wet- of (beroeps) regelgeving een dergelijke beperking niet toestaat.”

Antwoord: ‘Nee, niet akkoord. Zie het antwoord op vraag 117.’

- 3.7. In de Nota van Inlichtingen (2) van 16 februari 2024 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

*Vragen en antwoorden met betrekking tot artikel 5 ‘Overeenkomst Student Infor­ matie Systeem’*

- 3.7.1. Vraag 47: ‘N.a.v. het antwoord op vraag 106 inzake fatale termijnen. Zie ook graag onze algemene vraag over de verdeling van verantwoordelijkheden. U lijkt erop uit te zijn om iedere verantwoordelijkheid voor het slagen van het project, inclusief het halen van de beoogde planning, bij de opdrachtnemer te leggen en hier geen enkele eigen verantwoordelijkheid in te nemen. Het toepassen van een algemene herstel­mogelijkheid van 10 werkdagen is vrij arbitrair, omdat afhankelijk van de complexiteit van een bepaalde functionaliteit herstel een stuk langer kan duren van 10 werkdagen. Bovendien gaat dit nog altijd voorbij aan het algemene principe dat het niet halen van fatale termijnen van rechtswege leidt tot verzuim. Dit is een onwenselijke en onwerk­bare situatie die wij graag veranderd zien. In plaats van te werken met fatale termijnen en zelfs boetes voor het niet halen van die termijnen, willen wij voorstellen om ten aanzien van de planning een duidelijke governance en change-control-procedure op te zetten, waarbij middels periodieke stuurgroep­bijeenkomsten door de stuurgroep een planning wordt bepaald en waar mogelijk geüpdatet. Staat u hiervoor open?’

Antwoord: ‘Het is niet de intentie van [aanbesteder] om de volledige verantwoor­ delijkheid voor de implementatie/migratie bij Opdrachtnemer neer te leggen. Uit­ teraard beseft [aanbesteder] zich dat de eigen organisatie ook een belangrijke rol speelt bij het behalen van de gestelde termijnen.

[Aanbesteder] heeft de fatale termijnen (maar ook het aspect van het niet invullen van wensen) echter opgenomen omdat zij niet wil dat er afbreuk wordt gedaan aan de gunning van onderhavige aanbesteding. Indien de Opdrachtnemer, door eigen toedoen, meer ruimte krijgt voor de implementatie of realisatie van wensen

ten opzichte van de termijnen zoals opgenomen in de aanbesteding, dan zou dit naar mening van [aanbesteder] in strijd zijn met de beginselen van het Aanbestedingsrecht.

Zoals ook aangegeven in het antwoord op vraag 107; [aanbesteder] zal zich niet beroepen op deze artikelen indien de overschrijding (deels) aantoonbaar toerekenbaar is aan [aanbesteder].

Het voorstel dat u doet voor het organiseren van (stuurgroep)bijeenkomsten zou inderdaad van waarde kunnen zijn. Het is aan Inschrijver om dit eventueel te verwerken binnen het implementatieplan (open vraag 1). Het is daarbij van belang dat partijen doorlopend in contact blijven met elkaar, zodat de situatie zich niet kan voordoen. Opdrachtnemer voert de regie met betrekking tot de implementatie en dient dus ook de organisatie van [aanbesteder] aan te sturen, of te wijzen, op de te leveren inspanningen en zo nodig te escaleren.'

- 3.7.2. Vraag 48 (over artikel 5.2 en 5.3): 'N.a.v. het antwoord op vraag 106, 107 en 110 inzake boete bij overschrijding termijnen. Zie ook graag onze algemene vraag over de verdeling van verantwoordelijkheden en onze vraag n.a.v. het antwoord op vraag 106 inzake fatale termijnen. Zoals aangegeven. is opdrachtnemer m.b.t. de onderhavige opdracht voor een groot deel afhankelijk van Opdrachtgever en/of door Opdrachtgever gecontracteerde derden. Om die reden vinden wij deze boetes niet reëel. Bovendien dient een boete te worden aangemerkt als disproportioneel (wij verwijzen naar Voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit). Dat u de boete nu heeft beperkt tot een absoluut maximum van 20% per jaar, maakt dit niet anders.

De boete is nota bene geformuleerd als direct opeisbaar, hetgeen maakt dat deze direct verschuldigd is zonder dat in rechte is komen vast te staan dat de opdrachtnemer daadwerkelijk niet conform de overeenkomst heeft opgeleverd.

Het overeenkomen van boetes is bovendien niet noodzakelijk omdat in de contractvoorwaarden een vangnet is opgenomen ten aanzien van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer en de daaruit voortvloeiende verplichting tot vergoeding van schade, in geval van schending van de verplichtingen uit de overeenkomst.

Wij willen u derhalve nogmaals verzoeken akkoord te gaan met het buiten toepassing laten van dit artikel?

Indien u hiermee niet akkoord kunt gaan, zou u dan kunnen toelichten waarom niet?'

Antwoord: 'In het antwoord op vraag 47 hebben wij een motivatie opgenomen met betrekking tot de reden waarom dit artikel op deze wijze is opgenomen. Een verdere aanpassing wordt niet doorgevoerd door [aanbesteder].'

- 3.7.3. Vraag 64: '1e Nota van Inlichtingen, vraag 108  
Vraag inschrijver, de genoemde boete is in de ogen van inschrijver niet op basis van redelijkheid en billijkheid. Om die reden stellen wij de volgende boeteclausule voor:

"Ingeval Opdrachtnemer de applicatie niet tijdig, en conform afspraken, levert (waaronder de tijdige leveringen van wensen vanuit het Programma van Wensen), is hij voor elke dag waarmee de leveringstermijn wordt overschreden, zonder dat een nadere ingebrekestelling is vereist, aan Opdrachtgever een direct opeisbare boete verschuldigd van 0,05% per dag, met een maximum van 20%, van de verschuldigde totale vergoeding voor de implementatie van de applicatie."

Kunt u aangeven of deze boeteclausule akkoord is?'

Antwoord: '[Aanbesteder] is bereid om de percentages als volgt te wijzigen:

0,25% per dag, met een maximum van 20%.'

*Vragen en antwoorden met betrekking tot artikel 10 'Overeenkomst Student Informatie Systeem'*

- 3.7.4. Vraag 51: 'N.a.v. het antwoord op vraag 118 inzake vrijwaring. In uw antwoord op onze vraag heeft u het over "aansprakelijkheid". Voor de duidelijkheid: wij stellen niet ter discussie dat opdrachtnemer in geval van een toerekenbare tekortkoming van opdrachtnemer richting opdrachtgever aansprakelijk is voor door opdrachtgever geleden schade (binnen de grenzen van de aansprakelijkheidsbeperking). Wat u echter in artikel 10.2 vna de concept Overeenkomst van ons verlangt is een volledige vrijwaring voor aanspraken van derden in enig verband staande met het niet, niet tijdig of niet naar behoren uitvoeren van zijn verplichtingen uit de Overeenkomst. Een dergelijke vrijwaring gaat veel verder dan contractuele aansprakelijkheid en onzes inziens ook te ver.

Het afgeven van een vrijwaring voor claims van derden is bijzonder ongebruikelijk in onze branche (de enige uitzondering hierop vormen vrijwaringen voor claims van belastingautoriteiten en sociale verzekeringsinstanties en voor claims van derden ten aanzien van een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten). Het risico dat op deze manier bij de opdrachtnemer wordt neergelegd is disproportioneel, zoals is bepaald in Voorschrift 3.9 A van de van de Gids Proportionaliteit die in januari 2022 door het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat is uitgebracht. Kunt u met in acht neming van het voorgaande akkoord gaan met het aanpassen van het bepaalde in artikel 10.2 uit de Overeenkomst zodanig dat de vrijwaring enkel ziet op claims van belastingautoriteiten en sociale verzekeringsinstanties en voor claims van derden ten aanzien van een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten?

Mocht u dit verzoek niet honoreren, kunt u dan bevestigen dat de contractueel overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking ook ziet op de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de vrijwaring?'

Antwoord: '[Aanbesteder] acht het redelijk dat Opdrachtnemer aansprakelijk is voor aanspraken van derden die in verband staan met het niet, niet tijdig of niet naar behoren nakomen van de verplichtingen uit de Overeenkomst.

Het is inderdaad zo dat de aansprakelijkheid zoals omschreven in artikel 10.2 beperkt is conform de bedragen die benoemd staan in artikel 10.3 (zie voor de aangepaste bedragen vraag 117 van de 1e Nota van Inlichtingen).'

*Verdere verloop van de feiten*

- 3.8. Ondernemer heeft op 12 maart 2024 een klacht bestaande uit drie klachtonderdelen ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder.
- 3.9. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft op 25 maart 2024 de klacht van ondernemer op alle klachtonderdelen ongegrond verklaard.
- 3.10. Ondernemer heeft op 2 april 2024 een klacht bij de Commissie ingediend. De Commissie heeft deze klacht als spoedklacht in behandeling genomen.
- 3.11. Aanbesteder heeft op 15 april 2024 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd. Aanbesteder heeft de aanbesteding tot nader orde opgeschort in afwachting van het advies van de Commissie.

#### **4. Waar komt de klacht in de kern op neer?**

##### Klachtonderdeel 1

- 4.1. Dit klachtonderdeel richt zich op de eisen met betrekking tot de aansprakelijkheid in artikel 10 van de overeenkomst 'Student Informatie Systeem'.

##### *Ondernemer*

- 4.1.1. Ondernemer stelt dat de eisen met betrekking tot aansprakelijkheid in artikel 10 disproportioneel zijn.
- 4.1.2. Ondernemer onderbouwt dit klachtonderdeel als volgt:
- 4.1.3. Volgens ondernemer zijn de aansprakelijkheden die in deze overeenkomst bij de inschrijver worden neergelegd, zowel in de implementatiefase alsook de uitvoeringsfase, van dien aard dat deze zeer moeilijk – wellicht zelfs onmogelijk – gekwantificeerd kunnen worden.
- 4.1.4. Ondernemer meent dat, hoewel in de overeenkomst de hoogte van de aansprakelijkheid in financiële zin is gemaximeerd tot € 2.500.000,- per gebeurtenis en € 5.000.000,- per jaar, het risico alsnog onacceptabel groot is, nu in artikel 10.1 is opgenomen dat de opdrachtnemer voor alle, dus ook indirecte, schade aansprakelijk is. Verder meent ondernemer dat in artikel 10.2 een vergaande vrijwaringsbepaling jegens derden is opgenomen. De bepalingen van artikel 10 impliceren bovendien dat, weliswaar tot het gemaximeerde bedrag van € 5.000.000,- per jaar, schadeclaims gelijktijdig en ook meerdere malen per jaar ingediend kunnen worden.
- 4.1.5. Volgens ondernemer is de aansprakelijkheid dermate ruim dat het lastig is deze tegen normale voorwaarden te verzekeren. Hierdoor worden marktpartijen uitgesloten of zullen hoge verzekeringskosten doorberekend moeten worden waardoor ondernemer het risico loopt minder te scoren.
- 4.1.6. Ondernemer ziet als oplossing de aansprakelijkheid niet voor alle schade maar alleen voor directe schade te beperken en een samenloop van meerdere schades als één schade te behandelen. Tevens dient de vrijwaring te vervallen zodat de inschrijver een goede afweging kan maken van zijn risico en dit risico ook kan kwantificeren.

##### *Aanbesteder*

- 4.2. Aanbesteder reageert voor zover relevant met betrekking tot dit klachtonderdeel als volgt.
- 4.2.1. Aanbesteder stelt dat de eisen met betrekking tot aansprakelijkheid proportioneel zijn conform artikel 1.10 Aw 2012 jo. Voorschrift 3.9 D van de Gids Proportionaliteit.
- 4.2.2. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.
- 4.2.3. Aanbesteder stelt voorop dat ondernemer in dit klachtonderdeel uitgaat van onjuiste bedragen. Aanbesteder heeft de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer in vraag 117 van de Nota van Inlichtingen (1) d.d. 2 februari 2024 bijgesteld. Deze is nu beperkt tot maximaal een bedrag van € 1.250.000,- per gebeurtenis en €

2.500.000,- per jaar. Aanbesteder past artikel 10.3 van de overeenkomst conform zijn antwoord op vraag 117 aan, aldus aanbesteder. De beperking van de aansprakelijkheid tot maximaal een bedrag van € 1.250.000,- per gebeurtenis en € 2.500.000,- per jaar sluit aan op de van toepassing verklaarde ARBIT 2022, welke algemene voorwaarden standaard gehanteerd worden in de ICT-branche.

- 4.2.4. Aanbesteder stelt verder dat de stelling van ondernemer dat uit artikel 10.1 volgt dat de aansprakelijkheid niet enkel tot directe schade beperkt is gebaseerd op een onjuiste lezing van artikel 10.1. In artikel 10.1 staat namelijk dat van aansprakelijkheid uitgezonderd zijn (indirecte) schade voor beide partijen te weten handelsverlies, gederfde winst, gemiste besparingen en/of schade door bedrijfsstagnatie.
- 4.2.5. Aanbesteder is het vervolgens niet eens met ondernemer voor zover hij klaagt over de samenloop van meerdere schades. Aanbesteder verwijst naar artikel 26.2 en 26.3 ARBIT 2022 waarin ten aanzien van de beperking van aansprakelijkheid is bepaald dat samenhangende gebeurtenissen worden aangemerkt als één gebeurtenis. Aanbesteder stelt dat in de overeenkomst niet van deze artikelen is afgeweken. Daarnaast geldt dat de totale aansprakelijkheid conform artikel 10.3 jo. artikel 10.4 van de overeenkomst gelimiteerd is per gebeurtenis tot een bedrag van maximaal € 1.250.000,00 en € 2.500.000,00 per jaar.
- 4.2.6. Aanbesteder is het met betrekking tot het eerste klachtonderdeel tot slot niet eens met ondernemer voor zover hij stelt dat de vrijwaringsbepaling jegens derden (te) vergaand is en daarom disproportioneel. Aanbesteder verwijst naar vraag 51 van de Nota van Inlichtingen (2). Aanbesteder heeft in het antwoord bevestigd dat de beperking van de aansprakelijkheid ook ziet op de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de vrijwaring. Aanbesteder is daarom voornemens de volgende (onderstreepte) zinsnede aan artikel 10.4 van de overeenkomst toe te voegen:

'De aansprakelijkheid van Opdrachtnemer (ook in het kader van de vrijwaring zoals omschreven in artikel 10.2) is beperkt tot maximaal de in artikel 10.3 genoemde verzekerde bedragen. Deze beperking van de aansprakelijkheid geldt niet indien er sprake is van opzet of grove schuld van Opdrachtnemer.'

Met deze toevoeging is de vrijwaring niet te vergaand. De aansprakelijkheid van de opdrachtnemer is beperkt, niet alleen in de hoogte daarvan maar ook in het soort schade, meent aanbesteder.

#### Klachtonderdeel 2

- 4.3. Dit klachtonderdeel richt zich op de eisen met betrekking tot de boete in artikel 5 van de overeenkomst 'Student Informatie Systeem'.

#### *Ondernemer*

- 4.3.1. Ondernemer stelt dat het boetebeding in artikel 5 disproportioneel is.
- 4.3.2. Ondernemer onderbouwt dit klachtonderdeel als volgt.
- 4.3.3. Uit de overeenkomst blijkt dat aanbesteder gebruik maakt van boetebepalingen waarbij de boete wordt gesteld op 0,5% per dag met een maximum van 20% van de jaarlijkse contractsom. Hoewel het niet ongebruikelijk is dat boetebedingen in overeenkomsten worden opgenomen, is de hoogte van de boete wel relevant indien en voor zover de boete zonder ingebrekestelling verbeurd wordt. Een boete tijdens een implementatiefase is zeer onwenselijk, omdat een implementatiefase nu net de termijn is waarbinnen partijen met elkaar moeten werken zodat zij samen de werking van de applicatie kunnen testen en aanpassen om

onvolkomenheden op te lossen en werking te kunnen garanderen. Als echter tijdens de implementatiefase boetes verbeuren als gevolg van overschrijding van fatale termijnen als in artikel 5.1 leidt dat tot een niet te calculeren risico.

- 4.3.4. Ondernemer acht de boete, hoewel deze door aanbesteder tijdens de aanbesteding is verlaagd, gelet op de looptijd en contractomvang disproportioneel. Daarbij stelt ondernemer dat de boete ook veroorzaakt kan worden door gedragingen en/of (aanvullende) eisen van aanbesteder.

*Aanbesteder*

- 4.4. Aanbesteder reageert voor zover relevant met betrekking tot dit klachtonderdeel als volgt.

- 4.4.1. Aanbesteder stelt dat – ongeacht de looptijd en omvang van de overeenkomst – het boetebeding in de overeenkomst conform artikel 1.10 Aw 2012 jo. Voorschrift 3.9 D van de Gids Proportionaliteit proportioneel is.

- 4.4.2. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.

- 4.4.3. Aanbesteder meent dat uit de onderbouwing van de klacht van ondernemer niet blijkt of dit klachtonderdeel betrekking heeft op de artikelen 5.1 jo. 5.2 (implementatiefase) of artikel 5.3 (operatiefase) van de overeenkomst. Aanbesteder leidt uit de omschrijving van de klacht af dat de klacht enkel ziet op artikel 5.1 jo. artikel 5.2 van de overeenkomst.

- 4.4.4. Ten eerste stelt aanbesteder dat de boete is verlaagd. Aanbesteder verwijst naar vraag 64 van de Nota van Inlichtingen (2). Aanbesteder heeft zich in het antwoord bereid verklaard de percentages te wijzigen. Aanbesteder is voornemens artikel 5.2 van de overeenkomst als volgt te wijzigen (zie onderstreping):

'Ingeval Opdrachtnemer de applicatie niet tijdig, en conform afspraken, levert (waaronder de tijdige leveringen van wensen vanuit het Programma van Wensen), is hij voor elke dag waarmee de leveringstermijn wordt overschreden, zonder dat een nadere ingebrekestelling is vereist, aan Opdrachtgever een direct opeisbare boete verschuldigd van 0,25 % per dag, met een absoluut maximum van 20% per jaar, van de verschuldigde totale vergoeding voor de implementatie van de applicatie.'

- 4.4.5. Ten tweede stelt aanbesteder dat geen boete verschuldigd is indien de vertraging (deels) aantoonbaar is toe te rekenen aan aanbesteder. Aanbesteder verwijst naar de vragen 105 en 107 en de respectieve antwoorden in de Nota van Inlichtingen (1). Aanbesteder is voornemens in de overeenkomst nieuw op te nemen artikel 5.5 het volgende te bepalen:

'Opdrachtgever kan niet van de mogelijkheid tot het opleggen van een boete gebruikmaken indien de vertraging (deels) aantoonbaar toerekenbaar is aan Opdrachtgever. Opdrachtnemer blijft verantwoordelijk voor de tijdige implementatie van het SIS. Indien er vertraging dreigt te ontstaan door toedoen van Opdrachtgever, dan dient Opdrachtnemer dit te escaleren. Indien Opdrachtnemer dit niet doet, zal een vertraging in geen geval toerekenbaar zijn aan Opdrachtgever.'

- 4.4.6. Aanbesteder stelt zich met betrekking tot het tweede klachtonderdeel tot slot op het standpunt dat de opdrachtnemer – anders dan ondernemer stelt - een redelijke termijn krijgt voor nakoming van zijn verplichtingen. Aanbesteder verwijst naar vraag 106 over fatale termijnen in de Nota van Inlichtingen (1) en het door aanbesteder gegeven antwoord. Aanbesteder is voornemens conform het antwoord op

vraag 106 in de overeenkomst in een nieuw op te nemen artikel 5.4 te bepalen dat de opdrachtnemer een redelijke termijn voor nakoming van zijn verplichtingen in de zin van artikel 8.1 van de overeenkomst krijgt. Hierdoor komt de opdrachtnemer niet direct in verzuim te verkeren. Opdrachtnemer zal indien hij zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt, dus niet direct een boete verbeuren, maar eerst een kans krijgen tot herstel/nakoming, aldus aanbesteder.

### Klachtonderdeel 3

- 4.5. Dit klachtonderdeel richt zich op de rangorde van documenten in artikel 2.2 van de 'Overeenkomst Student Informatie Systeem'

#### *Ondernemer*

- 4.5.1. Ondernemer stelt dat aanbesteder ten onrechte in artikel 2.2 het bestek in rangorde boven de inschrijving heeft geplaatst. Ondernemer meent dat de inschrijving in rangorde boven het bestek moet worden geplaatst, waardoor eventuele voorstellen in de inschrijving geldend zijn en niet tot conflicten kunnen leiden.
- 4.5.2. Ondernemer onderbouwt dit klachtonderdeel als volgt.
- 4.5.3. Ondernemer stelt dat de rangorde van documenten in een aanbesteding als deze, zeker gelet op de extreem lange looptijd, uitermate van belang is. Het is volgens ondernemer mogelijk dat in de inschrijving voorstellen worden neergelegd die een andere insteek hebben dan in het bestek is bepaald. Het staat aanbesteder vrij deze voorstellen te accepteren. Als de inschrijving inderdaad als ondergeschikt wordt geacht, zou de overeenkomst op onderdelen moeten worden aangepast. Dat is echter niet mogelijk, omdat dan de aanbesteding aanzienlijk wijzigt en andere inschrijvers daardoor worden benadeeld. Het klachtenmeldpunt gaat hieraan voorbij, zonder een oplossing aan te dragen.

#### *Aanbesteder*

- 4.6. Aanbesteder reageert voor zover relevant met betrekking tot dit klachtonderdeel als volgt.
- 4.6.1. Aanbesteder stelt dat de rangorderegeling van artikel 2.2 overeenkomst juist en proportioneel is.
- 4.6.2. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.
- 4.6.3. Aanbesteder stelt voorop dat de eisen en voorwaarden van aanbesteder, opgenomen in het bestek en andere aanbestedingsstukken, leidend zijn. De inschrijving van opdrachtnemer dient geheel overeenkomstig te zijn opgesteld en ingediend. Door in te schrijven op de aanbesteding gaat de inschrijver conform het bepaalde in paragraaf 4.1 van het bestek onvoorwaardelijk akkoord met alle eisen, voorwaarden, criteria en voorbehouden zoals opgenomen in de toepasselijke stukken, waaronder het bestek, het Programma van Eisen etc. Indien dit niet het geval is, moet de inschrijving als niet-besteksconform ongeldig worden verklaard en ter zijde worden gelegd. Een inschrijving kan dus niet in strijd zijn met de inhoud van het bestek en de aanbestedingsstukken. Eventuele (toegestane) wijzigingen ten opzichte van het bestek zijn opgenomen in de Nota van Inlichtingen, aldus aanbesteder.
- 4.6.4. Aanbesteder stelt zich met betrekking tot het derde klachtonderdeel tot slot dat ook in artikel 2.2 van de modelovereenkomst ARBIT 2022 de inschrijving van opdrachtnemer in de rangorde van de contractdocumenten onderaan staat.

## **5. Wat is de onderbouwing van het advies?**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 22 december 2023 een Europese openbare aanbesteding voor de opdracht tot het leveren, implementeren en technisch onderhouden van een nieuw Student Informatie Systeem (SIS) heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).
- 5.2. Hierna behandelt de Commissie eerst de klachtonderdelen 1 en 2 (zie 5.3. tot en met 5.19.) en zal daarna klachtonderdeel 3 behandelen (zie 5.20. tot en met 5.35.).

### Klachtonderdeel 1 en 2

- 5.3. De vraag die in deze klachtonderdelen voorligt is of aanbesteder met betrekking tot de aansprakelijkheid en het boetebeding in de overeenkomst in strijd handelt met het proportionaliteitsbeginsel.

### **Toetsingskader voor klachtonderdeel 1 en 2**

- 5.4. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst de vrijheid toekomt om de uitvraag in een aanbesteding en de voorwaarden van die aanbesteding te bepalen. De grenzen van die vrijheid worden bepaald door de Aanbestedingswet 2012, de Gids Proportionaliteit en de fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht voor zover die daarin niet zijn opgenomen (zie voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland, 14 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3274, ro. 5.1).
- 5.5. In artikel 1.9 lid 1 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst transparant handelt.
- 5.6. In artikel 1.10 lid 1 jo. lid 2 sub h Aw 2012 is bepaald dat de voorwaarden van de overeenkomst in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht. In artikel 1.10 lid 4 staat dat een aanbestedende dienst de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit moet toepassen of een afwijking daarvan moet motiveren in de aanbestedingsstukken.
- 5.7. 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.'

Dit voorschrift wordt in de Gids als volgt toegelicht.

- Waar horen de verschillende risico's die in een opdracht besloten zitten, te liggen? Het risico moet worden gealloceerd bij de partij die het risico het best kan beheersen en/of beïnvloeden, hetzij de aanbesteder hetzij de inschrijver. Bij de risicoafweging 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?’

Volgens de Gids is een veel gehoorde misvatting dat alles verzekeraar is. Dit is niet het geval. Daarbij moet worden bedacht dat indien een verzekering op de markt beschikbaar is, dat niet altijd betekent dat ook alle risico’s onder die verzekering gedekt zijn. Met name garantieverplichtingen, boetes of vrijwaringen zijn in de regel onverzekerbaar, aldus de Gids.

#### 5.8. Voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit luidt als volgt:

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.’

Dit voorschrift wordt in de Gids als volgt toegelicht:

‘(...) Aansprakelijkheid die op geen enkele wijze gelimiteerd is, wordt vermoed niet proportioneel te zijn. Aansprakelijkheid kan worden beperkt in soort, hoogte en duur. Ten aanzien van de soort kan onderscheid worden gemaakt tussen directe en indirecte schade. Per opdracht dient bekeken te worden aan de hand van de overwegingen aan het begin van deze paragraaf alsmede de specifieke overwegingen hierna welke beperking in het betreffende geval proportioneel is. Soms zijn er niet of nauwelijks risico’s verbonden aan de opdracht; in een ander geval kunnen deze risico’s zeer omvangrijk zijn (denk aan situaties waar mogelijk sprake is van letselschade, maar ook situaties waarbij fouten in een relatief kleine adviesopdracht grote financiële consequenties voor de aanbestedende dienst kunnen hebben). Welke beperking proportioneel is, is derhalve niet eenduidig te kwantificeren in percentages van de opdracht en kan per branche en/ of opdracht verschillen. Om te beoordelen welke aansprakelijkheidslimiet nog proportioneel is, kan gekeken worden naar de volgende aspecten:

- welke risico’s loopt een aanbestedende dienst daadwerkelijk: een aansprakelijkheidseis dient hieraan gekoppeld te worden;
- wat is een gebruikelijke aansprakelijkheidseis in de betreffende branche en/of voor de betreffende opdracht naar aard en omvang. Hierbij kan gekeken worden naar de bepalingen in de in die branche gebruikelijke contracten alsmede naar hetgeen gebruikelijk verzekeraar is in die branche en/of voor die opdracht. Zo is in sommige branches en/of voor sommige opdrachten gevolgschade niet verzekeraar en zijn garanties zelden verzekeraar.

In sommige branches zijn percentages vastgelegd in paritair tot stand gekomen algemene voorwaarden. Indien die voorwaarden gehanteerd worden, kan bij de daarin opgenomen percentages worden aangesloten.

Voor wat betreft de aansprakelijkheid voor letsel, dood en zaakschade dient bij voorkeur te worden aangesloten bij de standaarden uit de verzekeringsbranche in die branche en/of voor de betreffende opdracht.

Ten aanzien van de duur geldt als algemeen uitgangspunt dat de aansprakelijkheid gekoppeld wordt aan een percentage van de opdrachtwaarde van een jaar. Zo is het bij een uitvoeringsduur korter of langer dan een jaar niet altijd proportioneel de aansprakelijkheid naar een jaar om te rekenen. Een aansprakelijkheidseis voor onbepaalde duur wordt geacht disproportioneel te zijn.’

## Onderbouwing van het advies ten aanzien van klachtonderdeel 1

### *Aansprakelijkheid proportioneel?*

- 5.9. In het eerste klachtonderdeel klaagt ondernemer kort gezegd dat de voorwaarden met betrekking tot de aansprakelijkheid in artikel 10 van de overeenkomst disproportioneel zijn. Dit klachtonderdeel bevat meerdere aspecten die de Commissie apart behandelt.
- 5.10. Het eerste aspect betreft de aansprakelijkheid voor alle, dus ook indirecte schade.
- 5.10.1. Ondernemer stelt dat, hoewel in de overeenkomst de hoogte van de aansprakelijkheid in financiële zin is gemaximeerd tot € 2.500.000,- per gebeurtenis en € 5.000.000,- per jaar, het risico alsnog onacceptabel groot is, nu in artikel 10.1 is opgenomen dat de opdrachtnemer voor alle, dus ook indirecte, schade aansprakelijk is.
- 5.10.2. De Commissie overweegt ten eerste dat ondernemer uitgaat van onjuiste bedragen. In het antwoord op vraag 117 van de Nota van Inlichtingen (1) heeft aanbesteder de verplichting van opdrachtnemer zich door middel van een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering adequaat tegen aansprakelijkheid op grond van artikel 10 te verzekeren, verlaagd naar een bedrag van € 1.250.000,- per gebeurtenis met een maximum van € 2.500.000,- per jaar.
- 5.10.3. Naast het feit dat de aansprakelijkheid voor schade is beperkt tot de schade die het gevolg is van een *toerekenbare* tekortkoming, overweegt de Commissie dat een opdrachtnemer op grond van de tekst van artikel 10.1 niet aansprakelijk is voor *alle* schade. In de laatste zin van artikel 10.1 worden de uitzonderingen op de aansprakelijkheid voor (indirecte) schade voor beide partijen benoemd, te weten handelsverlies, gederfde winst, gemiste besparingen en/of schade door bedrijfsstagnatie.
- 5.10.4. De Commissie is derhalve van oordeel dat het aspect van het klachtonderdeel 'aansprakelijkheid voor alle, dus ook indirecte schade' feitelijk onjuist is.
- 5.10.5. De Commissie overweegt ten overvloede met betrekking tot dit aspect dat 'handelsverlies', 'gederfde winst', 'gemiste besparingen' en 'schade door bedrijfsstagnatie' termen zijn die passen in het handelsverkeer en niet zozeer zijn toegesneden op een onderwijsinstelling en op de aard van onderhavige opdracht. Aanbesteder had, zo overweegt de Commissie, termen kunnen hanteren die meer zijn toegespitst op de opdracht.
- 5.11. Het tweede aspect betreft de vrijwaring.
- 5.11.1. Ondernemer stelt dat in artikel 10.2 een (te) vergaande vrijwaringsbepaling jegens derden is opgenomen.
- 5.11.2. De Commissie overweegt dat indien een aanbesteder in een overeenkomst een bepaling opneemt waarin een opdrachtnemer de opdrachtgever vrijwaart jegens aanspraken van derden, deze bepaling proportioneel moet zijn. Dat betekent onder meer dat deze in redelijke verhouding moet staan tot het voorwerp van de opdracht, dat het risico waar de vrijwaring op ziet wordt gelegd bij de partij die het risico het best kan beïnvloeden en dat de vrijwaring niet ongelimiteerd is.
- 5.11.3. De Commissie overweegt dat aanbesteder op vraag 118 van de Nota van Inlichtingen (1) heeft geantwoord van mening te zijn dat als aanspraken van derden in

enig verband staan met de uitvoering van de opdracht door opdrachtnemer het proportioneel is dat opdrachtnemer daarvoor aansprakelijk is. Op vraag 51 van de Nota van Inlichtingen (2) heeft aanbesteder geantwoord het redelijk te achten dat opdrachtnemer aansprakelijk is voor aanspraken van derden die in verband staan met het niet, niet tijdig of niet naar behoren nakomen van de verplichtingen uit de overeenkomst. In het antwoord op vraag 51 van de Nota van Inlichtingen (2) heeft aanbesteder bevestigd dat de beperking van de aansprakelijkheid ook ziet op de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de vrijwaring.

- 5.11.4. In de reactie van aanbesteder op de klacht van ondernemer bij de Commissie d.d. 15 april 2024 staat dat aanbesteder van plan is aan artikel 10.4 een zinsnede (zie onderstreping) toe te voegen waaruit blijkt dat de aansprakelijkheid van opdrachtnemer - ook in het kader van de vrijwaring zoals omschreven in artikel 10.2 - is beperkt tot maximaal de hierboven in 5.10.2. genoemde verzekerde bedragen. Artikel 10.4 komt te luiden als volgt:

'De aansprakelijkheid van Opdrachtnemer (ook in het kader van de vrijwaring zoals omschreven in artikel 10.2) is beperkt tot maximaal de in artikel 10.3 genoemde verzekerde bedragen. Deze beperking van de aansprakelijkheid geldt niet indien er sprake is van opzet of grove schuld van Opdrachtnemer.'

- 5.11.5. Ondernemer stelt voor de vrijwaring geheel te laten vervallen zodat hij een goede afweging kan maken van zijn risico en dit risico ook kan kwantificeren (zie 4.1.6.). De Commissie overweegt dat ondernemer niet heeft onderbouwd waarom het niet proportioneel zou zijn wanneer opdrachtnemer aansprakelijk is voor aanspraken van derden die in verband staan met het niet, niet tijdig of niet naar behoren nakomen van de verplichtingen uit de overeenkomst. De Commissie overweegt verder dat aanbesteder de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de vrijwaring heeft beperkt en dat ondernemer op grond daarvan in staat is zijn risico's te kwantificeren. De Commissie is van oordeel dat ondernemer niet voldoende heeft onderbouwd waarom de vrijwaringsbepaling (te) vergaand is.

- 5.12. Het derde aspect betreft de samenloop van meerdere schades.

- 5.12.1. Ondernemer stelt dat de bepalingen van artikel 10 impliceren dat, weliswaar tot het gemaximeerd bedrag van € 5.000.000,- per jaar, schadeclaims gelijktijdig en ook meerdere malen per jaar ingediend kunnen worden.
- 5.12.2. De Commissie is het eens met aanbesteder voor zover hij in de reactie op de klacht van ondernemer bij de Commissie d.d. 15 april 2024 heeft verwezen naar artikel 26.2 en 26.3 ARBIT 2022. Daarin is ten aanzien van de beperking van aansprakelijkheid bepaald dat samenhangende gebeurtenissen worden aangemerkt als één gebeurtenis. Aanbesteder stelt dat in de overeenkomst niet van deze artikelen is afgeweken. Bovendien geldt dat de totale aansprakelijkheid conform artikel 10.3 jo. artikel 10.4 van de overeenkomst gelimiteerd is per gebeurtenis tot een bedrag van maximaal € 1.250.000,00 en € 2.500.000,00 per jaar en niet, zoals ondernemer stelt, maximaal € 5.000.000,- per jaar.
- 5.12.3. De Commissie is derhalve van oordeel dat ook het aspect 'samenloop van meerdere schades' feitelijk onjuist is.
- 5.13. De Commissie komt met betrekking tot de aansprakelijkheid tot de slotsom dat niet blijkt dat aanbesteder in strijd handelt met het proportionaliteitsbeginsel en de Gids Proportionaliteit. De Commissie verklaart het eerste klachtonderdeel **on-gegrond**.

## **Onderbouwing van het advies ten aanzien van klachtonderdeel 2**

*Boete proportioneel?*

- 5.14. In het tweede klachtonderdeel klaagt ondernemer kort gezegd dat de voorwaarden met betrekking tot de boete in artikel 5 van de overeenkomst disproportioneel zijn.
- 5.15. Aanbesteder leidt uit de omschrijving van de klacht af dat dit klachtonderdeel enkel ziet op artikel 5.1 jo. artikel 5.2 van de overeenkomst (implementatiefase).
- 5.16. In de klacht gaat ondernemer specifiek in op de onwenselijkheid van het opleggen van een boete in de implementatiefase. Ondernemer stelt dat de hoogte van de boete relevant is indien en voor zover de boete zonder ingebrekestelling verbeurd wordt. Volgens ondernemer is het niet proportioneel dat tijdens de implementatiefase een boete wordt verbeurd als door ondernemer fatale termijnen worden overschreden. Juist in de implementatiefase moeten partijen met elkaar samenwerken zodat zij de applicatie kunnen testen en aanpassen. Het leidt tot een niet te calculeren risico als tijdens de implementatiefase boetes worden opgelegd als gevolg van overschrijding van fatale termijnen. Daarbij stelt ondernemer dat het overschrijden van termijnen ook veroorzaakt kan worden door aanbesteder. De Commissie is het met aanbesteder eens dat dit klachtonderdeel ziet op artikel 5.1 jo. artikel 5.2 van de overeenkomst en zal hieronder slechts ingaan op het boetebeding in de implementatiefase.
- 5.17. De Commissie stelt bij de beoordeling van dit klachtonderdeel voorop dat een aanbesteder in beginsel vrij is een boetebeding – ook in de implementatiefase – in de voorwaarden van de opdracht op te nemen. Die vrijheid is echter niet onbegrensd (Zie Advies 426-II, 5.3.4.):
- Het boetebeding moet transparant zijn (artikel 1.9 lid 1 Aw 2012). Dit houdt in dat duidelijk moet zijn in welke gevallen een boete aan de opdrachtnemer zal worden opgelegd. Een inschrijver moet op basis van de regeling immers een calculatie kunnen maken ten behoeve van zijn inschrijving;
  - Het boetebeding moet proportioneel zijn (artikel 1.10 Aw 2012). Dit houdt in dat (i) de situaties waarin een boete wordt opgelegd voldoende verband moeten houden met en in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Ook (ii) moet het gaan om situaties die de opdrachtnemer kan beheersen (Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit) aangezien de regeling immers is bedoeld als stimulans om de kwaliteit van de dienstverlening op peil te houden. Verder (iii) moet de hoogte van de boete in een redelijke verhouding staan tot de te leveren dienst en de prijs (op het niveau van een specifieke boete, maar ook ten opzichte van het totaal).
- 5.18. De Commissie zal onderhavig boetebeding - gewijzigd bij Nota van Inlichtingen (1) en (2) - aan bovenstaande maatstaf toetsen.

*Boetebeding transparant?*

- 5.18.1. De Commissie overweegt dat uit het boetebeding van artikel 5.1 van de overeenkomst duidelijk blijkt in welke gevallen een boete aan de opdrachtnemer zal worden opgelegd, namelijk ingeval opdrachtnemer de applicatie niet tijdig, en conform afspraken, levert (waaronder de tijdige leveringen van wensen vanuit het Programma van Wensen). De Commissie is van oordeel dat het boetebeding transparant is.

*Proportionaliteit (i): voldoende verband met en redelijke verhouding tot opdracht?*

5.18.2. De Commissie overweegt dat aanbestedder in het bestek de doelstellingen van de aanbesteding heeft geformuleerd (zie 3.3.). Ingeval de opdrachtnemer de applicatie niet tijdig, en conform afspraken levert, is hij een boete verschuldigd. De Commissie is van oordeel dat de situatie waarin een boete wordt opgelegd voldoende verband houdt met en in een redelijke verhouding staat tot het onderwerp, namelijk het behalen van de doelstellingen van de aanbesteding. De Commissie is van oordeel dat het boetebeding wat dit betreft proportioneel is.

*Proportionaliteit (ii): situatie die opdrachtnemer kan beheersen?*

5.18.3. De Commissie overweegt dat de opdracht de levering en implementatie van een SIS omvat. Aanbestedder mag van opdrachtnemer verwachten dat hij over de benodigde kennis en expertise beschikt om het gevraagde SIS tijdig en volgens afspraken te leveren en implementeren en dus in principe in staat moet worden geacht de situatie te beheersen. De Commissie overweegt voorts dat aanbestedder op vraag 105 en 107 van de Nota van Inlichtingen (1) heeft geantwoord dat in de implementatiefase geen boete is verschuldigd indien de vertraging (deels) aantoonbaar is toe te rekenen aan aanbestedder. Aanbestedder is voornemens dit in de overeenkomst tot uitdrukking te laten komen in het nieuw op te nemen artikel 5.5. Dit betekent dat alleen een boete wordt opgelegd in een situatie die ondernemer kan beheersen. De Commissie is van oordeel dat het boetebeding ook wat dit betreft proportioneel is.

*Proportionaliteit (iii): hoogte van de boete?*

5.18.4. Ondernemer stelt dat de hoogte van de boete relevant is indien en voor zover de boete zonder ingebrekestelling verbeurd wordt. Het is de Commissie niet geheel duidelijk wat ondernemer hiermee bedoelt. De Commissie overweegt dat de hoogte van een boete altijd relevant is en proportioneel moet zijn, en niet alleen als de boete zonder ingebrekestelling wordt verbeurd.

5.18.5. De Commissie overweegt met betrekking tot de stelling van ondernemer dat het niet proportioneel is dat – na afloop van de fatale termijn – een boete zonder ingebrekestelling wordt verbeurd, het volgende. Aanbestedder heeft op vraag 106 van de Nota van Inlichtingen (2) geantwoord dat hij na afloop van de fatale termijn een opdrachtnemer de kans geeft alsnog zijn verplichtingen na te komen (zie 3.6.2. en 4.4.6.). Een opdrachtnemer zal indien hij zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet op tijd nakomt, dus niet direct een boete verbeuren, maar eerst de kans krijgen om zijn verplichtingen na te komen. Daarmee is de stelling van ondernemer feitelijk onjuist.

5.18.6. Met betrekking tot de hoogte van de boete is de Commissie van oordeel dat ondernemer niet heeft onderbouwd waarom de boete – die door aanbestedder bij Nota van Inlichtingen (2) is verlaagd (zie 3.7.3. en 4.4.4.) – niet in een redelijke verhouding staat tot de te leveren dienst en de prijs. Ondernemer maakt dit niet inzichtelijk op het niveau van een specifieke boete, maar ook niet ten opzichte van het totaal.

5.19. De Commissie komt met betrekking tot de boete tot de slotsom dat niet blijkt dat aanbestedder in strijd handelt met het proportionaliteitsbeginsel en de Gids Proportionaliteit. De Commissie verklaart het tweede klachtonderdeel **ongegrond**.

### Klachtonderdeel 3

5.20. De vraag die in dit klachtonderdeel voorligt is of de rangorde van contractdocumenten in strijd is met het aanbestedingsrecht.

### **Toetsingskader voor klachtonderdeel 3**

- 5.21. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.
- 5.22. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden en beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen waarbij alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen (Succhi di Frutta, r.o. 110).
- 5.23. In artikel 1.9 lid 1 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst transparant handelt.
- 5.24. Het transparantiebeginsel houdt onder meer in dat alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure in de aankondiging of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze.
- 5.25. Een aanbestedende dienst dient nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen, niet alleen tijdens de inschrijvingsprocedure als zodanig, waarin de offertes worden beoordeeld en de opdrachtnemer wordt gekozen, maar meer in het algemeen tot aan het einde van de fase van uitvoering van de betrokken aanbesteding (zie HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757, r.o. 3.6.3.).

### **Onderbouwing van het advies ten aanzien van klachtonderdeel 3**

#### *Rangorde contractdocumenten in strijd met het gelijkheidsbeginsel?*

- 5.26. In het derde klachtonderdeel klaagt ondernemer kort gezegd dat aanbesteder ten onrechte het bestek in rangorde boven de inschrijving van opdrachtnemer heeft geplaatst.
- 5.27. Ondernemer stelt dat de inschrijving in rangorde boven het bestek moet worden geplaatst, waardoor eventuele voorstellen in de inschrijving geldend zijn en niet tot conflicten kunnen leiden.
- 5.28. De Commissie overweegt dat de vraag die in dit klachtonderdeel aan de orde is, moet worden beantwoord aan de hand van het gelijkheidsbeginsel.
- 5.29. Uitgangspunt is dat het een aanbesteder vrij staat om in een overeenkomst een rangorde van contractdocumenten op te nemen en te bepalen dat in geval van tegenstrijdigheid tussen de contractdocumenten het eerstgenoemde contractdocument prevaleert boven het als tweede genoemde documenten, het als tweede genoemde document prevaleert boven het als derde genoemde document en zo verder.
- 5.30. De Commissie overweegt dat een dergelijke rangorderegeling slechts aan de orde is indien contractdocumenten tegenstrijdigheden bevatten. In casu heeft aanbesteder bij tegenstrijdigheden het bestek boven de inschrijving van opdrachtnemer geplaatst.
- 5.31. In de Begrippenlijst wordt het bestek gedefinieerd (zie 3.3.). Uit de omschrijving blijkt dat onder meer dat het Programma van Eisen en Wensen (Bijlage 1) integraal en onlosmakelijk deel uitmaakt van het bestek.
- 5.32. Door een inschrijving in te dienen, verklaart een inschrijver zich onvoorwaardelijk en volledig akkoord met alle eisen, voorwaarden, etc. zoals opgenomen in de

toepasselijke documenten, waaronder het Bestek en het Programma van Eisen en Wensen (zie 3.3.).

- 5.33. Aanbesteder stelt in de reactie op de klacht van ondernemer bij de Commissie d.d. 15 april 2024 dat de rangorderegeling juist en proportioneel is. De eisen en voorwaarden die aanbesteder hanteert in deze opdracht zijn opgenomen in het bestek. Een inschrijving dient conform die eisen en voorwaarden te zijn opgesteld. Indien dat niet het geval is, is de inschrijving niet-besteksconform en moet de inschrijving als ongeldig terzijde worden gelegd. Hieruit volgt dat het bestek leidend is, aldus aanbesteder.
- 5.34. De Commissie overweegt dat zij aanbesteder in bovenstaande redenering kan volgen. Uit het gelijkheidsbeginsel volgt dat de eisen en voorwaarden voor elke inschrijver gelijk zijn en dat een inschrijving derhalve conform de eisen en voorwaarden moet worden ingediend. Tevens geldt dat de eisen en voorwaarden van een opdracht in beginsel niet tijdens de uitvoering van de overeenkomst mogen wijzigen. Door de eisen en voorwaarden uit het bestek, die algemeen gelden voor alle inschrijvers, bij tegenstrijdigheid, te laten prevaleren boven een individuele inschrijving van één opdrachtnemer, waarborgt aanbesteder dat voor elke inschrijver gedurende de uitvoering van de overeenkomst dezelfde voorwaarden gelden, waarmee hij in overeenstemming handelt met het gelijkheidsbeginsel.
- 5.35. De Commissie is met betrekking tot de rangorde van contractdocumenten van oordeel dat niet blijkt dat aanbesteder in strijd handelt met het gelijkheidsbeginsel. De Commissie verklaart het derde klachtonderdeel **ongegron**d.

## 6. Advies

De Commissie acht alle klachtonderdelen **ongegron**d.

Omdat het hem vanwege conflicterende belangen niet vrijstond, is commissielid mr. M.C. Pinto niet betrokken geweest bij de behandeling van deze klacht.

Den Haag, 3 mei 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Commissielid