

TBR 2016/125

Commissie van Aanbestedingsexperts, 29 februari 2016, Advies 331 (Beperking aansprakelijkheid opdrachtnemer)

Aanbestedingswet 2012: Art. 1.10 lid 4; Gids Proportionaliteit: Voorschrift 3.9 A, 3.9 C, 3.9 D; Arvodi-2014: Art. 21.3 sub a; RVOI-2001; DNR 2005; DNR 2011; BW: Art. 6:101, art. 6:109, art. 6:74, art. 6:98

Opdracht voor ingenieursdiensten. Beperking aansprakelijkheid opdrachtnemer. Eigen inkoopvoorwaarden aanbesteder. Strijd met Gids Proportionaliteit.

#### NOOT

---

1. Dit advies van de Commissie ziet op een opdracht voor ingenieursdiensten voor het herberekenen van waterwingebieden en grondwaterbeschermingsgebieden. Daarnaast - en voor de adviseurspraktijk waarschijnlijk belangrijker - ziet dit advies op de beperking van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer. De aanbesteder, een provincie, hanteerde eigen inkoopvoorwaarden waarin een beperking was opgenomen van het bedrag van de te vergoeden schade per gebeurtenis. In dezelfde voorwaarden was echter ook opgenomen dat die beperking niet gold indien er sprake was van aanspraken van derden op schadevergoeding. Klager, een brancheorganisatie, stelde dat dit leidde tot ongelimiteerde aansprakelijkheid, hetgeen in strijd zou komen met een aantal voorschriften uit de Gids Proportionaliteit. De aanbesteder oordeelde de bezwaren van klager echter ongegrond. De motivering die de aanbesteder daarbij gaf kwam er -blijkens het advies en kort weergegeven - onder meer op neer dat hij geen grip zou hebben op aanspraken van derden die voort zouden vloeien uit tekortkomingen van de opdrachtnemer en dat het daarmee redelijk was om dit

risico bij de opdrachtnemer (als potentiële veroorzaker) te laten. Feitelijk een toepassing van het beginsel 'de vervuiler (veroorzaker) betaalt'. Dit beginsel is echter bepaald geen standaard uitgangspunt in adviseurovereenkomsten waarin doorgaans vergaande beperkingen van aansprakelijkheid worden opgenomen. De (materiële) achtergrond van die beperkingen is dat tekortkomingen van adviseurs tot voor adviesbureaus niet te dragen en te verzekeren aansprakelijkheden kunnen leiden.

**2.** De Commissie gaat zeer uitgebreid en principieel op de klacht in en acht de klacht uiteindelijk gegrond. Daartoe zet de Commissie een aantal stappen.

**3.** De eerste stap ziet op voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit. Dit voorschrift houdt in dat indien voor een bepaalde soort overeenkomst paritaire contractmodellen bestaan, deze integraal door de aanbesteder worden toegepast. Door klager was gesteld dat de RVOI 2001 dergelijke paritaire voorwaarden zouden inhouden nu aan de totstandkoming daarvan zowel opdrachtgevers als opdrachtnemers hadden meegewerkt (over de band van hun gezamenlijke lidmaatschap van het KiVi (Koninklijk Instituut van Ingenieurs)). In dat argument wilde de Commissie nog wel meegaan maar de Commissie constateerde tegelijkertijd dat inmiddels alweer geruime tijd geleden de DNR2005 (en de door de Commissie niet genoemde DNR2011) is vastgesteld (mede) ter vervanging van de RVOI, alsook dat van DNR2005 niet gesteld werd (of kon worden) dat dat paritaire voorwaarden zou betreffen. Dat de RVOI 2001 een aansprakelijkheid beperkende regeling kende, leidde daarmee bij deze aanbesteding nog niet tot een schending van eerdergenoemd voorschrift.

**4.** De tweede stap ziet op voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit, het voorschrift dat ziet op de risico-allocatie. De aanbesteder moet het risico daar leggen waar het het beste beheerst kan worden. Bij haar toets aan dit voorschrift stelt de Commissie centraal (onder verwijzing naar eerdere adviezen 40 en 41) dat onder 'risico' verstaan moet worden het risico dat zich een schadeveroorzakende gebeurtenis zal voordoen. De Commissie sluit vervolgens aan bij het wettelijke regime omtrent de toerekenbaarheid van een tekortkoming om tot de slotsom te komen dat een contractuele regeling die aansluit bij de toerekeningsregels van het wettelijke systeem niet in strijd komt met voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit.<sup>2</sup> De vraag is dan wel waarom deze regel uit de Gids Proportionaliteit niet eenvoudig kon luiden dat een aanbesteder niet zonder motivering mag afwijken van het wettelijke regime van toerekening. In de onderhavige situatie lijkt de regel immers geen verdergaande strekking te hebben dan dat. Mogelijk zou dat echter anders zijn geweest indien er sprake was van een contractuele regel die juist zou afwijken van de wettelijke toerekeningsregels. Daarvan was echter geen sprake.

<sup>2</sup> Deze benadering stemt overeen met Advies 154 van 9 oktober 2014, overweging 6.2.2 e.v.

**5.** Dan komt de Commissie toe aan voorschrift 3.9D lid 1 Gids Proportionaliteit, dat aanbesteders geen aansprakelijkheid verlangen die op geen enkele wijze gelimiteerd is. De Commissie stelt daarover allereerst dat de hiervoor besproken wettelijke toerekeningsregels op zich al een beperking inhouden.<sup>3</sup> De vraag is of deze theoretische benadering juist is. Voor een niet toerekenbare tekortkoming is immers al geen sprake van aansprakelijkheid. Daarmee wordt ook geen wel bestaande aansprakelijkheid beperkt. Iets dat niet bestaat kan immers niet beperkt worden. Daarbij zal het marktpartijen alleen gaan om hetgeen zij onder de streep aan aansprakelijkheid moeten aanvaarden (zoals in dit geval ook blijkt uit alles wat de klager heeft aangevoerd). Wat niet aan hen toerekenbaar is, is voor hen feitelijk ook niet relevant.

**6.** Toch oordeelt de Commissie vervolgens dat dit voorschrift in dit geval geschonden is, nu de aanbesteder op de hoofdregel van een beperkte aansprakelijkheid (zoals opgenomen in de concreet van toepassing verklaarde voorwaarden), uitzonderingen heeft opgenomen die tot een financieel ongelimiteerde aansprakelijkheid kunnen leiden. Door de combinatie van een expliciete contractuele beperking van aansprakelijkheid enerzijds en een expliciete afwijking daarop anderzijds wordt de werking van het wettelijke regime (en de beperkingen die daarin zijn opgenomen) feitelijk doorkruist met als resultaat een daadwerkelijk ongelimiteerde aansprakelijkheid.

**7.** Het vervolg op deze constatering - de volgende stap - is dan een onderzoek of de aanbesteder wel deugdelijk heeft gemotiveerd waarom hij van de Gids Proportionaliteit is afgeweken. Het 'comply or explain' principe staat afwijkingen immers wel toe, mits deze deugdelijk gemotiveerd worden. Onder een deugdelijke motivering verstaat de Commissie een motivering die voldoende steun biedt voor de stelling dat de contractueel gewenste afwijkende regeling in redelijke verhouding staat tot het onderwerp van de opdracht. Bij dat onderzoek vallen enkele dingen op. Zo maakt de Commissie terecht onderscheid tussen de motivering die de aanbesteder aan de afwijking zelf ten grondslag heeft gelegd en de motivering die later (in het kader van de afhandeling van een klacht door het klachtenloket van aanbesteder) daar nog aan wordt toegevoegd. Die latere motivering kan niet de redengeving zijn waarom eerder al is afgeweken. Belangrijker is dat de Commissie de kernstelling van de aanbesteder niet honoreert. Die stelling hield in dat de aanbesteder geen grip heeft op de aanspraken van derden die voortvloeien uit een tekortkoming van de opdrachtnemer. Die stelling is materieel niet zo vreemd, nu de opdrachtgever zelden 'grip' zal hebben op de gevolgen van de tekortkomingen van zijn adviseurs. Dat een opdrachtgever een dergelijk risico bij de marktpartij zal willen leggen is dan ook op zich niet vreemd. De Commissie constateert echter dat deze redenering eigenlijk voor iedere tekortkoming zal gelden en daarom niet onderscheidend is. Waarom dit risico niet en andere risico's wel? Tegelijkertijd zal voor veel risico's

<sup>3</sup> Overigens in lijn met een recent verschenen artikel van Prof. mr. C.E.C. Jansen (lid van de Commissie), 'Beperking van aansprakelijkheid in de UAV-GC 2005: tijd voor een herziening?', TBR 2016/50

gelden dat de opdrachtgever niet snel verder zal komen dan het nu door de aanbesteder gevoerde argument. Dat is voor de Commissie echter onvoldoende. De Commissie beperkt zich daartoe echter niet nu zij ook constateert dat de motivering van de aanbesteder ook overigens inconsistent en weinig draagkrachtig was. Niet alleen biedt de motivering geen inzicht op welke wijze het bestaan van branchevoorwaarden met daarin opgenomen beperkingen van aansprakelijkheid bij de besluitvorming is meegewogen, ook heeft de aanbesteder onvoldoende de (on)verzekerbaarheid van de betreffende aansprakelijkheid meegewogen. Daarbij ligt de bewijslast van de (on)verzekerbaarheid, waar het de Commissie betreft, niet bij de klager maar bij de aanbesteder nu deze door het hanteren van een disproportionele regeling gehouden was die afwijking te motiveren. De Commissie acht het afwegen van de verzekerbaarheid een taak van de aanbesteder, daarmee implicerend dat de aanbesteder niet kan volstaan met een enkele afweging maar ook daadwerkelijk onderzoek dient te doen naar die verzekerbaarheid.

**8.** Een advies van de Commissie is niet bindend. Toch is de duidelijke boodschap van de Commissie dat het 'comply or explain' principe serieus genomen moet worden

en dat hetzelfde geldt voor de materiële voorschriften van de Gids Proportionaliteit.<sup>4</sup> Daar waar de bouwpraktijk met regelmaat ingrijpende afwijkingen van gebruikelijke risico-verdelingen en aansprakelijkheidsbeperkingen laat zien, is dit een nuttig advies. In het concrete geval werd de aanbesteding overigens uiteindelijk gestaakt.

#### **L.C. van den Berg**

**4** Interessant is nog dat Prof. mr. C.E.C. Jansen (thans Commissielid) in Tender Nieuwsbrief van januari 2013 ('Overheidsaanbestedingen en onevenwichtige contractvoorwaarden in de ingenieursbranche', coauteur mr. S. Mutluer) (pagina 4-5) tot uitdrukking bracht dat het nog maar de vraag was of adviseurs iets zouden hebben aan de Gids Proportionaliteit, juist vanwege de mogelijkheid voor aanbesteders om daarvan gemotiveerd af te wijken.