

Jurisprudentie – Aanbestedingsrecht

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 aanbestedder. Strijd met Gids Proportionaliteit.

Met gastnoot **L.C. van den Berg, Red.**¹

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbesteding georganiseerd voor ingenieursdiensten bestaande uit het herberekenen van waterwingebieden en grondwaterbeschermingsgebieden.

1.2. Beklaagde heeft op de overeenkomst die het onderwerp is van deze aanbestedingsprocedure haar Algemene Inkoopvoorwaarden voor Leveringen en Diensten van toepassing verklaard (hierna: 'AIV'). In art. 9 ('Aansprakelijkheid') van die AIV is het volgende bepaald:

- '1. De partij die toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen is tegenover de ander partij aansprakelijk voor de door de andere partij geleden dan wel te lijden schade, met dien verstande dat de aansprakelijkheid, per gebeurtenis, beperkt is tot een bedrag van: (...)
2. Samenhangende gebeurtenissen als bedoeld in het eerste lid, worden aangemerkt als één gebeurtenis.
3. De beperking van de aansprakelijkheid als bedoeld in het eerste lid komt te vervallen; (...) a) In geval van aanspraken van derden op schadevergoeding;
8. De opdrachtnemer verklaart dat hij genoegzaam is verzekerd en zich genoegzaam verzekerd zal houden tegen de aansprakelijkheid zoals bedoeld in deze algemene voorwaarden, de overeenkomst en bijbehorende documenten.'

1.3. In de 1e Nota van Inlichtingen van 16 december 2015 zijn - voor zover relevant - de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen:

1.3.1. 'Vraag 4: Op grond van artikel 9 algemene inkoopvoorwaarden [beklaagde] 2015 voor leveringen en diensten is

de aansprakelijkheid beperkt per gebeurtenis. Aangezien het aantal gebeurtenissen onbeperkt is, is feitelijk sprake van onbeperkte aansprakelijkheid. Onbeperkte aansprakelijkheid is niet verzekeraar, daarnaast is een onbeperkte aansprakelijkheid in strijd met de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit. Bent u bereid de aansprakelijkheid voor deze opdracht (en dus niet per gebeurtenis) te beperken tot de in artikel 9 lid 1 algemene inkoopvoorwaarden [beklaagde] 2015 voor leveringen en diensten genoemde bedragen? Wij verzoecken u daarnaast om de aansprakelijkheidsbeperking van toepassing te verklaren op aanspraken van derden, met uitzondering van aanspraken van derden op schadevergoeding ten gevolge van dood of letsel.

Antwoord: Niet akkoord. In artikel 9 van de AIV [beklaagde] 2015 is duidelijk bepaald dat opdrachtnemer uitsluitend aansprakelijk is voor de schade die [beklaagde] lijdt als gevolg van de toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen door de opdrachtnemer, met een beperking van de hoogte van de aansprakelijkheid. De hoogte van de aansprakelijkheid is vervolgens afhankelijk van de waarde van de opdracht.

Het bovenstaande brengt dus, ten opzichte van het bepaalde in het Burgerlijk Wetboek, een aanzienlijke beperking van de aansprakelijkheid met zich mee die is gerelateerd aan de waarde van de opdracht. Naar onze mening is dit een aan de zijde van opdrachtgever een behoorlijke tegemoetkoming richting opdrachtnemer en staat in casu de hoogte van de aansprakelijkheid in redelijke verhouding tot de waarde en de aard van de opdracht. De genoemde bedragen zijn tevens normale verzekerbare bedragen. Het door [beklaagde] gestelde is dan ook alleszins redelijk en proportioneel.

Wij willen verder benadrukken dat in artikel 9 van de Algemene Inkoopvoorwaarden uitsluitend wordt geregeld wat van toepassing is indien opdrachtnemer daadwerkelijk aansprakelijk is voor de veroorzaakte schade. Of opdrachtnemer in concreto aansprakelijk is wordt hierin niet bepaald en is afhankelijk van de aanwezigheid van een toerekenbare tekortkoming. De aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval zullen hierin bepalend zijn. Indien opdrachtnemer niet aansprakelijk kan worden gesteld voor eventuele schade, dan hoeft deze ook geen schade te vergoeden.

Tot slot willen we nog opmerken dat in de algemene inkoopvoorwaarden is bepaald dat opdrachtnemer [beklaagde] dient te vrijwaren voor schade aan derden (toegebracht in het kader van de uit-

¹ Leenbert van den Berg is advocaat bij Severin Hulsnot Advocaten te Den Haag

voering van de overeenkomst), waarvoor opdrachtnemer aansprakelijk is. Derden die geen partij zijn bij het contract kunnen evenwel ook schade lijden als gevolg van een toerekenbare niet-nakoming van de opdrachtnemer. Echter [beklaagde] heeft geen grip op welke wijze een niet juiste nakoming door opdrachtnemer onder het contract consequenties kan hebben voor derden (die geen partij zijn bij het contract) en wat dan een reële schade zou kunnen zijn. Om die reden geldt de aansprakelijkheidsbeperking dan ook niet voor derden en dient [beklaagde] juist gevrijwaard te worden voor schadeclaims van derden. De opdrachtnemer dient zelf in te staan voor het op juiste wijze nakomen van zijn verplichtingen onder het contract en in ieder geval zonder dat derden daar schade onder lijden.'

1.3.2. 'Vraag 40: De beperking van de aansprakelijkheid komt op grond van artikel 9.3 sub a AIV [beklaagde] 2015 te vervallen in geval van aanspraken van derden op schadevergoeding. Dit leidt tot een onbeperkte aansprakelijkheid hetgeen wordt vermoed een niet proportionele eis te zijn (zie voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit). Een onbeperkte aansprakelijkheid is daarnaast niet verzekeraar. Mede gelet op het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts (nummer 154, zie o.a. overweging 6.2.14) verzoeken wij u vriendelijk om acht te slaan op hetgeen gebruikelijk is in de branche voor onderhavige opdracht. Volledigheidshalve melden wij u dat de gebruikelijke branchevoorwaarden, de RVOI-2001, de DNR 2011 zijn. Gelet op het voorgaande verzoeken wij u om het bepaalde in artikel 9.3 sub a te laten vervallen.

Vraag: Bent u hiertoe bereid?

Vraag: Indien u hiermee niet akkoord kunt gaan, stellen wij voor dat u artikel 9.3 sub a wijzigt, conform de ARVODI-2014 (artikel 21.3 sub a), in 'in geval van aanspraken van derden op schadevergoeding ten gevolge van dood of letsel.' Bent u hiertoe bereid?

Antwoord: Zie antwoord op vraag 4.'

1.4. In de 2e Nota van Inlichtingen van 5 januari 2016 is - voor zover relevant - de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen.

'Vraag 1: Naar aanleiding van de antwoorden in de Nota van Inlichtingen (...) bij het project (...), vragen wij uw aandacht voor het volgende. In de Nota van Inlichtingen zijn door gegadigden vragen gesteld over artikel 9.3 sub a van de AIV [beklaagde] 2015. Gegadigden hebben duidelijk aangegeven dat artikel 9.3 sub a AIV [beklaagde] 2015 niet proportioneel is in de zin van de Gids Proportionaliteit (voorschrift 3.9 D). Hieronder lichten wij dat nogmaals voor u toe. De beperking van de aansprakelijkheid komt op grond van artikel 9.3 sub a AIV [beklaagde] 2015 te vervallen in geval van aanspraken van derden op schadevergoeding. Dit leidt tot een onbeperkte aansprakelijkheid hetgeen wordt vermoed een niet proportionele eis te zijn

(zie voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit). Een onbeperkte aansprakelijkheid is daarnaast niet verzekeraar. Mede gelet op het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts (nummer 154, zie o.a. overweging 6.2.14) verzoeken wij [beklaagde] dringend om acht te slaan op hetgeen gebruikelijk is in de branche voor onderhavige opdracht. Volledigheidshalve melden wij u dat de gebruikelijke branchevoorwaarden, de RVOI-2001, de DNR 2005 en de DNR 2011 zijn. Gelet op het voorgaande verzoeken wij u om het bepaalde in artikel 9.3 sub a AIV [beklaagde] 2015 te laten vervallen. Een andere voor ons acceptabele mogelijkheid is om deze aansprakelijkheid van derden te beperken tot een maximum (diverse malen de opdrachtsom). Indien de onbeperkte aansprakelijkheid conform artikel 9.3 sub a ongewijzigd in stand blijft, zal dat reden zijn voor ons om niet in te schrijven op deze aanbesteding.

Antwoord: Wij kunnen hiermee niet instemmen. Wij verwijzen in de eerste plaats naar ons antwoord opgenomen in de Nota van Inlichting van 16 december 2015 waarin we reeds uitgebreid zijn ingegaan op de aansprakelijkheid. In het bijzonder doelen we op het antwoord bij vraag 4. Wij willen hierbij opmerken dat wij juist wel in overeenstemming met voorschrift 3.9 D van de Gids Proportionaliteit en het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts hebben gehandeld. De Commissie van Aanbestedingsexperts concludeert in haar advies namelijk dat voorschrift 3.9 D lid 2 de aanbestedende dienst verplicht tot het uitvoeren van een eigen beoordeling met het oog op de beantwoording van de vraag welke limitering van de aansprakelijkheid proportioneel is in het concreet voorliggende geval. Het is nu juist deze beoordeling die we hebben uitgevoerd. De relevante bepalingen van RVOI-2001 en de DNR 2005 en DNR 2011 zijn beoordeeld, echter gezien de mogelijke risico's van schade van derden (bijv. winstderving/vermogensschade als gevolg van foutief uitgevoerde berekeningen), hebben wij ervoor gekozen om vast te houden aan het gestelde in de AIV 2015. De schade van derden kan aanzienlijk oplopen en [beklaagde] heeft daar nauwelijks invloed op.

Het is niet meer dan redelijk dat deze aansprakelijkheid jegens derden buiten de contractuele aansprakelijkheidsbeperking tussen partijen valt. Immers, indien de opdrachtnemer zijn verplichtingen onder de overeenkomst niet nakomt heeft [beklaagde] geen grip op de eventuele schade die derden door deze niet nakoming lijden. Voor zover schade van derden veroorzaakt wordt door een tekortkoming of onrechtmatige daad waarvoor opdrachtnemer aansprakelijk kan worden gehouden, acht [beklaagde] het disproportioneel dat zij (een deel van) de schade die daardoor veroorzaakt wordt voor haar rekening zou moeten nemen. Vanwege deze reden geldt de beperking van artikel 9.1 AIV 2015 niet voor aanspraken van derden op schadevergoeding.

Dat is de conclusie van een inhoudelijke afweging die wij hebben gemaakt, waarbij het proportionaliteitsbeginsel in acht is genomen.

We willen ook nog benadrukken dat [beklaagde] een geen sprake is van onbeperkte aansprakelijkheid/vrijwaring. Opdrachtnemer is slechts aansprakelijk voor schade die ontstaat door een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad van opdrachtnemer. Dit is in lijn met het BW en hiermee zijn ook alle beperkingen uit het BW van toepassing, zoals de eigen schuld (art. 6:101 BW), het matigingsrecht (art. 6:109 BW) en de mogelijkheid tot beperking (art. 6:98 BW). Omdat de aansprakelijkheid/vrijwaring van de opdrachtnemer voor schade gelimiteerd is, is deze ook verzekeraar.

2. Beschrijving klacht

Beklaagde handelt in strijd met de Voorschriften 3.9 A, 3.9 C en 3.9 D Gids Proportionaliteit door artikel 9 lid 3 sub a van haar AIV van toepassing te verklaren op de overeenkomst die het voorwerp van de onderhavige aanbesteding is.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit luidt: 'De aanbestedende dienst allocereet het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden'. De Commissie van Aanbestedingsexperts gaat er in paragraaf 6.2 Advies 40 d.d. 24 december 2013 vanuit dat met het begrip "risico" wordt bedoeld: 'het risico dat zich een gebeurtenis voordoet die tot schade leidt'. Onder punt 28 van de behandelde klacht geeft het Klachtenmeldpunt van beklagde [zie daarvoor hierna onder 4 de reactie van beklagde op de klacht, Commissie] aan dat het risico dat hier aan de orde is, is dat door een fout in een berekening van de opdrachtnemer door beklagde de grenzen van een waterwingebied of grondwaterbeschermingsgebied onjuist worden vastgesteld. Dit betreft volgens klager een limitatieve invulling door beklagde van het 'risico'-begrip dat wordt gehanteerd door de Commissie van Aanbestedingsexperts.

3.2. De consequentie van het hanteren van een limitatief 'risico'-begrip is dat de effecten/gevolgen die door beklagde worden gesteld tevens limitatief van aard zijn. Dit geeft een vertekend beeld van de risico's die zowel voor beklagde als opdrachtnemer gelden bij dit project. Alle overige gevallen, het zogenoemde 'restrisico', worden niet benoemd door het Klachtenmeldpunt. In zoverre is hier sprake van een niet of nauwelijks voorzienbaar risico dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet.

3.3. De vraag waar het om draait is of het alloceren van dit 'restrisico' bij de opdrachtnemer proportioneel is in de zin van de Gids Proportionaliteit, mede gelet op de onbeperkte aansprakelijkheid (in hoogte) die geldt voor aanspraken van derden op schadevergoeding.

3.4. De Commissie van Aanbestedingsexperts geeft in paragraaf 6.2 van haar Advies 40 d.d. 24 december 2013 voor de risicoallocatie het volgende aan: 'Bij de beantwoording van de (vervolg)vraag voor welke schadeveroorzakende gebeurtenissen een schuldenaar in een concreet geval vervolgens het risico zal moeten dragen op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen, zullen de feiten en omstandigheden van het voorliggende geval moeten worden gewaardeerd in het licht van tal van gezichtspunten. Die gezichtspunten zijn nauw verwant aan de gezichtspunten die staan genoemd in de toelichting op Voorschrift 3.9 A op blz. 52-53 van de Gids Proportionaliteit'. Eén van de gezichtspunten is of het risico in redelijkheid/onder reële voorwaarden verzekeraar is voor de partij die op basis van de risicoallocatie het risico dient te dragen. Het Klachtenmeldpunt constateert zelf, onder punt 48, dat het verzekeren van een schade van ongelimiteerde hoogte in de regel niet mogelijk zal zijn, aangezien aansprakelijkheidsverzekeringen gewoonlijk in hoogte gelimiteerd (zullen) zijn. Daarnaast wil klager graag hieraan toevoegen dat in de regel vrijwaringen, maar ook garanties en boetes, uitgesloten zijn van dekking door de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Beklaagde geeft onder punt 15 van het advies van haar Klachtenmeldpunt aan dat de schade van derden aanzienlijk kan oplopen. U zult begrijpen dat een opdrachtnemer het voorgaande als een risico beschouwt met in potentie effecten die haar continuïteit kunnen of zullen ondermijnen. Het neerleggen van het 'restrisico' bij Opdrachtnemer, waarbij geen limitering van de aansprakelijkheid in hoogte voor aanspraken van derden geldt, acht Klager disproportioneel in de zin van de Gids Proportionaliteit.

3.5. Het risico lijkt klager evident. Indien de opdrachtnemer wordt aangesproken tot schadevergoeding voor aanspraken van derden die dusdanig hoog is, kan dat leiden tot een verplichting tot schadevergoeding die de opdrachtnemer niet kan dragen. De verzekeraar dekt de schade niet, aangezien een (in hoogte) onbeperkte aansprakelijkheid voor aanspraken van derden op schadevergoeding voortvloeiende uit een vrijwaring niet te verzekeren is. Daarnaast zijn de ingenieursbureaus in de regel niet zo kapitaalkrachtig dat een hoge schadevergoeding uit eigen zak betaald kan worden. Indien de opdrachtnemer een onbeperkte aansprakelijkheid voortvloeiende uit een volledige vrijwaring voor aanspraken van derden op schadevergoeding accepteert, ontstaat het risico voor opdrachtnemer dat deze ten faveure van beklagde zijn continuïteit, en daarmee de belangen van zijn personeel en overige opdrachtgevers, in de waagschaal stelt. Klager acht een dergelijke risicoallocatie met bijbehorende effecten/gevolgen disproportioneel in de zin van de Gids Proportionaliteit.

3.6. Voorschrift 3.9 D lid 1 Gids Proportionaliteit bepaalt dat de aanbestedende

dienst geen aansprakelijkheid verlangt die op geen enkele manier gelimiteerd is. Aansprakelijkheid die op geen enkele wijze gelimiteerd is, wordt vermoed niet proportioneel te zijn. Aansprakelijkheid kan worden beperkt in soort schade, hoogte en duur. De aansprakelijkheid die voortvloeit uit artikel 9 lid 3 sub a AIV [beklaagde] 2015 is voor de opdrachtnemer niet beperkt in soort schade, hoogte of duur.

3.7. Het Klachtenmeldpunt van beklagde geeft aan dat de aansprakelijkheid voor schade van derden niet als ongelimiteerd kan worden beschouwd omdat beklagde heeft aangegeven in de Nota's van Inlichtingen dat wel de beperkingen van aansprakelijkheid en de matigingsbevoegdheden in het Burgerlijk Wetboek gelden. De matigingsbevoegdheid van een rechter op basis van artikel 6:109 lid 1 Burgerlijk Wetboek kan niet door middel van een beding worden uitgesloten. Immers op basis van artikel 6:109 lid 3 Burgerlijk Wetboek is ieder beding in strijd met artikel 6:109 lid 1 Burgerlijk Wetboek nietig. Wanneer de redenering van het Klachtenmeldpunt wordt gevolgd, kan er worden geconcludeerd dat volgens hen Voorschrift 3.9 D lid 1 Gids Proportionaliteit geen enkele betekenis toekomt. Er bestaat immers te allen tijde de matigingsbevoegdheid van de rechter op grond van artikel 6:109 lid 1 Burgerlijk Wetboek en in zoverre is de aansprakelijkheid volgens het Klachtenmeldpunt altijd 'gelimiteerd'.

3.8. Bovenstaande is exemplarisch voor de 'juridische wijze' waarop de klacht door het Klachtenmeldpunt is afgehandeld. Voorschrift 3.9 D lid 1 Gids Proportionaliteit dient volgens klager als gezichtspunt voor een aanbestedende dienst om op een bepaalde manier om te gaan met het in beginsel regelend recht in het Burgerlijk Wetboek ten aanzien van 'nakoming van een verbintenis'. Het proportionaliteitsbeginsel wat is uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit moet de handelswijze van een aanbestedende dienst sturen, het betreft niet een waarschuwingfunctie dat de aanbestedende dienst zich aan de wet moet houden, dit is immers evident en geldt voor eenieder.

3.9. Voorschrift 3.9 D lid 1 Gids Proportionaliteit spoort ons inziens de aanbestedende dienst aan om de aansprakelijkheid van partijen verder te beperken dan op basis van het Burgerlijk Wetboek geldt. Als voorbeeld wil klager hierbij de toelichting op artikel 14 VNG-model geven. De Commissie van Aanbestedingsexperts geeft in Advies 154 paragraaf 6.2.10 aan dat de opstellers van het VNG-model in artikel 14 (aansprakelijkheid) aansluiting hebben gezocht bij de regels van het Burgerlijk Wetboek. De toelichting op het VNG-model stelt in aanvulling op artikel 14 VNG-model dat het 'aanbevelenswaardig kan zijn in bepaalde gevallen de aansprakelijkheid nog verder te beperken'. Naar klagers opvatting geven de opstellers van het VNG-model hiermee aan dat de aansprakelijkheid zoals geregeld in het Burgerlijk Wetboek in bepaalde gevallen met het oog op het

proportionaliteitsbeginsel (verder) dient te worden beperkt.

3.10. Klager wilt ook graag benadrukken dat het proportionaliteitsbeginsel verder strekt dan enkel de juridische analyse of er al dan niet een onbeperkte aansprakelijkheid wordt verlangd. De wet beschouwt het proportionaliteitsbeginsel als een van de dragende beginselen van aanbestedingsrecht. 'Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de keuzes die een aanbestedende dienst maakt en de eisen en voorwaarden die zij stelt bij een aanbesteding, in redelijke verhouding dienen te staan tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht.'

3.11. Op basis van Voorschrift 3.9 D lid 2 Gids Proportionaliteit moet een aanbestedende dienst zich bij de beoordeling van welke limitering van de aansprakelijkheid proportioneel is in ieder geval acht slaan op: a) de risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt; en b) de gebruikelijke aansprakelijkheidseisen in de betreffende branche.

3.12. De constatering van het Klachtenmeldpunt dat voldoende aanneemelijk is dat beklagde daadwerkelijk risico loopt, betwist klager niet. Immers projecten waarbij ingenieursdiensten worden verricht leveren in de regel risico's op voor opdrachtgevers en opdrachtnemer(s). De vraag waar het hier om draait is of beklagde bij het laten meewegen in haar beoordeling welke limitering moet worden gesteld, het proportionaliteitsbeginsel in acht heeft genomen. De formele benadering van het Klachtenmeldpunt bij Voorschrift 3.9 D lid 2 bullet 1 Gids Proportionaliteit leidt voor klager tot de conclusie dat er nog steeds geen materiële afweging door beklagde heeft plaatsgevonden. Het daadwerkelijke risico wat beklagde loopt is benoemd maar vervolgens is bij de limitering van de aansprakelijkheid naar inzien van klager geen blijk gegeven van een proportionele limitering.

3.13. De formele benadering (punt 46) van het Klachtenmeldpunt bij Voorschrift 3.9 D lid 2 bullet 2 Gids Proportionaliteit leidt voor klager nogmaals tot de conclusie dat er geen materiële afweging door beklagde heeft plaatsgevonden bij de vraag welke limitering van de aansprakelijkheid proportioneel is. Klager heeft in zijn klacht benoemd dat de branchevoorwaarden (RVOI-2001, DNR 2005 en DNR 2011) geen aansprakelijkheid voor schade van derden kennen, immers de branchevoorwaarden exonereren schades van derden. Daarnaast heeft klager aangegeven dat een vrijwaring met daaruit voortvloeiende onbeperkte aansprakelijkheid voor aanspraken van derden op schadevergoeding niet verzekeraar is.

3.14. Anders dan het Klachtenmeldpunt stelt, zijn de RVOI-2001 paritair opgestelde voorwaarden (zie pagina 3 RVOI-2001). Vanwege deze feitelijk onjuiste constatering door het Klachtenmeldpunt, is de conclusie die het

Klachtenmeldpunt trekt, namelijk dat beklaagde een ruimere beoordelingsmarge toekomt dan in het geval van paritair opgestelde voorwaarden, onjuist. Sterker nog, op basis van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit dient een aanbestedende dienst in gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, deze integraal toe te passen.

3.15. Het feit dat een onbeperkte aansprakelijkheid voor aanspraken van derden op schadevergoeding ongebruikelijk is in de ingenieursbranche wordt naar inzien van klager in onvoldoende mate betrokken in de beoordeling door de beklaagde bij de vraag welke limitering van de aansprakelijkheid proportioneel is. In verschillende adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts (o.a. Advies 13 en 154) wordt grote waarde gehecht aan de in branche gebruikelijke regelingen. Het Klachtenmeldpunt en beklaagde stappen hier naar inzien van klager te gemakkelijk overheen. Eenzelfde geldt voor de niet-verzekeraarbaarheid van een onbeperkte aansprakelijkheid (in hoogte) voor aanspraken van derden op schadevergoeding. De Voorschriften 3.9 A, 3.9 C en 3.9 D Gids Proportionaliteit komen hierdoor onvoldoende waarde toe in de beoordeling van het Klachtenmeldpunt van beklaagde.

3.16. Punt 47 tot en met 52 van het advies van het Klachtenmeldpunt leiden om die reden tot een onbevredigende en onjuiste conclusie. Klager betreurt het daarnaast dat het Klachtenmeldpunt niet verder ingaat op de door klager aangedragen oplossing om artikel 9 lid 3 sub a AIV te wijzigen conform artikel 21 lid 3 sub a ARVODI-2014 in 'ingeval van aanspraken van derden op schadevergoeding ten gevolge van dood of letsel'. Een dergelijke oplossing acht klager, mede gelet op Advies 40 en 42 van de Commissie van Aanbestedingsexperts, proportioneel.

4. Reactie beklaagde

4.1. De klacht is in eerste instantie ingediend bij en behandeld door het Klachtenmeldpunt van beklaagde. Dat Klachtenmeldpunt heeft de klacht ongegrond verklaard. Klager heeft vervolgens een klacht ingediend bij de Commissie. De Commissie heeft beklaagde om een reactie op de klacht verzocht. Beklaagde heeft de Commissie laten weten dat zij zich wat de gevraagde reactie betreft aansluit bij de beoordeling van de klacht door haar Klachtenmeldpunt. Deze beoordeling komt in de kern op het volgende neer.

4.2. Ten aanzien van de allocatie van het risico overweegt het Klachtenmeldpunt van beklaagde in haar advies (nrs. 27 t/m 32) als volgt.

4.2.1. Voorschrift 3.9 A bepaalt dat de risico's moeten worden gealloceerd bij de partij die dat risico het best kan beheersen of beïnvloeden. Het risico dat hier aan de orde

is, is dat door een fout in de een berekening van de opdrachtnemer door beklaagde de grenzen van een waterwingebied of grondwaterbeschermingsgebied onjuist worden vastgesteld. Indien de beklaagde op een dergelijke fout wordt aangesproken, zal zij de verordening moeten aanpassen en mogelijk door derden als gevolg van deze fout geleden schade moeten vergoeden.

4.2.2. Klager stelt dat hier sprake is van een nauwelijks voorzienbaar risico, dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet en dat het - conform de toelichting op Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit - niet proportioneel is om dat bij de opdrachtnemer neer te leggen.

4.2.3. Het Klachtenmeldpunt is van oordeel dat het betreffende risico voorzienbaar is. Bij onvoorzienbare risico's moet immers eerder worden gedacht aan bijvoorbeeld de risico's van grondstoffeprijzen op de markt gedurende langere termijn of het risico op molest. Het is in dit geval echter redelijkerwijs te voorzien dat zich schade voordoet indien beklaagde zich baseert op een onjuiste berekening van opdrachtnemer en daardoor de belangen van derden worden getroffen. Nu het risico voorzienbaar is, hoeft de vraag of het zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet geen beantwoording.

4.2.4. Van belang acht het Klachtenmeldpunt verder dat het risico dat fouten worden gemaakt in de berekening het best te beheersen en te beïnvloeden is door de opdrachtnemer. Deze is immers ter zake deskundig, terwijl van beklaagde niet kan worden verwacht dat zij alle berekeningen controleert. Klager stelt verder dat het risico in potentie de continuïteit van de opdrachtnemer kan ondermijnen. Deze stelling wordt echter niet nader toegelicht of onderbouwd, zodat deze niet tot gegronde verklaring van de klacht kan leiden. Overigens komt het Klachtenmeldpunt voor dat schades boven de in artikel 9 lid 1 AIV genoemde limitering (welke limitering klager ook van toepassing wil laten zijn op schades van derden) zelden zullen voorkomen.

4.3. Voor zover klager stelt dat sprake zou zijn van een ongelimiteerde aansprakelijkheid, overweegt het Klachtenmeldpunt van beklaagde in haar advies (nrs. 34 t/m 40) als volgt.

4.3.1. Het Klachtenmeldpunt is van oordeel dat beklaagde geen ongelimiteerde aansprakelijkheid heeft gesteld. Uit artikel 9 lid 1 AIV volgt dat de aansprakelijkheid als hoofdregel in hoogte is beperkt. Het derde lid bevat een aantal uitzonderingen op die regel, onder andere voor schade van derden. Voor die uitzonderingen gelden - zoals beklaagde heeft aangegeven in de Nota's van inlichtingen - wel beperkingen van aansprakelijkheid en de matigingsbevoegdheden van het Burgerlijk Wetboek. De aansprakelijkheid voor schade van derden kan daarmee niet als ongelimiteerd worden beschouwd.

4.3.2. Voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit verbiedt niet om de aansprakelijkheid niet in hoogte te limiteren. Ook een in hoogte ongelimiteerde aansprakelijkheid kan proportioneel en redelijk zijn. Zou dat anders zijn, dan zouden de regels uit het Burgerlijk Wetboek aangaande aansprakelijkheid en schadevergoeding per definitie disproportioneel zijn. Een dergelijke conclusie kan niet aanvaard worden.

4.3.3. Nu beklagde de aansprakelijkheid als hoofdregel in hoogte heeft gelimiteerd, doch daarop een drietal uitzonderingen maakt, kan niet gezegd worden dat beklagde een aansprakelijkheid vraagt die op geen enkele wijze is gelimiteerd. Het Klachtenmeldpunt is dus van oordeel dat beklagde zich heeft gehouden aan Voorschrift 3.9 D lid 1 Gids Proportionaliteit.

4.4. Ten aanzien van de proportionaliteit van de in de AIV opgenomen limitering overweegt het Klachtenmeldpunt van beklagde in haar advies (nrs. 41 t/m 53) als volgt.

4.4.1. Ingevolge lid 2 van Voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit moet de aanbestedende dienst bij de beoordeling van welke limitering van aansprakelijkheid proportioneel is in ieder geval acht slaan op: a) de risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt; en b) de gebruikelijke aansprakelijkheidseis in de betreffende branche.

4.4.2. Ten aanzien van de beoordeling van de risico's is het Klachtenmeldpunt van oordeel dat voldoende aannemelijk is dat beklagde daadwerkelijk risico loopt. Beklaagde heeft immers uiteengezet op welke wijze een foutieve berekening tot vermogensschade bij derden kan leiden. Klager heeft dit overigens niet betwist. Het Klachtenmeldpunt is derhalve van oordeel dat beklagde het risico-aspect voldoende heeft laten meewegen in haar beoordeling welke limitering moet worden gesteld. Ten aanzien van het tweede aspect geeft klager aan dat de in de branche gebruikelijke voorwaarden (RVOI en DNR) geen aansprakelijkheid voor schade van derden kennen en dat dergelijke schade niet verzekeraar is. Juist is dat in de RVOI en DNR de schade van derden geëxoneerd worden. Beklaagde heeft aangegeven dat eveneens geconstateerd te hebben, maar gezien de mogelijke risico's toch te willen vasthouden aan een niet in hoogte gelimiteerde aansprakelijkheid voor schade van derden (zie de beantwoording van vraag 1 in de 2e Nota van Inlichtingen).

4.4.3. Anders dan klager lijkt te veronderstellen, verbiedt de Gids Proportionaliteit niet om een limitering van de aansprakelijkheid te stellen die afwijkt van de in de branche gebruikelijke voorwaarden. De Gids Proportionaliteit zegt niet meer dan dat bij de beoordeling op welke wijze aansprakelijkheid moet worden gelimiteerd acht moet worden geslagen op de in de branche gebruikelijke voorwaarden. Afwijken

daarvan is derhalve toegestaan, mits deze afwijking proportioneel is.

4.4.4. Uit de aanbestedingsstukken (zie de beantwoording van vraag 1 in de 2e Nota van Inlichtingen) blijkt dat beklagde de in de branche gebruikelijke voorwaarden heeft betrokken bij haar beoordeling welke limitering van aansprakelijkheid proportioneel is. Daarmee heeft zij in ieder geval in formele zin voldaan aan Voorschrift 3.9 D lid 2 Gids Proportionaliteit. Klager wenst deze beoordeling ook inhoudelijk getoetst te zien. Het Klachtenmeldpunt gaat daar - gezien de contractvrijheid van aanbestedende diensten - terughoudend mee om en zal beoordelen of beklagde in redelijkheid tot de beslissing heeft kunnen komen dat de aansprakelijkheid niet in hoogte wordt gelimiteerd.

4.4.5. Van belang acht het Klachtenmeldpunt ten eerste dat de RVOI en DNR geen paritair opgestelde voorwaarden zijn. Deze voorwaarden zijn door de branche opgesteld en zijn daarmee - zeker voor wat betreft de bepalingen betreffende aansprakelijkheid - meer in het voordeel van opdrachtnemers dan van opdrachtgevers. In deze omstandigheden komt aanbestedende diensten naar oordeel van het Klachtenmeldpunt een ruimere beoordelingsmarge toe dan in het geval van paritair opgestelde voorwaarden.

4.4.6. Klager stelt dat een in hoogte onbeperkte vrijwaring voor aanspraken van derden niet verzekeraar is en dat deze vrijwaring daarmee disproportioneel is. Het Klachtenmeldpunt stelt voorop dat klager en beklagde niet aan de hand van stukken hebben onderbouwd of de schade al dan niet verzekeraar is. De loutere stellingen van partijen op dit punt kan het Klachtenmeldpunt niet in de beoordeling betrekken.

4.4.7. Opnieuw geldt hier dat het in concrete omstandigheden wel mogelijk proportioneel kan zijn om het risico van een niet-verzekerbare schade bij de opdrachtnemer neer te leggen. De Gids Proportionaliteit verplicht slechts tot het betrekken van het aspect verzekeraar bij de bepaling van de limitering van de aansprakelijkheid.

4.4.8. Het Klachtenmeldpunt betreft in de beoordeling dat het verzekeren van een schade van ongelimiteerde hoogte in de regel inderdaad niet mogelijk zal zijn, aangezien aansprakelijkheidsverzekeringen gewoonlijk in hoogte gelimiteerd zullen zijn. Dat neemt echter niet weg dat een ongelimiteerde aansprakelijkheid vaak tot een bepaalde hoogte kan worden verzekerd. Eventuele schade die deze limiet overschrijdt blijft dan voor rekening van de opdrachtnemer. Zoals hiervoor reeds aangegeven vermoedt het Klachtenmeldpunt dat de schade die derden als gevolg van deze opdracht lijden per gebeurtenis de limitering van artikel 9 lid 1 AIV niet snel zal overschrijden.

4.4.9. Met inachtneming van het voorgaande is het Klachtenmeldpunt

van oordeel dat beklagde enerzijds afdoende blijkt heeft geven dat zij de in de Gids Proportionaliteit genoemde aspecten betrokken heeft in haar beoordeling. Anderzijds oordeelt het Klachtenmeldpunt dat klager onvoldoende heeft onderbouwd dat in concrete omstandigheden van dit geval het disproportioneel is om de schade van derden niet in hoogte te limiteren.

4.4.10. Het Klachtenmeldpunt is daarom van oordeel dat beklagde Voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit in acht heeft genomen.

4.4.11. Ten overvloede overweegt het Klachtenmeldpunt dat zij tot dit oordeel is gekomen omdat klager onvoldoende heeft onderbouwd waarom de in hoogte niet gelimiteerde aansprakelijkheid in het concrete geval disproportioneel is, terwijl het de taak en de bevoegdheid van het Klachtenmeldpunt te buiten gaat om verder eigen onderzoek naar feiten te verrichten.

5. Beoordeling

5.1. Beklaagde houdt een Europese openbare aanbestedingsprocedure. Die procedure heeft betrekking op een overheidsopdracht voor het verrichten van ingenieursdiensten. Op de aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012; paragraaf 3.9 Gids Proportionaliteit.

5.2. Beklaagde heeft onder andere art. 9 lid 1 jo. lid 3 sub a van haar Algemene Inkoopvoorwaarden (AIV) op de opdracht van toepassing verklaard. De klacht gaat in de kern over de vraag of beklagde daarmee handelt in strijd met de Voorschriften 3.9 A, 3.9 C en/of 3.9 D van de Gids Proportionaliteit en met art. 1.10 lid 4 Aw 2012.

5.3. Bij de beantwoording van deze vraag gaat de Commissie er van uit dat art. 9 lid 1 jo. lid 3 sub a AIV een regeling bevat voor het volgende geval: de opdrachtnemer voert de opdracht uit en verstrekt in dat kader berekeningen aan beklagde. Beklaagde gebruikt die berekeningen bij het vaststellen van waterwin- en grondwaterbeschermingsgebieden. Wanneer die berekeningen onjuist zijn, bestaat de kans dat beklagde een te groot gebied vaststelt met als gevolg dat derden schade leiden. Die derden kunnen in dat geval proberen hun schade te verhalen op beklagde. Wanneer zij daarin slagen, leidt beklagde zelf schade en zal zij die schade op haar beurt op de opdrachtnemer proberen te verhalen. In art. 9 lid 1 AIV is bepaald dat de opdrachtnemer in dat geval aansprakelijk is, vooropgesteld dat de door beklagde geleden schade het gevolg is van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst en die tekortkoming aan de opdrachtnemer kan worden toegerekend. In art. 9 lid 3 sub a AIV (gelezen in samenhang met art. 9 lid 1) is vervolgens bepaald dat de omvang van de schadevergoeding die de aansprakelijke op-

drachtnemer aan beklagde zal moeten betalen, in hoogte niet is gelimiteerd.

5.4. De Commissie zal de in 5.2 gestelde vraag hierna beantwoorden en daarbij afzonderlijk ingaan op elk van de Voorschriften 3.9 A, 3.9 C en 3.9 D van de Gids Proportionaliteit.

Handelt beklagde in strijd met Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit?

5.5. De Commissie overweegt als volgt ten aanzien van Voorschrift 3.9 C.

5.5.1. In Voorschrift 3.9 C is bepaald: 'In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.'

5.5.2. Klager stelt zich op het standpunt dat de RVOI-2001 (Regeling van de Verhouding tussen Opdrachtgever en Adviserend Ingenieursbureau) paritair opgestelde algemene voorwaarden zijn in de zin Voorschrift 3.9 C (zie 3.14 hiervoor). Ter onderbouwing van dat standpunt verwijst klager naar pagina 3 van de RVOI-2001, waarin onder andere het volgende is bepaald:

'Evenals in 1987 werd in 1999 een werkgroep samengesteld uit KIVI-leden werkzaam bij opdrachtgevers en adviesbureaus onder voorzitterschap van de toenmalige voorzitter van de KIVI-Commissie van Geschillen. De directeur van het Instituut voor Bouwrecht fungeerde als secretaris en een vertegenwoordiger van de ONRI (Organisatie van advies- en ingenieursbureaus) nam als waarnemer en informant aan de besprekingen deel. De werkgroep heeft de gehele RVOI-1998 kritisch tegen het licht gehouden en zijn werkzaamheden eind 2000 afgesloten met het afleveren van een concept voor een RVOI-2001.'

5.5.3. De Commissie volgt klager in haar stelling in zoverre dat geconstateerd kan worden dat de RVOI-2001 in 2001 paritair zijn vastgesteld. De Commissie is echter van oordeel dat daarmee niet kan worden gezegd dat een aanbestedende dienst anno 2016 op grond van Voorschrift 3.9 C de RVOI-2001 integraal moet toepassen. De Commissie baseert dat oordeel op het feit dat inmiddels De Nieuwe Regeling (DNR) tot stand is gebracht - mede in opdracht van klager zelf - en dat op blz. 5 van de DNR 2005 onder andere het volgende is bepaald:

'Eind 2000 namen de Koninklijke Maatschappij tot Bevordering der Bouwkunst Bond van Nederlandse Architecten (BNA) en de Organisatie van advies- en ingenieursbureaus (ONRI) het initiatief om een nieuwe regeling te ontwikkelen voor de relatie tussen opdrachtgever en adviseur. (...) Er was (...) plaats voor één eenduidige en vervangende regeling voor de SR 1997 en de RVOI 2001, die gelijklopend de verhouding opdrachtgever en ontwerpende partijen zou regelen. Tot op heden was het gebruik dat een opdrachtgever met de raadgevend ingenieur con-

tracteert op basis van de RVOI 2001 en met de architect op basis van de SR 1997. Uitgangspunt was te komen tot één nieuwe gezamenlijke regeling die eenzijdig door BNA en ONRI zou worden vastgesteld en die bestemd zou zijn voor gebruikers in de volle breedte van de door BNA en ONRI gedekte branche. (...) Het Koninklijk Instituut Van Ingenieurs (KIVI- NIRIA) ondersteunt DNR 2005. KIVI-NIRIA gaat over van de uitgave van de RVOI-2001 tot mededistributie van de DNR 2005. De DNR 2005 komt daarmee in de plaats van de RVOI-2001.'

5.5.4. Tussen partijen staat niet ter discussie - ook klager betoogt dat immers niet - dat de DNR 2005, de DNR 2011 en de DNR 2011 (herzien juli 2013) geen paritair opgestelde algemene voorwaarden in de zin van Voorschrift 3.9 C zijn.

5.5.5. De Commissie is dan ook van oordeel dat beklagde niet handelt in strijd met het bepaalde in Voorschrift 3.9 C wanneer zij, in plaats van de RVOI-2001, haar eigen AIV op de aanbestede opdracht van toepassing verklaart. Het voorgaande laat onverlet dat aan de inhoud van de meest recente versie van de mede door klager opgestelde branchevoorwaarden - de DNR 2011 (herzien juli 2013) - betekenis kan worden toegekend bij een eventuele beoordeling van de AIV in het licht van het bepaalde in Voorschrift 3.9 D lid 2.

Handelt beklagde in strijd met Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit?

5.6. De Commissie overweegt als volgt ten aanzien van Voorschrift 3.9 A.

5.6.1. In Voorschrift 3.9 A is het volgende bepaald: *'De aanbestedende dienst allociert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.'*

5.6.2. Zoals de Commissie eerder heeft overwogen in haar Adviezen 40 en 41 (zie overweging 6.2 van die Adviezen), gaat zij er van uit dat met het begrip 'risico' in Voorschrift 3.9 A wordt bedoeld: het risico dat zich een gebeurtenis voordoet die tot schade leidt. Aldus beschouwd kan worden vastgesteld dat alleen het eerste lid van art. 9 van de AIV van beklagde een regel van risicoallocatie bevat. Die regel beperkt de aansprakelijkheid van een partij tot schade die het gevolg is van een aan die partij toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. Zou deze bepaling geen onderdeel uitmaken van de AIV van beklagde, dan zou tussen partijen de gelijkkluidende regel van art. 6:74 BW gelden.

5.6.3. In het verlengde van het voorgaande kan worden vastgesteld dat de vraag wanneer een tekortkoming aan een partij kan worden toegerekend - bij gebreke aan een regeling in de AIV van beklagde - zal moeten worden beantwoord met behulp van de regel van art. 6:75 BW:

'Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn

schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt'.

Bij de beantwoording van de (vervolg)vraag voor welke schadeveroorzakende gebeurtenissen een schuldenaar in een concreet geval vervolgens het risico zal moeten dragen op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen, zullen de feiten en omstandigheden van het voorliggende geval moeten worden gewaardeerd in het licht van tal van gezichtspunten. Die gezichtspunten zijn nauw verwant aan de gezichtspunten die staan genoemd in de toelichting op Voorschrift 3.9 A op blz. 52-53 van de Gids Proportionaliteit.

5.6.4. De Commissie is dan ook van oordeel dat beklagde Voorschrift 3.9 A voldoende in acht heeft genomen door in art. 9 lid 1 van haar AIV aan te sluiten bij het in de wet voorziene systeem van risicoallocatie.

Handelt beklagde in strijd met Voorschrift 3.9 D lid 1 Gids Proportionaliteit?

5.7. De Commissie overweegt als volgt ten aanzien van Voorschrift 3.9 D lid 1.

5.7.1. In Voorschrift 3.9 D lid 1 is het volgende bepaald:

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

5.7.2. De Commissie stelt vast dat in art. 9 lid 1 AIV is bepaald dat de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor schade die beklagde lijdt alleen zal kunnen worden gevestigd wanneer die schade het gevolg is van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst die aan de opdrachtnemer kan worden toegerekend. Daarmee voorziet art. 9 lid 1 AIV in zoverre in een beperking van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer. De Commissie is van oordeel - anders dan beklagde lijkt te veronderstellen met haar beantwoording van vraag 1 in de 2e Nota van inlichtingen (zie 1.4 hiervoor) - dat beklagde met deze in art. 9 lid 1 AIV voorziene beperking op zichzelf nog niet voldoet aan Voorschrift 3.9 D lid 1. Zoals immers ook uit de Toelichting op blz. 54 van de Gids Proportionaliteit blijkt, ziet de in dat voorschrift bedoelde limitering op de inhoud, omvang en duur van de schadevergoedingsverbintenis van de opdrachtnemer wiens aansprakelijkheid in beginsel kan worden gevestigd.

5.7.3. Beklagde heeft zich bij monde van haar Klachtenmeldpunt op het standpunt gesteld dat zij met art. 9 lid 1 jo. lid 3 sub a AIV geen ongelimiteerde aansprakelijkheid heeft verlangd, zodat van handelen in strijd met Voorschrift 3.9 D lid 1 geen sprake is (zie nrs. 34 t/m 40 van het advies van het Klachtenmeldpunt van beklagde, hiervoor weergegeven in 4.3). Beklagde baseert dat standpunt op een drietal argumenten die de Commissie in het navolgende zal bespreken.

5.7.4. Beklaagde betoogt allereerst dat zij in art. 9 lid 1 AIV als hoofdregel de aansprakelijkheid in hoogte heeft gelimiteerd en dat zij in lid 3 van dat artikel heeft voorzien in een drietal uitzonderingen op die hoofdregel. Daarmee kan niet worden gezegd - aldus beklagde - dat zij een aansprakelijkheid vraagt die op geen enkele wijze is gelimiteerd. De Commissie volgt beklagde niet in haar betoog. Dat art. 9 lid 1 voorziet in een limitering van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis laat immers onverlet dat beklagde die limitering in art. 9 lid 3 expliciet heeft uitgesloten voor wat betreft de in dat lid geregelde gevallen. Daarmee staat vast dat beklagde voor die gevallen een wat de hoogte betreft ongelimiteerde schadevergoedingsverbintenis van haar opdrachtnemer verlangt: dat is in strijd met Voorschrift 3.9 D lid 1 Gids Proportionaliteit.

5.7.5. Beklaagde betoogt in de tweede plaats dat Voorschrift 3.9 D lid 1 het niet verbiedt om aansprakelijkheid niet in hoogte te limiteren. De Commissie is van oordeel dat deze stelling op zichzelf genomen in beginsel juist is. Immers, wanneer aansprakelijkheid van een opdrachtnemer jegens diens opdrachtgever kan worden gevestigd en de omvang van de door hem te betalen schadevergoeding contractueel niet is gelimiteerd, kan de aansprakelijke opdrachtnemer ter beperking van zijn schadevergoedingsverbintenis terugvallen op de bepalingen van het BW, in het bijzonder op de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW. Voor wat het onderhavige geval betreft gaat beklagde met haar stelling echter aan de kern van de zaak voorbij. Beklaagde heeft immers niet nagelaten de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer in hoogte te limiteren: beklagde heeft - zoals ook hiervoor is overwogen - in art. 9 lid 3 sub a AIV expliciet bepaald dat de in art. 9 lid 1 voorziene limitering in dat geval niet geldt. Daarmee verlangt beklagde voor dat geval een - wat de hoogte van de door haar opdrachtnemer verschuldigde schadevergoeding betreft - ongelimiteerde verbintenis en dat is in strijd met Voorschrift 3.9 D lid 1.

5.7.6. Beklaagde betoogt in de derde plaats - in lijn met haar beantwoording van vraag 1 in de 2e Nota van inlichtingen (zie 1.4 hiervoor) - dat afdeling 6.1.10 BW voorziet in bepalingen waarop de aansprakelijke opdrachtnemer zich in het hiervoor bedoelde geval in rechte zal kunnen beroepen ter beperking van haar schadevergoedingsverbintenis. Zoals de Commissie in 5.7.5 heeft overwogen, is dat standpunt in beginsel juist voor die gevallen waarin de AIV de inhoud, omvang en/of duur van een schadevergoedingsverbintenis van de opdrachtnemer ongeregeld laten. Dat geval doet zich hier zoals gezegd echter niet voor: art. 9 lid 3 sub a AIV voorziet immers expliciet in een uitsluiting van de aansprakelijkheidsbeperkingen van art. 9 lid 1. Daarmee verlangt beklagde een - wat de hoogte van de door haar opdrachtnemer verschuldigde schadevergoeding

betreft - ongelimiteerde verbintenis. Nog daargelaten dat dit in strijd is met Voorschrift 3.9 D lid 1, werpt beklagde met die expliciete uitsluiting van aansprakelijkheidsbeperking tevens een dremmel op voor de toepassing door de rechter van een aantal van de bepalingen van Afdeling 6.1.10 BW. De rechter zal bij die toepassing immers mede acht moeten slaan op de inhoud van hetgeen tussen beklagde en haar opdrachtnemer is overeengekomen. En dat is: een expliciete uitsluiting van de aansprakelijkheidsbeperking van art. 9 lid 1 AIV.

5.7.7. De Commissie is gelet op het voorgaande van oordeel dat beklagde handelt in strijd met Voorschrift 3.9 D lid 1 Gids Proportionaliteit door in art. 9 lid 3 sub a van haar AIV te bepalen dat de beperking van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis als bedoeld in art. 9 lid 1 niet geldt voor het in art. 9 lid 3 sub a geregelde geval.

Heeft beklagde de afwijking van Voorschrift 3.9 D lid 1 voldoende gemotiveerd?

5.8. De conclusie dat beklagde handelt in strijd met Voorschrift 3.9 D lid 1 zal in beginsel tot het oordeel moeten leiden dat zij daarmee tevens handelt in strijd met art. 1.10 lid 4 Aw 2012. Dat is alleen anders wanneer beklagde de afwijking van het voorschrift in de aanbestedingsstukken heeft gemotiveerd en die motivering de beslissing tot afwijken voldoende kan dragen. Steun voor dit oordeel biedt zowel het bepaalde in art. 1.10 lid 4 Aw 2012 ('De aanbestedende dienst (...) motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken') als de Toelichting op Voorschrift 3.9 D lid 1 op blz. 54 van de Gids Proportionaliteit ('Aansprakelijkheid die op geen enkele wijze gelimiteerd is, wordt vermoed niet proportioneel te zijn').

5.9. De Commissie stelt vast dat beklagde haar beslissing om af te wijken van Voorschrift 3.9 D lid 1 in ieder geval heeft gemotiveerd in haar beantwoording van vraag 4 in de 1e Nota van Inlichtingen (zie 1.3.1 hiervoor) en in de beantwoording van vraag 1 in de 2e Nota van Inlichtingen (zie 1.4 hiervoor).

5.10. De te beantwoorden vraag is volgens of de door beklagde verstrekte motivering haar beslissing om af te wijken van Voorschrift 3.9 D lid 1 voldoende kan dragen. Gelet op het bepaalde in art. 1.10 lid 1 jo. lid 2 sub h Aw 2012, en voortbouwend op haar eerdere Adviezen 228 (overweging 5.7.4) en 256 (overweging 5.7.3), zal deze vraag naar het oordeel van de Commissie bevestigend kunnen worden beantwoord wanneer die motivering voldoende steun biedt voor het oordeel dat art. 9 lid 3 sub a AIV in een redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. Of dat laatste het geval is, zal moeten blijken uit een goede afweging door beklagde van alle relevante omstandigheden van het geval in het licht van de volgende aspecten:

(i) de aard en omvang van de met het voorwerp van de opdracht en de marktsituatie verband houdende projectspecifieke belangen van beklagde, die voor haar de aanleiding zijn geweest om art. 9 lid 3 sub a in haar AIV op te nemen: welke risico's loopt beklagde daadwerkelijk en in hoeverre sluit art. 9 lid 3 sub a daar op aan?;

(ii) de mate waarin de in de branche gebruikelijke contracten of algemene voorwaarden niet dan wel onvoldoende rekening houden met de belangen zoals hiervoor bedoeld: wat is een gebruikelijke aansprakelijkheidsregeling in de betreffende branche en/of voor de betreffende opdracht naar aard en omvang? Hoe luiden de bepalingen in de in die branche gebruikelijke contracten? In hoeverre is aansprakelijkheid gebruikelijk verzekeraar?;

(iii) de mate waarin het voor beklagde mogelijk is (geweest) om de projectspecifieke belangen te dienen door het treffen van andere en minder vergaande maatregelen dan het van toepassing verklaren van art. 9 lid 3 sub a AIV.

5.11. De Commissie merkt terzijde op dat zij art. 9 lid 3 sub a AIV in het onderhavige geval niet rechtstreeks kan toetsen aan Voorschrift 3.9 D lid 2 Gids Proportionaliteit. Dat voorschrift veronderstelt immers dat beklagde aansprakelijkheid op enigerlei wijze heeft gelimiteerd en dat de vraag dient te worden beantwoord of de aanbestedende dienst bij die limitering voldoende acht heeft geslagen op de in het voorschrift genoemde aspecten (vergelijk ook de Adviezen 40, 42 en 154 van de Commissie). Zoals hiervoor echter is overwogen, heeft beklagde in art. 9 lid 3 sub a AIV geen aansprakelijkheid gelimiteerd, maar heeft zij die limitering expliciet uitgesloten. Dat laat echter onverlet dat aan de in Voorschrift 3.9 D lid 2 Gids Proportionaliteit genoemde aspecten naar het oordeel van de Commissie wel reflexwerking toekomt bij de beantwoording van de in 5.10 gestelde vraag of de verstrekte motivering de beslissing om af te wijken van Voorschrift 3.9 D lid 1 voldoende kan dragen. De Commissie heeft om die reden de aan (blz. 54 van de Toelichting op) Voorschrift 3.9 D lid 2 ontleende aspecten in het in 5.10 genoemde toetsingskader geïntegreerd.

5.12. Daarmee komt de Commissie toe aan de in 5.10 gestelde vraag. Zij beantwoordt die vraag als volgt.

5.12.1. Vooropgesteld kan worden dat uit de motivering van beklagde in ieder geval blijkt dat zij de risico's die zij als gevolg van de uitvoering van de opdracht zelf loopt, in haar afweging heeft betrokken. Zij heeft dat gedaan in de laatste alinea van haar beantwoording van vraag 4 in de 1e Nota van Inlichtingen (zie 1.3.1 hiervoor). Zij heeft vervolgens naar die motivering verwezen in haar beantwoording van de vragen 40 en 54 in de 1e Nota van Inlichtingen. Ook het gestelde in alinea 3 van de beantwoording van vraag 1 in de 2e Nota van Inlichtingen sluit hierbij aan (zie 1.4 hiervoor). De motivering die beklagde

geeft, is naar het oordeel van de Commissie echter niet overtuigend. Dat beklagde 'geen grip' heeft op het feit dat een toerekenbare tekortkoming van haar opdrachtnemer kan leiden tot schade waarvoor beklagde door derden aansprakelijk wordt gehouden, is immers niet uniek voor dat type schade. Beklagde zal evenmin onder alle omstandigheden grip hebben op toerekenbare tekortkomingen van de opdrachtnemer die tot andere schade leiden. De motivering van beklagde biedt geen inzicht in de ratio van het door beklagde gemaakte onderscheid tussen aansprakelijkheid voor schade die wel en aansprakelijkheid voor schade die niet in hoogte is gelimiteerd.

5.12.2. In het verlengde van de hiervoor bedoelde motivering noemt beklagde in haar beantwoording van vraag 1 in de 2e Nota van Inlichtingen als aanvullend argument dat de door derden te lijden schade 'aanzienlijk kan oplopen' (zie 1.4 hiervoor). Aan welke bedragen dan moet worden gedacht, blijkt echter niet uit de motivering. De Commissie vraagt zich af of beklagde zich ten tijde van het opstellen van de aanbestedingsstukken wel voldoende hierover heeft geïnformeerd. De twijfels die de Commissie daarover heeft, worden versterkt door de opmerking die een vertegenwoordiger van beklagde heeft gemaakt tegen het interne Klachtenmeldpunt dat beklagde de risico's van schade bij derden 'niet volledig kan overzien' (zie daarvoor nr. 16, 1e bullet, van het advies van het interne Klachtenmeldpunt van beklagde). De inconsistentie van de motivering van beklagde blijkt verder uit het feit dat (het interne Klachtenmeldpunt van) beklagde zich op het standpunt heeft gesteld dat schades aan derden boven de in art. 9 lid 1 AIV opgenomen limiteringen "zelden zullen voorkomen" (zie daarvoor 4.2.4 en 4.4.8 hiervoor). Nog afgezien van deze inconsistentie van de motivering van beklagde rijst de vraag waarom het gelet op dat laatste standpunt dan eigenlijk bezwaarlijk is om de limiteringen van art. 9 lid 1 door te trekken naar het in art. 9 lid 3 sub a geregelde geval.

5.12.3. Beklagde heeft in haar motivering bij herhaling gesteld dat zij de in de branche gebruikelijke contracten en algemene voorwaarden in haar afweging heeft betrokken. Zij heeft dat zowel gedaan in de 2e alinea van haar beantwoording van vraag 1 in de 2e Nota van Inlichtingen (zie 1.4 hiervoor) als bij monde van haar interne Klachtenmeldpunt (zie daarvoor 4.4.2 t/m 4.4.4 hiervoor). Uit die motivering blijkt echter op geen enkele wijze waarom met de relevante bepalingen van de in de branche gebruikelijke contracten en algemene voorwaarden niet aan de belangen van beklagde tegemoet zou kunnen worden gekomen.

5.12.4. In het verlengde van het voorgaande heeft een vertegenwoordiger van beklagde haar interne Klachtenmeldpunt nog laten weten dat de branchevoor-

waarden weliswaar relevant zijn voor de afweging van beklagde, 'doch niet maatgevend, zeker omdat de branchevoorwaarden in dit geval eenzijdig zijn opgesteld door de branche zelf' (zie daarvoor nr. 16, 3e bullet, van het advies van het interne Klachtenmeldpunt van beklagde). Nog afgezien van het feit dat beklagde haar motiveringsplicht in de aanbestedingsstukken moet nakomen en niet pas gedurende de klachtprocedure (vergelijk overweging 5.7.4 van Advies 256) is de Commissie van oordeel dat dit bij monde van haar vertegenwoordiger ingenomen standpunt geen steun vindt in (de Toelichting op) Voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit. Ook overigens geeft het standpunt geen blijk van een inhoudelijke afweging: beklagde maakt daarmee niet duidelijk waarom met de relevante bepalingen uit de branchevoorwaarden niet aan haar belangen kan worden tegemoet gekomen.

5.12.5. De Commissie stelt vast dat uit de motivering van beklagde niet blijkt dat zij de mate van verzekeraarbaarheid van de in art. 9 lid 3 sub a AIV bedongen ongelimiteerde aansprakelijkheid op enigerlei wijze in haar afweging heeft betrokken. Beklagde is pas voor het eerst op het aspect van verzekeraarbaarheid ingegaan - te laat, zie 5.12.4 hiervoor - tijdens de interne klachtprocedure. Beklagde heeft toen haar interne Klachtenmeldpunt laten weten dat zij bij het opstellen van de AIV onderzoek heeft gedaan naar de verzekeraarbaarheid van de in art. 9 lid 3 sub a geregelde aansprakelijkheid en dat die aansprakelijkheid 'in ieder geval tot de in art. 9 lid 1 genoemde hoogte' kan worden verzekerd en dat het 'niet onredelijk' is 'het restrisico voor rekening van de opdrachtnemer te laten' (zie daarvoor nr. 16, 4e bullet, van het advies van het interne Klachtenmeldpunt van beklagde). Daarmee lijkt ook beklagde zich te realiseren dat, voor zover de hoogte van de aansprakelijkheid als bedoeld in art. 9 lid 3 sub a de in art. 9 lid 1 AIV genoemde limitering overstijgt, deze ongelimiteerde aansprakelijkheid niet verzekeraar is. Dat beklagde zich dat realiseert, bevestigt zij nog eens door zich de opmerking van haar interne Klachtenmeldpunt - namelijk: dat ongelimiteerde aansprakelijkheid in de regel niet verzekeraar zal zijn - in haar reactie op de onderhavige klacht eigen te maken (zie daarvoor 4.4.8 hiervoor). De Commissie wijst er op dat dit standpunt problematisch is in het licht art. 9 lid 8 AIV (zie 1.2 hiervoor). De opdrachtnemer is op grond van die bepaling immers verplicht te verklaren dat hij genoegzaam is verzekerd tegen - onder andere - de in art. 9 lid 3 sub a AIV bedoelde aansprakelijkheid. Aan die verplichting zal een opdrachtnemer echter niet kunnen voldoen wanneer die - ongelimiteerde - aansprakelijkheid niet verzekeraar is.

5.12.6. Beklagde heeft bij monde van haar interne Klachtenmeldpunt nog betoogd dat het op de weg van klager zou liggen om aan te tonen dat de in art. 9 lid 3 sub a AIV voorziene aansprakelijkheid niet verzekeraar

en daarmee disproportioneel is (zie 4.4.6 en 4.4.11 hiervoor). De Commissie deelt dat standpunt niet. In 5.8 hiervoor is immers vastgesteld dat beklagde heeft gehandeld in strijd met Voorschrift 3.9 D lid 1 en dat die constatering tot gevolg heeft dat de in art. 9 lid 3 sub a AIV voorziene regeling vermoed wordt niet proportioneel te zijn. Het ligt vervolgens op de weg van beklagde om dat vermoeden te weerleggen in het kader van haar in art. 1.10 lid 4 Aw 2012 voorziene motiveringsplicht.

5.12.7. De Commissie is gelet op het voorgaande van oordeel dat beklagde geen goede afweging heeft gemaakt van alle relevante omstandigheden van het geval in het licht van de hiervoor in 5.10 genoemde aspecten. Daarmee biedt de door beklagde verstrekte motivering onvoldoende steun voor het oordeel dat art. 9 lid 3 sub a AIV in een redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. Dat betekent dat die motivering onvoldoende is om de beslissing tot het afwijken van Voorschrift 3.9 D lid 1 Gids Proportionaliteit te kunnen dragen. Dat leidt tot het oordeel dat beklagde handelt in strijd met het bepaalde in art. 1.10 lid 4 Aw 2012.

6. Advies

De Commissie acht de klacht gegrond voor zover daarin wordt geklaagd over het feit dat beklagde is afgeweken van Voorschrift 3.9 D lid 1 Gids Proportionaliteit. Door dat te doen, zonder deugdelijke motivering, handelt beklagde in strijd met art. 1.10 lid 4 Aw 2012.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet in dit stadium van de aanbestedingsprocedure geen kans tot het doen van een aanbeveling. (*Etc., etc. Red.*)

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 adviseursovereenkomsten 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 wettelijk systeem niet in strijd komt met voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit.² 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.

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.³ 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

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

³ 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)verzekerbareheid van de betreffende aansprakelijkheid meegewogen. Daarbij ligt de bewijslast van de (on)verzekerbareheid, 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 verzekerbareheid 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 verzekerbareheid.

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.⁴ 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.