

Advies 40

1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een Europese openbare procedure aangekondigd met betrekking tot een overheidsopdracht voor leveringen. De opdracht betreft het leveren, implementeren van zogenoemde "storage", het migreren van de data en het leveren van support. De storage betreft zowel fysieke dataopslagcapaciteit, backup, systeemprogrammatuur als netwerkcomponenten ten behoeve van storage in het datacenter. De opdracht heeft in beginsel een looptijd van 3 jaren en een waarde die ligt tussen € 800.000,- en € 1.000.000,- per jaar.
- 1.2 Beklaagde heeft ten behoeve van de aanbesteding een document "offerteaanvraag" met bijlagen opgesteld. Tijdens de aanbestedingsprocedure is de inhoud van twee van die bijlagen – bijlage 4 en bijlage 10 – op onderdelen ter discussie gesteld door in de opdracht geïnteresseerde ondernemingen.
- 1.3 Bijlage 4 van de offerteaanvraag ('Invulformulier Geschiktheidscriteria') bevat een lijst met criteria waaraan een inschrijver dient te voldoen op straffe van uitsluiting van de procedure. Het op blz. 24 onder 1.b van de bijlage opgenomen criterium luidt: 'Inschrijver verklaart een verzekering voor algemene aansprakelijkheid en beroepsaansprakelijkheid getroffen te hebben. Het verzekerde bedrag dient voor de algemene aansprakelijkheid minimaal een dekking te hebben van € 5.000.000,- per gebeurtenis met een maximum van € 10.000.000,- per jaar ongeacht het aantal gebeurtenissen. Het eigen risico bedraagt hierbij maximaal € 2.500,- per gebeurtenis. Het verzekerde bedrag dient voor de beroepsaansprakelijkheid minimaal een dekking te hebben van € 2.500.000,- per gebeurtenis en per jaar ongeacht het aantal gebeurtenissen. Het eigen risico bedraagt hierbij maximaal € 2.500,- per gebeurtenis.' Naar aanleiding van een vraag van een van de inschrijvers heeft beklagde bekend gemaakt dat aan het hiervoor weergegeven criterium moet worden toegevoegd: 'Of inschrijver dient deze voorafgaand aan contractondertekening af te sluiten' (zie Nota van Inlichtingen 2 september 2013, vraag 17).
- 1.4 Bijlage 10 van de offerteaanvraag bevat de Algemene Inkoopvoorwaarden van beklagde (AIV 2013) en de Wijzigingen AIV 2013. Art. 17 van de AIV 2013 bevat een regeling voor het geval dat een van partijen bij de met de aanbesteding beoogde overeenkomst toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen. Naar aanleiding van een vraag van een van de inschrijvers heeft beklagde art. 17 AIV 2013 als volgt gewijzigd (zie Nota van Inlichtingen 2 september 2013, vraag 147):
 - '1. Artikel 17 van de Algemene Voorwaarden is niet van toepassing.
 2. De partij die toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van zijn verplichting(en) tegenover de andere partij is aansprakelijk voor vergoeding van de door andere partij geleden c.q. te lijden schade.
 3. De in artikel 2 [bedoeld zal zijn: 'lid 2'] van dit artikel bedoelde aansprakelijkheid voor directe schade is, qua omvang per gebeurtenis beperkt tot het bedrag dat het laagste is n.l.:
 - a) of de werkelijke schade;
 - b) of een bedrag van € 5.000.000,- per gebeurtenis met een maximum van €10.000.000,- per jaar ongeacht het aantal gebeurtenissen.

4. Onder directe schade wordt in ieder geval, doch niet met uitsluiting verstaan:
 - a) schade aan programmatuur en apparatuur en gegevensbestanden van of in gebruik bij Opdrachtgever, waaronder in elk geval verstaan wordt: materiële beschadiging, gebrekkig of niet functioneren, verminderde betrouwbaarheid en verhoogde storingsgevoeligheid;
 - b) schade aan andere eigendommen van Opdrachtgever en/of van derden;
 - c) kosten van noodzakelijke wijzigingen en/of veranderingen in apparatuurprogrammatuur, specificaties, materialen of documentatie, aangebracht ter beperking c.q. herstel van schade;
 - d) de kosten van noodvoorzieningen, zoals het uitwijken naar andere computersystemen, of het inhuren van derden;
 - e) kosten, waaronder begrepen personeelskosten, van het noodgedwongen langer operationeel houden van (het) oude (syste(e)m(en) en daarmee samenhangende voorzieningen;
 - f) de kosten van leegloop van medewerkers, goederen en faciliteiten van Opdrachtgever en de kosten van leegloop van door Opdrachtgever in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst ingehuurde derden, voorzover deze kosten, in redelijkheid, niet vermijdbaar zijn;
 - g) aan derden aantoonbaar verschuldigde vergoedingen en boetes alsmede de waarde van het verloren gaan van door derden verstrekte garantierechten;
 - h) redelijke kosten gemaakt ter voorkoming of beperking van directe schade, die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht;
 - i) redelijke kosten gemaakt ter vaststelling van de schadeoorzaak, de aansprakelijkstelling, de directe schade en de wijze van herstel.
5. De in lid 2 van dit artikel bedoelde aansprakelijkheid voor gevolgschade is qua omvang per gebeurtenis beperkt tot het bedrag dat het laagste is n.l.:
 - a) de werkelijke schade of
 - b) [of] een bedrag van € 5.000.000,- per gebeurtenis met een maximum van € 10.000.000,- per jaar ongeacht het aantal gebeurtenissen.
6. Onder gevolgschade wordt verstaan:
 - a) winstderving;
 - b) kosten gemaakt ter voorkoming, beperking of vaststelling van gevolgschade;
 - c) andere schade dan de directe schade genoemd in lid 2 van dit artikel.
7. De in lid 2 [bedoeld zal zijn: 'lid 3'] en 4 [bedoeld zal zij: '5'] opgenomen beperkingen komen te vervallen:
 - a) ingeval van aanspraken van derden op schadevergoeding ten gevolge van door of letsel; en/of
 - b) indien sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van Leverancier en/of diens personeel; en/of
 - c) ingeval van schending van intellectuele eigendomsrechten als in artikel 16 lid 2 van deze Raamovereenkomst bedoeld.

Leverancier heeft zich adequaat verzekerd en zal zich adequaat verzekerd houden voor zijn aansprakelijkheid uit Overeenkomsten.'

1.5 Op 17 september 2013 om 12.00 uur is de inschrijvingstermijn verstreken. Klager heeft vlak voor het verstrijken van die termijn beklagde nog verzocht om de inschrijvingstermijn op te schorten, onder andere omdat zij nog in gesprek was met een verzekeraar voor het afsluiten van een verzekering die voldeed aan het geschiktheids criterium op blz. 24 onder 1.b van bijlage 4 bij de offerteaanvraag. Beklaagde heeft op 17 september drie inschrijvingen ontvangen. Klager behoorde niet tot de inschrijvers. Klager heeft op 27 september 2013 een klacht ingediend bij het Klachtenmeldpunt Aanbesteden ICT. Op 3 oktober 2013 heeft beklagde aan klager laten weten haar klacht van 27 september 2013 ongegrond te verklaren op grond van het advies van het voornoemde Klachtenmeldpunt. Na beoordeling van de ontvangen inschrijvingen heeft beklagde op 9 oktober 2013 haar gunningsbeslissing bekend gemaakt.

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft met het geschiktheids criterium op blz. 24 onder 1.b van bijlage 4 bij de offerteaanvraag en het (aangepaste) art. 17 van de AIV 2013 (bijlage 10 bij de offerteaanvraag) het proportionaliteitsbeginsel niet in acht genomen en derhalve de beginselen van aanbestedingsrecht geschonden.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1 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. Daarnaast strekt proportionaliteit zich ook uit over de door de aanbestedende dienst te hanteren contractvoorwaarden. Hoofdstuk 3.9 van de Gids Proportionaliteit bepaalt welke afwegingen een aanbestedende dienst in dat verband in ieder geval dient te maken. Dat zo zijnde, is de inhoud van het geschiktheids criterium op blz. 24 onder 1.b van bijlage 4 bij de offerteaanvraag en het (aangepaste) art. 17 van de AIV 2013 (bijlage 10 bij de offerteaanvraag) volgens klager opmerkelijk te noemen.
- 3.2 Met betrekking tot het geschiktheids criterium op blz. 24 onder 1.b van bijlage 4 bij de offerteaanvraag merkt klager het volgende op. Klager schat in dat de waarde van de opdracht per jaar van de overeenkomst circa 1 miljoen euro zal zijn. Beklaagde eist dat de inschrijvers een aansprakelijkheidsverzekering af hebben gesloten voor een bedrag van € 5.000.000,- per gebeurtenis met een maximum van € 10.000.000,- per jaar (10 X de opdrachtwaarde) ongeacht het aantal gebeurtenissen. Daarnaast dienen inschrijvende partijen een eigen risico op hun polis te hebben van € 2500,-. De te verzekeren bedragen staan niet in verhouding tot de waarde van de opdracht. Daarnaast eist beklagde een eigen risico dat uitzonderlijk laag is, namelijk € 2500,-. Door deze extreme eisen passen deze verzekeringseisen niet binnen de verzekeringspolis van Klager. Klager heeft wel getracht om bij haar verzekeraar een offerte te krijgen, dit is voor de datum van inschrijving niet gelukt en had te maken met de overige risico's die uit de contracten voortvloeiden (te aanvaarden aansprakelijkheid, verantwoordelijkheid voor niet door Klager te beïnvloeden derden etc.).
- 3.3 Klager is een grote IT speler in de Benelux en heeft inmiddels de nodige ervaringen met verzekeringseisen in aanbestedingen: dergelijke hoge aansprakelijkheidslimieten en een dergelijk laag eigen risico zijn niet gebruikelijk in 'onze' branche in relatie tot voornoemde maximale opdrachtwaarde. Inschrijvende partijen hebben beklagde in de Nota van Inlichtingen d.d. 2 september 2013 (vraag 17 t/m 21) gewezen op deze disproportionele eis, maar beklagde weigerde af te wijken van het door haar dwingend voorgeschrevene.
- 3.4 Klager vindt dat beklagde met haar minimum eigen risico een disproportionele eis neerlegt. Volgens de criteria die staan vermeld op blz. 24 onder 2 ('Financieel economisch') van bijlage 4 bij de offerteaanvraag moeten inschrijvende partijen op straffe van uitsluiting hun financiële gegoedheid aan tonen. De zwaarte van deze financiële eisen rechtvaardigt een veel hoger eigen risico voor inschrijvende partijen, immers indien een inschrijvende partij niet voldoende vrije kasstroom heeft voldoet zij niet aan dit geschiktheids criterium. Een minimum eigen risico opleggen van € 2.500,- is volstrekt niet noodzakelijk en zadelt inschrijvende partijen op met administratieve lasten (dit zal immers bij geen enkele inschrijvende partij binnen de polisvoorwaarden vallen) en noopt inschrijvende partijen tot hogere kosten (als de verzekeraar überhaupt bereid is om met een dergelijk laag eigen risico een premieaanbod af te geven).
- 3.5 Met betrekking tot het (aangepaste) art. 17 van de AIV 2013 (bijlage 10 bij de offerteaanvraag) merkt klager het volgende op. De aangepaste tekst van dit artikel is door beklagde opgenomen in de Nota van Inlichtingen van 2 september 2013 naar aanleiding van eerder daarover gestelde vragen. Ook de aangepaste tekst is volgens klager niet proportioneel om de volgende redenen.

- 3.5.1. De door inschrijvende partijen te aanvaarden aansprakelijkheid voor directe schade is per jaar beperkt tot € 5.000.000,- per gebeurtenis en een maximum van € 10.000.000,- per jaar. De door inschrijvende partijen te aanvaarden aansprakelijkheid voor indirecte schade is per jaar beperkt tot € 5.000.000,- per gebeurtenis en een maximum van € 10.000.000,- per jaar. Cumulatief dienen inschrijvende partijen voor directe en indirecte schade tezamen dus € 10.000.000,- per gebeurtenis te aanvaarden met een maximum van € 20.000.000,- per jaar. Gedurende de looptijd van 3 jaar zou dit dus een maximale aansprakelijkheid van inschrijvende partijen van € 60.000.000,- (zegge: zestig miljoen euro) bedragen (bij stilzwijgende verlenging met 2 jaar zelfs honderd miljoen euro). Dit is minimaal 20 keer de waarde van de Opdracht.
- 3.5.2. Daarnaast is indirecte schade door inschrijvende partijen niet te overzien en is het gebruikelijk in de markt dat dergelijke schade wordt uitgesloten dan wel verregaand wordt beperkt.
- 3.5.3. Meerdere inschrijvers hebben volgens klager beklaagde gewezen op het disproportionele aansprakelijkheidsartikel, maar beklaagde heeft nagelaten het artikel dusdanig aan te passen dat het de proportionaliteitstoets doorstaat.

De slotsom is volgens klager dan ook dat het geschiktheids criterium op blz. 24 onder 1.b van bijlage 4 bij de offerteaanvraag en het (aangepaste) art. 17 van de AIV 2013 (bijlage 10 bij de offerteaanvraag) niet als proportioneel kunnen worden beschouwd. Beklaagde heeft onvoldoende toegelicht waarom dergelijke eisen in dit geval wel gerechtvaardigd zouden zijn.

4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht

Klager hoopt dat de Commissie een advies uitbrengt dat haar visie onderschrijft en beklaagde adviseert om inschrijvers die niet hebben aangeboden alsnog in de gelegenheid te stellen alsnog aan te bieden op basis van proportionele (gewijzigde) voorwaarden.

5. Reactie beklaagde

- 5.1 De aard van de opdracht van de aanbesteding betreft het leveren en onderhouden van een storage-omgeving. In totaal werken 3.500 ambtenaren met de data die zijn opgeslagen op deze storage. Daarnaast is beklaagde afhankelijk van deze storage om te kunnen voldoen aan haar wettelijke verplichtingen en doorlooptijden. In de aanbesteding wordt gevraagd om een oplossing voor dataopslag voor de komende jaren en het onderhouden van deze oplossing. Dit betreft dus niet het enkel leveren van apparatuur waarbij beklaagde de verantwoordelijkheid draagt voor ontwerp en dergelijke. Aan de inschrijvers is duidelijk de vraag voorgelegd hoe zij aan de gevraagde capaciteit en continuïteit gaan voldoen. Aangezien dit moet aansluiten bij de overige apparatuur in het datacenter en de toekomstvisie van beklaagde, zijn hier wel ontwerprichtlijnen (eisen) meegegeven. In een wegingsmodel met 65% waardering van de opdracht op kwaliteit, ligt de nadruk dan ook op het leveren van deze capaciteit en continuïteit.
- 5.2 Klager geeft aan dat meerdere leveranciers beklaagde hebben gewezen op het feit dat zij de verzekerde bedragen en aansprakelijkheid als disproportioneel ervaren. Beklaagde heeft mede naar aanleiding daarvan het aansprakelijkheidsartikel aangepast in de Nota van Inlichtingen van 2 september 2013 en de aansprakelijkheid gemaximeerd naar soort schade. De gestelde bedragen omtrent verzekering en maximale aansprakelijkheid blijven echter van kracht om de hieronder aangegeven redenen.
- 5.3 Het risico en de aansprakelijkheid voor de aangedragen oplossing en het onderhoud daarvan, ligt bij de betreffende leverancier. De uiteindelijke leverancier voorziet in een systeem in het hart van de ICT infrastructuur van beklaagde, waarbij de leverancier zelf de risico's volledig in de hand heeft en instaat voor dit systeem. Daarnaast is van aansprakelijkheid enkel sprake in geval van een toerekenbare tekortkoming, waarmee een leverancier alleen verantwoordelijk is voor risico's die hij zelf in de hand heeft.

- 5.4 De vervangingswaarde van alle apparatuur in het datacenter bedraagt ca. € 6.500.000,-. Met de in de aanbesteding aangegeven verwachte groei van data zal dit bedrag ieder jaar toenemen met een bedrag tussen € 200.000,- en € 500.000,- (dit is geen vast bedrag aangezien dit een exponentiële functie betreft, ieder jaar 50% groei). Aangezien werkzaamheden plaatsvinden in het datacenter is er kans op directe schade aan dit datacenter en in het slechtste geval het gehele datacenter. In het geval hier schade ontstaat, zullen activiteiten plaats moeten vinden om de situatie zo spoedig mogelijk te herstellen en eventueel in een tijdelijke oplossing te voorzien voordat de storage in het eigen datacenter weer benaderbaar is. Inhuur van vervangende hardware zal ca. € 10.000,- per dag bedragen, het inhuren van specialisten om data te achterhalen die verloren is gegaan, bedraagt ca. € 400.000,- (voor een gehele restore).
- 5.5 Gezien de aard en omvang van de opdracht is gevolgschade ingeval van tekortkomingen onvermijdelijk. De kosten met betrekking tot gevolgschade kunnen nog vele malen hoger uitvallen dan de hierboven genoemde directe schade. Zoals aangegeven maken 3.500 personen gebruik van de storage omgeving. In het geval zij een dag niet kunnen werken lopen de kosten hier per dag op tot ca € 1.500.000,- aan verloren arbeidsproductiviteit. Indien de storage niet goed functioneert, kan dat veel claims met zich mee brengen. Daarbij moet gedacht worden aan claims vanwege het niet kunnen voldoen door beklagde aan haar wettelijke verplichtingen en doorlooptijden zoals het kunnen verstrekken van bouwvergunningen, verblijfsvergunningen, paspoorten, etc. Daarnaast betreffen de data onder andere ICT applicaties die op deze storage staan opgeslagen. De waarde van deze ICT applicaties betreft ca. € 1.650.000,-. Met het verloren gaan van data van deze programma's kan het noodzakelijk zijn vervangende ICT programma's (licenties) aan te schaffen. De gevolgschade kan eenvoudig oplopen tot enkele miljoenen in het geval de data niet beschikbaar is of verloren is gegaan.
- 5.6 Het feit dat een verzekering van € 5.000.000,- wordt gevraagd voor een oplossing die een waarde van € 1.500.000 vertegenwoordigt, is in onderhavige kwestie niet bepalend. De oplossing betreft een kritiek deel in de architectuur van het datacenter waar uitval direct leidt tot improductiviteit. Vandaar de sterke focus op kwaliteit in de aanbesteding. Zoals ook gesteld in de Gids Proportionaliteit kan een relatief kleine opdracht een grote schade tot gevolg hebben, zoals is uitgewerkt in het voorbeeld onder 3.9.1.1. (in de Gids Proportionaliteit). De bijzondere omstandigheden van het geval rechtvaardigen de in onderhavige aanbesteding gestelde eisen.
- 5.7 Klager haalt aan dat met de totale verzekering een bedrag van € 60.000.000,- gemoeid is. Beklaagde kan dit niet plaatsen en het is in haar visie onjuist. Het betreft immers een verzekering voor mogelijke gebeurtenissen per jaar. Het is in de markt gebruikelijk dat een verzekering gekoppeld is aan een jaar en niet aan de gehele opdrachtduur. Ter vergelijking: Een persoonlijke WA verzekering van € 1.000.000,- per jaar heeft met een levensverwachting van 75 jaar ook geen waarde van € 75.000.000,-.
- 5.8 Een eigen risico van € 2.500,- is naar de mening van beklagde proportioneel. De grootte van leveranciers in deze markt kent een grote spreiding. Een hoog eigen risico zou voor klager wellicht geen problemen veroorzaken, voor andere partijen kan dit wel het geval zijn. Er zijn immers geen omzeteisen gesteld, zodat ook kleine partijen zouden kunnen inschrijven op deze opdracht mits zij de juiste ervaring hebben. De financiële gegoedheid van inschrijvers waar klager aan refereert zegt iets over de samenhang van de cijfers van de leverancier, niet of een eigen risico van € 2.500,- hier als hoog of laag kan worden bestempeld. Het eigen risico wordt door verzekeraars vaak als staffel aangegeven ten opzichte van de omzet van de betreffende partij. Voor beklagde is het niet mogelijk hierin te differentiëren.
- 5.9 Op basis van bovenstaande risico-inschatting heeft overleg plaatsgevonden met drie verschillende verzekeringsmaatschappijen/assurantiemakelaars. Beklaagde heeft besloten hierbij aan te sluiten op een standaard verzekering zoals die door de grote ICT-verzekeraars

in samenwerking met branchevereniging Nederland ICT wordt aangeboden. Deze standaard verzekering betreft een verzekerd bedrag van maximaal € 5.000.000,- per gebeurtenis met een maximum van € 10.000.000,- per jaar, ongeacht het aantal gebeurtenissen voor Algemene Aansprakelijkheid. Daarnaast behelst deze standaard verzekering een bedrag van € 2.500.000,- per gebeurtenis per jaar voor Beroepsaansprakelijkheid. Dat deze bedragen als ongebruikelijk worden bestempeld door klager, kan voortkomen uit het feit dat de ICT-markt op dit moment onderverzekerd is. Branchevereniging Nederland ICT heeft dit laatste in ons marktonderzoek ook aangegeven (zie hiervoor tevens het artikel van P. van Schelven, 'De verzekering tegen ICT-beroepsaansprakelijkheid: vangnet of hangmat?', verschenen in een boek dat is uitgegeven ter gelegenheid van het afscheid van prof. mr. R.V. De Mulder als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam).

- 5.10 Beklaagde wijst er op dat op de website van de Branchevereniging Nederland ICT (zie www.ictverzekeringen.nl). In het geval van beklagde is gekozen voor optie 2 (zie www.ictverzekeringen.nl/beroepsaansprakelijkheidsverzekering/verzekerde_bedragen/). Beklaagde benadrukt in dit verband dat het verschil in premie tussen optie 1 en optie 2 zoals die hier worden weergegeven slechts € 2.600,- betreft (optie 2 onder http://www.ictverzekeringen.nl/premie_berekenen/).
- 5.11 Beklaagde is gelet op het voorgaande van mening dat zij geen disproportionele eisen heeft gesteld. Het risico ligt duidelijk bij de leverancier. Het is een in de branche gebruikelijke aansprakelijkheids- en verzekeringseis die onder reële voorwaarden verzekeraar is. De aansprakelijkheid voor de leverancier is gemaximeerd op de verzekerde bedragen. Alhoewel de opdracht een lagere waarde heeft, staan de verzekering en aansprakelijkheid wel in relatie tot de (aard en omvang van de) opdracht, is het in de branche gebruikelijk en onder reële voorwaarden verzekeraar. Dit wordt onderstreept door het feit dat meerdere partijen zonder problemen met betrekking tot de aansprakelijkheid en de verzekering hebben ingeschreven op de opdracht.
- 5.12 Tot slot merkt beklagde nog op dat zij pas op 27 september 2013 de klacht heeft ontvangen zoals klager die bij het Klachtenmeldpunt Aanbesteden ICT heeft ingediend (en in nagenoeg dezelfde vorm bij de Commissie van Aanbestedingsexperts heeft ingediend op 4 oktober 2013). Het had naar de mening van beklagde op de weg van klager gelegen om proactief te handelen en met bekwame spoed bezwaar te maken tegen de (volgens haar) gestelde onjuiste eisen. Waarom klager de klacht pas 16 dagen na de laatste Nota van Inlichtingen bij haar (via het Klachtenmeldpunt) heeft ingediend, kunnen wij niet plaatsen en achten wij niet voortvarend.

6. Beoordeling

- 6.1 In art. 1.10 lid 1 *jo.* lid 2 sub h Aanbestedingswet 2012 is, voor zover relevant in deze zaak, het volgende bepaald:

'1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...) voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

(...)

h. de voorwaarden van de overeenkomst.

(...).'

De hiervoor genoemde verplichting van aanbestedende diensten is nader uitgewerkt in de Voorschriften 3.9A t/m 3.9D die zijn opgenomen in par. 3.9 ('Contractvoorwaarden') van de Gids Proportionaliteit. De Commissie heeft onderzocht of beklagde deze Voorschriften in acht heeft genomen door het (aangepaste) art. 17 van de AIV 2013 van toepassing te verklaren op de met de aanbesteding beoogde overeenkomst en – in het verlengde daarvan

– inschrijvers op straffe van uitsluiting te verplichten tot het afsluiten van een verzekering zoals omschreven in het geschiktheids criterium op blz. 24 onder 1.b van bijlage 4 bij de offerteaanvraag.

- 6.2 Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit luidt: 'De aanbestedende dienst alloceert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.' De Commissie gaat er van uit dat met het begrip "risico" 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. 17 AIV 2013 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 2013, dan zou tussen partijen de gelijkkluidende regel van art. 6:74 BW gelden. In het verlengde daarvan kan worden vastgesteld dat de vraag wanneer een tekortkoming aan een partij kan worden toegerekend – bij gebreke aan een regeling in de AIV 2013 – zal moeten worden beantwoord met behulp van de regel van art. 6:75 BW: 'Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij 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 3.9A op blz. 52-53 van de Gids Proportionaliteit. De Commissie is dan ook van oordeel dat beklagde Voorschrift 3.9A voldoende in acht heeft genomen door in art. 17 lid 1 van de AIV 2013 aan te sluiten bij het in de wet voorziene systeem van risicoallocatie.
- 6.3 Voorschrift 3.9B van de Gids Proportionaliteit luidt: 'De aanbestedende dienst biedt tijdens de aanbestedingsprocedure potentiële inschrijvers de kans suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden.' De Commissie is van oordeel dat uit de aan haar verstrekte informatie genoegzaam blijkt dat beklagde ook dit Voorschrift in acht heeft genomen. Beklagde heeft er voldoende blijk van gegeven gedurende de aanbestedingsprocedure open te staan voor vragen van ondernemingen met betrekking tot de inhoud van de AIV 2013. Dat blijkt onder andere ook uit het feit dat beklagde naar aanleiding van een vraag van een van de inschrijvers art. 17 AIV 2013 integraal heeft gewijzigd (zie Nota van Inlichtingen 2 september 2013, vraag 147).
- 6.4 Voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit luidt: 'In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.' Voor zover de Commissie bekend is, bestaan er voor de overeenkomst die het onderwerp vormt van de onderhavige aanbestedingsprocedure geen paritair opgestelde contractmodellen of algemene voorwaarden. Daarmee kan de vraag of beklagde het onderhavige Voorschrift in acht heeft genomen verder onbesproken blijven.
- 6.5.1 Voorschrift 3.9D van de Gids Proportionaliteit luidt:
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.
- 6.5.2 De Commissie is van oordeel dat beklagde het eerste lid van Voorschrift 3.9D in acht heeft genomen. Uit de inhoud van art. 17 van de AIV 2013 is haar voldoende duidelijk gebleken dat die bepaling niet voorziet in een ongelimiteerde aansprakelijkheid van een partij. In de eerste

plaats voorziet het eerste lid van die bepaling immers in een limitering met betrekking tot de allocatie van het risico dat zich een gebeurtenis voordoet die tot schade leidt. De Commissie verwijst in dat verband naar hetgeen zij hiervoor heeft overwogen met betrekking tot Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit. Voor wat betreft de aansprakelijkheid naar de aard van de schade bevat art. 17 naar het oordeel van de Commissie geen limitering, gelet op de niet-limitatieve inhoud en formulering van lid 4 (directe schade) en lid 6 (gevolgschade) van die bepaling. Daarentegen bevatten lid 3 (directe schade) en lid 5 (gevolgschade) weer wel een limitering ten aanzien van de omvang van de schade(vergoedingsplicht).

- 6.5.3 De beantwoording van de vraag of beklagde ook het tweede lid van Voorschrift 3.9D in acht heeft genomen, kan naar het oordeel van de Commissie beperkt blijven tot de limitering die is voorzien in art. 17 van de AIV 2013, voor zover die ziet op de aansprakelijkheid naar de aard en de omvang van de schade. Voor wat betreft de in lid 1 van art. 17 voorziene regel van risicoallocatie heeft de Commissie deze vraag immers hiervoor al beantwoord in het kader van Voorschrift 3.9A.
- 6.5.4 De Commissie is van oordeel dat beklagde zich bij het formuleren van het bepaalde in de leden 3 t/m 6 van art. 17 van de AIV 2013 voldoende rekenschap heeft gegeven van Voorschrift 3.9D lid 2 en van de toelichting op dat voorschrift (zie blz. 54 van de Gids Proportionaliteit). De door beklagde – in reactie op de klacht – beschreven aard en omvang van de schade, welke het gevolg kan zijn van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door de contractuele wederpartij van beklagde, komt de Commissie niet onaannemelijk voor. Daarnaast hecht de Commissie belang aan het feit dat beklagde zich vooraf heeft verdiept in de beschikbare verzekeringsmogelijkheden en in dat kader heeft vastgesteld dat er op de markt een verzekering wordt aangeboden door de grote ICT-verzekeraars in samenwerking met branchevereniging Nederland ICT die dekking biedt tegen het risico van aansprakelijkheid op grond van art. 17 van de AIV 2013, zeker na de aanpassing van dat artikel zoals voorzien in de beantwoording van vraag nr. 147 in de Nota van Inlichtingen d.d. 2 september 2013.

7. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 24 december 2013

w.g.:
Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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