

Advies 154

1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een Europese openbare procedure gehouden voor de levering (huur), installatie en onderhoud van afdrukkapparatuur (multifunctionals, repro-machines en printers).
- 1.2 De geraamde waarde van de opdracht bedraagt € 550.000,-.
- 1.3 Beklaagde heeft op de overeenkomst die het onderwerp is van deze aanbestedingsprocedure haar Algemene Inkoopvoorwaarden voor Leveringen en Diensten van toepassing verklaard. In art. 14 ("Aansprakelijkheid en Verzekering") van die voorwaarden is bepaald:
 - 14.1 De Contractant is aansprakelijk voor alle schade van [beklaagde] of derden die ontstaat door of in verband met het sluiten of uitvoeren van de Overeenkomst en die ontstaat door een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad van de wederpartij en/of van Personeel van Contractant en/of van personen waarvoor deze aansprakelijk is.
 - 14.2 Voor overeenkomsten waarvan de waarde minder bedraagt dan EUR 1 miljoen, wordt de door de Contractant te vergoeden schade beperkt tot het bedrag van de schade per gebeurtenis maar niet meer dan:
 - (...)
 - (...)
 - (...)
 - € 1.500.000 voor Overeenkomsten waarvan de waarde meer is dan € 150.000 en kleiner dan € 500.000,-.
 - € 3.000.000 voor Overeenkomsten waarvan de waarde meer is dan € 500.000 en kleiner dan € 1.000.000,-.
 - 14.3 De beperking van de aansprakelijkheid als hiervoor bedoeld komt te vervallen:
 - a. ingeval van aanspraken van derden op schadevergoeding;
 - b. indien sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van Contractant of Personeel van de Contractant;
 - c. in geval van schending van intellectuele eigendomsrechten als bedoeld in artikel 8 van de Algemene inkoopvoorwaarden voor leveringen en diensten van [beklaagde].
 - 14.4 De Contractant vrijwaart [beklaagde] tegen eventuele aanspraken van derden terzake van schade door deze derden geleden ten gevolge van de uitvoering door de Contractant van de Overeenkomst en het gebruik of toepassing van de geleverde Goederen of Diensten van de Contractant.
 - 14.5 De Contractant zal vanaf het aangaan van de Overeenkomst adequaat verzekerd zijn voor het uitvoeren van de Overeenkomst en zal zich adequaat verzekerd houden gedurende de uitvoering van de Overeenkomst.
 - 14.6 De Contractant zal het verzekerd bedrag en de polisvoorwaarden gedurende de uitvoering van de Overeenkomst niet ten nadele van [beklaagde] wijzigen, tenzij [beklaagde] hiervoor haar expliciete en schriftelijke toestemming heeft gegeven.'

1.4 In de 1^e Nota van Inlichtingen van 16 september 2014 zijn, voor zover relevant, de volgende vragen met bijbehorend antwoorden opgenomen:

1.4.1 Vraag 46:

U stelt bij deze artikelen [*de vraagsteller verwijst naar art. 14.1, 14.3.a en 14.4 van de Algemene Inkoopvoorwaarden voor leveringen en diensten van beklagde, Commissie*] geen limitering aan de aansprakelijkheid. Een ongelimiteerde aanspraak ter zake is voor Inschrijver niet verzekeraar. Als gevolg hiervan zouden Inschrijvers een onverantwoord risico accepteren. Om die reden verzoeken wij u een beperking van de aansprakelijkheid op te nemen, inhoudende dat Inschrijvers enkel aansprakelijk zijn voor de directe letselschade en materiële schade aan goederen van Opdrachtgever en van derden, voor zover deze veroorzaakt is door schuld van haar en/of haar personeel, met een maximum van € 4.500.000 per gebeurtenis of samenhangende reeks van gebeurtenissen. Gaat u ermee akkoord dat de aansprakelijkheid van de Leverancier is gelimiteerd tot onderstaande?

“Opdrachtnemer is aansprakelijk voor letselschade en voor materiële schade aan goederen van de Opdrachtgever en van derden, voor zover de betreffende schade is veroorzaakt hetzij door gebreken in de geleverde Producten hetzij door een aan Opdrachtnemer toerekenbare tekortkoming van personen of van zaken waarvan Opdrachtnemer zich bedient in verband met de uitvoering van haar verplichtingen onder deze overeenkomst. De hierboven genoemde aansprakelijkheid van Opdrachtnemer is beperkt tot een bedrag van ten hoogste € 4.500.000,00 per gebeurtenis of samenhangende reeks van gebeurtenissen. Opdrachtnemer aanvaardt geen enkele aansprakelijkheid ten aanzien van schade m.b.t. gederfde winst, schade wegens verlies of vermissing van gegevens (bestanden), gemiste besparingen, schade door bedrijfsstagnatie en stagnatie wegens storing van een bedrijfsproces of schade wegens overschrijding van een termijn, of enige andere vorm van indirecte of gevolgschade. Klant vrijwaart Opdrachtnemer tegen alle aanspraken van derden terzake”.

Antwoord:

Niet akkoord. Artikel 14.1, 14.3a en 14.4 van de Algemene Inkoopvoorwaarden voor leveringen en diensten [van beklagde] blijven ongewijzigd van toepassing.’

1.4.2 Vraag 47:

Kunt u bevestigen dat, zoals gebruikelijk in de branche, Inschrijver enkel aansprakelijk is voor directe schade en zij niet aansprakelijk is voor indirecte en gevolgschade?

Antwoord:

Niet akkoord. Artikel 14 van de Algemene Inkoopvoorwaarden voor leveringen en diensten [van beklagde] blijft ongewijzigd van toepassing.’

1.4.3 Vraag 71:

Met betrekking tot de genoemde aansprakelijkheid en verzekering is het marktconform dat inschrijver alleen verantwoordelijk gehouden kan worden voor directe schade en niet indirecte (gevolg)schade. Dit is namelijk niet verzekeraar. Gaat u hiermee akkoord?

Antwoord:

Neen, niet akkoord. Zie tevens beantwoording vraag 46 en 47.'

1.4.4 Vraag 151:

Dit artikel [*artikel 14 Algemene Inkoopvoorwaarden voor Leveringen en Diensten van beklagde, Commissie*] vestigt een onbeperkte en ongelimiteerde aansprakelijkheid voor inschrijver. Een dergelijke aansprakelijkheid is voor inschrijvers niet verzekeraar en in strijd met artikel 1.10 (onder 1 en onder 2.h) van de Aanbestedingswet 2012 en voorschrift 3.9 (onder a en onder d) van de daaronder vallende Gids Proportionaliteit. Bent u derhalve bereid om – zoals gebruikelijk in deze branche – de aansprakelijkheid te beperken tot directe schade, met uitsluiting van indirecte schade en gevolgschade, waaronder in ieder geval begrepen winstderving, verlies aan data en bedrijfsstagnatie? Bent u daarnaast bereid om – zoals gebruikelijk in deze branche – de aansprakelijkheid te limiteren tot een maximum van EUR 1.000.000 per gebeurtenis en per jaar voor materiële schade en EUR 500.000 per gebeurtenis en per jaar voor dood of letsel aan personen? Zo nee, bent u dan bereid een alternatieve regeling, waarin de aansprakelijkheid conform genoemde wettelijke bepalingen tot een redelijke omvang wordt beperkt en gelimiteerd, op te nemen en daarbij deugdelijk te motiveren waarom u daarbij afwijkt van de voorgestelde, brancheconforme voorwaarden?

Antwoord:

Neen, niet akkoord. Zie beantwoording vraag 46 en 47.'

1.4.5 Vraag 152:

In de overeenkomst en de daarbij behorende stukken komen op meerdere plaatsen vrijwaringsbepalingen voor. Deze vrijwaringsbepalingen zijn voor inschrijver onaanvaardbaar, daar deze vrijwaring voor vorderingen van derden op geen enkele wijze is begrensd. Inschrijver kan geen onbeperkte vrijwaring accepteren omdat zij geen idee heeft wat zij hiermee in huis haalt en dit ook op geen enkele wijze te verzekeren is. Inschrijver weet niet wie deze derden zijn, waar zij zich mee bezig houden en welke schade zij kunnen lijden. Teneinde tot een verzekerbare en aanvaardbare opdrachtbepaling te komen, stelt inschrijver voor om ook de vrijwaringbepaling te begrenzen tot de contractuele aansprakelijkheid. Stemt de aanbestedende dienst hiermee in? Indien zij dat niet doet is de aanbestedende dienst dan bereid om enige beperking aan te brengen in de vrijwaring?

Antwoord:

Niet akkoord. Artikel 14.4 van de Algemene Inkoopvoorwaarden voor leveringen en diensten [van beklagde] blijft ongewijzigd van toepassing.'

1.4.6 Vraag 153:

Kunt u daarnaast bevestigen dat de vrijwaringsbepalingen alleen gelden indien en voor zover deze het gevolg zijn van een toerekenbare tekortkoming door leverancier, opdrachtgever deze terstond aan leverancier heeft gemeld en opdrachtgever zich heeft onthouden van enige inhoudelijke (proces)handeling ten aanzien van deze aanspraak?

Antwoord:

Niet akkoord. Artikel 14.4 van de Algemene Inkoopvoorwaarden voor leveringen en diensten [van beklagde] blijft ongewijzigd van toepassing.

1.5 In de 2^e Nota van Inlichtingen van 23 september 2014 zijn, voor zover relevant, de volgende vragen met bijbehorend antwoorden opgenomen:

1.5.1 Vraag 2:

Er zijn verschillende vragen gesteld die beogen de indirecte en gevolgschade uit te sluiten. Dit omdat er tevens geëist wordt dat inschrijver zich voldoende verzekerd houdt. Het is niet mogelijk inschrijver verantwoordelijk te houden voor de schade geleden door derden. Dat is ook niet verzekeraar. Kunt u artikel 14.4 aanpassen in die zin dat het alleen die schade betreft die een derde lijdt door handelen en toedoen van Contractant?

Antwoord:

Tevens de beantwoording van vraag 4 [*zie hierna 1.5.3, Commissie*]. Deze vragen worden gezamenlijk beantwoord, aangezien zij met elkaar samenhangen en allemaal zien op artikel 14 van de algemene inkoopvoorwaarden en de verzekeraarheid. Met dit antwoord wordt tevens ingegaan op een klacht van een andere inschrijver, dat artikel 14 van de algemene inkoopvoorwaarden niet proportioneel zou zijn.

De opdrachtgever is van mening, dat artikel 14 van haar algemene inkoopvoorwaarden wel degelijk proportioneel is, maar constateert, dat verschillende inschrijvers dit artikel verkeerd lezen. De verschillende onderdelen van artikel 14 dienen in samenhang gelezen te worden. Daaruit blijkt, dat geen sprake is van onbeperkte aansprakelijkheid/vrijwaring.

Uit artikel 14.1 blijkt dat de opdrachtnemer slechts aansprakelijk is voor schade die ontstaat door een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad van opdrachtnemer of personen waar opdrachtnemer voor aansprakelijk is. Dit is in lijn met het Nederlandse Burgerlijk Wetboek ("BW") en hiermee zijn ook alle beperkingen uit het BW, bijvoorbeeld in verband met eigen schuld, van toepassing. Niet valt in te zien, waarom het Nederlandse wetgeving en algemene voorwaarden die daarbij aansluiten op dit punt disproportioneel zou moeten worden geacht.

De regeling uit de algemene voorwaarden is voor de inschrijvers zelfs nog gunstiger dan het BW. Artikel 14.2 bevat immers bepaalde maxima te vergoeden schadebedragen die gerelateerd zijn aan de opdrachtwaarde. Deze verdeling komt ook overeen met artikel 21.3 van de ARVODI-2014 (de Algemene Rijksvoorwaarden voor het verstrekken van opdrachten tot het verrichten van Diensten 2014).

Inderdaad bevat artikel 14.4 een vrijwaring in verband met schade van derden, maar ook die is beperkt. Immers, op grond van artikel 14.1 is de opdrachtnemer slechts aansprakelijk voor zover het gaat om een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad van hemzelf, zijn personeel, of zijn hulpverleners (bijv. onderaannemers).

Ten aanzien van de vraag om de aansprakelijkheid te beperken tot directe schade geldt het volgende. Het is onduidelijk wat onder directe en indirecte en gevolgschade valt. Dit blijkt ook uit vragen van verschillende inschrijvers: in vraag 46 van de nota van inlichtingen stelt een inschrijver voor om o.a. schade m.b.t. gederfde winst en schade door bedrijfstopstand uit te sluiten, terwijl in vraag 3 van deze tweede nota van inlichtingen door een andere inschrijver juist wordt aangegeven dat winstderving en bedrijfstopstand wel onder directe schade vallen. Overigens heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts in advies 40 en 42 expliciet aangegeven, dat het niet in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel om in al-

gemene voorwaarden niet alleen aansprakelijkheid voor directe schade op te nemen, maar ook voor gevolgschade.

Voorts gaat de opdrachtgever in op, wat het verzekerd bedrag minimaal dient te zijn. Dit bedrag hangt af van de hoogte van de inschrijving en kan door de inschrijver zelf bepaald worden aan de hand van artikel 14.2 algemene inkoopvoorwaarden: dient een inschrijver een aanbieding in van maximaal EUR 50.000,00, dan is de inschrijver adequaat verzekerd in de zin van artikel 14.5 algemene inkoopvoorwaarden, indien zijn verzekering per gebeurtenis een maximumbedrag van EUR 150.000 of meer uitkeert. Dient een inschrijver een aanbieding in van EUR 50.000,01 tot EUR 100.000,00 in, dan is de inschrijver adequaat verzekerd, indien zijn verzekering per gebeurtenis een maximumbedrag van EUR 300.000 of meer uitkeert. Etc. Er zijn geen aanwijzingen dat dit niet verzekerbaar is, zeker aangezien inschrijvers zelf in hun vragen (zie bijvoorbeeld 46 en 151 eerste nota van inlichtingen) komen met verzekerde bedragen die variëren van EUR 500.000 per gebeurtenis tot EUR 4.500.000 per gebeurtenis.'

1.5.2 Vraag 3:

Het is ongebruikelijk en onverzekerbaar om inschrijver aan te spreken op schade ten gevolge van verlies aan data. Opdrachtgever kan te allen tijde data veilig stellen. Inschrijver kan daarvoor nooit verantwoordelijk gehouden worden. Kunt u daarmee instemmen?

Antwoord:

Opdrachtgever neemt uw voorstel niet over. Voor zover deze situatie zich daadwerkelijk mocht voordoen, staat het opdrachtnemer zich vrij om in dat geval een eigen schuld verweer, zoals bedoeld in artikel 6:101 BW, te voeren en kan deze vraag zo nodig aan de rechter worden voorgelegd.'

1.5.3 Vraag 4:

Er zijn verschillende vragen gesteld die beogen de aansprakelijkheid voor indirecte en gevolgschade uit te sluiten. Een dergelijke aansprakelijkheid is voor inschrijvers namelijk niet verzekerbaar. Bent u bereid om – zoals gebruikelijk in deze branche – de aansprakelijkheid te beperken tot directe schade, waaronder in ieder geval begrepen winstderving en bedrijfsstagnatie?

Antwoord:

Zie beantwoording vraag 2.'

2. Beschrijving klacht

2.1 Klachtonderdeel 1

Beklaagde handelt in strijd met Voorschrift 3.9D van de Gids Proportionaliteit.

2.2 Klachtonderdeel 2

Beklaagde treedt, ondanks meerdere verzoeken, niet in contact over de aansprakelijkheidsvoorwaarden. Klager krijgt uitsluitend te horen dat beklagde bij haar standpunt blijft aangaande de aansprakelijkheidsvoorwaarden.

3. Onderbouwing klacht

3.1 Klachtonderdeel 1

3.1.1 Ter onderbouwing van haar klacht verwijst beklagde allereerst naar de Toelichting op Voorschrift 3.9D van de Gids Proportionaliteit.

3.1.2 In aanvulling op het voorgaande stelt klager dat de Commissie in een eerdere klacht een Advies heeft gegeven [*bedoeld wordt Advies 13, Commissie*] en dat de casus die zich in die klacht voordeed identiek is aan die welke zich in de onderhavige klacht voordoet.

3.2 Klachtonderdeel 2

Dit klachtonderdeel wordt door beklagde niet nader onderbouwd.

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

Beklaagde dient het relevante Voorschrift van de Gids Proportionaliteit in acht te nemen en daar naar te handelen en derhalve een limitering aan te brengen in de aansprakelijkheid, dan wel deugdelijk gemotiveerd aan te geven wat de daadwerkelijke risico's van de beklagde zijn, gezien de aard van de opdracht, en waarom een ongelimiteerde aansprakelijkheid voor directe en indirecte schade in dat verband gerechtvaardigd zou zijn.

5. Reactie beklagde

5.1 Klachtonderdeel 1

5.1.1 Beklaagde verwijst in reactie op dit klachtonderdeel allereerst naar haar antwoord op vraag 2 in de 2^e Nota van Inlichtingen (zie 1.5.1 hiervoor). Daaruit blijkt, aldus beklagde, dat geen sprake is van onbeperkte aansprakelijkheid en dat artikel 14 uit de algemene voorwaarden wel degelijk proportioneel is.

5.1.2 Beklaagde stelt dat art. 14 van haar algemene voorwaarden om de volgende redenen niet in strijd is met Voorschrift 3.9D van de Gids Proportionaliteit:

- 1) Zoals toegelicht in het hiervoor bedoelde antwoord op vraag 2 in de 2^e Nota van Inlichtingen, bevat het artikel geen "op geen enkele manier gelimiteerde" aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid is enerzijds gelimiteerd door de aansprakelijkheidsregels uit het BW en bevat daarenboven nog een extra limitering in art. 14.2. De limitering in art. 14.2 geldt niet alleen voor directe schade, maar – anders dan klager betoogt in haar e-mail van 26 september 2014 aan beklagde – ook voor gevolgschade.
- 2) In deze branche gelden geen speciale branche algemene voorwaarden. Daarmee is ook meteen het cruciale verschil met Advies 13 van de Commissie, waar klager zich in de toelichting onder 14 van haar klachtformulier op beroept, gegeven. Dat Advies is dan ook niet relevant in het onderhavige geval, aldus beklagde.
- 3) In een tweetal latere Adviezen (40 en 42) heeft de Commissie aansprakelijk-

heid voor directe én gevolgschade in algemene voorwaarden als niet-disproportioneel aangemerkt.

- 4) De inschrijvers zijn het er zelf al niet over eens wat gebruikelijk is in de branche, zie bijvoorbeeld vragen 46 en 151 in de 1^e Nota van Inlichtingen over wat het verzekerde bedrag zou moeten zijn, en vraag 46 in de 1^e Nota van Inlichtingen versus vraag 4 in de 2^e Nota van Inlichtingen over wat onder directe schade moet vallen of juist onder gevolgschade valt.
- 5) Er zijn geen aanwijzingen dat de schade voor de inschrijvers niet verzekeraar is. Klager zelf stelt een bedrag per gebeurtenis van maximaal EUR 4.500.000 voor in vraag 46 van de 1^e Nota van Inlichtingen. Die vraag 46, zo blijkt uit de toelichting van klager onder 11 van haar klachtformulier, is van klager afkomstig. Gelet op de door klager onder 8 klachtformulier aangegeven waarde (circa EUR 550.000) in samenhang met artikel 14.2 van de algemene voorwaarden van beklagde, hoeft klager slechts te verzekeren tot een bedrag van maximaal EUR 3.000.000 per gebeurtenis wat de aanbestedende dienst betreft. Voor klager is dat dus zeker een verzekeraar bedrag.
- 6) Geen van de andere inschrijvers heeft gevraagd of geklaagd naar aanleiding van het antwoord op vraag 2 uit de 2^e Nota van Inlichtingen.

5.2 Klachtonderdeel 2

- 5.2.1 Klager wekt volgens beklagde de indruk dat zij niet gereageerd zou hebben op haar klacht. Dit is echter onjuist. Naar aanleiding van nadere vragen van een andere inschrijver over de 1^e Nota van Inlichtingen en naar aanleiding van e-mails van klager heeft beklagde op 23 september 2014 een 2^e Nota van Inlichtingen gepubliceerd. Beklaagde heeft in die 2^e Nota van Inlichtingen (zie antwoord op vraag 2) uitgebreid toegelicht waarom geen sprake is van onbeperkte aansprakelijkheid en waarom zij van mening is dat artikel 14 van haar algemene voorwaarden niet in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel.
- 5.2.2 Beklaagde wijst er overigens op dat klager, die wel de 2^e Nota van Inlichtingen verstrekt heeft aan de Commissie, in haar klachtformulier ten enen male nalaat om aan te geven, waarom zij met inachtneming van het antwoord op vraag 2 uit de 2^e Nota van Inlichtingen nog steeds van mening is, dat haar klacht terecht is.

6. Beoordeling

- 6.1 De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012; Gids Proportionaliteit.

6.2 Klachtonderdeel 1

- 6.2.1 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.
- 6.2.2 De Commissie is van oordeel dat beklagde het eerste lid van Voorschrift 3.9D in acht heeft genomen. Uit de inhoud van art. 14 van de algemene voorwaarden van

beklaagde is haar voldoende duidelijk gebleken dat die bepaling niet voorziet in een ongelimiteerde aansprakelijkheid van de Contractant.

- 6.2.3 In de eerste plaats voorziet art. 14.1 in een regel die de aansprakelijkheid van de Contractant beperkt tot schade die het gevolg is hetzij van een toerekenbare tekortkoming van die Contractant in de nakoming van de overeenkomst, hetzij van een onrechtmatige daad die aan die Contractant kan worden toegerekend. De Contractant is derhalve niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van een tekortkoming of een onrechtmatige daad die niet aan kan worden toegerekend.
- 6.2.4 In de tweede plaats voorziet art. 14.2 in een regel die de aansprakelijkheid van de Contractant verder beperkt in die zin dat – voor zover de Contractant aansprakelijk kan worden gehouden voor schade die het gevolg is hetzij van een toerekenbare tekortkoming, hetzij van een onrechtmatige daad die hem kan worden toegerekend – de omvang van diens schadevergoedingsplicht is gelimiteerd tot het bedrag van de daadwerkelijk geleden schade per gebeurtenis, tot een maximum van het in art. 14.2 genoemde bedrag dat van toepassing is.
- 6.2.5 In art. 14.3 is bepaald dat de beperking van de aansprakelijkheid “als hiervoor bedoeld” komt te vervallen in de drie gevallen genoemd in die bepaling. De bewoordingen van de aanhef van art. 14.3 zouden aanleiding kunnen geven tot het stellen van de vraag of met de woorden “als hiervoor bedoeld” (alleen) wordt verwezen naar de beperking die expliciet is genoemd in art. 14.2 of (ook) naar de beperking die impliciet is bedoeld in art. 14.1. De Commissie is van oordeel dat art. 14.3 zo moet worden uitgelegd dat alleen de in art. 14.2 genoemde beperking van aansprakelijkheid komt te vervallen wanneer zich een van de in art. 14.3 genoemde gevallen voordoet. Dat betekent dat ook art. 14.3 een bepaling is die voorziet in een regeling van aansprakelijkheid van de Contractant die niet ongelimiteerd is.
- 6.2.6 Ook de bewoordingen van art. 14.4 zouden aanleiding kunnen geven tot het stellen van de vraag of die bepaling voorziet in een ongelimiteerde vrijwaringsplicht van de Contractant tegen aanspraken van derden. De Commissie is van oordeel dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord, gelet op het antwoord dat beklagde heeft gegeven op vraag 2 in de 2^e Nota van Inlichtingen (zie 1.5.1 hiervoor, 5^e alinea van het antwoord op de vraag). Dat antwoord houdt in dat de in art. 14.1 voorziene beperking van aansprakelijkheid (zie 6.2.3 hiervoor) zich ook uitstrekt tot de in art. 14.4 voorziene vrijwaringsplicht van de Contractant.
- 6.2.7 De Commissie zal vervolgens de vraag beantwoorden of beklagde ook het tweede lid van Voorschrift 3.9D in acht heeft genomen.
- 6.2.8 De Commissie is van oordeel dat die vraag bevestigend kan worden beantwoord, althans voor wat betreft art. 14.1 en art. 14.4 *jo.* art. 14.1 (zie 6.2.6 hiervoor). Vooropgesteld moet worden dat wanneer die bepalingen geen onderdeel zouden uitmaken van de algemene voorwaarden van beklagde, de aansprakelijkheid van de Contractant zou worden beperkt – op dezelfde wijze als nu is voorzien in art. 14.1 – door de gelijklopende regels van art. 6:74 BW respectievelijk art. 6:162 BW. Dat maakt art. 14.1 op zichzelf overigens nog niet tot een bepaling die voorziet in een proportionele beperking van aansprakelijkheid. Wat maakt dat de in die bepaling voorziene beperking van aansprakelijkheid proportioneel is, moge blijken uit het volgende. Gesteld dat art. 14.1 zou ontbreken in de algemene voorwaarden van beklagde, zou de vraag in welke gevallen een tekortkoming of een onrechtmatige daad aan een Contractant kan worden toegerekend beantwoord moeten worden met behulp van de regels van art. 6:75 BW respectievelijk art. 6:162 lid 3 BW. Deze nagenoeg gelijklopende regels sluiten voor wat betreft de beantwoording van de vraag voor welke schadeveroorzakende gebeurtenissen de Con-

tractant in een concreet geval op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen het risico zou moeten dragen aan bij gezichtspunten die nauw zijn verwant aan de gezichtspunten die staan genoemd in de toelichting op Voorschrift 3.9A op blz. 52-53 van de Gids Proportionaliteit (vergelijk ook de Adviezen 40 en 42 van de Commissie).

6.2.9 Alvorens de vraag te beantwoorden of beklagde ook met de regeling van (de beperking van) de aansprakelijkheid in art. 14.2 en 14.3 van haar algemene voorwaarden heeft voldaan aan Voorschrift 3.9D lid 2 van de Gids Proportionaliteit, stelt de Commissie het volgende voorop. Het heeft er alle schijn van dat beklagde, bij het opstellen van art. 14 van haar algemene voorwaarden, art. 14 ("Aansprakelijkheid en Verzekering") van de VNG Model Algemene Inkoopvoorwaarden voor leveringen en diensten in samenhang met art. 21 lid 3 van de ARVODI 2014 tot uitgangspunt heeft genomen. De Commissie werkt deze stelling in het navolgende uit.

6.2.10 Uit de Toelichting op art. 14 van de VNG Model blijkt dat de opstellers daarvan voor wat betreft de regeling van de aansprakelijkheid van de Contractant aansluiting hebben gezocht bij de regels van het Burgerlijk Wetboek. De Toelichting stelt in het verlengde daarvan dat in art. 14 van de VNG Model geen sprake is van een onbeperkte schadeplichtigheid. In de Toelichting wordt voorts gesteld dat het aansluiten bij de aansprakelijkheidsbepalingen van het Burgerlijk Wetboek niet disproportioneel is. In aanvulling daarop stelt de Toelichting:

'Toch kan het aanbevelenswaardig zijn in bepaalde gevallen de aansprakelijkheid nog verder te beperken. Hiertoe kan men een artikel opnemen in de Overeenkomst dat de aansprakelijkheid beperkt per gebeurtenis tot een bepaald bedrag. Ook kan de aansprakelijkheid worden beperkt tot de maximale waarde van de opdracht (exclusief BTW). Nadeel van een dergelijke regeling is dat eventuele bijkomende schade voor rekening van de Gemeente komt. Voordeel kan zijn dat het zich vertaalt in een gunstigere Offerte door de Contractant. Tevens kan dit een bevorderend effect hebben op de toegang voor het bedrijfsleven tot overheidsopdrachten.

Zoals in de Gids Proportionaliteit wordt aangegeven, is het bij de keuze voor een verdere aansprakelijkheidsbeperking belangrijk dat de risico's die de Gemeente loopt en de mate van verzekerbaarheid van die risico's goed in kaart worden gebracht. De aansprakelijkheid dient daarop te worden aangesloten. Hieronder volgen twee voorbeelden van artikelen die de aansprakelijkheid beperken.'

Een van de voorbeelden die de Toelichting vervolgens noemt, is de voorganger van art. 21 van de ARVODI 2014. De Commissie vermoedt, mede gelet op het antwoord dat beklagde heeft gegeven op vraag 2 in de 2^e Nota van Inlichtingen (zie 1.5.1 hiervoor, 4^e alinea van het antwoord op de vraag), dat beklagde uitvoering heeft gegeven aan de bovenstaande aanbeveling in de Toelichting op de VNG Model. Beklaagde heeft dat gedaan door in art. 14 van haar algemene voorwaarden – dat de leden 1 t/m 3 van art. 14 van de VNG Model Algemene Inkoopvoorwaarden voor leveringen en diensten tot uitgangspunt neemt (zie de gelijklopende tekst van de leden 4 t/m 6 van art. 14 van de algemene voorwaarden van beklagde) – de bepalingen van art. 21.3 ARVODI 2014 te integreren (zie de gelijklopende tekst van de leden 2 en 3 van art. 14 van de algemene voorwaarden van beklagde). De te beantwoorden vraag is vervolgens of beklagde daarmee heeft voldaan aan Voorschrift 3.9D lid 2 van de Gids Proportionaliteit.

6.2.11 De Commissie is van oordeel dat deze laatste vraag ontkennend moet worden beantwoord. Een aanbestedende dienst kan niet aan Voorschrift 3.9D lid 2 voldoen enkel en alleen door art. 21.3 ARVODI (of het gelijklopende art. 13 ARIV

2014) over te nemen in de eigen algemene voorwaarden. Voorschrift 3.9D lid 2 verplicht de aanbestedende dienst immers 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. Ook de hiervoor weergegeven aanbeveling in de Toelichting bij de VNG Model brengt dat laatste tot uitdrukking (zie de tweede alinea van het in 6.2.10 weergegeven citaat). De uitkomst van de hiervoor genoemde beoordeling kan vervolgens tot de slotsom leiden dat art. 21.3 ARVODI een aansprakelijkheidsbeperking bevat die in het concreet voorliggende geval proportioneel is.

- 6.2.12 Het is de Commissie op basis van de in deze klachtprocedure uitgewisselde stukken onvoldoende gebleken dat beklagde – anders dan de aanbestedende dienst die figureerde in de klachtprocedures die hebben geleid tot de Adviezen 40 en 42 van de Commissie – de hiervoor genoemde beoordeling in het onderhavige geval heeft verricht.
- 6.2.13 Uit de uitgewisselde stukken blijkt bijvoorbeeld niet dat beklagde bij haar beslissing om art. 21.3 ARVODI in art. 14 van haar algemene voorwaarden over te nemen acht heeft geslagen – zoals Voorschrift 3.9D lid 2 dat eist – op de risico's die zij daadwerkelijk loopt als gevolg van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door de Contractant.
- 6.2.14 Evenmin blijkt uit de uitgewisselde stukken – althans onvoldoende – dat beklagde acht heeft geslagen op wat een gebruikelijke aansprakelijkheidseis is in de betreffende branche en/of voor de betreffende opdracht naar aard en omvang, door bijvoorbeeld kennis te nemen van bepalingen in de in die branche gebruikelijke contracten alsmede naar hetgeen gebruikelijk verzekeraar is in die branche en/of voor die opdracht (zie de toelichting op Voorschrift 3.9D op blz. 54 van de Gids Proportionaliteit). Ter onderbouwing van dit oordeel merkt de Commissie nog het volgende op.
- 6.2.15 Tijdens de aanbestedingsprocedure is de inhoud van art. 14 van de algemene voorwaarden van beklagde vanuit het perspectief van de in 6.2.14 bedoelde aspecten (gebruikelijke aansprakelijkheid in de branche; verzekeraarbaarheid) door (potentiële) inschrijvers uitvoerig geproblematiseerd, getuige de vragen die daarover zijn gesteld (zie 1.4 en 1.5 hiervoor). De stelling van beklagde, in reactie op de klacht (zie 5.1.2 sub 5), dat er geen aanwijzingen zouden zijn dat de schade voor inschrijvers niet verzekeraar zou zijn, en dat uit de vraagstelling van klager (zie vraag 46 in de 1^e Nota van Inlichtingen) zou blijken dat de omvang van de eventuele schadevergoedingsplicht van de Contractant uit hoofde van art. 14.2 voor klager juist wel verzekeraar zou zijn, gaat naar het oordeel van de Commissie voorbij aan het volgende. De door klager in haar hiervoor bedoelde vraagstelling voorgestelde omvang van een eventuele schadevergoedingsplicht maakt onderdeel uit van een door haar geformuleerde meeromvattende alternatieve bepaling. In deze alternatieve bepaling is de voorgestelde aansprakelijkheid van de Contractant – anders dan in art. 14 van de algemene voorwaarden van beklagde – tevens beperkt naar de aard van de schade. Dat beklagde daaraan voorbij is gegaan, is illustratief voor het feit dat zij onvoldoende acht heeft geslagen op de in 6.2.14 genoemde aspecten waarop zij gelet op het bepaalde in Voorschrift 3.9D lid 2 van de Gids Proportionaliteit acht zou moeten slaan.
- 6.2.16 De Commissie acht het klachtonderdeel gegrond voor zover het betoogt dat beklagde met de regeling van (de beperking van) de aansprakelijkheid in art. 14.2 en 14.3 van haar algemene voorwaarden niet heeft voldaan aan Voorschrift 3.9D lid 2 van de Gids Proportionaliteit.

6.3 Klachtonderdeel 2

- 6.3.1 Klager stelt met dit klachtonderdeel dat beklaagde, ondanks meerdere verzoeken, niet met haar in contact is getreden over de aansprakelijkheidsvoorwaarden en dat zij uitsluitend te horen heeft gekregen dat beklaagde bij haar standpunt blijft aangaande de aansprakelijkheidsvoorwaarden.
- 6.3.2 Nog daargelaten dat klager het klachtonderdeel niet nader heeft onderbouwd, ligt in haar stelling besloten dat zij in ieder geval een reactie van beklaagde moet hebben ontvangen op haar verzoek(en). Dat die reactie haar vervolgens inhoudelijk niet beviel, doet aan het voorgaande niet af.
- 6.3.3 Ook overigens blijkt uit de door klager overgelegde Nota's van Inlichtingen – en de reactie van beklaagde bevestigt dit – dat beklaagde in ieder geval is ingegaan op de bezwaren van (potentiële) inschrijvers met betrekking tot art. 14 van de algemene voorwaarden van beklaagde.
- 6.3.4 De Commissie acht het klachtonderdeel dan ook ongegrond.

7. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond** en klachtonderdeel 2 **ongegrond**.

8. Aanbeveling

De Commissie beveelt aan dat beklaagde – alvorens de onderhavige aanbestedingsprocedure voort te zetten en af te ronden – de regeling van (de beperking van) de aansprakelijkheid in art. 14.2 en 14.3 van haar algemene voorwaarden alsnog beoordeelt in het licht van Voorschrift 3.9D lid 2 van de Gids Proportionaliteit.

Den Haag, 9 oktober 2014

w.g.:
Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter