



DISPROPORTIONELE VOORWAARDEN: AANPASSEN!



DE ZAAK

Het nationale oceanografische instituut, een van de onderzoeksinstituten van de Stichting Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijke Onderzoek Instituten (hierna: NIOZ) organiseert een mededingingsprocedure met onderhandeling voor de levering van een nieuw onderzoeksschip. Damen Shipyards Gorinchem (Damen) meldt zich aan en wordt geselecteerd om deel te nemen aan de onderhandelingsfase. Tijdens de onderhandelingsronden maakt Damen duidelijk dat de eisen die NIOZ stelt omtrent onderwatergeluidsnormen gedateerd zijn. Ook kan Damen zich niet verenigen met een aantal contractuele bepalingen uit de conceptovereenkomst, onder meer inzake het committeren aan harde deadlines en levertijden, overmacht, ontbinding, aansprakelijkheid en geschilbeslechting. Damen verzoekt meerdere malen de genoemde eis en deze contractuele bepalingen aan te passen, maar het NIOZ gaat hier niet in mee. Damen laat een week voor de inschrijfdeadline aan het NIOZ weten dat zij, ondanks een gedane investering van 1 miljoen euro, om voornoemde redenen geen inschrijving zal indienen en maakt nogmaals bezwaar tegen de genoemde voorwaarden. Het NIOZ handhaaft zijn standpunt en Damen stapt naar rechter.

De voorzieningenrechter hanteert het uitgangspunt dat een aanbestedende dienst de vrijheid toekomt de uitvraag in een

aanbesteding en de modaliteiten van die aanbesteding te bepalen, zolang de eisen en voorwaarden proportioneel zijn. De rechter oordeelt in de eerste plaats dat de gehanteerde norm voor onderwatergeluid disproportioneel is, onder meer omdat een expert op de zitting heeft bevestigd dat de norm aan herziening toe is.

Ook meerdere contractuele bepalingen acht de rechter disproportioneel. Ten aanzien van de overmachtsbepaling heeft het NIOZ te veel risico bij de inschrijver neergelegd, met name omdat vertragings schade voor haar niet verzekeraar is én het nieuwe schip nog niet vaart, waardoor het NIOZ geen direct nadeel heeft bij eventuele latere levering. Daarnaast is de in de conceptovereenkomst opgenomen aansprakelijkheidsbepaling onvoldoende onderbouwd, zijn de gevolgen van ontbinding niet eenduidig opgeschreven, de levertijden te strak ingericht en ontbreekt een in de markt gebruikelijke geschilbeslechting in de overeenkomst.

Het NIOZ zal de aanbestedingsprocedure moeten pauzeren en meerdere bepalingen uit de conceptovereenkomst moeten aanpassen. Het is aan de NIOZ in welke fase van de procedure zij de aanbesteding wenst te hervatten, als zij daartoe wenst over te gaan.



JURIDISCH KADER

- Het proportionaliteitsbeginsel uit artikel 1.10 Aw 2012 brengt met zich mee dat een aanbestedende dienst, bij het formuleren van de eisen en voorwaarden van een aanbesteding, de proportionaliteit hiervan moet overwegen. Een aanbestedende dienst mag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
- Het proportionaliteitsbeginsel geldt ook voor de voorwaarden in de overeenkomst (artikel 1.10 lid 2 sub h Aw 2012).
- De Gids Proportionaliteit schrijft een aantal voorschriften voor die van belang zijn:
 - Voorschrift 3.9 A stelt dat de aanbestedende dienst het risico alloceert bij de partij die het risico kan beheersen of beïnvloeden.
 - Voorschrift 3.9 B verplicht de aanbestedende dienst potentiële inschrijvers tijdens de aanbestedingsprocedure de kans te geven suggesties te doen voor aanpassingen in de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden.
 - Voorschrift 3.9 D schrijft voor dat een aanbestedende dienst geen ongelimiteerde aansprakelijkheid verlangt. Bij de limitering van de schadevergoeding moet in ieder geval worden meegenomen welke risico's de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt en welke aansprakelijkheidseis gebruikelijk is in de betreffende branche of de betreffende opdracht naar aard en omvang.



RECHTERS AAN HET WOORD

- De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland overweegt dat een aanbestedende dienst enkel eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en inschrijvingen mag voorschrijven die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Eventuele risico's moet de aanbestedende dienst neerleggen bij de partij die het risico het best kan beheersen. In dit concrete geval werd het disproportioneel geacht het gevolg van een beslissing van het UWV om geen uitkering te verstrekken bij een dienstverlener voor arbeidsmobiliteit als risico te beleggen.
- In een zaak omtrent jeugdzorg oordeelde de rechtbank Den Haag in 2016 dat voor de beoordeling van de proportionaliteit van contractsbepalingen ook relevant is wat gebruikelijk is in de markt. Een aanbestedende dienst dient daar rekening mee te houden. Aangezien de aanbestedende dienst daar in dit geval geen rekening mee had gehouden, moest de aanbestedende dienst de gunningsbeslissing intrekken.
- De rechtbank Den Haag heeft verduidelijkt dat om te bepalen wat gebruikelijk is in een desbetreffende markt, de aanbestedende dienst niet enkel moet kijken naar de relatie tussen bedrijven en de aanbestedende dienst. Er ook moet worden gekeken of de bepalingen gebruikelijk zijn in contracten tussen bedrijven onderling. Een aanbestedende dienst dient dus niet enkel naar de relatie tussen markt en aanbestedende diensten te kijken.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Houd rekening met het proportionaliteitsbeginsel bij het formuleren van de contractuele voorwaarden in de conceptovereenkomst. Indien je als aanbestedende dienst een risico bij de opdrachtnemer wilt leggen, bepaal dan eerst of de opdrachtnemer het risico daadwerkelijk kan beheersen. Toon in dat verband begrip voor de huidige marktsituatie, die (nog steeds) beïnvloed wordt door onder meer de coronacrisis, de grondstoffencrisis en nu ook de oorlog in Oekraïne. Het lijkt niet houdbaar iedere vertraging in de aanlevering van materialen op dit moment als risico bij de opdrachtnemer neer te leggen, zoals de rechter ook aan geeft in dit vonnis.
- Alvorens een concrete norm te hanteren (zoals in dit geval: een specifieke onderwatergeluidsnorm) is het raadzaam de markt van tevoren te raadplegen en op basis daarvan te beslissen of een dergelijke norm daadwerkelijk zal worden voorgeschreven. Specificeer ook zoveel mogelijk functioneel; daarmee biedt je inschrijvers de vrijheid met innovatieve oplossingen te komen en hun creativiteit in te zetten voor het vinden van de meest optimale oplossing.
- Maak, op het moment dat het mogelijk is in het aanbestedingsproces, de contractuele voorwaarden bekend zoals de aanbestedende dienst deze voor zich ziet. Geef partijen vervolgens voldoende tijd en gelegenheid om naast inhoudelijke vragen ook relevante juridische vragen te stellen tijdens een dialoogronde of inlichtingenronde. Laat de conceptovereenkomst ook altijd toetsen door een deskundige partij.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

**Aeves
Benefit** 

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com