

# TBR 2022/107

Rechtbank Noord-Holland, 14-4-2022, nr. C/15/324599 / KG ZA 22-41, [ECLI:NL:RBNHO:2022:327](#)

## 4 (Disproportionele contractbepalingen? Complain or comply)

(Mr. A.H. Schotman)

### Aw 2012; Gids proportionaliteit

*Precontractuele fase. Inschrijving. Rechtsverwerking. Disproportionele contractvoorwaarden. Overmacht. Contractsvrijheid.:*

**Met gastnoot S.B. Groenwold<sup>[1]</sup>, Red.**

#### 3 De feiten

3.1. Damen is een Nederlandse scheepsbouwer die wereldwijd schepen produceert en onderhoudt op meer dan 35 scheepswerven. Damen heeft meer dan 12.000 werknemers. Zij bouwt en levert momenteel circa 150 schepen per jaar, waaronder complexe onderzoeksschepen.

3.2. NIOZ is een van de negen onderzoeksinstituten die deel uitmaken van de Stichting Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek Instituten. NIOZ is het nationale oceanografische instituut en verricht en bevordert academisch multidisciplinair marien onderzoek gericht op wetenschappelijke en maatschappelijke vragen die relevant zijn voor het functioneren van oceanen en zeeën. NIOZ beheert de zeegaande onderzoeksfaciliteiten van de Nederlandse mariene en maritieme onderzoeksgemeenschap via haar afdeling Nationale Mariene Faciliteiten (NMF).

3.3. NIOZ/NMF beschikt momenteel over een onderzoeksschip (research vessel) RV Pelagia, het grootste zeegaande onderzoeksschip van Nederland. Daarnaast beschikt zij over een onderzoeksschip voor de Waddenzee en een schip om personen op locatie af te zetten. RV Pelagia dient uit het oogpunt van techniek, ergonomie, veiligheid en duurzaamheid vervangen te worden.

3.4. Voor de bouw van het vervangende schip, RV Pelagia II, is NIOZ in juli 2020 een aanbestedingsprocedure gestart met het doel een opdrachtnemer te vinden die het door NIOZ verstrekte conceptueel ontwerp uitwerkt tot een detailontwerp en het schip realiseert. De richtprijs voor de realisatie van het schip bedraagt 62 miljoen euro, exclusief BTW.

3.5. De aanbestedingsprocedure is ingericht als een mededingingsprocedure met onderhandeling. De procedure bestaat uit de volgende fases:

1. Selectie van maximaal vijf gegadigden
2. Eerste inschrijving
3. Onderhandelingen
4. Definitieve inschrijving
5. Beoordeling
6. Gunning.

3.6. Damen heeft tijdig een aanmelding ingediend en is samen met vier andere partijen geselecteerd als gegadigde om een eerste inschrijving in te dienen. De uitnodiging daartoe is in december 2020 aan de gegadigden toegezonden.

3.7. Van de vijf gegadigden die na de selectiefase uitgenodigd zijn om in te schrijven, zijn er op dit moment nog drie overgebleven, waaronder Damen.

3.8. Damen heeft op 29 april 2021 haar eerste inschrijving ingediend.

3.9. Op 19 mei 2021 heeft een eerste onderhandelingsronde plaatsgevonden. Tijdens deze eerste onderhandelingsronde heeft Damen NIOZ onder meer gevraagd de eisen ten aanzien van het onderwatergeluid aan te passen. NIOZ zou dit voorleggen aan een expert en er bij een volgende onderhandelingsronde op terugkomen.

3.10. Tijdens de tweede onderhandelingsronde op 8 juni 2021 heeft Damen uitgelegd dat de door NIOZ gestelde eisen ten aanzien van het onderwatergeluid zijn gebaseerd op een oude norm die mankementen vertoont en die inmiddels is vervangen door de DNV Silent Class. Damen heeft verder toegelicht waarom de door NIOZ gestelde eisen niet haalbaar zijn. NIOZ heeft verklaard het bestek op dit punt nog niet te willen verlaten omdat er in overleg met een expert bewust niet is gekozen voor de DNV Silent norm.

Tijdens deze onderhandelingsronde heeft Damen verklaard nog een aantal opmerkingen te hebben bij bepalingen uit de overeenkomst. NIOZ heeft aangegeven dat over contractuele zaken in een volgende onderhandelingsronde gesproken kan worden.

3.11. Voorafgaand aan de derde onderhandelingsronde op 13 juli 2021 heeft Damen haar opmerkingen bij een aantal contractuele bepalingen in de overeenkomst schriftelijk toegestuurd aan NIOZ. De ingediende opmerkingen zijn besproken tijdens de bijeenkomst op 13 juli 2021. NIOZ heeft daarbij toegezegd een aantal van de genoemde contractbepalingen nader te zullen bekijken.

3.12. Tijdens de vierde onderhandelingsronde op 30 augustus 2021 heeft Damen haar bezwaren tegen de overeenkomst nogmaals bij NIOZ onder de aandacht gebracht. NIOZ heeft opnieuw toegezegd naar de bezwaren van Damen te zullen kijken.

3.13. NIOZ heeft op 23 september 2021 plenair de gewijzigde overeenkomst gedeeld.

3.14. De vijfde onderhandelingsronde heeft plaatsgevonden op 10 en 11 november 2021. Damen heeft bij die bespreking benadrukt dat de overeenkomst, ook na wijziging, nog een heikel punt is en goed zal moeten worden besproken. NIOZ heeft verklaard dat het doel van de onderhandelingen is om tot een overeenkomst te komen waar beide partijen zich goed bij voelen en zo scherp als mogelijk is op kunnen inschrijven. Tijdens de bijeenkomst hebben Damen en NIOZ hun experts laten reageren op de gestelde onderwatergeluid norm.

3.15. Op 23 december 2021 ontving Damen de Uitnodiging tot definitieve inschrijving, inclusief de Overeenkomst en het Bestek. Als harde voorwaarde is in de Uitnodiging tot definitieve inschrijving opgenomen dat de Overeenkomst integraal wordt geaccepteerd en dat inschrijvers ook een conformiteitsverklaring moeten ondertekenen waarin zij zich onvoorwaardelijk akkoord verklaren met het Bestek en met de Overeenkomst.

Verder is vermeld dat de definitieve inschrijving uiterlijk op 28 januari 2022 om 14.00 uur moet zijn ingediend en dat eventuele vragen van de inschrijver uiterlijk 7 januari 2022 moeten zijn ingediend bij NIOZ.

3.16. Bij brief van 21 januari 2022 heeft Damen aan NIOZ meegedeeld dat het risicoprofiel van de overeenkomst zodanig hoog is dat zij geen mogelijkheid ziet om in te schrijven, ondanks de omstandigheid dat zij vanaf december 2020 intensief aan de aanbesteding heeft gewerkt en daarin een miljoen euro heeft geïnvesteerd. Zij

heeft er op gewezen dat haar bezwaren tegen de Overeenkomst en het Bestek niet zijn weggenomen en NIOZ nogmaals verzocht tot aanpassing van de Overeenkomst over te gaan.

3.17. NIOZ heeft bij brief van 24 januari 2022 aan Damen meegedeeld dat zij de Overeenkomst niet zal aanpassen.

3.18. Damen heeft vervolgens bij deze rechtbank een datum voor een kortgeding procedure gevraagd en gekregen. Zij heeft op 27 januari 2022 de dagvaarding aan NIOZ doen betekenen.

3.19. In een e-mail van 1 februari 2022 heeft NIOZ aan de gegadigden meegedeeld dat zij naar aanleiding van de uitgebrachte dagvaarding besloten heeft de ontvangen inschrijvingen voorlopig niet te openen, dat de digitale kluis met daarin de inschrijvingen tot nadere aankondiging gesloten zal blijven en dat de aanbestedingsprocedure 'on hold' is gezet.

#### *4 Het geschil*

4.1. Damen vordert na wijziging van eis samengevat - dat de voorzieningenrechter bij vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

##### primair

1. NIOZ zal gebieden om binnen 48 uur na de datum van dit vonnis een genomen gunningsbeslissing in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure in te trekken;
2. NIOZ zal gebieden om binnen 14 dagen na de datum van dit vonnis de Overeenkomst aan te passen op een wijze zodat wordt tegemoet gekomen aan de bezwaren van Damen en de aanbesteding opnieuw te houden vanaf de fase Uitnodiging tot definitieve Inschrijving, voor zover NIOZ de opdracht nog altijd wenst te gunnen.

##### subsidiar

1. NIOZ zal gebieden om – indien zij overgaat tot definitieve gunning van de opdracht – (i) Damen een afschrift te verstrekken van de getekende overeenkomst, en (ii) Damen periodiek, tenminste eens in de drie maanden op de hoogte te stellen van de stand van zaken van de uitvoering van de overeenkomst op een zodanige wijze dat Damen in de gelegenheid is om de naleving van de Overeenkomst door NIOZ en de opdrachtnemer te monitoren en zo nodig rechtsmaatregelen te treffen.

##### nog meer subsidiar

elke andere voorziening zal treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie passend acht en die recht doet aan de belangen van Damen

##### in alle gevallen

1. aan een veroordeling van NIOZ een dwangsom zal verbinden van € 5.000,- per dag voor iedere dag dat NIOZ na betekening handelt in strijd met het bepaalde in dit vonnis, alsmede

2 NIOZ zal veroordelen tot betalen aan Damen:

- nakosten als bedoeld in artikel 237 lid 4 Rv, tot een bedrag van € 157,- zonder betekening of € 246,- in geval van betekening, met bepaling dat als deze kosten niet binnen 14 dagen na de datum van dit vonnis worden voldaan daarover vanaf de 15e dag wettelijke rente verschuldigd is, en
- de kosten van deze procedure, met bepaling dat als deze kosten niet binnen 14 dagen na - de datum van dit vonnis worden voldaan daarover vanaf de 15e dag wettelijke rente verschuldigd is.

4.2. Damen legt aan haar vorderingen ten grondslag dat NIOZ handelt in strijd met het in artikel 1.10 van de Aanbestedingswet 2012 (Aw) neergelegde proportionaliteitsbeginsel als uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit. Zij stelt dat een aanbestedende dienst op grond van dit beginsel uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria mag

stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht en dat dit ook geldt voor de contractvoorwaarden. Zij stelt dat de Overeenkomst niet aan die voorwaarden voldoet. Verder stelt zij dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9 lid 1 Aw gehouden is om transparant te handelen, hetgeen meebrengt dat eisen, voorwaarden en criteria duidelijk omschreven moeten zijn, zodat de inschrijvers op basis daarvan kunnen bepalen of zij aan de aanbestedingsprocedure willen deelnemen en dat die eisen, voorwaarden en criteria zodanig geformuleerd moeten zijn dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen. Tot slot wijst zij er op dat het transparantiebeginsel meebrengt dat de eisen, voorwaarden en criteria na inschrijving in beginsel niet meer mogen worden aangepast.

Volgens Damen bevat de overeenkomst bepalingen die niet voldoen aan de hiervoor genoemde eisen, waardoor er voor haar dusdanige risico's kleven aan de overeenkomst dat het voor haar niet mogelijk is om een definitieve inschrijving te doen.

4.3. NIOZ voert verweer.

4.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

## 5 De beoordeling

### Beoordelingskader

5.1. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst de vrijheid toekomt om de uitvraag in een aanbesteding en de modaliteiten van die aanbesteding te bepalen. De grenzen van die vrijheid worden bepaald door de Aanbestedingswet 2012, de Gids Proportionaliteit en de fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht voor zover die daarin niet zijn opgenomen. Als na toetsing in kort geding blijkt dat een aanbestedende dienst bedoelde grenzen niet in acht heeft genomen, is er voor de voorzieningenrechter ruimte om in te grijpen.

5.2. In deze zaak speelt met name het proportionaliteitsbeginsel een rol. De aanbestedende dienst moet dit beginsel bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een opdracht in acht nemen.

Het proportionaliteitsbeginsel is door de wetgever als volgt uitgewerkt:

Artikel 1.10 Aw luidt voor zover relevant:

1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht, een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht (...) 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 toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...) voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

(...)

h. de voorwaarden van de overeenkomst.

5.3. In voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit en de daarbij behorende toelichting is voor zover relevant het volgende bepaald:

*De aanbestedende dienst alloceert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.*

- Waar horen de verschillende risico's die in een opdracht besloten zitten, te liggen? Alloceer het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen en/of beïnvloeden, hetzij de aanbestedende dienst hetzij de inschrijver. Bij de risico-afweging moeten de volgende aspecten worden betrokken:

- de kans dat een risico zich verwezenlijkt en

- de gevolgen van de omstandigheid dat een risico zich verwezenlijkt.

Het bij een inschrijver neerleggen van een niet of nauwelijks voorzienbaar risico dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet alsmede van een risico met in potentie effecten die de continuïteit van de leverancier kunnen of zullen ondermijnen is eerder disproportioneel dan een redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of overzienbare effecten.

5.4. Voorschrift 3.9 D van de Gids Proportionaliteit luidt voor zover relevant:

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.

Aansprakelijkheid die op geen enkele wijze gelimiteerd is, wordt vermoed niet proportioneel te zijn.

Aansprakelijkheid kan worden beperkt in soort, hoogte en duur.

#### *Bespreking van Damens bezwaren*

#### *Betalingschema*

5.5. Damen heeft bezwaren kenbaar gemaakt tegen een aantal bepalingen uit de overeenkomst. Deze zullen hierna afzonderlijk worden besproken.

Daarbij zal ook worden ingegaan op het door NIOZ gevoerde verweer.

5.6. In artikel 3 van de overeenkomst is vastgelegd volgens welk betalingschema de betaling zal plaatsvinden:

Fase	Percentage	Omschrijving
Fase 0	10%	Aanbetaling (na overleggen bankgarantie ter hoogte van 10% van bovenstaand totaalbedrag, vermeerderd met 21% BTW indien van toepassing)
Fase 1	5%	Geaccepteerd Basic design en geaccepteerde sleeptanktesten
Fase 2	10%	Uitvoering en oplevering Kiellegging
Fase 3	20%	Uitvoering en oplevering Casco
Fase 4	20%	Uitvoering en oplevering Te Water Laten (bankgarantie wordt verlaagd naar 5%)
Fase 5	15%	Uitvoering en oplevering Afbouw
Fase 6	10%	Aanvaarding Schip na Proefvaart (bankgarantie 0%)

Fase 7	5%	Formele Oplevering
Fase 8	3%	Oplevering complete Documentatie
Fase 9	(2%)	Eindbetaling garantietermijn
Fase 9a	1%	Na reguliere garantietermijn van 1 jaar
Fase 9b	0,5%	Na afloop garantietermijn 2 jaar
Fase 9c	0,5%	Na afloop garantietermijn 5 jaar
		<b>totale Contractprijs</b>

5.7. Damen heeft gesteld dat het betalingsschema disproportioneel is, omdat het cashflow negatief is, waardoor de opdrachtnemer in feite moet voorfinancieren. Zij heeft benadrukt dat het bij de bouw van het schip gaat om een zeer kostbaar en langlopend traject waarbij Damen een richtprijs hanteert van 62 miljoen euro en een levertermijn van 31 maanden. Damen heeft aangevoerd dat de wijze waarop de koper voor het schip betaalt een van de kernbepalingen van een scheepsbouwcontract is, waarbij het gebruikelijk is om de contractprijs gedurende de bouw zodanig in termijnen te betalen dat de bouwer met deze betalingen de bouwkosten kan financieren. Zij heeft er op gewezen dat de hoogste kosten worden gemaakt in het begin van het project, als er aanbestedingen en voorschotten moeten worden betaald aan leveranciers en onderaannemers en bij de aankoop van het benodigde staal en de hoofd- en hulpmotoren zeer hoge kosten gemaakt moeten worden. Deze kosten kunnen onder het hiervoor weergegeven betalingsschema niet uit de betalingen van NIOZ voldaan kunnen worden en zullen dus door Damen moeten worden voorgefinancierd..

5.8. NIOZ heeft betwist dat het betalingsschema disproportioneel is. Zij heeft er op gewezen dat zij het betalingsschema op grond van de gevoerde onderhandelingen al substantieel in het voordeel van de opdrachtnemer heeft aangepast en dat Damen een eventuele financieringslast kan verdisconteren in haar inschrijfprijs. Zij meent dat het onredelijk zou zijn om van NIOZ te verwachten dat zij het schip volledig zou voorfinancieren. Tot slot heeft zij benadrukt dat het betalen in delen haar ook een drukmiddel geeft om tijdige en deugdelijke nakoming van de overeenkomst af te dwingen.

5.9. De voorzieningenrechter is van oordeel dat het betalingsschema, zoals opgenomen in de conceptovereenkomst van 22 december 2021 niet disproportioneel geacht kan worden. Niet, althans niet onderbouwd, is gesteld of gebleken dat de negatieve cashflow voor partijen met een profiel dat hen in staat stelt om aan de onderhavige aanbesteding mee te doen niet financierbaar is. Damen heeft ook niet bestreden dat de financieringskosten in de inschrijfprijs verwerkt kunnen worden.

#### *Ontbreken duidelijk projectmanagementplan*

5.10. Damen heeft gesteld dat het gebruikelijk is dat in de overeenkomst of in een bijlage daarbij een procedure opgenomen wordt voor de verdere uitwerking van het basis-ontwerp tot een gedetailleerd ontwerp op basis van

de overeenkomst. Zij meent dat die procedure in de overeenkomst onvoldoende is uitgewerkt. Ter toelichting heeft zij aangevoerd dat onduidelijk is binnen welke termijn documenten (anders dan tekeningen) moeten worden goedgekeurd en vastgesteld en dat een mechanisme ontbreekt om daarover afstemming te bereiken. Verder heeft zij opgemerkt dat het kwaliteitskeurprogramma onvoldoende is uitgewerkt. Zij heeft gesteld dat het disproportioneel is om van een opdrachtnemer te verlangen dat hij aan het werk gaat zonder dat de procedure om te komen tot een gedetailleerd ontwerp voldoende is uitgewerkt, zeker waar, zoals hier, een harde deadline voor levering wordt opgelegd, met bijbehorende sancties op overschrijding daarvan.

5.11. NIOZ heeft er op gewezen dat inschrijvers bij gunningscriterium SG 2.2.- het Plan van aanpak moeten ingaan op 'de wijze waarop de ontwerpfase (het uitontwerpen van het door Aanbestedende dienst verstrekte conceptueel ontwerp in een detailontwerp/uitvoeringsgereed ontwerp) en realisatiefase worden ingericht' en 'de wijze waarop inschrijver met aanbestedende dienst communiceert tijdens de ontwerp- en realisatiefase, de wijze waarop aanbestedende dienst wordt betrokken en geïnformeerd bij/over de ontwerp- en realisatiefase en de voortgang van het project.' Verder heeft zij er op gewezen dat inschrijvers bij gunningscriterium SG 2.3 – Projectorganisatie moeten ingaan op 'de verdeling van rollen en de wijze waarop informatie, kennis en ervaring worden veranderd in het gehele ontwerp- en realisatieproces' en 'de wijze waarop de (interne) communicatie en de informatiestructuur plaatsvindt'.

Dit betekent volgens NIOZ dat de door Damen gewenste duidelijkheid over de procedures die gelden om te komen tot een detailontwerp grotendeels uit haar eigen inschrijving moet komen. Het is aan Damen om die procedures in haar plan van aanpak te beschrijven en om daarin maatregelen op te nemen waardoor de levertijd gehaald wordt. NIOZ heeft dit onderdeel bewust niet op voorhand uitgeschreven omdat zij ruimte wil bieden aan de inschrijvers om een plan te maken dat in hun ogen en op basis van hun ervaring en expertise werkt en past bij de door de betrokken werf gehanteerde werkwijze. Bij gunning aan Damen wordt de door haar voorgestelde aanpak onderdeel van de tussen partijen geldende afspraken. Dat betekent ook dat Damen de mogelijkheid heeft om in dat plan maatregelen op te nemen waardoor de levertijd behaald kan worden.

Indien er onverhoopt vertraging optreedt tijdens de bouw, dan kwalificeert dat mogelijk als toelaatbare vertraging op basis waarvan de opleverdatum opschuift.

5.12. De voorzieningenrechter begrijpt het betoog van NIOZ aldus dat NIOZ van de inschrijvers verlangt dat zij binnen de contractueel vastgelegde opleveringstermijn het plan van aanpak om te komen tot een detailontwerp zodanig uitwerken dat er ruimte is voor de vereiste goedkeuringen door NIOZ of door derden, waarvoor een in de branche gebruikelijke goedkeuringstermijn kan worden opgenomen. Als later komende goedkeuringen oorzaak zijn van stagnatie in de voortgang, dan kan dat een beroep op overmacht rechtvaardigen. Aldus opgevat is van disproportionaliteit geen sprake. Bij de bespreking van de overmachtsregeling verderop in dit vonnis zal dit een en ander verder in aanmerking worden genomen.

### *Onderwatergeluid*

5.13. Met betrekking tot het onderwatergeluid is in het bestek het volgende opgenomen:

#### 010.5.1 Inleiding

Sinds ICES in 1995 het Cooperative Research Report 209, Underwater Noise of Research Vessels, Review and Recommendations (ICES CRR 209) publiceerde, is een groot aantal onderzoeksschepen over de gehele wereld gebouwd in overeenstemming met deze aanbevelingen. (...)

De vereisten hebben betrekking op het frequentiespectrum van 10 Hz tot 100 kHz. Het frequentiebereik voor multi-beam echosounders voor het in kaart brengen van de zeebodem en wetenschappelijke breedband echosounders voor beoordeling van visbestanden strekt zich uit van ongeveer 10 kHz tot ongeveer 400 kHz.. Vermijdingsgedrag van zeedieren wordt slecht begrepen, maar er wordt aangenomen dat dit voorkomt in het frequentiebereik van 10 Hz tot 10 kHz.

Dit onderzoeksschip is geen visserijonderzoeksschip en daarom zijn de niveaus in het onderste deel van de bandbreedte, 10 Hz tot 1 kHz, van minder belang en is het niet verplicht om te voldoen aan de ICES CRR 209-aanbevelingen. Maar met betrekking tot de parametrische sonars voor bodempenetratie die signalen onder 1 kHz ontvangen, is een laag ruisniveau in dit frequentiegebied voordelig. De standaardsnelheid voor URN-metingen is 11 knopen. De inspectiesnelheid van dit schip is naar verwachting lager. Voor de URN-specificatie voor het onderzoeksschip wordt een snelheid van 10 knopen voorgesteld.

Om de vereiste niveaus in deze specificatie te bereiken, moet de bouwer in een vroeg ontwerpstadium een specialist in geluid en trillingen inschakelen om problemen bij de levering te voorkomen.

(...)

#### 010.5.11 Onderwater uitgestraald geluid

Figuur 1 vergelijkt de vereiste maximale niveaus voor het onderzoeksschip met de ICES CRR 209 aanbevelingen. Ervaring met talloze onderzoeksschepen leert dat het met een diesel-elektrisch voortstuwingssysteem en fixed pitch propeller mogelijk is om aan de eisen te voldoen met een goede marge, behalve voor de bladfrequentie rond 10 Hz.



Het onderwater uitgestraalde geluidsniveau bij alle vrijlopende snelheden tot en met 10 knopen mag niet hoger zijn dan:

- $141 - 1.66 \log f$  (Hz) (dB re  $1\mu\text{Pa}$  (1 Hz band) @ 1m) van 10 Hz tot 1 kHz om een redelijke signaalruisverhouding te verkrijgen voor ontvangen signalen van parametrische sonars voor geologische doeleinden.
- $130 - 22 \log f$  (kHz) (dB re  $1\mu\text{Pa}$  (1 Hz-band) @ 1m) van 1 kHz tot 100 kHz voor volledige benutting van de mogelijkheden van geavanceerde wetenschappelijke echoloodapparaten, sonar- en akoestische navigatiesystemen.

Hierbij wordt opgemerkt dat enkele geïsoleerde pieken van geringe tot matige omvang ten opzichte van de eisen zoals gesteld in ICES 209 in het frequentiebereik tot 500 Hz geaccepteerd kunnen worden voor zover zij geen afbreuk doen aan de functionaliteit van de apparatuur. Als alternatief kan de DNV Silent-R notatie worden gekozen. Voor zowel ICES 209 als de DNV Silent-R geldt dat de correcte werking van de akoestische sensoren volledig getest en gegarandeerd dient te worden.

Naleving van de bovenstaande niveaus zal worden beoordeeld met het schip in normale trim en ballast; alle ships services werken normaal zoals bij de survey-modus, met voldoende voortstuwingsvermogen om 10 knopen te overschrijden en een volledig uitgeschoven drop keel.

(...)

#### 010.5.15 Meting van onderwatergeluid

De Heggernes Acoustic Range buiten Bergen, Noorwegen is een coöperatie tussen Noorwegen, Duitsland en



Nederland. Dit is een Marine faciliteit met een permanente instrumentconfiguratie en is optimaal om het geluidsverschil van het schip te vergelijken met andere onderzoeksschepen. Voor geluidsmetingen op andere locaties is BV-regel nr. 614, Onderwater uitgestraald geluid, van toepassing.

(...)

5.14. In de overeenkomst zijn met betrekking tot het onderwatergeluid de volgende kritische bestekseisen opgenomen:

(...)

12A.7 Conform het bepaalde in hoofdstuk 010.5.11 van het Bestek geldt dat het onderwater uitgestraalde geluidsniveau bij alle vrijlopende snelheden tot en met 10 knopen niet hoger mag zijn dan  $141 - 1.66 \log f$  (Hz) (dB re  $1 \mu\text{Pa}$  (1 Hz band) @ 1m) van 10 Hz tot 1 kHz om een redelijke signaal-ruisverhouding te verkrijgen voor ontvangen signalen van parametrische sonars voor geologische doeleinden. Indien het aantal dB met meer dan 1,5 dB wordt overschreden, kan Opdrachtgever een boete opleggen. De boete bedraagt per 1 dBA afwijking twee procent (2%) van de in Artikel 3.1 genoemde totale Contractprijs voor het Schip.

12A.8 Conform het bepaalde in hoofdstuk 010.5.11 van het Bestek geldt dat het onderwater uitgestraalde geluidsniveau bij alle vrijlopende snelheden tot en met 10 knopen niet hoger mag zijn dan  $130 - 22 \log f$  (kHz) (dB re  $1 \mu\text{Pa}$  (1 Hz-band) @ 1m) van 1 kHz tot 100 kHz voor volledige benutting van de mogelijkheden van geavanceerde wetenschappelijke echoloodapparaten, sonar- en akoestische navigatiesystemen. Indien vorenstaande Bureau Veritas Rule 614 overschrijdt, kan Opdrachtgever een boete opleggen. De boete bedraagt per 1 dBA afwijking twee procent (2%) van de in Artikel 3.1 genoemde totale Contractprijs voor het Schip.

(...)

12A.11 Het bedrag dat aan boete aan Opdrachtnemer kan worden opgelegd op basis van dit Artikel bedraagt in totaal maximaal zes procent (6%) van de in Artikel 3.1 genoemde totale Contractprijs voor het Schip.

5.15. Damen is van opvatting dat NIOZ met de ICES 209 norm wat betreft het maximaal toegestane onderwatergeluid een te strenge en daardoor onhaalbare eis heeft gesteld. Zij heeft opgemerkt dat de ICES 209 norm al ongeveer tien jaar achterhaald is en dat zij dit tijdens de onderhandelingen ook meermalen aan NIOZ heeft uitgelegd. Zij heeft er op gewezen dat ook de expert van NIOZ heeft erkend dat de gestelde eis te strikt is, maar dat NIOZ die eis toch heeft gehandhaafd en de overeenkomst hierop niet heeft aangepast. Damen heeft aangevoerd dat NIOZ in het bestek weliswaar de zin heeft toegevoegd '*dat enkele geïsoleerde pieken van geringe tot matige omvang in het frequentiebereik tot 500Hz geaccepteerd kunnen worden voor zover zij geen afbreuk doen aan de functionaliteit van de apparatuur*' maar dat zij deze toevoeging niet heeft overgenomen in de overeenkomst waardoor het onzeker is wat de status van deze toevoeging is, te meer nu op grond van het bepaalde in artikel 2.2. van de overeenkomst bij een verschil van inhoud de tekst van de overeenkomst prevaleert boven het bestek.

5.16. Damen heeft er verder op gewezen dat in 12A.7 is bepaald dat NIOZ als het aantal dB met 1,5 dB wordt overschreden een boete kan opleggen en dat in 12A.8 is bepaald dat NIOZ bij een overschrijding van de eis met 1 dB(A) een boete kan opleggen, telkens van 2% van de contractprijs. Damen heeft er op gewezen dat de meetnauwkeurigheid van de beste onderwatermeetapparatuur echter circa 5dB is, zodat het onzeker is welke gevolgen NIOZ zal verbinden aan een vastgestelde overschrijding van bijvoorbeeld 1,5 dB. Verder heeft Damen erop gewezen dat art. 12A.7 en 12A.8 zodanig zijn geredigeerd dat gezien de aard van de geluidsproductie een overtreding in het grensgebied tussen de beide bepalingen, de bandbreedte rond 1kHz een contractuele grondslag biedt voor een dubbele boeteheffing.

Tot slot heeft Damen aangevoerd dat onderwatergeluid wordt aangeduid in dB en niet in dB(A) wat een aanduiding is voor luchtgeluid, en dat er in de toevoeging in het bestek twee heel verschillende normen naast elkaar gezet worden, de ICES 209 en de DNV Silent-R, terwijl die op verschillende manieren worden gemeten (ICES in dB en DNV Silent in snelheid) en de meetresultaten zich niet goed laten converteren naar vergelijkbare waarden.

5.17. NIOZ heeft aangevoerd dat zij op dit onderdeel in het bestek bewust strenge eisen heeft gesteld omdat het schip, als het onder water te veel herrie maakt, feitelijk ongeschikt is om te kunnen dienen als onderzoeksschip. Zij heeft verklaard dat zij het in de door Damen aangehaalde toevoeging in het bestek vermelde woord 'kunnen' zal uitleggen als 'zullen', dat Damen haar aan die toezegging mag houden (desnoods met een proces-verbaal van de zitting) en dat NIOZ artikel 12A.7 en 12A.8 als zodanig zal interpreteren. Verder heeft zij benadrukt dat in het bestek expliciet is bepaald dat als alternatief voor de ICES 209 norm de DNV Silent -R norm kan worden gekozen, maar dat voor zowel ICES 209 als voor DNV Silent-R geldt dat de correcte werking van de akoestische sensoren volledig getest en gegarandeerd dient te worden en dat de gevolgen van overschrijding van beide normen (contractuele boetes) uitgedrukt in dan wel omgerekend naar dB gelijk zijn. Zij heeft er op gewezen dat de boetes in 12A.11 zijn gemaximeerd tot 6% van de totale contractprijs en dat de percentages, zeker gelet op het grote belang van de geluidsnormen voor NIOZ, proportioneel zijn.

In reactie op de stelling van Damen dat ook de eigen deskundige van NIOZ heeft erkend dat de ICES 209 norm aan herziening toe is, heeft zij aangevoerd dat verschillende deskundigen er verschillende meningen op na houden maar dat het contract voldoet aan hetgeen daarvan mag worden verlangd: er is een norm vastgesteld, een straf bepaald voor als de norm niet wordt gehaald, een wijze van meting bepaald om vast te stellen of de norm wordt gehaald en er is bepaald door wie de meting zal worden verricht.

5.18. De voorzieningenrechter overweegt als volgt.

Het betoog van NIOZ miskent dat Damen al in een vroeg stadium van de onderhandelingen het duidelijke standpunt heeft ingenomen dat de gestelde eisen onhaalbaar en *daardoor* disproportioneel zijn. In het algemeen gesproken is een eis die onhaalbaar is disproportioneel te achten. Het valt ook niet in te zien welk redelijk belang een aanbestedende dienst heeft om een dergelijke eis te stellen.

Dat de gestelde eis onhaalbaar is, is door Damen ook gemotiveerd uiteengezet in haar presentatie tijdens de vijfde onderhandelingsronde. Zij lijkt in dat betoog te worden bijgevallen door de door NIOZ zelf ingeschakelde deskundige [betrokkene 9]. Deze heeft verklaard 'in my opinion the ICES 209 by far is overdue for revision, but the ICES community has so far not approved any revision.(...) The limits given in Silent-R are similar to those in ICES 209 except for the frequencies below 25 Hz where Silent-R gives more 'slack'. (...)



This figure shows the result for the 'contractual run'. There is one overshoot, probably from the firing frequency of the diesel engine. There are also peaks in the 63 Hz and 250 Hz bands, but the result was finally accepted.'

5.19. Geoordeeld wordt dat daarmee de onhaalbaarheid van ICES 209 door NIOZ onvoldoende gemotiveerd is weersproken. NIOZ heeft klaarblijkelijk geprobeerd dit probleem op te lossen door de hiervoor besproken afwijkingsmogelijkheid en de keuzemogelijkheid voor een andere norm (DNV Silent-R) in het bestek op te nemen. Dat is echter geen acceptabele oplossing - ook niet indien 'kunnen' als 'zullen' moet worden begrepen -

omdat in art 2.2. van de overeenkomst is bepaald dat bij verschil in inhoud tussen het bestek en de overeenkomst, de overeenkomst prevaleert. Een proces-verbaal van de zitting waarin het sub 4.17 vermelde standpunt is opgenomen verdraagt zich niet met de uit art 1.9 lid 1 Aw voortvloeiende eis dat de inschrijvingsvoorwaarden zodanig geformuleerd moeten zijn dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen. De concurrenten wier inschrijvingen in de kluis liggen hebben immers bij de daarin gemaakte keuzes met deze draai geen rekening kunnen houden.

5.20. Damen klaagt ook terecht over de cumulatie van de beide boetebepalingen uit 12A.7 en 12A.8 waar het gaat om een mogelijke overtreding van de geluidsnorm in het grensgebied rond de 1 kHz. NIOZ heeft onvoldoende weersproken dat de geluidsproductie die de overschrijding veroorzaakt doorgaans een zekere bandbreedte heeft. Dat betekent dat het waarschijnlijk is dat een overschrijding in het frequentiegebied rond de 1 kHz binnen het bereik van beide boeteclausules zal vallen.

In het contract is geen anticumulatiebepaling opgenomen. Dat betekent dat op basis van de tekst van deze bepalingen overschrijding van de norm in die gevallen leidt tot verschuldigdheid van een boete van 2,4 miljoen euro per dB/dB(A).

5.21. Op grond van het voorgaande, in samenhang bezien, is de voorzieningenrechter van oordeel dat de regeling ondoordacht en slecht geredigeerd is, waardoor deze tot onaanvaardbare rechtsonzekerheid leidt en om die reden disproportioneel is.

Damen heeft NIOZ een alternatief aangedragen dat gelet op het betoog van de deskundige van NIOZ in productie<sup>16</sup> bij de dagvaarding wel sluitend lijkt te zijn en dat het met de normering nagestreefde belang evenzeer waarborgt. NIOZ heeft onvoldoende uitgelegd waarom zij daarvoor niet heeft gekozen.

Deze regeling behoeft derhalve aanpassing.

### *Overmacht*

5.22. In de overeenkomst is in artikel 24.2 het volgende bepaald:

24.2 Onder overmacht wordt in ieder geval niet verstaan: ziekte van personeel (behoudens in geval van een algemene pandemie terzake waarvan van overheidswege verboden dan wel beperkingen zijn opgelegd, waaronder Covid, indien deze verboden dan wel beperkingen van overheidswege niet voorzienbaar waren), gebrek aan personeel, stakingen (niet zijnde landelijk georganiseerde vakbondstakingen), verlate aanlevering of ongeschiktheid van materialen, en/of liquiditeits- c.q. solvabiliteitsproblemen aan de zijde van Opdrachtnemer. Evenmin wordt onder overmacht begrepen de toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van een door Opdrachtnemer ingeschakelde derde. Opdrachtnemer is zich bewust van de mogelijk grote gevolgen van de onder hun verantwoordelijkheid ontstane situatie van overmacht en zal derhalve al het mogelijke in werk stellen om een overmacht situatie te voorkomen.

5.23. Damen heeft aangevoerd dat NIOZ met deze regeling onvoldoende oog heeft voor de belangen van de bouwer en onder meer miskent dat de bouwer voor de uitvoering van de opdracht een beroep zal moeten doen op een aanzienlijke hoeveelheid leveranciers en onderaannemers, afkomstig uit veel verschillende landen, ook buiten Europa. Zij heeft benadrukt dat het juist om die reden gebruikelijk is dat de bouwer zich op overmacht kan beroepen als de verlate aanlevering van materialen niet het gevolg is van enig nalaten aan de zijde van de bouwer. Als een leverancier in moeilijkheden verkeert vanwege de huidige marktsituatie, die (nog steeds) beïnvloed wordt door bijvoorbeeld de Coronacrisis, de grondstoffencrisis en nu ook de oorlog in Oekraïne, kan dat leiden tot een vertraging in het proces die door de bouwer niet kan worden voorkomen. Damen heeft er in

dat verband op gewezen dat één van Europa's grootste staalfabrieken in de Oekraïne vanuit veiligheidsoverwegingen besloten heeft de staalproductie stop te zetten en dat er in China weer volop beperkingen zijn vanwege het Coronavirus. Een regeling als hier aan de orde, waarin iedere vertraging in de aanlevering van materialen als toerekenbare tekortkoming wordt aangemerkt leidt ertoe dat op de bouwer een disproportioneel te achten risico wordt gelegd, zeker bij de toch al krappe levertijd van het schip. In dat verband heeft zij als voorbeeld genoemd dat aanvankelijk voor de voor dit schip nodige motoren, die in de VS worden gemaakt, een levertijd gold van circa 3 maanden, maar dat deze inmiddels al is opgelopen tot 60 weken, terwijl Damen hiervoor geen fall-back scenario heeft en het voor haar ook niet mogelijk is om zich tegen dit risico te verzekeren.

5.24. Verder heeft Damen er op gewezen dat in artikel 24.2 van de overeenkomst wel staat vermeld dat ziekte van personeel in geval van algemene pandemie waaronder Covid onder overmacht valt, maar dat dit alleen geldt als de 'verboden dan wel beperkingen van overheidswege niet voorzienbaar waren'. Zij heeft aangevoerd dat omdat de COVID-pandemie en de daarmee gepaard gaande 'verboden dan wel beperkingen' al geruime tijd gaande zijn, die situatie van onvoorzienbaarheid zich hier niet voordoet, terwijl uit de jurisprudentie daarover ook volgt dat bij een overeengekomen leverdatum de gevolgen van de COVID-pandemie worden geacht te zijn verdisconteerd. Zij heeft gesteld dat het disproportioneel is om deze risico's bij de opdrachtnemer te leggen omdat een dergelijk risico nauwelijks is in te schatten.

5.25. NIOZ heeft betoogd dat het aan de opdrachtnemer is om op eventuele onvoorziene omstandigheden te anticiperen, omdat zij in de positie is om in een voorkomend geval bij te sturen of alternatieve scenario's aan te dragen. Zij heeft benadrukt dat het niet proportioneel is om de gevolgen van onvoorziene omstandigheden op voorhand integraal bij NIOZ neer te leggen omdat zij vanuit haar hoedanigheid helemaal niet in staat is om corrigerend te handelen.

5.26. Nu Damen ter zitting heeft bevestigd dat zij vooral te hoop loopt tegen de regeling van het vertragsrisico als gevolg van niet tijdige aanlevering van materialen, zal de voorzieningenrechter zich daarop concentreren.

NIOZ heeft niet betwist dat Damen voor de uitvoering van de overeenkomst afhankelijk is van leveranties van een groot aantal leveranciers uit een groot aantal verschillende landen. Damen heeft erop gewezen dat voor belangrijke onderdelen (zoals motoren) nu al sprake is van een sterke verlenging van levertijd en dat in het algemeen geldt dat de supply chain problematiek in de markt op dit moment ernstig en onzeker is en dat deze door Damen ook niet is te beïnvloeden. NIOZ heeft dat niet weersproken en heeft ook niet betwist dat voor het betrekken van sommige essentiële componenten ook geen fall back scenario's kunnen worden bedacht.

5.27. De voorzieningenrechter acht aannemelijk dat de door Damen geschetste problematiek, die al tot vertraging leidde, als gevolg van de oorlog in Oekraïne en de daardoor toegenomen energie- en grondstoffenschaarste ernstiger geworden is en mogelijk nog verder zal toenemen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat NIOZ de hier besproken vertragsrisico's, onder de geschetste omstandigheden, in het contract niet eenzijdig bij de inschrijver kan leggen. De aanbesteding strekt tot vervanging van een schip dat thans nog in de vaart is. NIOZ heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat een vertraging in de oplevering van het te bouwen schip onmiddellijk tot schadelijke gevolgen voor de opdrachtgever leidt, terwijl op overschrijding van de levertermijn een snel oplopende boete is gesteld. NIOZ heeft ook niet uitgelegd hoe de aan de regeling ten grondslag liggende keuzes zich verhouden tot de notities die hiervoor onder 5.3 zijn opgenomen. Zo lijkt zij

zich niet te hebben afgevraagd het op de inschrijver gelegde risico in dit geval tegen reële voorwaarden verzekeraar is. Damen heeft gemotiveerd gesteld dat dit risico voor haar niet verzekeraar is. Dit is door NIOZ niet weersproken.

5.28. De voorzieningenrechter is van oordeel dat aan het voorgaande recht kan worden gedaan zonder het overmachtswaarschuwing geheel voor rekening van de opdrachtgever te brengen.

De thans opgenomen regeling is in de huidige onzekere marktomstandigheden echter onevenwichtig en daardoor disproportioneel. Daarbij heeft de voorzieningenrechter meegewogen dat artikel 14.6 van de Overeenkomst na het verstrijken van de grace periode van 4 weken een boetetarief kent van € 25.000 per dag. Als er essentiële onderdelen 3 maanden vertraagd aankomen omdat bijvoorbeeld de Bosporus is geblokkeerd doordat een schip op een zeemijn is gelopen kan dat Damen al € 2.250.000 kosten, terwijl op dit moment voor Damen niet valt uit te sluiten dat met nog langere vertragingen gerekend moet gaan worden zoals bijvoorbeeld in het geval van de scheepsmotoren.

5.29. Er zal dan ook een meer evenwichtige regeling in het contract moeten worden opgenomen. Daarin kunnen en moeten ook duidelijkere afspraken worden gemaakt omtrent de overmachtssituatie waarover hiervoor in r.o. 5.12 is gesproken.

5.30. Die regeling zou er als volgt kunnen uitzien:

*Bij vertraging in de levering die tot vertraging in de bouw van het schip leidt of kan leiden meldt de bouwer - welke component(en) het betreft, wanneer bekend was dat het betrokken onderdeel/materiaal nodig was en wanneer het betrokken onderdeel/materiaal is besteld*

- *de bij bestelling opgegeven levertermijn*
- *de vertraging en de nu verwachte levertermijn*
- *de datum waarop de vertraging aan de bouwer is gemeld*
- *de consequenties voor de voortgang*
- *mogelijke work-around*

*Afdoening van deze meldingen wordt vast onderdeel van het voortgangsoverleg en kan spoedshalve ook ad hoc tussentijds worden besproken. De bespreking omvat een beoordeling van een eventueel gedaan beroep op overmacht. De termijn van oplevering wordt opgeschoven indien de beoordeling leidt tot de vaststelling dat:*

- *a) niet tijdige beschikbaarheid leidt tot vertraging in de voortgang*
- *b) de bouwer de vertraging redelijkerwijs niet heeft kunnen voorzien en*
- *c) niet heeft kunnen vermijden.*

#### *Gevolgen ontbinding*

5.31. In artikel 23 van de Overeenkomst is voor zover hier relevant het volgende bepaald:

23.1 Buiten hetgeen elders in deze Overeenkomst is bepaald is:

i) de ene Partij gerechtigd deze Overeenkomst te ontbinden door middel van een aangetekend schrijven gericht aan de andere Partij, indien de andere Partij in de nakoming van haar verplichtingen voortvloeiende uit deze Overeenkomst dermate tekortschiet dat van de andere Partij in redelijkheid en billijkheid niet kan worden verwacht dat hij de Overeenkomst laat voortduren en daarin ook na ingebrekestelling, waarbij aan de andere Partij een redelijke termijn wordt gesteld om alsnog aan haar verplichtingen te voldoen. Deze tekortkoming kan tevens een geconstateerde overschrijding van een Kritische bestekseis conform Artikel 12A van deze Overeenkomst betreffen waarvoor tussentijdse ontbinding voor deze geconstateerde overschrijding niet is

uitgesloten op grond van Artikel 5.3 van deze Overeenkomst. (...)

ii) Opdrachtgever is gerechtigd zonder dat enige aanmaning of ingebrekestelling zal zijn vereist buiten rechte deze Overeenkomst door middel van een aangetekend schrijven te ontbinden indien de tekortkoming van Opdrachtnemer de overschrijding van de uiterste datum van Oplevering (31 maanden na EDC) conform Artikel 14 van deze Overeenkomst betreft, Opdrachtgever reeds de maximale boete voor deze overschrijding heeft opgelegd en een eventuele extra schriftelijk tussen Partijen overeengekomen 'grace period' is afgelopen.

(...)

23.2 Bij ontbinding van deze Overeenkomst op grond van het in Artikel 23.1 van deze Overeenkomst bepaalde, wordt voor zover dit nog niet is overgedragen op grond van Artikel 11 van deze Overeenkomst op eerste verzoek van Opdrachtgever het Schip, daaronder begrepen hetgeen nog niet is voltooid, door Opdrachtnemer in eigendom (inclusief de intellectuele eigendom met betrekking tot het Schip voor zover dit nog niet is overgedragen op grond van Artikel 22 van deze Overeenkomst) aan Opdrachtgever overgedragen. Opdrachtgever zal Opdrachtnemer de kosten vergoeden met betrekking tot dit Schip, voor zover nog niet conform artikel 3.1 van deze Overeenkomst betaling heeft plaatsgevonden, naar rato van de door Opdrachtnemer uitgevoerde werkzaamheden, tenzij er sprake is van een ontbinding door Opdrachtgever op grond van een toerekenbare tekortkoming van Opdrachtnemer.

5.32. Damen heeft gesteld dat als NIOZ op basis van deze bepaling de overeenkomst ontbindt vanwege een toerekenbare tekortkoming, zij er voor kan kiezen om de eigendom van het schip te verkrijgen zonder dat daar een vergoeding tegenover staat. In artikel 23.2 is immers bepaald dat NIOZ kan besluiten dat de prestatie die de opdrachtnemer heeft geleverd (de bouw van het schip) niet ongedaan wordt gemaakt en dat de opdrachtnemer alleen als de ontbinding plaatsvindt zonder dat daar een toerekenbare tekortkoming aan ten grondslag ligt, de kosten naar rato van de uitgevoerde werkzaamheden vergoed krijgt maar anders met lege handen achter blijft. Zij heeft gesteld dat deze bepaling in de branche niet gebruikelijk is en acht deze disproportioneel.

5.33. NIOZ heeft gesteld dat in artikel 23.2 van de Overeenkomst is bepaald dat het schip in geval van (tussentijdse) ontbinding door de opdrachtnemer in eigendom aan NIOZ zal worden overgedragen, maar dat daarbij als uitgangspunt geldt dat NIOZ alle tot dat moment uitgevoerde werkzaamheden, voor zover onvoldaan, naar rato zal betalen.

NIOZ heeft benadrukt dat deze bepaling beschrijft hoe partijen met elkaar moeten afrekenen in het onverhoopte geval van een tussentijdse beëindiging van de overeenkomst, waarbij ten gunste van Damen afgeweken wordt van andere contractuele afspraken. Zij heeft gesteld dat van een schending van voorschrift 3.9 D van de Gids Proportionaliteit geen sprake is.

5.34. De voorzieningenrechter is van oordeel dat een cao-norm uitleg van artikel 23.2 van de Overeenkomst leidt tot de rechtsgevolgen die Damen daarin leest.

Uit hetgeen NIOZ ter zitting heeft aangevoerd valt af te leiden dat zij het niet zo bedoeld heeft. Dat is geruststellend, maar zij kan van Damen niet verlangen dat zij dan wel op deze disproportioneel te achten basis inschrijft. Bovendien voldoet de Overeenkomst ook op dit punt niet aan artikel 1.9 lid 1 Aw.

5.35. NIOZ dient de overeenkomst daarom ook op dit punt aan te passen. Zij kan die aanpassing dan ook benutten om tot uitdrukking brengen dat het niet de door de opdrachtnemer gemaakte kosten zijn die 'naar rato' worden vergoed, maar dat aan de opdrachtnemer de contractprijs zal worden betaald die NIOZ aan de

opdrachtnemer naar rato van de stand van het werk verschuldigd zou zijn, zoals blijktens haar hiervoor weergegeven standpunt haar bedoeling is.

### *Aansprakelijkheid*

5.36. Artikel 21.1 van de Overeenkomst luidt als volgt:

21.1 Opdrachtnemer, die toerekenbaar tekortkomt in de nakoming van zijn verplichting(en), is tegenover Opdrachtgever, alsmede zijn personeel en door Opdrachtgever ingeschakelde derden, aansprakelijk voor de vergoeding van alle geleden en/of te lijden schade. Deze aansprakelijkheid is, behoudens aanspraken als gevolg van schadevergoeding ten gevolge van dood of letsel en/of opzet- of grove schuld aan de zijde van Opdrachtnemer en/of diens personeel en/of in geval van schending van intellectuele eigendomsrechten en/of in geval van aanspraken inzake verwerking persoonsgegevens, beperkt tot een bedrag van € 5.000.000,- per gebeurtenis met een maximum van € 10.000.000,- per contractjaar. Het opleggen van boetes door Opdrachtgever op grond van deze Overeenkomst, ontslaat Opdrachtgever niet van haar recht als bedoeld in dit Artikel om vergoeding van de schade te vorderen voor zover de werkelijk aantoonbaar geleden schade het bedrag van de verschuldigde boete overstijgt. Het bedrag van de aantoonbaar geleden schade moet worden onderbouwd door een onafhankelijke derde-deskundige die in overeenstemming tussen beide Partijen is aangewezen.

5.37. Damen heeft gesteld dat de in de overeenkomst opgenomen aansprakelijkheidsregeling wezenlijk afwijkt van hetgeen in de branche gebruikelijk is. Zij heeft aangevoerd dat in standaard scheepsbouwcontracten als Newbuildcon doorgaans gewerkt wordt met 'liquidated damages', een vaste, vastgestelde schadevergoeding die in het contract is genoemd. In gevallen waarin er geen liquidated damages overeengekomen zijn, wordt de aansprakelijkheid doorgaans beperkt tot directe schade.

In artikel 21 van de Overeenkomst wordt echter niet gewerkt met liquidated damages, terwijl er is bepaald (a) dat de opdrachtnemer bij een toerekenbare tekortkoming aansprakelijk is voor alle geleden en/of te lijden schade, (b) dat in aanvulling op boetebedragen schadevergoeding kan worden gevorderd en (c) dat ook gevolgschade niet is uitgesloten.

Damen is van opvatting dat deze bepaling disproportioneel is omdat Damen maar beperkte invloed heeft op het voorkomen van de schade, de risico's in omvang niet te voorzien zijn en deze risico's ook niet verzekeraar zijn.

Verder heeft Damen gesteld dat de aansprakelijkheidsbepaling disproportioneel is omdat er voor gevallen als dood of letsel, opzet of grove schuld, schending van intellectuele eigendommen en aanspraken inzake verwerking persoonsgegevens geen limitering van de aansprakelijkheid is opgenomen. Zij heeft er op gewezen dat in Voorschrift 3.9 D van de Gids Proportionaliteit bepaald is dat er geen aansprakelijkheid mag worden verlangd die op geen enkele wijze is gelimiteerd, terwijl NIOZ in strijd met artikel 1.10 lid 4 Aw niet heeft gemotiveerd waarom van dit Voorschrift is afgeweken.

5.38. NIOZ heeft benadrukt dat de aansprakelijkheid in artikel 21.1 van de Overeenkomst wel gelimiteerd is tot vaste bedragen, maar niet in alle gevallen. Zij heeft verklaard dat de schade niet op voorhand is gelimiteerd in zeer ernstige situaties zoals dood, letsel, opzet, grove schuld, schending van intellectuele eigendomsrechten en/of in geval van aanspraken inzake de verwerking van persoonsgegevens, maar dat dit niet betekent dat de aansprakelijkheid in het geheel niet is beperkt. NIOZ heeft gesteld dat een dergelijke uitzondering op de

aansprakelijkheidsbeperking zeer gebruikelijk is en geen schending van Voorschrift 3.9 D van de Gids Proportionaliteit oplevert.

Zij heeft verklaard dat eventuele boetes wel worden afgetrokken van de te vorderen aanvullende schadevergoeding zodat van dubbele (gecumuleerde) betaling geen sprake is. Verder heeft zij aangevoerd dat zij voor deze opdracht een aanbestedingsprocedure en bijbehorende overeenkomst heeft opgesteld op een manier die wellicht niet standaard is maar die uitstekend past bij de wensen van NIOZ als aanbestedende dienst en de creativiteit en expertise van de betrokken marktpartijen optimaal benut. Zij heeft benadrukt dat het hanteren van het NEWBUILDCON-contractmodel tijdens de onderhandelingsgesprekken ook nooit aan de orde is geweest, terwijl Damen die wens ook in haar brief van 21 januari 2022 niet als suggestie aan NIOZ heeft opgenomen.

5.39. Uit de stukken blijkt dat Damen tijdens de derde en vijfde onderhandelingsronde inhoudelijke kanttekeningen heeft geplaatst bij artikel 21.1 van de Overeenkomst. Zij heeft onder meer aangevoerd dat zij niet de aansprakelijkheid voor operationele risico's op zich wil of kan nemen, bijvoorbeeld voor de situatie dat het schip door een defect aan de motor schade veroorzaakt aan een kade. Zij heeft verklaard dat zij voor een dergelijke schade niet verzekerd is, terwijl de eigenaar van het schip dat wel pleegt te zijn.

In reactie daarop heeft NIOZ geantwoord dat dit valt onder de verantwoordelijkheid voor 'fit for purpose', maar Damen heeft benadrukt dat zij degene is die het schip bouwt, niet degene die het schip gebruikt en dat 'fit for purpose' volgens haar inhoudt dat zij moet zorgen dat het schip geschikt is voor het daarmee beoogde gebruik. Zij heeft er op gewezen dat NIOZ garantie heeft als het schip kapot gaat maar dat, als je dan vervolgschade bij de bouwer legt, dit een risico-opslag betekent terwijl de bepaling zoals nu geformuleerd niet is beperkt in hoogte en tijd. NIOZ heeft daarop gereageerd met de mededeling dat de bouwer aansprakelijk is voor een verborgen gebrek ook na de aanvaarding van het schip, dat zij ook van Damen verwacht dat zij verantwoordelijkheid neemt voor het product dat zij zal opleveren en dat Damen zich niet voor alles kan indekken.

5.40. Verder heeft Damen er op gewezen dat in deze bepaling is opgenomen dat het opleggen van boetes door opdrachtgever op grond van de overeenkomst de opdrachtgever niet ontslaat van haar recht om vergoeding van de schade te vorderen voor zover de werkelijk aantoonbaar geleden schade het bedrag van de verschuldigde boete overstijgt. Damen heeft aangevoerd dat zij dit onredelijk bezwarend vindt en dat deze bepaling verder gaat dan liquidated damages waarvoor boetes bedoeld zijn, welke boetes juist worden opgenomen omdat het bepalen van schade heel erg lastig is en je discussies hierover wilt voorkomen. De reactie van NIOZ hierop is geweest dat zij als opdrachtgever het recht heeft om dit zo op te nemen en dat zij de mogelijkheid wil openhouden om als er veel meer schade is ontstaan door hetgeen waarvoor ook de boetes zijn gegeven zij die werkelijke schade kan eisen. Zij heeft benadrukt dat de boete geen zuivere schadevergoeding dekt maar dat zij in een voorkomend geval de schade wel goed zal moeten onderbouwen. Daaraan heeft zij toegevoegd dat in hetzelfde artikel ook maximum bedragen zijn opgenomen voor schadevergoeding en dat het in de praktijk zo zal zijn dat als de opdrachtgever een extra schadevergoeding claimt bovenop de boete en de opdrachtnemer is het daar niet mee eens het aan de rechter zal moeten worden voorgelegd, die daarbij dan ook de afweging zal maken of dit naar redelijkheid en billijkheid kan worden toegepast of dat sprake moet zijn van een hardheidsinterpretatie waardoor vergoeding van aanvullende schade niet aan de orde is.

5.41. In de door Damen overgelegde kopie van het standaard Newbuildcon contract is in artikel 37 een regeling opgenomen voor 'responsibilities and exclusions from liabilities', welke regeling ziet op de volgende



onderwerpen:

- a. Builder's exclusion clauses
- b. Liability for Defects discovered after delivery
- c. Liability for third party replacement or repair
- d. Implied terms
- e. Mutual exclusion clauses
- f. Responsibility for death and personal injury
- g. Responsibility for damage to or loss of property.

5.42. De voorzieningenrechter stelt voorop dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat het Newbuildcon standaardcontract tot stand gekomen is op basis van input van zowel reders als bouwers over hun eigen ervaring in de branche. Gelet op die wijze van totstandkoming kan de daarin opgenomen schaderegeling wel degelijk als oriëntatiepunt voor een redelijke risicoverdeling worden beschouwd.

5.43. De opgenomen clause in artikel 21.1 van de Overeenkomst moet al bij eerste lezing worden getypeerd als een enigma. Zo leidt tekstuele lezing tot onbeperkte aansprakelijkheid voor alle schade - dus ook indirecte schade - bij een toerekenbare tekortkoming als gevolg van grove schuld van een ondergeschikte van een toeleverancier van Damen. Waarom dit nodig is, welke schade NIOZ met deze bepaling op het oog heeft en in hoeverre een zo ruim geformuleerde aansprakelijkheid aansluit bij de aard en omvang van de opdracht, is allemaal niet uitgelegd. De voorzieningenrechter is dan ook van oordeel dat er niet voldoende lijkt te zijn nagedacht over de tekst van deze bepaling. Ook deze bepaling is daarom disproportioneel en behoeft aanpassing. Van NIOZ mag worden verwacht dat die met meer steekhoudende argumenten komt waarom de meer uitgewerkte regelingen in een standaardcontract als hiervoor vermeld in de onderhavige setting onvoldoende soelaas bieden.

#### *Levertermijn en Geschillenregeling*

5.44. In artikel 14 van de Overeenkomst is over de levertermijn bepaald:

14.1 Het Schip wordt formeel opgeleverd aan de Opdrachtgever na een geslaagde Proefvaart en door het ondertekenen door Opdrachtgever en Opdrachtnemer van het acceptatieformulier. De formele Oplevering geschied uiterlijk 31 maanden na EDC.

(...)

14.6 Opdrachtgever kan bij het overschrijden van de uiterste datum van Oplevering conform Artikel 14.1 van deze Overeenkomst een boete opleggen, tenzij de overschrijding niet aan de Opdrachtnemer kan worden toegerekend of er sprake is van een toelaatbare vertraging. De boete bedraagt een eenmalig bedrag van maximaal € 100.000,- bij overschrijding van de datum van Oplevering met een 'grace period' van vier (4) weken en € 25.000,- voor elke Werkdag dat de overschrijding voortduurt. Het bedrag aan boetes die op grond van Artikel 14 van deze Overeenkomst door Opdrachtgever aan de Opdrachtnemer kunnen worden opgelegd bedraagt in totaal maximaal vijf (5) procent van de totale Contractprijs als opgenomen in Artikel 3.1.

5.45. In artikel 25 is de volgende geschillenregeling opgenomen:

25.1 Elk geschil betreffende de totstandkoming, de uitleg en/of de uitvoering van deze Overeenkomst, alsmede elk ander geschil ter zake van of in verband met deze Overeenkomst, hetzij juridisch, hetzij feitelijk, geen uitgezonderd, zal in eerste aanleg door arbitrage in Rotterdam worden beslecht conform de Unum arbitrageregels.

25.2 Een geschil is aanwezig indien één der Partijen zulks stelt.

25.3 Om te voorkomen dat een geschil ontstaat zullen Partijen zo spoedig mogelijk omtrent standpunten die aanleiding tot het ontstaan van een geschilpunt kunnen zijn, dit melden aan de andere Partij. Partijen zullen zo spoedig mogelijk in overleg treden en daarbij redelijkheid betrachten met de belangen van de andere Partij teneinde een geschil te voorkomen. Indien in deze Overeenkomst is bepaald dat een onafhankelijke derde deskundige zal worden ingeschakeld, dienen Partijen gezamenlijk en Schriftelijk overeen te komen welke deskundige hiervoor zal worden aangewezen.

25.4 Elke vertraging veroorzaakt door een geschil is slechts een toelaatbare vertraging, indien, cumulatief, sprake is van:

- a) instemming van de andere Partij met arbitrage;
- b) overeenstemming tussen de Partijen ten aanzien van de te volgen procedure en de maximale tijdsduur daarvan;
- c) het onderwerp van geschil een belemmering vormt voor het uitvoeren van de werkzaamheden.

25.5 Deze Overeenkomst wordt beheerst door het Nederlandse recht.

5.46. Damen heeft gesteld dat de voorgeschreven levertijd van 31 maanden zeer krap is voor de bouw van een innovatief onderzoeksschip van deze omvang en dat dit grote risico's meebrengt dat er niet tijdig zal worden opgeleverd. Zij heeft er daarbij op gewezen dat de overeenkomst veel onduidelijkheid laat bestaan over de procedures die gelden om te komen tot een detailontwerp en dat de huidige marktomstandigheden (corona epidemie, grondstoffencrisis en oorlog in Oekraïne) tegen zitten, terwijl NIOZ op grond van artikel 14.6 van de overeenkomst een boete kan opleggen die kan oplopen tot 5% van de totale contractprijs en daarnaast nog aanvullende schadevergoeding kan vragen. Verder heeft zij er op gewezen dat de in de overeenkomst opgenomen geschillenregeling onwerkbaar en disproportioneel is omdat is bepaald dat sprake is van een geschil als één van partijen dat stelt en dat elk geschil in eerste aanleg door arbitrage zal worden beslecht.

Damen heeft aangevoerd dat arbitrerende over een technisch geschil in het algemeen onwerkbaar is omdat het te tijdrovend is en dat daarom in scheepsbouwcontracten standaard wordt bepaald dat geschillen over technische zaken worden voorgelegd aan het klassenbureau of een andere vooraf overeengekomen derde, omdat geschillen op die manier snel en efficiënt kunnen worden opgelost.

5.47. NIOZ heeft gesteld dat in haar ogen de levertijd van 31 maanden na de 'Effective Date of Contract' wel realistisch en haalbaar is en dat de termijn ook proportioneel is omdat deze recht doet aan zowel de belangen van NIOZ als opdrachtgever (met name het feit dat RV Pelagia I aan vervanging toe is) als aan de belangen van de opdrachtnemer. Daarbij heeft zij benadrukt dat aanvankelijk werd gesproken over een levertijd van circa twee jaar maar dat zij die levertijd naar aanleiding van de eerste inschrijving van Damen en de onderhandelingsgesprekken met Damen en de overige gegadigden al heeft verlengd tot 31 maanden, derhalve ruim 2,5 jaar.

Over de geschillenregeling heeft NIOZ aangevoerd dat haar uitgangspunt is dat een geschil zoveel als mogelijk moet worden voorkomen en dat discussies zo mogelijk in overleg tussen partijen moeten worden opgelost. Zij heeft benadrukt dat zij met artikel 25.4 juist heeft willen voorkomen dat het kan 'lonen' om al te snel een geschil te starten als daardoor direct de levertijd opgerekt zou kunnen worden. Juist om die reden is bepaald dat vooraf moet worden ingestemd met arbitrage en dat duidelijk moet zijn hoeveel tijd er met die procedure gemoeid zal zijn, terwijl er ook nog situaties zijn opgenomen in de Overeenkomst waarin wel op voorhand een derde-

deskundige is aangewezen, zoals bijvoorbeeld in artikel 9.4 van de Overeenkomst bij een geschil over tekeningen of technische informatie.

5.48. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. De hiervoor al geëtaleerde onvolwassenheid van het contract manifesteert zich ook in de omstandigheid dat een scherpe oplevertermijn (waaruit op voorhand iedere speling al uit onderhandeld lijkt te zijn) wordt gecombineerd met een onnauwkeurig uitgeschreven en ook inhoudelijk gebrekkige geschillenregeling. Aan NIOZ wordt voorgehouden dat het ook in haar eigen belang is om een heldere geschillenregeling op te nemen die het mogelijk maakt om disputen die de voortgang verstoren vlot op te lossen, zonder dat deze regeling voor de bouwer uitnodigt om bij tegenvallers in de voortgang maar een dispuut op te werpen om daarmee tijd te winnen. Gedacht zou kunnen worden aan spoedadvisering door een adviseur die scheepsbouwtrajecten als de onderhavige van binnenuit kent en daaraan het gezag ontleent om overtuigend, snel en bindend knopen door te kunnen hakken.

De omstandigheid dat een dergelijke regeling in de onderhavige overeenkomst ontbreekt is op zichzelf onvoldoende ernstig om de overeenkomst als disproportioneel te kwalificeren, maar omdat uit hetgeen hiervoor is overwogen en beslist volgt dat het contract op andere punten wel moet worden heroverwogen, wordt NIOZ sterk aangeraden om ook wat dit betreft met een meer uitgewerkte regeling te komen.

Daarin kan dan ook de mogelijke behoefte aan snelle besluitvorming over vertragingen waarover hiervoor in r.o. 5.12 en 5.46 is gesproken, worden geadresseerd.

#### *Bespreking van de vorderingen*

5.49. De primair onder 1 gevorderde vordering wordt afgewezen bij gebrek aan belang, omdat NIOZ nog geen gunningsbeslissing heeft genomen.

5.50. De primair onder 2 gevorderde vordering, om NIOZ te gebieden om de overeenkomst aan te passen op zodanige wijze dat wordt tegemoet gekomen aan de bezwaren van Damen, voor zover NIOZ de opdracht nog altijd wenst te gunnen, is toewijsbaar, omdat uit de stellingen van NIOZ volgt dat zij de opdracht nog altijd wenst te gunnen. Bevolen zal worden dat de overeenkomst moet worden aangepast met inachtneming van hetgeen in r.o. 5.19, 5.21, 5.29, 5.30, 5.34, 5.43 en 5.48 is overwogen en beslist. De hierna te vermelden termijn voor nakoming komt daarbij redelijk voor.

5.51. De voorzieningenrechter zal het aan NIOZ over laten om te beoordelen vanaf welke fase zij de aanbestedingsprocedure wenst te hervatten. Zij zal de ruimte moeten hebben om mede aan de hand van de onderhandelingen die met de andere inschrijvers zijn gevoerd en de overeenkomst zoals die na aanpassing luidt te bepalen in hoeverre het onderhandelingstraject opnieuw moet worden gevoerd.

5.52. Nu NIOZ heeft laten weten dat zij als aanbestedende dienst vrijwillig aan een eventuele veroordeling pleegt te voldoen en Damen niet op oplegging van een dwangsom heeft aangedrongen zal geen dwangsom worden opgelegd. (*Enz., enz., Red.*)

## **Noot**

### **Inleiding**

1. Het komt in de praktijk niet vaak voor dat inschrijvers al tijdens de aanbesteding naar de rechter stappen om contractbepalingen aan de kaak te stellen. In de precontractuele fase ligt de focus van inschrijvers vooral op het

verwerven van de opdracht door het doen van de beste inschrijving. Discussies en geschillen tussen opdrachtgever en opdrachtnemer over eisen en andere contractbepalingen ontstaan veelal pas in de postcontractuele fase, als geen sprake meer is van concurrentie en de opdrachtgever, zeker wanneer de uitvoering onder druk staat, afhankelijk is van de opdrachtnemer.

2. In deze zaak is scheepsbouwer Damen Shipyards (hierna: Damen) wél tijdens de aanbesteding tegen diverse contractbepalingen opgekomen. En met succes, want voorzieningenrechter Schotman van de rechtbank Noord-Holland stelde Damen overwegend in het gelijk en stuurde de aanbesteder terug naar de tekentafel. Wat was er aan de hand?

### **Casus in notendop**

3. Damen nam deel aan de door onderzoeksinstituut NIOZ georganiseerde mededingingsprocedure met onderhandeling voor de bouw van een nieuw onderzoeksschip, ter vervanging van het grootste zeegaande onderzoeksschip van Nederland (richtprijs: € 62 miljoen). Tijdens de onderhandelingsronden heeft Damen meerdere keren gevraagd de eisen ten aanzien van het onderwatergeluid aan te passen en heeft zij bezwaar gemaakt tegen diverse contractbepalingen. Na de onderhandelingen ontving Damen een uitnodiging tot definitieve inschrijving, waaronder de overeenkomst en het bestek waarmee inschrijvers zich onvoorwaardelijk akkoord moesten verklaren. Omdat de bezwaren van Damen niet waren weggenomen, deelde Damen aan NIOZ mee dat zij vanwege het hoge risicoprofiel van de overeenkomst geen mogelijkheid zag om in te schrijven. Toen NIOZ niet bereid bleek de overeenkomst aan te passen, is Damen een kort geding gestart.

### **Bezwaren Damen en oordeel rechter**

4. In kort geding maakt Damen bezwaar tegen i) het betalingsschema, ii) het ontbreken van een duidelijk projectmanagementplan, iii) de eisen ten aanzien van het onderwatergeluid, iv) de overmachtsregeling, v) de gevolgen van ontbinding, vi) de aansprakelijkheid en vii) de levertermijn en geschillenregeling. Kern van het bezwaar van Damen is dat sprake is van disproportionele contractbepalingen. Voorzieningenrechter Schotman stelt Damen overwegend in het gelijk en geeft NIOZ in duidelijke en niet mis te verstane woorden te kennen dat zij haar 'huiswerk' over moet doen. Met name het bezwaar van Damen tegen de overmachtsregeling en het oordeel van de rechter op dat punt verdient de nodige aandacht.

### **Overmachtsregeling disproportioneel**

5. In de overmachtsregeling is onder meer bepaald dat de bouwer zich niet op overmacht kan beroepen in geval van verlate levering van materialen, ook niet als dat het gevolg is van een tekortkoming van een door de bouwer ingeschakelde derde. Volgens Damen heeft NIOZ met deze regeling onvoldoende oog gehad voor de belangen van de bouwer. Voor de bouw van het schip moet de bouwer namelijk een beroep doen op een aanzienlijke hoeveelheid leveranciers en onderaannemers afkomstig uit veel verschillende landen, ook buiten Europa. Juist om die reden is het volgens Damen gebruikelijk dat de bouwer zich op overmacht kan beroepen als de verlate levering van materialen niet aan hem is te wijten. Volgens Damen zijn binnen de *supply chain* al de nodige vertragingen ontstaan als gevolg van de huidige marktsituatie (de Coronacrisis, de grondstoffencrisis en de oorlog in Oekraïne) en kan de bouwer dergelijke risico's op vertragingen niet voorkomen of verzekeren. Om die

reden acht Damen het disproportioneel om het risico van verlate levering van materialen integraal bij de bouwer neer te leggen.

6. De voorzieningenrechter volgt Damen hierin en oordeelt dat NIOZ de verdragingsrisico's<sup>[2]</sup> onder de geschetste omstandigheden niet eenzijdig bij de bouwer kan leggen. De overmachtsregeling wordt onder de huidige marktomstandigheden onevenwichtig en disproportioneel geacht. Daarbij is meegewogen dat sprake is van snel oplopende boetes bij overschrijding van de (al krappe) levertermijn van het schip (31 maanden). NIOZ heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat een vertraging in de oplevering onmiddellijk tot schadelijke gevolgen leidt (het huidige schip is nog in de vaart) en heeft zich niet afgevraagd of het risico voor inschrijvers tegen reële voorwaarden verzekeraar is. De rechter stuurt NIOZ terug naar de tekentafel en draagt haar op een meer evenwichtige regeling in het contract op te nemen.

7. Bijzonder aan deze uitspraak is dat de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 5.30 van het vonnis uitschrijft hoe zo'n evenwichtige overmachtsregeling er uit zou kunnen zien. Zo'n voorzet van de rechter komt in de praktijk niet vaak voor. Kennelijk vond de rechter een concrete suggestie in dit specifieke geval op zijn plaats. Bij die suggestie blijft het echter niet. Aan het slot van het vonnis krijgt NIOZ namelijk een gebod opgelegd om de overeenkomst aan te passen op zodanige wijze dat daarmee onder meer recht wordt gedaan aan de door de rechter geformuleerde overmachtsregeling in rechtsoverweging 5.30. Hiermee lijkt NIOZ (impliciet) te worden verplicht tot het in de overeenkomst opnemen van een overmachtsregeling die in lijn is met de voorzet van de rechter. Dat gaat naar mijn mening een brug te ver. Hoe praktisch ook, aan de contractvrijheid wordt afbreuk gedaan als een rechter op de stoel van de aanbesteder gaat zitten en in zijn vonnis *de facto* voorschrijft hoe een overmachtsregeling moet gaan luiden.

### **Proactieve houding inschrijvers**

8. Zoals de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 5.1 opmerkt, is uitgangspunt dat een aanbesteder vrij is in het bepalen van zowel de uitvraag als de modaliteiten van de aanbesteding. De grenzen van die vrijheid worden bepaald door de Aanbestedingswet 2012, de Gids Proportionaliteit en de aanbestedingsrechtelijke beginselen. Als een inschrijver meent dat bepaalde contractbepalingen niet proportioneel zijn, wordt van hem een proactieve houding verlangd. Uit het Grossmann arrest en de daarop gebaseerde aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie volgt immers dat bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure duidelijk en in een zo vroeg mogelijk stadium aan de orde moeten worden gesteld, zodat onregelmatigheden zo nodig door de aanbesteder kunnen worden gecorrigeerd met zo min mogelijk consequenties voor het verloop van de aanbestedingsprocedure.<sup>[3]</sup> Een inschrijver die zijn bezwaren niet tijdig bij de aanbesteder aan de orde stelt, loopt het risico zijn recht te verwerken daarover in een later stadium alsnog te klagen.

### **Complain or comply**

9. Als een aanbesteder niet aan de geuite bezwaren van een inschrijver tegemoet komt, kan de betreffende inschrijver voor de weg naar de rechter kiezen of niet aan de aanbesteding deelnemen. In de praktijk zijn inschrijvers niet snel geneigd tot één van deze stappen.<sup>[4]</sup> Vaak wordt ondanks de bezwaren toch op de aanbesteding ingeschreven, in de hoop dat het gedurende de uitvoering wel 'los zal lopen'. Door in te schrijven committeren inschrijvers zich echter wél aan alle modaliteiten van de aanbesteding, waaronder de contractbepalingen.

10. Dat hierover tijdens de uitvoeringsfase in uitgangspunt niet meer kan worden onderhandeld, is recent nog onderstreept in een uitspraak van de rechtbank Gelderland van 25 augustus 2021: '(...) indien CDVM het niet met dat gefixeerde percentage eens was, zij daarmee niet zonder meer akkoord had moeten gaan met kennelijk, zoals de rechtbank het moet duiden, de gedachte dat zij daarover op een later moment tijdens de uitvoering van het werk nog wel met het Waterschap kon onderhandelen. Dat geldt te meer nu het wijzigen van voorwaarden na het sluiten van een overeenkomst in het kader van een aanbestedingsprocedure in beginsel niet is toegestaan. Indien CDVM niet met een opslagpercentage van 10% uit zou kunnen, had zij dat voorafgaand aan die sluiting kunnen melden en/of, zoals hiervoor vermeld, haar inschrijving daarop kunnen afstemmen'.<sup>[5]</sup>

## Conclusie

11. De onderhavige uitspraak laat zien dat het voor inschrijvers kan lonen om klachten over de proportionaliteit van contractbepalingen al in de precontractuele fase aan de rechter voor te leggen. Of het gejuich waarmee deze uitspraak (met name) in de bouwwereld is ontvangen wel helemaal terecht is, valt te betwijfelen. Aan het oordeel van de voorzieningenrechter liggen zeer bijzondere omstandigheden ten grondslag, namelijk een specifieke bouwsector (de scheepsbouw) en een opeenstapeling van uitzonderlijke marktomstandigheden (de Coronacrisis, de grondstoffencrisis en de oorlog in Oekraïne).

12. Verder onderstreept de uitspraak (impliciet) dat inschrijvers bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure tijdig (dat wil zeggen vóór inschrijving) aan de orde moeten stellen. Doen inschrijvers dat niet, dan kunnen opdrachtgevers mede aan de hand van deze uitspraak betogen dat zij hun recht hebben verwerkt deze bezwaren alsnog tijdens de uitvoering aan de orde te stellen. Ook opdrachtgevers kunnen dus hun voordeel met deze uitspraak doen.

Oftewel: complain or comply bij disproportionele contractbepalingen!

S.B. Groenwold

- 
- 1 Sanne Groenwold is advocaat bouw- en aanbestedingsrecht bij Croon advocaten.
  - 2 Voor meer over vertraging en onvoorziene omstandigheden (zij het in ander verband) zie onder meer: M.A.B. Chao-Duivis, R. Hoefnagels, L. Mundt en S.N.J. Putter, *Leidraad Vertraging en Verstoring. Voorkomen, oplossen, beslechten*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2022, A.F.J. Jacobs, *Praktijkboek vertragingsschade in de bouw 2e druk*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2022 en J. Springelkamp, *Kostenverhogend of onvoorzien: een groot verschil of is dát te overzien? Een onderzoek naar de toepassingskaders van par. 47 UAV 2012 en par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2022.
  - 3 HvJ EG 12 februari 2004, [ECLI:EU:C:2004:93](#) (*Grossmann Air Services/ Republik Österreich*).
  - 4 In de bouw is wel een ontwikkeling gaande dat aanbestedingen van complexe en risicovolle werken kritisch worden ontvangen.
  - 5 Rb. Gelderland 25 augustus 2021, [ECLI:NL:RBGEL:2021:6300](#), ro. 4.10.