

Geachte dame, heer,

Bijgaand het 2e kwartaalbericht over 2012 met een selectie van mogelijk voor u interessante actuele informatie over bouw- en aanbestedingsrecht:

Aanbestedingsrecht: materiaal voor defensie ook aanbestedingsplichtig

Hof van Justitie EU, 7 juni 2012, [C-615/10](#)

Op grond van art. 10 van richtlijn 2004/18/EG moeten defensieopdrachten in principe door middel van een aanbesteding in de markt worden gezet (voor zover defensierichtlijn 2009/81/EG niet op de betreffende opdracht van toepassing is). Als er maatregelen nodig zijn voor de bescherming van wezenlijke belangen op het gebied van de veiligheid van een betrokken lidstaat, dan kan onder omstandigheden worden afgeweken van de bepalingen in richtlijn 2004/18/EG (lees: mag je soms onderhands gunnen).

In de aangehaalde uitspraak heeft het HvJEU bevestigd dat uitzonderingen eng moeten worden opgevat. Dat geldt in de regel zeker voor goederen die normaalgesproken een civiele bestemming hebben. Ook dan is een beroep op de uitzondering echter mogelijk, als de betreffende goederen objectief gezien een specifiek militair karakter hebben. Of dat in een gegeven situatie het geval is wordt overgelaten aan de rechter.

Aanbestedingsrecht: opdracht, keurmerken en duurzaam inkopen

Hof van Justitie EU, 10 mei 2012, [C-368/10](#)

In een uitvoerig gemotiveerd arrest heeft het HvJEU verduidelijkt op welke wijze milieucriteria, zoals "EKO" kunnen worden voorgeschreven bij een aanbesteding.

Een specifiek keurmerk mag niet vereist worden, maar wel als voorbeeld van het gewenste niveau worden gebruikt. Ook mag worden aangegeven dat een aanbestedende dienst ervan uit gaat dat, als een product is voorzien van een bepaald keurmerk, het product voldoet aan de door haar gestelde technische specificaties. Ook ander bewijs moet echter mogelijk blijven. De specificaties van een bepaald keurmerk kunnen dan worden gebruikt om de technische specificaties van de opdracht te omschrijven. De betreffende technische specificatie moet in de aanbestedingsstukken worden opgenomen, zodat voor alle gegadigden duidelijk is wat wordt vereist. Het zelfde geldt als met een keurmerk (extra) punten kunnen worden behaald in de gunningsfase.

Het HvJEU merkt de eisen van "Max Havelaar" aan als bijzondere voorwaarden voor de

uitvoering van de opdracht. Of de betreffende eisen verenigbaar waren met art. 26 van richtlijn 2004/18/EG is helaas niet uitgemaakt, omdat de Europese Commissie niet reeds in haar beroepschrift op dat punt had gericht.

In het arrest wordt bevestigd dat sociale- en milieucriteria ook als gunningscriterium kunnen worden gebruikt. Wel is dan vereist dat de betreffende criteria objectief en transparant zijn en verband houden met het voorwerp van de betreffende opdracht.

Ten slotte oordeelt het HvJEU dat milieucriteria niet kunnen worden gebruikt om een gegadigde te selecteren, omdat dergelijke criteria niet worden genoemd in het gesloten stelsel van toegestane eisen in art. 45 t/m 49 van richtlijn 2004/18/EG.

Aanbestedingsrecht: Wira van toepassing vanaf 20 december 2009

Hof Leeuwarden, 15 mei 2012, [LJN: BW6167](#)

Het hof in Leeuwarden heeft recent bevestigd dat de regels met betrekking tot rechtsbescherming bij aanbestedingen zoals opgenomen in de Wira niet van toepassing zijn op overeenkomsten vóór 20 december 2009. In dezelfde uitspraak is bevestigd dat overeenkomsten die in strijd met het aanbestedingsrecht zijn gesloten niet nietig, vernietigbaar of anderszins onverbindend zijn en dus gewoon geldig zijn. Zie punt 7.

Aanbestedingsrecht: ongeldige eis? Procedure over!

Rechtbank Zwolle-Lelystad, 26 juni 2012, [LJN: BW9819](#)

Op grond van art. 49 lid 3 Bao kan een inschrijver voor wat betreft de aan hem gestelde eisen een beroep doen op de bekwaamheden van derden. Als die mogelijkheid in een bepaalde aanbesteding wordt beperkt of uitgesloten, dan moet de aanbesteding over. Een eis die in strijd met de richtlijn is geformuleerd is namelijk in strijd met het transparantiebeginsel, wat één van de pijlers van het aanbestedingsrecht is.

Aanbestedingsrecht: nader invulling eisen na gunning? Procedure over!

Rechtbank Rotterdam, 10 mei 2012, [LJN: BW5760](#)

De rechtbank te Rotterdam heeft recentelijk weer bevestigd dat een nadere invulling van gunningscriteria na de aanbesteding als snel tot gevolg heeft dat een heraanbesteding moet worden gehouden omdat die nadere eisen op voorhand niet bekend waren bij de inschrijvers waardoor de betreffende aanbestedende dienst handelde in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie. De inschrijvers hebben met de na inschrijving aangepaste manier van beoordelen door de aanbesteder

bij de opstelling van hun aanbieding geen rekening kunnen houden.

Aanbestedingsrecht: intrekken aanbesteding en heraanbesteding?

Rechtbank Arnhem, 11 mei 2012, [LJN: BW7823](#)

Een aanbestedende dienst mag in beginsel in ieder stadium van de aanbestedingsprocedure afzien van de beoogde opdracht. Na aanbesteding mag de betreffende opdracht niet zondermeer opnieuw in de markt worden gezet, omdat de verschillende aanbiedingen al bekend zijn geworden. In de door de rechtbank Arnhem beoordeelde zaak was sprake van een onbedoelde fout in de technische eisen van de opdrachtgever. Daardoor voldeed geen enkele van de inschrijvingen aan de gestelde eisen en was de opdrachtgever vrij om over te gaan tot heraanbesteding met aanpassing van de gewraakte bepaling. Zie punt 4.4 e.v van het vonnis.

Aanneming van werk: NEN-normen geen algemeen verbindend voorschrift

Hoge Raad, 22 juni 2012, [LJN: BW0393](#)

De Hoge Raad heeft bevestigd dat de NEN-normen, waarnaar in het Bouwbesluit c.a. wordt verwezen, geen algemeen verbindende voorschriften in de zin van de grondwet of de Bekendmakingswet zijn. Omdat de normen worden vastgesteld door het NNI hoeft de Staat die normen niet op de wijze zoals voorzien in de Bekendmakingswet bekend te maken. Het NNI hoeft de NEN-normen waarvan zij het auteursrecht heeft dus niet gratis ter beschikking te stellen. De firma Knooble die de betreffende procedure tegen de Staat voerde overweegt nu om een procedure bij het Europese Hof aanhangig te maken.

Aanneming van werk: niet tevreden? Tijdig klagen!

Hoge Raad, 27 april 2012, [LJN: BV5569](#)

Als je als opdrachtgever van een bouwwerk niet tevreden bent of de kwaliteit van het werk, dan bepaalt het BW dat je tijdig moet klagen bij je wederpartij omdat je anders niet ontvankelijk bent in je vordering. In een recent arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat die verplichting ook geldt bij (een inmiddels) ontbonden v.o.f. en dat je dus in die situatie ook de vennoten van de v.o.f. tijdig op de hoogte moet stellen van je bezwaren.

Aanneming van werk: retentierecht onderaannemer raakt soms opdrachtgever

Rechtbank Leeuwarden, 22 juni 2012, [LJN: BW9201](#)

Art. 3:290 BW bepaalt dat opdrachtnemer onder omstandigheden gerechtigd is om de afgifte van zaken van zijn wederpartij op te schorten, totdat zijn wederpartij de

verplichtingen jegens de opdrachtnemer is nagekomen. Dat recht wordt ook wel "retentierecht" genoemd. De rechtbank te Leeuwarden heeft recentelijk bevestigd dat een onderaannemer een retentierecht op grond van art. 3:291 BW ook kan uitoefenen tegen de opdrachtgever van de hoofdaannemer, als de vordering van de onderaannemer voortvloeit uit een overeenkomst die de hoofdaannemer bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan. Dat stond in die zaak echter niet ter discussie.

Vervolgens heeft de rechtbank beoordeeld of a) de onderaannemer een opeisbare vordering op de hoofdaannemer had, b) er voldoende samenhang was tussen de betreffende vordering en de verplichting tot afgifte en c) of de zaak die wordt achtergehouden zich in de macht van de onderaannemer bevond. Omdat ook dat het geval was oordeelde de rechtbank vervolgens dat de onderaannemer zijn retentierecht tegen de eigenaar/opdrachtgever kon invoeren.

Zie voor een vergelijkbare zaak waar geoordeeld werd dat de onderaannemer **niet** de feitelijke macht over het werk had: Raad van Arbitrage 22 juni 2012, [RvA 33.884](#).

Aanneming van werk: arbitrage of burgerlijke rechter?

Raad van Arbitrage, 20 juni 2012, [RvA 33.547](#)

In overeenkomsten van aanneming van werk wordt veelvuldig verwezen naar algemene voorwaarden. In die algemene voorwaarden wordt vervolgens vaak de Raad van Arbitrage voor de Bouw aangewezen als geschillen instantie in plaats van de rechter.

De wet gaat uit van snelle gebondenheid aan algemene voorwaarden, maar dan moeten die algemene voorwaarden wel vóór of bij het sluiten van de overeenkomst zijn overhandigd aan de wederpartij. Bewijs van het tijdig overhandigen is aan de gebruiker. In de door de Raad van Arbitrage behandelde zaak waren de algemene voorwaarden wel van toepassing verklaard in de overeenkomst, maar kon de aannemer niet bewijzen dat zijn voorwaarden waren overhandigd zodat de gewone rechter bevoegd was.

Sinds 1 januari 2012 is het op elektronische wijze beschikbaar stellen van algemene voorwaarden op een website van de gebruiker ook mogelijk. Let op dat ook in die situatie is het bewijs van het tijdig overhandigen aan de gebruiker is, zodat het nog steeds de beste oplossing is om de te hanteren algemene voorwaarden vóór of bij het sluiten van de overeenkomst te overhandigen aan de wederpartij en daarvoor te laten tekenen in de overeenkomst.

Arbitrage: Stichting Raad van Arbitrage Metaalnijverheid en -handel

Met ingang van 1 juli 2012 zal het secretariaat van de [Stichting Raad van Arbitrage Metaalnijverheid en -handel](#), gevestigd te Den Haag, door ons kantoor worden verzorgd. Secretaris van die Raad is onze nieuwe kantoorgenoot Jan Peter van den Berg. Ons kantoor zal ook de plaatsvervangende secretaris(sen) leveren.

Arbitrage, bouwrecht, huurrecht, vastgoed, onteigeningen

Per 1 juli 2012 wordt de vestiging van ons kantoor in Den Haag versterkt met de komst van mr. Jan Peter van den Berg en mr. Roderick Keus, beiden gespecialiseerd in vastgoedrecht waaronder, maar daartoe niet beperkt, arbitrage, bestuursrecht, burenrrecht, erfdiensbaaheden, huurrecht, onteigeningen, planschade en cassatie. U zal in de toekomst zeker nog meer van ze horen.

Bewijsrecht/staatssteun: eiser moet zijn stellingen bewijzen

Hof Leeuwarden, 15 mei 2012, [LJN: BW6167](#)

Een overeenkomst die in strijd met de regels voor wat betreft staatssteun wordt gesloten is in principe nietig. Het hof in Leeuwarden heeft recent uitgemaakt dat het aan de partij is die zich beroept op het bestaan van staatssteun om aannemelijk te maken dat er in een concreet geval sprake is van staatssteun. Dat had de partij die zich daar in deze zaak op beriep nagelaten, waarop het hof het verweer passeerde. Zie punt 9 t/m 14 vonnis.

Ten slotte

Wij hopen u hiermee van dienst te zijn geweest. Indien u naar aanleiding van dit stuk, of met betrekking tot andere bouw- of aanbestedingsaspecten, vragen heeft: bel gerust. Als u in onze informatie iets mist, of een onjuistheid ontdekt, dan horen wij dat graag. Ziet u in een volgend bericht een bepaald onderwerp graag besproken: meld dat ons! Indien u andere belangstellenden voor dit bericht weet die geen bericht van ons hebben ontvangen, schroom dan niet om dit bericht door te zenden of hem/haar te vragen zich bij ons aan te melden.

Dit bericht verschijnt in principe ieder kwartaal. Het volgende bericht verschijnt zo spoedig mogelijk, doch in ieder geval omstreeks 1 oktober 2012. We wensen u in de tussentijd en prettige zomer toe.

Met vriendelijke groet,

Niek Hoogwout

Geelkerken Linskens Advocaten N.V.

n.hoogwout@gl-advocaten.nl