

Geachte dame, heer,

Bijgaand het 2^e kwartaalbericht met interessante informatie over bouw- en aanbestedingsrecht.

Aanbestedingen

Groenboek aanbesteden

Recentelijk heeft de Europese Commissie (: EC) een groenboek aanbestedingen gepubliceerd met voorstellen voor verbeteringen en aanpassingen van de aanbestedingsprocedures. Aanbestedende diensten en de deelnemers aan aanbestedingen konden daar op reageren. Op 5 juli j.l. heeft de EC de 1^e resultaten gepubliceerd (zie [samenvatting EC](#), [groenboek](#) en [advies IPO ea](#)). Uit het bewuste onderzoek volgt dat de aanbestedingsprocedures in principe werken en per saldo ook daadwerkelijk kostenbesparingen tot gevolg hebben. Wel is er de roep om de bedragen waarboven verplicht een aanbesteding gehouden moet worden flink te verhogen in verband met de kosten voor alle betrokkenen en om de procedures te vereenvoudigen. De EC hoopt eind 2011/begin 2012 met een voorstel voor wijziging van de drie aanbestedingsrichtlijnen te kunnen komen.

Eigen aanbestedingsreglement

In navolging van de EC heeft de regering het vereenvoudigen van aanbestedingen hoog in het vaandel staan. Voor ondernemingen is het in dat kader handig als zij snel kunnen vinden welk beleid een bepaalde aanbestedende dienst hanteert en aan welke eisen dan voldaan moet worden. Zorg daarom dat je als aanbestedende dienst een duidelijke plek hebt waar dergelijke informatie verstrekt wordt en dat die plek voor derden ook makkelijk vindbaar is. Denk er ook aan om die informatie regelmatig te controleren: het komt helaas regelmatig voor dat er verouderde informatie (bijvoorbeeld te hoge drempels of niet meer gangbare reglementen) zijn opgenomen in aanbestedingsbeleid of andere informatie die te vinden is op internet. Meld eventuele aanbestedingen bovendien aan lokale belangenverenigingen zoals MKB, om te bevorderen dat lokale ondernemers ook inschrijven.

Gronduitgifte niet aanbestedingsplichtig (tenzij ..)

De rechtbank in Alkmaar ([BQ2032](#)) en in Groningen ([BQ8211](#)) hebben kort na elkaar bevestigd, dat verkoop van gronden door een aanbestedende dienst niet aanbestedingsplichtig is. De waarde van de grond moet dan op voorhand getaxeerd zijn door twee onafhankelijke deskundigen of de grond moet verkocht worden door een aanbesteding of een veiling. Bovendien mogen bij de verkoop geen eisen worden gesteld aan de verkoper die uitgaan boven de gebruikelijke publiekrechtelijke taken van een aanbestedende dienst, bijvoorbeeld voor wat betreft het vaststellen van een bestemmingsplan. Let op: als vooraf geen waarde is bepaald van de te verkopen grond, dan kan een overeenkomst die daarop betrekking heeft voor wat betreft het aanbestedingsrecht vernietigbaar zijn en wat betreft staatssteun zelfs nietig zijn! Houd daarom bij grondverkoop rekening met de [Reiswijzer Gebiedsonwikkeling](#).

Opstellen Gunningscriteria

Het is in principe aan de aanbestedende dienst om eisen te stellen en de omvang van een opdracht te bepalen. Die eisen moeten wel objectief en redelijk zijn en in verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht. De gunningscriteria zijn om te bepalen welke inschrijver in beginsel in aanmerking komt voor de opdracht en mogen enkel betrekking hebben op de aanbieding. Die eisen moeten strikt worden onderscheiden van de selectie-eisen of geschiktheidscriteria die betrekking hebben op de inschrijver zelf. Vermenging van selectie- en gunningscriteria heeft in de regel tot gevolg dat een aanbesteding over moet worden gedaan: zie [BQ2066](#), ro 4.4 en 4.5.

(Sub)Gunningscriteria bekendmaken

Een aanbestedende dienst dient de criteria op basis waarvan de inschrijvingen beoordeeld worden op voorhand in de aanbestedingsstukken te vermelden inclusief relatieve weging, omdat op basis van die informatie de interesse in de markt wordt gewekt. Wijziging of aanvulling van gunningscriteria of de wijze van beoordelen mag om die reden niet plaatsvinden na indiening van de inschrijvingen. Gebeurt dat toch, dan moet de aanbesteding in principe over, zie [BP1188](#). Soms wordt echter gekozen voor een herbeoordeling. Zie bijvoorbeeld [BQ6916](#) ro 3.8, of [BQ5070](#).

Strategisch inschrijven: ongeldig?

Bij aanbestedingen in de bouw wordt veelal het ARW 2005 van toepassing verklaard. In die regeling wordt, kort gezegd, bepaald dat een inschrijving ongeldig is, indien de inschrijving niet voldoet aan de eisen in het ARW 2005 en/of de aanbestedingsstukken. Vaak wordt in de aanbestedingsstukken weer verwezen naar eisen of regels in andere stukken, bijvoorbeeld de Standaard RAW bepalingen. Artikel 01.01.03 lid 2 van de Standaard RAW 2005 stelt als eis dat de prijs per eenheid voor elke in de aanbestedingsstukken opgenomen resultaatsverplichting alle directe kosten (zonder "staart") moet omvatten die nodig zijn om de resultaatsverplichting tot stand te brengen. Voldoet een inschrijving niet aan die eis, dan is de inschrijving in strijd met het RAW 2005 en onder het ARW 2005 ongeldig.

Slim inschrijven, ook wel aangeduid met strategisch inschrijven, is in de regel niet verboden. Bij strategisch inschrijven wordt echter vaak een verlies op de ene post gecompenseerd met een winst op een andere post. Daardoor voldoet een dergelijke inschrijving dan niet meer aan de eis in de RAW. Dat werd X uit Gouda ook fataal. Zie [BQ9811](#), ro 5.3.

Abnormaal lage inschrijving?

Bij het gunningscriterium van de laagste prijs is makkelijk te beoordelen welke inschrijver in beginsel in aanmerking komt voor de opdracht. Indien de betreffende inschrijving véél lager is dan de zorgvuldige begroting van de aanbestedende dienst, dan heeft de aanbestedende dienst de bevoegdheid om de betreffende inschrijver een toelichting te vragen waarom die prijs zo laag is. De betreffende inschrijver mag dus niet zonder meer worden afgewezen. Maar ook met een toelichting mag de inschrijver die in aanmerking komt voor gunning niet zo maar worden gepasseerd. Zie [BQ7374](#).

Het vragen van een toelichting bij mogelijk abnormaal lage inschrijvingen is een bevoegdheid van de aanbestedende dienst. Een andere inschrijver kan niet eisen dat de aanbestedende dienst gebruik maakt van die bevoegdheid. Zie [BP9754](#), ro 4.5 en 4.6.

Voorgenomen gunning

Een inschrijver die het niet eens is met een voorgenomen gunning kan, in de regel binnen 15 dagen na het bekend worden van dat voornemen, een kort geding beginnen. Die termijn kan in overleg met de aanbestedende dienst worden verlengd. Dat is in het belang van alle partijen: [BQ6111](#) ro 3.

Gunning opdracht

Op 22 december 2010 heeft het Europese Hof van Justitie bevestigd, dat een aanbestedende dienst geen opdracht kan geven aan juridisch van haar te onderscheiden derden zonder een aanbesteding te houden. Ook niet als die derde deels in handen is van diezelfde aanbestedende dienst. Eerder had het Hof al uitgemaakt dat elk particulier aandeel in de beoogde contractant tot gevolg heeft dat elke opdracht boven de drempel door middel van een aanbesteding in de markt moet worden gezet, om de doelstelling van gelijke behandeling en vrije en onvervalste mededinging te waarborgen. Dat het een zogenaamde II-B dienst betref doet daar niet aan af. Zie [C-215/09](#), ro 36.

Een aanbestedende dienst is niet gehouden een opdracht ook daadwerkelijk te gunnen. Om diverse redenen kan alsnog besloten worden de opdracht niet te gunnen. Als korte tijd nadien een deel van de opdracht die eerder door een aanbesteding in de markt was gezet andermaal in de markt wordt gezet, dan kan de inschrijver die in beginsel in aanmerking kwam voor gunning van de oorspronkelijke opdracht bezwaar aantekenen en aanspraak maken op uitvoering van het herziene deel: [BQ5311](#)

Aanneming van werk/bouwrecht

Uitvoering overeenkomst

Zeker bij een door een aanbesteding verkregen opdracht geldt dat de aannemer de opdracht conform overeenkomst dient uit te voeren. Dat betekent in de regel dat er geen extra kosten kunnen worden geclaimd als na ondertekening van de opdracht blijkt dat de aannemer zich vergist heeft. Fouten in een offerte komen nu eenmaal voor risico van de aannemer. Onder omstandigheden kan de aannemer ook in die situatie aanspraak hebben op (enige) bijbetaling, als de opdrachtgever bij de

aanbesteding alert had moeten zijn op de prijsverschillen tussen de laagste inschrijver en opvolgende inschrijvers en de opdrachtgever de overeenkomst in stand wil laten. Zie BQ9162, ro 5.2 e.v..

Geschillen

Voorkomen is beter dan genezen. Vroegtijdig melden van knelpunten helpt veel. Als er onverhoopt toch een geschil is waar een procedure over moet worden gevoerd, dan is het zaak dat je bij het juiste "loket" zit. Bij overeenkomsten in de bouw worden veelal algemene voorwaarden van toepassing verklaard. De in de bouw gebruikelijke algemene voorwaarden (o.a. UAV 1989, AVA 1992 en GIW AV A-2007) bepalen in de regel dat de Raad van Arbitrage voor de Bouw bevoegd is om van geschillen kennis te nemen. Bij overeenkomst (of in het bestek) kan daar echter van af geweken worden. Check daarom altijd bij welke instantie een eventuele procedure gevoerd moet worden.

Belastingrecht

Op 10 juni j.l. heeft de Hoge Raad een drietal arresten gewezen die allen betrekking hebben op de vraag of bij een vastgoedtransactie overdrachtsbelasting (of BTW) verschuldigd is. In de eerste zaak ([BN0646](#)) werd uitgemaakt dat bij een onroerend goed transactie de overeenkomst tot levering van een onroerende zaak uitgangspunt is om te bezien of sprake is van een nieuw vervaardigde onroerende zaak, maar dat de staat waarin - en de omstandigheden waaronder - de betreffende onroerende zaak uiteindelijk door de verkoper aan de koper wordt opgeleverd beslissend is.

Bij de tweede zaak ([BN3437](#)) zijn sloopwerkzaamheden verricht, zonder dat alles is gesloopt. Vraag is dan of in dat geval ook onbebouwde grond is ontstaan. De Hoge Raad heeft daarop vragen gesteld aan het Europese Hof van Justitie. Het is derhalve nog afwachten wat de uitkomst is van die vragen.

In de derde zaak ([BQ7580](#)) had een belanghebbende aandelen gekregen in een BV. De betreffende BV had aandelen in een andere BV, waarvan de bezittingen met name bestonden uit twee bouwterreinen. De vraag is vervolgens of de samenloopvrijstelling overdrachtsbelasting ook van toepassing is bij een indirecte verkrijging via de aankoop van aandelen in de eerste BV. De Hoge Raad beantwoordt die vraag bevestigend, door aan te nemen dat de verkrijging van aandelen in een onroerende zaak moet worden gelijkgesteld met het verkrijgen van de onroerende zaak zelf.

Ten slotte

Wij hopen u hiermee van dienst te zijn geweest. Indien u naar aanleiding van deze mail 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 ook graag.

Ziet u in een volgend mailbericht een bepaald onderwerp graag besproken: meld dat ons!

Indien u andere belangstellenden voor dit bericht weet die geen e-mail 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 e-mail bericht verschijnt in principe ieder kwartaal. Het volgende mailbericht verschijnt omstreeks 30 september 2011, of zoveel eerder als zich nuttige informatie voordoet.

Met vriendelijke groet,
Colette Gonsalves en Niek Hoogwout
Geelkerken Linskens Advocaten N.V.
Noordeinde 2a, Leiden, 071 512 44 43
c.Gonsalves@gl-advocaten.nl of n.hoogwout@gl-advocaten.nl