

Geachte dame, heer,

Bijgaand het 4^e kwartaalbericht met interessante informatie over bouw- en aanbestedingsrecht.

Aanbestedingen

Aanpassing regels aanbesteden

Op 20 december j.l. heeft de Europese Commissie de herziening aangekondigd van de richtlijnen die zien op overheidsaanbestedingen (zie [modernisering aanbestedingsregels](#)). De voorstellen beogen de omvang van regelgeving te verminderen en pogen tevens de administratieve lasten voor de overheid en inschrijvers te beperken.

Sommige aanpassingen zijn klein, andere van (potentieel) groot belang: omzeteisen mogen in beginsel niet hoger zijn dan de waarde van de opdracht. Bij richtlijn 2004/18/EG zal eerder voor een onderhandelingsprocedure gekozen mogen worden. Voor diensten zal het huidige onderscheid tussen 2A en 2B diensten worden opgeheven. Opdrachtnemers die slecht presteren kunnen bij een nieuwe aanbesteding onder omstandigheden worden uitgesloten. Onder strikte voorwaarden kan de ervaring en expertise van een inschrijver als gunningscriterium worden gehanteerd. Ook worden maatregelen in het vooruitzicht gesteld om opdrachtgevers te prikkelen om kleinere opdrachten uit te geven. Ten slotte worden voorstellen gedaan voor een aparte richtlijn met betrekking tot concessies.

Het is uiteraard nog niet zeker of alle voorstellen ook daadwerkelijk in aangepaste of nieuwe richtlijnen zullen worden opgenomen. Doel is dat de herziene richtlijnen uiterlijk medio 2014 in werking treden. We zullen u in ieder geval zoveel mogelijk tussentijds op de hoogte houden.

Beroep op ervaring derde

Als je zelf niet kan voldoen aan de eisen bij een aanbesteding, dan mag je in beginsel een beroep doen op de ervaring, kunde, etc. van een ander. Bij inschrijving moet je dat dan wel melden. De rechtbank te Arnhem heeft recent (zie [BU3544](#)) recentelijk bevestigd dat je geen beroep kan doen op de financiën van een failliet bedrijf en evenmin op de ervaring van een failliet bedrijf. Dat laatste is hoogstens anders als je het hele bedrijf, alle activa en al het personeel hebt overgenomen.

Drempels Europese aanbestedingen

Op 30 november 2011 heeft de Europese Commissie de nieuwe drempelbedragen ([drempel 2012-2013](#)) vastgesteld voor de periode van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2013:

Richtlijn 2004/18/EG (algemene overheidsopdrachten)

Leveringen en diensten:	€ 200.000
voor >50% gesubsidieerde diensten:	€ 200.000
Prijsvragen diensten:	€ 200.000
Prijsvragen diensten Rijk:	€ 130.000
Leveringen en diensten Rijk:	€ 130.000
(voor >50% gesubsidieerde) Werken:	€ 5.000.000
concessies voor Werken:	€ 5.000.000

Richtlijn 2004/17/EG (speciale sectoren)

Leveringen en diensten:	€ 400.000
Prijsvragen	€ 400.000
Werken:	€ 5.000.000

Richtlijn 2009/81/EG (defensieopdrachten)

Leveringen en diensten:	€ 400.000
Werken:	€ 5.000.000

Let op dat veel aanbestedende diensten lagere drempels hanteren waarboven aanbestedingen gehouden moeten worden.

Heraanbesteding

Indien een aanbestedende dienst een aanbesteding heeft gehouden en vervolgens algemeen bekend maakt dat een nieuwe aanbesteding zal worden gehouden vanwege het resultaat van de eerste aanbesteding, dan kan de betreffende aanbestedende dienst daar achteraf niet op terugkomen. Zeker niet als een en ander gepubliceerd is en de bij de eerste aanbesteding betrokken partijen om die reden geen rechtsmaatregelen hebben getroffen (zie [BR7091](#)).

Onvolledige of onjuiste inschrijving ongeldig

In een groot aantal uitspraken (zie o.a. [T-8/09](#), ro 58 en 69 t/m 72; [BT6726](#)) is de afgelopen maanden bevestigd dat een onvolledige inschrijving, of een inschrijving gebaseerd op onjuiste uitgangspunten, ongeldig is. De betreffende inschrijver wordt dan geacht niet te hebben deelgenomen aan de aanbesteding.

Uitsluitend recht

De Hoge Raad heeft recentelijk ([BU4900](#)) in een geschil tussen AVR en de gemeente Westland bevestigd dat een aanbestedende dienst onder omstandigheden opdracht mag geven aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten zonder dat een aanbesteding gehouden is.

Aanneming van werk/bouwrecht

Algemene voorwaarden

Wil je als partij bij een overeenkomst een beroep kunnen doen op algemene voorwaarden, dan moet je die voorwaarden vóór of bij het sluiten van de overeenkomst aan je wederpartij hebben gegeven. Doe je dat niet, dan loop je namelijk het risico dat je geen beroep op (een deel van) die voorwaarden kan doen. Om te voorkomen dat er naderhand discussie ontstaat of bepaalde stukken wel of niet tijdig zijn verstrekt, is het verstandig dat in het stuk waarmee de betreffende voorwaarden aan de wederpartij worden verzonden wordt vermeld dat de betreffende voorwaarden als bijlage zijn bijgevoegd en/of laat je wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst een stuk tekenen, waarin wordt erkend dat de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst zijn overhandigd, zodat je later kan bewijzen dat de algemene voorwaarden ook daadwerkelijk zijn overhandigd aan de wederpartij (zie voor een aansprekende discussie daarover [BT6684](#)).

Het komt ook in die situatie nogal eens voor dat er meerdere algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard (al dan niet door verwijzing in het bestek naar andere stukken die verwijzen naar andere algemene voorwaarden). Dat is geen probleem als de verschillende voorwaarden verschillende aspecten bestrijken (en dus aanvullend zijn). Vaak is het echter zo, dat de eigen voorwaarden een aanpassing (of aanvulling) zijn van andere voorwaarden die ook van toepassing zijn (verklaard). In die situatie is het veelal niet meer duidelijk welke algemene voorwaarden partijen beoogd hebben (en is er sprake van een zogenaamde "battle of forms"). Vaak heeft dat tot gevolg dat er helemaal geen algemene voorwaarden van toepassing zijn. Let daarom bij het sluiten van een overeenkomst niet alleen op of de overeenkomst zelf logisch is, maar ook of de eventueel van toepassing verklaarde algemene voorwaarden elkaar aanvullen.

Arbitrage

Het voornemen van de regering is dat de rechtspraak door de burgerlijke rechter in 2013 wordt betaald door diegenen die er gebruik van maken. Gevolg daarvan zou zijn, dat de kosten om een procedure aanhangig te maken zullen stijgen. Partijen zijn niet verplicht om hun geschil voor te leggen

aan de burgerlijke rechter. Partijen kunnen er ook (naderhand) voor kiezen om hun geschil te laten beslechten door arbitrage. Voor bouwgerelateerde zaken is er bijvoorbeeld de Raad van Arbitrage voor de Bouw te Utrecht. Los van de deskundigheid van arbiters in dergelijke zaken, kan het (al dan niet naderhand in overleg met de wederpartij) voorleggen van een geschil aan arbiters binnenkort ook voordelig(er) zijn om een geschil te laten beslechten door arbiters (in plaats van de rechtbank).

Bouwstoffen

De rechtbank te Rotterdam heeft recentelijk bevestigd (zie [BT8717](#)) dat een (onder)aannemer dient in te staan voor de goede hoedanigheid van de gebruikte bouwstoffen en hulpconstructies.

Procesrecht: beslag

Als je een vordering op een wederpartij hebt, dan kan je op enig moment over gaan tot incasso. Als de wederpartij dan nog niet betaald, dan zal je een procedure moeten voeren. Een procedure kan helaas veel tijd in beslag nemen. Als het tegenzit, is je wederpartij gevlogen tegen de tijd dat er een positieve uitspraak is. Om dat risico te beperken kan je voorafgaande aan - of tijdens - de procedure de rechtbank vragen om verlof om beslag te mogen leggen. Per 1 juli 2011 gelden er strengere eisen voor de onderbouwing van het verzoekschrift door de beslaglegger. Dit ter voorkoming dat ten onrechte verlof wordt verleend door de voorzieningenrechter voor het leggen van beslag.

Van de beslaglegger wordt verlangd dat hij aangeeft welk type beslag hij wenst te leggen. In het verzoekschrift dient door de beslaglegger de grondslag van de vordering uit hoofde waarvan beslag wordt gelegd te worden vermeld en dient eveneens te worden vermeld of er sprake is van: onbetaalde facturen, overige vorderingen uit overeenkomst of andere grondslagen, zoals onrechtmatige daad.

Nieuw is dat de beslaglegger dient te vermelden of de schuldenaar de vordering van de beslaglegger betwist dan wel erkent. Indien er sprake is van een betwisting dienen de gronden van de betwisting te worden vermeld in het verzoekschrift.

Verder dient de beslaglegger in het verzoekschrift te motiveren waarom het beslag nodig is en waarom is gekozen voor beslag op de in het beslagrekest genoemde goederen en waarom niet een minder bezwarend beslagobject mogelijk is (bijvoorbeeld beslag op een onroerende zaak in plaats van derdenbeslag onder de bank). Zie in dat kader ook de zogenaamde [beslagsyllabus](#), met daarin de laatste eisen en wijzigingen, welke wordt gehanteerd door de rechtbanken in Nederland bij de beoordeling van een verzoek om verlof om beslag te leggen.

Als verlof wordt verleend, dan wordt daarin tevens bepaald dat, als ten tijde van het leggen van het beslag nog geen procedure aanhangig is, binnen een in het verlof op te nemen termijn alsnog een procedure moet worden begonnen. wordt dat niet (tijdig) gedaan, dan vervalt het beslag weer. Mocht de wederpartij nadat het beslag is gelegd onverhoopt failliet gaan, dan vervalt het beslag helaas ook.

Staatssteun

Op 20 december j.l. heeft de Europese Commissie een herziene versie goedgekeurd van het pakket EU-staatssteunregels voor de beoordeling van overheidscompensatie voor diensten van algemeen economisch belang (DAEB's). Het nieuwe pakket ([nieuw pakket staatssteunregels](#)) geeft meer duidelijkheid over een aantal cruciale begrippen uit het staatssteunbeleid. Met het oog daarop is er ook een nieuwe mededeling opgesteld met uitleg van de basisbegrippen.

De Commissie heeft verder een voorstel gedaan voor het maximum compensatiebedrag (ook wel de-minimisbedrag) voor DAEB's: € 500.000,00 over een periode van drie jaar. Een definitieve beslissing op dat punt wordt pas in de loop van 2012 verwacht. Ook voor ziekenhuizen en woningcorporaties wordt voor bepaalde situaties een ruimere regeling voorgesteld.

De controle van - en het onderzoek naar - andere DAEB's wordt grondiger. De drempel voor compensatie wordt in de meeste gevallen verlaagd van € 30 miljoen naar € 15 miljoen over drie jaar. DAEB's moeten daarnaast zoveel mogelijk worden toegewezen via een open en transparante aanbestedingsprocedure, zodat de belastingbetalers die voor deze diensten betalen, de beste kwaliteit tegen de laagste kostprijs krijgen.

Met de nieuwe regels komt er onder meer een preciezer methodiek om het compensatiebedrag te bepalen, moeten de lidstaten doelmatigheidsprinkels in hun compensatiemechanismen opnemen, wordt de inachtneming van de EU-regels inzake overheidsopdrachten geëist en moeten partijen die dezelfde dienst verrichten gelijk worden behandeld wanneer het gaat om het bepalen van de compensatie. Bovendien kan de Commissie eisen dat lidstaten maatregelen nemen om de concurrentieverstorende effecten van bepaalde compensaties te beperken, wanneer deze een bijzonder groot risico inhouden dat de mededinging op de interne markt wordt verstoord.

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. Vanwege het grote aantal nieuwe regelingen is het aantal actuele uitspraken in deze bijdrage relatief gering. We streven er dan ook naar om zo spoedig mogelijk, doch in ieder geval omstreeks 1 april 2012, met een nieuw actualiteiten bericht te komen.

Rest ons u een voorspoedig en gezond 2012 toe te wensen!

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 en/of n.hoogwout@gl-advocaten.nl