



Fouten en gebreken: waarschuwen tijdens de aanbesteding of niet?

Het is logisch dat inschrijvers niet altijd het achterste van hun tong zullen laten zien tijdens de aanbestedingsprocedure, om zo de beste bieding te doen en de aanbesteding te winnen. De vraag die vaak wordt gesteld is: waarover dient de inschrijver de opdrachtgever te informeren tijdens de aanbestedingsprocedure?

Auteur: Mr. Anja van den Borne

Wanneer is het overduidelijk dat er binnen een aanbesteding fouten of onjuistheden voorkomen?

Casus

In 2010 gebeurde het volgende:

De gemeente Tynaarlo hield een aanbesteding voor het uitvoeren van onkruidbestrijding op wegverhardingen in de gemeente voor een periode van twee groeiseizoenen. De geraamde waarde van de opdracht bedroeg €240.000. ISS Landscaping Services, toen nog geen onderdeel van Krinkels, schreef in met een totaalprijs van €134.450.

De gemeente gunde de opdracht op 9 maart 2010 voorlopig aan ISS Landscaping Services. De overige (vier) inschrijvers hadden ingeschreven met een bedrag tussen de €240.000 en €307.500.

ISS Landscaping Services berichtte de gemeente per brief van 16 maart 2010 dat er een fout was gemaakt bij haar inschrijving. Zij had abusievelijk met een jaarprijs ingeschreven - een soortgelijke, eerdere opdracht bij deze gemeente was voor de duur van een jaar - in plaats van met een totaalprijs, zoals was gevraagd. De gemeente vond

dat de inschrijving van ISS Landscaping Services een onherroepelijk aanbod was (art. 6:219 BW). Hierdoor kwam bij de definitieve gunning een rechtsgeldige overeenkomst tot stand. De gemeente gunde vervolgens de opdracht definitief aan ISS Landscaping Services. Hierop gaf ISS aan dat zij de opdracht niet zou uitvoeren. De gemeente stapte vervolgens naar de rechter en eiste nakoming van de overeenkomst.

**'Aannemer moet vooraf
waarschuwen voor
onjuistheden, anders wordt
meerwerk niet vergoed'**

De rechtbank oordeelde: 'Het is duidelijk dat ISS met de door haar opgegeven prijs geen totaalprijs voor de duur van twee groeiseizoenen kan hebben bedoeld. Wil en verklaring van ISS stemden dan ook niet overeen.

De gemeente had moeten begrijpen dat er sprake was van een vergissing. Haar eigen kostenraming kwam immers veel hoger uit. De opgege-

ven prijs door ISS voor twee groeiseizoenen was slechts 25% hoger dan die in 2009 voor één groeiseizoen. Deze bedroeg slechts de helft van wat de overige inschrijvers hebben opgegeven. Bovendien was de gemeente al voor de definitieve gunning op de hoogte van de onjuist opgegeven totaalprijs, maar is desondanks tot gunning overgegaan. De gemeente had om opheldering moeten vragen.'

De vorderingen van de gemeente werden afgewezen.

Precontractuele waarschuwingsplicht

Wanneer zijn fouten in het contract, zoals de duidelijk te lage inschrijfprijs van ISS in de casus, overduidelijk en moet daarop worden geteenderd? Volgens de wet zit het zo: Bij aanneming van werk, en dus ook voor de realisatie en renovatie van sportvelden en accommodaties, kent de wet een precontractuele waarschuwingsplicht. In artikel 7:754 van het Burgerlijk Wetboek is bepaald dat de aannemer voorafgaand aan de opdrachtverlening (lees: tijdens de aanbestedingsprocedure) de opdrachtgever dient te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Ook dient er te

worden gewaarschuwd tijdens de aanbestedingsprocedure wanneer er sprake is van gebreken en ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever. Hieronder wordt ook begrepen de grond waarop de opdrachtgever een werk laat uitvoeren en fouten of gebreken in de door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken en uitvoeringsvoorschriften. Dit betekent dat niet alleen voor fouten in het bestek moet worden gewaarschuwd door de inschrijver. Het gaat verder: de inschrijver dient te waarschuwen voor fouten én gebreken in de door de opdrachtgever verstrekte gegevens én de ongeschiktheid van zaken. Wordt deze waarschuwingsplicht geschonden, dan riskeert de inschrijver dat gedurende de realisatiefase het 'meerwerk' niet voor vergoeding in aanmerking komt.

'Ik verwacht niet dat diepgaand onderzoek naar de samenstelling van de grond wordt verwacht'

In hoeverre naar besteksfouten speuren?

De vraag die een van de lezers van *Fieldmanager* mij stelde, is: hoever reikt deze verplichting nu precies? Het criterium op basis waarvan er al dan niet dient te worden gewaarschuwd, is dat de inschrijver de fout, het gebrek of de ongeschiktheid kende of diende te kennen. Hoe kunnen we nu achterhalen of een inschrijver een bepaalde fout kende of diende te kennen? In mijn optiek kunt u dat in de praktijk het beste doen door u af te vragen hoe een andere aannemer in de branche tegen de fout, het gebrek of de ongeschiktheid aan zou kijken. Als andere aannemers in de branche een fout, gebrek of ongeschiktheid tijdens de calculatiefase hadden kunnen ontdekken, dan zou een waarschuwingsplicht kunnen worden aangenomen. Dit betekent dus dat niet van een inschrijver kan worden verlangd dat hij

'Hoe valt te achterhalen of de inschrijver de fout kende of diende te kennen?'

alle gegevens zal navorsen en alle zaken, zoals de samenstelling van de grond en eventuele fundering en de bestaande opbouw, zal onderzoeken voordat wordt ingeschreven. Dit geldt uiteraard voor zover er niet anders is bepaald in de aanbestedingsdocumenten.

'Alle inschrijvers kennen een fout, maar zwijgen door hun belang van een concurrerende aanbieder'

Maar als in de aanbestedingsdocumenten expliciet is vermeld dat onderzoek ten aanzien van bijvoorbeeld de grond of de opbouw voorafgaand aan de inschrijving is vereist, dan kan wél van de inschrijver worden verwacht dat hij voor de inschrijving waarschuwt voor eventuele fouten of gebreken. Ik verwacht eerlijk gezegd niet dat bij aanleg en renovatie van sportvelden en accommodaties tijdens de aanbestedingsprocedure diepgaand onderzoek naar de samenstelling van de grond van de inschrijvers wordt verwacht. Let op: soms wordt door inschrijvers gesteld dat er voor een fout, gebrek of ongeschiktheid niet hoefde te worden gewaarschuwd omdat uit de nota van inlichtingen blijkt dat geen van de inschrijvers de fout, het gebrek of de ongeschiktheid heeft opgemerkt en gemeld. Dit zou een aanwijzing kunnen zijn dat het gaat om een fout, gebrek of ongeschiktheid die de inschrijver niet kende of behoorde te kennen. Daar kan tegenin worden gebracht dat mogelijk alle inschrijvers een fout, gebrek of ongeschiktheid wel kennen, maar vanwege hun belang bij het doen van een concurrerende aanbieder hierover niets melden. De stelling van die inschrijvers zou daarmee dus onderuit kunnen worden gehaald.



Anja van den Borne is advocaat en verbonden aan Deterink Advocaten en Notarissen te Eindhoven en in Amsterdam is Anja promovenda bij de Vrije Universiteit Amsterdam. Zij is specialist in het bouw- en aanbestedingsrecht en heeft veel expertise op het gebied van (het benutten van de mogelijkheden van) samenwerking tussen overheid en bedrijven. Anja.van.den.Borne@deterink.com / 040 – 2626646.