

Model K-verklaring ook bij nieuwe inschrijving op aanbesteding

Voorzieningenrechter vond uitkomst ongewenst

Leiden - Het lijkt alsof over de model K-verklaring al zoveel is gezegd en geschreven dat hierover niet meer hoeft te worden geprocedeerd. Niets is echter minder waar, zo blijkt uit een op 6 augustus jl. gepubliceerde uitspraak van de Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage (LJN: BX3356).

Een hoveniersbedrijf schrijft in op een door de gemeente Rijswijk overeengekomen het ARW 2005 gehouden Europese openbare aanbesteding voor het maaien van gras. Het model K-formulier maakt (ook volgens het ARW 2005) onderdeel uit van de aanbesteding. Na inschrijving blijkt van een fout in het bestek. De gemeente acht het niet nodig om de aanbesteding te stoppen en tot een heraanbesteding over te gaan. Zij vraagt de inschrijvers om een nieuwe inschrijving op basis van het gecorrigeerde bestek. De gemeente bericht vervolgens dat zij voornemens is de opdracht aan het bewuste hoveniersbedrijf te gunnen. Eén van de andere inschrijvers maakt daartegen bezwaar omdat de hovenier (en met hem nog vier andere inschrijvers) bij de tweede inschrijving geen model K-verklaring heeft ingediend. De gemeente verklaart de inschrijving

vervolgens alsnog ongeldig. Hoewel deze kwestie naar de mening van de Voorzieningenrechter uitzonderlijk is, aangezien voor een tweede keer moest worden ingeschreven op dezelfde aanbesteding, verhindert de specifieke aard van de model K-verklaring dat deze bij een nieuwe inschrijving wordt hergebruikt. De verklaring heeft tot doel dat de (statutaire) bestuurder zich van het proces van aanbesteding op de hoogte stelt.

Wrang

Die bestuurder verklaart dat de onderhavige inschrijving niet in strijd met het mededingingsrecht tot stand is gekomen. De eerder overgelegde verklaring zegt om die reden niets over een latere inschrijving op dezelfde aanbesteding. Hiertegen valt juridisch misschien weinig in te brengen maar de smaak is toch wrang, vooral omdat de

gemeente zelf heeft aangegeven dat het geen nieuwe aanbestedingsprocedure betrof.

Waarschijnlijk vond de Voorzieningenrechter als mens deze uitkomst ook ongewenst. De gemeente had ook alleen om een nieuw inschrijvingsbiljet en een nieuwe inschrijvingsstaat gevraagd en daarmee - naar het oordeel van de hovenier - zelfs impliciet aangegeven dat geen nieuwe model K-verklaring nodig was. Naar het oordeel van de rechter zijn hiermee niet alle eisen van de aanbesteding op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aanbestedingsstukken geformuleerd, zodat het transparantiebeginsel is geschonden. Om die reden wordt de gemeente alsnog veroordeeld tot heraanbesteding. Een procedure zonder winnaars. Het gras in Rijswijk moet onderhand wel een meter hoog staan. Voortaan dus bij iedere inschrijving (wat dus iets anders is dan een aanbesteding) een model K-verklaring vragen en (ook ongevraagd) indienen.

Per van der Kooi en Menno de Wijs
Advocaten aanbestedingsrecht
De Clercq Advocaten, Leiden

JURIDISCH

Juridische consequenties van het Bouw Informatie Model

In deze krant staan nogal eens artikelen over BIM. Die zijn doorgaans technisch van aard. Over de juridische consequenties van deze nieuwe aanpak is echter nog niet veel bekend. Hoogleraar Bouwrecht prof. mr. dr. M.A.B. Chao Duivis heeft gelukkig een notitie geschreven voor het Nationaal BIM Platform. Daaruit haal ik de navolgende hoofdlijnen en voeg ik nog wat gedachten en ervaringen van ons toe.

BIM en aansprakelijkheid
BIM is geen wettelijk begrip. De keuze ervoor levert dus niet automatisch een bepaalde overeenkomst op. BIM-werken leidt bijvoorbeeld niet tot een bouwteamovereenkomst. Van een bouwteam is namelijk alleen sprake als dat expliciet overeengekomen wordt. Naar onze mening kan er wel geleerd worden van de ervaringen met bouwteams. Die komen erop neer dat degene die een fout maakt in het bouwteam, daarvoor aansprakelijk is. Dus de architect voor zijn ontwerpfout en de aannemer voor een uitvoeringsfout. Ook kan er sprake zijn van medeaansprakelijkheid als een andere deelnemer in het proces de fout had moeten zien of daarvoor had moeten waarschuwen. Vanzelfsprekend hangt dat af van zijn deskundigheid.

BIM en auteursrecht
Bij een BIM-samenwerking wordt zelden zo nauw samengewerkt dat er een gemeenschappelijk auteursrecht ontstaat. Meestal zal er sprake zijn van een combinatie van werken, zodat iedere maker zijn rechten individueel kan handhaven. Ook in

de BIM-situatie ontwerpt de architect het werk, waarna de constructeur, de installateur en eventueel de aannemer de technische invulling verzorgen. Duidelijk blijft wie welke bijdrage aan het eindresultaat heeft geleverd en aan wie de intellectuele eigendomsrechten toevallen. Juridisch maakt het geen verschil of er met een BIM-model wordt gewerkt, of dat er bijvoorbeeld met een rood potlood tekeningen worden getrokken in een door een architect gemaakt ontwerp. Net als bij de traditionele methode blijft het dus van belang om tevoren goed te regelen als u van de wettelijke regeling wilt afwijken, zie hierna.

BIM en contracteren - protocol
Er zijn dus geen bijzondere nieuwe contractsvormen of wettelijke wijzigingen van bestaande contracten nodig. Zorg zoals altijd voor een goede overeenkomst (aanneming, bouwteam, d&c of een andere variant) en daarop aansluitende algemene voorwaarden. Let op 1: voorkom onduidelijke verschillen in aansprakelijkheid e.d. Let op 2: zorg - vanwege BIM - óók voor een protocol. Leg daarin de afspraken vast over de hard- en software, de overdracht van informatie, de communicatie, het samenvoegen van data en het archiveren ervan, de beheerder, etc. Ook het auteursrecht kan daarin geregeld worden.

Mr. Hugo Meijer
Ten Holter Advocaten, Sectie bouwrecht/vastgoed

COLUMN / BRUMMELHUIS

Op de blauwe ogen

Meedoen aan een aanbesteding betekent voor de meeste inschrijvers een hoop papierwerk. Maar soms is het voldoende wanneer de inschrijver alleen verklaart (en niet op voorhand bewijst) dat hij aan bepaalde vereisten kan voldoen. Dat was een prettig bericht voor de voorlopige winnaar in de zaak van deze week. Voor nummer 2 was het volgende minder goed nieuws. U kunt het zich eenvoudig voorstellen; bij een aanbesteding wordt een raamcontract vergund. Een van de minimum-eisen is dat de inschrijver gedurende de looptijd van de raamovereenkomst producten van een bepaald merk kan leveren en onderhouden. De voorlopige winnaar verklaart bij zijn inschrijving aan deze minimumeisen te kunnen en te zullen voldoen. Maar nummer 2 gelooft daar niets van. Nummer 2 denkt namelijk te weten dat de voorlopige winnaar de genoemde producten niet kan leveren, omdat de voorlopige winnaar geen 'geautoriseerde reseller van dit merk' is. Dat lijkt goed nieuws voor

nummer 2. Die vindt dan ook dat de aanbesteder ten onrechte heeft nagelaten te onderzoeken of de voorlopige winnaar wel aan de bedoelde eisen kan voldoen. Daar is de voorzieningenrechter het echter niet mee eens. Indien een inschrijver aangeeft dat hij voldoet aan een bepaalde (minimum)eisen, waar in de selectie- en gunningsfase (nog) geen bewijsstukken worden verlangd, dan mag de aanbesteder ervan uitgaan dat die inschrijver ook daadwerkelijk voldoet aan die eis. Slechts wanneer er gegronde aanwijzingen zijn dat de inschrijver niet kan voldoen aan de eis, rust op de aanbestedende dienst een nadere onderzoeksplicht. Gewoon op de blauwe ogen, dus.

Rechtbank 's-Gravenhage,
Uitspraak 9 juli 2012, Publicatie
26-7-2012

Yvette Brummelhuis
Plas Bossinade Advocaten

Reageer op deze column via mail, twitter of www.cobouw.nl/htcobouw



Bank door het glas

Geert van Sommeren van GSO Developments schuurt de banken van het terras van de nieuwe vleugel van het Stedelijk Museum in Amsterdam. De

banken zijn van een vezelversterkte acrylaatbeton. De betonnen banken lopen van binnen door het glas naar buiten.