

# Contact maar nog geen contract

**Het komt herhaaldelijk voor dat een aanbesteder met een beoogde kandidaat vóór gunning van het werk, pre-contractueel contact heeft en een nadere toelichting wenst op de inschrijving. Een dergelijk onderhoud vindt dan plaats na het indienen van de prijs door inschrijver, maar voor de definitieve gunning van het contract.**

In de RAW 2020 is een specifieke toelichting geregeld ten aanzien van de prijzen per eenheid in 01.01.04 sub 02 waarbij in sub 04 van dit artikel vervolgens is bepaald dat de door een inschrijver verschaft toelichting een onverbrekkelijk onderdeel van de inschrijving wordt – en na gunning, dus van de overeenkomst.

In de UAV-GC 2005 biedt de basisovereenkomst in artikel 2 lid 3 ruimte voor een eisenverificatie, soms ook nader geduid als verzoek tot opheldering (VTO) of 'clarification'. Uit de navolgende rechtspraak blijkt dat partijen, in deze precontractuele fase alert dienen te zijn.

## Doorvragen is cruciaal

Uit een vonnis van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen (RVA) van 25 februari 2014 – geschilnummer 34.786 (rechtsoverweging 24) – blijkt dat het een aanbestedende dienst bij een GC-aanbesteding kan worden toegerekend als zij in een verificatiegesprek niet voldoende doorvraagt op het moment dat de inschrijver haar werkwijze uitgebreid toelicht, terwijl uit die toelichting blijkt dat de werkwijze (mogelijk) strijdig is met de gestelde eisen.

### IN 'T KORT - VTO

In een VTO moet een aanbesteder voldoende doorvragen

Wat inschrijver in een VTO verklaart wordt onderdeel van de overeenkomst

Een startgesprek leent zich niet voor discussie over meerwerk

In een startgesprek mogen voorwaarden niet wijzigen



## Start gesprek voor gunning

In een vonnis van de Rechtbank Rotterdam d.d. 21 september 2020; ECLI:NL:RBR0T:2020:9422 speelde het volgende. Nog vóór de definitieve gunning werd de beoogde kandidaat uitgenodigd voor een zogenaamd start (werk)gesprek. In het betreffende gesprek komen partijen erachter dat zij wezenlijk van mening verschillen over de uitleg van bepaalde besteksposten, waarop de aanbesteder besloot de aanbesteding in te trekken. Daarop volgde genoemd kortgeding, waarbij inschrijver aan het kortste eind trok. Het argument dat met het start werkgesprek al een overeenkomst tot stand zou zijn gekomen, althans tot stand zou komen, werd gepasseerd.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter vormde de tussen partijen tijdens genoemd gesprek besproken kennelijke tegenstrijdigheid in het bestek voldoende reden voor intrekking van de aanbesteding. Anders dan de klagende inschrijver heeft betoogd, kon de Gemeente niet worden gedwongen op basis van de door inschrijver voorgestane uitleg van de besteksposten een overeenkomst te sluiten, om vervolgens een discussie (en de door inschrijver voorgestelde arbitrage) te moeten voeren over meerwerk, aldus rechtsoverweging 4.5.

## Geen wijziging van voorwaarden

Als de aanbesteder voorafgaande aan de definitieve gunning een gesprek heeft met de beoogde aannemer moet ervoor worden gewaakt dat de precontractuele mededelingen wel besteksconform zijn. De aanbesteder deed

een beroep op de mededeling van haar projectleider die was gedaan voorafgaande aan de definitieve gunning, inhoudende dat de inschrijver – in afwijking van de uitvraag – vanaf week 28 geen uitloop op de planning conform paragraaf 26 lid 7 UAV zal vergoeden. Op basis van het transparantiebeginsel kan het niet zo zijn dat door mededelingen van aanbesteder, die afwijken van de aanbestedingsstukken, een aannemer een contractuele aanspraak zou moeten prijsgeven. Zie het vonnis van de rechtbank Den Haag d.d. 10 maart 2021; ECLI:NL:RBDHA:2021:2174, rechtsoverwegingen 4.22 t/m 4.23.

## Mededelingen inschrijver

In de zaak leidend tot het vonnis van de RVA d.d. 10 mei 2021; geschilnummer 36.868 stelde de opdrachtnemer tijdens de realisatie van het werk dat de opdrachtgever te beperkte informatie zou hebben verstrekt. In rechtsoverweging 29 maken arbiters hier korte metten mee door te melden dat die stelling niet werd ondersteund door de eigen houding en mededelingen van opdrachtnemer bij haar toelichting op haar inschrijving. Daar had opdrachtnemer namelijk benadrukt dat zij een zeer nauwkeurige analyse had gemaakt van de haar ter beschikking gestelde informatie en dat zij overigens vanuit eerdere projecten in enige mate op de hoogte was van de lokale omstandigheden.

*Pieter de Vries is consultant bij Kpieto! en Joost Haest is partner bij Severijn Hulshof Advocaten.*