

MR. J (JOOST) HAEST is advocaat/partner bij Severijn Hulshof Advocaten in Den Haag. Zijn vakgebieden: Bouwrecht, Aanbestedingsrecht en Vastgoed.

Onuitvoerbaarheid bestek en waarschuwingsverplichting



Indien tijdens de uitvoeringsfase blijkt dat een bepaalde resultaatsverplichting uit het bestek onuitvoerbaar is, zal de opdrachtgever al snel het standpunt innemen dat de deskundig aannemer de opdrachtgever hiervoor in de aanbestedingsfase had moeten waarschuwen. En indien een dergelijke waarschuwing is uitgebleven zal het vervolgstandpunt van opdrachtgever doorgaans zijn dat de onuitvoerbaarheid voor rekening en risico van aannemer dient te komen. Deze standpunten voerde een opdrachtgever ook aan in een recente uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw van 4 augustus 2017 met nummer 35.316. Maar deze standpunten werden door arbiters niet gevolgd.

De Raad van Arbitrage voor de Bouw oordeelde dat geen sprake is van schending van de waarschuwingsverplichting. Geoordeeld werd dat een waarschuwingsverplichting in de aanbestedingsfase (slechts) bestaat indien de aannemer fouten of gebreken in de aanbestedingsstukken kende of behoorde te kennen. Met andere woorden: of sprake is van een klaarblijkelijk gebrek. En daarvan was, zo stelden arbiters vast, in de specifieke kwestie geen sprake. Dat sprake moet zijn van een klaarblijkelijk gebrek is vaste rechtspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

In het geval sprake is van een RAW bestek zijn voor aannemers nog enkele aanvullende argumenten voorhanden, waarmee het verwijt dat de waarschuwingsverplichting is geschonden gepareerd kan worden. Zo kan gesteld worden dat inschrijvers bij een RAW bestek simpelweg op basis van de beschreven resultaatsverplichtingen zouden moeten kunnen calculeren en inschrijven, waarbij geen grondig onderzoek behoeft te worden uitgevoerd. (Raad van Arbitrage 1 april 2009, nr. 30.153) En van een inschrijver mag niet verlangd worden dat hij het RAW bestek integraal doorloopt. (Raad van Arbitrage 17 december 2009, nr. 29.402)

Ook kan verwezen worden naar een zogeheten RAWeetje (een document van CROW waarin specifieke toelichting wordt gegeven op bepaalde onderwerpen) getiteld "Is een inschrijver tijdens de aanbestedingsprocedure verplicht te waarschuwen voor fouten of omissies in het RAW bestek?". Daarin wordt aangegeven dat bepalend is of na kennisname van de aanbestedingsdocumenten het besef had moeten komen dat het bestek een fout of omissie bevat. En tot slot kan worden aangevoerd dat inschrijvers er in beginsel op mogen vertrouwen dat hetgeen (namens) de deskundig opdrachtgever in het bestek is bepaald ook daadwerkelijk uitvoerbaar is.

Zorg er in ieder geval wel voor dat zodra tijdens de uitvoeringsfase blijkt dat sprake is van onuitvoerbaarheid er direct schriftelijk gewaarschuwd wordt richting opdrachtgever.