

Bijlage A

ALGEMENE INKOOPVOORWAARDEN VAN DE GEMEENTE KAMPEN VOOR DE INKOOP VAN GOEDEREN EN/OF DIENSTEN

Deze inkoopvoorwaarden bestaan uit drie delen:

- Deel A Algemene bepalingen
- Deel B Bepalingen betreffende de levering van goederen
- Deel C Bepalingen betreffende de levering van diensten

DEEL A ALGEMENE BEPALINGEN

1. Toepasselijkheid

1. Deze algemene voorwaarden zijn van toepassing op alle aanbiedingen, opdrachten en overeenkomsten voor de koop en/of levering van goederen en/of diensten aan de Gemeente Kampen (hierna te noemen: "de Gemeente") door de leverancier (hierna te noemen "wederpartij").
2. De toepasselijkheid van algemene voorwaarden van de wederpartij, onder welke benaming dan ook, wordt hierbij uitdrukkelijk afgewezen.
3. Wijzigingen in de overeenkomst en afwijkingen van deze algemene voorwaarden zullen slechts van kracht zijn, indien zij uitdrukkelijk schriftelijk tussen de Gemeente en wederpartij zijn overeengekomen.
4. Ingeval van strijdigheid prevaleren bijzonder overeengekomen schriftelijke verbintenissen boven deze inkoopvoorwaarden.
5. Waar in deze voorwaarden wordt gesproken over "schriftelijk" bevestigen, verwerpen of anderszins reageren, wordt daaronder ook het gebruik van de fax verstaan. Het gebruik van email en andere communicatiemiddelen valt hier echter slechts onder indien dit uitdrukkelijk, schriftelijk door de Gemeente is toegestaan.
6. Op deze algemene voorwaarden, alsmede op alle aanbiedingen en overeenkomsten waarop deze geheel of gedeeltelijk van toepassing zijn, is uitsluitend Nederlands recht van toepassing met uitsluiting van het Weens Koopverdrag en eventuele andere internationale regelingen waarvan de werking door partijen kan worden uitgesloten.
7. Indien enige bepaling van deze algemene voorwaarden nietig is of vernietigd wordt, zullen de overige bepalingen van deze algemene voorwaarden volledig van kracht blijven.

2. Geldigheid, aanbieding en totstandkoming overeenkomst

1. Alle uitnodigingen tot het uitbrengen van een aanbieding zullen schriftelijk worden gedaan, onder vermelding van de condities. Deze bepaling geldt niet in geval van dwingende spoed.
2. Indien de condities genoemd in artikel 2.1 wijzigen en/of er toevoegingen worden aangebracht, zullen die deel uitgaan maken van de overeenkomst. Deze wijzigingen en/of toevoegingen worden op schrift door de Gemeente verstrekt.
3. Door een aanbieding uit te brengen, verklaart de wederpartij zich akkoord met de in artikel 2.1 bedoelde condities, alsmede met eventuele wijzigingen en/of toevoegingen als bedoeld in artikel 2.2.
4. Een aanbieding van een wederpartij is onherroepelijk gedurende een termijn van zestig dagen nadat deze de Gemeente heeft bereikt, tenzij de uitnodiging van de Gemeente tot het doen van de aanbieding een afwijkende termijn inhoudt, dan geldt de laatstgenoemde termijn. Ingeval van een inschrijving vangt de termijn aan op de dag waarop de inschrijving sluit. Daar waar het gebruikelijk is dat in algemene branche(verkoop)voorwaarden een andere termijn wordt genoemd zal die termijn prevaleren.
5. De Gemeente vergoedt geen kosten die samenhangen met het uitbrengen van een aanbieding. Prestaties geleverd voordat een schriftelijke bevestiging van de order, als bedoeld in artikel 2.8, is ontvangen, komen voor eigen rekening en risico van de wederpartij.
6. De Gemeente kan aan de wederpartij het gebruik van een bepaald formulier voor de opdrachtbevestiging en een termijn waarbinnen deze bij de Gemeente moet zijn terugontvangen, voorschrijven.
7. De Gemeente is niet verplicht de order toe te kennen aan de goedkoopste aanbieder.

8. De overeenkomst komt tot stand indien door de Gemeente, met toestemming van de bevoegde bestuursorganen of onderdelen daarvan, een schriftelijke opdracht bij de wederpartij wordt geplaatst.
9. Bij afroepcontracten komt de overeenkomst tot stand telkens op het moment dat de opdracht voor een (deel)levering, binnen het kader van de afroepovereenkomst, door de Gemeente wordt verzonden.
10. Indien de Gemeente de wederpartij documenten, zoals door de Gemeente goedgekeurde tekeningen, modellen, specificaties, instructies, keuringsvoorschriften, ramingen, schema's, ontwerpen ter beschikking stelt en de aanbieder niet leidt tot een overeenkomst is zij bevoegd op straffe van een direct opeisbare boete ter hoogte van 10% van het door de wederpartij geoffreerde bedrag, doch minimaal EUR 500,-, de wederpartij onmiddellijk, althans binnen 2 weken nadat de aanbieder door de Gemeente is afgewezen, de hiervoor bedoelde documenten terug te eisen.
11. In afwijking van artikel 2 lid 8 komt bij een openbare aanbesteding en een Europese aanbesteding waarbij als gunningscriterium "economisch meest voordelige aanbieder" wordt gehanteerd, de overeenkomst pas tot stand als door de gemeente in de gunningsbrief gestelde opschortende voorwaarden zijn vervuld.

3. Prijzen

1. De overeengekomen prijzen zijn vast voor de duur van de overeenkomst.
2. De overeengekomen prijs is inclusief alle kosten en exclusief BTW en luidt in Euro's.

4. Levering en acceptatie

1. Levering zal geschieden conform de toepasselijke bepalingen van "incoterms 2000", uitgegeven door de Internationale Kamer van Koophandel.
2. Levering geschiedt "delivery duty paid", op de overeengekomen plaats van levering, op het overeengekomen tijdstip en binnen de overeengekomen termijn.
3. Indien de Gemeente, voordat de levering heeft plaatsgevonden, verlangt dat de goederen en/of diensten op een andere dan de overeengekomen plaats en/of tijd worden geleverd, is de wederpartij verplicht hieraan te voldoen.
4. De levertijd vangt aan op de dag waarop door de Gemeente schriftelijk opdracht wordt gegeven; in geval van een mondelinge of telefonische opdracht vangt de levertijd aan op de dag waarop de opdracht door de Gemeente schriftelijk wordt bevestigd.
5. Indien de wederpartij op enigerlei wijze vervoegd wenst na te komen, is daarvoor schriftelijke toestemming van de Gemeente vereist. Indien vervoegd wordt nagekomen, zal betaling echter plaatsvinden conform het (de) oorspronkelijk overeengekomen betalingsmoment(en).
6. Onverminderd het recht van de Gemeente om nakoming te vorderen en onverminderd het recht van de Gemeente tot ontbinding overeenkomstig artikel 13, heeft de Gemeente de bevoegdheid om bij iedere tekortkoming van de wederpartij aan de wederpartij een direct opeisbare boete op te leggen tot een maximum van 5% van de prijs van de gehele opdracht indien deze tekortkoming niet naar tevredenheid binnen de door de gemeente gestelde termijn is verholpen. Deze boete treedt niet in de plaats van en komt ook niet in mindering op te vorderen schade aan de zijde van de Gemeente.
7. Onverminderd het bepaalde in artikel 4.6 geeft de wederpartij onmiddellijk schriftelijk bericht aan de Gemeente zodra zij weet of behoort te weten dat de levering niet, niet tijdig of niet naar behoren zal plaatsvinden, onder vermelding van de omstandigheden die de aanleiding zijn van deze tekortkoming.
8. Onder levering wordt mede verstaan levering van alle bijbehorende hulpmiddelen als bedoeld in artikel 21 en alle bijbehorende documentatie zoals tekeningen, kwaliteits-, keurings- en garantiecertificaten, servicemanuals, instructieboeken en handleidingen.
9. Keuring, controle en/of beproeving van goederen en/of diensten houdt levering noch afname in.
10. Levering van goederen en/of diensten houdt geen acceptatie in.
11. Alleen schriftelijke goedkeuring door de Gemeente van de geleverde goederen en/of diensten geldt als acceptatie daarvan. Het feit dat personeel van de Gemeente bij het in ontvangst nemen van goederen en/of diensten een zogenaamde ontvangstverklaring of een zogenaamde werkstaat, urenbriefje of iets gelijkwaardigs, ondertekent impliceert niet dat de Gemeente daarmee verklaart dat de geleverde goederen en/of diensten zijn geaccepteerd.

5. Wijziging van de opdracht

1. De Gemeente is te allen tijde bevoegd na overleg met de wederpartij, de omvang en/of hoedanigheid van de te leveren goederen en/of diensten te wijzigen. Wijzigingen worden schriftelijk overeengekomen.
2. Indien een wijziging, waaronder meerwerk, naar het oordeel van de wederpartij gevolgen heeft voor de overeengekomen vaste prijs en/of de plaats en/of het tijdstip van de levering, is hij verplicht alvorens aan de wijziging gevolg te geven, de Gemeente hieromtrent zo spoedig mogelijk schriftelijk te informeren. Indien deze gevolgen voor de prijs en/of levertijd naar het oordeel van de Gemeente onredelijk zijn, zullen partijen hierover in overleg treden. Indien dit overleg niet tot schriftelijke overeenstemming leidt kan de wederpartij daaraan geen rechten ontlenen en neemt de Gemeente daardoor geen plichten op zich, anders dan voortvloeien uit de bestaande overeenkomst.

6. Kwaliteit en garantie

1. De wederpartij garandeert dat het geleverde beantwoordt aan de overeenkomst en dat de goederen en/of diensten beschikken over de eigenschappen en specificaties die zijn overeengekomen, vrij zijn van zichtbare en verborgen gebreken, geschikt zijn voor het aan de wederpartij kenbaar gemaakte doel en voldoen aan de wettelijke eisen en overige overheidsvoorschriften alsmede aan de eisen van de binnen de branche gehanteerde veiligheids-, milieu- en kwaliteitsnormen, alle zoals deze gelden op het moment van levering.
2. De wederpartij verbindt zich alle gebreken die zich aan de geleverde goederen en/of diensten voordoen na de aflevering of voltooiing gedurende een in de opdracht dan wel overeenkomst bepaalde periode voor haar rekening binnen de door de Gemeente bij aanzegging gestelde redelijke termijn weg te nemen door herstel, vervanging of aanvulling, tenzij blijkt dat deze gebreken het gevolg zijn van een normale slijtage of onoordeelkundig gebruik.
3. De in artikel 6.2 genoemde periode wordt verlengd met het aantal dagen dat van het geleverde goed en/of dienst geen gebruik kon worden gemaakt wegens het wegnemen van de gebreken in de geleverde goederen of diensten.
4. Bij gehele of gedeeltelijke vervanging van de geleverde goederen of diensten, begint voor het vervangen deel de in artikel 6.2 genoemde periode opnieuw te lopen. De wederpartij blijft aansprakelijk voor verborgen gebreken die eerst na voornoemde periode blijken. Gehele of gedeeltelijke vervanging leidt in geen enkel geval tot het verlies voor de Gemeente van rechten en aanspraken die zij met betrekking tot de (gedeeltelijk) vervangen goederen en/of diensten had.
5. Uiterlijk bij oplevering zal de wederpartij een door de wederpartij ondertekende garantieverklaring, waarin de aard, omvang en duur van de garantie, zoals in de opdracht dan wel overeenkomst neergelegd, aan de Gemeente overhandigen.
6. Indien de Gemeente nog binnen de garantieperiode het geleverde aan een derde overdraagt, is de aanbieder verplicht de garantie voor de resterende termijn aan die derde te verlenen.

7. Duurzaam inkopen en milieugevaarlijke stoffen

1. De Gemeente tolereert geen zaken als discriminatie, kinderarbeid en ontoereikende arbeidsomstandigheden binnen de bedrijfsvoering van de wederpartij, noch bij de leveranciers van de wederpartij. Op eerste verzoek van de Gemeente dient de wederpartij hiertoe een schriftelijke verklaring af te geven.
2. De wederpartij dient voor het tot stand komen van de overeenkomst schriftelijk te melden of de aangeboden en te leveren zaken milieugevaarlijke stoffen bevatten die vrij kunnen komen tijdens het normale gebruik, alsook bij storingen, reparaties, onderhoud of calamiteiten, het verwijderen, opslaan, storten, verplaatsen, afvoeren, dan wel bij het vernietigen aan het einde van de levensduur van de desbetreffende zaken.
3. Indien dit het geval is, dient de wederpartij bij de aflevering een duidelijke instructie te voegen met preventieve maatregelen, hoe het vrijkomen dient te worden voorkomen. Bovendien dient de wederpartij de maatregelen te vermelden die getroffen dienen te worden om de Gemeente, personeel en medewerkers van de Gemeente en derden in geval van vrijkomen tegen deze stoffen te beschermen.

8. Betaling

1. Betaling zal plaatsvinden binnen 30 werkdagen na ontvangst en goedkeuring van de factuur, mits de levering is geaccepteerd en alle bijbehorende bescheiden door de Gemeente zijn ontvangen. De Gemeente is gerechtigd betaling op te schorten totdat de wederpartij aan al zijn openstaande verplichtingen heeft voldaan.
2. De Gemeente is gerechtigd openstaande bedragen te verrekenen met alle opeisbare door de wederpartij aan de Gemeente te betalen bedragen.

3. De wederpartij is verplicht haar factuur conform Richtlijn 2001 /1 15/EG op te stellen. Op de factuur en alle begeleidende bescheiden dient de wederpartij voorts te vermelden de datum van de opdracht, naam van de opdrachtgever alsmede diens dienst en afdeling, het opdracht-nummer/kenmerk van de Gemeente alsmede de factuurdatum, het factuuradres en een duidelijk specificatie van het geleverde (indien van toepassing: het artikelnummer gespecificeerd naar aantal). Ingeval van strijdigheid met Richtlijn 2001/1 15/EG en/of niet-vermelding van een of meerdere van de in de vorige zin genoemde, en/of andere relevante, gegevens wordt de betalingsverplichting opgeschort totdat de wederpartij aan haar verplichtingen op grond van deze bepaling heeft voldaan.. Van strijdigheid met Richtlijn 2001/1 15/EG en/of het ontbreken van deze gegevens wordt de wederpartij zo spoedig mogelijk in kennis gesteld.
4. Op eerste verzoek van de Gemeente zal de wederpartij voor haar rekening een onvoorwaardelijke en onherroepelijke bankgarantie doen afgeven door een voor de Gemeente acceptabele bankinstelling om de nakoming van de verplichtingen van de wederpartij zeker te stellen.
5. Betaling van de leverantie ontslaat de wederpartij niet van enige garantie en/of aansprakelijkheid zoals deze voortvloeit uit de tussen partijen gesloten overeenkomst.

9. Aansprakelijkheid

1. De wederpartij is in verband met de door haar geleverde goederen en/of diensten aansprakelijk voor alle (verdere) schade, gevolgschade daaronder begrepen, en gehouden tot vergoeding van bedrijfsschade, winstderving, alle gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten, schade voortvloeiende uit aanspraken van derden jegens de Gemeente of welke andere schade dan ook. Deze aansprakelijkheid strekt zich mede uit jegens natuurlijke en/of rechtspersonen werkzaam voor of bij de Gemeente alsmede derden waarmee de Gemeente verplichtingen is aangegaan.
2. De wederpartij vrijwaart de gemeente terzake van alle aanspraken van derden ter vergoeding van schade die verband houdt met de door de wederpartij aan de Gemeente geleverde goederen en/of diensten,
3. De wederpartij zal zich tegen aansprakelijkheid als bedoeld in dit artikel voldoende verzekeren en verleent de Gemeente desgewenst inzage in de betreffende polissen.
4. Ingeval een opdracht betrekking heeft op inlening van personeel verschaft de wederpartij telkenmale op eerste verzoek van de gemeente aan haar een afschrift van de verklaringen inzake zijn betalingsgedrag bij de bedrijfsvereniging en de belastingdienst.

10. Geheimhouding

1. De wederpartij garandeert de geheimhouding tegenover derden van alle vertrouwelijke informatie, waaronder bedrijfsinformatie, afkomstig van de Gemeente of een aan hem gelieerde instelling die de wederpartij op enigerlei wijze ter kennis of in handen is gekomen of gebracht, behoudens die gevallen waarvoor de Gemeente schriftelijk toestemming heeft gegeven.
2. De vertrouwelijke informatie als bedoeld in artikel 10.1 wordt door de wederpartij of door de wederpartij ingeschakelde derden uitsluitend gebruikt voor uitvoering van de overeenkomst.
3. De wederpartij bindt haar personeel en/of ondergeschikten en/of door haar ingeschakelde derden schriftelijk aan dezelfde geheimhoudingsplicht.
4. Indien de wederpartij of een aan haar gelieerde derde de in dit artikel genoemde geheimhoudingsplicht schendt, verbeurt de wederpartij een een direct opeisbare boete van 25% van de totale koopsom met een minimum van EUR 2.500,-, onverminderd het recht van de Gemeente de daadwerkelijk geleden schade op wederpartij te verhalen.

11. Intellectuele eigendom

1. De wederpartij garandeert dat de gekochte goederen en toebehoren alsmede de geleverde diensten en al hetgeen daarmee gepaard gaat of daaruit resulteert vrij zijn van alle bijzondere lasten en beperkingen, zoals bijvoorbeeld octrooirechten, merkrechten, modelrechten, auteursrechten of andere rechten van derden tenzij uitdrukkelijk anders is overeengekomen.
2. De wederpartij vrijwaart de Gemeente tegen alle aanspraken van derden die verband kunnen houden met enige schending van de wederpartij van het in artikel 11.1 gestelde en zal aan de Gemeente alle schade vergoeden die daarvan het gevolg is.

3. Ten aanzien van de door de Gemeente verstrekte tekeningen, modellen, specificaties, instructies, keuringsvoorschriften, ramingen, schema's, ontwerpen en dergelijke behoudt de Gemeente zich naast het eigendomsrecht ook het auteursrecht voor. Deze mogen zonder de uitdrukkelijke toestemming van de Gemeente noch geheel noch gedeeltelijk worden gekopieerd en of aan derden worden getoond of ter hand gesteld of door de wederpartij worden gebruikt ter vervaardiging van goederen of uitvoering van leveringen waarop deze betrekking hebben.
4. Indien de geleverde prestatie bestaat uit het verlenen van diensten draagt de wederpartij het auteursrecht over aan de Gemeente en verricht daartoe, voor zover noodzakelijk, op eerste verzoek van de Gemeente al die (rechts)handelingen die daarvoor nodig zijn, tenzij uitdrukkelijk anders is overeengekomen.

12. Personeel

1. Door de wederpartij bij de uitvoering van de overeenkomst ingeschakeld personeel zal voldoen aan door de Gemeente gestelde bijzondere eisen en bij afwezigheid daarvan aan de algemene eisen van vakbekwaamheid en deskundigheid.
2. Indien naar het oordeel van de Gemeente sprake is van onvoldoende gekwalificeerd personeel is de Gemeente bevoegd om de verwijdering van het desbetreffende personeel te gelasten en is de wederpartij verplicht tot onverwijlde vervanging, met inachtneming van het bepaalde in artikel 12.1.

13. Overdracht en uitbesteding

1. De wederpartij zal de rechten en verplichtingen die voor hem uit de overeenkomst voortvloeien noch geheel, noch gedeeltelijk aan derden overdragen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Gemeente. De Gemeente heeft het recht aan deze toestemming voorwaarden te verbinden.
2. De wederpartij behoeft de voorafgaande schriftelijke toestemming van de Gemeente voor uitbesteding aan derden. De Gemeente heeft het recht aan deze toestemming voorwaarden te verbinden. De wederpartij blijft volledig verantwoordelijk en aansprakelijk voor door derden in verband met de opdracht te verrichten werkzaamheden en zal de Gemeente vrijwaren voor elke aansprakelijkheid inzake de Wet Ketenaansprakelijkheid en/of andere wetten en regelingen. De wederpartij bedingt alle rechten die de gemeente zijnerzijds heeft in de onderaannemingsovereenkomst.
3. De wederpartij is in geval van overdracht en/of uitbesteding als bedoeld in dit artikel verplicht om onderaannemers en andere betrokken derde(n) op te leggen dat zij de algemene voorwaarden van de Gemeente onderschrijven, alsmede elke andere voorwaarde omschreven door de Gemeente in de overeenkomst, alsmede onderschrijven dat de Gemeente gerechtigd is dezelfde rechten tegen hen uit te oefenen als jegens de wederpartij.
4. De wederpartij is er, op straffe van een boete van 25% van de totale koopsom met een minimum van EUR 2.500,- per geval, voor verantwoordelijk dat de verplichting opgenomen in artikel 13.3 wordt nagekomen. De wederpartij vrijwaart de Gemeente voor alle schade die voortvloeit uit het feit dat de wederpartij de algemene voorwaarden niet aan betrokken onderaannemers en derden heeft opgelegd.

14. Ontbinding

1. Indien de wederpartij een of enige van zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst of andere overeenkomsten die daaruit voortvloeien niet, niet tijdig of niet naar behoren nakomt, alsmede in geval van zijn faillissement of van surseance van betaling en ingeval van (geheel of gedeeltelijke) beslaglegging, stillegging, liquidatie of overname of enig daarmee vergelijkbare toestand van de wederpartij, is hij van rechtswege in verzuim. De Gemeente kan in dat geval de overeenkomst zonder ingebrekestelling en zonder rechterlijke tussenkomst met onmiddellijke ingang ontbinden en betaling van deleveringen opschorten.
2. De Gemeente kan deelnemingen aan aanbestedingen weigeren of overeenkomsten inzake opdrachten zonder ingebrekestelling met onmiddellijke ingang ontbinden, indien de wederpartij bij een rechterlijke beslissing die kracht van gewijsde heeft, veroordeeld is voor een delict dat de beroepsmoraliteit van de wederpartij in het gedrang brengt
3. Onverminderd alle andere rechten kan de Gemeente de overeenkomst geheel of gedeeltelijk zonder ingebrekestelling met onmiddellijke ingang ontbinden, indien de wederpartij of een van zijn ondergeschikten of vertegenwoordigers, op enig moment in de fase voor of tijdens de totstandkoming of uitvoering van de

overeenkomst een persoon die deel uitmaakt van de Gemeente als organisatie of aan een van haar organen, ondergeschikten of vertegenwoordigers tracht om te kopen of heeft omgekocht

4. Indien blijkt dat een persoon in dienst van de Gemeente een al dan niet betaalde nevenfunctie bij de aanbieder vervult of ten tijde van de onderhandelingen over de overeenkomst heeft vervuld, zonder dat de Gemeente hiervan voor de sluiting van de overeenkomst in kennis is gesteld, is de Gemeente gerechtigd de overeenkomst zonder ingebrekestelling met onmiddellijke ingang te ontbinden.
5. In geval van ontbinding op grond van de bovenstaande leden van dit artikel, zal hetgeen aan de wederpartij onverschuldigd is betaald, vermeerderd met de wettelijke rente van het onverschuldigde bedrag vanaf de dag waarop dit is betaald, door deze aan de Gemeente moeten worden terugbetaald.
6. Ontbinding op grond van dit artikel vrijwaart de Gemeente van alle door de wederpartij gemaakte of nog te maken kosten van welke aard dan ook. Alle vorderingen die de Gemeente in deze gevallen op de wederpartij mocht hebben of verkrijgen, zullen terstond en ten volle opeisbaar en niet voor verrekening vatbaar zijn.
7. In geval dat de overeenkomst geheel of gedeeltelijk is ontbonden op grond van de bovenstaande leden van dit artikel, kan de Gemeente het nog niet uitgevoerde deel van de overeenkomst aan derden opdragen zonder dat de Gemeente tot enige schadevergoeding aan de wederpartij is gehouden. De wederpartij zal alles doen wat redelijkerwijs van hem kan worden verlangd om de overdracht aan deze derden goed te doen verlopen.
8. Onverminderd het gestelde in dit artikel is de Gemeente bevoegd de overeenkomst met onmiddellijke ingang op te schorten of te ontbinden. In dat geval is de Gemeente verplicht de kosten die de wederpartij daardoor aantoonbaar maakt, te vergoeden.
9. Ontbinding geschiedt door middel van aangetekende brief of deurwaardersexploot aan de wederpartij.
10. De gemeente kan de overeenkomst onmiddellijk geheel of gedeeltelijk ontbinden indien blijkt dat de wederpartij producten levert of gebruikt die zijn vervaardigd met gebruikmaking van kinderarbeid, bij de gebruiksuitoefening gebruik maakt van (producten die zijn vervaardigd met gebruikmaking van) kinderarbeid, danwel tijdens de uitvoering van de opdracht een van de andere fundamentele arbeidsnormen, zoals vastgelegd in de door Nederland geratificeerde verdragen van de International Labour Organisation (ILO) schendt.

15. Geschillen

1. Alle geschillen welke tussen de Gemeente en de wederpartij mochten ontstaan naar aanleiding van deze Algemene Inkoopvoorwaarden of van nadere overeenkomsten, worden uitsluitend beslecht door de bevoegde rechter in Zwolle.
2. Artikel 15.1 laat onverlet de bevoegdheid van de Gemeente om voor beslechting van een geschil te kiezen voor een andere, volgens de wet bevoegde rechtsprekende instantie.

DEEL B BEPALINGEN BETREFFENDE DE LEVERING VAN GOEDEREN

16. Verzekering en verpakking

1. De wederpartij zal zich ten genoegen van de Gemeente voldoende verzekeren tegen redelijkerwijze aanwezig te achten risico's gedurende het transport.
2. De verpakking dient op een zoveel mogelijk milieuvriendelijke wijze te geschieden en het verpakkingsmateriaal dient zoveel mogelijk milieuvriendelijke zijn.
3. Wederpartij is verplicht op eerste verzoek van de Gemeente en voor eigen rekening alle verpakkingsmaterialen mee te nemen danwel op te halen en vervolgens af te voeren en op milieuvriendelijke wijze te laten verwerken.

17. Eigendom- en risicooverdracht

1. Het eigendom en risico van goederen gaat over op de Gemeente, nadat acceptatie door de Gemeente heeft plaatsgevonden.
2. Indien de Gemeente de goederen niet accepteert of indien hetgeen door de wederpartij is geleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, heeft de Gemeente het recht binnen bekwame tijd, nadat zij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had kunnen ontdekken, bij de wederpartij te reclameren. Bewerking, ingebruikneming, verwerking of doorlevering van de geleverde zaken doet aan dit recht niets af. De goederen zijn in dit geval van aanvang af voor rekening en risico van de wederpartij gebleven.

3. Op het moment dat materialen, zoals grondstoffen, hulpstoffen en hulpmiddelen van de Gemeente door de wederpartij zijn verwerkt in goederen van de wederpartij, is sprake van een nieuw goed waarvan het eigendom aan de Gemeente toebehoort.
4. De Gemeente is bevoegd te verlangen dat de overdracht van de eigendom van de goederen en/of de hiervoor bestemde materialen en onderdelen op een eerder tijdstip zal plaatsvinden. De wederpartij zal alsdan de goederen en/of de hiervoor bestemde materialen en onderdelen merken als herkenbaar eigendom van de Gemeente en de Gemeente vrijwaren voor verlies, beschadiging en uitoefening van rechten door derden.

1. DEEL C BEPALINGEN BETREFFENDE DE LEVERING VAN DIENSTEN

18. Tijdsplan

1. Indien de Gemeente dit verlangt, zal de wederpartij een uitvoeringsschema overleggen, waarin onder meer de tijdstippen van begin en voltooiing van de verschillende fasen van de uitvoering van de dienst zijn opgenomen.
2. Indien de Gemeente voor informatie, materiaal of (hulp)middelen moet zorgen zal in het uitvoeringsschema worden aangegeven wat de Gemeente waar en op welk tijdstip aan de wederpartij moet aanleveren.
3. Na goedkeuring door de Gemeente zal het tijdschema een onderdeel van de overeenkomst zijn.
4. De Gemeente is gerechtigd tijdens de werkzaamheden wijzigingen te verlangen van het uitvoeringsschema. De consequenties hiervan zullen door de Gemeente en de wederpartij op redelijke en rechtvaardige wijze worden geregeld.

19. Voorzieningen

1. Faciliteiten die de wederpartij opricht om uitvoering te geven aan de overeenkomst, zoals keten, met kantine-, was- en toiletfaciliteiten voor haar personeel, moeten voldoen aan de wettelijke eisen en regels. Plaatsing van voornoemde faciliteiten geschiedt in overleg met de Gemeente maar voor rekening en risico van de wederpartij.

20. Uitrusting en materialen

1. De wederpartij zal zorgdragen voor alle bij de uitvoering van de overeenkomst te gebruiken materialen en uitrusting waaronder gereedschappen.
2. Tenzij anders is overeengekomen is de wederpartij voor eigen rekening en risico verantwoordelijk voor het transport en opslag van goederen en materialen die nodig zijn voor de uitvoering van de overeenkomst.
3. De wederpartij is verantwoordelijk en aansprakelijk voor de deugdelijkheid van de gebruikte goederen en materialen.

21. Hulpmiddelen

1. Door de Gemeente ter beschikking gestelde dan wel voor rekening van de Gemeente door de wederpartij aangeschafte of vervaardigde materialen, tekeningen, modellen, instructies, specificaties en overige hulpmiddelen blijven eigendom van de Gemeente c.q. worden eigendom van de Gemeente op het moment van aanschaf of vervaardiging.
2. De wederpartij is verplicht de in artikel 21.1 bedoelde hulpmiddelen voor zover mogelijk te merken als herkenbaar eigendom van de Gemeente, deze in goede staat te houden en voor zijn risico te nemen, zolang de wederpartij ten aanzien van die hulpmiddelen als houder optreedt.
3. De wederpartij zal zo efficiënt mogelijk gebruik maken van de in dit artikel bedoelde hulpmiddelen. De wederpartij is verantwoordelijk voor de aflevering van overblijvende hulpmiddelen aan een functionaris van de Gemeente op een door de Gemeente aangewezen locatie.
4. Verandering aan bedoelde hulpmiddelen door de wederpartij evenals het aanwenden door de wederpartij van deze hulpmiddelen voor of in verband met enig ander doel dan de levering aan de Gemeente, is slechts toegestaan na voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de Gemeente. Goedkeuring laat de garantieverplichtingen van de wederpartij evenwel onverlet.

22. Terreinen en gebouwen van de Gemeente

1. De wederpartij dient zich, voordat met de uitvoering van de overeenkomst een aanvang wordt gemaakt, op de hoogte te stellen van omstandigheden die de uitvoering van de overeenkomst kunnen beïnvloeden op de terreinen en in de gebouwen van de Gemeente waar de werkzaamheden moeten worden verricht en zoals deze ten tijde van de te verrichten werkzaamheden zullen zijn.
2. Kosten van vertraging in de uitvoering van de overeenkomst veroorzaakt door omstandigheden zoals hiervoor bedoeld, zijn voor rekening en risico van de wederpartij.

23. Afvalstoffen

1. In geval van onderhoud, reparaties of sloop door de wederpartij dienen afvalstoffen gescheiden te worden afgevoerd en aantoonbaar te worden gestort, opgeslagen of vernietigd met in acht name van de door de Europese en Nederlandse overheid gestelde wettelijke voorschriften.

Bijlage B

Scheiding van belang

Beleid tegen belangenverstrengeling bij de aanbesteding

Zoals vastgesteld door DT-RWS op 14 september 2007

Met verwerking van de discussie met de bouwdepartementen e.a

Rijkswaterstaat

14 september 2007

Samenvatting

Belangenverstrengeling

Deze nota bevat richtlijnen en maatregelen voor het tegengaan van belangenverstrengeling of – positief geformuleerd – voor het goed scheiden van belangen bij aanbestedingen. Scheiding is van belang omdat RWS voor het verkrijgen van scherpe aanbiedingen afhankelijk is van de kwaliteit van de concurrentie. De uitvoeringsfase valt buiten de scope van de nota.

In deze nota is rekening gehouden met een breder afweegkader dan alleen het concurrentiebelang. Zowel aan een te strenge scheiding als aan een te zachte scheiding kleven risico's. Een te strenge scheiding geeft het risico van onvoldoende inschrijvingen, problemen m.b.t. het verwerven van inhuur, belemmering van werkprocessen, belemmering van arbeidsmobiliteit en verlies van integraliteit. Een te zachte scheiding kan leiden tot het toenemen van juridische procedures en van druk op de integriteit van RWS en marktpartijen.

Beleidslijn (zie voor de schematische weergave de matrix (pag. 2):

- 1 Maak een heldere scheiding tussen niet-vertrouwelijke en commercieel vertrouwelijke informatie. Rubriceer informatie. In de matrix gaat het in kolom 1 over niet-vertrouwelijke informatie en in kolom 2 en kolom 3 over commercieel vertrouwelijke informatie.
- 2 Beperk de hoeveelheid vertrouwelijke informatie tot het strikt noodzakelijke. Wees duidelijk over de periode van vertrouwelijkheid en houd deze periode zo kort mogelijk. Beperk het aantal personen dat toegang heeft tot vertrouwelijke informatie.
- 3 Wees volledig open over niet-vertrouwelijke informatie. Schep waarborgen voor de vertrouwelijkheid van vertrouwelijke informatie (informatiebeveiligingsbeleid). Principe: projectvoorbereiding is niet-vertrouwelijk, aanbestedingsvoorbereiding en beoordeling van de inschrijvingen zijn commercieel vertrouwelijk. Zoek aansluiting bij de Wet Openbaarheid van Bestuur.
- 4 Sta nooit toe dat een onderneming die deelneemt aan de beoordeling van de inschrijvingen zelf inschrijft. Zie de cellen A3 en B3 in de matrix.
- 5 Sta nooit toe dat een groepsmaatschappij van de groep waarvan een andere groepsmaatschappij deelneemt aan beoordeling van de inschrijvingen, inschrijft. Zie cel C3 in de matrix.
- 6 Sta toe dat een onderneming die deelnam aan de projectvoorbereiding inschrijft op de aanbesteding op voorwaarde dat de volledige projectvoorbereidingsinformatie tijdig op een toegankelijke wijze gedeeld wordt met RWS en de andere inschrijvers. Zie kolom 1 (cellen A1, B1 en C1).
- 7 Sta nooit toe dat een onderneming die met inzet van een bepaalde persoon deelnam aan de aanbestedingsvoorbereiding inschrijft op de aanbesteding met inzet van die bepaalde persoon. Zie cel A2.
- 8 Sta op basis van een vooraf door RWS goedgekeurd *Belangenbeschermingsplan* toe dat een onderneming die met inzet van een bepaalde persoon deelnam aan de aanbestedingsvoorbereiding met inzet van een andere persoon inschrijft op de aanbesteding. Zie cel B2.
- 9 Sta op basis van een vooraf door RWS goedgekeurd *Belangenbeschermingsplan* toe dat een groepsmaatschappij van de groep waarvan een andere groepsmaatschappij deelnam aan de aanbestedingsvoorbereiding, inschrijft op de aanbesteding. Zie cel C2.
- 10 Een onderneming, die wil deelnemen aan de aanbestedingsvoorbereiding, kan voorkomen dat zij door RWS uitgesloten wordt bij de inschrijving op de door haar voorbereide aanbesteding c.q. kan voorkomen dat een ander lid van de groep waartoe de onderneming behoort door RWS uitgesloten wordt, door voorafgaand aan haar deelname aan de aanbestedingsvoorbereiding te beschikken over een door RWS goedgekeurd en door haar gehandhaafd *Belangenbeschermingsplan*.

Indien een concurrent bij de aanbesteding ondanks het *Belangenbeschermingsplan* met succes in rechte zou betogen dat er sprake is van belangenverstrengeling en dat RWS de desbetreffende

onderneming daarom moet uitsluiten, heeft de onderneming geen recht op schadeloosstelling. De onderneming heeft het risico zelf opgeroepen.

- 11 Indien een onderneming in strijd handelt met haar door RWS goedgekeurde Belangenbeschermingsplan waardoor belangenverstremgeling ontstaat, zal RWS dit overeenkomstig artikel 45, lid 2, richtlijn 2004/18/EG (aanbestedingsrichtlijn Werken, Leveringen en Diensten) beschouwen als een ernstige fout in de beroepsuitoefening. RWS zal die onderneming dan uitsluiten van deelneming aan opdrachten.
- 12 Ook in gevallen van arbeidsmobiliteit van werknemers wordt bovenstaande beleidslijn toegepast. RWS past de beleidslijn tevens toe bij andere wijzigingen in de verhoudingen tijdens de projectvoorbereiding, de aanbestedingsvoorbereiding of de beoordeling van de inschrijvingen.
- 13 RWS maakt het beleid zoals verwoord in deze nota bekend.

Matrix

Deze matrix dient ter oriëntatie voor bovenstaande beleidslijn. Het schema geeft de denkrichting aan en is niet uitputtend bedoeld. Een meer gedetailleerde versie met beschrijving staat in de paragrafen 7 en 8.

		A WAS OF IS BETROKKEN BIJ ...		
		1 Voorbereiding van het project	2 voorbereiding van de aanbesteding	3 beoordeling van de inschrijvingen
INSCHRIJVING	A X met A	A1 0	A2 X	A3 X
	B X met B	B1 +	B2 --	B3 X
	C Y met C	C1 ++	C2 -	C3 X

Verklaring

De cellen 1, 2 en 3 geven weer op welke wijze persoon A aan de zijde van de aanbesteder betrokken was of is bij de aanbesteding van het desbetreffende project.

De linkerkolom van de tabel geeft de partijen weer zoals die mogelijk willen inschrijven.

De cel in de linkerbovenhoek geeft de relaties weer tussen de partijen, zoals die aan de orde zijn ten tijde van de aanbesteding.

In dit schema is G de groep van ondernemingen waartoe de ondernemingen X en Y behoren. A, B en C zijn natuurlijke personen die een arbeidsrelatie of een adviesrelatie hebben met respectievelijk X of Y. X en Y kunnen ook staan voor een combinatie die inschrijft.

Het schema kan eveneens toegepast worden in het geval dat A ten tijde van de voorbereiding nog niet verbonden was aan X. Denkbaar is zelfs dat A toen nog bij de aanbesteder in dienst was en vóór of tijdens de aanbesteding in dienst trad van X.

De cellen A1 tot en met C3 geven de mate van belangenscheiding weer, waarbij een kruis duidt op een onweerlegbare blokkade wegens belangenverstremgeling. In cellen met een of meer plussen is belangenverstremgeling relatief gemakkelijk te voorkomen. De cel met een nul vergt meer zorgvuldigheid en de cellen met een of meer minnen vergen bijzondere maatregelen.

Scheiding van belang

Het thema belangenverstremgeling is zeer actueel. De laatste tijd komen in projecten steeds opnieuw vragen op m.b.t. belangenverstremgeling. De actualiteit is het gevolg van ontwikkelingen in het Europese recht, de toegenomen aandacht voor integriteitsvraagstukken en de wijzigingen in marktbenadering als gevolg van het Ondernemingsplan RWS. Ook de inhuur door de Bouwdienst in het kader van Shared Quality leidt tot vragen vanuit zowel de eigen organisatie en als vanuit de markt over wat wel of niet is toegestaan. ONRI en individuele bedrijven stellen specifieke vragen aan RWS over de te hanteren spelregels.

1 Belangenverstremgeling

Deze nota richt zich op belangenverstremgeling rond de aanbesteding, dat wil zeggen op belangenverstremgeling in relatie tot het plaatsen van een overheidsopdracht in de markt. Primair gaat het om verstremgeling van commerciële belangen. De uitvoeringsfase valt buiten de scope van de nota.

Belangenverstremgeling rond een aanbesteding kan zich voordoen wanneer een inschrijvende marktpartij betrokken was, of is, bij de voorbereiding van het project of de aanbesteding of de beoordeling van de inschrijvingen. Belangenverstremgeling kan leiden tot het vervalsen van de mededinging door a) inschrijven met voorkennis en b) manipulatie van de opdracht, de aanbesteding of de gunning¹.

Onder inschrijvende marktpartij wordt in dit verband verstaan de inschrijver inclusief zijn eventuele adviseurs, onderaannemers en leveranciers.

Voorkennis is in dit verband kennis van vertrouwelijke aanbestedingsgevoelige informatie van RWS die de inschrijvende marktpartij bij de aanbesteding een concurrentievoordeel kan opleveren². De vertrouwelijke informatie kan betrekking hebben op de voorbereiding van de aanbesteding (raming, financiële modellen, risicoanalyses en -beprijzing, kritische succesfactoren, de wijze van marktbenadering) of op de beoordeling van de inschrijvingen.

Belangenverstremgeling is vooral aan de orde met betrekking tot adviesbureaus en meer in het bijzonder met betrekking tot ingenieursbureaus. Als gevolg van het toenemende gebruik van geïntegreerde contracten op grond van het Ondernemingsplan RWS bevinden deze bureaus zich steeds vaker in situaties waarin ze zowel de aanbesteder als de gegadigden/inschrijvers bedienen.

Secundair kan het gaan om niet-commerciële persoonlijke belangen. Er blijkt van geven dat men over vertrouwelijke informatie beschikt kan statusverhogend werken waardoor de betrokkene beter kan 'netwerken'.

2 Waarom scheiding van belang ?

Een belangrijk deel van de concurrentiestrijd draait om het hebben van de optimale kennis om zo meer kans te maken op het verwerven van de opdracht. Het is in het belang van RWS dat deelnemers aan een aanbesteding beschikken over de beste kennis.

Kennis kan echter ook voorkennis zijn. Voorkennis ondermijnt open en faire concurrentie en wanneer voorkennis de uitslag van de aanbesteding kan bepalen zullen de marktpartijen die kennis proberen te verwerven. Dan komt niet alleen de kwaliteit van de concurrentie in gevaar, maar ook de integriteit van de RWS-organisatie en van de marktpartijen. Concurrentie heeft baat bij eerlijk spel. Dat stimuleert marktpartijen om onderscheidend te zijn, te innoveren en om scherpe aanbiedingen te doen.

¹ Tot manipulatie behoort overigens ook het samenspannen van twee of meer inschrijvende marktpartijen ten nadele van de aanbesteder of van de andere inschrijvers. Het betreft hier verboden gedrag. Deze nota handelt niet over samenspanning maar over belangenverstremgeling als gevolg van betrokkenheid aan de zijde van zowel de aanbesteder als de inschrijver.

² Vergelijk art 1, Richtlijn 2003/6/EG van het Europese Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorkennis en marktmanipulatie (marktmissbruik); PbEU 2003, L 96/16. Vergelijk ook overweging 12.

Open en faire concurrentie is uiteraard niet alleen afhankelijk van – positief gesteld – een goede scheiding van belangen, maar ook van andere factoren, zoals de aanwezigheid van voldoende aanbieders en de beschikbaarheid van een concurrerende markt van toeleveranciers en onderaannemers.

3 Risico's te strenge belangenscheiding

Bij het bepalen van het beleid met betrekking tot belangenverstrengeling moet RWS rekening houden met de volgende risico's als gevolg van een te strenge belangenscheiding.

1 Onvoldoende inschrijvingen

Voor een strenge belangenscheiding is een groter aantal partijen op de markt nodig dan voor een beperkte belangenscheiding. Strenge belangenscheiding kan in bepaalde marktsegmenten leiden tot onvoldoende concurrentie c.q. het mislukken van aanbestedingen door het uitblijven van aanbiedingen.

Overigens moet RWS voor wat betreft de beschikbaarheid van marktpartijen rekening houden met de keten. Het gaat niet alleen om de gegadigden/inschrijvers, maar ook om de onderaannemers (c.q. adviseurs) en leveranciers die de gegadigden/inschrijvers voor het doen van hun aanbieding nodig hebben.

2 Onvoldoende inhuur mogelijk

Indien RWS in het kader van een strenge belangenscheiding de voorwaarde zou stellen dat een adviseur (c.q. zijn werkgever), die RWS helpt bij de voorbereiding, niet mag inschrijven op de aanbesteding of inschrijvers mag adviseren, kan dit leiden tot een gebrek aan mogelijkheden om inhuurmedewerkers te werven.

Dit probleem wordt versterkt doordat het gebruik van geïntegreerde contracten leidt tot een aanzienlijk grotere vraag naar adviesdiensten. In de traditionele situatie liet RWS één ontwerp maken en besteedde dat aan, terwijl bij de aanbesteding van een geïntegreerd contract alle inschrijvers een (calculatie)ontwerp nodig hebben ten behoeve van hun inschrijving.

De kracht van RWS ligt mede in het benutten van leerervaringen over projectgrenzen heen. Projectervaringen worden intensief gedeeld. Inhuurmedewerkers die aan een bepaald project werken kunnen daardoor vanuit hun RWS-positie kennis nemen van aanbestedingen van andere projecten waar hun werkgever aan deelneemt of waaraan hij overweegt om deel te nemen. Strenge maatregelen op dit punt kunnen bijdragen aan onvoldoende beschikbaarheid van inhuurmedewerkers, hetgeen zijn effect kan hebben op de productie.

3 Belemmering werk- en besluitvormingsprocessen

Een van de mogelijk maatregelen om belangenverstrengeling tegen te gaan is het afschermen van concurrentiegevoelige informatie. De keerzijde daarvan is dat afscherming de open informatiecultuur beperkt. Strenge maatregelen zullen de werk- en besluitvormingsprocessen binnen RWS belemmeren.

4 Belemmering arbeidsmobiliteit

RWS streeft naar een betere afstemming tussen taak en personele competenties. Dit heeft onder meer tot gevolg dat RWS-medewerkers die taken uitvoeren die door RWS worden afgebouwd, de mogelijkheid moeten hebben om in dienst te treden bij de marktpartijen die deze taken van RWS overnemen. Strenge belangenscheiding kan de kansen van de betrokken medewerkers op de arbeidsmarkt verstoren en bovendien de overdracht van taken naar de markt belemmeren.

Dit probleem neemt in omvang toe naarmate aanbestedingen langer duren. De keuze van RWS om meer geïntegreerde contracten te gebruiken en bovendien, in geëigende gevallen, om Tracéprocedure en aanbesteding te vervlechten doen de aanbestedingsperiode sterk in duur toenemen. Werknemers laten zich niet zo lang fixeren.

5 Benadering onvoldoende integraal

Een strenge scheiding van belangen kan tot gevolg hebben dat opnieuw een tweedeling ontstaat die vergelijkbaar is met de traditionele situatie. Sommige marktpartijen specialiseren zich dan op voorbereidende werkzaamheden en andere op ontwerp- en realisatiewerkzaamheden. Strenge

scheiding werkt segregatie in de hand. Professioneel opdrachtgeverschap streeft juist naar integratie en niet naar segregatie van taken.

4 Risico's te zachte belangenscheiding

Bij het bepalen van het beleid met betrekking tot belangenverstrengeling moet RWS rekening houden met de volgende risico's als gevolg van een te zachte belangenscheiding.

6 Toename juridische procedures

Een zachte scheiding van belangen kan wantrouwen zaaien tussen marktpartijen onderling en tussen marktpartijen en RWS over de eerlijkheid van de concurrentie. Dat kan het aantal juridische procedures m.b.t. tot aanbestedingen aanzienlijk doen toenemen. Ook de enkele *schijn* van belangenverstrengeling kan dit proces in gang zetten. Gezaaid wantrouwen is moeilijk weg te nemen.

7 Druk op integriteit van RWS en marktpartijen

Een zachte scheiding van belangen kan tot gevolg hebben dat marktpartijen het uiterste zullen doen om aanbestedingsgevoelige kennis te verwerven desnoods ten koste van de integriteit van de RWS-organisatie. Ook de integriteit van de marktpartijen zelf komt daarbij onder druk te staan. De brutaalste wint. Er kan een cultuur ontstaan van het weggopen van medewerkers met de gewenste kennis.

5 EG-recht en belangenscheiding bij aanbesteding

Een strenge maar heldere beleidslijn zou zijn dat een marktpartij die betrokken is geweest bij de voorbereiding van een project niet in mag schrijven op de aanbesteding van de realisatie. Op 3 maart 2005 heeft het Europese Hof van Justitie echter in de zaak 'Fabricom' een arrest gewezen dat zo een heldere scheiding blokkeert³.

Volgens dit arrest moet de aanbestedende dienst de marktpartij die betrokken was bij de voorbereiding van het project in de gelegenheid stellen om aan te tonen dat zijn betrokkenheid geen gevaar oplevert voor de concurrentie. Met dit arrest in de hand vragen diverse ingenieursbureaus en de ONRI RWS nu om duidelijkheid. In welke gevallen accepteert RWS inschrijving op een opdracht door een marktpartij die bij de voorbereiding van die opdracht betrokken was? De rechtspraak vult de beoordelingscriteria slechts ten dele in⁴.

6 Marktpartijen eerste belanghebbenden bij faire concurrentie

Marktpartijen zijn de eerste belanghebbende bij faire concurrentie. De aanbesteding verliezen doordat een concurrent over voorkennis beschikt of de opdracht naar zijn hand heeft kunnen zetten is uitermate frustrerend. Onvoldoende vertrouwen in de eerlijkheid van het aanbestedingsproces zal leiden tot een sterke toename van juridische procedures, waarbij bedacht moet worden dat ook de *schijn* van oneerlijkheid een escalatie in gang kan zetten. Overigens is het evenzo frustrerend voor een marktpartij om uitgesloten te worden wegens een onterechte *schijn* van belangenverstrengeling.

Vanuit deze invalshoek is er een gemeenschappelijk belang van aanbestedende diensten en marktpartijen c.q. hun koepelorganisaties om goede afspraken te maken.

De richtinggevende vragen zijn:

- Welke mate van betrokkenheid bij de projectvoorbereiding, de aanbestedingsvoorbereiding of de beoordeling van de inschrijvingen van een inschrijver zal een andere inschrijver nog net bereid zijn om te accepteren?
- Welk beleid van RWS geeft marktpartijen voldoende vertrouwen in de eerlijkheid van de door RWS geregisseerde concurrentie?

³ Volgens het Fabricom-arrest (HvJ EG, zaak C-21/03, 3 maart 2005) mag een aanbestedende dienst niet de regel stellen dat een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van werken, leveringen of diensten, geen offerte in mag dienen voor die werken, leveringen of diensten, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat in de omstandigheden van het concrete geval de door hem opgedane ervaring de mededinging niet kan vervalsen.

⁴ In het arrest (ro 30) merkt het Hof wel op dat de bij de voorbereiding betrokken persoon niet in de gelegenheid mag zijn om de voorwaarden voor de opdracht in de voor hem gunstige richting te sturen.

7 Drie niveaus van belangen; drie vragen

Belangen worden altijd concreet in mensen van vlees en bloed, in natuurlijke personen. Omdat natuurlijke personen vaak deel uitmaken van grotere verbanden moeten deze verbanden ook als belanghebbenden worden aangemerkt. In eerste instantie gaat het daarbij om de onderneming in juridische zin (rechtspersoon) waarmee die natuurlijke persoon een arbeidsrelatie heeft of die hij adviseert en in tweede instantie om het groepsverband waartoe die onderneming behoort (onderneming in economische zin).

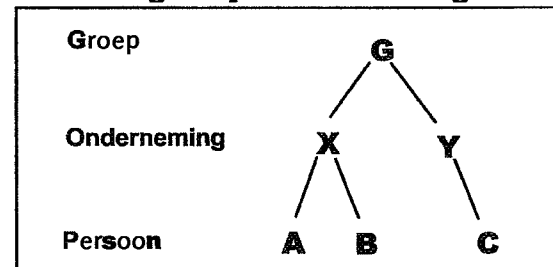
Zo kunnen dan drie niveaus onderscheiden worden waarmee beleid met betrekking tot belangenverstremgeling rekening moet houden:

1. de natuurlijke persoon;
2. de onderneming in juridische zin (rechtspersoon) waarmee de natuurlijke persoon relatie heeft (arbeidsrelatie, adviesrelatie);
3. de groep⁵ waartoe die onderneming behoort (de onderneming in economische zin).

Ervan uitgaande dat de natuurlijke persoon A betrokken was of is bij de projectvoorbereiding, de aanbestedingsvoorbereiding of de beoordeling van de inschrijvingen van een bepaald project leiden deze niveaus tot drie vragen met betrekking tot inschrijving op de aanbesteding.

Uitgangspunt voor de vragen is dat B en C niet betrokken waren of zijn bij de projectvoorbereiding, de aanbestedingsvoorbereiding of de beoordeling van de inschrijvingen.

Verhoudingen bij de aanbesteding



• Vraag 1 (1e graads verband)

De ondernemingen X en Z willen inschrijven op een aanbesteding (onderneming Z behoort niet tot groep G). In welke gevallen c.q. onder welke condities moet inschrijver Z accepteren dat concurrent X inschrijft met inzet van A? In welke gevallen c.q. onder welke condities wil RWS toelaten dat onderneming X met inzet van A inschrijft?

Overigens kan X ook staan voor een inschrijvende combinatie of een inschrijver tezamen met zijn onderaannemers c.q. adviseurs ten tijde van de aanbesteding.

• Vraag 2 (2e graads verband)

De ondernemingen X en Z willen inschrijven op een aanbesteding. In welke gevallen c.q. onder welke condities moet inschrijver Z accepteren dat concurrent X inschrijft met inzet van B? In welke gevallen c.q. onder welke condities wil RWS toelaten dat X met inzet van B inschrijft? B is, net als A, een werknemer of een adviseur van onderneming X.

⁵ Artikel 24b, bk 2, BW luidt: Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.

Over het begrip economische eenheid laat de wet zich verder niet uit, maar het uitgangspunt is dat twee maatschappijen tot een groep behoren indien de ene maatschappij een beslissende zeggenschap uitoefent over de andere maatschappij.

Het begrip 'groep' is andersoortig dan de begrippen dochtermaatschappij en deelneming. Een dochtermaatschappij van een rechtspersoon (moeder) is een rechtspersoon waarin de rechtspersoon (moeder), eventueel samen met dochtermaatschappijen meer dan de helft van de zeggenschap heeft (zie art. 24a, bk 2, BW). Het begrip 'groep' is beperkter dan het begrip deelneming, waarvan in beginsel sprake is bij een deelname in het geplaatst kapitaal van een vijfde of meer (zie art. 24c, bk2, BW). Een deelneming hoeft geen beslissende zeggenschap in te houden.

- **Vraag 3 (3e graads verband)**

De ondernemingen **Y** en **Z** willen inschrijven op een aanbesteding. In welke gevallen c.q. onder welke condities moet inschrijver **Z** accepteren dat concurrent **Y** inschrijft in aanmerking nemend zijn verhouding tot onderneming **X** en daarmee tot **A**? In welke gevallen c.q. onder welke condities wil RWS toelaten dat onderneming **Y** inschrijft? **X** en **Y** zijn ondernemingen van dezelfde groep.

Arbeidsmobiliteit

Voor het stellen van bovenstaande vragen is het niet van belang wie de werkgever of de opdrachtgever van **A** was tijdens diens werk voor de projectvoorbereiding of de aanbestedingsvoorbereiding. Het is zelfs denkbaar dat **A** een RWS-medewerker was⁶. De drie vragen dekken ook de situaties af waarin **A** vóór de aanbesteding overstapt naar een van de inschrijvers of naar een onderneming die met de inschrijver in een groep is verbonden.

Aanvullend is de situatie denkbaar dat **A** niet zelf bij de projectvoorbereiding of de aanbestedingsvoorbereiding betrokken was, maar wel een collega van **A**, genaamd **D**. Een nog verder verwijderd verband zou zijn dat **A** en **D** werkten bij verschillende groepsmaatschappijen, die allen niet inschrijven. Ook voor die situaties kunnen *in theorie* bovenstaande drie vragen gesteld worden. In het kader van deze nota is dat echter niet zinvol. Deze nota gaat niet verder dan een 3e graads verband. Doet zich een dergelijke situatie voor dan kan extrapolatie van het in deze nota geformuleerde beleid richting geven.

8 Voorstellen voor beleid

8.1 Heldere scheiding tussen commercieel vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke informatie

RWS kan het risico van het ontstaan van voorkennis beperken door een heldere scheiding aan te brengen tussen commercieel vertrouwelijke aanbestedingsgevoelige informatie en informatie die niet vertrouwelijk hoeft te zijn. Het gaat in beginsel om een rubricering van twee soorten informatie:

- niet-vertrouwelijke informatie waarover iedereen binnen en buiten RWS mag beschikken;
- commercieel vertrouwelijke informatie en waarover alleen de medewerkers van het project, die deze informatie nodig hebben voor hun werk, mogen beschikken; over informatie die direct te maken heeft met de gunningsprocedure mag alleen een kleine groep beslissers beschikken. Commercieel vertrouwelijk valt binnen de formele rubriek 'Departementaal vertrouwelijk'.⁷

Bij vertrouwelijke informatie moet steeds het tijdvenster voor de vertrouwelijkheid worden aangegeven.

Door enerzijds actief transparant te zijn ten aanzien van niet-vertrouwelijke informatie en anderzijds waarborgen te scheppen voor de vertrouwelijkheid van commercieel vertrouwelijke informatie kan RWS de kans op het ontstaan van voorkennis sterk beperken.

Ten aanzien van de vraag welke informatie commercieel vertrouwelijk moet zijn kan RWS aansluiting zoeken bij de Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB). De WOB bepaalt dat alle informatie openbaar is, tenzij deze valt onder de uitzonderingsgronden. Alle informatie die RWS van bedrijven ontvangt in het kader van inschrijving op een aanbesteding is vertrouwelijk⁸.

⁶ Overigens is in een dergelijk geval ook circulaire AD 1999/U84410 van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, d.d. 13 september 2006, van toepassing. Deze circulaire bevat beleid voor het tegengaan van zogenoemde draaideurconstructies. De voormalige ambtenaar mag gedurende 2 jaar niet betrokken worden bij de inschrijving.

⁷ Zie artikel 5 van het Besluit voorschift informatiebeveiliging rijksdienst – bijzondere informatie.

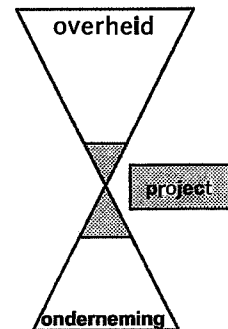
⁸ Artikel 10, lid 1, sub c, WOB: de overheid mag bedrijfs- en fabricagegegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld niet openbaar maken. Zelfs verouderde, voor concurrentie niet meer actuele gegevens, vallen onder dit verbod. Bron: HDJZ, Leidraad Wet openbaarheid van bestuur; mei 2006.

Daarnaast kan RWS ook de raming bestempelen als vertrouwelijk⁹. RWS kan een eigen afweging maken en er bijvoorbeeld voor kiezen om wel de raming openbaar te maken, maar niet de onderliggende opbouw. Dat zou kunnen indien RWS de raming mee wil geven als taakstellend budget.

De vertrouwelijkheid van informatie heeft baat bij beperking van het aantal personen dat toegang heeft tot de informatie. In aanbestedingssituaties werkt het beter om de vertrouwelijke informatie zoveel mogelijk in het project te houden. Daar kunnen waarborgen worden gecreëerd. Vanuit dit oogpunt dient het projectmandaat voldoende ruim te zijn. Bovendien geldt dat hoe dichter iemand bij het project betrokken is, hoe meer hij doordrongen is van het belang van vertrouwelijkheid.

De vertrouwelijkheidsperiode vangt in beginsel aan op het moment dat de algemene voorbereiding (onderzoek, proeven, studie en/of ontwikkeling van de opdracht) overgaat in de voorbereiding van de aanbesteding (ramingen, financiële modellen en risicoanalyses). Het einde van de vertrouwelijkheidsperiode hangt af van de aard van de informatie.

Een goed RWS-beleid met betrekking tot informatieveiligheid is een randvoorwaarde voor het voorkomen van voorkennis en belangenverstremming.



8.2 Marktneutrale specificaties en voorwaarden

Wanneer een marktpartij betrokken is bij de voorbereiding van een project of bij de voorbereiding van de aanbesteding kan dit leiden tot een situatie waarin hij de projectspecificaties en –voorwaarden bewust of onbewust kan beïnvloeden in een voor hem gunstige richting of tot het verwerven van voorkennis. RWS moet erop letten dat dit niet kan gebeuren. Aanbestedingsrechtelijk is het overigens verboden om de opdracht door specificaties toe te schrijven op een bepaalde marktpartij.

Aanbesteders en markt hebben behoefte aan een zekere uniformiteit bij contracteren. Marktpartijen die de aanbesteders helpen bij het ontwikkelen van standaarden treft niet het verwijt van belangenverstremming bij inschrijving op opdrachten waar die standaards vervolgens worden toegepast¹⁰. De standaard is immers algemeen.

8.3 Negen situaties van mogelijke vervalsing van de mededinging

De drie vragen in combinatie met de drie soorten werkzaamheden voorafgaande aan de gunning leiden tot negen situaties waarin mogelijk sprake is van vervalsing van de mededinging. Deze situaties kunnen worden weergegeven in een matrix. Iedere situatie beschrijft een samenloop van betrokkenheid aan de zijde van de aanbesteder met betrokkenheid aan de zijde van de inschrijver.

In de zaak Fabricom merkt het Hof van Justitie EG op dat een dergelijke samenloop kan leiden tot:

- voorkennis (ro 29) en;
- belangenverstremming in die zin dat de persoon die betrokken is bij de voorbereiding – zelfs zonder daartoe de bedoeling te hebben (!) – de voorwaarden van de overheidsopdracht in voor hem gunstige zin kan beïnvloeden (ro 30).

Het Hof stelt vervolgens (ro 31) dat de aanbesteder niet verplicht is om een bij de voorbereiding van de aanbesteding betrokken inschrijver op dezelfde wijze te behandelen als andere inschrijvers. Het Hof overweegt dat bepaalde voorbereidende werkzaamheden geen gevaar meebrengen voor de mededinging tussen de inschrijvers. Het Hof laat zich echter niet verder uit over de aard van deze bepaalde voorbereidende werkzaamheden. De matrix gaat verder waar het Hof stopt.

De matrix maakt in de kolommen 1, 2 en 3 onderscheid tussen verschillende soorten werkzaamheden die voorafgaan aan gunning: 1) projectvoorbereiding, 2) voorbereiding van de aanbesteding en 3) beoordeling van de inschrijvingen.

⁹ Artikel 10, lid 2, sub b, WOB geeft de overheid de mogelijkheid om het verstrekken van informatie achterwege te laten indien verstrekking de economische en financiële belangen van de Staat schaadt.

¹⁰ Wel is de gebruikelijke regel uit het aanbestedingsrecht van toepassing die bepaalt dat een opdracht inschrijvers gelijke toegang moet bieden. Vergelijk artikel 23, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG.

In de rijen A, B en C onderscheidt de matrix drie graden van betrokkenheid van de onderneming, die wil inschrijven, bij de persoon die betrokken was of is bij de drie soorten werkzaamheden uit de kolommen 1, 2 en 3. De puntsgewijze opsomming bij elk van de drie soorten werkzaamheden is indicatief en kan bij de implementatie verder geconcretiseerd worden.

De negen cellen A1 tot en met C3 geven aan of de betrokkenheid bij de voorbereiding voor die onderneming de inschrijving blokkeert of dat inschrijving onder voorwaarden toch mogelijk is.

Verhoudingen		A WAS OF IS BETROKKEN BIJ ...		
		1 de voorbereiding van het project: • onderzoek • proeven • studie • ontwikkeling	2 de voorbereiding van de aanbesteding: • raming • financiële modellen • risicoanalyses • keuze van wijze van marktbenadering • kritische succesfactoren	3 de beoordeling van de inschrijvingen • selectie- en beoordelings-systematiek • aanbestedings-procedure • beoordeling inschrijvingen
INSCHRIJVING OP DE AANBESTEDING	A 1e graads verband Onderneming X wil inschrijven met inzet van A.	A1 Vermoeden van vervalsing van de mededinging <i>Inschrijving toestaan</i> <i>mits X aantoont dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (kennis delen)</i>	A2 Vervalsing van de mededinging <i>Uitsluiten</i>	A3 Vervalsing van de mededinging (belangen-verstrengeling) <i>Uitsluiten</i>
	B 2e graads verband Onderneming X wil inschrijven met inzet van B.	B1 Vermoeden van vervalsing van de mededinging <i>Inschrijving toestaan</i> <i>mits X aantoont dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (kennis delen)</i>	B2 Vermoeden van vervalsing van de mededinging <i>Uitsluiten</i> <i>tenzij X aanloort dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (Belangen-beschermingsplan)</i>	B3 Vervalsing van de mededinging (belangen-verstrengeling) <i>Uitsluiten</i>
	C 3e graads verband Onderneming Y wil inschrijven met inzet van C.	C1 Vermoeden van vervalsing van de mededinging <i>Inschrijving toestaan</i> <i>mits X, Y en G aantonen dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (kennis delen)</i>	C2 Vermoeden van vervalsing van de mededinging <i>Uitsluiten</i> <i>tenzij X, Y en G aantonen dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (Belangen-beschermingsplan)</i>	C3 Vervalsing van de mededinging (belangen-verstrengeling) <i>Uitsluiten</i>

Matrix: negen situaties van mogelijke vervalsing van de mededinging

De cellen met de donkergrijze kleur (A2, A3, B3 en C3) geven situaties aan die per definitie leiden tot uitsluiting voor de aanbesteding. Er is onweerlegbaar sprake van vervalsing van de mededinging

waardoor uitsluiting van de desbetreffende inschrijver wegens voorkennis en/of belangenverstremgeling geboden is.

De cellen met de groene kleur (A1, B1 en C1) geven situaties aan waarbij actieve transparantie door de voorbereider vervalsing van de mededinging kan voorkomen. In deze situatie kan de voorbereider door zijn kennis volledig, tijdig en op toegankelijke wijze te delen met RWS en de andere inschrijvers voorkomen dat RWS hem uitsluit bij de aanbesteding. Bij aanvang van de deelname aan de voorbereiding dient de onderneming aan te geven of zij van plan is om in te schrijven op de aanbesteding zodat de mate en de wijze van kennis delen vooraf bepaald kunnen worden.

De mate van betrokkenheid bij de projectvoorbereiding weegt mee. Indien A slechts betrokken was bij een ondergeschikt deel van de voorbereiding van de aanbestede opdracht, zal betrokkenheid van A zelf of van B of C bij de inschrijving op die opdracht niet snel het gevaar oproepen van vervalsing van de mededinging. De inschrijver zal door het delen van het resultaat van het door hem voorbereide onderdeel het vermoeden van vervalsing van de mededinging kunnen weerleggen.

De rode cellen (B2 en C2) geven situaties weer waarbij interne scheiding van voorbereiding en inschrijving binnen de betrokken onderneming of de groep ruimte kan laten voor RWS om inschrijving door deze onderneming of groep te accepteren. Het zijn met name de situaties B2 en C2 die om inschrijving een nadere beschouwing vragen.

Belangenbeschermingsplan

De mogelijkheden voor scheiding van voorbereiding en inschrijving kunnen van onderneming tot onderneming, c.q. van groep tot groep, verschillen. RWS stelt ondernemingen daarom in de gelegenheid om een op hun eigen organisatie toegesneden *Belangenbeschermingsplan* ter goedkeuring bij hem in te dienen. Indien de onderneming, die wil deelnemen aan de voorbereiding van de aanbesteding, tijdig om goedkeuring verzoekt en zij die krijgt, heeft zij daarmee de zekerheid dat RWS haar bij inschrijving op de aanbesteding niet zal uitsluiten.

Bovenstaande laat de mogelijkheid echter onverlet dat concurrenten van de desbetreffende onderneming met succes in rechte betogen dat er, ondanks het goedgekeurde *Belangenbeschermingsplan*, toch sprake is van vervalsing van de mededinging en dat RWS de onderneming daarom dient uit te sluiten. In dat geval zal de desbetreffende onderneming geen recht hebben op schadeloosstelling.

Mogelijke ingrediënten van het Belangenbeschermingsplan

Het *Belangenbeschermingsplan* kan verschillende ingrediënten bevatten zoals geheimhoudingsverklaringen, 'Chinese walls', interne gedragscodes, het aanstellen van compliance officers en periodieke controle van de maatregelen door onafhankelijke auditors¹¹.

In situatie B2 kan X onder meer de volgende maatregelen nemen om te waarborgen dat de mededinging niet kan worden vervalst:

- A en B tekenen geheimhoudingsverklaringen;
- de geheimhoudingsverklaringen van A en B bevatten ook clausules voor het geval van uitdiensttreding;
- de bestuurder van X tekent een verklaring waarin staat dat X de geheimhoudingsverplichtingen van A en B volledig zal respecteren en ondersteunen;
- A en B zijn organisatorisch gescheiden, zonedig tot op directieniveau (d.w.z. dat zij niet onder de verantwoording vallen van dezelfde directeur);
- A en B werken niet op dezelfde locatie en gebruiken niet hetzelfde ICT-netwerk;
- X yoert een actief beleid t.a.v. het voorkomen van belangenverstremgeling;
- een onafhankelijke derde toetst periodiek het actieve beleid van X t.a.v. het voorkomen van belangenverstremgeling;
- van deze toets wordt verslag gedaan in het jaarverslag;
- deze derde rapporteert ook aan de aanbesteder.

¹¹ Vergelijk overweging 24, Richtlijn 2003/6/EG van het Europese Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorkennis en marktmanipulatie (marktmisbruik); PbEU 2003, L 96/16.

In situatie C2 kunnen X, Y en G hetzelfde aanvoeren met betrekking tot C, met daaraan toegevoegd:

- X, Y en G tekenen allen een verklaring dat zij onderling geen informatie uitwisselen over het project;
- X, Y en G verklaren dat zij de geheimhoudingsverplichtingen van A en C volledig zullen respecteren en steunen;
- X en Y zijn fysiek gescheiden (eigen locatie en eigen ICT-netwerk).

In het geval van samenwerking met de markt kan RWS bij de beoordeling van het *Belangenbeschermingsplan*, analoog aan artikel 6, lid 3, van de Mededingingswet, meewegen of de samenwerking bijdraagt tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Voorwaarde daarbij is dat de samenwerkingsvoordelen ten goede komen aan de hele markt. De samenwerking mag de mededinging niet voor een wezenlijk deel uitschakelen.

8.4 Sanctie: ernstige beroepsfout

Een goedgekeurd *Belangenbeschermingsplan* dient uiteraard zorgvuldig door de onderneming te worden gehandhaafd. RWS en concurrent-inschrijvers moeten hierop kunnen vertrouwen. Omdat het om interne maatregelen van de desbetreffende onderneming gaat is controle door RWS en concurrent-inschrijvers lastig te realiseren. Waar vertrouwen een zo grote rol speelt dient er een stevige sanctie te staan op beschaming van dat vertrouwen.

RWS zal daarom handelen in strijd met het goedgekeurde *Belangenbeschermingsplan* beschouwen als een ernstige fout in de uitoefening van het beroep in de zin van artikel 45, lid 2, richtlijn 2004/18/EG (aanbestedingsrichtlijn Werken, Leveringen en Diensten) c.q. artikel 45, lid 3, sub d van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO). Dit betekent dat RWS de desbetreffende onderneming zal uitsluiten bij deze en volgende aanbestedingen. Uitsluiting c.q. de periode van uitsluiting zal proportioneel zijn.

8.5 Arbeidsmobiliteit en andere wijzigingen in de verhoudingen

Ook in gevallen van arbeidsmobiliteit van werknemers wordt bovenstaande beleidslijn toegepast. RWS past de beleidslijn tevens toe bij andere wijzigingen in de verhoudingen, bijvoorbeeld als gevolg van fusies of overnames, tijdens de projectvoorbereiding, de aanbestedingsvoorbereiding of de beoordeling van de inschrijvingen.

Bijlage C

Afwijkingen van en aanvullingen op de UAV 1989

Waarschuwingsplicht

Ingevolge het bepaalde in de UAV 1989 is de aannemer verplicht om de gemeente te waarschuwen wanneer de afstemming tussen ontwerp en bodemgesteldheid een fout bevat, maar een verplichting om te waarschuwen tegen een gebrek in of ongeschiktheid van de bouwgrond zelf is hierin niet te lezen.

Derhalve dient in het bestek en de overeenkomst de volgende bepaling te worden opgenomen:

“In afwijking van het bepaalde in paragraaf 6 lid 14 van de UAV 1989 is de aannemer ook verplicht om de gemeente te waarschuwen tegen gebreken of ongeschiktheid van de grond waarop de gemeente het werk laat uitvoeren.”

In de overeenkomst dient voorts ook nog de volgende bepaling te worden opgenomen:

“De aannemer heeft zich, voor zover hem daartoe gelet op zijn vakmanschap en bekendheid met de plaatselijke omstandigheden redelijkerwijs de tijd en de mogelijkheden beschikbaar waren, op de hoogte gesteld van de hem door de gemeente c.q. de directie ter beschikking gestelde gegevens. De aannemer heeft zich ervan overtuigd dat hij een zo compleet mogelijk beeld heeft verworven van de voor de uitvoering van het werk van belang zijnde omstandigheden, werkterrein, en de invloed daarop van weer en bodemgesteldheid daaronder begrepen.”

Paragraaf 2 lid 5 en paragraaf 6 lid 14 van de UAV 1989 verplichten de aannemer alleen dan tot het geven van een waarschuwing wanneer het gaat om ‘klaarblijkelijke’ fouten of gebreken in hetgeen van de gemeente afkomstig is. Deze verplichting wijkt ten nadele van de gemeente af van hetgeen hieromtrent in het Burgerlijk Wetboek is geregeld.

Derhalve dient in het bestek en de overeenkomst de volgende bepaling te worden opgenomen:

“Paragraaf 2 lid 5 en paragraaf 6 lid 14 van de UAV 1989 zijn van toepassing, met dien verstande dat voor “klaarblijkelijk zodanige” en “klaarblijkelijke tegenstrijdigheid” dient te worden gelezen respectievelijk: “zodanige” en “tegenstrijdigheid”.”

Bestekswijzigingen

Hoewel bestekswijzigingen volgens paragraaf 36 van de UAV 1989 schriftelijk moeten worden opgedragen, laat het gemis van een schriftelijke opdracht volgens paragraaf 36 lid 5 van de UAV 1989 de aanspraken van de aannemer voor verrekening van meerwerk onverlet. Derhalve dient in het bestek en de overeenkomst de volgende bepaling te worden opgenomen:

“Bestekswijzigingen als bedoeld in paragraaf 36 van de UAV 1989 kunnen slechts door de gemeente worden opgedragen. Als grondslag voor de verrekening van meer en minder werk op basis van bestekswijzigingen als bedoeld in paragraaf 36 lid 4 van de UAV 1989 geldt de inschrijfbegroting van de aannemer die in kopie aan de aanneemovereenkomst is gehecht. In afwijking van paragraaf 36 lid 5 van de UAV 1989 heeft de aannemer geen aanspraak op verrekening van meerwerk als een opdracht tot bestekswijziging niet schriftelijk aan de

aannemer is opgedragen. Een opdracht tot bestekswijziging kan ook uit een verslag van een bouwvergadering blijken, mits het betreffende verslag door de gemeente is opgesteld. ”

Gebrek

Ten aanzien van verborgen gebreken geldt op grond van paragraaf 12 lid 4 van de UAV 1989 een vervaltermijn van 5 jaren, te rekenen vanaf de dag van oplevering, terwijl de vordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk volgens het Burgerlijk Wetboek pas verjaart door verloop van 20 jaren na oplevering ingeval van bouwwerken en door verloop van 10 jaren na oplevering van andere gevallen.

Bovendien dient de gemeente volgens de UAV 1989 binnen een redelijke termijn na ontdekking van het verborgen gebrek klagen, terwijl de vordering wegens een verborgen gebrek volgens het Burgerlijk Wetboek verjaart door verloop van 2 jaren nadat de opdrachtgever terzake heeft geprotesteerd.

Tenslotte is in paragraaf 12 lid 2 b van de UAV 1989 bepaald dat een gebrek slechts dan als een verborgen gebrek is aan te merken indien het ondanks nauwkeurig toezicht tijdens de uitvoering danwel bij opnemings van het werk door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden.

Onze huisadvocaat adviseert om paragraaf 12 van de UAV 1989 uit te sluiten en te vervangen door:

“De gemeente mag te allen tijde rekenen op een deugdelijke prestatie en op de afwezigheid van verborgen gebreken. De oplevering bevrijdt de aannemer nimmer van aansprakelijkheid voor verborgen gebreken, waaronder wordt verstaan: gebreken die feitelijk niet gesignaleerd zijn bij de oplevering. Door of namens de gemeente uitgeoefend toezicht strekt niet ter bescherming van de aannemer.”

Derhalve dient toepassing van paragraaf 12 van de UAV 1989 te worden uitgesloten en in het bestek en de overeenkomst voormelde bepaling te worden opgenomen.

Aanneemsom en prijsrisico

Teneinde verhoging van de aanneemsom tengevolge van prijsstijgingen van lonen en materialen uit te sluiten, kan in het bestek en de overeenkomst de volgende bepaling worden opgenomen:

“Onder kostenverhogende omstandigheden als bedoeld in paragraaf 47 van de UAV 1989 worden in ieder geval niet verstaan prijsverhogingen van lonen en materialen. Verhoging van de aanneemsom tengevolge van prijsstijgingen van lonen en materialen is uitgesloten. Het risico van dergelijke prijsstijgingen ligt bij de aannemer.”

Ingevolge het Burgerlijk Wetboek kan de aannemer ingeval van door de gemeente gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk slechts dan een verhoging van de prijs vorderen, wanneer hij de gemeente tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de gemeente die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen.

De UAV verplichten de aannemer lang niet in alle gevallen om de gemeente te wijzen op de noodzaak van een prijsverhoging, laat staan dat op zo'n verhoging geen aanspraak kan worden gemaakt bij het niet gewezen hebben op die noodzaak.

Derhalve dient in het bestek en de overeenkomst de volgende bepaling te worden opgenomen:

“Zowel in gevallen als bedoeld in paragraaf 6 lid 15 van de UAV 1989 als in andere gevallen waarin sprake is van door de gemeente gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk, kan de aannemer slechts dan een verhoging in de prijs vorderen, wanneer hij de gemeente tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de gemeente die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen.”

Onderaannemers

In paragraaf 6 lid 26 van de UAV 1989 is bepaald dat de aannemer bij de uitvoering van het werk gebruik mag maken van onderaannemers indien bij daarvoor schriftelijke goedkeuring van de directie heeft gekregen. Ingeval de gemeente niet zelf directie voert, dient in het bestek en de overeenkomst de volgende bepaling te worden opgenomen:

“In afwijking van paragraaf 6 lid 26 van de UAV 1989 mag de aannemer bij uitvoering van het werk slechts gebruik maken van onderaannemers indien hij daarvoor schriftelijke goedkeuring van de gemeente heeft gekregen.”

Goedkeuring oplevering

In aanvulling op paragraaf 9 en paragraaf 11 van de UAV 1989 dient voor wat betreft goedkeuring van de oplevering in het bestek en de overeenkomst de volgende bepaling te worden opgenomen:

“Het werk zal alleen dan overeenkomstig paragraaf 9 danwel paragraaf 11 lid 6 van de UAV 1989 worden goedgekeurd indien de aannemer heeft voldaan aan de volgende verplichtingen:

- a. ter handstelling aan de directie of de gemeente van de in paragraaf 22 van de UAV 1989 bedoelde garantieverklaringen;*
- b. overlegging van de in het bestek omschreven handleidingen en gebruiksaanwijzingen, en eventuele revisietekeningen;*
- c. overlegging van de in het bestek omschreven goedkeurende verklaringen van nutsbedrijven en overheidsinstanties en eventuele keuringsrapporten.”*

Beëindiging in onvoltooide staat

Op grond van paragraaf 14 is de gemeente bevoegd om de aannemer opdracht te geven om het werk in onvoltooide staat te beëindigen. Het Burgerlijk Wetboek kent een vergelijkbare regeling (opzegging). In paragraaf 14 van de UAV 1989 wordt de gemeente verplicht tot vergoeding van kosten die de aannemer als gevolg van de niet-voltooiing heeft moeten maken, terwijl deze kosten ingevolge de regeling in het Burgerlijk Wetboek voor rekening van de aannemer blijven.

Derhalve dient in het bestek en de overeenkomst de volgende bepaling te worden opgenomen:

“In afwijking van paragraaf 14 van de UAV 1989 heeft de aannemer geen aanspraak op vergoeding van kosten die hij als gevolg van de niet-voltooiing heeft moeten maken, tenzij sprake is van een situatie als bedoeld in paragraaf 14 lid 8.”

Arbitrage

In de UAV 1989 is een arbitrageregeling opgenomen. Geschillen dienen volgens de UAV 1989 te worden voorgelegd aan de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Echter in die Raad van Arbitrage zijn de opdrachtgevers niet vertegenwoordigd. De raad is voornamelijk samengesteld uit vertegenwoordigers van de bouwsector en de leden worden benoemd door de minister van Verkeer en Waterstaat. De schijn van belangenverstrengeling is hiermee snel gewekt. Derhalve dient in het bestek en de overeenkomst de volgende bepaling te worden opgenomen:

“In afwijking van paragraaf 49 van de UAV 1989 zullen alle geschillen worden voorgelegd aan de gewone rechter.”

RAW-bestek

Indien en voor zover bovenstaande afwijkingen van en aanvullingen op de UAV 1989 reeds in een RAW-bestek worden geregeld, hoeven de betreffende afwijkingen en aanvullingen bij toepassing van een RAW-bestek vanzelfsprekend niet nogmaals (dubbelop) te worden bedongen.