

# De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?

– Mr. E. van Dam, mr. I. de Groot en mr. D.C. Orobio de Castro<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Is het tijd voor een herziening van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005 ('UAV-GC')? Die vraag stond centraal bij het seminar dat op 30 juni 2015 plaatsvond bij Stibbe in Amsterdam. Als voorzitter trad mevrouw prof. mr. M.A.B. Chao-Duivis op. Sprekers waren de heren mr. R.G.T. Bleeker, mr. G.J. Huith, prof. mr. C.E.C. Jansen, mr. D. C. Orobio de Castro en mr. I. de Groot.<sup>2</sup>

Aanleiding voor het seminar was een door Stibbe uitgevoerd onderzoek naar de ervaringen met de UAV-GC. De marges in de bouw staan al geruime tijd onder druk en met enige regelmaat materialiseren zich forse risico's die bouwbedrijven onder geïntegreerde overeenkomsten op zich namen. Alle reden dus om de UAV-GC nader te bezien. Het onderzoek bestond uit interviews met personen die bij grote bouwbedrijven in Nederland verantwoordelijk zijn voor de aanbesteding en uitvoering van integrale projecten.<sup>3</sup> De geïnterviewde personen werd onder meer gevraagd naar de knelpunten bij het gebruik van de UAV-GC.

De belangrijkste knelpunten die uit het onderzoek naar voren kwamen zijn in dit artikel uitgewerkt: de toepassing van de UAV-GC en proportionaliteit (paragraaf 2), verstrekte informatie (paragraaf 3), de procedure voor wijzigingen (paragraaf 4),

vergunningen (paragraaf 5) en beperking van aansprakelijkheid (paragraaf 6). De zienswijzen van de andere sprekers op het seminar zijn niet in dit artikel verwerkt, deze verschijnen op een later moment in dit tijdschrift.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat het door Stibbe uitgevoerde onderzoek niet bedoeld is om een representatief beeld te geven van de opvattingen in de bedrijfstakken bouw en infra. Zo zijn opdrachtgevers en het midden- en kleinbedrijf niet vertegenwoordigd in de groep van geïnterviewde personen. In dit artikel zijn verschillende suggesties opgenomen voor het oplossen van de gesignaleerde knelpunten. Deze suggesties zijn merendeels niet met de geïnterviewde personen besproken en komen geheel op het conto van de auteurs.

Dit artikel gaat in voorkomende gevallen ook over de precontractuele fase. Gemakshalve duiden wij inschrijver en aanbesteder hier en daar ook aan als opdrachtnemer en opdrachtgever.

## 2. De toepassing van de UAV-GC en proportionaliteit

### 2.1 Toepassing van de UAV-GC<sup>4</sup>

Een belangrijke uitkomst van het onderzoek is dat de UAV-GC op zichzelf als werkbaar worden ervaren, maar dat de UAV-GC door opdrachtgevers vaak op onjuiste wijze worden toegepast. Het betreft dan opdrachtgevers die een - in voorkomende gevallen: zwaar - geamendeerde versie van de UAV-GC aanbesteden, maar ook opdrachtgevers

<sup>1</sup> Emma van Dam, Ingmar de Groot en David Orobio de Castro zijn advocaat bij Stibbe in Amsterdam.

<sup>2</sup> Van de andere sprekers, mr. R.G.T. Bleeker, mr. G.J. Huith, prof. mr. C.E.C. Jansen zal in een latere aflevering van *TBR* een bijdrage verschijnen.

<sup>3</sup> Integrale projecten zijn projecten waarbij de aannemer niet alleen verantwoordelijk is voor de uitvoering, maar ook voor het ontwerp en in voorkomende gevallen het langjarig onderhoud van het werk.

<sup>4</sup> De UAV-GC bestaan uit een (Model) Basisovereenkomst, algemene voorwaarden en een toelichting.

die op een eenzijdige wijze invulling geven aan de risicoverdeling in de Basisovereenkomst.

Een voorbeeld van een regelrechte amendering van de UAV-GC is het toevoegen van *risicolijsten* aan de Basisovereenkomst waarin - soms slechts in de vorm van een tabel - een van de UAV-GC afwijkende risicoverdeling wordt vastgelegd. Een ander voorbeeld is de amendering van paragraaf 10-1 en 10-4 UAV-GC, waarbij de inspanningsverplichting tot het verkrijgen van vergunningen wordt veranderd in een resultaatsverplichting.

Minder radicaal, maar veelal even bezwaarlijk, is het *eenzijdig* invullen van de Basisovereenkomst door opdrachtgevers. Zo wordt de in artikel 6 Basisovereenkomst bedoelde annex veelal zodanig ingevuld dat de opdrachtnemer *alle* vergunningen, ontheffingen, beschikkingen en toestemmingen moet verkrijgen. In artikel 7 wordt met regelmaat vermeld dat de opdrachtgever *geen enkele* informatie aan de opdrachtnemer ter beschikking stelt (zie ook paragraaf 3 van dit artikel). In artikel 13 van de Basisovereenkomst wordt de bewijslast in geval van gebreken en tekortkomingen voor *alle* onderdelen van het werk bij de opdrachtnemer gelegd. Stelpos-ten worden in artikel 15 stelselmatig uitgesloten en de maximering van boetes uit artikel 16 Basisovereenkomst wordt veelal weggelaten.

## 2.2 Gids Proportionaliteit

In verband met overheidsaanbestedingen bepaalt voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit<sup>5</sup> dat, daar waar voor een bepaald soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, de aanbestedende dienst deze integraal dient toe te passen. Daarbij worden, in de toelichting bij de Gids Proportionaliteit, de UAV-GC uitdrukkelijk genoemd als paritair opgestelde voorwaarden. Wanneer project-specifieke situaties dat noodzakelijk maken, mag volgens de Gids Proportionaliteit van de UAV-GC worden afgeweken. Die afwijkingen moeten dan wel kunnen worden gemotiveerd. Het is natuurlijk denkbaar dat de bijzondere eigenschappen van een project tot afwijking van de UAV-GC noodzaken. Echter, afwijkingen op het vlak van de risicoallocatie worden in de praktijk veelal niet of onvoldoende gemotiveerd. Zo is het in de regel niet of nauwelijks verdedigbaar om risico's ten aanzien van bijvoorbeeld het ontbreken van relevante informatie, of het verkrijgen van bepaalde vergunningen of ontheffingen (denk aan de Flora- en faunawet), geheel bij de opdrachtnemer te leggen. Immers, dat zijn risico's die de opdrachtgever in de regel beter kan beheersen dan de opdrachtnemer.<sup>6</sup>

Dat leidt naar voorschrift 3.9 A uit de Gids Proportionaliteit. Dit voorschrift bepaalt dat de aanbestedende dienst het risico allocceert bij de partij die dat risico het beste kan beheersen of beïnvloeden. Dit voorschrift moet niet alleen in acht genomen worden bij amendementen op de UAV-GC, maar ook bij het invullen van de Basisovereenkomst, die immers voor een groot deel over risicoallocatie gaat. De Gids Proportionaliteit geeft daarbij nog aan dat het toedelen aan een opdrachtnemer van niet of nauwelijks voorzienbare risico's of risico's met vergaande consequenties eerder disproportioneel zal zijn. Ook de verzekeraarheid van risico's speelt een rol bij de allocatie daarvan. Opnieuw geldt dat risico's die bijvoorbeeld verband houden met een gebrek aan informatie (bijvoorbeeld over de conditie van te renoveren kunstwerken) of risico's in verband met het verkrijgen van bepaalde vergunningen, in de regel beter door de opdrachtgever zullen kunnen worden beheerst. Voluit toedelen van dergelijke risico's aan een opdrachtnemer zal dan ook veelal in strijd met de regels van proportionaliteit zijn. Waar het gaat om de maximering van boetes is nog relevant voorschrift 3.9 D uit de Gids Proportionaliteit, dat betrekking heeft op proportionaliteit en de limitering van aansprakelijkheid.

Toepassing van de UAV-GC in strijd met het proportionaliteitsbeginsel is onrechtmatig. Daar waar een overeenkomst eenmaal tot stand is gekomen, behoort deze *beginselconform* te worden uitgelegd; bepalingen (in het bijzonder amendementen op de UAV-GC) van de aannemingsovereenkomst behoren zodanig te worden uitgelegd dat zij zich zoveel mogelijk verdragen met onder meer het proportionaliteitsbeginsel.

## 2.3 Gids Proportionaliteit UAV-GC

Een effectieve - en relatief eenvoudige - wijze om de aanbesteding en toepassing van UAV-GC overeenkomsten te verbeteren, zou een '*Gids Proportionaliteit UAV-GC*' zijn; een document waarin beginselen van proportionaliteit verder worden doorvertaald naar de UAV-GC en waarbij voorbeelden worden gegeven van situaties waarin een afwijkende risicoverdeling geoorloofd kan zijn. Ook zou een dergelijke gids nadere wenken kunnen bevatten voor het evenwichtig invullen van de Basisovereenkomst. Gelet op de betrokken belangen is het zowel voor opdrachtgevers als opdrachtnemers wenselijk om over concrete richtsnoeren te kunnen beschikken.

## 3. Verstreckte Informatie

### 3.1 Knelpunten

Een knelpunt dat door vrijwel alle geïnterviewde personen werd genoemd is dat opdrachtgevers tijdens de aanbesteding vaak onvoldoende informa-

5 Gids Proportionaliteit, Stcr. 15 februari 2013.

6 Zie ook de paragrafen 3 en 5 van dit artikel.

tie verstrekken over de aan te besteden opdracht. Dit terwijl de potentiële opdrachtnemers hun inschrijving voor een belangrijk deel op de informatie van de opdrachtgever moeten baseren. Genoemde voorbeelden zijn: het verstrekken van onvoldoende informatie over niet-gesprongen explosieven, verontreinigingen, archeologische waarden, de geotechnische toestand van de bodem en de conditie van bestaande objecten. Het gaat daarbij in veel gevallen om informatie die een inschrijver in de aanbestedingsfase niet kan verkrijgen, anders dan van de opdrachtgever.

Een ander veel genoemd knelpunt dat hiermee samenhangt, is dat opdrachtgevers veelvuldig en in afwijking van de UAV-GC de aansprakelijkheid voor onjuiste informatie exoneren. Bekende voorbeelden zijn het voorbehoud dat aan verstrekte informatie *geen rechten* kunnen worden ontleend, dat informatie *indicatief* is of dat documenten slechts *ter informatie* worden verstrekt (wat dat dan ook precies moge betekenen).

### 3.2 Informatie in de precontractuele en contractuele situatie

Het knelpunt van het verstrekken van onvoldoende informatie heeft niet alleen betrekking op de periode dat de overeenkomst is gesloten, maar met name op de precontractuele fase.

In artikel 7 van de Basisovereenkomst wordt verwezen naar de informatie die in de vraagspecificatie is opgenomen. In de vraagspecificatie<sup>7</sup> is doorgaans een lijst met documenten opgenomen waaruit de desbetreffende informatie kan worden geput.<sup>8</sup> Deze documenten worden in de aanbestedingsfase aan de potentiële opdrachtnemers verstrekt, zodat zij hun inschrijving daarop kunnen baseren.

Informatie die (al dan niet door middel van de vraagspecificatie) tijdens de aanbesteding aan de opdrachtnemer is verstrekt, valt in de regel onder paragraaf 3 UAV-GC. Daarin is onder meer bepaald dat de Opdrachtgever verantwoordelijkheid draagt voor door hem verstrekte informatie.

Paragraaf 3-1 (a) UAV-GC bepaalt dat de opdrachtgever alle informatie moet verstrekken waarover hij beschikt, en die noodzakelijk is om

het werk en het meerjarig onderhoud conform de overeenkomst te kunnen realiseren. De toelichting bij de UAV-GC vermeldt dat informatie die aldus voor de opdrachtnemer noodzakelijk is, in de regel tevens informatie zal zijn die de opdrachtnemer nodig heeft om een *verantwoorde inschrijving* te kunnen doen. Deze informatie moet dan - volgens de toelichting - in de regel reeds in de aanbestedingsfase door de opdrachtgever aan de opdrachtnemer worden verstrekt.<sup>9</sup> Daarmee kan uit paragraaf 3-1 (a) UAV-GC, in combinatie met de toelichting, een verplichting voor de opdrachtgever worden afgeleid om reeds in de aanbestedingsfase de informatie te verstrekken waarover de opdrachtgever beschikt, en die de inschrijver nodig heeft om een verantwoorde inschrijving te kunnen doen. Zo'n verplichting is in lijn met de civielrechtelijke mededelingsplicht (of *spreekplicht*), waarover hierna meer.

### 3.3 Uitgangspunt van voldoende informatie

In het algemeen geldt dat voor een goede wilsvorming in de aanloop naar het sluiten van een contract, de contractspartijen over voldoende informatie dienen te beschikken.<sup>10</sup> Meer concreet voor aanbestedingen betekent dit dat de inschrijvers op een aanbesteding over voldoende informatie moeten kunnen beschikken om een verantwoorde inschrijving te kunnen doen en de werkzaamheden op een juiste wijze te kunnen uitvoeren.<sup>11</sup>

De informatie die inschrijvers nodig hebben, kan onderverdeeld worden in de volgende categorieën:

- i. informatie waarover de opdrachtgever beschikt;
- ii. informatie waarover de opdrachtgever niet beschikt maar redelijkerwijs wel kan komen te beschikken; en
- iii. informatie waarover de opdrachtgever niet beschikt en redelijkerwijs niet kan komen te beschikken.

De vraag die opkomt, en die hieronder zal worden besproken, is wie (de opdrachtgever of de opdrachtnemer) in welke omstandigheden verantwoordelijk is voor het verzamelen en verstrekken van de benodigde informatie.

#### 3.3.1 Ad (i) - informatie waarover de opdrachtgever beschikt

In de UAV-GC is de informatieplicht van de opdrachtgever opgenomen in paragraaf 3-1 UAV-GC, waarin - kort gezegd - is bepaald dat de opdrachtgever ervoor dient te zorgen dat de op-

<sup>7</sup> Het begrip 'Vraagspecificatie' is in paragraaf 1 van de UAV-GC gedefinieerd als het als zodanig in de Basisovereenkomst aangemerkte contractdocument dat door of namens de opdrachtgever is vervaardigd, op basis waarvan de opdrachtnemer zijn inschrijving heeft opgesteld en ingediend.

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld paragraaf 3 van de Model Vraagspecificatie Eisen D&C, d.d. 1 februari 2015 van Rijkswaterstaat (<<http://www.rijkswaterstaat.nl/zakelijk/zakendoen-met-rijkswaterstaat/werkwijzen/werkwijze-in-gww/contracten-gww/dc.aspx>>) en paragraaf 3 van de Model Eisenspecificatie, 1 oktober 2012 van ProRail (<<https://www.prorail.nl/leveranciers/aanbesteden-en-inkoop/documenten-en-juridische-voorwaarden>>).

<sup>9</sup> Zie de toelichting op de paragraaf 3 UAV-GC.

<sup>10</sup> Zie K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, Deventer: Kluwer 2012, p. 34-35.

<sup>11</sup> Vergelijk: C.E.C. Jansen, 'Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructurele projecten', VBR preadvies nr. 29, 2001, p. 29.

drachtnemer tijdig de beschikking krijgt over alle informatie waarover de opdrachtgever beschikt, voor zover noodzakelijk om de opdrachtnemer in staat te stellen het werk uit te voeren. Meer in het algemeen heeft de opdrachtgever in de precontractuele fase een mededelingsplicht. Uit de literatuur blijkt dat deze mededelingsplicht strekt tot ongelijkheidscompensatie; door de ene partij te verplichten informatie te verstrekken worden eventuele tekorten aan informatie bij de andere partij weggenomen.<sup>12</sup> Voor aanbestedingen volgt hieruit dat de opdrachtgever al hetgeen hij weet, en dat relevant is voor het doen van een verantwoorde inschrijving, aan de potentiële opdrachtnemers bekend moet maken. Tot deze categorie behoort naar onze overtuiging ook informatie die de opdrachtgever behoort te kennen, bijvoorbeeld omdat hij de wettelijke plicht heeft om die informatie bij te houden in een register.

De opdrachtgever dient in artikel 7 van de Basisovereenkomst in te vullen welke informatie hij aan de opdrachtnemer ter beschikking stelt. Opdrachtgevers dienen bij het invullen van deze lijst hun (contractuele en precontractuele) informatieplicht in acht te nemen. Het staat opdrachtgevers dus niet vrij om naar eigen inzicht te bepalen welke informatie zij wel en niet aan de inschrijvers verstrekken.

In de toelichting bij de UAV-GC is vermeld dat de verplichting om informatie te verstrekken alleen bestaat als de opdrachtnemer niet over de mogelijkheid beschikt om die informatie zelfstandig via andere kanalen te verkrijgen.<sup>13</sup> Wat met andere kanalen wordt bedoeld, en hoe ver de opdrachtnemer zich moet inspannen om informatie via deze kanalen te verkrijgen, wordt niet verder toegelicht. Een redelijk uitgangspunt is naar ons idee dat de opdrachtgever geen informatie aan de opdrachtnemer behoeft te verstrekken die reeds in het publieke domein beschikbaar is.<sup>14</sup> Echter, de mededelingsplicht van de opdrachtgever kan met zich brengen dat hij

in de aanbestedingsstukken aandacht vraagt voor bepaalde, publiekelijk bekende, informatie, bijvoorbeeld omdat die informatie verband houdt met project-specifieke risico's.

Het zou een belangrijke verbetering zijn als in de UAV-GC duidelijker wordt omschreven hoe ver de mededelingsplicht van de opdrachtgever strekt, zowel in de precontractuele fase (informatie benodigd voor het doen van een verantwoorde inschrijving) als daarna. Daarbij zouden de UAV-GC de consequenties moeten regelen als de opdrachtgever die verplichtingen niet nakomt. Dat geldt ook voor de niet-nakoming van verplichtingen uit de precontractuele fase: de consequenties daarvan zullen immers pas tijdens de looptijd van de overeenkomst zichtbaar worden.

### 3.3.2 Ad (ii) - informatie waarover de opdrachtgever redelijkerwijs wel kan komen te beschikken

In de UAV-GC ontbreekt de verplichting voor de opdrachtgever om informatie te verstrekken waarover de opdrachtgever niet zelf beschikt. Daardoor ontstaat in de praktijk een leemte: er is een veelheid aan gevallen waarin de inschrijver voor het doen van een verantwoorde inschrijving bepaalde informatie nodig heeft die niet beschikbaar is en waarover ook de opdrachtgever niet beschikt - bijvoorbeeld omdat de opdrachtgever (nog) geen onderzoek heeft laten uitvoeren. In die gevallen is er vaak onvoldoende gelegenheid voor een inschrijver om zelf onderzoek te doen en moet hij het doen met de informatie die door de opdrachtgever ter beschikking wordt gesteld, ook als die informatie onvoldoende is om een verantwoorde inschrijving uit te brengen.

Het ontbreken van informatie die nodig is om een verantwoorde inschrijving uit te brengen is een risico dat opdrachtnemers niet kunnen beheersen en waar zij ook geen invloed op hebben. De Gids Proportionaliteit bepaalt ten aanzien van de verdeling van risico's dat de aanbestedende dienst het risico dient te alloceren bij de partij die het risico het beste kan beheersen of beïnvloeden.<sup>15</sup> In de regel is het de opdrachtgever die het risico van onvoldoende informatie het beste kan beheersen of beïnvloeden. De opdrachtgever kan immers bij de voorbereiding van de aanbesteding de nodige informatie verzamelen, onder meer door het (laten) uitvoeren van onderzoeken. Veelal betreft het onderzoek (bijvoorbeeld naar de bodem, bestaande structuren, standpunten van vergunningverlenende instanties) waarvoor de opdrachtgever de mogelijkheden heeft en de opdrachtnemer niet (denk bijvoorbeeld aan eigendomsrechten, maar ook tijd en beschikbaar budget).

<sup>12</sup> Vergelijk J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 202-203, J.M. Barendrecht en E.A.J.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 13-14, Chr. H. van Dijk en F. van der Woude, *Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht*, AV&S 2009, 11, p. 77, R.R.R. Hardy, *Differentiatie in het (Europees) contractenrecht*, diss. Maastricht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 72-73 en A.C.W. Pijls, *De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener*, in F.G.M. Smeele en M.A. Verburgh (red.) *Opgelegde bescherming in het bedrijfsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 169-170.

<sup>13</sup> Zie de toelichting op de paragraaf 3 UAV-GC.

<sup>14</sup> Zie ook RvA 29 april 2014 (No. 34.427) waarin arbiters verder gaan en oordelen dat de opdrachtgever bepaalde informatie niet aan de aannemer behoeft te verstrekken omdat de aannemer deze informatie kon verkrijgen via één van haar dochter/zusterondernemingen die bekend was met deze informatie en welke dochter/zusteronderneming de aannemer ook had ingeschakeld bij het betreffende het werk.

<sup>15</sup> Voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit.

Informatie, benodigd voor het doen van een verantwoorde inschrijving of voor de uitvoering van het werk	Moet opdrachtgever informatie verstrekken?	Gevolgen als de werkelijkheid afwijkt van hetgeen de opdrachtnemer mocht verwachten?
Informatie waarover opdrachtgever beschikt (of waarover de opdrachtgever behoort te beschikken, bijvoorbeeld op grond van de wet)	Ja, tenzij de opdrachtnemer met de betreffende informatie bekend behoort te zijn	1. Termijnverlenging  2. Additionele kosten: <ul style="list-style-type: none"> <li>• risico opdrachtgever (kosten 100% verrekenbaar);</li> <li>• risico opdrachtgever voor zover kosten boven bepaalde grens; of</li> <li>• kosten en besparingen delen (alliantieprincipe)</li> </ul>
Informatie waarover opdrachtgever redelijkerwijze kan komen te beschikken	Ja, tenzij: (i) de opdrachtnemer met de betreffende informatie bekend behoort te zijn; of (ii) opdrachtgever de inschrijving uitvraagt op basis van een assumptie	
Informatie waarover opdrachtgever niet redelijkerwijze kan komen te beschikken	Nee, opdrachtgever moet inschrijving uitvragen op basis van een assumptie	

En en ander brengt met zich dat als de opdrachtgever bepaalde informatie kan verkrijgen (bijvoorbeeld door het uitvoeren van nader onderzoek) die de inschrijver nodig heeft voor het doen van een verantwoorde inschrijving, de opdrachtgever verplicht zou moeten zijn die informatie te vergaren en aan de opdrachtnemer te verstrekken. Daaraan kan toegevoegd worden dat deze informatie 'redelijkerwijs' moet kunnen worden verkregen, dat wil zeggen tegen kosten en inspanningen die in een redelijke verhouding staan tot de risico's die ontstaan bij het ontbreken van die informatie.

Voorgesteld wordt om de huidige informatieverplichting van paragraaf 3-1 UAV-GC uit te breiden door daarin op te nemen dat de opdrachtgever niet alleen alle informatie waarover hij beschikt aan de opdrachtnemer moet verstrekken, maar ook alle informatie waarover hij redelijkerwijs kan komen te beschikken.

### 3.3.3 Ad (iii) - informatie waarover de opdrachtgever redelijkerwijs niet kan komen te beschikken

Naast informatie die de opdrachtgever heeft of kan verkrijgen bij de voorbereiding van de aanbesteding, kan er informatie ontbreken die wél nodig is om een verantwoorde inschrijving te doen, maar die noch opdrachtnemer noch opdrachtgever redelijkerwijs kunnen verkrijgen.

Het ligt voor de hand om in dit soort gevallen een assumptie op te nemen in de aanbestedingstukken. Inschrijvers kunnen hun inschrijving dan op deze assumptie baseren. Als de assumptie na het sluiten van de overeenkomst in werkelijkheid niet juist blijkt te zijn, dient de opdrachtnemer voor de gevolgen daarvan geheel of gedeeltelijk (zie hieronder) te worden gecompenseerd.

Een dergelijke assumptie kan worden verbonden aan een stelpost in de Basisovereenkomst.<sup>16</sup> Bij

een stelpost neemt de opdrachtnemer in de Basisovereenkomst een prijs op voor de werkzaamheden die op de dag van het sluiten van de overeenkomst onvoldoende nauwkeurig zijn bepaald (par 34-1 UAV-GC). Indien de som van de uitgaven die ten laste van de stelpost komen hoger of lager is dan het bedrag van de stelpost, dan zal die afwijking worden verrekend.

Als alternatief kunnen de opdrachtgever en de opdrachtnemer bijvoorbeeld overeenkomen dat de meerkosten ten gevolge van een afwijking van een assumptie alleen door de opdrachtgever gedragen zullen worden als die kosten een bepaalde grens overschrijden. Ook is het mogelijk dat de opdrachtnemer en de opdrachtgever het risico van het ontbreken van informatie op basis van het alliantieprincipe verdelen. Partijen komen daartoe dan een bepaald budget overeen om het risico (en de gevolgen als het zich materialiseert) dat de assumptie onjuist blijkt te beperken. Over- en onderschrijding van het budget wordt door partijen gedeeld.

Dergelijke regelingen kunnen niet alleen worden toegepast ten aanzien van assumpties die onjuist blijken, maar ook ten aanzien van informatie die de opdrachtgever verstrekt en die achteraf onjuist blijkt.

### 3.4 Overzicht met categorieën van verstrekte informatie

Zie het afgedrukte schema hierboven.

### 3.5 Verantwoordelijkheid voor verstrekte informatie

De opdrachtgever is op grond van paragraaf 3-2 UAV-GC verantwoordelijk voor de inhoud van alle informatie die door hem aan de opdrachtnemer ter beschikking is gesteld.<sup>17</sup> Blijkt de inhoud

<sup>17</sup> Vergelijk Hof Amsterdam 10 september 2013, JAAN 2013/200 m.nt. A.T.M. van den Borne waarin werd overwogen dat de keuze voor een D&C contract de Gemeente niet ontslaat van haar verantwoordelijkheid voor de juistheid van de gegevens die zij heeft verstrekt.

<sup>16</sup> Artikel 15 van de Model Basisovereenkomst en paragraaf 34 van de UAV-GC.

van de verstrekte informatie niet juist, dan komt de opdrachtgever in beginsel tekort in de nakoming van zijn verplichtingen en heeft de opdrachtnemer recht op kostenvergoeding en/of termijnverlenging op grond van paragraaf 44-4 UAV-GC.

Dat betekent niet dat de opdrachtgever de opdrachtnemer voor elke afwijking van de werkelijke situatie ten opzichte in de verstrekte gegevens moet compenseren. Arbiters overwogen in een vonnis van 21 augustus 2007 dat van de opdrachtnemer verwacht mag worden dat hij de verstrekte gegevens op waarde kan schatten en dat hij, onder omstandigheden, bijvoorbeeld rekening moet houden met een onzekerheidsmarge in de verstrekte gegevens.<sup>18</sup>

Van de opdrachtnemer mag voorts worden verwacht dat hij onderzoek doet naar de juistheid van de verstrekte informatie als daartoe aanleiding is. Dit laatste volgt onder meer uit het oordeel van arbiters over de stelling dat de opdrachtnemer onderzoek had moeten doen naar de volledigheid van de (door de opdrachtgever verstrekte) eisen uit de vraagspecificatie.<sup>19</sup> Arbiters oordeelden dat als een redelijke uitleg van de - door opdrachtgever geformuleerde - eisen niet leidt tot de noodzaak van een onderzoek, zo'n onderzoek ook niet van de opdrachtnemer mag worden verwacht.

In de hiervoor genoemde uitspraak van 21 augustus 2007 ging het verder nog over de vraag of de opdrachtnemer mocht vertrouwen op de antwoorden die door de gemeente *ter indicatie* waren verstrekt.<sup>20</sup> Arbiters overwogen dat de aannemer in alle redelijkheid niet kan worden verweten dat hij de - door de gemeente - verstrekte gegevens serieus neemt. Omdat de gemeente in antwoord op vragen bij inlichtingen *ter indicatie* gegevens verstrekte, heeft zij bij aannemer de gerechtvaardigde verwachting gewekt dat die zich op de bruikbaarheid van die gegevens kon verlaten.

In een uitspraak van 1 juli 2010 oordeelden arbiters over de vraag of het plaatsen van kwelschermen die noodzakelijk waren als piping-maatregel en niet waren voorzien in het door de opdrachtgever verstrekte voorlopig ontwerp, een wijziging betrof in de zin van paragraaf 14 UAV-GC.<sup>21</sup> De opdrachtgever voerde aan dat het door hem verstrekte voorlopig ontwerp slechts een informatief document betrof en dit alleen dwingend was ter zake van het ruimtebeslag. Arbiters volgden de opdrachtgever hierin niet en beoordeelden het voorlopig ontwerp op zijn inhoud. Volgens arbiters is de vrijheid die de aannemer op grond van de vraagspecificatie kreeg

om buiten het ruimtebeslag oplossingen te zoeken van geen waarde. Deze vrijheid ontbeert realisme aangezien - aldus arbiters - het niet aannemelijk is dat aannemster erin zal slagen met eigenaren van de gronden buiten het ruimtebeslag tijdig overeenstemming te bereiken en tijdig de daartoe benodigde publiekrechtelijke procedures zal doorlopen; procedures waar opdrachtgever jaren mee bezig is geweest.

Uit de bovenvermelde jurisprudentie blijkt dat de vraag of de opdrachtnemer mag vertrouwen op de juistheid van de door de opdrachtgever verstrekte informatie, beoordeeld dient te worden aan de hand van de inhoud van de verstrekte informatie. Wij pleiten ervoor om deze nuance ook uitdrukkelijk op te nemen in de UAV-GC. Paragraaf 3-2 UAV-GC bepaalt nu dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor de inhoud van alle informatie die door hem ter beschikking is gesteld. Beter kan worden bepaald dat de opdrachtnemer recht heeft op kostenvergoeding en termijnverlenging indien de bestaande situatie afwijkt van hetgeen de opdrachtnemer mocht verwachten op grond van de verstrekte informatie.

Verder pleiten wij ervoor om een einde te maken aan de praktijk waarbij opdrachtgevers de UAV-GC amenderen en daarin hun aansprakelijkheid voor de juistheid of volledigheid van de verstrekte informatie in zijn geheel uitsluiten. Dat betekent niet dat opdrachtgevers niet mogen wijzen op de risico's die aan de verstrekte gegevens zijn verbonden, zoals een beperkte scope van het uitgevoerde (feitelijke) onderzoek en de omstandigheid dat verstrekte informatie mogelijk niet meer *up-to-date* is. Wij doelen op algemene exoneraties zoals het voorbehoud dat aan verstrekte informatie '*geen rechten*' kunnen worden ontleend, dat informatie '*indicatief*' is of dat documenten slechts '*ter informatie*' worden verstrekt. Een volledige exoneratie voor verstrekte informatie is naar onze mening in strijd met (het doel van) de mededelingsplicht zoals het recht die in de precontractuele fase voorschrijft. Het niet verstrekken van relevante informatie die de opdrachtgever kent of behoort te kennen, zal veelal in de weg staan aan een rechtsgeldig beroep op een exoneratie.

Ons voorstel is om in de UAV-GC, of in de op te stellen '*Gids Proportionaliteit UAV-GC*' (zie paragraaf 2.3 van dit artikel), een verbod op te nemen om, in afwijking van de UAV-GC, een exoneratie op te nemen voor de aansprakelijkheid voor onjuiste of onvolledige informatie.<sup>22</sup>

18 RvA 21 augustus 2007, TBR 2008/131, m.gastnt. E.W.J. van Dijk.

19 RvA 29 mei 2009, TBR 2010/54, m.gastnt. E.W.J. van Dijk.

20 RvA 21 augustus 2007, TBR 2008/131, m.gastnt. E.W.J. van Dijk.

21 RvA 1 juli 2010, TBR 2011/68, m.gastnt. E.W.J. van Dijk.

22 Vergelijk voorschrift 3.9 C uit de Gids Proportionaliteit, waarin voor overheidsaanbestedingen is opgenomen dat in die gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemeen voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, de aanbestedende dienst die integraal dient toe te passen.

## 4. Procedure voor wijzigingen

### 4.1 Knelpunten

De geïnterviewde personen noemen de procedure voor de afwikkeling van wijzigingen die door de opdrachtgever zijn opgedragen als belangrijk knelpunt. Deze wijzigingsprocedure wordt als onpraktisch ervaren en wordt in werkelijkheid niet of nauwelijks toegepast, zo geven de geïnterviewde personen aan.

Een ander genoemd knelpunt is de procedure voor wijzigingen op initiatief van de opdrachtnemer. De opdrachtnemer mag onder de UAV-GC wijzigingen voorstellen, maar hij heeft niet het recht om een wijziging te vorderen. Deze regeling klemt, zo geeft een aantal van de geïnterviewde personen aan, als het gaat om noodzakelijke wijzigingen, bijvoorbeeld als de vraagspecificatie van de opdrachtgever een onjuistheid of tegenstrijdigheid bevat.

### 4.2 Wijzigingen opgedragen door de opdrachtgever

De opdrachtgever kan wijzigingen<sup>23</sup> opdragen aan de opdrachtnemer op grond van paragraaf 14 UAV-GC. In paragraaf 45 UAV-GC is een procedure opgenomen voor de afwikkeling van de gevolgen van wijzigingen die door de opdrachtgever zijn opgedragen.<sup>24</sup>

#### 4.2.1 Knelpunten bij de afwikkeling van wijzigingen

De UAV-GC bepalen dat de opdrachtgever uiteindelijk schriftelijk wijzigingen kan opdragen (paragraaf 14-1 UAV-GC). De geïnterviewde personen geven aan dat wijzigingen in de praktijk niet of nauwelijks schriftelijk worden opgedragen. De praktijk is dat de opdrachtgever de opdrachtnemer mondeling verzoekt een verzoek tot wijziging (VTW) voor te bereiden, bestaande uit een formulier waarin de opdrachtnemer de gevolgen van de door de opdrachtgever verzochte wijziging uiteenzet en aan de opdrachtgever ter beoordeling voorlegt. Op basis van het VTW voeren de opdrachtgever en de opdrachtnemer overleg over de gevolgen van een verzochte wijziging en zo nodig past de opdrachtnemer het VTW op verzoek van de opdrachtgever aan. Als opdrachtgever uiteindelijk instemt met het VTW, wordt de wijziging opgedragen.

De UAV-GC bepalen dat de opdrachtgever en de opdrachtnemer eerst overeenstemming moeten bereiken over de gevolgen van een wijziging alvorens de opdrachtnemer een wijziging in uitvoering

kan nemen. Kennelijk ter bescherming van de opdrachtnemer bepaalt paragraaf 14-16 UAV-GC dat de opdrachtnemer niet verplicht is de wijziging door te voeren als partijen geen overeenstemming hebben bereikt over de financiële gevolgen en de consequenties voor de planning.

In de praktijk blijkt de regeling van paragraaf 14-16 UAV-GC een dode letter. De geïnterviewde personen geven aan dat de doorlooptijd voor de afhandeling van een wijziging onder de UAV-GC gemiddeld zes maanden of langer is. Bovendien hebben opdrachtnemers tijd nodig om de uitvoering van een wijziging voor te bereiden, zoals het aanpassen van het uitvoeringsontwerp, het bestellen van materialen en het wijzigen van de uitvoeringsplannen en faseringen. Vanwege deze noodzakelijke voorbereidingstijd staan opdrachtnemers onder tijdsdruk om direct met de voorbereiding van een wijziging aan te vangen, ook als daarover nog geen overeenstemming met de opdrachtgever is bereikt. Veelal is de wijziging al in uitvoering of uitgevoerd tegen de tijd dat er overeenstemming wordt bereikt over tijd- en kostenconsequenties.

In theorie kunnen opdrachtnemers de uitvoering van een wijziging geheel of ten dele opschorten in afwachting van overeenstemming over de gevolgen van de wijziging. De praktijk is echter dat wijzigingen vaak diep ingrijpen in de uitvoering van het werk als geheel. Door de uitvoering van een wijziging op te schorten totdat de gevolgen daarvan (tijd en geld) schriftelijk zijn vastgelegd, ontstaan onaanvaardbare vertraging en meerkosten.

#### 4.2.2 Voorstellen voor aanpassing van de wijzigingsprocedure

De hiervoor gesignaleerde knelpunten bij de afwikkeling van wijzigingen zijn niet uniek voor de UAV-GC. Hieronder volgen enkele suggesties voor aanpassingen van de UAV-GC, gebaseerd op de principes uit de *FIDIC, Conditions of Contract for EPC/Tunkey Projects, first edition 1999* en de *NEC3, Engineering and Construction Contract, April 2013*.

Er zijn goede redenen om de regel dat de opdrachtnemer en de opdrachtgever eerst overeenstemming moeten bereiken over de gevolgen van een wijziging voordat de uitvoering daarvan kan aanvangen, geheel af te schaffen. Deze regel blijkt immers in de praktijk niet werkbaar. In de praktijk ziet men wel regelingen waarbij de opdrachtnemer verplicht is een verzoek tot wijziging direct uit te voeren als dat 'met het oog op de tijdige totstandkoming van het werk of de veiligheid op het werk' noodzakelijk

<sup>23</sup> Het begrip 'Wijzigingen' is in paragraaf 1 van de UAV-GC gedefinieerd als elke wijziging als genoemd in paragraaf 14-1, paragraaf 15-1, paragraaf 15-2 en paragraaf 15-3 UAV-GC.

<sup>24</sup> Zie paragraaf 14-16 UAV-GC.

is.<sup>25</sup> Onze inschatting is dat in het merendeel van de gevallen de voortgang van het werk ertoe noodzaakt dat een wijziging direct in uitvoering wordt gebracht, zodat de kwalificatie 'met het oog op de tijdelijke toestandoming van het werk of de veiligheid op het werk' evenzogoed achterwege gelaten kan worden.<sup>26</sup> De regel komt dan eenvoudig te luiden dat de opdrachtnemer verzoeken tot wijziging direct in uitvoering moet nemen, ook als over de gevolgen daarvan nog geen overeenstemming bestaat. Overigens moet de opdrachtnemer een opgedragen wijziging wel kunnen weigeren als (onder meer) de uitvoering daarvan een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare verstoring van de werkzaamheden tot gevolg zou hebben.<sup>27</sup>

Het hierboven omschreven concept - waarbij de opdrachtnemer direct wijzigingen in uitvoering moet nemen - lijkt werkbaar, mits de gevolgen van een wijziging zo nodig op eenvoudige wijze aan geschillenbeslechting kunnen worden onderworpen - zie hieronder.

De wijzigingsprocedure kan voorts verbeterd worden door de doorlooptijd daarvan te verkorten. Hiertoe zouden allereerst vaste termijnen in de UAV-GC opgenomen moeten worden voor het melden van wijzigingen en voor het afhandelen van de gevolgen daarvan.<sup>28</sup> In de huidige regeling van paragraaf 14 en 45 UAV-GC ontbreken dergelijke vaste termijnen en moeten partijen elkaar met *bekwame spoed* berichten of zij akkoord zijn met de voorstellen of instructies van de andere partij, bij gebreke waarvan partijen elkaar een *nadere termijn* kunnen stellen waarbinnen de gevraagde reactie alsnog kan worden gegeven.<sup>29</sup> Naleving van deze termijnen kan worden gestimuleerd door consequenties te verbinden aan het niet naleven daarvan.<sup>30</sup> Voor de opdrachtgever zou dit kunnen betekenen dat als hij niet binnen een vaste termijn op een voorstel van de opdrachtnemer reageert, hij geacht wordt het voorstel te hebben aanvaard. Voor de opdrachtnemer zou dat kunnen betekenen dat als hij niet binnen een vaste termijn melding heeft gemaakt van een omstandigheid die naar zijn mening recht geeft op vergoeding van meerkosten of

uitstel van tijd, hij zijn recht verliest om daar op een later moment alsnog aanspraak op te maken.

De vaste termijnen van de wijzigingsprocedure zouden gecombineerd kunnen worden met een laagdrempelige geschillenbeslechting door een raad van deskundigen. De toegankelijkheid van de raad van deskundigen wordt vergroot door hem reeds bij aanvang van het werk te benoemen en hem op regelmatige basis te informeren over de voortgang van de werkzaamheden. Verschillende geïnterviewden waren positief over de snelle geschillenbeslechting in de contracten voor de *spoedpakketten*.<sup>31</sup> Daar werden wijzigingen direct in uitvoering genomen en werden discussies over tijd- en kostenconsequenties snel en bindend door deskundigen beslecht.

In de huidige regeling van paragraaf 45 UAV-GC is overigens reeds in geschillenbeslechting door een raad van deskundigen voorzien, maar opdrachtgevers sluiten die vaak uit in de overeenkomst.<sup>32</sup> De regeling van de raad van deskundigen uit de UAV-GC heeft als bezwaar dat de opdracht aan de deskundigen beperkt is tot het vaststellen of de prijsaanbieding van de opdrachtnemer redelijk is. Beoordeelt de raad van deskundigen een prijsaanbieding als niet redelijk, dan kan de opdrachtnemer in de gelegenheid worden gesteld om 'binnen bekwame tijd' een nieuwe aanbieding te doen. Dit is niet efficiënt. Naar ons idee zou de raad van deskundigen een ruimere opdracht moeten krijgen en bijvoorbeeld ook bevoegd moeten zijn om tijd- en kostenconsequenties van een wijziging bindend vast te stellen. De raad zou voorts bevoegd moeten zijn om vast te stellen of er een grondslag is tot vergoeding van meerkosten vanwege omstandigheden die voor risico van de opdrachtgever komen, zoals wijzigingen in wet- en regelgeving.<sup>33</sup>

Als een partij zich niet kan vinden in een beslissing van de raad van deskundigen, dan moet hij het recht hebben een procedure aanhangig te maken bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw, zoals onder de huidige regeling van de UAV-GC overigens ook al het geval is.

**25** Zie de afwijking van paragraaf 14 UAV-GC in de 'ProRail aanvullingen en/of wijzigingen op de UAV-GC 2002 [Gele Boekje]', d.d. augustus 2013 (<[https://www.prorail.nl/sites/default/files/02\\_acd00210-v005\\_aanvullingen\\_op\\_de\\_uavgc\\_gele\\_boekje.pdf](https://www.prorail.nl/sites/default/files/02_acd00210-v005_aanvullingen_op_de_uavgc_gele_boekje.pdf)>), waarin een soortgelijke regeling is opgenomen.

**26** Zo ook R.G.T. Bleeker, UAV-GC 2005 (deel 2) Over de uitleg van enkele conflictgevoelige paragrafen, TBR 2014/129, p. 710.

**27** Zie paragraaf 14-6 UAV-GC.

**28** Zie bijvoorbeeld clause 61.3 en 61.4 van NEC3, Engineering and Construction Contract en sub-clause 3.5 van FIDIC, Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects.

**29** Zie paragraaf 14-7, 14-9 en 14-10 en paragraaf 45-2, 45-4, 45-6, 45-7 en 45-11 UAV-GC.

**30** Zie onder meer Dispute Resolution, Option W1.3 van NEC3, Engineering and Construction Contract en sub-clause 20.1 van FIDIC, Conditions of Contract for EPC/Turnkey Project.

**31** Spoedpakketten zijn een aantal door Rijkswaterstaat getenderde projecten in het kader van de filebestrijding (waaronder veel wegverbindingen).

**32** Zie onder meer artikel 18 van de Model Basisovereenkomst D&C d.d. 1 februari 2015 van Rijkswaterstaat (<<http://www.rijkswaterstaat.nl/zakelijk/zakendoen-met-rijkswaterstaat/werkwijzen/werkwijze-in-gww/contracten-gww/dc.aspx>>) en artikel 18 van de Model Basisovereenkomst voor contracten gesloten op basis van de UAV-GC 2005, d.d. 20 januari 2015 (<<http://www.prorail.nl/leveranciers/aanbesteden-en-inkoop/documenten-en-juridische-voorwaarden>>).

**33** Zie paragraaf 11-3 UAV-GC.



### 4.3 Wijzigingen op initiatief van de opdrachtnemer

In de UAV-GC ontbreekt een regeling op grond waarvan de opdrachtnemer een wijziging kan afdwingen van de eisen uit de overeenkomst als dat noodzakelijk is. Die noodzaak doet zich echter wel regelmatig voor, bijvoorbeeld als de eisen uit de overeenkomst aantoonbaar onjuist of onderling tegenstrijdig zijn.<sup>34</sup> De opdrachtnemer is op grond van paragraaf 15-3 UAV-GC verplicht elk voorstel tot wijziging van de eisen uit de overeenkomst, ter acceptatie aan de opdrachtgever voorleggen. De opdrachtgever kan dat voorstel echter zonder opgaaf van redenen naast zich neerleggen (paragraaf 15-4 UAV-GC). Op dit punt behoeven de UAV-GC aanpassing.

In paragraaf 14-3 UAV-GC is reeds opgenomen dat als een aanpassing van de documenten van de opdrachtnemer noodzakelijk is geworden als gevolg van een aan de opdrachtgever toe te rekenen omstandigheid, dit wordt geacht een door de opdrachtgever opgedragen wijziging te zijn. Deze regeling zou, naar ons idee, uitgebreid kunnen worden met een aanpassing van de documenten van de opdrachtgever.<sup>35</sup> Door deze toevoeging kan de opdrachtnemer aanspraak maken op vergoeding van meerkosten en uitstel van termijnen als een aanpassing van de eisen uit de overeenkomst noodzakelijk is.

## 5. Vergunningen

### 5.1 Knelpunten

Een veel gesignaleerd knelpunt is dat in de UAV-GC een inspanningsverplichting is opgenomen voor de opdrachtnemer om tijdig de benodigde vergunningen te verkrijgen, maar dat niet is geregeld hoe ver deze inspanningsverplichting strekt.

Een ander knelpunt is dat het begrip *bruikbare vergunning* in de UAV-GC ontbreekt. Een bruikbare vergunning is - kort gezegd - een verleende vergunning die nog niet onherroepelijk is, maar waarvan de kans gering is dat deze op een later moment nog zal worden vernietigd, ingetrokken of gewijzigd. In de regel zal een vergunning, ten aanzien waarvan een schorsingsverzoek werd afgewezen, worden aangemerkt als bruikbaar. In veel bouwcontracten is opgenomen dat de opdrachtnemer niet met de uitvoering van de bouwwerkzaamheden mag aanvangen (of behoeft aan te vangen) totdat een

bruikbare omgevingsvergunning voor bouw is verkregen.<sup>36</sup>

De UAV-GC bevatten een regeling voor het geval dat een reeds verleende vergunning van aanvullende eisen wordt voorzien. Echter, de situatie dat het bevoegd gezag al direct bij de verlening van de vergunning aanvullende eisen stelt is niet in de UAV-GC geregeld, hetgeen door de geïnterviewde personen als een gemis wordt ervaren.

Verder geldt voor inschrijvers vaak een verbod om voorafgaand aan de gunning contact op te nemen met de bevoegde (vergunningverlenende) instanties. Dit verbod beperkt de inschrijvers in hun mogelijkheden de opstelling van die instanties voorafgaand aan de inschrijving te kunnen inschatten.

### 5.2 Inspanningsverplichting opdrachtnemer

In artikel 6 van de Basisovereenkomst wordt verwezen naar een annex waarin de opdrachtgever kan aangeven welke vergunningen binnen welke termijn door de opdrachtgever verkregen moeten worden. De opdrachtgever is verantwoordelijk voor de tijdige verkrijging van de vergunningen die in deze annex zijn opgenomen. Is een vergunning niet in de annex opgenomen, dan moet deze door de opdrachtnemer worden verkregen op grond van paragraaf 10-1 dan wel paragraaf 10-2 UAV-GC. Op de opdrachtnemer rust een inspanningsverplichting om tijdig de vergunningen te verkrijgen die nodig zijn voor de opzet en het gebruik van het werk of het meerjarig onderhoud (paragraaf 10-1 en 10-4 UAV-GC).

In de UAV-GC is niet gespecificeerd hoe ver de inspanningsplicht van de opdrachtnemer tot tijdige verkrijging van vergunningen strekt. Uit paragraaf 10-4(a) UAV-GC vloeit voort dat de opdrachtnemer ervoor verantwoordelijk is dat ontwerpwerkzaamheden voldoen aan de voor het werk relevante bouwtechnische en milieutechnische overheidsvoorschriften. Wij zijn van mening dat van de opdrachtnemer voorts mag worden verwacht dat diens vergunningsaanvraag voldoet aan de eisen voor het in behandeling nemen daarvan. Van de opdrachtnemer mag onder omstandigheden ook worden verwacht dat hij *constructieve gesprekken* met het bevoegd gezag voert ter verkrijging van een onvoorwaardelijke bouwvergunning, zo ook bijvoorbeeld een vonnis van de voorzieningenrechter Rotterdam.<sup>37</sup> Het is onduidelijk of er onder de UAV-GC een verdergaande verplichting voor de opdrachtnemer bestaat, bijvoorbeeld om te

<sup>34</sup> Zie ook R.G.T. Bleeker, UAV-GC 2005 (deel 2) Over de uitleg van enkele conflictgevoelige paragrafen, *TBR* 2014/129, p. 709-710. Ook wanneer de eisen uit de overeenkomst in strijd zijn met de wet- of regelgeving moet een wijziging kunnen worden afgedwongen.

<sup>35</sup> Vergelijk RvA 1 juli 2010, *TBR* 2011/68, m.gastnrt. E.W.J. van Dijk.

<sup>36</sup> Zie bijvoorbeeld de definitie van 'Bruikbare Bouwvergunning' uit bijlage 1 (Definities) bij de Rijksbrede Modelovereenkomst DBFMO Huisvesting [2014], van 9 december 2014 en bijlage 8 (Certificatenplan).

<sup>37</sup> Vzgnr. Rb. Rotterdam 21 juli 2011, *JOM* 2012/366.

procederen met of tegen het bevoegd gezag. Een dergelijke verplichting zou aanzienlijke kosten voor de opdrachtnemer met zich brengen. Bovendien is onduidelijk waar een dergelijke verplichting eindigt: moet de opdrachtnemer in eerste instantie procederen of ook in beroep of zelfs bij de Raad van State?

Voor een alternatieve regeling kan inspiratie worden geput uit de Rijksbrede Modelovereenkomst DBFMO Huisvesting van het Rijksvastgoedbedrijf.<sup>38</sup> In de DBFMO-overeenkomst is bijvoorbeeld opgenomen dat de situatie waarin het bevoegd gezag niet binnen de wettelijk voorgeschreven termijn een beslissing neemt, een *geval van uitstel* is, waarmee de opdrachtnemer - kort gezegd - recht heeft op termijnverlenging. In de DBFMO-overeenkomst is voorts bepaald dat, als een vergunning wordt geschorst of vernietigd, een *geval van vergoeding* optreedt, hetgeen de opdrachtnemer - opnieuw kort samengevat - aanspraak geeft op vergoeding van kosten en termijnverlenging.<sup>39</sup> Interessant is verder dat in de DBFMO-overeenkomst specifieke bescherming voor de opdrachtnemer is opgenomen als het bestemmingsplan nog niet van kracht is op de datum van de overeenkomst, waarbij de opdrachtnemer recht heeft op vergoeding van meerkosten en uitstel van termijnen als het bestemmingsplan niet uiterlijk op een bepaalde datum van het aangaan van kracht is geworden.<sup>40</sup> De DBFMO-overeenkomst biedt bijvoorbeeld ook specifieke bescherming voor de opdrachtnemer als zich tijdens de realisatiefase binnen het projectgebied een beschermd dier- of plantensoort bevindt in de zin van Flora- en faunawet, die niet bekend was of kon zijn op basis van de door de opdrachtgever verstrekte gegevens.<sup>41</sup>

### 5.3 Bruikbare vergunning

Zoals hiervoor al opgemerkt ontbreekt in de UAV-GC de term *bruikbare vergunning*. In de UAV-GC is in paragraaf 10-4 tot en met 10-8 bepaald dat de opdrachtnemer de opdrachtgever een termijn mag stellen om te beslissen of hij een Wijziging van de overeenkomst opdraagt dan wel de overeenkomst voortijdig beëindigt als de vergunningen niet op de overeengekomen data zijn verkregen. In deze regeling wordt ten onrechte geen rekening gehouden met de situatie dat een vergunning wel wordt

verleend, maar dat tegen de verleende vergunning bezwaar wordt gemaakt. De UAV-GC lijken ervan uit te gaan dat de bouw op basis van een 'verleende vergunning' steeds moet of kan aanvangen. In de praktijk echter, kan sprake zijn van steekhoudende bezwaren tegen de vergunning. In dat geval kunnen zowel de opdrachtgever als de opdrachtnemer er belang bij hebben om niet met de bouw aan te vangen. Op de opdrachtnemer zou niet de verplichting moeten rusten om de werkzaamheden aan te vangen, terwijl er gerede kans bestaat dat de vergunning nog wordt geschorst of vernietigd. De bepaling dat niet met de uitvoering van de bouwwerkzaamheden wordt begonnen totdat vergunningen bruikbaar zijn, is in het algemeen schadebepalend voor zowel opdrachtgever als opdrachtnemer.

Paragraaf 10-9 regelt overigens wel dat de leden 4 tot en met 8 van paragraaf 10 van de UAV-GC van overeenkomstige toepassing zijn als een vergunning wordt ingetrokken, geschorst of van strengere voorwaarden wordt voorzien, maar regelt *niet* de situatie dat er wel wijzigingen noodzakelijk zijn als gevolg van bezwaar en beroep maar (uiteindelijk) geen intrekking, schorsing of wijziging van de vergunning plaatsvindt.

### 5.4 Aanvullende eisen aan de verleende vergunning

Ingevolge paragraaf 10-9 UAV-GC zijn de leden 4 tot en met 8 van paragraaf 10 van overeenkomstige toepassing als een tijdig verleende vergunning alsnog van strengere voorwaarden wordt voorzien. Veelal echter worden *direct bij verlening* van de vergunning aanvullende voorwaarden aan de vergunning verbonden. Het woord *alsnog* lijkt in die context niet op zijn plaats. Voorkomen zou moeten worden dat voorwaarden die een opdrachtnemer bij inschrijving redelijkerwijs niet behoefde te verwachten, toch voor diens rekening en risico komen.

In beginsel vloeien de mogelijke voorschriften en voorwaarden die een bestuursorgaan aan de vergunning kan verbinden voort uit het toepasselijk wettelijk kader. In theorie zou het voor een behoorlijk geïnformeerde en oplettende contractpartij vooraf mogelijk moeten zijn om deze modaliteiten in te schatten en te bepalen. Echter, in werkelijkheid hebben bestuursorganen veelal een ruime mate van vrijheid bij het bepalen van de voorwaarden die zij aan vergunningen willen verbinden. Zonder (voorafgaand) overleg met de betrokken bestuursorganen kan in veel gevallen niet met voldoende nauwkeurigheid worden voorspeld welke voorwaarden uiteindelijk gesteld zullen worden. Dit probleem wordt kleiner, als de opdrachtnemer voorafgaand aan de inschrijving een indicatie verkrijgt van de betrokken bestuursorganen welke aandachtspunten zij in verband met de (belangrijkste) vergunningen voor het project zien. Dit lost het probleem echter

<sup>38</sup> Zie definitie van 'Vergunningenproblematiek voor Uitstel in aanmerking komend' uit bijlage 1 (Definities) bij de Rijksbrede Modelovereenkomst DBFMO Huisvesting [2014], van 9 december 2014.

<sup>39</sup> Zie definitie van 'Vergunningenproblematiek voor Vergoeding in aanmerking komend' uit bijlage 1 (Definities) bij de Rijksbrede Modelovereenkomst DBFMO Huisvesting [2014], van 9 december 2014.

<sup>40</sup> Zie definitie van 'Vergunningenproblematiek voor Vergoeding in aanmerking komend' uit bijlage 1 (Definities) bij de Rijksbrede Modelovereenkomst DBFMO Huisvesting [2013], van 21 november 2013.

<sup>41</sup> Zie definitie van 'Aanwezigheid van feiten of omstandigheden niet blijvende uit de Verstrekte Gegevens' uit bijlage 1 (Definities) bij de Rijksbrede Modelovereenkomst DBFMO Huisvesting [2013], van 21 november 2013.

niet geheel op, omdat het ontwerp van de winnende inschrijver aanleiding kan geven tot het stellen van voorwaarden waaraan het betrokken bestuursorgaan voor inschrijving niet had gedacht.

## 5.5 Contact met bevoegd gezag

Met enige regelmaat doet zich de situatie voor, dat de opdrachtgever tevens het bestuursorgaan is dat één of meer vergunningen in verband met het project moet verlenen. Dat biedt kansen: aan inschrijvers kan dan immers de gelegenheid worden geboden om via de Q&A op voorhand duidelijkheid te verkrijgen over vergunningverlening en daarbij eventueel te stellen voorwaarden. De opdrachtgever moet die mogelijkheid dan wel bieden, bij voorkeur in combinatie met de mogelijkheid om bepaalde ontwerp oplossingen vertrouwelijk (dus niet zichtbaar voor de andere inschrijvers) aan de opdrachtgever voor te leggen.

In aanbestedingsdocumenten wordt inschrijvers regelmatig verboden om contact op te nemen met vergunningverlenende instanties. Er zijn aanbestedingen waar contact met vergunningverlenende instanties wel wordt toegestaan. Dergelijke contacten leveren in veel gevallen waardevolle informatie op. Deze contacten moeten dan wel gestructureerd plaatsvinden: zo moet worden voorkomen dat vergunningverlenende instanties hun kennis over de oplossing van inschrijver A (al dan niet per ongeluk) delen met inschrijver B. Ook de mate waarin een opdrachtnemer kan vertrouwen op toezeggingen van de vergunningverlenende instantie kan onderwerp van discussie zijn. Dergelijke randvoorwaarden moeten dus vooraf tussen opdrachtgever en bevoegd gezag worden afgestemd.

## 6. Beperking van aansprakelijkheid

### 6.1 Knelpunt

In de UAV-GC ontbreekt een beperking van het totale bedrag waarvoor de opdrachtnemer aansprakelijk kan worden gehouden in verband met de uitvoering van de overeenkomst. Een dergelijke beperking van aansprakelijkheid is standaard in internationale bouwcontracten.<sup>42</sup>

Onder de geïnterviewde personen zijn de meningen verdeeld over de wenselijkheid van een algehele beperking van aansprakelijkheid. Het bedrag van de algehele beperking van aansprakelijkheid ligt vaak tussen 25% en 40% van de opdrachtsom. Een deel van de geïnterviewde personen acht de kans gering dat een project tot aansprakelijkheden in die orde van grootte zou kunnen leiden. Zij wijzen er bovendien op dat die aansprakelijkheden

voor een deel kunnen worden verzekerd. Anderen benadrukken juist het belang van de maximering van aansprakelijkheid. Er zijn verschillende voorbeelden, ook in de Nederlandse bouwpraktijk, waarbij aansprakelijkheden zodanig hoog zijn opgelopen dat het voortbestaan van de betrokken bouwonderneming(en) in gevaar kwam. Daarbij valt op dat buitenlandse bouwondernemingen (of bouwondernemingen met een buitenlandse moeder) bijzonder belang hechten aan een maximering van aansprakelijkheid. Opdrachtgevers die hechten aan inschrijvingen door laatstbedoelde bouwondernemingen - bijvoorbeeld om concurrentie te genereren - zouden al om die reden het opnemen van een algehele aansprakelijkheidsbeperking kunnen overwegen.

### 6.2 Gids Proportionaliteit

In de Gids Proportionaliteit heeft voorschrift 3.9 D betrekking op aansprakelijkheid van de opdrachtnemer in een aan te besteden overheidsopdracht. In het eerste lid van voorschrift 3.9 D is opgenomen dat de aanbestedende dienst geen aansprakelijkheid verlangt die op geen enkele manier gelimiteerd is. Het tweede lid van voorschrift 3.9 D bepaalt dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling welke limitering van de aansprakelijkheid proportioneel is, in ieder geval acht slaat op de risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt en de gebruikelijke aansprakelijkheidseis in de betreffende branche of voor de betreffende opdracht naar aard en omvang.

Wat onder ongelimiteerde aansprakelijkheid moet worden verstaan was het onderwerp van een geschil dat in kort geding aan de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant is voorgelegd.<sup>43</sup> De voorzieningenrechter nam - samengevat - aan dat er geen sprake was van ongelimiteerde aansprakelijkheid, omdat de opdrachtgevers geen verdergaande aansprakelijkheden dan de aansprakelijkheden uit het BW als uitgangspunt namen en deze aansprakelijkheid vervolgens in de overeenkomst hadden beperkt tot een maximum bedrag per gebeurtenis.

Uit deze uitspraak, en ook uit het advies van de commissie van aanbestedingsexperts<sup>44</sup> dat in deze zaak is gegeven, lijkt te volgen dat als de aanbestedende dienst niet afwijkt van de aansprakelijkheidsregels uit het BW en voorts enige vorm van beperking van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer in het aan te besteden contract opneemt, er geen sprake is van ongelimiteerde aansprakelijkheid zoals is bedoeld in het eerste lid van voorschrift 3.9 D.

<sup>42</sup> Zie bijvoorbeeld clause X18.4 van NEC3, Engineering and Construction Contract en sub-clause 17.6 van FIDIC, Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects.

<sup>43</sup> Vzgnr. Rb. Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, NJF 2015/21.

<sup>44</sup> Advies 154 van de Commissie van Aanbestedingsexperts van 9 oktober 2014.

### 6.3 Aansprakelijkheidsregeling uit de UAV-GC

Van ongelimiteerde aansprakelijkheid zoals bedoeld in de Gids Proportionaliteit, zal – gelet op de bovengenoemde precedenten – niet snel sprake zijn. In de UAV-GC is de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer op verschillende manieren beperkt ten opzichte van de algemene regeling uit het BW.

#### 6.3.1 Huidige aansprakelijkheidsregeling

De duur van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer is beperkt in paragraaf 28-2 UAV-GC. In die bepaling is vermeld dat de opdrachtnemer na de oplevering niet meer aansprakelijk is voor gebreken in het werk met als uitzondering (i) verborgen gebreken gedurende vijf jaar na de oplevering en (ii) het geheel of gedeeltelijk instorten of ongeschikt raken van het werk gedurende 10 jaar na de oplevering. Voorts is in de UAV-GC een boeteregeling opgenomen voor vertragingen van het werk.<sup>45</sup> In artikel 16 lid 1 van de Basisovereenkomst kunnen boetes worden opgenomen voor het overschrijden van Mijlpaaldata (waaronder de geplande datum van oplevering) en in artikel 16 lid 2 van de Basisovereenkomst is een maximaal boetebedrag opgenomen. Op grond van de wet treedt hetgeen ingevolge de boete verschuldigd is in de plaats van schadevergoeding, dientengevolge beperkt de boeteregeling uit de UAV-GC de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor schade als gevolg van vertraging van het werk. De hoogte van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor gebreken die na de oplevering optreden, is in paragraaf 28-3 UAV-GC beperkt tot 10% van de opdrachtsom, met een minimum van € 1,5 miljoen.<sup>46</sup>

De UAV-GC kennen echter ook verschillende Dgronden voor aansprakelijkheid waarvoor geen beperking geldt. Een voorbeeld hiervan is de waarschuwingplicht uit paragraaf 4-7 en 4-8 UAV-GC. Als de opdrachtnemer verzuimt de opdrachtgever te waarschuwen voor - kort gezegd - klaarblijkelijke fouten in de documenten van de opdrachtgever, dan is hij jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor de schade die de opdrachtgever daardoor lijdt. Het bedrag waarvoor de opdrachtnemer op deze grond aansprakelijk gehouden kan worden is niet beperkt. Hetzelfde geldt voor aanspraken die voortvloeien uit schade aan (de met het werk in verband staande) werken en eigendommen van de opdrachtgever (paragraaf 4-10 UAV-GC), de vrijwaring voor aanspraken van derden (paragraaf 4-11, paragraaf 11-4 en paragraaf 40-14 UAV-GC), schade aan het werk vóór oplevering (paragraaf 41 UAV-GC), de voltooiing van het werk door derden voor rekening van de opdrachtnemer bij verzuim door de opdrachtnemer (paragraaf 43-3 UAV-GC) en bij

ontbinding en schadevergoeding op grond van art. 6:277 BW. Tegen dergelijke aansprakelijkheden kan de opdrachtnemer zich slechts in beperkte mate verzekeren.

#### 6.3.2 Voorstel voor aanpassing van de aansprakelijkheidsregeling

Wij menen dat de UAV-GC evenwichtiger zouden worden, en beter zouden aansluiten op de (internationale) markt, als daarin een beperking van de totale aansprakelijkheid van de opdrachtnemer jegens de opdrachtgever zou worden opgenomen. In deze tijd moeten bouwbedrijven kunnen sturen op de risicoprofielen van hun projecten, en uniforme beperking van aansprakelijkheid speelt daar een belangrijke rol bij. Dat geldt te meer, als men zich realiseert dat bouwprojecten veelal in combinatie en onder aanvaarding van hoofdelijkheid worden aangenomen. Het aanvaarden van onbeperkte aansprakelijkheid, ook voor de prestaties van mede-combinanten, is niet meer van deze tijd.

Gebruikelijkerwijs wordt de totale aansprakelijkheid beperkt tot een percentage van de opdrachtsom. Welk percentage dat zou moeten zijn, kan niet in het algemeen worden vastgesteld, maar is afhankelijk van de specifieke omstandigheden en risico's van het project. Wij achten het daarom raadzaam in de Basisovereenkomst een bepaling op te nemen waarin de opdrachtgever het bedrag van de algehele beperking van aansprakelijkheid als percentage van de opdrachtsom kan invullen. Daarbij zou een bandbreedte van 25-40% van de opdrachtsom kunnen worden geadviseerd.

Een regeling waarbij het bedrag van de algehele beperking van aansprakelijkheid moet worden ingevuld in de Basisovereenkomst sluit aan bij voorschrift 3.9 D onder lid 2 van de Gids Proportionaliteit. In dat voorschrift is immers bepaald dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling welke limitering van de aansprakelijkheid proportioneel is, in ieder geval acht dient te slaan op de risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt. Als de opdrachtgever in de Basisovereenkomst een (maximaal) aansprakelijkheidsbedrag moet invullen, dan zal hij dat bedrag vast moeten stellen tegen de achtergrond van de maximale schade die redelijkerwijs zou kunnen ontstaan bij de uitvoering van de overeenkomst en de verzekeraarbaarheid van die schade. Daarmee wordt de opdrachtgever verplicht een analyse te maken van de mogelijke schade die kan optreden en kan, beter dan onder de huidige aansprakelijkheidsregeling uit de UAV-GC, worden beoordeeld of (het bedrag van de maximale) beperking van aansprakelijkheid proportioneel is in verhouding tot de risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt en de mogelijke verzekeraarbaarheid van die risico's.

<sup>45</sup> Artikel 16 van de Basisovereenkomst en paragraaf 36 UAV-GC.

<sup>46</sup> De kortingsregeling uit paragraaf 36 UAV-GC houdt ook een beperking van aansprakelijkheid in.

## 7. Conclusie

Is het tijd voor een herziening van de UAV-GC? Wij menen van wel. In de praktijk bestaat er behoefte aan om de jurisprudentie en ervaringen die in de afgelopen 10 jaar zijn opgedaan met de UAV-GC, te verwerken in een herziening van de UAV-GC. De herziening kan zich beperken tot een aantal knelpunten. Buiten die knelpunten blijven de UAV-GC een prima basis bieden voor geïntegreerd contracteren.

Een effectieve - en relatief eenvoudige - wijze om de aanbesteding en toepassing van UAV-GC overeenkomsten te verbeteren, is een *Gids Proportionaliteit UAV-GC*, waarin beginselen van proportionaliteit verder worden uitgewerkt voor UAV-GC overeenkomsten en waarbij voorbeelden worden gegeven van situaties waarin een afwijkende risicoverdeling geoorloofd kan zijn.

Voor wat betreft de UAV-GC zelf, menen wij dat de regeling inzake de verstrekte gegevens verbeterd kan worden. Onder de huidige regeling is de opdrachtgever verplicht alle informatie aan de opdrachtnemer te verstrekken waarover hij beschikt voor zover het ter beschikking stellen daarvan noodzakelijk is om de opdrachtnemer in staat te stellen het werk uit te voeren. Deze regeling is uit te breiden tot informatie die de opdrachtnemer nodig heeft om een verantwoorde inschrijving uit te brengen. Verder zouden de UAV-GC de verplichting voor de opdrachtgever moeten bevatten om alle informatie te verstrekken waarover hij redelijkerwijs kan komen te beschikken en die nodig is voor het doen van een verantwoorde inschrijving. Kan de opdrachtgever redelijkerwijs niet over bepaalde informatie komen te beschikken, dan zou de opdrachtgever in de aanbestedingsdocumenten een assumptie moeten opnemen, waarop de inschrijving kan worden gebaseerd. De consequenties die intreden als de door de opdrachtgever verstrekt informatie onjuist blijkt, zouden meer uitvoeriger in de UAV-GC geregeld moeten worden.

Niet in alle gevallen waarin verstrekte informatie onjuist blijkt, moet de opdrachtnemer aanspraak kunnen maken op een kostenvergoeding en termijnverlenging. Die aanspraak zou er alleen dan moeten zijn, als de bestaande situatie afwijkt van hetgeen de opdrachtnemer, in aanmerking nemende diens specifieke deskundigheid, mocht verwachten op grond van de verstrekte gegevens.

Ok de procedure voor wijzigingen op initiatief van de opdrachtgever uit de UAV-GC zou naar ons idee herzien moeten worden; deze regeling is een dode letter omdat in de praktijk wijzigingen in uitvoering worden genomen voordat er overeenstemming is over tijd- en kostenconsequenties. In een herziene procedure zou de doorlooptijd voor het afwickelen van wijzigingen teruggebracht moeten worden, onder meer door vaste termijnen op te nemen, waarvan de naleving kan worden afdwongen. Als wijzigingen direct in uitvoering worden genomen, moeten tijd- en kostenconsequenties snel en bindend door deskundigen kunnen worden vastgesteld. Daarnaast is er behoefte aan een regeling waarbij ook de opdrachtnemer wijziging van documenten van de opdrachtgever kan vorderen, als een wijziging van die documenten noodzakelijk is. Een dergelijke noodzaak kan bijvoorbeeld bestaan als de eisen van de opdrachtgever onjuist of onderling tegenstrijdig zijn.

De huidige regeling inzake de vergunningen uit de UAV-GC bepaalt dat de opdrachtnemer zich moet inspannen om tijdig vergunningen te verkrijgen, maar regelt niet hoe ver deze inspanningsverplichting strekt. Een meer uitvoerige regeling is wenselijk. Ook zou het geval dat reeds bij verlening voorwaarden aan een vergunning worden verbonden moeten worden geadresseerd.

Aan de aansprakelijkheidsregeling uit de UAV-GC zou een beperking van de totale aansprakelijkheid van de opdrachtnemer kunnen worden toegevoegd. Dat sluit aan bij de (internationale) praktijk. Het bedrag van de maximale aansprakelijkheid kan als percentage van de opdrachtsom worden ingevuld in de Basisovereenkomst. ●