

84. Afwijken van de UAV-GC, wat zijn de (on)mogelijkheden?

MR. E. VERWEIJ EN MR. D.C. OROBIO DE CASTRO

Volgens Voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit moeten paritair opgestelde contractmodellen en algemene voorwaarden integraal worden toegepast. Op geïntegreerde contracten voor ontwerp, bouw en eventueel meerjarig onderhoud (DB(M)) moeten in beginsel de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005 ('UAV-GC') worden toegepast. In de praktijk wensen aanbesteders echter veelal diverse afwijkingen op de UAV-GC te bedingen. Soms willen zij de UAV-GC zelfs in het geheel niet toepassen. Dit kan uiteenlopende redenen hebben: opdrachtgevers willen zaken regelen die niet in de UAV-GC zijn voorzien; zij willen de risicoverdeling aanpassen; bepaalde paragrafen uit de UAV-GC verduidelijken of aanscherpen; of bepaalde innovatieve contractvormen toepassen. De vraag werpt zich op in hoeverre zich dat verdraagt met Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit.

De Commissie van Aanbestedingsexperts (de 'Commissie') heeft inmiddels enkele kaders gegeven voor de toelaatbaarheid van afwijkingen van de UAV-GC.¹ In Advies 307 heeft de Commissie bovendien geoordeeld over een situatie waarbij de UAV-GC *in het geheel niet* werden toegepast.² Dit artikel bevat een analyse van de meest recent gepubliceerde adviezen van de Commissie over afwijken en niet toepassen van de UAV-GC. Vervolgens worden enkele handvatten gegeven voor de praktijk: in welke gevallen mag van de UAV-GC worden afgeweken en wanneer behoeven de UAV-GC niet te worden toegepast?

Achtergrond

Begin 2016 signaleerden wij al diverse knelpunten in de UAV-GC.³ Daarbij werd geconstateerd dat de UAV-GC op zichzelf als werkbaar worden ervaren, maar opdrachtgevers de UAV-GC vaak onjuist – althans niet op proportionele wijze – blijken toe te passen en te veel risico's bij de markt neerleggen. Bijvoorbeeld doordat opdrachtgevers de UAV-GC wijzigen op een manier die nadelig is voor de opdrachtnemer. Ook wordt de, bij de UAV-GC behorende, Model Basisovereenkomst met annexen vaak ingevuld op een disproportionele wijze. Zo sluiten opdrachtgevers aansprakelijkheden voor fouten in door hen verstrekte informatie regelmatig uit (art. 7 Basisovereenkomst);

worden bij opdrachtgever behorende risico's in verband met vergunningen bij de opdrachtnemer gelegd (art. 6 Basisovereenkomst); of worden vergaande aansprakelijkheden (inclusief bewijslast) voor gebreken na oplevering aan de opdrachtnemer toebedeeld (art. 13 Basisovereenkomst). Daarnaast geldt dat de UAV-GC op onderdelen onvoldoende duidelijk zijn en aanleiding geven tot onnodige discussies.

Deze bevindingen staan niet op zichzelf. Onevenwichtige en onduidelijke contractvoorwaarden hebben de afgelopen jaren mede bijgedragen aan problemen bij diverse bouw- en infrastructurele projecten. Hoewel die problemen allicht ook andere oorzaken kennen, bestaat er brede consensus dat heldere contracten met proportionele voorwaarden de kans van slagen van een project vergroten en verstoorde verhoudingen tussen opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen voorkomen.

Ondertussen worden er belangrijke stappen gezet om de samenwerking tussen partijen in het bouwproces te verbeteren. Belangrijk voorbeeld daarvan is de op 13 januari 2016 gepresenteerde 'Marktvisie' van onder meer Rijkswaterstaat, Rijksvastgoedbedrijf, ProRail, Bouwend Nederland en enkele andere brancheorganisaties in de bouw.⁴ De Marktvisie beoogt de versterking van de Nederlandse bouwsector en verbetering van de verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Om die ambitie te realiseren beoogt de Marktvisie onder meer risico's en onzekerheden op een eerlijkere manier te verdelen en openheid en transparantie te betrachten over benodigde en beschikbare informatie voor het inschrijven op aanbestedingen. Derge-

1 O.a. Advies 301 (publicatiedatum 13 februari 2017); Advies 228 (publicatiedatum 19 februari 2016). Vgl. ten aanzien van de UAV 2012: o.a. Advies 256 (publicatiedatum: 12 februari 2016).

2 Advies 307 (publicatiedatum 27 oktober 2016).

3 E. van Dam, I. de Groot en D.C. Orobio de Castro, 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?', *TBR* 2016/4.

4 <https://www.rijkswaterstaat.nl/zakelijk/zakendoen-met-rijkswaterstaat/de-marktvisie/index.aspx>

lijke principes worden in toenemende mate bij de aanbesteding van nieuwe projecten toegepast.

Eenzijds lijkt er dus een behoefte te zijn om afwijkingen op de UAV-GC te bedingen. Anderzijds wordt erkend dat contractvoorwaarden (waaronder afwijkingen op de UAV-GC) proportioneel moeten zijn.

Wettelijk kader⁵

Het wettelijk kader bepaalt, kort samengevat, het volgende. Allereerst volgt de verplichting voor aanbesteders om proportionele contractvoorwaarden te hanteren uit artikel 1.10 lid 1 en lid 2 sub h Aanbestedingswet 2012. De verplichting om de Gids Proportionaliteit toe te passen volgt uit artikel 1.10 lid 3 Aanbestedingswet 2012. Lid 4 van dat artikel bepaalt overigens dat van deze verplichting mag worden afgeweken mits daarvoor een motivering wordt gegeven.

De verplichting om de UAV-GC toe te passen volgt uit Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit. Dat voorschrift bepaalt, als gezegd, dat in gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst paritair opgestelde contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan, deze integraal toegepast moeten worden. In de toelichting worden als voorbeelden genoemd de UAV 1989 en 2012 en de UAV-GC 2005. Opgemerkt wordt dat projectspecifieke situaties het noodzakelijk kunnen maken om van de modellen af te wijken, mits dat wordt gemotiveerd. Uitgebreidere toelichtingen of instructies bevat de Gids Proportionaliteit niet op dit onderdeel. Wel zijn in de Gids Proportionaliteit verdere voorschriften opgenomen die evenwichtige contractvoorwaarden beogen, waaronder de proportionele verdeling van risico's (Voorschrift 3.9A) en beperking van aansprakelijkheid (Voorschrift 3.9D).⁶

Adviezen Commissie

Inmiddels heeft de Commissie diverse adviezen gepubliceerd over de vraag of het afwijken van de UAV-GC in strijd is met Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit. Deze adviezen laten zich indelen in:⁷

- a. gevallen waarbij de UAV-GC weliswaar werden toegepast maar daarop diverse amendementen waren opge-

nomen in de aanbestedingsstukken (o.a. Advies 301);⁸ en

- b. gevallen waarbij de UAV-GC *in het geheel niet* werden toegepast. In plaats daarvan hanteerde de aanbesteder een zelf opgestelde maatwerkovereenkomst (Advies 307).⁹

In beide gevallen moet gemotiveerd worden waarom er werd afgeweken van Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit. Het blijkt echter dat de Commissie aan die motivering verschillende eisen stelt, zoals hierna wordt toegelicht.

Ad (a) Gevallen waarbij wordt afgeweken van de UAV-GC

Het thans meest recent gepubliceerde Advies 301 over afwijkingen op de UAV-GC betrof een aanbesteding voor de nieuwbouw van een rioolzuiveringsinstallatie. Op het contract waren de UAV-GC van toepassing verklaard echter met diverse afwijkingen en aanvullingen. Over onder meer de volgende afwijkingen werd geklaagd:

- een uitgebreide vrijwaring door opdrachtnemer ten gunste van opdrachtgever voor aanspraken van nevenaannemers wegens *elke* tekortkoming van opdrachtnemer. Dit achtte de Commissie een afwijking van paragraaf 4 lid 11 UAV-GC, op grond waarvan de opdrachtnemer slechts moet vrijwaren voor hem *toerekenbare* tekortkomingen;
- inperking van de retentie-/ opschortingsrechten van opdrachtnemer, ook als de opdrachtgever geen genoegzame zekerheid verschaftte. De Commissie achtte dit een afwijking van paragraaf 38 lid 7 UAV-GC;
- een contractuele boete die opdrachtnemer verbeurde als een onderaannemer of leverancier een beroep zou doen op een eigendomsvoorbehoud of retentierecht. De Commissie achtte dit een aanvulling op de UAV-GC;
- uitbreiding van de tussentijdse beëindigingsgronden voor opdrachtgever wegens het leggen van beslag op vermogensbestanddelen van opdrachtnemer. De Commissie achtte ook dit een aanvulling op de UAV-GC;
- in plaats van de Raad van Arbitrage voor de Bouw als exclusief bevoegd forum voor geschillenbeslechting, kon opdrachtgever ook kiezen voor de gewone rechter dan wel het Nederlands Arbitrage Instituut. De Commissie achtte dit een afwijking van paragraaf 47 UAV-GC; en
- naast de boete wegens vertraagde oplevering, kon opdrachtgever vergoeding vorderen van werkelijk geleden schade. De Commissie achtte dit een afwijking van artikel 2.6 Model Basisovereenkomst en paragraaf 36 UAV-GC.

De Commissie beoordeelde langs de lijnen van eerdere adviezen of de aanbesteder de betreffende afwijkingen

5 Wij hebben ons in dit artikel beperkt tot het relevante rechtskader uit de Aanbestedingswet 2012 dat geldt voor Europese aanbestedingen. Voorts is dit artikel beperkt tot de UAV-GC en zijn buiten beschouwing gelaten (afwijkingen op) andere paritair opgestelde voorwaarden als bedoeld in Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit.

6 Waarover o.a. Vزر. Rb. Den Haag 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11869; Vزر. Rb. Midden-Nederland. 8 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:104; Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7530; Commissie van Aanbestedingsexperts o.a. Advies 331 (publicatiedatum 21 april 2016), Advies 256 (publicatiedatum 12 februari 2016); Advies 154 (publicatiedatum 16 december 2015) en Advies 105 (publicatiedatum 16 december 2015).

7 Voor zover ons bekend zijn er ten aanzien van de UAV-GC geen relevante gerechtelijke uitspraken verschenen over Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit.

8 Advies 301 (publicatiedatum 13 februari 2017); Advies 228 (publicatiedatum 19 februari 2016); Advies 97 (publicatiedatum 22 mei 2014). Vgl. ten aanzien van de UAV 2012: Advies 256 (publicatiedatum 12 februari 2016).

9 Advies 307 (publicatiedatum 27 oktober 2016). Vgl. ten aanzien van de UAV 2012: Advies 360 (publicatiedatum 20 oktober 2016).

voldoende had gemotiveerd.¹⁰ Allereerst geldt volgens de Commissie dat in beginsel kan worden volstaan met een 'generieke' motivering waarom de UAV-GC en Model Basisovereenkomst niet ongewijzigd zijn toegepast. Dus niet elke individuele afwijking behoeft een 'specifieke' motivering, voor zover de afwijkingen kunnen steunen op de generieke motivering. Kan echter een bepaalde specifieke afwijking niet steunen op die generieke motivering, dan behoeft deze alsnog een specifieke motivering.

Vervolgens stelde de Commissie vast dat aanbesteders gemotiveerd mogen afwijken van Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit als daarbij blijkt wordt gegeven van een 'goede afweging' van de volgende aspecten:¹¹

- de aard en omvang van de met het voorwerp van de opdracht en de marktsituatie verband houdende projectspecifieke belangen van de aanbestedende dienst, die voor hem de aanleiding zijn geweest om de Model Basisovereenkomst en UAV-GC niet integraal toe te passen;
- de mate waarin de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005 niet dan wel onvoldoende rekening houden met de bovengenoemde belangen;
- de mate waarin de door de aanbestedende dienst toegepaste contractvoorwaarden in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht;
- de mate waarin het voor de aanbestedende dienst mogelijk is (geweest) om de projectspecifieke belangen te dienen door het treffen van andere en minder vergaande maatregelen dan het niet integraal toepassen van de Model Basisovereenkomst en UAV-GC.

In de kwestie van de rioolzuivering oordeelde de Commissie allereerst dat niet alle afwijkingen kunnen steunen op de summier generieke motivering die was gegeven. In die generieke motivering wees opdrachtgever hoofdzakelijk op haar belang om haar bestaande en toekomstige bedrijfsactiviteiten te waarborgen. De opdrachtnemer zou niet slechts een werk realiseren maar daarbij *de facto* ook het toekomstige productieproces van opdrachtgever bepalen. De Commissie achtte dat een onvoldoende motivering voor de diverse afwijkingen van de UAV-GC en Model Basisovereenkomst. Dat oordeel is ook in lijn met eerdere adviezen.¹² De afwijkingen behoefden dus een specifieke motivering. Zo'n specifieke motivering was echter niet voor alle hierboven genoemde afwijkingen opgenomen, dan wel was de gegeven specifieke motivering te summier om de betreffende afwijkingen te rechtvaardigen (opdrachtgever wilde bijvoorbeeld geen nodeloze schade oplopen door het inroepen van een retentierecht, enzovoort). De Commissie achtte de klachten tegen die afwijkingen dan ook gegrond. Ook dat oordeel is in lijn met eerdere adviezen.¹³

Een aantal afwijkingen vond de Commissie wél voldoende gemotiveerd. Ten eerste achtte de Commissie de contractuele boete voor het inroepen van eigendomsvoorbeholden of retentierechten door onderaannemers en leveranciers wél proportioneel, zij het dat het boetebedrag te hoog werd geacht. Ten tweede achtte de Commissie toelaatbaar de hierboven genoemde uitbreiding van de tussentijdse beëindigingsgronden en de afwijkingen van paragraaf 47 UAV-GC (keuze voor rechtbank en NAI). Hoewel deze afwijkingen deels slechts summierlijk waren gemotiveerd, achtte de Commissie deze niet bezwaarlijk, omdat dergelijke afwijkingen gebruikelijk zijn dan wel proportioneel. Daarbij merkte de Commissie op dat een afwijking die niet problematisch is in het licht van het proportionaliteitsbeginsel, toelaatbaar moet worden geacht, ook als een deugdelijke motivering voor die afwijking ontbreekt.¹⁴

In het advies werden in feite alle afwijkingen die duidelijk ten nadele kwamen van de opdrachtnemer in strijd geacht met Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit, omdat deze onvoldoende gemotiveerd waren. Echter andere afwijkingen, die gebruikelijk dan wel niet al te erg ten nadele van opdrachtnemer waren, werden wél toelaatbaar geacht. Dat die afwijkingen op onderdelen niet of nauwelijks waren gemotiveerd doet daar niet aan af, aldus de Commissie.

Ad (b) Geval waarbij de UAV-GC in het geheel niet werden toegepast

Advies 307 betreft een kwestie waarbij de UAV-GC en Model Basisovereenkomst *in het geheel niet* werden toegepast. In plaats daarvan hanteerde de aanbesteder een eigen maatwerkcontract.

De zaak betrof een aanbesteding voor een DBM-contract voor de renovatie van een tunnel. De aanbesteder had gekozen voor een maatwerkovereenkomst waarin bepalingen uit de UAV-GC en UAV 2012 waren ingebed. Die keuze werd gemotiveerd met de opmerking dat de overeenkomst een 'coöperatief samenwerkingsmodel' veronderstelde, doordat de opdrachtgever en ontwerpende bouwer (de opdrachtnemer) kennis inbrachten om te komen tot een optimaal ontwerp, planning en uitvoering. De overeenkomst bevatte hiertoe een 'convergentiefase' waarin het definitief ontwerp werd vervaardigd, de omgevingsvergunning werd aangevraagd en de uiteindelijke aanneemsom (de 'Geconvergeerde Prijs') werd vastgesteld. De overeenkomst bevatte een 'go/no go' moment aan het einde van de convergentiefase met een mogelijkheid tot tussentijdse ontbinding. Daarbij wees de aanbesteder in de gegeven motivering op complexiteiten bij de nog te verkrijgen vergunningen en goedkeuringen van andere overheden en *stakeholders*.

Een van de gegadigden beklagde zich over het niet toepassen van de UAV-GC. Onder meer werd aangevoerd dat de aard en complexiteit van het project niet rechtvaardigden dat de UAV-GC niet werden gevolgd. Ook werd betoogd

¹⁰ Zie Adviezen 228 en 256.

¹¹ Advies 301, overweging 5.2.7.

¹² Vgl. Advies 228, overweging 5.8.1 – 5.8.4.

¹³ Vgl. Advies 228, overweging 5.9.1 – 5.9.8.

¹⁴ Advies 301, overweging 5.9.2.

dat een onbekende contractvorm kon leiden tot hogere kosten, onzekerheid en vertraging.

In het advies zijn enkele passages uit de overeenkomst opgenomen waartegen de klachten waren gericht. Daaruit is het volgende af te leiden:

- de Geconvergeerde Prijs werd bepaald door enerzijds door opdrachtgever en anderzijds door opdrachtnemer begrote bouwkosten. Bij een verschil tussen hun begrotingen tot 10% werd uitgegaan van de begroting van de opdrachtnemer. Echter, bij een groter verschil (tussen 10 en 30%) werd uitgegaan van het gemiddelde van beide begrotingen dan wel (vanaf 30%) werd een bindende partijbeslissing gevraagd van een kostendeskundige. Dat leek een aanzienlijk risico in te houden voor de opdrachtnemer. Immers kon het gebeuren dat hij het werk zou moeten uitvoeren tegen een niet door hemzelf vrijelijk geoffreerde aanneemsom, die aanzienlijk lager was dan de door hem zelf begrote kosten;
- de opdrachtnemer had geen recht op termijnsverlenging bij een vertraging van de terbeschikkingstelling van de tunnel(delen) door opdrachtgever aan opdrachtnemer. Dat betekende een inperking van het recht van opdrachtnemer op termijnsverlenging ten opzichte van het bepaalde in paragraaf 3 lid 1 sub b juncto paragraaf 44 lid 1 UAV-GC;
- de opdrachtnemer was aansprakelijk voor schade, tenzij hij kon bewijzen dat de schade was veroorzaakt door andere omstandigheden dan de uitvoering van de werkzaamheden. Dit betekende een omkering van de bewijslast ten opzichte van paragraaf 41 UAV-GC;
- de aansprakelijkheid voor gebreken na oplevering was uitgebreid ten opzichte van paragrafen 28 en 32 UAV-GC; en
- ontbinding- en opschortingsrechten van de opdrachtnemer wgens het niet (tijdig) betalen van facturen of termijnen waren uitgesloten.

Kortom, de diverse bepalingen uit de maatwerkovereenkomst leken in materieel opzicht een vergaande verslechtering in te houden voor opdrachtnemer ten opzichte van de standaard UAV-GC en Model Basisovereenkomst.

De Commissie merkte allereerst op dat een aanbesteder niet ontslagen is van haar motiveringsplicht door een proportionele alternatieve contractvorm toe te passen. Ook dan moet een motivering gegeven worden voor het niet integraal toepassen van de UAV-GC.¹⁵

Vervolgens verwees de Commissie naar haar andere adviezen waarin vier aspecten worden genoemd die in de motivering betrokken moeten worden voor afwijkingen van de UAV-GC.¹⁶ Het onderhavige geval is echter in zoverre anders, aldus de Commissie, dat de UAV-GC en Model Basisovereenkomst *in het geheel niet* zijn toegepast. In zo'n

geval moet bij de motivering blijken van een goede afweging van de volgende aspecten:¹⁷

- de aard en omvang van de met het voorwerp van de opdracht en de marktsituatie verband houdende projectspecifieke belangen van de aanbestedende dienst, die voor hem de aanleiding zijn geweest om de UAV-GC niet toe te passen;
- de mate waarin de UAV-GC 2005 niet dan wel onvoldoende rekening houden met de bovengenoemde belangen;
- de mate waarin het voor de aanbestedende dienst mogelijk is (geweest) om de projectspecifieke belangen te dienen door het treffen van andere en minder vergaande maatregelen dan het niet toepassen van de UAV-GC.

De Commissie noemt hier dus drie aspecten. Deze komen overeen met de hierboven genoemde aspecten uit de adviezen over afwijkingen van de UAV-GC.¹⁸ Een in die andere adviezen genoemd *vierde aspect (de mate waarin de door de aanbestedende dienst toegepaste voorwaarden in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht)* ontbreekt hier echter. Dat aspect acht de Commissie kennelijk niet relevant voor een motivering om de UAV-GC *in het geheel niet* toe te passen (waarover hierna meer).

Vervolgens concludeerde de Commissie dat de gegeven motivering onvoldoende is. Uit de motivering blijkt namelijk niet waarom het toepassen van de UAV-GC (eventueel met wijzigingen) niet mogelijk zou zijn. Ook de UAV-GC voorzien immers in regelingen over bijvoorbeeld bijstelling van de aanneemsom, het verkrijgen van vergunningen, wijzigingen en termijnverlenging. Naar het oordeel van de Commissie had de beklagde haar belangen kunnen dienen door gemotiveerd af te wijken van de UAV-GC en Model Basisovereenkomst, in plaats van deze in het geheel niet toe te passen. Slechts als de UAV-GC en Model Basisovereenkomst *'niet integraal geschikt zijn'* is het toegestaan, gemotiveerd, in dit opzicht af te wijken van Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit, aldus de Commissie.¹⁹

Daarbij merkte de Commissie op dat inschrijvers worden opgezaald met het kostbare en tijdrovende probleem om na te gaan waar het maatwerkcontract afwijkt van de UAV-GC en Model Basisovereenkomst. Waren daarentegen de UAV-GC en Model Basisovereenkomst als uitgangspunt genomen, dan hadden inschrijvers de afwijkingen daarvan snel en efficiënt kunnen beoordelen op basis van een overzicht van gemotiveerde afwijkingen. Volgens de Commissie is dat conform het proportionaliteitsbeginsel zoals de wetgever dat met Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit voor ogen heeft gehad.²⁰ Dat de lijst met afwijkingen omvangrijk zou zijn geweest doet daar volgens de Commissie niet aan af.

¹⁵ Zie overweging 5.2.7 van advies 307 met verwijzing naar advies 360, overweging 5.6.

¹⁶ Adviezen 228, 256 en 301.

¹⁷ Advies 307, overweging 5.2.13.

¹⁸ Adviezen 228 (overweging 5.7.4 en 5.7.5); 256 (overweging 5.2.6 en 5.2.7) en 301 (overweging 5.2.7).

¹⁹ Advies 307, overweging 5.2.20.

²⁰ Advies 307, overweging 5.2.20.

Deze lijn wijkt overigens af van het eerder gepubliceerde Advies 360 waar het ging het om een motivering om de UAV 2012 *in het geheel niet* toe te passen.²¹ Daar volgde de Commissie nog dezelfde lijn als in de adviezen over enkel het afwijken van de UAV-GC (Adviezen 301 en 228). Als gezegd noemt de Commissie in Advies 307 echter niet (langer) het vierde aspect dat betrokken moet worden in de motivering (te weten: *de mate waarin de door de aanbestedende dienst toegepaste voorwaarden in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht*).²² Verder is in Advies 307 geen herhaling te vinden van het onderscheid tussen 'generieke' en 'specifieke' motiveringen (zie hierboven).²³ Daarmee lijkt het erop dat de Commissie er bewust voor koos om bij het *geheel niet toepassen* van de UAV-GC en Model Basisovereenkomst voortaan een andere toetsingsmaatstaf te hanteren dan als de UAV-GC en Model Basisovereenkomst weliswaar worden toegepast, maar daarop afwijkingen worden bedongen.

Het *geheel niet toepassen* van de UAV-GC en Model Basisovereenkomst lijkt de Commissie dus slechts toelaatbaar te achten als deugdelijk wordt gemotiveerd dat deze *niet integraal geschikt zijn*. Daarbij lijkt het niet te gaan om de vraag in hoeverre de bepalingen van de maatwerkovereenkomst materieel afwijken van de bepalingen uit de UAV-GC en Model Basisovereenkomst. Eerder lijkt de Commissie het relevant te achten of het hanteren van een maatwerkcontract gerechtvaardigd is gelet op projectspecifieke belangen en de hogere administratieve lasten voor inschrijvers. Immers zal het hen meer tijd kunnen kosten om een onbekend maatwerkcontract te doorgronden en de risico's daarvan te onderkennen.

Daardoor blijft in Advies 307 buiten beschouwing in hoeverre de bepalingen uit de maatwerkovereenkomst in materieel opzicht proportioneel waren. Niettemin zullen de bepalingen van elke aanbestede overeenkomst in algemene zin moeten voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel in artikel 1.10 lid 1 en lid 2 sub h Aanbestedingswet 2012. Daarnaast gelden de verdere voorschriften van de Gids Proportionaliteit, zoals redelijke risico-allocatie (Voorschrift 3.9A) en limitering van aansprakelijkheden (Voorschrift 3.9D).

Tot slot zij opgemerkt dat, voor zover ons bekend, er nog geen uitspraken van rechters zijn waarin de toetsingskaders van de Commissie (al dan niet) worden bevestigd. Toekomstige rechtspraak kan derhalve nieuwe inzichten bieden.

Handvatten voor de praktijk

Gelet op het voorgaande kunnen de volgende algemene handvatten worden gegeven voor de praktijk.

21 Advies 360 (publicatiedatum 29 oktober 2016).

22 Advies 360, overweging 5.9.4; Advies 301, overweging 5.2.7; Advies 228, overweging 5.7.5.

23 Advies 360, overweging 5.9.2; Advies 301, overweging 5.2.5; Advies 228, overweging 5.7.3.

Afwijken van UAV-GC of UAV-GC helemaal niet toepassen?

Wil een aanbesteder een geïntegreerd DB(M)-contract gunnen en daarbij afwijken van de UAV-GC, dan is allereerst de vraag of (i) de UAV-GC en Model Basisovereenkomst zullen worden toegepast met (mogelijk vele) afwijkingen dan wel (ii) een eigen maatwerkcontract zal worden gehanteerd. Beide keuzes hebben voor- en nadelen.

Bij het toepassen van de (geamendeerde) UAV-GC met Model Basisovereenkomst moeten de afwijkingen gemotiveerd worden conform de vier bovengenoemde aspecten. Daarbij kan in beginsel een deugdelijke generieke motivering volstaan. Afwijkingen die gebruikelijk zijn en/of niet evident in het nadeel van opdrachtnemer, lijken bovendien niet of nauwelijks een motivering te behoeven. De Commissie lijkt – terecht – zwaardere eisen te stellen aan de motivering van afwijkingen die duidelijk in het nadeel zijn van opdrachtnemer. Wil een opdrachtgever vele van dergelijke afwijkingen bedingen, dan zal het ook lastiger zijn om daarvoor één generieke motivering te geven. Kan een generieke motivering niet volstaan, dan moet elke afwijking specifiek worden gemotiveerd.

Bij het hanteren van een maatwerkovereenkomst moet gemotiveerd worden waarom de UAV-GC en Model Basisovereenkomst *'niet integraal geschikt zijn'*. Daarbij moeten de drie bovengenoemde aspecten betrokken worden. Als dat deugdelijk wordt gemotiveerd, dan hoeven er geen motiveringen gegeven te worden voor alle materiele verschillen tussen de voorwaarden van het maatwerkcontract en de bepalingen uit de UAV-GC en Model Basisovereenkomst. De contractvoorwaarden blijven wel onderhevig aan de overige voorschriften uit de Gids Proportionaliteit en het proportionaliteitsbeginsel in algemene zin.

Overigens zal het in de praktijk vermoedelijk niet altijd eenvoudig te motiveren zijn dat de UAV-GC en Model Basisovereenkomst *niet integraal geschikt* zijn. In elk geval lijkt het onvoldoende om in algemene bewoordingen toe te lichten dat de systematiek van de UAV-GC ongeschikt wordt geacht voor bijvoorbeeld een DBM contract voor de renovatie van een tunnel (zoals in Advies 307). Er zullen betere, meer concrete redenen moeten zijn om af te zien van de UAV-GC en Model Basisovereenkomst. Zeker waar de gewenste regelingen ook te passen zijn in de UAV-GC en Model Basisovereenkomst (zoals tussentijdse beëindiging na een 'convergentiefase'), lijkt het hanteren van een maatwerkcontract moeilijk verdedigbaar.

Verdere handvatten voor afwijken van UAV-GC en Model Basisovereenkomst

Voor zover de aard en omvang van de afwijkingen niet leiden tot een substantiële verschuiving van de in de UAV-GC en Modelbasisovereenkomst voorziene verdeling van verplichtingen en risico's ten nadele van opdrachtnemer, zijn afwijkingen veelal toelaatbaar. Derhalve lijken de volgende categorieën van afwijkingen veelal niet bezwaarlijk:

- afwijkingen die zien op het opnemen van regelingen voor zaken die niet of niet geheel zijn geregeld in de UAV-GC en Model Basisovereenkomst. Bijvoorbeeld het hanteren van een 'convergentiefase' of 'herijkingsfase': een voorfase waarin verdere informatie wordt verzameld, de uitgangspunten voor het ontwerp en realisatie verduidelijkt worden, risico's verder in kaart worden gebracht en de gebudgetteerde kosten nader worden bepaald (en zo nodig bijgesteld). De UAV-GC en Model Basisovereenkomst voorzien niet nadrukkelijk in zo'n convergentiefase. Evenwel lijkt zo'n fase goed in te passen met gebruikmaking van de regeling uit de UAV-GC over tussentijdse beëindiging. Wel moeten de gevolgen van budgetoverschrijdingen op proportionele wijze geregeld worden. Tussentijdse beëindiging door opdrachtgever (bijvoorbeeld als de bijgestelde aanneemsom te hoog uitvalt) tegen betaling van een beëindigingsvergoeding lijkt toelaatbaar;
 - afwijkingen en aanvullingen die gebruikelijk zijn en/of de positie van opdrachtnemer niet of nauwelijks doen verslechteren. Daarbij kan gedacht worden aan gevallen waarin de Opdrachtgever meer risico aan zich houdt dan de UAV-GC vereisen. Ook een aansprakelijkheidsbeperking ten gunste van de opdrachtnemer valt in deze categorie. Uit de adviezen van de Commissie zijn voorts als voorbeelden af te leiden: het uitbreiden van tussentijdse beëindigingsgronden, zoals het geval dat er beslagen worden gelegd bij opdrachtnemer; een keuzemogelijkheid voor opdrachtgever voor de gewone rechter en het NAI in plaats van de Raad van Arbitrage; en bepaalde aanvullende contractuele boetes mits de hoogte daarvan redelijk is. Gelet op hetgeen de Commissie overwoog in Advies 301 lijken dergelijke afwijkingen veelal niet of nauwelijks een motivering te verlangen;
 - aannemelijk is dat afwijkingen die louter zien op het verduidelijken en verbeteren van de UAV-GC en Model Basisovereenkomst ook toelaatbaar zijn (mits die geen verslechtering van de positie van opdrachtnemer inhouden). Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het opnemen van specifieke (in duur redelijke) vaste termijnen voor het reageren op wijzigingsvoorstellen (in plaats van het reageren met 'bekwame spoed').²⁴ In deze categorie passen ook aanpassingen of verbeteringen van paragrafen uit de UAV-GC die in de praktijk vaak tot knelpunten leiden. Denk bijvoorbeeld aan de regelingen omtrent vergunningen.²⁵ Tot slot zullen ook aanvullingen van zuiver redactionele aard weinig problematisch zijn, zoals het toevoegen en verduidelijken van bepaalde definities in paragraaf 1 UAV-GC.
- Daarentegen lijkt het doorgaans *niet* toelaatbaar om afwijkingen te bedingen die leiden tot een substantiële verschuiving van de in de UAV-GC en Model Basisovereenkomst

voorzien verdeling van verplichtingen en risico's ten nadele van opdrachtnemer. Dat kan bijvoorbeeld betreffen:

- afwijkingen die de aansprakelijkheden van opdrachtnemer aanzienlijk verzwaken of zijn rechten aanzienlijk inperken ten opzichte van het bepaalde in de UAV-GC en Model Basisovereenkomst. Bijvoorbeeld: het verruimen van de aansprakelijkheden van opdrachtnemer voor bij de uitvoering van het werk veroorzaakte schade, aanspraken van derden (zoals nevenaannemers) en gebreken na oplevering; het vorderen van werkelijk geleden schade, naast de boete wegens vertraagde oplevering; en het beperken van de opschortings- en retentierechten van opdrachtnemer (zie ook Advies 301). Aannemelijk is dat ook het omkeren van bewijslast tot deze categorie behoort. Bijvoorbeeld een bepaling dat opdrachtnemer aansprakelijk is voor alle bij het werk veroorzaakte schade behoudens door hem te leveren tegenbewijs;²⁶
- afwijkingen waardoor risico's die volgens de UAV-GC en Model Basisovereenkomst behoren tot de sfeer van opdrachtgever worden overgeheveld naar opdrachtnemer. Bijvoorbeeld het beperken van de in de UAV-GC voorziene rechten van opdrachtnemer in verband met kostenvergoeding en termijnsverlenging.²⁷ Problematisch is derhalve een bepaling als in de casus van Advies 307, waarbij werd vastgehouden aan de oorspronkelijke opleverdatum, als de tunnels waar het werk moet worden verricht later door opdrachtgever beschikbaar werden gesteld. Dat betreft immers een inperking van het recht op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging uit hoofde van paragraaf 44 lid 1 sub b juncto paragraaf 3 lid 1 sub b UAV-GC. Een ander veel voorkomend voorbeeld is het uitsluiten of beperken van rechten in verband met kostenvergoeding en termijnsverlenging bij fouten in van opdrachtgever afkomstige informatie. Bijvoorbeeld onvolkomenheden of onjuistheden in van opdrachtgever afkomstige plannen, onderzoeken en rapportages waar de opdrachtnemer zich rechtmatig op heeft gebaseerd voor het doen van zijn inschrijving.²⁸ Dat betreft immers een inperking van de rechten van opdrachtnemer op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging op grond van paragraaf 44 lid 1 sub b juncto paragraaf 3 lid 1 sub a en lid 2 UAV-GC.²⁹ Ook hier kan Advies 307 worden genoemd (al wordt daarin de litigieuze contractvoorwaarde niet inhoudelijk op proportionaliteit getoetst). Daar liep de opdrachtnemer het risico dat hij het werk zou moeten uitvoeren tegen een vergoeding die substantieel lager kon uitvallen dan de door hem in de convergentiefase gebudgetteerde kosten. Het lijkt moeilijk uit te leggen dat een opdrachtnemer het werk moet uitvoeren tegen een niet door hemzelf

²⁴ Zie par. 45 UAV-GC.

²⁵ Waarover ook voornoemd artikel: E. van Dam, I. de Groot en D.C. Orobio de Castro, 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?', *TBR* 2016.

²⁶ Par. 41 UAV-GC.

²⁷ Par. 44 lid 1 UAV-GC.

²⁸ Waarover andermaal: E. van Dam, I. de Groot en D.C. Orobio de Castro, 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?', *TBR* 2016.

²⁹ Dit overigens onverminderd de waarschuwingsplicht van opdrachtnemer volgens par. 4 lid 7 UAV-GC.

vrijelijk geoffreerde aanneemsom; daarbij het risico lopende dat de door de opdrachtgever (of een derde) gebudgetteerde aanneemsom ontoereikend blijkt. Voor zover in de convergentiefase blijkt van tegenvallers die in de risicosfeer van de opdrachtgever liggen, zou de opdrachtnemer ófwel gecompenseerd moeten worden in tijd en geld (aanpassing aanneemsom en planning) ófwel moeten kunnen afzien van het werk (tegen betaling van een redelijke beëindigingsvergoeding door opdrachtgever).

- tot slot kan het (ten nadele van opdrachtnemer) op eenzijdige wijze invullen van de Model Basisovereenkomst met annexen, ook een disproportionele verdeling inhouden van verplichtingen en risico's. Bijvoorbeeld als de opdrachtgever aansprakelijkheid voor alle van hem afkomstige informatie geheel uitsluit;³⁰ de bewijslast voor alle gebreken na oplevering geheel bij opdrachtnemer legt;³¹ enzovoort. Aannemelijk is dat dergelijk eenzijdig redigeren van de Model Basisovereenkomst met annexen eveneens ontoelaatbaar kan zijn in het licht van Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit.

Verdere handvatten voor afzien van toepassing van UAV-GC en Model Basisovereenkomst

Gezien de thans beperkt beschikbare jurisprudentie is het vooralsnog niet duidelijk in welke concrete gevallen een andere contractvorm (dan de UAV of UAV-GC) toelaatbaar wordt geacht. Niettemin is aannemelijk dat hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld het volgende:

- *binnen bepaalde sectoren gangbare alternatieve modellen*: binnen bepaalde sectoren kan het gebruikelijk zijn om alternatieve contractvormen toe te passen. Bijvoorbeeld in de industrie en de energiesector is het wel gebruikelijk om te contracteren op basis van FIDIC voorwaarden.³² Het hanteren van dergelijke contractvormen kan naar onze mening in de rede liggen voor sectoren waar veelal buitenlandse partijen betrokken zijn, die niet of in mindere mate bekend zijn met de UAV-GC;
- *DB(M) overstijgende elementen*: als een contract uit meer aspecten bestaat dan het ontwerpen, bouwen en eventueel onderhouden van een werk, kan het in de rede liggen om de UAV-GC niet toe te passen. Te denken valt aan publiek-private samenwerkingsvormen (PPS) en (andere) overeenkomsten die elementen van project- of gebiedsontwikkeling bevatten. Zo kan de opdrachtnemer voor een bepaald project (mede) worden belast met het verwerven van gronden waarop hij vervolgens voor eigen risico een bepaald (commercieel) vastgoedprogramma moet realiseren. Een praktijkvoorbeeld hiervan is het project A2 Ondertunneling Maastricht, waarbij de opdrachtnemer enerzijds in opdracht van opdrachtgever de ondertunneling van de A2 te Maastricht moest realiseren op basis van de (geamendeerde) UAV-GC; en anderzijds de vervolgens vrijgekomen grondlocaties zelf

tot ontwikkeling moest brengen (waarop de UAV-GC niet goed toepasbaar zijn). Mengvormen zijn derhalve ook denkbaar, waarbij de UAV-GC slechts toepasselijk zijn op het deel van het contract dat betrekking heeft op het ontwerpen, bouwen en eventueel onderhouden. Andere elementen die DB(M) kunnen overstijgen zijn projecten waarbij de opdrachtnemer tevens wordt belast met de exploitatie en/of financiering van de werken of een deel daarvan (DBFM(O)). Ook dat kan een goede reden zijn om de UAV-GC niet toe te passen. Hoewel de UAV-GC voorzien in de mogelijkheid om een aantal jaren onderhoud op te dragen, zijn de UAV-GC niet geschikt om een onderhoudsperiode van meer dan ca. 3 - 5 jaar op te dragen. Zo'n arrangement zal vaak om een aangepast betalingsmechanisme vragen en bijvoorbeeld een meer uitvoerige regeling voor wijzigingen in wetgeving. Een 'DBFM overeenkomst zonder F' lijkt dan meer passend;

- *innovatieve mechanismen voor verdeling kosten en risico's*: opdrachtgevers moeten in beginsel ook kunnen kiezen voor innovatieve regelingen voor bijvoorbeeld de verdeling van kosten en risico's. Een voorbeeld daarvan is het alliantiemodel. Uiteraard zal ook bij zo'n alliantieovereenkomst de verdeling van risico's wel proportioneel moeten blijven, gelet op bijvoorbeeld Voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit.

Conclusie

Dit artikel vat het oordeel samen van de Commissie over het afwijken van de UAV-GC – of het geheel niet toepassen daarvan – in het licht van het proportionaliteitsbeginsel. Het is mogelijk om afwijkingen van de UAV-GC te bedingen. De aard en omvang van de amendementen mag echter niet zodanig zijn dat de in de UAV-GC en Model Basisovereenkomst voorziende verdeling van verplichtingen en risico's substantieel wijzigt ten nadele van de opdrachtnemer. Het geheel niet toepassen van de UAV-GC lijkt met name mogelijk als dat aansluit bij de gebruiken in een sector, bij bijzondere vormen van de PPS of als er innovatieve contractvormen toe te passen zijn.

De toekomst moet verder uitwijzen welke ruimte er is om de UAV-GC niet onverkort toe te passen. In deze bijdrage zijn alvast enkele handvatten gegeven die kunnen bijdragen aan verdere proportionele toepassing (en afwijking) van de UAV-GC.

Over de auteurs

Mr. D.C. Orobio de Castro

David Orobio de Castro is werkzaam als advocaat bij Stibbe N.V. te Amsterdam.

Mr. E. Verweij

Erik Verweij is werkzaam als advocaat bij Stibbe N.V. te Amsterdam.

30 Zie art. 7 Model Basisovereenkomst.

31 Zie art. 13 Model Basisovereenkomst.

32 International Federation of Consulting Engineers (www.fidic.org).