

AANBESTEDEN & AANNEMEN

UAV-GC en ontwerpverantwoordelijkheid

Sinds 2016 houdt een Pre-adviescommissie zich bezig met het actualiseren van de UAV-gc 2005; het is nu wachten op de tervisielegging van de geactualiseerde versie. Velen pleiten ervoor om de UAV-gc 2005 op onderdelen meer dan alleen te actualiseren. Aanpassingen zouden betrekking moeten hebben op principiële onderwerpen als de (verantwoordelijkheid voor) het ontwerp en de daarmee onlosmakelijk samenhangende (verantwoordelijkheid voor) informatieverstrekking. Maar ook de bodemgesteldheid en risicoverdeling binnen een UAV-gc-contract in haar algemeenheid.

TEKST: BARD VAN VEEN

Een Opdrachtgever heeft binnen de UAV-gc 2005 de mogelijkheid om zelf de omvang c.q. diepgang van de ontwerpwerkzaamheden van de Opdrachtnemer te bepalen. Die omvang wordt bepaald aan de hand van de zogenaamde 'glijdende schaal'. Een Opdrachtgever kan volstaan met het enkel opstellen van een Programma van Eisen, of zelfs zo ver gaan dat hij een Programma van Eisen, een Voorlopig en Definitief Ontwerp opstelt. In het eerste geval heeft de Opdrachtnemer een maximale ontwerpverplichting, in het tweede geval is eigenlijk sprake van een traditioneel contract, omdat een Opdrachtnemer nauwelijks nog moet/hoeft te ontwerpen.

BELANGRIJKE UITSPRAAK

Begin dit jaar heeft de Raad van Arbitrage voor de Bouw een belangrijke uitspraak gewezen over de verantwoordelijkheid van de Opdrachtgever voor het ontwerp (RvA 16 februari 2018, geschilnr. 35.734). In deze uitspraak hebben arbiters in principiële bewoordingen overwogen hoe de UAV-gc 2005 op dit punt in elkaar zit. Net als in de concrete kwestie waarover arbiters moesten oordelen, voeren Opdrachtgevers veelvuldig aan dat zij met een UAV-gc-contract overeenkomen dat de Opdrachtnemer de volledige ontwerpverantwoordelijkheid draagt c.q. heeft overgenomen. Dit is echter een misvatting. Arbiters overwegen dat het niet alleen in het concrete geval waarover zij hun uitspraak deden, maar ook in zijn algemeenheid een onjuiste opvatting is dat reeds met het van toepassing verklaren van de UAV-gc 2005 op een overeenkomst de Opdrachtnemer altijd/dus verantwoordelijk is. Een Opdrachtgever blijft verantwoordelijk voor zijn ontwerpwerkzaamheden. Hoe hij die ook verstrekt; via de vraagspecificatie of via nader verstrekte informatie. Hoe hij die ook noemt; bindend, niet-bindend, informatief, et cetera. Maar, arbiters wijzen wel op de waarschuwingsplicht van de Opdrachtnemer voor de in par. 4 lid 7 UAV-gc 2005 genoemde door de Opdrachtgever verstrekte documenten. Zij oordelen dat - uitsluitend - het schenden van deze plicht een Opdrachtnemer alsnog verantwoordelijk kan maken voor de schadelijke gevolgen van het niet waarschuwen. De norm is dat sprake moet zijn van een klaarblijkelijke fout of gebrek ter zake waarvan de Opdrachtnemer in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen als hij de Opdrachtgever niet zou waarschuwen. Par. 4 lid 8 UAV-gc 2005 maakt de Opdrachtnemer aansprakelijk, en brengt dus een balans aan. Als geen sprake is van een klaarblijkelijke



fout of gebrek, kunnen fouten of gebreken in het ontwerp en/of de verstrekte informatie die tot fouten in de aanbieding van de Opdrachtnemer leiden voor de Opdrachtnemer een aanspraak opleveren. Die aanspraak kan gegrond zijn op par. 44 lid 1 sub b of eventueel op par. 14 en 45 UAV-gc 2005.

ALERT BLIJVEN

Opdrachtnemers moeten zich overigens niet direct rijk rekenen. Hoewel arbiters heel principiële hebben geoordeeld, was dit niet in een kwestie waarin de Opdrachtgever expliciet had bepaald - in de overeenkomst bijvoorbeeld - dat een Opdrachtnemer door het sluiten van de overeenkomst de ontwerpverantwoordelijkheid overneemt. Opdrachtnemers dienen de overeenkomst en de bijlagen goed door te nemen. Anders

kan worden betoogd dat zij toch gewoon voor deze overname hebben getekend. Kortom, in de inlichtingfase moeten vragen gesteld worden. Als sprake is van een aanbestedende dienst die een dergelijke passage wenst op te nemen, hebben Opdrachtnemers een aanvullend argument. Die aanbestedende diensten zijn gebonden aan de Gids Proportionaliteit. Art 3.9C verplicht hen elke afwijking van de UAV-gc 2005 deugdelijk te motiveren. Ik denk dat dit voor hen een lastige opgave is, zeker in het licht van de hiervoor besproken uitspraak.

WAARSCHUWINGSPLICHT

Deze uitspraak bevat nog een ander interessant onderwerp. Net als Opdrachtgevers spreken van het overnemen van ontwerpverantwoordelijkheid, menen zij net zo vaak dat een Opdrachtnemer bij een UAV-gc-contract de eisen uit die overeenkomst fundamenteeler moet analyseren dan bij andere soorten overeenkomsten. Het argument daarvoor is, dat een Opdrachtnemer zelf een oplossingsrichting moeten kiezen. Ook dit uitgangspunt vindt geen genade bij arbiters. Zij overwegen dat het in elk geval in het hen voorgelegde geval niet juist is, voor zover het uitgangspunt in zijn algemeenheid al juist zou zijn. Met andere woorden, de (precontractuele) waarschuwingsplicht van een Opdrachtnemer is niet anders dan bij een traditioneel contract. Natuurlijk moet een Opdrachtnemer het ontwerp bekijken, maar hij hoeft dit niet tot in detail door te rekenen. Tot slot is een aardig aspect van de uitspraak dat daarin wordt bepaald dat het ook het uitgangspunt van de UAV-gc 2005 is dat een Opdrachtnemer gewoon het werk moet maken. Maar, daarbij moeten Opdrachtgevers - begrijpelijk - wel binnen de hun door de UAV-gc 2005 gegeven rol blijven. En dat is in de praktijk vaak moeilijk. Zo laten Opdrachtgevers met enige regelmaat directievoeren en dragen zij te pas en te onpas 'meerwerken' op. De rol van een Opdrachtgever is dat hij geen directie voert en het doorvoeren van wijzigingen (de term voor meer- en minderwerken) eigenlijk achterwege laat; wijzigingen ex par. 14 UAV-gc 2005 zijn in beginsel uitzonderingen. Als een Opdrachtgever zich 'traditioneel' opstelt, wordt die grotere bemoeienis hem terecht aangerekend. Kort en goed, ik kan mij zeker in de besproken uitspraak vinden. Goed is om vast te stellen, dat deze geen eenmalig oordeel is gebleken. In de uitspraak van 17 mei 2018 (geschilnr. 72.109) zijn inmiddels vergelijkbare overwegingen opgenomen, waarmee een duidelijke lijn is getrokken.



B.R. (Bard) van Veen is advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten te Den Haag. Tel. (070) 304 55 90, E-mail: b.veen@shadv.nl, www.severijnhulshof.nl. Voor vragen over dit artikel of een cursus UAV, UAV-gc, RAW en/of aanbestedingsrecht, kunt u mij bereiken via het genoemde mailadres