

## AANBESTEDEN & AANNEMEN

# Contractuele perikelen

Het correct sluiten van overeenkomsten is en blijft lastig. Onvolledige of voor meerdere uitleg vatbare bepalingen kunnen lelijk uitpakken, zeker als je verwacht een sluitende regeling te hebben gesloten. Dit blijkt maar weer eens uit een vrij recente uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw (22 februari 2019, geschilnr. 36.154).

TEKST: BARD VAN VEEN

Onderaannemer had van hoofdaannemer het realiseren van de werktuigbouwkundige en elektrotechnische installaties opgedragen gekregen, vertaald door hoofdaannemer naar een technisch bestek. Tijdens de uitvoering van het werk traden diverse problemen op, die geleid hebben tot vertraging en te late oplevering, waarvoor beide partijen elkaar over en weer verantwoordelijk achtten. Ook was er discussie over door onderaannemer uitgevoerde extra werkzaamheden en uitvoeringsfouten. Een eerste contractuele punt diende zich direct aan. Hoofdaannemer stelde zich op het standpunt dat sprake was van een back-to-back-overeenkomst met verwijzing naar een drietal bepalingen uit de onderaannemingsovereenkomst. De belangrijkste bepaling luidt: 'De hoofdaannemer en de leverancier hebben jegens elkaar exact dezelfde rechten en verplichtingen als de opdrachtgever en de hoofdaannemer jegens elkaar hebben. Indien en voor zover het betreft het door de leverancier uit te voeren werk en voor zover de documenten verwoord welke in het bezit zijn van de leverancier.'

### BACK-TO-BACK?

Arbiters stellen voorop dat het bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen in een onderaannemingsovereenkomst als de onderhavige – waarbij uitsluitend delen van het technisch werk aan de onderaannemer zijn opgedragen – 'in beginsel niet kan worden volstaan met een enkele bepaling die niet (veel) meer zegt dan dat hoofdaannemer en onderaannemer dezelfde rechten en verplichtingen jegens elkaar hebben als de opdrachtgever (de Gemeente) en hoofdaannemer.' Naar het oordeel van arbiters zijn de door hoofdaannemer aangehaalde bepalingen onvoldoende bewijs.

Als hoofdaannemer haar verplichtingen jegens haar opdrachtgever, de Gemeente, één op één had willen doorleggen aan onderaannemer dan had zij naar het oordeel van arbiters in de gegeven omstandigheden 'uitdrukkelijk en specifiek' moeten aangeven welke bepalingen zij back-to-back wenste door te contracteren aan onderaannemer. Zeker, aldus arbiters, omdat onderaannemer pas later in het ontwerpproces in beeld kwam en in een wezenlijke andere positie jegens de Gemeente verkeerde dan hoofdaannemer.



Dit oordeel is in lijn met de geldende rechtspraak. Belangrijk is dus geen misverstand te laten bestaan over de door te leggen contractbepalingen. Maar ook dat het de bedoeling is om een back-to-back contract te sluiten. Te denken valt aan het opnemen van een overweging, of zelfs een artikel, waarin dit expliciet staat vermeld. Bovendien had hoofdaannemer slechts delen van de voorhanden zijnde documenten verstrekt en ontbrak bijvoorbeeld de hoofdaannemingsovereenkomst. Het is natuurlijk van groot belang dat de partij die beoogd back-to-back onderaannemer wordt wel volledig inzicht krijgt in alle – uiteinde-



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

lijk ook voor hem – relevante stukken. Een ander belangrijk kenmerk van een goed back-to-back contract is, dat de (algemene) voorwaarden die van toepassing zijn op c.q. de (relevante) bepalingen in de hoofdovereenkomst ook van toepassing zijn (of worden) op de onderaannemingsovereenkomst. In de door arbiters beoordeelde kwestie was dat niet het geval. Via het van de onderaannemingsovereenkomst onderdeel uitmakende onderhandelingsverslag golden – in elk geval voor wat betreft de oplevering – de UAV-89. Op de hoofdaannemingsovereenkomst waren de UAV-GC 2005 van toepassing verklaard, en diende hoofdaannemer aan de principaal het werk turn-key op te leveren. Het verschil tussen deze beide sets voorwaarden is principieel van aard. Een hoofdaannemer én een onderaannemer moeten zich hiervan bewust zijn. En van de gevolgen van het van toepassing zijn/verklaren van ofwel één van beide sets, ofwel beide sets, ofwel de ene set op de hoofdovereenkomst, en de andere op de onderaannemingsovereenkomst. In de laatste twee gevallen maken de te onderscheiden verplichtingen ter zake ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden eigenlijk dat op die punten niet (meer) van een back-to-back contract gesproken kan worden.

### ONDERAANNEMINGSOVEREENKOMST

Ook overigens, aldus arbiters, heeft de onderaannemingsovereenkomst meer weg van een traditioneel contract; er was immers een technisch bestek voorhanden. En afhankelijk van de mate van concreetheid van dat bestek leidt de toepasselijkheid van – bijvoorbeeld – par. 14 en 15 UAV-GC 2005 tot lastige contractuele maak ook uitvoeringstechnische discussies. In de besproken casus was dat ook het geval toen arbiters de standpunten van partijen over

de leveringsomvang behandelden. Hoofdaannemer had van het aan onderaannemer opgedragen bestek gezegd dat dit slechts een suggestie was, en een niet bindend TO. Kortom, onderaannemer zou ontwerp- en uitvoeringsvrijheid hebben. Arbiters gingen daarin niet mee, omdat het bestek zowel in de offerteaanvraag als in de onderaannemingsovereenkomst expliciet benoemd werd. En, omdat het bestek in de rangorderegeling in de onderaannemingsovereenkomst geplaatst was boven de demarcatielijst die door hoofdaannemer eveneens nog in stelling werd gebracht. De rangorderegeling is ook nog zo'n belangrijk onderdeel dat bij het back-to-back contracteren goed in de gaten moet worden gehouden. Opvallend is voorts, dat arbiters waarde hechtten aan het standpunt van hoofdaannemer richting de principaal, waarin zij eveneens de door onderaannemer gehanteerde datum als opleverdatum duidt. Een dergelijk standpunt is niet zonder meer in overeenstemming met het back-to-back karakter van een overeenkomst. Hoofdaannemer heeft tot slot verwezen naar de bepalingen dat meerwerk slechts wordt vergoed indien het schriftelijk door haar is opgedragen. Arbiters maken ook daarmee korte metten. Zij stellen vast dat partijen zich – zoals wel vaker – in de praktijk niet aan die bepalingen hebben gehouden. Naar het oordeel van arbiters is het beroep van hoofdaannemer op het schriftelijkheidsvereiste in de gegeven omstandigheden naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid daarom onaanvaardbaar. Kortom, als je dan contractuele afspraken maakt, is het wel van belang deze consequent na te leven, back-to-back of niet. Sterker nog, juist bij back-to-back contracten omdat je anders de indruk kan wekken dat daarvan (toch) geen sprake is.