

AANBESTEDEN & AANNEMEN

Stikstof en PFAS: wiens (contractuele) probleem?



Het kan niemand ontgaan zijn. De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State d.d. 29 mei 2019 die het PAS buiten spel zette. Europese regelgeving vereist namelijk dat bij stikstof uitstotende activiteiten vooraf en dus tegelijkertijd inzichtelijk moet zijn wat de positieve gevolgen van de compenserende maatregelen zijn. Het PAS gaat daarvan niet uit. En dan is er nog de PFAS-problematiek die ervoor zorgde dat er geen grond of baggerspecie mocht worden verzet waarin een niet genormeerde verontreiniging was gedetecteerd. Daarom is op 8 juli 2019 het Tijdelijke handelingskader PFAS geïntroduceerd met PFAS-norm en bijbehorende (her)keuringsverplichting vanaf 1 oktober 2019; een norm die aan discussie onderhevig is.

TEKST: BARD VAN VEEN

De bouw krijgt weer klappen; niet omdat er niets te bouwen is, maar omdat niet gebouwd mag worden. Dit leidt tot schade en vertraging. De vraag is, of er contractuele aanknopingspunten te vinden zijn, die een aanspraak op schadevergoeding of andere vormen van compensatie in geld, en tijd zouden kunnen bieden.

KORTE BESPIEGELING

Wat zeggen de UAV-2012 daarover? Par. 5 gaat over opdrachtgeversverantwoordelijkheden. Opdrachtgever dient te zorgen voor een tijdige opzetvergunning (meestal de omgevingsvergunning c.a.), en is verantwoordelijk voor het ontwerp en de werkwijzen, én de invloed daarvan op de bodemgesteldheid. Over dit alles hangt wel een precontractuele waarschuwingsplicht van aannemer ex art.

7:754 BW, of een contractuele ex par. 6 lid 14. Als een omgevingsvergunning door de PAS-problematiek niet tijdig wordt verstrekt biedt dit mogelijk een aanspraak van aannemer. Schorsing of aanpassing van een verleende omgevingsvergunning zou mijns inziens onder dezelfde noemer vallen. Ik meen dat het risico c.q. de gevolgen van de PAS-uitspraak in beginsel niet binnen de risicosfeer van aannemer liggen. Een beroep op overmacht door opdrachtgever lijkt mij lastig haalbaar. Par. 8 lid 5 handelt over het recht van aannemer op bouwtijdverlening bij opdrachtgeversrisico's, die zich hier dus openbaren. Par. 6 lid 15 UAV is de grondslag van de aanspraak. Bij werken waarvoor PFAS relevant is moet gekeken worden naar de situatie vóór en na 8 juli 2019 en 1 oktober 2019. De algemene zorgplicht vereiste ook vóór 8 juli 2019 PFAS-tests, maar er golden geen normen.

OPDRACHTGEVER AANSPRAKELIJK?

Opdrachtgever is aansprakelijk voor de gevolgen van strengere normen uit wettelijke voorschriften en beschikkingen van overheidswege dan in de overeenkomst is bepaald; gelet op het Tijdelijk handelings-



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.

kader is deze grondslag lastig. Par. 6 over aannemersverantwoordelijkheden maakt aannemer aansprakelijk voor de gevolgen van het naleven van op de dag van aanbesteding geldende wet- en regelgeving. Ook voor gevolgen van bijzondere wet- en regelgeving, tenzij hij deze redelijkerwijze niet behoeft te kennen.

Als de overeenkomst en het bodemonderzoek dateert van vóór 8 juli 2019, en de toepassing van – bijvoorbeeld – baggerspecie vóór 1 oktober 2019 is geschied, is er op zich geen probleem. Voor toepassing na 1 oktober 2019 zou aannemer mogelijk een beroep kunnen doen op par. 6 voor de gevolgen van het naleven van de nieuwe regels. Na datum aanbesteding in werking getreden wet- en regelgeving is namelijk een risico van opdrachtgever, tenzij de aannemer die gevolgen daarvan redelijkerwijze had kunnen voorzien. Als contractueel is voorzien in verrekening van lonen en prijzen et cetera, komen die gevolgen alleen voor rekening van opdrachtgever als die bepalingen daarop een aanspraak geven.

Kosten voor onderzoek, eventueel extra werk, en tijdgebonden kosten, naast bouw-tijdverlening komen in deze situatie voor vergoeding in aanmerking. Par. 29 lid 3 biedt ook een handvat, omdat dit het risico voor van het bestek afwijkende bodemgesteldheid immers primair bij de opdrachtgever legt. Par. 8 lid 5 geeft recht op bouw-tijdverlening en par. 6 lid 15 de grondslag voor de aanspraak. Mits wordt voldaan aan de strenge vereisten, is zelfs par. 47 UAV relevant; deze paragraaf gaat over kostenverhogende omstandigheden, die de aannemer niet kunnen worden toegerekend en de aanneemsom aanzienlijk verhogen.

OVEREENKOMST NA 8 JULI 2019

Als de overeenkomst van na 8 juli 2019 dateert, en de toepassing na 1 oktober 2019 ligt, dan liggen de kaarten anders. Par. 6 staat vermoedelijk aan een aanspraak op onderzoekskosten en –tijd in de weg. Par. 29 lid 3 zou dan echter nog steeds een grondslag bieden als de afwijking maar aanzienlijk is ten opzichte van verstrekte informatie. De risicocategorie zit in de bestekken waarin geen toestand is beschreven. Omdat ook vóór 8 juli 2019 op PFAS gecontroleerd moest worden, is de aanwezigheid van PFAS als zodanig geen afwijking. Dan is er slechts een aanspraak als de toestand afwijkt van hetgeen de aannemer redelijkerwijs had mogen verwachten; dat is dan meer dan de tijdelijke norm.

Par. 5 verplicht opdrachtgever om bekende bodemverontreiniging in het bestek te vermelden. Het is de vraag of PFAS daaronder valt, maar aanwezigheid van PFAS boven de gestelde norm zou dus wellicht vermeld moeten worden, mits vooraf bekend. Anders resteert par. 29 lid 3, als par. 6 geen aanspraak verhindert.

AANSPRAKEN IN UAV-GC CONTRACT

Par. 11 UAV-GC is vergelijkbaar met par. 6 leden 11-13 UAV. Par. 11 lid 3 legt expliciet de gevolgen van na de datum van de aanbesteding gewezen gerechtelijke en arbitrale uitspraken bij opdrachtgever. Belangrijk is verder om rekening te houden met het vergunningsrisico dat de UAV-GC via par. 9 primair bij opdrachtgever ligt, maar via par. 10 ook bij opdrachtnemer gelegd kan worden. Par. 10 lid 4 biedt opdrachtnemer mogelijk nog wel een ontsnappingsargument. Het bodemrisico ligt echter primair bij opdrachtnemer ex par. 13 UAV-GC; op grond van onjuiste informatie zou eventueel een aanspraak kunnen worden aangewend. Wellicht zou tot slot via par. 13 lid 4 en par. 44 lid 1 sub a UAV-GC een aanspraak via bodemverontreiniging kunnen worden beargumenteerd.

Kort en goed, mogelijkheden lijken er wel te zijn. Laat u daarover goed adviseren.