

AANBESTEDEN & AANNEMEN

Opschorten van werkzaamheden



De Raad van Arbitrage voor de Bouw heeft op 1 april 2020 in eerste aanleg een uitspraak gedaan in een kwestie tussen ProRail en een door haar via een zogenaamde D&C-light overeenkomst gecontracteerde aannemer. Het geschil betrof het ontwerpen en realiseren van een reizigerstunnel en toebehoren bij een bestaand station. Op deze overeenkomst waren de UAV-GC 2005 van toepassing verklaard, inclusief het Gele Boekje met daarin afwijkingen op de UAV-GC 2005.

TEKST: BARD VAN VEEN

Binnen een D&C-light overeenkomst (met van toepassing verklaarde UAV-GC 2005 en Gele Boekje) is het aan de opdrachtnemer om zijn werkzaamheden zodanig te ontwerpen en uit te voeren dat het werk tijdig gereed is: in dit geval op 1 december 2019. Zoals vaak het geval is bij werkzaamheden op en aan het spoor zijn – in dit geval vier – zogenaamde Trein Vrije Periodes (TVP) gereserveerd waarbinnen gewerkt moet worden. Op overschrijding daarvan staan boetes en andere sancties. ProRail werkt verder met erkende sporaannemers; aannemer was dit niet, en moest dus op zoek naar onderaannemers die dat wel waren.

TIJDSGEBREK

Eénmaal aan het werk begin 2018 meldt aannemer bij ProRail dat de geplande werkzaamheden niet in TVP1 uitgevoerd konden worden, omdat TVP1 daarvoor een te kort tijdsbestek kende. Overleg om tot oplossingen te komen mocht niet baten, waarna slechts beperkte werkzaamheden in die TVP1 zijn uitgevoerd. In december 2018 stuit aannemer op een in zijn ogen nieuwe, mobiele grondwaterverontreiniging, gevolgd door het aantreffen van een beerput en een

waterput in februari 2019. De werkzaamheden voor TVP2 konden daardoor evenmin doorgaan.

Ter zake de hiervoor genoemde onderwerpen heeft aannemer diverse Verzoeken tot Wijziging (VTW's) ingediend, die door ProRail zijn afgewezen. Vervolgens heeft aannemer gesteld niet meer met het werk verder te kunnen en verzocht om in overleg tot beëindiging van de overeenkomst te komen. ProRail ging daarin niet mee. Met een beroep op de UAV-GC 2005 heeft aannemer aangevoerd dat hij geen Wijzigingen behoefde uit te voeren, en het werk per februari 2019 stilgelegd. Omdat minnelijk overleg niet tot een oplossing leidde, heeft ProRail aannemer gesommeerd tot een herstart, en na weigering, in rechte betrokken; uiteraard heeft aannemer tegenvorderingen ingesteld. Hoewel een arbitraal kort geding voor ProRail op formele punten misging, pakt de kwestie voor ProRail in deze zaak anders uit. De manier waarop arbiters de gang van zaken tijdens het werk beoordelen levert een goed voorbeeld op van hoe stillegging en een UAV-GC contract voor een aannemer nadelig kunnen uitpakken.

ARBITRALE BEHANDELING

Arbiters behandelen de diverse redenen

waarom aannemer zijn werk had gestaakt, te beginnen met het TVP-kader dat niet zou passen. Over het TVP-kader had aannemer bij aanbesteding geen vragen gesteld. Bovendien had aannemer een Plan van Aanpak (PvA) ingediend dat paste bij het TVP-kader. ProRail voerde aan dat aannemer

eerst na gunning erkende onderaannemers benaderd had, die vervolgens meedeelden dat het PvA niet uitvoerbaar was binnen het TVP-kader. Aannemer had in zijn PvA nu juist als beheersmaatregel opgenomen dat dergelijke onderaannemers tijdens de aanbestedingsfase ingeschakeld zouden worden. En arbiters oordelen dat in absolute zin niet vaststaat dat de voor TVP1 voorgenomen werkzaamheden niet in die periode konden worden uitgevoerd, maar alleen niet op de door aannemer voorgestane wijze.

Arbiters oordelen, dat ook de grondwaterverontreiniging geen argument is. De door aannemer toe te passen bemaling zou de diepe verontreiniging niet beïnvloeden en de ondiepere verontreiniging zou met een aangepaste bemalingsmethode kunnen worden opgelost. Daarvan had ProRail toegezegd de extra kosten te vergoeden.

De aangetroffen putten leveren voor aannemer evenmin een argument op. Omdat aannemer de betonnen tunnelelement met een zware mobiele kraan wilde plaatsen, diende aannemer onderzoek te doen naar de ondergrond. Dat had aannemer te laat gedaan, waardoor een alternatieve uitvoering niet meer mogelijk was voor TVP2.

Tot slot sneuvelt ook het argument van aannemer dat hij gedwaald had (op een verkeerd spoor gezet, red.), en daardoor iets gedaan of juist nagelaten heeft, en vervolgens schade lijdt, omdat het D&C-contract anders was dan werd voorgespiegeld. Arbiters stellen vast dat dit niet het geval is, te meer daar aannemer nog ontwerpvoorwaarden had qua uitvoeringsmethodiek en bouwlogistiek.

VORDERING

En dan komen arbiters bij de vordering van ProRail dat het werk uiterlijk op 1 december 2021 moet worden opgeleverd. Ervan uitgaand dat een nieuw TVP-kader vrijkomt, veroordelen arbiters aannemer daartoe, behoudens rechtmatige aanspraken op termijnverlenging, inclusief een dwangsom. Het koppelen van een dwangsom aan de oplevering is bijzonder, zeker nu dat als 'dubbelop' zou kunnen worden gezien. Arbiters overwegen dat de – op 5% van de aanneemsom gelimiteerde – korting bij oplevering in dit geval echter te geringe prikkel was voor aannemer om het werk tijdig op te leveren. Daar komt bij dat arbiters het spoedeisend en zwaarwegend belang van ProRail bij een oplevering eind 2021 onderkennen, en voldoende onderbouwd vinden.

Daar komt bij dat aannemer een bankgarantie ten gunste van ProRail moet stellen. Arbiters overwegen dat hen – gelet op de aanneemsom van 4 miljoen euro en één miljoen euro uitgevoerd werk – als bedrag 1/3 van drie miljoen euro, dus één miljoen euro als passend voorkomt om de afbouwkosten van derden af te dekken. Die beide verplichtingen worden door arbiters gekoppeld aan een dwangsom. Arbiters verklaren voor recht dat aannemer tekortgeschoten is, omdat hij ten onrechte zijn werkzaamheden had opgeschort, en daarmee schadelijkt in richting ProRail.

CONCLUSIE

Wat leert deze uitspraak? Een PvA is niet zomaar een document; de toezeggingen – dus ook beheersmaatregelen – en afwegingen die daarin staan blijven relevant voor de gehele duur van het werk. Ook een D&C-light laat een aannemer ontwerp vrijheid, welke verantwoordelijkheid met zich brengt. Kijk goed naar de informatie die je krijgt en maak gewogen beslissingen, zeker met een TVP-kader als 'keurslijf'. Als vast staat dat het TVP-kader niet past, dan kan dit ProRail worden tegengeworpen; dat kader is immers opgesteld op de ontwerpuitgangspunten van ProRail. En, ga niet lichtvaardig tot stillegging over.



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.

Het besproken geschil heeft nummer 36.818..