

EMVI-boete en UAV-GC

In de vorige Land + Water werd kort stilgestaan bij het gunningscriterium EMVI. De inschrijver die het beste scoort op de prijs-kwaliteit-verhouding (BPKV) zal in beginsel het werk worden opgedragen. De BPKV-systeem voorziet in een fictieve korting op de kwaliteits-score. De korting is fictief omdat die alleen geldt voor de onderlinge beoordeling van de inschrijvers.

Uiteraard wenst de opdrachtgever dat een opdrachtnemer de beloften zoals geformuleerd in het EMVI-plan, hier kortweg Plan van Aanpak (PvA) genoemd, nakomt. Dit laatste omdat de eisen van een PvA onderdeel worden van de overeenkomst. Daarnaast: zou de winnende opdrachtnemer niet zijn beloften hoeven na te komen, zou dat oneerlijke mededinging impliceren t.o.v. de andere inschrijvers. De opdrachtnemer heeft immers de tender mede gewonnen door de door hem geformuleerde beloften, waarvoor hij de fictieve korting heeft gekregen. Om te bewerkstelligen dat opdrachtnemers hun beloften uit het PvA nakomen, is de EMVI-boete geïntroduceerd.

Mijlpaaldatum

Hierbij is het goed te bedenken dat als wordt gewerkt op basis van geïntegreerde contracten (UAV-GC), de standaard van die set in 2000 het licht zag, waarna in 2005 met enkele aanvullingen en wijzigingen de set voorwaarden werd geïntroduceerd. In die tijd hadden EMVI en BPKV nog geen wettelijke grondslag en daarom voorziet de UAV-GC ook niet in een

IN 'T KORT - EMVI-boete

De financiële penalty op niet nakoming van het PvA kan groot zijn

De UAV-GC voorziet niet in een standaardpositie voor de EMVI-boete

De boete wordt gezien als gefixeerde schade

Regel met OG een helder proces in: wanneer is welke boete verschuldigd?



standaardpositie voor de EMVI-boete binnen de model basisovereenkomst. Wel kent de basisovereenkomst de figuur van de boete uit hoofde van artikel 16. Volgens de tekst van dit artikel kan dan een van tevoren in de overeenkomst opgenomen boete, uitgedrukt in euro's per dag, worden opgelegd indien een in de overeenkomst vermelde mijlpaaldatum wordt overtreden. Een voorbeeld is artikel 2 lid 5 UAV-GC, waarin is bepaald dat de datum van oplevering heeft te gelden als een uiterste datum van oplevering.

Het woord 'uiterst' impliceert dat bij een overschrijding van de termijn de opdrachtnemer als debiteur van de prestatie direct in staat van verzuim verkeert. Dit stelsel vloeit voort uit artikel 6:83 sub a Burgerlijk Wetboek en werd in de UAV-GC overgenomen en verder uitgewerkt binnen § 36 lid 5 UAV-GC. Voor het opeisbaar zijn van de boete is geen ingebrekestelling vereist.

Alleen dan kan een opdrachtnemer aan een boete ontsnappen indien hij op basis van § 36 lid 1 UAV-GC aantoonbaar kan krijgen dat de termijnoverschrijding niet aan hem is toe te rekenen.

Het is inmiddels gemeengoed geworden de EMVI-boete ook binnen de context van artikel 16 te plaatsen, waarbij het niet nakomen van een belofte dus op één lijn wordt gesteld met een termijnoverschrijding op een mijlpaaldatum.

Lastige bewijspositie

Het effect en de uitwerking van het niet nakomen van een EMVI-belofte is dan hetzelfde. De opdrachtnemer wordt gecon-

fronteerd met een EMVI-boete en zal zich alleen dan kunnen vrijpleiten indien hij kan aantonen dat het niet halen van de EMVI-belofte niet aan hem kan worden toegerekend. Een lastige bewijspositie, zeker daar waar het niet nakomen van de betreffende belofte objectief kan worden aangetoond. Als strohalm proberen opdrachtnemers dan te stellen dat zij de hoogte van de boete niet redelijk vinden. In het licht van de rechtspraak is matiging van een dergelijke boete doorgaans echter een lastige exercitie. In een uitspraak uit 2016 van de Rechtbank Noord-Nederland (ECLI:NL:RBNNE:2016:3580) wordt in rechtsoverweging 4.5 verwezen naar een standaard uitspraak van de Hoge Raad, waarin werd uitgemaakt dat ten aanzien van de matiging van een contractuele boete met terughoudendheid moet worden omgegaan (Intrahof /Bart Smit).

De Raad van Arbitrage (geschilnummer: 36.383) oordeelde in rechtsoverweging 36 dat een boete uit hoofde van § 36 UAV-GC als een gefixeerde schadevergoeding moet worden gezien, waardoor achteraf geen discussie plaatsvindt over de hoogte van het bedrag. Partijen doen er goed aan in een project start-up goede werkafspraken te maken wanneer en onder welke omstandigheden een EMVI-boete kan worden ingeroepen. Is dat bij iedere constatering dat niet aan het PvA werd voldaan, of kan bijvoorbeeld worden gewerkt met een 'gele kaarten'-systeem die de functie heeft van een ingebrekestelling uit hoofde van § 43 lid 2 UAV-GC?

Pieter de Vries is consultant bij Kpieto! en Joost Haest is advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten.