

Paal en perk aan eenzijdig afwentelen vertragingrisico

Aanbesteden - De grondstoffencrisis en de gevolgen van de oorlog in Oekraïne werken in rap tempo door in aanneming van werk. Niet alleen rijzen de prijzen de pan uit, maar ook termijnen van levering zijn hoogst onzeker. Aan het eenzijdig afwentelen van vertragingrisico's door aanbesteder op inschrijver is recentelijk in een belangwekkende uitspraak paal en perk gesteld.

Damen Shipyards schreef vorig jaar april in op een mededingingsprocedure met onderhandeling voor de bouw van een onderzoeksschip voor opdrachtgever NIOZ.

In de laatste vier van de vijf onderhandelingsronden die volgden heeft Damen onder meer kritische kanttekeningen geplaatst bij bepalingen uit de gepresenteerde overeenkomst. In december 2021 is de uitnodiging tot definitieve inschrijving verzonden. De inschrijvers dienden zich onvoorwaardelijk akkoord te verklaren met bestek en overeenkomst.

De klachten

Enige wijziging van de overeenkomst in de onderhandelingen ten spijt, constateert Damen na uitnodiging dat haar bezwaren tegen de overeenkomst nog niet waren weggenomen. Er was nog steeds sprake van een onacceptabel hoog risicoprofiel door strakke termijnen met hoge boetes bij te laat opleveren. Bijvoorbeeld de uitsluiting als overmacht van leveringsproblemen buiten de invloed van opdrachtnemer achtte Damen (onder verwijzing naar de coronacrisis, de grondstoffencrisis en de oorlog in Oekraïne), disproportioneel en in strijd met de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit. Ook contractvoorwaarden dienden in een redelijke verhouding te staan tot het voorwerp van de opdracht en ten laste te komen van de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.

Het geschil

Tijdig voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn heeft Damen nogmaals aan NIOZ verzocht de overeenkomst aan te passen. Na weigering heeft Damen de aanbestedende dienst in kort geding voor de rechtbank betrokken. Gevorderd is primair de gunningsbeslissing in te trekken, de overeenkomst aan te passen en gegadigden opnieuw uit te nodigen voor definitieve inschrijving.

In de uitspraak in kort geding van 14 april 2022 maakt de Rechtbank Noord-Holland, zittingsplaats Haarlem (ECLI: NL:RBNHO:2022:3274) op belangrijke punten inderdaad korte metten met de risicoverdeling in het concept van de overeenkomst.

Het geheel afwentelen van het risico



Archieffoto: ANP

op vertraging bij aannemer acht de rechtbank disproportioneel, meer in het bijzonder nu van verzekeraarheid door opdrachtnemer van dit risico niet is gebleken.

De rechtbank streeft een meer evenwichtige regeling voor overmachtssituaties na en doet daarvoor in het vonnis zelfs een concrete voorzet voor een contractuele regeling. Kort samengevat: als vast onderdeel van het voortgangsoverleg worden vertragen in de levering tijdig gemeld. Als blijkt dat - gegeven de leveringstermijn bij bestelling - tijdig is besteld, er desondanks vertragen is of dreigt te ontstaan die onvermijdelijk is en die de bouwer redelijkerwijs niet had kunnen voorzien, heeft bouwer recht op termijnverlenging.

Maar er zijn meer correcties. De voorzieningenrechter acht de contractuele regeling van ontbinding (met de mogelijkheid van uitsluiting van enige vergoeding bij toerekenbare tekortkoming van de bouwer) disproportioneel en ontoelaatbaar. Verder is over de ongemotiveerde, ongelimiteerde contractuele aansprakelijkheid van opdrachtnemer in het contract onvoldoende nagedacht en komt deze aansprakelijkheidsregeling evenmin door de proportionaliteitstoets van de rechter. De combinatie van een scherpe oplevertermijn met een tijdrovende, gebrekkige geschillenregeling ten slotte is weliswaar niet disproportioneel, maar verdient volgens de rechter wel verbetering.

De voorzieningenrechter gebiedt dat

de overeenkomst door NIOZ wordt aangepast op een wijze die recht doet aan de bezwaren van Damen met inachtneming van hetgeen in het vonnis is overwogen en beslist.

Conclusie

Bevestigd is door aanbesteder in deze onderhandelingen dat beide partijen zich goed moeten voelen bij de overeenkomst, maar in het onvoorwaardelijk te accepteren concept daarvan had zij geen daad bij het woord gevoegd. Meestal trekt de inschrijver in dergelijke situaties aan het kortste eind, maar zo niet hier. De voorzieningenrechter heeft op daadkrachtige wijze ingegrepen met een vonnis dat aan helderheid niets te wensen overlaat en duidelijkheid biedt in deze turbulente tijden.

Ook in de bouwpraktijk is het laatste woord over deze uitspraak nog niet gezegd. Naast de leveringsproblematiek raakt deze uitspraak bijvoorbeeld de discussie over allocatie van aansprakelijkheid en verzekeraarheid daarvan in het nieuwe ontwerp van de UAV-GC. Tegenstanders van het onevenwichtig toedelen in deze voorwaarden van risico's aan bouwers weten zich met deze voorzieningenrechter een kritische en belangrijke medestander aan hun zijde.

Hein Stroeve,

advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten

COLUMN
RONALD SCHLEURHOLTS

Alleen maar bouwer

“Wij bouwen alleen wat getekend is.” Dit hoor ik steeds vaker in de aanloop van een groot bouwproject, soms bij aanbesteding op TO maar zeker in bouwteamaanbestedingen op ontwerpdocumenten. Voor een opdrachtgever of ontwerper klinkt dat prettig: wat gecontracteerd is, wordt immers gebouwd, waar in het verleden nogal eens de uiterste kwaliteitsgrenzen van ‘gelijkwaardigheid’ in een bestek werden opgezocht.

Toch blijkt deze stellingname reden tot alertheid. Best kans dat een spel tussen ontwerp- en uitvoeringsverantwoordelijkheid wordt opgetuigd met een oversimplificatie van het ontwerp- en bouwproces. Een door de ontwerpers opgesteld contractdocument of zelfs UO geldt normaalgesproken slechts als een vertrekpunt voor de uitvoeringsvoorbereiding, niet als het eindproduct. Terwijl de aanloop naar de uitvoering een cruciale fase vormt waarin leveranciers ingekocht worden, detailengineering gedaan wordt en productietekeningen gemaakt worden. Juist in deze fase is sterke sturing met veel coördinatie en afstemming noodzakelijk om tot een goed bouwproces en gebouw te komen. De ‘wij bouwen alleen maar’-aannemers roepen in feite dat deze werkzaamheden bij ‘engineering’ – dus ontwerp – horen en niet hun verantwoordelijkheid zijn. Ook eisen over luchtdichting en brandweerstand moeten maar door de ontwerpers in het tekenwerk opgelost worden, want het borgen hiervan gedurende de bouw ziet men niet als hun primaire verantwoordelijkheid. Is deze houding een nasleep van de risicovolle aanbestedingen tijdens de bouwcrisis van tien jaar geleden? Is het juist een gevolg van de huidige krapte op de arbeidsmarkt, waardoor ervaren werkvoorbereiders schaars zijn en een nauwere taakopvatting deze werkzaamheden van het bordje schuift? Of is het een interessant verdienmodel omdat je van een aangename werk naar een verrekenbaar werk gaat – een situatie waarin iedere detailleraanpassing (soms bijna op niveau van schroefje of rubbertje) de basis wordt van moeizame kostendiscussies. In een tijd waarin we door hoge energiekosten, materiaalschaarste en circulariteit voor grote opgaven staan, lijkt mij het integraal samenwerken cruciaal. En het optrekken van grenzen en vernauwen van de taakopvatting juist een doodlopende weg.



Ronald Schleurholts
cepezed architecten