

# 69. De UAV-GC 2020, beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald

MRS. A.B. DE BLANKEN, M. BLOM, R.J.M. BROWN, K. GIEZEMAN, I. DE GROOT, I.A.F. HENDRIKSEN, L.A. KERSTEN, D. MUIS, D.C. OROBIO DE CASTRO EN E. VERWEIJ

In februari 2021 zijn de conceptversies van de herziene Model Basisovereenkomst en de herziene Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten (UAV-GC) ter visie gelegd. Het proces van de herziening van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten heeft tot nu toe vijf jaar in beslag genomen. In dit artikel behandelen wij de belangrijkste wijzigingen die in de herziene UAV-GC worden voorgesteld. Verder gaan wij in op verschillende knelpunten die onder de huidige UAV-GC 2005 reeds bestonden en die onder de herziene UAV-GC niet worden opgelost.

## 1. Inleiding

In paragraaf 2 van dit artikel wordt de achtergrond en het proces van de herziening van de UAV-GC toegelicht. Daarna wordt ingegaan op de regelingen die ingrijpend gewijzigd zijn in de herziene UAV-GC, namelijk: verstrekte informatie (par. 3), beperking van aansprakelijkheid (par. 4), wijzigingen op initiatief van de opdrachtnemer (par. 5) en publiekrechtelijke en privaatrechtelijke toestemmingen (par. 6). In paragraaf 7 bespreken wij enkele knelpunten uit de UAV-GC 2005 die in de herziene UAV-GC niet zijn opgelost.

## 2. Achtergrond en het proces van de herziening van de UAV-GC

### 2.1 Toepassing van de UAV-GC 2005

De UAV-GC zijn algemene voorwaarden voor geïntegreerde contracten.<sup>1</sup> Dit zijn contracten waarbij één partij (de opdrachtnemer) verantwoordelijk is voor zowel het ontwerp als de uitvoering van een bouwwerk en soms ook het meerjarig onderhoud daarvan.

Op initiatief van het CROW<sup>2</sup> is de eerste versie van de UAV-GC in 2000 uitgebracht.<sup>3</sup> In 2005 is een nieuwe versie van de UAV-GC uitgebracht met beperkte wijzigingen ten

opzichte van de versie uit 2000. Na 2005 heeft de toepassing van de UAV-GC een hoge vlucht genomen. De UAV-GC worden in de toelichting op voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit aangemerkt als paritaire voorwaarden. Aanbestedende diensten moeten de UAV-GC in beginsel integraal toepassen bij de aanbesteding van geïntegreerde contracten.<sup>4</sup>

Alleen al in de grond-, weg- en waterbouw-sector (GWW-sector) is in de afgelopen tien jaar een groot aantal projecten met een hoge waarde aanbesteed en uitgevoerd onder de UAV-GC. In een rapport van Rijkswaterstaat en McKinsey uit 2019 is becijferd dat de omzet in de GWW-sector in 2018 € 18 miljard bedroeg en tot € 21 miljard zal toenemen in het jaar 2023.<sup>5</sup> Deze omzet wordt niet volledig gerealiseerd onder UAV-GC-contracten, maar een belangrijk deel daarvan wel. Onder meer Rijkswaterstaat past de UAV-GC op grote schaal toe. Om een indruk te geven: van alle openbaar aanbesteede projecten in de GWW-sector met een waarde van meer dan € 10 miljoen, werd tussen 2012 en 2018 jaarlijks circa 65% aanbesteed door Rijkswaterstaat.<sup>6</sup> Tussen 2012 en 2018 heeft Rijkswaterstaat 180 projecten aanbesteed op basis van de UAV-GC. Dit komt overeen met 40% van de totale waarde van de projecten die door Rijkswaterstaat in deze periode openbaar zijn aanbesteed.<sup>7</sup>

1 Ook wel Design & Construct, Engineering & Construct, Design & Build of Design, Build and Maintain-contracten genoemd. In dit artikel worden deze contracten aangeduid als 'geïntegreerde contracten'.

2 Oorspronkelijk de afkorting voor 'Centrum voor Regelgeving en Onderzoek in de Grond-, Water- en Wegenbouw en de Verkeerstechiek'; het CROW is een kennisplatform voor infrastructuur, verkeer, vervoer en openbare ruimte.

3 'Algemene toelichting bij de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2000', par. 2 (Ontstaansgeschiedenis Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2000), p. 5.

4 Voorschrift 3.9 C *Gids Proportionaliteit*, 2<sup>e</sup> herziening, januari 2020.

5 'Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector', mei 2019, par. 1 (Situatie en historie), p. 9.

6 'Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector', mei 2019, par. 1 (Situatie en historie), p. 11.

7 'Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector', mei 2019, par. 1 (Situatie en historie), p. 11.

## 2.2 Noodzaak tot herziening van de UAV-GC 2005

Met de toename van het aantal projecten dat onder de UAV-GC is uitgevoerd, nam ook de ervaring toe en daarmee kwamen onvolkomenheden aan het licht. In januari 2016 hebben wij een artikel gepubliceerd waarin wij een aantal voor de bouwpraktijk relevante knelpunten bij de toepassing van de UAV-GC 2005 signaleerden.<sup>8</sup> Net als verschillende andere auteurs hebben wij in ons artikel gepleit voor een verbetering van diverse onderdelen van de UAV-GC 2005.<sup>9</sup>

Met de toename van het aantal projecten dat onder de UAV-GC is uitgevoerd, nam ook de ervaring toe en daarmee kwamen onvolkomenheden aan het licht

Er is in de GWW-sector meer dan ooit behoefte aan een goed werkend standaard design & construct-contract. In het genoemde rapport van Rijkswaterstaat en McKinsey wordt de GWW-sector als een imperfecte markt aangeduid met Rijkswaterstaat als de enige structurele opdrachtgever en een beperkt aantal opdrachtnemers.<sup>10</sup> In een imperfecte markt – zo constateert Rijkswaterstaat – worden opdrachtnemers gestimuleerd risico's niet in te prijzen, met alle problemen van dien.<sup>11</sup>

Rijkswaterstaat streeft naar een eerlijk gesprek met de markt over risico's, informatiebehoefte en reële inschrijvingen.<sup>12</sup> Daar hoort een duidelijk en goed leesbaar design & construct-contract bij met een evenwichtige risicoverdeling. De UAV-GC 2005 voldoen daar naar onze mening niet aan.

## 2.3 Tijdslijn herziening van de UAV-GC

Het CROW heeft de noodzaak van een herziening van de UAV-GC onderkend. In 2016 is het CROW het proces van de herziening gestart. Het CROW was van plan de herziene UAV-GC in 2018 te presenteren, maar die datum is niet

gehaald.<sup>13</sup> In februari 2021 zijn de conceptversies van de herziene Model Basisovereenkomst 2020 (verder: herziene MBO), de herziene Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2020 (verder: herziene UAV-GC) en de bijbehorende Toelichting bij Model Basisovereenkomst en de herziene UAV-GC (verder: Toelichting) ter visie gelegd.

Tussen februari en mei 2021 kon op de herziene UAV-GC, de herziene MBO en de Toelichting gereageerd worden. Volgens het door het CROW geschetste proces zullen de reacties door het CROW worden voorgelegd aan een preadviescommissie. Deze commissie besluit of en in hoeverre de reacties worden verwerkt in de definitieve versie van de herziene UAV-GC. Wanneer deze definitieve versie van de herziene UAV-GC gereed zal zijn is onduidelijk. Onlangs zijn verwijzingen naar concrete publicatiedata van de herziene MBO en UAV-GC van de website van het CROW verwijderd.<sup>14</sup>

## 3. Verstrekte informatie

### 3.1 Het belang van informatie bij bouwprojecten

Onjuiste of onvoldoende informatie is een bron van geschillen tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers bij geïntegreerde overeenkomsten.<sup>15</sup> Veel voorkomende voorbeelden van informatie die relevant is voor bouwprojecten zijn: informatie over de bodem (de geotechnische eigenschappen, verontreinigingen, kabels en leidingen, niet-gesprongen explosieven en archeologische waarden), de inhoud van uitvoeringsovereenkomsten (UVO) met derden (zoals openbaarvervoerorganisaties en andere overheden) en informatie over de staat van de bestaande infrastructuur die de opdrachtnemer moet vernieuwen of onderhouden.

### 3.2 Informatie in de precontractuele fase

De oorzaak van geschillen over informatie is veelal te herleiden tot de fase voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst. Een algemeen uitgangspunt van het verbintenissenrecht is dat de partijen over voldoende informatie dienen te beschikken voor een goede wilsvorming in de aanloop naar het sluiten van de overeenkomst.<sup>16</sup> Ook andere auteurs onderstrepen het belang van het verstrekken van voldoende informatie.<sup>17</sup>

8 E. van Dam, I. de Groot & D.C. Orobio de Castro, 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?', *TBR* 2016/4.

9 W.J.M. Herber, 'acceptatie of Acceptatie?', *TBR* 2015/24, p. 139-141; R.G.T. Bleeker, 'UAV-GC 2005 (deel 1). Over de uitleg van enkele conflictgevoelige paragrafen', *TBR* 2014/114, p. 602-612; R.G.T. Bleeker, 'UAV-GC 2005 (deel 2). Over de uitleg van enkele conflictgevoelige paragrafen', *TBR* 2014/129, p. 709-716; D.E. van Werven, 'Werken prijzen', *BR* 2005, p. 550 e.v.; B.R. van Veen, 'Enkele overpeinzingen over de UAV-GC 2005', *TBR* 2019/4, p. 22-31; R.G.T. Bleeker, W.J.M. Herber & B. van der Zijpp, 'UAV-GC 2005. Over problemen bij het werken met geïntegreerde contracten', *IBR* 2016; T.L. de Leeuwe, 'Schorsing en de termijnen van par. 14 UAV en par. 16 UAV-GC 2005', *TBR* 2020/143, p. 963-967,

10 'Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector', mei 2019, par. 1 (Situatie en historie), p. 20.

11 Rijkswaterstaat, 'Op weg naar een vitale infrasector, Plan van Aanpak een aanzet', maart 2020, p. 9.

12 Rijkswaterstaat, 'Op weg naar een vitale infrasector, Plan van Aanpak een aanzet', maart 2020, p. 23.

13 PowerPoint-presentatie 'Herziening UAV-GC 2005, stand van zaken', UAV-GC Congres Rozemond Advocaten, C.E.C. Jansen.

14 Bericht op de website van CROW over de actualisering en tervisielegging UAV-GC 2020: <https://www.crow.nl/thema-s/contracteren/uav-gc/start-tweede-fase-actualisering-uav-gc-2005>.

15 Zie ook M.A.B. Chao-Duivis, 'De zaak van de smeltende dinosaurus', *IBR* 2019, par. 3.1.3.2.

16 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, Deventer: Kluwer 2012, p. 34-35.

17 Zie ook C.E.C. Jansen, 'Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructurele projecten', *VBR preadvies* nr. 29, 2001, p. 29; D.E. van Werven, 'De bodem in de UAV-GC 2005: goede grond voor herziening', in: A.G. Bregman, E.M. Bruggeman, A.M.B. Chao & N. van Wijk-van Gilsten (red.), *Eindafrekening met pepernoten. Voor een onbetaalbare bijdrage aan het bouwrecht and beyond*, *IBR* 2019, deel 5, p. 789; Bleeker, Herber en Van der Zijpp 2016, par. 2.2.2.

### 3.3 Informatie bij aanbestedingen

Kenmerkend voor overeenkomsten die tot stand komen na een aanbesteding, is de afhankelijke rol van de inschrijvers bij de gegevensverstrekking. Bij een aanbesteding bepalen de opdrachtgevers welke informatie van tevoren wordt verzameld en welke informatie met de inschrijvers wordt gedeeld. Opdrachtgevers laten bij de voorbereiding van een aanbesteding veelal onderzoek doen, bijvoorbeeld naar de bodem en de bestaande infrastructuur. Doordat de opdrachtgevers bepalen of en in hoeverre onderzoeken worden uitgevoerd, bepalen zij ook welke informatie beschikbaar komt. Inschrijvers kunnen zelf niet of nauwelijks onderzoek doen tijdens een aanbesteding. Als dat al wordt toegestaan door de opdrachtgever, dan ontbreekt daarvoor vaak de benodigde tijd en het budget.

Daarnaast vragen opdrachtgevers bij de aanbesteding van bouwprojecten vrijwel altijd een vaste prijs. Om die vaste prijs te kunnen bepalen gaan de inschrijvers uit van de door de opdrachtgever verstrekte informatie. Deze informatie zullen de inschrijvers echter moeten interpreteren.<sup>18</sup> Hoe minder informatie beschikbaar is, hoe meer risico inschrijvers lopen bij het aanbieden van een vaste prijs.

Als gevolg van bovengenoemde omstandigheden dragen de inschrijvers bij een aanbesteding het risico van onvoldoende informatie voor de inschrijving. Dit is een onevenwichtige situatie. Als opdrachtgevers een vaste prijs uitvragen, dan zouden zij tevens verplicht moeten zijn om voldoende informatie aan de inschrijvers te verschaffen. Van voldoende informatie is sprake als de opdrachtnemers op grond daarvan een deugdelijke inschatting kunnen maken van de omvang van de door hen uit te voeren werkzaamheden. Kortom, de opdrachtgever dient voldoende informatie aan de inschrijvers te verstrekken om een verantwoorde inschrijving te kunnen doen. Als informatie niet beschikbaar is, maar wel noodzakelijk om een verantwoorde inschrijving te doen, dan moet de opdrachtgever die informatie boven tafel krijgen, bijvoorbeeld door aanvullend onderzoek te verrichten.

### De opdrachtgever dient derhalve als initiatiefnemer van het project het risico van ontbrekende informatie te dragen

Een complicatie vormt informatie die niet bekend is, maar wel noodzakelijk om een verantwoorde inschrijving te doen. Onder de huidige omstandigheden komt het ontbreken van dergelijke informatie vaak voor risico van de inschrijvers. Dat is naar ons idee niet evenwichtig. Wij menen dat de opdrachtgever dit risico dient te dragen. De opdrachtnemer kan hierop immers geen invloed uitoefenen; de opdrachtgever wel. Opdrachtgevers kunnen voorafgaand aan de aanbesteding aanvullend onderzoek (laten) doen. Deze risicoverdeling sluit aan bij de Gids Proportionaliteit waarin

onder voorschrift 3.9A is opgenomen dat de aanbestedende dienst het risico allocceert bij de partij die dat risico het beste kan beheersen of beïnvloeden.

Dit algemene uitgangspunt van risicoverdeling is al eerder door De Boer uitgewerkt in vier vuistregels.<sup>19</sup> Met name de vierde door De Boer geformuleerde vuistregel is relevant voor het risico van informatie die niet bekend is, maar wel noodzakelijk om een verantwoorde inschrijving te doen. Volgens deze vuistregel moet een risico dat niet (goed) te bepalen, te beheersen of te dragen is, worden gelegd bij de partij die dit risico initieert (buitengewoon risico). De opdrachtgever dient derhalve als initiatiefnemer van het project het risico van ontbrekende informatie te dragen. Wij achten dit evenwichtiger dan de huidige figuur onder de UAV-GC 2005, waarbij het risico van onbekende informatie (die wel noodzakelijk is om een verantwoorde inschrijving te doen) voor rekening van de opdrachtnemer komt.

### 3.4 Stelregel van de precontractuele informatieverplichting

Wij pleiten voor het opnemen in de MBO en de UAV-GC van de stelregel dat de opdrachtgever voldoende informatie aan de inschrijvers moet verstrekken om een verantwoorde inschrijving te kunnen doen. Onder voldoende informatie om een verantwoorde inschrijving te kunnen doen, verstaan wij het volgende.

De opdrachtgever dient in ieder geval alle informatie waarover hij beschikt en waarvan hij weet of behoort te weten dat de opdrachtnemer die informatie redelijkerwijs nodig heeft voor het doen van een verantwoorde inschrijving, aan de inschrijvers te verstrekken. Met Chao-Duivis menen wij dat de regeling uit de UAV-GC gericht zou moeten zijn op het stimuleren van de opdrachtgever om informatie waarover deze beschikt ter beschikking te stellen.<sup>20</sup>

De opdrachtgever moet daarnaast verplicht zijn om onderzoek te doen naar ontbrekende informatie waarvan hij weet of behoort te weten dat de opdrachtnemer die redelijkerwijs nodig heeft om een verantwoorde inschrijving te kunnen doen. Voor zover de opdrachtgever niet over deze informatie kan komen te beschikken, bijvoorbeeld omdat het praktisch niet mogelijk is om die informatie door middel van onderzoeken te verkrijgen, moet de opdrachtgever in de aanbesteding assumpties voorschrijven op basis waarvan de inschrijvers een verantwoorde inschrijving kunnen doen.<sup>21</sup>

In de onderstaande tabel is een overzicht opgenomen van de categorieën van informatie die de opdrachtgever aan de inschrijvers moet verstrekken op grond van de bovengenoemde stelregel.<sup>22</sup>

19 Zie hiervoor E.M. Bruggeman & A.G.J. van Wassenaer, 'De basisprincipes van (goede) geïntegreerde contracten als toetsingskader voor de concept UAV-GC', *TBR* 2021/53, p. 8.

20 M.A.B. Chao-Duivis, 'De zaak van de smeltende dinosaurië', *IBR* 2019, par. 3.1.3.2.

21 Zie ook Van Werven 2019, deel 5, p. 791, waarin hij stelt dat voor het verstrekken van assumpties voor niet te bepalen risico's, niet is vereist dat de opdrachtgever zicht heeft op de oplossingsrichtingen van de inschrijvers.

22 Deze tabel is opgenomen in het artikel van Van Dam, De Groot en Orbio de Castro 2016, p. 30.

18 Zie bijv. RvA 10 mei 2021, nr. 36.868, r.o. 27.

	A. Informatie benodigd voor een verantwoorde inschrijving	B. Moet de opdrachtgever deze informatie verstrekken?
1	Informatie waarover opdrachtgever beschikt.	Ja, tenzij opdrachtnemer met deze informatie bekend behoort te zijn.
2	Informatie waarover opdrachtgever redelijkerwijs kan komen te beschikken.	Ja, tenzij (i) opdrachtnemer met deze informatie bekend behoort te zijn; of (ii) opdrachtgever de inschrijving uitvraagt op basis van een assumptie.
3	Informatie waarover opdrachtgever niet redelijkerwijs kan komen te beschikken.	Nee, de opdrachtgever moet de inschrijving uitvragen op basis van een assumptie.

### 3.5 Ontbreken van een precontractuele informatieplicht onder de herziene UAV-GC

De vraag komt op hoe de precontractuele informatieplicht in de herziene UAV-GC is vormgegeven en of de hierboven geformuleerde stelregel in de herziene UAV-GC is opgenomen.<sup>23</sup>

De precontractuele verplichting tot informatieverstrekking door de opdrachtgever is geregeld in art. 7 lid 1 sub (a) en sub (b) herziene MBO, en § 3 lid 1 sub (c) en sub (d) van de herziene UAV-GC. Op grond van § 3 lid 1 sub (c) en (d) herziene UAV-GC dient de opdrachtgever voor de aanbidding een omschrijving van het terrein en/of het water waarop het werk moet worden uitgevoerd en een overzicht van de goederen die aan de opdrachtnemer ter beschikking worden gesteld te verstrekken. In de herziene MBO en UAV-GC ontbreekt een nadere specificatie van de eisen die aan deze informatie worden gesteld. In de Toelichting wordt hierover opgemerkt dat het moet gaan om ‘de belangrijkste eigenschappen’ van het terrein en/of water en ‘de belangrijkste kwaliteitskenmerken’ van de goederen.<sup>24</sup> De mate van detail van de door de opdrachtgever te verstrekken informatie is daarmee onvoldoende duidelijk. In feite bepaalt de opdrachtgever daarmee welke informatie aan de inschrijver wordt verstrekt zonder dat op hem de verplichting rust om voldoende informatie aan de inschrijver te verstrekken om een verantwoorde inschrijving te kunnen doen. Naar de letter van de herziene MBO en UAV-GC strekt de precontractuele informatieplicht van de opdrachtgever niet verder dan tot het aanleveren van een globale omschrijving van het terrein en de verstrekte goederen.

Met de regeling van art. 7 lid 1 herziene MBO wordt dus geen invulling gegeven aan de hiervoor omschreven stelregel van de precontractuele informatieplicht van de opdrachtgever. In de Toelichting wordt dit door de opstellers van de

herziene UAV-GC bevestigd. Daarin wordt benadrukt dat de precontractuele informatieplicht van de opdrachtgever wordt bepaald door art. 7 lid 1 sub (a) en sub (b) herziene MBO en dat dit artikel niet voorziet in een verdergaande precontractuele informatieplicht, net zomin als § 3 lid 1 sub (a) en sub (b) herziene UAV-GC dat doen.<sup>25</sup>

Dat brengt ons tot § 3 lid 1 sub (a) van de UAV-GC 2005, waarin is bepaald dat de opdrachtgever ervoor moet zorgen dat de opdrachtnemer tijdig beschikt over *alle* informatie waarover de opdrachtgever beschikt, voor zover het ter beschikking stellen daarvan noodzakelijk is om de opdrachtnemer in staat te stellen het werk conform de overeenkomst te realiseren. In deze bepaling uit de UAV-GC 2005 is de precontractuele informatieplicht te lezen die in cel 1B in de bovenstaande tabel opgenomen.

In de herziene UAV-GC is § 3 lid 1 sub (a) verplaatst naar sub (b) en is de tekst als volgt gewijzigd (waarbij wij de verwijderde tekst hebben doorgehaald en de toegevoegde tekst hebben onderstreept):

*‘alle overige informatie waarover de Opdrachtgever beschikt, voorzover het ter beschikking stellen daarvan na de totstandkoming van de Overeenkomst noodzakelijk is om de Opdrachtnemer in staat te stellen het Werk (...) conform de Overeenkomst te realiseren;’*

Wij hebben met ontzetting kennisgenomen van deze wijziging. Het vervangen van ‘*alle*’ door ‘*overige*’ impliceert een afzwakking van de precontractuele informatieplicht van de opdrachtgever zoals die geldt onder § 3 lid 1 sub (a) van de UAV-GC 2005. Verderstrekkend is echter de toevoeging: ‘*na de totstandkoming van de Overeenkomst*’. Hierdoor wordt de informatieplicht van de opdrachtgever nog verder uitgekleeft en beperkt tot de contractuele situatie. Dit terwijl het belang van de opdrachtnemer met name is gelegen in de informatie die hij ontvangt voorafgaand aan de inschrijving. Wij begrijpen de reden van deze wijziging niet. Voor zover ons bekend heeft de markt niet gevraagd om een beperking van de precontractuele informatieplicht; ook de opdrachtgevers niet.

Ten aanzien van de precontractuele informatieverplichting vermeldt de Toelichting verder dat het ‘*in de bouwsector inmiddels algemeen is aanvaard dat een professioneel opdrachtgever er verstandig aan doet om in de precontractuele fase alle informatie aan de Opdrachtnemer ter beschikking te stellen waarover hij zelf de beschikking heeft en voor zover die informatie relevant kan zijn voor de Opdrachtnemer voor zijn Aanbidding. Het is tegen deze dubbele achtergrond dat de toelichting op artikel 7 lid 1 MBO een dringende oproep aan de Opdrachtgever doet om in aanvulling op de in dat lid sub a en b opgesomde informatie ook nog aanvullende informatie aan de Opdrachtnemer te verstrekken die relevant kan zijn voor diens Aanbidding.*’<sup>26</sup> Deze opmerking is echter strijdig met

23 Zie ook Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 27-28, waarin de informatieverplichting van de opdrachtgever als knelpunt onder de UAV-GC 2005 is benoemd.

24 Toelichting bij herziene MBO en UAV-GC, p. 26.

25 Toelichting bij herziene MBO en UAV-GC, p. 43.

26 Toelichting bij herziene MBO en UAV-GC, p. 43; en in andere bewoording op p. 27.

de opmerking in de Toelichting dat de herziene MBO dan wel UAV-GC niet voorzien in een verdergaande precontractuele informatieplicht dan in art. 7 lid 1 herziene MBO is opgenomen.

Niet valt in te zien waarom de opstellers van de herziene UAV-GC niet verder gaan dan het doen van een ‘dringende oproep’ aan opdrachtgevers om aanvullende informatie te verstrekken aan de opdrachtnemer die relevant is voor zijn inschrijving. Kennelijk gaan de opstellers van de herziene UAV-GC ervan uit dat opdrachtgevers onverplicht en uit eigen beweging in de precontractuele fase alle informatie aan de inschrijvers zullen verstrekken die relevant kan zijn voor de inschrijving. Uit de vele geschillen tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers over informatieverstrekking in de precontractuele fase, blijkt onzes inziens dat het tegengestelde het geval is en dat de positie van inschrijvers juist op dit punt moet worden versterkt.<sup>27</sup>

De opdrachtgever zou niet alleen verplicht moeten zijn de informatie te verstrekken waar hij over beschikt, maar ook verplicht moeten zijn informatie te vergaren die hij redelijkerwijs kan verkrijgen en die de inschrijver nodig heeft voor een verantwoorde inschrijving (zie de verplichting in cel 2B van de bovenstaande tabel). In de UAV-GC 2005 ontbreekt een dergelijke precontractuele informatieverplichting. In de herziene MBO en UAV-GC is deze precontractuele informatieverplichting eveneens niet opgenomen. Dit is wat ons betreft een gemiste kans. Verder ontbreekt in de herziene MBO en UAV-GC de verplichting voor de opdrachtgever om assumpties voor te schrijven in de uitvraag, als hij niet over de informatie kan komen te beschikken die noodzakelijk is om een verantwoorde inschrijving te kunnen doen (zie cel 3B uit de bovenstaande tabel).

De opstellers van de herziene UAV-GC erkennen het belang van het verstrekken van informatie. In de Toelichting is vermeld dat *‘wanneer de opdrachtgever voorafgaand aan het doen van de Aanbieding géén verdere informatie ter beschikking stelt, hoewel die informatie relevant is voor de Opdrachtnemer voor zijn Aanbieding, hij rekening moet houden met de mogelijkheid dat hij uiteindelijk zelf verantwoordelijk is voor de eventuele gevolgen daarvan die zich manifesteren tijdens de uitvoering van de Overeenkomst’*.<sup>28</sup>

Het probleem is echter dat de herziene UAV-GC geen consequenties verbinden aan het niet (of onvoldoende) verstrekken van informatie door de opdrachtgever voorafgaand aan de inschrijving.

Het ontbreken van een precontractuele informatieverplichting in de herziene MBO en UAV-GC geeft een perverse prikkel aan de opdrachtgever om voorafgaand aan de inschrijving beperkt informatie te vergaren (door onderzoek of anderszins). De opdrachtnemer draagt immers het risico op het ontbreken van informatie voorafgaand aan de inschrijving onder de huidige regeling.

27 Zie voor een analyse van de uitspraken van de RvA en de burgerlijke rechter van geschillen waarbij de UAV-GC van toepassing waren (en het aandeel van informatieverstrekking in de precontractuele fase hierin), G.J. Huith & M.R. van Rijkevorsel, ‘Informatieverstrekking, de achilleshiel van de UAV-GC 2005’, *TBR* 2016/52, p. 353.

28 Toelichting bij herziene MBO en UAV-GC, p. 43.

### 3.6 Verantwoordelijkheid van de opdrachtgever voor onvolledige informatie onder de herziene UAV-GC

In § 3 lid 3 herziene UAV-GC is een nieuwe regeling opgenomen op grond waarvan de opdrachtgever (onder voorwaarden) verantwoordelijk is indien hij geen dan wel onvolledige informatie aan de opdrachtnemer verstrekt. Als voorwaarde voor een beroep op deze regeling – zo bepaalt de tekst van § 3 lid 3 herziene UAV-GC – dient de opdrachtnemer aan te tonen dat tijdens de realisatie van het werk of het meerjarig onderhoud de toestand afwijkt van die welke een zorgvuldig opdrachtnemer, gegeven de aard, de inhoud en de wijze van totstandkoming van de overeenkomst, de aard van het werk, de aard van het meerjarig onderhoud en de overige omstandigheden van het geval redelijkerwijs had mogen verwachten.

De tekst van § 3 lid 3 herziene UAV-GC is afgeleid van § 13 lid 2 UAV-GC 2005 die ziet op de afstemming van de werkzaamheden op de bodem. Onder de herziene UAV-GC is § 13 komen te vervallen. Hier zit ook het probleem: de bescherming die § 13 lid 2 UAV-GC 2005 de opdrachtnemer beoogt te bieden is een dode letter gebleken. Wij kennen geen jurisprudentie waarin een opdrachtnemer met succes een beroep heeft gedaan op deze paragraaf.<sup>29</sup> De drempel dat opdrachtnemers moeten aantonen dat de toestand afwijkt dan van die welke een zorgvuldig opdrachtnemer redelijkerwijs had mogen verwachten, blijkt in de praktijk moeilijk te nemen.

De mogelijkheid voor een succesvol beroep op § 3 lid 3 herziene UAV-GC wordt verder beperkt door de nieuwe § 3 lid 4 herziene UAV-GC. Op grond van deze paragraaf kan de opdrachtnemer alleen een beroep doen op § 3 lid 3 herziene UAV-GC, *‘indien de afwijkingen van zodanige aard zijn, dat de gevolgen daarvan redelijkerwijs niet voor zijn rekening dienen te komen’*. Wij menen dat het onnodig is om voor deze situatie een aparte bepaling in de herziene UAV-GC op te nemen. Uit jurisprudentie volgt reeds dat de opdrachtnemer rekening moet houden met een onzekerheidsmarge in de verstrekte gegevens en dat de interpretatie van de verstrekte gegevens voor rekening en risico is van de opdrachtnemer.<sup>30</sup>

De bewijslast die op grond van § 3 lid 3 tezamen met lid 4 herziene UAV-GC bij de opdrachtnemer komt te liggen is onevenredig en buitenproportioneel. Hierdoor wordt het voor een opdrachtnemer nagenoeg onmogelijk om de opdrachtgever aansprakelijk te houden als de opdrachtgever later of geen informatie ter beschikking stelt. De eisen die § 3 lid 3 herziene UAV-GC stelt zijn zwaarder dan een beroep op dwaling of kostenverhogende omstandigheden uit het BW.<sup>31</sup> De herziene UAV-GC komen daarmee (juist) niet tegemoet aan een behoefte van de markt.

29 Vergelijk RvA 4 augustus 2017, nr. 35.630 waarin een beroep op § 13 lid 2 UAV-GC wordt afgewezen.

30 RvA 10 mei 2021, nr. 36.868, r.o. 27; RvA 21 augustus 2007, *TBR* 2008/131, m.gastnt. E.W.J. van Dijk, en RvA 29 mei 2009, *TBR* 2010/54, m.gastnt. E.W.J. van Dijk.

31 Art. 6:228 BW (dwaling) en art. 7:753 BW (kostenverhogende omstandigheden).

## 4. Beperking van aansprakelijkheid

### 4.1 Aansprakelijkheid onder de UAV-GC 2005

Het bedrag waarvoor de opdrachtnemer aansprakelijk kan worden gehouden in de UAV-GC 2005, is, op een enkele uitzondering<sup>32</sup> na, niet specifiek (in omvang) beperkt. Dit is een knelpunt omdat opdrachtnemers daarmee hun risico's bij inschrijving op een project onvoldoende kunnen inschatten. Bovendien gaat het om aansprakelijkheden die deels onverzekerbaar zijn.<sup>33</sup> Zie ook Goudsmit, die aanvoert dat bij de verdeling van risico's rekening moet worden gehouden met de draagkracht van partijen. Wij zouden daaraan toe willen voegen dat niet alleen met de draagkracht, maar ook met een redelijke verhouding tussen risico's en winstmarge rekening moet worden gehouden bij de verdeling van risico's.

De risico's die opdrachtnemers nemen, moeten zich verhouden tot de beoogde opbrengsten. In een gezonde markt, met voldoende werk, passen aannemers in de GWW-sector bij inschrijving een winstmarge van enkele procenten toe over de kosten. Tegenover dergelijke winstmarges is het aanvaarden van een onbeperkte aansprakelijkheid niet proportioneel. Dit heeft het verleden ook uitgewezen. Rijkswaterstaat en McKinsey concluderen dat de door de bouwbedrijven geprijsde winst- en risicomarges met name op de grote, complexe projecten onvoldoende is geweest om de materialisatie van de grote risico's te dekken, met als resultaat incidenteel grote financiële tegenvallers die de financiële positie van de marktpartijen onder druk zetten.<sup>34</sup> Hoewel de regeling voor aansprakelijkheid in de herziene UAV-GC grondig is aangepast, is daarin nog steeds geen algehele beperking van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer opgenomen. Wel worden in de herziene UAV-GC verschillende categorieën van schade geïntroduceerd waarvoor de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer wordt beperkt. In de Toelichting wordt daarbij opgemerkt dat de opdrachtnemer ter dekking van zijn aansprakelijkheid zal kunnen terugvallen op de normaal gebruikelijke verzekeringen.<sup>35</sup>

### 4.2 Aansprakelijkheid voor oplevering onder de herziene UAV-GC

In § 28a herziene UAV-GC is een nieuwe regeling opgenomen voor de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voorafgaand aan de oplevering.

In § 28a lid 1 onder (a) tot en met (e) herziene UAV-GC worden categorieën van schade opgesomd die het gevolg zijn van een aansprakelijkheid van de opdrachtnemer vóór de oplevering. De Toelichting vermeldt dat *'de Opdracht-*

*nemer in de regel [zal] kunnen terugvallen op de normaal gebruikelijke verzekeringen ter dekking van zijn aansprakelijkheid voor de in lid 1 sub a tot en met e geregelde schade'*.<sup>36</sup> Echter, deze schade is in de praktijk niet volledig verzekeraar. Zo kan een discussie ontstaan over de dekking indien het werk *'onder opzicht'* is. Ook geldt in het algemeen dat de verzekering schade als bedoeld in de leden (a) tot en met (e) niet onbeperkt dekt, maar slechts tot een bepaald maximumbedrag. De opdrachtnemer zal bij omvangrijke schades, bijvoorbeeld indirecte schade bij derden door productieverlies, het niet-gedekte deel zelf moeten dragen.

Daarnaast leidt het bepaalde in § 28a lid 1 herziene UAV-GC tot een ongelijke situatie. Kleinere aannemers beschikken doorgaans over een minder omvangrijk verzekeringspakket dan de grotere aannemers. Hierdoor lopen de kleinere aannemers meer risico op hetzelfde werk dan grotere aannemers. Ook kan met deze regeling de omvang van het uitgenomen verzekeringspakket voorwerp van concurrentie worden en dat is – ook voor de grote aannemers – op termijn onwenselijk.<sup>37</sup>

Het belangrijkste bezwaar tegen de voorgestelde § 28a herziene UAV-GC is echter dat de opdrachtnemer daaronder aansprakelijk kan zijn voor schade waarvoor geen of slechts beperkte verzekeringsdekking mogelijk is. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als de opdrachtgever de overeenkomst wegens vertraging het werk op kosten van de opdrachtnemer door een derde laat afmaken. De aansprakelijkheid van de opdrachtnemer lijkt in dergelijke gevallen onbeperkt, terwijl dit risico niet of slechts in beperkte mate kan worden verzekerd.

Een ander bezwaar is dat de regeling voor beperking van aansprakelijkheid uit de herziene UAV-GC onnodig ingewikkeld is geworden. Door de introductie van verschillende categorieën van schade en verschillende termijnen waarbinnen de maximale aansprakelijkheid van de opdrachtnemer wijzigt is de tekst moeilijk te lezen. De tekst is ook niet sluitend. De verschillende categorieën van schade in § 28a, § 28b en § 29 herziene UAV-GC zijn niet goed gedefinieerd. Een voorbeeld is het begrip *'overige indirecte schade'*. § 28a lid 1 sub (f), § 28b lid 2 sub (f) en § 29 lid 4 sub (f) herziene UAV-GC bepalen dat de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor overige indirecte schade is beperkt tot 10% van de in de basisovereenkomst vastgelegde prijs. Onduidelijk is echter of *'overige indirecte schade'* al dan niet indirecte schade *aan het werk* omvat.

Wij menen dat § 28a herziene UAV-GC niet beantwoordt aan het beoogde doel om op heldere wijze de maximale aansprakelijkheid van de opdrachtnemer te beperken. Waarom niet eenvoudiger? Een heldere (en internationaal veel toegepaste) methode is dat de maximale totale aansprakelijkheid van de opdrachtnemer is beperkt tot een

32 Zie § 28 lid 3 UAV-GC 2005.

33 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 12-14 en 36, 37.

34 Zie het rapport 'Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector', mei 2019, managementsamenvatting, p. 7 en vergelijk p. 10 van dat rapport waarin is vermeld dat het gemiddelde nettowinstmarge van de top-8 bouwbedrijven tussen 2008 en 2017 0,3% (!) bedroeg.

35 Zie de Toelichting bij de herziene MBO en UAV-GC, § 28a lid 1 en 2, p. 93 en § 28b lid 2 en 3, p. 96.

36 Toelichting bij de herziene MBO en UAV-GC, p. 93.

37 Zie ook § 39 lid 1 herziene UAV-GC, waarin ook geen concrete eisen worden gesteld aan de door de opdrachtnemer af te sluiten verzekeringen, anders dan deze *'naar de aard en de omvang van het werk en van het meerjarig onderhoud nodig en gebruikelijk'* moeten zijn; § 39 lid 1 UAV-GC.

percentage van de aanneemsom. Onder deze ‘cap’ tellen bedragen die zijn uitgekeerd door de verzekering niet mee. De opdrachtgever kan daarbij het recht krijgen om in een bijlage bij de basisovereenkomst een bepaald minimumpakket aan verzekeringen voor te schrijven. De opdrachtnemer heeft dan de verplichting om die verzekeringen te handhaven. Daarmee wordt dan ook voorkomen dat inschrijvers, onder de druk van de concurrentie, een te beperkt verzekeringspakket uitnemen.

### 4.3 Aansprakelijkheid na oplevering onder de herziene UAV-GC

Op grond van de huidige § 28 lid 1 UAV-GC 2005 is de opdrachtnemer na oplevering niet meer aansprakelijk voor gebreken in het werk, tenzij – in het kort – de opdrachtgever voorafgaande aan de oplevering de gebreken niet heeft opgemerkt en dit redelijkerwijs ook niet had hoeven doen. In de Toelichting is vermeld dat § 28 lid 1 UAV-GC 2005 mogelijk strijdig is met art. 7:758 lid 4 BW, dat in het kader van de Wet Kwaliteitsborging voor het Bouwen zal worden ingevoerd.<sup>38</sup> Om die reden hebben de opstellers van herziene UAV-GC – aldus de Toelichting – § 28 lid 1 UAV-GC 2005 overgeheveld naar het nieuwe art. 13a herziene MBO.

In art. 13a herziene MBO zijn twee opties opgenomen voor de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor gebreken na oplevering. De eerste optie komt overeen met de tekst van art. 7:758 lid 4 BW en de tweede optie met de oorspronkelijke § 28 lid 1 UAV-GC 2005. § 28b herziene UAV-GC bepaalt de omvang van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer na oplevering. De tekst van art. 13a herziene MBO sluit echter niet aan bij de tekst van § 28b herziene UAV-GC. Zo spreekt art. 13a herziene MBO van ‘*gebreken die bij oplevering niet zijn ontdekt*’, terwijl in § 28b herziene UAV-GC melding wordt gemaakt van gebreken die ‘*zich na de feitelijke datum van oplevering manifesteren*’. In principe is het mogelijk dat een gebrek bij oplevering niet is ontdekt, maar zich wel al bij oplevering manifesteerde, waardoor § 28b herziene UAV-GC niet van toepassing zou zijn. Daarnaast is het onduidelijk wanneer een gebrek zich binnen twee jaar ‘*manifesteert*’, te meer nu art. 13 herziene MBO andere terminologie hanteert en in § 28b herziene UAV-GC geen verwijzing naar art. 13 herziene MBO is opgenomen.

Een verstrekkende wijziging in het nadeel van de opdrachtnemer is dat diens aansprakelijkheid in de eerste twee jaar na de oplevering van de werkzaamheden grotendeels onbeperkt is op grond van § 28b lid 2 herziene UAV-GC. Lid 2 bepaalt dat de opdrachtnemer aansprakelijk is voor directe

herstelkosten en schade aan het Werk (tot 100% van de aanneemsom), voor enkele specifiek benoemde overige schades (niet in hoogte beperkt) en voor ‘overige indirecte schade’ (tot 10% van de aanneemsom). Dit terwijl de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer onder § 28 lid 3 UAV-GC 2005 in voornoemde periode beperkt is tot slechts 10% van de in de basisovereenkomst vastgelegde prijs. In de Toelichting wordt hierover opgemerkt dat:

‘De verzekeraarbaarheid van een dergelijke aansprakelijkheid, met inbegrip dus van de aansprakelijkheid voor de overige in [§ 28b] lid 2 sub b tot en met f geregelde gevolgen, is inmiddels minder problematisch dan deze was tijdens de introductie van de UAV-GC in 2000.’

Wij menen dat dit niet noodzakelijkerwijs zo hoeft te zijn. Afhankelijk van de door de opdrachtnemer uitgenomen CAR-verzekering loopt deze wel of niet door gedurende de genoemde periode van twee jaren en is dit risico van onbeperkte aansprakelijkheid dus niet in alle gevallen gedekt onder de CAR-verzekering. Het is voor ons een raadsel waarom de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer op dit punt verder is verruimd onder de herziene UAV-GC. Voor zover ons bekend is er nooit gepleit voor een verruiming van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer onder de UAV-GC 2005.

### 4.4 Aansprakelijkheid voor meerjarig onderhoud onder de herziene UAV-GC

Bij meerjarig onderhoud kan de opdrachtgever op grond van art. 2 lid 2 herziene MBO in combinatie met § 29 lid 6 herziene UAV-GC voorschrijven dat de opdrachtnemer gedurende de looptijd van het meerjarig onderhoud onbeperkt aansprakelijk blijft. Deze aansprakelijkheid geldt – kort gezegd – voor directe schade aan het werk en andere eigendommen van de opdrachtgever. Voorts is de opdrachtnemer aansprakelijk voor indirecte schade als gevolg van schade aan andere eigendommen van de opdrachtnemer en als gevolg van schade aan eigendommen van derden. In een voetnoot bij art. 2 lid 2 herziene MBO wordt opgemerkt dat deze optie enkel zou kunnen gelden als de vraagspecificatie is gebaseerd op de *life cycle*-benadering. Het begrip *life cycle*-benadering is niet vastomlijnd en derhalve onduidelijk. In de praktijk zullen opdrachtgevers deze optie in veel gevallen ten nadele van de opdrachtnemer kunnen uitoefenen.

## 5. Wijzigingen op initiatief van de opdrachtnemer

### 5.1 De regeling voor wijzigingen onder de UAV-GC 2005

Een veel genoemd knelpunt onder de UAV-GC 2005 is de lange doorlooptijd van de afwikkeling van wijzigingen.<sup>39</sup> Dit komt onder meer doordat de regeling voor afwikkeling van wijzigingen uit § 14 en 15 UAV-GC 2005 geen vaste termijnen bevat en al helemaal geen consequenties

38 Op 1 januari 2022 wordt art. 7:758 lid 4 BW geïntroduceerd dat komt te luiden: ‘In afwijking van het derde lid, is bij aanneming van bouwwerken de aannemer aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen. Van dit lid kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, voor zover de opdrachtgever een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In andere gevallen kan van dit lid alleen ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen.’

39 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 32-33.

heeft als die termijnen niet worden nageleefd.<sup>40</sup> Vergelijk de FIDIC-modelovereenkomsten en Rijksbrede model DBFM-overeenkomst waarin wel (fatale) termijnen zijn opgenomen voor het melden van claims, het onderbouwen van claims en het aanvaarden van voorstellen tot vergoeding van meerkosten en bouwtijdverlenging.<sup>41</sup> Daarnaast is een snelle en laagdrempelige geschillenregeling noodzakelijk om de doorlooptijd van wijzigingen te versnellen. Ook een snelle en laagdrempelige geschillenregeling voor die situatie ontbreekt onder de UAV-GC (zie ook paragraaf 7.3 van dit artikel).<sup>42</sup>

In herziene UAV-GC zijn de bovengenoemde knelpunten in de procedure voor de afwikkeling van wijzigingen niet opgelost.<sup>43</sup> Dat is naar ons idee een gemiste kans.

## 5.2 Vervanging van § 14 lid 3 UAV-GC 2005 door § 15 lid 6 herziene UAV-GC

Een wijziging die wel is doorgevoerd is de vervanging van § 14 lid 3 UAV-GC 2005 door § 15 lid 6 herziene UAV-GC. § 14 lid 3 UAV-GC 2005 bepaalt dat elke aanpassing van de documenten van de opdrachtnemer die noodzakelijk is geworden als gevolg van een aan de opdrachtgever toe te rekenen omstandigheid, wordt geacht een door de opdrachtgever opgedragen wijziging te zijn. Onder de UAV-GC 2005 ontbreekt echter de mogelijkheid voor de opdrachtnemer om wijzigingen te vorderen van de documenten van de opdrachtgever (zoals de basisovereenkomst en de vraagspecificatie) als daartoe een noodzaak bestaat. Deze noodzaak doet zich regelmatig voor, bijvoorbeeld als de eisen die voortvloeien uit de overeenkomst aantoonbaar onjuist of onderling tegenstrijdig zijn.<sup>44</sup>

### Ook een snelle en laagdrempelige geschillenregeling voor die situatie ontbreekt onder de UAV-GC

In de herziene UAV-GC is § 14 lid 3 UAV-GC 2005 komen te vervallen. Onder het nieuwe § 15 lid 6 kan de opdrachtnemer, naast wijziging van keuzes die hij heeft gemaakt en die door de opdrachtgever zijn geaccepteerd, ook wijzigingen vorderen van documenten van de opdrachtgever, waaronder de basisovereenkomst en de vraagspecificatie. Dat is op zichzelf een verbetering, ware het niet dat de opdrachtnemer voor een beroep op § 15 lid 6 herziene UAV-GC onder meer moet aantonen dat sprake is van: (i) een wijziging die ‘noodzakelijk’ is, als gevolg van een aan de opdrachtgever

toe te rekenen omstandigheid; en (ii) ‘een omstandigheid die realisatie conform de uit de overeenkomst voortvloeiende eisen onmogelijk maakt’. Met name de laatstgenoemde voorwaarde is een horde die in de praktijk vrijwel nooit genomen zal kunnen worden. Onze ervaring is dat de discussie doorgaans niet gaat over de vraag of het technisch mogelijk is om de werkzaamheden conform de eisen uit te voeren. In theorie is vrijwel alles mogelijk als er maar voldoende tijd en geld beschikbaar is; mensen kunnen naar de maan. In werkelijkheid gaat het vaak over het belang van ongewijzigde nakoming tegenover de kosten daarvan. Mag de opdrachtgever in redelijkheid ongewijzigde nakoming van de opdrachtnemer verlangen, ondanks dat zich een omstandigheid heeft voorgedaan die voor rekening van de opdrachtgever komt of ondanks een tegenstrijdigheid in de vraagspecificatie die hoge kosten met zich brengt? Naar onze mening niet.

In de Expertmeeting over de herziening van de UAV-GC werd aangevoerd dat § 15 lid 6 herziene UAV-GC een forse beperking is van het recht van de opdrachtnemer om wijzigingen voor rekening van de opdrachtgever te verlangen.<sup>45</sup> § 15 lid 6 herziene UAV-GC biedt geen werkbare oplossing. Ook hier komt de vraag op wie eigenlijk om deze wijziging (‘onmogelijk’) heeft gevraagd. Voor zover ons bekend heeft de markt hier niet om gevraagd.

§ 15 lid 6 is bovendien onduidelijk. Zo moet worden voldaan aan de overige eisen van § 15 herziene UAV-GC, terwijl deze eisen (juist) niet van toepassing zijn op de situatie bedoeld in § 15 lid 6 herziene UAV-GC.<sup>46</sup> Voorts wordt § 14 lid 15 herziene UAV-GC van toepassing verklaard, terwijl de daarin toegekende bevoegdheid aan de opdrachtnemer om wijzigingen niet uit te voeren juist geen soelaas biedt in de situatie als bedoeld in § 15 lid 6 herziene UAV-GC.

## 5.3 Beperkte mogelijkheid om wijzigingen door te voeren onder de herziene UAV-GC

Onder de herziene UAV-GC wordt de opdrachtnemer beperkt in de mogelijkheid om redelijke wijzigingen door te voeren in zijn aanbieding.<sup>47</sup> De opdrachtnemer kan op grond van § 15 lid 2 herziene UAV-GC een verzoek tot wijziging doen van de keuzen die hij in zijn aanbieding heeft gemaakt, maar de opdrachtgever kan een dergelijk verzoek zonder opgaaf van redenen van de hand wijzen (zie § 15 lid 3 herziene UAV-GC). In de praktijk leidt deze regeling ertoe dat de opdrachtnemer met lege handen staat als hij de keuzes die hij bij zijn aanbieding heeft gemaakt wil herzien, ook als de voorgestelde wijziging voldoet aan de vraagspecificatie. Naar ons idee is dat onwenselijk. § 15 lid 3 herziene UAV-GC houdt onvoldoende rekening met het ontwerpproces en de methode van systems engineering die daarbij wordt toegepast. In de volgende alinea wordt besproken hoe dit anders zou kunnen.

40 Zie § 14 lid 7, 8 en 10, § 45 lid 2, 4, 6 en 7 UAV-GC 2005 en waarin slechts is bepaald dat ‘met bekwame spoed’ mededelingen verricht dienen te worden of een aanbod moet worden aanvaard.

41 Zie art. 9.1 (Kennissegeving van een Bijzondere Omstandigheid) van de Rijksbrede model DBFM-overeenkomst en bijv. art. 20 van de Conditions of Contract for Plant and Design Build (FIDIC Yellow).

42 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 32.

43 E.M. Bruggeman & A.G.J. van Wassenauer, ‘Verslag Expertmeeting Herziening UAV-GC – 15 maart 2021’, TBR 2021/54, p. 23.

44 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 34.

45 Zie ook: Bruggeman en Van Wassenauer 2021/54, p. 22.

46 Zie ook: Bruggeman en Van Wassenauer 2021/54, p. 22.

47 Zie ook: Bruggeman en Van Wassenauer 2021/54, p. 22.



De vraagspecificatie die bij de basisovereenkomst is gevoegd wordt vrijwel altijd met toepassing van systems engineering opgesteld.<sup>48</sup> De opdrachtnemer is verplicht om met toepassing van diezelfde methode de ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden uit te voeren. Vaak moeten inschrijvers als onderdeel van de bieding een inschrijfontwerp opstellen en indienen. Voor de juiste toepassing van de methode van systems engineering is het noodzakelijk dat de opdrachtnemer voldoende gelegenheid krijgt een interactief ontwerpproces te doorlopen. In dit proces dient elke ontwerpkeuze die wordt gemaakt, geverifieerd te worden aan de bovenliggende eis en gevalideerd te worden aan de oorspronkelijke klantvraag. In dit proces kunnen nieuwe inzichten ontstaan die aanleiding kunnen geven tot een herziening van eerder gemaakte ontwerpkeuzes. Daarbij mag de opdrachtnemer de eerder door hem gemaakte ontwerpkeuzes herzien, ook als deze keuzes in het kader van de aanbidding zijn gemaakt. Het gaat er slechts om of keuzes voldoen aan de eisen uit de vraagspecificatie. Dat zou alleen anders kunnen zijn als de eerder gemaakte ontwerpkeuzes bij de aanbidding zijn meegewogen bij de EMVI-score.

Art. 3 lid 2 herziene MBO bepaalt dat wanneer de kwaliteit van de aanbidding boven de in de vraagspecificatie geëiste kwaliteit uitgaat, de kwaliteit van de aanbidding prevaleert. Deze bepaling is onzes inziens onvoldoende genuanceerd en ook onjuist. De vraagspecificatie zou in zijn algemeenheid moeten prevaleren boven de aanbidding voor de juiste toepassing van het hierboven omschreven interactieve ontwerpproces (zie de toelichting hierboven over de methode van systems engineering). Alleen als een ontwerpkeuze uit de aanbidding van de opdrachtnemer deel uitmaakt van de EMVI-score, zou die betreffende keuze moeten prevaleren boven de geëiste kwaliteit uit de vraagspecificatie.<sup>49</sup>

## 6. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke toestemmingen

### 6.1 Regeling voor het verkrijgen van vergunningen onder UAV-GC 2005

Art. 6 MBO 2005 en § 9 en § 10 UAV-GC 2005 bevatten een regeling voor het verkrijgen van vergunningen die nodig zijn voor het werk. Deze regeling houdt kort gezegd in dat de opdrachtgever en de opdrachtnemer kunnen afspreken wie van hen beiden verantwoordelijk is voor het verkrijgen van welke vergunningen.

In ons artikel uit 2016 hebben wij de bovenstaande regeling voor het verdelen van de verantwoordelijkheid voor de vergunningen als knelpunt aangeduid.<sup>50</sup> De reden hiervoor is dat de basisovereenkomst vrijwel altijd in het nadeel van de opdrachtnemer wordt ingevuld en de opdrachtnemer in de praktijk vaak verantwoordelijk is voor het verkrijgen van vrijwel alle vergunningen. Wij vinden ook overigens de regeling uit de UAV-GC 2005 onduidelijk. In de herziene MBO en UAV-GC is de regeling voor het verkrijgen van vergunningen grotendeels ongewijzigd gebleven. Naar ons idee is dat een gemiste kans.

### 6.2 Inspanningsverplichting opdrachtnemer onder de UAV-GC 2005

Eén van de knelpunten onder de UAV-GC 2005 is dat geen duidelijke invulling wordt gegeven aan de inspanningsverplichting van de opdrachtnemer om vergunningen te verkrijgen. In de herziene MBO en UAV-GC is hier geen verbetering in gekomen.<sup>51</sup> Het uitgangspunt moet zijn dat de opdrachtnemer enkel verantwoordelijk is voor het verkrijgen van een toestemming (vergunning) voor zover dat in zijn invloedssfeer ligt. De opdrachtnemer kan enkel invloed uitoefenen op de tijdigheid, ontvankelijkheid en deugdelijkheid van zijn aanvraag. Zie ook voorschrift 3.9A uit de Gids Proportionaliteit waarin is opgenomen dat de aanbestedende dienst het risico alloceert bij de partij die dat risico het beste kan beheersen of beïnvloeden. Wij menen daarom dat de vraag of de opdrachtnemer aan zijn verplichtingen heeft voldaan, enkel moet worden beoordeeld op basis van de ontvankelijkheid van zijn aanvraag. Wij verwijzen naar de Rijksbrede model DBFM-overeenkomst, waarin de opdrachtnemer – kort gezegd – dient aan te tonen dat de ingediende aanvraag voldoet aan de voorschriften voor het in behandeling nemen daarvan en waarbij risico's van schorsing en vernietiging door de opdrachtgever worden gedragen.<sup>52</sup>

### 6.3 Onduidelijkheid over privaatrechtelijke toestemmingen onder de herziene UAV-GC

In art. 6 herziene MBO en § 9 en § 10 herziene UAV-GC wordt gesproken over ‘*publiekrechtelijke en privaatrechtelijke toestemmingen*’. De toepassing van deze regeling op privaatrechtelijke toestemmingen roept vragen op. Ten eerste zijn de termen ‘publiekrechtelijke toestemming’ en ‘privaatrechtelijke toestemming’ niet nader omschreven in de herziene MBO, UAV-GC of in de Toelichting. Met name de term ‘*privaatrechtelijke toestemming*’ is onduidelijk. Wij vermoeden dat hiermee wordt bedoeld op toestemmingen van private partijen, bijvoorbeeld van beheerders van kabels en leidingen, beheerders van infrastructuur derden, exploitanten van openbaar vervoersdiensten en eigenaren van aangrenzende percelen die geen partij zijn bij de basisovereenkomst.

48 In 2007 hebben Rijkswaterstaat, ProRail, Bouwend Nederland en de NL Ingenieurs de handen ineengeslagen om de toepassing van de methode van systems engineering uit te werken in een leidraad voor de GWW-sector. Inmiddels is derde versie van de leidraad in november 2013 uitgekomen (Downloads | Leidraad voor Systems Engineering (leidraadse.nl)).

49 Vergelijk RvA 20 december 2014, nr. 71.932, overweging 64 e.v. waarin het oordeel van arbiters ook verkeerd is uitgepakt. De opdrachtgever mocht zonder opgaaf van redenen een optimalisatie van het voorlopig ontwerp (VO) door de opdrachtnemer weigeren, omdat het VO volgens appellarbiters onderdeel was geworden van overeenkomst. Hierdoor stond het de opdrachtnemer niet vrij om terug te komen op de door hem in het VO gemaakte keuzes.

50 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 34-36.

51 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 34-35.

52 Zie de definitie van ‘*Geval van Uitstel*’ in bijlage 1 van de Rijksbrede model DBFM-overeenkomst.

Ten tweede heeft een privaatrechtelijke toestemming een ander karakter dan een publiekrechtelijke toestemming. De vereisten voor het verkrijgen van een publiekrechtelijke toestemming zijn veelal te vinden in een wettelijke regeling en het bevoegde gezag is op grond van die regeling doorgaans verplicht om binnen een bepaalde termijn op een aanvraag te beslissen. Dit ontbreekt bij privaatrechtelijke toestemmingen. Het bepaalde in § 9 en 10 herziene UAV-GC is duidelijk toegespitst op publiekrechtelijke toestemmingen en is niet toegerust op de bijzonderheden van privaatrechtelijke toestemmingen. Wij menen dat de UAV-GC een specifieke regeling voor privaatrechtelijke toestemmingen zouden moeten bevatten in een afzonderlijke paragraaf.

Daarnaast zou in het algemeen de opdrachtgever en niet de opdrachtnemer verantwoordelijk moeten zijn voor het verkrijgen van de benodigde privaatrechtelijke toestemmingen. De opdrachtgever is immers meestal ook eigenaar van de grond en verkeert in een betere positie om afspraken met derden te maken. Dat sluit aan bij het uitgangspunt van de herziene MBO en UAV-GC dat de partij die beslissende invloed kan uitoefenen op het verkrijgen van een bepaalde toestemming, verantwoordelijk zou moeten zijn voor het verkrijgen van die toestemming.<sup>53</sup> Tevens wordt daarmee aangesloten bij het meer algemene principe dat het risico wordt toebedeeld aan de partij die dat risico het beste kan beheersen.<sup>54</sup> Ter inspiratie verwijzen wij naar de Rijksbrede model DBFM-overeenkomst.<sup>55</sup>

#### 6.4 Schorsing bij vergunningenproblematiek onder de herziene UAV-GC

§ 10 lid 9 herziene UAV-GC bevat een nieuwe regeling op basis waarvan de opdrachtnemer de werkzaamheden mag schorsen indien hij redelijkerwijs mag verwachten dat een verleende toestemming alsnog zal worden vernietigd, ingetrokken, geschorst of van strengere voorwaarden zal worden voorzien. Hoewel deze regeling op het eerste gezicht gunstig lijkt voor de opdrachtnemer, roept zij ook vragen op.

Wanneer mag de opdrachtnemer ‘redelijkerwijs’ verwachten dat een verleende toestemming wordt vernietigd, geschorst of van strengere voorwaarden wordt voorzien? Volgens de Toelichting is dit een geobjectieerd criterium, maar dat is niet het geval. In bestuursrechtelijke procedures is het vaak lastig te voorspellen of een bezwaar of beroep kansrijk is. Bovendien kunnen bestuursrechtelijke procedures lang duren. Voor wie komt het risico als de werkzaamheden worden geschorst terwijl de toestemming uiteindelijk in stand blijft of als de werkzaamheden worden voortgezet terwijl de toestemming uiteindelijk wordt aangetast? De gevolgen van een dergelijke situatie kunnen verstrekkend zijn en worden in de herziene UAV-GC niet geregeld.

§ 10 lid 9 herziene UAV-GC bepaalt verder dat de opdrachtnemer recht heeft op kostenvergoeding en/of termijnverlenging wanneer hij *voorzieningen* moet treffen ten gevolge van de schorsing van de werkzaamheden. Wij menen dat de opdrachtnemer in dat geval niet alleen recht zou moeten hebben op een vergoeding voor de getroffen voorzieningen, maar op een volledige schadeloosstelling, waaronder directe kosten en vergoeding voor algemene kosten, winst en risico. De herziene § 10 lid 9 herziene UAV-GC doet op dit punt geen recht aan de belangen van de opdrachtnemer.

## 7. Overige opmerkingen op de herziene UAV-GC

### 7.1 Ontbinding onder de herziene UAV-GC

De regeling voor ontbinding onder de UAV-GC 2005 is niet evenwichtig. De mogelijkheden voor een beroep op ontbinding door de opdrachtnemer zijn te veel beperkt. In de herziene UAV-GC 2005 is de regeling van ontbinding ongewijzigd gebleven. Dit is wat ons betreft een gemiste kans.

De opdrachtnemer mag de overeenkomst op grond van § 16 lid 5 herziene UAV-GC ontbinden als de schorsing van *alle* werkzaamheden langer duurt dan zes maanden. In de praktijk komt het nogal eens voor dat een belangrijk deel van de werkzaamheden wordt geschorst, maar niet *alle* werkzaamheden. Naar de letter van de herziene UAV-GC zou de opdrachtnemer in een dergelijk geval niet mogen ontbinden, ook niet als de kritieke vertraging die door de opdrachtgever wordt veroorzaakt groter is dan zes maanden.

Op grond van § 16 lid 7 herziene UAV-GC moeten alle uitvoeringswerkzaamheden door omstandigheden die voor rekening van de opdrachtgever komen meer dan twee maanden *ononderbroken* zijn vertraagd voor een door de opdrachtnemer geslaagd beroep op ontbinding. Dit zou naar de letter betekenen dat de opdrachtnemer de overeenkomst niet kan ontbinden als de kritieke vertraging die voor rekening van de opdrachtgever komt in totaal groter is dan twee maanden, maar de uitvoeringswerkzaamheden gedurende die twee maanden niet ononderbroken zijn vertraagd.

Derhalve lijkt de tekst van § 16 lid 5 en 7 herziene UAV-GC een hogere drempel op te werpen voor ontbinding door de opdrachtnemer (zie ook paragraaf 7.4 hierna (Verhouding herziene UAV-GC tot de wet)). Immers geldt op grond van art. 6:265 BW, dat *iedere* tekortkoming van een partij in de nakoming van één van haar verbintenissen aan de wederpartij de bevoegdheid tot ontbinding geeft, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.

De Toelichting bij § 16 lid 5 en lid 7 wekt echter de indruk dat de opstellers van de herziene UAV-GC met § 16 wel degelijk hebben beoogd aan te sluiten bij het wettelijk systeem. Daarin wordt namelijk het volgende opgemerkt:

‘Onder de UAV-GC zijn de gevallen waarin de Opdrachtnemer dat [beëindigen in onvoltooide staat] zou kunnen doen, steeds gerelateerd aan situaties waarin de Opdrachtgever tekortschiet in de nakoming van een op hem rustende

53 Toelichting bij de herziene MBO en UAV-GC, p. 24.

54 Bruggeman en Van Wassenaeer 2021/53, p. 8-9.

55 Zie art. 6 (Kabels en leidingen derden) van de Rijksbrede model DBFM-overeenkomst.

verplichting. Het Burgerlijk Wetboek staat in dergelijke gevallen toe dat de opdrachtnemer tot ontbinding van de overeenkomst kan overgaan (art. 6:265 BW). Om die reden zijn de leden 5 en 7 aangepast.<sup>56</sup>

De Toelichting en tekst van de herziene UAV-GC lijken hier niet op elkaar aan te sluiten. Aangenomen mag worden dat de opdrachtnemer zich naast de opzegging- en ontbindingsregeling uit de UAV-GC, ook op de wet kan beroepen.

In § 16 lid 10 herziene UAV-GC is bepaald dat de opdrachtnemer bij een opzegging of ontbinding vanwege een schorsing of vertraging door de opdrachtgever, uitsluitend aanspraak kan maken op een limitatief omschreven vergoeding, kort gezegd: vergoeding van uitgevoerd werk, aanvullende kosten en 5% van het resterende deel van de opdrachtsom. Deze vergoeding is minder gunstig dan de schadeloosstelling waarop de opdrachtnemer op grond van het Burgerlijk Wetboek aanspraak kan maken (zie in dit verband art. 6:271 BW en art. 6:277 BW).

## 7.2 Schorsing en opschorting onder de herziene UAV-GC

De regelingen voor schorsing (§ 16 lid 1 t/m 4, § 38 lid 7 en § 42 lid 2 en 3) uit de UAV-GC 2005 zijn ongewijzigd gebleven in de herziene UAV-GC. Dit is een gemiste kans. Helaas komt het in de praktijk meer dan eens voor dat opdrachtgevers hun verplichtingen jegens opdrachtnemers niet nakomen. Het schorsen van de werkzaamheden vormt dan één van de laatste redmiddelen van de opdrachtnemer om de opdrachtgever te dwingen zijn verplichtingen na te komen. Opschorting is ook een belangrijk middel voor een opdrachtnemer om zijn schade/verliezen te beperken bij een tekortkoming van de opdrachtgever.

De UAV-GC verschaffen echter slechts een beperkte basis voor opschorting door de opdrachtnemer. Op grond van § 42 lid 2 UAV-GC heeft de opdrachtnemer een opschortingsrecht als een prestatieverklaring na aanmaning daartoe niet (tijdig) wordt afgegeven of een betaling na aanmaning daartoe niet wordt verricht. In de praktijk zijn echter veel meer situaties en omstandigheden denkbaar waarbij de opdrachtnemer een opschortingsrecht toe zou moeten komen (zie ook paragraaf 7.4 hieronder: Verhouding UAV-GC tot de wet). Daarnaast is de opdrachtnemer op grond van § 42 lid 3 UAV-GC niet bevoegd om te schorsen (of te ontbinden) indien de vordering van de opdrachtnemer betrekking heeft op een bedrag waarover de opdrachtnemer een geschil aanhangig heeft gemaakt. In theorie zou de opdrachtgever derhalve door het aanhangig maken van een geschil kunnen verhinderen dat de opdrachtnemer de werkzaamheden kan schorsen of de overeenkomst kan ontbinden. Dit kan naar ons idee niet de bedoeling zijn van de opstellers van de UAV-GC. Het is dan ook alleszins aannemelijk dat het bedoeling is dat onder de UAV-GC opschortingsrechten in het leven worden geroepen naast of in aanvulling op de opschortingsrechten waarin de wet voorziet.

Op grond van § 38 lid 7 UAV-GC is de opdrachtnemer gerechtigd genoegzame zekerheid te vragen als de opdrachtgever – kort gezegd – de overeenkomst niet nakomt. Pas als de opdrachtgever in gebreke blijft met het verstrekken van deze zekerheid, lijkt de opdrachtnemer gerechtigd de werkzaamheden te schorsen (of te ontbinden).

De regeling voor opschorting uit de UAV-GC is onvolledig. Het is een gemiste kans dat de herziene UAV-GC hierin geen verandering brengen.

## 7.3 Geschilbeslechting onder de herziene UAV-GC

Het afwikkelen van wijzigingen duurt onnodig lang onder de UAV-GC 2005. Dit knelpunt kan opgelost worden door in de UAV-GC vaste termijnen op te nemen voor de afwikkeling van wijzigingen met consequenties als deze termijnen niet worden nagekomen (zie paragraaf 5.1 van dit artikel). Daarnaast is behoefte aan een snelle en laagdrempelige geschillenregeling op grond waarvan bindende uitspraken gedaan worden.

De herziene UAV-GC bevatten in § 47 de optie voor geschilbeslechting door een raad van deskundigen. Deze raad van deskundigen is echter een ‘tandelose tijger’, omdat de voorwaarden waaronder de geschilbeslechting plaats moet vinden niet standaard zijn voorgeschreven onder de herziene UAV-GC. Zo staat bijvoorbeeld niet op voorhand vast dat beslissingen bindend zullen zijn.

In § 47 lid 4 herziene UAV-GC is bepaald dat indien de basisovereenkomst niet voorziet in geschiloplossing door onafhankelijke deskundige(n), partijen zich moeten inspannen om binnen vier weken na het ontstaan van een geschil, overeenstemming te bereiken over de wijze van geschilbeslechting. In de praktijk is het maken van dergelijke afspraken niet eenvoudig als partijen in een geschil lijnrecht tegenover elkaar staan.<sup>57</sup> Derhalve dienen die afspraken vooraf, bij het sluiten van de basisovereenkomst, te worden gemaakt.

Met name bij omvangrijke projecten zouden de herziene UAV-GC een raad van deskundigen (of een vergelijkbare geschillenbeslechter) verplicht moet stellen. Voorts zou de raad van deskundigen bevoegd moeten zijn om te oordelen over *alle* geschillen tussen de opdrachtnemer en de opdrachtgever, voor zover deze uit de werkzaamheden voortvloeien. De beslissing van de raad van deskundigen zou daarnaast bindend moeten zijn, ten minste totdat in arbitrage of door de gewone rechter anders wordt geoordeeld. Aangesloten zou kunnen worden bij de bindendadviesregeling (*dispute adjudication board*) uit de FIDIC-modelovereenkomsten.<sup>58</sup>

## 7.4 Verhouding herziene UAV-GC tot de wet

De verhouding tussen de UAV-GC en de wet (het BW) dient helder in de UAV-GC geregeld te zijn. Thans laten zowel de UAV-GC 2005 als de herziene UAV-GC in zijn algemeenheid in het midden of partijen, naast de regelingen in de UAV-GC, een beroep kunnen doen op de wet. Dit geldt

<sup>57</sup> Zie ook: Bruggeman en Van Wassenae 2021/54, p. 30.

<sup>58</sup> Zie bijv. art. 20 van de Conditions of Contract for Plant and Design Build (FIDIC Yellow).

<sup>56</sup> Toelichting bij de herziene MBO en UAV-GC, p. 78.

onder meer voor ontbinding, schadevergoeding, opschorting, opzegging, kostenverhogende omstandigheden en verjaring.<sup>59</sup> Dat kan tot – onwenselijke – onduidelijkheden leiden.

In het geval dat een door de opdrachtgever te verkrijgen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke toestemming niet tijdig wordt verleend, lijkt op grond van de Toelichting een beroep van de opdrachtnemer op nakoming (art. 3:296 BW), schadevergoeding (art. 6:74 BW), ontbinding (art. 6:265 BW)<sup>60</sup> en opschorting (art. 6:262 BW) open te staan.<sup>61</sup> Uit jurisprudentie volgt dat ook in andere gevallen een beroep op de wet, naast de UAV-GC is toegestaan.<sup>62</sup>

### Thans laten zowel de UAV-GC 2005 als de herziene UAV-GC in zijn algemeenheid in het midden of partijen, naast de regelingen in de UAV-GC, een beroep kunnen doen op de wet

Om discussies in de praktijk te voorkomen heeft het de voorkeur dat de regelingen voor ontbinding, opzegging, opschorting (schorsing) en kostenverhogende omstandigheden ofwel: (i) uitputtend in de UAV-GC worden geregeld (dan wordt limitatief omschreven op welke gronden de overeenkomst ontbonden of opgezegd kan worden en op welke gronden de werkzaamheden geschorst kunnen worden), ofwel (ii) dat duidelijk blijkt uit de UAV-GC dat de daarin opgenomen regelingen niet in de weg staan aan een beroep op de wet.

#### 7.5 Onwerkbaar Toelichting bij de herziene UAV-GC

Bij de herziene MBO en UAV-GC is een 132 pagina's tellende Toelichting gevoegd. In de Toelichting is vermeld dat deze een *'richtinggevende functie [kan] vervullen bij de beantwoording van vragen met betrekking tot de uitleg van de Model Basisovereenkomst en de UAV-GC'* en dat de status van de toelichting die van 'aanvullende kenbron' is.<sup>63</sup> De tekst van de Toelichting voorziet helaas niet in het beoogde doel. Hij sluit namelijk niet goed aan op de tekst van de herziene UAV-GC, is soms innerlijk tegenstrijdig en bevat wollig taalgebruik met eindeloze overwegingen.<sup>64</sup>

59 Resp. art. 6:265 BW; art. 6:95 e.v. BW; art. 6:52 jo. 6:262 BW; art. 7:753 BW en art. 3:310 BW.

60 De bevoegdheid van de opdrachtnemer om in dit geval een beroep op de wettelijke ontbindingsregeling te doen wordt verderop in de Toelichting (p. 59, 62 en 63) genuanceerd en afgezwakt.

61 Toelichting bij de herziene MBO en UAV-GC, p. 58.

62 Enkele voorbeelden van jurisprudentie waaruit blijkt dat een beroep op de wet is toegestaan, zijn: RvA 22 juli 2013, nr. 32.305, overweging 66; RvA 5 februari 2021, nr. 36.244, overwegingen 38 en 54; RvA 19 februari 2016, nr. 72.026, overweging 25; RvA 29 juli 2015, nr. 35.450, overweging 31.

63 Toelichting bij de herziene MBO en UAV-GC, p. 12.

64 Bijv. § 16 en bijbehorende Toelichting (par. 6.1). Zie ook: Bruggeman en Van Wassenar 2021, p. 16, 23, 24. Zie voor een innerlijke tegenstrijdigheid in de Toelichting p. 43 3e en 4e alinea (in andere bewoordingen op p. 27).

Dergelijke teksten zijn een *recipe for disaster*. De toelichting biedt thans munitie voor oeverloze discussies over de interpretatie van de herziene MBO en UAV-GC.

De bouwsector – opdrachtgevers én opdrachtnemers – mag verlangen dat zij over een heldere, eenduidige, set van contractvoorwaarden kan beschikken.<sup>65</sup> Dat ten aanzien van risicoverdeling compromissen worden gesloten tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers is niet te voorkomen, maar dat behoort niet te leiden tot onduidelijke (eigenlijk: onwerkbaar) contractsbepalingen. De Toelichting moet volledig worden ingetrokken.

#### 7.6 Model aanbestedingsleidraad

De precontractuele informatieplicht van de opdrachtgever onder de UAV-GC dient zich wat ons betreft uit te strekken tot het verstrekken van *alle* informatie waarover de opdrachtgever beschikt en die de opdrachtnemer redelijkerwijs nodig heeft voor het doen van een verantwoorde inschrijving (zie de door ons gepropageerde stelregel uit paragraaf 3.4 van dit artikel). Deze precontractuele informatieplicht zou naar ons idee moeten worden vastgelegd in de MBO en de UAV-GC. Daarnaast zou de precontractuele informatieplicht kunnen worden opgenomen in een model aanbestedingsleidraad bij de herziene UAV-GC.

Een model aanbestedingsleidraad zou richtlijnen kunnen bevatten voor het invullen van de (opties van de) herziene MBO. Denk aan de informatie die de opdrachtgever op grond van art. 7 herziene MBO zou moeten verstrekken (zie paragraaf 3.5 van dit artikel), en de toestemmingen die door de opdrachtgever verkregen moeten worden op grond van art. 6 herziene MBO (zie paragraaf 6.1 van dit artikel).

#### 8. De herziene UAV-GC zijn geen verbetering

Zoals de titel van dit artikel reeds doet vermoeden, komen wij tot de conclusie dat de (herziene) UAV-GC 2020 die in februari 2021 ter visie is gelegd, geen verbetering is.

De wijzigingen die in de herziene UAV-GC zijn doorgevoerd ten opzichte van de UAV-GC 2005, zijn vrijwel allemaal in het nadeel van de opdrachtnemer en de tekst is op veel punten onduidelijk. Voorbeelden hiervan zijn de gewijzigde regeling voor verstrekte informatie, de beperking van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer, de wijzigingen op initiatief van de opdrachtnemer en de publiek- en privaatrechtelijke toestemmingen. Daarnaast bevatten de UAV-GC 2005 belangrijke knelpunten die ten onrechte niet in de herziene UAV-GC zijn opgelost. Onder meer de regeling voor opschorting en ontbinding blijft onevenwichtig en de geschillenregeling blijft onvoldoende concreet. Voorts ontbreekt nog steeds een heldere regeling die de verhouding tussen de UAV-GC en de wet regelt.

Het ongewijzigd vaststellen van (het concept van) de herziene UAV-GC 2020 dat nu voorligt, heeft zeer nadelige gevolgen voor opdrachtgevers en opdrachtnemers in

65 In het artikel van Bruggeman en Van Wassenar 2021/53, p. 6, wordt 'duidelijke taal' als één van de uitgangspunten voor een succesvol geïntegreerd contract genoemd.

de bouw- en GWW-sector. Deze gevolgen zullen zich zowel op microniveau (voor overeenkomsten die tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers zullen worden gesloten) als op macroniveau (voor de bouw- en GWW-sector als geheel) voordoen. Uit onderzoek van Rijkswaterstaat en McKinsey blijkt dat de GWW-sector een imperfecte markt is, waarin aannemingsbedrijven grote risico's moeten nemen tegen lage winst- en risicomarges. In een dergelijke kwetsbare markt worden aannemingsbedrijven gestimuleerd risico's niet in te prijzen. Dit is voor alle betrokkenen een zeer onwenselijke situatie, ook voor opdrachtgevers. Rijkswaterstaat heeft het initiatief genomen tot een transitie van de GWW-sector naar een financieel gezonde sector waarin risico's worden beheerst.<sup>66</sup> Voor een dergelijke transitie is een duidelijk en goed leesbaar design & construct-contract met een evenwichtige risicoverdeling onontbeerlijk. De UAV-GC 2005 voldoen hier niet aan en de herziene UAV-GC nog minder. Wij pleiten voor een grondige aanpassing van het concept van de herziene UAV-GC dat nu voorligt.

*Dit artikel is afgesloten op 21 juli 2021.*

#### Over de auteurs

**Mr. A.B. (Anna-Belle) de Blanken**

Advocaat bij de bouwrechtsectie van Stibbe te Amsterdam.

**Mr. M. (Mees) Blom**

Jurist bij de bouwrechtsectie van Stibbe te Amsterdam.

**Mr. R.J.M. (Rachel) Brown**

Jurist bij de bouwrechtsectie van Stibbe te Amsterdam.

**Mr. K. (Koen) Giezeman**

Advocaat bij de bouwrechtsectie van Stibbe te Amsterdam.

**Mr. I. (Ingmar) de Groot**

Advocaat bij de bouwrechtsectie van Stibbe te Amsterdam.

**Mr. I.F.A. (Iris) Hendriksen**

Advocaat bij de bouwrechtsectie van Stibbe te Amsterdam.

**Mr. L.A. (Lorraine) Kersten**

Advocaat bij de bouwrechtsectie van Stibbe te Amsterdam.

**Mr. D. (Daniël) Muis**

Advocaat bij de bouwrechtsectie van Stibbe te Amsterdam.

**Mr. D.C. (David) Orobio de Castro**

Advocaat bij de bouwrechtsectie van Stibbe te Amsterdam.

**Mr. E. (Erik) Verweij**

Advocaat bij de bouwrechtsectie van Stibbe te Amsterdam.

<sup>66</sup> Rijkswaterstaat, 'Op weg naar een vitale infrasector, Plan van Aanpak een aanzet', maart 2020.