

Lezing VBR-Kwartaalvergadering September 2012

Van : L.C. van den Berg
Onderwerp : Afstemming CUR aanbeveling 105 op UAVgc-2005
Datum : 20 september 2012

I. Inleiding

1. De vraagstelling die ik voor deze bijdrage mee heb gekregen was of de CUR aanbeveling 105 kan worden afgestemd op de UAV-gc 2005. Deze aanbeveling ziet op het verdelen van geotechnische risico's door middel van een RVG, ofwel de Risicoverdeling Geotechniek.
2. Deze vraag kan eenvoudig met 'ja' worden beantwoord. Uit de aanbeveling zelf volgt immers dat de opstellers vooral beoogd hebben om aan contractpartijen middelen te bieden om in concrete overeenkomsten tot een goede risicoverdeling met betrekking tot de bodemgesteldheid te komen. Daarmee zou ik dus op dit punt in de tijd al klaar zijn met mijn bijdrage en nog 33 minuten vragen kunnen beantwoorden.
3. Om die vragen voor te zijn, wil ik echter toch een aantal gedachten over de bodemregeling uit de UAV-gc 2005 en over de RVG met u delen. Wat kun je met een RVG, hoe komt deze tot stand en hoe ga je er bij de aanbesteding van een werk mee om? En, om mee te beginnen, hoe sluit de RVG aan op het kader van de UAV-gc 2005?

II. De open norm van par. 13 UAV-gc 2005

4. De UAV-gc 2005 zijn bedoeld als contractvoorwaarden voor geïntegreerde contracten waarbij de aannemer niet alleen het feitelijke bouwen voor zijn rekening neemt maar ook ontwerpt en soms ook nog langjarig onderhoud uitvoert. Vanuit die gedachte is het niet vreemd dat als hoofdregel geldt dat de aannemer de verantwoordelijkheid voor de afstemming van het werk op de bodemgesteldheid draagt. De centrale aanname is immers dat de aannemer het werk grotendeels bedenkt en uitvoert en daarmee ook de beste partij is die het bodemrisico kan dragen. Daarbij wordt de hoofdregel van het eerste lid van par. 13 UAV-gc 2005 in evenwicht gehouden door hetgeen daar in het tweede lid op volgt. De schadeplichtigheid waarmee de aannemer in het eerste lid nog wordt belast, vervalt namelijk als hij aantoont dat hij er –kort gezegd- al het redelijke aan heeft gedaan om schade te voorkomen.

5. Zoals het echter met hoofdregels gaat, zijn er echter tal van situaties te bedenken waarin de toepassing ervan tot hoofdbreken of zelfs tot onrechtvaardigheden zou kunnen leiden.

Informatie

6. Een eerste probleempunt is wat mij betreft dat het de opdrachtgever is die bedenkt dat hij op een bepaalde plek een bepaald werk wil laten realiseren. Met zijn Vraagspecificatie legt de opdrachtgever al in grote lijnen vast hoe het werk eruit zal zien. Als de opdrachtgever een wolkenkrabber wil neerzetten in een stuk moeras dan is daar voor de aannemer weinig aan te veranderen. Op zich hoeft dat echter ook helemaal geen probleem te zijn als de aannemer maar goed kan inschatten waar hij aan begint en daarop de benodigde werkzaamheden (en dus ook zijn prijs) kan inschatten.
7. Vervolgens is het de vraag hoe ver de aannemer moet gaan bij het doen van zijn inschatting van de kwaliteiten en toestand van de bodem. Moet hij actief onderzoek verrichten of kan hij afgaan op de informatie van de opdrachtgever? Hier komen we op het domein van de informatieverstrekking aan de aannemer door de opdrachtgever. Ook daar kennen de UAV-gc 2005 een duidelijke hoofdregel die te vinden is in par. 3 UAV-gc 2005. De opdrachtgever is verantwoordelijk voor de door hem verstrekte informatie en voor de inhoud van de Vraagspecificatie, behouden voor zover er op de aannemer een waarschuwingsplicht rust.
8. In de praktijk wordt nogal eens aan deze verdeling gemorreld. Opdrachtgevers vermelden dan bijvoorbeeld ten aanzien van alle documenten die zij verstrekken dat deze slechts als informatief bedoeld zijn, waarmee ze hun verantwoordelijkheid voor verstrekte informatie willen beperken. De gedachte is daarbij dat de aannemer niet zonder meer mag afgaan op ter informatie verstrekte documenten en een verdergaande onderzoeksplicht krijgt. Een andere variant is dat er in het geheel geen of nauwelijks informatie wordt verstrekt door de opdrachtgever, waardoor de aannemer die informatie zelf zal moeten achterhalen die nodig is om het werk uit te voeren.
9. Vanzelfsprekend gelden ook hiervoor beperkingen. Een geval waarin de opdrachtgever al te ver ging in het beperken van zijn verantwoordelijkheden, is te vinden in een uitspraak van de Raad van Arbitrage van 1 juli 2010 (TBR 2011/68). Daarin merkte de opdrachtgever zelfs het aan de aannemer verstrekte voorlopig ontwerp als een informatief document. Mijns inziens terecht oordeelden arbiters dat

niet het door opdrachtgever op het document geplakte etiketje bepalend was maar de strekking van het document zelf, voor de vraag in hoeverre de aannemer van dat document kon en mocht uitgaan. Het voorlopig ontwerp wordt dan ook door arbiters niet als een vrijblijvend en informatief document beoordeeld. De uitspraak is verder nog relevant waar het bodemproblematieken betreft maar daarop kom ik nog terug.

10. De aannemer mag daarmee in beginsel uitgaan van de juistheid van de aan hem verstrekte (bodem)informatie, tenzij hij hierbij een waarschuwingsplicht zou schenden. Of dit de aannemer altijd zal helpen is echter de vraag. Als de aannemer al mag uitgaan van de juistheid van de verstrekte informatie wil dat immers nog niet zeggen dat hij uit moet gaan van de volledigheid daarvan, waardoor hij alsnog zelf informatie zal moeten verzamelen.
11. Veel vaker komt het bij mijn weten echter nog voor dat de aannemer méér dan volledig wordt geïnformeerd. In die gevallen maakt de opdrachtgever alle mogelijke gegevens die maar bedacht kunnen worden aan de aannemer beschikbaar. Daarmee hebben UAV-gc overeenkomsten vaak de omvang van een regionaal telefoonboek. Soms worden hiervoor zelfs hele datarooms ingericht.
12. Of de aannemer iets opschiet met die informatie is zeer de vraag. Hij moet immers in korte tijd al die informatie tot zich nemen, interpreteren en extrapoleren om vervolgens daarop de aannames te baseren die aan zijn prijs ten grondslag zullen liggen. Noodgedwongen zal hij hierbij zelf een inschatting moeten maken van de onderlinge waarde van de verschillende documenten. Wat te doen met ter informatie verstrekte historische informatie die door latere documenten deels wordt weersproken en deels ook weer niet? Op die inschatting zal hij dan al zijn verdere ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden moeten stoelen. Die aannames kunnen achteraf verkeerd en kostbaar blijken.
13. Een praktijkvoorbeeld kan dit illustreren. In een bestek komt de tekst voor dat de aannemer recht heeft op vergoeding van extra kosten indien hij werkzaamheden moet verrichten als gevolg van onverwacht aangetroffen verontreiniging of afvalstoffen die hij op grond van de verstrekte gegevens niet hoefde of kon verwachten. Als de opdrachtgever het gehele doopceel van de bouwlocatie over de schutting heeft gegooid bij de aanbesteding zal niet snel gelden dat de aannemer iets niet behoefde te verwachten. Gerelateerd aan de tijd die voor het voorbereiden van een inschrijving beschikbaar is en de werkzaamheden die in die tijd gedaan moeten worden, is het de vraag of een dergelijke bepaling wel redelijk uitwerkt.

14. Tezelfdertijd laat de aanbestedingspraktijk zien dat van aannemers zeer veel gevergd lijkt te kunnen worden. Veel aanbestedingsvonnissen steunen op de redenering dat de aannemer gehouden is over alles dat hij niet begrijpt of dat hem merkwaardig voorkomt in een vroeg stadium te klagen of zelfs te procederen. Waarom zou de aannemer die in de aanbestedingsfase zo streng wordt beoordeeld in de uitvoeringsfase mogen verwachten dat hij op een andere wijze zal worden beoordeeld? Voor de redelijkheid valt mijns inziens te vrezen!
15. Op dit punt keer ik nog even terug naar de eerder genoemde uitspraak van de Raad van Arbitrage van 1 juli 2010. Daarin zat de opdrachtgever namelijk op een dergelijke lijn met zijn betoog dat de aannemer voorafgaand aan zijn inschrijving maar nader onderzoek had moeten doen naar de noodzaak van de toepassing van kwelschermen. Nu hij dat niet had gedaan betoogde de opdrachtgever dat de toepassing van kwelschermen niet tot bijbetaling kon leiden. Arbiters maakten met dit betoog korte metten. Zij oordeelden dat de opdrachtgever in een nota van inlichtingen had aangegeven dat het reeds uitgevoerde bodemonderzoek voldoende representatief was voor de prijsvorming. Arbiters constateren dat de aannemer adequaat heeft gehandeld door voor nader onderzoek een betaalpost op te nemen in zijn prijs. Verder oordelen arbiters dat de aannemer de kosten van maatregelen die uit het onderzoek mogelijk nodig zouden blijken niet heeft kunnen voorzien en daarmee ook niet heeft hoeven beprijzen. Deze uitspraak weerspreekt daarmee mijn wat sombere inschatting dat de redelijkheid bij risicoverdelingen in gevaar dreigt te komen.

Geïntegreerde overeenkomst?

16. Een tweede probleem waartoe de hoofdregel omtrent bodemrisico's kan leiden kan ligt in de mate van geïntegreerdheid van de opdracht aan de aannemer. Hoewel de UAV-gc 2005 bedoeld is voor geïntegreerde contracten is het met de voor de UAV-gc 2005 kenmerkende glijdende schaal ook heel goed mogelijk om een meer traditioneel bouwcontract te sluiten onder toepassing van die regeling. Het hoofduitgangspunt van de UAVgc-2005, dat de Opdrachtnemer verantwoordelijk is voor de afstemming van zijn werkzaamheden op de bodemgesteldheid, zou in een meer traditionele context minder redelijk kunnen werken.
17. Deels is dit probleem in de UAV-gc 2005 zelf al ondervangen. De aannemer is immers alleen verantwoordelijk voor de afstemming van de Werkzaamheden op de bodemgesteldheid. Waar met 'Werkzaamheden' het geheel van de door de aannemer te verrichten werkzaamheden wordt bedoeld, zal de aannemer ook alleen

voor de afstemming van zijn eigen werkzaamheden verantwoordelijk zijn. Met andere woorden, indien hij niet ontwerpt zal hij in beginsel ook niet voor de afstemming van het ontwerp op de bodem verantwoordelijk zijn. Toch zal dit vaak niet zo zwart/wit liggen omdat van enige betrokkenheid bij het ontwerp waarschijnlijk altijd wel sprake zal zijn, waardoor (al dan niet over de band van de waarschuwingsplicht) de verantwoordelijkheid toch bij de aannemer zal kunnen terugkeren of door hem zal moeten worden gedeeld.

18. Een voorbeeld van dit probleem blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Haarlem van vorig jaar. Door een aannemer was een alternatieve uitvoeringswijze voorgesteld voor een wateronttrekkingssysteem. Dat alternatief bleek achteraf niet te werken omdat de bodem onvoldoende water doorliet. De aannemer stelde vervolgens dat hij deze bodemomstandigheid niet behoefde te verwachten omdat de opdrachtgever immers zelf een soortgelijk systeem in dezelfde bodem had willen toepassen en hij aldus had aangenomen dat de bodem daarvoor voldoende doorlatend zou zijn. De Rechtbank oordeelde echter in het voordeel van de opdrachtgever nu er voor de aannemer alle aanleiding zou zijn geweest om nader onderzoek te doen alvorens tot een overeenkomst te komen. Tegen dit oordeel loopt nog een beroep maar het geeft aan hoe groot het risico van de aannemer kan zijn.

Schade en kosten?

Een laatste probleem dat ik ten aanzien van paragraaf 13 nog aan de orde wil stellen is wat de aannemer nu precies toekomt als zich een onverwachte bodemgesteldheid voordoet die niet voor zijn rekening komt. Paragraaf 13 is namelijk geschreven vanuit de beginselaansprakelijkheid van de aannemer. De aannemer is aansprakelijk voor vertraging in de uitvoering en schade of gebreken aan het werk of schade aan goederen van de opdrachtgever of aan derden, tenzij hij hem –kort gezegd- geen verwijt treft ten aanzien van die schade. Doet de aannemer het goed, dan kan hij zich de aansprakelijkheid jegens de opdrachtgever en derden dus van het lijf houden. Daarmee heeft hij echter nog geen vergoeding van zijn eigen kosten en heeft hij ook geen automatisch recht op extra tijd. Tijd en geld krijgt hij alleen dan (op voet van par. 44 lid 1 onder b UAV-gc 2005 indien er sprake is van een als de betreffende omstandigheid die voor rekening van de opdrachtgever komt en waarvoor de aannemer niet behoefde te waarschuwen. Waar de regeling van paragraaf 13 UAV-gc 2005 uitgaat van de beginselaansprakelijkheid van de aannemer, zal de aannemer in concrete gevallen steeds de discussie en strijd moeten aangaan of niet alleen hij niet zelf aansprakelijk is maar ook dat de opdrachtgever wél aansprakelijk is, terwijl

voor hem geen waarschuwingsplicht gold. Dit geeft dus enige mate van onzekerheid voor de aannemer.

Tussenconclusie

19. Waar de UAVgc-2005 bedoeld is voor een zeer brede toepassing en voor vele verschillende verdelingen van verantwoordelijkheden, is de bodemregeling noodgedwongen een open regeling. Hierdoor zal in concrete gevallen moeten worden gekeken waartoe de omstandigheden van het geval in redelijkheid aanleiding geven. Uit de aard der zaak is dat voor partijen een potentieel langdurige en kostbare maar vooral ook onzekere situatie. Zoals ik in de inleiding al aangaf is iedere handreiking die kan dienen om de open norm van paragraaf 13 UAV-gc 2005 nader in te vullen zonder meer welkom. Dat brengt mij tot de vraag of de RVG die handreiking is en hoe de RVG daadwerkelijk gebruikt kan worden.

III. Waar een wil is..?

20. In zijn VBR-preadvies van Augustus 2001 heeft Chris Jansen zich gebogen over de totstandkoming van D&C contracten voor complexe infrastructurele projecten. In het preadvies vond ik het volgende citaat:

“De ervaring leert namelijk dat in de op voorhand door de overheid dichtgetimmerde juridisch administratieve voorwaarden over het algemeen zoveel mogelijk verantwoordelijkheden, aansprakelijkheden en risico's naar de d&c aannemer worden verlegd. Die eenzijdige verdeling wordt door de markt van d&c aannemers veelal vertaald in een aanzienlijke verhoging van de aanbiedingsprijzen.”

Bij de presentatie van het preadvies sprak Jansen over de monopsonistische markt die de markt van overheidsopdrachten is. Er is maar een zeer beperkt aantal inkopende partijen en er zijn vele aanbieders.

21. Kort na het verschijnen van het preadvies vond de Zembla-uitzending plaats waarmee de bouwfraude aan het rollen kwam. Die affaire had een duidelijke uitwerking op de aanbestedingsmarkt en zette de verhoudingen tussen marktpartijen en overheid in zekere zin op scherp in die zin. Contacten tussen overheid en markt werden steeds strenger gereguleerd om waarborgen tegen fraude te scheppen. Jaren later, vanaf 2008 begon de financiële crisis. Nu, anno 2012 heeft deze crisis de bouwmarkt volop in zijn greep en meldt Cobouw elke dag nieuwe faillissementen of winstwaarschuwingen. De woningmarkt en de kantorenmarkt staan er somber bij en

de stimulering van de GWW markt is feitelijk voorbij.

22. Dit alles mondt natuurlijk uit in de constatering dat er ontegenzeggelijk sprake is van een kopersmarkt. De werkhonger is groot terwijl het werkaanbod klein is. De constatering van Jansen dat zoveel mogelijk verantwoordelijkheden en risico's naar de aannemers worden verlegd is daarmee –elf jaar na dato- nog altijd zeer actueel. Het tweede deel van die constatering, dat een dergelijke risicoverschuiving zich zou moeten vertalen in hogere prijzen, is echter door de marktontwikkeling volledig achterhaald. Het beprijzen van een onevenredige risicoverdeling is in de huidige markt feitelijk niet mogelijk omdat een aannemer die daartoe overgaat zich altijd uit de markt zal prijzen.
23. De rechtspraak laat verder zien dat van een aannemer zeer veel verwacht mag worden bij de voorbereiding van zijn inschrijving. Eén van de in de aanbestedingsrechtspraak het meest gebruikte doctrines is die van het Grossmannarrest, die er vrij vertaald op neerkomt dat inschrijvers tijdig over eventuele onduidelijkheden in aanbestedingsstukken moeten klagen (of zelfs al een kort geding moeten starten (zie Hof Leeuwarden 5 juni 2012, LJN: BW7551)), op straffe van verval van het recht om dat later alsnog te doen. Het resultaat hiervan kan zijn dat een onevenredige risicoverdeling die in de aanbestedingsfase niet door de inschrijver aan de kaak is gesteld onverkort toepassing kan vinden. Komend vanuit de strenge doctrine die voor aanbestedingen geldt is het immers de vraag waarom de rechter voor de uitvoeringsfase de aannemer tegemoet zou komen. Van een onevenwichtig toebedeeld risico dat echter wel zonneklaar in de aanbestedingsfase als zodanig kenbaar is, zal de aannemer maar moeizaam kunnen stellen dat hij dit niet heeft kunnen of moeten onderkennen en beprijzen.
24. Een voorbeeld hiervan is te vinden in een uitspraak van de Raad van Arbitrage van 19 januari 2007 (zaaknr 28.896). Die kwestie draaide om de uitleg van een opdracht voor het onderhoud aan technische installaties langs snelwegen. In het bestek was een aanzienlijke boetebepaling opgenomen indien storingen aan die installaties niet binnen één uur opgelost zouden zijn. Voor de beeldvorming, het betrof hier werkzaamheden aan een areaal van zo'n 60 kilometer snelweg. De aannemer die het bestek had aangenomen had deze termijn niet als een oplostermijn begrepen maar als een termijn waarbinnen een monteur ter plaatse moest zijn. Hij voerde hiertoe onder meer aan dat hij voor de werkzaamheden afhankelijk was van gespecialiseerde onderaannemers die alle langere aanrijdtijden in hun voorwaarden hanteren dan thans gevraagd als oplostijd. Ook voerde hij aan dat het al een kunst was om

monteurs binnen een uur ter plaatse te krijgen. Dit alles mocht hem echter niet baten. Kort gezegd oordeelden arbiters dat het bestek nu eenmaal een oplostijd bepaalde, waarbij de verkeerde lezing van het bestek voor rekening en risico van de aannemer bleef. Interessant is daarbij nog wel dat arbiters mede bepalend achtten dat per geval bezien zal moeten worden of de omstandigheid die tot het opleggen van een korting zou leiden wel in de invloedssfeer van de aannemer zou liggen. Het falen van een voorgeschreven leverancier zou volgens arbiters zo'n verontschuldigbare omstandigheid kunnen zijn. De uitspraak is naar mijn mening hier vooral relevant omdat hierin duidelijk als uitgangspunt wordt genomen dat ook indien een risicoverdeling feitelijk onhaalbaar is, de aannemer daaraan wel kan worden gehouden indien hij zich hiervan eerder bewust had kunnen en moeten zijn en toch heeft ingeschreven op het werk.

25. Dit alles maakt dat de prikkels voor aanbesteders om tot een evenwichtige risicoverdeling te komen eufemistisch gezegd niet groot zijn. Waarom zou een aanbesteder een risico aan zich houden of naar zich toe trekken als hij weet dat de aannemer uit werkhonger het risico toch op zich zal nemen terwijl het risico van een hogere prijs vrijwel nihil is? Een antwoord op deze retorische vraag wordt door de opstellers van de CUR aanbeveling gegeven:

“Door een transparante risicoverdeling zijn de verantwoordelijkheden van opdrachtnemer en opdrachtgever helder. Hierdoor daalt het aantal disputen en claims.”

26. In veel hedendaagse bestekken wordt echter vooral getracht het aantal geschillen en claims terug te brengen met contractuele bepalingen die aansluiting zoeken op de Grossmann doctrine. Deze bestekken bevatten bepalingen die inhouden dat de aannemer binnen twee weken nadat hij een fout in een bestek heeft kunnen en moeten ontdekken de opdrachtgever voor de fout moet waarschuwen op straffe van zijn recht om aan de betreffende fout consequenties te verbinden. Een soort ‘*waarschuwingsplicht 2.0*’ die het aannemers erg moeilijk maakt om meerkosten of tijd gecompenseerd te krijgen, ook als deze voortvloeien uit voor hen feitelijk onbeheersbare omstandigheden. Of dergelijke regelingen in concrete procedures overeind blijven valt te betwijfelen. Zij vormen echter wel een extra hobbel die een vorderende aannemer zal moeten slechten.

27. Aldus komt het naar mijn mening in de huidige markt vooral aan op zelfbeheersing van opdrachtgevers bij het opstellen van hun overeenkomsten. Zelfbeheersing om de

marktmacht die er nu eenmaal aan de opdrachtgeverskant is niet te misbruiken om tot een onevenwichtige risicoverdeling te komen. Opdrachtgevers moeten de wil hebben om daadwerkelijk tot een goede risicoverdeling te komen. Alleen dan zou -voor bodemrisico's- een RVG de spreekwoordelijke weg kunnen bieden om tot dit doel te komen.

IV. **RVG aanbesteden**

28. Voor mijn verdere verhaal zal ik uitgaan van de aanwezigheid bij de opdrachtgevers van de wil om tot een evenwichtige risicoverdeling te komen. Overigens laat de aanbestedingspraktijk ook zien dat het onderkennen van de risico's die met een project verbonden zijn steeds belangrijker gaat worden. Een voorbeeld hiervan is het Best Value Procurement van Rijkswaterstaat, waarin het door inschrijvers aangeven en beheersbaar maken van de risico's van een project een grote rol speelt bij de gunning.
29. In de CUR-aanbeveling wordt de RVG gekenschetst als een tussen partijen afgesproken risicoverdeling die gekoppeld is aan een bepaalde uitvoering van een werk. De aanbeveling onderscheidt daarbij twee mogelijkheden. De eerste daarvan is een door de opdrachtgever eenzijdig opgestelde en vastgestelde RVG. De tweede is een RVG die gedurende de aanbesteding door de opdrachtnemer wordt aangepast.

De eenzijdige RVG

30. Een eenzijdig vastgestelde RVG hoeft niet tot grote aanbestedingsproblemen te leiden. Feitelijk is een dergelijke RVG niet meer dan een nadere invulling door de opdrachtgever van het contractuele kader dat hij aan de markt voorstelt. Iedere inschrijver kan gelijkelijk kennis nemen van dat kader en kan daarop zijn prijs en inschrijver baseren. De eenzijdige RVG zal daarmee ook gebruikt kunnen worden bij de 'normale' aanbestedingsprocedures, de niet-openbare of de openbare procedure.
31. Of een eenzijdig vastgestelde RVG daadwerkelijk tot een verdeling van risico's zal leiden is natuurlijk de vraag, waarbij het antwoord op die vraag weer afhangt van de mate van zelfbeheersing van de opdrachtgever die hiervoor al is besproken. De verleiding zal mogelijk groot zijn om risico's niet te verdelen maar gewoon toe te wijzen, zeker indien zich dat niet meteen zal vertalen in de prijs. Hoewel een verstandig opdrachtgever de risico's daar zal leggen waar ze gedragen kunnen worden, is er niet echt een mechanisme om te bewerkstelligen dat dit ook zo zal gebeuren. De aanbeveling verandert daar helaas niets aan.

De gezamenlijke RVG

32. Een gezamenlijk tot stand gebrachte RVG kent dit laatste nadeel niet. Het door de opstellers voor deze variant noodzakelijk geachte “*..proces van informatie-uitwisseling tijdens het aanbestedingstraject..*” (pagina 9) zal echter bij de meest gebruikte (‘normale’) aanbestedingsprocedures al snel gaan wringen. In een proces van vragen die alleen tot nota’s van inlichtingen leiden en waarin inschrijvers hun kruut droog zullen houden ten aanzien van de mogelijke ontwerp oplossingen die zij in gedachten hebben, zal een echt wederkerige RVG niet snel van de grond komen. Iedere vraag die een aannemer zal stellen ten aanzien van een specifiek risico zal de concurrent immers op het spoor van een concrete oplossing kunnen zetten. Hoewel ook de normale aanbestedingsprocedures wel vormen van informatie-uitwisseling toestaan, zal dit mechanisme aan een werkelijke informatie-uitwisseling al gauw in de weg staan.
33. Daarmee kom je al snel bij andere aanbestedingsvormen zoals een concurrentiegericht dialogo of een onderhandelingsprocedure. Daarin is immers verdergaand overleg tussen aanbestede en inschrijvers mogelijk en daarin kunnen ook meerdere oplossingen binnen hetzelfde aanbestedingskader worden uitgewerkt of worden besproken. Die procedurevormen zijn echter maar beperkt toepasbaar en zullen niet voor ieder werk gebruikt mogen worden. Mogelijk dat dat onder komend recht anders zal worden maar daarvoor is nog een lange weg te gaan. Voor werken die op zich niet ingewikkeld zijn maar waar wel een mogelijke bodemproblematiek kan spelen die het opstellen van een RVG rechtvaardigt, zal de weg naar deze procedures in de regel afgesloten zijn.
34. In mijn beleving zal het daarom zo zijn dat voor aanbestedingsplichtige opdrachten een wederkerige RVG eigenlijk alleen dan toepasbaar zal zijn indien de opdrachten op zich gecompliceerd of onzeker genoeg zijn om een concurrentiegericht dialogo of een onderhandelingsprocedure te rechtvaardigen. In potentie beperkt deze constatering de toepasbaarheid van een wederkerige RVG naar mijn mening aanzienlijk. Van de vele werken waarop de UAV-gc 2005 van toepassing zijn, valt immers maar een klein deel aan te merken als zeer gecompliceerd of onzeker. Daarmee is echter niet gezegd dat voor die werken het bereiken van een evenwichtige risicoverdeling niet uiterst belangrijk is. Een werkelijk wederkerige RVG zal door die categorie opdrachten echter moeilijk te bereiken zijn.

Tweede tussenconclusie

35. Dit alles leidt alvast tot een tweede tussenconclusie. Die tussenconclusie luidt dat ook daar waar de opdrachtgever de wil heeft om tot een evenwichtige en evenredige risicoverdeling te komen, hij zich hierin gedwarsboond kan zien door het aanbestedingsrechtelijk kader. Een echt wederkerige RVG zal naar mijn mening alleen dan tot stand kunnen komen indien een werkelijk open dialoog tussen opdrachtgever en aannemer mogelijk is en geen van de partijen zijn kruit droog zal gaan houden omdat hij hierbij een concurrentieel voor- of nadeel zal hebben. Een dergelijke dialoog wordt aanbestedingsrechtelijk maar door een paar uitzonderingsprocedures mogelijk gemaakt.

V. En dan nog.. de inhoud

36. Het laatste onderwerp dat ik wil aansnijden is dat van de inhoud. Wat is een RVG nu werkelijk en wat kunnen partijen ermee? Dit is natuurlijk al door de andere inleiders besproken. Ik zal dan ook alleen nog ingaan op mijn onderwerp, de afstemming op de UAV-gc 2005.

37. De opstellers van de RVG hebben de vraag van hoe en wat als volgt beantwoord:
“Contractueel is de RV-G een afspraak tussen opdrachtgever en opdrachtnemer over de verdeling van risico's. De RV-G is op zichzelf dus geen instrument of tool voor de beheersing van risico's, maar geeft wel duidelijkheid over welke partij verantwoordelijk is voor de geïdentificeerde risico's. Aan het identificeren van de risico's ligt een risicoanalyse ten grondslag. De opdrachtnemer zal deze analyse uitvoeren vanuit zijn vraagstelling, terwijl de opdrachtnemer dit zal doen vanuit de door hem gekozen oplossing.”¹

38. Wat verderop in de Aanbeveling wordt ook de contractuele inbedding besproken die de opstellers voorstaan. Zij stellen dat bij een UAV-gc 2005 overeenkomst de RVG onderdeel zal moeten zijn van de annexen bij de Vraagspecificatie om de juiste plek in de overeenkomst tussen partijen te krijgen, waarbij zij uitdrukkelijk beogen dat de RVG een bindend document zal zijn.

39. Vervolgens bieden de hoofdstukken 6 en 7 meer materiële handreikingen aan partijen die een RVG willen vervaardigen. Hoofdstuk 6 geeft elementaire risicoverdelingen aan met argumenten waarom voor de ene of voor de andere verdeling gekozen zou kunnen worden. Hoofdstuk 7 geeft vervolgens een handvat

¹ Hoofdstuk 5.1 van de Aanbeveling

hoe een RVG eruit zou kunnen zien. Heel basaal wordt in dit hoofdstuk toegelicht welke onderdelen een rapportage zou moeten bevatten en hoe deze gepresenteerd zouden kunnen worden. Duidelijkheid en leesbaarheid zijn daarbij door de opstellers als grote deugden genoemd.

40. Laat ik vooropstellen dat iedere handreiking die ertoe kan leiden om tot een evenwichtige verdeling van risico's over partijen te komen, lof verdient. Laat ik daar meteen aan toevoegen dat ik het volledig eens ben met de opstellers, daar waar zij zeggen dat de RVG een contractueel document moet zijn, zonder de vrijblijvendheid van een informatief document. De RVG dient immers voor het vastleggen van afspraken waarop partijen moeten kunnen terugvallen en waaraan zij consequenties in tijd en geld moeten kunnen verbinden.
41. Dit gezegd zijnde, is er toch ook nog wel een kritische noot te plaatsen. De Aanbeveling blijft uit de aard der zaak immers niet meer dan een algemene handreiking die voor vele situaties gelijkelijk gebruikt zal moeten kunnen worden. Contractpartijen zijn daarmee altijd nog op zichzelf en op elkaar aangewezen om werkelijk in concrete gevallen tot die werkbare en eerlijke risicoverdeling te komen die de Aanbeveling beoogt. Zoals ik hiervoor al heb aangegeven zijn de mogelijkheden voor partijen om dat in openheid te doen zeer beperkt, zelfs als er een duidelijke wil is om de zaken goed te regelen.
42. Daarin schuilt voor mij de zwakte van de Aanbeveling. Partijen die werkelijk de wil hebben om tot een goede regeling ten aanzien van risico's te komen, zullen met die wil ook een weg vinden om die verdeling te bedenken en op te schrijven en daarmee onderdeel te maken van hun contractuele kader. Voor die wilskrachtige partijen is de Aanbeveling mogelijk wat te algemeen en te beschrijvend. Voor partijen die minder ervaring of wilskracht hebben kan de Aanbeveling echter mogelijk wel verhelderend werken en een structuur bieden om tot die evenwichtige verdeling van bodemrisico's te komen. Daarnaast kan de Aanbeveling een verdienstelijke rol hebben in het standaardiseren van de uiteindelijke rapportage die van de risicoverdeling wordt gemaakt. Dit zou kunnen bijdragen aan de herkenbaarheid van de RVG als document en daarmee van de acceptatiegraad ten aanzien van de inhoud daarvan.

VI. Eindconclusie

43. De mij voor deze bijdragen meegegeven vraag of de Aanbeveling betreffende de RVG kan worden afgestemd op de UAV-gc 2005, heb ik in mijn inleiding al volmondig bevestigend beantwoord. Mijn eindconclusie is nog steeds dat het kan maar dat er

wel een aantal hobbels op het pad liggen dat naar deze afstemmen en inpassing leidt. Het zal wilskrachtige en redelijke partijen vergen om ook in de praktijk de toepassing van de RVG mogelijk te maken, waarbij deze zich ook nog eens over de aanbestedingsrechtelijke mogelijkheden en moeilijkheden zullen moeten buigen. Het meer genuanceerde antwoord van de slotconclusie luidt dan ook: *“Het kan, maar we zijn er nog (lang) niet!”*.

Leendert van den Berg
Severijn Hulshof September 2012