

## TBR 2017/47

**Commissie van Aanbestedingsexperts, 14 oktober 2016, Advies 307, (UAV-GC 2005 geschikt voor dit project?)**

(Prof. mr. C.E.C. Jansen en mr. drs. T.H. Chen)

**UAV-GC 2005: par. 10, par. 29, par. 41; Model Basisovereenkomst; UAV 2012; Gids Proportionaliteit: voorschrift 3.9 A, voorschrift 3.9 C, voorschrift 3.9 D; ARW 2012; Aanbestedingswet 2012: art. 1.4, art. 1.6, art. 1.10; BW : art. 6:98, art. 6:101, art. 6:109; Richtlijn 2004/18/EG**

**Renovatie tunnel. Paritair opgestelde voorwaarden. Afwijken Gids Proportionaliteit**

**Met gastnoot J.C. Binnerts, Red.<sup>1</sup>**

### 1. Feiten

**1.1.** Beklaagde heeft op 12 maart 2015 een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd van een overheidsopdracht voor werken met betrekking tot de renovatie van een tunnel.

**1.2.** In paragraaf 5.1 (“Opzet overeenkomst renovatie/restauratie [A-tunnel]”) van hoofdstuk 5 (“Overeenkomst renovatie/restauratie [A-tunnel]”) van een bijlage bij de Selectieleidraad is onder andere het volgende bepaald:

‘Bij de opzet van de overeenkomst is rekening gehouden met ondermeer de navolgende uitgangsc.q. aandachtspunten:

- De overeenkomst faciliteert het coöperatieve samenwerkingsmodel waarbij enerzijds (i) door opdrachtgever en de ontwerpende bouwer als bouwpartner (de opdrachtnemer) kennis wordt ingebracht om te komen tot een optimaal resultaat qua ontwerp, planning en uitvoering en anderzijds (ii)

sprake is van vraagspecificaties welke op verschillende abstractieniveaus zijn uitgewerkt;

- De overeenkomst heeft betrekking op de contractuele aspecten (i) van de samenwerking tijdens de convergentiefase (ii) de ontbindende voorwaarden (go/no-go) aan het einde van de convergentiefase (iii) de realisatiefase inclusief (iv) een regeling ten aanzien van instandhouding;

- De overeenkomst biedt ruimte om een nader te bepalen werkverdeling tussen opdrachtgever en opdrachtnemer te duiden.

De overeenkomst bestaat, bij aanvang van de gunningfase, in grote lijnen uit:

- de ‘platte tekst’ van de overeenkomst zelf ten aanzien van (i) de convergentiefase, (ii) de realisatiefase en (iii) de instandhoudingsfase;

- de bijbehorende vraagspecificatie;

- de bijlagen met daarin ondermeer het actuele nul-dossier inzake de bestaande toestand van alle relevante onderdelen.

Opgemerkt wordt dat de overeenkomst is opgezet als een maatwerkovereenkomst, waarin van toepassing zijnde bepalingen uit UAV-GC 2005 en UAV 2012 worden ingebed in de overeenkomst.<sup>7</sup>

**1.3.** Klager heeft zich aangemeld als gegadigde en is na afronding van de selectiefase door beklagde uitgenodigd tot het doen van een inschrijving.

**1.4.** In par. 2.2 (“Scope van de Opdracht”) van de Gunningsleidraad is onder andere het volgende bepaald:

‘In de Convergentiefase wordt door de Opdrachtnemer het Definitief Ontwerp opgesteld, de Opdrachtgever vraagt de Omgevingsvergunning aan en tenslotte wordt een Geconvergeerde Prijs vastgesteld.

Tijdens de Realisatiefase dient de Opdrachtnemer Realisatiewerkzaamheden uit te voeren.

<sup>1</sup> Jan Coen Binnerts is advocaat bij Pot Jonker Advocaten te Haarlem

Gedurende de Instandhoudingsfase dient de Opdrachtnemer Instandhoudings-werkzaamheden tot en met 31 december 2022 te verrichten.'

**1.5.** Appendix 5 ('Contractdocumentatie') van de Gunningsleidraad bevat onder andere de Concept Overeenkomst (versie 14 juli 2015). Tijdens de gunningsfase hebben potentiële inschrijvers diverse vragen over deze versie van de Concept Overeenkomst gesteld.

**1.6.** In de 3e Nota van Inlichtingen is onder andere de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

Vraag 6: 'U vindt samenwerking belangrijk en stelt 'empathie' als EMVI aspect op. Echter algemene afspraken binnen de bouwsector als UAV-GC zijn niet van toepassing. Kunt u aangeven waarom dit is?'

Antwoord: 'De UAV-GC zijn niet passend bevonden als contractvorm. In het kort enkele redenen. Er worden drie fasen onderscheiden die elk een ander contractueel regime kennen, namelijk de Convergiefase, de Realisatiefase en de Instandhoudingsfase. Deze fasering – met name ten aanzien van de Convergiefase en Instandhoudingsfase – is atypisch ten opzichte van hetgeen gebruikelijk is bij een UAV-GC contract. Direct na het sluiten van de Overeenkomst start de Convergiefase. De UAV-GC biedt naar het oordeel van de Opdrachtgever geen passend kader voor deze fase, mede gelet op de door de Opdrachtgever gewenste rolverdeling tussen Partijen. De Go-beslissing versus no Go-beslissing houdt kort gezegd in dat de Opdrachtnemer pas tot realisatie van het Werk mag overgaan indien de Omgevingsvergunning is verkregen (althans dat er voldoende vertrouwen bestaat dat die zal worden verkregen) en de prijsbepaling binnen een bepaalde redelijke bandbreedte blijft. Een dergelijk 'knip' kent de UAV-GC 2005 niet, maar die knip acht de Opdrachtgever noodzakelijk. In plaats van het binair georiënteerde kader onder de UAV-GC (óf de opdrachtgever óf de opdrachtnemer is verantwoordelijk voor het verkrijgen van een vergunning) is – met name ten aanzien van de Omgevingsvergunning en de Openstellingsvergunning – bij de [A-tunnel] in vergaande mate sprake van een wisselwerking tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer met naventante wederzijdse rechten en plichten. Juist om de reden dat zowel UAV als UAV-gc als geheel niet passend zijn en enkel met veel afwijkingen zouden kunnen worden toegepast, heeft de Opdrachtgever besloten in lijn met de Gids Proportionaliteit deze voorwaarden in het geheel niet van toepassing te verklaren.'

**1.7.** In de 3e Nota van Inlichtingen zijn daarnaast antwoorden opgenomen naar aanleiding van eveneens in die Nota opgenomen vragen die direct dan wel indirect de vermeende afwijking door beklagde van bepalingen van de UAV-GC 2005 en/of de vermeende niet-naleving

door beklagde van Voorschriften van de Gids Proportionaliteit – met name Voorschriften 3.9 A en 3.9 D – ter discussie stellen. Het betreft hier de volgende vragen: 8, 10, 14, 15, 22, 28 t/m 30, 32 t/m 34, 42, 43, 45, 46, 55, 56, 58, 59, 61, 68 en 69.

**1.8.** Beklaagde heeft de Concept Overeenkomst vervolgens gewijzigd in een bijlage ('Wijziging Contractstuk Overeenkomst') gedateerd op 30 september 2015 en behorende bij de 5e Nota van Inlichtingen van 1 oktober 2015.

**1.9.** Op 8 oktober 2015 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen klager en beklagde. In het schriftelijk verslag van die bespreking zijn onder andere de volgende passages opgenomen:

'Maatwerkcontract

[Beklaagde] licht toe waarom voor een maatwerkcontract is gekozen. [Beklaagde] ziet dit project als bijzonder en uniek ook vanwege het monumentale karakter van de tunnel. Uitgangspunt voor [Beklaagde] is dat een coöperatieve samenwerking wordt gezocht met een ontwerpende bouwpartner. [Beklaagde] wil een pre-acceptatieoverleg kunnen voeren, mede in relatie tot het verkrijgen van de vergunning. De aanbesteding (selectie en gunning) is vooral gericht op KIS [*Kwaliteit, Integraliteit en Samenwerking, Commissie*]. Reeds bij de aankondiging van de aanbesteding is aangegeven dat er een maatwerkcontract zou komen. De beoogde rolverdeling gaat er vanuit dat de bouwpartner de producten maakt en [Beklaagde] de verbinding legt met het bevoegd gezag.

De insteek van [Beklaagde] houdt in dat een groot aantal wijzigingen en aanvullingen zouden moeten worden doorgevoerd bij toepassing van bouwteam of UAV-gc. Dit komt naar het oordeel van [Beklaagde] de transparantie en werkbaarheid niet ten goede. [Beklaagde] wenst zich te richten op contractbegeleiding en niet primair op contractbeheersing. Een van de argumenten voor keuze van procedure en contract is tijd. [Beklaagde] wil bewust niet 5 partijen een aanbiedingsontwerp laten maken. Het toepassen van de concurrentiegerichte dialoog is wel overwogen maar vanwege het tijdsaspect en de administratieve last voor alle partijen niet gekozen. [Beklaagde] wil tijd reserveren voor de concrete uitwerking van en afstemming over het ontwerp met de gecontracteerde bouwpartner in de convergiefase.

De reactie van [Klager] is als volgt

Vanwege het feit dat gekozen is voor maatwerk wordt een inschrijver gedwongen om vooral kritisch te zijn op wat er niet of anders is geregeld. Het niet toepassen van een standaard contractvorm wordt om die reden door [Klager] als een risico gezien. Inschrijvers worden gedwongen zich primair te concentreren op de afwijkingen van de standaard die het risicoprofiel negatief beïnvloeden. Dit levert dit bij [Klager] een aantal "rode lampen" op die

belemmerend zijn om tot bieding over te gaan tenzij daarin wezenlijke wijzigingen worden aangebracht. [Klager] is niet overtuigd door de argumenten van [Beklaagde] voor een maatwerkcontract. Naar de mening van [Klager] is een en ander ook goed te vatten in een UAV-gc contract.

[Beklaagde] stelt daartegenover dat dat een groot aantal wijzigingen en aanvullingen nodig had gemaakt wat de leesbaarheid en werkbaarheid ook niet ten goede had gekomen en de systematiek van de UAGV alsnog (deels) had doorkruist.

[Klager] heeft de indruk dat dit contract als een soort proefballon in de markt wordt gezet om te testen of die ook in de toekomst niet bij andere projecten in plaats van de UAV-gc kan worden ingezet. [Beklaagde] benadrukt dat dit niet het geval is en dat hier vanwege de uitzonderlijke projectkarakteristieken gekozen is voor een maatwerkovereenkomst.

(...)

[Beklaagde] licht kort de wijzigingen uit nota nr. 5 toe. Voor zover de punten in het gesprek niet uitdrukkelijk aan de orde zijn geweest volgt in dit verslag alsnog de betreffende toelichting.

(...)

[Klager] heeft nog de volgende meer algemene opmerkingen:

- De in de 5e nota doorgevoerde wijzigingen zijn een stap in de goede richting maar nog zeker niet voldoende.

- (...)

- [Klager] heeft alle biedingswerkzaamheden reeds een week stilgelegd. Als gevolg daarvan is het doen van een bieding op 5 november 2015 onhaalbaar.

(...)

[Beklaagde] neemt de reactie van [Klager] op de besproken punten ter harte en verzoekt Klager] haar reactie in de vorm van vragen formeel in te dienen zodat daar in de procedure door [Beklaagde] inhoudelijk, na eventuele heroverweging, op kan worden gereageerd.

**1.10.** In de 6e Nota van Inlichtingen zijn vervolgens antwoorden opgenomen naar aanleiding van eveneens in die Nota opgenomen vragen die indirect de vermeende afwijking door beklaagde van bepalingen van de UAV-GC 2005 ter discussie stellen. Het betreft hier de volgende vragen: 181, 184 en 185.

**1.11.** In de 8e Nota van Inlichtingen zijn onder andere de volgende vragen met bijbehorend antwoorden opgenomen:

**1.11.1.** 'Vraag 275: In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe (Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit). De Convergentiefase is een ontwerpfase waarin een Definitief Ontwerp wordt opgesteld. De Instandhoudingsfase is omvat onderhoudswerkzaamheden overeenkomst het

meerjarig onderhoud overeenkomstig UAV-GC. Kortom, de projectfasering in dit Project is 1 op 1 toepasbaar op die van de paritair tot stand gekomen UAV-GC. M.a.w. de UAV-GC biedt een passend juridisch kader. De UAV-GC is een integrale contractvorm waarin procesgerichte samenwerking tussen opdrachtgever en opdrachtnemer centraal staan. De argumenten van de gewenste rolverdeling tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer, de Go-or-no-Go beslissing ('de knip' tussen ontwerp- en realisatiefase) zijn juist in een UAV-GC kader goed toepasbaar en in de bouwpraktijk een goed gebruik en gewoonte.

Gegadigde acht het niet van toepassing verklaren van de UAV-GC gezien de fasering, aard, omvang en complexiteit van dit Project, niet gerechtvaardigd en strijdig met Voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit. Bovendien kan, een niet beproefde, onbekende contractvorm en werkprocessen kostenverhogend zijn en tot grote mate van onzekerheid leiden, tot een voor zowel Opdrachtgever als Opdrachtnemer onduidelijkheden en vertraging in de planning hetgeen contrair is aan het doelstellingen van het Project. Wij verzoeken Opdrachtgever dringend haar standpunt betreffende het niet van toepassing verklaren van de UAV-GC te heroverwegen.'

Antwoord: 'De Opdrachtgever benadrukt dat deze zich ervan bewust is dat het extra inspanning vergt van de Opdrachtnemer om het contract te doorgronden. De Opdrachtgever is bij het opstellen van het contract primair uitgegaan van de inhoud en heeft daarbij de meest passende vorm gekozen. Naar het oordeel van de Opdrachtgever is dat een maatwerkcontract (zie ter toelichting het antwoord op vraag 6 van de 3e Nota van Inlichtingen). De Opdrachtgever is in de Nota's van Inlichtingen bereid geweest n.a.v. vragen en opmerkingen de contractstuk-ken aan te passen en heeft niet onverkort vast gehouden aan de bepalingen vastgelegd in de eerste versie van de Overeenkomst. Aanvullende daarop zal de Opdrachtgever artikel 1.2 van de Overeenkomst wijzigen zodat voor de uitleg van de Overeenkomst niet enkel de Overeenkomst zelf, maar ook de Nota's van inlichtingen gebruikt kunnen worden. Dat is relevant omdat deze Nota's van Inlichtingen een toelichting is gegeven op onderdelen van de Overeenkomst, dat vergroot de bruikbaarheid en begrijpelijkheid van dit maatwerkcontract.

Artikel 1.2.3 van de Overeenkomst is vervallen en artikel 1.2.2 van de Overeenkomst is gewijzigd in: "Deze Overeenkomst regelt uitsluitend en uitputtend de rechtsverhouding tussen de Partijen over de in deze Overeenkomst beschreven kwesties en afspraken. Deze Overeenkomst is in de plaats gekomen van documenten, verklaringen en gedragingen over en weer van de Partijen van eerdere datum over die kwesties en voorstellen voor afspraken daarover en deze kunnen niet als bewijs voor

de uitleg van deze Overeenkomst worden gebruikt, waartoe in ieder geval behoort de selectieleidraad en de gunningleidraad die zijn gebruikt in de aanbestedingsprocedure zoals beschreven in de overwegingen. In afwijking van de vorige volzin geldt dat de Nota's van Inlichtingen bijgevoegd als Bijlage 29 zijn bijgevoegd, wel van belang zijn voor de rechtsverhouding tussen de Partijen." Ook al zou een qua inhoud gelijkwaardige aanpassing mogelijk zijn in de vorm van een aangepaste UAV-gc overeenkomst, dan is dat om aanbestedings- en planningstechnische redenen niet uitvoerbaar.<sup>7</sup>

**1.11.2.** Vraag 276 [naar aanleiding van het antwoord van beklagde op vraag 6 in de 3e Nota van Inlichtingen, zie 1.6 hiervoor, Commissie]: 'Het argument van het 'binaire georiënteerde karakter' van de UAV-GC" kan Gegadigde niet plaatsen. Juist zonder veel afwijkingen op de UAV-GC is de UAV-GC bij uitstek een juridisch jarenlang uitvoerig beproefd kader betreffende het bereiken van een optimale samenwerking tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer binnen de tijdscritische Mijlpalen in dit complexe Project. Het specifiek voor dit Project opgestelde (concept) maatwerkcontract is grotendeels geënt op afwijkingen contrair aan in de bouwpraktijk gebruik en gewoonten. Gegadigde constateert tot haar spijt een grote mate van juridisering in aanvang van de tenderfase, hetgeen niet in het belang is voor het welslagen van dit belangrijke project. Wij verzoeken Opdrachtgever dringend haar standpunt betreffende het niet van toepassing verklaren van de UAV-GC te heroverwegen.'

Antwoord: 'De specifieke kenmerken van dit renovatie/restauratie project vergen een op maat gesneden regeling. Daartoe behoort het in goed onderling overleg tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer doorlopen van de Convergentiefase met als doel het verkrijgen van een Omgevingsvergunning, met instemming van de Rijksdienst van Cultureel Erfgoed en andere stakeholders. Tevens behoort daartoe het uitvoeren van de Realisatiewerkzaamheden binnen een periode van een jaar per Tunnelbuis, zodat de gehele afsluiting (t.b.v. o.a. ESIT) van de [A-tunnel] in de verkeersluwe zomerperioden kan plaatsvinden en de Realisatie-werkzaamheden binnen de Mijlpaladata zijn afgerond ter beperking van de verkeersoverlast in de stad. Termijnverlenging past niet bij deze doelstelling. Met het enkel invullen van de basisovereenkomst conform de UAV-gc kan derhalve niet volstaan worden. Ook een groot aantal afwijkingen van de basisovereenkomst en de UAV-gc zou naar verwachting van de Opdrachtgever eveneens tot vragen hebben geleid.

De Opdrachtgever betreft het beeld van juridificering dat wordt geschetst. Dit is niet conform het beeld dat de Opdrachtgever wil afgeven en ligt niet in lijn met het coöperatieve samenwerkingsmodel. De Opdrachtgever werkt in de Convergentiefase samen met de Opdrachtnemer om tot goede

resultaten te komen. Dit is tijdens de informatiebijkonst d.d. 9 september 2015 benadrukt (zie ook het procesverbaal met presentatiesheets zoals verstrekt in de 3e Nota van Inlichtingen). Hiermee zijn deze stukken onderdeel geworden van het contract. In na-volging daarop hecht de Opdrachtgever eraan om haar positie in de Convergentiefase op hoofdlijn als volgt te duiden.

De Opdrachtgever wenst haar kennis en ervaring met betrekking tot het project te delen met de Opdrachtnemer. Dit betekent dat de Opdrachtnemer een open en bereidwillige houding van Opdrachtgever kan verwachten in de beantwoording van vragen inzake onder meer Nuldossier en Vraagspecificaties. Daarnaast is er actieve communicatie over de gevraagde eindproducten, met als doel het voor de Opdrachtnemer mogelijk te maken dat op te stellen producten effectief tot stand komen en de Acceptatie van de documenten wordt bespoedigd. In het kader van het wederzijdse belang om de voortgang van het project te bevorderen, zal de Opdrachtgever zich proactief inspannen, ook richting haar eigen organisatie, om Wijzigingen zo veel mogelijk te beperken.'

**1.11.3.** In de 8e Nota van Inlichtingen zijn daarnaast antwoorden opgenomen naar aanleiding van eveneens in die Nota opgenomen vragen die direct dan wel indirect de vermeende afwijking door beklagde van bepalingen van de UAV-GC 2005 en/of de vermeende niet-naleving door beklagde van Voorschriften van de Gids Proportionaliteit - met name Voorschriften 3.9 A en 3.9 D - ter discussie stellen. Het betreft hier de volgende vragen: 300, 302, 303, 308, 311, 312, 322, 325, 326, 328 t/m 333, 339, 341 en 342.

**1.12.** Beklagde heeft de Concept Overeenkomst opnieuw gewijzigd op 23 oktober 2015 in het document "Wijzigingen contractstukken t.b.v. de 8e Nota van Inlichtingen".

**1.13.** De Concept Overeenkomst bevat - na de door beklagde in de 5e en de 8e Nota van Inlichtingen daarin aangebrachte wijzigingen (zie 1.8 en 1.12 hiervoor) - onder andere de volgende bepalingen:

'5.6.1 Na Acceptatie van het Definitief Ontwerp, stellen Partijen de Geconvergeerde Prijs voor de Realisatiewerkzaamheden en de Instandhoudingswerkzaamheden vast aan de hand van wat hierboven in dit hoofdstuk 5 (Convergentiefase) is vastgelegd, met betrekking tot:

- de eventuele uitkomsten van de optimalisaties van de Werkzaamheden zoals beschreven in artikel 5.1.4;
- de uitkomsten van de verificatie van het Nuldossier, de Vraagspecificatie en de overige Bijlagen, zoals beschreven in artikel 5.2;
- de invulling van scopeonderdelen en keuze voor het al dan niet uitvoeren van de opties, zoals beschreven in artikel 5.3 (waarvoor stelposten zijn opgenomen bij de Prijs);

- de specifieke aanwijzingen van de Opdrachtgever met betrekking tot het Definitief Ontwerp en de documentatie met betrekking tot het aanvragen van de Omgevingsvergunning, zoals beschreven in artikel 5.4 en 5.5 (waarvoor een stelpost is opgenomen bij de Prijs);

- het vaststellen van de verrekenbare hoeveelheden en de daarbij behorende vergoeding, voor zover uit bijlage 1 van de Staat van Ontleding Prijs (Bijlage 20.2) blijkt dat die verrekenbare hoeveelheden tijdens de Convergentiefase moeten worden vastgesteld; het nader afbaken van de Instandhoudingswerkzaamheden, waarover afspraken zijn vastgelegd in artikel 5.4.10.

5.6.2 Partijen stellen de in het vorige artikellid bedoelde Geconvergeerde Prijs vast door ieder een eigen begroting op te stellen van het Financieel Gevolg van het totaal van de bovenstaande posten. Die begroting moet zijn opgesteld binnen vier (4) weken na Acceptatie van het Definitief Ontwerp door de Opdrachtgever. Bij het opstellen van die begroting nemen Partijen in acht wat in artikel 11.6.1 tot en met 11.6.4 (Financieel Gevolg) is vastgelegd. Indien bij een vergelijking tussen de beide begrotingen blijkt dat het verschil in de hoogte van het Financieel Gevolg van het totaal van de in het vorige artikellid genoemde vijf posten:

- kleiner is dan 10%, dan geldt het Financieel Gevolg zoals blijkt uit de begroting van de Opdrachtnemer;

- is gelegen tussen 10% en 30%, dan geldt dat het Financieel Gevolg zoals blijkt uit de beide begrotingen wordt vastgesteld op het gemiddelde van beide begrotingen;

- meer is dan 30%, dan geldt dat een kostendeskundige een bindende partijbeslissing neemt ter vaststelling van het Financieel Gevolg.

(...)

6.7.1 Vanaf het moment van Beschikbaarstelling van een deel van de [A-tunnel] door de Opdrachtgever aan de Opdrachtnemer tot aan het moment van Vervroegde Ingebruikneming van dat deel dan wel de Aanvaarding (welk moment van deze twee eerst is) daarvan, is schade aan de [A-tunnel] voor rekening en risico van de Opdrachtnemer, tenzij de Opdrachtnemer bewijst dat die schade is veroorzaakt door andere omstandigheden dan de uitvoering van de Realisatiewerkzaamheden.

(...)

9.2.1 Na verloop van een periode van vijf (5) jaar, te starten onmiddellijk na afloop van de Instandhoudingsfase (zonder toepassing van de optie tot verlenging van de duur), is de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk voor gebreken aan het Werk of enig onderdeel daarvan, tenzij:

- de Opdrachtgever aannemelijk maakt dat die gebreken te wijten zijn aan de schuld van de Opdrachtnemer, of krachtens wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de Opdrachtnemer komen, en

- de Opdrachtgever die gebreken niet heeft opgemerkt of redelijkerwijs had kunnen opmerken voor het eindigen van de Instandhoudingsfase.

9.2.3 De in totaal op grond van het eerste artikellid door Opdrachtnemer te vergoeden schade is beperkt tot EUR 20.000.000.= (voluit: twintig miljoen euro).

(...)

10.8.1 Vanwege het niet behalen van de onderstaande Mijlpalen, zal een korting op de Geconvergeerde Prijs van toepassing zijn, waarvan de hoogte als volgt wordt vastgesteld:

- EUR 20.000.= (voluit: twintigduizend euro) voor iedere Dag dat de Tunnelbuis West later dan de Mijlpaal van 14 juli 2018 gereed is voor ESIT, waarbij geldt dat de korting pas in mindering wordt gebracht na ommekomst van een term de grace van dertig (30) Dagen voor de duur dat de Tunnelbuis West later gereed is voor ESIT dan de voornoemde Mijlpaal, maar dan voor ten minste een bedrag van EUR 600.000.= (voluit: zeshonderdduizend euro), te vermeerderen met EUR 20.000.= (voluit: twintigduizend euro) voor iedere Dag dat de Tunnelbuis West nog niet gereed is voor ESIT, met een maximale korting van EUR 1.000.000.= (voluit: één miljoen euro);

- EUR 50.000.= (voluit: vijftigduizend euro) voor iedere Dag dat de Tunnelbuis Oost later dan de Mijlpaal van 3 augustus 2019 gereed is voor ESIT, waarbij geldt dat de korting pas in mindering wordt gebracht na ommekomst van een term de grace van vijftien (15) Dagen voor de duur dat de Tunnelbuis Oost later gereed is voor ESIT dan de voornoemde Mijlpaal, maar dan voor ten minste een bedrag van EUR 750.000.= (voluit: zevenhonderdvijftigduizend euro), te vermeerderen met EUR 50.000.= (voluit: vijftigduizend euro) voor iedere Dag dat de Tunnelbuis Oost nog niet gereed is voor ESIT, met een maximale korting van EUR 15.000.000.= (voluit: vijftien miljoen euro);

- EUR 10.000.= (voluit: tienduizend euro) voor iedere Dag dat het Werk later dan de Mijlpaal van 30 april 2020 het gereed is voor Aanvaarding door de Opdrachtgever, met een maximale korting van EUR 5.000.000.= (voluit: vijf miljoen euro).<sup>2</sup>

(...)

11.1.3 In het geval uit de onderstaande procedure tot Wijziging blijkt dat sprake is van een Wijziging, maar Partijen in de onderstaande procedure niet overtuigd tot overeenstemming komen over het Financieel Gevolg daarvan, dan is de Opdrachtnemer – vanwege de noodzaak om de Mijlpalen opgenomen in artikel 3.5 (Mijlpalen) te halen – desondanks verplicht de Wijziging op eerste verzoek van de Opdrachtgever onverwijld en onvoorwaardelijk uit te voeren, waarbij de Opdrachtgever als voorschot aan de Opdrachtnemer zal betalen het bedrag dat volgens de Opdrachtgever ontwijfelbaar toekomt aan de Opdrachtnemer. De Opdrachtnemer mag zich alsdan niet op opschorting beroepen of vanwege een andere reden weigeren uitvoering

te geven aan het verzoek van de Opdrachtgever. Vervolgens zullen Partijen door middel van de procedure beschreven vanaf 11.6.4 vaststellen of de Opdrachtgever aanvullend op het voorschot nog een bedrag aan de Opdrachtnemer moet betalen vanwege het Financieel Gevolg voortvloeiend uit de desbetreffende Wijziging.

(...)

11.6.4 De toetsing door de Opdrachtgever van de Inschrijving tijdens de aanbestedingsprocedure, waarbij Staat van ontleding Prijs (Bijlage 20.2) respectievelijk de Staat van Ontleding G-Prijs de Open Begroting zijn gevoegd, hebben op geen enkele wijze invloed op de mogelijkheden van de Opdrachtgever om bij de uitvoering van de afspraken over het bepalen van het Financieel Gevolg de in die staat van ontleding en/of de Open Begroting opgenomen posten, prijzen en/of opslagen (hoe ook genaamd) te mogen toetsen op markconformiteit zoals bedoeld in het vorige artikellid.

11.6.5 Nadat de Opdrachtgever de opgave van het door de Opdrachtnemer voorgestelde Financieel Gevolg, met onderbouwing, heeft ontvangen, kan de Opdrachtgever aan de Opdrachtnemer berichten dat de Opdrachtgever:

- het voorstel van de Opdrachtnemer accepteert, waarna Partijen in een document de Wijziging, met het Financieel Gevolg, vastleggen;
- het voorstel van de Opdrachtnemer afwijst, waarna de afspraken vastgelegd in het volgende artikellid worden gevolgd.

11.6.6 Indien de Opdrachtgever het voorstel van de Opdrachtnemer voor het Financieel Gevolg afwijst, zal die afwijzing moeten zijn onderbouwd met een door de Opdrachtgever opgestelde eigen begroting van het Financieel Gevolg. Indien bij een vergelijking tussen de beide begrotingen blijkt dat het verschil in de hoogte van het Financieel Gevolg van de bovenstaande drie posten:

- kleiner is dan 10%, dan geldt het Financieel Gevolg zoals blijkt uit de begroting van de Opdrachtnemer;

- is gelegen tussen 10% en 30%, dan geldt dat het Financieel Gevolg zoals blijkt uit de beide begrotingen wordt vastgesteld op het gemiddelde van beide begrotingen;

- meer is dan 30%, dan geldt dat een kostendeskundige een bindende partijbeslissing neemt ter vaststelling van het Financieel Gevolg.

(...)

14.2.2 Ontbinding van de Overeenkomst door de Opdrachtnemer of de Opdrachtgever op grond van de wet is niet uitgesloten.

14.2.3 In afwijking van het vorige artikellid geldt dat de Opdrachtnemer vanwege het niet (tijdig) betalen door de Opdrachtgever van facturen of termijnen de Overeenkomst niet mag ontbinden. Evenmin mag de Opdrachtnemer alsdan de uitvoering van zijn Werkzaamheden opschorten.

**1.14.** Op 5 november 2015 heeft klager per e-mail aan beklagde laten we-

ten geen inschrijving in te dienen met betrekking tot de onderhavige opdracht.

## 2. Beschrijving klacht

**2.1.** Klachtonderdeel 1  
Beklaagde handelt in strijd met Voor-schrift 3.9 C Gids Proportionaliteit.

**2.2.** Klachtonderdeel 2  
Beklaagde handelt in strijd met Voor-schrift 3.9 D Gids Proportionaliteit.

**2.3.** Klachtonderdeel 3  
Beklaagde handelt in strijd met Voor-schrift 3.9 A Gids Proportionaliteit.

## 3. Onderbouwing klacht

**3.1.** Klachtonderdeel 1  
3.1.1. Het onderhavige project bestaat uit de renovatie en restauratie van de A-tunnel te B. Klager heeft veel ervaring met dergelijke projecten en deze veelvuldig uitgevoerd met toepassing van de UAV-GC. Klager is van oordeel dat ook ten aanzien van het onderhavige project de UAV-GC toepasbaar zijn. De UAV-GC zijn algemeen aanvaard en erkend als de standaardvoorwaarden voor projecten in de bouw en voor projecten als de onderhavige. Ook in eerdere renovatie- en restauratieprojecten met betrekking tot bestaande tunnels zijn de UAV-GC toegepast. Klager verwijst daarbij naar de renovatie en restauratie van de Velsertunnel (inclusief meerjarig onderhoud van 7 jaar) waarbij de werkzaamheden nagenoeg overeenkomen met de werkzaamheden in dit project en waarbij ook een convergentiefase is ingebouwd. In de convergentiefase worden de "Convergentie-werkzaamheden" verricht die kort gezegd gericht zijn op het faciliteren van het verkrijgen van de omgevingsvergunning door opdrachtgever. De werkzaamheden betreffen onder meer het ontwerpen, verifiëren van het Nuldossier, de Vraagspecificatie en bijlagen. Beklaagde bepaalt of bepaalde opties al dan niet worden ingeroepen en de geconvergeerde prijs wordt bepaald. Als klap op de vuurpijl heeft beklagde de mogelijkheid om te besluiten over het vervolg van het project, of doorgaan met de realisatiefase of de overeenkomst tussentijds opzeggen. Het voorgaande staat beschreven in artikel 5.1 van de Concept Overeenkomst.

**3.1.2.** In dit project heeft beklagde er echter voor gekozen om niet de UAV-GC toe te passen maar een geheel eigen Concept Overeenkomst op te stellen. De Concept Overeenkomst wijkt op vele punten af van de paritair opgestelde voorwaarden UAV-GC 2005 en de daarbij behorende Model Basisovereenkomst. Deze voorwaarden zijn niet het uitgangspunt geweest met daarop minimale, gemotiveerde afwijkingen. Beklaagde heeft er voor gekozen om een nieuw, uniek contract te schrijven. Naar het oordeel van klager is dit contract niet evenwichtig opgesteld en zelfs eenzijdig opgesteld. Op essentiële onderdelen wordt geen rekening gehouden met de belangen

van klager, worden alleen de belangen van beklagde gediend en worden aansprakelijkheden en risico's worden ongelimiteerd neergelegd bij klager. Dit is in de klachtonderdelen nader uitgewerkt.

**3.1.3.** Het ARW 2012, de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit onderschrijven het belang van het gebruik van proportionele voorwaarden voor zowel de aanbestedende dienst als de inschrijvende partijen. Om deze reden is in Voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit bepaald dat een aanbestedende dienst paritair vastgestelde contractmodellen of algemene voorwaarden in beginsel dient toe te passen indien deze voor een bepaalde overeenkomst bestaan. Projectspectifieke situaties kunnen het noodzakelijk maken om af te wijken, maar die afwijkingen dienen dan wel te kunnen worden gemotiveerd. De Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005 zijn goed toepasbaar op het onderhavige project. Beklaagde heeft haar keuze om tot een geheel eigen overeenkomst te komen niet in de Gunningslei-draad gemotiveerd.

**3.1.4.** Daarnaast geeft de Gids Proportionaliteit uitdrukkelijk aan dat het geheel van clausules in een contract inclusief inkoopvoorwaarden het best bezien worden in hun onderlinge samenhang. Immers, de individuele bepalingen kunnen elk voor zich proportioneel zijn, maar in hun onderlinge samenhang kunnen zij, vanwege cumulatieve-effecten, disproportioneel worden. Gezien de stelselmatige afwijking van de UAV-GC en de eenzijdigheid van de bepalingen geeft de huidige overeenkomst van beklagde een groot aantal bepalingen die afzonderlijk, maar in ieder geval in onderlinge samenhang, tot disproportionele voorwaarden in de overeenkomst leiden.

**3.1.5.** Klager, maar ook andere gegadigden, hebben in de tenderfase (zeer) veel vragen gesteld ten aanzien van de bepalingen in de overeenkomst. Daaruit blijkt dat de zorg over de voorwaarden onder de gegadigden breed wordt gedeeld.

**3.1.6.** Pas in de 3e Nota van Inlichtingen van 17 september 2015 geeft beklagde, naar aanleiding van de vele vragen van gegadigden, een aanzet tot motivering van haar keuzes [zie het antwoord op vraag 6 in 1.6 hiervoor, Commissie].

**3.1.7.** Naar aanleiding van de beantwoording van vraag 6 in de 3e Nota van Inlichtingen heeft klager in haar klacht bij het klachtenmeldpunt van beklagde het volgende gesteld:

a. De door beklagde benoemde fasering heeft met interne beslismomenten bij beklagde te maken ten aanzien van de voortgang van het project. Niet duidelijk is waarom als gevolg daarvan een UAV-GC contract niet meer zou voldoen.

b. Beklaagde noemt in dit kader de door beklagde gewenste rolverdeling, maar laat na om deze nader te motiveren, althans duidelijk te maken in welke

mate deze afwijkt van de gebruikelijke rolverdeling onder een UAV-GC contract.

c. Paragraaf 10 UAV-GC regelt nadrukkelijk de mogelijkheid van beklagde om de overeenkomst (het UAV-GC contract) te beëindigen in geval van het niet tijdig verkrijgen van de benodigde vergunningen. Een go-no-go beslissing als hierboven in het antwoord van beklagde beschreven, valt goed op die systematiek aan te sluiten.

d. Verder stelt beklagde in haar antwoord dat ten aanzien van de Omgevings-vergunning in verband met sprake is van een wisselwerking tussen de Opdrachtgever en de Opdrachtnemer met navante wederzijdse rechten en plichten. Als dit al zo zou zijn, hetgeen ongemotiveerd blijft (het betreft hier slechts een algemene stelling), is het de vraag waarom het overgrote deel van een UAV-GC contract dat niet ziet op vergunningen niet alsnog onverkort van toepassing kan worden verklaard.

**3.1.8.** Klager is van oordeel dat beklagde de onvoldoende gronden heeft om de UAV-GC niet toe te passen. In eerdere vergelijkbare projecten bij een andere opdrachtgever – Rijkswaterstaat – zijn de UAV-GC wel en met succes toegepast. De UAV-GC biedt voldoende mogelijkheden tot aanvulling om zo aan de wensen van beklagde tegemoet te komen. De zogenaamde Convergentiewerkzaamheden komen in grote lijnen overeen met de gebruikelijke werkzaamheden binnen het kader van een design- & construct contract. Kort gezegd kunnen deze worden gekwalificeerd als voorbereidende werkzaamheden, noodzakelijk voordat tot realisatie van een project kan worden overgegaan. Voor wat betreft renovatie- en onderhoudswerkzaamheden verwijst klager nogmaals naar de projectrenovatie en restauratie van de Velsertunnel waarbij de werkzaamheden nagenoeg overeenkomen met de werkzaamheden in het onderhavige project en ook een convergentiefase is ingebouwd. Na de oplevering is een meerjarig onderhoud dan wel een onderhoudsfase overeengekomen die nagenoeg gelijk is aan de instandhoudingsfase in het project A-tunnel. Ook het project Velsertunnel betrof een renovatie/restauratie van een oude tunnel met veel onzekerheden, een project met een zeer korte doorlooptijd, een convergentiefase, een korte periode waarin de werkzaamheden uitgevoerd moesten worden en dezelfde soort werkzaamheden (civiele werkzaamheden en vernieuwen van TTI).

**3.1.9.** Klager wijst er verder nog op dat in de Concept Overeenkomst van beklagde vele bepalingen resteren die voor haar niet acceptabel zijn. Een aantal van deze bepalingen heeft klager opgenomen in een bijlage bij de klacht zoals zij die bij de Commissie heeft ingediend. Het betreft hier volgens klager bepalingen die op zich zelf, maar zeker in combinatie, tot een disproportioneel contract leiden. Ook in de klacht zelf heeft klager haar standpunt per (ontbrekende) bepaling

nogmaals kort gemotiveerd. In dat verband noemt klager de volgende (ontbrekende) bepalingen:

- a. artikel 14.2.3 Concept Overeenkomst (niet betalen door de Opdrachtgever maar wel doorwerken Opdrachtnemer);
- b. artikel 11.1.3 Concept Overeenkomst (wijzigingen uitvoeren zonder financiële overeenstemming);
- c. artikel 5.6.2 en 11.6.6 Concept Overeenkomst (wijze van bereiken van overeenstemming over de Geconvergeerde Prijs en Financieel Gevolg);
- d. het ontbreken van een contractuele bepaling die voorziet in een aansprakelijkheidslimitering tijdens de realisatiefase conform Voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit. Klager verwijst in dit verband ook naar klachtonderdeel 2;
- e. artikel 10 Concept Overeenkomst (boeteregeling). Klager verwijst in dit verband ook naar klachtonderdeel 2;
- f. artikel 6.7.1 Concept Overeenkomst (omkering bewijslast in renovatieproject);
- g. artikel 9.2.3 Concept Overeenkomst (beperking aansprakelijkheid voor verborgen gebreken na afloop van de Instandhoudingsfase).

**3.1.10.** Klager merkt op dat deze opsomming geen volledige lijst is van alle in haar ogen disproportionele bepalingen in de overeenkomst.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

**3.2.1.** Klager stelt dat de oorspronkelijke regeling in de Concept Overeenkomst geen beperking bevatte van de aansprakelijkheid voor schade tijdens de realisatiefase, de instandhoudingsfase en ook daarna voor verborgen gebreken. Daarnaast was de boete voor niet tijdige oplevering onbeperkt. Gegadigden hebben vele vragen gesteld over deze onbeperkte financiële risico's. Aanvankelijk bleek beklagde niet bereid om beperkingen op te nemen, maar gedurende de klachtenprocedure bij het klachtenmeldpunt heeft beklagde toch een aantal aansprakelijkheden beperkt. Klager is van oordeel dat de oorspronkelijke regeling uit de aanbestedingsdocumenten alsmede de thans nog geldende regeling (nog steeds) in strijd is met de Gids Proportionaliteit. De huidige aansprakelijkheid is voor de realisatiefase en de instandhoudingsfase niet gelimiteerd qua hoogte alsmede qua soort. Dat betekent dat alle schades hieronder vallen (zowel directe als indirecte schade) alsmede dat de schade niet beperkt is tot schade die is veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad. Alle schades vallen er onder en daarmee is de aansprakelijkheid onbeperkt. Klager acht dit disproportioneel.

**3.2.2.** Klager is van oordeel dat beklagde en haar klachtenmeldpunt bij de beantwoording van de vragen respectievelijk de klacht onvoldoende tegemoet komen aan de klachten van klager.

**3.2.3.** Bij de behandeling van de klacht verwijst het klachtenmeldpunt

naar artikel 9.2.1 van de overeenkomst. Dit artikel handelt uitsluitend over de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken ná de instandhoudingsfase van het werk en niet over de aansprakelijkheid voor gebreken tijdens de realisatiefase en de instandhoudingsfase zelf. Voor de aansprakelijkheid op grond van artikel 9.2 (na de instandhoudingsfase) heeft beklagde na de gestelde vragen een beperking van de aansprakelijkheid opgenomen in artikel 9.2.3 tot een bedrag van € 20.000.000, zijnde 25-35% van de opdrachtwaarde, waarbij zij tevens heeft aangegeven dat dit een in de markt gebruikelijk percentage betreft. Ook hier wijkt beklagde ongemotiveerd af van de UAV-GC. Met het niet toepassen van de paritair vastgestelde Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005 is de beperking van aansprakelijkheid, zoals die is opgenomen in § 28-3, immers niet van toepassing. In § 28-3 is bepaald dat de totaal door de Opdrachtnemer te vergoeden schade in verband met gebreken in het werk na de feitelijke datum van oplevering is beperkt tot 10% van de in de basisovereenkomst vastgelegde prijs. Daarnaast is een percentage van 25-35% van de geraamde opdrachtwaarde niet een in de branche gebruikelijke aansprakelijkheidsbeperking. In de branche zijn immers de UAV-GC gebruikelijk en deze hanteert voor aansprakelijkheid voor verborgen gebreken na oplevering een percentage van 10%.

**3.2.4.** Klager merkt op dat er nog steeds geen beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen ten aanzien van de realisatiefase en de instandhoudingsfase, welke fases de belangrijkste en meest risicovolle fases zijn gedurende het project en in welke fases de grootste kans op aansprakelijkheden bestaat.

**3.2.5.** Aangezien een beperking van aansprakelijkheid voor de realisatiefase en de instandhoudingsfase ontbreekt is de wettelijke regeling van aansprakelijkheid van toepassing. Deze is in beginsel ongelimiteerd hetgeen naar het oordeel van klager in strijd is met de Gids Proportionaliteit. Voorgaande wordt in de beantwoording door beklagde van de gestelde vragen en in de behandeling van de klacht door het klachtenmeldpunt gerechtvaardigd met verwijzing naar de uitspraak Vzv. Rb. Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7530 en met de stelling dat de aansprakelijkheid is gelimiteerd door de wettelijke regeling van met name de artikelen 6:98, 6:101 en 6:109 BW.

**3.2.6.** Klager volgt beklagde en haar klachtenmeldpunt daar niet in. Deze wettelijke regeling bestond reeds op het moment dat de Gids Proportionaliteit werd opgesteld. De uitdrukkelijk bepaling van Voorschrift 3.9 D is overbodig als de wet zelf al zou voorzien in een regeling die de aansprakelijkheid beperkt. Het voorschrift is opgenomen met een reden, zijnde een verdere beperking van de aansprakelijkheid bij aanbestedingsprocedures dan welke is voorzien in het Burgerlijk Wetboek.



**3.2.7.** Daarnaast is klager van oordeel dat de uitspraak van de rechtbank niet onverkort kan worden toegepast op het project A-tunnel. De casus bij de rechtbank betrof de levering van nieuwe printers terwijl het project A-tunnel ziet op een complexe renovatie en restauratie van een oude tunnel. De uitspraak van de rechtbank ziet specifiek op een regeling opgenomen in artikel 14 van de gebruikte Algemene voorwaarden, welke regeling niet te vergelijken is met de aansprakelijkheidsregeling in de Concept Overeenkomst in dit project. De risico's zijn daar compleet anders in aard en omvang.

**3.2.8.** Bovendien is in de betreffende casus wel degelijk sprake van een beperking van de aansprakelijkheid naar hoogte alsmede naar de aard van de oorzaak (alleen schade die is veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad) alsmede naar de soort schade (directe en indirecte schade). De aansprakelijkheid in de Concept Overeenkomst is voor de realisatiefase en de instandhoudingsfase niet gelimiteerd. Alle schades vallen er onder en de aansprakelijkheid is daarmee onbeperkt. Klager acht dit disproportioneel.

**3.2.9.** Klager verwijst nog naar het Advies 154 van de Commissie. In afwijking van de Concept Overeenkomst was in die zaak wel een beperking opgenomen tot schade als gevolg van een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad (overweging 6.2.3) en was daar wel een maximum bedrag opgenomen (overweging 6.2.4). In het advies geeft de Commissie nog aan dat niet is voldaan aan Voorschrift 3.9 D lid 2 van de Gids Proportionaliteit aangezien deze bepaling de aanbestedende dienst verplicht om een eigen beoordeling te maken met het oog op de beantwoording van de vraag welke limitering van de aansprakelijkheid proportioneel is in het concrete voorliggende geval (overwegingen 6.2.11, 6.2.12 en 6.2.13). Dat is niet gebeurd en beklagde legt zonder nadere toelichting nagenoeg alle risico's en aansprakelijkheden bij de Opdrachtnemer. Deze onbeperkte risico's zijn daarnaast niet verzekeraar (zie ook hierna in 3.2.16). Nogmaals verwijst klager naar de vele vragen die over dit onderwerp door de verschillende gegadigden zijn gesteld en de onwil bij beklagde om aan de zorgen van de gegadigden tegemoet te komen. Voorgaande zal mogelijk leiden tot het afhaken van gegadigden.

**3.2.10.** Ook in Advies 40 van de Commissie wordt duidelijk aangegeven dat in die situatie de aansprakelijkheid naar aard en hoogte wel beperkt is (overweging 6.5.2) zodat daarmee wordt voldaan aan Voorschrift 3.9 D lid 1 van de Gids Proportionaliteit. In de Concept Overeenkomst is de aansprakelijkheid voor schade in de realisatiefase en de instandhoudingsfase niet gelimiteerd qua hoogte alsmede niet qua soort. Dat betekent dat alle schades hieronder vallen (zowel directe als indirecte schade) alsmede dat de schade

niet beperkt is tot schade die is veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad. Alle schades vallen er onder en de aansprakelijkheid is daarmee onbeperkt. Klager acht dit disproportioneel.

**3.2.11.** Beklaagde doet nog een beroep op artikel 6:98 BW. Klager is van oordeel dat dit artikel ziet op de toerekenbaarheid van de schade en niet op de beperking van de aansprakelijkheid. Dit dient naar het oordeel van klager goed uit elkaar gehouden te worden. Een toerekenbare schade kan immers immense financiële gevolgen hebben die vervolgens niet in omvang beperkt zijn zoals de Gids Proportionaliteit voorschrijft.

**3.2.12.** Tevens verwijst beklagde naar artikel 6:101 BW. Klager is van oordeel dat ook artikel 6:101 BW ziet op de toerekenbaarheid van de schade en niet op de beperking van de aansprakelijkheid. Als gezegd dient dit naar het oordeel van klager goed uit elkaar gehouden te worden aangezien een toerekenbare schade immense financiële gevolgen kan hebben die vervolgens niet in omvang beperkt zijn zoals de Gids Proportionaliteit voorschrijft.

**3.2.13.** Ten slotte verwijst beklagde naar artikel 6:109 BW. De in artikel 6:109 BW opgenomen matigingsbevoegdheid betreft geen beperking van de aansprakelijkheid. Het is een discretionaire bevoegdheid van de rechter om de wettelijke verplichting tot schadevergoeding te matigen. De rechter is hier evenwel niet toe verplicht. Bovendien is klager van oordeel dat deze matigingsbevoegdheid in een project met professionele partijen niet snel tot matiging zal leiden. Partijen zijn immers bij het aangaan van de overeenkomst bijgestaan door deskundigen, waaronder juristen, die hebben geadviseerd over de aansprakelijkheid. Daarnaast zijn er vragen gesteld in de nota's van inlichtingen om de aansprakelijkheid te beperken waarna beklagde heeft aangegeven dat zij daar niet toe zal overgaan. Indien onder die omstandigheden klager zou inschrijven dan zal een rechter de schade niet snel matigen aangezien klager dan wilens en wetens de aansprakelijkheid heeft geaccepteerd. Daarnaast betreft het hier twee zeer draagkrachtige partijen zodat matiging op grond van de omstandigheid dat deze gezien de draagkracht tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden niet snel zal plaatsvinden. Kortom: matiging is geen gegeven en gezien de omstandigheden van deze specifieke inschrijving zal matiging ten aanzien van klager niet snel worden toegepast. Artikel 6:109 voorziet dan ook niet in een beperking van de aansprakelijkheid.

**3.2.14.** In het algemeen geldt het volgende. Er heerst in de branche al geruime tijd onduidelijkheid over de vraag hoe het verbod op onbeperkte aansprakelijkheid in de Gids Proportionaliteit zich verhoudt tot de regeling in de UAV-GC ten aanzien van de onbeperkte aan-

sprakelijkheid tijdens de uitvoeringsfase in de projecten. De vraag is niet alleen ten aanzien van de UAV-GC of deze aanbesteding relevant, maar ook voor andere algemene voorwaarden en contracten in de bouw. Ook in deze aanbesteding is er strijdigheid tussen hetgeen is opgenomen in het contract ten aanzien van de aansprakelijkheid en de regeling uit de Gids Proportionaliteit. Klager wenst in deze klacht voor deze aanbesteding, maar ook voor de toekomst een oordeel over de tegenstrijdigheid tussen de Gids Proportionaliteit en de overeenkomsten in de branche.

**3.2.15.** Voorgaande tegenstrijdige regelingen dienen naar het oordeel van klager in het voordeel van de Gids Proportionaliteit uitgelegd te worden waarbij geoordeeld dient te worden dat de aansprakelijkheid beperkt moet worden in de contracten of de algemene voorwaarden en dat de wet niet in deze aansprakelijkheidsbeperking voorziet.

**3.2.16.** Een ander essentieel punt bij dit oordeel is het feit dat klager (als ook andere gegadigden) onbeperkte aansprakelijkheid niet verzekerd krijgt. Zij loopt daardoor onaanvaardbare risico's en aanvaarding van onbeperkte aansprakelijkheid is fundamenteel in strijd met een goede bedrijfsvoering. In dat kader verwijst klager naar een artikel in Cobouw d.d. 27 mei 2011 waaruit volgt dat onbeperkte aansprakelijkheden ongewenst zijn en dat deze leiden tot schijnzekerheden. Minder draagkrachtige bedrijven zullen onbeperkte aansprakelijkheden eerder accepteren met de rechtvaardiging dat 'de soep niet zo heet wordt gegeten als ze wordt opgediend' en, mogelijk in mindere mate, 'bij ons valt toch niets te halen'. Een aanbestedende dienst, meestal een overheidsorgaan, dient met een goede rechtvaardiging te komen om volledige schade te vorderen van een aannemingsbedrijf dat daardoor in financiële problemen komt met alle maatschappelijke gevolgen van dien.

### 3.3. Klachtonderdeel 3

**3.3.1.** Met het afwijken door beklagde van de paritair opgestelde voorwaarden is ook de risicoallocatie tussen partijen aanzienlijk gewijzigd. In de aanbestedingsdocumenten is enkel een summier risicolijs opgenomen, maar er ontbreekt een allocatie van deze risico's. Beklaagde heeft in de 6e nota van inlichten aangegeven dat het gesprek over het risicodossier pas na de gunning gaat plaatsvinden. Een risicolijs inclusief allocatie is in de praktijk gebruikelijk. In vergelijkbare projecten worden de risico's gealloceerd bij de partij die het risico kan beheersen of beïnvloeden en daarbij is het voor alle betrokken partijen duidelijk wie welk risico draagt. Voorgaande is ook van belang om een goede risico inschatting te maken voordat de offerte wordt ingediend. Dat is gezien het antwoord van beklagde niet mogelijk.

**3.3.2.** Er is in bijlage 24.1 van de Concept Overeenkomst wel een summier risicolijs opgenomen, echter zonder oorzaak, gevolg en allocatie. Hierdoor komen alle risico's vooralsnog bij de Opdrachtnemer te liggen hetgeen in strijd is met Voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit. De risico's worden niet gealloceerd bij de partij die deze kan beheersen en/of beïnvloeden maar geheel bij de Opdrachtnemer. Klager verwijst naar de Gids Proportionaliteit waarin is opgenomen dat het bij een inschrijver neerleggen van een niet of nauwelijks voorzienbaar risico dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet alsmede van een risico met in potentie effecten die de continuïteit van de leverancier kunnen of zullen ondermijnen eerder disproportioneel is dan een redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of overzienbare effecten. Klager is van oordeel dat hiervan sprake is. Daarnaast merkt klager op dat dergelijke risico's voor haar niet verzekeraar zijn.

**3.3.3.** In het kader van deze klacht strekt het te ver om alle gevallen te bespreken waarbij de risicoallocatie niet overeenkomstig voornoemd principe heeft plaatsgevonden. Om die reden beperkt klager zicht tot het risico volgende uit invloed van de Opdrachtnemer op planning. De Concept Overeenkomst bevat een groot aantal artikelen waarin is opgenomen dat de daarin opgenomen omstandigheden 'geen reden' of 'nimmer een grond' zijn voor termijnverlenging. Klager verwijst in dit verband naar de volgende artikelen van de Concept Overeenkomst: 5.2.6, 5.3.5, 5.4.7, 5.5.7, 5.7.7, 6.2.4, 6.4.8 en 6.6.9.

**3.3.4.** Het is voor klager duidelijk dat de planning en een tijdige oplevering voor beklagde essentieel zijn. Klager noemt in dit verband enkele voorbeelden. Op basis van de Concept Overeenkomst heeft beklagde het recht (artikel 11.2) om wijzigingen op te dragen, terwijl de Opdrachtnemer onder geen enkele omstandigheid recht heeft op aanpassing van de mijlpalen. Verder heeft beklagde het recht (artikel 6.4.8) om Tunnelbuis Oost en of Tunnelbuis West later aan klager ter beschikking te stellen, terwijl dat op basis van de Concept Overeenkomst nimmer een grond kan opleveren tot wijziging van de Mijlpaal. Op enig moment zal/kan een wijziging of het later ter beschikking stellen van een tunnelbuis de kritieke planning zodanig raken dat versnelling van de werkzaamheden niets meer zal uithalen in relatie tot het behalen van de mijlpalen. Kortom, het risico van het niet halen van de mijlpalen is voor de Opdrachtnemer, terwijl beheersing en vooral beïnvloeding in handen is van beklagde. Het risico wordt hier ten onrechte gealloceerd bij de Opdrachtnemer.

**3.3.5.** Ten aanzien van het later ter beschikking stellen van de tunnelbuis heeft beklagde uiteindelijk aangegeven dat de boete die de Opdrachtnemer mogelijk opgelegd wordt (in verband met te late oplevering) gecompenseerd wordt met een boete die beklagde betaalt per dag

dat de tunnel te laat ter beschikking wordt gesteld. Het risico hiervan en de gevolgen liggen echter nog steeds bij de Opdrachtnemer aangezien deze dezelfde werkzaamheden in kortere tijd dient uit te voeren.

**3.3.6.** In aanvulling op het voorgaande en tevens als argument dat de risico's niet bij de partij worden gealloceerd die deze het beste kan beheersen, stelt klager dat de maximale hoogte van de boete gelijk is aan de aanneemsom. De korting (boete) die kan worden opgelegd voor iedere dag dat de Tunnelbuis Oost nog niet gereed is voor de zogenaamde End Site Integration Test bedraagt EUR 750.000, te vermeerderen met EUR 50.000 voor iedere dag dat de tunnelbuis nog niet gereed is. In de Concept Overeenkomst was de korting niet gemaximaliseerd. Met de 3e Nota van Inlichtingen is deze gemaximaliseerd tot de aanneemsom. De Gids Proportionaliteit schrijft onder hoofdstuk 3.9.1 uitdrukkelijk voor dat contractvoorwaarden proportioneel dienen te zijn. Een korting vanwege het overschrijden van mijlpalen met maximum ter hoogte van de aanneemsom is dat nadrukkelijk niet. Gebruikelijk is een maximum van 10% van de aanneemsom.

**3.3.7.** De Concept Overeenkomst bevat meer bepalingen die tot gevolg hebben dat de risico's niet gealloceerd worden bij de partij die de risico's het beste kan beheersen. In het algemeen heeft beklagde gesteld dat alle planningsrisico's bij de Opdrachtnemer worden gealloceerd. Echter de Opdrachtnemer heeft die planning niet gemaakt, heeft geen overleg kunnen voeren met stakeholders, heeft de werkzaamheden niet kunnen afstemmen met overige projecten etc.

**3.3.8.** In de beantwoording van de klacht oordeelt het klachtenmeldpunt van beklagde ten onrechte dat de klacht achterhaald zou zijn. Niets is minder waar en de argumenten van het klachtenmeldpunt raken niet de kern van het probleem. Uiteraard komen versnelingsmaatregelen, die nodig zijn om tijdig op te leveren na vertragingen die door beklagde zijn veroorzaakt, voor rekening van beklagde. Daarnaast geeft het klachtenmeldpunt aan dat beklagde een boete betaalt als zij de tunnels te laat ter beschikking stelt. Feit is dat er nog vele omstandigheden overblijven waarin de Opdrachtnemer geen recht heeft op wijziging van de Mijlpaal terwijl zij geen enkele invloed heeft op de oorzaken die vertraging in de uitvoering van het werk veroorzaken en deze gevolgen ook niet kan beïnvloeden en/of beheersen.

**3.3.9.** Daarnaast geeft het klachtenmeldpunt aan dat het opnemen van een maximum aan de boete (artikel 10.8.1) en het opnemen van een bepaling dat de boete niet wordt geïnd op het moment dat de vertraging niet aan de Opdrachtnemer is toe te rekenen. Naar het oordeel van klager wordt hiermee niet het risico bij de Opdrachtnemer weggehaald en neergelegd bij beklagde.

#### 4. Reactie beklagde

**4.1.** Beklagde stelt voorop dat in de onderhavige aanbesteding juist is beoogd een evenwichtige overeenkomst in de markt te zetten die recht doet aan de belangen van zowel beklagde als opdrachtgever als aan de belangen van de te contracteren marktpartij als opdrachtnemer. Beklagde beoogt een coöperatieve samenwerking met de opdrachtnemer om het uitdagende en complexe project, wat de renovatie en restauratie van de A-tunnel is, binnen de door het bestuur gestelde kaders succesvol uit te voeren.

#### 4.2. Klachtonderdeel 1

**4.2.1.** Klager beklagt zich over het niet toepassen van de UAV-GC op de overeenkomst voor dit project. Het valt beklagde daarbij op dat klager uitgaat van een volgestrekte overspanning van de reikwijdte van het proportionaliteitsbeginsel, in die zin dat zij ten onrechte meent dat een opdrachtgever zijn wensen steeds zodanig zou moeten vormgeven en desnoods aanpassen, dat de UAV-GC bruikbaar zouden worden. De UAV-GC zijn niet de maat(staf) of het vertrekpunt voor proportionaliteitsdenken. Ook andere contractvormen zouden dan de revue moeten passeren (UAV; DBM; Fidic etc.). Dat de UAV-GC niet van toepassing zijn op een overeenkomst, wil uiteraard niet zeggen dat die overeenkomst disproportioneel is. Contractsvrijheid staat nog steeds voorop.

**4.2.2.** Beklagde wenst in dat verband te benadrukken dat het haar in het kader van de contractsvrijheid vrij staat een contractvorm te kiezen die recht doet aan het karakter van het project. Het proportionaliteitsbeginsel bepaalt in z'n algemeenheid bovendien dat zowel de wijze van aanbesteden als de contractvorm in juiste verhouding moet staan tot de aard en omvang van de opdracht. Beklagde is ervan overtuigd dat dit hier het geval is.

**4.2.3.** Klager stelt ten onrechte dat pas in de 3e nota van inlichtingen van de gunningsfase een motivering van de keuze van de contractvorm is gegeven. Bij de publicatie van de aanbesteding op 12 maart 2015 is door beklagde namelijk al in een uitgebreide bijlage bij de Selectieleidraad een toelichting gegeven op de keuze voor de wijze van aanbesteding en de contractvorm. In hoofdstuk 5 van die bijlage is beschreven wat de aard van de overeenkomst zou zijn die in de gunningsfase aan de geselecteerde gegadigden zou worden verstrekt. Daarin is tevens expliciet aangegeven dat er sprake zou zijn van een maatwerkovereenkomst. In de door klager aangehaalde 3e nota van inlichtingen wordt slechts een nadere motivering gegeven over het niet toepassen van de UAV-GC. In de Selectiefase is door de Gegadigden niet op de gekozen contractvorm gereageerd. Daaraan mocht beklagde het vertrouwen ontlenuen dat de geselecteerde gegadigden geen bezwaar hadden tegen een andere contractvorm dan UAV of UAV-GC.

**4.2.4.** Klager suggereert dat de UAV-GC zonder meer passend zijn voor dit project. Beklaagde betwist dat. Beklaagde is van mening dat het Voorschrift in de Gids Proportionaliteit ziet op modellen en algemene voorwaarden die in beginsel en zonder wezenlijke wijzigingen van toepassing kunnen worden verklaard. Dat wordt bevestigd door de bepaling dat die modellen integraal moeten worden toegepast. Indien vanwege de aard van een project of gewenste samenwerkingsvorm integrale toepassing niet mogelijk is en meer gewijzigd moet worden dan slechts een aantal ondergeschikte bepalingen, vereist het proportionaliteitsbeginsel naar het oordeel van beklagde dat die modellen of algemene voorwaarden in zijn geheel niet worden toegepast. Dat wordt nog eens bevestigd uit de door klager aangehaalde strekking van die bepaling dat het geheel van clauses in hun onderlinge samenhang moet worden gezien. In een overeenkomst waarin op wezenlijke onderdelen vanwege projectkarakteristieken wordt afgeweken van die standaard wordt die samenhang geweld aangedaan.

**4.2.5.** Beklaagde stelt niet dat het onmogelijk is om de UAV-GC van toepassing te verklaren, maar stelt wel dat het aantal en de aard van de benodigde afwijkingen en aanvullingen van dien aard is dat het ondoelmatig en ongewenst is die standaard toe te passen. Dit mede vanwege het aldus ontstaan van een gebrek aan samenhang en leesbaarheid en risico op onbedoelde discrepanties. In dat licht zou het evenmin onmogelijk zijn om de UAV 2012 van toepassing te verklaren, maar ook daarvan heeft beklagde geconstateerd dat dit voor belangrijke delen van het project ondoelmatig en onlogisch is. Het project heeft op onderdelen zowel kenmerken van een geïntegreerd contract (bijv. het ontwerp en realisatie van tunnel-technische installaties) als van een “traditioneel” werk (betonherstel) alsook van een bouwteam-achtige samenwerking (Convergentiefase). Juist vanwege de transparantie heeft beklagde gekozen voor een maatwerkovereenkomst die aansluit op de kenmerken van dit project en de gewenste wijze van samenwerking. Dat de UAV-GC door andere opdrachtgevers bij vergelijkbare projecten wel zijn toegepast doet daaraan niets af. Voor zover die projecten al vergelijkbaar zouden zijn (wat zeker niet op alle aspecten het geval is) acht beklagde zich vanwege voornoemde redenen vrij om te kiezen voor een andere contractvorm.

#### 4.3. Klachtonderdeel 2

**4.3.1.** Beklaagde bestrijdt dat de aansprakelijkheid, in strijd met Voorschrift 3.9 D van de Gids Proportionaliteit, op geen enkele wijze is gelimiteerd zoals door klager wordt gesteld. Klager bevestigt overigens in de rest van haar betoog dat er wel degelijk sprake is van limitering. Die is echter naar het oordeel van klager onvoldoende. De Gids Proportionaliteit bepaalt

niet op welke wijze een limitering van aansprakelijkheden moet plaatsvinden, doch uitsluitend dat de aanbestedende dienst geen aansprakelijkheid verlangt die op geen enkele wijze is beperkt en dat de aanbestedende dienst bij de limitering in ieder geval acht slaat op de risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt en de gebruikelijke aansprakelijkheidseis in de betreffende branche of voor de betreffende opdracht naar aard en omvang. Aan deze bepaling heeft beklagde invulling gegeven.

**4.3.2.** Beklaagde is van mening dat gedurende de fases waarin de opdrachtnemer een prominente rol heeft in de realisatie (dus voor dit project in de realisatie- en instandhoudingsfase) hij ook aansprakelijk is voor de gevolgen van zijn handelen. Bij de selectie van gegadigden heeft beklagde dan ook expliciet partijen willen selecteren die op grond van hun draagkracht en (technische) bekwaamheid in staat mogen worden geacht een dergelijk project tot een goed einde te brengen en de met de uitvoering samenhangende risico's adequaat te beheersen. De gevolgen van de met de uitvoering samenhangende risico's in de realisatie- en instandhoudingsfase zijn voor beklagde van dien aard dat zij het vanuit oogpunt van haar belang onverantwoord acht deze op voorhand te beperken.

**4.3.3.** Dat de door beklagde aangebrachte limiteringen naar het oordeel van klager onvoldoende zijn, doet niet af aan het feit dat beklagde bij het vaststellen ervan de bepalingen van de Gids Proportionaliteit in acht heeft genomen en die bepalingen bovendien niet steeds afwijken van de bepalingen van de UAV-GC waarvan klager nadrukkelijk betoogt dat ze die op de overeenkomst voor dit project van toepassing wil verklaren.

**4.3.4.** Opmerkelijk en misplaatst vindt beklagde dat klager – zonder dat klager op de onderhavige opdracht heeft ingeschreven – deze aanbesteding aangrijpt om een principiële debat te voeren over het al dan niet strijdig zijn van het in de UAV-GC ontbreken van een limitering van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer tijdens de uitvoeringsfase (paragraaf 29 lid 4 juncto paragraaf 41 UAV-GC) met de Gids Proportionaliteit. Beklaagde heeft de UAV-GC niet toegepast en vindt het dan ook niet passend om een debat te voeren over de voornoemde eventuele strijdigheid.

**4.3.5.** In de Overeenkomst is sprake van een aantal limiteringen van aansprakelijkheid, onder meer, inhoudende:

- de limitering van de hoogte van de boete bij het tussentijds beëindigen van de Overeenkomst door beklagde vanwege een aan de opdrachtnemer toerekenbare omstandigheid, zoals blijkt uit artikel 5.11.1 en 5.11.2 Overeenkomst;
- de limitering van de hoogte van kortingen vanwege het overschrijden van een Mijlpaal voor het tijdig afronden van de Realisatiewerkzaamheden, zoals blijkt uit artikel 10.8.1 Overeenkomst;

- de exclusiviteit van de korting als sanctie vanwege het overschrijden van de Mijlpalen, zodat geen aanvullende schadevergoeding kan worden gevorderd door beklagde van de opdrachtnemer, zoals blijkt uit het verval van het oorspronkelijke artikel 10.8.6 Overeenkomst;

- de limitering van de hoogte van de aansprakelijkheid voortvloeiend uit verborgen gebreken, zoals blijkt artikel 9.2.3 Overeenkomst;

- het ongewijzigd gelden van de in de wet opgenomen limiteringen van aansprakelijkheid, zoals blijkt uit de artikelen 6:98 BW, 6:101 BW en artikel 6:109 BW.

**4.3.6.** Voor het overige verwijst beklagde, ter voorkoming van herhaling, naar onder andere de relevante antwoorden op de vragen 28, 30, 34 en 63 in de 3e Nota van Inlichtingen en de antwoorden op de vragen 335 en 336 in de 8e Nota van Inlichtingen.

#### 4.4. Klachtonderdeel 3

**4.4.1.** Voor dit klachtonderdeel stelt beklagde voorop dat de suggestie dat een gewijzigde risicoallocatie direct samenhangt met de keuze voor niet paritair vastgestelde voorwaarden geen stand houdt. Ook onder de UAV-GC is de risicoallocatie in te vullen op de wijze die het best passend is voor het project. Daarbij stelt beklagde tevens dat, ook al zou gekozen zijn voor de UAV-GC de kern van de risicoverdeling op gelijke wijze zou zijn vormgegeven als nu in de overeenkomst het geval is.

**4.4.2.** Klager voert aan dat er slechts een "summiere" risicolijst beschikbaar is wat tot gevolg zou hebben dat er sprake is van een onevenwichtige allocatie van de risico's. Beklaagde betwist dat. Naar het oordeel van beklagde zijn de hoofdrisico's door de regelingen in de overeenkomst eenduidig belegd en wordt de Convergentiefase gebruikt om de nog niet gealloceerde risico's in de coöperatieve samenwerking alsnog te alloceren. Alle wijzigingen die in de Convergentiefase worden overeengekomen zullen worden verdisconteerd in de Geconvergeerde Prijs.

**4.4.3.** Het is voor klager duidelijk dat het niet halen van de mijlpalen van cruciaal belang is voor beklagde. Gezien de door het bestuur van beklagde gestelde kaders zijn de consequenties van het niet halen van de mijlpalen voor de bereikbaarheid van de stad bijzonder groot.

**4.4.4.** Om die reden is de kern van de overeenkomst dat de verantwoordelijkheid voor tijdige uitvoering van de werkzaamheden is belegd bij de opdrachtnemer. Daarbij regelt de overeenkomst echter ook dat de (financiële) gevolgen van noodzakelijke wijzigingen op de planning, voor rekening komen van de opdrachtgever. Dat houdt in dat de opdrachtnemer wordt geacht in staat te zijn de werkzaamheden zodanig aan te passen of versnellingsmaatregelen te nemen dat gestelde mijlpalen in het project kunnen worden ge-

realiseerd. Voor zover die aanpassingen of maatregelen kosten met zich meebrengen komen die voor rekening van de opdrachtgever.

**4.4.5.** Beklaagde heeft zich ervan gewist dat de voorziene en geplande periodes waarin de werkzaamheden in de tunnelbuizen kunnen worden uitgevoerd volgens het "buis-voor buis" principe voldoende zijn om de werkzaamheden uit te voeren en eventuele onvoorziene omstandigheden op te vangen. Bovendien voorziet de overeenkomst in bepalingen voor het geval het feitelijk onmogelijk is wijzigingen uit te voeren binnen de gestelde mijlpalen (zie hiervoor artikel 11.2.5 van de overeenkomst).

**4.4.6.** Beklaagde zal er alles aan doen om de tunnelbuizen tijdig ter beschikking te stellen. Om dat te onderstrepen en om de gevolgen van onverhoopt niet tijdige beschikbaarstelling van de tunnelbuizen voor de opdrachtnemer bij voorbaat te compenseren, heeft beklagde in de 5e nota van inlichtingen een boetesystematiek opgenomen (wijziging Overeenkomst nr. 21) en in de 8e nota aangescherpt (vraag 306 en 307) die erin voorziet dat beklagde de opdrachtnemer een boete betaalt voor iedere dag dat de tunnel te laat ter beschikking wordt gesteld. Deze boete is gelijk aan de korting die de opdrachtnemer verbeurt bij het niet halen van de mijlpaal van de betreffende tunnelbuis.

**4.4.7.** In tegenstelling tot wat klager stelt (zie hiervoor 3.3.5), liggen met deze regeling de gevolgen van te late terbeschikkingstelling door beklagde niet bij de opdrachtnemer maar bij de opdrachtgever. Beklaagde draagt immers de kosten van de versnellingsmaatregelen en andere financiële gevolgen van de opdrachtnemer voortvloeiend uit het te laat beschikbaar stellen van de tunnelbuizen. Daarnaast verbeurt beklagde een boete (gelijk aan korting te verbeuren door de opdrachtnemer, maar zonder terme de gr<sup>ace</sup>) vanwege te laat beschikbaar stellen van tunnelbuizen (Oost en West). Hoewel de Mijlpaal niet dienovereenkomstig opschuift, is het nadelig financieel gevolg van het dienovereenkomstig te laat afronden van de werkzaamheden door de opdrachtnemer weggenomen door het verbeuren van een boete door beklagde. Materieel behoudt de opdrachtnemer dus een gelijke tijd - en dus geen kortere tijd zoals klager stelt - voor het uitvoeren van de Realisatiewerkzaamheden. Tegelijkertijd - door het niet opschuiven van de mijlpaal - behoudt de opdrachtnemer een prikkel in de vorm van een bonus om door versnellingsmaatregelen alsnog binnen de mijlpaal de werkzaamheden af te ronden (artikel 6.4.8 Overeenkomst).

**4.4.8.** Het door klager in 3.3.6 hiervoor gestelde is volgens beklagde feitelijk onjuist. De korting is in de oorspronkelijke Concept Overeenkomst reeds beperkt tot de hoogte van de Inschrijvingsom en is bij nota van inlichtingen nader beperkt tot bedragen van € 1.000.000,-,

€ 15.000.000,- en € 5.000.000,- wegens te late oplevering van respectievelijk Tunnelbuis West, Tunnelbuis Oost en de Fiets- en Voetgangerstunnel. Tevens is daarbij door beklagde aangegeven dat beklagde afziet van een recht op schadevergoeding ten gevolge van het niet halen van de mijlpaal omdat de door beklagde geleden schade met de korting geacht wordt te zijn vergoed, met het laten vervallen van het oorspronkelijke artikel 10.8.6.

## 5. Beoordeling

**5.1.** De Commissie stelt voorop dat beklagde op 12 maart 2015 een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd van een overheidsopdracht voor werken met betrekking tot de renovatie van een tunnel. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Richtlijn 2004/18/EG, Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de opdracht geldende Aw 2012, hoofdstuk 3 ARW 2012 en de Gids Proportionaliteit.

### 5.2. Klachtonderdeel 1

**5.2.1.** Alvorens tot een behandeling van het klachtonderdeel over te gaan, merkt de Commissie het volgende op. Het klachtonderdeel heeft – anders dan beklagde in haar reactie lijkt te veronderstellen (zie 4.2.1 en 4.2.2 hiervan) – geen betrekking op de keuze die zij heeft gemaakt voor het toepassen van een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm met bijbehorende contractvorm (Design, Build & Maintain; DBM). Het standpunt van beklagde dat haar contractvrijheid bij het maken van die keuze voorop staat, is op zichzelf genomen juist. Daarbij geldt dan naar het oordeel van de Commissie overigens wel dat de wetgever die keuzevrijheid heeft ingeperkt in art. 1.4 lid 2 en in art. 1.6 Aw 2012. Uit die bepalingen volgt immers dat een aanbestedende dienst bij de keuzes die hij maakt in het kader van de opzet en uitvoering van een inkoop- en aanbestedingsproces zorg moet dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen en voor een zo groot mogelijke beperking van de met dat proces samenhangende en daaruit voortvloeiende administratieve lasten. Aangezien het klachtonderdeel echter geen betrekking heeft op de keuze van de bouworganisatievorm met bijbehorende contractvorm, werkt de Commissie het voorgaande niet verder uit.

**5.2.2.** Het klachtonderdeel heeft betrekking op de nadere keuze van beklagde - in aansluiting dus op haar keuze voor het toepassen van DBM als bouworganisatie-vorm met bijbehorende contractvorm - van de voorwaarden van de overeenkomst op basis waarvan zij voornemens is te contracteren met de inschrijver die in de onderhavige aanbestedingsprocedure als beste uit de bus komt.

**5.2.3.** In artikel 1.10 lid 1 en lid 2, aanhef en onder h, Aw 2012 is ten aanzien van laatstbedoelde keuze bepaald dat een aanbestedende dienst uitsluitend voorwaarden van de overeenkomst hanteert die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

**5.2.4.** In artikel 1.10 lid 4 Aw 2012 is vervolgens bepaald dat een aanbestedende dienst hetzij de voorschriften van de Gids Proportionaliteit moet toepassen, hetzij een afwijking van die voorschriften moet motiveren in de aanbestedingsstukken.

**5.2.5.** In Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit is bepaald: 'In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.' De toelichting op dit voorschrift noemt de UAV-GC 2005 als een voorbeeld van paritair opgestelde voorwaarden (zie blz. 53 Gids Proportionaliteit).

**5.2.6.** Bij de beoordeling van het klachtonderdeel neemt de Commissie tot uitgangspunt dat tussen partijen niet ter discussie staat dat beklagde - in plaats van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 toe te passen - heeft gekozen voor het toepassen van een door haarzelf opgestelde DBM-maatschappelijke overeenkomst. Daarmee staat in beginsel vast dat beklagde is afgeweken van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit, aangezien de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 immers een contractmodel met bijbehorende algemene voorwaarden is dat specifiek is bedoeld voor toepassing in het kader van geïntegreerde bouworganisatievormen, zoals DBM.

**5.2.7.** Beklagde heeft zich in haar reactie op de klacht – opnieuw met een beroep op haar contractvrijheid – op het standpunt gesteld dat het enkele feit dat zij de UAV-GC 2005 niet van toepassing heeft verklaard, nog niet betekent dat de door haar gehanteerde maatwerkovereenkomst disproportioneel is (zie onder 4.1.2 hiervoor). Voor zover beklagde met die stelling betoogt dat het een aanbestedende dienst vrij zou staan af te wijken van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit, zo lang hij in plaats daarvan maar proportionele alternatieve contractvoorwaarden van toepassing verklaart, kan de Commissie haar daarin niet volgen. Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit, gelezen in verband met de toelichting op dat voorschrift, laat er geen misverstand over bestaan dat in een geval als het onderhavige, waarin voor een overeenkomst algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld zoals de UAV-GC 2005, een aanbestedende dienst verplicht is - behoudens gemotiveerde afwijking - deze voorwaarden integraal toe te passen (vergelijk ook Advies 360, overweging 5.6).

**5.2.8.** Beklagde stelt in haar reactie op de klacht verder nog dat zij in een

uitgebreide bijlage bij de Selectieleidraad haar 'keuze van de contractvorm' heeft toegelicht en dat gegadigden tijdens de selectiefase niet op die keuze en de toelichting daarvan hebben gereageerd. Beklaagde meent dat zij daaraan het vertrouwen mocht ontlenden dat de geselecteerde gegadigden geen bezwaar hadden tegen een andere contractvorm dan UAV of UAV-GC (zie 4.2.3 hiervoor).

**5.2.9.** Voor zover beklagde met deze stelling betoogt dat klager heeft gehandeld in strijd met haar op grond van de jurisprudentie bestaande verplichting tot het aannemen van een proactieve houding - namelijk: door pas tijdens de gunnings-fase de afwijking van Voorschrift 3.9 C te signaleren - kan de Commissie haar daarin niet volgen. Beklaagde heeft in de hiervoor bedoelde bijlage bij de Selectieleidraad immers slechts opgemerkt 'dat de overeenkomst is opgezet als een maatwerkovereenkomst, waarin van toepassing zijnde bepalingen uit UAV-GC 2005 (...) worden ingebed in de overeenkomst' (zie 1.2 hiervoor). De Commissie is van oordeel dat klager op basis van enkel en alleen deze opmerking ten tijde van de publicatie van de Selectieleidraad redelijkerwijze nog niet behoefde te begrijpen dat beklagde voornemens was op een later tijdstip in de Gunningleidraad af te wijken van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit op de wijze zoals zij dat heeft gedaan. De opmerking in de Selectieleidraad sloot immers niet de mogelijkheid uit dat beklagde in de nadien gepubliceerde Gunningleidraad de bepalingen van de UAV-GC 2005 van toepassing zou verklaren op een door haarzelf vastgestelde - al dan niet naar de Model Basisovereenkomst gemodelleerde - maatwerkovereenkomst.

**5.2.10.** Voor zover beklagde met haar in 5.2.8 hiervoor bedoelde stelling betoogt dat zij de afwijking van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit reeds voldoende in de bijlage bij de Selectieleidraad heeft gemotiveerd, kan de Commissie haar daarin evenmin volgen. Zoals uit 1.2 hiervoor immers blijkt, heeft beklagde in die bijlage slechts aangegeven met welke uitgangspunten zij bij de opzet van de overeenkomst rekening heeft gehouden en wat de grote lijnen van die overeenkomst bij aanvang van de gunningsfase zijn. Nog afgezien van het feit dat die uitgangspunten en grote lijnen geen blijk geven van een door beklagde voorgenomen afwijking van Voorschrift 3.9 C, leest de Commissie daarin ook overigens geen motivering van een dergelijke afwijking.

**5.2.11.** Klager heeft vervolgens met betrekking tot de hiervoor bedoelde afwijking tijdens de gunningsfase vragen aan beklagde gesteld. Beklaagde heeft deze vragen beantwoord in Nota's van Inlichtingen (zie 1.6 en 1.11 hiervoor). Met die beantwoording staat vast dat beklagde haar afwijking van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit in beginsel heeft gemotiveerd. Dat in artikel 1.10 lid 4 Aw 2012 is bepaald

dat een dergelijke afwijking moet worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken, doet aan het voorgaande oordeel niet af. De Commissie heeft bij eerdere gelegenheid immers reeds geoordeeld dat de wetsgeschiedenis er niet aan in weg staat dat een aanbestedende dienst zijn motiveringsplicht van artikel 1.10 lid 4 Aw 2012 pas in de Nota van Inlichtingen nakomt (zie Advies 228, overweging 5.7.2).

**5.2.12.** De te beantwoorden vraag is vervolgens of de door beklagde in de Nota's van Inlichtingen verstrekte motivering voldoende is om haar beslissing tot afwijking van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit te kunnen dragen zodat aan die afwijking geen betekenis meer toekomt.

**5.2.13.** Zoals de Commissie eerder heeft overwogen met verwijzing naar de doelstellingen die de wetgever met artikel 1.10 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit heeft beoogd - zie overwegingen 5.7.4 en 5.7.5 Advies 228, overweging 5.7.3 Advies 256 en overwegingen 5.2.6 en 5.2.7 Advies 301 - zal dit laatste het geval zijn indien uit die motivering een goede afweging van de in die adviezen genoemde aspecten blijkt. Opgemerkt zij echter dat de hiervoor genoemde adviezen betrekking hebben op gevallen waarin de aanbestedende dienst het paritair opgestelde contractmodel of de paritair opgestelde algemene voorwaarden in beginsel weliswaar heeft toegepast, maar vervolgens is afgeweken van bepalingen van dat contractmodel of die algemene voorwaarden zodat geen sprake meer is van een integrale toepassing daarvan. Het onderhavige geval is in zoverre anders, dat beklagde er voor heeft gekozen de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 in het geheel niet toe te passen maar in plaats daarvan een door haarzelf opgestelde maatwerkovereenkomst te hanteren. De Commissie is van oordeel dat in een dergelijk geval de door een aanbestedende dienst verstrekte motivering zijn beslissing tot afwijking van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit voldoende zal kunnen dragen, indien uit die motivering een goede afweging van de volgende aspecten blijkt:

- (i) de aard en omvang van de met het voorwerp van de opdracht en de marktsituatie verband houdende projectspecifieke belangen van de aanbestedende dienst, die voor hem de aanleiding zijn geweest om de paritair opgestelde contractmodellen of algemene voorwaarden niet toe te passen;
- (ii) de mate waarin in de paritair opgestelde contractmodellen of algemene voorwaarden niet dan wel onvoldoende rekening is gehouden met de belangen zoals hiervoor bedoeld;
- (iii) de mate waarin het voor de aanbestedende dienst mogelijk is (geweest) om de projectspecifieke belangen te dienen door het treffen van andere en minder vergaande maatregelen dan het niet toepassen van de paritair opgestelde contractmodellen of algemene voorwaarden.

**5.2.14.** De Commissie beantwoordt de in 5.2.12 gestelde vraag als volgt.

**5.2.15.** Beklaagde heeft zich in haar beantwoording van vraag 6 in de 3e Nota van Inlichtingen allereerst op het standpunt gesteld dat de UAV-GC 2005 door haar niet passend zijn bevonden omdat de door beklagde gekozen fasering - met name de Convergentiefase en Instandhoudingsfase - a-typisch zou zijn ten opzichte van hetgeen gebruikelijk is bij een contract gebaseerd op de UAV-GC 2005. Beklaagde stelt in dat verband dat de Convergentiefase direct na het sluiten van de Overeenkomst start en dat de UAV-GC geen passend kader voor deze fase zou bieden, mede gelet op de door de Opdrachtgever gewenste rolverdeling tussen Partijen (zie 1.6 hiervoor). De Commissie stelt vast dat in par. 2.2 ("Scope van de Opdracht") van de Gunningsleidraad onder andere is bepaald dat de Opdrachtnemer in de Convergentiefase het Definitief Ontwerp opstelt, tijdens de Realisatiefase Realisatiewerkzaamheden uitvoert en gedurende de Instandhoudingsfase Instandhoudingswerkzaamheden verricht (zie 1.4 hiervoor). Daarmee heeft beklagde gekozen voor een fasering die naar het oordeel van de Commissie naadloos aansluit op de kaders van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005. Waarom de door beklagde gewenste rolverdeling tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer daar aan in de weg zou staan, blijkt niet uit de door beklagde verstrekte motivering behoudens het navolgende.

**5.2.16.** Beklaagde heeft zich in haar beantwoording van vraag 6 in de 3e Nota van Inlichtingen vervolgens op het standpunt gesteld dat de UAV-GC 2005 geen 'knip' kent, in die zin dat de Opdrachtnemer pas tot realisatie van het Werk mag overgaan indien de Omgevingsvergunning is verkregen (althans dat er voldoende vertrouwen bestaat dat die zal worden verkregen) en de prijsbijstelling binnen een bepaalde redelijke bandbreedte blijft. Een dergelijk 'knip' acht de Opdrachtgever echter wel noodzakelijk (zie 1.6 hiervoor). De Commissie is van oordeel dat beklagde er met deze beantwoording allereerst aan voorbij gaat dat het ook binnen de kaders van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 mogelijk is om de start van de Uitvoeringswerkzaamheden afhankelijk te maken van de vervulling van de voorwaarde dat bepaalde vergunningen, ontheffingen, beschikkingen en toestemmingen zijn verkregen. Voor zover beklagde met haar verwijzing naar 'de prijsbijstelling' vervolgens doelt op de in artikel 5.6 van haar maatwerkovereenkomst voorziene procedure tot vaststelling van de zogenoemde 'Geconvergeerde Prijs' na Acceptatie van het Definitief Ontwerp, wijst de Commissie op het volgende. Ook de UAV-GC 2005 voorzien in procedureregelingen waarvan de toepassing kan leiden tot een bijstelling van de in de Basisovereenkomst vastgelegde prijs. In het veronderstelde geval

dat beklagde deze laatstbedoelde regelingen minder geschikt achtte voor het onderhavige project, had zij naar het oordeel van de Commissie haar daarmee gemoeide belangen ook kunnen dienen door gemotiveerd van die regelingen af te wijken, in plaats van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 in het geheel niet toe te passen.

**5.2.17.** Beklaagde heeft zich in haar beantwoording van vraag 6 in de 3e Nota van Inlichtingen in de derde plaats op het standpunt gesteld dat in plaats van het binair georiënteerde kader onder de UAV-GC 2005 (of de opdrachtgever of de opdrachtnemer is verantwoordelijk voor het verkrijgen van een vergunning) – met name ten aanzien van de Omgevingsvergunning en de Openstellingsvergunning – bij de A-tunnel in vergaande mate sprake is van een wisselwerking tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer met navenante wederzijdse rechten en plichten (zie 1.6 hiervoor). In het veronderstelde geval dat beklagde met deze 'wisselwerking met navenante wederzijdse rechten en plichten' doelt op een unitair georiënteerd kader waarbinnen Opdrachtgever en Opdrachtnemer gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor het verkrijgen van een vergunning – de beantwoording van beklagde maakt dat niet duidelijk, terwijl een dergelijk alternatief kader ook overigens niet blijkt uit de opzet en inhoud van de door haar gehanteerde maatwerkovereenkomst – had beklagde naar het oordeel van de Commissie haar daarmee gemoeide belangen kunnen dienen door gemotiveerd af te wijken van artikel 6 Model Basisovereenkomst en/of van de bepalingen opgenomen in hoofdstuk 5 UAV-GC 2005, in plaats van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 in het geheel niet toe te passen.

**5.2.18.** Beklaagde heeft in haar beantwoording van vraag 276 in de 8e Nota van Inlichtingen vervolgens opgemerkt dat de Convergentiefase in goed onderling overleg tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer dient te worden doorlopen met als doel het verkrijgen van een Omgevingsvergunning, met instemming van de Rijksdienst van Cultureel Erfgoed en andere stakeholders (zie 1.11.2 hiervoor). In het verlengde hiervan heeft beklagde opgemerkt dat zij in de Convergentiefase haar kennis en ervaring met betrekking tot het project wenst te delen met de Opdrachtnemer. Dit betekent volgens beklagde dat de Opdrachtnemer een open en bereidwillige houding van Opdrachtgever kan verwachten in de beantwoording van vragen inzake onder meer het Nuldossier en Vraagspecificaties. Daarnaast is er actieve communicatie over de gevraagde eindproducten, met als doel het voor de Opdrachtnemer mogelijk te maken dat op te stellen producten effectief tot stand komen en de Acceptatie van de documenten wordt bespoedigd. In het kader van het wederzijdse belang om de voortgang van het project te bevorderen, zal de Opdrachtgever zich proactief



inspannen, ook richting haar eigen organisatie, om Wijzigingen zo veel mogelijk te beperken (zie 1.11.2 *in fine* hiervoor). De Commissie vermag niet in te zien waarom beklagde de hiervoor genoemde doelstellingen niet evenzeer zou kunnen realiseren binnen de kaders van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005. De beantwoording door beklagde maakt dat althans niet duidelijk.

**5.2.19.** Beklaagde heeft in haar beantwoording van vraag 276 in de 8e Nota van Inlichtingen verder nog opgemerkt dat de Realisatiewerkzaamheden binnen een periode van een jaar per Tunnelbuis dienen te worden uitgevoerd, zodat de gehele afsluiting (t.b.v. o.a. ESIT) van de A-tunnel in de verkeersluwe zomerperiodes kan plaatsvinden en de Realisatiewerkzaamheden binnen de Mijlpaaldata zijn afgerond ter beperking van de verkeersoverlast in de stad. Termijnverlenging past volgens beklagde niet bij deze doelstelling (zie 1.11.2 hiervoor). Ook wat deze doelstelling betreft ziet de Commissie niet in waarom beklagde die doelstelling niet evenzeer zou kunnen bereiken door binnen de kaders van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 projectspecifieke afspraken daarover te maken of door eventueel - mits deugdelijk gemotiveerd - van die kaders af te wijken.

**5.2.20.** Beklaagde heeft zich in haar beantwoording van vraag 6 in de 3e Nota van Inlichtingen nog op het standpunt gesteld dat zij in lijn met de Gids Proportionaliteit heeft besloten - juist vanwege de reden dat de UAV-GC 2005 als geheel niet passend zijn en enkel met veel afwijkingen zouden kunnen worden toegepast - deze voorwaarden in het geheel niet van toepassing te verklaren (zie 1.6 *in fine* hiervoor). In aanvulling hierop heeft zij in haar beantwoording van vraag 276 in de 8e Nota van Inlichtingen opgemerkt dat zij met het enkel invullen van de Model Basisovereenkomst niet kon volstaan en dat ook een groot aantal afwijkingen van de Model Basisovereenkomst en van de bijbehorende UAV-GC 2005 tot vragen zou hebben geleid (zie 1.11.2 hiervoor). Deze stellingen van beklagde miskennen allereerst dat op basis van de door haarzelf verstrekte motivering, zoals die hiervoor in 5.2.15 t/m 5.2.19 in extenso is weergegeven, niet kan worden gezegd dat beklagde haar projectspecifieke belangen alleen maar had kunnen dienen door 'veel' dan wel 'een groot aantal' en ook overigens 'wezenlijke' (zie 4.2.4 hiervoor) afwijkingen van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 door te voeren. Dat betekent voorts dat de stelling van beklagde 'dat de UAV-GC als geheel niet passend zijn' evenmin steun vindt in de door haar verstrekte motivering (zie ook de reactie van beklagde in 4.2.5 hiervoor), nog daargelaten dat de Commissie in (de Toelichting op) Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit geen steun vindt voor de stelling van beklagde dat wanneer er in de Mo-

del Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 meer moet worden gewijzigd dan slechts een aantal ondergeschikte bepalingen, het proportionaliteitsbeginsel zou meebrengen de Model en de UAV-GC 2005 in hun geheel niet moeten worden toegepast (zie de reactie van beklagde in 4.2.4 hiervoor). In het geval dat de Model en de UAV-GC 2005 niet integraal geschikt zijn, is het slechts toegestaan gemotiveerd daarvan af te wijken voor zover in Voorschrift 3.9 C is bepaald dat de Model en de UAV-GC 2005 integraal dienen te worden toegepast. Dat het van toepassing verklaren van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 - met een aantal gemotiveerde afwijkingen - vervolgens eveneens tot vragen van potentiële inschrijvers zou hebben geleid, is in het licht van het voorgaande evenmin een overtuigend argument om de Model en de UAV-GC 2005 dan maar in hun geheel niet van toepassing te verklaren. Ook overigens is het zo dat beklagde met de door haar gekozen handelwijze de potentiële inschrijvers in de laatstbedoelde situatie opzadelt met het kostbare en tijdrovende probleem dat zij zelf maar op zoek moeten gaan naar de overeenkomsten en verschillen tussen het maatwerkcontract van beklagde en de voor alle inschrijvers bekende standaard: de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005. In de tegenovergestelde - en door de wetgever met Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit voorgestane - situatie, waarin de toepasselijkheid van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 als vertrekpunt wordt genomen, zullen de potentiële inschrijvers op basis van een overzicht van de gemotiveerde afwijkingen van die standaard snel en efficiënt kunnen nagaan welke consequenties zij aan die afwijkingen moeten verbinden voor hun inschrijving: dat is conform de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel zoals de wetgever die met Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit voor ogen heeft gehad.

**5.2.21.** De Commissie is alles afwegende van oordeel dat de door beklagde in de Nota's van Inlichtingen verstrekte motivering haar beslissing om de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 niet toe te passen onvoldoende kan dragen.

**5.2.22.** Het eerste klachtonderdeel is derhalve gegrond.

### 5.3. Klachtonderdelen 2 en 3

**5.3.1.** De Commissie is van oordeel dat acht - een ongewijzigde voortzetting van de aanbestedingsprocedure voor beklagde geen optie meer kon zijn: beklagde heeft immers haar eigen maatwerkcontract toegepast in plaats van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005. De consequentie daarvan is dat de Commissie de klachtonderdelen 2 en 3 niet meer kan behandelen. Immers, nog daargelaten dat die klachtonderdelen vragen om een toetsing aan Voorschrift 3.9 D res-

pectievelijk 3.9 A Gids Proportionaliteit van een maatwerkcontract dat beklagde in het onderhavige geval niet had mogen toepassen, zal een eventuele ongegrondverklaring van de klachtonderdelen 2 en 3 de gegrondverklaring van klachtonderdeel 1 hoe dan ook niet kunnen wegnemen.

**5.3.2.** De Commissie overweegt ten name in haar onderbouwing van klachtonderdeel 2 – zie in het bijzonder de overwegingen 3.2.6 t/m 3.2.15 hiervoor – zowel een aantal stellingen heeft betrokken als een aantal vragen heeft gesteld die verband houden met de interpretatie van de Voorschriften 3.9 D en ook 3.9 A Gids Proportionaliteit. Omdat de Commissie zich inmiddels reeds uitvoerig over die interpretatie heeft uitgelaten in Advies 331 en in Advies 355 (in het bijzonder overweging 5.3, nog niet gepubliceerd), volstaat zij hier met een verwijzing naar die Adviezen.

## 6. Advies

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht gegrond en kan de onderdelen 2 en 3 van de klacht als gevolg daarvan niet in behandeling nemen.

## 7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling. (*Enz., enz., Red.*)

## NOOT

**1.** Aanleiding tot het hierboven weergegeven advies was een klacht, die uit drie onderdelen bestond: (1) de aanbestedende dienst bediende zich van een maatwerkcontract in plaats van de UAV-GC 2005, (2) de aansprakelijkheidsregeling die de aanbestedende dienst voor ogen stond, was in strijd met Voorschrift 3.9 D van de Gids Proportionaliteit (Gids) en (3) het contract voorzag in een risico allocatie, die niet voldeed aan de eis van Voorschrift 3.9 A Gids. Het advies beperkt zich tot het eerste klachtonderdeel. Dat zag op Voorschrift 3.9 C van de Gids dat luidt: 'In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe'. Het klachtonderdeel wordt gegrond verklaard.

**2.** De Commissie had eerder (advies 228, 4 juni 2015) al eens geoordeeld over een situatie, waarin een opdrachtgever weliswaar de Modelbasisovereenkomst en de UAV-GC 2005 tot uitgangspunt had genomen, maar daar op verschillende plaatsen sterk van was afgeweken. De Commissie zag dat als een handelen in strijd met Voorschrift 3.9 C van de Gids. Daarmee is echter nog niet alles gezegd, want van de Gids valt gemotiveerd vanaf te wijken, zo volgt uit artikel 1.10, lid 4, Aanbestedingswet (Aw). De Commissie gaf er in dat advies al blijk van de lat betrekkelijk hoog te leggen voor wat betreft die motivering. Elke afwijking dient namelijk te worden gemotiveerd. Dat mag met een algemene motivering, maar die moet dan wel per afwijking ook werkelijk redengevend en projectspecifiek zijn. Dat advies bevatte ook

een afwegingskader voor die te geven motivering (5.75), welk kader nadien herhaald is in adviezen 256 en 360 (12 augustus 2015 en 20 oktober 2016). Dat stelt betrekkelijke zware eisen aan de opdrachtgever.

**3.** De situatie die in advies 307 speelde was in zoverre verschillend dat de opdrachtgever de UAV-GC 2005 überhaupt niet had gehanteerd, maar een geheel eigen maatwerkcontract had opgesteld. Dat leidde tot de vraag of de projectspecifieke situatie en de belangen van opdrachtgever tot een zodanig afwijkende overeenkomst dienden te leiden, dat gesteld kon worden dat de UAV-GC 2005 daar in het geheel niet op toepasbaar zouden zijn.

**4.** De Commissie benadert de kwestie als volgt. Het stond opdrachtgever vrij om te kiezen voor een DBM-opdracht, door de Commissie aangeduid als een 'variant van een geïntegreerde bouworganisatievorm met bijbehorende contractvorm' (advies 5.2.1). Maar, omdat de UAV-GC 2005 gelden als 'contractmodel (...) dat specifiek bedoeld is voor toepassing van geïntegreerde bouworganisatievormen, zoals DBM' (advies 5.2.6), is sprake van een geval als bedoeld in Voorschrift 3.9 C van de Gids, t.w. een geval '(...) waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen bestaan die paritair zijn samengesteld'. Het niet hanteren daarvan vormt dan een afwijking van dat voorschrift.

Dat is niet uitgesloten, maar de opdrachtgever staat dan wel voor een zware - schier onmogelijke? - motiveringsplicht. Hij moet dan uitleggen waarom hetgeen hij wil, niet binnen het kader van de UAV-GC en de daarbij behorende modelovereenkomst is te gieten. En die motivering toetst de Commissie aan aspecten, genoemd in overweging 5.2.13, die sterke gelijkenis hebben met de aspecten die in advies 228 aan de orde waren.

Nu zijn de UAV-GC 2005 betrekkelijk flexibel van opzet: toepasbaar zowel in het geval waarin de opdrachtgever slechts een ruwe vraagspecificatie heeft, als in het geval hij een nagenoeg gereed ontwerp heeft en in alle tussengelegen situaties. Het zal daarom in het algemeen bepaald lastig zijn te motiveren waarom een opdracht die zowel op ontwerp- als op bouwwerkzaamheden betrekking heeft - eventueel met enkele specifiek te motiveren afwijkingen - daarin niet is te vatten.

**5.** Opdrachtgever erkende ook wel dat hier denkbaar was geweest om de UAV-GC 2005 en de daarbij horende Modelovereenkomst tot uitgangspunt te nemen, maar stelde dat de afwijkingen ten opzichte van de UAV GC 2005 dan zo talrijk zouden zijn geweest, dat het daarom beter was om alles opnieuw op te schrijven in een maatwerkovereenkomst. Zolang die dan maar aan de door de Gids gestelde inhoudelijke proportionaliteitseisen – denk aan Voorschriften 3.9 A en D - voldeed, zou er geen probleem zijn en zou toetsing aan Voorschrift 3.9 C niet aan de orde zijn. In die opvatting zou de opdrachtgever die voor een maatwerkovereenkomst kiest, dus niet langer elke afwijking ten opzichte van een vergelijkbare regeling in de UAV GC 2005 hoeven te motiveren, zoals advies 228 verlangt. Anders gezegd: in die opvatting zou een opdrachtgever aan de eisen van advies 228 kunnen ontsnappen door steeds met maatwerkcon-

tracten te werken. Het is begrijpelijk dat de Commissie die opvatting niet heeft gevolgd (onder 5.2.7). Iets soortgelijks had de Commissie overigens al overwogen in advies 360 (onder 5.5).

**6.** De Commissie toetst vervolgens de door de opdrachtgever gegeven motivering waarom de UAV-GC 2005 op verschillende punten niet zouden passen. Opdrachtgever was, daartoe uitgedaagd in vele vragenrondes, daar vrij uitvoerig op ingegaan in de verschillende Nota's van Inlichtingen. Maar de daaruit blijkende motivering kon de Commissie niet overtuigen. De meeste aangedragen punten waren toch ook prima met de UAV-GC2005 op te lossen en de betrekkelijk weinige punten waar dat niet voor gold, hadden dan via een afwijking daarop geregeld kunnen worden. Kortom: onvoldoende reden om de UAV-GC 2005 geheel terzijde te schuiven (advies 5.2.15-21).

**7.** De conclusie is dat de contractvrijheid van een bouwen- de overheid die een geïntegreerd contract op de markt wil plaatsen, door de Gids wezenlijk beperkt wordt. Hij mag wel de bouworganisatievorm kiezen die bij hem past, maar als het een geïntegreerde opdracht is, die zowel ontwerp- als bouwwerkzaamheden omvat, heeft hij nauwelijks een andere keus dan om de UAV-GC 2005 hanteren. Die zijn wel flexibel, in de zin dat er bijvoorbeeld nog keuzes gemaakt kunnen worden in welke mate ontwerpwerkzaamheden worden opgedragen, maar voor het overige zit de bouwende overheid in beginsel vast aan de materiële inhoud van de UAV-GC 2005. Alleen als hij voor afwijkingen ten opzichte daarvan een redengevende en projectspecifieke motivering weet te geven, ligt dat anders. Maatwerkcontracten zijn dus feitelijk uit den boze, ongeacht of zij op zichzelf beschouwd ook redelijke of proportionele voorwaarden zouden stellen. Dat is voor de markt vermoedelijk zegenrijk, alleen al omdat anders elk maatwerkcontract weer door alle inschrijvers zou moeten worden beoordeeld en gewogen met alle kosten van dien. De Commissie vraagt in overweging 5.2.20 (slot) aandacht voor dat aspect en dat is natuurlijk terecht. Het werken met een vertrouwd contractmodel kan overigens ook om andere redenen voordelig zijn: het verkleint bijvoorbeeld de kans op discussies over de uitleg ervan, hetgeen ook aan opdrachtgeverszijde als een voordeel zou mogen worden ervaren.

**8.** Praktisch als het voorschrijven van paritaire model- voorwaarden mag zijn, het juridisch fundament onder deze beperking van de contractvrijheid is m.i. zwak. Artikel 1.10 Aw verplicht tot het hanteren van proportionele voorwaarden en het is nuttig dat de Gids een manier aangeeft hoe een opdrachtgever daar invulling aan kan geven, te weten met paritair vastgestelde opgestelde voorwaarden. Maar daarmee is m.i. niet gezegd dat dit de enig denkbare invulling zou zijn.

Dat voorwaarden paritair zijn vastgesteld zegt ook inhoudelijk niet alles. De vaststelling van de UAV-GC 2005 vond plaats door een aantal partijen zonder enig formeel mandaat. De voorwaarden waren bedoeld als hulpmiddel voor de praktijk, niet als quasi-dwingend voorschrift; die status

ontlenen zij aan de latere inwerkingtreding van een betrekkelijk generiek voorschrift als (Voorschrift 3C van) de Gids. Voorschrift 3C geldt bovendien voor alle paritaire vastgestelde voorwaarden, ongeacht de inhoud. Kennelijk is de veronderstelling dat belanghebbende partijen behoorlijk gerepresenteerd zijn geweest in het totstandkomingsproces ervan, waardoor de uitkomst van dat proces een zeker evenwicht tussen de verschillende betrokken belangen vertoont. De gedachte zal zijn dat de uitkomst daarvan breed gedragen wordt en dus kan gelden als quasi-norm, ook voor derden, die bij de totstandkoming ervan in het geheel niet betrokken hoeven te zijn geweest. Nu zijn de UAV GC 2005 in breed overleg en zelfs met inbreng vanuit de wetenschap totstandgekomen, maar een duidelijke ondergrens voor wat betreft het vereiste draagvlak is er niet (zie ook hieronder in punt 9). En zelfs als het gaat om voorwaarden die breed gedragen worden, blijft de vraag waarom ook derden zich daaraan moeten conformeren. Dit is een vorm van derdenwerking van het paritaire overleg, die, anders dan bijvoorbeeld bij algemeen verbindend verklaring van collectieve arbeidsovereenkomsten, geen wettelijke basis lijkt te hebben. Zie hierover meer uitvoerig M.A.B. Chao-Duivis, 'Een nieuwe fase in het leerstuk van algemene voorwaarden', *TBR* 2015/124 (in het bijzonder onder 3.2, slot).

**9.** Ook paritair vastgestelde voorwaarden kunnen trouwens weer draagvlak verliezen, zoals wordt geïllustreerd door een advies van de Commissie van 29 april 2016 (331). Daar werd geklaagd over het toepassen van eigen inkoopvoorwaarden van een aanbestedende dienst op een opdracht voor ingenieursdiensten, in plaats van de RVOI 2001. Deze RVOI 2001 was opgesteld door de KIVI en de ONRI (organisaties aan opdrachtnemerszijde) maar goedgekeurd door 'een vertegenwoordiging van de opdrachtgevende overheid'. Daarom gold de RVOI als een paritair vastgesteld, aldus de Commissie. De Commissie overwoog echter dat inmiddels de DNR 2005 (en 2011) tot stand was gebracht. Nu is de DNR niet paritair vastgesteld: dat is gebeurd door organisaties aan opdrachtnemerszijde, t.w. de al genoemde ONRI en de BNA, zonder goedkeuring door de opdrachtgevende overheid. Daar deed er echter niet aan af dat toepasselijkheid van de RVOI 2001 niet langer op basis van Voorschrift 3.9 C Gids afgedwongen kon worden, aldus de Commissie. In de toelichting op de DNR was immers aangegeven dat deze in de plaats van de RVOI kwam. Kortom: de paritair vastgestelde RVOI hadden door de eenzijdige vaststelling van een nieuw model vanuit de opdrachtnemerskant kennelijk het vereiste draagvlak verloren en hoefden daarom niet meer te worden toegepast, integraal noch gedeeltelijk, door de opdrachtgever. Die kon dus daar zijn eigen - eenzijdige - inkoopvoorwaarden voor in de plaats te stellen, zonder in strijd met Voorschrift 3C te komen.

**10.** Wat daarvan zij, de sluiproute om aan de werking van Voorschrift 3.9 C Gids te ontkomen door als opdrachtgever zelf een geheel eigen contract in elkaar te knutselen, is wat de Commissie betreft afgesloten. Voorschrift 3.9C verplicht de opdrachtgever die een geïntegreerd contract wil aanbesteden zowel om de UAV-GC te hanteren als om die dan ook integraal toe te passen, behoudens voorzoo-

ver een afwijking daarvan toereikend gemotiveerd kan worden. Dat is een bevredigende zaak, omdat het voorschrift anders zijn werking zou hebben verloren: dan zou aan de verplichting om niet dan gemotiveerd van de UAV-GC af te

wijken gemakkelijk te ontkomen zijn geweest, door de UAV-GC in het geheel niet toe te passen.

J.C. Binnerts

## Jurisprudentie – IV. Overig privaatrecht