

De Standaard RAW Bepalingen 2015

Over de wijzigingen ten opzichte van de Standaard 2010 en meer in het bijzonder de RAW-raamovereenkomst en het beeldkwaliteitsbestek, de hybride overeenkomst en recente rechtspraak over de Standaard

– Mr. J.S.O. den Houting en mr. M. van Stigt Thans¹

1. Inleiding

Begin 2015 is de achtste editie van de Standaard RAW Bepalingen verschenen: de Standaard 2015.² De eerste versie van de Standaard is verschenen als ‘Voorlopige’ Standaard in 1979, de eerste officiële Standaard werd door CROW in 1985 gepubliceerd. De nieuwe Standaard (hierna: de ‘Standaard’) wordt met de gereedkoming van de daartoe benodigde software vanaf mei 2015 toegepast en is inmiddels al bij naar schatting 1.500 werken gebruikt.³ In dit artikel zullen wij de meest opvallende wijzigingen in het juridische gedeelte van de Standaard (*Hoofdstuk 01 Algemeen en administratief*) ten opzichte van de vorige bespreken. Zo is deze bijvoorbeeld aangepast aan de UAV 2012, heet de ‘Overeenkomst Met Open Posten’ (hierna: OMOP) voortaan *RAW-raamovereenkomst* en is deze op een aantal onderdelen in overeenstemming gebracht met de nieuwe Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) en de Gids Proportionaliteit. Bovendien heeft het beeldkwaliteitsbestek nu een plaats gekregen in de Standaard.

¹ Jørgen den Houting en Michiel van Stigt Thans zijn beiden advocaat bij Rozemond Advocaten te Amsterdam. De auteurs bedanken de heren W.A.I. Suy en ing. J.H.T. Teunissen van CROW voor het meelezen en commentariëren van het artikel.

² Voor een toelichting op de (vorige) Standaard 2010 verwijzen wij naar R.G.T. Bleeker, ‘RAW 2010; Over allocatie van kosten, herziening van verrekenningsprijzen en manipulatieve inschrijvingen’, *TBR* 2011/193, p. 1086 t/m p. 1094.

³ Informatie CROW.

Daarnaast heeft CROW - los van de aanpassing van de Standaard - recent een op de leest van de RAW-systematiek geschoeid model aannemingsovereenkomst ontwikkeld waarop de UAV-GC 2005 van toepassing zijn met bijpassende vraagspecificatie. Wij zullen dit model eveneens (kort) bespreken.

Tot slot zullen wij de rechtspraak van de afgelopen 5 jaar over de Standaard 2010 bespreken, nu er nog geen uitspraken gepubliceerd zijn over de nieuwe Standaard.

2. Wijzigingen Standaard ten opzichte van de Standaard 2010

2.1 Deel 0

Deel 0 van het Algemeen Besteksbestand RAW is komen te vervallen in de Standaard; de inhoud hiervan staat vermeld in de Aankondiging of de uitnodigingsbrief. De precontractuele bepalingen voor de totstandkoming van RAW-overeenkomsten zijn samengevoegd in par. 01.01 Standaard. In die paragraaf wordt onderscheid gemaakt tussen het RAW-bestek (art. 01.01.02-04) en de RAW-Raamovereenkomst (art. 01.01.05-07).

2.2 Wijzigingen door UAV 2012

In 2012 zijn de UAV 1989 op verzoek van het ministerie van VROM aangepast door de Werkgroep Herziening UAV 1989. Dit heeft geleid tot een lich-

te herziening van de UAV 1989.⁴ De UAV 2012 worden in art. 01.01.01 lid 01 van de Standaard van toepassing verklaard. Veel nieuws onder de zon is er echter niet. CROW had in januari 2013 de RAW 2010 al aangepast aan deze nieuwe UAV door middel van het document *'Actualisering RAW-systeem aan UAV 2012'*. Vermeldenswaardig is wel dat bouwstoffen niet meer vooraf gekeurd hoeven te worden door de directie (zoals bijvoorbeeld kan worden afgeleid uit de gewijzigde tekst van art. 01.14.02 lid 01 Standaard). Een directiekeuring is immers niet meer standaard voorgeschreven in § 18 lid 1 UAV 2012.

2.3 De RAW-raamovereenkomst

In 2005 is het onderdeel OMOP opgenomen in de Standaard, met het oog op opdrachten waarbij de aard en onderlinge verhouding van de werkzaamheden op voorhand wel bekend zijn, maar de exacte hoeveelheden en/of het tijdstip van uitvoering pas kunnen worden bepaald tijdens de uitvoering (par. 01.21).

De opdrachtgever stelt ten behoeve van de aanbesteding een lijst van 'fictieve hoeveelheden' samen. De fictieve hoeveelheden moeten zoveel mogelijk een reële afspiegeling zijn van de werkelijk te realiseren resultaatsverplichtingen. Inschrijvers beprijsen die fictieve hoeveelheden in hun inschrijvingsstaat. Het totaal van die fictieve hoeveelheden vermenigvuldigd met de bijbehorende prijs per eenheid, vermeerderd met staartkosten, is de inschrijvingsom die wordt gebruikt bij de bepaling van de rangorde in de aanbesteding. De fictieve hoeveelheden zijn géén onderdeel van de overeenkomst: de inschrijvingsom verliest zijn juridische betekenis na gunning.⁵

Tijdens de uitvoering wordt het werk opgedragen binnen de kaders van de UAV (1989/2012) door middel van deelopdrachten of in de vorm van opdrachten op afroep (RAW-Servicebestek).

CROW signaleert sinds 2005 een toename van COMOP-bestekken die in RAW-vorm op de markt worden gebracht. De gebruikers hebben de afgelopen jaren aan de organisatie laten weten behoefte te hebben aan verbeteringen op de onderwerpen leverantieplicht, afnameplicht, eenmalige kosten, vaststellen van hoeveelheden, zekerheidsstelling en verlenging. CROW is mede op basis van een marktconsultatie gekomen tot een volledige herziening van dit onderdeel in de Standaard 2015 (par. 01.21).

De naam is gewijzigd in 'RAW-Raamovereenkomst' omdat die meer recht doet aan het soort contract⁶ en omdat zo wordt aangesloten bij de terminologie van de procedure voor het sluiten van een raamovereenkomst in § 2.2.3.3 Aw 2012, aldus CROW. Ingevolge Voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit zullen aanbestedende diensten de nieuwe raamovereenkomst in voorkomend geval in beginsel moeten toepassen, omdat het gaat om een paritair opgesteld contractmodel.

De invloed van de voornoemde marktconsultatie is zichtbaar in een nadrukkelijke prestatieplicht voor de aannemer (art. 01.21.07 lid 01), een verbod op het opnemen van eenmalige kosten in het subtotale van de inschrijvingsstaat (art. 01.01.06 lid 03), duidelijker regels wat betreft het vaststellen van de som van een deelopdracht (art. 01.21.08) en verlenging (art. 01.21.05), en een expliciet verbod op het verlangen van zekerheidsstelling door de aannemer voor de raamovereenkomst (art. 01.21.03 lid 01). Die laatstgenoemde verbodsbepaling is ingegeven door Voorschrift 3.5 D van de Gids proportionaliteit en beoogt een eind te maken aan de bestaande praktijk dat de opdrachtgever zekerheid verlangt ter hoogte van 5% van de fictieve inschrijvingsom. Zekerheid van die omvang is per definitie bovenmatig omdat het risico van de opdrachtgever tijdens de uitvoering niet samenhangt met de waarde van de fictieve inschrijvingsom, maar uitsluitend met de (veel geringere) waarde van de gelijktijdig lopende deelopdrachten.

Voor de deelopdracht is de procedure voor het verstrekken van zekerheidsstelling uitgesloten (art. 01.21.07 lid 03), hetgeen ten onrechte suggereert dat ook voor de deelopdracht een verbod is beoogd. De opdrachtgever behoudt dan ook de mogelijkheid om voor een deelopdracht een zekerheidsstelling te verlangen. Overigens is CROW van mening dat deze tekst in 01.21.07 lid 03 niet gelukkig is geformuleerd; beter op zijn plaats zou volgens CROW zijn: *'Van de aannemer wordt geen zekerheidsstelling als bedoeld in par 43 a UAV 2012 verlangd, tenzij de RAW-raamovereenkomst anders vermeldt'*.

Een tekstvoorstel voor een expliciete bevestiging van het ontbreken van een afnameverplichting voor de opdrachtgever (ontwerp-art. 01.21.03 lid 01) heeft de definitieve tekst van de Standaard niet gehaald.

De aannemer is in beginsel niet verplicht personeel, materieel of materiaal beschikbaar te houden. Als de opdrachtgever die verplichting oplegt, bijvoorbeeld in een RAW-Servicebestek, dan moet daar een omzetgarantie of vergoeding tegenover

⁴ Zie voor de totstandkomingsgeschiedenis: M.A.B. Chao-Duivis, H.P.C.W. Strang en E.W. de Ruijter (Red.), *Ontstaansgeschiedenis UAV 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2012.

⁵ Art. 01.21.01 lid 01 sub b Standaard.

⁶ CROW-publicatie: 'RAW-systeem - RAW-Raamovereenkomst' april 2014, p. 9.

staan (op straffe van schending van Voorschrift 3.3 A Gids Proportionaliteit).

De opdrachtgever wordt ruim bedeed met de impliciete vrijheid geen deelopdrachten op te dragen (tenzij een omzetgarantie is gegeven) en de verplichting van de aannemer om deelopdrachten uit te voeren (art. 01.21.07). Wat helaas ontbreekt is een expliciet verbod voor de opdrachtgever tot het opdragen aan derden van de werkzaamheden die vallen onder de RAW-raamovereenkomst. Volgens de wetgever is dat namelijk in strijd met de precontractuele goede trouw en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁷

De wijzigingen ten opzichte van Standaard 2010 maken de regeling begrijpelijker. Het hoge abstractieniveau van de oude teksten is ingeruild voor in duidelijke taal uitgeschreven, logisch gerangschikte rechten en verplichtingen.

Wat wij missen is een compensatieregeling voor grote afwijkingen van de verwerkte hoeveelheden ten opzichte van de fictieve hoeveelheden. De aannemer heeft bij het bepalen van zijn inschrijvingssom wat betreft de dekking van kosten rekening gehouden met die hoeveelheden, te meer omdat de opdrachtgever geacht wordt de fictieve hoeveelheden te baseren op de te verwachten hoeveelheden. Dat er een samenhang bestaat tussen de hoeveelheden enerzijds en de hoogte van de prijzen anderzijds is ook het uitgangspunt van de Standaard: dat is immers de reden dat de opdrachtgever specifieke fictieve hoeveelheden opgeeft en niet bij iedere bestekspost volstaat met het invullen van de eenheid '1'.

Bij grote afwijkingen tussen de fictieve en de werkelijk verwerkte hoeveelheden laat ook deze Standaard echter de aannemer met volledig lege handen achter: wijziging van de verrekenprijs op de voet van § 39 lid 2-5 UAV 2012 is nog steeds uitgesloten (zie art. 01.03.04 lid 03); een forse onderdekking leidt evenmin tot een vergoeding krachtens § 35 lid 5 UAV 2012 (zie art. 01.03.04. lid 02).

2.4 De Europese Verordening bouwproducten

Op 1 juli 2013 is de Verordening bouwproducten (Verordening nr. 305/2011) in werking getreden. Dit is de opvolger van de Richtlijn bouwproducten (Richtlijn nr. 89/106/EEG). Volgens deze nieuwe verordening zijn fabrikanten, importeurs en distributeurs voortaan verplicht om (1.) een bouwproduct volgens de geharmoniseerde Europese productnorm en de daarin aangewezen testnormen te beproeven, (2.) een prestatieverklaring op te stellen waarin het beoogde gebruik en de bijbehorende

producteigenschappen staan vermeld en (3.) een CE-markering op het bouwproduct aan te brengen. Doel en strekking van deze Verordening is, zo blijkt uit de considerans van de Verordening, om de gezondheid, het milieu en de werknemers te beschermen zonder het handelsverkeer te belemmeren.

Art. 01.14.02 Standaard bepaalt in dat verband dat de aannemer bij bouwstoffen waarop deze verordening van toepassing is, moet controleren of het gestelde in de prestatieverklaring voldoet aan de bestekseisen. Daarnaast dient hij – ingevolge art. 01.14.03 lid 01 Standaard – uiterlijk 10 werkdagen voordat de betreffende bouwstof verwerkt wordt een prestatieverklaring te verstrekken aan de directie (dan wel haar te verwijzen naar de website waar deze vermeld staat).

2.5 Beeldkwaliteitsbestek

Opdrachten voor het onderhoud van groenvoorzieningen en verhandingen en de beheersing van onkruid en zwerfafval werden van oudsher vormgegeven in zogenaamde 'beeldbestekken'. Het door de opdrachtgever gewenste kwaliteitsniveau van de openbare ruimte werd in het bestek uitgedrukt in aantallen en momenten van specifieke onderhoudswerkzaamheden.

Door de publicatie in 2007 door CROW van de 'Kwaliteitscatalogus openbare ruimte' (hierna: KOR-catalogus) werd het mogelijk om onderhoudsbestekken op te stellen op basis van een doorlopend kwaliteitsniveau. De aannemer draagt de verantwoordelijkheid en het risico voor de frequentie en het moment van onderhoud en zorgt ervoor dat de te onderhouden onderdelen op elk moment voldoen aan het voorgeschreven kwaliteitsniveau. Niet de frequentie van het onderhoud, maar het onderhoudsresultaat is dus het onderwerp van de overeenkomst.

In 2008 werd de koppeling met de RAW-systematiek gemaakt door publicatie van RAW-Hoofdstuk 70, een 'voorlopig' hoofdstuk zonder officiële status maar met brede toepassing.

In de Standaard is deze praktijk geïntegreerd in de Algemene Bepalingen (par. 01.24) en in de Technische Bepalingen (Hoofdstuk 22-84). Par. 01.24 bevat onder meer een begrippenkader (art. 01.24.01) en een kader voor het vaststellen van het kwaliteitsniveau bij aanvang van het werk (art. 01.24.05) en tijdens de contractperiode (art. 01.24.08).

De resultaatsbeschrijvingen zijn ontleend aan de meest recente versie van de KOR-Catalogus (editie 2013). De aannemer wordt geholpen bij het bepalen van zijn prijs door het vermelden van kosten beïnvloedende factoren en een beschrijving van het gewenste kwaliteitsniveau (A+/A/B/C).

⁷ Zie Parlementaire geschiedenis bij art. 2.140 lid 1 Aw 2012, MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 67.

Per bestekspost wordt gekozen voor een kwaliteitsniveau per eenheid 'week' of per eenheden 'die niet als eenheid week hebben', zoals m2 (art. 01.24.03). Deze laatste categorie bevat resultaatsbeschrijvingen waarbij het voor de aannemer niet mogelijk is om het aantal onderhoudsbeurten of de kosten die gepaard gaan met de uit te voeren herstelwerkzaamheden in te schatten, zoals bijvoorbeeld scheurvorming en rafeling van asfaltverhardingen. De keuze voor de eenheid 'week' werkt door in de Algemene Bepalingen, met name op het vlak van de controle van het opgedragen kwaliteitsniveau (art. 01.24.07/08) en de korting die kan worden opgelegd als dat niveau niet is behaald (art. 01.24.09).

Bij besteksposten met als eenheid 'week' bepaalt de aannemer het aantal onderhoudsbeurten en het moment van onderhoud. De aannemer krijgt die werkelijk uitgevoerde hoeveelheden niet betaald, maar ontvangt een vast bedrag per week conform zijn inschrijvingsstaat.

Partijen hebben belang bij eenduidige vastlegging van het kwaliteitsniveau bij aanvang van het werk. Dat belang wordt in onze optiek onvoldoende gediend door de opdrachtgever enkel te verplichten alle relevante informatie (gebiedsinformatie, toegankelijkheid, data van evenementen) te vermelden in het bestek (art. 01.24.02 lid 01). Die verplichting is namelijk beperkt tot informatie waarover de opdrachtgever beschikt. Bovendien is die informatie vaak dynamisch - planten groeien onverstoort door als de precontractuele fase in het groeiseizoen valt - en verliest dus snel aan relevantie.

De aannemer heeft het grootste belang bij duidelijkheid en heeft daarom wat ons betreft terecht het initiatief tot het vaststellen van het bestaande kwaliteitsniveau: (art. 01.24.05 lid 02). Een nulmeting is dus noodzakelijk om te beoordelen of de situatie buiten overeenkomst met het in het bestek gegeven kwaliteitsniveau.

3. De hybride overeenkomst

CROW heeft in 2014 een werkgroep ingesteld ter verkenning van de mogelijkheden van een flexibeler verdeling van ontwerp- en toezichttaken tussen opdrachtgever en aannemer. Uit dat onderzoek⁸ komt naar voren dat opdrachtgevers er behoefte aan zouden hebben om de mate van invloed op het ontwerp te kunnen variëren zonder daartoe verschillende overeenkomsten te hoeven sluiten.

Zij willen, zo constateren de onderzoekers, delen van het ontwerp in detail kunnen specificeren en andere delen door de aannemer laten invullen. De bestaande voorwaarden (de UAV 2012 en UAV-GC 2005) voorzagen daar volgens de betrokkenen onvoldoende in, aldus de onderzoekers. De werkgroep heeft vervolgens gekeken hoe deze 'hybride vraag' het beste kon worden opgelost en heeft daarbij drie varianten onder de loep genomen: (1.) een model op basis van de UAV 2012, (2.) een model waarbij de UAV 2012 en de UAV-GC 2005 gecombineerd worden en (3.) een model op basis van de UAV-GC. In zijn rapport spreekt de werkgroep de voorkeur uit voor dat laatste model.

In vervolg op dit onderzoek heeft CROW dit jaar een aangepast model basisovereenkomst ontwikkeld waarop de UAV-GC 2005 van toepassing zijn en die te gebruiken is in combinatie met de RAW systematiek; het '*Model basisovereenkomst hybride contracten*'. Daarbij heeft CROW ook een op de leest van de Standaard geschoeide vraagspecificatie vervaardigd en de bijbehorende annexen aangepast.⁹

In deze basisovereenkomst staat vermeld dat er in de vraagspecificatie onderscheid wordt gemaakt tussen uitvoeringswerkzaamheden *zonder* en *met* ontwerpverplichting.

Artikel 5 lid 2 bepaalt in dat verband:

- 'In het kader van deze Overeenkomst dient de Opdrachtnemer de volgende werkzaamheden te verrichten:
- het door middel van uitvoeringswerkzaamheden realiseren van de Vraagspecificatie deel 2.2 hoofdstuk A
 - het door middel van ontwerpwerkzaamheden en uitvoeringswerkzaamheden realiseren van de Vraagspecificatie deel 2.2 hoofdstuk B.'

De vraagspecificatie is vervolgens onderverdeeld in een 'uitvoeringsdeel': '*Hoofdstuk A Staat van Uitvoeringswerkzaamheden*' en een 'ontwerp- en uitvoeringsdeel'; '*Hoofdstuk B Staat van Ontwerpen Uitvoeringswerkzaamheden*'. De uitvoeringswerkzaamheden worden daarbij beschreven met RAW-teksten en dus resultaatgericht. De bijbehorende posten kunnen desgewenst verrekenbaar of niet verrekenbaar worden gesteld. De ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden worden functioneel omschreven en de door de aannemer te bepalen hoeveelheden zijn - logischerwijs - niet verrekenbaar.

Op beide delen in de vraagspecificatie zijn evenwel de UAV-GC 2005 van toepassing. Zo voert de opdrachtgever bijvoorbeeld geen directie over

⁸ De werkgroep heeft ten behoeve van het onderzoek 10 betrokkenen geïnterviewd die werkzaam zijn bij een waterschap of gemeente en in maart 2015 zijn rapport uitgebracht; zie: M.A.B. Chao Duivis, W.A.I. Suy, N.G. Meijerink, *De hybride vraag van de opdrachtgever; een onderzoek naar flexibele verdeling van ontwerptaken en aansprakelijkheid in de relatie opdrachtgever-opdrachtnemer*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2015.

⁹ Deze modellen zijn voor gebruikers van het CROW ProContract te raadplegen op de website van het CROW.

de uitvoeringswerkzaamheden als bedoeld in § 3 UAV 2012. De aannemer draagt – ingevolge artikel 01.01.04 van de Algemene Bepalingen – bovendien zorg voor de afstemming tussen enerzijds het ontwerp van de opdrachtgever (beschreven in deel 2.2, hoofdstuk A) en anderzijds zijn eigen ontwerp (beschreven in deel 2.2, hoofdstuk B). Mocht afstemming niet mogelijk zijn zonder aanpassing van de Vraagspecificatie, dan dient hij de opdrachtgever daarvoor te waarschuwen.

Art. 01.01.04 luidt als volgt:

‘01 De Opdrachtnemer stemt zijn ontwerpwerkzaamheden af op het ontwerp van de Opdrachtgever volgens deel 2.2 hoofdstuk A van de Vraagspecificatie.

02 Indien de in lid 01 bedoelde afstemming niet zonder aanpassing van de Vraagspecificatie mogelijk is, zal de Opdrachtnemer de Opdrachtgever waarschuwen.

03 De Opdrachtgever besluit na ontvangst van de waarschuwing als bedoeld in het vorige lid, binnen een redelijke termijn op welke wijze de Vraagspecificatie wordt aangepast.’

Artikel 5 lid 3 van de basisovereenkomst bepaalt daarnaast wel dat de verantwoordelijkheid van de aannemer voor de functionele geschiktheid van het werk zich beperkt tot die gedeelten die hij heeft ontworpen en die zijn beschreven in deel 2 hoofdstuk B vraagspecificatie.

CROW liet desgevraagd weten dat dit ‘hybride contract’ inmiddels al een aantal keer is gebruikt; onder meer door de gemeente Hoorn bij het woonrijp maken van een gebied en het ontwerpen en realiseren van fiets- en voetgangersbruggen en een kademuur. Voor het woonrijp maken leverde de gemeente het ontwerp aan, voor de kunstwerken werd dat aan de aannemer overgelaten.

Wij vragen ons af of de hybride overeenkomst wel zo nieuw is als de opstellers doen voorkomen. Per slot van rekening kan bij de standaard Basisovereenkomst op basis van de UAV-GC 2005 de ontwerpverplichting van de aannemer ook al op onderdelen beperkt worden; de Opdrachtgever kan immers – desgewenst – voor (onderdelen van) het werk een voorlopig of definitief ontwerp aanleveren in de Vraagspecificatie. Zij dient dat dan in art. 5 Basisovereenkomst te bepalen.

De opstellers van de Basisovereenkomst en UAV-GC 2005 lichten dat als volgt toe bij art. 5 Basisovereenkomst (p. 21):

‘Er zijn drie mogelijke varianten denkbaar voor de mate waarin de Opdrachtgever actief betrokken is bij het ontwerpproces. In elk van die varianten stelt de Opdrachtgever voorafgaande aan de ondertekening van de ingevulde Basisovereenkomst de Vraagspecificatie aan de Opdrachtnemer ter beschikking. In de

eerste variant bevat de Vraagspecificatie slechts het programma van eisen. In de tweede variant heeft hij dat programma van eisen nader uitgewerkt tot een voorlopig ontwerp, hetgeen hij in de derde variant nog verder heeft uitgewerkt in een definitief ontwerp. Partijen dienen hier één keuze te maken. Doordat de Opdrachtgever altijd een programma van eisen opstelt, is een zekere mate van beïnvloeding van het ontwerpproces door de Opdrachtgever inherent aan de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005.[...]’

Dit laat onverlet dat er nu wel voor het eerst een model beschikbaar is dat de mogelijkheid biedt de RAW-systematiek te combineren met de UAV-GC 2005.

Vervolgens vragen wij ons af of de afstemming tussen de ontwerpwerkzaamheden van de aannemer en die van de opdrachtgever afdoende is geregeld; te meer nu de opdrachtgever geen directie voert over c.q. toezicht houdt op de uitvoeringswerkzaamheden van de aannemer. Dat de aannemer verantwoordelijk is voor de afstemming achten wij zonder meer onredelijk, nu de opdrachtgever – zeker als het werk wordt aanbesteed – veel meer tijd en gelegenheid heeft om zijn ontwerpdeel voor te bereiden dan de aannemer. Bovendien moet het werk uiteindelijk aan de eisen en wensen van de opdrachtgever voldoen.

4. Rechtspraak Standaard

4.1 De RvA

De aanzienlijke hoeveelheid RAW-bestekken die de afgelopen jaren zijn gebruikt heeft tot relatief weinig geschillen bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw geleid.¹⁰ In de afgelopen 5 jaar zijn slechts gemiddeld 20 vonnissen per jaar gepubliceerd. Deze hebben voornamelijk betrekking op uitvoeringsgeschillen die worden beslecht aan de hand van de UAV 1989/2012. Een kleine minderheid van de geschillen speelt zich af in de RAW-sfeer.

De beslechting van geschillen over omissies, fouten of onduidelijkheden in het bestek vormt de hoofdmoot van de geschillen over de Standaard 2005/2010. Scheidsgerichten nemen daarin sinds 2002¹¹ als vertrekpunt dat een inschrijver er bij een RAW-bestek vanuit mag gaan dat alle resultaatsverplichtingen in het bestek zijn opgenomen, zodat hij het werk eenvoudig op basis van het bestek kan calculeren.¹² Ook bestaat consensus over het doel van het RAW-bestek: een aannemer zou op basis van door de opdrachtgever aangegeven resultaats-

¹⁰ NAI-vonnissen over RAW-bestekken zijn de auteurs onbekend. Naar verwachting wordt het NAI zelden tot nooit gekozen als bevoegd forum.

¹¹ RvA 19 december 2002, No. 70.582, r.o. 8, BR 2003, p. 249 e.v.

¹² RvA 3 februari 2015, No. 71.940, r.o. 21, TBR 2015/67 m.nt. W.J.M. Herber.

verplichtingen op eenvoudige wijze in staat moeten zijn in te schrijven.

Daarbij is de aannemer niet gehouden grondig onderzoek te verrichten naar de juistheid van het bestek en tekeningen en hoeft hij geen aanvullend veldonderzoek te doen aldus arbiters.¹³ Van de aannemer kan bijvoorbeeld niet worden verwacht dat hij in de aanbestedingsfase vijf volle dagen bezig is met het narekenen van gegevens in bestekstekeningen. Als hij d uitgaat van de in het bestek opgegeven – onjuiste – gemiddelden dan is hij daarvoor dan ook niet aansprakelijk.¹⁴

En door de opdrachtgever bewust niet berekenende hoeveelheid, die in het bestek wordt overgelaten aan de aannemer, is geen omissie waarvoor de opdrachtgever de gevolgen draagt.¹⁵ Dat geldt ook voor bewust niet voorgeschreven uitvoeringsmethoden, omdat er geen verplichting bestaat voor de opdrachtgever om die op voorhand te onderzoeken; uitgangspunt in de RAW-systematiek is juist dat de aannemer de vrijheid heeft om een uitvoeringsmethode te kiezen.¹⁶

De opdrachtgever die resultaatsverplichtingen vergeet op te nemen in het bestek moet op de blaren zitten. Als de opdrachtgever bijvoorbeeld ‘engineering’ nadrukkelijk opneemt bij staalwerk en niet bij betonwerk, dan mag de aannemer zijn prijs daarop baseren.¹⁷ Leveranties die ontbreken in het bestek maar wel noodzakelijk blijken kan de aannemer vergoed krijgen als meerwerk.¹⁸

De aannemer behoort zijn opdrachtgever in de aanbestedingsfase te waarschuwen voor het ontbreken van een eenheid bij een hoeveelheid in de inschrijvingsstaat. Doet hij dat niet, dan is hij – ingevolge art. 7:754 BW – aansprakelijk voor de gevolgen van zijn verzuim.¹⁹

De opdrachtgever is verantwoordelijk voor eventuele onduidelijkheden in door zijn adviseur opgestelde besteksbepalingen, indien deze een niet gebruikelijk en aanzienlijk financieel risico voor de aannemer opleveren. Arbiters oordelen dat een eventuele onduidelijkheid in de tekst dan niet mag worden uitgelegd in het voordeel van opdrachtgever als opsteller van de tekst (op basis van de zogenaamde ‘*contra proferentem*’ regel).²⁰

De opdrachtgever is verantwoordelijk voor het bestek en de invloed van de bodemgesteldheid op

het ontwerp (§ 5 UAV). Het accorderen van hoeveelheden door de aannemer op basis van bestek en tekeningen, terwijl er geen nulmeting was voorgeschreven of uitgevoerd door de aannemer, brengt geen verschuiving toe weg van die verantwoordelijkheid, aldus arbiters.²¹

4.2 De overheidsrechter

Verreweg de meeste uitspraken van de overheidsrechter van de afgelopen vijf jaar gaan over de toepassing van de artikelen 01.01.03 en 01.01.04 van de Standaard 2010 (welk artikelen in de Standaard niet zijn gewijzigd). Dit betrof, zoals Bleeker in zijn artikel over de Standaard 2010 opmerkte, de belangrijkste wijziging in die Standaard ten opzichte van de versie uit 2005. De aanbestedende dienst had tot de Standaard 2010 de verplichting om opgegeven verrekprijzen na aanbesteding, maar vóór gunning, te beoordelen op basis van hun ‘redelijkheid’. Hij had daarbij de bevoegdheid om van ‘*kennelijk onredelijke verrekprijzen*’ aanpassing te vragen waarbij de financiële gevolgen gesaldeerd dienden te worden via de post ‘*eenmalige kosten*’ (vast onderdeel van de op te geven staartkosten) (zie: art. 01.01.04 Standaard 2005). In de Standaard 2010 is deze regeling – die op gespannen voet stond met het aanbestedingsrecht – komen te vervallen. Hierin is (net als in de Standaard) de nadruk komen te liggen op art. 01.01.03, waarvan lid 02 bepaalt dat in de prijzen per eenheid moeten zijn begrepen ‘*alle kosten die voor het tot stand brengen van de resultaatsverplichting moeten worden gemaakt*’. Uitzonderd zijn volgens lid 03 ‘*eenmalige kosten, uitvoeringskosten, algemene kosten en winst- en risico*’. Ook eventuele opbrengsten die voortkomen uit verrichting van de resultaatsverplichting moeten daarin worden verwerkt. De besteksposten moeten dus ‘kostenhomogeen’ zijn. Art. 01.01.04 sub 01 Standaard 2010/2015 bepaalt vervolgens dat als de inschrijver niet in staat blijkt te zijn aan te tonen dat zijn prijzen marktconform zijn, de opdrachtgever de inschrijving ongeldig dient te verklaren. Een geschil over een enkele prijs per eenheid in een staat met tientallen posten kan dus leiden tot ongeldigheid van de gehele inschrijving, zoals Bleeker in zijn artikel ook signaleerde.

Uit de (kort geding) rechtspraak naar aanleiding van deze gewijzigde regeling volgt dat een ongeldigverklaring vanwege het niet opnemen van alle kosten in de prijs per eenheid c.q. het niet goed verwerken van kortingen en/of het schuiven met de kosten over de prijzen per eenheid in de regel stand

13 RvA 17 april 2012, No. 32.275, r.o. 14.

14 RvA 16 oktober 2014, No. 34.304, r.o. 24.

15 RvA 14 maart 2012, TBR 2012/112, r.o. 27.

16 RvA 10 april 2012, No. 32.564, r.o. 13.

17 RvA 10 oktober 2012, No. 29.910, r.o. 87 en 131-132.

18 RvA 16 april 2013, No. 30.304, r.o. 63.

19 RvA 14 januari 2014, No. 34.750, r.o. 10-13.

20 RvA 28 september 2015, No. 34.964, r.o. 31.

21 RvA 2 april 2015, No. 71.944, r.o. 46-50.

houdt bij de rechter.²² Haest concludeerde dat al in zijn noot bij het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden, van 9 oktober 2013.²³ In sommige gevallen lijkt de zware sanctie van ongedigheid te billijken; bijvoorbeeld omdat de aannemer bepaalde besteksposten niet had afgeprijsd²⁴, of omdat hij het bestek niet goed had geïnterpreteerd.²⁵ In andere gevallen blijkt het toch een paardenmiddel; bijvoorbeeld omdat de aannemer een projectkorting niet na het subtotaal van de directe kosten onder de post 'korting' had opgenomen, terwijl niet ter discussie stond dat deze korting onverkort aan de opdrachtgever zou toekomen.²⁶ Hetzelfde geldt voor de zaak waarin de aannemer abusievelijk bij 8 besteksposten ook de uitvoeringskosten van zijn onderaannemer had opgenomen in plaats van deze na het subtotaal van de directe kosten onder de post 'uitvoeringskosten' te vermelden.²⁷ Hoewel de omvang van deze posten niet uit het vonnis valt af te leiden lijkt het door Bleeker signaleerde risico zich hier inderdaad te hebben verwezenlijkt. Bovendien achten wij deze laatste uitspraken in strijd met de aard en strekking van de Standaard; nu de aannemer onder de post 'korting' alleen de door hem zelf te verlenen kortingen dient te vermelden (en niet die van zijn onderaannemers en leveranciers), hetgeen ook geldt voor de op te voeren kosten onder de post 'uitvoeringskosten'.

Daarnaast was de RAW-raamovereenkomst (voorheen dus de OMOP) af en toe onderwerp van geschil. Zo had een aanbestedende dienst in een zaak bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag²⁸ een gebrek in een inschrijving op eigen initiatief hersteld door de opgegeven prijzen per eenheid door te rekenen aan de hand van de bij nota van inlichtingen gewijzigde hoeveelheden. De betreffende inschrijver had namelijk een oud inschrijvingsformulier gebruikt, omdat het aangepaste formulier alleen verstrekt was aan de zogenaamde 'bestekscopers' en hij niet tot die groep behoorde. De voorzieningenrechter oordeelde in r.o. 4.6 - nadat hij had vastgesteld dat de omissie

voor rekening van de aanbestedende dienst kwam - dat laatstgenoemde niet alleen gerechtigd, maar zelfs gehouden was de prijzen per eenheid van de inschrijver door te rekenen met inachtneming van de gewijzigde fictieve hoeveelheden. Vraag is natuurlijk of hierdoor geen sprake is van een nieuwe inschrijving, zoals Dankert zich terecht afvraagt in zijn noot. Dezelfde rechtbank oordeelde dat namelijk wel in een vergelijkbare zaak²⁹, waarbij de inschrijver ook een oud inschrijvingsformulier had gebruikt (met dien verstande dat dat wel aan hem zelf te wijten was). In die zaak ging het overigens niet om een RAW-bestek, maar evengoed om een bestek met fictieve hoeveelheden.

Dat bij een OMOP vooraf geen duidelijkheid bestaat over de precieze aard en omvang van de door de aannemer te verrichten prestatie achtte de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant, locatie Den Bosch, niet in strijd met de beginselen van het aanbestedingsrecht.³⁰ Het ging in die zaak om rioolonderhoud van circa 600 km riool, waarvan gelet op het beschikbare budget slechts 5 tot 7% daadwerkelijk voor onderhoud in aanmerking zou komen. Van de aanbestedende dienst kon niet verwacht worden dat hij elke deelopdracht separaat zou aanbesteden met alle kosten van dien, aldus de voorzieningenrechter. Tot een vergelijkbaar oordeel kwam de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag in zijn vonnis van 23 januari 2014.³¹

Het is echter de vraag of deze uitspraken stand zouden houden bij de Hoge Raad. Uit zijn arrest uit 2001 volgt immers dat het object van de aanbesteding in een raamovereenkomst voldoende bepaald moet zijn gelet op het inmiddels in art. 1.8 Aw 2012 neergelegde gelijkheidsbeginsel en het in art. 1.9 Aw 2012 opgenomen transparantiebeginsel.³² Art. 2.140 lid 2 Aw 2012 bepaalt daarnaast dat na gunning geen 'substantiële (lees: 'wezenlijke') wijzigingen' mogen worden aangebracht in de voorwaarden van de raamovereenkomst. De (hiervoor genoemde) rechtbank Oost-Brabant kwam bovendien eerder tot een andersluidend oordeel over een RAW-raamovereenkomst.³³ In die zaak stelde de voorzieningenrechter vast dat de aanbestedende dienst geen enkele concrete informatie had verschaft over de uiteindelijke omvang van de te verrichten werkzaamheden en oordeelde dat dit tot een onrechtmatige kennisvoorsprong voor de zittende aannemer had geleid.

²² Zie onder meer: Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5753, r.o. 4.2 t/m 4.4, Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, JAAN 2015/219, r.o. 4.4 t/m 4.6, Vzgnr. Rb. Den Haag 12 februari 2015, JAAN 2015/77, r.o. 3.7, Vzgnr. Rb. Rotterdam 21 mei 2014, JAAN 2014/151, r.o. 4.4, Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 9 oktober 2013, JAAN 2013/214, m.nt. J. Haest, r.o. 6.6 en Vzgnr. Rb. Den Bosch 14 juni 2012, JAAN 2012/116, r.o. 4.5.

²³ Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 9 oktober 2013, JAAN 2013/214, m.nt. J. Haest.

²⁴ Zie bijvoorbeeld: Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5753, r.o. 4.2 t/m 4.4, Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, JAAN 2015/219, r.o. 4.4 t/m 4.6 en Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 9 oktober 2013, JAAN 2013/214, m.nt. J. Haest, r.o. 6.6.

²⁵ Vzgnr. Rb. Den Haag 12 februari 2015, JAAN 2015/77, r.o. 3.7.

²⁶ Vzgnr. Rb. Rotterdam 21 mei 2014, JAAN 2014/151, r.o. 4.4.

²⁷ Vzgnr. Rb. Den Bosch 14 juni 2012, JAAN 2012/116, r.o. 4.5.

²⁸ Vzgnr. Rb. Den Haag 25 april 2013, JAAN 2015, 139, m.nt. Th. Dankert.

²⁹ Vzgnr. Rb. Den Haag 30 september 2014, JAAN 2015/11, m.nt. T.H. Chen.

³⁰ Vzgnr. Rb. Oost-Brabant 21 juli 2014, JAAN 2014/158, m.nt. T.H. Chen, r.o. 4.14 t/m 4.16.

³¹ Vzgnr. Rb. Den Haag 23 januari 2013, JAAN 2013/70, m.nt. T.A.J. Berben, r.o. 3.3.

³² HR 25 januari 2002, BR 2002/152, m.nt. H. Nijholt, r.o. 3.2.

³³ Vzgnr. Rb. Oost-Brabant 10 januari 2013, JAAN 2013/63, m.nt. T.A.J. Berben, r.o. 4.1.

Tot slot bepleitte de aannemer tevergeefs bij het Hof Amsterdam³⁴ dat de prijsstijging van de post asfaltbitumen moest worden doorgerekend aan de opdrachtgever op grond van de systematiek van de, in de Standaard 2005 opgenomen, risicoregeling (*Risicoregeling GWW 1995*). Nu de betreffende bestekspost niet als afzonderlijke resultaatsverplichting vermeld was, stond niet ter discussie dat de letterlijke bewoordingen van de risicoregeling geen grondslag boden voor vergoeding. Een redelijke uitleg leidde niet tot een andersluidend oordeel. Volgens het Hof was geen sprake van een lacune in de overeenkomst, te meer nu de aannemer had nagelaten hier vragen over te stellen tijdens de aanbesteding.

5. Conclusie

De Standaard lijkt in juridisch opzicht net als de UAV 2012 slechts een lichte herziening te hebben ondergaan. Dat was anders bij de Standaard 2010 waarin de regeling over de mogelijkheid tot aanpassing van verrekenprijzen was geschrapt en vervangen door de eis in art. 01.01.03 dat besteksposten 'kostenhomogeen' moeten zijn met de sanctie van ongeldigheid. De nieuwe Standaard is wederom aangepast aan gewijzigde wet- en regelgeving (zoals de nieuwe UAV en de Verordening bouwproducten). De OMOP heet voortaan RAW-raamovereenkomst en is in overeenstemming gebracht met de Aw 2012 en de Gids Proportio-

naliteit. Verder heeft het beeldkwaliteitbestek een plaats gekregen in de Standaard. Vermeldenswaardig is verder dat CROW nu ook een Standaard beschikbaar heeft die gebruikt kan worden in combinatie met de UAV-GC 2005; het '*Model Basisovereenkomst Hybride Contracten*' met een op maat toegesneden vraagspecificatie.

In arbitrale vonnissen van de RvA worden uitvoeringsgeschillen beslecht aan de hand van de UAV. De RAW-systematiek speelt een rol bij de toedeling van de verantwoordelijkheid voor de gevolgen van omissies, fouten en onduidelijkheden in het bestek.

De rechtspraak van de gewone rechter laat tot slot zien dat met name de artikelen 01.01.03 en 01.01.04 Standaard 2010/2015 onderwerp zijn van geschil en dat het niet opnemen van alle kosten in de prijzen per eenheid en/of het schuiven met kosten dan wel het onjuist verwerken van kortingen onherroepelijk leidt tot ongeldigheid van de inschrijving. Het had dan ook onze voorkeur gehad als de opdrachtgever iets meer ruimte had gekregen deze sanctie al dan niet toe te passen.

Dat laat onverlet dat CROW het RAW-systeem wederom adequaat heeft aangepast aan juridische en technische ontwikkelingen. Wij zijn met name benieuwd wat de ervaringen met de RAW-raamovereenkomst en de hybride overeenkomst zullen zijn. ●

³⁴ Hof Amsterdam 19 maart 2013, JAAN 2013/90, m.nt. J.W.H. Raadgever.