



Omgaan met de onzekerheid van de coronacrisis

# Publieke opdrachtverlening in onzekere tijden

Uitvoering van bouwprojecten tijdens de coronacrisis is niet eenvoudig. Arbeidskrachten vallen uit en leveranties zijn onzeker. Bouwvakkers worden verplicht anderhalve meter afstand te houden. Niettemin gaan projecten gewoon door. Hoe kunnen opdrachtgevers en aannemers met de onzekerheden van deze tijd omgaan?

Croon advocaten

## Werken gaan gewoon door!

Het coronavirus beheerst momenteel ons dagelijks leven. De pandemie heeft wereldwijd een ongekend effect op de economie. Een recessie is in aantocht. Niemand weet hoe lang deze situatie nog zal duren. Vele ondernemers vrezen voor hun voortbestaan vanwege het wegvallen van de vraag naar hun diensten en producten. Ook voor aannemers in de bouw is het een tijd van onzekerheid.

Waar private opdrachtgevers in tijden van recessie snel de hand op de knip houden, zal de bouwstroom veelal afhangen van opdrachten van overheidsopdrachtgevers. Inmiddels hebben diverse overheden aangekondigd in crisistijd opdrachten te willen blijven vestrekken. Sommigen, zoals Rijkswaterstaat en ProRail, zien zelfs mogelijkheden werken versneld in uitvoering te nemen om zodoende de bouw te stimuleren.

Het is een goed teken dat projecten doorgaan, maar dat stelt partijen ook

voor nieuwe uitdagingen. In deze bijdrage wordt ingegaan op welke wijze opdrachtgevers en aannemers tijdens de uitvoering met risico's kunnen omgaan en welke mogelijkheden het aanbestedingsrecht biedt om vooraf in te spelen op de onzekerheden.

## Overmacht of kostenverhogende omstandigheid

Voor zover het coronavirus de uitvoering van een lopend project beïnvloedt, zal er weinig discussie zijn of sprake is van overmacht, zoals in het Burgerlijk

Wetboek geregeld. De pandemie heeft niemand zien aankomen en de effecten ervan zijn niet in aanneemsommen verdisconteerd. Het gevolg van overmacht is dat de opdrachtgever aan een tekortkoming geen rechtsgevolgen kan verbinden, zoals het verrekenen van boetes of het vorderen van schadevergoeding. Het zal een ondernemer echter niet alleen te doen zijn om het voorkomen van opgelegde sancties. In veel gevallen zal hij zijn (extra) kosten op de opdrachtgever willen verhalen.

Overmacht maakt de opdrachtgever echter niet automatisch aansprakelijk. Een aannemer heeft pas aanspraak op bijbetaling of vergoeding van kostenverhogingen als de extra kosten het gevolg zijn van een omstandigheid die partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet hadden voorzien en waarvan de kosten niet in de aanneemsom waren opgenomen. Ook mag de omstandigheid niet tot het (normale) ondernemersrisico behoren. Volgens de in de bouw gebruikelijke voorwaarden (de UAV 2012 en de UAV-gc 2005) gelden daarvoor een aantal voorwaarden. Zo zal de kostenverhoging aanzienlijk moeten zijn. Veelal wordt daarbij een marge aangehouden van circa 5% ten opzichte van de oorspronkelijke aanneemsom. Tevens moet de opdrachtgever tijdig over de kostenverhoging zijn geïnformeerd en moet hij in de gelegenheid worden gesteld het werk te vereenvoudigen of verminderen. Dat vergt (tijdig) overleg tussen opdrachtgever en aannemer.

### **Gewijzigde wet- en regelgeving**

Anders dan in enkele van ons omliggende landen is geen sprake van een totale lockdown. De 'intelligente lockdown', zoals die door de regering is afgekondigd, verbiedt weliswaar samenkomsten van meer dan drie personen, maar bouwplaatsen vallen daar niet onder. De maatregelen noodzaken opdrachtgevers momenteel dan ook niet tot schorsing of opzegging van een werk.

Aannemers dienen niettemin bij de uitvoering van hun werkzaamheden wel



rekening te houden met alle geldende wet- en regelgeving, ook als die na opdrachtverlening is gewijzigd. Omdat de coronamaatregelen zijn neergelegd in noodverordeningen van de veiligheidsregio's – en dezer dagen zullen worden omgezet in een spoedwet – zullen aannemers zich dus aan de coronamaatregelen moeten houden. Die zijn immers dwingend van aard. Bovendien moeten aannemers hun werknemers op grond van de Arboregelgeving een veilige en gezonde werkplek bieden. Zo moeten aannemers rekening houden met onder meer reisrestricties naar de bouwplaats en de anderhalve-meter-eis op de bouwplaats. Om hier nader invulling aan te kunnen geven, hebben brancheorganisaties in de bouw en vakbonden in samenwerking met het ministerie van BZK een 'Protocol Samen Veilig doorwerken' opgesteld. Daarin zijn handvatten opgenomen voor een veilige uitvoering van werkzaamheden.

Door de toepassing van het protocol kunnen aannemers met extra uitvoeringskosten worden geconfronteerd of kunnen vertragingen ontstaan. De UAV 2012 en de UAV-gc 2005 bieden daarnaast een regeling voor vergoeding van kosten die gemaakt moeten worden om te voldoen aan gewijzigde wet- en regelgeving.

### **Samen effecten monitoren**

Het is bovendien niet eenvoudig vast te stellen welke gevolgen in geld en tijd de coronamaatregelen op de uitvoering van projecten hebben of redelijkerwijs hadden mogen hebben. De concrete gevolgen zijn erg afhankelijk van de aard van de werkzaamheden die moeten worden uitgevoerd. Geen werk is hetzelfde. Zo zal de kans op besmetting op een bouwplaats in de buitenlucht minder groot zijn dan op een bouwplaats in een gebouw. Op het ene project kunnen de maatregelen makkelijker worden geïmplementeerd dan op het andere project. Voor sommige werkzaamheden moeten aanvullende maatregelen worden getroffen om anderhalve meter afstand te kunnen bewaren, voor andere werkzaamheden niet.

## **OVERMAGHT MAAKT DE OPDRACHTGEVER NIET AUTOMATISCH AANSPRAKELIJK**

## DE UITDAGING ZIT IN DE ZOEKTOCHT NAAR PARALLELE BELANGEN

Daar komt bij dat er niet alleen negatieve gevolgen zijn. Sommige werkzaamheden zullen juist efficiënter kunnen worden uitgevoerd. Denk bijvoorbeeld aan installatiewerkzaamheden in nagevoeg verlate (kantoor)gebouwen of wegwerkzaamheden op lege wegen. Zo signaleerde de gemeente Amsterdam dat als gevolg van de coronamaatregelen de verkeershinder terugliep, waardoor reistijden aanzienlijk werden verkort.

Opdrachtgevers en aannemers zouden er goed aan doen om met elkaar af te stemmen welke praktische beheersmaatregelen worden genomen om vertraging en extra kosten zoveel mogelijk te vermijden. Ook is het verstandig gezamenlijk te monitoren welke effecten de beheersmaatregelen hebben en zo nodig tijdig bij te sturen. Dat voorkomt discussie achteraf. In de praktijk blijkt dit ook goed mogelijk.

### Gezamenlijke belangen

Juist in tijden van (economisch) zwaar weer is goede samenwerking essentieel. Tegelijkertijd kunnen de belangen tussen opdrachtgevers en aannemers uiteenlopen. Opdrachtgevers noch aannemers hebben echter baat bij een geschil. De uitdaging zit in de zoektocht naar de parallelle belangen. Dit verlangt flexibiliteit van alle betrokken partijen.

Diverse opdrachtgevers hebben aangegeven zich redelijk te zullen opstel-

len, door waar nodig bouwtijdverlenging te verlenen, af te zien van boetes of het verruimen van werktijden. Ook valt te denken aan aanpassing van betalingsregimes en verkorting van betalingstermijnen. Dit kan de liquiditeit van ondernemingen in de hele keten bevorderen. Dergelijke aanpassingen van het contract kunnen helpen zonder dat het werk aan kwaliteit inboet. Het aanbestedingsrecht laat deze aanpassingen tot op zekere hoogte toe, zolang de opdracht niet wezenlijk wijzigt.

### Voorbehouden bij aanbesteding

Voor zover een aannemer een werk vóór de coronacrisis heeft aangenomen en vervolgens met de crisis is geconfronteerd, is het dus van belang praktische beheersmaatregelen te treffen. Desnoods bieden de wet en de gebruikelijke voorwaarden grondslagen om de extra kosten van de opdrachtgever te vorderen of om aan de sancties van te late oplevering te ontkomen. Hoe moet rekening worden gehouden met de onzekerheid bij opdrachten die na afkondiging van de maatregelen worden gegund?

Eind maart 2020 heeft Bouwend Nederland een aantal clausules gepresenteerd

die aannemers zouden kunnen gebruiken bij opdrachtverlening in coronatijd. Een van de clausules komt er op neer dat aannemers een voorbehoud maken bij inschrijving ten aanzien van de kosten die zij moeten maken als gevolg van de naleving coronamaatregelen. Deze kosten worden dan geacht niet in de prijs te zijn opgenomen en worden achteraf aan de opdrachtgever in rekening gebracht. Op het eerste gezicht lijkt dit een redelijk voorbehoud. Aanbestedingsrechtelijk ligt dat echter gecompliceerder. Dergelijke voorbehouden bemoeilijken de vergelijkbaarheid tussen de verschillende aanbiedingen, zeker als de ene aannemer wel een voorbehoud maakt en de andere aannemer niet. Dat kan de gunningsbeslissing beïnvloeden als gevolg waarvan aanbestedingsgeschillen kunnen ontstaan. Ook kan dat leiden tot onwenselijk strategisch handelen na opdrachtverlening. Van een onvoorzien omstandigheid is bovendien inmiddels geen sprake meer. Alleen is nog onzeker hoe lang de coronamaatregelen zullen voortduren.

Opdrachtgevers doen er verstandig aan in hun aanbestedingsdocumenten eenduidig voor te schrijven op welke wijze alle inschrijvers bij het opstellen van hun offertes rekening moeten houden met de vigerende coronamaatregelen. Te denken valt aan een termijn waarbinnen de maatregelen van kracht zullen blijven. Ook kunnen zij een plan vragen waarin wordt toegelicht hoe aannemers de risico's zo veel mogelijk het hoofd zullen bieden.

### Alleen samen door de crisis

Dat projecten doorgaan is een goed teken. Het stelt zowel opdrachtgevers als aannemers echter voor nieuwe uitdagingen. Juist in tijden van onzekerheid is een goede samenwerking belangrijk en moet worden voorkomen dat wederzijdse belangen conflicteren. Daarbij kan helpen als partijen zich flexibel opstellen, helder communiceren over praktische beheersmaatregelen en gezamenlijk de effecten daarvan monitoren. Alleen samen komen partijen door de crisis.

