

SESSIE 2

Opleidingscyclus CONTRACTUELE RISICO'S & STRATEGIEËN



SCHOUPS

eubelius

advocaten avocats attorneys

Een onevenwichtig bouwcontract bij overheidsopdrachten:
neemt u het risico?

16 november 2021

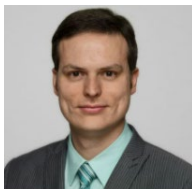
Een onevenwichtig bouwcontract bij overheidsopdrachten



Barteld Schutyser

+32 2 543 32 50

barteld.schutyser@eubelius.com



Kris Lemmens

+32 3 260 98 60

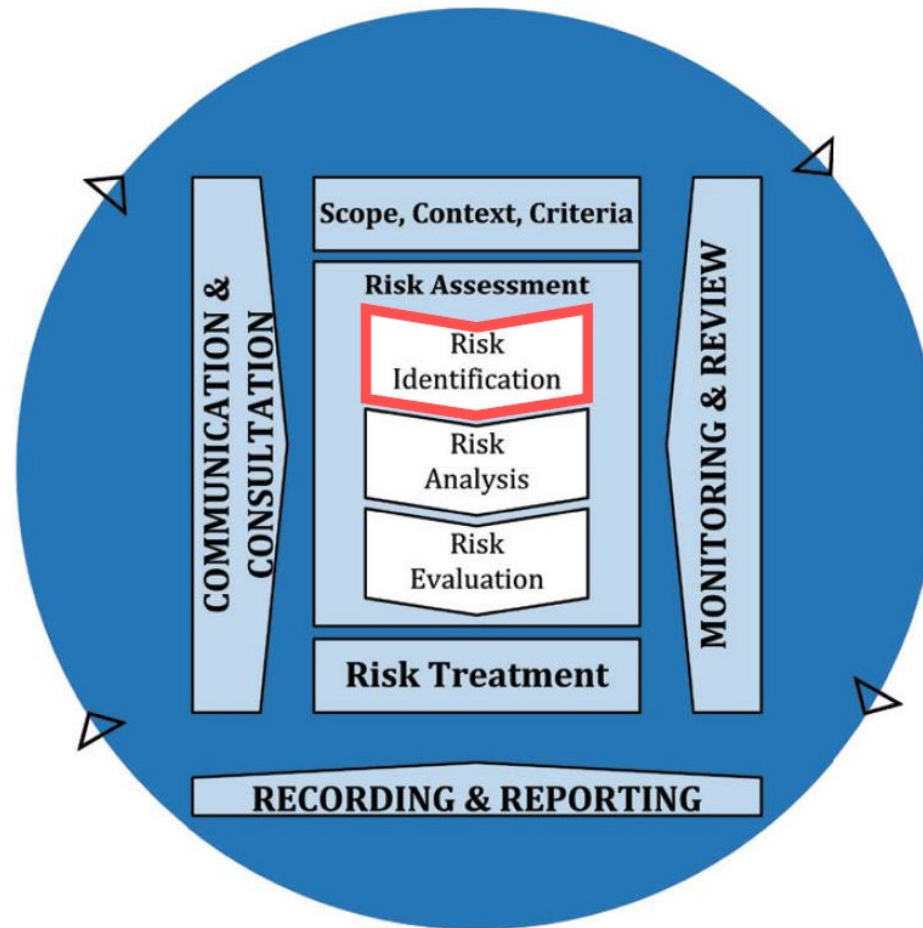
kris.lemmens@schoups.be

m.m.v. Kristof Van Keer

Inhoudstafel: Procedurele benadering van de risicoanalyse

- I. Detectie risico's bij contractuele clausules en analyse naar frequentie en omvang
- II. Strategische omgang met risico's
- III. Toepassing strategie op clausules

I. Detectie risico's bij contractuele clausules en analyse naar frequentie en omvang



Bronvermelding: zie presentatie Gaëtan AUVRAY, slide 18.

I. Detectie risico's bij contractuele clausules en analyse naar frequentie en omvang

Veel voorkomende risico's aangaande contractuele clausules bij overheidsopdrachten:

- Risicoverdeling onvoorzienbare omstandigheden (bodemverontreiniging, kabels, grondverzet) en overmacht (natuurrampen, pandemie)
- Niet bekomen / schorsing / vernietiging van vergunningen
- Gebreken in bestaande toestand gebouw of infrastructuur (asbest, stabiliteit, vochtproblemen)
- Caps op aansprakelijkheid
- Bemalingen
- Prijsherzieningen- en schommelingen
- Resultaats-/middelenverbintenis
- De verdeling van de werkzaamheden tussen de partijen
- De coördinatie van de studies (tegenstrijdigheden tussen plannen, ...) en uitvoering van de werken (pilootaanneming, nevenaanneming, ...)
- Ongevallen op de werf of de infrastructuur

Een onevenwichtig bouwcontract bij overheidsopdrachten

I. Detectie risico's bij contractuele clauses en analyse naar frequentie en omvang

Risk Matrix Scoring		Impact				
		Insignificant	Minor	Moderate	Major	Huge
		1	2	3	4	5
Likelihood	Almost Certain 5					
	Likely 4					
	Possible 3					
	Unlikely 2					
	Rare 1					

Bronvermelding: zie presentatie Gaëtan AUVRAY, slide 27.

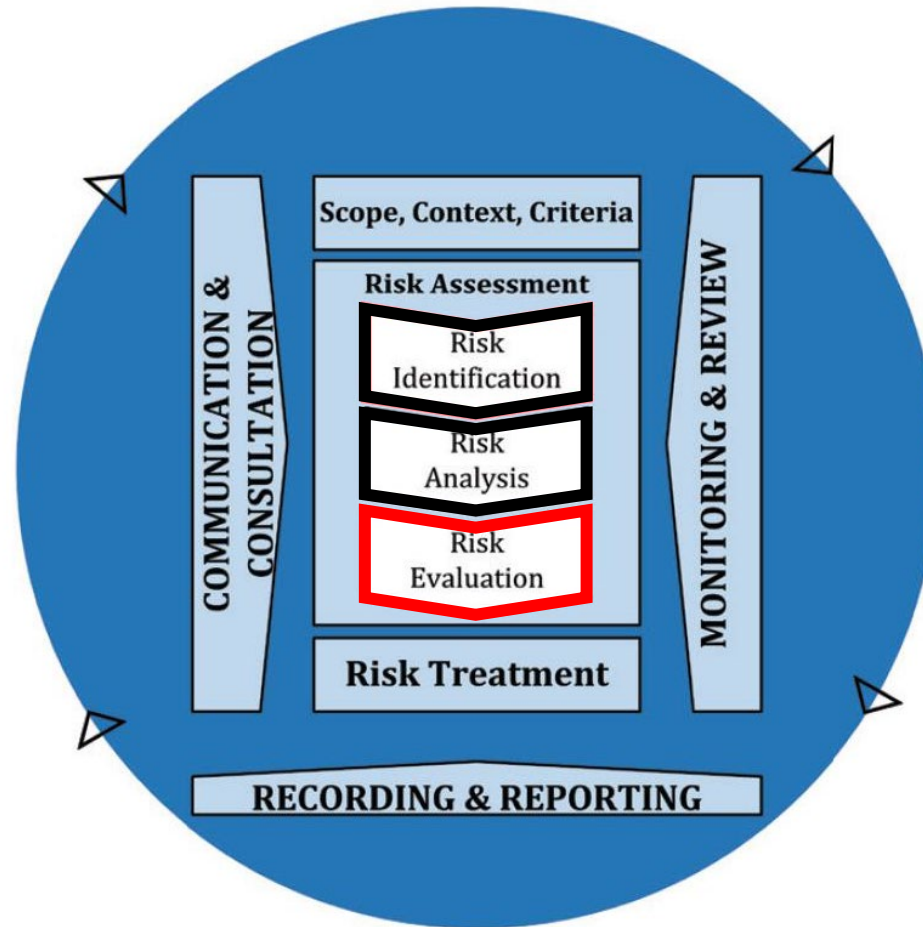
Een onevenwichtig bouwcontract bij overheidsopdrachten

I. Detectie risico's bij contractuele clausules en analyse naar frequentie en omvang

Risk Matrix Scoring		Impact				
		Insignificant	Minor	Moderate	Major	Huge
		1	2	3	4	5
Likelihood	Almost Certain 5					
	Likely 4			F		B
	Possible 3					
	Unlikely 2					J
	Rare 1					D

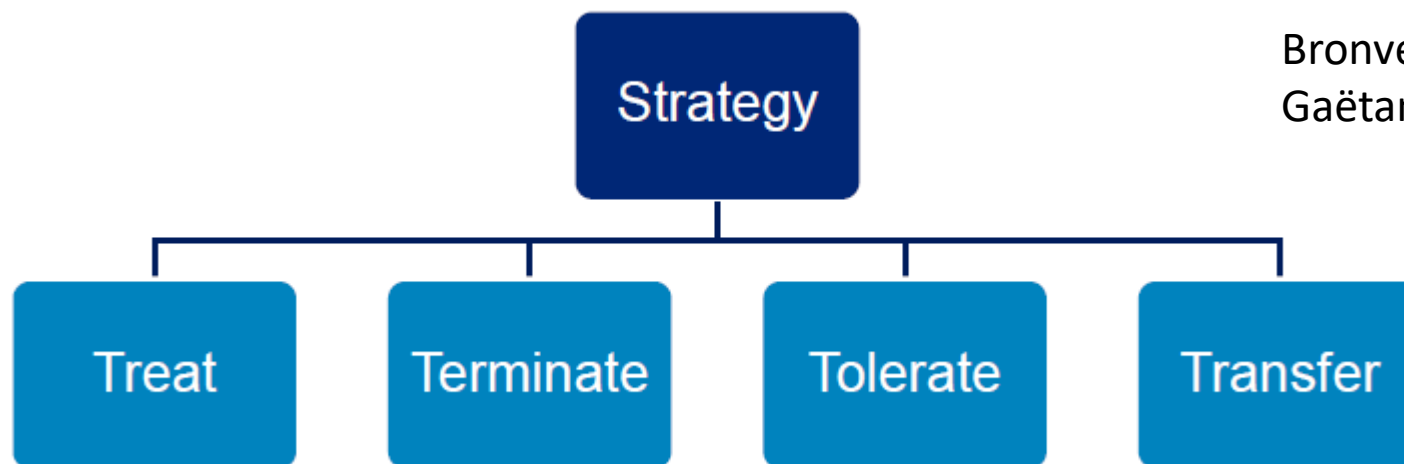
- A. Onvoorzienbare omstandigheden
- B. Vergunningen
- C. Gebreken infrastructuur
- D. Caps op aansprakelijkheid
- E. Bemalingen
- F. Prijsherzieningen- en schommelingen
- G. Resultaats-/middelenverbintenis
- H. Verdeling van de werkzaamheden
- I. Coördinatie studies en uitvoering werken
- J. Ongevallen

II. Strategische omgang met risico's



Bronvermelding: zie presentatie
Gaëtan AUVRAY, slide 18.

II. Strategische omgang met risico's



Bronvermelding: zie presentatie
Gaëtan AUVRAY, slide 37.

- A. Risico's beheersen
- B. Weigeren risico op te nemen
- C. Aanvaarden met bijzondere maatregelen
- D. Risico's overdragen

II. Strategische omgang met risico's: informatie vs. transparantie

- **Quid afweging verantwoordelijkheden tijdens uitvoering opdracht?**
- De **informatieplicht van de AO** behelst de verplichting voor aanbestedende overheden om een voorafgaande en zorgvuldige studie uit te voeren, waarvan de resultaten aan de kandidaat-inschrijvers transparant moeten worden meegedeeld.
- **De onderzoeksplicht van de inschrijver** houdt in dat de inschrijver de opdrachtdocumenten aandachtig moet bestuderen in het licht van zijn eigen ervaring en kennis, de bepalingen van het bestek zinnig moet interpreteren en vergissingen of leemten tijdig moet melden (zie artt. 80-82 KB Plaatsing 2017).

II. Strategische omgang met risico's: informatie vs. transparantie

- Exoneratie van de AO n.a.v. informatieplicht: informatieplicht afschuiven op inschrijvers? De RS is gemengd maar in meerderheid streng ten opzichte van de AO:
 - **Artikel 1162 B.W.:** wordt strikt geïnterpreteerd ten nadelen van de partij die bedongen heeft (doorgaans AO)
 - **Artikel 1134 B.W.:** afgewezen omdat zij elke reële betekenis aan de overeenkomst ontnemt
 - Bovendien vormen dergelijke clausules vaak een afwijking van de **AUR (voorheen AAV)** door de aansprakelijkheid volledig af te schuiven naar de aannemer van werken.
 - Respect voor proportionaliteits- en transparantiebeginsel
- Jurisprudentiële afweging: feitelijke omstandigheden zijn bepalend

II. Strategische omgang met risico's: informatie vs. transparantie

- Feitelijke criteria rechtspraak afweging informatieplicht AO vs. en meldingsplicht inschrijver:
 - tijd om opdrachtdocumenten na te gaan;
 - al dan niet logische interpretatie van de opdrachtdocumenten door inschrijver;
 - al dan niet flagrante karakter fout in opdrachtdocumenten en aantal inschrijvers dat fout heeft opgemerkt;
 - al dan niet gespecialiseerd onderzoek (bv. studiebureau) dat aan de basis van de opdrachtdocumenten ligt;
 - graad van specialisatie en ervaring inschrijver;
 - graad van specialisatie en ervaring AO.

II. Strategische omgang met risico's: het belang van de Q&A

- Vragen van verduidelijking / toelichting bij bestekclausules om risico's te beperken
- Melden van niet beheersbare risico's aan bestuur of bijkomend onderzoek aan het bestuur vragen
- Eventueel zelf aanvullende maatregelen nemen om het voorkomen of de impact van risico's te managen zoals bijkomende plaatsbezoeken, sonderingen, onderzoeken, ...
- Bij gevoelige dossiers kunnen beroepsorganisaties aanbestedende overheden aanschrijven om onrechtmatige of mededingingsvertekenende clausules aan te kaarten.

II. Strategische omgang met risico's: de meldingsplicht van de inschrijver

- **Fout / leemte die prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maakt:**
 - Meldingsplicht: onmiddellijk en schriftelijk melden aan aanbesteder, ten laatste 10 dagen vóór uiterste datum ontvangst offertes (art. 81 KB Plaatsing)
 - Na uiterste datum indienen offerte, kan inschrijver zich niet meer beroepen op (art. 82 KB Plaatsing):
 - Fouten of leemten die voorkomen in de samenvattende opmeting of de inventaris
 - Vormgebreken, fouten of leemten in zijn offerte
- Quid indien fouten / onrechtmatige afwijkingen niet gemeld worden ondanks deze meldingsplicht ? Zie hierna bij strategie aanvaarden van risico's.

II. Strategische omgang met risico's: voorbehoud maken

- **Voorbehoud maken in de offerte bij bepaalde clausules**
- Opgepast voor onregelmatigheid !
 - Sterk voorbehoud - formeel niet aanvaarden clausule : groot risico op onregelmatigheid.
 - Zacht voorbehoud: een bepaalde clausule vermelden als “te bespreken”: risico op onregelmatigheid blijft maar kan werken vooral bij procedures met onderhandelingen. Ook risico dat bestuur geen rekening houdt met het voorbehoud en zonder meer gunt (discussies achteraf over draagwijdte “zachte” voorbehoud).

II. Strategische omgang met risico's: weigeren het risico te aanvaarden – aanvechten van het bestek

- **Welke beslissing aanvechten ?**
- De beslissing tot vaststelling van het bestek :
 - RvS 20 januari 2011, nr. 210.523, NV Besix e.a.
 - Wat bij een aankondiging; RvS 18 januari 2018, nr. 240.476, SPRL Instele.
 - Wat bij een terechtwijzend bericht?
- De gunningsbeslissing waarin toepassing van onwettige bestek wordt gemaakt :
 - RvS 16 mei 2019, nr. 244.523, NV Terra Engineering&Consultancy
 - Quid indien een Neorec-clausule in de opdrachtdocumenten (RvS 18 februari 2020, nr. 247.073, Modero; RvS 30 november 2018, nr. 206.598, Deckx)
 - Quid belangsvereiste ? (RvS 28 juli 2021, nr. 21.325, GmbH Frequentis DFS Aerosense en RvS 26 juli 2021, nr. 251.302, NV Iskraemco Benelux)

II. Strategische omgang met risico's: weigeren het risico te aanvaarden/aanvechten van het bestek

- **Wanneer de beslissing aanvechten ?**
- **Schorsing:** Beroepstermijn: 15 dagen vanaf beslissing niet-selectie
 - Raad van State: "Uiterst dringende noodzakelijkheid" (UDN) – geen beroep mogelijk
 - Burgerlijke rechter: kort geding (als AO ≠ administratieve overheid in de zin van de RvS-wet) – beroep mogelijk
 - Schorsing beslissing: vaak **intrekking** en nieuwe beslissing: opletten voor **pyrrusoverwinning**
 - Geen schorsing beslissing: contract wordt gesloten
- **Vernietiging:** Beroepstermijn: 60 dagen vanaf kennisgeving (verlenging 4 maanden bij niet-vermelding rechtsmiddelen in selectiebeslissing)
 - Veelal niet verder gezet na schorsingsprocedure
 - Strategisch drukkingsmiddel

II. Strategische omgang met risico's

C. Aanvaarden met bijzondere maatregelen

C1. Risico afprijzen in de offertes

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

II. Strategische omgang met risico's

C. Aanvaarden met bijzondere maatregelen

C. 1. Risico afprijzen

- Risico verrekenen in offerteprijs en deze prijsreductie aanbieden bij onderhandeling bij matiging risico's
 - Vergoeding moet in verhouding staan tot door opdrachtnemer genomen risico's
 - Eventueel te verzekeren – maar niet volledig
 - Eventuele toepassing “risico-toeslag” door prijsvermeerdering

*“Clearly, however, private capital does not accept all risks indiscriminately – they have to be contractually allocated to the partners **that are most able and most interested in supporting them, and the anticipated rewards have to compensate for the risks taken**”*

Neil Kinnock, “PPP risk management for big transport projects”,

the Spanish Ministry of Civil Works, the Spanish Railway Foundation and the European Commission.

II. Strategische omgang met risico's

C. Aanvaarden met bijzondere maatregelen

C. 1. Risico afprijzen

- **Risico's** risico-toeslag in offerte:
 - Bij gunningsprocedures met prijs als enige gunningscriterium: een concurrentieel nadeel
 - Vaak juridisch beter om in te schrijven met afprijzen in plaats van niet inschrijven: → "belang"-vereiste bij evt. latere rechtsbescherming of in geval van overstappen bestuur na stopzetting gunningsprocedure naar onderhandelingsprocedures wegens onaanvaardbare offertes...
 - Opletten voor mogelijke wering omwille van **abnormaal hoge prijzen**: Inschrijver kan element aanhalen in prijsverantwoording (bv. risico's, complexiteit, grootte infrastructuurproject,...)
- Zie mogelijke berekeningsmethoden van risico's in lezing van Gaëtan AUVRAY, vanaf slide 30

Monte Carlo analysis

Risk	Probability	Optimistic Cost Impact	Most likely Cost Impact	Pessimistic Cost Impact
Risk 1	15%	€ 50 000	€ 75 000	€ 150 000
Risk 2	50%	€ 0	€ 150 000	€ 600 000
Risk 3	25%	€ 5 000	€ 55 000	€ 60 000
Risk 4	75%	€ 35 000	€ 50 000	€ 150 000
Risk 5	75%	€ 25 000	€ 30 000	€ 35 000
Risk 6	30%	€ 0	€ 10 000	€ 50 000

II. Strategische omgang met risico's

C. Aanvaarden met bijzondere maatregelen

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

A Onrechtmatige afwijkingen AUR

B Openbare orde/nietige clausules

C Proportionaliteitsbeginsel

D Transparantiebeginsel

E Interpretatieregels BW

F Rechtsmisbruik

- Nadeel: vaak rechtsonzekerheid beoordeling rechtmatigheid afwijkingen. Vaak geen oplossing voor inadequate risico-verdeling.

II. Strategische omgang met risico's

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

A. Onrechtmatige afwijkingen KB AUR

- Risicoverdeling in AUR?

- **Principe:** AUR onderhandelt in Commissie van de Overheidsopdrachten bestaande uit vertegenwoordigers van publieke en private sector



- AUR = fragiel evenwicht tussen rechten en verplichtingen OG – ON dat aanzienlijk afwijkt van het gemene aannemingsrecht



Gevolg: Afwijkingen AUR begrenst door art. 9 AUR om evenwicht te behouden

Een onevenwichtig bouwcontract bij overheidsopdrachten

Legende afwijkingen AUR 2017

Indien de artikelen van toepassing zijn op de opdracht (zie Hoofdstuk 1 AUR)	Afwijken verboden	Afwijken kan onder een combinatie van voorwaarden			
		Behoorlijk verantwoord		Noodzakelijk door de bijzondere eisen van de opdracht	Lijst met afwijkingen opgenomen vooraan in het bestek
			+ uitdrukkelijk gemotiveerd in het bestek, behalve indien er een door partijen ondertekende overeenkomst is		
Alle opdrachten	x				
Alle opdrachten behalve deze die zowel betrekking hebben op de financiering, het ontwerp en op de uitvoering van werken en, in voorkomend geval, op elke dienstverlening in dat verband	x				
Alle opdrachten		x	x	x	x
Alle opdrachten		x	x		x
Alle opdrachten		x			x

Een onevenwichtig bouwcontract bij overheidsopdrachten

Legende afwijkingen AUR 2017

Chapitre 1er	Algemene bepalingen
1	Omzetting
2	Definities
3	Belasting over de toegevoegde waarde
4	Vaststelling van de termijnen
5	Toepassingsgebied
6	
7	
8	
9	Afwijkingen en onbillijke bedingen

Chapitre 2	Gemeenschappelijke bepalingen opdrachten voor werken, leveringen en diensten
Section 1ère	Algemeen kader
10	Gebruik elektronische middelen
11	Leidend ambtenaar
12	Onderaannemers
12/1	
12/2	
12/3	
12/4	
13	
14	
15	
16	Arbeidskrachten
17	Afzonderlijke opdrachten
18	Vertrouwelijkheid
Section 2	Intellectuele rechten
19	Gebruik van de resultaten
20	Methodes en knowhow
21	Registraties
22	Sublicentie
23	Wederzijdse bijstand en waarborg

Legende afwijkingen AUR 2017

Section 3	Financiële garanties
24	Verzekeringen
25	Borgtocht: draagwijdte en bedrag
26	Borgtocht: aard van de borgtocht
27	Borgtocht: borgstelling en bewijs van de borgstelling
28	Borgtocht: aanpassing van de borgtocht
29	Borgtocht: verzuim van borgstelling
30	Borgtocht: rechten van de aanbestedende overheid op de borgtocht
31	Borgtocht: door derden gestelde borgtocht
32	Borgtocht: overdracht van de borgtocht
33	Borgtocht: vrijgave van de borgtocht
Section 4	Opdrachtdocumenten
34	Conforme uitvoering
35	Plannen, documenten en voorwerpen opgemaakt door de aanbestedende overheid
36	Detail- en werktekeningen opgemaakt door de opdrachtnemer

Een onevenwichtig bouwcontract bij overheidsopdrachten

Section 6	Controle en toezicht op de markt
39	Draagwijdte van de controle en het toezicht
41	Soorten keuringen
42	Voorafgaande keuring
43	A posteriori uitgevoerde keuring
Section 7	Actiemiddelen van de aanbesteder
44	In gebreke blijven en sancties
45	Straffen
46	Vertragsboetes
46/1	
47	Ambtshalve maatregelen
48	Overige sancties
49	
50	Teruggave vertragsboetes en straffen
51	
Section 10	Einde van de opdracht
61	Verbreking
62	
62/1	
63	
64	Opleveringen en waarborgen
65	
Section 11	Algemene betalingsvoorwaarden
66	
67	Voorschotten
68	Betaling in geval van verzet tegen betaling of van derdenbeslag
69	Interest voor laattijdige betaling en vergoeding voor invorderingskosten
70	Onderbreking of vertraging van de uitvoering door de opdrachtnemer
71	Korting wegens minderwaarde
72	Compensatie
Section 12	Rechtsvorderingen
73	

Legende afwijkingen AUR 2017

Een onevenwichtig bouwcontract bij overheidsopdrachten

Chapitre 3	Specifieke bepalingen opdrachten voor werken
Section 1ère	Bepalingen toepasselijk op alle opdrachten voor werken
74	Toelatingen
75	Leiding en controle
76	Uitvoeringstermijnen
77	Ter beschikking stellen van gronden en lokalen
78	Voorwaarden betreffende het personeel
78/1	
79	Organisatie van de bouwplaats
80	Wijzigingen aan de opdracht
81	Spel van de vermoedelijke hoeveelheden
82	Controlemiddelen
83	Dagboek van de werken
84	Aansprakelijkheid van de aannemer
85	Middelen van optreden: vermoeden van bedrog of slecht werk
86	Middelen van optreden: vertragingsboetes
87	Middelen van optreden ambtshalve maatregelen
88	Middelen van optreden: inhoudingen voor niet betaalde lonen, sociale lasten en belastingen die zijn verschuldigd
90	Vondsten tijdens de werken
91	Oplevering en waarborg
92	
93	Vrijgave van de borgtocht
94	Opdrachtprijs bij vertraging van de uitvoering
95	Betalingen

Legende afwijkingen AUR 2017

Een onevenwichtig bouwcontract bij overheidsopdrachten

II. Strategische omgang met risico's

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

A. Onrechtmatige afwijkingen KB AUR

- Sancties?
 - Indien afwijkingen op artikelen 10, 12, 13, 18, 25 tot 30, 38/9, §§ 1 tot 3, 38/10, §§ 1 tot 3, 44 tot 61, 66, 68, 70 tot 73, 78, 79 tot 81, 84, 86, 96, 121, 123, 151 en 154 AUR ontbreekt, wordt de afwijking voor niet geschreven gehouden, TENZIJ een door partijen ondertekende overeenkomst
- Quid in geval van schendingen andere artikelen? Geen uitdrukkelijke sanctie opgenomen en nog geen recente rechtspraak AUR 2017. Rechtspraak bij AAV 1996 streng en past ook in andere gevallen zelfde sanctie toe: zie onder meer Cass. 26 april 1990, *T. Aann.* 1992, 95-99 zie ook Cass. 20 maart 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1020; Kh. Brussel, 18e kamer, 24 mei 1991, inzake NV Abay-T.S./N.M.B.S., *T. Aann.* 1992, 103.

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

A. Onrechtmatige afwijkingen KB AUR

- Bijkomend te checken bij herzieningsclausules – Voorwaarden art. 38 AUR:

*Een wijziging mag zonder nieuwe plaatsingsprocedure worden aangebracht, wanneer de wijziging ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke opdrachtdocumenten was voorzien in een **duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige** herzieningsclausule.”*

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

B. Openbare orde/nietige clausules

- Nietigheidsgronden BW zijn van toepassing als aanvullend recht
 - Artikel 1108 tot en met artikel 1133 BW (toestemming, bekwaamheid, bepaald voorwerp en geoorloofde oorzaak en figuur van gekwalificeerde benadeling):
 - In de praktijk alleen gekend voor nietige overeenkomst en niet voor nietige clausules
- Daarnaast schending openbare orde / nietige of onverbindendverklaarde overeenkomsten – clausules bij schending mededingings- en gelijkheidsbeginsel (bv. toepassen overheidsopdrachtenwet).

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

C. Proportionaliteitsbeginsel

- Artikel 4 Wet Overheidsopdrachten 2016: Europese beginselen waaronder **NIEUW** het proportionaliteitsbeginsel : ook wanneer overheidsopdracht < Europese drempelbedragen (HvJ 7 december 2000, nr, C-324/98, 'Telaustria', r.o. 59-62)
- Proportionaliteitsbeginsel speelt in alle fasen van een overheidsopdracht - zowel bij plaatsing als bij uitvoering
 - Dus ook bij **opmaak van opdrachtdocumenten**: proportionaliteitstest bij het alloceren van risico's bij de opdrachtnemer?
 - Proportionaliteitsbeginsel is een potentiële gamechanger

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

C. Proportionaliteitsbeginsel

- Vgl. Nederland: Gids Proportionaliteit (bindend voor Nederlandse AO, afwijkingen moeten worden gemotiveerd), voorschrift 3.9.A:

“Alloceer het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden [...]

*Het bij een inschrijver neerleggen van een niet of **nauwelijks voorzienbaar risico** dat slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet alsmede van een risico met in potentie effecten die de continuïteit van de leverancier kunnen of zullen ondermijnen is **eerder disproportioneel** dan een redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of overzienbare effecten”*

- <https://www.pianoo.nl/nl/regelgeving/gids-proportionaliteit>
- Risico-afweging noodzakelijk - aanbestedende overheid moet nagaan:
 - Wat de **kans** is dat het risico zich voordoet, en
 - Hoe groot de **gevolgen** van de verwezenlijking van dat risico zullen zijn

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

C. Proportionaliteitsbeginsel

- Proportionaliteitsgids is de uitwerking van proportionaliteitsbeginsel in Nederlandse Wet Overheidsopdrachten, dewelke zoals Belgische Wet Overheidsopdrachten 2016 een omzetting is van RL 2014/24/EU
 - Zelfde invulling aan proportionaliteit in België geven...

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

C. Proportionaliteitsbeginsel

- Rechtsgeldigheid besteksbeplating: *in concreto* beoordelen:
 - Risico-afweging door AO kan desgevallend gebeuren door opmaak van “risico-allocatiematrix”
 - I.c. is de besteksbeplating **niet proportioneel**, want:
 - (sommige) risico’s niet of nauwelijks voorzienbaar (cf. “*alsmede onvoorziene risico’s*”)
 - Gevolgen van voordoen risico op draagkracht van de inschrijver zijn groot – afhankelijk van duurtijd en grootte project
 - Cf. Nederlandse rechtspraak: Voorafgaand onderzoek naar financiële en economische draagkracht inschrijver volstaat niet om een disproportionele risico-verdeling “proportioneel” te maken (Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, nr. C/09/513319, overweging 29)

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

D. Transparantiebeginsel

- Rechtsgeldigheid besteksbe­paling?
 - Ingevolge het transparantiebeginsel dient de inschrijver aan de hand van het bestek een offerte in te dienen zonder dat zij later voor verrassingen komt te staan.
 - Met de besteksbe­paling tracht AO het onvoorzienbare voorzienbaar te maken, waardoor ook vrije mededinging bij inschrijving wordt ondermijnd
 - Een dergelijke handelswijze is o.i. in strijd met het transparantiebeginsel, leidend beginsel in het overheidsopdrachtenrecht en vervat in (o.a.) artikel 4 Wet Overheidsopdrachten 2016.
- Zie hiervoor bij de meldingsplicht versus het transparantiebeginsel

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

E. Interpretatieregels BW

- Behoudens afwijking: regels BW gelden bij overheidsopdrachten
 - De interpretatieregels van artikelen 1156 – 1164 van het BW zijn van toepassing bijgevolg noodzaak aan duidelijke clausules die de bedoeling van de contracterende partijen uitdrukt.
 - Art. 1162 BW *“In geval van twijfel wordt de overeenkomst uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft.”*

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

E. Interpretatieregels BW

- Matiging van het overdreven strafbeding van 1231 BW:

§1. De rechter kan, ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar, de straf die bestaat in het betalen van een bepaalde geldsom verminderen, wanneer die som kennelijk het bedrag te boven gaat dat de partijen konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden.

In geval van herziening kan de rechter de schuldenaar niet veroordelen tot een kleinere geldsom dan bij gebrek aan strafbeding verschuldigd zou zijn geweest.

§ 2. De straf kan door de rechter worden verminderd wanneer de hoofdverbintenis gedeeltelijk is uitgevoerd.

§ 3. Ieder beding dat strijdig is met de bepalingen van dit artikel wordt voor niet-geschreven gehouden.

- Matiging maar mogelijk door de rechter wanneer de straf de potentiële schade kennelijk te boven gaat (en dus niet de werkelijke schade)
- Zie Ondernemingsrechtbank Brussel, 10 april 2020, A/2016/00023, blz. 34 (in geval van straffen opgelegd door Infrabel door impact werken op vertragingen en afschaffingen van treinen):

Deze laatste bepaling is een strafbeding in de zin van artikel 1231 §1, eerste lid B.W. Derhalve kan de rechter het beding matigen indien het kennelijk het bedrag te boven gaat dat de partijen bij de gunning van de opdracht konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden. Om na te gaan of het schadebeding de potentiële schade overstijgt, dient er abstractie te worden gemaakt van de werkelijke schade die zich voordoet bij een concrete wanprestatie.

C2. Risico aanvaarden en achteraf aanvechten bij gunning of uitvoering

F. Rechtsmisbruik

- Wel nog toetsing aan werkelijke schade mogelijk op basis van evenredigheidsbeginsel en het verbod op rechtsmisbruik
- Zie Ondernemingsrechtbank Brussel, 10 april 2020, A/2016/00023, blz. 36 e.v.:

In tegenstelling tot een toetsing onder artikel 1231 §1 B.W. is er bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel geen sprake van een vergelijking tussen de sanctie en de potentiële schade, maar dienen de concrete omstandigheden, inclusief de werkelijke schade, te worden onderzocht. Dit volgt uit het gegeven dat het evenredigheidsbeginsel oplegt dat er geen kennelijk onredelijke wanverhouding mag bestaan tussen de opgelegde maatregelen en "de feiten".

II. Strategische omgang met risico's

D. Risico's overdragen naar:

- Verzekeraars
- Onderaannemers / leveranciers
- Ontwerpteam
- Onderhoudsteam
- Exploitant
- Gedelegeerd bouwheer
- Andere derden

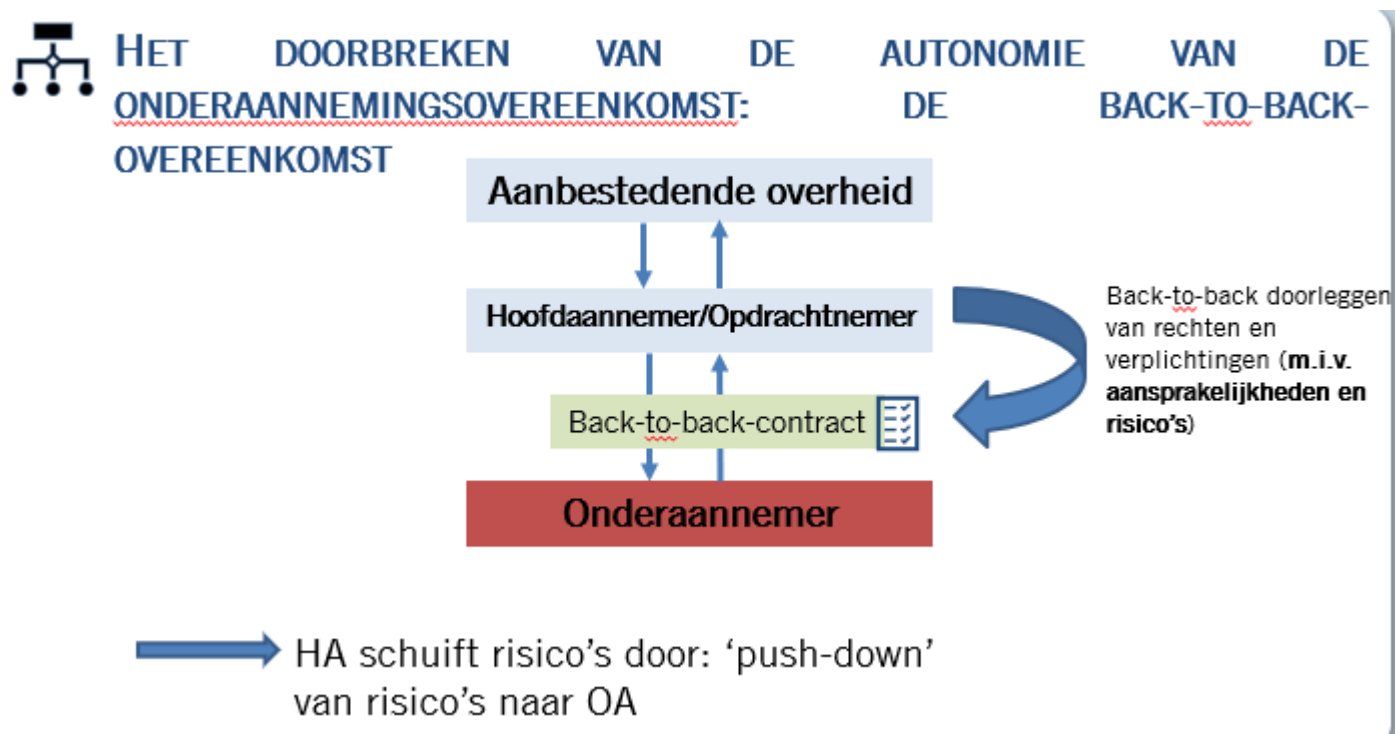
II. Strategische omgang met risico's

D. Risico's overdragen naar onderaannemers:

- Principe : onderaanneming is toegestaan
- Opgelet: Aanbesteders kunnen bij opdrachten voor werken en diensten (en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor diensten) eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver of door één van de combinerende inschrijvers zelf worden verricht (*art. 63, 2de lid RL 2014/24/EU* en **art. 78, 2de lid WOO**)

II. Strategische omgang met risico's


D. Risico's overdragen naar onderaannemers:



II. Strategische omgang met risico's

D. Risico's overdragen naar onderaannemers:

- Tijdstip sluiting overeenkomst belangrijk voor onderhandelingspositie en risicobeheersing

 Tijdens de gunnings- (onder opschortende voorwaarde gunning HA) of de uitvoeringsfase (hoop op betere voorwaarden / risico op verslechtering marktsituatie)?

II? Strategische omgang met risico's

- Risico's overdragen naar onderaannemers:
 - **Zuivere** back-to-back-overeenkomst:
 - Overheidsopdrachtenreglementering wordt op back-to-back-overeenkomst van toepassing gemaakt (dus m.i.v. alle rechten en verplichtingen, incl. risico's)
 - Overheidsopdrachtenwetgeving vormt bij een dergelijke back-to-back-overeenkomst dus het **impliciet wettelijk kader**
 - **Opgelet:** Uit het van toepassing maken van de bepalingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst op de onderaannemingsovereenkomst vloeien verplichtingen voor hoofdaannemer/opdrachtnemer voort
 - Kritische bedenkingen van deel rechtspraak bij zuivere transparantie volledige HA-overeenkomst naar OA-overeenkomst

II. Strategische omgang met risico's

- Risico's overdragen naar onderaannemers:
- Probleem bij toepassing geheel van verplichtingen HA-ovk. op OA-ovk.: niet altijd "op maat"
Zie bijvoorbeeld Antwerpen 20 april 2010, T.Aann 2012, afl. 3, 92-110:

*"in tegenstelling tot de zuiver technische voorschriften van de Algemene aannemingsvoorwaarden kan de bepaling van het onderaannemingscontract luidens welke 'de werken zullen worden uitgevoerd volgens de bepalingen en voorwaarden van de Algemeen aannemingsvoorwaarden en van het hoofdcontract' **slechts doelen op de beschikkingen die werkelijk verenigbaar zijn met het voorwerp zelf van de ondergeschikte overeenkomst**"*

II. Strategische omgang met risico's

- Risico's overdragen naar onderaannemers:
 - **Transparantie** speelt daarbij een cruciale rol – voorwaarden:
 1. De OA moet **integraal en daadwerkelijk kennis** kunnen nemen van de op haar toepasselijk zijnde voorwaarden van de HAO
 - Risico dat loutere stijlformule niet volstaat – enkel voor technische elementen aanbevolen
 2. De OA moet deze voorwaarden **aanvaarden**: De OA moet zich er **duidelijk toe verbinden** ook de juridisch (niet-technische) bepalingen over te nemen (bv. verdragingsboetes, meldingplichten, reactietermijnen, opleveringsvoorwaarden,...)
 3. De OA moet hiervan **tijdig** zijn ingelicht
- *T.w.v. transparantie*: vele OA-overeenkomsten voorzien in **thematische transparantiebedingen** per onderwerp

II. Strategische omgang met risico's

D. Risico's overdragen naar onderaannemers:

- AUR en eventuele afwijkingen AUR in opdrachtdocumenten in beginsel niet van toepassing op OA met uitzondering van een aantal verplichte bepalingen zoals
 - Recht op prijsherziening OA (art. 14 AUR)
 - Betalingsmodaliteiten (art. 15 AUR)
 - Vertrouwelijkheidsbepalingen (art. 18 §3 AUR)

II. Strategische omgang met risico's

D. Risico's overdragen naar onderaannemers:

- Gezien gemeen bouwrecht aanzienlijk afwijkt van AUR noodzaak om HA-contract en OA-contract op elkaar af te stemmen. Zie o.a. :
 - Borgen en verzekeringen (Art. 24-33 AUR)
 - Termijnen inzake aanleveren detail- en werktekeningen (Art. 36)
 - Totstandkoming, indieningsvoorwaarden en rechtsgevolgen wijzigingen en claims (Art. 37-38 AUR)
 - Tegenstelbaarheid keuringen en nazicht hoeveelheden (Art. 39-43 AUR)
 - Ingebrekestelling, straffen, boeten, ambtshalve maatregelen en beëindiging overeenkomsten, andere sancties (Art. 44-51 AUR)
 - Opleveringen en aansprakelijkheidsregels (Art. 64-65 AUR)
 - Betalingsvoorwaarden (Art. 66-72 AUR)
 - Rechtsvorderingen en verjaringstermijnen (Art. 73 AUR)
 - Wijzigingen aan de opdracht en het spel van de VH (Art. 80-81 AUR)
 - Betwisting aantekeningen dagboek der werken (Art. 83 AUR)
 - Aanvangspunt en omvang tienjarige aansprakelijkheid (Art. 64 en 84 AUR)

II. Strategische omgang met risico's

D. Risico's overdragen naar onderaannemers:

- Beperkingen doorleggen naar onderaannemers risico's in het Wetboek Economisch Recht (zie volgende lezing)
- Beperkingen uit het BW (interpretatieregels en matigingen van straffen) en openbare orde / nietigheden

III. Toepassing strategieën op clausules

- Voorbeeld 1:

*“Het aanvaarden van de Opdracht betreft een **“no claim” resultaatverbintenis**. Indien - bij wijze van voorbeeld - de werkelijke hoeveelheden afwijken van de hoeveelheden in de verschillende meetstaten, er na het aanvaarden van de Opdracht fouten, tegenstrijdigheden of leemtes worden ontdekt in de bijlagen aan dit bestek/de studies van de studiebureaus, de aannemer tijdens de uitvoering van de Opdracht stuit op bodemverontreiniging, ondergrondse massieven, kelderresten of andere voorwerpen of materialen, zal dit **nooit aanleiding geven tot een aanpassing van de overeengekomen Aannemingsprijs, een termijnverlenging of enige andere (schade-)vergoeding**.*

*Deze “no claim” clausule geldt **voor alle onderdelen van de Opdracht**. Het is de aannemer die, **gezien het relatief forfaitaire karakter** van deze Opdracht, dit **risico ten volle** draagt.*

*De aannemer erkent uitdrukkelijk dat **alle risico’s die verband houden met de uitvoering van de Werken, waaronder onvoorziene risico’s**, volledig voor zijn rekening komen en als dusdanig **reeds in de Aannemingsprijs zijn verrekend**, tenzij dit bestek anders bepaalt of dergelijke risico’s zijn ontstaan of veroorzaakt door de **fout van het bestuur**. De aannemer bevestigt de werf in zijn geheel en de opdracht goed te kennen. **Hij heeft zich er aldus van verzekerd de Werken aan de overeengekomen Aannemingsprijs te kunnen uitvoeren zonder later lastens het bestuur enige reden tot prijsverhoging te kunnen inroepen.**”*

III. Toepassing strategieën op clausules

- Voorbeeld 2:

De bepalingen van artikel 52-53 (AUR 2013) werd aangepast om op een duidelijkere wijze tot uitdrukking te brengen wat bij het indienen van de offerte als voorzienbaar kan worden beschouwd en om de aannemer er maximaal toe aan te zetten de gekende en kenbare risico's mee te nemen bij planning, prijszetting en organisatie.

Al te vaak en zeker in crisistijden worden aannemers er toe gebracht om prijzen in te dienen die geen enkele marge overlaten, om vervolgens in het kader van de uitvoering van de opdracht de noodzakelijke marges te creëren op grond van claims allerhande. Het gaat om een verwerpelijke praktijk, die concurrentievervalsing in de hand werkt. Van de aannemers mag worden verwacht dat zij zich inspannen om de gekende en kenbare risico's in kaart te brengen en deze te prijzen, resp. er zich voor in te dekken, veeleer dan deze aan te grijpen met het oog op het bekomen van schadevergoeding/prijsherziening.

III. Toepassing strategieën op clausules

- Voorbeeld 1 en 2: Welke mogelijke strategieën?
 - Beheersen van het risico:
 - Vragen stellen over de draagwijdte en de opportuniteit van de clausule = zeker te overwegen hier.
 - Eventueel bijkomend onderzoek vragen aan de aanbesteder of dit zelf ondernemen om bv. ondergrondse risico's te beperken.
 - Weigeren van het risico:
 - Aanvechten van deze clausule met een schorsingsberoep bij UDN binnen 15 kalenderdagen (voorkeur gezien schorsende werking) en/of vernietigingsberoep binnen 60 kalenderdagen: weinig commercieel en weinig succesvolle voorbeelden maar mogelijk bv. wegens schending art. 9 en 39/9 AUR 2017 (oude art. 52 en 53 AUR 2013), schending proportionaliteits- en transparantiebeginsel.
 - Voorbehoud bij deze clausule: risico op wering offerte tenzij het bestek suggesties hierover toelaat of onderhandelingen mogelijk zijn waardoor een ruil zou kunnen zijn tussen prijsvermindering en beheersing van het risico.

III. Toepassing strategieën op clausules

- Voorbeeld 1 en 2: Welke mogelijke strategieën?
 - Aanvaarden van het risico met bijzondere maatregelen:
 - Risico afprijzen: risico op concurrentieel prijsnadeel maar wel zelfverzekering. Zeer interessant bij procedures met onderhandelingen.
 - Aanvechten clause bij uitvoering: mogelijk maar onzekere uitkomst (debat transparantieplicht versus meldingsplicht, debat motivering afwijking AUR 2017)
 - Risico overdragen naar derden:
 - Risico verzekeren: moeilijk voor dergelijke clause
 - Risico contractueel proberen overdragen naar onderaannemers: te overwegen maar ook niet 100% sluitend

III. Toepassing strategieën op clausules

- Voorbeeld 3:

Gezien het economische belang van de sluis kan deze aanneming worden geschorst voor onbepaalde tijd of definitief worden stop gezet indien er zich tijdens de droogzetting onvoorziene verschijnselen (zettingen, vervormingen van de constructie,...) of problemen voordoen (niet droog krijgen van de silo,...). Dit geldt ook in geval van calamiteit met deur 4 waarbij een in dienst stelling van deur 3 vereist is om de continuïteit van de sluis te bewaren. De aannemer heeft dan geen recht op enige schadevergoeding en enkel de werkelijk gemaakte kosten worden dan betaald.

De aannemer mag geen vergoeding noch termijnsverlenging eisen, noch klacht indienen wegens moeilijkheden of schade, hem veroorzaakt door het verkeer, het niet naleven van (het aanvangsuur van) aangevraagde stremmingen, de scheepvaart, het niet naleven van de opgelegde maximumsnelheden door de schippers, werken uitgevoerd door andere aannemers of aanbestedende overheden, de schommelingen van het waterpeil, de aanwezigheid van kabels, ijzerdraad of andere vreemde voorwerpen (met inbegrip van menselijke resten) of materialen die hij moet verwijderen om de werken uit te voeren.

III. Toepassing strategieën op clausules

- Voorbeeld 3: Welke mogelijke strategieën?
 - Beheersen van het risico:
 - Vragen stellen over de draagwijdte en de opportuniteit van de clausule = zeker te overwegen hier. Wat is bv. de draagwijdte van een vergoeding gemaakte kosten betalen versus geen schadevergoeding? Welke nevenaannemingen zijn er gepland? Welke schommelingen van het water zijn er? Wat is de frequentie van het verkeer?
 - Eventueel bijkomend onderzoek vragen aan de aanbesteder of dit zelf ondernemen om bv. de technische risico's in te schatten = een grondige studie van de uitvoeringsmethode om de risico's op zettingen, vervormingen en waterdichtingsproblemen te beperken of minstens de gevolgen ervan in te schatten is noodzakelijk. Ook verder eigen onderzoek misschien mogelijk naar reële en frequentie scheepvaartverkeer in de sluis.
 - Weigeren van het risico:
 - Aanvechten van deze clausule met een schorsingsberoep bij UDN binnen 15 kalenderdagen (voorkeur gezien schorsende werking) en/of vernietigingsberoep binnen 60 kalenderdagen: weinig commercieel, weinig succesvolle voorbeelden maar mogelijk (transparantie- en proportionaliteitsbeginsel, onrechtmatige afwijking AUR 2017).
 - Voorbehoud bij deze clausule: risico op wering offerte tenzij het bestek suggesties hierover toelaat of onderhandelingen mogelijk zijn waardoor een ruil zou kunnen zijn tussen prijsvermindering en beheersing van het risico.

III. Toepassing strategieën op clausules

- Voorbeeld 3: Welke mogelijke strategieën?
 - Aanvaarden van het risico met bijzondere maatregelen:
 - Risico afprijzen: risico op concurrentieel prijsnadeel maar wel zelfverzekering. Zeer interessant bij procedures met onderhandelingen.
 - Aanvechten clause bij uitvoering: mogelijk maar onzekere uitkomst (debat transparantieplicht versus meldingsplicht, debat motivering afwijking AUR 2017)
 - Risico overdragen naar derden:
 - Risico verzekeren: moeilijk voor dergelijke clause (misschien via ABR-polis schade aan bestaand goed verzekeren?)
 - Risico contractueel proberen overdragen naar onderaannemers: te overwegen maar ook niet 100% sluitend

VRAGEN?

