Handreiking Extreme Prijswijzingen bij civieltechnische werken Tilburg

1. Inleiding

De afgelopen tijd zijn de prijzen van een aantal specifieke bouwmaterialen (o.a. staal, koper, hout, PVC,) energie en brandstoffen extreem gestegen. De oorzaken lijken te liggen in een combinatie van factoren: de oorlog in Oekraïne, de Corona-pandemie die ertoe heeft geleid dat de productie tijdelijk is afgenomen; verstoring in toevoerlijnen (waaronder de containervaart); de met het heropenen van de economieën gestegen vraag, versterkt door de mondiaal sterk groeiende investeringen in bouw (China, VS) en het handelsdispuut tussen China enerzijds en VS en Europa anderzijds.

Steeds meer aannemers hebben hier last of kunnen hier last van hebben en willen in gesprek met de gemeente, in haar hoedanigheid als opdrachtgever, over compensatie van kosten. Of ze recht hebben op compensatie is afhankelijk van een aantal factoren. Dit geldt ook voor de omvang van de compensatie.

2. Reikwijdte, doel en scope van deze handreiking

- Deze handreiking gaat uitsluitend over prijswijzigingen bij lopende overeenkomsten over civieltechnische werken die in uitvoering zijn. De handreiking gaat dus niet over overeenkomsten in voorbereiding (aanbesteding nog niet gestart) en overeenkomsten waarvan de aanbestedingsprocedure loopt. Hierover kan Team Inkoop van afd. JZ worden geraadpleegd.
- Deze handreiking is bedoeld om houvast te bieden in het behandelen van aanspraken van aannemers (hierna ook genoemd: opdrachtnemer of ON) om compensatie voor extreme prijswijzigingen met als doel:
  - dat aanspraken gemeente-breed op een eenduidige en voor alle betrokken partijen herkenbare wijze worden behandeld;
  - dat projectleiders en contractmanagers tijd en energie wordt bespaard omdat zij kunnen terugvallen op deze handreiking;
  - dat projectleider en contractmanagers in staat zijn in overleg met de kostendeskundige aanspraken te behandelen;
  - dat ongewenste precedentwerking wordt voorkomen.

3. Gebruiksaanwijzing

- Projectleiders en contractmanagers van civieltechnische werken handelen aanspraken zelfstandig af in overleg met de kostendeskundige van afd. RUV. Bijzonderheden stemmen zij af met de GAOG (gedelegeerd ambtelijk opdrachtgever).
- Bij het toepassen van de richtlijnen in deze handreiking worden altijd de specifieke omstandigheden van het geval betrokken. Die kunnen aanleiding geven om af te wijken van de richtlijnen. Soms is namelijk maatwerk nodig.
- Als er aanleiding is om af te wijken van de richtlijnen gebeurt dat in overleg met de GAOG.
- Als dan afwijkende afspraken worden gemaakt worden deze gedeeld met andere GAOG's zodat ingeval van vergelijkbare omstandigheden zoveel mogelijk uniformiteit van afhandelen kan worden nagestreefd.
- Afwijkingen van de richtlijnen moeten goed worden gemotiveerd en gedocumenteerd.
- Alle inkomende aanspraken, de in- en externe communicatie daarover en de beslissingen die worden genomen dienen te worden geadministreerd in Zaaksyteem Exxellence.

4. Visie en Principes

De beleidslijn in deze handreiking wordt in principe bepaald door de twee onderstaande lijnen bij elkaar

te brengen:

- De Regels: “wat moeten we”
  Dat gaat over de wet, jurisprudentie, de overeenkomst en de algemene voorwaarden die bepalen wat de verantwoordelijkheid en aansprakelijk van de gemeente en ON is, wat de gemeente moet en mag.
- Opdrachtgeverschap: “wat willen we”
  Wat voor soort opdrachtgever wil de gemeente zijn en welke verantwoordelijkheid wil de gemeente nemen in het scheppen van voorwaarden voor een gezonde markt. In welke gevallen en waarom wil de gemeente zich coulanter opstellen dan de regels aangeven.

5. Juridisch kader in het kort

Op excessieve prijsstijgingen kunnen verschillende juridische regimes van toepassing zijn, afhankelijk van de inhoud van een overeenkomst en of UAV of UAV-GC van toepassing is verklaard:

- UAV 2012 contracten -> paragraaf 47 lid 1:
  - Een aannemer kan aanspraak maken op bijbetaling als sprake is van kostenverhogende omstandigheden als die omstandigheden niet voorzienbaar waren, de aannemer niet kunnen worden toegerekend en de kosten van het werk aanzienlijk verhogen.
  - De aannemer dient de gemeente zo spoedig mogelijk schriftelijk op de hoogte te stellen van zijn aanspraak.
  - Daarna moet de gemeente zo spoedig mogelijk met de aannemer overleggen over zijn aanspraak.
  - De gemeente heeft na een aanspraak ook het recht om het werk te beperken, vereenvoudigen of te beëindigen. Dit kan in het overleg worden besproken.
- UAV-GC contracten -> paragraaf 44:
  - Een aannemer (in UAV-GC: opdrachtnemer) heeft aanspraak op kostenvergoeding of termijnsverlenging wegens onvoorziene omstandigheden die zodanig zijn dat de gemeente op grond van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten dat de overeenkomst ongewijzigd in stand blijft. Paragraaf 44 eist niet met zoveel worden dat sprake moet zijn van een aanzienlijke kostenstijging.
  - De aannemer dient de gemeente zo spoedig mogelijk schriftelijk op de hoogte te stellen van zijn aanspraak.
  - De gemeente heeft na een aanspraak het recht het werk te beperken of te vereenvoudigen.
  - De UAV-GC verplicht de gemeente niet met de aannemer zo spoedig mogelijk te overleggen. Geadviseerd wordt om dat toch te doen.
- Geen algemene voorwaarden: vordering bij de rechter op grond van artikel 7:753 Burgerlijk Wetboek:
  - Als op een aanneemovereenkomst de UAV 2012 of UAV-GC niet van toepassing zijn verklaard, kan de aannemer een beroep doen op de algemene regeling van artikel 7:753 BW. Dat artikel gaat over de situatie dat na het sluiten van de overeenkomst kostenverhogende omstandigheden zijn ontstaan die niet aan de aannemer kunnen worden toegerekend en waarmee hij ook geen rekening hoefde te houden. De aannemer kan deze vordering bij de rechter indienen. De aannemer dient de gemeente zo spoedig mogelijk te waarschuwen voor de noodzaak van de prijsverhoging.

6. Enkele algemene principes en voorwaarden
   a. Allereerst is van belang te kijken of in de overeenkomst met de aannemer afspraken zijn gemaakt over prijsstijgingen bijv. een risicoregeling.
   b. Indien contractueel afspraken zijn gemaakt over verrekening, komen zowel extreme prijsstijgingen als extreme prijsdalingen in aanmerking voor verrekening. (Dit principe speelt met name bij

(raam)overeenkomsten waarbij op meerdere momenten in de tijd materiaal moet worden ingekocht).

c. Naast kostenstijgingen worden kostendalingen/meevallers die zich elders in het werk hebben voorgedaan betrokken in het beoordelen van de vraag of de kostenstijging 'aanzienlijk' is. Dat geldt ook voor meer- en minderwerk.
d. De gemeente behandelt een aanspraak van een aannemer alleen op basis van een tijdige ingediende en goed onderbouwde claim. De bewijslast hiervoor ligt bij de aannemer.
e. Bij aanspraken van aannemers moet het gaan om werkelijk door de aannemer gemaakte of bij hem in rekening gebrachte kosten, offertes zijn niet voldoende als onderbouwing.
f. De aannemer is in principe verplicht om zijn schade zoveel mogelijk te beperken. Als hij dat niet doet kan dat er toe leiden dat niet alle geleden schade voor vergoeding in aanmerking komt.
g. De specifieke omstandigheden van het geval dienen altijd bij de afweging te worden betrokken en kunnen aanleiding geven om af te wijken van de richtlijnen. Afwijkingen van deze handreiking dienen goed te worden gemotiveerd en afgestemd met de GAOG en te worden vastgelegd in het projectdossier. Deze afwijkingen gelden alléén voor dat specifieke geval.
h. Als er redenen zijn om een aanspraak van een ON toe te wijzen dienen de afspraken daarover schriftelijk te worden vastgelegd in een addendum (aanhangsel) bij de lopende overeenkomst tussen de gemeente en die aannemer.

7. <u>Criteria voor toetsen van aanspraak op bijbetaling</u>

ON komt in aanmerking voor bijbetaling als de prijswijzigingen:

1. pas na het sluiten van de overeenkomst ontstaan of aan het licht komen en;
2. ON bij het bepalen van de prijs geen rekening hoefde te houden met de kans op zulke omstandigheden en;
3. de omstandigheden niet aan de ON kunnen worden toegerekend; en
4. het gaat om een aanzienlijke kostenverhoging .

- Criterium 1: Na sluiten overeenkomst
  Het eerste criterium is evident. Prijsstijgingen en andere omstandigheden die zich voor of bij het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan zijn voor rekening van ON.

- Criterium 2: Voorzienbaarheid
  Beoordeeld moet worden of prijsstijgingen op het moment van het aangaan van de overeenkomst voor een redelijk denkend en handelend aannemer, van wie mag worden verwacht dat hij de markt kent, te voorzien waren. Als dat zo is blijven de prijsstijgingen voor rekening en risico van ON.

- Criterium 3: Toerekenbaarheid
  Beoordeeld moet worden of ON de prijsstijgingen had kunnen en moeten voorkomen en/of bewust een risico genomen heeft. Het is lastig een algemene richtlijn te geven omdat dit zeer afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Gedacht kan worden aan een situatie waarin een ON veel risico genomen heeft bij zijn eigen inkoop door bijvoorbeeld lang te wachten met inkopen of zich te committeren aan één leverancier. Ook het feit dat bijbetaling als gevolg van kostenverhogende omstandigheden in de overeenkomst is uitgesloten, kan worden gezien als een reden om die kosten aan de aannemer toe te rekenen.

- Criterium 4: Aanzienlijkheidsvereiste
  Voor de vraag of sprake is van een aanzienlijke kostenstijging, zoals bedoeld in paragraaf 47 UAV, gebruiken we als maatstaf/richtlijn dat de kosten van het gehele werk met minimaal 5% zijn gestegen. Dus alleen het meerdere boven 5% komt voor vergoeding in aanmerking. De kostenstijging tot 5% wordt als ondernemersrisico gezien. In de jurisprudentie wordt paragraaf 44 UAV-GC terughoudend toegepast en ligt de lat voor de aannemer nog hoger dan 5%. Er zijn uitspraken waarin een prijsstijging van minstens 10% van de aanneemsom is aangemerkt als

"onvoorziene omstandigheid". In deze handreiking wordt echter geadviseerd om het minimum van 5% ook bij UAV-GC-overeenkomsten als maatstaf te hanteren. Dat zorgt voor duidelijkheid en uniformiteit bij de behandeling van alle aanspraken, dus zowel op basis van UAV en UAV-GC.

8. Raamovereenkomsten

Alle principes die in deze handreiking worden beschreven zijn ook van toepassing op raamovereenkomsten. In het algemeen is er bij opdrachtverlening van een raamovereenkomst geen sprake van een opdrachtsom of een aanneemsom. De hierboven genoemde principes kunnen dan ook niet zonder meer één-op-één worden overgenomen.

9. Langlopende overeenkomsten.

Met langlopende overeenkomsten worden overeenkomsten bedoeld met een looptijd van meer dan een kalenderjaar. Het uitgangspunt daarbij is dat de gemeente in die overeenkomsten een indexeringsregeling heeft afgesproken (CBS-index of GWW-index). In dat geval moet gewacht worden tot de overeenkomst is geëindigd, waarna de balans opgemaakt kan worden en de gemeente weet in hoeverre er inderdaad sprake is van een aanzienlijke prijsstijging. Er kunnen immers ook nog prijsdalingen optreden.

Wanneer geen indexering is afgesproken geldt ook dat in principe pas na beëindiging van de overeenkomst bepaald kan worden of sprake is (geweest) van excessieve prijsstijgingen die (gedeeltelijk) voor vergoeding in aanmerking komen.

Als daarvoor aanleiding is kan een voorschot uitgekeerd worden, mits daarvoor voldoende zekerheid bestaat. Deze zekerheid wordt in ieder geval bereikt door niet meer voorschot te betalen dan de te verwachte hoogte van de laatste termijn.

10. Vertraging als gevolg van onvoldoende beschikbaarheid van grondstoffen.

De hiervoor beschreven 'compensatieregeling' gaat alleen over het afwikkelen van de directe kosten door prijsstijgingen en niet over de afwikkeling van vertraging als gevolg van het feit dat er onvoldoende materialen beschikbaar zijn.

Omdat de afwikkeling van vertraging als gevolg van het niet (tijdig) beschikbaar zijn van een materiaal in hoge mate afhankelijk is van de specifieke omstandigheden van het geval, ligt het niet voor de hand om één generieke aanpak te beschrijven.

Een mogelijke oplossing is dat de gemeente uitstel verleent zonder kosten door te rekenen of een boete te hanteren, maar ook zonder een vergoeding van kosten van de ON voor de uitloop.

Het is belangrijk om afspraken over financiële compensatie ten gevolge van prijswijzigingen en eventuele vertraging als gevolg van beschikbaarheid van materialen in samenhang te ontwikkelen. Dit om het onbedoeld aansturen op strategisch gedrag te voorkomen. Een strengere compensatieregeling met een coulantere vertragingsregeling kan er bijvoorbeeld toe leiden dat een ON kiest voor een significante vertraging in plaats van een snellere materiaallevering die meer kost.

11. Afwijken

Bij het toepassen van deze handreiking geldt dat bij de boordeling altijd de projectspecifieke omstandigheden van het geval moeten worden betrokken. Dat wil zeggen dat van de richtlijnen in deze handreiking gemotiveerd mag worden afgeweken na overleg met de GAOG. Afwijken kan immers tot gevolg hebben dat het project te maken kan krijgen met ongewenste juridische of kostentechnische issues of dat andere projecten van de gemeente er vanwege onbedoelde precedentwerking last van kunnen krijgen. Ook kan afwijken gevolgen hebben voor het benodigde budget van het project en/of andere projecten.

Hieronder een aantal voorbeelden van projectspecifieke omstandigheden die aanleiding kunnen zijn om af te wijken:

a. Het “eigenaarschap” van de ON wat o.a. kan blijken uit:
   - de mate waarin ON commitment toont bij het werk en zich constructief opstelt in de samenwerking;
   - de mate waarin ON zich heeft ingezet c.q. kosten heeft gemaakt om het prijsrisico te beperken en reële alternatieven / oplossingen aandraagt;
   - de mate waarin ON er werk van maakt om issues c.q. kansen, die onder de verantwoordelijkheid van de gemeente vallen, op te lossen c.q. te verzilveren.

b. Als de gemeente de eenheidsprijzen of risico-opslagen heeft voorgeschreven waar de ON aan gebonden is.

c. De duur van de overeenkomst en de mate waarin het materiaal in één keer of uitgesmeerd over de tijd in tranches kan worden besteld.

d. De mate waarin de ON andere tegenvallers heeft moeten verwerken of mogelijk nog kan verwachten en die onder zijn verantwoordelijkheid vallen, maar hem niet zijn aan te rekenen.