

TOELICHTING OP AFWIJKENDE BEPALINGEN IN MODEL BASISOVEREENKOMST VAN PRORAIL (versie 7.1) EN IN PRORAIL AANVULLINGEN EN/OF WIJZIGINGEN OP DE UAV-GC 2005 ('GELE BOEKJE', versie 6)

Inleiding

ProRail streeft ernaar dat de voorwaarden van door haar te sluiten overeenkomsten evenwichtig zijn en in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Daarmee geeft ProRail invulling aan het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel brengt mee dat in gevallen, waarin voor een bepaald soort overeenkomsten contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, deze in principe integraal toegepast dienen te worden. Voor geïntegreerde contracten is dit de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005, uitgebracht door het kennisplatform CROW.

Bedrijfsspecifieke situaties kunnen het noodzakelijk maken om van de modellen of voorwaarden af te wijken, maar die afwijkingen moeten gemotiveerd worden. Daarom is het van belang om afwijkingen van en aanvullingen op de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 (CROW model) toe te lichten. Dat geldt niet voor zover die afwijkingen niet van invloed zijn op de verantwoordelijkheidsverdeling tussen partijen of slechts van procedurele of cosmetische betekenis zijn. In zoverre zullen de afwijkingen niet besproken worden. Voorts bevat de Model Basisovereenkomst van het CROW (hierna "CROW Model Basisovereenkomst") een aantal keuzeclausules waar project specifiek of afhankelijk van de mate van betrokkenheid van de opdrachtgever bij de realisatie van het werk een keuze gemaakt dient te worden; een (in de basisovereenkomst van ProRail) gemaakte keuze wordt in beginsel niet als een afwijking beschouwd en behoeft derhalve in dit verband geen toelichting.

Artikelsgewijze toelichting bij model basisovereenkomst ProRail (versie 7.1) voor zover inhoudelijk afwijkend van de CROW Model Basisovereenkomst

Art. 1 Rechtskarakter van de Overeenkomst, toepasselijke voorwaarden

1. (...)
2. Op de Overeenkomst zijn van toepassing
 - de UAV-GC 2005, inclusief de "ProRail aanvullingen en/of wijzigingen op de UAV-GC 2005" (versie 006) en
 - de regelgeving, voorschriften, normen en andere documenten waarnaar wordt verwezen in de Vraagspecificatie en zoals deze luiden op de dag van uitnodiging tot inschrijving, tenzij in de Vraagspecificatie anders is bepaald.Partijen verklaren met de inhoud van de bovengenoemde documenten bekend te zijn.

Toelichting

Artikel 1 lid 2 van de CROW Model Basisovereenkomst verklaart op de overeenkomst van toepassing de UAV-GC 2005 en legt vast dat partijen zich met de inhoud daarvan bekend verklaren. In het kader van de informatie- en terhandstellingsplicht van de opdrachtgever voegt de model basisovereenkomst van ProRail hieraan documenten toe die vanwege hun omvang niet (allemaal) aan de opdrachtnemer toegezonden kunnen worden.

Art. 3 Contractdocumenten

1. De volgende contractdocumenten omschrijven in onderlinge samenhang de rechten en verplichtingen die voor partijen uit de Overeenkomst voortvloeien:
 - (a) (...)
 - (c) de door partijen geparafeerde, bij de Vraagspecificatie gevoegde annexen met betrekking tot:
 - (I) de vergunningen, ontheffingen, beschikkingen en toestemmingen die door de Opdrachtgever moeten worden verkregen;
 - (II) de planning;
 - (III) het acceptatieplan;
 - (IV) het toetsingsplan Ontwerpwerkzaamheden: niet van toepassing;
 - (V) de vrijkomende materialen;
 - (VI) de coördinatieovereenkomst, met het overzicht van werkzaamheden die door nevenopdrachtnemers worden verricht alsmede van de tijdstippen waarop zij worden uitgevoerd;
 - (VII) de verrekening van wijzigingen van lonen, sociale lasten, prijzen, huren en vrachten;
 - (VIII) de stelposten;
 - (IX) de bankgarantie;
 - (X) de verzekeringen;
 - (XI) de geschillenregeling Raad van Deskundigen: niet van toepassing;
 - (XII) verplichtingen bij schade, schademelding en schadeafwikkeling;
 - (XIII) prestatieverklaring ProRail;
 - (XIV) annulering van buitendienststellingen en onwerkbaar weer;
 - (XV) aanvullingen op en afwijkingen van het bepaalde in deze Overeenkomst.
 - (d) (...)

Toelichting

Aan de opsomming van annexen in artikel 3 lid 1 sub c heeft ProRail toegevoegd de annexen XII (verplichtingen bij schade, schademelding en schadeafwikkeling), XIII (model prestatieverklaring), XIV (annulering van buitendienststellingen en onwerkbaar weer) en XV (aanvullingen en afwijkingen). In het navolgende zullen deze annexen worden toegelicht.

Annex XII: De verplichtingen bij schade, schademelding en schadeafwikkeling, als vastgelegd in annex XII, zijn, voor zover al niet louter procedureel/administratief van aard, niet van dien aard dat wordt afgeweken van het in de UAV-GC verankerde aansprakelijkheidsregiem.

Annex XIII: De prestatieverklaring in annex XIII is slechts op ondergeschikte punten afwijkend van de model prestatieverklaring in Bijlage A bij de UAV-GC. Zie ook de toelichting bij artikel 14.

Annex XIV: Zie de toelichting bij artikel 19.

Annex XV: Annex XV behelst niet-projectspecifieke wijzigingen welke op het moment van sluiten van de overeenkomst in kwestie nog niet in een nieuwe versie van het desbetreffende contractmodel zijn verwerkt. Waar nodig zullen in deze annex op te nemen wijzigingen separaat toegelicht worden.

Art. 5 Ontwerpwerkzaamheden

De in het kader van deze Overeenkomst door de Opdrachtnemer te verrichten Ontwerpwerkzaamheden blijken uit de Vraagspecificatie.

Toelichting

Omdat delen van de vraagspecificatie op verschillende ontwerpniveaus zijn uitgewerkt, is het niet mogelijk en ook niet van toegevoegde waarde om hier, conform de tekst van dit artikel in de CROW Model Basisovereenkomst, beknopt aan te geven welke ontwerpwerkzaamheden de opdrachtnemer dient te verrichten.

Art. 7 Informatie en goederen die aan de Opdrachtnemer ter beschikking worden gesteld

In de Vraagspecificatie is vastgelegd welke informatie en goederen aan de Opdrachtnemer ter beschikking worden gesteld.

Toelichting

Artikel 7 is in de model basisovereenkomst van ProRail niet gebruikt omdat in de vraagspecificatie uitputtend is vastgelegd welke informatie en goederen aan de opdrachtnemer ter beschikking worden gesteld. Dit is dus geen materiële afwijking.

Art. 11 Toetsingsplan Ontwerpwerkzaamheden
(niet van toepassing)

Toelichting

Dat artikel 11 buiten toepassing is verklaard, is een logisch gevolg van het feit dat de toetsingsbevoegdheid door ProRail is ingericht op een wijze die afwijkt van het daaromtrent bepaalde in de UAV-GC. Voor een toelichting wordt volstaan met een verwijzing naar de uitleg bij de aanvulling op het bepaalde in de paragrafen 20 en 21 UAV-GC in het Gele Boekje.

Art. 13 Bewijslast ingeval van gebreken of tekortkomingen, garanties

1. Indien na de feitelijke datum van oplevering een gebrek in een of meer van de volgende onderdelen van het Werk aan het licht komt, is de Opdrachtnemer in afwijking van het bepaalde in § 28 lid 1 sub a UAV-GC 2005 voor dat gebrek aansprakelijk, behoudens voor zover hij aannemelijk maakt dat het gebrek met grote mate van waarschijnlijkheid moet worden toegeschreven aan een omstandigheid die de Opdrachtnemer niet kan worden toegerekend. Indien de Opdrachtnemer aannemelijk maakt dat het gebrek mogelijk samenhangt met het gebruik dat van het Werk is gemaakt, is hij gerechtigd om aan de Opdrachtgever te verzoeken om gegevens omtrent het gebruik aan hem over te leggen. Het voorgaande doet niet af aan hetgeen overigens in § 28 UAV-GC 2005 is bepaald. De in de eerste zin bedoelde onderdelen zijn:
 - (a) alle onderdelen van het Werk, behoudens voor zover de Opdrachtgever een schadevergoeding ontvangt uit hoofde van een VGV.
2. Indien de Opdrachtnemer aannemelijk heeft gemaakt dat een gebrek niet aan hem kan worden toegerekend, worden de daarmee verband houdende kosten vergoed door de Opdrachtgever, voor zover deze kosten redelijk zijn.
3. In aanvulling op bovenstaande bepalingen gelden de in de Vraagspecificatie genoemde garanties.

Toelichting

Artikel 13 van de CROW Model Basisovereenkomst wijkt af van het bepaalde in paragraaf 28 lid 1 sub a UAV-GC in zoverre dat voor de hier in te vullen onderdelen van het werk de bewijslast in geval van verborgen gebreken is omgekeerd.

In lid 1 van artikel 13 van de model basisovereenkomst van ProRail is vastgelegd voor welke onderdelen van het werk deze omgekeerde bewijslast geldt, namelijk voor alle onderdelen van het werk, behalve voor zover de opdrachtgever een schadevergoeding ontvangt uit hoofde van een verborgen gebreken verzekering (VGV) - en in zoverre is de opdrachtnemer ook niet aansprakelijk (zie de aanvulling op het bepaalde in paragraaf 28 lid 1 UAV-GC in het Gele Boekje). Daarmee heeft ProRail invulling gegeven aan artikel 13 van de CROW Model Basisovereenkomst. De VGV geeft dekking voor - kort gezegd - alle constructieve onderdelen van het werk.

Voor die onderdelen van het werk, waarvoor geen dekking onder een VGV bestaat, geldt de omgekeerde bewijslast. Naarmate voor meer onderdelen van het werk geen dekking onder een VGV bestaat, geldt voor meer onderdelen van het werk de omgekeerde bewijslast.

Deze bewijslastverdeling is ingegeven door de omstandigheid dat het de opdrachtnemer is die beschikt over gegevens met betrekking tot de werkzaamheden; de opdrachtgever heeft die gegevens niet of slechts in beperkte mate. Geïntegreerde contracten hebben immers als kenmerk dat niet voortdurend toezicht wordt gehouden op de werkzaamheden. Met deze regeling wordt dan ook een bewijslastverdeling bewerkstelligd die recht doet aan de bewijspositie van partijen.

Aangezien de bewijspositie van de opdrachtnemer na oplevering nadeliger is dan vóór de oplevering – de opdrachtgever zal immers gebruik zijn gaan maken van het voltooide werk – heeft ProRail de bewijsplicht genuanceerd, in die zin dat de opdrachtnemer gerechtigd is om aan ProRail te verzoeken om gegevens met betrekking tot het gebruik te overleggen, indien de opdrachtnemer

aannemelijk maakt dat het gebrek mogelijk samenhangt met het gebruik dat van het werk is gemaakt.

Lid 2 van artikel 13 voorziet, anders dan de UAV-GC en de daarbij behorende CROW Model Basisovereenkomst, in een regeling voor kostenvergoeding indien de opdrachtnemer ten onrechte aansprakelijk is gesteld. Als ProRail de opdrachtnemer aansprakelijk houdt voor een gebrek in het werk en als de opdrachtnemer vervolgens bewijst dat de schade niet aan hem kan worden toegerekend, zal ProRail de daarmee verband houdende kosten vergoeden, voor zover deze kosten redelijk zijn. Indien de opdrachtnemer ProRails ongelijk voldoende aannemelijk maakt, gaat het immers niet aan hem met de daartoe in redelijkheid gemaakte kosten te laten zitten.

Lid 3 van artikel 13 brengt geen verandering in de zonder deze bepaling geldende verantwoordelijkheidsverdeling. Veeleer gaat het hier om een bepaling met een signaalfunctie.

Art. 14 Betalingsregeling

1. In aanvulling op en in gedeeltelijke afwijking van het bepaalde in § 33 UAV-GC 2005 geldt de in dit artikel beschreven betalingsregeling.
2. De in § 33 UAV-GC 2005 genoemde termijnstaat dient te worden opgesteld conform de eisen zoals genoemd in de Vraagspecificatie.
3. Betaling vindt plaats op basis van afgeronde werkpakketten, zoals beschreven in de termijnstaat.
4. Facturen worden vierwekelijks ingediend over de periode van de afgelopen vier weken.
5. De prestatieverklaring voor een afgerond werkpakket wordt verstrekt volgens het model dat is opgenomen in een bij de Vraagspecificatie gevoegde annex. De Opdrachtnemer heeft recht op afgifte van de prestatieverklaring indien:
 - a) aantoonbaar is voldaan aan alle eisen uit de Vraagspecificatie met betrekking tot het betreffende werkpakket,
 - b) (indien en voor zover van toepassing) in het kader van de VGV door de TIS - na voltooiing van het werkpakket - een verklaring is afgegeven dat de TIS geen reden heeft om aan te nemen dat het werkpakket gebreken bevat en
 - c) (voor zover opeisbaar) aan alle overige eisen en voorwaarden van de Overeenkomst is voldaan.
6. Vooruitlopend op de afgifte van de prestatieverklaring voor het werkpakket kunnen, na afgifte van een prestatieverklaring voor de desbetreffende activiteiten, voorschotbetalingen plaatsvinden op basis van in de werkpakketten beschreven activiteiten. Het voorschot bedraagt 75% van het in de termijnstaat opgenomen bedrag voor de betreffende activiteit.

De Opdrachtgever honoreert een verzoek van de Opdrachtnemer tot betaling van een voorschot:

 - a) indien de activiteiten daadwerkelijk zijn afgerond overeenkomstig de aan deze activiteiten gestelde eisen en, indien van toepassing, de bij het ontwerp of de objecten behorende verificatie-, test- en/of keuringsresultaten aantonen dat aan alle aan dit ontwerp of deze objecten gestelde eisen is voldaan of,
 - b) indien en voor zover sprake is van nog niet in het Werk gebrachte materialen, uitsluitend tegen bewijs van de betaling door de Opdrachtnemer aan derden van het bedrag, waarvan om betaling wordt verzocht, en uitsluitend na overlegging van een direct afroepbare bankgarantie, conform het model dat is opgenomen in een bij de Vraagspecificatie gevoegde annex; de waarde van de bankgarantie dient gelijk te zijn aan het bedrag, waarvan om betaling wordt verzocht; de bankgarantie dient verstrekt te worden door een financiële instelling, die binnen de EU gevestigd is en waarvan de rating volgens Standard & Poor's minimaal A is.
7. (...)

Toelichting

De in artikel 14 van de model basisovereenkomst van ProRail opgenomen betalingsregeling wijkt niet ten nadele van de opdrachtnemer af van de betalingsregeling, zoals die is vastgelegd in artikel 14 van de CROW Model Basisovereenkomst in samenhang met paragraaf 33 UAV-GC. De regeling is grotendeels administratief of althans procedureel van aard. Een afwijking van inhoudelijke betekenis is slechts terug te vinden in lid 6, waar bepaald is in welke twee situaties en onder welke voorwaarden een verzoek van de opdrachtnemer tot betaling van een voorschot zal worden gehonoreerd.

Art. 15a Verrekenbare en niet-verrekenbare hoeveelheden

1. Onder verrekenbare hoeveelheden wordt verstaan de in de Overeenkomst als zodanig aangeduide hoeveelheden.

2. Onder niet-verrekenbare hoeveelheden wordt verstaan de als zodanig dan wel met de toevoeging “naar schatting”, “ongeveer” of soortgelijke aanduidingen in de Overeenkomst aangeduide hoeveelheden.
3. Indien de in de Overeenkomst opgenomen verrekenbare hoeveelheden te hoog of te laag blijken te zijn om het Werk volgens de bepalingen uit de Overeenkomst of overeenkomstig de aard van het Werk tot stand te brengen, zullen afwijkingen van deze hoeveelheden worden verrekend tegen de verrekenprijzen zoals opgenomen in de Detailbegroting, een en ander overeenkomstig het gestelde in de “ProRail aanvullingen en/of wijzigingen op de UAV-GC 2005” § 45 (01). De verrekenprijzen zoals opgenomen in de Detailbegroting kunnen worden herzien indien deze te hoog of te laag blijken te zijn en meer dan 110% of minder dan 90% van de in de Overeenkomst opgenomen hoeveelheid is of zal worden verwerkt.
4. Niet-verrekenbare hoeveelheden komen enkel voor verrekening in aanmerking indien en voor zover meer dan 110% of minder dan 90% van de in de Overeenkomst opgenomen hoeveelheid is of zal worden verwerkt. Verrekening vindt plaats met inachtneming van het bepaalde met betrekking tot het calculeren van Wijzigingen in de “ProRail aanvullingen en/of wijzigingen op de UAV-GC 2005” § 45 (01).
5. Indien overeenkomstig het bepaalde in het derde lid een verrekenprijs wordt gewijzigd, wordt de afwijking van de in de Overeenkomst opgenomen verrekenbare hoeveelheid verrekend tegen die gewijzigde verrekenprijs.
6. Indien voor een bepaalde bouwstof of voor een bepaald onderdeel van de Werkzaamheden meer dan één verrekenbare hoeveelheid in de Overeenkomst is opgenomen en voor die hoeveelheden een zelfde verrekenprijs geldt, wordt voor de toepassing van het bepaalde in het derde en vijfde lid het totaal van deze hoeveelheden als de in de Overeenkomst opgenomen verrekenbare hoeveelheid beschouwd.

Toelichting

Deze bepaling is van toepassing op die onderdelen van het werk die als al dan niet verrekenbare hoeveelheden zijn aangeduid. De tekst wijkt slechts in redactionele zin af van het bepaalde in de (evenals de UAV-GC 2005 paritair tot stand gekomen) UAV 2012 met betrekking tot hoeveelheden en afwijkingen van verrekenbare hoeveelheden.

Art. 16 Boetebeding

1. (...)
2. Het bedrag aan boetes die de Opdrachtnemer kunnen worden opgelegd uit hoofde van het bepaalde in lid 1 in samenhang met § 36 UAV-GC 2005 is in totaal beperkt tot 5% van het saldo, gevormd door de in artikel 2 lid 4 vastgelegde prijs verhoogd dan wel verlaagd met hetgeen overigens aan of door de Opdrachtnemer ter zake van de Overeenkomst verschuldigd is. De Opdrachtnemer kan gehouden worden tot aanvullende schadevergoeding indien het totaalbedrag aan boetes dat door de Opdrachtgever uit hoofde van dit artikel aan de Opdrachtnemer is opgelegd, het genoemde maximum heeft bereikt en indien dat maximum niet toereikend is om de schade te compenseren die door aan de Opdrachtnemer toe te rekenen overschrijdingen van mijlpaaldata is veroorzaakt.
3. Het recht op aanvullende schadevergoeding, als bedoeld in de laatste zin van het vorige lid, geldt niet voor zover de schade van de Opdrachtgever bestaat uit door derden geleden en op de Opdrachtgever verhaalde of te verhalen bedrijfsschade in verband met de spoorwegexploitatie. Deze uitzondering is niet van toepassing op schade tot vergoeding waarvan de Opdrachtgever gehouden kan worden ingevolge een met een gerechtigde gesloten toegangsovereenkomst als bedoeld in artikel 59 van de Spoorwegwet. De uitzondering is evenmin van toepassing indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de zijde van de Opdrachtnemer of van de hulppersonen waarvoor hij verantwoordelijk is.
4. (...)

Toelichting

Ter voorkoming van onevenredig hoge boetebedragen is het totaal aan op te leggen boetes gemaximeerd tot 5% van het saldo van aanneemsom en kostenvergoedingen. Indien het maximum (in uitzonderlijke gevallen) niet toereikend is om de door ProRail geleden schade (ten gevolge van de in dit artikel bedoelde toerekenbare tekortkomingen van de opdrachtnemer) af te dekken, heeft ProRail recht op aanvullende schadevergoeding, behalve voor zover die schade bestaat uit door derden geleden en op ProRail verhaalde bedrijfsschade verband houdend met de spoorwegexploitatie. Deze uitzondering geldt niet voor schade die ProRail contractueel verschuldigd is aan vervoerders (waarvoor ProRail jegens vervoerders onder de toepasselijke toegangsovereenkomsten beperkt aansprakelijk is). Die schade is ProRail op grond van de aan haar verleende Beheerconcessie verplicht door te belasten aan de veroorzaker.

Met dit aansprakelijkheidsregiem wordt rekening gehouden met het belang van de opdrachtnemer dat hij geen onbeheersbaar risico loopt.

Art. 20 Annulering van buitendienststellingen en onwerkbaar weer

Partijen komen overeen dat hun rechten en plichten met betrekking tot annulering van buitendienststellingen door de Opdrachtgever en met betrekking tot onwerkbaar weer zijn vastgelegd in de regelingen die zijn opgenomen in een bij de Vraagspecificatie gevoegde annex.

Toelichting – annulering van buitendienststellingen door de opdrachtgever

Annulering van een buitendienststelling door ProRail kort voor de geplande werkzaamheden leidt tot extra kosten aan de zijde van de aannemer. Werkzaamheden moeten uitgesteld worden wat gevolgen heeft voor de inzet van mens en materieel. Toch moet ProRail af en toe naar het middel van annulering grijpen, vaak op last van een externe partij.

De annuleringsregeling in artikel 1 van Annex XIV bevat een overzichtelijk en gesloten stelsel van opdrachtnemers rechten en plichten in geval van (gedeeltelijke) annulering van een aan hem toegewezen buitendienststelling door ProRail. Gesloten in de zin dat de opdrachtnemer aan de bepalingen in UAV-GC en Burgerlijk Wetboek geen rechten kan ontleen, alleen aan de hier beschreven regeling. De regeling moet voorkomen dat over de hoogte van de te vergoeden kosten telkens onenigheid ontstaat. Daarom is ervoor gekozen de voor vergoeding in aanmerking komende kostensoorten zoveel mogelijk van te voren te bepalen en zijn per kostensoort percentages vastgesteld, aflopend naarmate de annulering langer van te voren plaats vindt. Voor alle andere dan de directe kosten is een vast percentage opgenomen. Deze sluitpost van 20% over de directe kosten dient ter compensatie van de bijkomende kosten, waaronder de indirecte en algemene kosten die het gevolg zijn van het op een ander tijdstip uitvoeren van de vanwege de annulering uitgestelde werkzaamheden.

Waar 'spoortechnische' werkzaamheden van te voren goed in te schatten zijn – en dus ook de kostencomponenten in geval van uitstel van die werkzaamheden – geldt dat in veel mindere mate voor andere dan spoortechnische werkzaamheden; voor deze categorie geldt dan ook niet de kostensoort georiënteerde berekening van de kosten die bij uitstel van spoortechnische werkzaamheden van toepassing is.

Om onderscheid te kunnen maken tussen spoortechnische en andere dan spoortechnische werkzaamheden is een definitie van spoortechnische werkzaamheden opgenomen. Daarbij is aansluiting gezocht bij de definitie van spoorse objecten, zoals die is terug te vinden in de railinfracatalogus op de website van ProRail.

Inherent aan het feit dat het hier gaat om aan ProRail toerekenbare annuleringen, is de opdrachtnemer niet aansprakelijk voor eventuele vertragingsschade zijdens ProRail als gevolg van de annulering.

Toelichting – onwerkbaar weer

Onwerkbaar weer is onder vigeur van de UAV-GC in principe voor risico van de opdrachtnemer. Extra kosten om onder slechte weersomstandigheden toch te kunnen (door)werken en vertraging ten gevolge van uitstel van werkzaamheden door onwerkbaar weer zijn voor zijn rekening. Aan dat uitgangspunt wordt in deze regeling (Annex XIV, artikel 2) niet getornd voor zover het gaat om weersomstandigheden waartegen de in de bouw gebruikelijke (preventieve) maatregelen te nemen zijn. Dit is uitgewerkt in zogenaamde koud en warm weer matrixen, die in de railinfracatalogus van ProRail zijn terug te vinden. Een en ander is vastgelegd in de leden 1 en 2 van artikel 2 van Annex XIV. Soms zijn de (verwachte) weersomstandigheden zo extreem dat de veiligheid, de beschikbaarheid van de spoorinfra en/of de kwaliteit van het te leveren werk in het geding is. Denk aan veel sneeuw, strenge kou of grote hitte. Onder die omstandigheden kan het onverantwoord zijn om (door) te werken.

Vanuit een redelijke risicallocatie, mede ingegeven door de omstandigheid dat de werkzaamheden veelal in treinvrije periodes uitgevoerd moeten worden, hetgeen de opdrachtnemer beperkt in zijn flexibiliteit, heeft ProRail ervoor gekozen om de gevolgen van extreem weer (“onwerkbaar weer”) te delen in plaats van volledig bij de opdrachtnemer te leggen.

Daartoe is in de eerste plaats bepaald wanneer sprake is van onwerkbaar weer. Slecht weer waartegen de gebruikelijke maatregelen te nemen zijn, blijft voor risico van de opdrachtnemer. Partijen dienen zoveel mogelijk gezamenlijk vast te stellen wanneer die maatregelen niet meer toereikend zijn en (door)werken onverantwoord is. Dat gezamenlijk vaststellen is beschreven in een procesafspraken, inclusief escalatie en de mogelijkheid dat overeenstemming uitblijft. Dit proces is vastgelegd in de leden 3, 4 en 5.

Als vaststaat welke werkzaamheden vanwege de verwachte weersomstandigheden uitgesteld moeten worden, dan bepaalt het laatste gedeelte van de regeling (vanaf lid 7) op welke basis de voor vergoeding in aanmerking komende kosten berekend worden. Kort gezegd houdt dat in dat vijftig procent van de directe kosten verbonden aan de uitgestelde werkzaamheden, vermeerderd met twintig procent voor bijkomende kosten, vergoed wordt. Gevolgschade wordt niet vergoed en de opdrachtnemer is gevrijwaard van de gevolgen van te laat opleveren (voor zover veroorzaakt door onwerkbaar weer).

Met deze regeling wordt recht gedaan aan het overmacht karakter van onwerkbaar weer bij werken binnen beperkte tijdsbestekken (treinvrije periodes). Onwerkbaar weer geldt met deze regeling als een omstandigheid waarin partijen op evenwichtige wijze voorzien hebben.

Art. 24 Boetebeding in geval van Onregelmatigheden

1. Omwille van de veiligheid, de beschikbaarheid van de spoorweginfrastructuur en de tijdige realisatie van het Werk dienen Onregelmatigheden voorkomen te worden. De Opdrachtnemer is verplicht de Werkzaamheden zo te realiseren dat zich geen Onregelmatigheden voordoen. Telkens wanneer zich een Onregelmatigheid voordoet, is de Opdrachtnemer een boete verschuldigd. Deze boete bedraagt <bedrag> EURO per Onregelmatigheid, te verhogen met 10% van dat bedrag voor ieder tijdsbestek van vijftien minuten dat de Onregelmatigheid voortduurt.
2. Ten behoeve van een veilige werkplek worden werkzaamheden aan de spoorinfrastructuur uitgevoerd tijdens aan de Opdrachtnemer toegewezen buitendienststellingen. Van ieder van deze buitendienststellingen worden het door de Opdrachtnemer in acht te nemen begin- en eindtijdstip vastgelegd in een werkplekbeveiligingsinstructie/werkcontract. Teneinde de treinexploitatie niet te verstoren, dient de Opdrachtnemer zich stipt te houden aan deze tijdstippen en dient hij uitloop van de buitendienststellingen te voorkomen. Telkens wanneer de Opdrachtnemer deze verplichting schendt, is sprake van een Onregelmatigheid als bedoeld in lid 1.
3. Boetes zijn niet verschuldigd indien en voor zover de Opdrachtnemer bewijst dat de Onregelmatigheid niet te wijten is aan zijn schuld en evenmin krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.
4. Voor zover op grond van het bepaalde in artikel 16 wegens overschrijding van een datum van (deel)oplevering een boete verschuldigd is, is dit artikel 24 niet van toepassing.
5. Voor zover de Opdrachtgever ter zake van de Onregelmatigheid een schadevergoeding ontvangt uit hoofde van de CAR-verzekering of VGV, strekt deze in mindering op de krachtens dit artikel verschuldigde boete(s).
6. Het bedrag aan boetes die de Opdrachtnemer kunnen worden opgelegd uit hoofde van dit artikel is in totaal beperkt tot 5% van het saldo, gevormd door de in artikel 2 lid 4 vastgelegde prijs verhoogd dan wel verlaagd met hetgeen overigens aan of door de Opdrachtnemer ter zake van de Overeenkomst verschuldigd is. De Opdrachtnemer kan gehouden worden tot aanvullende schadevergoeding indien het totaalbedrag aan boetes die door de Opdrachtgever uit hoofde van dit artikel aan de Opdrachtnemer zijn opgelegd, het genoemde maximum heeft bereikt en indien dat maximum niet toereikend is om de schade te compenseren die door aan de Opdrachtnemer toe te rekenen Onregelmatigheden is veroorzaakt.
7. Het recht op aanvullende schadevergoeding, als bedoeld in de laatste zin van het vorige lid, geldt niet voor zover de schade van de Opdrachtgever bestaat uit door derden geleden en op de Opdrachtgever

verhaalde of te verhalen bedrijfsschade in verband met de spoorwegexploitatie. Deze uitzondering is niet van toepassing op schade tot vergoeding waarvan de Opdrachtgever gehouden kan worden ingevolge een met een gerechtigde gesloten toegangsovereenkomst als bedoeld in artikel 59 van de Spoorwegwet. De uitzondering is evenmin van toepassing indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de zijde van de Opdrachtnemer of van de hulppersonen waarvoor hij verantwoordelijk is.

Toelichting

Teneinde de treinenloop niet te verstoren, dient de opdrachtnemer uitloop van werkzaamheden die worden uitgevoerd in buitendienststellingen te voorkomen. Indien de opdrachtnemer deze verplichting toerekenbaar niet nakomt, is hij aansprakelijk. Hetzelfde geldt indien zich een (andere) onregelmatigheid (als gedefinieerd in het Gele Boekje) voordoet. Het is in het belang van beide partijen dat onregelmatigheden vermeden worden.

Om geschillen over de hoogte van de schade, waarvoor de opdrachtnemer in geval van een aan hem toerekenbare onregelmatigheid aansprakelijk is, zoveel mogelijk te beperken, is deze van te voren gefixeerd in de vorm van een boete. Projectspecifiek zal deze worden vastgesteld.

Aanvullend (voor wat betreft de maximering van de boete en het recht op aanvullende schadevergoeding) geldt de toelichting bij artikel 16 inzake de boete bij te laat opleveren.

Art. 25 Risicodeling

<optioneel>

1. De Opdrachtgever en de Opdrachtnemer onderkennen met betrekking tot de Werkzaamheden een aantal risico's waarbij de een de kans dat het risico zich voordoet en de ander de gevolgen van het risico (nadat het zich heeft voorgedaan) effectiever kan beheersen. Het tweede lid van dit artikel behelst een opsomming van deze risico's. Partijen spreken af dat deze risico's niet tussen hen verdeeld maar door hen gedeeld zullen worden en dat deze risico's dus behoren tot hun gezamenlijke verantwoordelijkheid. In samenwerking zullen partijen alles in het werk stellen om te voorkomen dat deze risico's zich verwezenlijken en om de voor het Werk nadelige gevolgen van optredende risico's ongedaan te maken.
2. (...)
3. Voor zover ter voorkoming van deze risico's en ter ongedaan making van de gevolgen daarvan door partijen activiteiten worden uitgevoerd, komen zij ter vergoeding van de met die activiteiten gemoeide kosten een stelpost overeen ad <bedrag> EURO. Eveneens komen ten laste van deze stelpost de financiële gevolgen van de in lid 2 genoemde risico's die niet ongedaan gemaakt (kunnen) worden.
4. De in het vorige lid genoemde stelpost behoort niet tot de in artikel 15 bedoelde stelposten.
5. Het bepaalde in § 34 UAV-GC 2005 is van overeenkomstige toepassing, voor zover niet in de navolgende leden anders is bepaald.
6. In afwijking van het bepaalde in § 34 lid 1 UAV-GC 2005, is het bedrag van de in lid 3 genoemde stelpost niet begrepen in het in artikel 2 lid 4 vastgelegde totaalbedrag.
7. In aanvulling op het bepaalde in paragraaf 34 lid 2 UAV-GC 2005 spreken partijen af dat zij voor gelijke delen participeren in het positieve of negatieve resultaat van de in deze paragraaf bedoelde afwijking van de stelpost, met dien verstande dat een negatieve afwijking volledig voor rekening van de Opdrachtgever komt voor zover deze (negatieve) afwijking groter is dan <percentage> % van het in lid 3 genoemde bedrag. Uiterlijk binnen een maand na het verstrijken van de in artikel 2 lid 5 vastgelegde uiterste datum van oplevering stellen partijen vast welk bedrag volgens het in de eerste zin van dit lid bepaalde aan de Opdrachtnemer toekomt dan wel door de Opdrachtnemer aan de Opdrachtgever betaald dient te worden.
8. Waar in paragraaf 34 UAV-GC 2005 wordt gesproken van het nader invullen van de stelpost door de Opdrachtgever en van het opdragen van werkzaamheden onder de stelpost door de Opdrachtgever, moet voor de toepassing van dit artikel worden verstaan het door partijen gezamenlijk bepalen van maatregelen ter beheersing van de in het tweede lid genoemde risico's.

Art. 26 Optimalisaties

<optioneel>

1. Onverminderd het recht van de Opdrachtnemer om de in § 15 lid 1 UAV-GC 2005 genoemde Wijzigingen (wijzigingen op initiatief van de Opdrachtnemer) uit te voeren, is de Opdrachtnemer bevoegd om optimalisaties voor te stellen, die kunnen resulteren in een Wijziging als bedoeld in § 14 UAV-GC (wijziging opgedragen door de Opdrachtgever).
2. Van een optimalisatie als bedoeld in lid 1 is sprake indien de daaruit resulterende Wijziging leidt tot een betere verhouding tussen prijs en kwaliteit, waarbij onder prijs wordt verstaan: het in artikel 2 lid 4 bedoelde totaalbedrag. Onder kwaliteit wordt in dit verband verstaan: het geheel van eisen, waaraan het Werk en de Werkzaamheden volgens de Overeenkomst dienen te voldoen, onder meer op het gebied van:

- functionaliteit en beschikbaarheid;
 - onderhoudbaarheid;
 - veiligheid;
 - hinder voor de omgeving;
 - planning en de overeengekomen mijlpalen.
3. Van een betere verhouding tussen prijs en kwaliteit is sprake in de volgende gevallen:
 - een lagere prijs bij gelijkblijvende of hogere kwaliteit;
 - een lagere prijs bij lagere kwaliteit, waarbij de prijsverlaging groter is dan de op geld gewaardeerde vermindering van de kwaliteit;
 - een hogere prijs bij hogere kwaliteit, waarbij de prijsverhoging lager is dan de op geld gewaardeerde vermeerdering van de kwaliteit.
 4. In gezamenlijkheid gaan partijen over tot het op geld waarderen van de eventuele vermindering of vermeerdering van de kwaliteit. Voorts stellen partijen in onderling overleg de prijsconsequenties (meer- en minderwerk) van de optimalisatie vast.
 5. Indien de Opdrachtgever op enig moment tussen de indiening van het voorstel voor een optimalisatie en het in het vorige lid bedoelde overleg tot het oordeel komt dat de door de Opdrachtnemer voorgestelde optimalisatie niet gewenst is, dan mag de Opdrachtgever het overleg over de optimalisatie zonder opgaaf van redenen beëindigen, waarbij ieder der partijen zijn eigen kosten draagt.
 6. Indien de in het vierde lid bedoelde berekening resulteert in een geoptimaliseerde verhouding tussen prijs en kwaliteit (hierna: 'besparing') en indien de Opdrachtgever geen gebruik maakt van het in het vijfde lid bedoelde recht, draagt de Opdrachtgever de uit de optimalisatie resulterende Wijziging op aan de Opdrachtnemer.
 7. Partijen participeren voor gelijke delen in de besparing. Tijdstip en wijze van betaling van het aan de Opdrachtnemer toekomende bedrag worden in onderling overleg tussen partijen vastgesteld, onder toepasselijkheid van de bepalingen uit de Overeenkomst.

Toelichting

De artikelen 25 en 26 voorzien in alliantieachtige regelingen waarbij twee belangrijke middelen (risicodeling en optimalisaties) om te komen tot gelijkschakeling van de belangen van partijen een bijdrage kunnen leveren aan de doelstelling om het project zodanig te realiseren dat het volbracht wordt met inachtneming van de welbekende mantra: binnen budget, op tijd, in overeenstemming met de beoogde kwaliteit en met de veiligheidseisen, geschillenvrij en met zo min mogelijk hinder voor de omgeving.

Art. 27 BPKV-sanctie

Indien de Opdrachtnemer op (onderdelen van) kwaliteits- of prestatiecriteria die zijn gesteld in het kader van de aanbesteding van de Overeenkomst (beoordeling op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, hierna afgekort als: "BPKV") minder realiseert, dan wel naar vermoeden minder zal realiseren, dan conform de Aanbieding, zal hij schriftelijk in gebreke worden gesteld. Indien de Opdrachtnemer ten aanzien van die criteria desondanks uiteindelijk minder realiseert dan conform de Aanbieding, zal een BPKV-sanctie worden opgelegd. Deze BPKV-sanctie is een inhouding op het totaalbedrag als genoemd in artikel 2 lid 4 ter grootte van anderhalf (1,5) maal het verschil tussen de bij de BPKV-beoordeling behaalde kwaliteitswaarde en de gerealiseerde kwaliteitswaarde, berekend conform de BPKV-beoordelingsmethodiek.

Toelichting

De Aanbestedingswet 2012 schrijft voor dat ProRail haar (aanbestedingsplichtige) aannemingsovereenkomsten gunt op grond van de economisch meest voordelige inschrijving waarbij de economisch meest voordelige inschrijving in beginsel wordt vastgesteld op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Met het oog op de toepassing van dit criterium maakt ProRail in de aanbestedingsstukken bekend welke nadere (kwaliteits- of prestatie)criteria zij stelt en specificeert ProRail het relatieve gewicht van elk van de door haar gekozen nadere criteria. Door invulling te geven aan deze nadere criteria kunnen inschrijvers een voordeel verkrijgen bij gunning van de opdracht. Dit voordeel uit zich in een fictieve vermindering van de inschrijfprijs. Tijdens de uitvoering van de Werkzaamheden dient de opdrachtnemer in te staan voor de door hem aangeboden kwaliteitswaarde (welke waarde een bedrag vertegenwoordigt waarmee de inschrijfprijs fictief verminderd is). Voor zover de opdrachtnemer niet kan aantonen dat de aangeboden kwaliteitswaarde daadwerkelijk wordt geleverd, heeft hij het gunningsvoordeel ten onrechte verkregen. Dat kan betekenen dat de opdrachtnemer achteraf gezien niet de economisch meest voordelige aanbieder heeft gedaan. Het is onaanvaardbaar dat de opdrachtnemer daarmee weg zou

komen. Door in voorkomend geval een sanctie op te leggen, wordt bewerkstelligd dat de opdrachtnemer ook in dat geval de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. De sanctiebepaling beoogt mede een prikkel te zijn ter voorkoming dat de aangeboden kwaliteitswaarde niet gerealiseerd wordt. Indien de sanctie een inhouding ter grootte van de niet gerealiseerde kwaliteitswaarde zou zijn, zou die prikkel er niet zijn. Om die reden is op het niet realiseren van de aangeboden kwaliteitswaarde een sanctie van net iets meer dan de niet gerealiseerde kwaliteitswaarde zelf gesteld.

Artikelsgewijze toelichting bij Gele Boekje (versie 6) voor zover inhoudelijk afwijkend van de UAV-GC 2005

§ 3 Verplichtingen van de Opdrachtgever

01 In aanvulling op het bepaalde in § 3 geldt het volgende:

Indien de Opdrachtnemer ten behoeve van het Werk meer of andere buitendienststellingen wenst dan hem in de Vraagspecificatie zijn toegezegd, spant de Opdrachtgever, indien hij niet zelf over de verlangde infracapaciteit kan beschikken, zich op verzoek van de Opdrachtnemer in om de daartoe benodigde infracapaciteit te verwerven van de vervoerders die krachtens een Toegangsovereenkomst van de betreffende infrastructuur gebruik maken. De daarvoor door de vervoerders in rekening te brengen kosten kunnen onder meer bestaan uit een gedeeltelijke terugbetaling van de heffing voor het gebruik van de betreffende infrastructuur, kosten voor vervangend vervoer en een handlingsfee. Indien de vervoerders bereid blijken de gevraagde infracapaciteit aan de Opdrachtgever ter beschikking te stellen, zal de Opdrachtgever in samenspraak met de respectieve vervoerders een opstelling maken van de daaraan verbonden kosten. Die kostenopstelling wordt door de Opdrachtgever aan de Opdrachtnemer voorgelegd. Indien de Opdrachtnemer vervolgens binnen bekwame tijd, doch uiterlijk binnen 14 dagen, schriftelijk aangeeft met de kosten in te stemmen, zal de Opdrachtgever de verwerving van de infracapaciteit effectueren en zullen de kosten in mindering worden gebracht op de in de Basisovereenkomst vastgelegde prijs van het Werk, waarna de Opdrachtnemer overeenkomstig de daarop betrekking hebbende procedure voor de aanvraag van de buitendienst- en/of spanningloosstelling zorgt. Indien de Opdrachtnemer echter aangeeft niet met de kosten in te kunnen stemmen of indien een schriftelijke reactie van de Opdrachtnemer binnen de termijn van 14 dagen uitblijft, zullen de kosten die de Opdrachtgever in verband met het overleg met de vervoerders heeft moeten maken in mindering worden gebracht op de in de Basisovereenkomst vastgelegde prijs.

Toelichting

ProRail heeft niet de vrije beschikking over het spoor. Voor de verdeling van capaciteit is ProRail gebonden aan het Besluit Capaciteitsverdeling. Op grond van dit besluit dient ProRail buitendienststellingen, benodigd voor (onderhouds-)werkzaamheden, mee te nemen in de capaciteitsverdelingsprocedure. Na afronding van deze procedure is het verkrijgen van buitendienststellingen slechts beperkt mogelijk en bovendien zijn daarvoor ProRail kosten aan verbonden. Deze bepaling regelt de procedure en de kostenverdeling in het geval de opdrachtnemer meer buitendienststellingen wenst dan hem in de vraagspecificatie zijn toegezegd. Deze bepaling heeft enkel betrekking op buitendienststellingen die de opdrachtnemer extra wenst. De kosten voor buitendienststellingen welke noodzakelijk zijn geworden door voor rekening van ProRail komende oorzaken, komen, rekening houdend met de overige contractuele bepalingen, voor rekening van ProRail.

§ 4 Verplichtingen van de Opdrachtnemer

01 In afwijking van het bepaalde in § 4 lid 9 geldt het volgende:

Behoudens het bepaalde in § 28 en in deze "ProRail aanvullingen en/of wijzigingen op de UAV-GC 2005" is de Opdrachtnemer aansprakelijk voor elk gebrek in het Werk, alsmede voor alle door enig gebrek in het Werk en voor alle door de uitvoering van Werkzaamheden aan de

Opdrachtgever toegebrachte schade, tenzij de Opdrachtnemer bewijst dat het gebrek of de omstandigheid die bij de uitvoering van de Werkzaamheden de schade heeft veroorzaakt niet is te wijten aan de schuld van de Opdrachtnemer, diens gemachtigden of hulppersonen en dat zij evenmin krachtens de wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Onder de in dit lid bedoelde schade wordt mede begrepen:

- (a) de onderzoekskosten die de Opdrachtgever maakt om het gebrek of de omstandigheid aan te tonen, indien de Opdrachtnemer nalatig blijft om binnen bekwame tijd bewijs te leveren;
 - (b) de extra kosten die de Opdrachtgever ten gevolge van het gebrek of de omstandigheid maakt voor wat betreft de door hem ingeschakelde zelfstandige hulppersonen;
 - (c) de extra kosten die de Opdrachtgever ten gevolge van het gebrek of de omstandigheid in zijn eigen organisatie maakt;
 - (d) de betalingen die de Opdrachtgever overeenkomstig het bepaalde in artikel 16 van de op de Toegangsovereenkomst van toepassing zijnde Algemene Voorwaarden aan de respectieve vervoerders moet verrichten (zie www.prorail.nl/vervoerders/netverklaring);
 - (e) de door het bevoegde gezag aan de Opdrachtgever opgelegde boetes of door opsporingsinstanties met de Opdrachtgever in redelijkheid bereikte schikkingresultaten.
- Betalingen die de Opdrachtgever terzake moet doen, respectievelijk heeft gedaan, en die op grond van het bovenstaande voor rekening van de Opdrachtnemer komen, worden door de Opdrachtnemer op eerste verzoek van de Opdrachtgever aan hem vergoed.

Toelichting

Op grond van paragraaf 4 lid 9 UAV-GC is de opdrachtnemer tot aan de aanvaarding van het werk door de opdrachtgever, respectievelijk tot aan het einde van de onderhoudstermijn, 'verantwoordelijk' voor elk gebrek in het werk dat niet krachtens de wet, de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen aan de opdrachtgever kan worden toegerekend. De term "verantwoordelijk" scheidt onduidelijkheid omtrent de omvang van de verplichting van de opdrachtnemer. Om die reden is in deze bepaling uit het Gele Boekje de verplichting van de opdrachtnemer verduidelijkt. Ook wordt in deze bepaling verduidelijkt dat de bewijslast bij de opdrachtnemer ligt. Enerzijds omdat dit een logische uitleg is van paragraaf 4 lid 9 UAV-GC en anderzijds vanwege de omstandigheid dat het de opdrachtnemer is die beschikt over gegevens met betrekking tot de werkzaamheden; ProRail heeft die informatie niet of slechts in beperkte mate. In deze bepaling zijn tot slot een aantal schadeposten expliciet gemaakt.

02 In afwijking van het bepaalde in § 4 lid 10 geldt het volgende:

- (a) De Opdrachtnemer is aansprakelijk voor schade aan met het Werk in verband staande werken van de Opdrachtgever en aan andere eigendommen van de Opdrachtgever, voor zover deze door de Werkzaamheden is toegebracht, tenzij de Opdrachtnemer bewijst dat de schade niet is te wijten aan de schuld van de Opdrachtnemer, diens gemachtigden of hulppersonen en dat zij evenmin krachtens de wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.
- (b) De afhandeling van schade geschiedt overeenkomstig het bepaalde in de bij de Vraagspecificatie gevoegde annex.
- (c) Op herstel van schade en gebreken met een spoedeisend karakter in verband met de voortgang van de spoorwegexploitatie is van toepassing de afwijking van § 41 lid 7.

Toelichting

De afwijkende regeling sub a en b is ingegeven door de omstandigheid dat het de opdrachtnemer is die beschikt over gegevens met betrekking tot de werkzaamheden; ProRail heeft die informatie niet of slechts in beperkte mate. De opdrachtnemer verkeert derhalve in de minst nadelige bewijspositie. Geïntegreerde contracten hebben als kenmerk dat niet voortdurend toezicht wordt gehouden op de werkzaamheden. Met deze regeling wordt dan ook een bewijslastverdeling bewerkstelligd die recht doet aan de bewijspositie van partijen.

Voor een toelichting bij het bepaalde sub c wordt verwezen naar de toelichting bij de afwijking van paragraaf 41 lid 7 UAV-GC in het Gele Boekje.

03 In afwijking van het bepaalde in § 4 lid 11 geldt het volgende:

(a) De Opdrachtnemer is aansprakelijk voor door de Werkzaamheden toegebrachte schade aan derden en vrijwaart de Opdrachtgever tegen aanspraken van derden tot vergoeding van schade, tenzij de Opdrachtnemer bewijst dat de schade niet is te wijten aan de schuld van de Opdrachtnemer, diens gemachtigden of hulppersonen, en dat zij evenmin krachtens de wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Onder schade wordt in het kader van de Overeenkomst verstaan: vermogensschade zoals bedoeld in artikel 6:96 BW.

(b) De afhandeling van schade geschiedt overeenkomstig het bepaalde in de bij de Vraagspecificatie gevoegde annex.

Toelichting

Deze afwijkende regeling is ingegeven door de omstandigheid dat het de opdrachtnemer is die beschikt over gegevens met betrekking tot de werkzaamheden; ProRail heeft die informatie niet of slechts in beperkte mate. De opdrachtnemer verkeert derhalve in de minst nadelige bewijspositie. Geïntegreerde contracten hebben als kenmerk dat niet voortdurend toezicht wordt gehouden op de werkzaamheden. Met deze regeling wordt dan ook een bewijslastverdeling bewerkstelligd die recht doet aan de bewijspositie van partijen.

04 Toevoegen § 4 lid 11a

Indien de Opdrachtgever de Opdrachtnemer voor schade als bedoeld in lid 9 tot en met 11 aansprakelijk houdt en de Opdrachtnemer bewijst dat de schade niet is te wijten aan de schuld van de Opdrachtnemer, diens gemachtigden of hulppersonen en dat zij evenmin krachtens de wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt, vergoedt de Opdrachtgever de door de Opdrachtnemer in redelijkheid met het leveren van het bewijs gemoeide kosten.

Toelichting

Als ProRail de opdrachtnemer aansprakelijk houdt voor door de werkzaamheden aan ProRail of aan derden toegebrachte schade en als de opdrachtnemer vervolgens bewijst dat de schade niet aan hem kan worden toegerekend, zal ProRail de daarmee verband houdende kosten vergoeden, voor zover deze kosten redelijk zijn. Indien de opdrachtnemer ProRails ongelijk voldoende aannemelijk maakt, gaat het immers niet aan hem met de daartoe in redelijkheid gemaakte kosten te laten zitten. Daar waar de UAV-GC (paragraaf 4 lid 9) en de CROW Model Basisovereenkomst (artikel 13) de bewijslast bij de opdrachtnemer leggen, ontbreekt een op een dergelijke verdeling van bewijskosten gerichte bepaling.

05 Toevoegen § 4 lid 14

De Opdrachtnemer is verplicht zijn medewerking te verlenen aan scholing van veiligheidspersoneel. Dit betreft met name de bereidheid om personen, die een veiligheidsopleiding volgen, de gelegenheid te geven praktijkervaring op te doen op het Werk.

Toelichting

Hoewel de opleiding van veiligheidspersoneel mede in het belang is van de opdrachtnemer, is de verplichting om medewerking te verlenen expliciet gemaakt, zodat in de branche voldoende opgeleid veiligheidspersoneel beschikbaar is en blijft.

06 Toevoegen § 4 lid 15

In aanvulling op het hieromtrent gestelde in de Vraagspecificatie dient door de Opdrachtnemer een doorlopend actuele presentielijst te worden opgesteld, waarop vermeld alle op de bouwplaats aanwezige personen. Deze lijst dient altijd beschikbaar te zijn en direct te worden aangepast aan alle komende en gaande personen. De lijst dient een overzicht te bevatten van alle op de bouwplaats aanwezige personen inclusief personen die door of namens de Opdrachtgever zijn aangesteld en alle overige personen, die aanwezig zijn op de bouwplaats. Dit laatste geldt zowel voor personen van bedrijven, die rechtstreeks door de Opdrachtgever zijn ingeschakeld alsook voor alle overige personen die aanwezig zijn op de bouwplaats. Het hiervoor genoemde overzicht

dient op aanvraag van de Opdrachtgever te worden getoond, een en ander in overeenstemming met het hieromtrent gestelde in de Vraagspecificatie.

Ingeval de Opdrachtnemer tekort schiet om zijn hiervoor genoemde verplichtingen na te komen, en hierin na sommatie volhardt, is hij aan de Opdrachtgever het bedrag verschuldigd overeenkomstig eventuele door het bevoegde gezag aan ProRail opgelegde boetes of door opsporingsinstanties met ProRail in redelijkheid bereikte schikkingresultaten alsmede eventuele andere kosten en schade die voor ProRail voortvloeien uit het tekortschieten van de Opdrachtnemer. Daarnaast leidt herhaald tekortschieten voor de Opdrachtnemer tot uitsluiting van inschrijvingen op andere werken van de Opdrachtgever voor een door de Opdrachtgever nader te bepalen periode, een en ander onverlet het bepaalde in § 43.

Toelichting

ProRail houdt bij geïntegreerde contracten niet voortdurend toezicht op de werkzaamheden. Deze bepaling schept daarom de expliciete verplichting voor de opdrachtnemer om bij te houden welke personen op de bouwplaats aanwezig zijn, zodat ProRail kan voldoen aan haar wettelijke verplichtingen en maatschappelijke verantwoordelijkheid.

07 Toevoegen § 4 lid 16

De Opdrachtnemer dient terstond, zonder enig voorbehoud, alle verlangde medewerking te verlenen aan onderzoeken naar de oorzaak en mogelijke gevolgen van Onregelmatigheden en/of Afwijkingen of aan onderzoeken voortvloeiende uit de wet of regelgeving dan wel indien de overeenkomst daartoe de bevoegdheid verleent. Door de Opdrachtnemer gemaakte kosten blijven voor rekening van de Opdrachtnemer, tenzij van hem meer wordt verlangd dan redelijkerwijs van hem kan worden gevergd.

Toelichting

ProRail is gehouden om afwijkingen en onregelmatigheden zoveel als mogelijk te beperken. Onderzoek naar de oorzaak en evaluatie draagt hier aan bij. Daarnaast heeft ProRail op grond van wet- en regelgeving in sommige gevallen de plicht onderzoeken uit te voeren dan wel hieraan mee te werken. Voor zover hiervoor de medewerking noodzakelijk is van de opdrachtnemer, wordt de verplichting daartoe in deze bepaling geregeld.

10 Toevoegen § 4 lid 20

De Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor de tijdige levering van de in § 3 lid 5 bedoelde goederen, tenzij de Opdrachtnemer aantoonbaar het redelijkerwijs nodige heeft gedaan om nakoming en/of schadevergoeding te verkrijgen.

Toelichting

De opdrachtnemer is primair verantwoordelijk voor de tijdige levering van voorgeschreven bouwstoffen. Bij voorgeschreven bouwstoffen is het mogelijk dat de opdrachtnemer niet de meest optimale leveringscondities kan bedingen. Het risico dat daardoor ontstaat hoort bij ProRail te liggen, nu zij ervoor gekozen heeft de betreffende bouwstof voor te schrijven. Derhalve is de opdrachtnemer volgens deze bepaling niet verantwoordelijk als hij al het redelijkerwijs nodige heeft gedaan om nakoming en/of schadevergoeding te verkrijgen en als desondanks levering niet tijdig plaatsvindt.

13 Toevoegen § 4a

§ 4a Bepalingen die voortvloeien uit de Wet arbeid vreemdelingen.

4a-1 Onder verwijzing naar paragraaf 11 UAV-GC 2005 wordt de Opdrachtnemer geacht bekend te zijn met hetgeen in de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) bepaald is omtrent het verbod om vreemdelingen in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning, alsmede met de overige verplichtingen die uit de Wav voortvloeien.

4a-2 De Opdrachtnemer leeft de bepalingen van de Wav na. De Opdrachtnemer zorgt er tevens voor dat zijn zelfstandige hulpverleners op de bepalingen van de Wav gewezen worden en dat zij deze bepalingen naleven. De aan de naleving verbonden gevolgen en kosten zijn voor rekening van de Opdrachtnemer.

- 4a-3 Mede namens de Opdrachtgever houdt de Opdrachtnemer een administratie bij van alle op het werkterrein aanwezige vreemdelingen. Deze administratie voldoet aan artikel 15 van de Wav. Deze administratie bevat afschriften van de identiteitsbewijzen en zo nodig tewerkstellingsvergunningen van alle op het werkterrein aanwezige vreemdelingen. De Documenten dienen, indien nodig, te worden geactualiseerd en dienen mede namens de Opdrachtgever door de Opdrachtnemer te worden bewaard. De identiteit van de vreemdelingen dient mede namens de Opdrachtgever door de Opdrachtnemer te worden gecontroleerd. Dat deze controle heeft plaatsgevonden dient te blijken uit de administratie.
- 4a-4 Ten behoeve van de administratie kan door de Opdrachtnemer gebruik worden gemaakt van elektronische middelen.
- 4a-5 De Opdrachtnemer verleent de Opdrachtgever, dan wel door de Opdrachtgever aan te wijzen personen, op eerste verzoek toegang tot de bij de Opdrachtnemer aanwezige administratie.
- 4a-6 De Opdrachtnemer toont de Opdrachtgever aan dat hij de bepalingen van de Wav naleeft. Tijdens de uitvoering van de Werkzaamheden zal de Opdrachtgever toetsen op het aantoonbaar naleven door de Opdrachtnemer van de Wav alsmede op het aantoonbaar naleven van de verplichtingen, die de Opdrachtnemer namens de Opdrachtgever nakomt.
- 4a-7 Bij elk overleg waarin de voortgangsrapportage als bedoeld in het procesdeel van de Vraagspecificatie (hoofdstuk "Interacteren met ProRail") wordt besproken zorgt de Opdrachtnemer ervoor dat 'de tewerkstelling van vreemdelingen' wordt geagendeerd.
- 4a-8 Bij welke overtreding dan ook van de Wav, geconstateerd door de Inspectie SZW (voorheen Arbeidsinspectie) of enig ander orgaan, komen boetes, die daaruit voor de Opdrachtgever voortvloeien, voor rekening van de Opdrachtnemer en vrijwaart de Opdrachtnemer de Opdrachtgever ter zake. De Opdrachtgever zal deze boetes aan de Opdrachtnemer doorbelasten en de Opdrachtnemer zal deze op eerste verzoek aan de Opdrachtgever vergoeden dan wel zal de Opdrachtgever deze boetes verrekenen met de eerstvolgende (termijn)betaling(en) door de Opdrachtgever aan de Opdrachtnemer te doen, zonder dat daartoe een ingebrekestelling nodig is.

Toelichting

Deze regeling beoogt te waarborgen dat de opdrachtnemer de bepalingen van de Wav naleeft, waartoe een administratief proces wordt ingericht, en dat eventuele boetes niet ten laste van ProRail komen; anders dan de opdrachtnemer kan de opdrachtgever geen invloed uitoefenen op de feitelijke naleving van de Wav (zoals controle van de identiteit van op het werkterrein aanwezige vreemdelingen).

14 Toevoegen § 4b

§ 4b Bepalingen die voortvloeien uit de Wet aanpak schijnconstructies.

4b-1 Informatieplicht.

- (a) Onder verwijzing naar paragraaf 11 UAV-GC 2005 wordt de Opdrachtnemer geacht bekend te zijn met hetgeen in de Wet aanpak schijnconstructies (Was) bepaald is omtrent het voorkomen van onderbetaling van werknemers in de keten.
- (b) Bij de realisatie van het Werk voldoet de Opdrachtnemer aan de bepalingen van de geldende wet- en regelgeving op het gebied van loontarieven en –betaling, daaronder begrepen de van toepassing zijnde (algemeen verbindend verklaarde) cao's en, voor Werkzaamheden waarop een erkenningsregeling (documentnummer ACD00018) van toepassing is, artikel 10.3 en 10.4 van die erkenningsregeling.
- (c) De Opdrachtnemer legt alle arbeidsvoorwaardelijke afspraken met betrekking tot voldoening van verschuldigd loon ten behoeve van personen betrokken bij de realisatie van het Werk op een inzichtelijke en toegankelijke wijze vast (loonadministratie).
- (d) De Opdrachtnemer verschaft desgevraagd aan bevoegde instanties toegang tot deze loonadministratie.
- (e) De Opdrachtnemer verschaft desgevraagd aan de Opdrachtgever onvoorwaardelijke toegang tot deze loonadministratie indien de Opdrachtgever dit noodzakelijk acht in verband met het voorkomen van en/of de behandeling van een loonvordering aangaande verrichte arbeid ten behoeve de realisatie van het Werk.

4b-2 Toetsen, controles, inwinnen van informatie.

- (a) De Opdrachtnemer verleent desgevraagd onvoorwaardelijke medewerking aan alle onderzoeken (waaronder controles, toetsen, audits en loonvalidaties) die bevoegde instanties en/of de Opdrachtgever dienstig achten om voldoening van verschuldigd loon ten behoeve van personen betrokken bij de realisatie van het Werk te verifiëren. De Opdrachtnemer verschaft hiertoe desgevraagd onvoorwaardelijke toegang tot de bewaarplaats van de informatie.
- (b) Indien de Opdrachtnemer onderdelen van de Werkzaamheden door zelfstandige hulppersonen laat verrichten, informeert de Opdrachtnemer bij vakorganisaties en bij bevoegde instanties of deze beschikken over informatie aangaande geconstateerde onderbetaling van werknemers van deze zelfstandige hulppersonen. De Opdrachtnemer legt de aldus ingewonnen informatie vast als onderdeel van de in lid 1 genoemde loonadministratie. De Opdrachtnemer licht de Opdrachtgever in over deze informatie, bijvoorbeeld door middel van de periodieke voortgangsrapportage als bedoeld in de Vraagspecificatie.

- (c) De Opdrachtnemer brengt een kopie van de Bouw ID-pas administratie ter kennis van de Opdrachtgever.
 - (d) De Opdrachtnemer verschaft aan vakorganisaties toegang tot alle locaties waar de Werkzaamheden worden verricht, indien deze zich op de hoogte willen stellen van de voldoening van verschuldigd loon ten behoeve van personen betrokken bij de realisatie van het Werk.
- 4b-3 Doorgeefverplichting ('kettingbeding').
- (a) De Opdrachtnemer is verplicht om alle bovenstaande verplichtingen onverkort op te leggen aan zijn zelfstandige hulppersonen en is verplicht om hierbij tevens te bedingen dat deze partijen deze verplichtingen vervolgens onverkort opnemen in contracten die zij aangaan ten behoeve van de realisatie van het Werk.
 - (b) De Opdrachtnemer bedingt voorts dat al deze partijen hun loonadministraties voegen bij de door de Opdrachtnemer vastgelegde loonadministratie conform het door de Opdrachtnemer gehanteerde format, zodat er voor het Werk een centrale loonadministratie is.
- 4b-4 Verhaalsrecht van toegewezen loonvorderingen.
- (a) Indien de Opdrachtgever op grond van artikel 616b Boek 7 Burgerlijk Wetboek aansprakelijk is voor niet of niet volledig betaald loon gevorderd door een of meer personen betrokken bij de realisatie van het Werk, komen de uit hoofde van die aansprakelijkheid door de Opdrachtgever te betalen vergoedingen voor rekening van de Opdrachtnemer. Voor rekening van de Opdrachtnemer zijn ook alle overige kosten die de Opdrachtgever uit dien hoofde heeft moeten maken, daaronder begrepen (buiten)gerechtelijke kosten.
 - (b) De bedragen die de Opdrachtnemer op grond van het bepaalde sub a verschuldigd is, worden bij de eerstvolgende betalingstermijn en zo nodig bij volgende termijnen ingehouden of op andere wijze op de Opdrachtnemer verhaald.
- 4b-5 Procedure voor omgang met signalen over onderbetaling.
- (a) Indien de Opdrachtgever signalen ontvangt over onderbetaling bij de realisatie van het Werk, zal hij de Opdrachtnemer hierop aanspreken.
 - (b) De Opdrachtgever spant zich in om de ontvangen signalen over onderbetaling te laten valideren. Afhankelijk van de situatie kan de Opdrachtgever hiertoe vakorganisaties en/of bevoegde instanties om medewerking verzoeken.
 - (c) De Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor het treffen van passende maatregelen die leiden tot afhandeling van de gesignaleerde onderbetaling. Hiertoe behoren onder meer het medewerking verlenen aan het valideren van de signalen en de inzet van vakorganisaties en/of bevoegde instanties.
 - (d) De Opdrachtgever en de Opdrachtnemer bespreken op initiatief van de Opdrachtnemer de voldoening van verschuldigd loon bij de realisatie van het Werk in algemene zin conform de periodieke overlegstructuur die in de Overeenkomst is bepaald. Indien de Opdrachtnemer doende is met de afhandeling van gesignaleerde onderbetaling, verhoogt hij deze frequentie naar bevind van zaken.

Toelichting

Deze bepalingen zijn ingegeven door de mogelijkheid die de Wet aanpak schijnconstructies (Was) de opdrachtgever biedt om zich te beroepen op niet-verwijtbaarheid. Vanuit haar maatschappelijke verantwoordelijkheid en ook ter voorkoming van ketenaansprakelijkheid hanteert ProRail de lijn om bij misstanden de opdrachtnemer aan te spreken. De in de wet geformuleerde handvatten zijn daartoe omgezet in contractbepalingen. Met deze aanpak wordt invloed uitgeoefend op de voldoening van verschuldigd loon. Daarbij kan gedacht worden aan bepalingen die ertoe strekken dat de opdrachtnemer de geldende arbeidsvoorwaarden (waaronder de van toepassing zijnde cao) naleeft en die de opdrachtnemer verplicht om mee te werken aan controles, audits en loonvalidatie. Bovendien kan ProRail door het opnemen van de nodige contractbepalingen invulling geven aan adequate opdrachtverlening waardoor zij zich ter afwering van de aansprakelijkheid voor loonbetaling kan beroepen op niet-verwijtbaarheid. Daarnaast ligt het voor de hand dat een vrijwaringsbepaling in de contracten is opgenomen, op grond waarvan door ProRail aan een werknemer van de opdrachtnemer (of diens onderopdrachtnemer) betaald achterstallig loon op de opdrachtnemer verhaald kan worden.

§ 7 Planning

01 In aanvulling op het bepaalde in § 7 lid 1 geldt het volgende:

De Opdrachtnemer is aansprakelijk voor schade die ontstaat door overschrijding van de in dit lid genoemde mijlpaaldata, tenzij de Opdrachtnemer bewijst dat de overschrijding niet is te wijten aan de schuld van de Opdrachtnemer, diens gemachtigden of hulppersonen en dat zij evenmin krachtens de wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn

rekening komt. De Opdrachtnemer is in verzuim enkel ten gevolge van het verschijnen van de mijlpaaldatum, zonder dat deswege een ingebrekestelling is vereist. De afwijkingen van § 4, leden 9 en 11a, zijn van overeenkomstige toepassing. Voor zover in de Basisovereenkomst een boetebedrag is opgenomen voor het geval een mijlpaaldatum wordt overschreden, wordt de als gevolg daarvan geleden schade vergoed door toepassing van dat boetebeding. Een en ander laat onverlet het bepaalde in artikel 6:94 BW.

Toelichting

Onder de UAV-GC is de vestiging van aansprakelijkheid voor schade door toerekenbare overschrijding van mijlpaaldata niet expliciet geregeld. Niet is met zoveel woorden bepaald dat de opdrachtnemer aansprakelijk is voor de gevolgen van een aan hem toerekenbare overschrijding van de tussen partijen overeengekomen mijlpalen. De vestiging van aansprakelijkheid in het geval van overschrijding van mijlpaaldata wordt in deze bepaling expliciet gemaakt. Overigens volgt dit ook uit het Burgerlijk Wetboek zodat deze aanvulling op de UAV-GC niet als een verstoring van de verantwoordelijkheidsverdeling kan worden aangemerkt.

§ 14 Wijzigingen opgedragen door de Opdrachtgever

01 In aanvulling op het bepaalde in § 14 lid 16 geldt het volgende:

Indien dat met het oog op de tijdige totstandkoming van en/of de veiligheid op het Werk klaarblijkelijk vereist is, kan de Opdrachtgever de Opdrachtnemer in afwijking van het bepaalde in de laatste zin van § 14 lid 16 verplichten tot het uitvoeren van een Wijziging, hoewel over de prijs van de Wijziging en over de consequenties van de Wijziging voor de planning nog geen overeenstemming tussen partijen is bereikt. Indien de Opdrachtgever van deze bevoegdheid gebruik maakt, zijn partijen gehouden om het overleg over de prijs van de Wijziging en over de consequenties van de Wijziging voor de planning met voortvarendheid en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid te voeren.

Toelichting

Paragraaf 14 lid 16 UAV-GC bepaalt met zoveel woorden dat de opdrachtnemer niet verplicht is een door de opdrachtgever opgedragen wijziging uit te voeren indien niet voordien - via de band van de in paragraaf 45 UAV-GC opgenomen procedure - overeenstemming werd bereikt over de financiële gevolgen en de consequenties voor de planning. Deze bepaling doet recht aan het vereiste van voorafgaande wilsovereenstemming tussen partijen indien de wijziging de aanpassing van een deel van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen inhoudt.

Het werken in een infrastructurele omgeving maakt dat in sommige gevallen wijzigingen moeten worden uitgevoerd om de tijdige totstandkoming van het werk en/of de veiligheid op het werk niet in gevaar te brengen, voordat de in paragraaf 45 UAV-GC opgenomen procedure door partijen volledig is doorlopen. Het projectbelang en de veiligheid wegen dan - voor beide partijen - zwaarder dan het - eveneens voor beide partijen geldende - belang bij financiële zekerheid. In deze bepaling wordt geregeld dat ProRail de opdrachtnemer in die gevallen kan verplichten de wijziging reeds uit te voeren.

§ 18 Reclame

01 In afwijking van het bepaalde in § 18 geldt het volgende:

Bouwborden, inclusief die op het werkterrein, worden opgesteld door of vanwege de Opdrachtgever. Hierop zal ook de naam en het logo van de Opdrachtnemer worden opgenomen. Het is de Opdrachtnemer niet toegestaan bouwborden bij te plaatsen. Op het bouwbord wordt alleen de naam van de Opdrachtnemer vermeld en niet die van de zelfstandige hulppersonen. In het geval van een combinatie wordt op het bouwbord alleen de naam van de combinatie vermeld.

Toelichting

Werken van ProRail vinden doorgaans in voor het publiek toegankelijk gebied plaats, nabij spoorwegen of stations. Om een wildgroei aan reclame uitingen in dit gebied te voorkomen, is de omvang van de te plaatsen bouwborden gelimiteerd.

§ 20 Toetsing van Ontwerpwerkzaamheden; § 21 Toetsing van Uitvoeringswerkzaamheden en Onderhoudswerkzaamheden

01 In aanvulling op het bepaalde in § 20 en § 21 geldt het volgende:

De Opdrachtgever zal tijdens de Realisatiefase steekproefsgewijs de Werkzaamheden toetsen. Deze toetsen vinden plaats op een drietal niveaus:

o Systeemtoetsen: Hierbij wordt een audit uitgevoerd op de doeltreffende werking van het kwaliteitssysteem van de Opdrachtnemer inclusief de kwaliteitsdocumenten.

o Procestoetsen: Hierbij wordt getoetst of Opdrachtnemer het Werk uitvoert conform de bepalingen opgenomen in de Overeenkomst.

o Producttoetsen: Hierbij wordt getoetst of objecten gerealiseerd worden of zijn conform de daaraan gestelde eisen.

De Opdrachtnemer dient te allen tijde de Opdrachtgever in staat te stellen toetsen uit te voeren.

Toelichting

ProRail maakt gebruik van haar toetsingsbevoegdheid en hanteert daarbij de verschillende niveaus zoals beschreven in deze bepaling. De bepaling is deels een uitbreiding op het bepaalde in paragraaf 20 en 21 UAV-GC omdat het ook de bevoegdheid schept om geleverde producten te toetsen. Het steekproefsgewijs toetsen van producten dient ter verificatie van de systeem- en procestoetsen en is noodzakelijk om te valideren of de kwaliteitssystemen van de opdrachtnemer goed functioneren. Dat de opdrachtgever daartoe in staat wordt gesteld, behoeft geen verstoring van de werkzaamheden te betekenen, vooropgesteld dat de opdrachtnemer zijn werkproces hier voldoende op inricht.

§ 24 Keuring, aanvaarding en oplevering van het Werk

01 In aanvulling op het bepaalde in § 24 lid 1 geldt het volgende:

Het verzoek van de Opdrachtnemer gaat vergezeld van alle volgens de Vraagspecificatie vereiste bescheiden, waaronder, voor zover van toepassing, ongeclausuleerde verklaringen van Notified Bodies en Independent Safety Assessors, alsmede, indien op het Werk een VGV van toepassing is, een ongeclausuleerde goedkeuringsverklaring van de TIS. Een verzoek dat niet aan de daaraan gestelde eisen voldoet wordt gemotiveerd verworpen en als niet gedaan beschouwd.

02 In afwijking van het bepaalde in § 24 lid 2 geldt het volgende:

De termijn van 10 dagen wordt vervangen door een termijn van 15 dagen.

Toelichting

Om een verzoek tot aanvaarding te kunnen beoordelen, dient ProRail te beschikken over de in de vraagspecificatie gevraagde bescheiden, zoals bijvoorbeeld keuringsresultaten, maar ook ongeclausuleerde verklaringen van onafhankelijke keuringsinstanties. Deze resultaten zijn onmisbaar bij de beoordeling of het werk voldoet aan de gestelde eisen. Om deze reden is expliciet gemaakt dat deze gegevens bij het verzoek tot aanvaarding moeten worden bijgesloten.

Vanuit het oogpunt van veiligheid is het vaak nodig om een keuring uit te voeren tijdens een treinvrije periode. Deze zijn slechts beperkt beschikbaar, waardoor een termijn van 10 dagen vaak niet haalbaar is. De termijn is daarom uitgebreid naar 15 dagen. In voorkomend geval kan de keuring uiteraard eerder of later plaatsvinden. De termijn van 15 dagen is immers een streeftermijn.

§ 26 Vervroegde ingebruikneming van het Werk door de Opdrachtgever

01 In aanvulling op het bepaalde in § 26 geldt het volgende:

De Opdrachtnemer ontvangt uitsluitend een kostenvergoeding indien door de ingebruikneming meer van hem wordt verlangd, dan redelijkerwijs van hem kan worden gevergd. Indien de vervroegde ingebruikneming na afloop van een buitendienststelling en/of een spanningloosstelling plaatsvindt ten behoeve van de voortgang van de spoorwegexploitatie, ontvangt de Opdrachtnemer geen kostenvergoeding.

Toelichting

Vanuit veiligheidstechnisch oogpunt dienen werkzaamheden aan het spoor veelal plaats te vinden tijdens treinvrije perioden. Zodra de trein weer gaat rijden, wordt het werk overeenkomstig paragraaf 26 UAV-GC vervroegd in gebruik genomen. Daar waar paragraaf 26 uitgaat van incidentele

vervroegde ingebruikname, is vervroegd ingebruiknemen inherent aan werken in een spoorse omgeving, omdat onderhoud en nieuwbouw de treinenloop zo min mogelijk dienen aan te tasten. Nu sprake is van een normaal bedrijfsproces zijn de gevolgen van een vervroegde ingebruikname na een buitendienststelling en/of spanningloosstelling in de aanbiedingsfase goed bepaalbaar. Om deze reden is ervoor gekozen deze kosten niet separaat te vergoeden.

§ 27 Onderhoudstermijn

01 (...)

02 In aanvulling op het bepaalde in § 27 lid 3 geldt het volgende:

Op herstel van schade en gebreken met een spoedeisend karakter in verband met de voortgang van de spoorwegexploitatie is van toepassing de afwijking van § 41 lid 7. Indien de Opdrachtnemer aannemelijk maakt dat het gebrek mogelijk samenhangt met het gebruik dat van het Werk is gemaakt, is hij gerechtigd om aan de Opdrachtgever te verzoeken om gegevens omtrent het gebruik aan hem over te leggen.

03 (...)

Toelichting

Voor een toelichting bij de eerste zin van deze bepaling wordt verwezen naar de toelichting bij de afwijking van paragraaf 41 lid 7 UAV-GC in het Gele Boekje. Om de opdrachtnemer niet in een lastige bewijspositie te brengen doordat het werk al in gebruik genomen is, is bepaald dat de opdrachtnemer ProRail kan verzoeken om gegevens omtrent het gebruik aan hem te overleggen.

§ 28 Aansprakelijkheid voor gebreken na de feitelijke datum van oplevering

01 In aanvulling op het bepaalde in § 28 lid 1 geldt het volgende:

Het bepaalde in § 28 lid 1 sub a, b en c is niet van toepassing voor zover de Opdrachtgever een schadevergoeding ontvangt uit hoofde van een VGV.

02 (...)

03 Toevoegen § 28 lid 5

Op herstel van schade en gebreken met een spoedeisend karakter in verband met de voortgang van de spoorwegexploitatie is van toepassing de afwijking van § 41 lid 7. Indien de Opdrachtnemer aannemelijk maakt dat het gebrek mogelijk samenhangt met het gebruik dat van het Werk is gemaakt, is hij gerechtigd om aan de Opdrachtgever te verzoeken om gegevens omtrent het gebruik aan hem over te leggen.

Toelichting

Voor een toelichting bij de aanvulling op het bepaalde in paragraaf 28 lid 1 UAV-GC wordt verwezen naar de toelichting bij lid 1 van artikel 13 van de model basisovereenkomst van ProRail.

Voor een toelichting bij de eerste zin van het aan paragraaf 28 toegevoegde lid 5 wordt verwezen naar de toelichting bij de afwijking van paragraaf 41 lid 7 UAV-GC in het Gele Boekje. Om de opdrachtnemer niet in een lastige bewijspositie te brengen doordat het werk al in gebruik genomen is, is bepaald dat de opdrachtnemer ProRail kan verzoeken om gegevens omtrent het gebruik aan hem te overleggen.

§ 33 Betaling

01 (...)

02 (...)

03 In afwijking van het bepaalde in § 33 lid 7 geldt het volgende:

Betaling van facturen die voldoen aan de in lid 6 en aan de in de aanvulling daarop genoemde eisen, vindt plaats binnen 30 dagen na ontvangst daarvan op het in lid 6 bedoelde adres.

Toelichting

ProRail hanteert één vaste betalingstermijn voor al haar opdrachten. Administratief is het bezwaarlijk om meerdere betalingstermijnen te hanteren, afhankelijk van de van toepassing zijnde voorwaarden. Derhalve is de termijn van vier weken, 28 dagen, met twee dagen verlengd tot 30 dagen.

§ 38 Zekerheidstelling

01 In afwijking van het bepaalde in § 38 geldt het volgende:

De Opdrachtnemer doet uitdrukkelijk afstand van enig opschortings- dan wel retentierecht, tenzij tussen partijen respectievelijk op grond van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de Raad van Arbitrage voor de Bouw dan wel het Nederlands Arbitrage Instituut terzake een voorafgaand bodemgeschil is vastgesteld dat de Opdrachtnemer een opeisbare vordering op de Opdrachtgever heeft, en dat de Opdrachtgever deze vordering ten onrechte onbetaald laat.

Toelichting

Deze bepaling beoogt ProRail te beschermen tegen opdrachtnemers die betaling van (betwiste) facturen willen afdwingen door hun eigen verplichtingen op te schorten of zelfs het retentierecht in te roepen. ProRail meent dat zij vanuit haar wettelijke taak alles in het werk moet stellen om een verstoring van het treinverkeer of althans een later dan geplande ingebruikneming van spoorinfrastructuur, waartoe de uitoefening van een opschortings- of retentierecht al snel zal leiden, te voorkomen. ProRail is van mening dat het belang dat gebruikers van het spoor hebben bij een ongehinderde treinexploitatie zwaarder dient te wegen dan het belang dat opdrachtnemers kunnen hebben bij het afdwingen van betaling middels een opschortings- of retentierecht. Opdrachtnemers hebben andere middelen om betaling van hun (betwiste) vordering bij ProRail af te dwingen en waarbij gebruikers van het spoor niet worden getroffen.

§ 40 Intellectuele eigendomsrechten

01 In afwijking van het bepaalde in § 40 leden 1 tot en met 3 en lid 8 geldt het volgende:

Door ondertekening van de Basisovereenkomst verleent de Opdrachtnemer aan de Opdrachtgever ten aanzien van de in het kader van de Overeenkomst aan de Opdrachtgever ter beschikking gestelde informatie, daaronder begrepen de informatie die is vervat in de Aanbieding en de Documenten, een niet-exclusief en overdraagbaar gebruiksrecht. Het gebruiksrecht omvat in ieder geval het recht om de Ontwerpdocumenten openbaar te maken, te wijzigen en het resultaat van een dergelijke wijziging te verwezenlijken.

Toelichting

Het spoorwegnet bestaat uit een groot aantal verschillende componenten, waaronder honderden tunnels, bruggen, perrons en emplacementen. Op al deze componenten kunnen auteursrechten rusten. Nu het spoorwegnet voortdurend onderhevig is aan vernieuwing, is het ondoenlijk om voor alle componenten steeds te verifiëren of er wellicht een maker is in de zin van de Auteurswet. ProRail kiest er daarom voor het auteursrecht te laten bij de rechthebbende, maar wel een niet-exclusief en overdraagbaar gebruiksrecht te bedingen. Dit biedt ProRail de mogelijkheid om componenten vrijelijk te wijzigen en informatie aan haar opdrachtnemers ter beschikking te stellen. Overigens ligt ook aan deze bepaling (mede) een verplichting van ProRail ten grondslag, namelijk artikel 43 Beheerconcessie.

§ 41 Schade aan het werk

01 In afwijking van het bepaalde in § 41 lid 7 geldt het volgende:

(a) (...)

(b) De Opdrachtgever is gerechtigd schade en gebreken die de voortgang van de spoorwegexploitatie in gevaar brengen direct te (doen) herstellen, zonder dat daartoe de Opdrachtnemer vooraf door hem in gebreke behoeft te worden gesteld. De herstelkosten hiervan zijn voor rekening van de Opdrachtnemer, tenzij de Opdrachtnemer aantoont dat de schade en gebreken hem niet kunnen worden toegerekend.

Toelichting

ProRail is wettelijk verplicht om in geval van storing van het treinverkeer of bij andere onregelmatigheden op of aan de spoorweg, die een veilig en ongestoord verkeer daarop in gevaar brengen of kunnen brengen, te zorgen voor zo spoedig mogelijk herstel van de veilige en ongestoorde treinenloop. ProRail heeft hiervoor een calamiteitenorganisatie ingericht, die direct in actie kan komen. Indien de opdrachtnemer dit moet organiseren, zal dit in de regel meer tijd vergen en kan ProRail niet aan haar wettelijke verplichting voldoen. Overigens voorziet ook paragraaf 41 lid

7 UAV-GC in de mogelijkheid dat de opdrachtgever het herstel door een derde laat verrichten en de daaraan verbonden kosten verhaalt op de opdrachtnemer, namelijk "indien redelijkerwijs van de Opdrachtgever niet kan worden verlangd dat hij het herstel door de Opdrachtnemer laat verrichten".

§ 44 Kostenvergoeding en/of termijnsverlenging

01 In afwijking van het bepaalde in de tweede zin van § 44 lid 5 geldt het volgende:

De aanspraak op kostenvergoeding wordt gecalculeerd tegen de daartoe in de Detailbegroting vastgelegde prijzen, eenheden en normen, verhoogd met het opgenomen opslagpercentage voor algemene kosten, winst en risico en verminderd met eventuele (eenmalige) kortingen. Voor zover dergelijke prijzen, eenheden en normen ontbreken, vindt de calculatie plaats tegen uit de Aanbieding te abstraheren kosten en tarieven verhoogd met het opgenomen opslagpercentage voor algemene kosten, winst en risico en verminderd met eventuele (eenmalige) kortingen. Indien de Aanbieding geen aanknopingspunt biedt, wordt de aanspraak gecalculeerd tegen daadwerkelijke laagst mogelijke reële kosten, verhoogd met een

opslagpercentage voor algemene kosten, winst en risico met een maximum van 13%.

§ 45 Procedure afwikkeling gevolgen Wijzigingen door de Opdrachtgever

01 In gedeeltelijke afwijking van het bepaalde in § 45 lid 2 geldt het volgende:

Wijzigingen worden gecalculeerd tegen de daartoe in de Detailbegroting vastgelegde prijzen, eenheden en normen, verhoogd met het opgenomen opslagpercentage voor algemene kosten, winst en risico en verminderd met eventuele (eenmalige) kortingen. Voor zover dergelijke prijzen, eenheden en normen ontbreken, vindt de calculatie plaats tegen uit de Aanbieding te abstraheren kosten en tarieven, verhoogd met het opgenomen opslagpercentage voor algemene kosten, winst en risico en verminderd met eventuele (eenmalige) kortingen. Indien de Aanbieding geen aanknopingspunt biedt, wordt de aanspraak gecalculeerd tegen daadwerkelijke laagst mogelijke reële kosten, verhoogd met een opslagpercentage voor algemene kosten, winst en risico met een maximum van 13%.

Toelichting

ProRail vindt het niet meer dan redelijk dat prijsbestanddelen uit de aanbidding tevens de grondslag zouden moeten vormen voor de prijsvorming in geval van vergoeding van extra kosten. Deze prijsbestanddelen zijn in concurrentie tot stand gekomen. Kortingen welke ook in concurrentie tot stand zijn gekomen, worden eveneens verrekend. Een korting is feitelijk een verlaging van opgenomen (bruto) prijzen.

Het is mogelijk dat opdrachtnemers onder druk van de concurrentie zodanig laag op het werk hebben ingeschreven dat zij onder de kostprijs moeten werken. Voor ProRail zijn inschrijvingen onder de kostprijs ongewenst. ProRail tracht te komen tot minimaal kostendekkende inschrijvingen, maar dient de commerciële vrijheid van de opdrachtnemer te respecteren. Dat de opdrachtnemer de commerciële vrijheid heeft om - tot op zekere hoogte - onder de kostprijs in te schrijven, betekent ook dat hij het risico aanvaardt dat een kostenvergoeding wordt vastgesteld op basis van niet kostendekkende prijsbestanddelen. Nu op voorhand duidelijk is dat prijzen uit de aanbidding ook worden gebruikt voor het bepalen van een kostenvergoeding, kan de opdrachtnemer hiermee rekening houden bij het opstellen van de aanbidding. Voor zover de aanbidding geen aanknopingspunten biedt voor de verrekening, zal de opdrachtnemer de extra kosten verrekenen tegen de daadwerkelijk laagst mogelijke reële kosten. Nu dit kan leiden tot andere werkzaamheden of andere risicoprofielen, mag de opdrachtnemer een opslag voor algemene kosten, winst en risico rekenen die afwijkt van het percentage uit de aanbidding. Dit percentage is gemaximeerd om te voorkomen dat met niet marktconforme percentages wordt gerekend.

§ 47 Beslechting van geschillen

01 In aanvulling op het bepaalde in § 47 lid 2 geldt het volgende:

Op straffe van niet-ontvankelijkheid dienen partijen elk voornemen, om een geschil aan arbitrage te onderwerpen, tijdig voordien schriftelijk bekend te maken aan de wederpartij. De Opdrachtnemer zal zich daartoe wenden tot ProRail, Manager Juridische Zaken. De Opdrachtgever zal zich wenden tot de afdeling juridische zaken van de Opdrachtnemer of, indien de Opdrachtnemer niet over een dergelijke afdeling beschikt, tot de directie van de Opdrachtnemer.

Voor zover zulks niet voortvloeit uit het toepasselijke arbitragereglement, komen partijen het volgende overeen:

- het scheidsgerecht zal bestaan uit drie arbiters, tenzij het geschil een financiële waarde heeft van minder dan 100.000,- EURO;
- het scheidsgerecht zal worden voorgezeten door een lid van de rechterlijke macht;
- de (feitelijke) plaats van arbitrage zal Utrecht zijn, tenzij uitdrukkelijk anders overeengekomen;

- het geding zal worden gevoerd in de Nederlandse taal;
- elk van partijen heeft de bevoegdheid om bezwaar te maken tegen de voorgestelde benoeming van maximaal drie arbiters, zonder dat dit bezwaar gemotiveerd dient te worden.

02 (...)

Toelichting

Voordat de opdrachtnemer dan wel ProRail een arbitrageprocedure start, is het van belang dat hierover op bedrijfsniveau afstemming plaatsvindt tussen de juridische afdelingen van beide partijen. Hierdoor kan efficiënter worden geprocedeerd. Ook scheidt het bij de andere partij de mogelijkheid te anticiperen op een arbitrageverzoek.

ProRail heeft in deze bepaling tevens de minimale eisen ten aanzien van de te volgen arbitrageprocedure opgenomen. ProRail kiest voor een oneven aantal arbiters, waarbij gezien de proceskosten bij geschillen met een waarde van minder dan EUR 100.000 één arbiter volstaat.