



# VU Research Portal

## Beter gebruik maken van juridische ruimte bij aanbesteden en contracteren in de bouw

Jansen, C.E.C.

2018

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Jansen, C. E. C. (2018). *Beter gebruik maken van juridische ruimte bij aanbesteden en contracteren in de bouw*. Paper presented at Dialoogbijeenkomst Marktvisie: wetenschap ontmoet praktijk, Zoetermeer, .

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## **Beter gebruik maken van juridische ruimte bij aanbesteden en contracteren in de bouw**

*Voordracht uitgesproken op 19 juni 2018 te Zoetermeer tijdens de 'Dialogbijeenkomst Marktvisie: wetenschap ontmoet praktijk – het juridisch kader biedt handelingsruimte', georganiseerd door Rijkswaterstaat.*

### **1. Inleiding**

Wanneer twee partijen op basis van een contract een bouw- of infrastructureel project met elkaar realiseren, wat is dan de 'stip op de horizon' die zij voor ogen zullen hebben? Waar iedere contractpartij naar zal streven, is de optimale verwezenlijking van haar eigen doelstellingen. Partijen zullen in de regel bovendien beseffen dat wanneer zij er in slagen samen de *gemeenschappelijke* projectdoelstellingen te realiseren, dat ten goede zal komen aan hun *individuele* doelstellingen. Die gemeenschappelijke doelstellingen worden dan meestal verwoord met een verwijzing naar het bekende ideaal van het project dat wordt opgeleverd binnen budget, planning, conform de overeengekomen kwaliteitsverwachtingen en zonder 'gedoe'.

De beelden die iedereen hierbij heeft, zullen grotendeels met elkaar overeenkomen. Maar hoe bereiken partijen die stip op de horizon? Door op weg daar naartoe de juiste keuzes te maken. Die keuzes hebben vooral betrekking op de procesgang die zij samen doorlopen. En in zoverre gaan de te maken keuzes ook over de vraag of en hoe partijen met elkaar zullen communiceren en samenwerken. Samenwerken is daarmee uiteindelijk een keuze van partijen zelf.

De Marktvisie legt een duidelijke relatie tussen de noodzaak tot verdere verdieping van die samenwerking enerzijds en het gegeven dat partijen nog te vaak te ver verwijderd blijven van de stip op de horizon anderzijds. Mijn analyse is – ik geef hier maar al vast een schot voor de boeg – dat dit komt doordat partijen niet altijd de juiste keuzes maken.

De tegenwerping die ik dan nog wel eens hoor, is dat het kader waarbinnen partijen keuzes moeten maken – en dan doel ik in het bijzonder op de *juridische* kaders – een te knellend keurslijf is. Die juridische kaders zouden als het ware verhinderen dat partijen goede keuzes kunnen maken die hen zo dicht mogelijk bij de stip brengen. Ik plaats vraagtekens bij die tegenwerping. Ik realiseer mij dat er altijd wel ergens een jurist te vinden is die overal een probleem van maakt, zodat uiteindelijk helemaal niets meer geoorloofd lijkt. Maar ik denk dat het toch echt mogelijk moet zijn om binnen de beschikbare juridische kaders verstandige keuzes te maken. De redenen waarom dit niet altijd gebeurt, liggen volgens mij helemaal niet op het juridische maar op een ander vlak. Die redenen hebben, denk ik, veel meer met houding en gedrag te maken. Of dat inderdaad zo is en waar dan precies de blokkades zitten en hoe we die eventueel zouden kunnen opheffen: dáároveň zou wat mij betreft het debat moeten gaan.

Aan dat debat wil ik graag bijdragen door te laten zien waarom de dingen soms gaan zoals ze gaan en dat het wellicht ook anders kan, wanneer er maar bereidheid bestaat om op het juiste moment op de juiste wijze aan de juiste knoppen te draaien. Maar daarvoor is dan wel durf nodig: durf om eventueel andere keuzes te maken. En die boodschap gaat uiteindelijk alle in de bouw betrokken actoren aan.

Anders dan de titel wellicht doet vermoeden, gaat mijn bijdrage van vandaag dus niet – of beter gezegd: nauwelijks – over de vraag wat er eventueel aan de juridische kaders zou moeten veranderen om te zorgen dat actoren in de bouw op projectniveau tot betere samenwerking in staat worden gesteld. De veronderstelling waar ik in deze bijdrage vanuit ga, is dat het geldende juridische kader al in belangrijke mate ruimte biedt om tot de gewenste verbetering van die samenwerking te komen, maar dat die ruimte wellicht beter zou kunnen worden benut.

## **2. Hoe het vaak gaat**

Elk bouw- of infrastructureel project is uiteindelijk uniek. Die uniciteit zit hem niet zozeer in de vraagspecificatie van de opdrachtgever en ook niet in de oplossing van die vraagspecificatie, maar in de risicovolle interactie tussen de vraagspecificatie en de oplossing daarvan, gegeven de projectspecifieke omgevingsfactoren waarbinnen die interactie zal moeten plaatsvinden. Wat de risico's in het concrete geval exact inhouden, of en hoe zij zich zullen verwezenlijken en wat de impact daarvan zal zijn in termen van tijd en geld, dat weten partijen vaak pas met 100% zekerheid te zeggen zodra het project is voltooid.

Partijen zouden natuurlijk het liefst over die 100% zekerheid willen beschikken op het moment dat zij een contract met elkaar sluiten. Dat zou immers betekenen dat zij vanaf de start van de realisatiefase en gedurende het verdere verloop daarvan alle risico's in beeld hebben, dat zij die risico's hebben kunnen verdisconteren in de gemaakte contractafspraken, dat er zich geen verrassingen kunnen voordoen, dat de wederzijdse verwachtingen van partijen synchroon blijven lopen, kortom: dat werkelijk alles blijkt te kloppen. In die ideale context zal een contractpartij ook overigens bereid zijn haar wederpartij gedurende de realisatiefase voortdurend proactief van informatie te voorzien, zodat die wederpartij op voldoende geïnformeerde basis rationele vervolgbeslissingen in het proces zal kunnen blijven nemen. En mocht er dan onverhoopt toch nog iets mis gaan, mogelijk zelfs leidend tot een (begin van een) geschil, dan zullen partijen in de gegeven context in staat zijn een en ander snel en adequaat af te handelen.

Het is geen geheim wat er in werkelijkheid vaak gebeurt. Na contractsluiting blijken de zaken toch wat anders uit te pakken dan vooraf door partijen werd ingeschat, soms vallen ze ronduit tegen. Het project wordt geconfronteerd met meerkosten en met vertraging en de vraag is wie daarvoor moet opdraaien. Geen van partijen wenst vervolgens een veer te laten en beide partijen gaan in de gemaakte contractafspraken op zoek naar mogelijkheden om de hete aardappel op het bord van de ander te schuiven. Er ontstaat dus 'gedoe', met in het ergste geval een geschil over de beantwoording van de vraag op wiens bord (de gevolgen van) het probleem behoort te liggen. In de afhandeling van dit soort kwesties wordt vervolgens veel tijd, geld en vooral (negatieve) energie gestoken. Ook dat draagt vervolgens weer bij aan een toename van meerkosten en vertraging, nog afgezien van het feit dat het een zware hypotheek legt op de verdere afronding van het project.

Het eind van het verhaal is dan dat de realisatie van het project niet 100 blijkt te kosten – waar partijen bij het aangaan van het contract vanuit waren gegaan – maar 120, waarbij ik verder in het midden laat wie uiteindelijk voor die 20 aan meerkosten moet opdraaien. Beide partijen zullen in de regel bovendien een vervelende nasmaak aan het project overhouden. Bovendien bestaat de kans dat als gevolg van de gehele gang van zaken eventueel wederzijdse wantrouwen voor de toekomst wordt bevestigd en versterkt.

### **3. Waarom het vaak gaat zoals het gaat**

Waarom gebeurt dit allemaal? Wat we allereerst onder ogen moeten zien, is dat partijen in de bouw in de regel met elkaar contracteren op een moment waarop zij nog niet met 100% zekerheid kunnen zeggen hoe de vraagspecificatie en de oplossing daarvan met elkaar zullen interacteren, gegeven de projectspecifieke risicovolle omgevingsfactoren waarbinnen die interactie zal moeten plaatsvinden. Dát partijen op die basis met elkaar contracteren, is inherent aan de realisatie van projecten in de bouw: er zal hoe dan ook altijd in meer of mindere mate sprake zijn van informatiegebreken. Dat behoeft op zichzelf nog niet problematisch te zijn: het gaat er uiteindelijk immers om dat partijen dat erkennen en daar vervolgens op een goede manier meer omgaan. Ik kom daar zo dadelijk nog op terug.

Het tweede dat van belang is, is dat dit fenomeen van contracteren op basis van informatiegebreken sinds de jaren negentig van de vorige eeuw in toenemende mate relevant is geworden. Dat heeft alles te maken met de transitie van traditionele naar geïntegreerde bouworganisatievormen. Kenmerkend voor die transitie is dat de opdrachtgever de oplossing van zijn vraag steeds minder vaak tot op bestekniveau uitwerkt. In plaats daarvan specificiert hij zijn vraagbehoefte slechts door middel van functionele eisen en laat hij de oplossing van die eisen vervolgens over aan de opdrachtnemer. In het verlengde hiervan geldt bovendien het volgende. Bij de traditionele bouworganisatievorm zal de opdrachtgever met behulp van adviseurs eerst in alle rust onderzoeken en vaststellen hoe vraag en oplossing zich verhouden tot de projectspecifieke risicovolle omgevingsfactoren, waarna opdrachtgever en opdrachtnemer op basis van de resultaten daarvan – het bestek – tot een weliswaar niet 100% zekere maar in ieder geval voldoende geïnformeerde contracteringsbeslissing komen. Bij geïntegreerde bouworganisatievormen ligt dat anders. Daar lost de opdrachtnemer de eisen van de vraagspecificatie feitelijk voor een belangrijk deel pas op tijdens de realisatiefase, nádat partijen met elkaar hebben gecontracteerd. Omdat de opdrachtnemer zijn daaraan voorafgaande op een vaste prijs gebaseerde aanbod echter niet enkel op de functionele eisen van de opdrachtgever zal kunnen baseren, zal hij de eisoplossing al voorafgaande aan zijn aanbod moeten voorbereiden. De mate waarin hij dat kan doen en de context waarbinnen dat moet gebeuren, zijn echter van een totaal andere orde dan die waar de opdrachtgever in de traditionele bouworganisatievorm zelf mee te maken heeft. De realiteit van geïntegreerde bouworganisatievormen is dat de opdrachtnemer de oplossing van de functionele eisen onder concurrentiedruk moet voorbereiden in de hectische context van een gereguleerde aanbestedingsprocedure. Dat maakt het vergaren van informatie over de mogelijke interactie tussen de functionele eisen, de beoogde oplossing daarvan en de risicovolle omgevingsfactoren tot een lastige aangelegenheid. Het resultaat is dat de implicaties van de informatiegebreken op basis waarvan partijen vervolgens contracteren over het algemeen groter zullen zijn dan in het kader van de traditionele bouworganisatievorm. Opnieuw geldt dat dit op zichzelf nog niet problematisch hoeft te zijn, zo lang partijen het voorgaande maar erkennen en vervolgens goed weten om te gaan met die informatiegebreken en met de gevolgen daarvan.

Dat de dingen dikwijls gaan zoals zij gaan, vindt dus primair zijn oorsprong in het gegeven dat het nu eenmaal inherent is aan de realisatie van projecten in de bouw dat partijen met elkaar contracteren op basis van informatiegebreken. Maar dat kan natuurlijk maar een deel van de verklaring zijn. Het verklaart immers nog niet waarom partijen zich in de praktijk vervolgens irrationeel gaan gedragen wanneer zij worden geconfronteerd met (de gevolgen van) zo'n informatiegebrek. Want wat voor soort houding en gedrag zien we bijvoorbeeld vaak terug bij een contractpartij, wanneer zich tijdens de realisatiefase een dergelijk probleem aandient? Houding en gedrag waar iedereen zich wel iets bij zal kunnen voorstellen?

- 'Als het mijn probleem niet is, waarom zou ik mij er dan druk over maken? Als ik maar gewoon doe wat ik volgens het contract moet doen, dan kan ik aanspraak maken op wat mij contractueel toekomt.'
- 'Als het (eventueel) wel mijn probleem is, waarom zou ik mij er dan nu al druk over maken? Het komt vast nog wel goed.'
- 'Als het (eventueel) wel mijn probleem is, kan ik dan wellicht voordeel behalen door te doen alsof het niet mijn probleem is?'
- 'Als het (eventueel) wel mijn probleem is, en ik maak me er druk over, en ik zie bovendien niet hoe ik voordeel kan behalen, dan nog vind ik het moeilijk om het de ander te vertellen, hetzij uit angst, hetzij omdat ik me niet kwetsbaar durf op te stellen, hetzij omdat ik (nog) geen hulp durf te vragen, hetzij omdat ik het als een nederlaag ervaar wanneer ik iets moet toegeven.'

De ene partij informeert de andere niet of niet tijdig, zij stelt het maken van keuzes uit door zaken voor zich uit te schuiven en probeert haar eigen straatje schoon te houden. Niet zelden maken beide partijen zich gelijktijdig schuldig aan dergelijk gedrag. Soms wil niemand de olifant in de kamer zien, of partijen zien die wel maar willen geen van beiden iets zeggen laat staan ondernemen, hetzij omdat zij de illusie hebben dat de olifant zo meteen wel de kamer uit zal lopen, hetzij omdat partijen gewoon bang zijn voor de gevolgen wanneer zij het probleem ter sprake brengen.

Partijen laten zich dus niet zelden leiden door opportunisme, angst, etcetera. Nog afgezien van het feit dat dit zoals gezegd irrationeel is – in de bouw komen de dingen uiteindelijk immers toch wel uit! – heeft de wijze waarop partijen zich tijdens de realisatiefase gedragen en met elkaar omgaan weinig weg van 'samenwerking'. Samenwerking die zich kenmerkt door proactieve communicatie, waarbij partijen als het ware voortdurend bezig zijn schouder aan schouder op te trekken met het opsporen van mogelijke risico's die de realisatie van het project bedreigen en gezamenlijk in een coöperatieve sfeer die risico's of de gevolgen daarvan proberen te beheersen. Hoe komt dat?

#### **4. Bouwcontracten: bijstelling van het klassieke paradigma gewenst?**

Een belangrijke deel van de verklaring moet worden gezocht in de wijze waarop partijen bij het maken van hun contractafspraken omgaan met het feit dat zij contracteren op basis van informatiegebreken. Het is de vraag of de keuzes die zij in dat kader maken altijd wel zo verstandig zijn, zeker wanneer partijen die keuzes maken in de context van een geïntegreerde bouworganisatievorm. Zoals gezegd: de implicaties van informatiegebreken zullen dan over het algemeen groter zijn dan bij de traditionele bouworganisatievorm. In een geïntegreerde context zouden partijen zich bij het maken van contractuele afspraken mijns inziens dan ook niet meer onverkort moeten laten leiden door het klassieke paradigma waarop het bouwcontractenrecht is gebaseerd.

Binnen dat klassieke paradigma geldt als uitgangspunt dat taken, verantwoordelijkheden en risico's op individuele basis over contractpartijen worden *verdeeld*. Het contract regelt wie in het bouwproces wat moet doen, wie welk risico draagt en wat er vervolgens dient te gebeuren wanneer een partij niet heeft gedaan wat zij had moeten doen, of wanneer zich een risico verwezenlijkt dat volgens het contract op het bord van die partij ligt. Partijen leggen in hun onderlinge contract de projectspecifieke keuzes vast wat betreft die verdeling van taken, verantwoordelijkheden en risico's. En voor zover zij dat niet expliciet hebben gedaan, vullen de wet en de van toepassing zijnde standaardvoorwaarden – zoals de UAV 2012 en de UAVgc 2005 – die keuzes aan, uitgaande van het klassieke paradigma.

Hoe wordt vervolgens bewerkstelligd dat partijen tijdens de realisatiefase met elkaar gaan 'samenwerken' om (de gevolgen van) eventuele informatiegebreken zoveel mogelijk onder controle te houden? Samenwerking in de zin dat partijen elkaar continu proactief van informatie blijven voorzien, zodat zij ieder op een voldoende geïnformeerde basis in staat zijn datgene te doen wat zij volgens het contract zouden moeten doen als ook de daarmee gepaard gaande risico's te beheersen? Dát is iets waar het bouwcontractenrecht maar zeer beperkt in voorziet. Partijen dienen vooral terug te vallen op traditioneel gesanctioneerde wederzijdse onderzoek- en mededelingsplichten en zijn verder nog uitgerust met instrumenten waarmee zij elkaar juridisch kunnen aanspreken, hetzij wanneer de ander iets niet goed doet, hetzij wanneer zich anderszins een risico verwezenlijkt. De gedachte is dan, dat de aangesproken respectievelijk risicodragende partij als vanzelf heel erg haar best zal gaan doen om tot tevredenheid van de andere partij de individuele verantwoordelijkheden en risico's te dragen respectievelijk te beheersen.

Dat is een benadering die in beginsel goed past bij die bouworganisatievormen waarvoor geldt dat partijen de bij ieder van hen belegde individuele verantwoordelijkheden en risico's voldoende kunnen beheersen, omdat de achterliggende informatiegebreken en de gevolgen daarvan over het algemeen redelijk overzichtelijk en beperkt zijn. Maar wanneer de implicaties van die informatiegebreken ten tijde van de contractsluiting eigenlijk niet goed meer zijn te overzien, laat staan dat zij door één van partijen voldoende zouden kunnen worden beheerst, dan kunnen de daarmee verband houdende contractafspraken die op het klassieke paradigma zijn gebaseerd problematisch uitpakken. Immers, wanneer zich vervolgens een informatiegebrek voordoet, zullen de gevolgen daarvan hoe dan ook door de ene dan wel de andere partij gedragen moeten worden. Wanneer die gevolgen verstrekkend zijn, hebben beide partijen er alle belang bij om te proberen het probleem van het eigen bord weg te schuiven. De contractuele afspraken die zij hebben gemaakt faciliteren dat laatste niet alleen: die afspraken bieden partijen ook overigens nauwelijks mogelijkheden om er op een andere manier uit te komen. Partijen kunnen eventueel nog wat aan symptoombestrijding doen, door bijvoorbeeld andere afspraken te maken over hoe zij zullen omgaan met tijdige signalering van geschillen en over de afhandeling daarvan via alternatieve methoden van geschilbeslechting. Maar dat lost het principiële probleem niet op.

Het principiële probleem blijft immers dat partijen zich in de 'lock-in' situatie van een inmiddels tot stand gekomen contract bevinden dat onverkort is gebaseerd op het klassieke paradigma. Zeker in geval van complexe geïntegreerde bouworganisatievormen, waarbij wordt gecontracteerd op basis van substantiële informatiegebreken in de context van een gereguleerde aanbestedingsprocedure, is dát wat tijdens de realisatiefase belangrijke voeding geeft aan het ontstaan en in stand houden van een op tegenstellingen en zelfs wantrouwen gebaseerde partijverhouding.

En dat terwijl toch inmiddels breed wordt onderkend – de Marktvisie voorop! – dat beide partijen er juist voordeel bij zouden kunnen hebben wanneer zij tijdens de realisatiefase veel meer op elkaars verantwoordelijkheden en risico's betrokken zouden zijn en elkaar als het ware bijstand zouden verlenen als het gaat om het dragen van verantwoordelijkheden en het beheersen van risico's. Mijns inziens – en ik denk dat ik niet de enige ben die er zo over denkt – kan die gewenste situatie worden bereikt wanneer partijen bij het maken van hun contractuele afspraken niet meer onverkort uitgaan van het klassieke paradigma.

Wat zou er dan anders moeten? Het zou – kort gezegd – er op neer komen dat partijen er voor kiezen om van meet af aan bepaalde verantwoordelijkheden en risico's – niet alle! – *samen* te dragen. Wanneer partijen met elkaar contracteren in het besef dat zij hoe dan ook aan de lat zullen staan wanneer zich een informatiegebrek voordoet, ontstaat er voor hen immers een prikkel om tijdens de realisatiefase samen actief op zoek te gaan naar relevante informatie en die informatie met elkaar te delen ten einde (de gevolgen van) het risico zoveel mogelijk te beheersen en te minimaliseren. Daarmee komt samenwerking pas écht van de grond, zo is de gedachte. Met contracten die op dit bijgestelde paradigma zijn gebaseerd, zijn in de jaren negentig van de vorige eeuw positieve ervaringen opgedaan. Maar tot een echte doorbraak heeft dat destijds niet geleid. Ik denk dat het nuttig is om alsnog na te gaan of en hoe we deze andere benadering praktisch toepasbaar zouden kunnen maken wat betreft de opzet en inrichting van contracten: dáár zouden opdrachtgevers en opdrachtnemers de komende tijd hun energie in moeten steken.

De bestaande standaardcontracten zijn zoals gezegd eveneens op het klassieke paradigma gebaseerd. Op zich staan die standaardcontracten – ik denk in het bijzonder aan de UAVgc 2005 – er niet aan in de weg om daarin nadere projectspecifieke afspraken te maken die veel meer op het hiervoor bepleite bijgestelde paradigma zijn geënt. Ik zou dat laatste sterk willen aanbevelen, maar het zou nog mooier zijn wanneer die contracten in de toekomst zelf standaard zouden voorzien in een basisregeling met behulp waarvan partijen dergelijke projectspecifieke afspraken zouden kunnen maken.

## **5. Risicodeling: wat betekent dat voor de aanbestedingsprocedure?**

Vooraf wanneer sprake is van complexe geïntegreerde bouworganisatievormen, zouden opdrachtgevers en opdrachtnemers dus andere keuzes moeten gaan maken wat betreft de inhoud van de contracten die zij sluiten. Keuzes die – tot op zekere hoogte – uitgaan van *risicodeling*, waarbij dan de gedachte is dat daarmee een positieve impuls wordt gegeven aan de zo gewenste samenwerking tussen partijen tijdens de uitvoeringsfase. Wat we ons vervolgens echter moeten realiseren, is dat dit ook iets betekent voor de fase die aan de contractuitvoering voorafgaat: de aanbesteding van projecten. Die fase omvat zowel de formele *aanbestedingsprocedure* als de daaraan voorafgaande voorbereiding van die procedure, die ik vanaf nu zal aanduiden met het begrip *pre-tenderfase*.

In het bijgestelde paradigma is behoefte aan een aanbestedingsprocedure die de opdrachtgever en de potentiële opdrachtnemers in staat stelt maatwerkoplossingen te bedenken voor projectspecifieke afspraken over risicodeling. Dat vraagt echter om mogelijkheden tot constructief bilateraal overleg tijdens de aanbestedingsprocedure. Die mogelijkheden lijken onvoldoende voorhanden binnen de reguliere openbare en niet-openbare procedures, die in de praktijk ook overigens een belangrijke bron van geschillen blijken te zijn. De opdrachtgever zou daarom bij voorkeur moeten kiezen voor gebruikmaking van de mededingingsprocedure met onderhandeling of de concurrentiegerichtte dialoog. Deze procedures bieden de opdrachtgever de meeste ruimte voor bilate-

rale communicatie met de afzonderlijke inschrijvers, met het oog op het treffen van de hiervoor genoemde maatwerkoplossingen wat betreft risicodeling. Die bilaterale communicatie is in deze fase van het inkoopproces ook overigens een onontbeerlijk onderdeel van risicogestuurd kwaliteitsmanagement.

Over de juridische kaders waarbinnen de keuze voor de mededingingsprocedure met onderhandeling of de concurrentiegerichte dialoog kan worden gemaakt valt best het een en ander te zeggen, maar erg spannend is dat allemaal niet. Belemmeringen zijn hier veel geringer dan vaak wordt gedacht. Maar als dergelijke belemmeringen wél als zodanig worden ervaren, dan moet daar natuurlijk over worden gesproken opdat duidelijk kan worden gemaakt dat er voldoende ruimte is om van deze procedures gebruik te kunnen maken.

Ik merk terzijde nog op dat bij de opzet en inrichting van de aanbestedingsprocedure ook aandacht zou moeten zijn voor de selectie van sleutelpersonen van de beoogde opdrachtnemer met de juiste vaardigheden wat betreft communicatie, samenwerking, omgaan met conflicten, etcetera. Een en ander zal kunnen worden gekaderd in de opdrachteisen, de kwalitatieve geschiktheidseisen, de beoordelings- en gunningssystematiek, etcetera. De sleutelpersonen van de opdrachtgever zouden natuurlijk eveneens over de genoemde vaardigheden moeten beschikken en ook dat is dus een aandachtspunt.

Het ontwerpen en inrichten van een aanbestedingsprocedure die er uiteindelijk toe leidt dat de opdrachtgever met een van de inschrijvers een contract sluit dat een goede basis zal kunnen vormen voor een deels op risicodeling gebaseerde constructieve samenwerking tijdens de fase van de contractuitvoering, zoals hiervoor onder 4 bedoeld, is geen sinecure. De opdrachtgever moet zich realiseren dat hij zich met de potentiële inschrijvers in een 'lock in'-situatie bevindt zodra de aanbestedingsprocedure formeel is aangekondigd. Als vervolgens blijkt dat bij de opzet en inrichting van die procedure niet de goede keuzes zijn gemaakt, dan is er weinig ruimte om daar tijdens die procedure nog op terug te komen anders dan door opnieuw te beginnen. En dat leidt dan weer tot een ongewenste toename van de transactiekosten en tot vertragingen. De constatering dat binnen een eenmaal in gang gezette aanbestedingsprocedure onvoldoende mogelijkheden bestaan om minder wenselijke ontwikkelingen nog bij te sturen, leidt tot het inzicht dat de betrokken actoren eigenlijk een fase eerder terug in het inkoopproces zouden moeten om de aanbestedingsprocedure en in het verlengde daarvan de contractuitvoering goed voor te kunnen bereiden. En dat brengt mij bij de fase die aan de formele aanbestedingsprocedure voorafgaat: de pre-tenderfase.

## **6. Risicodeling: wat betekent dat voor de pre-tenderfase?**

In de fase die aan de formele aanbestedingsprocedure vooraf gaat, zou het uitgangspunt moeten zijn dat de opdrachtgever de markt verkent door middel van een passende marktconsultatie (comply or explain). Daarbij zou dan niet alleen de bouwopgave in enge zin (*wat* moet er worden gerealiseerd en *hoe* zou dat kunnen gebeuren?), maar de opzet en inrichting van het inkoopproces in ruime zin tot onderwerp van die marktconsultatie moeten worden gemaakt. Gelet op het onderwerp van deze bijdrage, doel ik dan in het bijzonder op het verkennen van mogelijke maatwerkoplossingen wat betreft de contractuele risicodeling zoals hiervoor besproken in paragraaf 4. Maar de marktconsultatie zou ook op andere daarmee verband houdende onderwerpen betrekking moeten hebben, zoals: de keuze van de toe te passen bouworganisatievorm; de opzet en inhoud van de vraagspecificatie; de opzet en inrichting van de aanbestedingsprocedure; de wijze waarop tijdens de contractuitvoeringsfase risicogestuurd kwaliteitsmanagement het



beste zal kunnen plaatsvinden; de systematiek ter voorkoming, beheersing en oplossing van geschillen tijdens de aanbestedingsprocedure en de contractuitvoeringsfase.

Het doel van de marktconsultatie tijdens de pre-tenderfase zou moeten zijn dat de opdrachtgever door middel van samenwerking met de marktpartijen probeert vast te stellen wat de meest optimale procesinrichting is om te komen tot een aanbestedingsprocedure en – in het verlengde daarvan – een contractuitvoeringsfase die partijen straks dichter bij de stip op de horizon brengt.

Aan de marktconsultatie zouden conceptdocumenten van de opdrachtgever ten grondslag kunnen liggen waarin al conceptkeuzes zijn gemaakt ten aanzien van de beoogde opzet en inrichting van de aanbestedingsprocedure en de contractuitvoeringsfase, met bijzondere aandacht voor de hiervoor genoemde onderwerpen. De opdrachtgever dient dan de uitkomsten van de marktconsultatie te vertalen naar een bijgestelde versie van die documenten. Dat proces van consulteren en bijstellen zou tijdens de pre-tenderfase zo nodig kunnen worden herhaald, totdat de documenten voldoende geschikt zijn om als basis te kunnen fungeren voor de formele aanbestedingsprocedure en de daarop volgende contractuitvoeringsfase.

Over de juridische kaders waarbinnen de marktconsultatie tijdens de pre-tenderfase zal moeten plaatsvinden valt best iets te zeggen, maar dat is opnieuw niet het spannendste deel. Ook hier geldt: juridische belemmeringen zijn er niet of nauwelijks. Als die belemmeringen echter wel worden ervaren, dan moet daar natuurlijk over worden gesproken opdat duidelijk wordt dat er voldoende ruimte bestaat om de pre-tenderfase langs de hiervoor geschetste lijnen op te zetten en in te richten.

## **7. Besluit**

De wijze waarop partijen zich gedragen tijdens de contractuitvoeringsfase, kan niet los worden gezien van inhoud van het contract en van de wijze waarop die contractinhoud is voorbereid en tot stand is gekomen.

Wanneer we willen bereiken dat partijen in de contractuitvoeringsfase écht met elkaar gaan samenwerken, moet worden ingezet op contracten waarin partijen met elkaar afspreken dat zij van meet af aan samen bepaalde risico's zullen delen. Het gaat dan om risico's waarvoor geldt dat beide partijen invloed kunnen uitoefenen op het ontstaan en/of de beperking van de gevolgen van de verwezenlijking daarvan. In de wetenschap dat zij hoe dan ook beiden aan de lat staan wanneer dergelijke risico's zich verwezenlijken, ontstaat er voor beide partijen een prikkel om actief op zoek te gaan naar relevante informatie en die informatie met elkaar te delen ten einde de (gevolgen van de) risico's zoveel mogelijk te beheersen en te minimaliseren. Dat lijkt een betere manier van stimuleren van onderzoek en informatie-uitwisseling dan klassieke juridische informatie- en mededelingsplichten vaak doen.

Dergelijke op een nieuwe leest geschoeide contracten komen er niet vanzelf. Voor individuele opdrachtgevers geldt dat zij projectspecifiek zullen moeten investeren in de voorbereiding en totstandkoming daarvan. Zij moeten dat echter niet alleen doen. Een opdrachtgever die graag wil inzetten op verdieping van de samenwerking tijdens de contractuitvoeringsfase, kan immers niet serieus worden genomen wanneer hij de beoogde samenwerkingspartner niet voorafgaande aan de totstandkoming van het contract laat meepraten over de kaders waarbinnen de contractuele samenwerking het beste kan worden gegoten. Opdrachtgevers moeten zich in dat kader door de markt laten helpen terwijl marktpartijen op hun beurt opdrachtgevers zouden moeten helpen zich

zelf te laten helpen. Partijen moeten dat doen door in de pre-tenderfase informatie te genereren die hen in staat stelt om in de volgende fasen van het inkoopproces zodanige keuzes te maken dat de samenwerking tijdens de contractuitvoeringsfase echt wordt verdiept en tot gewenste resultaten leidt. De ten aanzien van contractuele risicodeling te maken keuzes vullen in dit kader een sleutelrol.

Toegegeven, met de hiervoor gesuggereerde investeringen zijn kosten gemoeid. Maar in de huidige situatie is dat ook al het geval. Zoals ik hiervoor aangaf, spreken de opdrachtgever en de winnende inschrijver in de huidige situatie immers af dat het project voor 100 zal worden gerealiseerd, terwijl het project in werkelijkheid 120 blijkt te kosten. Die overschrijding met 20 is leergeld dat nu al moet worden betaald in een negatieve 'lock in'-situatie waarin partijen vaak geen kant meer uit kunnen. Is het dan niet veel verstandiger dat geld maar positief te investeren in de 'voorkant' van het proces, in het bijzonder tijdens de pre-tenderfase, waar een zee aan vrijheid bestaat om in onderling goed overleg verstandige dingen te bedenken voor een goed verloop van het vervolgproces? In het slechtste scenario kost het totale inkoopproces dan nog steeds 120, maar iedereen zal een veel beter gevoel over het proces en het resultaat hebben. Bovendien zal het verschil tussen de kosten zoals gepercipieerd ten tijde van contractsluiting en de kosten die uiteindelijk daadwerkelijk zijn gemaakt, waarschijnlijk veel kleiner zijn dan in de huidige situatie vaak het geval is.

Dan tot slot nog dit. Ik hoop met deze bijdrage ook duidelijk te hebben gemaakt dat we ons op dit moment op een kruispunt bevinden. Stil blijven staan is geen reële optie: dan blijft het maar gaan zoals het gaat en dat is geen wenkend perspectief. Teruglopen is evenmin een optie, tenzij men liever weer wil gaan werken conform de traditionele bouworganisatievorm en daarmee de voordelen van geïntegreerde bouworganisatievormen wenst prijs te geven. Volgens mij hebben we geen andere keuze dan door te lopen en het kruispunt over te steken.

Chris Jansen

*Hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, gasthoogleraar (TPR-wisselleerstoel) bij het Centrum voor Overheid en Recht (CORe) aan de Universiteit Hasselt en voorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE)*

\*\*\*