

VU Research Portal

Over 'twee-fasen-proces', 'bouwteam met UAV-GC' en alliantie: mogelijke oplossingen voor een verbeterde beheersing van het informatierisico bij de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde projecten

Jansen, c.e.c.

published in

Tijdschrift voor Bouwrecht

2021

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. (2021). Over 'twee-fasen-proces', 'bouwteam met UAV-GC' en alliantie: mogelijke oplossingen voor een verbeterde beheersing van het informatierisico bij de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde projecten. *Tijdschrift voor Bouwrecht*, 2021(8), 692-710. [2021/94].

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

Over 'twee-fasen-proces', 'bouwteam met UAV-GC' en 'alliantie': mogelijke oplossingen voor een verbeterde beheersing van het informatierisico bij de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde projecten

– Prof. mr. C.E.C. Jansen¹

1. Inleiding

1.1 Aanleiding: nieuwe ontwikkelingen in een al langer bestaande kwestie

Dit artikel bevat de belangrijkste bevindingen van een verkennend onderzoek. Het volledige resultaat daarvan is terug te vinden in het boekje: *Herbezinning op de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde bouwprojecten*², dat gelijktijdig met de publicatie van dit themanummer is verschenen. Conceptversies van die meer uitgebreide publicatie heb ik dit voorjaar gedeeld en besproken met Rob Bleeker, Evelien Bruggeman, Andrea Chao, Georg Huith en Arent van Wassenauer. Zij hebben mede op basis daarvan hun bijdragen geschreven die elders in dit themanummer zijn opgenomen.

De aanleiding voor het onderzoek is een al langer bestaande kwestie: de problematische totstandkoming van geïntegreerde contracten door middel van competitieve aanbestedingsprocedures en de

doorwerking daarvan in de uitvoering van die contracten. De afgelopen jaren zijn diverse publicaties over deze kwestie verschenen en verschillende ontwikkelingen in gang gezet die met deze kwestie in verband kunnen worden gebracht. Te denken valt - in chronologische volgorde - aan de publicatie van de Marktvisie³, de herziening van de UAV-GC 2005⁴, de introductie van het zogenoemde 'twee-fasen-proces' door Rijkswaterstaat⁵, de reactie daarop van Monika Chao-Duivis in haar Delftse afscheidsrede⁶, de uitrol van de Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020 door Duurzaam Gebouwd (2020)⁷ en de recente publicatie van de Model Bouwteamovereenkomst 2021 door Bouwend Nederland.⁸ In de kern zijn deze publicaties en ontwikkelingen in meer of mindere mate allemaal te beschouwen als aanzetten tot verbetering van de geïntegreerde bouworganisatie- en contractvorm. Dat maakt

³ Zie <<https://www.marktvisie.nu/>>.

⁴ Zie voor een overzicht van het herzieningsproces en de laatste stand van zaken ten tijde van het ter perse gaan van dit artikel: <<https://www.crow.nl/thema-s/contracteren/uav-gc/start-tweede-fase-actualisering-uav-gc-2005>>.

⁵ Rijkswaterstaat, Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, *Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector*, mei 2019, p. 36-38.

⁶ M.A.B. Chao-Duivis, *De zaak van de smeltende dinosaurus. Overpeinzingen bij 22 jaar werken in de wereld van het bouwrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019.

⁷ <<https://www.duurzaamgebouwd.nl/376-download-model-bouwteam-overeenkomst>>.

⁸ <<https://www.bouwendnederland.nl/media/10351/2021-05-01-kbnl-model-bouwteamcontract-2021.pdf>>.

¹ Chris Jansen is hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Centre for Public Contract Law & Governance (CPC) aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij is tevens raadsheer-plaatsvervanger in de gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag.

² C.E.C. Jansen, *Herbezinning op de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde bouwprojecten: verkenning van bestaande en nieuwe inrichtingen van het bouwproces met het oog op een verbeterde beheersing van het informatierisico*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2021.

nieuwsgierig naar de oplossingen die daarin besloten liggen.

1.2 Vraagstelling en doelstelling

Het onderzoek gaat in het licht van de hiervoor genoemde ontwikkelingen in op de volgende vragen. In de eerste plaats: wat is nu precies het probleem dat we al jarenlang proberen op te lossen (paragraaf 2)? Gegeven dat het mogelijk is het probleem voldoende inzichtelijk te maken, wat zijn dan vervolgens de uitgangspunten waaraan een oplossing van dat probleem zou moeten voldoen (paragraaf 3)? Welke oplossingen liggen inmiddels ter tafel en hoe 'scoren' zij op de hiervoor bedoelde uitgangspunten (paragraaf 4)? Gegeven de antwoorden op deze vragen zou het mogelijk moeten zijn een overzicht te geven van hetgeen we inmiddels weten en wat eventueel nader onderzocht zou moeten worden (paragraaf 5). De andere auteurs pakken die handschoen in hun bijdragen aan dit themanummer vervolgens op.

De beantwoording van de hierboven gestelde vragen heeft vooral tot doel een bijdrage te leveren aan de verdere (interdisciplinaire) gedachtewisseling over de wisselwerking tussen een doelmatige inrichting van het geïntegreerde bouwproces enerzijds en de inhoud van de juridisch-administratieve kaders waarmee wordt beoogd op die doelmatigheid te sturen anderzijds. Mijn bijdrage daaraan blijft vooralsnog beperkt. Zij bestaat in essentie uit een verkenning en verdieping van het op te lossen probleem, een eerste inventarisatie van uitgangspunten waaraan eventuele oplossingen zouden moeten voldoen en een voorlopige, vergelijkende beschrijving van verschillende procesinrichtingen waarmee in dergelijke oplossingen kan worden voorzien. Ik heb voor deze beperkte insteek gekozen omdat ik de indruk heb dat de ontwikkelingen, waarvan ik in de vorige paragraaf een aantal voorbeelden gaf, niet alleen onafhankelijk van elkaar plaatsvinden, maar dat een aantal daarvan zich bovendien al in de fase bevindt van feitelijke en juridische operationalisering van procesinrichtingen, zonder dat voldoende inzichtelijk lijkt welke problemen en uitgangspunten daaraan ten grondslag liggen. Mogelijk zie ik het voorgaande verkeerd, maar om tot een oplossing te komen van het probleem dat centraal staat lijkt mij een meer integrale en coherente benadering van de verschillende bestaande en nieuw ontwikkelde procesinrichtingen gewenst. En daarvoor is weer nodig dat alle deelnemers aan de gedachtewisseling hierover zich zoveel mogelijk baseren op dezelfde feitelijke, conceptuele, terminologische en normatieve uitgangspunten, zowel wat betreft de probleemstelling, de verschillende oplossingen als de randvoorwaarden waaraan deze zouden moeten voldoen. Het onderzoek beoogt in een dergelijke basis te voorzien.

2. Probleemanalyse

2.1 Systeemkenmerk: onzekerheid over feitelijke toestand van omgevingsfactoren

De aanleiding van het onderzoek betreft zoals gezegd de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde projecten die als problematisch wordt ervaren. De geïntegreerde bouworganisatievorm en de daarop gebaseerde inrichting van het bouwproces heeft zich vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw kunnen ontwikkelen naast de al veel langer bestaande traditionele vorm. Om het op te lossen probleem goed te kunnen doorgronden, zijn in het onderzoek de belangrijkste kenmerken van beide bouworganisatievormen en hun procesinrichtingen - in het bijzonder wat betreft de aanbestedings-, ontwerp- en bouwfase - alsook de problemen die zich bij de toepassing van deze vormen kunnen voordoen, globaal in kaart gebracht en met elkaar vergeleken.⁹

Uit deze inventarisatie en vergelijking blijkt dat de contracteringsbeslissing van de opdrachtgever en de (al dan niet ontwerpende) aannemer *altijd* in meer of mindere gebaseerd zal zijn op aannames met betrekking tot de feitelijke toestand waarin de projectspecifieke omgevingsfactoren zich naar verwachting zullen bevinden. Hier valt bijvoorbeeld te denken aan de geotechnische bodemgesteldheid, de feitelijke toestand van gebouwen en infrastructuurle werken die zich in de directe nabijheid van het beoogde project bevinden, de publiekrechtelijke toestand van de bouwlocatie en (de overige) belangen van derden die mogelijk als gevolg van de realisatie van het bouwproject zullen worden getroffen. Er bestaat *nooit* 100% zekerheid dat aannames, die vooraf ten aanzien van de feitelijke toestand van deze omgevingsfactoren zijn gedaan, na de totstandkoming van het contract volledig en juist zullen blijken te zijn, zelfs niet wanneer op het moment van die totstandkoming het ontwerpproces al volledig is afgerond zoals dat het geval is bij de traditionele bouworganisatievorm. Dat betekent dat op het moment van contracteren *altijd* een bepaalde mate van onzekerheid zal bestaan - ongeacht de bouworganisatievorm waarvoor is gekozen¹⁰ - en dat zich na dat moment *altijd* het risico zal kunnen verwezenlijken dat de hiervoor bedoelde aannames onvolledig en of onjuist blijken te zijn. Kort en goed: er is sprake van een systeemkenmerk, dat inherent is aan de realisatie van bouwprojecten.¹¹

⁹ Zie daarvoor Jansen 2021, a.w. par. 1.3, 2.2 en 2.3.

¹⁰ Die onzekerheid zal bij de geïntegreerde bouworganisatievorm uiteraard groter zijn dan bij de traditionele, afhankelijk van het niveau waarop bij toepassing van de geïntegreerde vorm de eisen van het ontwerp zullen zijn uitgewerkt - functioneel programma van eisen, voorlopig ontwerp of definitief ontwerp - op het moment van contracteren, zie: Jansen, a.w. 2021, par. 2.3.2.

¹¹ Jansen 2021, a.w. par. 1.4, 2.1 en 2.4.1.

2.2 Rode draad: informatierisico

Het hiervoor geschetste risico is in het onderzoek haangeduid met de term 'informatierisico'.¹² In het vervolg van het onderzoek is er vervolgens voor gekozen om de focus op dit specifieke risico te leggen. Die keuze behoeft toelichting¹³, omdat ook andere vormen van informatiegerelateerde risico's een mogelijke verklaring kunnen geven voor de problematische aanbesteding en realisatie van geïntegreerde bouwprojecten. Bij dergelijke projecten kunnen zich immers ook andere feiten en omstandigheden voordoen - geabstraheerd van de context van de afstemming van het project op onbekende omgevingsfactoren - die een negatieve impact op het bouwproces kunnen hebben. Verschillende van die feitencomplexen zullen op de een of andere manier zijn terug te voeren op de uitwisseling van informatie tussen de betrokken actoren. Te denken valt aan een opdrachtgever die een vraagspecificatie aan een (ontwerpde) aannemer verstrekt met onvoldoende duidelijke eisen, of die in het verloop van de ontwerp- of bouwfase een andere interpretatie aan die eisen geeft dan de aannemer verwachtte. Of het spiegelbeeldige geval, waarbij de opdrachtgever tijdens de ontwerp- of bouwfase verrast wordt door een door de (ontwerpde) aannemer gekozen oplossing van de vraagspecificatie en waarbij een verschil van inzicht zou kunnen ontstaan over de vraag of de gekozen oplossing wel aan de eisen daarvan voldoet, uitmondend in een verschil van inzicht - en daarmee is de cirkel weer rond - over de vraag of die eisen wel voldoende duidelijk zijn en wat zij precies inhouden.

De hiervoor genoemde risico's zijn mijns inziens van een andere orde dan het informatierisico dat ik op het oog heb. Anders dan de andere risico's, is het informatierisico als systeemkenmerk inherent aan de realisatie van bouwprojecten: de feitelijke toestand van de omgevingsfactoren is in de regel immers niet alleen geheel of ten dele onbekend, maar laat zich bovendien nooit met 100% zekerheid kennen. Anders dan het informatierisico, lijken de andere risico's niet specifiek voor de realisatie van bouwprojecten: die risico's hebben een generiek karakter. Het zijn bovendien risico's die geen verband houden met onbekendheden die zich nooit met 100% zekerheid laten kennen, zodat ook het risicobeheersingsvraagstuk van een andere en mogelijk eenvoudiger orde lijkt.

Het onderscheid dat ik hier maak tussen het informatierisico en andere risico's vind ik ook terug

in de Delftse afscheidsrede van Chao-Duivis.¹⁴ Wat zij bovendien op basis van een uitgebreide literatuuranalyse laat zien, is dat de afgelopen decennia sprake is geweest van een voortdurende (her)bezinning op de geïntegreerde bouworganisatie- en contractvorm en dat het lastige vraagstuk van de beheersing van het informatierisico als het ware de rode draad daarin lijkt te zijn.¹⁵ Nadien verschenen literatuur, waaronder tal van bijdragen aan haar afscheidsbundel¹⁶, bevestigt dit.¹⁷ Ook Chao-Duivis zelf geeft aan wat in haar ogen 'het grootste pijnpunt bij geïntegreerde contracten' is: 'de relatie van de af te geven prijs voor het werk en de onbekende risico's'.¹⁸ De sector heeft in 2016 eveneens op het belang van deze kwestie gewezen in de Marktvisie.¹⁹ Daar komt nog bij dat een aantal van de in de inleiding genoemde ontwikkelingen juist mede lijkt te zijn ingezet met het oog op een verbeterde beheersing van (de gevolgen van) het informatierisico. De introductie van het twee-fasen-proces is daar het meest duidelijke voorbeeld van.²⁰

Wat ik met het voorgaande duidelijk wil maken, is dat het informatierisico mijns inziens de kern vormt van de kwestie met betrekking tot de problematische aanbesteding en realisatie van geïntegreerde projecten. Daarmee zeg ik natuurlijk niet dat andere risico's die een negatieve impact op het bouwproces kunnen hebben, niet of minder belangrijk zijn. En wat ook overigens niet valt uit te sluiten, is dat een aantal van de recente ontwikkelingen inzichten kan opleveren die kunnen bijdragen aan het voorkomen en beheersen van (de gevolgen van) andere problemen die niet direct verband houden met het informatierisico.²¹

2.3 Naar een doelmatige en rechtmatige beheersing van het informatierisico

De bij een bouwproces betrokken actoren zullen het informatierisico als een gegeven moeten beschouwen nu dit als systeemkenmerk inherent is aan het realiseren van een bouwproject. Dat betekent dat de actoren het bouwproces zodanig zullen moeten inrichten dat zij de (gevolgen van) verwezenlijking van het informatierisico zoveel moge-

¹⁴ Chao-Duivis 2019, p. 17 e.v. en p. 31 e.v.

¹⁵ Zie Chao-Duivis 2019, p. 17-24 en de aldaar besproken literatuur. Zie voor een bronnenoverzicht ook Jansen 2021, a.w. par. 1.4.

¹⁶ A.G. Bregman, E.M. Bruggeman, A.M.B. Chao & N. van Wijk-van Gilst (red.), *Eindafrekening met pepernoten. Voor een onbetaalbare bijdrage aan het bouwrecht and beyond* (Liber Amicorum voor M.A.B. Chao-Duivis), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019.

¹⁷ Zie ook hier voor een bronnenoverzicht Jansen 2021, a.w. par. 1.4.

¹⁸ Zie Chao-Duivis 2019, p. 55: 'Het pijnpunt dat maar niet weg ging'.

¹⁹ Zie de bij de Marktvisie behorende Leidende Principes, p. 6.

²⁰ Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 36. Ik denk dat het herzieningsproces van de UAV-GC 2005 ook een goed voorbeeld van zo'n ontwikkeling is. Hoe de verantwoordelijkheden van partijen in relatie tot het informatierisico moeten worden verdeeld, is een van de belangrijkste zo niet de belangrijkste kwestie in dat proces.

²¹ Zie hierover ook de bijdrage aan dit themanummer die ik met Bruggeman heb geschreven.

¹² Ontleend aan: C.E.C. Jansen, *Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructurele projecten* (Preadviezen Vereniging voor Bouwrecht nr. 29), Deventer: Wolters Kluwer 2001 (met medewerking van A.M.J. Vos), p. 139. Het risico als zodanig werd in de praktijk en in de literatuur uiteraard al eerder onderkend.

¹³ Jansen 2021, a.w. par. 1.4.

lijk weten te beheersen. Zo'n procesinrichting dient dan echter zowel doelmatig als rechtmatig te zijn. Hoe men tot een optimale balans komt tussen doelmatigheid en rechtmatigheid, *dat* is mijns inziens het probleem dat oplossing behoeft. In het onderzoek is uitgebreid ingegaan op de vraag wat die oplossing zo lastig maakt.²² In dat kader zijn twee kwesties gerezen.

In de eerste plaats blijkt uit eerder onderzoek²³ dat een opdrachtgever, behalve met de keuze van de bouworganisatievorm²⁴, vooral invloed op de beheersing van het informatierisico kan uitoefenen door de keuze van de toe te passen aanbestedingsprocedure en door het uitwisselen van informatie met de daaraan deelnemende inschrijvers. Dat is met name relevant wanneer de geïntegreerde vorm wordt toegepast. In dat geval zou de opdrachtgever moeten kunnen kiezen voor een flexibele (inrichting van de) aanbestedingsprocedure, met bijbehorende ruimte om (bilateraal) over alle aspecten van de beoogde opdracht te kunnen communiceren - waaronder de projectspecifieke risico's - en voor de mogelijkheid om op basis van de aldus verkregen voortschrijdende inzichten gedurende het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure te kunnen handelen naar bevind van zaken. Het hiervoor genoemde eerdere onderzoek laat zien dat het aanbestedingsrechtelijk kader de opdrachtgever mogelijk onvoldoende ruimte biedt voor een dergelijke doelmatige procesinrichting.²⁵ Die ruimte lijkt met de laatste herziening van de Europese aanbestedingsrichtlijnen niet noemenswaardig te zijn vergroot.²⁶

²² Jansen 2021, a.w. par. 2.4.2 en 2.4.3.

²³ Ik doel hier op het onderzoek dat is verricht door de Commissie Aanbesteden onder voorzitterschap van Michiel Scheltema (hierna: Commissie Scheltema), in opdracht van de Regieraad Bouw: Commissie Aanbesteden voor de Bouw, *Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten*, Gouda: Regieraad Bouw 2009. Zie ook het daaraan voorafgaande onderzoek: Regieraad Bouw, *Sleutelpublicatie: Beter aanbesteden in de bouw. Regels bieden ruimte voor kwaliteit, efficiency en innovatie*, Gouda: Regieraad Bouw 2006. In mijn onderzoek heb ik niet alleen gebruik gemaakt van deze studies, maar ook van het in 2007 verschenen eindrapport Masterstudie PSIBouw, waarvoor het onderzoek destijds door het Instituut voor Bouwrecht is uitgevoerd in opdracht van PSIBouw. Zie: A.G. Bregman, M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen & A.Z.R. Koning, *Institutioneel Kader: de invloed van regels op de organisatie, het verloop en de resultaten van bouwprocessen* (PSIB V310: Masterstudie), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2007. Het eindrapport is te vinden op: https://www.ibr.nl/psib_v310/. De reden waarom ik een en ander hier zo expliciet verantwoord, is dat ik zelf nauw betrokken ben geweest bij zowel de opzet als de uitvoering van deze studies. Ik voeg daar tegelijkertijd aan toe dat ik in dat kader nauw heb samengewerkt met vele anderen, zowel collega-wetenschappers als experts vanuit de praktijk.

²⁴ Zie opnieuw Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 97.

²⁵ Sleutelpublicatie 2006, p. 47, 53-54, 58, 59 en 60-61. De Commissie Scheltema heeft die ruimte vervolgens uitgebreid in kaart gebracht in hoofdstuk 6 van de Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 201-243. Zie eerder uitgebreid hierover ook Jansen, 2001, p. 60-101.

²⁶ Vgl. ook Chao-Duivis 2019, p. 13: 'Wel is het zo, dat de beperkte contactmogelijkheden tussen de aanbestedende dienst en de inschrijvers juist bij geïntegreerde contracten meer bezwaren oproepen dan bij het traditionele model'.

Het voorgaande betekent dat het aanbestedingsrechtelijk kader de opdrachtgever beperkt in het nemen van doelmatige procesbeslissingen met het oog op de beheersing van het informatierisico, vooral wanneer hij kiest voor de toepassing van de geïntegreerde bouworganisatievorm. De opdrachtgever zal het informatierisico in dat geval dan ook moeten zien te beheersen door het nemen van alternatieve procesbeslissingen. Een aantal van de in inleiding van deze publicatie genoemde ontwikkelingen sluit bij die constatering aan. Zij zijn zoals ik eerder opmerkte te beschouwen als aanzetten tot verbetering van de geïntegreerde procesinrichting. Zoals ik hierna nog zal uitwerken, lopen ook zij echter in meer of mindere mate tegen aanbestedingsrechtelijke grenzen aan.

In de tweede plaats kan op het volgende worden gewezen. Ook wanneer we abstraheren van het aanbestedingsrechtelijk kader, zullen de opdrachtgever en de (ontwerpde) aannemer tijdens de aanbestedings-, ontwerp- en bouwfase beslissingen moeten nemen die mede bijdragen aan een beheersing van het informatierisico. Of zij er in slagen om in dat kader *doelmatige* beslissingen te nemen, zal echter mede afhangen van de beleidsvrijheid die de verdere inrichting van het proces hen daarvoor biedt. Deze opmerking ziet vooral op de juridisch-administratieve voorwaarden die de opdrachtgever voornemens is van toepassing te verklaren op de contracten die hij ten behoeve van de ontwerp- en bouwfase wil aangaan.

Met het voorgaande is niet gezegd dat wanneer die voorwaarden de betrokken actoren maar zo veel mogelijk beslissingsvrijheid bieden, zij die vrijheid per definitie zullen gebruiken voor het nemen van doelmatige beslissingen. Wat daarom nodig is, is dat de voorwaarden het nemen van dergelijke beslissingen voldoende faciliteren.²⁷

In het licht van het voorgaande kan de vraag worden gesteld of de gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden in de bouw het doelmatig beheersen van het informatierisico tijdens alle fasen van het bouwproces wel voldoende faciliteren. Ik werp die vraag op ten behoeve van de verdere gedachtewisseling - daarvoor is dit themanummer immers mede bedoeld²⁸ - niet om haar hier te beantwoorden. Wel maak ik in dit verband de volgende opmerkingen.

De gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden in de bouw zijn op een klassiek juridisch paradigma gebaseerd. De kern daarvan

²⁷ Vgl. ook Chao-Duivis 2019, p. 66, die over de opzet en formuleringen van de voorwaarden opmerkt: 'ook moet beoordeeld worden of zij geen onbedoeld gedrag oproepen, waardoor zij feitelijk niet 'best for project' zijn'.

²⁸ Zie par. 1.2.

is dat iedere actor in beginsel verantwoordelijk en mogelijk zelfs aansprakelijk is voor de gevolgen van beslissingen die hij op enig moment tijdens de aanbestedings-, ontwerp- of bouwfase neemt, behoudens het bestaan van een eventuele mogelijkheid tot correctief ingrijpen door een andere actor. De uitwerking van dit klassiek paradigma vinden we terug in bepalingen in het Burgerlijk Wetboek, de UAV 2012 en de UAV-GC 2005. Het is al langer onderwerp van debat of deze bepalingen de betrokken actoren wel voldoende prikkelen tot een gezamenlijke, proactieve beheersing van risico's, gedurende alle fasen van het bouwproces.²⁹ In dit verband richt de kritiek zich niet alleen op (het ontbreken van) regelingen met betrekking tot communicatie en informatie-uitwisseling; het gaat hier om de meeromvattende samenwerking gedurende alle fasen van het bouwproces die nodig is voor het behalen van het met dat proces beoogde projectdoelstellingen.³⁰ Die samenwerking omvat ook onderwerpen als kwaliteitsmanagement, contractbeheersing en geschiloplossing. Het is de vraag of de bestaande juridisch-administratieve voorwaarden wat dit alles betreft wel voldoende te bieden hebben. Het lijkt er meer op dat zij de actoren vooral ertoe bewegen om zich maar terug te trekken naar het eigen domein en van daaruit beschuldigend dan wel verwerend met de vinger naar een ander te wijzen, zodra het risico met haar gevolgen zich verwezenlijkt. Een bijkomend gevolg daarvan is dat de onderlinge verhoudingen verslechteren, mogelijk resulterend in een juridisch geschil, hetgeen de verdere voortgang en afwikkeling van de realisatie van het project niet ten goede komt.

In het onderzoek is geconcludeerd³¹ dat het op zichzelf mogelijk zou moeten zijn de uitgangspunten te schetsen waaraan de inrichting van zowel een traditioneel als een geïntegreerd bouwproces moet voldoen met het oog op een doelmatige beheersing van het informatierisico. De uitdaging ligt er vervolgens in om tot een goede afstemming van zo'n procesinrichting te komen met het aanbestedingsrechtelijke kader en tevens te voorzien in een juridisch-administratief kader dat het nemen van doelmatige procesbeslissingen tijdens alle fasen van het bouwproces faciliteert.

3. Uitgangspunten voor een optimale procesinrichting

3.1 Opmerking vooraf: uitgangspunten 'under construction'

De hiervoor genoemde uitdaging roept de vraag op hoe het bouwproces - in het bijzonder de

aanbestedings- ontwerp- en bouwfase - zou moeten worden ingericht met het oog op een doelmatige én rechtmatige beheersing van het informatierisico. In het onderzoek is geprobeerd een begin van een toetsingskader hiervoor aan te reiken.³² Voor de duidelijkheid: de uitgangspunten van dat kader zijn nog onvoldoende gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek. Zij komen voort uit een meerjarig proces van intuïtief observeren van en luisteren naar de praktijk.³³ Het gaat voornamelijk dus om premissen die mogelijk onvolledig en of onjuist zijn. Of dat inderdaad zo is en, zo ja, of en in hoeverre zij moeten worden aangevuld en of verbeterd, zijn vragen die door middel van vervolgonderzoek en debat zullen moeten worden beantwoord.³⁴

3.2 Uitgangspunt (1): (bouw)aannemer zoveel mogelijk betrekken bij ontwerpfase

Een eerste uitgangspunt waar de inrichting van een bouwproces aan zou moeten voldoen, is dat zij faciliteert dat de aannemer, aan wie de bouw van het project wordt opgedragen, zoveel mogelijk óók bij het ontwerp van dat project wordt betrokken. Het staat buiten kijf dat het tal van voordelen biedt wanneer de uitvoeringsdeskundigheid van de aannemer wordt ingezet bij het maken van ontwerpkeuzes. Dit kan bijvoorbeeld een positieve invloed hebben op de beheersing van het risico dat die keuzes worden afgestemd op een onvolledige of onjuiste perceptie van de feitelijke toestand van de projectspecifieke omgevingsfactoren.

3.3 Uitgangspunt (2): op samenwerking gericht, non-adversarieel gedrag

De inrichting van het bouwproces zou de opdrachtgever en de (al dan niet ontwerpde) aannemer in de tweede plaats zo veel mogelijk moeten prikkelen tot op samenwerking gericht gedrag, in alle fasen van het bouwproces, en ook overigens zo weinig mogelijk moeten bijdragen aan adversarieel gedrag. Toegespijst op het onderwerp van deze publicatie brengt dit uitgangspunt mee dat het gedrag van partijen zoveel mogelijk moet zijn gericht

³² Jansen 2021, a.w. hoofdstuk 3. Deze uitgangspunten zijn vervolgens als basis gebruikt door de andere auteurs die aan dit themanummer hebben bijgedragen.

³³ En daartoe behoren nadrukkelijk ook de in de inleiding genoemde ontwikkelingen.

³⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld ook de toetsingskaders in: M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen, 'De contractuele aansprakelijkheid van de ontwerpende bouwer - Gezichtspunten'; in: M.A.M.C. van den Berg & C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouwer 1996*, p. 97-103; Jansen 2001, p. 17-60 en p. 111 e.v.; M.A.B. Chao-Duivis, *Het bouwteam model. Een studie naar de juridische vormgeving en het functioneren in de praktijk*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 73-74 en p. 186; Chao-Duivis 2019, p. 53-54; E.M. Bruggeman en A.G.J. van Wassenaer, 'De basisprincipes van (goede) geïntegreerde contracten als toetsingskader voor de concept UAV-GC. Inleiding ten behoeve van de Expertmeeting van het Instituut voor Bouwrecht op 15 maart 2021 naar aanleiding van de tervisielegging van de consultatieversie UAV-GC 2020', *TBR* 2021/53, p. 373-381.

²⁹ Vgl. ook Chao-Duivis 2019, p. 25.

³⁰ Zie bijvoorbeeld de bij de Marktvisie behorende Leidende Principes, op p. 6.

³¹ Jansen 2021, a.w. par. 2.4.4.

op het gezamenlijk en proactief beheersen van (de gevolgen van) het informatierisico. Dit uitgangspunt brengt verder mee dat partijen - in het geval dat het informatierisico zich onverhoopt toch verwezenlijk - zich niet zouden moeten terugtrekken naar het eigen domein en alle verantwoordelijkheid voor de gevolgen van de risicoverwezenlijking op voorhand van zich proberen af te schuiven naar het bord van de ander, met alle negatieve consequenties van dien voor de verdere voortgang en afwikkeling van de realisatie van het project.

3.4 Uitgangspunt (3): voldoende zekerheid over beheersing informatierisico voordat gebondenheid aan prijs ontstaat

Het derde uitgangspunt waar de inrichting van het bouwproces aan zou moeten voldoen, is tweeledig. Het brengt allereerst mee dat de opdrachtgever en de (al dan niet ontwerpende) aannemer - op het moment dat gebondenheid tussen hen ontstaat wat betreft de voor de bouw verschuldigde prijs - over voldoende mate van zekerheid beschikken dat het informatierisico voldoende is beheerst of nog zal kunnen worden beheerst. Het moment waarop deze gebondenheid ontstaat kan samenvallen met het moment waarop overigens contractuele gebondenheid tussen hen ontstaat, maar noodzakelijk is dat niet. Aan het uitgangspunt kan ook worden voldaan in het geval dat partijen weliswaar alvast met elkaar contracteren over enigerlei door de aannemer te verrichten prestatie, maar zij het tijdstip waarop gebondenheid wat betreft de voor de bouw verschuldigde prijs ontstaat uitstellen tot een later moment. In het geval dat het informatierisico zich toch mocht verwezenlijken, zouden de juridisch-administratieve kaders er overigens in moeten voorzien dat de gevolgen van die risicoverwezenlijking contractueel evenwichtig zijn belegd.

3.5 Uitgangspunt (4): voorkomen is beter dan genezen

Dit uitgangspunt houdt verband met de kosten die zijn gemoeid met de beheersing van het informatierisico. Deze kosten worden - afhankelijk van de beslissingen die met het oog op de risicobeheersing worden genomen - op verschillende momenten tijdens dat proces opgeroepen en zullen in meer of mindere mate waarde opleveren. Sommige procesbeslissingen zullen vooral preventiekosten oproepen. Dat zijn kosten die voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de (al dan niet ontwerpende) aannemer worden gemaakt om de kans dat het informatierisico zich zal manifesteren, zoveel mogelijk te beheersen. Andere beslissingen genereren daarentegen vooral faalkosten. Dat zijn kosten die pas na contractsluiting worden gemaakt om de gevolgen van de risicoverwezenlijking te beheersen. Een procesinrichting wordt verondersteld - in beginsel althans - beter te scoren naarmate de opgeroepen

kosten meer het karakter hebben van preventie dan van faalkosten.

3.6 Uitgangspunt (5): inpassing in het aanbestedingsrechtelijk kader

Een (voorlopig) laatste uitgangspunt is dat de inrichting van het bouwproces niet op (te) gespannen voet mag staan met de beginselen en regels van het aanbestedingsrecht, voor zover die van toepassing zijn. Dit uitgangspunt beperkt als het ware de ruimte waarbinnen alle (doelmatige) procesbeslissingen zullen moeten passen die de betrokken actoren in het licht van de voorgaande uitgangspunten nemen.

4. Voorlopige waardering van bestaande en nieuwe procesinrichtingen

4.1 Opmerkingen vooraf

In het onderzoek is vervolgens nagegaan wat de recente ontwikkelingen ons te bieden hebben in het licht van de behoefte aan een inrichting van het bouwproces die bijdraagt aan zowel een doelmatige als rechtmatige beheersing van het informatierisico. Om die vraag te kunnen beantwoorden, zijn in het onderzoek een aantal 'oude' en 'nieuwe' procesinrichtingen tegen het bovenstaande toetsingskader aangehouden. Voor sommige van die procesinrichtingen geldt dat zij zijn gestandaardiseerd en in de praktijk al decennialang worden toegepast. Andere zijn pas de afgelopen jaren ontwikkeld, hetzij vanuit de praktijk, hetzij vanuit de theorie, en hebben ten dele nog een experimenteel karakter.

In de volgende paragrafen geef ik de belangrijkste resultaten van het onderzoek weer.³⁵ Daarin heb ik van elke procesinrichting allereerst de belangrijkste feitelijke kenmerken beschreven: hoe is het bouwproces op hoofdlijnen georganiseerd en ingericht en wat zijn de belangrijkste procesbeslissingen die de actoren in dat kader nemen met het oog op het realiseren van de projectdoelstellingen?³⁶ Verder heb ik daarin ook laten zien hoe de beschreven procesinrichtingen op belangrijke punten onderling met elkaar overeenkomen dan wel van elkaar verschillen. Tot slot ben ik voor elke procesinrichting nagaan hoe (goed) deze op het eerste gezicht lijkt te scoren op de uitgangspunten van het toetsingskader. Deze vergelijkende beoordeling heeft vooral een verkennend karakter. Zij is mede bedoeld om tot premissen te komen ten behoeve van vervolgonderzoek.³⁷ De resultaten van dat vervolgonderzoek

³⁵ Deze paragrafen zijn grotendeels ontleend aan: Jansen 2021, a.w. hoofdstuk 4.

³⁶ Voor wat betreft de al veel langer toegepaste procesinrichtingen (1), (2) en (3) veronderstel ik dat die kenmerken voldoende bekend zijn bij de doelgroep van dit tijdschrift en ga ik daar hierna niet uitgebreid op in. Zie daarvoor Jansen 2021, a.w. par. 2.2.1, 2.3.2, 4.2.1, 4.2.2 en 4.3.1.

³⁷ Zie daarvoor par. 5.

zijn elders in dit themanummer opgenomen. Het geheel biedt een basis voor verder debat.

Zoals hierna zal blijken, spitst het onderzoek zich toe op een zevental zowel oude als nieuwe procesinrichtingen. Deze zijn in drie categorieën onderverdeeld. Deze driedeling sluit aan bij het onderscheid dat eerder al is gemaakt tussen de volgende bouworganisatievormen: de traditionele, de geïntegreerde en de alliantie.³⁸

4.2 Traditioneel: opdrachtgever besteedt ontwerp en bouw uit aan verschillende actoren

4.2.1 Procesinrichting (1): terug naar de klassieke driehoek?

Bij deze inrichting van het bouwproces werkt de Opdrachtgever, of een door hem ingeschakelde adviseur, het ontwerp van het te realiseren project eerst tot in detail uit in een bestek alvorens een overeenkomst met een aannemer te sluiten voor de bouw. Daarmee scoort deze procesinrichting natuurlijk niet goed op uitgangspunt (1) van het toetsingskader, aangezien de aannemer in het geheel niet bij de ontwerpfase wordt betrokken. Daarmee diskwalificeert deze procesinrichting zich overigens niet. Denkbaar is immers dat zij goed kan worden onderbouwd in het licht van alle projectspecifieke omstandigheden van het geval, in het bijzonder de aanwezigheid van een verhoogd informatierisico.³⁹

In vergelijking met de hierna nog te bespreken procesinrichting (3), scoort procesinrichting (1) veel beter op uitgangspunt (3). Het tijdstip waarop partijen gebonden raken aan de prijs voor de bouw, wordt immers uitgesteld totdat de opdrachtgever, of diens adviseur, de eisen van het ontwerp gedetailleerd heeft uitgewerkt en goed op de omgevingsfactoren heeft kunnen afstemmen. De daarmee gemoede kosten hebben bovendien het karakter van preventiekosten, zodat ook goed wordt gescoord op uitgangspunt (4). In het geval dat het informatierisico zich tijdens de bouwfase toch nog verwezenlijkt, zullen voor de beheersing van de gevolgen daarvan alsnog faalkosten moeten worden gemaakt. Dat laat onverlet dat wat uitgangspunt (4) betreft de vergelijking over het algemeen in het voordeel van de traditionele procesinrichting zal uitvallen.

Deze procesinrichting scoort verder ook nog positief op uitgangspunt (3), omdat partijen in de regel op basis van de UAV 2012 zullen contracteren. Die voorzien in een evenwichtige verdeling van de gevolgen van de eventuele verwezenlijking van het informatierisico. Met de keuze voor deze voorwaarden scoort de procesinrichting mogelijk

minder goed op uitgangspunt (2), nu de UAV 2012 - evenals de voorwaarden die in een aantal andere procesinrichtingen worden toegepast - op een klassiek juridisch paradigma zijn gebaseerd.⁴⁰ Dat betekent dat zij partijen weliswaar prikkelen tot het beheersen van het informatierisico, maar niet om dat vanuit een gezamenlijk gevoelde verantwoordelijkheid te doen.⁴¹ Het betekent voorts dat, in het geval dat het informatierisico zich verwezenlijkt, partijen mogelijk een adversariële houding zullen aannemen om de verantwoordelijkheid voor de gevolgen van zich af te kunnen schuiven. In het verlengde daarvan is als minder positief te noemen dat dit laatste de faalkosten in omvang zal doen toenemen. Een laatste opmerking betreft het in uitgangspunt (5) genoemde aanbestedingsrechtelijk kader: daar past deze procesinrichting probleemloos binnen.

4.2.2 Procesinrichting (2): het traditionele bouwteam

Ook bij deze procesinrichting werkt de opdrachtgever of diens adviseur het ontwerp van het te realiseren project tot in detail uit. Anders dan bij procesinrichting (1), sluit hij nu echter al een (bouwteam)overeenkomst met een aannemer op het moment dat de uitwerking van de ontwerpeisen nog in de steigers staat (fig 1).

Hij doet dat om het ontwerpproces te laten profiteren van adviezen die de aannemer op basis van zijn uitvoeringsdeskundigheid kan geven. Zodra het ontwerp is voltooid, krijgt de aannemer op exclusieve basis de mogelijkheid om een vaste prijs aan te bieden voor de opdracht voor de bouw. Wanneer partijen prijsovereenstemming bereiken, komt een tweede (aanneming)overeenkomst tot stand. In het eventuele geval dat dat niet lukt, voorziet de eerste (bouwteam)overeenkomst in een beëindigingsregeling (fig 2).

Deze inrichting van het bouwproces gooit vanuit het perspectief van de beheersing van het informatierisico hogere ogen dan procesinrichting (1). Net zoals die procesinrichting, scoort ook het traditionele bouwteam positief op de uitgangspunten (3) en (4). Op het moment dat gebondenheid tussen partijen ontstaat wat betreft de voor de bouw verschuldigde prijs, is immers sprake van een redelijke mate van zekerheid ten aanzien van de beheersing van het informatierisico. De daarmee verbonden kosten hebben bovendien het karakter van

⁴⁰ Zie par. 2.3.

⁴¹ Vgl. ook Chao-Duivis 2019, p. 65-66. In een recente publicatie geeft zij overigens aan ook andere problemen te zien: 'de overkoepelende systematiek, de abstractie, zoals we die wel zien in de UAV-GC 2005, ontbreekt in veel gevallen: regelingen sluiten onderling niet goed op elkaar aan; terminologie wordt inconsistent gebruikt etc.'; zie: M.A.B. Chao-Duivis, 'De regeling van de wijzigingen ex par. 34 UAV 2012 (1989) vergeleken met de regeling van meer- en minderwerk in par. 35 UAV 2012 (1989)', TBR 2021/4, p. 37.

³⁸ Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 53-70. Zie ook Jansen 2021, a.w. par. 1.3.2.

³⁹ Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 70-101, in het bijzonder op p. 97.

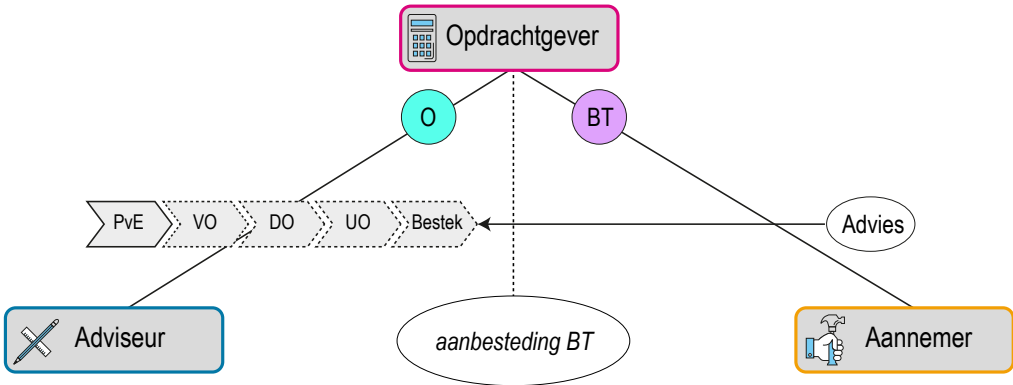


fig. 1 - traditioneel bouwteam (ontwerpfase)

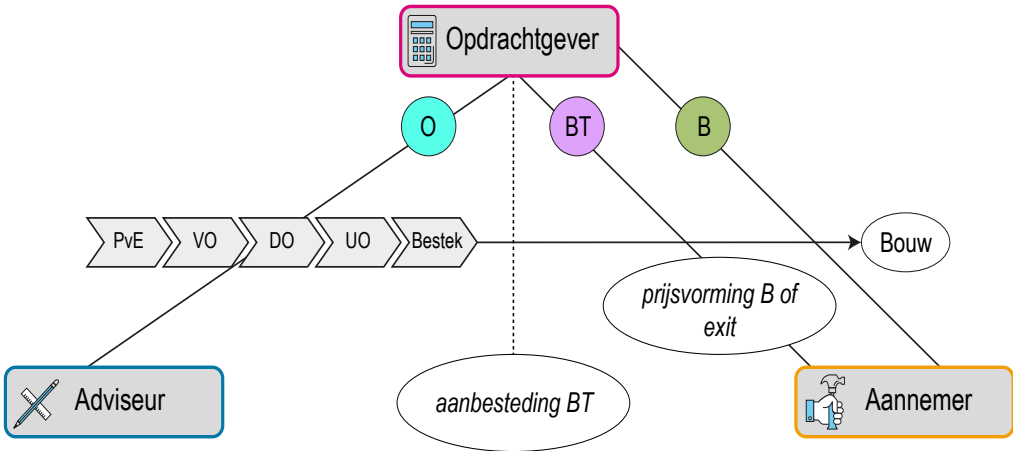


fig. 2 - traditioneel bouwteam (prijsvorming en bouw)

preventiekosten. Een relatief voordeel ten opzichte van procesinrichting (1) is dat het traditionele bouwteam ook positief scoort op uitgangspunt (1) doordat tijdens de ontwerpfase een beroep wordt gedaan op de uitvoeringsexpertise van de aannemer. Die procesbeslissing heeft bovendien een preventief karakter, hetgeen eveneens positief is.

In het geval dat zich tijdens de bouwfase toch het informatierisico manifesteert, zullen faalkosten moeten worden toegerekend. Met een keuze voor toepassing van de UAV 2012 op de overeenkomst voor de bouw voldoet de procesinrichting dan aan uitgangspunt (3). Hier dient overigens te worden aangetekend dat wanneer de verwezenlijking van het risico (mede) haar oorzaak vindt in adviezen van de aannemer tijdens de ontwerpfase, de toerekening van faalkosten mede zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de op elkaar afgestemde

bepalingen van de bouwteamovereenkomst en de aannemingsovereenkomst voor de bouw.⁴²

De keuze voor de UAV 2012 doet het traditionele bouwteam - althans voor wat betreft de bouwfase - net zoals procesinrichting (1) niet goed scoren op uitgangspunt (2). Indien daarnaast echter voor wat betreft de bouwteamfase gebruikt wordt gemaakt van de Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020, voldoet de procesinrichting mogelijk beter aan dit uitgangspunt nu daarin uitdrukkelijk aandacht is voor samenwerkingsaspecten.⁴³ Ook overigens mag worden aangenomen dat het traditionele bouwteam beter zal scoren op dit uitgangspunt,

⁴² De juridisch-administratieve kaders die voor de bouwteamovereenkomst beschikbaar zijn - zie daarvoor par. 1.1 - zijn overigens niet paritair tot stand gekomen. Daarmee is weliswaar niet gezegd dat de hierboven bedoelde gevolgen daarin onvoldoende evenwichtig zijn belegd, maar hier ligt mogelijk wel een aandachtspunt voor vervolgonderzoek.

⁴³ Zie in het bijzonder art. 5 Modelovereenkomst Bouwteam DG2020.

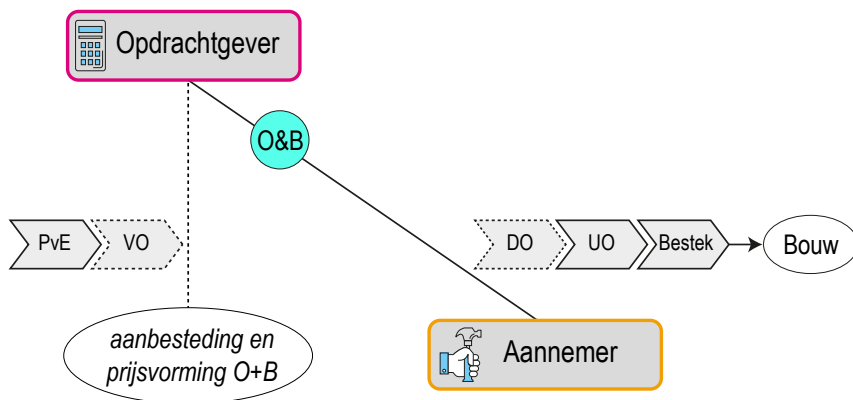


fig. 3 - UAV-GC

aangezien de aannemer immers al in een vroeg stadium bij ontwerpbeslissingen wordt betrokken en er ook overigens belang bij heeft in de ontwerpfase bij te dragen aan de beheersing van het informatierisico. Denkbaar is verder dat een meer op samenwerking gerichte houding van partijen tijdens de ontwerpfase vruchtbaar kan doorwerken in de daaropvolgende bouwfase. De met dit alles samenhangende kosten hebben bovendien het karakter van preventiekosten.

Een belangrijk verschil in het nadeel van het traditionele bouwteam is dat deze procesinrichting op (te) gespannen voet staat met de beginselen en regels van het aanbestedingsrecht, althans wanneer de opdrachtgever vanuit een oogpunt van doelmatigheid de eerste (bouwteam)overeenkomst en de tweede (aanneming)overeenkomst met dezelfde aannemer wenst aan te gaan. In eerder onderzoek is als oplossing voor dit probleem gesuggereerd om beide overeenkomsten als één overheidsopdracht in concurrentie aan te besteden.⁴⁴ Het lastige is dan natuurlijk, dat een prijs voor de bouw zich moeilijk laat bepalen op het moment dat de eisen van het ontwerp nog onvoldoende zijn uitgewerkt. Dat is een probleem dat overigens ook kleeft aan andere procesinrichtingen die hierna nog ter sprake komen. Dit probleem zou kunnen worden opgelost door alle ondernemingen die aan de aanbestedingsprocedure deelnemen zich in hun inschrijvingen weliswaar al te laten vastleggen op eenheidsprijzen, algemene bouwplaatskosten, risico-opslagen en winstpercentages, maar nog geen prijs voor de bouw te laten aanbieden. De opdrachtgever gunt de gecombineerde advies- en bouwopdracht vervolgens aan de inschrijver wiens inschrijving als beste uit de bus komt. Voor zover die opdracht ziet

op de bouw, gebeurt dat dan onder het voorbehoud dat partijen in een later stadium overeenstemming bereiken over de prijsaanbieding die de aannemer mag doen na afronding van de ontwerpfase.⁴⁵

Wat de voorgaande benadering mogelijk problematisch maakt - en ook dit raakt aan een aantal van de hierna nog te bespreken procesinrichtingen - is het volgende. Zodra de aanbestedingsprocedure eenmaal achter de rug is, mag het eigenlijk niet meer afhankelijk zijn van de wilsovereenstemming van partijen *achteraf* of en onder welke voorwaarden een onder voorbehoud gesloten overeenkomst met betrekking tot de bouw van het project tot stand komt. Mijsens inziens brengt het uitgangspunt (5) mee dat partijen hun wil wat betreft die totstandkoming en de voorwaarden waaronder die plaatsvindt zoveel mogelijk *vooraf* in de aanbestedingsdocumenten moeten hebben bepaald.⁴⁶

4.3 Geïntegreerd: opdrachtgever besteedt (een deel van het) ontwerp en bouw uit aan één actor

4.3.1 Procesinrichting (3): uitbesteding op basis van één contract, zonder cesuur tussen ontwerpfase en prijsvorming bouw (UAV-GC)

Bij deze inrichting van het bouwproces heeft de Opdrachtgever de eisen van het ontwerp slechts tot een bepaald niveau uitgewerkt: een functioneel programma van eisen, een voorlopig ontwerp of een definitief ontwerp. Vervolgens sluit hij, na het houden van een aanbesteding, een overeenkomst met een ontwerpende aannemer waarbij de laatste zich verbindt tot het verder uitwerken van het ontwerp en tot de bouw van het project. De ontwerpende aannemer doet dat tegen een in beginsel vaste prijs (fig. 3).

⁴⁵ Vgl. ook Asser/Van den Berg 7-VI 2017/282. De Commissie Scheltema heeft in dit verband nog op het belang van een aantal aanbestedingsrechtelijke uitgangspunten gewezen, zie Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 61.

⁴⁶ Vgl. procesinrichting (4) hierna.

⁴⁴ Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 60-61.

Bezien vanuit het perspectief van de wens om tot een doelmatige beheersing van het informatierisico te komen, scoort deze procesinrichting in vergelijking met de procesinrichtingen (1) en (2) niet goed. Zij scoort wel goed op uitgangspunt (1), nu de aannemer ook zelf in meer of mindere mate ontwerpkeuzes zal maken. Verder staat deze procesinrichting niet op (te) gespannen voet met het aanbestedingsrechtelijk kader, zodat ook aan uitgangspunt (5) wordt voldaan.

De zwakke plek is uiteraard dat de opdrachtgever en de aannemer reeds vroeg gebonden raken aan een in beginsel vaste prijs voor de bouw van het project, op een tijdstip waarop veelal nog geen sprake is van voldoende zekerheid over de beheersing van het informatierisico. Eventuele gevolgen van de risicoverwezenlijking zullen dan moeten worden beheerst door het treffen van maatregelen waarmee faalkosten zijn gemoeid. Daarmee voldoet deze procesinrichting niet aan de uitgangspunten (3) en (4).⁴⁷

De opdrachtgever en de ontwerpende aannemer zullen in deze procesinrichting veelal contracteren met gebruikmaking van de Model Basisovereenkomst en de bijbehorende UAV-GC 2005. Deze voorwaarden zijn net als de UAV 2012 paritair tot stand gekomen en als zodanig ook door de wetgever omarmd.⁴⁸ Dat veronderstelt dat zij voorzien in een evenwichtige verdeling van de gevolgen van het informatierisico, zodat deze procesinrichting in zoverre nog wel positief scoort op uitgangspunt (3). Voor zover de UAV-GC 2005 onvoldoende in zo'n evenwichtige verdeling zouden voorzien, is het de intentie van de preadviescommissie die zich momenteel over de herziening buigt om die risicoverdeling beter in balans te brengen.⁴⁹ Of dat is gelukt en of de beoogde herziening haar beslag zal krijgen, zal moeten worden afgewacht.⁵⁰

Met de keuze voor de toepassing van de UAV-GC 2005 scoort deze procesinrichting net als procesinrichting (1) echter onvoldoende op uitgangspunt (2). Voor een betere beheersing van (de gevolgen van) het informatierisico is immers een

contractvorm nodig die partijen meer prikkelt tot op samenwerking gericht, non-adversarieel gedrag. De herziening heeft mede tot doel ook hieraan tegemoet te komen.⁵¹

4.3.2 Procesinrichting (4): uitbesteding op basis van één contract, met cesuur tussen ontwerpfase en vaststelling prijs bouw (twee-fasen-proces met 'uitstapmodel')

De kenmerken van deze procesinrichting zijn als volgt. De opdrachtgever werkt de eisen van het ontwerp tot een bepaald niveau uit, met zoals dat bij procesinrichting (3) het geval is. Vervolgens start hij een aanbesteding voor een geïntegreerde opdracht. De opzet van die aanbesteding is aldus, dat de inschrijvers een globale omschrijving moeten aanbieden van de door hen beoogde oplossing van de ontwerpeisen. Die aanbiedingen dienen daarnaast op onderdelen te voorzien in vaste eenheidsprijzen, algemene bouwplaatskosten, risico-opslagen en winstpercentages. Zij voorzien echter niet in een (vaste) prijs voor de bouw. In plaats daarvan moeten de aanbiedingen een bouwkostenraming bevatten, voorzien van een betrouwbaarheidsmarge. De opdrachtgever sluit vervolgens een overeenkomst met de inschrijver van wie de aanbidding als beste uit de bus is gekomen. Die overeenkomst betreft zowel de verdere uitwerking van het ontwerp als de bouw van het project (fig. 4).

De overeenkomst voorziet in een projectspecifieke regeling van het informatierisico. Die regeling bepaalt in welke gevallen de aannemer dan wel de opdrachtgever voor de financiële gevolgen verantwoordelijk is als het risico zich manifesteert. Voor zover in de regeling is bepaald dat de aannemer verantwoordelijk is, kan zij een limiet stellen aan de omvang van door de aannemer te dragen gevolgen. Wanneer de aannemer na contractsluiting aan de slag gaat met het uitwerken van de eisen van het ontwerp, zal hij meer inzicht krijgen in de feitelijke toestand van de omgevingsfactoren en hoe de eisen van het ontwerp en de door hem beoogde oplossing daarvan zich tot die factoren verhouden. Denkbaar is dat zich in die fase het informatierisico verwezenlijkt. In dat geval zal op basis van de in het contract vastgelegde risicoregeling moeten worden bepaald of - en zo ja: tot welk bedrag - de gevolgen daarvan voor rekening van de aannemer komen. Voor zover uit die regeling volgt dat de gevolgen geheel of ten dele door de opdrachtgever dienen te worden ge-

⁴⁷ Hier moet overigens een belangrijke nuancerende kanttekening worden geplaatst. De mate waarin deze procesinrichting op de uitgangspunten (3) en (4) scoort, hangt natuurlijk mede af van het niveau waarop de eisen van het ontwerp in het concrete geval zijn uitgewerkt op het moment dat partijen gebonden raken aan de prijs voor de bouw.

⁴⁸ Zie opnieuw Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit.

⁴⁹ Ik doel hier vooral op de uitbreiding van de specifieke regeling met betrekking tot de bodemgesteldheid (in par. 13 lid 1 en 2 UAV-GC 2005) naar een algemene regeling van het informatierisico (in par. 3 lid 3 en par. 4 lid 4 UAV-GC 2020) voor alle risicovolle omgevingsfactoren.

⁵⁰ Zie in dit verband de kritische kanttekeningen die tijdens de consultatiefase bij de beoogde regeling zijn geplaatst: E.M. Bruggeman & A.G.J. van Wassenaer, 'Verslag Expertmeeting Herziening UAV-GC - 15 maart 2021', TBR 2021/54, p. 382-386 en W.J.M. Herber, 'Informatieverstrekking in de UAV-GC 2005 en concept UAV-GC', TBR 2021/71, p. 518-520.

⁵¹ In de herziene toelichting is bijvoorbeeld uitgebreid aandacht voor het belang van precontractuele informatieverstrekking door de opdrachtgever. Ook de regeling in de nieuwe par. 2a UAV-GC 2020 van een wederkerige verplichting van partijen tot proactief gedrag en communicatie past in dat kader. Hetzelfde geldt voor de beoogde herziening van par. 47. Het is echter de vraag of al deze aanpassingen voldoende zullen zijn in het licht van uitgangspunt (2). Zie hierover ook Bruggeman & Van Wassenaer 2021, p. 382-387 en p. 399-402.

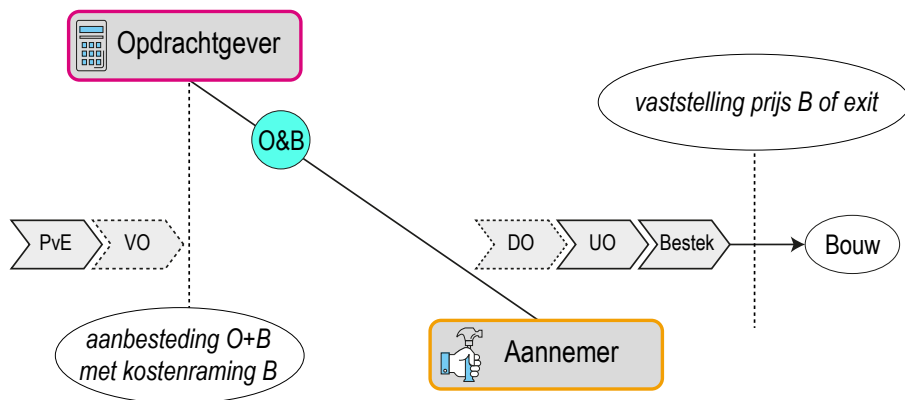


fig. 4 - twee-fasen- proces met 'uitstapmodel'

dragen, worden zij ten laste gebracht van de door de aannemer aangeboden betrouwbaarheidsmarge.

Wanneer de aannemer het ontwerp volledig heeft uitgewerkt, zal op basis van een open begroting de prijs voor de bouw definitief kunnen worden vastgesteld. Dat gebeurt dan met inachtneming van de informatie die de aannemer in zijn aanbieding heeft opgenomen (eenheidsprijzen, algemene bouwplaatskosten, risico-opslagen en winstpercentages). Kosten die verband houden met het beheersen van de gevolgen van een risico dat zich heeft verwezenlijkt tijdens de uitwerking van het ontwerp, worden bij de vaststelling van de prijs buiten beschouwing gelaten voor zover die gevolgen op grond van de overeengekomen risicoregeling voor rekening van de aannemer komen. In het eventuele geval dat in het kader van de vaststelling van de prijs de betrouwbaarheidsmarge van de door de aannemer aangeboden kostenraming wordt overschreden, voorziet de overeenkomst in een ontbindingsmogelijkheid voor de opdrachtgever met bijbehorende regeling van de gevolgen daarvan.

Ik maak hier een pas op de plaats en wijs de lezer erop dat ik wat de bovenstaande procesinrichting betreft mogelijk wat bevooroordeeld ben. De reden is dat ik haar 20 jaar geleden zelf heb voorgesteld en uitgewerkt in een preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht.⁵² Dat voorstel stond overigens niet op zichzelf: ik heb mij destijds mede daartoe laten inspireren door voorstellen van De Ridder⁵³,

Van den Berg⁵⁴ en Janssen⁵⁵. Tegelijkertijd bestaan er ook belangrijke verschillen met die voorstellen. De Ridder bepleitte destijds bijvoorbeeld eveneens een procesinrichting waarbij de aanbieder van de aannemer een mix van een aantal vaste en een aantal variabele bedragen bevat. Ook stelde hij een verkenningssysteem voor met betrekking tot de vooraf moeilijk in te schatten risico's, die zich na de prijsvorming manifesteren. Zijn voorstel kent echter - anders dan de hierboven uiteengezette procesinrichting - een open einde-karakter.⁵⁶ Van den Berg leek zich destijds bij het voorstel van De Ridder aan te sluiten,⁵⁷ maar heeft in meer recente publicaties een procesinrichting bepleit - die inmiddels ook door Chao-Duivis lijkt te zijn omarmd⁵⁸ - die niet

54 B. van den Berg, 'Privaatrechtelijke aspecten van ondergronds bouwen', in: *Juridische aspecten van ondergronds bouwen* (Preadviezen Vereniging voor Bouwrecht nr. 25), Deventer: Wolters Kluwer 1997, p. 109-110.

55 J.G.J. Janssen, 'Aanbesteding van een geïntegreerd project: de inbedding van de UAV-GC 2000 in de (Europese) aanbestedingsregeling', *BR* 2000, p. 723-726. Zie mijn bespreking hiervan in: Jansen, 2001, p. 47-49. Ook in het voorstel van Janssen sluit de opdrachtgever één overeenkomst met de aannemer die als beste uit de bus komt, met een duidelijke cesuur tussen de uitwerking van het ontwerp enerzijds en start van de bouw anderzijds. Het verschil is echter dat Janssen de aannemer het ontwerp meteen na de mededeling van de gunningsbeslissing en nog voor de totstandkoming van de overeenkomst laat uitwerken. Of die overeenkomst tot stand zal komen, maakt hij vervolgens afhankelijk van de (ontbindende) voorwaarde dat partijen overeenstemming bereiken over het door de aannemer uitgewerkte ontwerp en de prijs voor de bouw. Wat de door Janssen beoogde vaststelling van de prijs voor de bouw betreft, zie ik meer overeenkomsten met de in deze bijdrage besproken procesinrichtingen (2) en (5).

56 Jansen 2001, p. 47, voetnoot 81. Ook het voorstel van Janssen kende zo'n open einde-karakter, zie Jansen 2000, p. 725 waarover Jansen 2001, p. 42 en Asser/Van den Berg 7-VI 2017/282. Zie hierover ook Chao-Duivis 2019, p. 23-24.

57 Jansen 2001, p. 47, voetnoot 81 met verwijzing naar Van den Berg 1997, p. 109-110.

58 Zie Chao-Duivis 2019, p. 57-58.

52 Zie Jansen 2001, p. 41 t/m 46. Zie voor een uitgebreide bespreking van de daarin uitgewerkte procesinrichting: 'Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructurele projecten. Verslag van de Jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht gehouden op 29 november 2001 te Utrecht', *BR* 2002, p. 649-675.

53 H.A.J. de Ridder, 'Cultuurverandering is broodnodig', *Land+Water*, 1998/4, p. 36-37 en dezelfde, 'De gemiste kansen bij Design & Construct en de remedie', *Cobouw* 7 oktober 1999, p. 2. Zie ook diens proefschrift: *Design & Construct of Complex Civil Engineering Systems*, diss. Delft 1994.

principeel afwijkt van de hierboven uiteengezette procesinrichting (4).⁵⁹

Als ik het goed zie, wordt het voorstel uit 2001 nu nieuw leven ingeblazen met het door Rijkswaterstaat voorgestelde twee-fasen-proces.⁶⁰ De onderhavige procesinrichting (4) voorziet namelijk in zo'n twee-fasen-benadering. Het belangrijkste kenmerk van die benadering is dat de verdere uitwerking van de eisen van het ontwerp en de bouw van het project aan één en dezelfde actor worden opgedragen - de ontwerpende aannemer - met dien verstande dat een duidelijke cesuur is aangebracht tussen de voltooiing van het ontwerp enerzijds en de start van de bouw anderzijds. Die cesuur komt er in de kern op neer dat de start van de bouw afhankelijk is gemaakt van de definitieve vaststelling van de prijs voor de bouw: die vindt pas na voltooiing van het ontwerp plaats.⁶¹ Dat er wat dit kenmerk betreft een grote gelijkheid bestaat tussen de onderhavige procesinrichting (4) en het voorstel van Rijkswaterstaat, laat onverlet dat er ook enkele verschillen zijn aan te wijzen. Dat is de reden waarom ik het voorstel van Rijkswaterstaat in de volgende paragraaf nog afzonderlijk zal bespreken.

Volledigheidshalve merk ik nog op dat de procesinrichting (4) tevens voorziet in elementen die raakvlakken vertonen met de alliantie.⁶² Ik doel hier op de in de overeenkomst op te nemen project-specifieke regeling van het informatierisico, waarvan de toepassing ertoe kan leiden dat de gevolgen van de risicoverwezenlijking over de opdrachtgever

en de aannemer worden verdeeld.⁶³ Ik zie dat element ook terug in de hiervoor aangehaalde publicaties van Van den Berg en Chao-Duivis.⁶⁴

Hoe scoort deze procesinrichting op de uitgangspunten van het toetsingskader? Zoals ik hierboven al opmerkte, ben ik enigszins bevooroordeeld. Mogelijk hebben de hiernavolgende bevindingen een hoog 'wc-eend gehalte'. Elders in dit themanummer vindt daarom nog een onafhankelijke beoordeling plaats.⁶⁵

De procesinrichting voldoet allereerst uitgangspunt (1): de aannemer bouwt niet alleen, hij ontwerpt ook. Wat de procesinrichting verder gemeen heeft met procesinrichting (3), is dat de aannemer zich met de totstandkoming van één overeenkomst verbindt tot zowel de verdere uitwerking van het ontwerp als tot de bouw. Het verschil is echter dat op het moment van totstandkoming nu weliswaar gebondenheid tussen partijen ontstaat aan een door de aannemer aangeboden *kostenraming*, maar dat de *prijs* voor de bouw pas definitief wordt vastgesteld op het moment dat de ontwerpfasen volledig is afgerond. Dat biedt de mogelijkheid om de gevolgen van de eventuele verwezenlijking van het informatierisico tijdens de ontwerpfasen nog van invloed te laten zijn op die vaststelling. Daarmee voldoet deze procesinrichting aan uitgangspunt (3) voor zover daarin is bepaald dat partijen pas gebonden raken aan een in beginsel vaste prijs voor de bouw zodra voldoende zekerheid bestaat over de beheersing van het informatierisico.

Deze procesinrichting past ook binnen de aanbestedingsrechtelijke kaders en voldoet daarmee aan uitgangspunt (5).⁶⁶ In de eerste plaats is het immers niet afhankelijk van de wilsovereenstemming van partijen *achteraf* - dat wil zeggen: nadat de opdrachtgever op basis van de uitkomst van de aanbestedingsprocedure de winnende inschrijver heeft bepaald - of en onder welke voorwaarden een definitieve overeenkomst met betrekking tot de bouw tot stand komt.⁶⁷ De winnende inschrijver verbindt zich reeds tot die bouw met de overeenkomst die tot stand komt na aanvaarding door de opdrachtgever van de aanbieding. In de tweede plaats vindt

⁵⁹ Ook Chao-Duivis ziet dat zo: 'Het voorstel van Van den Berg ligt in lijn met de allereerste voorstellen die zijn gedaan', zie Chao-Duivis 2019, p. 57, voetnoot 169. Zie: B. van den Berg, 'Over onzekerheid en vaste prijs contracten', in: M.A.B. Chao-Duivis, J.M. Hebly & E.J. Blom (red.), *Van het gebaande pad. Opstellen aangeboden aan mr. A.G.J. van Wassenaer*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016, p. 141-158 en p. 156-157. Zie ook B. van den Berg, 'Risicoreductie bij grote geïntegreerde contracten', in: A.G. Bregman, E.M. Bruggeman & N. van Wijk - van Gilst (red.), *Eindafrekening met pepernoten. Voor een onbetaalbare bijdrage aan het bouwrecht and beyond* (Liber Amicorum Chao-Duivis), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019, p. 157.

⁶⁰ Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 36-38.

⁶¹ Een vergelijkbare cesuur zien we natuurlijk ook terug bij de klassieke driehoek en bij het traditionele bouwteam. Maar dat maakt nog niet dat de op die bouworganisatievormen gebaseerde procesinrichtingen (1) respectievelijk (2) verschijningsvormen van het twee-fasen-proces zijn, zoals Chao-Duivis lijkt te veronderstellen: zie Chao-Duivis 2019, p. 56. Bij de procesinrichtingen (1) en (2) worden ontwerp en bouw immers niet aan één en dezelfde actor opgedragen. Dat lijkt mij echter - zoals hierboven betoogd - een wezenlijk onderdeel van procesinrichtingen die uitgaan van het twee-fasen-proces. Chao-Duivis wijst er overigens terecht op dat de presentatie van het twee-fasen-proces door Rijkswaterstaat bepaald niet helder is, zie hierna ook par. 4.3.3.

⁶² Zie hierna de bespreking van procesinrichting (7) in par. 4.4.

⁶³ Zie hierover Jansen 2001, p. 42-43. En om helemaal volledig te zijn: het voorstel uit 2001 voorzagt tevens in de mogelijkheid om de inhoud van die risicoregeling tot inzet van de concurrentiestrijd tijdens de aanbesteding te maken, zie Jansen 2001, p. 43-44. De ervaringen die daarmee in de praktijk zijn opgedaan - de zogenoemde 'lijstrisico's' - lijken echter niet onverdeelde positief te zijn geweest. Ik laat deze mogelijkheid daarom nu buiten beschouwing; daarmee wordt geen afbreuk gedaan aan de essentie van het voorstel.

⁶⁴ Van den Berg 2016, p. 157; Chao-Duivis 2019, p. 58.

⁶⁵ Zie daarvoor de bijdrage van Bleeker.

⁶⁶ Zie voor een uitgebreide toetsing aan dit uitgangspunt: Jansen 2001, p. 17-105.

⁶⁷ Zie in dit verband ook de kanttekening die ik plaatste aan het einde van par. 4.2.2 in het kader van de bespreking van het traditionele bouwteam.

na totstandkoming van die overeenkomst geen *prijsvorming* meer plaats voor wat betreft de bouw, maar wordt de prijs definitief *vastgesteld*. Dat gebeurt aan het einde van de ontwerpfase op basis van de *vooraf* in de aanbestedingsdocumenten bepaalde voorwaarden, alsmede de door de aannemer aangeboden kostenraming met betrouwbaarheidsmarge, eenheidsprijzen, algemene bouwplaatskosten, risico-opslagen en winstpercentages, die tot onderdeel van de overeenkomst zijn gemaakt. De vaststelling van de prijs is daarmee dan ook niet – anders dan bij de hierna nog te bespreken procesinrichtingen (5) en (6) – het resultaat van een aan het einde van de ontwerpfase nog te doorlopen (prijs) onderhandelingsproces, maar volgt uit een strikte toepassing van de hiervoor bedoelde voorwaarden van de aanbestedingsstukken en de inhoud van de aanbieding.⁶⁸

Zoals hiervoor is opgemerkt, voorziet de onderzochte procesinrichting mede in het opnemen in de overeenkomst van een projectspecifieke regeling van het informatierisico die de strekking kan hebben de gevolgen van de risicoverwezenlijking over de opdrachtgever en de aannemer te verdelen. Zo'n regeling kan partijen overeenkomstig uitgangspunt (2) stimuleren om zich gezamenlijk in te spannen tot het beheersen van (de gevolgen van) het risico, in het bijzonder tijdens de ontwerpfase. Zij hebben er in de aanloop naar de definitieve vaststelling van de prijs voor de bouw immers beiden alle belang bij dat de betrouwbaarheidsmarge van de aangeboden kostenraming niet wordt overschreden.

De in deze procesinrichting voorziene beheersing van het informatierisico roept hoofdzakelijk preventiekosten op. Daarmee wordt ook aan uitgangspunt (4) voldaan. Uiteraard kan het informatierisico, net als bij alle andere procesinrichtingen, zich ook nog tijdens de bouwfase manifesteren. Voor de beheersing van de gevolgen daarvan worden dan faalkosten gemaakt, die overeenkomstig uitgangspunt (3) contractueel evenwichtig dienen te zijn belegd. Daarvoor zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de bestaande paritair ontwikkelde contractvormen, vooropgesteld dat de uitwerking daarvan voldoende prikkelt tot op samenwerking gericht, non-adversarisch gedrag.

Een kanttkening die bij deze procesinrichting kan worden geplaatst, is dat het er in theorie veelbelovend uitziet, maar dat het nog ontbreekt aan een

⁶⁸ Ik merk op dat er in zoverre - het gaat hier dus om het *aanbestedingsrechtelijk* perspectief - eigenlijk geen principieel verschil bestaat met een op de UAV-GC 2005 gebaseerde overeenkomst, waarbij partijen een in beginsel vaste prijs overeenkomen die vervolgens gedurende de looptijd van de overeenkomst kan worden bijgesteld op basis van in gevallen waarin de UAV-GC 2005 voorziet. Geabstraheerd van dit aanbestedingsrechtelijk perspectief moeten bij de laatstbedoelde procesinrichting (3) - want daar gaat het natuurlijk om - wel weer de kanttkeningen worden herhaald die hiervoor in par. 4.3.1 zijn geplaatst.

gedetailleerd uitgewerkt juridisch-administratief kader dat de toepassing zou kunnen faciliteren. Maar dat geldt in feite ook voor een aantal andere procesinrichtingen die ter tafel liggen.

4.3.3 Procesinrichting (5): uitbesteding op basis van twee contracten, met cesuur tussen ontwerp-fase en prijsvorming bouw (twee-fasen-proces met 'instapmodel')

Deze procesinrichting is gebaseerd op het eerdergenoemde rapport van Rijkswaterstaat.⁶⁹ Zij heeft met procesinrichting (4) als belangrijkste kenmerk gemeen dat de opdrachtgever de uitwerking van de eisen van het ontwerp en de bouw aan één en dezelfde actor opdraagt - de ontwerpende aannemer - en dat sprake is van een duidelijke cesuur tussen de voltooiing van het ontwerp en de start van de bouw. Die cesuur komt erop neer dat de start van de bouw afhankelijk is gemaakt van de definitieve vaststelling van de prijs voor de bouw: die vindt pas na voltooiing van het ontwerp plaats.⁷⁰

Wat uit het rapport van Rijkswaterstaat echter minder duidelijk blijkt is hoe het bouwproces dan verder nog is ingericht. Vinden de uitwerking van het ontwerp, de 'prijsbepaling'⁷¹ voor de bouw en de uiteindelijke bouw van het project allemaal plaats binnen de kaders van een en dezelfde overeenkomst⁷², zoals dat ook het geval is bij procesinrichting (4)? Dat lijkt niet te zijn beoogd, nu in het rapport immers valt te lezen: '*het (...) betekent dat er (in principe) nog gewisseld kan worden van bouwbedrijf in geval er geen overeenkomst tot stand komt (mijn onderstreping, CJ)*'.⁷³ Maar als het dan zo is dat de uitwerking van het ontwerp en de prijsbepaling voor de bouw plaatsvinden vóór de totstandkoming van 'een' overeenkomst, onder welke juridische vlag gebeurt dat dan precies? Gebeurt dat bijvoorbeeld nog tijdens de aanbestedingsprocedure, na de gunning van de geïntegreerde opdracht doch voor de civielrechtelijke totstandkoming van de overeenkomst, waarbij die overeenkomst dan blijkbaar niet

⁶⁹ Zie Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 36-38.

⁷⁰ Zie Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 36: '*Pas na de ontwerp- of engineeringfase volgt de prijsbepaling voor de bouwfase.*' Zie ook Chao-Duivis 2019, p. 56: '*Ik veronderstel (...) dat het de bedoeling zal zijn dat het ontwerp in de eerste projectfase in zijn geheel (tot dat het voor het realiseren gereed) is (...) wordt gemaakt.*'

⁷¹ Zie de vorige noot.

⁷² Dat lijkt ook de uitleg te zijn die Chao-Duivis aan het rapport geeft. Zij stelt: '*In de eerste variant worden ontwerp en uitvoering aan één partij opgedragen en bevat de eerste fase een exit mogelijkheid indien niet tot definitieve prijsbepaling gekomen kan worden (mijn onderstreping, CJ)*'; zie Chao-Duivis 2019, p. 55. Die uitleg blijkt ook uit wat zij verder opmerkt over een tweede variant die zij onderscheidt: '*In de tweede variant, die verder gaat, wordt alleen het ontwerp aanbesteed en wordt daarna de uitvoering aanbesteed (mijn onderstreping, CJ)*'. Die tweede variant betreft dus procesinrichting (1).

⁷³ Zie Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 36-37. Anders dan Chao-Duivis stelt, lees ik in het rapport niet terug dat ontwerp en uitvoering gelijktijdig worden opgedragen, zoals in procesinrichting (4) het geval is.

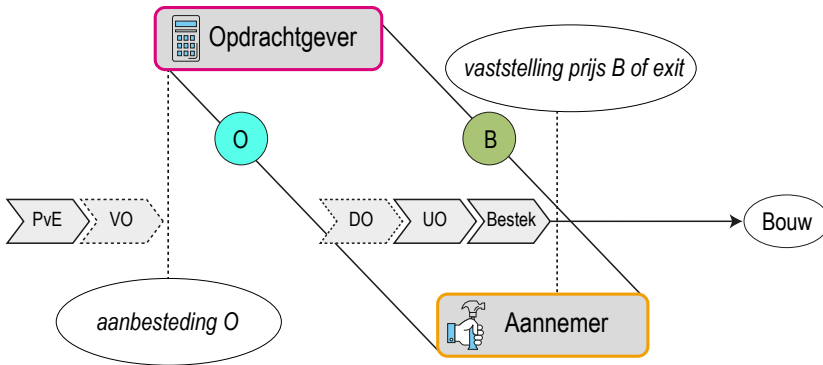


fig. 5 - twee-fasen-proces met 'instapmodel'

alleen voorziet in afspraken met betrekking tot de bouw, maar ook met betrekking tot de inmiddels afgeronde uitwerking van het ontwerp.⁷⁴ Maar als dat is bedoeld, hoe moet dan de volgende opmerking worden begrepen die elders in het rapport staat: 'De eerste fase bevat dan ook een exit-mogelijkheid indien er niet tot een definitieve prijsbepaling kan worden gekomen (mijn onderstreping, C.J.)'⁷⁵ Het rapport zou daarmee wellicht ook zo kunnen worden gelezen dat de opdrachtgever na de aanbesteding van de ontwerp-opdracht eerst een overeenkomst met de aannemer sluit voor de uitwerking van dat ontwerp, waarna partijen - eventueel - een tweede overeenkomst aangaan die betrekking heeft op de bouw. Als dat inderdaad is bedoeld, dan maakt het rapport evenmin duidelijk hoe aan het einde van de eerste fase, op basis van het inmiddels uitgewerkte ontwerp, de prijs voor de bouw precies wordt 'bepaald'. Wat daar ook van zij, de lezing dat het rapport voorziet in het sluiten van twee elkaar opvolgende overeenkomsten lijkt steun te vinden in een andere passage, waarin de voordelen van het twee-fasen-proces worden opgesomd.⁷⁶ Daarmee kan de procesinrichting als volgt worden gevisualiseerd (fig. 5).

De toetsing van deze procesinrichting aan de uitgangspunten pakt ten dele hetzelfde uit als die van procesinrichting (4). Zo wordt voldaan aan de uitgangspunten (1), (3) en (4): de ontwerpende aannemer en de opdrachtgever raken immers pas gebonden aan een in beginsel vaste prijs voor de bouw zodra voldoende zekerheid bestaat over de

beheersing van het informatierisico, waarmee ook deze procesinrichting hoofdzakelijk preventiekosten oproept.

Uitgangspunt (3) houdt echter tevens in dat bij de inrichting van het bouwproces mede voor een contractvorm dient te worden gekozen waarmee de gevolgen van de risicoverwezenlijking evenwichtig kunnen worden belegd. Of de procesinrichting ook in zoverre aan uitgangspunt (3) beantwoordt, kan op basis van het rapport niet worden beoordeeld. Het rapport biedt namelijk geen inzicht in het juridisch-administratief kader voor de twee elkaar opvolgende overeenkomsten. Om die reden kan evenmin worden beoordeeld of en in hoeverre dat kader partijen prikkelt tot op samenwerking gericht, non-adversarieel gedrag.

Deze procesinrichting lijkt bovendien te stranden op uitgangspunt (5). Het weliswaar mogelijk om voor wat betreft de eerste fase - de ontwerp-fase - een overheidsopdracht na een aanbesteding in concurrentie aan een aannemer te gunnen, maar het is dan vervolgens niet toegestaan om voor de tweede fase een overheidsopdracht voor de bouw enkelvoudig onderhands aan diezelfde aannemer te verstrekken.⁷⁷

4.3.4 Procesinrichting (6): uitbesteding op basis van twee contracten, met tussentijdse prijsvorming bouw (bouwteam met UAV-GC)

Bij deze procesinrichting worden elementen van procesinrichting (2) gecombineerd met elementen van andere procesinrichtingen. Deze combinatie leidt dan tot de volgende inrichting van het bouwproces (fig. 6).

De opdrachtgever werkt, al dan niet met behulp van een adviseur, de eisen van het ontwerp eerst uit tot een functioneel programma van eisen. Die eisen worden vervolgens in een gecoördineerd sa-

⁷⁴ Als dat inderdaad is bedoeld, vertoont de procesinrichting weer gelijkheid met het voorstel dat Janssen in 2000 deed en dat ik in de vorige paragraaf besprak.

⁷⁵ Zie Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 37.

⁷⁶ Zie Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 37: 'Ten derde zal dit kunnen leiden tot lagere aanbestedingskosten voor de bouwbedrijven. Doordat er slechts voor de eerste fase - de ontwerp-fase - een brede aanbesteding wordt georganiseerd, beperkt dit de inspanningen van bouwbedrijven om mee te kunnen doen. Voor de tweede fase is het - indien er een overeenkomst wordt bereikt over de prijs slechts de partij die de realisatie gaat uitvoeren die de tweede fase doorrekent (mijn onderstreping, C.J.)'

⁷⁷ Zie par. 4.2.2 en par. 4.3.2 over een mogelijke oplossing van deze kwestie in procesinrichting (4).

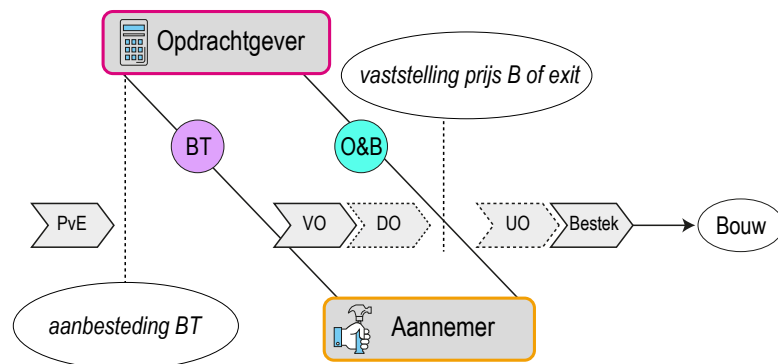


fig. 6 - bouwteam met UAV-GC

menwerkingsverband - het bouwteam - nader uitgewerkt tot een bepaald niveau, waarbij verschillende varianten mogelijk zijn. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de eisen worden uitgewerkt tot een voorlopig dan wel een definitief ontwerp. In het bouwteam zitten zowel de opdrachtgever, de ontwerpadviseur(s) als - na een daartoe gehouden aanbesteding - de aannemer. Anders dan voor procesinrichting (2) geldt, behoeven de werkzaamheden van de aannemer nu niet beperkt te blijven tot het adviseren van de andere actoren wanneer zij ontwerpkeuzes maken. De aannemer kan die keuzes nu namelijk ook zelf maken, al dan niet in samenwerking met de andere actoren.

Zodra de eisen van het ontwerp nader zijn uitgewerkt - maar die uitwerking nog niet is voltooid - krijgt de aannemer op exclusieve basis de mogelijkheid om een vaste prijs aan te bieden voor een geïntegreerde (vervolg)opdracht. Die opdracht omvat dan zowel de *verdere* uitwerking van het ontwerp - vanaf het niveau waarin zich dat op dat moment bevindt - als de bouw van het project. Wanneer de opdrachtgever en de aannemer overeenstemming over deze geïntegreerde opdracht bereiken, komt een tweede overeenkomst - een aannemingsovereenkomst - tussen hen tot stand. De aannemer voltooit vervolgens het ontwerp en gaat over tot de bouw. Voor het eventuele geval dat partijen er niet in slagen overeenstemming over de tweede overeenkomst te bereiken, voorziet de eerste (bouwteam)overeenkomst in een beëindigingsregeling.

Anders dan voor procesinrichting (2) geldt, is de onderhavige procesinrichting niet op de traditionele maar de geïntegreerde bouworganisatievorm gebaseerd. Zij voorziet er immers in dat de aannemer zelf een deel van de uitwerking van het ontwerp voor zijn rekening neemt, alvorens over te gaan tot de bouw van het project. In zoverre voldoet deze procesinrichting aan uitgangspunt (1). Voor zover de aannemer in het bouwteam ontwerpkeuzes met de opdrachtgever en of diens adviseur(s) gezamenlijk maakt, kunnen in deze procesinrichting wellicht

zelfs elementen van de hierna nog te bespreken alliantie worden ontwaard. Die samenwerking doet de procesinrichting, in samenhang met het eventuele gebruik van de Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020, ook goed scoren op uitgangspunt (2). Die Modelovereenkomst biedt namelijk een juridisch-administratief kader dat inzet op het bevorderen van de samenwerking tussen de betrokken actoren gedurende een deel van de ontwerpfase. Denkbaar is bovendien dat een meer op samenwerking gerichte houding van partijen gedurende dit deel van de ontwerpfase positief doorwerkt in de daaropvolgende ontwerp- en bouwfase.

Dat de opdrachtgever en de ontwerpende aannemer in deze procesinrichting twee opeenvolgende overeenkomsten met elkaar sluiten, doet denken aan procesinrichting (5). Daarmee is de onderhavige procesinrichting (6) echter geen verschijningsvorm van het twee-fasen-proces. Daarvoor is immers nodig dat sprake is van een duidelijke cesuur tussen de voltooiing van het ontwerp door de ontwerpende bouwer enerzijds en de start van de bouw anderzijds. Een cesuur waarbij de start van de bouw bovendien afhankelijk is gemaakt van de definitieve vaststelling - na voltooiing dus van het volledige ontwerp - van de prijs voor de bouw.⁷⁸ Aan die laatste voorwaarde wordt in de hier besproken procesinrichting niet voldaan. De vaststelling van de prijs vindt immers al plaats op een moment dat de ontwerpfase nog niet volledig is afgerond. In zoverre vertoont de onderhavige procesinrichting wat betreft haar score op de uitgangspunten (3) en (4) weer gelijkenis met de 'reguliere' geïntegreerde procesinrichting (3).⁷⁹

Mogelijk scoren procesinrichtingen (3) en (6) ook overigens vergelijkbaar op uitgangspunt (3) in het geval dat het informatierisico zich alsnog verwezenlijkt nadat partijen aan de prijs voor

⁷⁸ Zie par. 4.3.2.

⁷⁹ Ik wijs hier nog op de nuancerende kanttekening die ik in par. 4.3.1 in een voetnoot heb geplaatst.

de bouw gebonden zijn geraakt. In dat geval moet voor de juridische toerekening van de gevolgen bij procesinrichting (6) immers worden teruggevallen op de UAV-GC 2005, althans: wanneer partijen contracteren op basis van de Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020. Een kanttekening die hierbij kan worden geplaatst voor vervolgonderzoek, is de volgende. De Modelovereenkomst en de UAV-GC 2005 zullen in het hiervoor bedoelde geval in onderling verband moeten worden beschouwd om uitspraken te kunnen doen over de mate van evenwichtigheid van de verdeling van (de gevolgen van) het risico.

Wat uitgangspunt (5) betreft, doet zich bij deze procesinrichting tot slot hetzelfde probleem voor als bij procesinrichtingen (2) en (5). Het is aanbestedingsrechtelijk weliswaar mogelijk om voor wat betreft de eerste fase - de ontwerp(advies)fase - na een aanbesteding in concurrentie een overheidsopdracht aan een aannemer te gunnen, maar het is niet toegestaan om vervolgens voor de tweede fase - de voltooiing van het ontwerp en de bouw - enkelvoudig onderhands een overheidsopdracht aan diezelfde aannemer te verstrekken.⁸⁰

4.4 Procesinrichting (7): alliantie

De alliantie⁸¹ neemt als bouworganisatievorm een zelfstandige plaats in naast de traditionele en de geïntegreerde vorm.⁸² Wat die laatste twee vormen - onder andere - met elkaar gemeen hebben, is dat de (gedeeltelijke) uitwerking van de eisen van het ontwerp ófwel door de opdrachtgever (of diens adviseur) plaatsvindt, ófwel door de aannemer aan wie ook de bouw wordt opgedragen en dat de feitelijke taakverdeling zich vervolgens vertaalt naar een klassieke verdeling van juridische verantwoordelijkheden. Dat betekent dat de opdrachtgever en de aannemer ontwerpbeslissingen nimmer gezamenlijk zullen nemen, laat staan dat zij daar gezamenlijk verantwoordelijkheid voor dragen.

Voor de bouworganisatievorm alliantie is zo'n *gezamenlijke* uitwerking van het ontwerp, met bijbehorende *gedeelde* verantwoordelijkheid, nu juist een essentieel kenmerk. Wanneer zij tot die basisvorm beperkt blijft, kwalificeert zij als een ontwerpalliantie. De opdrachtgever en de aannemer kunnen echter overeenkomen dat zij ook andere procesbeslissingen gezamenlijk nemen en daar gezamenlijk verantwoordelijkheid voor dragen. Dat kan zelfs zover gaan, dat hun samenwerking het ka-

rakter krijgt van een volledige alliantie.⁸³ Nog afgezien van het feit dat het voorgaande al laat zien dat de alliantie - als bouworganisatievorm - meerdere verschijningsvormen kent, bestaat in de praktijk ook overigens een veelheid aan procesinrichtingen die aansluiten op deze vorm.⁸⁴ Het voorgaande betekent dat *de* alliantie - als bouworganisatievorm - weliswaar bestaat, maar dat van een daarop aansluitende gestandaardiseerde procesinrichting (nog) geen sprake is. Dat laat onverlet dat het wel mogelijk is om enkele veel voorkomende kenmerken te benoemen van op de alliantie gebaseerde procesinrichtingen.

Wat dan allereerst opvalt, is dat die procesinrichtingen uit lijken te gaan van een ander paradigma dan de procesinrichtingen die aansluiten bij de andere twee bouworganisatievormen. Bij een alliantie spreken partijen af op gelijke voet samen te werken om tot een gezamenlijk resultaat te komen. Zij nemen beslissingen in het bouwproces (ten dele) gezamenlijk en zijn vervolgens ook gezamenlijk verantwoordelijk voor de gevolgen daarvan. Die samenwerking leidt tot een bepaald financieel resultaat dat - afgezet tegen een vooraf vastgesteld taakstellend budget - als winst of als verlies kan worden gewaardeerd. Dat taakstellend budget is een essentieel onderdeel van de procesinrichting. Het budget is gelijk aan de verwachte totale kosten van het project. In dat budget zijn dan inbegrepen: de directe projectspecifieke kosten (loon, materiaal- en materieelkosten), de indirecte projectspecifieke (overhead)kosten (algemene bouwplaatskosten, projectverzekeringen en toezicht), een fonds voor de gezamenlijk te dragen risico's, een indexeringsvoorziening (ter dekking van mogelijke prijsstijgingen) en een fee voor de aannemer (winstmarge en algemene kostendekking). Indien de uiteindelijke totale kosten van het project minder dan wel meer bedragen dan het vooraf vastgestelde taakstellend budget, wordt het verschil tussen de opdrachtgever en de aannemer volgens een bepaalde verdeelsleutel gedeeld.⁸⁵

Wat de op de alliantie gebaseerde procesinrichtingen verder met elkaar gemeen hebben, is dat de opdrachtgever de eisen van het ontwerp tot een bepaald niveau uitwerkt en vervolgens een aanbe-

⁸³ Voorbeelden van een ontwerpalliantie zijn: Waardse Alliantie (ProRail, 2002); Bataafse Alliantie (ProRail, 2006); SAAL Zuidtak West en Oost (ProRail, 2010); Alliantie N201 (Provincie Noord-Holland, 2006). Voorbeelden van een volledige alliantie zijn: Alliantie A2 Hooggelegen (Rijkswaterstaat, 2007); Alliantie Markermeerdijken (Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier, 2015).

⁸⁴ Zie daarover meer uitvoerig Van Wassenaer in zijn bijdrage aan dit themanummer.

⁸⁵ Zie over het voorgaande ook M.B. Klijn, 'Prijsvorming bij alliantiecontracten', in: A.G. Bregman, E.M. Bruggeman, A.M.B. Chao & N. van Wijk-van Gilst (red.), *Eindafrekening met pepernoten. Voor een onbetaalbare bijdrage aan het bouwrecht and beyond* (Liber Amicorum voor M.A.B. Chao-Duivis), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019, p. 27-38.

⁸⁰ Zie par. 4.2.2 en par. 4.3.2 over een mogelijke oplossing van deze kwestie in procesinrichting (4).

⁸¹ Ik beperk mij in deze bijdrage tot de zogenoemde projectalliantie.

⁸² Zie Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 53 e.v.

steding start voor een opdracht tot realisatie van het project op basis van een ontwerpalliantie dan wel een volledige alliantie. De opdrachtgever en de inschrijver die als beste uit de bus komt, vormen na de aanbesteding een (contractuele of institutionele)⁸⁶ alliantie. Die alliantie gaat er vervolgens toe over (een deel van) de eisen van het ontwerp uit te werken. Bij een ontwerpalliantie zal de aannemer de bouw van het project vervolgens in opdracht van de alliantie uitvoeren op basis van een reguliere aannemingsovereenkomst.

Een belangrijke vraag is dan natuurlijk - ik ben daar in het voorgaande bewust aan voorbij gegaan, omdat de praktijk zo divers is - hoe belangrijke onderdelen van de procesinrichting, namelijk: de aanbesteding, het vaststellen van het taakstellend budget, het aangaan van de genoemde overeenkomst(en) en de verdere uitwerking van de eisen van het ontwerp, zich onderling in de tijd precies tot elkaar verhouden. Het lijkt erop dat de uitwerking van de ontwerp-eisen en de vaststelling van het budget twee parallel verloopende iteratieve processen zijn en dat verschillende (proces)varianten denkbaar zijn wat betreft het tijdstip waarop de definitieve vaststelling van het budget plaatsvindt. Dat kan ófwel tijdens de aanbestedingsfase plaatsvinden, ófwel daarna, ófwel deels tijdens en deels na afloop van die fase.⁸⁷

Dat in de praktijk (nog) geen gestandaardiseerde procesinrichting voorhanden is voor de alliantie, maakt het lastig om een toetsing aan de uitgangspunten uit te voeren. Wat hierna volgt is dan ook gebaseerd op de bovenstaande algemene kenmerken die de verschillende op de alliantie gebaseerde procesinrichtingen gemeenschappelijk hebben.

Een op de alliantie gebaseerde procesinrichting zal in ieder geval voldoen aan het uitgangspunt (1) dat de aannemer, aan wie de bouw van het project wordt opgedragen, bij de ontwerpfase wordt betrokken. Van alle in deze bijdrage besproken procesinrichtingen lijkt het juridisch-administratief kader dat bij de alliantie wordt toegepast de partijen bovendien het meest te prikkelen - conform uitgangspunt (2) - tot op samenwerking gericht en non-adversarieel gedrag. Dat komt mede ook doordat dat kader geheel of ten dele op een alternatief juridisch paradigma is gebaseerd. Daarmee stimuleert deze procesinrichting dat partijen het beheersen (van de gevolgen) van het informatierisico als een gezamenlijke verantwoordelijkheid beschouwen en daarnaar handelen.

Met de procesinrichting zal over het algemeen ook aan de uitgangspunten (3) en (4) kunnen worden voldaan. De mate waarin dat het geval zal

zijn, zal overigens mede afhangen van de mate waarin de eisen van het ontwerp zijn uitgewerkt op het moment dat tussen partijen gebondenheid aan het taakstellend budget ontstaat. Maar ook in het geval dat die eisen op dat moment nog verdere uitwerking behoeven, biedt de alliantie het voordeel dat met de eventuele verwezenlijking van het informatierisico in de regel rekening zal zijn gehouden bij de vaststelling van het fonds voor gezamenlijk te dragen risico's dat onderdeel vormt van het budget.

Dat brengt mij tot bij uitgangspunt (5): het aanbestedingsrechtelijk kader. Of en in hoeverre dat een probleem oplevert, is mede afhankelijk van het antwoord op de eerder gestelde vraag hoe belangrijke onderdelen van een op de alliantie gebaseerde procesinrichting zich onderling in de tijd precies tot elkaar verhouden. Juist omdat die onderlinge temporele afstemming in de praktijk op verschillende manieren lijkt plaats te vinden, ligt ook hier een mogelijk aandachtspunt voor vervolgonderzoek.

Vooruitlopend op dat onderzoek merk ik hier al vast op dat het in beginsel mogelijk moet zijn om tot een procesinrichting te komen die past binnen de kaders van het aanbestedingsrecht. Daarvoor is dan nodig dat op basis van de uitkomst van de aanbestedingsprocedure een definitieve overeenkomst tot stand komt tussen de opdrachtgever en de winnende inschrijver. In het eventuele geval dat de definitieve vaststelling van het taakstellend budget pas plaatsvindt na de totstandkoming van de overeenkomst, mag die vaststelling niet het resultaat zijn van een op dat moment nog te doorlopen onderhandelingsproces: zij dient te volgen uit een strikte toepassing van de daarop toegesnelde voorwaarden zoals die zijn vastgelegd in de aanbestedingsstukken en de inhoud van de aanbidding.⁸⁸

Waar het tot slot nog aan ontbreekt - en ook dat is een aandachtspunt voor de toekomst - is een uitgewerkt *gestandaardiseerd* juridisch-administratief kader dat de toepassing van op de alliantie gebaseerde procesinrichtingen projectonafhankelijk kan faciliteren.

5. Besluit: aandachtspunten voor vervolgonderzoek⁸⁹

Ik kom tot een afronding. Wat weten we nu? We weten allereerst dat het informatierisico altijd op de loer ligt, ongeacht de bouworganisatievorm waarvoor is gekozen. De contracteringsbeslissing van de opdrachtgever en de (al dan niet ontwerpende) aannemer zal immers altijd in meer of mindere zijn gebaseerd op aannames met betrekking tot de feitelijke toestand waarin de projectspecifieke omge-

⁸⁶ Zie Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 69-70.

⁸⁷ Zie Klijn 2016, p. 33-37.

⁸⁸ Vergelijk opnieuw procesinrichting (4), besproken in par. 4.3.2.

⁸⁹ Deze paragraaf is grotendeels ontleend aan: Jansen 2021, a.w. hoofdstuk 5.

vingsfactoren zich naar verwachting zullen bevin- den. Er bestaat nooit 100% zekerheid dat die aan- names na de totstandkoming van de overeenkomst volledig en juist zullen blijken te zijn, zelfs niet wanneer het ontwerpproces op het moment van die totstandkoming volledig is afgerond. Het infor- matierisico is een systeemkenmerk dat inherent is aan de realisatie van bouwprojecten. Wat men daar- om zou moeten proberen te doen, is de eventuele verwezenlijking van (de gevolgen van) dat risico zoveel mogelijk te beheersen met behulp van een goed doordachte inrichting van het bouwproces. Hoe zo'n procesinrichting er idealiter uit zou moe- ten zien, *dat* is het probleem dat oplossing behoeft.

Wat we verder weten, is dat er inmiddels ver- schillende procesinrichtingen ter tafel liggen waarmee mogelijk in een oplossing van het proble- em kan worden voorzien. Het is ook mogelijk gebleken, althans voor wat het merendeel van die procesinrichtingen betreft, om aan te geven wat hun feitelijke kenmerken zijn en hoe zij zich precies tot elkaar verhouden. Dat maakt verder onderzoek vanuit hetzelfde referentiekader mogelijk en zal ook het debat over die procesinrichtingen vereenvoudi- gen. Waar overigens nog wel behoefte aan bestaat, is enige verduidelijking ten aanzien van de precie- ze feitelijke kenmerken van procesinrichting (5) (twee-fasen-proces met 'instapmodel'), procesin- richting (7) (alliantie) en - in mindere mate - procesinrichting (6) (bouwteam met UAV-GC). Wat de procesinrichtingen (5) en (7) betreft, gaat het dan vooral om de vraag hoe belangrijke onderdelen daarvan - namelijk: de aanbesteding, de prijsvor- ming voor wat betreft de bouw van het project, het aangaan van de benodigde overeenkomst(en) en het proces van verdere uitwerking van de eisen van het ontwerp - zich onderling in de tijd tot elkaar verhouden. Ook is het van belang - en dat geldt dan mede ook voor procesinrichting (6) - meer inzicht te krijgen in het verloop van het prijsvormingspro- ces. Dat is vooral nodig om de procesinrichtingen beter te kunnen evalueren in het licht van het uit- gangspunt (5) dat zij niet op (te) gespannen voet mogen staan met het aanbestedingsrechtelijk kader.

Binnen de kaders van de hiervoor geschetste ken- nisbeperkingen is het ook mogelijk gebleken om op hoofdlijnen al enkele evaluatieve uitspra- ken te doen over de mate waarin de verschillende procesinrichtingen elk afzonderlijk voldoen aan de normatieve uitgangspunten. In dat verband is overigens wel het voorbehoud gemaakt dat die uit- gangspunten een voorwaardelijk karakter hebben. Het gaat vooralsnog om premissen die mogelijk on- volledig en of onjuist zijn. Of dat inderdaad zo is en, zo ja, of en in hoeverre die uitgangspunten dan moeten worden aangevuld en of verbeterd, zijn vra- gen die door middel van vervolgonderzoek dienen te worden beantwoord.

Binnen de kaders van het hiervoor gemaakte voor- behoud is het vervolgens mogelijk om op basis van de voorlopige evaluatieve uitspraken die voor de afzonderlijke procesinrichtingen zijn gedaan, enkele uitspraken te doen over hoe zij ten opzichte van elkaar lijken te scoren. Dat maakt verder onder- zoek en debat mogelijk wat betreft de vraag wel- ke procesinrichtingen voldoende interessant lijken voor een nadere verkenning en verdere uitwerking, met het oog op de eventuele toepassing daarvan in de praktijk.

Uitgaande van de wenselijkheid dat een procesin- richting in ieder geval zou moeten faciliteren dat de aannemer, aan wie ook de bouw van het pro- ject wordt opgedragen, zoveel mogelijk óók bij het ontwerp van dat project wordt betrokken, zou procesinrichting (1) (klassieke driehoek) nu niet die- nen te worden geprioriteerd voor verder onderzoek. Dat laat onverlet dat vervolgonderzoek naar andere procesinrichtingen inzichten kan opleveren waar- mee ook procesinrichting (1) zou kunnen worden verbeterd.⁹⁰

Uitgaande van de wenselijkheid dat een procesin- richting in ieder geval zou moeten faciliteren dat de opdrachtgever en de (ontwerpde) aannemer - op het moment dat gebondenheid tussen hen ontstaat wat betreft de voor de bouw verschuldig- de prijs - over voldoende mate van zekerheid beschikken dat (de gevolgen van) het informatierisico voldoende is beheerst of nog zal kunnen worden beheerst, zou procesinrichting (3) (UAV-GC) evenmin voor verder onderzoek dienen te worden geprioriteerd. Er zijn andere procesinrichtingen die hogere ogen gooien wat dit uitgangspunt be- treft. Dat zijn de procesinrichtingen (2) (traditio- neel bouwteam), (4) (twee-fasen-proces met 'uit- stapmodel'), (5) (twee-fasen-proces met 'instap- model') en (6) (bouwteam met UAV-GC) die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat sprake is van een duidelijke cesuur tussen de voltooiing van het ontwerp enerzijds en de start van de bouw anderzijds. Die cesuur houdt in dat de start van de bouw afhankelijk is gemaakt van de uitkomst van het prijsvormingsproces met betrekking tot de bouw: dat proces vindt pas na voltooiing van het volledige ontwerp plaats. Een verschil tussen procesinrichting (4) en de procesinrichtingen (2), (5) en (6) is dan overigens wel dat bij procesinrichting (4) geen *prijsvorming* maar *prijsvaststelling* plaats- vindt.⁹¹ Een verschil tussen procesinrichting (6) en de procesinrichtingen (2), (4) en (5) is dat bij procesinrichting (6) prijsvorming plaatsvindt op enig

⁹⁰ Dat geldt uiteraard voor alle procesinrichtingen. Zie hierover ook de afsluitende bijdrage die ik met Bruggeman voor dit themanummer schreef.

⁹¹ Zie par. 4.3.2.

moment *gedurende* het ontwerpproces en niet pas na voltooiing daarvan.⁹²

Dat de procesinrichtingen (1) en (3) niet voor verder onderzoek zouden moeten worden geprioriteerd, laat onverlet dat dit nu precies de procesinrichtingen blijken te zijn die goed inpasbaar zijn in het bestaande aanbestedingsrechtelijk kader. Ook overigens is het zo dat de toepassing van die procesinrichtingen – en dat geldt ook voor procesinrichting (2) – wordt gefaciliteerd door uitgebreide juridisch-administratieve kaders. En daar lijkt nu precies een behoefte te liggen wat de overige procesinrichtingen betreft.

Zeker wat de procesinrichtingen (2), (5), (6) en (7) betreft, is meer onderzoek nodig ter beantwoording van de vraag of en hoe zij het beste kunnen worden ingepast in het aanbestedingsrechtelijk kader. Meer in het bijzonder gaat het dan natuurlijk vooral om de vraag hoe een vroegtijdige – al dan

niet contractuele – gebondenheid van de opdrachtgever en de ontwerpende aannemer aanbestedingsrechtelijk kan worden verenigd met een uitgestelde prijsvorming voor de bouw van het project. Wat de procesinrichtingen (4), (5) en (7) betreft, bestaat bovendien behoefte aan meer concrete handvatten om te komen tot juridisch-administratieve kaders die de doelmatigheid van deze procesinrichtingen kunnen faciliteren.

De bovenstaande aandachtspunten voor vervolgonderzoek zijn voorgelegd aan Bleeker, Huith, Chao en Van Wassenaer, die ieder één van de procesinrichtingen (4), (5), (6)⁹³ en (7) aan een nader onderzoek hebben onderworpen. De resultaten van dat onderzoek volgen hierna in dit themanummer. Het themanummer wordt afgesloten met een bijdrage die ik met Bruggeman schreef en waarin wij reflecteren op de bevindingen. ●

⁹² Zie par. 4.3.4.

⁹³ Bezien in samenhang met procesinrichting (2).