

VU Research Portal

Naar een coherent aanbestedings- en juridisch-administratief kader voor de bouw: voorstel voor een routekaart

Jansen, C.E.C.; Bruggeman, E.M.

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., & Bruggeman, E. M. (2021). Naar een coherent aanbestedings- en juridisch-administratief kader voor de bouw: voorstel voor een routekaart. *Tijdschrift voor Bouwrecht*, 2021(8), 774-787. [2021/99].

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

Naar een coherent aanbestedings- en juridisch-administratief kader voor de bouw: voorstel voor een routekaart

– Prof. mr. dr. E.M. Bruggeman en prof. mr. C.E.C. Jansen¹

1. Inleiding

Bouwprocessen kunnen op veel verschillende manieren worden georganiseerd en ingericht. De ideale bouworganisatievorm² met bijbehorende procesinrichting bestaat dan ook niet: elk bouwproject vraagt immers om maatwerk. Hoe een bouwproces het beste kan worden georganiseerd en ingericht, zal telkens opnieuw afhangen van de omstandigheden van het geval: wat zijn de projectdoelstellingen die de opdrachtgever wil realiseren, welke belangen zijn er in het geding en wat is de verdere context van het project in kwestie?³ Het voorgaande laat onverlet dat een aantal van de maatwerkoplossingen die in de loop der tijd zijn ontwikkeld en veelvuldig zijn toegepast en verfijnd, inmiddels zijn uitgegroeid tot standaardoplossingen. Wij doelen hier natuurlijk op de traditionele en de geïntegreerde bouworganisatievorm en de daarop gebaseerde procesinrichtingen.⁴

Eerder onderzoek heeft uitgewezen dat het mogelijk is om op basis van een uitgebreide set van afwegingsfactoren tot een beredeneerde keuze te komen voor de toepassing van een bepaalde bouw-

organisatievorm in het concrete geval.⁵ Gegeven die keuze zijn vervolgens logische, daarop afgestemde vervolgbeslissingen geïndiceerd ten behoeve van de verdere inrichting van het bouwproces.⁶ Ook wat die vervolgbeslissingen betreft, gaat het dan in de regel om een keuze uit een aantal gestandaardiseerde opties. Te denken valt aan de keuze van het niveau waarop de eisen van het ontwerp zijn uitgewerkt, alvorens tot aanbesteding van de opdracht tot realisatie van het project over te gaan, de keuze van de aanbestedingsprocedure, de keuze van het gunningscriterium en de keuze van de contractvorm. Wat die laatste keuze betreft, doelen we uiteraard op de UAV 2012 (traditionele bouworganisatievorm) en de UAV-GC 2005 (geïntegreerde bouworganisatievorm).⁷

De meeste van de hiervoor bedoelde gestandaardiseerde procesbeslissingen neemt de opdrachtgever al tijdens (de voorbereiding van) de aanbestedingsfase. Daarnaast zullen hij en de overige bij het bouwproces betrokken actoren ook aanvullende, niet-gestandaardiseerde projectspecifieke beslissingen nemen, zowel tijdens de aanbestedingsfase en de ontwerpfase als tijdens de bouwfase. Hier valt in het bijzonder te denken aan beslissingen die zien op de onderlinge samenwerking, communicatie, in het bijzonder het uitwisselen van informatie, allemaal met het oog op het realiseren van de met het project beoogde doelstellingen en belangen. De actoren zullen al deze projectspecifieke beleidsbeslissingen nemen binnen de ruimte die hen daarvoor wordt

¹ Evelien Bruggeman is hoogleraar bouwrecht aan de TU Delft en tevens directeur van het Instituut voor Bouwrecht. Chris Jansen is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij is tevens raadsheer-plaatsvervanger in de gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag.

² Zie over het begrip 'bouworganisatievorm' Commissie Aanbesteden voor de Bouw, *Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten*, Gouda: Regieraad Bouw 2009 (hierna verkort: *Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten* 2009), p. 42-43: 'Voor elk bouwproces geldt dat er een aantal taken (...) zal moeten worden verricht (...). De aanbesteder kan de uitvoering van en de verantwoordelijkheid voor de (...) taken op verschillende manieren (...) verdelen. Afhankelijk van de wijze waarop hij dat doet, is er sprake van een bepaalde bouworganisatievorm.'

³ *Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten* 2009, p. 71.

⁴ *Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten* 2009, p. 57-64. In deze publicatie wordt het bouwteam als een verschijningsvorm van de traditionele bouworganisatievorm beschouwd.

⁵ *Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten* 2009, p. 73-101.

⁶ De *Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten* 2009 werkt dit uitvoerig uit. Zie bijvoorbeeld op p. 106 (vraagspecificatie), p. 139 (contractvorm) en p. 161 (aanbestedingsprocedure).

⁷ Zie over het begrip 'contractvorm' *Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten* 2009, p. 134: 'De contractvorm betreft de juridische vastlegging van de contractuele afspraken die tussen de deelnemers [aan het bouwproces, red.] zijn gemaakt' en op p. 136: 'Het contract [...] behelst in de regel zowel technische als juridisch-administratieve voorwaarden.'

geboden door een tweetal kaders.⁸ Het eerste kader behelst de dwingendrechtelijke aanbestedingswetgeving. Het tweede kader omvat de hiervoor al genoemde beslissingen die de opdrachtgever in eerder stadium van het proces heeft genomen. Hier valt in het bijzonder te denken aan de keuze voor de juridisch-administratieve voorwaarden die tijdens de (ontwerp- en) bouwfase van toepassing zullen zijn.

Met de kennis van nu kan voorzichtig worden geconstateerd dat de gestandaardiseerde procesinrichtingen (gebaseerd op de traditionele en de geïntegreerde bouworganisatievorm), zoals die tot op heden zijn ontwikkeld, de bij een bouwproces betrokken actoren niet optimaal faciliteren in het realiseren van de met dat proces beoogde doelstellingen en belangen. Deze constatering betreft in het bijzonder de geïntegreerde procesinrichting. Jansen werkt dat uit in zijn bijdrage aan dit themanummer, waarin hij die procesinrichting aan een kritische analyse onderwerpt.

Het vertrekpunt dat Jansen voor zijn analyse kiest, is de verwezenlijking van het zogenoemde informatierisico: na de totstandkoming van de overeenkomst blijkt dat (voorgenomen) ontwerpkeuzes zijn gebaseerd op een onjuiste en of onvolledige perceptie van de bestaande toestand van belangrijke projectspecifieke omgevingsfactoren.⁹ Hier valt bijvoorbeeld te denken aan de geotechnische bodemgesteldheid en de staat waarin bestaande gebouwen en infrastructurele werken in de directe nabijheid van het project verkeren. Het informatierisico is niet een risico dat typisch is voor de *geïntegreerde* procesinrichting: het is een systeemkenmerk dat inherent is aan de realisatie van elk bouwproject, ongeacht de gekozen bouworganisatievorm en de daarbij bijbehorende procesinrichting. Wanneer het informatierisico zich onverhoopt verwezenlijkt, vormt dat dikwijls de aanleiding tot een keten van problematische gebeurtenissen die uiteindelijk tot gevolg kunnen hebben dat de met het bouwproces beoogde doelstellingen en belangen onvoldoende worden gerealiseerd. Een optimale - bij voorkeur preventieve - beheersing van (de gevolgen van) het informatierisico vormt daarmee een belangrijke sleutel tot een doelmatige en succesvolle realisatie van projecten, aldus Jansen.¹⁰ Daarvoor is dan wel

nodig dat de betrokken actoren tijdens alle fasen van het bouwproces de daarvoor benodigde beleidsbeslissingen (kunnen) nemen en ook voor het overige wenselijk gedrag (kunnen) laten zien. En dat lijkt - niettegenstaande eerdere inspanningen die zijn geleverd om de actoren daarin te faciliteren¹¹ - nog niet in alle gevallen te gebeuren.

Het is wat dat betreft een teken aan de wand dat de afgelopen jaren tal van ontwikkelingen zijn geïnitieerd waarmee een aanpassing wordt beoogd van de bestaande, met name geïntegreerde procesinrichtingen.¹² De (nieuwe) procesinrichtingen die aldus zijn (en nog worden) ontwikkeld, zijn in dit themanummer geanalyseerd en vergeleken met de al langer bestaande procesinrichtingen. Uit die analyses blijkt niet alleen dat alle procesinrichtingen ieder afzonderlijk voor verbetering vatbaar zijn, maar ook dat zij wat dat betreft onderling van elkaar zouden kunnen 'leren'. Wat verder blijkt, is dat een aantal van de procesinrichtingen ons niet alleen iets te bieden heeft als het gaat om een betere beheersing van het door Jansen onderzochte informatierisico, maar dat zij ook inzichten bieden die kunnen bijdragen aan het voorkomen en beheersen van (de gevolgen van) *andere* problemen die zich bij de realisatie van bouwprojecten kunnen voordoen en die niet direct verband houden met dat informatierisico.¹³ Te denken valt bijvoorbeeld aan het probleem dat de betrokken actoren een verschillende uitleg geven aan de door de opdrachtgever gestelde eisen, of dat de opdrachtgever zich te laat realiseert hoe die eisen zouden moeten luiden en op basis van voortschrijdend inzicht tot een bijstelling daarvan besluit. Een ander probleem betreft het verschil van inzicht over de vraag of de door de opdrachtnemer gekozen technische oplossingen voldoen aan de eisen van de opdrachtgever.

Wat de bijdragen aan dit themanummer tot slot echter uitwijzen, is dat er wat de verbetering van de verschillende (oude en nieuwe) procesinrichtingen betreft vooral behoefte is aan verduidelijking, uitwerking, verdieping van maar ook herbezinning op de eerdergenoemde kaders waarbinnen de bij een bouwproces betrokken actoren hun projectspecifieke beleidsbeslissingen zullen moeten nemen: de aanbestedingsrechtelijke en de juridisch-administratieve kaders. Dat vraagt om

8 Regieraad Bouw, *Sleutelpublicatie: Beter aanbesteden in de bouw. Regels bieden ruimte voor kwaliteit, efficiency en innovatie*, Gouda: Regieraad Bouw 2006, p. 27.

9 C.E.C. Jansen, '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', *TBR 2021/94*, (hierna verkort: Jansen TBR 2021/94) par. 2 en meer uitvoerig C.E.C. Jansen, *Herbezinning op de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde projecten: 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 (hierna verkort: Jansen 2021), par. 1.3.4, 1.4 en 2.3.3.

10 Jansen 2021, a.w. par. 2.4.4 en Jansen TBR 2021/94, par. 2.3.

11 Te denken valt aan o.a. de Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, in het bijzonder het daarbij behorende 'Overzicht Aanbevelingen': Commissie Aanbesteden voor de Bouw, *Overzicht Aanbevelingen. Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009*, Gouda: Regieraad Bouw 2009. Zie verder bijvoorbeeld: *Leidraad Aanbesteden van Geïntegreerde Contracten*, Gouda: CROW 2006; *Risico's & Aanbesteden: een praktische handreiking voor het verdelen van risico's in het aanbestedingstraject*, Gouda: CROW 2008.

12 Wij doelen hier op de introductie van het zogenoemde 'twee-fasen-proces', de hernieuwde belangstelling voor bouworganisatievormen als het bouwteam en de alliantie en de voorgenomen herziening van de UAV-GC 2005.

13 Vgl. Jansen 2021, a.w. par. 1.4 en Jansen TBR 2021/94, par. 2.2..

een coherente benadering van die kaders voor *alle* procesinrichtingen.

In deze bijdrage stellen wij een routekaart voor om te komen tot zo'n coherent stelsel van aanbestedings- en juridisch-administratieve kaders. Die kaders zouden een zodanige vorm en inhoud moeten hebben, dat zij de actoren bij een bouwproces beter faciliteren in het nemen van zowel doelmatige als rechtmatige procesbeslissingen, ongeacht de gekozen bouworganisatievorm. De stip op de horizon zou een suite van procesinrichtingen kunnen zijn, met coherente aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden. Dat is op dit moment echter nog een vergezicht.

In het geval dat de bouw(recht)gemeenschap het erover eens dat aan een coherent stelsel als hiervoor bedoeld behoefte is, is het vervolgens van belang om met elkaar van gedachten te wisselen over wie welke rollen zou moeten vervullen om tot dergelijk stelsel te komen. In de laatste paragraaf van deze bijdrage bespreken wij dan ook de randvoorwaarden die volgens ons van belang zijn om tot breed gedragen stelsel van coherente aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden te komen en deze ook blijvend tot een succes te maken.

Deze bijdrage bevat, zoals gezegd, een eerste aanzet tot een routekaart om tot een dergelijk stelsel te komen. Wij onderscheiden in dat verband drie stappen. Stap 1 biedt een voorlopig inzicht in de mogelijke vorm en inhoud van een toekomstig stelsel van aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden die nodig zijn voor de verschillende bouworganisatievormen (par. 2). In stap 2 gaan wij in op de vraag waarom het tot op heden nog niet van zo'n stelsel is gekomen. Wij denken dat het goed is om bij het verleden stil te staan en om daarvan te leren, alvorens te besluiten daadwerkelijk aan de slag te gaan met het ontwikkelen van het beoogde stelsel (par. 3). Tot slot bespreken wij in stap 3 hoe dat ontwikkelingsproces eruit zou kunnen zien. In dat kader gaan wij ook in op de in onze ogen noodzakelijke randvoorwaarden voor dat proces (par. 4).

2. Stap 1 - Naar een coherent stelsel van aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden

2.1 De jarenlange roep om verandering

Zoals ook uit het openingsartikel van dit themanummer blijkt, wordt al decennia gesproken over een andere *wijze* van aanbesteden en contracteren en een andere inhoud van bouwcontracten en - in het verlengde daarvan - over het in coherente samenhang met elkaar ontwikkelen van verschillen-

de contractvormen. Dat is niet alleen al opgemerkt in het VBR preadvies van 2001 van Jansen¹⁴, het is ook een van de belangrijkste conclusies van het in 2007 verschenen PSIBouw rapport.¹⁵ Ook het in 2007 verschenen VBR preadvies van Van Wassenauer en Thomas geeft dezelfde boodschap af.¹⁶ Aanleiding voor dat preadvies was een artikel in het Financiële Dagblad met de pakkende kop 'Weg met alle achterhaalde contracten in de bouwsector'.¹⁷ Zeer recent was ook de wens 'om maar helemaal opnieuw te beginnen' te horen, en wel tijdens de IBR Expertmeeting in het kader van de consultatieve versie van de UAV-GC 2020.¹⁸

Naast de wat radicalere roep om nieuwe voorwaarden of een nieuw stelsel, wordt ook al geruime tijd gesproken over het op elkaar en op de wet afstemmen van de *bestaande* juridisch-administratieve voorwaarden. Dit komt onder andere tot uitdrukking in de bewegredenen voor een aantal herzieningsrondes van de UAV, beknopt weergegeven door Chao-Duivis in het kader van 50 jaar IBR

¹⁴ C.E.C. Jansen, *Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructurale projecten* (VBR preadvies nr. 29), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2001.

¹⁵ 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, p. 24, p. 113 en p. 365: 'De roep om nieuwe gestandaardiseerde contractvormen, leent zich er uitstekend voor om te komen met een geheel nieuw innerlijk consistent privaatrechtelijk bouwcontractenrecht. Dat er verschillende modellen nodig zijn, spreekt voor zich, maar waarom niet een stap verder gezet? De tijd lijkt rijp om te komen tot een geïnformeerd systeem van alle privaatrechtelijke bouwcontracten met gelijklopende begrippen en waarbij rekening gehouden wordt met het voortschrijdende inzicht op het gebied van risico-verdeling, communicatiebehoeften, beprijzingsmethodieken, onderlinge verhoudingen, geschilbeslechting etc. In dit systeem wordt de variatie gevormd door de andere verdeling van de werkzaamheden en de daarbij behorende aansprakelijkheid. Niet ieder werk leent zich immers voor een traditionele benadering of een alliantie-achtige benadering, maar binnen die contracten zou de taal gelijklopende moeten zijn en de inzet gericht op het voorkomen van geschillen. Het pleidooi kan samengevat worden in de titel: naar een fundamentele herziening van het bouwcontractenrecht.' Het rapport is te vinden op: <https://www.ibr.nl/psib_v310/> en uitgebreid besproken in C.E.C. Jansen, 'Naar een permanente commissie voor coherente juridisch-administratieve voorwaarden in de bouw', 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. 687 e.v.

¹⁶ A.G.J. van Wassenauer & C.H.J. Thomas, www.werkinuitvoering21.com, *Interactief naar een nieuwe generatie bouwcontracten* (VBR preadvies), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2008. In het voorwoord van hun preadvies spreken Van Wassenauer en Thomas de hoop uit bij te dragen aan een nieuwe 'derde generatie bouwcontracten', die voldoet aan de eisen en inzichten van deze tijd; samen bouwen volgens de in het preadvies te bespreken mantra. De mantra luidt: 'bouwen binnen budget, op tijd, ten minste in overeenstemming met de bedoelde kwaliteit, geschillenvrij en met zo min mogelijk hinder aan de omgeving', zie Van Wassenauer & Thomas 2008, p. 1-3.

¹⁷ Van Wassenauer & Thomas 2008, p. ix.

¹⁸ Zie voor het verslag waaruit deze algehele tendens blijkt, maar waarin niet het letterlijk dit citaat is opgenomen: E.M. Bruggeman & A.G.J. van Wassenauer, 'Verslag Expertmeeting Herziening UAV-GC - 15 maart 2021', *TBR* 2021/54, p. 382-407.

en 50 jaar UAV.¹⁹ Jansen sprak in 2004 al de wens uit die uniformering vorm te geven door de UAV op te laten gaan in de UAV-GC²⁰, en nuanceerde dat standpunt in 2014 in zijn Tilburgse intreerede, waarin hij wel pleitte voor verregaande afstemming van die voorwaarden.²¹

De roep om een *coherent* juridisch-administratief stelsel van voorwaarden, met oog voor een andere aanpak en inhoud dan die in onze traditionele “conflictmodellen”²², is niet alleen al ouder dan dit themanummer, hij is ook niet uniek voor Nederland. In het Verenigd Koninkrijk is de wens om tot een andere manier van samenwerken en een andere inhoud van contracten te komen eveneens al decennia onderwerp van gesprek²³, wat mede heeft bijgedragen aan de totstandkoming en het succes van de NEC-suites.

Hoe zouden die nieuwe voorwaarden nu concreet kunnen worden opgebouwd? En op welke inhoudelijke uitgangspunten zouden zij moeten zijn gebaseerd? Allereest volgt een voorzet voor het eerste: de vorm van die voorwaarden (par. 2.2). Daarna zeggen wij zeer kort iets over de inhoud daarvan (par. 2.3). Tot slot maken wij nog enkele nuancerende opmerkingen over de relatieve waarde van aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden (par. 2.4).

2.2 Naar een modulaire set aan voorwaarden

De kern van de aan dit artikel voorafgaande bijdragen is dat de daarin beschreven bouworganisatievormen met bijbehorende procesinrichtingen allen elementen bevatten die kunnen bijdragen aan een succesvolle samenwerking in een bouwproject met zo min mogelijk faalkosten, niettegenstaande dat zij allen te kampen hebben met de uitdaging om (de gevolgen van) het inherente informatierisico zo veel mogelijk te beheersen.²⁴ Sommige procesinrichtingen zijn naar hun aard en vorm meer

gericht op het doorbreken van impasses en het omgaan met onbekendheden (bouwteam, alliantie, verschijningsvormen van het twee-fasen-proces), dan andere. Andere procesinrichtingen bevatten op hun beurt *inhoudelijke elementen* die kunnen bijdragen aan optimalisatie van het proces. Vast staat dat niet elke onderzochte procesinrichting in alle gevallen optimaal is, en dat niet elk inhoudelijk element daarvan in alle gevallen even veel bijdraagt aan een goede afloop. Om als echte juristen te spreken: ‘alles hangt af van de omstandigheden van het geval’. Steeds zal dan ook van geval tot geval bekeken moeten worden welke bouworganisatievorm het meest geschikt is, hoe de aanbestedings-, ontwerp- en uitvoeringsfase het beste kunnen worden ingericht en welke procesbeslissingen de actoren in dat kader het beste kunnen maken, met inbegrip van de keuze van de toe te passen aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden.

Mede hierdoor ontstaat steeds meer de behoefte aan voorwaarden die zowel ‘flexibel’ als ‘standaard’ zijn. Dat geldt in het bijzonder ten aanzien van de juridisch-administratieve voorwaarden: de behoefte aan uniformiteit en flexibiliteit en de mogelijkheid tot maatwerk binnen het bouwcontractrecht en binnen de keten aan contracten lijkt door de toegenomen complexiteit van projecten en de toename van contractspartijen alleen maar groter te worden. Als het gaat om oplossingen die kunnen bijdragen aan de behoefte aan zowel standaardisatie als flexibiliteit, kunnen twee complementaire sporen worden onderscheiden. Enerzijds het hanteren van een set aan contracten, een ‘suite of contracts’, of zoals dat in het PSIBouw rapport uit 2007 al werd genoemd, een ‘geüniformeerd systeem van alle privaatrechtelijke bouwcontracten’. Anderzijds een modulaire opbouw van die contracten binnen de set.²⁵

Het gaat in het voorstel in deze routekaart uitdrukkelijk niet om het tot stand brengen van één set van uniforme juridisch-administratieve voorwaarden, geschikt voor elke bouworganisatievorm,²⁶ maar om een aantal parallel aan elkaar te ontwikkelen voorwaarden die voor verschillende typen contractverhoudingen binnen verschillende bouworganisatievormen bruikbaar zijn en waarin

19 M.A.B. Chao-Duivis, ‘50 jaar UAV: 1968-1989-2012-2018’, *TBR* 2019/2, par. 2.3 en 2.5.

20 C.E.C. Jansen, ‘Laat de UAV maar opgaan in de UAV-GC’, *Cobouw* 11 maart 2004.

21 C.E.C. Jansen, *Een werk tot stand brengen. Over de integratie van de UAV in de UAVgc* (inaugurele rede) Tilburg: Tilburg University Press 2014, p. 37-39. Zie ook zijn in 2014 voor de Vereniging voor Bouwrecht gehouden jaarrede ‘Coherentie en integratie van juridisch-administratieve voorwaarden in de bouw’, *TBR* 2015/38, p. 212-213 en Jansen 2019.

22 G.J. Huith, ‘Waarde creëren door veranderende rollen!’, 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. 249-264.

23 Zie o.a. de ontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk als gevolg van de Latham en Egan reports: M. Latham, *Constructing the Team. Final report of the government/industry review of procurement and contractual arrangements in the UK construction industry*, Richmond: HMSO 1994; J. Egan, *Rethinking construction. The report of the construction task force*, Richmond: HMSO 1998.

24 Zie daarover de inleiding van deze bijdrage.

25 O.a. ook: Van Wassenaer & Thomas 2008, par. 1.12; L.P.I.M. Hombergen, ‘Iene Miene Mutte. Over de tools om een beter doordachte contractkeuze te maken voor het project: modulair contracteren’, 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. 681-686; Jansen 2014, par. 7.

26 Zie ook Jansen 2014, p. 39.

een modulair systeem van voorwaarden leidt tot een gestandaardiseerd doch flexibel keuzemenu.²⁷

Het door ons beoogde stelsel zou bovendien kaders moeten omvatten – wij spreken hier gemakshalve eveneens van ‘voorwaarden’ – voor de aanbesteding van de verschillende typen contractverhoudingen. Met dergelijke voorwaarden doelen wij overigens nadrukkelijk *niet* op het aanbestedingsrechtelijk kader, waarmee de wetgever immers enkel en alleen stuurt op de *rechtmatige* gunning van bouwopdrachten.²⁸ Wij hebben hier het oog op voorwaarden die de betrokken actoren reeds tijdens de aanbestedingsfase faciliteren tot het nemen van *doelmatige* procesbeslissingen, vergelijkbaar met de functie die de juridisch-administratieve voorwaarden tijdens de ontwerp- en uitvoeringsfase vervullen. Uiteraard dienen de voor de verschillende typen contractverhoudingen te ontwikkelen aanbestedingsvoorwaarden complementair te zijn aan de bijbehorende juridisch administratieve voorwaarden.

Het gebruik van een voorwaardenset die als het ware een keuzemenu bevat van diverse op elkaar afgestemde aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden (denk aan terminologie, opbouw en inhoud), die zowel sectorbreed als bij (een netwerk aan) bilaterale contracten terminologische en inhoudelijke eenduidigheid bieden, draagt bij aan een vermindering van de kans op conflicten door o.a. het slecht doorleggen van verantwoordelijkheden, of interpretatieverschillen.

Naast de voordelen die standaardisatie van voorwaarden biedt, verschaft het modulaire karakter binnen zo'n set aan voorwaarden de gewenste flexibiliteit. Het geeft de mogelijkheid projectspecifiek, doch gestandaardiseerd keuzes te maken voor een bepaalde contractinhoud en zet aan tot proactief aanbesteden en contracteren.²⁹

Het idee is, zoals gezegd, niet nieuw, integendeel, het is in de literatuur meermaals geopperd³⁰ en ook Fidic en NEC werken al jaren (succesvol) op deze wijze. Het lijkt enkel zo te zijn dat het idee (nog) geen concrete uitwerking heeft gevonden in Nederland.³¹

2.3 Inhoud van de te ontwikkelen voorwaarden

De tweede vraag die beantwoord moet worden is wat de inhoud zou moeten zijn van die nieuwe aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden. Uit het openingsartikel van dit themanummer lijkt de behoefte met betrekking tot die inhoud reeds te kunnen worden opgemaakt. Samengevat komt het neer op een behoefte om zoveel mogelijk weg te blijven van voorwaarden die zijn gebaseerd op wat Jansen het klassiek juridisch paradigma noemt en die Huith als conflictmodellen ziet.³² Die behoefte blijkt niet alleen uit een keuze voor of zoektocht naar andere, niet klassieke samenwerkings- of organisatievormen (denk aan de recente herijkingen van het bouwteam, de aandacht voor de alliantie en de ontwikkeling van verschillende verschijningsvormen van het twee-fasen-proces), maar ook uit worstelingen om tot een andere inhoud van voorwaarden te komen.

Om de gewenste inhoud van een ideale set aan voorwaarden te kunnen bepalen, kan aansluiting worden gezocht bij de (niet limitatieve) uitgangspunten die zijn opgenomen in het openingsartikel:³³ (1) de bouwaannemer dient zoveel mogelijk bij de ontwerpfase te worden betrokken; (2) partijen dienen in alle fasen van het bouwproces zoveel mogelijk te worden geprikkeld tot op samenwerking gericht, non-adversarieel gedrag; (3) alvorens prijsbinding ontstaat, dient er voldoende zekerheid te bestaan over de beheersing van het informatierisico, waarbij geldt dat de gevolgen van dat risico ook overigens contractueel evenwichtig dienen te zijn belegd; en (4) de met de risicobeheersing gemoeide kosten dienen zoveel mogelijk het karakter van preventiekosten te hebben.

27 In lijn met het voorstel van M.A.B. Chao-Duivis in het artikel 'IBR verbolgen over visie Jansen op UAV-herziening', Cobouw 16 maart 2004/9 en M.A.M.C. van den Berg, 'Renovatie van een Kroonjuweel', BR 2004/9, p. 735 en zoals ook voorgesteld als één van de twee opties door Jansen 2014, die stelt dat daarmee in veel gevallen tot dezelfde regels kan worden gekomen voor verschillende contractverhoudingen binnen de diverse bouworganisatievormen.

28 Vgl. ook C.E.C. Jansen, 'Over het vermeend dilemma tussen de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop', TA 2018/61, p. 27-35.

29 Zie over de noodzaak tot proactief contracteren ook par. 2.3 van M.A.B. Chao-Duivis, *Het Bouwteam model*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2012. Kort ook: E.M. Bruggeman, *Juridische aspecten van werken met BIM*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2020, par. 6.3 e.v.

30 In het preadvies van Van Wassenaer en Thomas uit 2008 wordt ook al gesproken over een modulaire opzet van bouwcontractmodellen: 'De vraag die rijst is of er niet behoefte zou bestaan aan een modulaire set van contractvormen die voor diverse bouwprocesmodellen kan worden aangepast, waarbij een keuze kan worden gemaakt uit verschillende betalingsregimes, en waar - afhankelijk van aard, omvang en complexiteit van het project - gelegenheid bestaat om een keuze te maken uit verschillende organisatiestructuren, verzekeringsvormen, geschillenbeslechtingsopties en prestatieprikkels. Waar met andere woorden de concepten door elkaar lopen en steeds gezocht kan worden naar het voor de desbetreffende bouwprocesvorm meest optimale samenwerkingsmodel. Het door schrijvers dezes (en door de deelnemers aan www.werkinuitvoering21.com) volmondig gegeven antwoord is: ja!'

31 Men kan zich afvragen waarom dat zo is. Wellicht geeft par. 3 hier een begin van een antwoord op.

32 Jansen TBR 2021/94, par. 2.3 en uitvoeriger Jansen 2021, a.w. par. 2.4.3.

33 Jansen TBR 2021/94, par. 3; zie ook Jansen 2021, a.w. hoofdstuk 3.

Aan deze uitgangspunten kan worden voldaan door de betrokken actoren gedurende de verschillende fasen van het bouwproces, ongeacht de bouworganisatievorm, over tal van zaken procesbeslissingen te laten nemen die bijdragen aan een optimaal projectresultaat met zo min mogelijk faalkosten. Voor zover men dergelijke beslissingen wil standaardiseren, moet dat dus in de aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden gebeuren. Voor zover men het nemen van beslissingen wenst over te laten aan de beleidsvrijheid van de betrokken actoren zelf, zullen zij daar anderszins in moeten worden ondersteund.³⁴

Voor beide benaderingen geldt dat het vaststellen van de precieze inhoud van de voorwaarden en leidraden kan worden vergeleken met het draaien aan 'knoppen': afhankelijk van hoe men bijvoorbeeld in de juridisch-administratieve voorwaarden aan een bepaalde 'knop' draait, zal men er in meer of mindere mate in slagen een gewenste gedragsprikkel naar de betrokken contractpartij uit te sturen die tot gevolg heeft dat die partij een zodanige procesbeslissing neemt dat daarmee aan een of meer van de genoemde uitgangspunten kan worden voldaan.³⁵ Uiteraard zal het draaien aan de verschillende knoppen steeds in onderlinge samenhang moeten worden gezien.³⁶ Dat draaien aan 'knoppen' vindt overigens zijn begrenzing in het aanbestedingsrechtelijk kader: men kan de betrokken actoren immers niet prikkelen tot het nemen van procesbeslissingen die weliswaar in lijn zijn met de hiervoor genoemde uitgangspunten, maar die op gespannen voet staan met de beginselen en regels van het aanbestedingsrecht.³⁷ Om in de metafoor van de knoppen te blijven: het draaien aan de genoemde vier knoppen, wordt begrensd door de stand waarin de 'knop' van het aanbestedingsrecht' staat.

In de in het openingsartikel genoemde uitgangspunten liggen belangrijke thema's besloten, zoals: betrokkenheid van de aannemer in de ontwerpfase, samenwerking, risico(ver)deling en prijsvorming. Deze thema's en uitgangspunten zijn uitgebreid aan bod gekomen in de voorafgaande bijdragen, waarbij dankbaar gebruik is gemaakt van publicaties en observaties van een groot aantal juristen die

zich al jaren met deze problematiek bezig houden.³⁸ Tijdens het congres op 22 september 2021 hopen wij de uitgangspunten en de daarin besloten liggende thema's verder aan te vullen en uit te werken: dit themanummer geeft wat dat betreft dus slechts een eerste aanzet. In de voorgaande bijdragen is ook ingegaan op de vraag hoe bij de vormgeving van de inhoud van de aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden het beste aan de hiervoor genoemde 'knoppen' zou kunnen worden gedraaid, teneinde daarmee 'sturing' van de gewenste inrichting van het totale bouwproces op de verschillende uitgangspunten te bewerkstelligen. Ook over die vraag zouden wij tijdens het congres graag verder van gedachten willen wisselen.

2.4 De waarde van voorwaarden is relatief

Tot slot van deze paragraaf merken wij nog het volgende op. Wat we ons moeten realiseren, is dat oorzaken van problemen in de bouw in veel gevallen niet zijn te beheersen (laat staan te voorkomen) met aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden. Zoals in de inleiding al is opgemerkt, kunnen die voorwaarden enkel de kaders aangeven waarbinnen de betrokken partijen vervolgens zelf de ruimte zullen moeten vinden (en benutten) om tot doelmatige procesbeslissingen te komen. Dat blijkt bijvoorbeeld ook al uit de uit 2006 stammende Sleutelpublicatie 'Beter aanbesteden in de Bouw', waarin de vraag centraal staat hoe aanbestedingsprocessen in de bouw het beste kunnen worden vormgegeven en wat dat betekent voor de bestaande regels.³⁹ Sameengevat biedt het rapport het inzicht dat ook in 2006 (en daarvoor al) het besef aanwezig was dat het aanbestedingsrecht zelf niet de belemmering vormde voor het succesvol project, maar dat het veelal een gebrek aan professionele kennis en/of voorbereiding betrof. Onze inschatting is dat dit niet anders ligt voor wat betreft de (juridische) kaders die worden gevormd door aanbestedings- en juridisch-administratieve

³⁴ In dit verband zou men bijvoorbeeld kunnen denken aan professionele leidraden, zie ook Jansen 2021, a.w. par. 2.4.3.

³⁵ Hetzelfde geldt voor de aanbestedingsvoorwaarden.

³⁶ Een voorbeeld: (enkel) een NEC-achtige samenwerkingsbepaling lijkt van weinig betekenis in een UAV-contract. Diezelfde bepaling heeft mogelijk wel betekenis bij een andere contractvorm en indien daar communicatieafspraken en een evenwichtige risicobeheersing en -verdeling aan gekoppeld zijn. Een prijsvormingsbepaling moet passen in de aanbestedingsrechtelijk context etc.

³⁷ Zie ook over dit uitgangspunt de openingsbijdrage van dit nummer: Jansen TBR 2021/94, par. 3.6.

³⁸ Een kleine selectie uit de meeste recente literatuur: 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, Huith 2019 en de volgende bijdragen opgenomen 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; B. van den Berg, 'Risicoreductie bij grote geïntegreerde contracten', p. 149-162; M.A.M.C. van den Berg & B.C.L. van den Berg, 'Het alliantiedomein als variabele grootheid', p. 163-174; D.C. Orobio de Castro, 'Naar evenwichtige voorwaarden bij het contracteren van infrastructurele projecten in Nederland', p. 299-308; M. Aalstein, 'Vruchtbaar samenwerken bij infra-projecten. Een nieuw evenwicht tussen markt, recht en ethiek', p. 515-538; C.H.J. Thomas & A.G.J. van Wassenaer, 'Samenwerken - een kwestie van vertrouwen: een zoektocht naar een dilatatievoegprofiel ter overbrugging van de kloof tussen opdrachtgever en aannemer', p. 747-762; M.C.J. Nagelkerke, 'Proactief contracteren en contractbeheersing in de bouw', p. 845-858. Zie voor een overzicht ook Jansen 2021, a.w. par. 1.4 en 3.3.

³⁹ Regieraad Bouw 2006, p. 6.

voorwaarden: die kaders dienen de actoren bij een bouwproces zoals gezegd weliswaar de ruimte te bieden tot het nemen van de juiste beslissingen - en hen zo nodig daartoe te prikkelen - maar de succesvolle afloop van het bouwproces staat of valt uiteindelijk met de professionele kennis en voorbereiding die de actoren bij het nemen van die beslissingen zelf aan de dag leggen.

Voor voortbouwend op het voorgaande kan worden geconstateerd dat de keuze voor de juiste bouworganisatievorm blijvend van belang is. Daarnaast dient (uiteraard) ook aandacht te zijn voor tal van andere aspecten: de scope van de opdracht moet vooraf goed worden doordacht, kennis bij opdrachtgevers om het project voor te bereiden en de onbekendheden te minimaliseren of te identificeren, en zo het informatierisico te verkleinen, is essentieel. Voorts is de wijze waarop het project wordt aanbesteed uiteraard relevant, maar meer nog van belang is dat de juiste mensen op de juiste plaats zitten: aanbesteden en contracteren blijft immers mensenwerk. In het verlengde daarvan verdient proces- project- en contractmanagement gedurende alle fasen van het project de aandacht. Het positief beïnvloeden van menselijk gedrag, gedurende het gehele project en zowel binnen als buiten de eigen organisatie, is van essentieel belang en daarbij is ook een link met bouwmanagement en gedragswetenschappen relevant. Een coherent stelsel van aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden kan slechts ten dele bijdragen aan die gewenste positieve beïnvloeding van gedrag. Tegelijkertijd is het natuurlijk zo dat het beoogde stelsel van voorwaarden en de gewenste gedragsbeïnvloeding niet los van elkaar staan. Wanneer actoren zich stelselmatig op een bepaalde manier gedragen en die actoren dat gedrag zouden willen veranderen, is het zaak de aanbestedings- en juridisch-administratieve kaders daarop af te stemmen. Omgekeerd beïnvloeden die kaders op hun beurt ook weer het gedrag. De uitdaging is dan, om te komen tot een goede balans.

3. Stap 2 - De olifant in de kamer

In de vorige paragrafen constateerden wij dat de bijdragen aan dit themanummer lijken te bevestigen wat al veel langer wordt onderkend: er zijn goede redenen voor een fundamentele herijking van de bestaande aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden in de bouw, teneinde te komen tot een meer coherent stelsel van voorwaarden. Het is niet voor het eerst dat daarop wordt gewezen, die behoefte wordt al veel langer onderkend. Wij wijzen in dit verband nogmaals op de conclusies van het PSIBouw rapport van 2007.⁴⁰ De grote vraag is natuurlijk waarom het tot op heden niet

van zo'n herijking is gekomen en men in plaats daarvan maar op de oude voet is voortgegaan. Wij wijzen in dit verband bijvoorbeeld op de los van elkaar staande herzieningen van de DNR (2011 en 2013), de UAV (2012) en de UAV-GC (vanaf 2016), geïnitieerd en uitgevoerd door onafhankelijk van elkaar opererende gremia. Wij denken dat het goed is om enig inzicht te verkrijgen in de mogelijke achtergronden daarvan, alvorens in de volgende paragraaf in te gaan op de vraag hoe men eventueel tot zo'n coherent stelsel van voorwaarden zou kunnen komen. Immers, indien alsnog mocht blijken dat er veel voor te zeggen valt om alles maar bij het oude te laten, de voorafgaande analyses in dit themanummer ten spijt, heeft het geen zin om nog verder inspanningen te leveren voor de totstandbrenging van een coherent stelsel van voorwaarden.

Wat ons dan allereerst opvalt, is dat zich in de loop der jaren eigenlijk niemand expliciet lijkt te hebben uitgesproken *tegen* het ontwikkelen van een dergelijk stelsel. Een uitzondering is wellicht Chao-Duivis, maar als wij haar goed begrijpen verzet zij zich op zichzelf niet tegen een coherent stelsel als zodanig.⁴¹ Wat haar betreft zou de ontwikkeling daarvan echter vooral organisch moeten plaatsvinden, langs de weg van de geleidelijkheid, zonder gecoördineerd ingrijpen van bovenaf.⁴² Zoals wij in de volgende paragraaf uiteen zullen zetten, zijn wij zelf wel voorstander van een dergelijk ingrijpen. Dat komt vooral omdat wij - mede gesteerd door de recente ontwikkelingen die de aanleiding vormden voor dit themanummer - betwijfelen of een coherent stelsel nog wel vanzelf langs organische weg tot stand zal komen. Er lijkt zich eerder een ontwikkeling in omgekeerde richting voor te doen. Bestaande procesinrichtingen met bijbehorende aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden staan immers onder druk.⁴³ In het verlengde daarvan worden alternatieve procesinrichtingen met bijbehorende juridische kaders ontwikkeld en uitgetest, waarvan er diverse in dit themanummer zijn besproken. Zoals wij hierboven hebben betoogd, valt van deze zowel kritische als inspirerende ontwikkelingen ontzettend veel te leren en dat moeten we vooral ook doen. Maar wat we tegelijkertijd onder ogen moeten zien, is dat die ontwikkelingen inmiddels deels buiten het bestaande stelsel om plaatsvinden, aangestuurd en uitgevoerd door onafhankelijk van elkaar opererende

⁴¹ M.A.B. Chao-Duivis, 'Een nieuwe fase in het leerstuk van algemene voorwaarden (Deel 1)', *TBR* 2015/124, p. 747-748.

⁴² Chao-Duivis 2015, p. 748.

⁴³ Het gaat hier in het bijzonder om de op het klassiek bouwteam gebaseerde procesinrichting met bijbehorende VGBouw Model Bouwteamovereenkomst 1992 en de geïntegreerde procesinrichting met bijbehorende UAV-GC. Wat de geïntegreerde procesinrichting betreft, heeft Chao-Duivis ook zelf aan die kritiek bijgedragen, zie 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.

⁴⁰ Zie par. 2.1.

gremia, niet altijd gebaseerd op een grondige probleemanalyse, en vooral: zonder dat daarbij sprake lijkt te zijn van voldoende coördinatie en onderlinge afstemming. Dat laatste was - en is - al een probleem wat het bestaande stelsel betreft.⁴⁴ En dat probleem lijkt met de huidige wildgroei aan ontwikkelingen alleen maar groter te worden.

Als het dan zo is dat er goede redenen zijn voor het ontwikkelen van een coherent stelsel en niemand daar op zich *tegen* lijkt te zijn, waar wachten we dan nog op? Wie is er in ons land eigenlijk (probleem)eigenaar van een goed functionerend stelsel van aanbestedings- en juridisch administratieve voorwaarden in de bouw? Die vraag brengt ons bij de olifant in de kamer.

Men zou kunnen betogen dat het antwoord op deze vraag is: de overheid in haar hoedanigheid van wetgever. Die is immers eerstverantwoordelijke voor goede marktverhoudingen in de bouwsector. Voor wat betreft de aanbestedingsrechtelijke kaders waarbinnen de markt moet functioneren, neemt de overheid die verantwoordelijkheid overigens ook. Maar voor wat betreft de inhoud en kwaliteit van de aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden heeft zij die verantwoordelijkheid van oudsher doorgeschoven naar de marktpartijen in de bouw. Een van die marktpartijen is vervolgens weer diezelfde overheid, maar nu in haar hoedanigheid van opdrachtgever in de bouw. In die hoedanigheid heeft de overheid haar eigen bedrijfsbelangen te dienen, die niet per definitie parallel hoeven te lopen met overkoepelende belangen die in verband kunnen worden gebracht met eerdergenoemde goede marktverhoudingen en - in het verlengde daarvan - een coherent stelsel van aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaar-

den.⁴⁵ Ook afgezien daarvan kan men zich afvragen of de overheid in haar rol van opdrachtgever in de bouw nog wel over voldoende kennis beschikt om de ontwikkeling van dergelijke voorwaarden aan te pakken.

En dan is er nog het volgende. De overheid in haar hoedanigheid van opdrachtgever moet de (aan haar doorgeschoven) verantwoordelijkheid zoals gezegd delen met de uitvoerende marktpartijen. Die hebben uiteraard eveneens hun eigen belangen, die evenmin altijd parallel lopen met overkoepelende belangen zoals hiervoor bedoeld. Met het voorgaande is overigens niet gezegd dat overheidsopdrachtgevers en uitvoerende marktpartijen, mede gelet op het historische wederzijdse wantrouwen dat tussen hen bestaat, niet zouden beseffen dat de oplossing zal moeten worden gezocht in een convergentie van belangen. Integendeel, zij realiseren zich dat donders goed. Dat blijkt bijvoorbeeld ook uit de in 2016 gepubliceerde Marktvisie met bijbehorende Leidende Principes.⁴⁶ Veel van de thema's, inzichten en uitgangspunten die de betrokken partijen daarin gezamenlijk hebben geformuleerd, komen overeen met wat ook in de bijdragen aan dit themanummer valt te lezen. Als wij de formulering van die thema's, inzichten en uitgangspunten in de Marktvisie nader analyseren, kunnen vele daarvan bovendien worden begrepen als gezamenlijke wensen ten aanzien van de inhoud van aanbestedings-

⁴⁴ Zie daarover Jansen 2019, p. 693-694: *'Het gebrek aan inhoudelijke afstemming tussen de contractvoorwaarden onderling - die ook de verbetering en daarmee de bredere acceptatie en ongewijzigde toepassing van de voorwaarden ten goede zou kunnen komen - beschouw ik dan als het grootste probleem. Zoals ik in 2014 heb aangegeven, is de diepere oorzaak hiervan mijns inziens dat het de afgelopen decennia heeft ontbroken aan voldoende centrale regievoering bij het ontwikkelen en het periodiek onderhouden van de gestandaardiseerde contractvoorwaarden. Individuele organisaties pakken die verantwoordelijkheid weliswaar op voor afzonderlijke voorwaarden, maar voor de algehele coherentie van alle gestandaardiseerde contractvoorwaarden in de bouw blijkt niemand formeel verantwoordelijk te zijn.'* Zie ook het debat dat Jansen en Chao-Duvis hierover hebben gevoerd: Chao-Duvis 2015, p. 748; Chao-Duvis 2019, p. 15; en Jansen 2019, p. 695-696. Illustratief in dit verband is bijvoorbeeld, dat niemand de regie heeft genomen over de wijze waarop in de UAV 2012 en in de UAV-GC 2005 moet worden omgegaan met de consequenties van de inwerkingtreding van het nieuwe lid 4 van art. 7:758 BW, als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen. De aanpassingen vinden onafhankelijk van elkaar plaats, waarbij Bruggeman betrokken is bij de aanpassing van de UAV 2012 in opdracht van het Ministerie van BZK en Jansen bij de aanpassing van de UAV-GC 2005 in opdracht van de CROW. Dat wij beiden achter de schermen onderling overleg daarover hebben, laat het punt dat wij hier proberen te maken onverlet.

⁴⁵ Wij wijzen op het voorbeeld van Voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit: *'In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.'* Hier is sprake van een verplichting die de overheid als wetgever vanuit het algemeen belang oplegt aan haar eigen uitvoeringsorganisaties. De verantwoordelijkheid voor het tot stand brengen van paritaire contractmodellen en algemene voorwaarden is vervolgens echter mede bij diezelfde uitvoeringsorganisaties belegd. Verklaart dat wellicht de reden waarom *'gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld'* zo schaars zijn?

⁴⁶ De documenten 'Marktvisie' en 'Leidende Principes' zijn te raadplegen via www.marktvisie.nu/downloads/.

en juridisch-administratieve voorwaarden.⁴⁷ Het is niet voor het eerst - en waarschijnlijk ook niet voor het laatst - dat overheidsopdrachtgevers en uitvoerende marktpartijen dergelijke goed bedoelde voornemens - over de inhoud waarvan men het nauwelijks oneens kan zijn - gezamenlijk in goede verstandhouding weten te formuleren.⁴⁸ Die goede verstandhouding is echter ver te zoeken, zo is ook onze ervaring, telkens wanneer het weer aankomt op de vertaling van die abstracte voornemens naar concrete bepalingen in (herzieningen van) voorwaarden. De oprechte intenties van alle betrokkenen ten spijt, steken tegengestelde belangen vaak toch weer de kop op. Input van lobbyisten, niet zelden gebaseerd op (onvoldoende afstand tot) negatieve ervaringen met concrete projecten uit het verleden, lijkt in dit verband een factor van betekenis te zijn. Tunnelvisie, terugtrekken in de eigen loopgraven en het ontstaan van patstellingen zijn dan reële risico's.

Kort en goed: voor een eventuele herijking van het bestaande stelsel van voorwaarden kijken we traditioneel dus in de richting van de overheid in haar hoedanigheid van opdrachtgever en de uitvoerende marktpartijen. Tegelijkertijd valt in het licht van het voorgaande goed te begrijpen dat (en waarom) van deze partijen wat betreft zo'n herijking weinig initiatieven te verwachten zijn. Het is voor hen al lastig genoeg om hun gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het goed functioneren van het bestaande stelsel van voorwaarden waar te maken, laat staan dat zij de regie kunnen (en willen?) nemen over de eventuele herijking van dat stelsel. Het is dan ook de vraag of het niet anders moet en of de overheid in haar hoedanigheid van wetgever de stelselverant-

woordelijkheid niet zou moeten terugpakken en op een andere manier zou moeten beleggen. Op die vraag gaan wij in de volgende paragraaf in. Alvorens dat te doen, merken wij ter afsluiting nog het volgende op ten aanzien van de rol die de advocatuur en de wetenschap in dit geheel spelen.

De advocatuur en andere juridische dienstverleners in de bouw beschikken over veel kennis en expertise, zodat zij een belangrijke en waardevolle bijdrage zal kunnen leveren aan de ontwikkeling van een coherent stelsel van voorwaarden zoals door ons beoogd. Daarmee is de advocatuur echter nog geen probleemeigenaar, nog afgezien van het feit dat de hiervoor geschetste belangentegenstelling tussen overheidsopdrachtgevers en uitvoerende marktpartijen zich ook aftekent in de keuzes die de advocatuur maakt voor wat betreft de door haar te bedienen cliëntèle. En laten we eerlijk zijn: de advocatuur heeft natuurlijk ook een commercieel belang bij behoud van het bestaande, gefragmenteerde stelsel aan voorwaarden. Ook de behoefte van de praktijk aan aanpassing van bestaande en aan nieuwe voorwaarden, teneinde de eerdergenoemde wildgroei aan nieuwe ontwikkelingen projectspecifiek te faciliteren, zal de advocatuur, met alle respect, geen windeieren leggen.

En wat is de rol van deze wetenschap in deze? Wetenschappers zijn onafhankelijk en staan boven de partijbelangen in de sector. Dat de wetenschap geen probleemeigenaar is, laat natuurlijk onverlet dat het haar taakopvatting is om problemen die het algemeen belang raken te signaleren en daar mogelijke oplossingsrichtingen voor aan te dragen. Op zich is dat ook wel gebeurd: wij waren immers, samen met vele andere wetenschappers, in 2007 nauw betrokken bij de totstandkoming van het in paragraaf 2 aangehaalde voorstel in het PSIBouw rapport. Maar wellicht hebben wij destijds, en ook daarna,⁴⁹ wat al te gemakkelijk aangenomen dat dat voorstel voldoende duidelijk was en als vanzelf wel door de praktijk zou worden omarmd en opgepakt.⁵⁰ Misschien had het op de weg van de wetenschap gelegen om de aanleiding, achtergronden en de beoogde uitwerking van het voorstel verder te verdiepen en ook overigens wat meer tegenwicht te bieden aan ontwikkelingen die juist het tegenovergestelde lijken te bewerkstelligen van wat met het voorstel is beoogd. Ons excuus is dat de slagkracht van het wetenschappelijk privaatrechtelijk bouwrecht in ons land maar zeer beperkt is, als gevolg van een gebrek aan geld en menskracht. Er ligt bovendien heel veel werk dat moet gebeuren en het is

47 Zie bijvoorbeeld de Leidende Principes, p. 6: *'Inherent aan de uitvoering van bouwprojecten is dat er sprake is van risico's en dat zich onverwachte gebeurtenissen kunnen voordoen, waarop partijen niet of in beperkte mate sturing (kunnen) zetten. Juist omdat risico's onderdeel zijn van het concurrentiedomein, kan dit leiden tot onderwaardering en onjuist beprizen van risico's. Het is daarom essentieel dat over belangen, risico's en toedeling van risico's heldere en concrete afspraken worden gemaakt. Uitblijven van deze afspraken kan tijdens de looptijd van het contract tot veel discussie, conflicten, claims en tot schade voor de betrokken partijen leiden. Onderkend wordt dat er naast gelijkgestemde belangen ook eigen belangen per partner zijn, zoals bijvoorbeeld publiek-bestuurlijke belangen of privaat-commerciële belangen. Het onderkennen en erkennen van belangen en risico's gebeurt door partijen gezamenlijk op basis van vertrouwen, openheid en transparantie. Het gaat hierbij nadrukkelijk ook om het delen van de verwachtingen. Op grond van een deugdelijke inventarisatie kunnen zakelijke afspraken gemaakt worden over de toedeling van de risico's. Risico's worden gedragen door de partij die deze bij uitstek kan beheersen, respectievelijk de gevolgen kan (be)sturen. De andere partij ondersteunt naar vermogen als professionele partner. Als een risico alleen gezamenlijk beheerst kan worden zou een gezamenlijke risicocallocatie en risicobeheersing moeten prevaleren. Als tijdens de aanbesteding of de voorbereiding van de aanbesteding blijkt dat (een deel) van een risico niet beheerst kan worden, wordt in gezamenlijkheid een passende oplossing gevonden.'*

48 Wij wijzen bijvoorbeeld op het sectorbrede innovatieprogramma PSIBouw dat onder andere tot doel had een cultuurverandering in de bouw op gang te brengen. Het eerder genoemde PSIBouw rapport van 2007 was één van de vele resultaten van dat programma.

49 Zie de herhaling van het voorstel in: Jansen 2014, p. 38-39; Jansen 2015, p. 212-213; Jansen 2019, p. 693-694.

50 Dat wij, in weerwil van het voorstel, ook zelf onze medewerking hebben verleend aan de los van elkaar staande herzieningen van de DNR (2011 en 2013), de UAV (2012 en 2021) en de UAV-GC (vanaf 2016), zal bovendien niet hebben bijgedragen aan een gevoel van urgentie.

allemaal belangrijk. Hoe dan ook, wij hopen met dit themanummer en met het daaraan gewijde congres van 22 september 2021 alsnog onze verantwoordelijkheid te nemen en een inhaalslag te maken.

4. Stap 3 - Naar een coherente aanpak van totstandkoming van aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden

4.1 Vraagstelling

De voorgaande bijdragen gingen in op de vraag of en in hoeverre zowel de al langer bestaande⁵¹, alsook de wat recenter ontwikkelde alternatieve inrichtingen van het bouwproces⁵², (nog) voldoende voorzien in de behoeften van deze tijd. Die vraag spitste zich dan vooral toe op de in het kader van die procesinrichtingen gehanteerde aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden. Zoals wij al in paragraaf 1 opmerkten, lijkt het gezien de inhoud van die bijdragen en de ontwikkelingen waarop zij zijn gebaseerd gerechtvaardigd te veronderstellen dat die voorwaarden om diverse redenen toe zijn aan herijking. Hoe die voorwaarden eruit gaan zien, is nog de vraag. Daarover ging deels paragraaf 2.⁵³

Voordat met een eventuele herijking een begin kan worden gemaakt, moet de vraag worden gesteld hoe tot één of meer nieuwe sets aan voorwaarden zou moeten worden gekomen. Om te voorkomen dat wij over 15 of 20 jaar opnieuw moeten constateren dat wij nog steeds over dezelfde problemen praten⁵⁴, is het bespreken van deze stap op de route noodzakelijk. Voor de realisatie van een coherent stelsel van voorwaarden is een coherente gezamenlijk aanpak van de ontwikkeling van die voorwaarden gewenst en wellicht noodzakelijk.

Uitdrukkelijk wordt hier het woord ‘gezamenlijk’ gebruikt: nieuwe voorwaarden zijn zo geschreven, sneller zelfs als dat met een (zeer) kleine groep (gelijkgezinden) gebeurt. Naar een dergelijke set

aan voorwaarden zijn wij echter niet op zoek: die bestaan al volop, maar kennen niet allemaal het breed gedragen karakter dat het bouwcontractenrecht zo typeert (of typeerde?). Bovendien vragen wij ons af of die voorwaarden in onderling verband beschouwd wel een voldoende coherent geheel vormen.⁵⁵ Voorts bewerkstelligt een dergelijke totstandkoming van voorwaarden niet dat zij ongewijzigd breed zullen worden toegepast, een aspect dat in het kader van evenwicht en rechtszekerheid van uitermate groot belang is.

4.2 Breed gedragen of paritair

De vraag is, echter of breed gedragen voorwaarden nog wel van deze tijd zijn. Een citaat van ruim 20 jaar geleden biedt een mooi startpunt voor de noodzakelijk te beantwoorden vragen:

‘Slechts een standaardcontract dat de steun heeft van alle mogelijk betrokken marktpartijen zal tot gebruik daarvan in de praktijk kunnen leiden.’

Het betreft hier een citaat van Goudsmit uit 1998.⁵⁶ De vraag die gesteld kan worden naar aanleiding hiervan is of steun van *alle* betrokken marktpartijen noodzakelijk is voor het gebruik van die voorwaarden? En wat moet dan onder ‘*steun*’ verstaan worden? Hebben we het dan over voorwaarden die in breed en/of in paritair overleg tot stand zijn gekomen? Of kan het hier ook gaan om voorwaarden opgesteld door bijvoorbeeld, zoals we dat ook op andere maatschappelijke terreinen zien, een commissie van wijzen?⁵⁷ En is het wellicht voldoende als de door zo’n commissie geschreven voorwaarden steun krijgen (of wellicht zelfs de instemming) van alle betrokken partijen? En als ‘men’ toch vindt dat breed en/of paritair overleg noodzakelijk is voor steun en brede toepassing in de praktijk, hoe breed is dan breed genoeg? Zou het bijvoorbeeld voldoende zijn dat voorwaarden breed worden gedragen, zoals bijvoorbeeld het geval is bij voorbeelden over de grens, zoals Fidic of NEC of andere internationale voorwaarden?

De vraag die in dit kader ook moet worden gesteld is wat paritaire herzieningen in het verleden ons nu hebben gebracht? Immers, na ruim 20 jaar UAV-GC en 50 jaar UAV, beschikt de sector nog altijd over slechts twee sets aan paritaire voorwaarden. Alle andere modellen zijn of eenzijdig tot stand gekomen door inspanningen aan opdrachtgeverszijde (DBFMO) of door opdrachtnemers (VGBOUW 1992 en BNL Bouwteam 2021, en de

⁵¹ Gebaseerd op de traditionele en de (‘reguliere’) geïntegreerde bouworganisatievorm.

⁵² Zoals eerder opgemerkt gaat het hier om procesinrichtingen die zijn te herleiden tot ontwikkelingen zoals de introductie van het zogenoemde ‘twee-fasen-proces’, de hernieuwde belangstelling voor het bouwteam en de alliantie en de voorgenomen herziening van de UAV-GC 2005.

⁵³ Het beoogde coherente stelsel zou zowel voorwaarden voor nieuwe procesinrichtingen kunnen omvatten, alsook voor de al langer bestaande traditionele en geïntegreerde procesinrichtingen. Het zou zelfs zo kunnen zijn dat dit het moment is voor een eventuele stelselwijziging: te denken valt aan een coherente set van meerdere standaardvoorwaarden, vergelijkbaar met de NEC contracten. Die gehele set hoeft uiteraard niet in één keer voorhanden te zijn, maar zou gefaseerd tot stand kunnen komen, te beginnen met bijvoorbeeld het formuleren van enkele uitgangspunten of beginselen waarna deze verder geconcretiseerd zouden kunnen worden in enkele bepalingen of modules en (vervolgens) een eerste set juridisch-administratieve voorwaarden met bijbehorende aanbestedingsvoorwaarden.

⁵⁴ Zie in dit verband ook de vorige paragraaf.

⁵⁵ Zie opnieuw de vorige paragraaf.

⁵⁶ J.J. Goudsmit, ‘De ontwerpende bouwer; over turnkey- en design en build-contracten’, *BR* 1998, p. 18 e.v.

⁵⁷ Wij zien hier een zekere parallelie met het werk van Staatscommissies.

AVA) of op basis van andere niet-paritaire initiatieven (DNR 2011, DG 2020).⁵⁸

Dat de Actieagenda Beter Aanbesteden in actiepunten 9 oproept tot het opstellen van paritaire contractvoorwaarden, pleit dan weer vóór de optie van paritair overleg.⁵⁹

Daar staat tegenover dat ook paritair overleg niet altijd leidt tot breed *gedragen* voorwaarden. In 2012 werden de herziene UAV 2012 na afronding van de herziening, alles in paritair overleg en onder onafhankelijk voorzitterschap, wel vastgesteld door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, alsmede door de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,⁶⁰ maar niet door de minister van Infrastructuur en Milieu en door de Minister van Defensie.⁶¹ Na paritair overleg werd dus alsnog geen brede instemming bereikt. Wel had het paritair overleg (en het in die samenstelling tot een resultaat komen) tot gevolg dat de UAV 2012 in de Gids Proportionaliteit zijn aangemerkt als een in paritair overleg tot stand gekomen evenwichtig pakket van voorwaarden.⁶² Datzelfde geldt overigens voor de UAV-GC 2005, die in de Gids eveneens zijn aangemerkt als paritair tot stand gekomen voorwaarden, maar niet formeel door de minister(s) zijn vastgesteld.

Chao-Duivis vraagt zich overigens af of de effectieve werking van de Gids Proportionaliteit niet de contractsvrijheid dusdanig beperkt dat met die werking nog verdergaande gebondenheid ontstaat dan met een standaardregeling in de zin van art. 6:214 BW.⁶³ Moeten we wellicht juist daarom, de ontwikkelingen in 2012 rond de herziening van de UAV mede indachtig, in de bouw nu eindelijk eens naar standaardregelingen toe?⁶⁴ Of is een veel

vrijblijvender afspraak, zoals een convenant tussen belanghebbenden, voldoende om uniforme brede toepassing te borgen? Of mag men, op grond van het ongeschreven recht, van elkaar verwachten dat wanneer vertegenwoordigers van belanghebbenden vele malen, soms gedurende een periode van jaren, met elkaar rond de tafel hebben gezeten over de inhoud van voorwaarden, die belanghebbenden die voorwaarden (ongewijzigd) zullen toepassen?

In het licht van de wens tot het gebruik van uniforme breed gedragen voorwaarden, lijkt het ons wenselijk dat het instrumentarium waarmee de uniforme en brede toepassing van die voorwaarden wordt geborgd, wordt onderzocht en dat alle betrokken partijen reflecteren op de waarde van dan wel het ontbreken van waarde aan uniforme, breed toegepaste voorwaarden.

4.3 Wie zitten er aan tafel?

In het veronderstelde geval dat iedereen, of vrijwel iedereen, het erover eens zou zijn dat voorwaarden in ieder geval in enige vorm van paritair overleg tot stand moeten komen, is de vervolgvraag hoe dat overleg dan moet worden vormgegeven.

Allereerst de vraag naar het *aantal* mensen aan tafel. Elke samenstelling lijkt zo zijn voors en tegens te hebben. Een greep uit de argumenten: het meest brede overleg dat de bouw kende en kent, betreft de pre-adviescommissie die werkt aan de herziening van de UAV-GC 2005. De relatief langdurige totstandkoming van de nieuwe UAV-GC 2020 (inmiddels vijf jaar, en nog altijd ligt er geen definitieve versie), doet vermoeden dat *te veel* partijen aan tafel niet bijdraagt aan een soepel proces van totstandkoming. Hoewel de duur van de herziening natuurlijk niet alleen afhankelijk is van het aantal mensen dat mee mag praten, ligt het voor de hand dat een kleinere groep sneller tot beslissingen komt. Het is ook zeer de vraag of een dusdanig breed overleg⁶⁵ (zoals bij de herziening van de UAV-GC 2005) noodzakelijk is. Bij de diverse herzieningsrondes van de UAV zaten telkens beduidend minder mensen aan tafel. De eerste overleggen over de UAV begonnen nog vrij breed, maar werden met de

⁵⁸ Zie ook Jansen 2014 en de opsomming in Jansen 2019, p. 691.

⁵⁹ Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, *Actieagenda Beter Aanbesteden*, 2018, te raadplegen via: <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/02/16/actieagenda-beter-aanbesteden>>.

⁶⁰ Vaststelling gebeurde bij beschikking van die ministers d.d. 19 januari 2012, *Stcrt.* 1567.

⁶¹ De reden daarvan zijn terug te lezen in D.E. van Werven, 'UAV 2012, UAV-GC 2005 en de wettelijke regeling van de aanneming van werk. Een symbiose?', *TBR* 2018/138, p. 923.

⁶² Zie toelichting op voorschrift 3.9 C, p. 61 van de Gids Proportionaliteit.

⁶³ Chao-Duivis 2019.

⁶⁴ Zoals van Werven het verwoordt: 'Een standaardregeling als bedoeld in art. 6:214 BW. Een fenomeen dat in het leven is geroepen met de gedachte dat juist de bouwsector zich leende om daarvoor een of meer van dergelijke regelingen tot stand te brengen, maar waartoe het nooit gekomen is. Overigens bij het van een wettelijke bepaling kunnen afwijken bij standaardregeling geen sprake van dwingend recht, maar van driekwart dwingend recht.' Een standaardregeling als bedoeld in art. 6:214 BW. Een fenomeen dat in het leven is geroepen met de gedachte dat juist de bouwsector zich leende om daarvoor een of meer van dergelijke regelingen tot stand te brengen, maar waartoe het nooit gekomen is. Overigens bij het van een wettelijke bepaling kunnen afwijken bij standaardregeling geen sprake van dwingend recht, maar van driekwart dwingend recht, zie Van Werven 2018, p. 923.

⁶⁵ Er zaten ongeveer 15 mensen in de preadviescommissie. De eerste samenstelling van de commissie is terug te vinden op <https://www.crow.nl/over-crow/nieuws/2017/december/start-tweede-fase-actualisering-uav-gc-2005>. Deze 15 mensen zijn verdeeld (geweest) over 4 werkgroepen van gemiddeld 5 tot 7 personen per werkgroep. Sommigen zaten derhalve in meerdere werkgroepen, ook om de samenhang tussen de werkaandelen te bewaken. De werkgroepen waren bovendien paritair samengesteld.

jaren steeds smaller.⁶⁶ Het is ook overigens niet zo dat elke opdrachtgever en opdrachtnemer in Nederland aan tafel behoef te zitten om tot *paritaire* voorwaarden te komen. En tot slot: het feit dat een organisatie niet aan tafel zit, behoef voorts niet te betekenen dat zij niet is vertegenwoordigd of dat met haar belangen geen rekening wordt of kan worden gehouden.

Naast beantwoording van de vraag hoeveel mensen aan tafel zouden moeten zitten, dient ook de vraag te worden beantwoord wat de professionele achtergrond en expertise van deze mensen zou moeten zijn. Die vraag brengt ons allereerst bij de rol van juristen.

Wat wij voorop willen stellen is dat juristen op zich een belangrijke rol kunnen vervullen bij het tot stand brengen en bewaken van een coherent stelsel van aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden. Wij plaatsen hier echter een belangrijke kanttekening, die weliswaar niet nieuw is maar die uitermate relevant is voor het doel dat wij met deze bijdrage voor ogen hebben. Juristen kunnen de meest juridisch-administratieve voorwaarden met de 'beste' inhoud formuleren, maar als zij dat doen zonder inzicht te hebben in de praktijk - wij doelen hier vooral ook op (gewenst) gedrag van actoren bij bouwprocessen - en ook overigens niet goed in staat zijn om te bepalen wat de vorm en inhoud van de voorwaarden zouden moeten zijn om dat gedrag te kunnen beïnvloeden, schieten die voorwaarden mogelijk hun doel voorbij. Zoals ook al in de aanloop naar dit themanummer is opgemerkt, zullen de hiervoor bedoelde inzichten vooral moeten worden aangereikt vanuit andere disciplines⁶⁷: welke ruimte hebben actoren in de bouw nodig om doelmatige procesbeslissingen te kunnen nemen? In hoeverre zou men de mogelijkheid tot het nemen van bepaalde beslissingen bij voorbaat al willen afsnijden? Tot het nemen van welke procesbeslissingen zou men actoren juist op voorhand willen dwingen? In hoeverre valt te verwachten dat deze gedragsbeïnvloeding door middel van juridisch bindende voorwaarden zal kunnen worden aangestuurd? Wat zou eventueel het effect

kunnen zijn van juridisch niet-bindende sturingsinstrumenten, zoals professionele leidraden? Deze inzichten dienen vanuit andere disciplines te worden gedeeld en besproken met juristen die vervolgens de vorm en inhoud van aanbestedings- en juridische-administratieve voorwaarden op die inzichten zullen moeten afstemmen. De vergelijking met het klassieke bouwteam dringt zich op: om de hiervoor bedoelde balans te bereiken is een interdisciplinaire aanpak gewenst, waarbij de andere disciplines leidend zijn en de juridische discipline adviserend, bewakend en uitvoerend.⁶⁸

Uiteraard is het verder van belang dat de mensen die 'het moeten gaan doen' de wil hebben om met elkaar samen te werken en elkaar te begrijpen. Verder denken wij dat het van belang is dat deze mensen enige afstand tot de lobby hebben en breder kunnen kijken dan hun eigen belang en met oog voor de *argumenten* van de ander het gesprek kunnen voeren.⁶⁹ Daarbij helpt het als de mensen aan tafel met kennis en ervaring en enig gezag of aanzien richting de eigen achterban kunnen opereren. Mandaat vanuit de eigen groep is daarbij essentieel.

Tot slot wijzen wij nog op het volgende. Te verwachten valt dat de verschillende inrichtingen van het bouwproces zich voortdurend zullen blijven ontwikkelen. In het verlengde daarvan valt tevens te verwachten dat deelnemers aan bouwprocessen hun gedrag aan die ontwikkelingen zullen blijven aanpassen. Wanneer dat tot onwenselijke gedragspatronen leidt, zal er mogelijk behoefte bestaan aan de mogelijkheid om daarin te kunnen bijsturen door tussentijdse herijking van de voorwaarden. Tegen deze achtergrond is in de literatuur meermaals de vraag opgeworpen of het nuttig zou zijn om niet alleen het ontwikkelen van de voorwaarden zelf, maar ook het permanente bewaking en het onderhouden daarvan in handen te leggen van een groep mensen zoals hiervoor bedoeld, en of het in dat licht bezien niet wenselijk zou zijn om te komen tot een *vaste* commissie of een *permanente*

66 Van Werven 2018, p. 923: 'In 2008 kreeg het IBR van het toenmalige ministerie van VROM opdracht tot een lichte herziening van de UAV 1989. Er werd ditmaal niet gewerkt met een Breed Overleg met rechtstreekse vertegenwoordigers van bouwparticipanten en evenmin met een vijfokopig presidium. De werkgroep bestond uit twee vertegenwoordigers van opdrachtgevend overheden en twee vertegenwoordigers uit de bouw- en installatiesector. Het IBR ondersteunde de hele operatie en voerde het secretariaat. M.A.M.C. van den Berg zat de werkgroep voor.' Zie ook Chao-Duvis 2019 en M.A.B. Chao-Duvis, L. de Ruijter & H.P.C.W. Strang, *Ontstaansgeschiedenis UAV 2012*. Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2012. Bij de nu lopende herziening van de UAV 2012 in het kader van de invoering van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen zitten van beide zijde drie vertegenwoordigers 'aan tafel'. Meer over die herziening (niet over de aantallen aan tafel) is hier te vinden: <<https://www.ibr.nl/researches/werkgroep-herziening-uav-2012/>>.

67 Jansen 2021, a.w. par. 1.2.

68 Zie ook Jansen 2019, p. 697: 'In de permanente commissie, zoals ik die voor ogen heb, zouden eerst en vooral materiedeskundigen zitting moeten hebben die de belangen kunnen vertegenwoordigen van de organisaties van opdrachtgevers en opdrachtnemers. Zij zijn het, die de inhoudelijke knopen zullen moeten doorhakken. Ook voor onafhankelijke materiedeskundigen zou een plaats moeten zijn in de commissie. Om materiedeskundige te zijn, behoef men zeker geen jurist te zijn. Omgekeerd geldt natuurlijk dat het zijn van jurist nog geen diskwalificatie als materiedeskundige behoef te betekenen. En ook overigens lijkt het me belangrijk dat de uit materiedeskundigen bestaande commissie zich laat bijstaan door personen met juridische expertise op het gebied van het opstellen van gestandaardiseerde contractvoorwaarden.'

69 Zie ook Van Werven 2018, p. 926: 'Wat ik in elk geval zou adviseren is dat het overleg plaatsvindt onder onafhankelijk deskundig voorzitterschap, bij voorkeur aangevuld met vertegenwoordigers van betrokken partijen met inhoudelijke kennis, gezag en afstand tot hun achterbanen, welke vertegenwoordigers elkaar respecteren en een goede onderlinge verstandhouding hebben. Een dergelijke presidium heeft het in zich om bij tegengestelde standpunten van partijen, met redelijke compromisvoorstellen te komen.'

samenwerking van een werkgroep die op een breed draagvlak kan rekenen.⁷⁰ Ook dat lijkt ons een vraag die beantwoord zal moeten worden.⁷¹

4.4 Wie moet nu het initiatief nemen en hoe dient het ontwikkelingsproces te verlopen?

Dat brengt ons tot slot bij de vraag wie het voortouw zou moeten nemen bij de ontwikkeling van het door ons beoogde coherente stelsel van aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden (al dan niet in breed en/of paritair overleg dan wel breed gedragen en al dan niet belegd bij een permanent in te stellen commissie) en hoe dat proces verder zou moeten verlopen.

Aan de vooravond van de totstandkoming van de AUAV-GC 2000 stelde Janssen voor dat de wetenschap dat zou moeten doen.⁷² Goudsmit⁷³ reageerde daarop door te stellen dat juist marktpartijen een initiërende rol zouden moeten vervullen en dat de wetenschap (het Instituut voor Bouwrecht in dit geval) een belangrijke coördinerende en secretariatsrol zou kunnen vervullen.

Het voorgaande laat zien dat er verschillende mogelijkheden zijn om het ontwikkelingsproces op gang te brengen en vervolgens vorm te geven. Het komt ons echter voor dat de overheid het initiatief zou moeten nemen en het proces verder zou moeten faciliteren. En dan hebben wij het niet over de overheid in haar hoedanigheid van belanghebbende marktpeler, maar in haar hoedanigheid van markt-

meester.⁷⁴ Het is in die laatste hoedanigheid - die van hoedster van het algemeen belang - immers de taak van de overheid om de primaire randvoorwaarden voor goede marktverhoudingen te borgen. Wanneer de overheid dat laatste echter aan de markt overlaat en vervolgens zelf aan tafel gaat zitten in haar hoedanigheid van marktspeler, bestaat de kans dat het algemeen belang onbedoeld te zeer ondergeschikt raakt aan individuele partijbelangen, met als gevolg dat geen breed gedragen dan wel breed toepasbare voorwaarden ontstaan, en al helemaal geen coherent stelsel.⁷⁵

Gelet op het voorgaande zou de initiërende en faciliterende rol van de overheid als volgt kunnen worden ingevuld. Afhankelijk van de antwoorden op de in de voorgaande paragrafen door ons gestelde vragen, zal de overheid allereerst de regie moeten voeren over de selectie van de in de vorige paragraaf bedoelde personen die met de daadwerkelijke ontwikkeling van het coherente stelsel van voorwaarden aan de slag gaan. Dat geldt ook voor wat betreft het vrijmaken van fondsen die nodig zijn voor de financiering van het ontwikkelingsproces. Verder lijkt ons tevens een rol voor de overheid weggelegd als het gaat om de bewaking van de voortgang van dat proces. De regievoering over de inhoud en de methode van ontwikkeling van (een coherent stelsel van) voorwaarden ligt dan echter niet bij de overheid, maar bij de hiervoor bedoelde groep van personen - te denken valt dus aan een permanente commissie - die het ontwikkelingsproces ter hand gaat nemen. Wellicht ten overvloede: het voorgaande laat natuurlijk onverlet dat die commissie de belangen van de overheid - in haar hoedanigheid van marktspeler - uiteraard in dat proces dient te betrekken, net zoals dat geldt ten aanzien van de belangen van de uitvoerende marktpartijen.

Daarmee komen wij bij de verdere inrichting van het proces. Het secretariaat van de hiervoor bedoelde commissie en de inhoudelijke en procesbegeleiding zou vervuld moeten worden door een onafhankelijke derde met inhoudelijke kennis, zoals het instituut voor Bouwrecht.⁷⁶ De commissie kan dan in samenspraak met en onder de proces- en inhoudelijke begeleiding van het IBR, een evenwichtig ontwikkelingsproces borgen, met draagvlak van alle partijen. De inrichting van dat proces is gebaat bij vooraf vastgelegde duidelijk lijnen over dat proces, over de besluitvorming, procedures, inhoud en mandaat. Die inrichting kan op verschillende manieren vorm worden gegeven. Zo kan

⁷⁰ Jansen 2014, p. 39: 'Wat ik echter belangrijk vind [...] is dat zowel het tot stand brengen van dit werk, als de voortdurende bewaking van de kwaliteit, inhoudelijke samenhang en actualisering daarvan, in handen wordt gelegd van één permanente commissie die op een breed draagvlak kan rekenen, te vergelijken met de wijze waarop dat elders in de wereld is georganiseerd.' In voetnoot 97 schrijft hij vervolgens: 'Ik denk hierbij in de eerste plaats natuurlijk aan de in 1913 opgerichte Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) en aan het Joint Contracts Tribunal (JCT)'. Zie ook Jansen 2019, p. 692-693 en C.E.C. Jansen, 'De bouw ontbeert een centrale procesregisseur', in: Raad van Arbitrage voor de Bouw. *Recht doen aan complexiteit en onvoorspelbaarheid*, Jaarbericht 2020, p. 58-60.

⁷¹ Van Werven is positief: 'Ik ben het van harte met Jansen eens dat een dergelijke commissie zeer waardevol kan zijn. En als die er eenmaal is - wat wel niet zonder slag of stoot zal gaan - zal dat het op een harmonieuze manier naast elkaar bestaan van standaardvoorwaarden en relevante wettelijke regelingen alleen maar bevorderen', zie Van Werven 2018, p. 927.

⁷² H.W.R.A.M. Janssen, 'De contractuele aansprakelijkheid van de ontwerpende aannemer - Naar een balans tussen juridische theorie en economische realiteit', in: M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouwver*, Deventer: Tjeenk Willink 1996, p. 196.

⁷³ Goudsmit 1998, p. 18: 'Het komt mij dan ook voor, dat, in tegenstelling tot wat Janssen voorstelt niet de wetenschap het voortouw zou moeten nemen om ervoor te zorgen, dat tussen marktpartijen in een soort breed overleg consensus wordt bereikt. Ik acht dit veel meer een taak van de marktpartijen zelf. Wel zou uiteraard het initiatief voor een dergelijk breed overleg van de wetenschap kunnen uitgaan, waarbij het Instituut voor Bouwrecht een belangrijke coördinerende en secretariatsrol zou kunnen spelen. Slechts een standaardcontract dat de steun heeft van alle mogelijk betrokken marktpartijen zal tot gebruik daarvan in de praktijk kunnen leiden.'

⁷⁴ Zie hierover ook Jansen 2020, p. 60: 'De overheid moet de randvoorwaarden waaronder de betrokken actoren goed kunnen functioneren tot stand brengen en bewaken. En dat moet zij óók doen als haar eigen uitvoeringsinstanties tot die actoren behoren.'

⁷⁵ Zie hierover ook de vorige paragraaf.

⁷⁶ Zie Jansen 2018, p. 697, Van Werven 2018 en Chao-Duvis 2019.

gewerkt worden met een voorontwerp⁷⁷, een strikte afbakening van de omvang van de herziening⁷⁸, het formuleren van uitgangspunten⁷⁹, een inventarisatie van de te wijzigen paragrafen of relevante onderwerpen al dan niet met behulp van een (internet)consultatie, een klakbordbijeenkomst of anderszins. Daarnaast kan openbaarmaking van de totstandkomingsgeschiedenis bijdragen aan transparantie en daarmee draagvlak voor de genomen beslissingen of gemaakte keuzes.⁸⁰ Draagvlak en brede toepasbaarheid worden ook bewerkstelligd door het vrij van auteursrechten beschikbaar zijn van de voorwaarden.⁸¹

5. Eindstation of startpunt?

De hier voor u liggende routekaart is, zoals gezegd, een eerste aanzet. De aan deze routekaart voorafgaande bijdragen in dit themanummer bevatten de redenen om op reis te gaan. Enerzijds, dat het bestaande stelsel van aanbestedings- en juridisch-administratieve kaders beter zou kunnen worden afgestemd op de behoeften van deze tijd. Anderzijds, dat er wat die afstemming betreft veel moois valt te leren van een tocht langs recente ontwikkelingen, die ons een wenkend perspectief bieden wat betreft de (potentiële) inhoud van die kaders.

Bij het uitstippelen en uitschrijven deze bijdrage weten we nog niet of de af te leggen route leidt

over een moeilijk begaanbaar wandelpad of een vierbaans snelweg (succesvol aanbesteed en gecontracteerd en opgeleverd binnen budget en zonder tijdsoverschrijding en mede - maar niet uitsluitend! - met behulp van de kennis en kunde van de crème de la crème van het bouwrecht).

De kans is zelfs aanwezig dat de hele route nooit afgelegd gaat worden, omdat het te onbegaanbaar of te tijdrovend wordt geacht, het eindstation te weinig interessant of het bereiken ervan te kostbaar. In dat geval zal de kaart en de route op zijn best even bestudeerd worden en vervolgens op een stoffige plank of in een prullenbak verdwijnen. Wellicht dat iemand anders dan over 20 jaar de routekaart voor wetenschappelijke analyse wederom zal oppakken en bestuderen, net zoals wij dat dit voorjaar deden met het PSIBouw rapport uit 2007. De afgelopen decennia hebben ons geleerd dat elk scenario tot de mogelijkheden behoort als het gaat om dit soort grootse plannen, dus we moeten realistisch blijven. Wij willen echter iedereen die ook maar enigszins gecharmeerd is van de bijdragen in dit themanummer en die het potentieel ervan zou willen verkennen, van harte uitnodigen om met ons de eerste verkennende vluchten uit te voeren tijdens het congres op 22 september 2021. Op deze wijze kunnen we bezien of we wellicht gezamenlijk aan dit avontuur zouden kunnen beginnen om tot een (in ieder geval) breed *gedragen* en coherent en toekomstbestendig stelsel te komen. ●

⁷⁷ Zie de herziening leidend tot de UAV 1989, o.a. uiteen gezet in Van Werven 2018 en M.A.B. Chao-Duivis, '50 jaar UAV: 1968-1989-2012-2018'; TBR 2019/2, par. 2.3 en 2.5.

⁷⁸ Zoals bij de nu lopende herziening van de UAV 2012, waarin enkel vier, en na de consultatieronde drie, onderwerpen overbleven. De herziening is noodzakelijk als gevolg van wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek in het kader van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen.

⁷⁹ Chao-Duivis 2019, par. 2.3.

⁸⁰ Van Werven 2018, p. 927: 'De wordingsgeschiedenis heeft niet zozeer waarde voor de uitleg van met de voorwaarden wat bedoeld. Partijen komen immers toepasselijkheid van voorwaarden zelf overeen en niet ook de toelichting of wordingsgeschiedenis. Maar met die wordingsgeschiedenis leggen de opstellers van de voorwaarden wel verantwoording af voor de door hen gemaakte keuzen en kan het inzicht van waarde zijn bij toekomstige herzieningen van de voorwaarden.' Zie ook Van Werven 2018, p. 924: 'Anders dan de UAV's zijn de UAV-GC wel voorzien van een uitgebreide algemene en paragraafsgewijze toelichting. In het tekstboekje van de UAV-GC is ook opgenomen welke personen namens welke organisatie aan de besprekingen over de UAV-GC hebben deelgenomen. Meer over de gevolgde werkwijze is door CROW echter niet naar buiten gebracht.'

⁸¹ Dat laatste is niet het geval bij de UAV-GC 2005, waarvan het auteursrecht op de tekst berust bij CROW en waarvan partijen die aan de totstandkoming hebben bijgedragen en die geacht worden de voorwaarden toe te passen, geen vrij gebruik kunnen maken of van de teksten kennis kunnen nemen. Kritisch daarover Van Werven 2018; zie ook resultaten expertmeeting in Bruggeman & Van Wassenauer 2021.